

N° 35

Numéro Spécial

المجلة
المغربية
للشؤون
والسياسة
والاقتصاد

REVUE JURIDIQUE POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

COLLOQUE

"Les nouveaux codes du Commerce et des Sociétés"
en hommage au Professeur Ahmed CHOUKRI SBAI

Revue éditée par la Faculté des Sciences Juridiques
Economiques et Sociales de Rabat

**Les opinions exprimées dans cette revue
sont strictement personnelles à leurs auteurs**

Numéro du dépôt légal à la Bibliothèque Générale et Archives : 7/76
*Composition : Société BABIL, Résidence Es-Saâda, Entrée 5, Avenue Hassan II,
Rabat - Tél. 037 70 03 51*

REVUE JURIDIQUE, POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

éditée par
**La Faculté des Sciences Juridiques, Economiques
et Sociales de Rabat**

Directeur	Abdelghani KADMIRI
Comité Scientifique	Moulay Driss ALAOUI, Saïd BELBACHIR, Mohamed BENNANI, Mohamed BENNOUNA, Abdelaziz BENJELLOUN, Ahmed CHOUKRI, Mohamed DRISSI ALAMI, Mohamed JALAL ESSAID, Amal JELLAL; Fathallah OUALALOU.
Comité de Rédaction	El Hadi MAKDAD; Aïcha CHERKAOUI MALKI, Rajae NAJI, Mohamed MOUMEN, Taher EL BAHBOUHI, Mohamed EL BERDOUZI, Ahmed BEN OTMANE EL OUDGHIRI, Lahcen OULHAJ, Noureddine EL AOUI.
Secrétariat de Rédaction	Khadija OUZZANI CHAHDI, Houria SOULEIMANI, Ilham EL GHAZI.

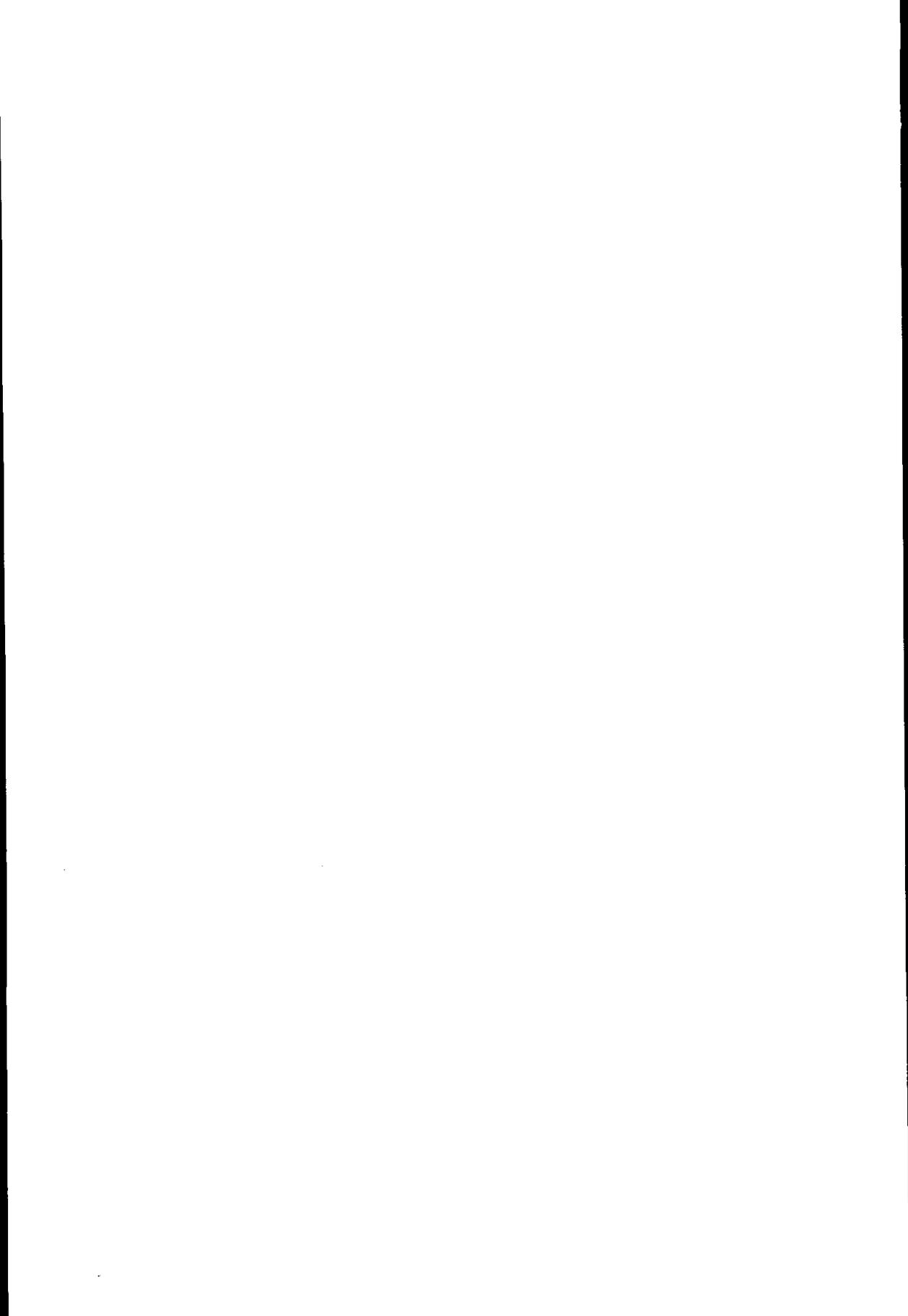
ADMINISTRATION

B. P. 721, Boulevard des Nations - Unies - Agdal - Rabat

Maroc	40 DH
Etranger	60 DH
Tarif Etudiant	24 DH

Modes de paiement : Virement postal ou virement bancaire C.C.P. RABAT : 345634C

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES
B.P. 721, Agdal - Rabat



SOMMAIRE

En Langue française :

A. BOUDAHRAIN	: Réflexions sur la pertinence d'une justice commerciale spécialisée au Maroc	7
M. Larbi BEN OTHMANE	: Régionalisation et système bancaire	27
Mohamed JAOUHAR	: Le nouveau droit pénal du chèque	31
Abdelaziz SQUALLI	: Comment harmoniser entre l'héritage du passé et les exigences modernes de la nouvelle loi sur les S.A en matière de gestion	51
Ahmed EL ABDOUNI & Mustapha BENTA HAR	: A propos de l'article 44 de la nouvelle loi régissant la S.A.R.L - L'EURL : mythe ou réalité?	67
Hassania CHERKA OUI	: Le critère d'intérêts économiques de la société dans l'abus de biens sociaux	85

En Langue Arabe :

Présentation du colloque	7
- Allocution du Professeur Abdelghani KADMIRI :	
<i>Doyen de la Faculté</i>	17
- Allocution du Professeur Ahmed TOUHAMI :	
<i>Chef du Département de Droit Privé</i>	19
- Allocution du Professeur Abdelhak AKLA :	
<i>Chef du Département de Droit Public</i>	21
- Allocution du Professeur Mohamed EL KACHBOUR :	
<i>Chef du Département de Droit Privé - Faculté de Droit - Casablanca</i>	23

- Allocution du Professeur Farid EL BACHA :	
<i>Président du Centre Marocain des Etudes Juridiques</i>	27
- Allocution du Professeur Ahmed CHOUKRI SBAI	
	29
- Rapport introductif présenté par le : Professeur Abdelouahab EL MRINI ..	
	35
Azzeddine BENSETI	: Les tribunaux de commerce : Une expérience prospective au Maroc
	49
Ahmed DRIOUECH	: Le leasing (ou crédit bail)
	61
Mohamed EL KACHBOUR	: La résiliation du bail commercial et la protec- tion des droits des créanciers
	95
Abdelkrim ETTALEB	: Problématiques des sources de droit au regard de l'article 2 du code de commerce du 1 ^{er} août 1996
	139
Mohamed KHAIRI	: Le paiement par chèque entre la pratique et les innovations du code de commerce
	169
Mohamed CHAFAI	: Les droits du porteur sur la provision en matière de lettre de change
	187
El Mokhtar BAKKOUR	: La société unipersonnelle (L'EURL), réforme ou invention?
	211
El Haj EL KOURI	: Impact des difficultés d'entreprises sur les droits des salariés
	225
Abdelouahab EL MRINI	: Rapport de synthèse
	241

REFLEXIONS SUR LA PERTINENCE D'UNE JUSTICE COMMERCIALE SPÉCIALISÉE AU MAROC

A. BOUDAHRAIN^(*)

Depuis le début de la présente décennie, les autorités compétentes marocaines se sont lancées dans des réformes sans précédent dont celles relatives au droit économique (banques, bourse, commerce, sociétés, etc). Ces normes juridiques visent, notamment, à assurer la sécurité juridique des investisseurs et autres détenteurs de l'argent. Mais cela n'était pas suffisant; encore fallait-il assurer la garantie de leurs intérêts par une justice appropriée. Aussi ont-elles opté pour la création de juridictions spécialisées en ce domaine. Or il s'avère pour plusieurs raisons, qui seront évoquées en temps opportun, qu'un tel choix reste pour le moins discutable. Même si le pouvoir central était déterminé par les besoins et attentes des commerçants et des autres opérateurs économiques, on n'est pas certain que la nouvelle expérience sera convenable ou qu'on ait mis en place une justice commerciale de proximité.

(*) Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Mohammed V - Agdal - Rabat.

Introduction

1 - Raisons avouées par le pouvoir central-Après plusieurs décennies, soit depuis l'indépendance, on s'est tant bien que mal accomodé avec des juridictions de droit commun dotées d'une compétence matérielle étendue. Même si avec la réforme judiciaire de l'été 1974 on a créé de nouveaux tribunaux communaux et d'arrondissement, pour les substituer aux tribunaux du Sadad, il ne s'agissait que de juridictions de droit commun ayant une compétence particulière de par le texte les régissant. Mais connaissant de petits procès en matières civile et pénale et dont le nombre avoisinant les 900, ces dernières juridictions ont surtout été chargées de décongestionner les 66 tribunaux de première instance actuels.

Aussi le vent de la spécialisation de la justice étatique n'allait-il commencer qu'avec la création en 1990 des tribunaux administratifs, pour faire bonne figure à l'égard d'un Occident réprobateur en matière des droits de l'homme, en l'occurrence ceux des administrés vis-à-vis d'une administration étouffante et tentaculaire, à telle enseigne qu'on peut s'interroger sur le maintien de l'unité de l'ordre de juridiction qui prévalait jusqu'alors. Ensuite, avec la mondialisation de l'économie de marché et des échanges de commerce, le Maroc a entamé également depuis l'actuelle décennie des réformes économiques et financières sans précédent (banques, crédits, bourses, épargnes, investissements, etc). La promulgation du nouveau code de commerce le 1er août 1996⁽¹⁾ fait lui aussi partie de cette vague de restructuration juridique de l'économie en réponse aux injonctions de la Banque mondiale et du FMI. D'ailleurs, c'est encore sur l'insistance de ces principaux bailleurs de fonds, exigeant une "vérité des prix" tout azimuth, qu'un projet de loi sur la concurrence et les prix est en gestation.

Ces réformes visent, entre autres, à rendre les entreprises marocaines compétitives, d'une part, et encourager les investisseurs étrangers à fructifier leurs capitaux au Maroc, d'autre part. Toutefois, tant les détenteurs de l'argent du pays que ceux d'ailleurs exigent une sécurité juridique pour leurs avoirs et profits. Cette sécurité doit se traduire non seulement par des normes légales et réglementaires, mais

(1) C.f dahir n° 1-96-83 du 1er -8-1996 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant le code de commerce (BO, n° 4418 du 3-10-1996, p. 568).

aussi par une justice compatible avec leurs besoins et attentes. C'est ce qui a amené le pouvoir central à créer des juridictions spécialisées en matière commerciale, par le dahir n° 1-97-65 du 12 février 1997 portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce⁽²⁾. Aussi avant de se pencher sur la pertinence d'un tel choix, n'est-il pas indifférent d'évoquer brièvement quels sont les objectifs d'une justice commerciale.

2 - Besoins et attentes des commerçants et des autres opérateurs économiques. Ces professionnels attendent une justice à leur mesure, c'est-à-dire une justice qui soit proche d'eux⁽³⁾. La justice commerciale ne doit pas se cantonner seulement à appliquer strictement des lois et règlements complexes, quoique ces normes doivent assurer la sécurité juridique de leurs biens et intérêts, mais encore et surtout traduire les actes et faits juridictionnels dans un langage compréhensible et tenir compte de leurs usages professionnels. Aussi les juges, professionnels (magistrats de carrière) ou élus parmi leurs pairs, doivent-ils avoir une connaissance approfondie des affaires commerciales et économiques dans la pratique autant que sur les plans normatif et théorique.

En d'autres termes, ils exigent un traitement spécifique et prévisible de leurs différends selon leurs critères qui s'interprètent, bien entendu, par des avantages certains. De ce fait, le monde économique a besoin d'une justice commerciale de "qualité", à savoir une justice efficace, rapide, simple, économique, fiable et conforme à la fois au droit et aux usages, pour cela, cette justice doit être dotée de moyens suffisants en personnel juricaire qualifié et d'une procédure appropriée. Ils requièrent également la discrétion, quoique cette exigence ne puisse être honorée par une justice officielle, essentiellement publique.

C'est ce qui permet de se poser la question primordiale, de savoir qui doit rendre la justice commerciale (I) avant d'apprécier l'exemple marocain dans cette même optique (II).

(2) C.f. BO, n° 4482 du 15-5-1997, p. 520. Il est d'ailleurs révélateur que la presse officielle, qui rapporte les discours et autres interventions du ministre de la justice, parle de "Pour une justice au service de l'investisseur" lorsqu'il a été question des nouveaux tribunaux de commerce, cf. not. Le Matin du 20-6-1997.

(3) La véracité de ce besoin essentiel sera appréciée plus loin. Voir infra n° s 8-10.

3 - Une imitation servile de l'expérience de l'ancien colonisateur. Mais sachant déjà le choix du Maroc pour des tribunaux de commerce, il convient d'apporter au préalable quelques éclaircissements sur l'opportunité, raisonnable ou non, de cette option.

En effet, comme à l'accoutumée, le législateur national ne trouve pas mieux que de copier, au lieu de simplement s'inspirer, le système juridique et judiciaire français, même si parfois il apporte aux textes exogènes d'essence occidentale quelques retouches. Concernant précisément les normes juridiques d'ordre économique et financière, en raison de l'option pour un libéralisme débridé dans ces domaines et la domination de la culture juridique occidentale, française de surcroît, le législateur marocain ne se départit point de l'expérience de l'ancien colonisateur. A preuve, si besoin est, et les exemples ne manquent guère, particulièrement en ce qui concerne l'appareil judiciaire, de l'Etat, la création des tribunaux administratifs confirme cette orientation. Tout le monde sait que le projet du texte instituant ces juridictions a d'abord été préparé par des juristes français qui ne peuvent logiquement que se reporter à leur législation en la matière, avec quelques adaptations formelles ou de détail.

Il n'en va pas autrement en ce qui concerne les tribunaux de commerce. Pourtant, doit-on rappeler que l'expérience française ne date pas d'hier. La justice commerciale remonte dans ce pays au moyen âge et a connu une évolution en plusieurs étapes qu'on ne peut relater dans ce cadre assez circonscrit⁽⁴⁾. On peut seulement indiquer que la France a connu l'échevinage avant d'instituer les juridictions actuelles avec des adaptations successives⁽⁵⁾. Il n'en demeure pas moins que le tribunal de commerce de Paris a été créé déjà par l'Edit de Charles IX en 1563, selon lequel : "Pour le bien public, l'abréviation de tous les procès entre commerçants qui doivent négocier ensemble de bonne foi sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances"⁽⁶⁾.

(4) C.f. J. Vincent et al. : *La justice et ses institutions*. Précis Dalloz. Paris 1982, pp. 205 et ss.

(5) Sur cette forme de justice commerciale. Voir infra n° 4.

(6) Cf. Dominique SCHMIOT : *Rapport introductif à la réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe (en collaboration avec des organisations non gouvernementales) du 4 ou 6/12/1995 à Strasbourg*. Actes de la réunion sur "la justice commerciale", Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, 188 pages, not. p. 11. Selon d'autres sources historiques, une juridiction consulaire avait été instituée à Toulouse dès 1549 par un édit de Henri II. En Autriche, c'est l'empereur MAXIMILIEN I^{er} qui a créé à Nuremberg la première juridiction réservée aux commerçants en vertu d'un édit du 17-3-1508. Cf. La lettre du Juriste Européen (bulletin de l'Union européenne des magistrats commerciaux. Strasbourg, n° 7, août 1997, p. 15).

Si une telle assertion reste d'actualité, elle l'est dans un pays industrialisé et donc non pas pour un pays qui se débat depuis bien longtemps dans une crise de développement d'où il ne s'en sort pas encore, malgré ses tentatives d'ajustement structurel. Les pouvoirs publics, qui mandent à un législateur à leur dévotion, sont plutôt obnubilés par l'ambition de se hisser au rang des puissances occidentales ou asiatiques en se targuant de devenir un "petit dragon" ou un "pays émergent"...!

Si on peut convenir que le Maroc est en voie d'industrialisation et que ses entreprises doivent être compétitives au niveau international, on peut se demander si la création des juridictions de commerce spéciales répond véritablement à ses besoins et surtout à ses moyens aux ressources bien limitées, qui peuvent hypothéquer la réussite de cette expérience.

C'est dire l'intérêt de se pencher sur les autres expériences en ce domaine afin de vérifier celle qui lui sied le mieux.

I- L'option pour des tribunaux de commerce est-elle convenable?

Si l'existence et l'objet d'une justice commerciale sont communément admises⁽⁷⁾, il en va autrement en ce qui concerne le choix de la juridiction la plus adaptée pour la rendre. Afin de tenter d'y répondre, il y aura lieu d'examiner, tout en essayant de les comparant avec les tribunaux de commerce dans leur mouture moderne, les autres variantes ou formes de justice commerciale. Ensuite, on soulignera que ces juridictions ne possèdent pas l'exclusivité en la matière, en égard à l'existence d'un contentieux commercial particulier d'une part et à la préférence de recourir à l'arbitrage ou à des modes non juridictionnels de règlement des litiges, d'autres part.

On terminera enfin par souligner l'intérêt de substituer à une juridiction commerciale spéciale une compétence spécialisée en la matière des tribunaux de droit commun, en se fondant sur des expériences européennes en ce domaine puisque nos dirigeants ne croient qu'en celles-ci...

(7) Aussi n'y aura-t-il pas lieu de se pencher particulièrement sur la compétence à raison de la matière des tribunaux de commerce qui est assez étendue; à telle enseigne qu'avec l'élargissement du rôle du juge des affaires du commerce celui-ci est de plus en plus en charge d'une "magistrature économique", il connaît en effet, outre des conflits individuels entre commerçants, les litiges afférents au droit des sociétés, du droit des faillites, voire droit économique en général.

Chemin faisant, tout au long de ces développements, on ne manquera pas de rappeler les dispositions de la loi n° 53-95 sur tel ou tel point à discuter, le cas échéant.

4- La justice commerciale varie selon la qualité de ceux qui la rendent. Si dès le moyen-âge, en France par exemple, un tribunal de commerce existe à Paris, la composition et le statut de cette juridiction ne sont pas homogènes tant dans ce pays que dans d'autres pays européens. En effet, outre qu'il puisse être constitué de juges professionnels ayant le statut de magistrats de carrières. Le tribunal de commerce peut être également composé de "juges consulaires". Dans ce cas, le traitement, des litiges commerciaux est confié à des juges élus par leur pairs, en l'occurrence des commerçants, des dirigeants de sociétés commerciales ou d'industriels.

Ces juges ont l'avantage d'être au fait, plus que les juges professionnels, des règles ou usages commerciaux. Toutefois, de part de leur statut de juges élus (non professionnels), ils prêtent le flan à la critique. Le mode de leur recrutement ne constitue pas une garantie certaine de leur indépendance et de leur impartialité, qui constituent des garanties fondamentales de justice⁽⁸⁾. En outre, étant de simples commerçants et autres opérateurs économiques, leur formation juridique est loin d'être satisfaisante; ce qui représente un handicap certain pour rendre une bonne justice. La sécurité juridique recherchée par eux-même ne se limite pas seulement à connaissance approfondie des pratiques commerciales. Aussi au lieu d'une simple "justice consulaire", a-t-on parfois prévue une "justice composé". Le tribunal de commerce comprend alors des juges professionnels assistés de juges élus, représentants les opérateurs économique ou de simples assesseurs en matière commerciale devant être consultés.

Il est fait alors appel à des commerçants, à des industriels ou à des dirigeants d'entreprises dans des procès intéressant leurs catégories professionnelles respectives.

L'échevinage, déjà ancien, permet donc de concilier l'application du droit et les usages commerciaux du fait de la dualité de magistrats de carrière et des juges non professionnels ou des "assesseurs économiques".

(8) En l'occurrence lorsque leur élection ne traduit par une simple cooptation par les autres membres de leur corporation ou profession.

Il existe même dans d'autres domaines que les litiges commerciaux. On retrouve des "juges échevins", en France, dans la cour d'assise, dans les tribunaux pour enfants ou dans les tribunaux paritaires de baux ruraux par exemple⁽⁹⁾. On les rencontre actuellement aussi en Belgique et aux Pays-Bas pour le règlement des différends commerciaux.

Tel n'est pas le cas au Maroc pour se limiter aux juges (élus) communaux ou d'arrondissement et aux tribunaux de commerce créés par la loi n° 53-95⁽¹⁰⁾, sachant que les premiers n'ont pas compétence en matière commerciale.

Or les tribunaux locaux auraient pu se voir confier le règlement de litiges commerciaux de faible valeur, d'autant plus que, même si cela apparaît de pure forme, ces juridictions sont tenues dans une phase préalable à l'instruction du procès de tenter de concilier les parties et, partant, favoriser un règlement amiable de leur litige. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne les tribunaux marocains de commerce; ils sont seulement astraits à trancher le différend qui leur est soumis.

5- Recours possible mais aléatoire à l'arbitrage ou à des modes non judiciaires de règlement des litiges commerciaux. Toutefois, la loi n° 53-95 semble faire preuve de réalisme puisque son article 5 in fine stipule expressément que les parties pourront convenir de soumettre les différends (du ressort des tribunaux de commerce) à la procédure d'arbitrage conformément aux dispositions des articles 306 à 327 du code de procédure civile. Mais le législateur ne pouvait faire autrement car, qu'il ait maintenu la compétence des tribunaux ordinaires en matière commerciale ou qu'il s'agisse des tribunaux de commerce, les parties auront toute la latitude de s'adresser à des arbitres qu'ils auraient préalablement désignés (arbitrage ad hoc) ou à une institution compétente pour les épauler et à cet égard (arbitrage institutionnel). En effet, tant la justice civile qu'une justice commerciale censée comporter des avantages non négligeables pour les opérateurs économiques ne sont pas exemptes d'inconvénients : des procédures complexes, lentes et onéreuses ainsi que l'absence d'une confidentialité tant recherchée par le monde des affaires.

(9) Les juges échevins étaient en France, avant 1789, des magistrats municipaux.

(10) On rappelle également que depuis la réforme judiciaire de 1974, les crimes sont uniquement jugés par une formation collégiale comprenant des juges professionnels.

En outre, le fait que les dispositions de l'article 5 in fine soient précisées montre bel et bien le souci des gouvernants de laisser la porte grande ouverte aux investisseurs et entrepreneurs non nationaux pour recourir à l'arbitrage commercial international, mais sans pour autant aller jusqu'au bout de leurs largesses. De toute façon, il n'était pas besoin d'insérer ce texte dans la loi n° 53-95 puisque les parties intéressées pouvaient se prévaloir du régime de l'arbitrage institué par le CPC sans aucune référence à ce sujet. En outre, devant l'insuffisance de ce régime et l'absence d'une législation marocaine relative à l'arbitrage commercial international, les ressortissants étrangers (personnes physiques ou morales) se trouvant dans une position privilégiée leur permettant d'imposer à l'autre partie, marocaine celle-là, un tel mode de solution de leur litige en dehors du Maroc.

Concernant les nationaux, par contre, ceux-ci n'y sont pas habitués, bien qu'en désignant un ou plusieurs arbitres, ils puissent leur demander de rendre une sentence tenant compte à la fois du droit et des usages professionnels pour asseoir la sécurité juridique de leurs affaires ou statuer *ex aequo et bono* en tant qu'amiables compositeurs.

Il n'en va pas autrement lorsque, faisant le leur adage "un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès", ils utilisent des modes non juridictionnels de règlement des litiges commerciaux, avant ou après la saisine de la justice étatique (civile ou commerciale), à savoir la conciliation, la médiation, la transaction ou négociation, voire à l'"alternative dispute resolution" (ADR) qui est en vogue actuellement en Europe après avoir été né aux Etats-Unis. Et ce même s'il existe dans les pays économiquement avancés de la région des juridictions spéciales ou de droit commun compétentes en matière commerciale⁽¹¹⁾.

Autrement dit, le Maroc demeure encore à la traîne dans ce domaine, même comparativement à des pays d'Afrique du Nord ou arabes dotés de législations performantes en matière d'arbitrage commercial international (Algérie, Tunisie, Egypte, Jordanie, etc), sachant que ces législations prévoient la conciliation ou la médiation comme phase préalable à l'arbitrage, dont le caractère juridictionnel de celui-ci reste inchangé.

(11) Voir sur les expériences de ces pays occidentaux *infra* n° 7.

Ce n'est donc pas le recours au mohtassib qui pourra combler ces lacunes, d'autant plus que cet agent, dépendant du ministère de l'intérieur, est surtout chargé de la constatation et de la verbalisation des infractions sans qu'il ait un pouvoir de décision, si ce n'est parfois pour imposer une amende en matière de prix tout en ordonnant éventuellement une fermeture provisoire de l'établissement incriminé⁽¹²⁾. C'est en vertu des articles 10 et 11 de la loi n° 02-82 précitée que l'amin, principal responsable d'une corporation de métier, désigné par ses pairs, qui détient un pouvoir de conciliation entre des commerçants ou entre un commerçant et un consommateur (ou client), et établi de ce fait un procès-verbal de conciliation ou attestant l'échec de sa tentative⁽¹³⁾.

Par ailleurs, en optant pour une compétence exclusive des tribunaux de commerce, ces pays n'a pas accordé d'intérêt à un contentieux commercial particulier.

6- Désintéret pour un contentieux commercial particulier. On peut d'emblée arguer qu'à l'instar de ce qui a été prévu pour les juridictions civiles, le législateur a voulu attribuer une compétence étendue aux tribunaux de commerce afin de pouvoir simplifier la tâche aux justiciables qui auront à saisir ces seules juridictions spéciales⁽¹⁴⁾. C'est également dans cette optique que l'article 9 de la loi n° 53-95 dispose expressément que "Le tribunal de commerce est compétent pour connaître de l'ensemble du litige commercial qui comporte un objet civil". Pourtant, en France, même si ce tribunal⁽¹⁵⁾ a une large compétence en matière commerciale, il n'en possède pas l'exclusivité. En effet, des textes particuliers confient à des organismes administratifs un pouvoir juridictionnel. Tel est le cas, par exemple, du conseil de

(12) Cf. article 5, 6 et 7 du dahir n° 1-82-70 du 21-6-1982 portant promulgation de la loi n° 02-82 relative aux attributions du mohtassib et des oumana des corporations (B0, n° 3636 du 7-7-1982, p. 352).

(13) Aussi ne peut-on le comparer à un juge consulaire, élu par ses pairs pour rendre une décision de justice. Voir sur cette variante de justice commerciale supra n° 4.

(14) A moins qu'ils ne soulèvent un déclinatoire de compétence en application de l'article 8 de la loi n° 53-95.

(15) On rappelle que dans ce pays, le tribunal de commerce est uniquement constitué de juges consulaires (élus par leurs pairs).

la concurrence et de la Commission des opérations de bourse qui sont compétents, respectivement, pour juger des questions relevant du droit de la concurrence ou des règles régissant le fonctionnement du marché boursier ou de la protection de l'épargne investie en valeurs mobilières.

Au Maroc, par contre, si les pouvoirs publics misent de plus en plus sur le développement de la Bourse de Casablanca et l'encouragement de l'épargne privée dans ce domaine, le Conseil déontologique des valeurs mobilières (CDVM⁽¹⁶⁾) est surtout chargé de s'assurer de la protection de l'épargne investie en valeurs mobilières et "de proposer à cette fin les mesures nécessaires". A ce titre, il contrôle seulement que l'information devant être fournie, par les personnes morales faisant appel public à l'épargne, aux porteurs de valeurs mobilières et au public soit établie et diffusée conformément aux lois et règlements en vigueur. Il veille, en outre, au bon fonctionnement des marchés de valeurs mobilières et assiste le gouvernement dans l'exercice de ses attributions en matière de réglementation de ces marchés. Ainsi, d'après l'article 1er du dahir l'instituant, il n'a aucune attribution juridictionnelle⁽¹⁷⁾.

Par ailleurs, même si les rédacteurs marocains du projet de loi sur les concurrence et les prix ont repris la plupart des dispositions de la législation française en la matière et prévu la création d'un "Conseil de la concurrence", l'article 9 du dit projet stipule que cet organe "peut être consulté par"... Les juridictions compétentes, sur les pratiques anticoncurrentielles et relevées dans les affaires dont elles sont saisies".

Il n'a donc qu'une attribution consultative facultative.

En définitive, après avoir évoqué les différentes variantes de la justice commerciale en rapport avec la qualité de ceux qui sont amenés à la rendre, on s'aperçoit que ce que attendent les commerçants et les autres justiciables assimilés

(16) Créé par le dahir portant loi n° 1-93-212 du 21-9-1993 relative au Conseil déontologique des valeurs mobilières et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne (BO, n° 4223 du 6-10-1993, p. 520).

(17) C'est, à notre connaissance, le seul organisme pouvant s'apparenter à la Commission (française) des opérations de bourse, mais sans qu'il soit chargé de la même mission que ce dernier.

est une compétence spécialisée qui s'exprime à la fois par l'expérience des affaires et la formation juridique dans ce domaine. Aussi ne manque-t-on pas de fustiger la justice civile en l'accablant de tous les maux. Pourtant, il est loin d'être exclu de lui trouver les qualités recherchées ailleurs, alors que le Maroc n'a pas les ressources financières suffisantes pour se payer le luxe de plusieurs juridictions spécialisées.

7- Pour une compétence spécialisée des tribunaux ordinaires. De moment qu'on cherche obstinément à copier les pays industrialisés, il n'est pas indifférent de se reporter à la synthèse des réponses au questionnaire envoyé par la Direction des Affaires Juridiques du Conseil de l'Europe aux pays membres de cette organisation régionale et aux pays non membres bénéficiaires des programmes de coopération juridique, soit 32 Etats sur les 35 au total, pour vérifier si dans leur majorité ils ont opté pour des juridictions spéciales⁽¹⁸⁾.

Toutefois, au lieu de rapporter les différentes options suivies par l'ensemble des pays ayant répondu au questionnaire, on se contentera d'évoquer les réponses de la plupart des pays membres de l'Union européenne, outre certains pays de l'Europe centrale et orientale⁽¹⁹⁾.

Aussi en consultant ces réponses, ne sera-t-on pas surpris de savoir que dans leur écrasante majorité ces pays ont confié les litiges commerciaux à des tribunaux de droit commun. Tel est notamment le cas de l'Autriche (sauf à Vienne), du Danemark (avec cependant des assesseurs non juristes au sein des tribunaux de district et de la Cour d'appel), de la Finlande, de l'Allemagne, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, du Luxembourg (où tribunaux de commerce sont des chambres spéciales au sein des tribunaux d'arrondissement), du Portugal (tribunal de 1ère instance appelé tribunal de "camara" ou de "circulo", selon le cas), de l'Espagne, de la Suède (chambres spécialisées dans les affaires commerciales) et du Royaume-Uni. On peut également ajouter que les tribunaux ordinaires sont compétents en la matière en

(18) Cf. La justice commerciale, actes de la réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe, op. cit. pp. 101-174.

(19) Sachant que ce sont les expériences des Etats membres de l'UE qui retiendront l'attention de nos dirigeants qui cherchent obstinément à en faire partie et qu'un accord d'association lie leur pays à cette institution supranationale.

Belarus, en Bulgarie (chambre spéciale), à Chypre, en République tchèque, en Hongrie (avec une division spéciale)⁽²⁰⁾.

Quant à la Fédération de Russie, on n'y trouve que les tribunaux arbitraux (cour suprême, tribunaux de région et tribunaux d'arrondissement).

Parmi ceux qui ont choisi des juridictions consulaires ou spéciales, on signalera le Belarus (tribunaux économiques), la Croatie (tribunaux de commerce et Haute cour de commerce), la Belgique (tribunaux de commerce avec recours à la cour d'appel ordinaire), la Suisse (tribunaux de commerce mais aussi tribunaux ordinaires pour des affaires de faible valeur) et enfin la France.

Concernant ce pays d'adoption pour notre législateur, il n'est pas sans intérêt d'observer qu'outre les tribunaux de commerce (juges consulaires), le tribunal de grand instance est également compétent en matière commerciale quand n'existe pas un tribunal de commerce dans sa circonscription.

Or le Maroc n'a même pas prévu une telle éventualité. Le législateur marocain a même opté pour une position diamétralement opposée puisqu'en vertu de l'article 9 de la loi n° 53-95, le tribunal de commerce est compétent "pour connaître de l'ensemble du litige commercial qui comporte un objet civil"⁽²¹⁾.

Mais si une telle règle paraît compréhensible et admise du fait que généralement "le juge de l'action est juge de l'exception", il l'est moins lorsque l'alinéa 2 de l'article 5 des mêmes textes favorise, sinon privilégie, un commerçant vis-à-vis d'un non commerçant, de surcroît un consommateur. En effet, cette disposition prescrit que "Le commerçant peut convenir avec le non commerçant d'attribuer compétence au tribunal de commerce pour connaître des litiges pouvant les opposer à l'occasion de l'exercice de l'une des activités du commerçant". Si ce texte prévoit une simple faculté, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une clause de style car c'est souvent le

(20) Il faudrait préciser cependant qu'une telle présentation reste schématique car certains pays, comme l'Allemagne par exemple, se sont dotés de juges consulaires sans préjudice de l'hétérogénéité des statuts, de ces différentes juridictions, cf. not. Roger Perrot : La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires.

(21) Sans préjudice d'une exception d'incompétence pouvant être soulevée par la partie la plus diligente (article 8 loi n° 53-95).

commerçant qui aura de l'ascendant sur l'autre partie pour l'amener à se soumettre à une décision d'une juridiction créée, paraît-il, à sa mesure pour répondre à ses besoins et attentes⁽²²⁾. Le tribunal civil ne sera donc qu'exceptionnellement saisi, bien qu'en attendant le fonctionnement effectif du tribunal de commerce ce soit encore lui qui traitera des litiges commerciaux (article 25 in fine loi n° 53-95).

Pourtant, pour revenir à la France comme d'autres pays occidentaux qui possèdent un code de la consommation digne de ce nom, les commerçants et les autres professionnels ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce pour des litiges qui les opposent aux consommateurs, bien que ces différends interviennent à l'occasion de leur activité commerciale. C'est là une preuve supplémentaire, si besoin en est, du favoritisme dont bénéficient les détenteurs de l'argent!

De toute façon, on aurait pu faire l'économie de nouvelles juridictions spécialisées en matière commerciale en maintenant au sein du tribunal de première instance la chambre commerciale existante, au sein de laquelle seront être créées selon la nature et le volume des affaires autant de sections que cels s'imposera⁽²³⁾.

Reste enfin le délicat problème de la prise en compte par le tribunal ordinaire des pratiques ou usages professionnels, outre une formation juridique appropriée des juges professionnels. Pour y remédier, il aurait été plus indiqué, d'une part, d'instaurer l'assessorat en matière sociale. ainsi, pourront assister les magistrats de carrière des représentants des commerçants et des autres opérateurs économiques, qui seront choisis à partir d'une liste pré-établie avec le concours des corporations de métiers et autres organisations professionnelles représentatives.

Quant à la spécialisation des juges professionnels, problème posé également par ailleurs, il conviendra de leur assurer une formation et un perfectionnement continus et adaptés, outre la formation juridique générale qu'ils avaient pour le bon fonctionnement des tribunaux de commerce ou des tribunaux administratifs⁽²⁴⁾?

(22) Comme on l'a souligné précédemment, voir supra n° 2.

(23) Comme c'est déjà prévu par les textes en vigueur en matière d'organisation judiciaire.

(24) En tout cas, la spécialisation des juges professionnels est incontournable même dans les juridictions ordinaires, civiles et prépressives, pour que ces dernières cendre une bonne justice en connaissance de cause, sans préjudice d'une formation humaine et éthique éprouvée.

On aurait pu, par ailleurs, en révisant les textes instituant les juges communaux ou d'arrondissement, étendre leur compétence en matière commerciale, en particulier pour des litiges de faible valeur pécuniaire, comme cela est prévu en matière civile, tout en augmentant le taux de dernier ressort, là aussi à côté des juges élus pourraient siéger des assesseurs économiques choisis juridiquement.

Quant à la création d'une chambre commerciale près la Cour suprême⁽²⁵⁾, elle aurait dû être prévue bien longtemps, sans attendre la création des tribunaux de commerce. Mais même en se limitant à l'appréciation des dispositions de la loi n° 53-95, on ne manquera pas de relever plusieurs contradictions et ou carences qui traduisent la précipitation avec laquelle a été confectionné ce texte, due notamment à un mimétisme de mauvaise loi de la législation française, et ce en allant à l'encontre des objectifs même avoués de la justice commerciale.

II - Une justice commerciale de proximité non probante à la ligne. Tout en rappelant les buts poursuivis par la création des tribunaux de commerce⁽²⁶⁾, on se contentera de souligner certaines contradictions notoires entre le droit et la pratique, que ce soit au niveau de la compétence territoriale ou de la compétence à raison de la matière qu'au niveau de la procédure, qui vont à l'encontre d'une réelle proximité de la justice commerciale pour ceux à qui elle se destine.

8- Le rapprochement de la justice du justiciable en question - L'alinéa 2 de l'article 1er de la loi n° 53-95 renvoie à un décret qui fixera leur nombre, leurs sièges dans les "régions" et leur ressort.

En faisant référence aux régions, l'ambition des responsables de la justice étatique s'avère bien limitée. De fait, il a été annoncé tambour-battant que seulement "huit tribunaux de commerce et trois cours d'appel seront opérationnelles dans les principaux pôles de l'activité économique"⁽²⁷⁾. Et ce, après qu'une commission de suivi du contentieux relatif aux investisseurs et opérateurs économiques ait été constituées dès le 16 décembre 1996, c'est-à-dire avant la publication

(25) Cf. article 24 modifiant l'article 10 al. 3 du dahir portant organisation judiciaire du pays de 1974.

(26) Voir à ce propos supra n°2.

(27) Cf. Le Matin du 20-6-1997 qui rapporte les déclarations du ministre de la justice de l'époque.

du dahir de promulgation de la loi n° 53-95 au bulletin officiel. Il s'agira donc des "tribunaux régionaux", à l'instar de ce qui avait été décidé pour les tribunaux administratifs⁽²⁸⁾. Si ce choix peut s'expliquer par les difficultés budgétaires que connaît le gouvernement ainsi que par le manque de personnel judiciaire spécialisé, pourquoi a-t-on créé ces juridictions? De plus, il est indéniable qu'on porte atteinte au principe du rapprochement de la justice du justiciable.

Les commerçants et opérateurs économiques se trouvant dans des petites localités se trouveront certainement désavantagés et devront se déplacer plus loin pour plaider devant le tribunal de commerce compétent.

De même, on risque de privilégier certaines régions au lieu d'autres. Pour éviter une telle inégalité devant la justice, il aurait fallu maintenir la situation actuelle. Avec les 66 tribunaux de première instance, où existent déjà des chambres commerciales, la proximité de la justice commerciale sera mieux assurée. tel sera également le cas si on confie à quelques centaines de tribunaux ou d'arrondissement le traitement spécifique de litiges commerciaux de faible valeur⁽²⁹⁾. Par ailleurs, dans le contexte actuel, le fait que l'article 12 de la loi n° 53-95 prévoit que "Les parties peuvent dans tous les cas convenir par écrit de désigner le tribunal compétent" ne changera rien⁽³⁰⁾.

En outre, l'application de ces dispositions ne se fera pas sans mal dans la mesure où une partie puissante imposera sa loi, dans un contrat, à une partie faible. Ce risque est aussi latent en se reportant aux dispositions de l'article 6 de la loi n° 53-95.

9- Une justice conçue pour être favorable à des justiciables fortunés. Selon ce texte, les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître, en premier et

(28) Sauf en ce qui concerne les cours d'appel administratives qui ne sont encore ni annoncées et encore moins créées.

(29) Doit-on rappeler, même si leur nombre est exagéré, on ne compte pas moins de 229 tribunaux de commerce en France. Cf. Roger Perrot : La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires, op. cit., p. 8.

(30) On rappelle à ce sujet que les règles concernant la compétence territoriale ne sont pas d'ordre public, contrairement à celles régissant la compétence matérielle.

dernier ressort, des demandes dont le principal n'excède pas la valeur de neuf mille (9000) dirhams et en premier ressort, des demandes d'une valeur supérieure à ce montant.

Si on constate que le taux de dernier ressort a été relevé par rapport à celui qui est applicable devant les tribunaux de première instance (3000 DH) et qu'il s'explique aisément par la nature des affaires soumises aux juridictions spécialisées, il n'en demeura pas moins que les petits commerçants et assimilés seront défavorisés par rapport aux autres. Les uns auront notamment la possibilité de bénéficier de la règle du double degré de juridiction, alors que les autres non.

Il va sans dire cependant que le taux de dernier ressort fixé pour les tribunaux de première instance devra être lui aussi relevé pour tenir compte non pas de l'évolution du niveau de vie mais surtout de la dépréciation monétaire. Cette observation est aussi valable en ce qui concerne le taux de dernier ressort fixé pour les litiges devant être soumis aux juges communaux ou d'arrondissement, qui est actuellement de 1000 dirhams. En réalité, l'égalité juridique formelle des justiciables devant la justice commerciale se traduira, comme c'est déjà le cas devant les juridictions ordinaires, par une inégalité devant la justice durement ressentie pas les petits commerçants. C'est d'ailleurs ce qui plaide encore une fois pour la compétence des juges locaux, dont le statut et la formation devront être améliorés pour qu'ils traitent de litiges commerciaux de faible valeur.

On rappelle également la précarité de la situation des non commerçants, des consommateurs pour la plupart, qui seront obligés par l'autre partie à se soumettre à une justice commerciale non faite pour eux et qui se verraient condamnés par un jugement non susceptible d'appel⁽³¹⁾.

Cette inégalité risque, en outre, d'être accentuée lors du déroulement de la procédure devant les tribunaux et les cours d'appel de commerce.

10- Une procédure dont la simplicité et l'efficacité sont loin d'être acquises. La justice commerciale doit se distinguer, en principe, de la justice civile par une

(31) Voir supra n° 7.

procédure simple, rapide et économique. Or à l'examen des principales règles édictées en la matière, on n'est pas certain d'atteindre les buts escomptés.

En effet, si tout au long du titre IV de la loi n° 53-95 (article 13 à 17) le législateur a ponctué la procédure devant les tribunaux de commerce par des délais assez courts, impérativement fixés, il n'est pas certain qu'ils seront effectivement respectés. On rappelle à cet égard que cette procédure est écrite puisque le tribunal est saisi par une requête écrite, d'une part, et qu'un juge rapporteur est désigné pour instruire cette demande, d'autre part.

La procédure étant écrite, l'office d'un avocat titulaire est obligatoire, ce qui implique pour le justiciable des frais supplémentaires (honoraires d'avocat) qu'un petit commerçant peut difficilement supporter. Toutefois, ce dernier ou un autre peuvent demander au président du tribunal l'autorisation d'ester eux-mêmes en justice. En outre, même le recours à un défenseur attitré n'est pas un gage d'une défense appropriée car, à l'instar du juge professionnel, celui-ci n'est pas souvent spécialisé en matière commerciale. Les avocats qui le sont dédaignent les affaires de faible valeur et se consacrent à celles que leur confient les sociétés commerciales et les opérateurs économiques brassant des sommes importantes.

Là encore se justifie pour les autres commerçants l'utilité de saisir des tribunaux d'arrondissement, ou juges locaux, ayant préalablement reçu une compétence en la matière. L'inégalité réelle entre ces différentes catégories de professionnels se vérifie ici aussi, et dont il n'est nullement tenu compte par un législateur croyant dur comme fer en une égalité factice devant la justice, civile ou commerciale.

En out cas, dans l'étape actuel des choses, n'étant pas épaulé par des assessseurs représentant les différentes catégories de commerçants et d'opérateurs économiques, le juge professionnel sera souvent enclin à s'en remettre à des experts dans les domaines touchant l'objet du litige ainsi qu'à prendre d'autres mesures d'administration de la preuve (enquête, vérification d'écriture ou de comptes, le faux incident, etc).

Aussi comme la loi n° 53-95 y renvoie, ce seront les dispositions du code de procédure civile qui s'appliqueront, avec les problèmes qu'impliquent la lenteur et

les tracasseries de la procédure judiciaire. Certes, on ne peut valablement éviter la mise en œuvre des mesures d'instruction qui constituent des garanties de procédure, mais il revient au juge rapporteur, aux hommes de l'art sollicités, aux agents du tribunal et éventuellement à d'autres personnes intervenantes en la matière de faire preuve de qualités morales et de qualifications professionnelles pour tenter d'assurer l'équilibre entre les deux types d'exigences (garanties de procédure et célérité) pour parvenir à une bonne justice. Or cette perspective ne sera pas aisément décelable du fait des pratiques actuelles en ce domaine. Que les textes de procédure fixent des délais impératifs au cours de l'instance ou invitent les juges professionnels à agir "immédiatement"⁽³²⁾, la résultat est loin d'être probant, même lorsqu'il s'agit de la procédure de référé.

Au lieu de faire preuve de diligence, on se dérobe derrière le paravent de l'encombrement des tribunaux par des litiges de faible valeur : plus nombreux, à côté d'autres pécuniairement plus importants d'une part, ou parce que les règles de procédures ne prévoient pas un traitement approprié pour les litiges n'exigeant pas une instruction normale, d'autre part, l'ensemble des différends sont généralement traités avec le même entrain nonchalant par des juges peu soucieux de prendre en considération la particularité de chaque cas. D'où des renvois et des décisions inconsiderés.

Concernant, par exemple, la procédure d'injonction de payer, si l'alinéa 2 de l'article 22 de la loi n° 53-95 prescrit que le délai d'appel et l'appel lui-même ne suspendent pas l'exécution de l'ordonnance rendue en la matière, cela peut constituer une garantie insuffisante pour la partie qui est condamnée en dehors de sa présence puisque le président du tribunal juge sur pièces. Toutefois, l'alinéa 3 de cette même disposition essaye de remédier à cette situation en permettant à la cour d'appel de commerce de "surseoir partiellement ou totalement à l'exécution".

Il aurait été plus convenable d'infliger une amende en cas d'appel abusif ou téméraire pour dissuader les mauvais plaideurs. la procédure devant la juridiction

(32) C'est ce qui ressort des dispositions du CPC, qui ne fixent pas de délais de procédure, sauf exceptionnellement pour certaines procédures particulières.

de second degré risque d'être également aussi lente et tracassière que celle suivie en première instance d'autant plus que l'article 19, alinéa y renvoie expressément. Enfin malgré les délais impartis à l'agent chargé de l'exécution pour accomplir sa tâche, le renvoi aux dispositions du code de procédure civile en matière d'exécution forcée des jugements ne facilitera pas le bon déroulement de la procédure en la matière. Il y a lieu, en définitive, de redouter la persistance des problèmes de notification et d'exécution des décisions de justice dont on n'en voit pas une issue satisfaisante pour les plaideurs de bonne foi. C'est ce qui incitera les commerçants de recourir plutôt à l'arbitrage ou à des modes non juridictionnels de règlement de leurs différends comme les y convient l'article 5 in fins.

Aussi se demandera-t-on pourquoi avoir opté pour une justice commerciale spécialisée puisque les comportements et les mentalités tant du personnel judiciaire et de ses auxiliaires que ceux des justiciables de mauvaise foi en nombre sans cesse croissants constitueront, comme c'est le cas présentement, des handicaps majeurs à l'application seraine des textes adoptés, en admettant toutefois que ceux-ci soient bien conçus et bien construits.

Conclusion Provisoire

II- Une expérience douteuse- Dans ces conditions pour le moins déplorable, le fonctionnement des tribunaux de commerce risque d'entraîner des gaspillages dont on aurait pu en faire l'économie. Il fallait éviter de se lancer tête baissée dans la production de textes dont l'application engagera des dépenses que l'Etat pourra difficilement honorer, à moins que cela ne soit au détriment des priorités sociales. On continue à favoriser les privilégiés et autres détenteurs de l'argent au lieu de s'occuper sérieusement du sort de la pléthora des pauvres et autres démunis de ressources financières, juridiques et judiciaires; Même en se limitant à la justice commerciale, sans tenir compte de l'environnement global dans lequel elle se situe, on constatera que les initiateurs de cette tentative n'ont pas tenu compte des expériences passées avec la création des tribunaux du travail (et tribunaux sociaux), des tribunaux communaux ou d'arrondissement, sans préjudice de celle concernant les récents tribunaux administratifs.

On persiste quasi-aveuglément à copier des pays dont le niveau de développement, la société et la culture diffèrent des nôtres. On prend donc une décision sans mures réflexions et on la justifie coûte que coûte, alors qu'il fallait inverser la méthode d'approche en se fondant suffisamment sur des études préparatoires approfondies et sur des enquêtes bien ordonnées.

Il reste beaucoup à faire pour que la justice officielle soit plus proche des justiciables, d'où l'urgence et la nécessité de réformes d'envergure pour y parvenir. De plus, on n'est pas prêt à encourager réellement des pratiques judiciaires alternatives que ce soient celles destinées aux opérateurs économiques que surtout aux catégories défavorisées de la population, qui pâtissent entre autre d'une inégalité intolérable devant l'appareil juriciaire de l'Etat. Leur participation effective à la production des lois et au fonctionnement des mécanismes et systèmes d'une justice alternative n'est même pas ébauchée par des recherches vérifiant leurs intérêt et utilité.

On reste donc très loin de l'idée d'une justice véritablement conçue pour tous tout en tenant compte des besoins et attentes de chaque catégorie, sociale, économique ou professionnelle de la population.

REGIONALISATION ET SYSTEME BANCAIRE

M. Larbi BEN OTHMANE(*)

Malgré certaines tentatives faites actuellement par le système bancaire en matière de délégation de pouvoirs, la prise de décisions y relève quasi exclusivement des services centraux qu'il s'agisse des banques privées ou, encore plus, de Bank El Maghrib ou des O.F.S. Seul fait exception dans une certaine mesure, le Crédit Populaire dont les banques régionales ont été habilitées à prendre des décisions comparativement importantes. Et il semble que cette préférence pour la centralisation persistera tant que les conditions qui rendent la décentralisation souhaitée et nécessaire, ne sont pas réunies.

Dans l'état actuel de l'organisation interne des établissements bancaires, pratiquement, la presque totalité des affaires ayant trait au crédit sont traitées par les services centraux, ce qui réduit la plupart des guichets à de simples collecteurs de dépôts. La prudence explique apparemment cette situation. En effet, s'il arrive que des banques fixent des seuils de délégations, il convient de noter que ces seuils demeurent très bas, de sorte que presque l'ensemble des demandes de crédit relèvent de la stricte compétence des directions générales. Le procédé a pour conséquence première d'alourdir les circuits financiers mais surtout de fausser la fonction bancaire en désynchronisant la redistribution de l'épargne. Ce système postule également, malgré ses avantages éventuels de prudence, que les sièges centraux prennent des décisions pour l'ensemble du pays. Or, dès l'instant où l'économie dépasse un certain seuil de développement, ces centres risquent d'être débordés par l'accroissement du nombre des demandes et leur éloignement peut entraîner des décisions inadaptées. C'est dire la nécessité d'une réforme urgente des circuits du crédit dans le sens de leur régionalisation.

(*) Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Mohammed V - Agdal - Rabat.

A - La réforme nécessaire des circuits du crédit

1. La réforme des circuits du crédit constitue une nécessité impérieuse dans le cadre actuel de l'organisation bancaire. Avec la restructuration en perspective du secteur du crédit, cette réforme devient encore plus prioritaire. A ce titre, elle ne devrait pas être exclusivement fondée sur de simples délégations de pouvoirs mais sur la création d'entités régionales jouissant d'une autonomie de gestion effective. A la condition d'être soumises à des directives précises des autorités de tutelle et au contrôle de leurs sièges centraux, ces entités doivent exercer la plénitude des fonctions d'un *établissement de crédit*.

Elles doivent bénéficier en ce sens notamment du relèvement de leurs seuils de compétence en matière d'octroi de prêts. Et il convient de préciser que dans cette hypothèse, les fondements juridiques de l'opération de crédit ne seraient pas affectés. Seule certains aspects de la procédure d'octroi de crédits subiraient des modifications, mais c'est là un avantage puisque celle-ci serait allégée comme seraient réduits les délais et les coûts de l'opération considérée.

Par la force de certaines habitudes où la routine n'est pas exclue, plusieurs obstacles se dressent toutefois, devant la réalisation de cette décentralisation. On peut rétorquer en effet, que la centralisation dans ce domaine est inévitable, comme on peut avancer que les entreprises, même lorsqu'elles ont une implantation régionale, préfèrent recourir aux sièges centraux des banques pour formuler leurs demandes. De plus, la prudence requiert que les responsables régionaux ne doivent pas être dotés de pouvoirs importants. D'ailleurs, ces derniers recherchent souvent eux-mêmes, pour un surcroît de sécurité, l'accord de leur direction pour les décisions qui sont de leur compétence.

Ces justifications du statut quo ne sont rien d'autres que le résultat découlant de la vieille tendance des sièges centraux à vouloir décider pour toutes les affaires. Comment peut-il d'ailleurs, en être autrement si les carrières continuent de se décider sur la base de l'appréciation de ces sièges ? En réalité, le centralisme sans partage qui caractérise le milieu bancaire, sans doute plus que toute autre profession, ne peut être évité qu'à la condition que l'instance dirigeante elle-même pratique une politique énergique de décentralisation et décourage les tendances à décider de tout au niveau hiérarchique supérieur.

2. C'est dire certainement que la solution réside dans un véritable bouleversement dans les méthodes, les mentalités et les habitudes de ces instances. Dans l'état

actuel du système bancaire, il semble bien qu'un simple appel en faveur d'un tel bouleversement ne soit pas réaliste.

Quoiqu'il en soit, il semble bien que pour arriver à cette solution, il est nécessaire de rechercher une méthode conciliant autonomie de gestion et soumission au contrôle général, ce qui conférerait aux entités décentralisées d'un minimum de pouvoir d'appréciation qui améliorerait leur image auprès du public par rapport à celle presque désincarnée des guichets locaux des banques actuelles. Et, dès lors que la décision appartiendrait aux responsables locaux, elle serait prise en connaissance des besoins réels du lieu d'implantation.

De surcroît, puisque naturellement les responsables seraient plus accessibles, leurs décisions seraient prises plus rapidement que dans le cadre d'une organisation centralisée où l'attention des dirigeants est dispersée. D'ailleurs, en raison de leur participation directe aux faits susceptibles d'entraîner la responsabilité de leurs établissements décentralisés, les dirigeants locaux se trouveraient juridiquement plus engagés. C'est là un autre avantage de la décentralisation qui a pour conséquence d'accroître la motivation de ces dirigeants et de modifier, dans un sens positif, la nature de leurs obligations juridiques et professionnelles.

B - Effets de la décentralisation bancaire

1. Dans sa conception actuelle, le guichet bancaire est une simple cellule d'exécution. Le gérant y est dépourvu de pouvoirs propres. Il se présente comme un agent appliquant à la lettre les directives fixées à l'échelon supérieur de la hiérarchie. Le guichet est, de plus, lui-même dépourvu de moyens susceptibles de lui conférer une quelconque autonomie, tant il est à la fois strictement soumis, contrôlé et jugé. Dans cette conception, il apparaît donc comme un simple comptoir à la recherche de la collecte des dépôts.

Or, malgré ces traits contraignants, le guichet est l'organe par lequel est mise en œuvre la fonction commerciale décidée par les organes centraux. Les comptes sont ouverts par son intermédiaire, de même que par son intermédiaire sont formulés et remis la plupart des crédits. De la sorte, si cette conception limite au maximum ses prérogatives, elle ne peut l'empêcher d'engager juridiquement la banque au-delà des prérogatives qu'elle lui reconnaît. En effet, que la banque opte pour une centralisation à outrance ou pour une politique de décentralisation, le résultat du

point de vue juridique est identique.

Les banques qui sont obligatoirement constituées sous forme de sociétés anonymes, régies par le droit commercial, peuvent voir engagée leur responsabilité par le fait de leurs mandataires et préposés, conformément aux principes de cette branche du droit. La clientèle est, en conséquence, fondée agir contre elles dès lors qu'elle se base sur des actes du gérant ou du préposé au guichet. Que ces derniers soient investis ou non de pouvoirs importants, la théorie du mandat apparent est suffisante pour justifier un tel recours.

En effet, il suffit que le préposé et a fortiori le gérant, se soient présentés comme accrédités de pouvoirs nécessaires pour que la banque soit éventuellement déclarée responsable. Il s'en suit que les actes de ces derniers, même agissant au-delà de leurs pouvoirs, engagent la banque sans qu'il y ait lieu de déterminer si la banque est, en l'occurrence, centralisée ou décentralisée.

Si cette position confirme bien l'adage selon lequel la banque est le métier du risque, elle ne laisse également subsister aucun doute sur le caractère non fondé des inconvénients formulés à l'égard de la décentralisation, du moins s'agissant des actes susceptibles d'engager la responsabilité de la banque. Méthode de gestion, la décentralisation ou la régionalisation ne fait donc pas plus, dans ce sens, que clarifier une situation de fait, existant déjà sous l'empire actuel de la centralisation.

2. S'agissant de la responsabilité personnelle des dirigeants locaux, il convient, en premier lieu, compte tenu de la conception centralisée actuelle des banques, de noter que l'obligation qui leur incombe est une obligation de moyens. En vertu de cette méthode de gestion qui régit les établissements bancaires, et qui dépasse même la pratique des Administrations publiques, ce qui est attendu des cadres et des agents, c'est l'exécution avec diligence sinon strictement des ordres qu'ils reçoivent. Ainsi, empêché d'apprécier l'influence de son action sur les résultats de l'entreprise ou de prendre une initiative personnelle, sa responsabilité est ramenée à sa plus simple expression.

Or, dans une entreprise bancaire décentralisée, une partie du pouvoir est déléguée aux dirigeants locaux pour effectuer certaines tâches ou pour aboutir à un résultat escompté. Leurs obligations vis-à-vis de l'établissement central change de nature. En effet, en considération des pouvoirs qui leurs seraient conférés, de la liberté d'action et des moyens dont ils auraient été dotés, leurs obligations ne seraient plus des obligations de moyens, mais s'apparenteraient à une obligation de résultat qui a pour effet de mieux préserver les intérêts de la banque elle-même.

LE NOUVEAU DROIT PENAL DU CHEQUE

Mohamed JAOUHAR(*)

Introduction

Le chèque instrument de paiement souffre actuellement d'une crise de confiance se traduisant le plus souvent par le refus pur et simple de sa réception en contrepartie d'un bien ou d'un service immédiatement livré. Car, à la différence de la monnaie fiduciaire, la remise d'un chèque n'est pas libératoire par définition et ne vaut donc pas paiement.

Il est difficile dans le cadre de la présente communication de faire le recensement des différentes causes participant à l'affaiblissement du chèque. Mais au delà des causes, le motif qui revient souvent étant : l'insuffisance, l'absence ou l'indisponibilité de la provision et les difficultés de recouvrement.

Cette absence de crédibilité du chèque a été déjà mise en évidence, publiquement, lors du 2^{ème} colloque de la pratique judiciaire et bancaire tenu à l'I.N.E.J le 20 et le 21 juin 1988.

Les recommandations de ce colloque conjuguées aux dispositions de l'avant-projet du code de commerce de 1988; ont pu servir de plate forme pour la conclusion par le secteur bancaire, en date du 29 juin 1989, d'une convention interbancaire relative à la prévention et à la lutte contre l'émission de chèques sans provision. Des professionnels ont pu affirmer⁽¹⁾, qu'en 1989 sur 15 millions chèques

(*) Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Hassan II - Casablanca.

(1) El Hadi Chaibainou : Pour la crédibilité du chèque au Maroc. Aspects informatiques, techniques et juridiques, p. 25, éd. Data Press - 1992.

émis, 7% (soit un million) ont été rejetés pour absence ou insuffisance de provision; ce qui est assez significatif pour une économie bancarisée seulement à 20%.

La convention interbancaire qui était entrée en vigueur le 1er juin 1990 avait le mérite de suppléer à la carence du législateur en la matière, du fait que le dahir du 19 janvier 1939 est devenu tellement inadéquat pour prévenir ou lutter contre les émissions de chèques sans provision. Cette convention avait également le mérite de baliser le terrain et de préparer les mentalités à l'avènement de la réforme légale.

En effet, cette réforme constitue l'un des grands apports du nouveau code de commerce du 1er août 1996. L'entrée en vigueur depuis le 03 octobre 1997, du livre III consacré aux effets de commerce accentue l'intérêt pour les dispositions relatives au chèque et spécialement celles fixant son régime répressif.

Il ressort de la lecture des 28 articles composant le chapitre 11 du titre III du livre III la ferme volonté du législateur de donner un tour de vis à l'utilisation de cet instrument de paiement. Le renforcement de l'arsenal pénal constitue l'un des traits marquants de cette législation qui a abrogé le dahir de 1939 et les dispositions du code pénal relatives au chèque.

Ainsi le droit pénal du chèque se trouve domicilié dans le code de commerce et s'inscrit de ce fait dans un mouvement général qui traverse actuellement le droit des affaires marocain. En privilégiant l'instrument pénal pour assainir les relations commerciales, le législateur persévère dans sa politique edificatrice d'un droit pénal marocain des affaires.

Mais à côté de l'arsenal pénal apporté par le nouveau code de commerce, nous assistons à l'émergence de la bancarisation du contentieux du chèque. Conscient du fait que le répressif est incapable à lui seul de juguler le fleau des chèques sans provision, le législateur a associé le secteur bancaire dans l'œuvre de prévention en responsabilisant largement les établissements bancaires.

1^{ère} Partie : La responsabilisation bancaire

L'implication du secteur bancaire dans la lutte et la prévention de l'émission des chèques sans provision apparaît à travers un certain nombre de dispositions apportées par le nouveau code de commerce. Certaines de ces dispositions constituent des innovations, d'autres figuraient déjà dans l'avant projet du code de commerce de 1988 ou dans la convention interbancaire du 29 novembre 1989.

L'ossature déjà dessinée à cet égard, par le nouveau code de commerce se trouve complétée par les circulaires de Bank-Al-Maghrib, spécialement les deux circulaires datées du 18 et du 22 septembre 1997.

On peut synthétiser dans la nouvelle réglementation deux séries de mesures, la première série concerne l'émetteur du chèque, la deuxième série est relative au bénéficiaire du chèque.

A - Les mesures visant l'émetteur

N'ignorant pas le rôle que peuvent jouer les établissements bancaires dans l'émission des chèques sans provision, soit par leur négligence soit par leur complaisance, le nouveau code de commerce met sur pied un système combinant la prévention avec la dissuasion.

1- La prévention par l'identification et l'information

Les Etablissements bancaires se voient imposer l'obligation de vérification de l'identité du client préalablement à l'ouverture du compte. Conformément à l'article 488 du N.C.C cette vérification se fait à travers la C.I.N pour les personnes physiques et à travers le numéro du R.C et l'identification fiscale pour les personnes morales.

La banque doit s'assurer également de l'adresse communiquée par le titulaire du compte. A cet effet une lettre de remerciements doit être adressée, en cas de retour de cette lettre par les services de la poste, la banque doit prendre contact avec le client pour confirmer l'adresse exacte et s'abstenir de toute délivrance de chèque.

Toujours à ce niveau et avant la délivrance d'un chèque à un nouveau client, la banque a l'obligation de consulter le fichier de Bank Al Maghrib, afin de s'assurer que le client n'est pas sous le coup d'une interdiction.

Selon l'art 11 de la circulaire du 22 septembre 1997 les banques doivent déclarer l'incident de paiement au Service Central des Incidents de paiement de Bank Al Maghrib au plus tard le 5^{ème} jour ouvrable qui suit la date à laquelle le refus de paiement a eu lieu. Cette obligation de déclaration de l'incident de paiement à la Banque Centrale, est assortie de sanction pénale eu cas de son inobservation. Selon l'article 322, Bank Al Maghrib assure la centralisation des incidents de paiement de chèque.

L'effort d'identification et d'information se vérifie également dans le contenu de l'article 308 qui dispose que : «Tout établissement bancaire qui délivre à son client des formules de chèque en blanc, payables à sa caisse, doit sous peine d'une amende de 100 DH par contravention, mentionner sur chaque formule le nom de la personne à laquelle cette formule est délivrée ainsi que les dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 271⁽²⁾».

Quant au 3^{ème} alinéa de l'article 271, il oblige les banques à mentionner sur les formules de chèques délivrées aux titulaires de comptes, les sanctions encourues en cas d'opposition illégale.

Malgré la clareté de ces dispositions, leur traduction dans la réalité quotidienne tarde à venir, et ce en dépit du délai d'un an donné aux banques entre la publication de la loi et son entrée en vigueur. L'attitude prise à l'égard de ces dispositions peut être parfaitement considérée comme un cas d'ineffectivité légale.

2- La dissuasion par l'interdiction et la régularisation

a. L'interdiction bancaire

A cet égard le nouveau code de commerce innove à la fois par rapport à l'avant projet de 1988 ou par rapport à la convention interbancaire de 1989.

En effet, la Banque qu'a refusé le paiement d'un chèque pour absence ou insuffisance de provision doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les établissements bancaires dont il est le client, les formules de chèque en sa possession et en celle de ses mandataires et doit l'interdire d'émettre, pendant une durée de 10 ans, des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.

(2) Une erreur s'est glissée dans la traduction française du B.O concernant le renvoi à l'article 271, car au lieu de renvoyer à l'article 271, on trouve un renvoi à l'article 371 qui n'a rien à voir avec le chèque, car cet article traite du nantissement du matériel et d'outillage à usage agricole.

A l'égard de cette interdiction bancaire on peut émettre deux observations :

- premièrement, en portant l'interdiction bancaire à 10 ans, la nouvelle réglementation apparaît plus régressive par rapport à l'avant projet de 1988 et par rapport à la convention interbancaire qui ne prévoyait qu'une interdiction d'un an. Cette sanction apparaît même plus sévère par rapport à l'interdiction judiciaire qui ne doit pas dépasser 5 ans; une harmonisation de la durée des deux sanctions serait tout à fait souhaitable.

L'effet de l'interdiction bancaire n'est pas à sous estimer, car elle constitue un handicap sérieux pour les commerçants qui se trouvent obligés, selon l'article 306 du N.C.C, de régler toute transaction commerciale d'une valeur supérieure à 10.000 DH, par chèque barré ou par virement; cette valeur est portée par la loi de Finances 1997-1998 à la somme de 20.000 DH.

- deuxièmement : en concédant aux établissements bancaires un pouvoir sanctionnateur, le législateur décharge ainsi la justice de la gestion d'une partie du contentieux du chèque. L'objectif est certainement louable, mais il aurait été souhaitable d'encadrer légalement ce pouvoir sanctionnateur et de donner aux interdits un droit de recours devant la justice. Surtout qu'en pratique l'existence ou l'inexistence de la provision dépend dans pas mal de cas de l'attitude prise par le banquier quant aux découverts accordés et rétractés par la suite, sans l'existence d'une convention écrite. Il est donc tout à fait normal de nourrir des appréhensions quant au pouvoir discrétionnaire d'appréciation par les banquiers de l'existence ou non de la provision et donc des incidents de paiement⁽³⁾.

Il est donc souhaitable de tempérer le ton catégorique de l'article 311 du N.C.C qui dispose que :

«Tout établissement bancaire peut, par décision motivée, refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification. Il peut à tout moment, demander la restitution des formules antérieurement délivrées».

(3) Cf : Chakib El Oufir : La fonction instrumentale du chèque ou la persévérance dans la protection d'un mythe, p. 40, in : le nouveau code de commerce, journée d'étude organisée à Rabat le 05-07-96 par le Centre Marocain d'Etudes Juridiques.

b. La faculté de régularisation

La faculté de régularisation prévue par l'article 313 du N.C.C ne constitue pas une innovation sur le plan des principes par rapport à la convention interbancaire ou l'avant-projet du code de commerce, les innovations touchent spécialement les conditions d'application.

La souplesse du nouveau code de commerce se manifeste à travers l'aménagement d'une porte de sortie pour l'interdit bancaire, celui-ci peut profiter de la chance offerte par l'article 313 en régularisant sa situation. Cette régularisation est subordonnée à la réalisation de deux conditions :

1) le règlement du montant du chèque impayé ou la constitution d'une provision suffisante et disponible

2) l'acquittement de l'amende fiscale prévue à l'article 314.

Le taux de l'amende fiscale est fixé à 5% du montant du chèque faisant l'objet de la première injonction, à 10% du montant du chèque faisant l'objet de la deuxième injonction, à 20% du montant du chèque faisant l'objet de la troisième injonction et des injonctions suivantes.

A l'égard de ces dispositions, on peut relever les observations suivantes :

1) La nouvelle réglementation s'est montrée beaucoup plus souple que l'avant-projet ou la convention interbancaire, puisqu'elle ne limite plus la faculté de régularisation, au délai de 20 jours suivant l'incident de paiement. Son exercice reste ouvert durant les dix années de l'interdiction bancaire autant de fois qu'il y a des incidents de paiement.

Alors que l'avant-projet du code et la convention disposaient : «Lorsqu'elle a été utilisée, cette faculté de régularisation pour un même compte n'est plus ouverte pendant un an à compter de l'incident de paiement».

2) On remarque que le N.C.C renforce les conditions de régularisation puisqu'il ajoute la condition de l'acquittement de l'amende fiscale, innovation inspirée au législateur marocain de la loi française du 31 décembre 1991.

Désormais donc, le trésor de l'Etat va profiter de cette criminalité économique relative au chèque. mais on relève que ni le N.C.C ni les circulaires de la Banque Centrale n'ont précisé les modalités d'acquittement de cette amende fiscale,

le mutisme qui règne à ce sujet est juridiquement embarrassant, car c'est le paiement de cette amende fiscale qui constitue la seconde condition permettant au client interdit de récupérer sa capacité d'émettre des chèques. Or légalement, la banque n'est responsable ni du calcul, ni du prélèvement ni de l'encaissement de cette amende. Il est à signaler qu'en France, la circulaire de la Direction des impôts appliquée en 1992 a prévu l'achat d'un timbre fiscal lorsque le montant est inférieur à 24.000 FF, au-delà de ce montant, le paiement s'effectue auprès du percepteur avec présentation à la banque du justificatif du paiement de l'amende pour régularisation.

3) On remarque que la faculté de régularisation n'est plus cantonnée dans le délai de 20 jours suivants l'incident de paiement, et que l'interdit bancaire peut disposer de la faculté de régularisation autant de fois qu'il le désire à condition de régler le montant du chèque et de payer l'amende fiscale. Cette option laisse la porte ouverte à la récidive, du moment que cette récidive est profitable au trésor public qui va prélever à partir de la 3^{ème} injonction 20% du montant du chèque non provisionné.

Cette démarche constitue une grande lacune du système. car d'une part les professionnels des chèques en bois seront rapidement rodés aux nouveaux rouages puisque le nouveau texte ne sanctionne pas la récidive; et d'autre part la fiscalisation de la sanction de cette manière cache mal l'aspect profondément utilitaire de la sanction, car afin de faire profiter le trésor au maximum possible de cette criminalité on a sacrifié les intérêts de victimes potentiels en s'abstenant de réagir plus énergiquement contre la récidive!

4) On observe que l'acquiescement de l'amende fiscale ne met pas l'émetteur d'un chèque sans provision à l'abri de toute sanction pénale et spécialement n'empêche pas sa condamnation à l'amende pénale si jamais les poursuites sont déclenchées. Car d'une part l'article 324 du N.C.C n'accorde la possibilité de sursis que pour les peines d'emprisonnement, et d'autre part l'article 325 subordonne la possibilité de réduction ou de suppression de la peine d'emprisonnement à la condition de constituer ou de compléter la provision dans les 20 jours de la présentation. Les rédacteurs du N.C.C ont certainement gardé trace dans cet article 325 de l'exigence de 20 jours exprimée dans l'article 329 de l'avant-projet.

5) Si la régularisation et le paiement de l'amende fiscale ne met pas l'émetteur indélicat à l'abri de l'amende pénale, il ne le met pas non plus à l'abri du paiement d'une autre amende mentionnée à l'article 307 du N.C.C.

En effet, le 3^e alinéa de cet article dispose que le tireur du chèque qui omet de maintenir ou de constituer la provision du chèque en vue de son paiement à la présentation est possible du paiement d'une amende de 6% du montant du chèque sans que cette amende puisse être inférieure à 100 DH.

Comment qualifier la nature de cette amende : fiscale? civile? ou pénale? qui doit la percevoir? quel est son intérêt? doit-elle être payée par celui qui a exercé sa faculté de régularisation et qui a déjà réglé le montant du chèque et acquitté l'amende fiscale?

Aucune réponse n'est apportée par le N.C.C à toutes ces questions. Seule l'origine du texte éclaire faiblement notre lanterne, car on trouve que ce 3^{ème} alinéa de l'article 307 transpose littéralement l'article 68 du Dahir du 19 janvier 1939, disposition qui était intégrée par le Dahir du 27 mars 1954. Cette disposition figurait également dans l'article 312 de l'avant-projet de 1988. Si l'existence de cette amende se justifie parfaitement dans ces deux textes qui ne comportaient pas de référence à l'amende fiscale progressive, en revanche elle se justifie mal dans le nouveau code de commerce qui en choisissant la technique de l'amende fiscale devrait normalement supprimer cette amende pour l'émetteur du chèque sans provision. Car autrement on assiste à un cumul fâcheux d'amendes !

B - Les mesures relatives au bénéficiaire

Ces mesures se résument essentiellement dans l'obligation de délivrance de l'attestation de non paiement et dans le rôle de garantie joué par l'établissement bancaire dans la nouvelle réglementation.

1- L'établissement d'un certificat du refus de paiement

Cette mesure prévue aujourd'hui par l'article 309 du N.C.C constitue une innovation notable par rapport à l'avant-projet, mais non pas par rapport à la convention interbancaire qui l'avait déjà prévue dans son article 13. L'article 309 dispose que : «tout établissement bancaire qui refuse le paiement d'un chèque tiré sur ses caisses est tenu de délivrer au porteur ou à son mandataire un certificat de refus de paiement, dont les indications sont fixées par Bank - Al - Maghrib.

L'utilité de cette attestation de non paiement est incontestable, car d'une part elle va permettre à la Banque Centrale de contrôler le respect par les banques de la procédure de déclaration des incidents de paiement; et d'autre part elle va permettre au porteur d'avoir des éléments précis sur le tireur et sur l'incident de paiement aux fins d'usage pour dresser le protêt et déclencher la procédure judiciaire.

A cet égard, on peut signaler l'innovation introduite par la nouvelle réglementation, donnant au protêt la valeur d'un commandement à payer, permettant au porteur du chèque protesté de solliciter une ordonnance sur requête l'autorisant à faire procéder à toute saisie conservatoire contre les signataires du chèque. Cette mesure introduite dans l'article 301 du N.C.C renforce sans doute les droits du bénéficiaire d'un chèque impayé et augmente ses chances de paiement par la possibilité de cette saisie conservatoire.

Il est à signaler que le non-respect de cette obligation de délivrance du certificat de refus de paiement est sanctionné, dans l'actuelle réglementation d'une amende pénale allant de 5000 à 50.000 DH; cette amende va donc plus loin que la sanction instituée par la convention interbancaire qui était limitée à 10.000 DH. Avec cette différence près que la nouvelle amende contrairement à l'ancienne, ne sera pas débitée par Bank - Al - Maghrib et versée dans un compte spécial qui servira du financement du développement des activités du Service Central des Incidents de paiement, comme le prévoyait la convention interbancaire.

2- L'institution d'une responsabilité civile de l'établissement bancaire

Le nouvel esprit du nouveau code de commerce apporte un concours appréciable à la victime d'un chèque sans provision à travers la responsabilisation du banquier fautif, dont le comportement n'est pas étranger à l'émission du chèque sans provision ou au refus du paiement.

Cette situation apparaît tout d'abord à travers le contenu du 2^{ème} alinéa de l'article 309 du N.C.C qui dispose : «Tout établissement bancaire qui, ayant provision et en l'absence de toute opposition, refuse de payer un chèque régulièrement assigné sur ses caisses, est tenu responsable des dommages résultant pour le tireur, tant de l'inexécution de son ordre que de l'atteinte portée à son crédit».

On déduit que la responsabilité civile du banquier pour refus abusif de payer un chèque et qui va entraîner des dommages et intérêts pour le compte du tireur, sert en même temps indirectement à renforcer les chances, du bénéficiaire à encaisser le montant du chèque, chaque fois que la provision est disponible.

La responsabilisation des établissements bancaires est assurée, en second lieu, par des mesures d'ordre civil, faisant du tiré une sorte de caution pour le paiement - ne serait - ce que partiel - de formules de chèque qui ont été remis illégalement, imprudemment ou dont on a négligé la restitution.

C'est dans ce sens que va l'article 320 du N.C.C qui oblige le tiré à payer à concurrence de 10.000 DH par chèque nonobstant l'inexistence ou l'insuffisance de la provision, tout chèque émis au moyen d'une formule dont il n'a pas réclamé la restitution ou qu'il a délivré à un nouveau client sans avoir consulté préalablement Bank - Al - Maghrib. Le nouveau code de commerce subroge à cet effet, le tiré dans les droits du porteur à concurrence de la somme dont il a fait l'avance.

L'alinéa 2 de l'article 320 va plus loin dans cet esprit de responsabilisation puisqu'il dispose que le tiré qui refuse le paiement d'un chèque au moyen d'une formule remise imprudemment ou non récupérée, est solidairement tenu de payer, outre une somme égale au montant du chèque dans la limite de 10.000 DH, les dommages - intérêts accordés au porteur en raison de non-paiement.

Selon ces dispositions déjà prévues par l'avant-projet et par la convention interbancaire, le tiré ne peut refuser en toute sécurité le règlement d'un chèque non provisionné que s'il est en mesure de justifier qu'il a satisfait aux dispositions légales relatives à l'ouverture du compte, à la délivrance des formules de chèque, ainsi qu'aux obligations légales résultant des incidents de paiement notamment en ce qui concerne l'injonction d'avoir à restituer les formules de chèques.

Ces mesures démontrent nettement la ferme volonté du législateur à faire participer les Etablissements Bancaires à la prévention et à la lutte contre l'usage abusif des chèques. La menace de payer des chèques pour le compte de clients indéliçats inciterait sans doute les banques à plus de prudence et de vigilance et les pousserait à mieux assainir leur clientèle.

Mais cette dimension de la responsabilisation bancaire coexiste dans la nouvelle réglementation avec une autre dimension non moins importante : il s'agit du cadrillage pénal qui fera l'objet de notre deuxième partie.

2^{ème} Partie : Le cadrillage pénal

Le renforcement de l'arsenal pénal constitue une donnée incontestable de la nouvelle réglementation; ce renforcement se déploie quantitativement quant au nombre des infractions et leur multiplications, et qualitativement par rapport aux incriminations et aux sanctions.

Le droit pénal du chèque change de cadre légal, la répression se trouve transférée du code pénal au nouveau code de commerce; ce qui rend caduc les dispositions du code pénal relatives à la répression des infractions contre le chèque. Par conséquent, les infractions du chèque perdent avec la nouvelle réglementation leur caractère d'infractions connexes à l'escroquerie attribué par l'article 543 du code pénal. Désormais le droit pénal du chèque constituera l'un des thèmes majeurs du droit pénal des affaires au Maroc.

Pour saisir le nouveau cadrillage pénal apporté par le N.C.C nous proposons d'examiner respectivement :

- les infractions du tireur (A)
- les infractions d'autres personnes (B)

A - Les infractions du tireur

Relativement au tireur les innovations du système sont à vérifier à la fois au niveau des incriminations, des sanctions et du régime répressif.

1 - Les incriminations

Parmi les grandes innovations du N.C.C on relève l'adoption d'une nouvelle formulation dans l'incrimination du délit d'émission du chèque sans provision.

Hier, l'article 543 du code pénal en transposant l'article 70 du dahir de 1939 incriminait : celui qui de mauvaise foi a émis un chèque sans provision préalable et disponible ou avec une provision inférieure au montant du chèque.

Aujourd'hui l'article 316 du N.C. C punit le tireur d'un chèque qui omet de maintenir ou de constituer la provision du chèque en vue de son paiement à la présentation.

De cette nouvelle formulation résulte l'éclipse de la mauvaise foi; la disparition de l'élément moral permettra de considérer le délit d'émission de chèque sans

provision comme une infraction purement matérielle ne nécessitant pas pour sa répression la démonstration du dol général ou de l'intention coupable.

Par conséquent, le champ répressif devient plus compréhensif et la sanction visera aussi bien l'escroc que le négligent qui omettra de s'assurer de la disponibilité et de la suffisance de sa provision avant d'émettre un chèque. La simple omission est donc punissable et la bonne foi n'est plus relevante même sur le plan simplement théorique. Il est donc permis d'affirmer que cette nouvelle rédaction de l'incrimination pilote va dans le sens de la rigueur.

On observe également au niveau de la formulation de l'incrimination insérée dans l'article 316 du N.C.C, que l'émission ne figure plus comme un élément constitutif de l'infraction; désormais c'est la présentation du chèque au paiement qui va être considéré comme l'événement susceptible de réaliser l'infraction en l'absence de la provision. Il est à signaler que cette rédaction est toute innovatrice même par rapport à l'avant projet de 1988.

Une deuxième infraction concernant le tireur se trouve insérée dans l'article 316 avec plus de précision, il s'agit de la défense irrégulière faite au tiré de payer le montant du chèque.

D'une part, le nouveau code de commerce précise la condition d'irrégularité : seule l'opposition irrégulière serait punissable; et d'autre part, on relève que l'article 271 a augmenté les cas d'opposition régulière en consacrant la tendance de la doctrine et de la jurisprudence. Cet article considère comme légitime l'opposition en cas : - de perte - de vol - d'utilisation frauduleuse ou de fabrication du chèque - et en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

Cette énumération est quantitativement supérieure à la fois par rapport au dahir de 1939 qui n'admettait d'opposition qu'en cas de perte du chèque ou de faillite du porteur, et par rapport à l'avant-projet qui n'avait ajouté que les cas de vol et de liquidation judiciaire.

On peut remarquer également que le motif fondé sur «l'utilisation frauduleuse» peut apparaître comme problématique, la doctrine et la jurisprudence peuvent lui donner des interprétations très différentes, ce qui risque d'ouvrir une brèche dans l'un des principes fondamentaux qui régissent les effets de commerce, à savoir l'indépendance du rapport cambiaire du rapport fondamental.

Dans le texte de l'article 316 du N.C.C, on relève l'absence ou plutôt la non reproduction de deux infractions concernant le tireur et qui figuraient avant dans l'article 543 du code pénal, il s'agit :

- de l'émission d'un chèque avec une provision inférieure au montant du chèque.
- et du retrait après l'émission de tout ou partie de la provision.

Au vrai dire ces deux infractions concernant le tireur n'ont disparu que sur le plan de la forme, mais elles subsistent implicitement sur le plan du fond, car l'article 316 du N.C.C emploie une formule assez compréhensive pour englober ces deux faits lorsqu'il réprime : «le tireur d'un chèque qui omet de maintenir ou de constituer la provision du chèque en vue de son paiement à la présentation».

Concernant toujours les infractions relatives au tireur, et en dehors de l'article 316, on trouve que l'article 307 du N.C.C érige un certain nombre de faits en infractions possibles d'une amende de 6% du montant du chèque sans que cette amende puisse être inférieure à 100 DH. C'est le cas :

- du tireur qui émet un chèque ne portant pas l'indication du lieu de l'émission ou sans date.
- du tireur qui revêt un chèque d'une fausse date.
- du tireur qui tire un chèque sur une personne autre qu'un établissement bancaire.

Ces incriminations sont étendues par le 2^{ème} alinéa de l'article 307 au premier endosseur et au porteur d'un chèque sans indication du lieu d'émission ou sans date, on portant une date postérieure à celle à laquelle il est endossé ou présenté.

2 - Les sanctions

Les infractions du tireur figurant dans l'article 316 du N.C.C ont bénéficié sur le plan des sanctions de l'autonomie, il ne s'agit plus d'infractions connexes à l'escroquerie par renvoi quant aux sanctions à l'article 540 du code pénal. Aujourd'hui l'article 316 du N.C.C prévoit les sanctions de l'emprisonnement de 1 à 5 ans et l'amende de 2000 à 10.000 DH sans que l'amende puisse être inférieure à 25% du montant du chèque ou de l'insuffisance de la provision.

En comparant ces peines avec les peines précédemment applicables, on observe qu'au niveau de la peine d'emprisonnement il n'y a pas véritablement renforcement de cette peine, puisque l'article 540 du code pénal relatif à l'escroquerie prévoit également un emprisonnement de 1 à 5 ans.

En revanche, au niveau de l'amende, on observe une élévation des taux minimum et maximum de l'amende classique, qui était fixée avant entre 500 et 5000 DH et qui vient de passer à un quantum de 2000 à 10.000 DH.

Quant à l'amende proportionnelle, alors que l'article 543 du code pénal disposait que l'amende ne peut être inférieure au montant du chèque ou de l'insuffisance, le nouveau code de commerce abaisse le taux en disposant dans l'article 316 que l'amende ne peut être inférieure à 25% du montant du chèque. Ce taux de 25% constitue donc, à côté du minimum de 2000 DH, un seuil pour le juge, celui-ci ne peut pas descendre dans le prononcé de l'amende en deça de ce seuil.

le choix déjà fait dans l'avant-projet de 1988 a été consacré dans le sens du renforcement de la seule amende; quant à l'emprisonnement, le législateur ne peut pas aller au delà du seuil de 5 ans au risque de transformer le délit de l'émission de chèque sans provision en un crime, ce qui serait excessif.

Quant à l'article 318 du N.C.C, il institue des peines aggravées pour le tireur qui viole soit l'interdiction bancaire soit l'interdiction judiciaire d'émettre des chèques. Cet article prévoit un emprisonnement d'un mois à 2 ans et une amende de 1000 à 10.000 DH comme sanction de la violation de l'interdiction. Et au cas où la violation de l'interdiction est accompagnée de l'inexistence ou de l'insuffisance de la provision, les peines mentionnées vont être doublées. Cette nouvelle incrimination et les sanctions qui lui sont rattachées ont clairement pour objectif de sévir contre la récidive.

3 - Le régime répressif

Il faut signaler que le régime répressif du nouveau code de commerce, s'est perfectionné à travers l'établissement de certaines mesures de sûreté et de certaines peines accessoires; dans ce sens :

- le tribunal dispose de la possibilité d'infliger au condamné une interdiction d'émission allant de 1 à 5 ans. Cette interdiction peut même être déclarée exécutoire par provision.

- Cette interdiction sera assortie de l'injonction faite au condamné de restituer à l'établissement bancaire, les formules de chèque en sa possession et en possession de ses mandataires.

- Le tribunal peut également ordonner, aux frais du condamné, la publication dans les journaux de la décision d'interdiction.

Ce régime répressif de l'émission du chèque sans provision n'est pas complètement verouillé, des issues de secours sont aménagées. Ainsi, le sursis reste possible mais on l'a limité aux seules peines d'emprisonnement. Lorsque les poursuites pénales ont été déclenchées et qu'on constate que le tireur a pu régularisé sa situation dans le délai de 20 jours, la loi donne la faculté au juge de réduire ou de supprimer carrément la peine d'emprisonnement tant à l'égard de l'auteur principal qu'à l'égard de ses coauteurs ou ses complices.

Dans ce dispositif pénal, on n'a pas non plus négligé les intérêts civils des victimes en leur permettant de réclamer soit devant la juridiction pénale soit devant la juridiction civile une somme égale au montant du chèque augmenté éventuellement de dommages-intérêts.

B - Les infractions d'autres personnes

Dans ce cadre nous serons amenés à examiner les innovations concernant les infractions du bénéficiaire, du tiré et le faux en matière de chèque.

1 - Les infractions du bénéficiaire

Dans l'actuelle réglementation le bénéficiaire se trouve visé dans l'alinéa 6 de l'article 316 qui réprime toute personne qui, eu connaissance de cause, accepte de recevoir ou d'endosser un chèque à la condition qu'il ne soit pas encaissé immédiatement et qu'il soit conservé à titre de garantie.

Le principe de l'incrimination des chèques de garantie figurait déjà dans l'article 544 du code pénal. Mais par rapport à cet article, on remarque d'une part que l'alinéa 6 de l'article 316 ne réprime plus l'émetteur d'un chèque de garantie, et on remarque d'autre part que l'alinéa 6 de l'article 316 a élargi les faits incriminés, car il ne s'agit pas seulement de réprimer l'acceptation d'un chèque de garantie, mais de punir également : l'endossement de ce chèque.

Par rapport à l'avant-projet de 1988, on relève que les rédacteurs du nouveau code de commerce ont écarté deux faits qui étaient incriminés dans le 6^{ème} alinéa de l'article 320 de l'avant-projet à savoir :

- L'émission de chèque de garantie.
- L'aval du chèque de garantie.

Dans l'arsenal pénal concernant le bénéficiaire on relève également l'absence d'une incrimination qui figurait à la fois dans le dahir de 1939 et dans le code pénal, il s'agit :

- du fait pour le bénéficiaire d'accepter de recevoir en connaissance de cause, un chèque émis sans provision :

Les différentes infractions du bénéficiaire sont punies des mêmes sanctions que celles du tireur c'est à dire d'un emprisonnement de 1 à 5 ans et d'une amende de 2000 à 10.000 DH sans toutefois dépasser 25% du montant du chèque.

2 - Les infractions du tiré

Le nouveau code de commerce se caractérise par l'institution d'une gamme d'infractions susceptibles d'être commises par le tiré et qui peuvent entraîner pour lui le paiement d'une amende allant de 5000 à 50.000 DH.

L'institution de ces infractions déjà prévues par l'avant projet de 1988, tend à responsabiliser davantage les banquiers et à les inciter à plus de vigilance et de coopération dans la lutte et la prévention de l'émission de chèques sans provision. La nouveauté de ces incriminations constitue sans doute un progrès par rapport aux carences du droit antérieur.

En effet, une seule infraction était prévue par l'article 71 du dahir de 1939 qui punissait d'une amende de 100 à 10.000 F, le tiré qui indique sciemment une provision inférieure à la provision existante. L'article 319 du N.C.C reprend cette infraction, mais en renforçant sa sanction et les conditions de sa constitution en écartant l'adverbe «sciemment» qui laisserait entendre qu'il s'agit d'une infraction intentionnelle.

Ce même article 319 du N.C.C ajouté à l'infraction précédente, les incriminations suivantes :

- Le défaut de déclaration dans les délais réglementaires, des incidents de paiement (articles 319 et 322).

- Le défaut de paiement d'un chèque présenté après l'expiration du délai de présentation ou présenté en violation d'une interdiction bancaire ou judiciaire (article 271).

- La non-délivrance au bénéficiaire du certificat du refus de paiement en cas d'absence ou d'insuffisance de provision. (article 309).

- Le non-respect de l'interdiction de délivrer des formules de chèques à un client interdit (article 312).

- Le défaut d'injonction adressée au client indélicat qui ne procède pas à la régularisation de restituer les formules de chèque, et de ne plus émettre pendant une durée de 10 ans (article 313).

- La délivrance de formules de chèque malgré l'interdiction judiciaire d'émettre des chèques (article 317).

3 - Les infractions de faux en matière de chèque

Quant aux faux en matière de chèque, l'article 316 du N.C.C ne se limite pas à incriminer la seule falsification ou contrefaçon du chèque, mais il étend l'incrimination :

- A l'usage et à la tentative d'usage d'un chèque contrefait ou falsifié.

- Et à l'acceptation, l'endossement ou l'aval d'un chèque contrefait ou falsifié.

Cette nouvelle formulation contenue déjà dans l'avant-projet de 1988 constitue un progrès par rapport à l'article 545 du code pénal, dans la mesure où cet article n'incriminait pas l'usage d'un chèque contrefait ou falsifié et n'incriminait pas l'endossement ou l'aval de ce chèque. On assiste donc à une extension du champ répressif relatif au chèque contrefait ou falsifié.

Concernant la sanction du faux en matière de chèque l'article 316 du N.C.C prévoit également un emprisonnement de 1 à 5 ans et une amende de 2000 à 10.000 DH sans que cette amende puisse excéder 25% du montant du chèque.

Ces nouvelles sanctions coupent les ponts avec l'article 545 qui renvoie pour la sanction du faux en matière de chèque aux articles 357 et 358 du code pénal punissant respectivement le faux en écriture de commerce ou de banque et le faux en écriture privée. Donc le régime répressif du faux en matière de chèque se trouve entièrement transféré au nouveau code de commerce.

Le dernier alinéa de l'article 316 du N.C.C ajoute à la peine principale une mesure de sûreté qui peut être prononcée par le tribunal et consistant :

- Dans la confiscation et la destruction des chèques contrefaits ou falsifiés.

- Confiscation des matières, machines, appareils ou instruments qui ont servi ou étaient destinés à la fabrication des dits chèques.

Conclusion

Au terme de cette étude se dévoile le nouvel esprit répressif du nouveau code de commerce, et apparaît la ferme volonté du législateur de sévir contre l'usage abusif du chèque afin de rétablir la confiance perdue dans cet instrument de paiement. La réhabilitation du chèque à travers la modernisation du système issu du dahir du 19 janvier 1939 peut être considérée comme un objectif principal de la nouvelle réglementation.

Pour atteindre cet objectif, le législateur n'a pas lésiné sur les moyens juridiques, responsabilisation bancaire et cadrillage pénal constituent désormais les termes de cette équation adoptée par la politique criminelle.

On ne manque pas de remarquer dans le nouveau système que le choix fait pour la dépenalisation partielle a été contrebalancé par la bancarisation du contentieux du chèque. Cette technique va permettre d'une part de désengorger les tribunaux et de soulager la justice d'une partie de ces affaires, et va permettre d'autre part d'associer le secteur bancaire dans la prévention d'incidents de paiement.

La révision de l'arsenal répressif vers le sens de la rigueur constitue également une option de politique criminelle dans un domaine du droit des affaires, afin de mieux assainir les relations commerciales.

Le système ainsi échaffaudé dans le nouveau code de commerce constitue, sans doute, un progrès par rapport à l'ancien système, mais il a ses propres limites.

- le nouveau système réussira-t-il à réhabiliter le chèque?
- l'offensive répressive va-t-elle réussir à gommer ou du moins à ralentir la pratique des chèques sans provision?

Dans l'impossibilité de répondre à ces deux interrogations, souhaitons tout simplement que la révolution juridique dans ce domaine soit accompagnée d'une révolution des comportements et des pratiques.

Bibliographie

- **M. Goudet & A. Charrian** : le droit pénal du chèque, Travaux de l'Institut de Sc. crim de Poitiers - 1979 - 3 - éd. Cujas.
- **Michel Vasseur** : Le chèque sans provision en France 1865-1992.
Sem. Jurid - 1992 - I - doct - 3562.
- **Michel Cabrillac** : du décret-loi du 30 octobre 1935 au chèque instrument de crédit, p.401 in Etudes Roblot 1984.
- **Christian Garalada, Jean Stoufflet** : Droit du Crédit, p. 349, Litec, 1988.
- **Chakib El Oufir** : La fonction instrumentale du chèque ou la persévérance dans la protection d'un mythe, p. 33., in : Le nouveau code de commerce. Journée d'Etudes du 5.7.96 organisée par le C.M.E.J.
- **El hadi Chaibainou** : Pour la crédibilité du chèque au Maroc, Data press 1992.
- **Merle et Vitu** : Droit Pénal Spécial. T 3 par A. Vitu in Traité de droit criminel, p. 564, éd. Cujas 1979.
- **Cabrillac** : Le droit pénal du chèque, Litec, 1980.

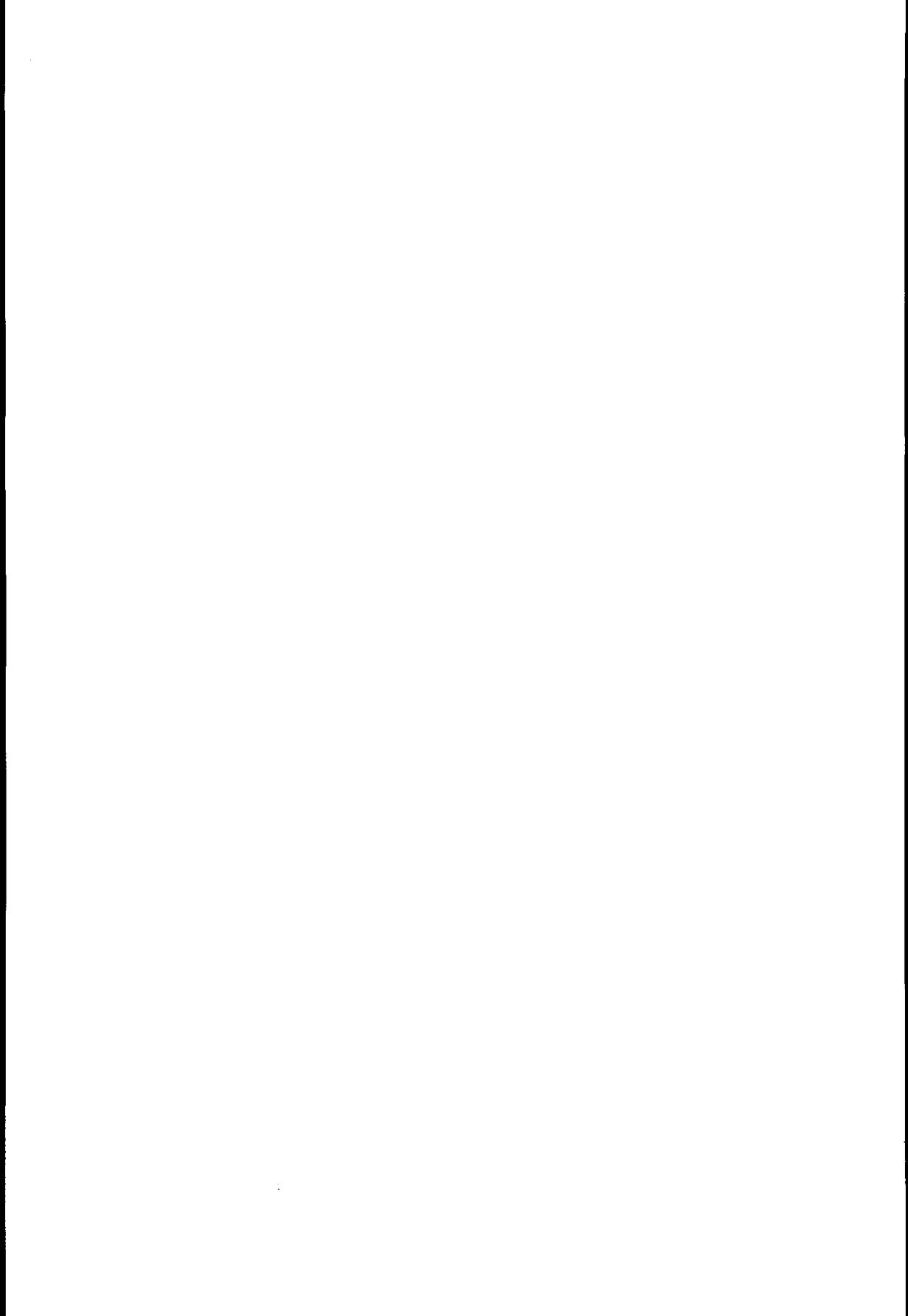
— محمد أو غريس : المسؤولية الجنائية عن جرائم الشيك في التشريع الجديد،
دار قرطبة 1997

— محمد الحارثي : الشيك بالمغرب واقع وآفاق، مطبعة النجاح 1988

— المختار بكور : الأوراق التجارية في القانون المغربي، بابل 1993

— شكري احمد السباعي : الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن ج 2 - 1981،
دار نشر المعرفة.

— الندوة الثانية للعمل القضائي والبنكي : الشيك بدون رصيد بين مشاكل الحاضر وآفاق
المستقبل. الرباط 20 و 21 يونيو 1988



COMMENT HARMONISER ENTRE L'HÉRITAGE DU PASSÉ ET LES EXIGENCES MODERNES DE LA NOUVELLE LOI SUR LES SOCIÉTÉS ANONYMES EN MATIÈRE DE GESTION

*Abdelaziz SQUALLI**

INTRODUCTION :

La société anonyme est la forme de société qui a le plus retenu l'attention du milieu des affaires et plus particulièrement du législateur ces dernières années. Les raisons de cette prise d'intérêt sont multiples. Nous pouvons citer en premier lieu l'ancienneté de la législation qui la réglementait (le dahir du 11 août 1922 rendant applicable au Maroc la loi française du 24/8/1867), l'évolution de la pratique en matière de société anonyme qui a fait naître de nouvelles exigences, la politique d'ouverture du Maroc sur l'investissement étranger etc...

Toutes ces raisons, ajoutées à d'autres⁽¹⁾ ont concouru à la mise en place d'un nouveau cadre légal de la société anonyme. Il s'agit de la loi n° 17-95 promulguée par le dahir du 30 août 1996 et publiée au B.O. n° 4422 du 4 jourmada II 1417 (17 octobre 1996).

Cette nouvelle loi a entraîné un bouleversement profond à tous les niveaux de la société anonyme: constitution, organisation, fonctionnement et dissolution.

Nous allons dans le cadre de la présente étude nous intéresser à l'un des aspects de ces changements à savoir la gestion de la société anonyme.

(*) Professeur de Droit à la faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah - FES.

(1) La nécessité de doter le pays d'une législation moderne susceptible d'apporter aux sociétés anonymes un nouveau cadre et une nouvelle réglementation qui peuvent leurs permettre de faire face aux nouvelles exigences du monde des affaires.

Pour ce nous avons voulu volontairement traiter de la tâche de gestion telle qu'elle est conçue dans le cadre de la nouvelle loi, mais sans pour autant rompre avec la pratique ancienne qui mérite de retenir l'attention même si elle s'avère défailante à plusieurs niveaux.

Nous allons donc partir de l'héritage du passé pour essayer d'aboutir à un modèle adéquat et adapté aux réalités marocaines, bien entendu à la lumière de la nouvelle législation.

La gestion est l'une des fonctions, certainement la plus importante dans toutes sociétés. Plus particulièrement en matière de société anonyme la nouvelle loi a apporté plusieurs nouveautés puisqu'elle a distingué entre deux modèles : des sociétés anonymes de type classique gérées par un conseil d'administration et un président et des sociétés anonymes de type moderne gérées par un conseil de surveillance et un directoire.

La mise en place de ces deux formules par les sociétés anonymes marocaines ne va certainement pas être une opération facile à réaliser. En effet la quasi-totalité des sociétés anonymes actuellement existantes sont gérées selon des modalités anciennes⁽²⁾ qui seront difficiles à harmoniser avec les données et les exigences de la nouvelle loi en matière de gestion. D'autant plus que l'art. 444 de la nouvelle loi n'a donné qu'un délai de deux ans aux sociétés anonymes déjà existantes pour se conformer aux nouvelles exigences⁽³⁾.

Nous sommes donc actuellement en matière de gestion des sociétés anonymes devant trois types de données : celles prévues par le dahir de 1922 qui en principe vont disparaître le 17 octobre 1998, celles dégagées par la pratique⁽⁴⁾ et enfin celles récemment prévues par la loi n° 17-95.

(2) Ce sont ce que le milieu d'affaires marocain appelle des sociétés anonymes de famille, dans lesquelles le chef de famille joue le principal, sinon l'unique rôle de gestion.

D'autant plus que ce type de sociétés anonymes représente un fort pourcentage de l'ensemble des sociétés anonymes marocaines (environ 75%).

(3) Ce délai expire en principe le 17 octobre 1998. D'ici là les sociétés anonymes actuellement soumises au dahir de 1922 ont devant elles un double choix, se conformer à la nouvelle loi avec toutes ses exigences (chose qui paraît difficile à réaliser pour une grande majorité des sociétés anonymes existantes), ou bien se transformer en une autre forme de société (chose qui n'est pas aussi sans conséquences car ça peut être source de problèmes, voire même de sacrifices).

(4) La pratique d'avant 1996 avait contribué elle aussi à développer l'organisation de la gestion dans les sociétés anonymes, puisque c'est elle qui a été à l'origine de la création du conseil d'administration, organe de gestion qui n'était pas d'ailleurs prévu par le dahir de 1922.

Dans le cadre de cette étude nous allons essayer d'évaluer l'apport de chacune de ces trois données tout en le confrontant aux exigences de la pratique et aux réalités économiques pour tenter de sortir enfin de compte un modèle, non pas qui doit faire l'accord unanime de tous mais qui serait le plus proche de nos exigences et de nos réalités. C'est donc la recherche d'une harmonisation entre ces types de données que nous allons tenter d'atteindre malgré les multiples difficultés qu'elle risque d'engendrer.

Première partie : difficultés d'harmonisation au niveau du choix de l'organe de gestion

La question du choix de l'organe de gestion est déterminante puisque c'est ce dernier qui va diriger la société et l'engager vis à vis des tiers. Les modèles sont multiples mais présentent entre eux une certaine ressemblance, voire même une complémentarité.

En France nous trouvons une organisation dualiste de la gestion avec deux types de sociétés anonymes; celles avec un conseil d'administration et un président et celles avec un conseil de surveillance et un directoire.

En Grande Bretagne nous trouvons trois types d'organes qui gèrent la société anonyme; le conseil des directeurs, le directeur général et le secrétaire de la société.

En Allemagne la société anonyme est gérée par un conseil de surveillance et un directoire.

Au Maroc la gestion de la société anonyme était organisée de manière très simple dans le cadre du dahir de 1922, mais avec la nouvelle loi elle est devenue plus complexe et plus exigeante.

A - Comparaison entre le dahir de 1922 et la loi de 1996

Les deux textes de loi préconisent deux modèles de gestion différents. Si celui de 1922 s'est révélé critiquable à plusieurs niveaux, celui prévu par la loi de 1996 est encore en expérimentation. Mais cela n'empêche pas que nous pouvons déjà procéder à une première évaluation.

1 - Les données du dahir de 1922 largement dépassées, mais comblées provisoirement par la pratique

L'art 22 du dahir de 1922 prévoyait que les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuit, pris parmi les associés. Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle.

Cet article était le seul prévu en matière d'organisation de la gestion de la société anonyme.

Le premier constat, c'est qu'il était simple, claire et laissait une liberté totale aux associés quant au choix de l'organe de gestion. Ainsi la société anonyme pouvait être gérée par un seul administrateur (administrateur unique) qui concentrait tous les pouvoirs entre ses mains et qui pouvait faire appel à des collaborateurs (directeurs généraux).

Ce mode de gestion légal a été adopté et il l'est toujours par un grand nombre de sociétés anonymes, surtout de type familiale.

Un tel système présentait l'avantage pour le chef d'entreprise de monopoliser toutes les prérogatives sociales et d'avoir une grande liberté d'action par le recours à différents procédés et techniques⁽⁵⁾.

Ce modèle de gestion n'était pas le seul à être pratiqué puisque plusieurs sociétés anonymes avait recours au conseil d'administration comme organe de gestion à l'instar de ce qui existait en France.

La pratique du conseil d'administration n'était pas interdite par le Dahir de 1922 puisqu'il laissait toute liberté aux associés d'organiser la gestion de leur société. C'est la raison pour laquelle certaines sociétés, surtout les plus grandes préféraient cette gestion «collégiale».

Cette situation avait duré pendant plus de soixante quatorze (74) ans, jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi, qui actuellement régit les sociétés anonymes.

(5) Le recours aux cautions personnelles du chef de l'entreprise pour se procurer les fonds nécessaires avec le risque de voir son patrimoine personnel englouti par la liquidation judiciaire de la société qu'il dirige.

2 - Les exigences de la nouvelle loi de 1996 non entièrement adaptées aux réalités marocaines

Inspirée du droit Français, la nouvelle loi a mis en place deux types d'organes de gestion et a laissé les associés libres de choisir le modèle qui leur paraît le meilleur.

Les articles 39 à 76 traitent des sociétés anonymes avec conseil d'administration et président, alors les articles 77 à 105 concernent celles avec conseil de surveillance et directoire.

Si la première formule avait déjà été expérimentée au Maroc, la seconde n'a pas encore été pratiquée jusqu'à présent et à notre avis elle risquerait de rester lettre morte⁽⁶⁾. D'ailleurs en France depuis la création en 1966 de ce deuxième modèle moins de 1,6% des sociétés anonymes ont adopté cette formule (conseil de surveillance et directoire)⁽⁷⁾. Seules quelques grandes sociétés anonymes l'ont choisi et plusieurs d'entre elles l'ont abandonné pour revenir au modèle classique malgré les avantages qu'il présente : une direction collégiale, une bonne séparation des pouvoirs entre la direction et le contrôle puisque le directoire n'intervient pas dans la gestion et se limite à la surveillance et au contrôle de la gestion, une facilité du choix des membres du directoire même parmi les personnes étrangères à la société, une adaptation de l'importance des organes de direction aux besoins de la société, une répartition équitable des responsabilités surtout grâce à la responsabilité atténuée des membres du conseil de surveillance, établissement d'un statut souple et efficace des dirigeants⁽⁸⁾.

Nous nous demandons donc pourquoi le législateur marocain vient de préconiser un tel modèle d'organisation de la gestion, alors que son échec a été démontré par la pratique française, là où les sociétés anonymes sont tellement gigantesques.

(6) D'ailleurs depuis la promulgation de cette nouvelle loi le nombre de création des sociétés anonymes a chuté de telle sorte que rares sont ceux qui osent s'aventurer dans ce domaine. cela n'est pas dû seulement à la nouvelle organisation de la gestion, mais à plusieurs autres données : formalités de constitution complexes, capital minimum, contrôle rigoureux des commissaires aux comptes, responsabilité plus lourde de tous les organes etc...

(7) D. Mielliet et B. Richard : dirigeant de société; un métier à risques. Editions d'organisation. 1996. p. 264.

Mémento pratique Francis Lefebvre : sociétés commerciales. 1996, n° 1510 et s.

(8) Lamy : sociétés commerciales. 1997, n° 3343.

est ce qu'il ne fallait pas prendre en considération les spécificités du milieu marocain et se limiter seulement au modèle classique de gestion avec conseil d'administration et président ?

B- La nécessité d'un choix qui répond aux exigences de la pratique marocaine : généraliser la pratique du conseil d'administration à toutes les sociétés anonymes

La gestion de la société anonyme est l'une des tâches les plus importantes et dont les conséquences sont cruciales pour la survie même de la société.

Au Maroc, les dirigeants des sociétés anonymes sont encore habitués à un mode de gestion ancien, voire même archaïque et le passage vers les exigences de la nouvelle loi risque d'être difficile à réaliser pour différentes raisons.

Ainsi par exemple la distinction entre société anonyme de type familial et celle ouverte ne va certainement pas disparaître. De même l'adaptation du milieu d'affaires marocain à la nouvelle formule de gestion introduite par la loi de 1996 (SA avec conseil de surveillance et directoire) ne peut se faire facilement.

Pour cela il est nécessaire de prévoir un modèle unique de gestion et encourager son adoption par toutes les sociétés anonymes. Ce modèle ne peut être, à notre avis, que celui qui a déjà été expérimenté par la pratique marocaine, à savoir le conseil d'administration et son président.

Ce type d'organe de gestion est actuellement reconnu et réglementé par la nouvelle loi sur les sociétés anonymes mais il est indispensable de combler certaines failles que nous avons pu déceler au niveau de ce nouveau texte législatif.

Tout d'abord nous avons constaté que l'art 44 exige la qualité d'actionnaire pour devenir administrateur et impose toujours la notion d'actions de garantie⁽⁹⁾.

(9) Art 44 chaque administrateur doit être propriétaire d'un nombre d'actions de la société, déterminé par les statuts. Ce nombre ne peut être inférieur à celui exigé par les statuts pour ouvrir aux actionnaires le droit d'assister à l'assemblée générale ordinaire, le cas échéant.

Ces actions sont indivisiblement affectées à la garantie de la responsabilité que peuvent encourir les administrateurs collectivement ou individuellement à l'occasion de la gestion de la société, ou même d'actes qui leur seraient personnels. Les actions de garantie sont nécessairement nominatives; elles sont inaliénables. Cette inaliénabilité est mentionnée sur le registre des transferts de la société.

Or la pratique (surtout celle française) a démontré l'inutilité de ces actions aux fins voulues par le législateur. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette exigence ne se trouve plus dans la législation française (art. 95 loi du 24/7/1966).

cependant ce que la loi marocaine n'a pas repris c'est la question de la limite d'âge des administrateurs et du président du conseil. Cette exigence est d'une grande importance en matière d'efficacité et de rendement dans les tâches de gestion.

C'est dans ce sens que l'art. 90-1 de la loi française du 24 juillet 1966 dispose que les statuts doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions d'administrateur, une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des administrateurs, soit à un pourcentage d'entre eux. L'alinéa 2 de ce même article ajoute qu'à défaut de disposition expresse dans les statuts, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante dix ans ne pourra être supérieur au tiers des administrateurs en fonctions.

La même exigence au niveau de l'âge est prévue par l'art. 110-1 (loi du 24/7/1966) qui dispose que les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de président du conseil d'administration une limite d'âge qui, à défaut d'une disposition expresse, est fixée à soixante-cinq ans.

De même la question du cumul des mandats d'administrateurs dans plusieurs sociétés n'a pas fait l'objet d'une réglementation spéciale dans la nouvelle loi marocaine contrairement à ce qui existe en France⁽¹⁰⁾.

Or nous savons pertinemment que cette question est à l'origine de plusieurs sortes de problèmes pratiques en droit des sociétés, surtout en matière d'abus (abus de majorité, abus de biens sociaux etc...).

Ensuite il nous paraît nécessaire d'encourager le recours aux compétences étrangères à la société en matière de gestion, notamment par le recours aux directeurs généraux. Cette faculté présente une utilité certaine surtout dans les sociétés

(10) Art. 92 loi du 24/7/1966 : une personne physique ne peut appartenir simultanément à plus de huit conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social en France.

Art. 111 loi du 24/7/1966 : nul ne peut exercer simultanément plus de deux mandats de président du conseil d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social en France.

anonymes de type familial dans lesquelles le chef de famille peut ne pas avoir les qualifications professionnelles et les aptitudes adéquates nécessaires pour assumer la gestion de la société.

Enfin de nos jours la gestion et la survie même de la société ne dépendent plus de la seule volonté des détenteurs de capitaux mais intéressent également tous ses partenaires. C'est le cas exemple des salariés de l'entreprise qui sont devenus, dans les grandes sociétés anonymes des interlocuteurs importants. La tendance actuellement s'oriente vers leur intéressement à la gestion et au fonctionnement, voire même à la participation dans le capital de la société non pas à titre isolé, mais de manière collective (encourager la technique du comité d'entreprise qui n'a pas été reprise par la nouvelle loi sur les sociétés anonymes).

Nous constatons donc que la gestion de la société anonyme et surtout la question du choix de l'organe qui va assumer cette tâche revêtent une grande importance non seulement pour les actionnaires mais aussi pour tous ses partenaires sociaux. C'est la raison pour laquelle nous optons pour un modèle simplifié, pratique et efficace capable de jouer un rôle décisif et surtout qui peut être à la hauteur de la mission et des pouvoirs que la loi, les statuts et la volonté collective des associés lui attribuent.

Deuxième partie : Difficultés d'harmonisation au niveau des pouvoirs des organes de gestion

En matière de pouvoir des administrateurs nous allons constater que la réglementation marocaine est passée d'un stade de liberté totale à un cadre étroitement organisé. Cependant ce qu'il ne faut pas oublier c'est que l'organe de gestion représente la société auprès des tiers et l'engage à tous les niveaux de telle sorte que ses pouvoirs peuvent être des lois absolus.

Ainsi la question des pouvoirs nécessite une prise en considération particulière à même de doter les dirigeants des pouvoirs nécessaires et suffisants pour mener à bien leur mission, sans pour autant leur laisser trop de liberté qui peut déboucher sur des excès de pouvoir.

A - Du dirigeant unique doté de tous les pouvoirs à une gestion individuelle masquée.

1 - Les failles du dahir de 1922 en matière de pouvoir des administrateurs

L'ancienne réglementation ne prévoyait aucune mention spéciale relative aux pouvoirs des administrateurs. Il fallait revenir au droit commun des sociétés pour trouver dans l'art 894 du D.O.C. que le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour assurer la direction générale de la société et faire ou autoriser tous les actes ou opérations de gestion entrant dans l'objet social et ceci sous réserve des pouvoirs attribués aux assemblées générales par la loi et les statuts.

De plus l'art. 40 du dahir de 1922 interdisait aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale.

Cette défaillance au niveau de la réglementation spéciale à la société anonyme ainsi que le souci de protection des tiers ne faisait que renforcer les pleins pouvoirs du PDG. D'autant plus qu'en pratique rares, voire même inexistantes les décisions jurisprudentielles qui condamnent les abus de pouvoir en matière de gestion.

2 - La nouvelle réglementation des pouvoirs des organes de gestion

Le principal constat que nous pouvons faire suite à la lecture de la nouvelle loi c'est la mise en place d'une hiérarchie qui a entraîné une certaine séparation des pouvoirs entre les organes chargés de la gestion de la société.

Ainsi dans la société anonyme de type classique la tâche de gestion est partagée entre le conseil d'administration et son président.

L'art. 69 : dispose que le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour prendre en toutes circonstances toutes décisions à la réalisation de son objet social au nom de la société et sous réserve des pouvoirs attribués par la présente loi aux assemblées d'actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que lesdits actes

dépassaient cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers.

L'art 74 : dispose que le président assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. Sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires, ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que lesdits actes dépassaient cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant ses pouvoirs sont inopposables aux tiers.

Nous constatons donc à ce niveau que le législateur marocain a évité sciemment un risque de confusion en matière de pouvoir de ces deux organes comme c'est le cas actuellement en France où les art. 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966 donnent le pouvoir d'agir au nom de la société à la fois au conseil d'administration et au président⁽¹¹⁾. En effet l'art. 69 autorise le conseil d'administration à prendre les décisions, alors que l'art 74 donne l'exclusivité au président pour agir. Mais les deux organes peuvent engager la société auprès des tiers. La loi distingue entre deux hypothèses. D'une part, elle définit l'étendu des pouvoirs des organes de gestion sur le plan interne, c'est à dire à l'égard de la société et d'autre part elle fixe l'étendu de l'engagement de la société vis à vis des tiers, c'est à dire sur le plan externe.

Dans le premier cas chaque organe est chargé d'une mission propre dont l'étendue est fixé par la loi.

(11) Voir pour plus d'explications :

Le guide de l'administrateur de la société anonyme. F. Basdevant, A. Charvériat et F. Monod. édition Litec. 1995. p. 31 et s.

Les décisions dans les sociétés. La revue fiduciaire; n° 791, avril 1993, p. 29 et s.

Le conseil d'administration est doté d'une compétence exclusive dans les matières suivantes⁽¹²⁾ :

- autorisation des cautions, avals et garanties donnés par la société autre que celle qui exploite un établissement bancaire ou financier (art. 70).

- autorisation des conventions passées entre la société et l'un des administrateurs ou ses directeurs généraux (art. 56).

- convocation des assemblées générales d'actionnaires, fixation de leur ordre du jour et des résolutions à leur soumettre (art. 72).

- transfert du siège social dans la même préfecture ou province, sous ratification de l'assemblée générale extraordinaire (art. 71).

- établissement de l'inventaire, des états de synthèse annuels et du rapport de gestion (art. 72).

- nomination et révocation du président (art. 63).

- répartition des jetons de présidence et des rémunérations exceptionnelles et des frais de voyage (art. 55).

- création de comités technique d'étude des questions qu'il leurs soumet pour avis (art. 51).

Dans le même sens le président se trouve charger d'une double mission : la présidence du conseil d'administration et la direction générale de la société. C'est lui qui est en principe compétent pour représenter la société dans ses rapports avec les tiers (art. 74).

Cependant en pratique le conseil d'administration, entant qu'organe collectif tend à s'effacer devant son président en matière de gestion effective de la société puisque ce dernier reste le seul organe permanent, alors que le conseil ne se réunit que périodiquement et se contente à définir la politique générale de la société et à contrôler l'action de son président.

Dans le second cas, celui de la relation de la société avec les tiers nous constatons que la loi protège ces derniers de manière quasi-absolue, puisque la société se trouve presque toujours engager par les actes de gestion du conseil d'administration et du président. Aucune limitation (statutaires ou celles du conseil

(12) Francis Lefebvre. op.cit. n° 1345 à 1354.

d'administration) même celle de l'objet social (sauf mauvais foi du tiers) n'est opposable aux tiers.

En définitive l'idéal serait dans un juste milieu où le conseil d'administration se charge de la définition de la stratégie et du contrôle des actes de gestion engagés par les dirigeants pour s'assurer qu'ils sont conformes aux intérêts des actionnaires et à la politique fixée, alors que le président et les directeurs généraux se chargent de la mise en œuvre de cette stratégie de gestion dans le respect de son objet social et de l'intérêt des associés.

Par contre dans la société anonyme de type moderne toutes les tâches de gestion sont concentrées entre les mains d'un seul organe qui est le directoire. En effet l'art. 102 dispose qu'il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et qu'il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Le conseil de surveillance se limite au contrôle seulement de la gestion telle qu'elle est faite par le directoire (art. 104).

Nous constatons donc que la loi établit une nette séparation entre la fonction de gestion, dévolue au directoire et celle de contrôle de cette gestion, reconnue au conseil de surveillance⁽¹³⁾.

Le principale remarque à faire c'est que le conseil d'administration gère certaines affaires sociales et contrôle la gestion telle qu'elle est faite par son président, alors que le directoire est l'organe exclusif en matière de gestion et le conseil de surveillance se limite au contrôle de ce qui fait le directoire.

Toutes ces considérations nous poussent à soutenir l'idée selon laquelle le dirigeant de la société anonyme doit obligatoirement présenter des qualifications professionnelles adéquates avec l'ampleur de la mission qui lui est allouée.

B - Un nouveau profil des dirigeants adapté aux nouvelles exigences de la loi et la pratique

Les dirigeants des sociétés anonymes sont actuellement obligés de bien connaître les dispositions de la nouvelle loi pour au moins une double raison. Tout d'abord afin de mieux connaître leurs droits et leurs obligations, ensuite pour mieux

(13) Le dirigeant de société. statut juridique, social et fiscal. Deen Gibrila. Edition Litec 1995, p.316.

se protéger car leur responsabilité est devenue lourde. Pour atteindre cette finalité ils doivent fournir beaucoup d'efforts surtout en matière de connaissance du droit des affaires et du droit des sociétés en particulier.

1 - Des dirigeants formés et informés : La nécessité d'une vulgarisation plus grande des données de la nouvelle loi

Le droit des sociétés au Maroc vient de connaître un bouleversement profond avec l'introduction de textes de lois complexes et difficiles à saisir. Il paraît donc indispensable d'engager des actions de vulgarisation à tous les niveaux afin de rendre plus accessible le contenu de ces nouvelles lois.

C'est dans ce sens que l'action du ministère du commerce et de l'industrie s'est engagée par l'organisation de tournées d'information animées par des spécialistes (enseignants et praticiens) auprès des chambres de commerce à travers le royaume. De même le ministère a participé à l'organisation de journées d'étude, de séminaires, de tables rondes et de colloques sur les thèmes de la forme du droit des sociétés commerciales.

De leur côté les entreprises doivent actuellement recruter des juristes et surtout les jeunes diplômés en droit afin de renforcer leur dispositif pour mieux faire face aux nouvelles exigences légales, ainsi qu'organiser des séminaires de perfectionnement des connaissances au profit de leurs dirigeants. Ces derniers doivent connaître avec précision leurs droits et leurs obligations dans la société.

Ainsi par exemple en matière de révocation la loi est claire puisqu'elle édicte expressément dans l'art. 48 que les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire, sans même que cette question soit mise à l'ordre du jour. La révocation est «adnutum» c'est à dire sans juste motif. La jurisprudence française est constante sur ce point⁽¹⁴⁾. Le droit de révocation, absolu en

(14) - Cass. com. 3/1/1996 J.C.P. 1996. Ed. E n° 5 P.A.p. 46 : la révocation d'un directeur général peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction.

Cass. com. 4/6/1996. J.C.P. 1996. Ed. E. n° 26. p. 242 : est illicite la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation adnutum du directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation.

Cass. com. 26/11/1996. D. 1997. p. 493 : circonstances de la révocation du président du conseil d'administration et principe de la contradiction. Deen. Gibirila.

raison de son caractère d'ordre public, peut être exercé malgré toute convention contraire et aucune clause statutaire ne peut envisager des conditions autres que celles prévues par la loi⁽¹⁵⁾.

2 - Des dirigeants responsables

Nous avons constaté que la nouvelle loi donne aux organes de gestion de très larges pouvoirs pour engager la société en toutes circonstances, mais en contre partie leur responsabilité est devenue plus lourde.

Les dirigeants peuvent voir leur responsabilité aussi bien civile (art 349 à 355) que pénale (art 373 à 424) engagée dans l'exercice de leur fonction.

La principale remarque que nous pouvons faire à ce niveau c'est que la nouvelle législation a sanctionné très lourdement les dirigeants fautifs de telle sorte que ces derniers sont actuellement effrayés surtout par le nouveau dispositif pénal en la matière⁽¹⁶⁾.

A notre avis pour alléger cette lourde responsabilité et pour dynamiser la gestion de la société le recours à la technique de la délégation des pouvoirs peut être d'un grand apport. D'une part ce procédé est reconnu et réglementé (art 66 et art 70 alinéa 5 et 104 alinéa 5) et d'autre part il peut aider les dirigeants dans leur tâche⁽¹⁷⁾.

La délégation de pouvoirs peut, même dans certains cas, exonérer le président de sa responsabilité surtout pénale.

La jurisprudence française est constante depuis 1993 pour reconnaître que sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement

(15) Le dirigeant de société. Deen Gibrila. op. cit. p. 278 et s.

Lamy sociétés commerciales. 1997. n° 3280.

(16) L'économiste du jeudi 28 novembre 1996.

p. 15 : la nouvelle S.A. sous la loupe de la CGEM. Pénalisation : le bâton gache la carotte. F. Mossadeq.

p. 10 : la pénalisation fait peur. N. Salah.

Maroc Hebdo international n° 255 du 4 au 10 janvier 1997 : du laxisme à la pénalisation. A. Chankou.

(17) La délégation de pouvoirs est considérée, non en terme d'échappatoire à la loi ou d'indice d'irresponsabilité organisée, mais comme le gage d'une bonne gestion destinée à parfaire la surveillance de l'application de la loi.

Voir dans ce sens : D. Gibrila. op. cit. p. 330 et s.

pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires⁽¹⁸⁾.

Le législateur conçoit la délégation de pouvoir beaucoup plus dans un souci de protection des intérêts des tiers et la fonde surtout sur la théorie du mandat apparent.

CONCLUSION

Nul ne conteste que la nouvelle loi a été d'un grand apport pour le milieu des affaires au Maroc. Mais comme tout travail elle souffre de certaines imperfections.

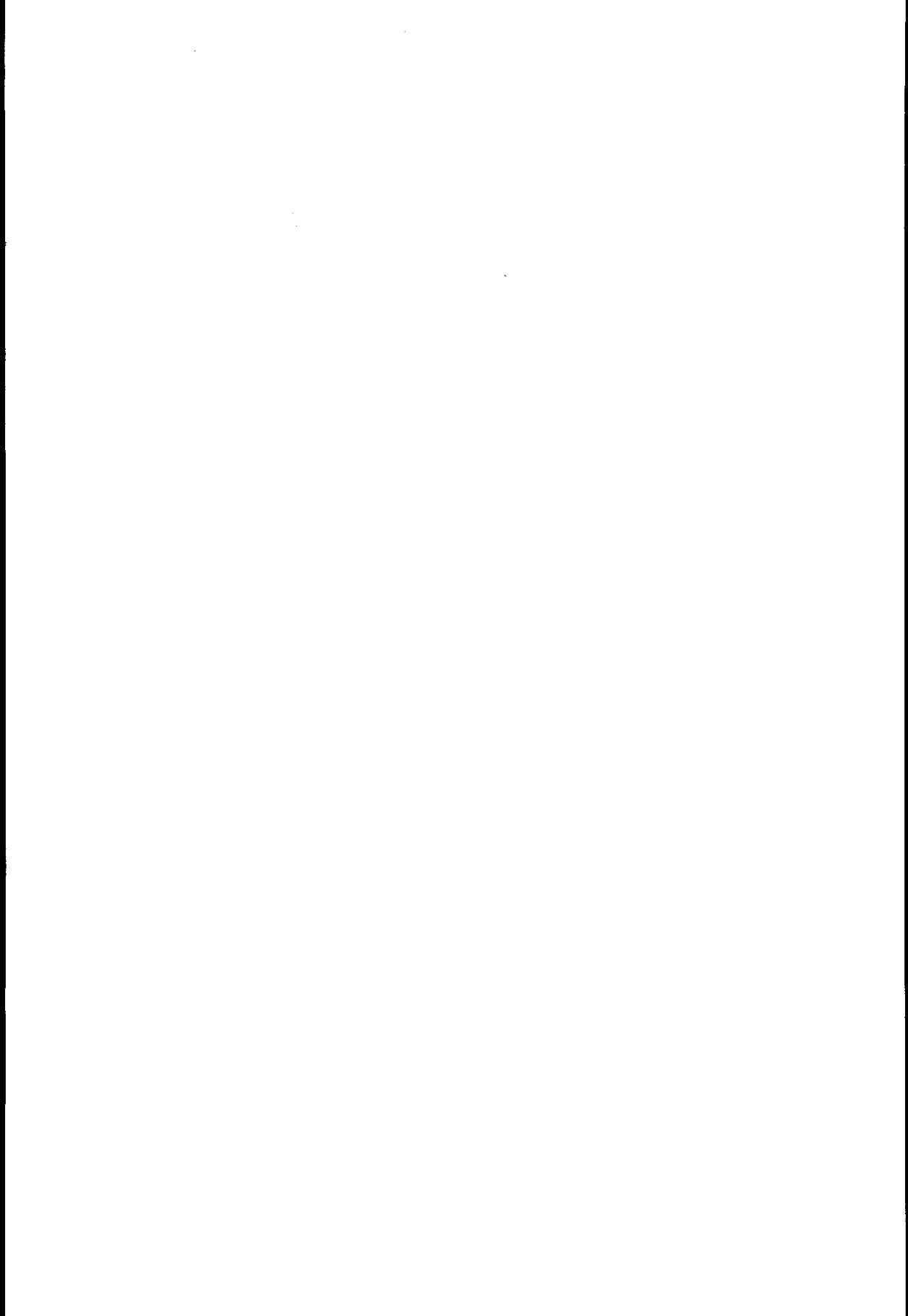
Ainsi en matière de gestion le choix entre les deux modèles paraît être trop audacieux surtout en ce qui concerne le désir d'instaurer la forme de société anonyme avec conseil de surveillance et directoire, alors que la formule classique celle avec conseil d'administration et président nécessite des retouches pour pouvoir s'accomoder avec la tradition des sociétés anonymes marocaines.

Il paraît certain que l'institution du conseil d'administration à la tête duquel se trouve un président va dans le sens de la mentalité des chefs d'entreprises marocaines et laisse également une liberté aux sociétés anonymes bien structurées pour trouver un modèle de gestion moderne et efficace.

Cependant ce qu'il faut éviter c'est de ne pas tomber dans les mêmes imperfections reprochées au modèle de 1922. Celles de donner au chef d'entreprise, quelle que soit l'appellation qu'on lui donne (PDG, président du conseil d'administration, administrateur unique, directeur général) tous les pouvoirs pour engager la société de telle sorte qu'il monopolise toute la gestion, ce qui risque de la bloquer s'il fait défaut ou de la mener à la ruine s'il s'avère incompetent.

En effet la pratique a démontré que la séparation des pouvoirs reste la meilleure façon pour une gestion efficace et responsable. Chaque organe qui intervient au niveau de la gestion doit mener sa tâche de manière souveraine et peut voir sa responsabilité engagée toutes les fois qu'il ne respecte pas l'étendue de ses pouvoirs.

(18) Dirigeant de société : un métier à risques. op.cit. p. 267 et s. La délégation de pouvoirs doit répondre à certaines conditions de validité : elle doit s'insérer dans une structure de direction cohérente, elle peut s'appliquer à des domaines où la loi n'en a pas disposé autrement, elle doit être non équivoque, précise et limitée à une fonction ou groupe de fonctions et enfin le délégué doit être pourvu de la compétence et de l'autorité suffisantes et disposer des moyens adéquats.



A PROPOS DE L'ARTICLE 44 DE LA NOUVELLE LOI RÉGISSANT LA S.A.R.L - L'E.U.R.L : MYTHE OU RÉALITÉ?

*Ahmed EL ABDOUNI
& Mustapha BENTAHAR (*)*

L'article 44 de la nouvelle loi du 13/2/1997 relatif à la S.A.R.L. en droit marocain une innovation qui semble choquer les esprits⁽¹⁾: le concept de la société unipersonnelle. Ainsi; bien que le D.O.C⁽²⁾. continue à enseigner que la société est et ne peut être que l'association de deux personnes au moins, aujourd'hui, une seule personne peut constituer une société à responsabilité limitée à associé unique. Cette société peut être considérée unipersonnelle ab initio, comme elle peut le devenir après sa constitution.

L'originalité de cette nouvelle institution est que, jouissant de la personnalité juridique, elle a pour conséquence de dissocier le patrimoine de l'entrepreneur de celui de l'entreprise. Autrement dit, elle rend possible l'indivisibilité du patrimoine d'une personne.

(*) Professeurs à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales, Université Mohamed I - Oujda.

(1) Mais en fait, «le législateur n'a fait que légitimer une évolution remarquée de longue date. C'est depuis des dizaines d'années que le nombre de sociétés, pour ne pas dire la majorité d'entre elles, étaient devenues la chose d'un seul homme. Cf. Cl. CHAMPAUD : Le contrat de société existe-t-il encore? In le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 126. D'ailleurs, dans cette étude éminemment pertinente, l'auteur fait une brillante synthèse de l'évolution du droit des sociétés. Il en résulte notamment que la promulgation de la loi française du 11 juillet 1985 relative à la société unipersonnelle est un événement logique et prévisible.

(2) Cf. l'article 982 du D. O. C. qui n'est pas encore modifié pour se conformer avec l'article 44 de la loi du 13/02/97.

Cette solution offre en principe une situation avantageuse pour l'entrepreneur et l'économie du marché en général, mais elle risque d'être génératrice d'abus, notamment à l'égard des tiers: les créanciers en premier lieu.

C'est d'ailleurs la raison principale de la controverse ancienne dont fait l'objet la notion de l'entreprise en doctrine et en jurisprudence⁽³⁾. C'est justement cette controverse qui inspire l'intitulé de notre communication : l'E.U.R.L.: Fiction ou réalité?

Mais plus concrètement, il convient de nous demander si le législateur marocain réalise un choix judicieux et efficace en adoptant cette technique d'organisation qu'il emprunte à une loi française du 11 juillet 1985⁽⁴⁾, qui a elle-même été révisée en 1994⁽⁵⁾.

Le contexte économique et social de la France de 1985 présente-t-il des ressemblances avec son homologue marocain de 1997 ?⁽⁶⁾

Autrement dit, la S.A. R. L. unipersonnelle de l'article 44 permet-elle de résoudre certains problèmes de l'entreprise marocaine de 1997 et lui apporte-t-elle des instruments «nouveaux» pour bien «entreprendre»?

Malheureusement, l'analyse⁽⁷⁾ nous révèle que cette institution ne semble pas pouvoir répondre aux besoins réels de l'entreprise marocaine. Elle risquerait même de s'avérer lettre morte, sinon n'avoir qu'une portée limitée.

(3) Rappelons à ce propos les études suivantes : G. RIPERT : Aspects juridiques du capitalisme moderne, L. G. D. J. , 2^{ème} édition, 1951 ; M. DESPAX : l'entreprise et le droit, thèse, Toulouse, 1956; F. H. SPETH : La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne, L. G. D. J., Paris et Ed. Desoer, Liège, 1957; BLOCH-LAINÉ : Pour une réforme de l'entreprise, Seuil, Paris, 1963; Comité SURDEAU : La réforme de l'entreprise, collection 10/18, Paris, 1975; R. ROBLOT: Traité élémentaire du droit commercial de G. RIPERT, 10^{ème} édition, L. G. D. J., 1980, n° 358 et s., pp. 219 et s.; Cl. CHAMPAUD : Le contrat de société existe -t-il encore ?, op. cit. ; M. D. ALAMI MACHICHI : Cours de droit commercial C. E. S., 3^{ème} cycle, 1981-82, Rabat; A EL ABDOUNI : Le conflit au sein de l'entreprise, mémoire de 3^{ème} cycle, Rabat, 1985, pp. 16 et s.

(4) Cf. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985.

(5) Cf. La loi 94-126 du 11/02/1994, dite «loi Madelin»

(6) Cette interrogation s'impose d'autant plus que l'on sait que la loi française du 11 juillet 1985 relative à l'E. U. R. L. a connu un fiasco. Cf. notamment Revue de jurisprudence commerciale, ancien journal des agrées. Numéro spécial, la transmission des entreprises, pp. 27 et s.

(7) Il s'agit d'une analyse globale qui prend en considération divers éléments : d'abord, les différentes réformes récentes, ensuite, les nouveaux choix politiques et économiques du Maroc.

De nombreuses raisons peuvent expliquer cette situation. En voici la principale : le législateur, en continuant l'oeuvre qu'il avait commencé avec la réforme de la S. A., reprend, en principe, les mêmes défauts et les mêmes qualités.

Le grand défaut réside dans l'absence de coordination et d'harmonisation de cette loi avec d'autres législations, notamment la législation fiscale.

Soulignons à ce propos que, compte tenu de la nature⁽⁸⁾ de cette réforme et des objectifs qu'elle tente de réaliser, il aurait été opportun de promulguer des réformes d'accompagnement pour la rendre attirante pour les entreprises.

En effet, l'E.U.R.L. n'est vraisemblablement pas la revendication des hommes d'affaires, du moins au Maroc. Ceux-ci, ou plus exactement une grande partie d'entre eux, ne cachent pas leur répugnance ou appréhension du droit et des conséquences qui en découlent. Cette attitude de l'entrepreneur marocain est nourrie principalement par la crainte que le droit ne soit synonyme de charges supplémentaires, notamment fiscales. C'est pour cela que, pour inciter les petites et moyennes entreprises à adopter l'E.U.R.L., l'Etat doit accomplir des réformes d'accompagnement et prévoir surtout des encouragements fiscaux.

Bref, nous pensons que la S.A.R.L. à associé unique de l'article 44 précité est critiquable (I) mais elle est perfectible si elle est appuyée par d'autres réformes.(II)

Ainsi, nous avons choisi de développer ces idées à travers le plan suivant:

I - Inadéquation de la S. A .R. L. à associé unique avec la réalité économique.

II - Nécessité de l'adaptation de cette structure juridique aux besoins.

(8) Il s'agit essentiellement d'une technique d'organisation que le législateur propose aux entrepreneurs pour, entre autres, assainir leurs entreprises, et en général contribuer à rentabiliser et perfectionner leur fonctionnement.

I - L'INADÉQUATION LA S.A.R.L À ASSOCIÉ UNIQUE AVEC LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE

Le législateur marocain, en créant la S. A. R. L. unipersonnelle, visait certainement des objectifs précis. En effet, "on ne fait rien pour rien". Quels sont les objectifs que cette forme sociétaire hétérodoxe permet de réaliser?

D'après la loi française du 11 juillet 1985 qui a inspiré le législateur marocain, celle-ci a été utilisée comme moyen d'organisation, plus précisément dans les PME, pour remédier au phénomène des sociétés fictives, permettre à certaines professions artisanales et libérales de bénéficier des avantages de la structure sociétaire, notamment en ce qui concerne la limitation de la responsabilité, permettre à certaines sociétés de fait, qui étaient dans une situation illicite, de légaliser leur statut et d'uniformiser leur système juridique avec le droit ⁽⁹⁾ des pays européens.

L'E. U. R. L. française a-t-elle permis d'atteindre les buts que le législateur lui a assignés?

La réponse est que malheureusement, elle a déçu les espoirs qui ont été fondés sur elle. Les entrepreneurs et les présumés usagers auxquels elle s'adressait l'on carrément ignorée.

S'agissant du Maroc, apparemment, la plupart des objectifs visés en France se retrouvent ici. Mais en fait, un fossé relativement profond sépare les contextes juridique et économique des deux pays. Cette distanciation est en défaveur de la S. A. R. L. unipersonnelle marocaine.

A supposer que les besoins et les objectifs soient bien par la S. A. R. L. unipersonnelle instituée par le législateur marocain, celle-ci, bien qu'elle présente certains atouts, apparaît dépassée par les structures sociétaires classiques. Ainsi, ses avantages s'avèrent presque vidés de leur substance (A). En conséquence, l'accent est mis plutôt sur ses inconvénients (B). Cette constatation se vérifie aussi bien sur le plan juridique que sur celui fiscal.

(9) Cf. notamment Jean PAILLUSSEAU : L'E. U. R. L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, *Juris. Class. Périodique*, Ed. générale, 3242, 1986, n° 20.

A/ Les avantages de la S. A. R. L. unipersonnelle neutralisés

Nous allons analyser ces avantages ou prétendus avantages aussi bien en matière juridique que fiscale.

a - En matière juridique

En synthétisant, nous pouvons dire que les avantages offerts par la S.A.R.L. unipersonnelle ont été soit neutralisés par les formes sociétaires déjà existantes (1), soit qu'ils comportent des risques (ou des revers),(2) soit qu'ils sont de portée dérisoire (3).

1°) Avantages neutralisés par les structures juridiques existantes

La réflexion de RIPERT selon laquelle la S. A., à laquelle nous ajoutons la S.A.R.L., est le meilleur instrument du capitalisme : n'est-elle pas toujours actuelle? de toute façon, c'est ce qui se confirme en principe en discutant les avantages de la S. A. R. L. unipersonnelle à travers le comportement de l'entrepreneur.

1^{er} avantage :

La S.A.R.L. unipersonnelle a l'avantage de dresser un écran entre le patrimoine personnel de l'entrepreneur et les biens affectés à l'entreprise.

La solution est logique, principalement du point de vue économique, et peut-être aussi du point de vue moral⁽¹⁰⁾.

Or, non seulement l'entrepreneur individuel pourrait et préférerait obtenir le même résultat en constituant une société (S.A. ou S.A.R.L.) fictive, mais la nouvelle loi elle-même introduit une limite sérieuse au principe de la limitation de la responsabilité par l'adoption de la notion de gérance de fait⁽¹¹⁾.

(10) En effet, «des circonstances accidentelles, indépendantes de l'honnêteté et de la bonne gestion, peuvent mettre une entreprise en «faillite». Si l'on permet à deux personnes de limiter à leur égard dont l'une est un homme de paille - les effets de tels accidents, pourquoi ne pas accorder le même avantage à l'entrepreneur unique». Cf. F.H. SPETH : la divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne, op. cit., p. 317

(11) En effet, par cette notion existance déjà depuis longtemps en droit fiscal marocain, il est possible de poursuivre, comme s'il était gérant, individuellement un associé, bien qu'il ne soit pas le gérant de droit. Aujourd'hui, cette notion est consacrée par le nouveau code de commerce.

2^{ème} avantage :

La S.A.R.L. unipersonnelle permet d'exercer le commerce sans acquérir la qualité de commerçant. L'associé unique peut même éviter d'être officiellement gérant et désigner un tiers à cet effet, tout en décidant de diriger son entreprise à travers ce dernier.

De cette manière, il échapperait aux obligations résultant de la qualité de commerçant et échapperait également aux risques qui menacent le gérant au cas où l'entreprise serait en difficulté⁽¹²⁾.

En outre, la S.A.R.L. unipersonnelle permet théoriquement aux détenteurs de capitaux de faire du commerce même s'ils font l'objet d'incompatibilité.

En fait, la S.A.R.L. plurale et la S.A. offrent ces mêmes avantages et assurent en plus l'anonymat. C'est du moins ce que croient la plupart des entrepreneurs. L'expérience démontre d'ailleurs que ce sentiment constitue un élément psychologique important dans le milieu des affaires marocain.

Elle offre encore plus d'aisance concernant d'autres points. Par exemple, l'administration dans une S.A. ou dans une S.A.R.L. classique génère moins de risques que la gérance dans la S.A.R.L. unipersonnelle.

En somme, cette nouvelle institution ne possède pas d'avantages inédits par rapport aux sociétés classiques,⁽¹³⁾ et même si elle en possédait quelques-uns, leur valeur est problématique.

2) Avantages comportant des revers:

Ce sont des avantages dont on peut dire que le revers est plus sensible que la médaille. Nous essayerons d'illustrer brièvement cette idée par:

1^{er} avantage :

La S.A.R.L., unipersonnelle permet à l'entrepreneur la maîtrise totale de son affaire, ce qui ne traduit par la souplesse et la rapidité de la prise de décision.

(12) Mais il faudrait préciser que la menace de retenir à son égard la qualification de gérant de fait n'est pas exclue : voir à ce propos les observations précitées, page précédente.

(13) Elle en possède certains par rapport à l'entreprise individuelle, c'est vrai.

l'entrepreneur n'a, en principe, à rendre compte à personne. C'est un avantage appréciable si l'on imagine le mécanisme d'administration des sociétés classiques, notamment la S.A. et la S.A.R.L.

2^{ème} avantage :

La S.A.R.L. unipersonnelle permet la facilité d'adaptation à l'entrepreneur, notamment en changeant de forme sociétaire, dans deux sens.

- d'abord elle permet le passage facile à la société classique (S.A. ou S.A.R.L.). Il est en effet intéressant de pouvoir facilement aménager le cadre juridique à l'évolution de l'entreprise pour attirer d'autres associés en procédant soit à une augmentation du capital, soit à la cession d'une partie de ses parts d'intérêts. Ainsi, l'entreprise gagne en crédit, mais l'entrepreneur, qui était unique, perdra son pouvoir absolu.

- ensuite, dans le sens inverse, elle permet, en cas de mésentente par exemple, de passer de la S.A.R.L. plurale à celle unipersonnelle.

Toutefois, il faudrait ici avoir présent à l'esprit l'impact fiscal, car une cession partielle importante de parts peut-être interprétée comme déguisant une vente des biens composant l'actif social. Le fisc risque de considérer, par appréciation in concreto, qu'il s'agit d'une dissolution de la S.A.R.L. et de la création d'une nouvelle société à associé unique⁽¹⁴⁾.

En fin de compte, cette maîtrise totale de l'affaire a pour revers d'affaiblir le crédit de la S.A.R.L. unipersonnelle. Ainsi, les tiers n'hésitent pas à confondre l'entrepreneur et l'entreprise. D'où les exigences de sûretés personnelles de l'associé unique de la part des créanciers, en particulier les établissements de crédit⁽¹⁵⁾. C'est là un élément déterminant dans la fiction de la S.A.R.L. pour cette raison, il est nécessaire de mettre l'accent, dans cette nouvelle forme sociétaire, sur deux conditions essentielles pour la protection des tiers: la suffisance du capital et l'accomplissement d'une publicité solennelle.

(14) Pour une étude approfondie sur la question, cf. BENTAHAR Mustapha : La personnalité morale des sociétés en droit fiscal marocain, mémoire de 3^{ème} cycle, Rabat, 1991.

(15) Il a été constaté en France que, souvent, pour renforcer leurs droits et d'éviter l'inconvénient de la responsabilité limitée, les organismes de crédit sollicitent des garanties personnelles, notamment des cautions.

Déjà, de ce qui précède, nous pouvons déduire que les avantages réels offerts par la S.A.R.L. à associé unique sont dérisoires.

3°) *Les avantages réels de la S.A.R.L. unipersonnelle s'avèrent minimes:*

Nous visons les avantages originaux que peut procurer cette nouvelle institution. Nous nous contentons de mentionner le fait qu'elle favorise la préservation et la continuité de l'entreprise en cas de transmission entre vifs ou à l'occasion d'une succession. Ainsi, la cession d'une S.A.R.L. à associé unique est plus facile que celle d'un fonds de commerce⁽¹⁶⁾.

A admettre qu'il est difficile pour le législateur de faire mieux sur le plan juridique, étant donné la quasi-perfection des structures sociétaires classiques, est-ce qu'il ne lui était pas possible de se rattraper sur le plan fiscal ?

b - En matière fiscale

Avec un effort d'adaptation, le législateur fiscal peut donner à la S.A.R.L.unipersonnelle l'attraction dont elle a besoin.

En effet, il est à rappeler que la S.A.R.L. classique est obligatoirement assujettie à l'I.S. (Impôt sur les Sociétés). Par conséquent, la S.A.R.L. unipersonnelle est elle - même assujettie à ce même impôt. Ce qui donne lieu à certains avantages que nous pouvons relever soit au niveau de la détermination du bénéfice imposable, soit au niveau du taux applicable.

1°) *Au niveau de la détermination du bénéfice:*

A ce niveau, les charges déductibles peuvent se révéler avantageuses. Exemple: la possibilité de déduire ou de considérer comme des charges les rémunérations du gérant.

En revanche, dans l'entreprise individuelle, les rémunérations réservées à un entrepreneur en tant que gérant ne sont pas déductibles.

(16) Cf. Alain ARNAUD : L' E. U. R. L. au regard de la transmission de l'entreprise, Litec.

2°) Au niveau du taux:

L'L.S. (30%) peut s'avérer avantageux ou défavorable, selon la dimension de l'entreprise. Ainsi, dans les entreprises dont le chiffre d'affaires et le bénéfice sont importants l'assujettissement à l'L.S est favorable.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'une entreprise de moindre importance; l'assujettissement à l'I.S est désavantageux à cause du caractère progressif de l'L.G.R, dont le taux commence à 14%.

En somme, le fisc donne l'impression d'ignorer cette nouvelle forme sociétaire⁽¹⁷⁾. Encore une fois le législateur marocain récidive⁽¹⁸⁾ en faisant preuve d'absence de réforme et de vision globale⁽¹⁹⁾.

Ainsi, si avantages il y a, ils n'existent que par rapport à l'entreprise individuelle. Par contre la S.A.R.L. à associé unique ne bénéficie, d'aucun régime spécifique - attractif - la distinguant de la S.A.R.L. ou de la S.A. plurale.

Malheureusement, si les avantages de la S. A. R. L. unipersonnelle sont controversés, ses inconvénients sont décidément décourageants.

(17) Pourtant, comme nous allons le voir infra en IIème partie, le fisc est précurseur en cette matière. En effet, on trouve déjà dans la loi de finances de 1993 les prémices d'une société à associé unique.

(18) La même critique a été formulée à l'occasion de l'étude du projet de réforme de la société anonyme. Cf. Les actes du colloque sur le projet de la nouvelle réforme de la S. A. Revue Marocaine de Droit et d'Economie du Développement, n° 37, 1996.

(19) Cette remarque ne concerne pas que le fisc, l'exemple en est que la définition du contrat de société prévue par l'article 982 du D. O. C. est restée inchangée.

B/Les contraintes de la S.A.R.L.unipersonnelle

Ces contraintes sont principalement de nature juridique et fiscale.

a - Les contraintes d'ordre juridique⁽²⁰⁾.

On distingue deux séries de contraintes: 1° des contraintes qui ont pour conséquence de restreindre la marge de manoeuvre ou de l'initiative de l'entrepreneur et 2° des contraintes consistant dans la prescription de plus d'organisation⁽²¹⁾.

1° Restriction de la marge de manoeuvre de l'associé unique

Cette idée peut être illustrée brièvement par les règles suivantes:

* L'associé unique ne peut constituer qu'une S.A.R.L.unipersonnelle (article 49 de la loi du 13/02/97 régissant la S.A.R.L.)⁽²²⁾.

* La S.A.R.L. ne peut point avoir pour associé unique une autre S.A.R.L. composée d'une seule personne.

* La S.A.R.L à associé unique, n'étant pas une société spécifique, subit les contraintes propres à la S.A.R.L classique. A ce propos, le statut d'une S.A.R.L. unipersonnelle peut se révéler une source importante de responsabilité. Ainsi, les causes de responsabilité des dirigeants de droit ou de fait vont rendre la situation de l'associé unique plus vulnérable (articles 702 et 706 du nouveau Code du commerce qui introduit pour la première fois cette notion).

En effet, qu'il soit de droit ou de fait, le gérant engage sa responsabilité en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

(20) Il convient de préciser que lorsqu'on parle de contraintes, on se situe, bien entendu, du point de vue de l'entrepreneur pour lequel «moins il y a de droit, plus il y a d'affaires».

Si l'on se situe, en revanche, du point de vue sociétal, ces prétendues contraintes ne font que traduire le souci du législateur de faire participer l'entreprise à la réalisation de la mission d'intérêt général la Chose qui n'est pas facile. Voir à ce propos: Elie ALFANDARIE : Le droit des affaires..., Litec, Paris, 1993, notamment n° 245, pp. 183 et s.

(21) Il n'est pas besoin de rappeler que les réformes récentes dénotent en général la volonté du législateur marocain de faire du droit plutôt un moyen d'organisation.

(22) Par cette disposition, le législateur vise apparemment à éviter la multiplication des patrimoines d'affectation par une seule personne et à parer, par conséquent, au risque de fraude.

* Le gérant devient individuellement responsable envers les tiers, soit des infractions légales applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion (article 67 relatif à la SARL). En outre les obligations de l'entrepreneur se trouvent accrues, même sur le plan matériel.

2°) *Accroissement des obligations de l'entrepreneur*

A l'opposé d'un entrepreneur agissant dans le cadre d'une entreprise individuelle, l'associé unique d'une S.A.R.L. se trouve confronté à plus de formalisme aussi bien au niveau de la constitution qu'au niveau du fonctionnement de la société.

En outre, se trouvant dans le champ sociétaire, il est obligé de recourir à des techniciens: comptable ou commissaire aux comptes - éventuellement - et autres.... Ce qui augmenterait ses charges. Enfin, à ces contraintes juridiques s'ajoutent d'autres d'ordre fiscal.

b - Les contraintes fiscales

Ici, les contraintes consistent plus précisément dans le coût fiscal de la S.A.R.L. à associé unique qui est plus élevé que celui de l'entreprise individuelle.

Schématiquement, on peut distinguer trois hypothèses:

1°) La S.A.R.L. à associé unique créée ab initio

2°) La S.A.R.L. à associé unique obtenue par la transformation d'une S.A.R.L. pluripersonnelle.

3°) La transformation d'une entreprise individuelle en une S.A.R.L. à associé unique.

1°) La S.A.R.L. à associé unique créée ab initio :

Au niveau de l'enregistrement, pour la création d'une société, il est exigé le paiement des droits d'apport, alors que pour la constitution d'une entreprise individuelle, ces droits ne sont pas dus.

2°) La S.A.R.L. à associé unique obtenue par la transformation d'une S.A.R.L. pluripersonnelle:

En principe, cette opération ne pose pas de problème au niveau fiscal parce qu'il n'y a pas de changement de régime: La S.A.R.L. à associé unique, comme la S.A.R.L. pluripersonnelle sont obligatoirement assujetties à l'impôt sur les sociétés (I.S.). Mais il faut se méfier, car la cession massive de parts sociales entre associés est souvent interprétée par l'administration fiscale comme une cession portant sur les biens sociaux et non sur les parts sociales. Or, la cession des biens est fiscalement plus onéreuse que la cession des parts, surtout s'il s'agit d'un immeuble ou d'un fonds de commerce⁽²³⁾.

3°) la transformation d'une entreprise individuelle en une S.A.R.L. à associé unique:

Ici, on évaluera l'opération en tenant compte de trois impôts:

- L'enregistrement: paiement des droits d'apport (actif + passif)⁽²⁴⁾.

- L'L.G.R. : Les plus-values constatées et profits réalisés à l'occasion de la cession de l'entreprise vont s'ajouter au bénéfice de l'entreprise individuelle.

- La TVA : aucun problème ne se pose puisque l'article 35 de la loi relative à la TVA règle la question de la taxe due et de la régularisation des déductions.

D'après tout ce qui précède et compte tenu notamment du tableau négatif dressé de la S.A.R.L. unipersonnelle telle qu'organisée par l'article 44 de la nouvelle loi du 13/2/1997, il convient de s'interroger sur l'utilité ou l'opportunité de l'E.U.R.L. en général. Son adoption est-elle indispensable, peut-elle apporter une solution à certains problèmes posés par l'entreprise marocaine?

Nous croyons que c'est possible, à condition de lui faire subir quelques aménagements.

(23) Cf. BENTAHAR Mustapha, op. cit.

(24) Cf. article 93 du Code de l'enregistrement.

II - L'adaptation nécessaire de cette structure juridique aux besoins

"Qui veut la fin veut les moyens"

On doit d'abord définir les besoins de l'entreprise marocaine - et aussi du législateur - auxquels on voudrait répondre et des objectifs qu'on souhaite réaliser⁽²⁵⁾ (A). Ce n'est qu'ensuite qu'il est possible de prévoir les moyens appropriés pour rendre efficace cette nouvelle forme sociétaire(B).

A/ Les résultats attendus de la S. A. R. L. unipersonnelle

Se contenter d'affirmer que la création de cette nouvelle forme sociétaire se situe dans le cadre du projet d'uniformisation du droit marocain avec le droit européen serait simpliste. A notre avis, l'adoption de la S. A. R. L. unipersonnelle par le législateur marocain se justifie par des raisons importantes : organiser et assainir la petite et moyenne entreprise.

1°) La S. A. R. L. unipersonnelle moyen d'organisation de la PME

Emprunter la forme sociétaire par l'entrepreneur, c'est en général ouvrir l'entreprise à plus d'organisation et de rationalisation. En effet, le droit des sociétés contient beaucoup de prescriptions et de formalités qui sont de caractère essentiellement organisationnel, comme nous allons le voir à propos du droit fiscal, le législateur marocain a, depuis un certain moment,⁽²⁶⁾ encouragé le passage de l'entreprise individuelle à l'entreprise sociétaire

De même, la promulgation récente du texte sur les centres de gestion agréés⁽²⁷⁾ confirme l'intérêt manifeste du législateur à l'aspect organisationnel de l'entreprise..

Néanmoins, il faudrait remarquer que l'expression «petite entreprise» devrait être nuancée. En effet, la grande majorité des commerçants et des artisans ne possèdent pas 100.000,00 DH.⁽²⁸⁾ Puis, si la France connaît un problème de

(25) La promulgation d'une telle loi devrait être précédée par une étude portant sur les divers aspects économique, statistique, ...intéressant l'entreprise.

(26) Cf. la loi de finances de 1993.

(27) Cf. le décret.

(28) 100.000,00DH est le capital minimum exigé pour la constitution de la S. A. R. L. unipersonnelle.

concentration, au Maroc, c'est l'inverse qui prévaut. Par conséquent, une grande catégorie de petites entreprises ne sont pas consemées par cette nouvelle institution.

Voyons maintenant comment le législateur utilise cette institution comme instrument d'assainissement.

2°) *La S. A. R. L. unipersonnelle; instrument d'assainissement*

En général, l'une des préoccupations majeures de la récente législation marocaine des affaires est d'instaurer la transparence dans le fonctionnement des entreprises⁽²⁹⁾. En tant qu'instrument d'organisation, la S. A. R. L. unipersonnelle introduit de la transparence dans l'entreprise. Mais plus précisément, elle permet d'éviter la fiction : comme il est possible de créer une société avec une seule personne, l'entrepreneur n'a plus besoin de recourir à des associés fictifs comme auparavant pour aboutir au même résultat.

Ayant prédit et démontré que cette technique juridique serait boudée par les entrepreneurs pour les raisons que nous avons évoquées précédemment (Première partie), nous pouvons nous demander :

- Est-ce que le législateur marocain n'avait pas d'autre choix que la S.A.R.L. unipersonnelle ?

- Est-ce qu'il n'était pas possible de créer une autre structure qui serait inédite?

- Est-ce qu'il n'était pas préférable de s'inspirer d'autres systèmes juridiques du droit comparé et non pas seulement du droit français? Le droit allemand, le droit anglo-saxon, le droit espagnol par exemple connaissent des expériences intéressantes à ce propos.

Ces questions étant posées, le fait étant là, la S. A. R. L. unipersonnelle étant retenue par le législateur, il convient de rechercher les moyens susceptibles de l'améliorer.

(29) Cf. Actes du colloque sur la réforme de la société anonyme, 15-16 décembre 1995, Revue Marocaine de Droit et d'Economie du développement, n° 37, 1996.

B/ Les moyens d'adaptation

Ces moyens peuvent être d'ordre juridique et d'ordre fiscal.

a) Sur le plan juridique :

En résumé, il est souhaitable d'assouplir cette structure juridique par :

- L'allègement du formalisme;
- La réduction du capital minimum exigé pour sa constitution et pour la mettre à la portée des petits commerçants, des artisans et des jeunes promoteurs.

b) Sur le plan fiscal

Nous estimons que l'application du régime commun fiscal s'avère onéreuse pour la création d'une S. A. R. L. unipersonnelle. Ceci nous pousse à chercher des solutions pour remédier à ce problème. Or, la législation fiscale nous offre à ce propos un précédent significatif prévu dans la loi de finances de 1993.

Cette loi a institué un régime dérogatoire et temporaire en faveur des entreprises individuelles qui décident d'adopter la forme sociétaire. A titre d'exemple, pour diminuer le coût fiscal de l'apport du patrimoine de l'entreprise individuelle à une société, ce régime présente les avantages suivants :

* Au niveau de l'enregistrement : institution d'un droit fixe au lieu du paiement des droits d'apport normalement exigés.

* Au niveau de l'I. G. R. : l'acquittement des droits dus sur les plus-values est étalé sur une longue période.

- Même chose pour les provisions ; il faudrait permettre leur continuité au niveau de société. Par ailleurs, il est souhaitable d'envisager le problème des exonérations assorties d'un délai.

Ce régime de faveur prévu par la loi de finances de 1993 à titre temporaire peut parfaitement s'accommoder avec le passage du patrimoine d'une entreprise individuelle à une S. A. R. L. unipersonnelle, à condition de le rendre permanent.

En outre, il faudrait permettre aux petites S. A. R. L à associé unique de bénéficier d'une option (L'I. G. R. ou l'I. S. au choix).

CONCLUSION

En conclusion, il faudrait avouer qu'il est très difficile de prononcer un quelconque jugement sur la valeur et l'opportunité de l'adoption par le législateur marocain de la S. A. R. L. à associé unique. En effet, une telle appréciation suppose être en possession d'un certain nombre de données économiques (et statistiques), sociales et culturelles. Or, à notre connaissance, aucune étude préalable dans ce sens n'a précédé cette loi ni toutes les réformes promulguées récemment. Donc, l'article 44 de la loi du 13/02/96 se caractérise bien par l'improvisation. C'est même un exemple éloquent de l'esprit d'improvisation qui caractérise la démarche du législateur marocain en général de **l'absence de méthode et surtout de stratégie législative**. La critique, à la fois virulente et sincère émise par le professeur ALAMI MACHICHI, à ce propos, lors du colloque sur le projet de la réforme de la société anonyme⁽³⁰⁾ ne prêche nullement par excès.

Nous croyons que le copiage **béat** et l'éclectisme pur et simple pourront, à moyen et à long terme, avoir de lourdes conséquences non seulement économiques, mais aussi sociales. Juridiquement, il y a des risques de générer un système sans teneur ni valeur. Ainsi, concernant la France, par exemple, chaque réforme et chaque institution s'insère (ou essaie de s'insérer) dans un puzzle cohérent et symétrique : s'agissant de la S. A. R. L. à associé unique - ou de l'E. U. R. L. - elle se situe dans le cadre de la libération du droit des entreprises. Elle a été précédée et accompagnée par une série d'innovations⁽³¹⁾ qui ont bouleversé en profondeur beaucoup de notions juridiques qui étaient traditionnellement ancrées dans le droit français en général et le droit des sociétés en particulier.

(30) Cf. M. ALAMI MACHICHI : Précarité de la réforme de la société anonyme, *Revue marocaine de Droit et d'Economie du Développement*, n° 37, p. 41.

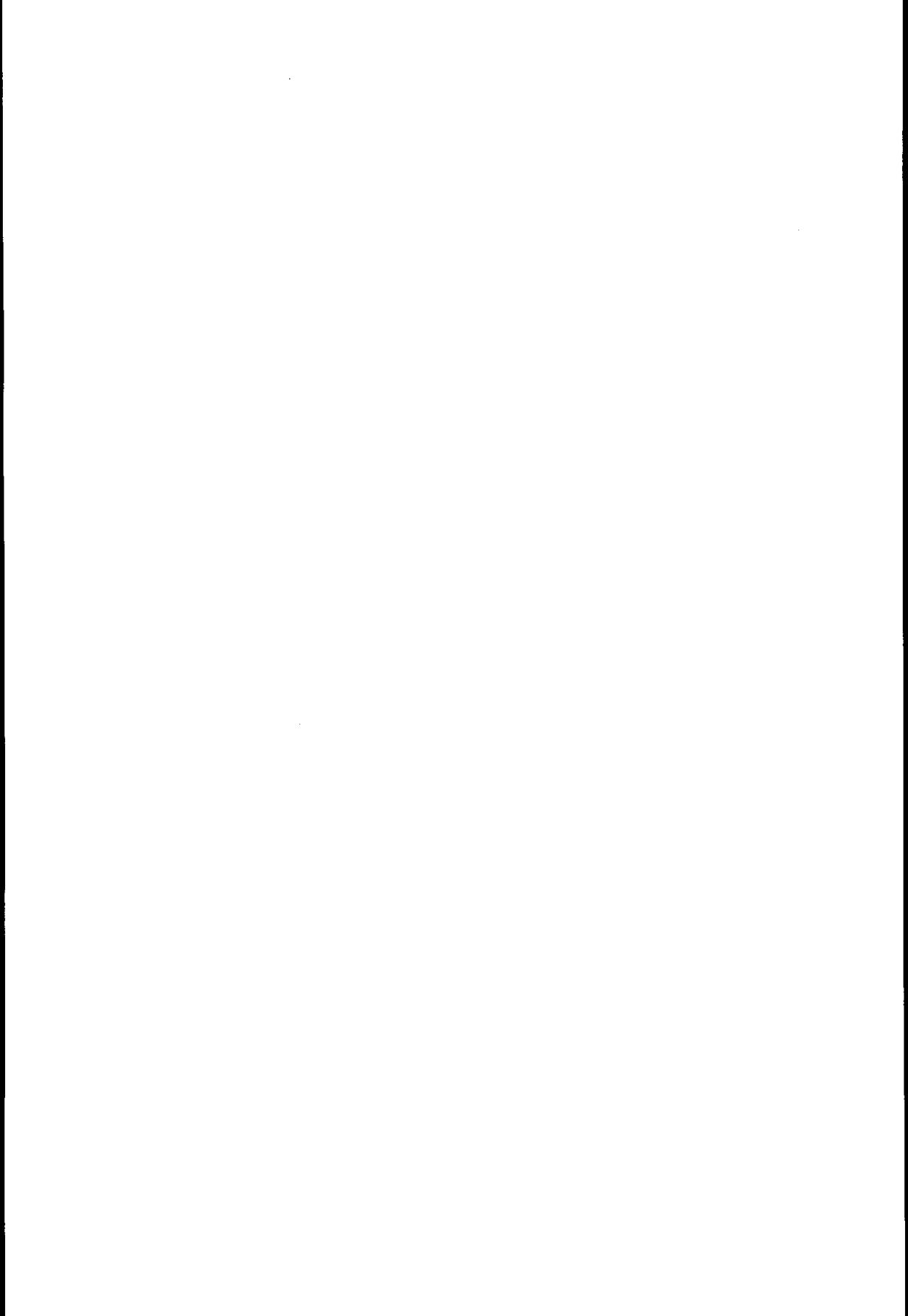
(31) Cf. J. P. BERTEL : Loi Madelin, principales innovations en droit des sociétés, *Droit et patrimoine*, mai 1994, p. 69.

Le législateur marocain était pendant longtemps englouti dans une profonde léthargie, et tout à coup, sous la pression de la mondialisation et des transformations auxquelles elle a donné lieu, il s'est trouvé obligé de régler son rythme sur celui de la globalisation.

Maintenant que ces réformes - toutes les réformes relatives au droit des sociétés et non seulement celles de l'article 44- sont entrées en application, il serait intéressant d'envisager une étude sur la portée et les conséquences⁽³²⁾ qu'elles sont susceptibles de produire. En effet, quel que soit le caractère technique de certaines règles, il ne faudrait pas perdre de vue qu'il s'agit d'une discipline des sciences sociales⁽³³⁾.

(32) Conséquences non seulement juridiques, mais de tous ordres : sociales, morales et culturelles...

(33) La transplantation ou l'imitation dénuée d'esprit de création est dangereuse, même en matière technique. Cf. M. MENDJRA : Le transfert de technologie : problématique et enjeux, Sciences et cultures,... Actes du colloque organisé par le Groupe de Recherche sur Sciences et Cultures à la Faculté des Lettres à Oujda les 6 et 7 mars 1996, Université Mohamed Ier, p.18.



LE CRITÈRE D'INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES DE LA SOCIÉTÉ DANS L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

*Hassania CHERKAOUT**

Parmi les multiples aspects de la réforme du droit des sociétés, celle du délit d'abus de biens sociaux apparaît comme une « pierre d'échoppement » capitale.

Les textes incriminateurs recourent au concept « d'intérêts économiques de la société » comme critère de qualification de l'abus de biens sociaux. Ce critère commande la répression de l'abus de droit en général : minorité de blocage , abus de majorité, et de l'abus de biens sociaux en particulier.

L'abus de biens sociaux est défini par l'Art. 384 Al.3⁽¹⁾ comme « un acte » contraire aux intérêts économiques de la société, accompli par un dirigeant dans son intérêt personnel (élément matériel de l'infraction).

Cette incrimination n'est pas une innovation de la loi de 1996. Elle a été introduite dans le Code pénal de 1962 dans son article 523, qui a été appliqué surtout en matière d'abus entre héritiers, alors que l'Al. 2 de ce texte punit aussi « le copropriétaire ou l'associé qui dispose frauduleusement de choses communes ou du fonds social ». Cette incrimination était donc limitée puisqu'elle ne protégeait que l'intérêt des associés.

Or les nouveaux textes, par le concept « d'usage contraire aux intérêts économiques de la société » ne renvoient pas à l'intérêt commun des associés et semble plutôt viser aussi bien l'intérêt des associés que celui des tiers.

(*) Professeur de Droit, Université Hassan II - Casablanca.

(1) Loi n° 17-95 relative aux Sociétés Anonymes, promulguée par dahir le 30 août 1996, B.O. n° 4422 du 17 octobre 1996.

Il est certain que le contenu d'une incrimination dépend des contours que lui donnent les tribunaux et ce, en dépit du principe de la légalité pénale. Mais, à propos de ce délit, certains points font difficultés : elles concernent d'une part le concept d'usage contraire aux intérêts économiques de la société (I) et d'autre part, l'appréciation de ce concept par les tribunaux (II).

I. LE CONCEPT D'USAGE CONTRAIRE AUX INTERETS ECONOMIQUES DE LA SOCIETE

Le concept est difficile à interpréter, comme tout ce qui touche aux standards de conduite.

Notre législateur, en l'introduisant, semble s'être inspiré de la jurisprudence française, qui a dû préciser le contenu de "l'intérêt social", notion adoptée par ses textes, dont l'interprétation avait suscité des difficultés⁽²⁾.

Pour cette jurisprudence, l'incrimination de l'abus de biens sociaux "a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle". Ceci expliquerait notamment pourquoi le gérant unique associé d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est susceptible d'être poursuivi pour abus de biens sociaux.⁽³⁾

Au regard de l'esprit dans lequel la chambre criminelle réprime l'abus de biens sociaux, sa jurisprudence apparaît comme une illustration de la doctrine de l'entreprise⁽⁴⁾ et de la conception institutionnelle des sociétés. Or dès l'instant où l'on admet que la société n'est pas seulement un contrat mais un organisme jouant un rôle économique déterminé, l'enjeu ne se limite plus à la protection des seules associés minoritaires. La repression tend à orienter l'exercice des pouvoirs des dirigeants vers la satisfaction de l'intérêt de l'entreprise dans toutes ses composantes: apporteurs de capitaux, salariés, fournisseurs....

(2) Voy. Schmidt, sur les deux principales conceptions de l'intérêt social, J.C.P. 1995 éd. E.I. 488; sur le rôle de l'intérêt social, voy. Schapira, l'intérêt social et le fonctionnement de la S.A. : RTD Com. 1971 p. 957.

(3) Cass. Crim. 14 juin 1993 : J.C.P. 1993 éd. E. Pan 1231; rev. Soc. 1994 p. 90 note Bouloc.

(4) Voy. Despax, l'entreprise et le droit : LGJJ 1957; Paillusseau, la S.A., technique d'organisation de l'entreprise : Sirey 1967.

En substituant à la notion "*d'intérêt social*" celle "*d'intérêts économiques*", notre législateur semble mettre l'accent sur l'actif social de la société et consacrer la conception institutionnelle de celle-ci, c'est à dire une conception large des intérêts protégés au regard de la qualification d'abus de biens sociaux. N'est-ce pas ce qui résulte de l'organisation impérative des intérêts catégoriels, des règles obligatoires de la constitution de la société et du fait que la personne morale naît d'une formalité administrative et non de l'accord consensuel des futurs associés?

Mais cette organisation d'origine légale, et donc institutionnelle, s'oppose à l'organisation de type contractuel telle qu'elle est conçue par l'Art. 982 du D.O.C. Peut-on, dès lors, au nom du concept d'usage contraire aux intérêts économiques de la société, consacré par la nouvelle loi, nier la théorie contractualiste du D.O.C.?

La remarque est importante car la théorie contractualiste a pour corollaire le principe de la non-ingérence des tribunaux sur la vie privée des entreprises. Le juge se trouve devoir respecter ce qu'ont voulu les contractants. Or en optant pour une conception institutionnelle, la loi fait de l'abus de biens sociaux un "délit d'intérêt général".

Il en résulte une prise en compte de l'autonomie patrimoniale de la société, qui permet d'étendre la protection pénale aux tiers non associés. Cette extension se vérifie en effet dans la jurisprudence française qui considère que l'abus de biens sociaux est constitué malgré l'assentiment des associés (A) et nonobstant l'absence d'autre associé que le gérant (B).

A - ABUS EN PRESENCE D'UN ACTE APPROUVE

Pour déterminer si un acte d'usage était ou non contraire aux intérêts économiques de la société, il faudrait d'abord apprécier ce qu'était, dans la situation particulière où elle se trouvait, l'intérêt de la société. Qui doit apprécier cet intérêt ?

La difficulté de réponse tient à ce que l'abus de biens est toujours réalisé à travers un abus de pouvoirs que la loi ou les statuts donnent au dirigeant pour exercer la gestion. Faut-il reconnaître ce rôle exclusif aux organes de la société et considérer comme non délictueux tout usage de biens sociaux autorisé ou approuvé par ces organes?

Plusieurs raisons s'y opposent:

En premier lieu, comme bien des auteurs l'ont depuis longtemps relevé, l'approbation a priori ou la ratification a posteriori d'un acte abusif peut être l'oeuvre d'un organe social dominé en droit et / ou en fait par le dirigeant coupable.

En second lieu, il est permis de s'interroger sur l'objectivité et la précision des informations fournies aux associés par le dirigeant conscient de s'être avantagé au détriment de la société.

En troisième lieu, ce pouvoir donné aux organes sociaux d'apprécier discrétionnairement l'intérêt économique supposerait que cet intérêt soit simplement celui des associés.

or au regard de la notion d'intérêts économiques de la société l'incrimination tend à assurer la protection de la personne morale et de son patrimoine, de sorte que l'infraction est réalisée en cas d'atteinte à ce patrimoine.

A cet égard, la jurisprudence de la chambre criminelle⁽⁵⁾, en appréciant "l'intérêt social", a observé que "si l'un des principes fondamentaux de l'organisaion sociétaire est que la responsabilité des actionnaires et des associés est limitée à leur apport, le devoir impératif de protéger les autres intérêts que supporte la société impose que soit interdit à ses dirigeants de s'approprier d'une manière ou d'une autre les biens de la société".

Ainsi "l'assentiment du conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires ne peut faire disparaître le caractère délictueux de prélèvements abusifs de fonds sociaux"⁽⁶⁾.

L'infraction est retenue même en cas d'accord éclairé et unanime. En effet, le quitus, parce qu'il est donné après la réalisation de l'infraction, n'a pas d'effet justificatif. Le consentement de la victime ne fait pas disparaître l'infraction.

Mais dans le cas où l'assentiment est antérieur à la réalisation de l'acte, le consentement de la victime devrait faire disparaître l'infraction, car le vol n'est pas constitué en cas de remise volontaire. Cette hypothèse, valable si l'on indentifie l'intérêt économique à celui des associés, ne l'est pas si l'on prend en considération

(5) Cass. Crim. 10 juil. 1995, J.C.P. 1996 éd. G. II. 22572, note J. Paillusseau (II, A, b).

(6) Cass. Crim. 12 déc. 1994, Bull. Joly, p. 427.

des intérêts distincts, aux noms desquels on ne pourra pas nier l'existence d'un abus en présence d'un acte même approuvé a priori.

Une telle appréciation du délit par rapport à "l'intérêt social" nous paraît tout à fait conforme à la définition qu'en donne notre législateur des intérêt protégés. En effet, c'est l'acte contraire à l'affectation du patrimoine social au service de l'activité de l'entreprise qui se trouve ainsi incriminé.

A cet égard, rappelons que le droit des sociétés ménage un certain contrôle externe, par exemple par le droit d'alerte reconnu au Président du tribunal de commerce. En outre, la protection du patrimoine social se justifie aussi dans le cas de l'associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

B. ABUS EN CAS DE GERANT UNIQUE ASSOCIE

Selon un auteur⁽⁷⁾, "l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ne peut être considérée comme une entreprise individuelle exploitée sous forme sociale, mais une entreprise sociale à laquelle est affecté un patrimoine qui n'appartient plus à la personne physique qui la dirige".

Il est de fait que la théorie contractuelle des sociétés est inadaptée au concept de la société unipersonnelle. Cette forme de société devient alors une simple structure légale dans laquelle il n'y a pas coïncidence entre les patrimoines individuel et social.

Ainsi, même en présence d'un gérant - unique associé, qui a certes beaucoup de mal concrètement à distinguer son patrimoine personnel de celui de la société, la répression des confusions volontaires qu'il opère entre les deux va tendre à faire respecter une sorte de clôture juridique autour des valeurs d'actif, les mettant à l'abri des détournements nuisibles à la réalisation de l'objet social pour lequel la société a été créée.

C'est ainsi que la jurisprudence a retenu le délit à l'encontre du gérant associé unique en précisant que "la personne morale est une entité distincte de ses membres"⁽⁸⁾.

(7) Prof. Radoux, une société très spécifique : l'EURL : J.C.P. 1985, éd. N.I. p. 355, spéc. N° 37.

(8) Cass. Crim 26 mai 1994, éd. E. Pan. 1014, Bull. Crim, n° 206; Rev. Soc. 1994 p. 711 note Bouloc.

Le problème se focalise donc sur le maintien de la distinction des patrimoines, au respect duquel l'ordre public économique est intéressé dans le souci des tiers. C'est bien cette distinction, nous semble-t-il, qu'implique la notion "d'intérêts économiques de la société".

Dès lors, qu'il s'agisse d'une société unipersonnelle ou pluripersonnelle, l'abus de biens sociaux est un délit qui porte atteinte à l'intérêt public et sa répression tend à l'intégration des créanciers non associés dans l'organisation des personnes morales.

Mais la référence à l'intérêt économique de la société laisse aux tribunaux un pouvoir large d'appréciation de l'acte contraire à cet intérêt. C'est la deuxième difficulté que soulève cette notion.

II - APPRECIATION DE L'USAGE CONTRAIRE AUX INTERETS DE LA SOCIETE

Pour mettre en oeuvre la répression pénale, peut-on poser la nécessité d'un préjudice réellement subi par la société? Nous ne le pensons pas (A). En abordant le problème sous un angle différent, il convient de préciser que l'usage des biens ou du crédit de la société implique qu'il n'est punissable que s'il est manifestement contraire à l'intérêt économique de celle-ci (B). A cet égard, la preuve d'un intérêt personnel du dirigeant auteur de l'acte ne saurait suffire (C).

A- NECESSITE D'UN PREJUDICE

Cette solution est peut-être conforme à la logique des affaires, mais elle est contraire à celle du droit pénal, puisque le juge doit apprécier la responsabilité pénale de l'agent au jour de la commission de l'acte. S'il fallait rechercher et établir que la société gérée avait réellement subi un préjudice il faudrait attendre l'issue de l'opération menée par le dirigeant et ne la qualifier abusive que si elle tournait finalement au détriment de la société⁽⁹⁾. Or l'usage contraire aux intérêts économiques de la société peut consister seulement à faire courir à l'actif social des risques de perte auxquels cet actif ne devait pas être exposé. Ainsi, par exemple,

(9) Voy. Cass. Crim. 27 oct. 1971, Bull. Crim. N° 284.

dans le cas où le dirigeant contracte pour son compte personnel un emprunt qu'il fait garantir par une hypothèque grevant un immeuble appartenant à la société, même s'il rembourse son crédit, il est pénalement répréhensible, car s'il venait à être défaillant, le prêteur mettrait en oeuvre la garantie.

Si l'on doit prendre en considération le résultat de l'acte, il va falloir admettre que les avances de fonds qu'un dirigeant se ferait consentir gratuitement par la société, dès lors qu'il finirait par les rembourser, ne sont pas répréhensibles pénalement. Ce serait ruiner la règle impérative interdisant de telles opérations (Art. 62. Al. 1), et comme disait un auteur⁽¹⁰⁾, ce serait le succès qui déterminerait la légitimité de l'action.

Mais en dehors des cas d'opérations interdites, on peut convenir que l'acte d'usage doit être manifestement contraire aux intérêts économiques de l'action.

B - NECESSITE D'UN ACTE MANIFESTEMENT CONTRAIRE

En principe, la loi ne sanctionne pas l'incompétence ou la mauvaise gestion, mais l'abus. Or l'entreprise implique des risques et l'entrepreneur peut commettre des erreurs. Le risque d'un acte, au moment où il est accompli, est difficilement interprétable par rapport à l'intérêt économique de la société. Ainsi, par exemple, le fait d'avoir accepté un marché qui s'est avéré extrêmement onéreux pour la société peut se justifier économiquement au moment où il a été passé.

D'ailleurs l'abus ne peut être ramené à ce qu'un acte de gestion soit préjudiciable à la société, ni même à ce qu'il suscite le doute sur ses résultats potentiels et sur la finalité poursuivie par son auteur, ou encore à ce que l'acte ait été profitable aussi au dirigeant (par exemple l'achat d'actions pour le compte de la société dont il détient 80%) et qui se traduit par une perte pour la société. Ainsi, la preuve d'un intérêt personnel du dirigeant auteur de l'acte ne saurait suffire.

C - L'INTERET PERSONNEL DU DIRIGEANT

Il convient de rappeler que la recherche d'un profit personnel et matériel n'est pas un élément nécessaire à l'existence des infractions d'appropriation frauduleuse,

(10)Prof. B. Bouloc, Gaz. Pal. 1996, p. 22.

tels, que le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance⁽¹¹⁾. Dans ces infractions l'essentiel n'est pas l'enrichissement de l'auteur mais l'appauvrissement subi par la victime.

mais cette solution est écartée dans l'abus de biens sociaux dans lequel il faut que le dirigeant à qui été confié l'intérêt de la société, le trahisse en faisant prévaloir le sien propre.

Or si l'intérêt poursuivi n'est pas celui personnel et matériel de ce dirigeant, le risque couru par le patrimoine social peut être tout aussi grand, tout aussi anormal. Pourtant l'acte non accompli dans un intérêt personnel (direct ou indirect) n'influe pas sur le caractère anormal et dangereux d'un acte qui n'en est pas moins contraire à l'intérêt économique de la société. Autrement dit, il n'y aurait plus d'abus de biens sociaux de la part de dirigeant qui fait usage du patrimoine social au profit d'un tiers. Ainsi; par exemple, la signature d'effets de commerce de complaisance pour aider un ami en difficulté ou le financement de travaux au bénéfice d'un tiers⁽¹²⁾.

Dans ce cas on serait peut être amenés à faire le départ entre la faute de gestion pour laquelle existent des sanctions plus adéquates et les comportements frauduleux qui justifient une répression.

Un arrêt⁽¹³⁾ permet d'illustrer le danger que pose la restriction des textes (appauvrissement du patrimoine social et enrichissement du patrimoine personnel): les dirigeants d'une société avaient versé au président du conseil d'administration des rémunérations d'un montant de 1,6 MF "ne correspondant à aucune activité effective". Le motif de cet appauvrissement de la société était que les dirigeants en question "craignaient l'ancien président et redoutaient qu'il puisse les nuire". Aucun enrichissement personnel donc. Pour autant, peut-on faire pire dans l'usage abusif du patrimoine social?

(11) Voy. Par ex. J. Pradel et M: Danti-Juan, droit pénal spécial, éd. Cujas, 1995, n° 798-799 (vol), 834 (escroquerie) et 866 (abus de confiance).

(12) Des exemples invoqués dans le rapport de ph. Marini, la modernisation du droit des sociétés commerciales, Recueil Dalloz-Sirey 1996, p. 287.

(13) Cf. Ph. Marini, rapp. Préc.

Mais dans la mesure où c'est l'élément matériel de l'infraction (acte contraire accompli dans un intérêt personnel) qui sert à établir par voie de présomption la réalité de l'intention coupable, faut-il affirmer l'atteinte portée à l'intérêt économique de la société (la mauvaise foi) en l'absence d'une identification de l'intérêt personnel de l'argent?

La jurisprudence française a surmonté les dangers que posent les textes en décidant que l'élément matériel du délit se caractérise par «l'appauvrissement du patrimoine social et l'enrichissement d'un autre patrimoine», c'est à dire un patrimoine autre que celui du dirigeant.

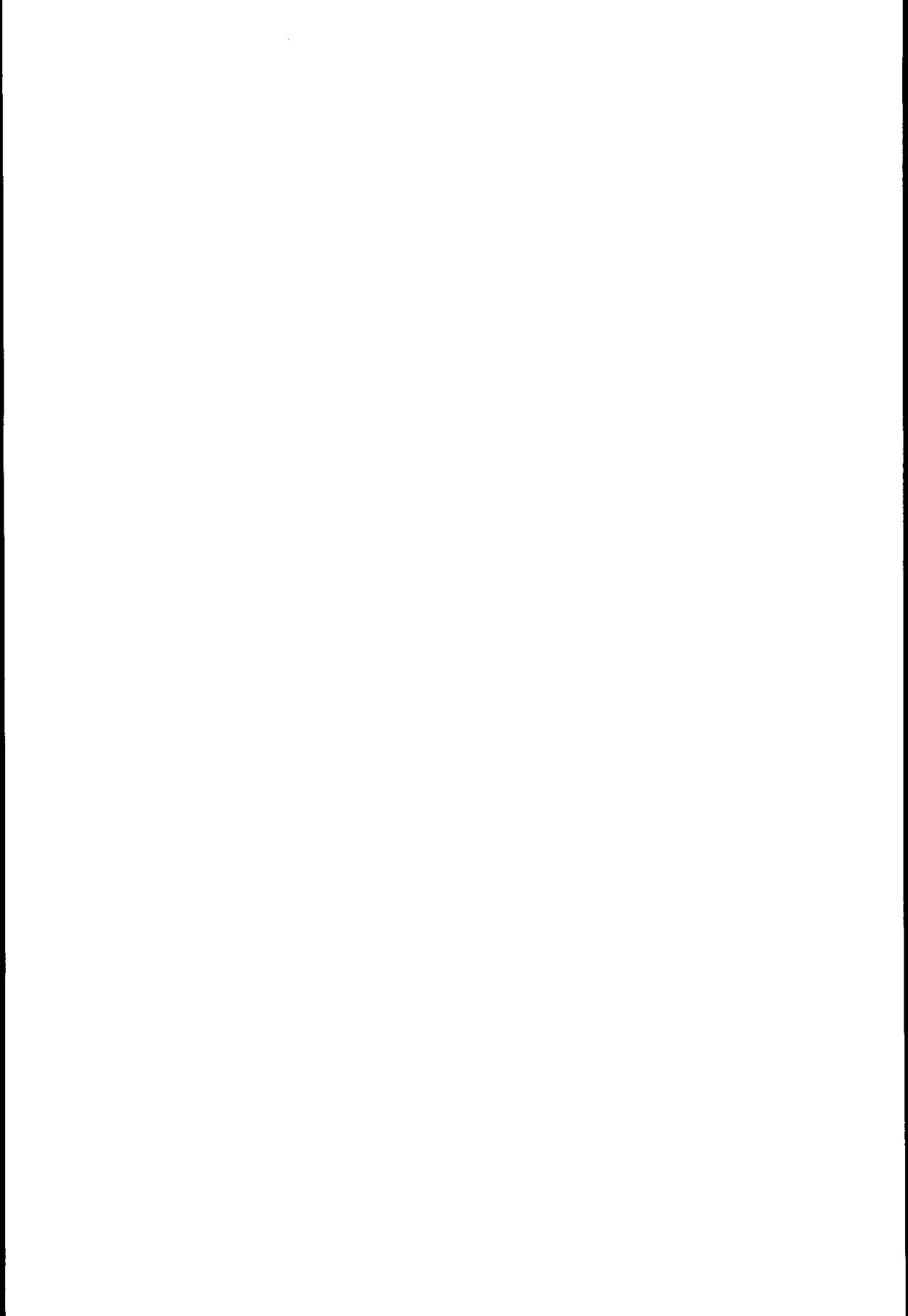
Une telle interprétation des textes avait eu cours en France pour réprimer la corruption⁽¹⁴⁾. Or dans ce cas la dépense avait été exposée dans le seul intérêt de la société, ce qui ne suffit pas à caractériser le délit d'abus de biens sociaux. En réalité, cette jurisprudence s'était servie de ce délit comme relais pratique pour atteindre la corruption. Mais elle a récemment changé de point de vue en exigeant désormais la recherche d'un intérêt personnel du dirigeant⁽¹⁵⁾.

Une autre question mérite d'être posée : Si le dirigeant a agi dans son intérêt personnel mais n'a pas eu conscience de léser la société car l'acte de gestion paraissait avantageux pour elle comme pour lui-même, aura-t-il commis le délit d'abus de biens sociaux ? Autrement dit, doit-on approuver la jurisprudence qui dit «qu'il suffit que la mauvaise foi découle implicitement, mais nécessairement des faits matériels»⁽¹⁶⁾ ? Ce serait exposer le dirigeant au risque que le juge pénal s'érige en juge de la qualité de la gestion alors qu'il ne devrait être que celui de son honnêteté.

(14) Voy. Cass. Crim. 17 nov. 1986, Bull. Crim. N° 342, Cass. Crim. 12 avr. 1992, Rev. Soc. 1993 p.124 note Bouloc.

(15) Voy. Cass. Crim. 2 fév. 1997, RJDA 1997 n° 215.

(16) Cf. Crim. 28 nov. 1994, D. 1995. 506, note Renucci.



أن النص المحدث لهذه المحاكم مشوب بعدة عيوب في مجال الإختصاص النوعي وخاصة بالنسبة لعقود الكراء التجاري وأيضا في النزاعات التي سيكون أحد أطرافها شخصا قانونيا أجنبيا أو فيما يتعلق بالنزاعات المختلطة، فضلا عن الإجماع حول تناقض النص المتعلق بعدد المحاكم مع مبدأ تقريب القضاء من المتقاضين والمساواة أمام القانون.

4- تأكيد الإنتقاد الموجه إلى المشرع في جعله لقانون شركة المساهمة هو الشريعة العامة للشركات وفساد مسطرة التقنين التي فصلت بين مختلف القوانين المنظمة لأحكام أنواع الشركات.

5- تتمين التطور الحاصل في موقف المشرع المغربي من تقوية نظام المراقبة وحماية أموال المقاوله وحقوق جميع الأطراف المتعاملين معها، مع معاينة إغفال وضع قواعد كافية لحماية الفاعلين الإجماعيين في المقاولات التجارية فردية كانت أم شركة.

6- إختلفت الآراء بصورة واضحة حول نموذج شركة الشخص الواحد الذي أخذ به التشريع المغربي الجديد للشركات، وإن كان الإتجاه الغالب يؤيد هذا الصنف من الشركات لما فيه من مزايا وفوائد قانونية وإجتماعية رغم عدم تمتعها بمزايا جبائية.

وبصفة عامة فقد أكدت هذه الندوة - كسابقاتها - أن إصلاح القوانين لا يتأتى فقط بوضع نصوص جديدة متطورة ومأخوذة عن أنظمة قانونية وإقتصادية أجنبية، ولكنه يقتضي مراعاة الواقع الإجماعي والإقتصادي الوطني والتشاور بين مختلف الفاعلين ووضع نصوص عصرية حديثة تستجيب للتحويلات العالمية ولكن تكون موافقة ومتوافقة مع عقلياتنا ومناخنا الإقتصادي والإجماعي والسياسي.

وختاما أشكر جميع الزملاء الذين ساهموا في إنجاح هذه الندوة التكرمية. كما أوجه شكرا خالصا إلى الأستاذ عبد المنعم الديلمي المدير العام لمجلة الإقتصادي على احتضان هذه الندوة وتغطيتها.

وأعلن عن انتهاء الأشغال.

كلمة الاختتام

عبد الوهاب المريني

أيها السيدات والسادة،

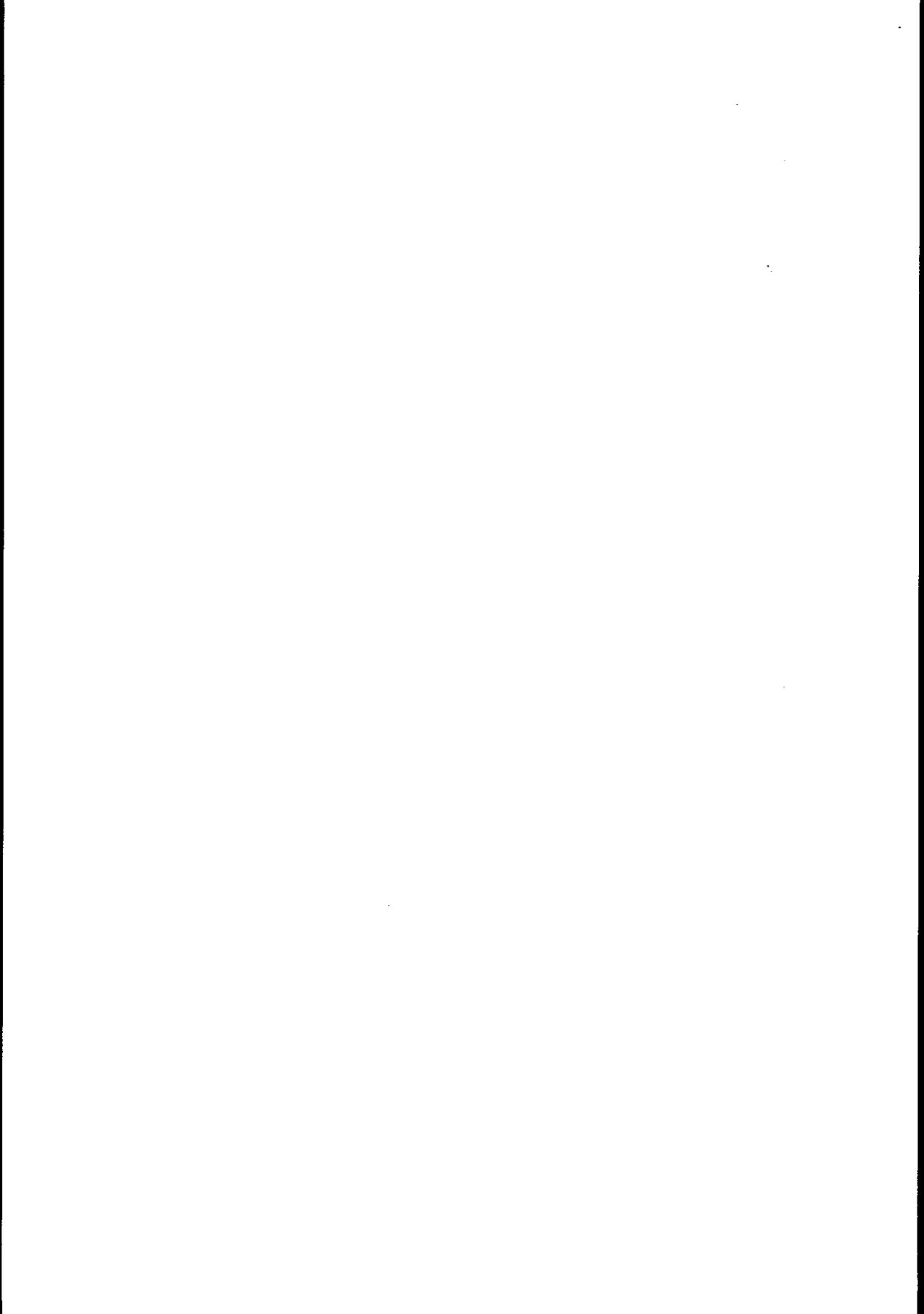
بعد يومين حافلين بالمداخلات والتحليلات والآراء القيمة حول التشريعات الجديدة للتجارة والشركات والتي ساهمت في تسليط أضواء كشافه على هذه المنظومة القانونية الجديدة، نصل إلى ساعة الإختتام والفراق.

وقد كان من المقرر أن نتشرف في هذه الجلسة بتدخل الأستاذ العلمي مشيشي في عرض حول المراقبة المحاسبية وفي التقرير الختامي التركيبي ولكن ظروفنا قاهرة وطارئة حالت دون حضوره، لذا طلبت مني اللجنة المنظمة أن أختتم هذه التظاهرة العلمية، ولم يكن بإمكانني أن أضع تقريرا تركيبيا إستراتيجيا فاكتفيت في عجلة ببعض الخلاصات والآراء العامة التي بدت لي عاكسة لمواقف وآراء المتدخلين والمناقشين.

1 - لقد أكد معظم المتدخلين وجود ثغرات كثيرة في النصوص الجديدة كنتيجة لعدم التحكم في عملية الإقتباس والنقل عن نصوص أجنبية، مما نتج عنه أحيانا إنعدام التواءم والتوافق بين بعض المقتضيات والأحكام والواقع الإجتماعي والإقتصادي والقانوني المغربي.

2 - أظهرت التطبيقات الأولى لبعض أحكام المدونة وجود مفارقات بين النصوص والواقع على مستوى الممارسة العملية والقضائية وخاصة في مجال الشيك، حيث أن التأويلات المختلفة وأحيانا المتناقضة لبعض النيابات العامة بالمحاكم لشروط تحريك المتابعة تكاد تعطل مفعول الضمانات التي جاءت بها قواعد المدونة.

3 - أثار إنشاء المحاكم التجارية اهتماما خاصا لدى المتدخلين والحاضرين، وإذا كان البعض قد اعترض على فكرة إحداثها فإن آخرين - رغم تأييدهم لها - لاحظوا



خاتمة :

- وعلى كل فكيفما كان حجم الصعوبات التي تمر بها المقاولات، فإن الهاجس الاجتماعي يظل في هذه الحالات وارداً، لذلك فإن التصريح المشترك لقاتح غشت 1996 والذي تم توقيعه من قبل أطراف الحوار الاجتماعي والاقتصادي قد تضمن مبادئ أساسية في هذا الصدد وقد جاء في التصريح المذكور ما يلي :
- التزام الأطراف الثلاثة (الحكومة، أرباب العمل والنقابات) على دراسة وضعية المقاولات المغلقة من أجل إيجاد الحلول الكفيلة بإعادة فتحها وتشغيلها.
 - الالتزام بعدم التقليل من عدد العمال أو ساعات العمل أو إغلاق أو تنقل المؤسسات الإنتاجية، إلا بعد الدراسة والبحث بغية إيجاد الحلول الكفيلة بضمان استمرارية نشاط المؤسسة وحقوق العمال طبقاً لمقتضيات التشريع الجاري به العمل.
 - تنظيم ساعات العمل كما هو مضمون قانوننا مع عدم المغالاة في استغلال الساعات الإضافية بهدف توفير فرص الشغل.

القضائية وذلك بناء على تقرير السنديك وبعد الاستماع لأقوال رئيس المقاول والمراقبين ومندوبي العمال.

وهكذا نلاحظ أن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد مصير المقاول التي تجتاز ظروفًا اقتصادية صعبة ولكن إذا قررت المحكمة تفويت المقاول إلى الغير فإن الأجراء يستوفون ديونهم بالأسبقية ذلك لأن ديونهم ممتازة وقد نصت المادة 615 من مدونة التجارة على أن السنديك يقوم بتوزيع ثمن التفويت بين الدائنين حسب مرتبتهم، ولكن ما هي مرتبة ديون الأجراء ؟

يتعين في هذه الحالة الرجوع إلى المادة 1248 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على أن أجور العمال تعد من بين الديون الممتازة التي ترد على كل المنقولات، وتجدر الإشارة هنا إلى أن أجور العمال وإن كانت بمثابة ديون ممتازة إلا أنها تحتل المرتبة الرابعة وذلك بعد أداء بعض الديون وهي مصروفات الجنازة والديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت، والديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ونفقتها ونفقة الأولاد (بسبب الطلاق)، والديون الناشئة عن المصروفات القضائية⁽⁴⁾. وقد أشار الفصل 1248 من ق.ل.ع إلى أن الأجر المشمول بالامتياز قد تكون مستحقة عن العمل أو مستحقة عن تعويضات العطل أو تعويضات مستحقة عن عدم احترام مهلة الإشعار قبل انتهاء عقد الشغل أو تعويضات مستحقة عن الفسخ التعسفي لعقد الشغل⁽⁵⁾.

وتنبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن الديون الناشئة عن تعرض العامل لحادثة شغل أو مرض مهني تحتل المرتبة الخامسة، في حين تحتل المرتبة السادسة الديون المستحقة عن التعويضات العائلية.

(4) بعد تعديل الفصل 1248 من ق.ل.ع بموجب ظهير 1993/9/10، نلاحظ أن الأجر أصبحت إذن في المرتبة الخامسة.

(5) للتعلم أكثر في موضوع الإشكاليات القانونية التي يشرحها موضوع حماية الأجر في حالة الإفلاس عن طريق الامتياز راجع رسالتنا حول: «حماية الأجر على ضوء سياسة التشغيل بالمغرب»، مرجع سابق.

وعلى كل فلقد نصت المادة 699 من مدونة التجارة على قاعدة مهمة في هذا الصدد بموجبها يمكن لكل شخص أن يطلع على لائحة الديون بكتابة الضبط.

ب - معاقبة التحايل على حقوق الدائنين :

الحفاظ على مصلحة الدائنين ومن بينهم الأجراء، فلقد تضمنت مدونة التجارة عدة نصوص قانونية تقضي بمعاقبة كل الأشخاص الذين يرتكبون أفعالا من شأنها الإضرار بالدائنين، وهكذا فإن العقوبة التي قررها المشرع في هذه الحالة هي عقوبة التفالس ومن الحالات أو التصرفات التي تؤدي إلى تطبيق العقوبة المذكورة :

- مسك حسابات وهمية أو إخفاء وثائق حسابية للمقولة أو الشركة أو الامتناع عن مسك حسابات يفرض القانون مسكها.

- القيام بعمليات بيع بثمن يقل عن السعر الجاري.

- اختلاس أو إخفاء كل أو بعض أموال المدين (المادة 721 من مدونة التجارة).

وطبقا للمادة 724 من مدونة التجارة فإن السنديك نفسه يتعرض لعقوبة التفالس إذا ارتكب بعض الأفعال التي تضر بمصلحة الدائنين في استيفاء ديونهم وذلك كأن يقوم بإعطاء منافع للغير وهو يعلم أنها غير مستحقة وذلك قصد الإضرار عن عمد وسوء نية بمصالح الدائنين وكأن يعمد السنديك إلى اقتناء بعض أموال المدين لنفسه سواء قام هو شخصا بذلك أو قام به بواسطة الغير.

وتطبيقا للمادة 722 من مدونة التجارة فإن عقوبة التفالس هي «... الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ويتعرض المشاركون في التفالس لنفس العقوبات وإن لم تكن لهم صفة مسيري المقولة. عندما يكون المتفالس مسيرا قانونيا أو فعليا لشركة ذات أسهم مسعرة ببورصة القيم، تضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى».

ج - امتياز ديون الأجراء :

يلاحظ أن المحكمة تلعب دورا أساسيا في تحديد مصير المقولة أو الشركة التي تجتاز بعض الصعوبات وهذا هو ما تقضي به المادة 59 من مدونة التجارة التي جاء فيها بأن المحكمة تقرر إما استمرار قيام المقولة بنشاطها أو تفويتها أو تصفيتها

أ - إعفاء العمال من التصريح بديونهم

لقد جاء في المادة 686 من مدونة التجارة ما يلي : «يوجه كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة، باستثناء المأجورين، تصريحهم بديونهم إلى السنديك، يشعر شخصيا الدائنون الحاملون ضمانات أو عقد ائتمان إيجاري ثم شهرهما، وان اقتضى الحال، في موطنهم المختار.

يجب التصريح بالديون حتى وإن لم تكن مثبتة في سند...»

وعلى كل فإن المشرع لم يرد أن يحمل الاجراء عبء إثبات أجورهم بواسطة مسطرة خاصة وتقضي هذه المسطرة طبقا للفصل 187 من مدونة التجارة أن يتم التصريح بالديون داخل أجر شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية ويتم تمديد هذا الأجل بشهرين بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج المملكة المغربية. وتشير المادة 688 من مدونة التجارة كذلك إلى أن التصريح بالدين يتضمن مبلغ الدين المستحق وتحديد طبيعة الامتياز أو الضمان الذي قد يكون مقرونا به وإثبات المبالغ المذكورة في التصريح بالديون أشارت المادة 688 إلى أن التصريح المذكور يرفق بجدول وثائق الإثبات، كما يمكن تقديم هذه الوثائق على شكل نسخ، ويمكن للسنديك أن يطلب في أي وقت وسائل أو وثائق إثبات تكميلية، وهنا وأمام إعفاء المشرع للأجراء من مسطرة التصريح بالديون فإنه يمكن التساؤل عن الوسائل القانونية التي يلجأ إليها العمال لإثبات ديونهم ؟

في هذه الحالة إذا حدث خلاف، يبقى على العمال في نظرنا الرجوع إلى الوسائل القانونية المطبقة في القانون الاجتماعي، وهي إثبات الأجور بواسطة بطاقة أداء الأجور la carte de paiement ودفتر الأداء le livre de paye وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصلين 10 و 11 من ظهير 24 يناير 1953 المتعلق بتقدير الأجور ودفعتها بالمخازن الملحقة بمحلات الخدمة والمعدة لبيع السلع للمستخدمين وبالمساومة وبعقود المقاولات الفرعية.

ومن الوسائل الأخرى التي تسمح للعامل بإثبات دينه كذلك توصيل إبراء الذمة «reçu pour solde de tout compte» والمنصوص عليه في الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود.

القانوني لرب العمل وذلك سواء بسبب الإرث أو البيع أو الإدماج أو تحويل المشروع «transformation du Fonds».

4 - يلاحظ هنا أيضا أن الهاجس الاجتماعي للمشرع يتمثل في الحفاظ على مناصب الشغل بالدرجة الأولى، وهذا هو ما توضحه لنا نصوص قانونية وردت في مدونة التجارة الجديدة الصادرة بظهير فاتح غشت 1996. وفي هذا الإطار فإن الفصل 590 من القانون التجاري الجديد ينص على أن المحكمة تقرر إما استمرار المقولة في نشاطها أو تفويتها أو تصفيتها قضائيا وذلك بناء على تقرير السندك وبعد الاستماع لأقوال رئيس المقولة ومدوبي العمال، وهكذا فإنه ينتظر من ممثلي العمال تقديم اقتراحات تتعلق بإمكانية مواصلة المقولة لنشاطها قصد الحفاظ على مناصب الشغل وفي هذا الصدد كذلك أشارت المادة 603 من القانون التجاري إلى أن الهدف من تفويت المقولة هو المحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط.

كما نصت المادة 640 من القانون التجاري على أنه يتعين على السندك بمناسبة القيام بمأموريته أن يحترم الالتزامات القانونية والتعاقدية المفروضة على رئيس المقولة.

ثانيا : بالنسبة للأجور

بالإضافة إلى القواعد القانونية الموجودة في قانون الالتزامات والعقود، هناك قواعد قانونية جديدة وردت في مدونة القانون التجاري تتعلق بحماية الأجور في حالة مرور المقولة أو الشركة ببعض الصعوبات ونشير إلى أهم هذه القواعد :

1 - القواعد الواردة في مدونة التجارة

من أهم هذه القواعد تلك التي تتعلق بإعفاء الأجراء من التصريح بأجورهم، ومعاقبة السندك الذي قد يرتكب تصرفات تؤدي إلى الإضرار بحقوق العمال، وامتنياز أجور العمال :

ويثير تطبيق هذه القاعدة المنصوص عليها في الفصل 754 من ق.ل.ع عدة ملاحظات تتعلق بحماية العمال :

1 - يظل الأجراء في وضعية قانونية تجاه مؤسسة صندوق الضمان الاجتماعي وذلك في حالة إفلاس المقاوله وذلك لأن نقيب الإفلاس أو المصفي القضائي يستمر في دفع واجب الاشتراكات إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل التاسع من مرسوم 5 غشت 1960 المتعلق بانتماء المشغلين إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وتسجيل الأجراء فيه بحيث جاء في الفصل المذكور ما يلي : «وفي حالة الإفلاس أو التصفية القضائية إذا استمر نشاط المقاوله فإن نقيب الإفلاس أو المصفي القضائي يتحتم عليه أن يدفع للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وجيبة الاشتراكات الواجب أدائها على إثر تشغيل مستخدمين عن المدة الموالية لتاريخ الإفلاس والتصفية القضائية».

2 - إن استمرار عقود الشغل رغم تغير المركز القانوني لرب العمل من النظام العام وذلك كبقية نصوص قانون الشغل⁽³⁾. وبذلك فإنه لا يعتد بالاتفاق الذي يقر بعكس هذه القاعدة. أضف إلى ذلك أن استمرار عقود الشغل يتم بقوة القانون ولا يتوقف على رضا صاحب العمل الجديد.

3 - لكن ما الحكم في حالة تغيير نشاط المقاوله ؟ يرى البعض أن قاعدة استمرار عقود العمل تتطلب استمرار المقاوله في نشاطها السابق وبدون تغيير؛ أما إذا كان النشاط الجديد يختلف جوهرياً عن النشاط السابق فإن المقاوله الأولى تختفي في هذه الحالة وتحل محلها مقاوله جديدة، ونعتقد أن هذا صحيح في قانون العمل المصري الذي ينص على ذلك، ولكن ما الحكم في القانون المغربي ؟

في نظرنا إن القاعدة المتعلقة باستمرار عقود الشغل قابلة للتطبيق هنا وذلك لأن الفصل 754 من ق.ل.ع ينص صراحة على استمرار عقود العمل في حالة تغيير المركز

(3) راجع : عدلي خليل، مرجع سابق، ص. 76 وما بعدها.

عقود الشغل بصفة أوتوماتيكية وإن كان يؤدي إلى سقوط أجل الديون. وعلى كل فإن هناك عدة أسئلة تطرح في حالة إفلاس المقاوله وذلك بالنسبة لأثر الإفلاس على عقود الشغل وأثر الإفلاس على أجور العمال.

أولاً : بالنسبة لعقود الشغل

إن الإفلاس لا يؤدي إلى إنهاء عقود الشغل المبرمة بين العمال وصاحب المقاوله ولا يؤثر في هذه القاعدة حلول السنديك محل المفلس في إدارة شؤون المقاوله. وهنا لابد من الرجوع إلى القاعدة الواردة في الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ما يلي :

« .. إذا طرأ تغيير في المركز القانوني لرب العمل وعلى الأخص بسبب الإرث أو البيع أو الإدماج أو تحويل المشروع، أو تقديمه حصة في شركة فإن جميع عقود العمل الجارية في يوم حصول هذا التغيير تستمر بين المالك الجديد للمشروع وبين عماله وخدمه ومستخدميه...».

وتجدر الإشارة إلى أن الإفلاس حالة تخضع لمقتضيات هذا الفصل 754 من ق.ل.ع وذلك لأن المشرع لم يذكر حالات تغيير المركز القانوني لرب العمل سوى على سبيل المثال وتدل على ذلك العبارة الواردة في الفصل المذكور وهي «... وعلى الأخص بسبب الإرث أو البيع أو الإدماج أو تحويل المشروع...» فالإفلاس يؤدي إلى حدوث تغيير مهم في المركز القانوني لرب العمل ولكنه لا يؤدي إلى إنهاء عقود الشغل التي ستبقى مستمرة مع المالك الجديد للمقاوله ومع السنديك بصفة مؤقتة. ويرى بعض الكتاب المصريين في هذا الصدد انه : «إذا أدت تصفية أعمال المفلس إلى إغلاق المنشأة (المقاوله) أو الاستغناء عن بعض العمال فيكون إنهاء لعقود العمل وليس انتهاء لها، أما إذا أدت التصفية إلى بيع المنشأة أو المقاوله فعندئذ تستمر عقود العمل مع المالك الجديد طبقاً لقواعد انتقال ملكية المنشأة»⁽²⁾.

(2) عدلي خليل : «التعليق على نصوص قانون العمل، الطبعة الثانية، 1990، ص. 74.

وهكذا يلاحظ أن أصحاب العمل والنقابات يتفقون على أن اللجوء إلى الإضراب أو الإغلاق يبقى إجراء احتياطيا بحيث لا يتعين اللجوء إلى ذلك إلا في حالة عدم توصل الأطراف إلى حل، وهذا هو ما تنص عليه كذلك الاتفاقية الجماعية المطبقة في المعامل الوطنية للسكر بحيث تشير هذه الاتفاقية إلى اللجوء قبل الإضراب أو الإغلاق إلى مسطرة تقديم الشكاية واللجوء إلى مسطرة التصالح.

«Voie de réclamations et de conciliations»

(الفصل 13 من الاتفاقية الجماعية لكوديبير والفصل 34 من الاتفاقية الجماعية للمعامل الوطنية للسكر).

وعلى كل فسواء كانت الصعوبة التي تجتازها المقاوله تعود إلى ظروف اقتصادية أو إلى نزاع اجتماعي، فإن الأطراف قادرين بفضل الحوار الاجتماعي على تجاوز كل الصعوبات وتفادي الإضراب والإغلاق وذلك ما يعود بالنفع على المقاوله وعلى العمال. وهنا يمكن القول بأن الحوار الاجتماعي في هذه الحالات هو ضرورة اقتصادية واجتماعية في آن واحد.

بعد أن بينا مدى حماية حقوق العمال في حالتنا التخفيض من عدد العمال وإغلاق المقاوله فإنه يمكن التساؤل في هذا الإطار كذلك عن نوع الحماية التي يستفيد منها العمال في حالة إفلاس المقاوله.

المطلب الثالث

أثر الإفلاس على حقوق العمال

لا يعتبر الإفلاس في نطاق القانون الاجتماعي قوة قاهرة تسمح لرب العمل من الناحية القانونية بالتدخل من كل التزاماته تجاه العمال وذلك لأن مخاطر الحياة التجارية والمالية تجعل الإفلاس أمرا متوقعا كما هو الشأن بالنسبة لباقي الصعوبات المالية والاقتصادية التي قد تؤثر على نشاط المقاوله. وهكذا فإن الإفلاس لا يؤدي إلى انتهاء

هذا الإغلاق الذي يندرج في إطار خلافات الشغل يخضع لأحكام خاصة نص عليها ظهير 16 يناير 1946 المتعلق بالصلح والتحكيم.

وفي هذا الصدد جاء في الفقرة الأولى من الظهير المذكور ما يلي :

«يجب أن تجري طرق المصالحة والتحكيم على جميع المنازعات الناشئة عن الخدمة والعمل قبل أن يغلق المؤجرون أبواب المصانع وأن يشرع الأجراء في الإضراب وذلك في المشاريع الفلاحية والتجارية والصناعية وفي المهن الحرة...».

هذا عن الأحكام المتعلقة بإغلاق المؤسسات والواردة في النصوص القانونية، لكن ماذا عن الأحكام المتعلقة بالإغلاق والواردة في الاتفاقيات الجماعية التي يعقدها أرباب العمل والنقابات ؟

ثانيا : الاتفاقيات الجماعية

يلاحظ أن الاتفاقيات الجماعية تتضمن في الغالب أحكاما وبنودا تتعلق فقط بالإغلاق الذي يعود إلى نزاع جماعي بين العمال وأرباب العمل. وهكذا فعلى سبيل المثال تنص الاتفاقية الجماعية المطبقة في شركة. كودبير على مسطرة خاصة لحل خلافات الشغل الجماعية بين العمال والشركة وتقضي هذه المسطرة بوجوب إخضاع خلافات الشغل : إضراب أو إغلاق إلى المسطرة الآتية :

أ - البحث عن الحلول الودية في المرحلة الأولى وذلك من قبل مندوبي العمال وممثل الإدارة.

ب - وفي المرحلة الثانية يتم تكوين لجنة ثنائية للتصالح : 3 أعضاء يمثلون النقابة و 3 أعضاء يمثلون الإدارة.

ج - في حالة فشل الأطراف في التوصل إلى حل في مرحلة التصالح يتم بحث النزاعات بواسطة التحكيم وهنا يحق لكل طرف أن يعين حكما، ولا يجب أن يكون أحد الحكمين من بين أجراء المؤسسة.

أ - لقد تطلب المشرع حصول صاحب المقاوله على إذن من السلطة المحلية وذلك سواء تعلق الأمر بإغلاق كلي أو جزئي فقط للمقاوله

«Fermeture de tout ou partie d'établissement industriel ou commercial..»

كما يلاحظ أن المشرع قد تطلب الحصول على الإذن المذكور وذلك سواء كانت المقاوله أو المؤسسة تشغل أو لا تشغل عمالا، ومن هنا نلاحظ أن المشرع يحرص على مراقبة النشاط الاقتصادي الذي تقوم به المقاولات الصناعية والتجارية وذلك حتى لو كانت هذه المؤسسات لا تشغل عمالا وحتى لا يتم اختفاء السلعة التي كانت تنتجها المؤسسة من السوق بصورة مفاجئة.

ب - يجب على صاحب العمل أن يعزز طلبه بكل الحجج التي تثبت أنه يمر فعلا بأزمة أو ضائقة مالية أو اقتصادية أو تنظيمية وأكثر من ذلك فإن الفصل 2 من المرسوم الملكي لـ 14 غشت 1967 قد تطلب الإدلاء بالوثائق والحجج المتعلقة بالوضعية المالية للمؤسسة وبعدم إمكانية مواصلة نشاطها وذلك كأن يثبت صاحب المقاوله أن سبب إقدامه على طلب الحصول على إذن بالإغلاق يعود إلى ارتفاع ثمن المواد الأولية التي يستعملها في صناعة إنتاجه أو أن السبب الذي دفعه إلى ذلك يعود إلى انسحاب نسبة كبيرة من الشركاء. وعلى كل فإن الفصل الثاني من المرسوم الملكي سنة 1967 يؤكد على أنه يجب أن تدل الوثائق المقدمة من قبل صاحب العمل على عدم إمكانية مواصلة واستمرار المؤسسة في نشاطها. ويلاحظ هنا أن السلطة المحلية (عامل المدينة أو الإقليم يتوفر على مهلة كافية تسمح له بالوقوف على الحقيقة، ذلك أن العامل سوف يبيت في الطلب داخل أجل 3 أشهر وذلك بعد استشارة لجنة في الموضوع، وفي حالة عدم توصل صاحب المقاوله بجواب داخل مدة 3 أشهر فإن الإغلاق يعد مسموحا به.

ج - إن الإغلاق الذي يقصده المشرع هنا هو الإغلاق لأسباب اقتصادية ومالية وليس هو الإغلاق الناتج عن خلاف بين صاحب المقاوله مثلا والعمال أو النقابة ذلك أن

أولا : النصوص القانونية

يتعين في هذا الصدد الرجوع إلى الأحكام الواردة في المرسوم الملكي الصادر في 14 غشت 1967⁽¹⁾ والمتعلق بالإعفاء على نشاط المؤسسات الصناعية والتجارية وإعفاء مستخدميها. وهكذا فإن الفقرة الأولى من الفصل الأول من المرسوم المذكور تنص على ما يلي :

«كل مؤسسة تجارية أو صناعية تشغل أو لا تشغل أجراء يتوقف إغلاقها كلا أو بعضا على إذن عامل العمالة أو الإقليم...».

وقد جاء في الفصل الثاني من المرسوم المذكور ما يلي :

«يوجه طلب الإغلاق في رسالة مضمونة إلى عامل العمالة أو الإقليم الذي توجد فيه المؤسسة مشفوعا بجميع الإثباتات ولاسيما المتعلقة منها بالوضع المالية للمؤسسة وبعدم إمكانية مواصلة استغلالها وبيث العامل في الطلب في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر بعد استشارة لجنة يحدد تأليفها بموجب مرسوم، وعند عدم الجواب في الأجل المحدد يعتبر الإغلاق مآذونا فيه».

نلاحظ من خلال هذه الأحكام أن حماية العمال في حالة إغلاق المؤسسة تتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص إداري تسلمه السلطة المحلية وذلك بناء على طلب يقدمه صاحب المقاول في الموضوع إلى عامل المدينة أو الإقليم. ويجب أن يتضمن هذا الطلب كل الحجج التي تتعلق بالوضع الاقتصادية والمالية للمقاول وذلك كإخفاض مبيعات الشركة أو ارتفاع ثمن المواد الأولية التي تستوردها، وحول هذه الحماية التي ينص عليها المرسوم الملكي لسنة 1967 يمكن إبداء الملاحظات الآتية :

(1) للتعمق أكثر في موضوع الإغلاق وأثره على مناصب الشغل وعلى الأجور : راجع رسالتنا لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص تحت عنوان «حماية الأجور على ضوء سياسة التشغيل في المغرب». كلية الحقوق - الرباط، 1985-1986، ص : 157 وما بعدها.

وفي هذا الصدد كذلك تنص الاتفاقية الجماعية المطبقة في الشركة المغربية للنقل C.T.M على أنه في حالة تخفيض عدد مناصب العمل لأسباب عامة أو تنظيمية داخلية، فإن إجراءات الفصل من العمل تركز على عنصر الأقدمية والكفاءة المهنية والخدمات المقدمة والتحملات العائلية والتوفر على معاش مدني أو عسكري، وكذا العقوبات التأديبية المتخذة في حق المعني بالأمر. وتشير هذه الاتفاقية إلى أن المستخدم الرسمي لا يمكن إعفاؤه إلا في حالات محددة ومنها اضطراب الشركة إلى التخفيض من عدد مناصب الشغل وبعد استشارة اللجنة المتساوية الأعضاء، كما أن إثبات عدم الكفاءة المهنية يتم إما بواسطة طبيب أو بواسطة اختبار مهني أو اختبار نفسي ومهني يتم إنجازه كذلك تحت مراقبة اللجنة المتساوية الأعضاء. وفي جميع الأحوال فإن قرار الإعفاء لا يتخذ إلا بعد استيفاء كل وسائل التكوين أو إعادة التكوين كما تنص على ذلك صراحة المادة 85 من الاتفاقية المذكورة.

يمكن القول مما سبق بأن التقلبات الاقتصادية والمالية التي تمر بها المقاول لا تؤدي إلى إهمال حقوق العمال بحيث لاحظنا أن إعفاء كل العمال في هذه الظروف أو التخفيض من عددهم يتطلب الحصول على إذن من السلطات الإدارية المختصة، كما يوجب احترام بعض المعايير أثناء فصل هؤلاء العمال ويتطلب أيضا استشارة الجهات المهنية الداخلية مثل ممثلي العمال والنقابة واللجنة التوفيقية المتساوية الأعضاء.

المطلب الثاني

حماية العمال في حالة إغلاق المقاول

تحت تأثير بعض الظروف الاقتصادية والمالية، تضطر المقاول في بعض الأحيان إلى الإغلاق والتوقف عن مزاوله نشاطها إما بصورة نهائية أو بصورة مؤقتة وهنا أيضا يطرح التساؤل عن مدى الحماية التي يتمتع بها العمال ؟

هنا كذلك يتعين البحث عن الجواب في النصوص التشريعية وفي النصوص الاتفاقية.

كل العمال أو التخفيض من عددهم فقط أن يتقدم بطلب في الموضوع إلى السلطة المختصة ويبين في طلبه ما هي الأسباب التي ستدفعه إلى اتخاذ ذلك الإجراء، وبعد دراسة طلبه يسمح له أولاً بالإجراء الذي ينوي اتخاذه.

ولكن إذا تم السماح لصاحب العمل بفصل جماعة من العمال فهل هناك معايير معينة يتعين عليه أن يتقيد بها أم لا ؟

لو رجعنا هنا إلى القانون النموذجي الصادر في سنة 1948 وإلى ظهير 1973 المتعلق بشروط تشغيل العمال في القطاع الفلاحي وأداء أجورهم، فإننا نجد أن المشرع قد وضع بعض المعايير في هذا الشأن، ولذلك فإنه يتعين على صاحب العمل في حالة الإعفاء الجماعي للعمال أن يحترم الترتيب الآتي :

- 1 - إعفاء العمال المؤقتين قبل العمال الرسميين أو الدائمين.
- 2 - إعفاء العمال الجدد قبل العمال القدامى.
- 3 - إعفاء العمال العزب «Célibataires» قبل العمال المتزوجين.
- 4 - وفي الأخير إعفاء ضحايا حوادث الشغل.

ثانياً : الاتفاقيات الجماعية

قد يتفق أرباب العمل والنقابات أثناء إبرام اتفاقيات جماعية على بعض المقتضيات التي يتعين احترامها في حالة مرور المقابلة بظروف مالية أو اقتصادية تحتم عليها التخفيض الجزئي للعمال أو إعفائهم جميعاً أو اتخاذ بعض التدابير الأخرى مثل التخفيض من ساعات العمل أو التوقف المؤقت عن الإنتاج. وهكذا فإن الاتفاقية الجماعية المبرمة مع شركة كودبير «Société Goodyear» تنص مثلاً على أنه في حالة انخفاض نشاط الشركة يتعين إخبار ممثلي العمال والنقابة المتعاقدة (أي التي أبرمت الاتفاقية الجماعية) كما يجب كذلك إخبار السلطات المختصة، أما في حالة إعفاء كل العمال أو بعضهم دون تعويضهم داخل أجل 8 أيام، فإنه يتعين في هذه الحالة الحصول على إذن من السلطة المحلية المختصة (العامل) وذلك باستثناء الحالة التي تتعلق بإعفاء أجراء مؤقتين (الفصل 90 من الاتفاقية المذكورة).

بالحصول على ترخيص من السلطة الإدارية المختصة قبل الإقدام على إعفاء كل المستخدمين أو جزء منهم. وفي هذا النطاق ينص الفصل الثالث من المرسوم المذكور على أن «طلب إعفاء المستخدمين دون تعويضهم بغيرهم كلا أو بعضا يوجه في رسالة مضمونة مشفوعا بجميع الإثباتات المفيدة إلى العون المكلف بتفتيش الشغل الذي يسلمه مذيلا برأيه إلى العامل (عامل صاحب الجلالة).

وفي حالة إعفاء جماعي، يستشير العامل اللجنة المنصوص عليها في الفصل (2)، وطبق الشروط المبينة بالفصل المذكور، إذا رأى في هذه الاستشارة فائدة أو طلبتها منه مفتشية الشغل». ويبحث العامل في الطلب المقدم داخل أجل ثلاثة أشهر وبعد استشارة اللجنة المذكورة التي تتكون من :

- العامل أو الوالي بصفته رئيسا.

- الممثلون الإقليميون أو عند عدمهم ممثلو الوزراء المكلفين بما يلي :

- المالية

- الصناعة العصرية والمناجم

- التجارة والصناعة التقليدية

- الأشغال العمومية والمواصلات

- الفلاحة والإصلاح الزراعي

- السياحة

- السلطة المكلفة بالإنعاش الوطني والتخطيط.

ويمكن للجنة أن تضيف إلى أعضائها كل شخص ترى في اختصاصه فائدة، كما يتولى مفتش الشغل بالعمالة أو الإقليم مهمة كتابة أشغال اللجنة وذلك طبقا لمقتضيات الفصل الأول من المرسوم الملكي رقم 315.66 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى الموافق لـ 14 غشت 1967. وهكذا نلاحظ أنه يتعين على صاحب المقولة الذي يرغب في إعفاء

أثر الصعوبات التي تجتازها المقاولات على حقوق العمال

الحاج الكوري^(*)

تمر المقاولات في بعض الأحيان بصعوبة مالية تجبرها على اللجوء إلى عدة اختيارات منها التخفيض من عدد العمال، أو طلب الإغلاق أو اللجوء إلى الاندماج مع شركة أخرى. وقد يتم إخضاع المقاولات إلى نظام التصفية القضائية وذلك إذا تبين أن وضعيتها مختلفة بشكل لارجعة فيه. ففي كل هذه الحالات التي تضطر فيها المقاولات إلى اتخاذ بعض الإجراءات الاقتصادية أو التنظيمية يتم التساؤل عن وضعية العمال وحقوقهم الاجتماعية. وسنحاول بعجالة في هذه المساهمة المتواضعة التي نهددها لأستاذنا الجليل أحمد شكري السباعي بمناسبة تكريمه، ذلك الأستاذ الذي يعد بمثابة قدوة لنا في العلم والأخلاق، أن نتعرف على مظاهر حماية حقوق العمال في كل الحالات المذكورة.

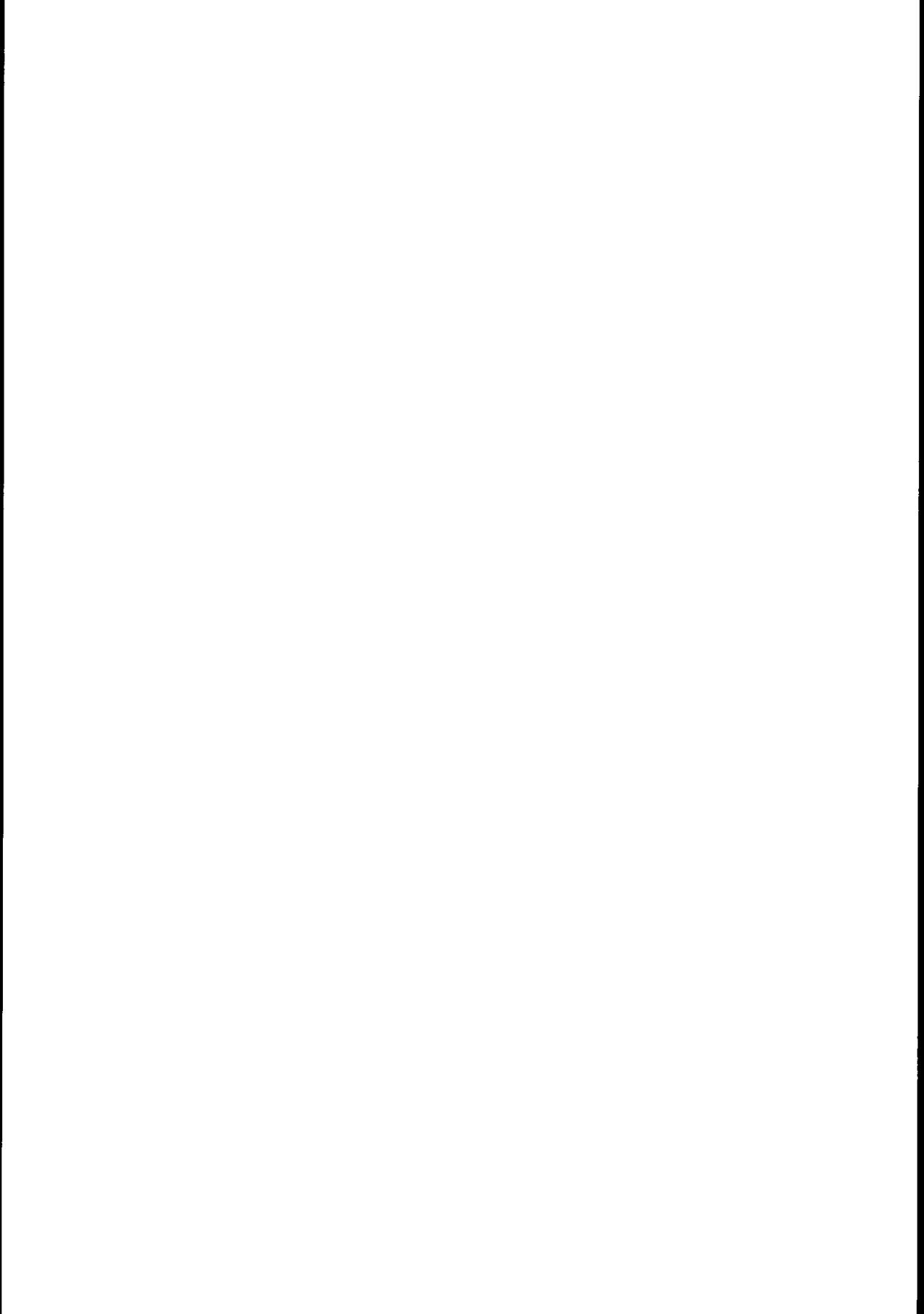
المطلب الأول التخفيض من عدد العمال

للتعرف على الحماية التي يستفيد منها العمال في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى بعض النصوص القانونية وإلى الأحكام الواردة في بعض الاتفاقيات الجماعية كذلك.

أولاً : النصوص القانونية

ينص المرسوم الملكي الصادر في 14 غشت 1967 والمتعلق بالإبقاء على نشاط المؤسسات الصناعية والتجارية وبإعفاء مستخدميها على وجوب احترام مسطرة خاصة في حالة إقدام صاحب العمل على إعفاء العمال أو جزء منهم. وتقضي هذه المسطرة

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - أكادال - الرباط .



6 - ضمان الصفة القانونية لشركات القطاع العام

إن ما قيل عن الشركات الوهمية وعن مجموعة الشركات ينطبق أكثر على شركات القطاع العام. ذلك أن العديد من الشركات المملوكة للدولة أو لإحدى اشخاص القطاع العام إنها تنشأ بشريك واحد هذا الشريك الوحيد هو هذه الدولة أو احد اشخاص القطاع كالبلديات مثلا أو المؤسسات العامة. معنى هذا انها مقاوله فردية تتخذ شكل شركة وغالبا ما تتخذ شكل شركة مجهولة الاسم في حين ليس لها من خصائص هذه الشركة الا الاسم وخاصة ركن تعدد الشركاء⁽²⁵⁾. ولهذا يكون من المحبذ الأخذ بالمقاولات الفردية ذات المسؤولية المحدودة وذلك بغية ضمان الصفة القانونية لشركات القطاع العام. اي سيكون للدولة مثلا ان تنشئ من الشركات ما تريد وتكون هي الشريك الوحيد فيها، مادام ان هذه الشركات ستتخذ شكل شركات فردية ذات مسؤولية محدودة.

إن إقدام المشرع المغربي على الأخذ بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات العضو الوحيد تعتبر خطوة تشريعية جريئة لان فوائدها أكثر من مساوئها أي رغم كل ما يمكن ان يعاب على ذلك من الناحية القانونية، لأنه وكما قال أحد المفكرين انه « في وقت من التاريخ يجب القيام بثورة وليس مجرد ترقيع »
«a un moment de l'histoire, il faut faire de la revolution et non du repièçage».

وبالفعل إن هذه الخطوة كانت بمثابة ثورة على تلك المفاهيم القانونية التقليدية.

(25) على سبيل المثال : شركة اتصالات المغرب التي انشئت في شكل شركة مجهولة الاسم في حين ان الشريك الوحيد هو الدولة، وقد تم مؤخرا طرح جزء من رأسمالها (30%) لدخول القطاع الخاص.

الفردية ذات المسؤولية المحدودة تلافي العديد من المشاكل القانونية التي تواجه مجموعة الشركات، وخاصة عند إنشائها لشركات تابعة filiales ذلك أنه في إطار الوضع القانوني السابق فإن الشركة الأم Société mère باعتبارها شخصا معنويا عندما كانت تريد ان تنشئ شركة تابعة une filiale فانها تكون مضطرة الى سلوك طرق غير قانونية وسلوك حيل لاضفاء الصفة الشرعية وايجاد السند القانوني لهذه الشركات التابعة، وذلك على غرار تلك الشركات الوهمية. ذلك ان هذه الشركة التابعة تنشأ براس مال يكون مملوكا 100% لذلك الشخص المعنوي الواحد وهو الشركة الأم، وهذا هو الطابع السائد بالنسبة لأغلب مجموعات الشركات بالمغرب التي يغلب عليها الطابع العائلي⁽²³⁾ أو نجد أن البعض من هذه الشركات التابعة تنشأ براس مال مملوك للشركة الأم في أغلب الاحوال يصل الى 99% والباقي اي 1% يكون مملوكا لاشخاص آخرين غالبا ما يكون هؤلاء الاشخاص اشخاص معنوية هم شركات تابعة لنفس المجموعة وذلك بغية اضافة الطابع الشرعي على هذه الشركة التابعة التي اسست وذلك بتعدد شركائها لكن في حقيقة الامر هذا التعدد ما هو الا صوري وتبقى الشركة الأم في نهاية المطاف هي الشريك الوحيد.

هذا ويتبنى الشركة الفردية ذات المسؤولية المحدودة، اصبح لمجموعة الشركات ان تجد الوسيلة القانونية والفعالة⁽²⁴⁾. أي سيكون للشركة الأم ان تنشئ بمفردها ما تريد من الشركات التابعة هذه الشركات التابعة التي ستتخذ شكل شركات فردية ذات مسؤولية محدودة خاصة وأن المشرع المغربي يجيز للشخص سواء طبيعيا أو اعتباريا أن ينشئ ما يريد من الشركات ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد، كذلك الامر بالنسبة للمشرع الفرنسي فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، أما الشخص الطبيعي فانه في ظل القانون الفرنسي لا يجوز له انشاء اكثر من شركة فردية ذات مسؤولية محدودة.

M.A. EL. HASSANI : op. cit. p. 343.

(23)

J.J. DAIGRE : Défense de l'entreprise unipersonnelle à resp. limitée. (loi n° 85-697 (24) du 11 Juillet 1985, titre 1er, J.C.P. 1986, I. 3225.

وبفرنسا وقبل الاخذ بالمقاوله الفردية ذات المسؤولية المحدودة تبين من خلال استطلاع اجري سنة 1972 لدى 200 خبير في المحاسبة حيث أكد هؤلاء أن 53% على الأقل من بين 800 شركة والتي يعرفونها جيدا هي مقاولات فردية اي مملوكة لشخص واحد اتخذت شكل شركات⁽²⁰⁾.

يضاف إلى ذلك أن العديد من الاشخاص يلجأون إلى إضفاء طابع الشرعية على هذه الشركات وذلك بايجاد ركن تعدد الشركاء ولكن بأسلوب مغاير، إذ نجدهم يملكون 99% من راس مال الشركة ويسندون 1% لبقية اعضاء مجلس الادارة،⁽²¹⁾ بحيث تكون من الناحية القانونية شركة مادام ان ركن تعدد الشركاء متوفر، ولكن من الناحية الفعلية هي شركة مملوكة لفرد واحد مادام ان هذا الفرد يملك 99% من راس مال هذه الشركة بحيث نجد أن بقية الشركاء هم شركاء وهميون أو على الاقل شبه وهميين.

وبالمغرب وفي غياب اية معطيات مدققة حول هذا الموضوع، إلا أن الملاحظ هو ان العديد من هذه الشركات هي شركات وهمية، إذ نجد ان العديد منها هي في حقيقتها مقاولات فردية صبت في قالب شركات للاستفادة من المسؤولية المحدودة.

وما دام ان هذه الممارسات موجودة بل اصبحت تكاد تكون هي القاعدة، فلماذا لا نتيح للافراد الاستفادة من هذه المسؤولية قانونيا دون اللجوء الى اتباع طرق ملتوية، وذلك بالسماح لهم بانشاء شركات فردية ذات مسؤولية محدودة.

5 - ايجاد السند القانوني لمجموعة الشركات عند انشائها لشركات تابعة

بفرنسا نجد أن العديد من مجموعة الشركات Groupes de Sociétés كانت تتمنى تبني المشرع للمقاولات الفردية ذات المسؤولية المحدودة⁽²²⁾. وقد تحقق لها ذلك بموجب قانون 11 يوليوز 1985، وهو نفس الوضع بالمغرب. ذلك أن من شأن الأخذ بالشركة

C. CHARPEAUD : art. cit. p. 594-595, n° 18.

(20)

J. PAILLUSSEAU : art. cit. n° 7.

(21)

J. PAILLUSSEAU : art. cit. n° 91.

(22)

ونعتقد أن هذا المبدأ الذي كرسه المادة 48 المشار إليها أعلاه يجب تعميمه بالنسبة لكل الشركات، بحيث ان كل شركة كيفما كان نوعها كانت متعددة الشركاء واصبحت في ملكية شريك واحد يمكن استمرارها بحيث تتحول الى شركة ذات مسؤولية محدودة بشريك وحيد مع ما يتطلب هذا التحول من ملاءمة هذه الشركة مع هذا النوع الجديد⁽¹⁷⁾. وبذلك فاننا نضمن الاستمرارية للعديد من الشركات التي تصبح ملكا لشريك واحد عوض اللجوء الى حلها⁽¹⁸⁾ مع ما يترتب على ذلك من أضرار بالنسيج الاقتصادي الوطني.

كما أن المشرع المغربي عليه أن يعمد إلى تعديل الفصل 982 ق. ل. ع بشكل يجعل تعريف الشركة يشمل حتى تلك الشركة التي تؤسس من طرف شخص واحد كما حصل للمادة 1382 من القانون الفرنسي.

4 - الحد من الشركات الوهمية

نظرا للمسؤولية غير المحدودة التي تطال المقاول الفرد والتي تثقل كاهله وتلحق مجموع ذمته المالية، فان العديد من التجار الافراد يلجأون إلى طريقة التحايل على القانون، وذلك بانشاء شركات وهمية اما شركات ذات مسؤولية محدودة أو شركات مجهولة الاسم، مع العلم أن هذه الشركات التي تنشأ ما هي في حقيقتها إلا مقاولات فردية، اي ان الشركة تكون مملوكة لفرد واحد اما بقية الشركاء فهم وهميون، الغاية من ذلك هو اضافة الشرعية على هذه الشركة، التي يجب أن يتعدد الشركاء فيها.

وهكذا فقد تبين من خلال دراسة اجريت بولاية ميشيغن Michiguin بالولايات المتحدة الأمريكية ان 30% من الشركات المجهولة الاسم هي شركات مملوكة لفرد واحد وان بقية الشركاء هم وهميون⁽¹⁹⁾.

J. HUGOT et J. RICHARD : Les sociétés unipersonnelles (loi n° 85-697 du 11 (17) Juillet 1985). Litec, 1985. p. 30.

M. EL. MERNISSI : La réforme des sociétés, in : le parlement et la pratique législative au Maroc. Ed. Toubkal 1985, p. 142.

C. CHARPEAUD : art. cit. p. 595, n° 19. (19)

ويفضل ممارسة التجارة لمفرده في مقاولته الخاصة ولكن يخاف من المسؤولية غير المحدودة التي تطال ممارسي التجارة ضمن اطار مقاولات فردية عادية، وهو ما ينطبق الى حد كبير على التجار بالمغرب، وهو ما عبر عنه الاستاذ محمد علي الحسني حين قال: «يمكننا التفكير بأن هذا النوع من الشركات (أي الشركات الفردية ذات المسؤولية المحدودة) يتطابق مع العقلية المغربية التي تتسم بالفردية والطابع العائلي على الأقل في ميدان الأعمال»⁽¹⁶⁾.

ونعتقد أن الواقع حاليا اثبت مدى نجاعة هذا النوع من الشركات بحيث ان العديد من التجار وخاصة المقاولين الشباب اخذوا يؤسسون هذا النوع من الشركات وان عددها أخذ يحتل مكانته في مجال الاعمال.

3 - حل مشكل الشركة ذات العضو الواحد

وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وخاصة الفصل 982 فان الشركة اذا آلت في يد شخص واحد أي أصبح هو "الشريك" الوحيد فان هذه الشركة يجب ان تنحل بقوة القانون، وقد حاول ظهير 1922 اعطاء امكانية تدارك الموقف بالنسبة للشركات المجهولة الاسم حيث كان الفصل 38 منه يقضي بامكانية استمرارية هذه الشركة في يد شخص واحد لمدة سنة، حتى يتسنى تسوية الوضعية خلال هذه السنة أي بدخول شركاء جدد والا بمرور هذه السنة دون تدارك الوضع يكون من حق كل ذي مصلحة طلب الحل قضائيا. وهذا المفهوم هو الذي كرسه ظهير 30 غشت 1966 المتعلق بشركات المساهمة حيث نصت المادة 358 على ما يلي:

«اذا تقلص عدد المساهمين إلى ما يقل عن خمسة لما يزيد عن عام، جاز للقضاء أن يقضي بحل الشركة بناء على طلب يتقدم به كل ذي مصلحة».

كما أن المادة 48 من ظهير 13 فبراير 1997 تنص على ما يلي: «تستمر الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حالة امتلاك جميع الانصبه من لدن شخص واحد».

M.A. EL. HASSANI : Les groupes de sociétés au Maroc (études historique, juridique (16) et comparée), T. I., L.G.D.J. 1988, pp. 342-343.

دول الاتحاد الاوربي خاصة بعد صدور التوصية الاوربية رقم 12 بتاريخ 21 دجنبر 1989 حيث نصت في مادتها 8 على ما يلي: «يجب على الدول الاعضاء أن تضع كل المقتضيات التشريعية والتنظيمية والادارية الضرورية لملاءمة هذه التوصية وذلك قبل فاتح يناير 1992....».

وفي هذا الاطار تم تدارك الموقف من قبل المشرع المغربي وتبنى الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد بظهير 13 فبراير 1997 (المادة 44 وما بعدها).

2 - مساهرة ظموحات وحاجيات التجار المتوسطين والصغار

لا أحد ينكر الدور الفعال الذي تلعبه المقاولات الصغرى والمتوسطة P.M.E، ومدى العناية التي توليها الحكومة لهذا القطاع. الا أنه تنقصها الفعالية، وربما لو احيطت بالعناية التشريعية، ولو وجد لها الاطار التشريعي الملائم سنكون بذلك قد هيئنا لها التربة الخصبة وبالتالي ستكون مردوديتها أكثر.

لذلك نرى بأن الاطار التشريعي الملائم لهذه المقاولات الصغرى والمتوسطة هو المقاوله الفردية ذات المسؤولية المحدودة. فلماذا لا نتيح لهؤلاء التجار الصغار والمتوسطين ان يزاولوا نشاطهم ضمن هذا الاطار⁽¹⁴⁾ أي بإمكانياتهم، ولكن بمسؤولية محدودة على غرار الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. لأنه كيف يعقل أننا نتيح لمجموعة اشخاص أن يجعلوا مسؤوليتهم محدودة في حدود ما قدمه كل واحد منهم من حصة لمجرد كونه شريك مع بقية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حين لا نتيح لشخص واحد أن يحد من مسؤوليته⁽¹⁵⁾. لهذا، فهذه المسؤولية المحدودة التي يستفيد منها الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب أن تخول كذلك - وهو أولى بها - للتاجر الفرد وذلك بانشائه مقاوله فردية ولكن ذات مسؤولية محدودة، خاصة وان هناك من التجار من لا يريد الدخول في علاقة شراكة مع الغير

C. CHAMPAUD : l'entreprise à responsabilité limitée, R.T.D. cour. 1979, p. 586. (14)

J. PAILLUSSEAU : art. cité, renvoi n° 3. (15)

ثانيا : تجاوز له ما يبرره

في هذا المجال يمكن رصد العديد من المبررات.

1 - تسهيل المعاملات التجارية الدولية.

ان للمغرب علاقات تجارية جد متميزة مع العديد من دول العالم، وخاصة دول الاتحاد الاوربي. ولتسهيل المعاملات التجارية مع هذه الدول يجب العمل على توحيد أو تقارب التشريعات والأنظمة القانونية المعمول بها، بحيث أن التأهيل الاقتصادي لايمكن أن يتم بدون تأهيل قانوني⁽¹⁰⁾.

وهو ما حرص واضعو مشروع قانون التجارة المغربي لسنة 1988 على التأكيد عليه، فقد ورد في المذكرة الايضاحية لهذا المشروع مايلي: «ان العلاقات الاقتصادية الدولية سيما مع دول المجموعة الاقتصادية الاوربية تدعو إلى الاخذ بعين الاعتبار بنيات اخرى للمؤسسات وأنواع اخرى للعقود واجراءات اخرى للقرض وأشكال اخرى للأوراق التجارية والعادات التجارية الدولية...»⁽¹¹⁾ وفي نفس السياق ورد في مذكرة التقديم لنفس المشروع: «مسايرة التطورات الاخيرة التي عرفها القانون التجاري لبلدان المغرب العربي والدول العربية الاخرى (مصر، لبنان، العراق، الكويت، والاردن) وكذا البلدان التي تربطها بالمغرب علاقات تجارية متينة ومتواصلة (كبلدان المجموعة الاقتصادية الاوربية وخاصة فرنسا، و ألمانيا الاتحادية)⁽¹²⁾».

لكن رغم هذا التأكيد على ضرورة مسايرة التطورات القانونية التي تعرفها هذه البلدان فان واضعي مشروع مدونة الشركات لسنة 1989 اغفلوا الاخذ بالشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد، علما بأن هذه الدول خاصة تلك التي تم التركيز عليها مثل فرنسا⁽¹³⁾ و ألمانيا التي تبنت هذا المفهوم الجديد للشركات، بل وكل

(10) La mise à niveau économique ne peut se faire sans mise à niveau juridique.

(11) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة لسنة 1988، ص 3.

(12) مذكرة تقديم مشروع قانون التجارة لسنة 1988، ص 3.

(13) قانون 11 يوليوز 1985.

patrimoine d'affectation⁽⁸⁾ بحيث أصبح بإمكان الشخص ان يقتطع جزءا من أمواله واستثمارها في مشروع معين على أن تحدد مسؤوليته عن هذا المشروع في حدود ما رصد له من أموال، ومن هنا انطلقت ظاهرة الشركات الفردية وبدأت في الانتشار بحيث أصبح الواقع يتجاوز النصوص القانونية⁽⁹⁾. لذلك سيتدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون 11 يوليوز 1985 لينظم هذا النوع من الشركات.

وبالنسبة للمشرع المغربي فإنه ظل هو الآخر وفيما لمبدأ وحدة الزمة المالية، لذلك سنجد أن واضعي مشروع مدونة التجارة لسنة 1989 رفضوا الاخذ بالشركة ذات العضو الواحد، الا أنه تدارك الموقف عند وضع قانون 96-5 (ظهير 13 فبراير 1997). وهكذا أصبح بإمكان الشخص ان يؤسس شركة ذات مسؤولية محدودة يكون فيها هو الشريك الوحيد، بحيث يكون هو المساهم الوحيد أي أن يرصد جزءا من أمواله ليقدمها كحصة في الشركة، هذه الحصة المقدمة تشكل رأسمال الشركة وبالتالي تشكل (مع ما ستكسبه الشركة فيما بعد) الزمة المالية للشركة كشخص معنوي، وهي زمة مالية مستقلة عن زمة الشريك الوحيد، وهذه الزمة المالية المستقلة للشركة ليست زمة تخصيص، ولكن زمة مالية تامة نشأت نتيجة نشوء الشخصية المعنوية للشركة.

وهذا الراسمال بالنسبة لكل الشركات ذات المسؤولية المحدودة سواء كانت متعددة الشركاء أو ذات شريك وحيد يجب الا يقل عن 100.000 درهم ويقسم إلى أنصبة متساوية بقيمة اسمية لا تقل عن 100 درهم.

لكن بالرغم من ان انشاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة بشريك وحيد فيه تجاوز لتلك المفاهيم القانونية التقليدية إلا أن هذا التجاوز له ما يبرره نظرا للعديد من الاعتبارات الاقتصادية والعملية.

(8) محمد الشافعي : مقال سابق، ص 89.

(9) J. PAILLUSSEAU : L' E.U.R.L. ou les intérêts pratiques et les conséquences théoriques de la société unipersonnelle. J.C.P. 1986, I. 3242, N° 139.

- يجب تسيير الشركة من طرف شخص طبيعي، وفي حالة ما اذا كان الشريك الوحيد هو شخص معنوي، فإنه يجب اختيار مسير للشركة من الغير مادام ان القانون يسمح بذلك (المادة 62 من ظهير 13 فبراير 1997)، كما أن الشريك الوحيد حتى وان كان شخصا طبيعيا فله الحق ان يتولى مهمة تسيير شركة أو يعين شخصا أجنبيا للقيام بالمهمة.

ان الشريك الوحيد (طبيعيا او اعتباريا) يزاول مختلف الصلاحيات المخولة لجمعية الشركاء (المادة 44 من ظهير 13 فبراير 1997) بحيث يجتمع مع نفسه ويقرر لنفسه.

- ان الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد لا يمكنها أن تكون شريكا وحيدا في شركة ذات مسؤولية محدودة. ولكن يجوز لهذه الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد ان تكون شريكا في شركة ذات مسؤولية محدودة متعددة الشركاء (أو اي انواع أخرى من الشركات)، ولكن اذا تجمعت كل الحصص في يد الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات العضو الوحيد واصبحت بالتالي شريكا وحيدا في هذه الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإن المشرع يقضي بأن طلب حل هذه الشركة الثانية التي تجمعت انصبتها في يد شخص واحد تستمر بقوة القانون لمدة سنة ولا يمكن طلب حلها داخل هذه السنة، ويمكن للمحكمة أن تمنح أجل ستة أشهر كحد أقصى لتسوية الوضعية، ولايمكنها الحكم بالحل مادام أن التسوية قد تمت قبل بت المحكمة ابتدائيا في الموضوع (المادة 49 من ظهير 13 فبراير 1997).

2 - تجاوز مبدأ وحدة الذمة المالية

ظل مبدأ وحدة الذمة المالية يعتبر من بين الدعائم الاساسية في القوانين ذات النزعة اللاتينية⁽⁷⁾، وهكذا فان المشرع الفرنسي ظل حبيس هذا المفهوم حتى سنة 1949 حيث نحا الفقه الفرنسي نحو الاعتراف بما يسمى بذمة التخصيص

(7) عبد القادر الحسين : قراءة في القانون الجديد لشركات المسؤولية المحدودة. مجلة القسطاس. عدد 1، 1997، ص 95.

شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم...» كما أن اعتبار الشركة عقد، فإن العقد يعني توافق إرادتين أو أكثر.

فإلى حدود سنة 1997 فإن المشرع المغربي لم يكن يعترف بإنشاء شركة من قبل شخص واحد. لكن بعد صدور ظهير 13 فبراير 1997 أصبح بإمكان شخص واحد إنشاء شركة لكن الأمر يتعلق فقط بنوع واحد من الشركات هي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، اذن فالشركة ذات العضو الواحد هي حكر على هذا النوع.

وهكذا فإن المشرع المغربي تبني تلك المفاهيم الحديثة التي اخذت تغزو قوانين الشركات، بحيث ان الشركة لم تعد تعتبر عقدا بل نظاما institution⁽⁵⁾ كما أن ذلك العنصر التقليدي الذي كان يعتبر اساسيا في الشركات وهو نية المشاركة affectiv societatis تم تجاوزه، فاذا بنا في واقع الامر ان الشخص يتعاقد مع نفسه، وأنه ينوي التشارك مع نفسه، وهو أمر ظل الفقه القانوني يرفضه لمدة طويلة.

لقد أصبح الآن من الجائز ومن المسلم به قانونا إنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة من قبل شخص واحد، بل الامر اخذ في الانتشار بوتيرة جد مهمة، لكن من هو هذا الشريك الوحيد؟

لقد حدد ظهير 13 فبراير 1997 مجموعة من القواعد نوجزها كما يلي :

- هذا الشريك الوحيد يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا إلا أن المشرع الفرنسي ميز بينهما بحيث منع على الشخص الطبيعي أن يكون شريكا وحيدا في أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة⁽⁶⁾ في حين ان المشرع المغربي لم يميز بين الشخص الطبيعي والاعتباري ولم يضع أي قيد بحيث يمكن لاي شخص (طبيعي أو اعتباري) ان يكون شريكا وحيدا في أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة، وهو أمر كان على المشرع المغربي الانتباه اليه.

(5) محمد الشافعي : شركة الرجل الواحد one man's company. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 39 ص 87.

Art 36-2 loi n° 85-697 du 11 Juillet 1985.

(6)

وهكذا أدخل هذا النوع ضمن الشركات ذات المسؤولية المحدودة بحيث نصت المادة 44 في فقرتها الأولى على ما يلي : «تتكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص أو أكثر لا يتحملون الخسائر سوى في حدود حصصهم». وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة : «إذا كانت الشركة تتكون، حيادا عن مقتضيات الفصل 982 من قانون الالتزامات والعقود، من شخص واحد سمي هذا الشخص بالشريك الوحيد، ويزاول الشريك الوحيد الصلاحيات المخولة لجمعية الشركاء المنصوص عليها في هذا الباب».

أما فيما يتعلق بالتسمية فقد حددتها المادة 45 حيث أن هذه الشركة وعلى غرار الشركات ذات المسؤولية المحدودة تعين باسم معين، يمكن أن يضاف إليه اسم الشريك، ويجب أن يكون هذا الاسم متبوعا أو مسبقا بما يلي «شركة ذات مسؤولية محدودة من شريك وحيد».

لا شك أن أخذ المشرع المغربي بالشركة ذات المسؤولية المحدودة من شريك وحيد تم على حساب بعض المفاهيم القانونية التقليدية (أولا)، إلا أن تجاوز هذه المفاهيم ربما له ما يبرره (ثانيا).

أولا : تجاوز بعض المفاهيم القانونية التقليدية

إن تبني هذا النوع الجديد من الشركات أي الشركة ذات المسؤولية المحدودة بشريك وحيد يعتبر خرقا لبعض المفاهيم القانونية التقليدية التي ظلت راسخة طوال حقبة من الزمن خاصة مبدأين أساسيين هما : مبدأ تعدد الشركاء، ومبدأ وحدة الذمة المالية.

1 - تجاوز مبدأ تعدد الشركاء

من المبادئ المسلم بها قانونا هو أن مفهوم الشركة يعني وجود شخصين أو أكثر لان التشارك يعني تظافر جهود شخصين أو مجموعة أشخاص، وهو المفهوم الذي كرسه الفصل 982 ق. ل. ع حين عرف الشركة بأنها: «الشركة عقد بمقتضاه يضع

ويمكن أن تنشأ (الشركة) في الحالات المنصوص عليها قانونا بتصرف ارادي لشخص واحد...» وهو ما تبنته أيضا المادة 34 من قانون الشركات بعد تعديلها سنة 1985، والخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة حيث جاء فيها: «تنشأ الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف شخص أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسارة الا في حدود حصصهم.

عندما لا تشمل الشركة إلا شخصا واحدا فان هذا الشخص يسمى الشريك الوحيد «associé unique»⁽²⁾.

وهكذا فإن هذا النوع الجديد من الشركات التي تنشأ بشريك واحد أو تستمر بشريك واحد هو ما اصطلح على تسميتها بفرنسا بالمقولة الفردية ذات المسؤولية المحدودة E.U.R.L.⁽³⁾.

وبالنسبة للمغرب فبعد أن رفض واضعو مشروع مدونة الشركات لسنة 1989 الاخذ بهذا المفهوم نظرا لتعارضه مع بعض المفاهيم القانونية التقليدية (خاصة مفهوم الشركة كعقد، ومبدأ وحدة الذمة المالية للشخص) وهو أمر اعتبرناه عندئذ شاذا وغير منطقي. وذلك خلال مداخلتنا حول هذا الموضوع بمناسبة انعقاد ندوة المقولة والقانون: «رهانات سنة 2000» والتي تمت بكلية الحقوق بالرباط سنة 1990، وطالبنا حينها بضرورة تبني الشركة الفردية ذات المسؤولية المحدودة على غرار العديد من التشريعات خاصة منها الأوربية.

وبالفعل ما كان للمشرع المغربي أن يتخلى عن الركب التشريعي الدولي، الذي اخذت فيه ظاهرة الشركة ذات الشخص الواحد تنتشر، لذلك عمد المشرع المغربي إلى تبني هذا المفهوم الجديد للشركات في القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، والصادر بتنفيذه ظهير شريف بتاريخ 13 فبراير 1997⁽⁴⁾.

Loi n°85-697 du 11 Juillet 1985. (2)

Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. (3)

ج. ر. عدد 4478 بتاريخ فاتح ماي 1997. (4)

الشركة الفردية ذات المسؤولية المحدودة من شريك وحيد (إصلاح أم بركة؟)

المختار بكور(*)

بالرجوع إلى الفصل 982 ق. ل. ع نجده ينص على ما يلي : « الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو أعمالهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم...». وهكذا يتضح من هذا الفصل أن الشركة لا يمكن أن تنشأ إلا إذا تعدد الشركاء فيها أي شريكين أو أكثر. وبذلك فلا يمكن الحديث عن شركة إذا انشئت من طرف شخص واحد. أي ان الشخصية المعنوية للشركة لا يمكن ان تقوم إلا اذا توافرت فيها كل اركانها العامة والخاصة ومن بين هذه الاركاز ركن تعدد الشركاء⁽¹⁾.

إلا أن هذا المفهوم التقليدي للشركة أي باعتبارها عقد لا يمكن أن يقوم الا بين شخصين على الاقل اخذ يندحر أمام التطورات التشريعية التي تعرفها العديد من الدول وخاصة الاوربية منها. وهكذا ظهر مفهوم جديد للشركة، هذه الشركة التي لم يعد ينظر إليها كعقد بل كنظام. وعليه فإذا كان الشخص الواحد لا يمكنه ان ينشيء عقدا اي لا يمكن للفرد ان يتعاقد مع نفسه. فإن هذا النظام القانوني يمكن أن يشمل عدة اشخاص أو شخصا واحدا.

وهكذا نجد أن المشرع الفرنسي مثلا قد ادخل تعديلا على المادة 1382 ق. مدني التي اصبحت تقضي بما يلي : «تنشأ الشركة من طرف شخصين أو أكثر يتفقون بموجب عقد أن يخصصوا لمقولة أموالهم....»

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - أكادال- الرباط.

(1) P. DECROUX : Les sociétés en droit marocain, éditions la porte, Rabat 1985, p. 58.

الحل قد استبعد من طرف محكمة النقض وبالتالي أصبحت الكمبيالات غير المقبولة تخضع لنفس قواعد باقي الكمبيالات.

وعلى غرار القانون التجاري الفرنسي، لم تنص قوانين دول المغرب العربي على تزامم عدد من الحملة على مقابل وفاء واحد، بخلاف ما يجري عليه الأمر في قوانين دول المشرق العربي حيث عالجت كل من قوانين التجارة للعراق⁽⁶⁷⁾ وسوريا⁽⁶⁸⁾ وكذا نظام الأوراق التجارية السعودي⁽⁶⁹⁾ هذا التزامم على الشكل التالي :

1 - تكون الأولوية للكمبيالة المقبولة من طرف المسحوب عليه، وإذا كانت هناك عدة كمبيالات مقبولة في آن واحد، تكون الأولوية للأسبقية من حيث تاريخ القبول، ولكن إذا كانت هذه الكمبيالات مقبولة في نفس التاريخ، اقتسم حاملوها مقابل الوفاء قسمة غرماً.

2 - تكون الأولوية للكمبيالة التي خصص لوفائها مقابل وفاء معين، ولكن في غياب كمبيالة مقبولة. أما إذا كان هناك تخصيص لعدة كمبيالات، تكون الأولوية في هذه الحالة للكمبيالة التي خصص لها المقابل أولاً؛ وإذا كانت هذه الكمبيالات قد خصص لها مقابل الوفاء في نفس التاريخ، اقتسم حاملوها ذلك المقابل قسمة غرماً.

3 - تكون الأولوية للكمبيالة السابقة في تاريخ الإستحقاق عند عدم وجود أية كمبيالة مقبولة وعدم تخصيص مقابل الوفاء لأداء أي منها، وذلك على أساس أن السحب ينشئ حقاً احتمالياً سابقاً على الحق الإحتمالي الذي ينشأ نتيجة سحب كمبيالة لاحقة. وإذا كان لجميع هذه الكمبيالات نفس التاريخ، اقتسم حاملوها مقابل الوفاء قسمة غرماً.

(67) المادة 69.

(68) المادة 425.

(69) المادة 32.

قديمًا⁽⁶¹⁾، فإن جانباً من الفقه يتساءل حالياً عن مدى بقاءه بخصوص الكمبيالات غير المقبولة وخاصة أن القضاء منح لحاملها منذ 1972 الحق في تجميد مقابل الوفاء لمصلحتهم⁽⁶²⁾.

2 - أما إذا كان التزاحم بين كمبيالات غير مقبولة وتحمل تواريخ استحقاق مختلفة، فإن الفقه انقسم بخصوص هذه الحالة. فالبعض يرى بأن يحافظ المسحوب عليه على مقابل الوفاء للكمبيالة القديمة جداً من حيث تاريخ إنشائها⁽⁶³⁾، في حين يقول فريق آخر إن المسحوب عليه سيؤديها فوراً عند تقديمها إليه⁽⁶⁴⁾.

3 - وفي حالة التزاحم بين كمبيالات مقبولة ومسحوبة في نفس التاريخ، يؤدي مقابل الوفاء حسب تاريخ إنشاء الكمبيالات المختلفة، وتكون الأولوية لأقدمهم من حيث التاريخ⁽⁶⁵⁾، وسبق للمحاكم أن قضت بأن الكمبيالات التي تتضمن شرط عدم القبول يجب أن تؤدي بعد الكمبيالات الأخرى، كيفما كان تاريخ إصدارها⁽⁶⁶⁾، وكانت تفسر هذا الشرط بحرمان الحامل من حقه على مقابل الوفاء، غير أن هذا

(61) انظر :

Cass. civ. 2 mars 1857, S. 1857. I. 510.

(62) انظر :

J. MESTRE, la lettre de change-théorie de la provision. Jurisclasseur-droit commercial fascicule 415.

(63) انظر :

ROBLOT, op.cit. n° 199.

(64) انظر :

HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, Traité de droit commercial, Paris 1966. Tome II, n° 1423.

(65) انظر :

ROUEN, 24 avril 1855, D. 1855. 2. 215.

(66) انظر :

NIMES, 18 avril 1855, D. 1855. 2. 115; Paris, 6 juin 1855 et, sur pourvoi, cass. civ. 2 mars 1857, s. 1857. I. 119.

أما في الحالة الثانية (أي عندما يثبت حق الحامل على مقابل الوفاء بمجرد حلول تاريخ الإستحقاق)، فإن المسحوب عليه قد يقوم بدفع مقابل الوفاء إلى غير الحامل ولكن مع ذلك لا تترتب عليه مسؤولية في مواجهة الحامل، لأن المسحوب عليه قد لا يكون عالما بإصدار الكمبيالة، ومن ثم فإنه إذا قام - عن حسن نية - بدفع مقابل الوفاء إلى شخص آخر، فإن هذا الوفاء يكون مبرئاً لذمته وبالتالي لا يكون ملزماً بالوفاء مرة ثانية. أما إذا كان على علم بإصدار الكمبيالة وتاريخ استحقاقها (كما لو أخطره الحامل بذلك)، فإن قيامه بالوفاء لغير الحامل لا يعتبر مبرئاً له، بل يبقى ملزماً بالوفاء مرة أخرى تجاه الحامل، كما أن مسؤوليته تتحقق - من باب أولى - ويلزم بالوفاء مرة أخرى في حالة تواطئه من أجل الوفاء إلى غير الحامل⁽⁵⁸⁾.

ثالثاً : حق الحامل في حالة تزاحم الكمبيالات

بخلاف القانون البلجيكي⁽⁵⁹⁾، لم يعالج القانون التجاري الفرنسي مسألة تعدد الكمبيالات المسحوبة لأشخاص مختلفين على مقابل وفاء واحد لا يكفي لتسديد قيمتها جميعاً، أي ما يسمى بالتزاحم على مقابل الوفاء. غير أن الفقه والقضاء في فرنسا تطرقا إلى هذا التزاحم على الشكل التالي :

1 - إذا تم تخصيص مقابل الوفاء لكمبيالة معينة، يكون حاملها المستفيد الأول منه، وفي حالة عدم هذا التخصيص، يتفق الفقه⁽⁶⁰⁾ على أن تعطى الأسبقية للكمبيالة المقبولة على الكمبيالة غير المقبولة، كيفما كان تاريخ إصدارها، وذلك بناء على أن القبول يؤكد حق الحامل على مقابل الوفاء وينقله إليه بصفة نهائية. فإذا كان هذا الحل الخاص بأفضلية الكمبيالات المقبولة قد كرسه القضاء

(58) انظر :

JESTAZ, op. cit. p. 898.

(59) المادة 81 من القانون التجاري.

(60) انظر :

ROBLOT, les effets de commerce, op.cit. n° 199.

الساحب المالية واستقرت في ذمة الحامل، ويترتب على تأكيد ملكية الحامل على مقابل الوفاء عند قبول المسحوب عليه للكمبيالة عدة نتائج طبقا لما سار عليه القضاء الفرنسي:

1 - يفقد الساحب حقه في التصرف في مقابل الوفاء بأي شكل من أشكال التصرف، كما لا يمكن إجراء المقاصة بين مقابل الوفاء والحق الذي قد ينشأ للمسحوب عليه تجاه الساحب⁽⁵⁵⁾؛

2 - لا يحق للمسحوب عليه أن يعيد مقابل الوفاء إلى الساحب أو أن يدفعه إلى أي شخص آخر غير الحامل⁽⁵⁶⁾؛

3 - لن يستطيع دائنو الساحب إيقاع الحجز على مقابل الوفاء بين يدي المسحوب عليه لأن ذلك المقابل لم يعد مملوكا للساحب⁽⁵⁷⁾.

وكيفما كان الحال، فإن نفس الحقوق المؤمأ إليها تترتب للحامل على مقابل الوفاء بمجرد حلول تاريخ استحقاق الكمبيالة، ويكون ذلك حتى في حالة عدم قبولها من طرف المسحوب عليه، لأن مقابل الوفاء يصبح حقا نهائيا للحامل وغير قابل للرجوع فيه بمجرد تاريخ الاستحقاق ويقوة القانون دون اتخاذ أي إجراء من طرف الحامل، غير أنه يوجد فرق بين حالة القبول وحالة حلول تاريخ الاستحقاق من حيث مسؤولية المسحوب عليه. ففي الحالة الأولى، لا تبرأ ذمة المسحوب عليه القابل في مواجهة الحامل إذا قام بالوفاء لغيره (مثلا لو دفع مقابل الوفاء إلى الساحب أو إلى أي شخص آخر)، بل يكون في مثل هذه الحالة ملزما بالوفاء مرة أخرى تجاه الحامل.

(55) انظر :

Cass. civ. 28 juin 1976, Bull. civ. IV. n° 219.

(56) انظر :

Paris, 19 juin 1968, R.T.D.com.1969, p. 137. note cabrillac et Rives - lange.

(57) انظر :

Cass. civ. 19 novembre 1850, D.1850.5.286; Dijon, 23 mai 1973. R.T.D. com 1973.833; Bordeaux, 6 janvier 1986. Revue Banque 1986, p. 290; Trib.com. Versailles, 3 février 1988, Revue de droit bancaire et de la bourse 1988, p. 152.

الوفاء لأداء قيمتها وأن هذا التخصيص يؤدي إلى تفويت حقيقي للدائنية إلى الحامل دون أن يتعرض لمزاحمة بقية دائني الساحب⁽⁵²⁾، كما يمكن أن يوجد هذا التخصيص دون التنصيص عليه في الكمبيالة⁽⁵³⁾، غير أنه تبقى لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في الحكم بوجود أو عدم وجود هذا التخصيص وذلك اعتمادا على وسائل الإثبات المقدمة إليهم⁽⁵⁴⁾.

وأخيرا يمكن القول إن الحق الثابت للحامل على مقابل الوفاء في الحالات السابقة هو حق غير صرفي، لأنه ناشيء عن ملكيته لمقابل الوفاء، والعلاقة التي ينشأ عنها هذا المقابل لا تعتبر جزءا من العلاقة المصرفية، ولذلك يستطيع المسحوب عليه في الحالات السابقة أن يتمسك في مواجهة الحامل بجميع الدفع التي تكون له في مواجهة الساحب.

– ثانيا : حق الحامل بعد قبول الكمبيالة

سبقت الإشارة إلى أن حق الحامل على مقابل الوفاء يظل غير مستقر بحيث لا يفقد الساحب - من حيث المبدأ - حقه في التصرف في مقابل الوفاء وخاصة في حالة عدم قبول الكمبيالة. أما إذا قام المسحوب عليه بقبول الورقة، فإن الأمر يختلف تماما، لأن القبول يترتب عليه أولا إلتزام المسحوب عليه تجاه الحامل إلتزاما صرفيا مباشرا ومجردا عن علاقته بالساحب، سواء كان قد تلقى مقابل الوفاء أو لم يتلقاه. فقبول المسحوب عليه للكمبيالة يفترض وجود مقابل الوفاء عنده، وهذا القبول يشكل، فيما يخص علاقة المسحوب عليه بالحامل، قرينة قاطعة على وجود مقابل الوفاء، فحق الحامل على هذا المقابل يتأكد بشكل نهائي لأن ملكية ذلك المقابل قد خرجت من ذمة

(52) انظر :

Cass. civ. 18 mai 1868, S. 1868. 1. 292.

(53) انظر :

Cass. com. 4 avril 1865, D. p. 1865. 1. 233.

(54) انظر :

Cass. civ. 28 février 1962, Bull. civ. III. n° 134.

3 - تخصيص مقابل الوفاء

يحصل في بعض الأحيان أن يتم تخصيص حق دائنية معين للساحب تجاه المسحوب عليه لكي تؤدي منه قيمة الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، ويحدث ذلك سواء لأن الساحب تربطه مع المسحوب عليه عدة علاقات (كأن يكون قد باع له بضاعة أو أنابه في تحصيل ورقة تجارية أو في بيع بضاعة معينة...) ويريد الساحب أن تقتطع قيمة الكمبيالة مما هو مستحق له من إحدى تلك العلاقات، أو أنه لا توجد بينهما إلا علاقة واحدة ولكن الساحب أراد أن تدفع قيمة الكمبيالة من الحق الناتج عن تلك العلاقة (كما هو الأمر في حالة سحب كمبيالة على وكيل بالعمولة قام أو سيقوم ببيع بضاعة لحساب الساحب).

كذلك قد ينتج التخصيص عن اتفاق خاص بين الأطراف، سواء خطيا أو شفويا، كما أن هذا الاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا، وفي هذه الحالة لا يكون ذلك الاتفاق صرفيا وبالتالي يجوز إثباته بكل الطرق.

ويترتب على مثل هذا التخصيص أن يصبح لحامل الكمبيالة من تلك اللحظة حق ثابت ومؤكد على مقابل الوفاء الذي تم تخصيصه للوفاء بقيمة الكمبيالة وبالتالي لا يستطيع الساحب أن يتصرف في ذلك المقابل، كما لا يستطيع المسحوب عليه أن يدفعه لغير الحامل، ولذا فإن قام المسحوب عليه بدفعه فعلا إلى غير الحامل، فإن ذلك الوفاء لا يكون مبرئا لزمته، بل يظل ملزما بالوفاء مرة أخرى للحامل.

أما في القانون المغربي، فإن مدونة التجارة لم تتطرق إلى تخصيص مقابل الوفاء ولم يسبق كذلك أن تم طرحها أمام القضاء، وخلو المدونة من التخصيص عليها يرجع إلى عدم تناول هذه المسألة في القانون التجاري الفرنسي الذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون التجاري المغربي، غير أن القضاء في فرنسا قد تطرق إلى هذه المسألة وأقر منذ أكثر من قرن تخصيص مقابل الوفاء لأداء قيمة الكمبيالة حيث ذهبت محكمة النقض إلى أنه يمكن للساحب أن يخصص ابتداء من إصدار الكمبيالة مقابل

في مقابل الوفاء يشترط لصحته أن يكون العرف التجاري قد استقر على ذلك، ويبدو أن مثل هذا العرف غير موجود⁽⁵⁰⁾.

وبخصوص هذه المسألة، أجازت مدونة التجارة المغربية للحامل أن يمارس، وفقا لأمر بناء على طلب، حجزا تحفظيا على منقولات أي من الملتزمين بالكمبيالة (ساحبين وقابلين ومظهرين)، شريطة أن يكون ذلك بعد إقامة احتجاج عدم الوفاء⁽⁵¹⁾. وبناء على ذلك، لا يمكن اتخاذ مثل هذا الحجز إلا بعد حلول تاريخ استحقاق الكمبيالة وبعد إقامة احتجاج عدم الوفاء وليس احتجاج عدم القبول. أما قبل ذلك، فإن حق الحامل على مقابل الوفاء لا يتأكد إلا في الحالات التالية :

1 - التسوية أو التصفية القضائية للساحب

يترتب على التسوية أو التصفية القضائية للساحب أثر كبير من حيث استقرار حق الحامل على مقابل الوفاء. فبمجرد الحكم بها، يصبح للحامل حق مؤكد على ذلك المقابل، يقتضي منه حقه دون مزاحمة بقية دائني الساحب، أي أنه يكون له حق امتياز على ذلك المقابل، ومن ثم فإن السنديك لا يكون من حقه استرداد مقابل الوفاء، ولو فعل ذلك لأصبح ملزما بالوفاء تجاه الحامل من ذلك المقابل بدون منافسة من بقية الدائنين.

2 - التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه

يترتب على التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه أو توقفه عن دفع ديونه أو الحجز على أمواله، حلول تاريخ استحقاق الكمبيالة، سواء كانت مقبولة أو غير مقبولة. كذلك يتقرر للحامل حق امتياز على مقابل الوفاء، أي أن حقه يتأكد على هذا المقابل بالإضافة إلى حقه في الرجوع الفوري على الساحب وباقي الموقعين الآخرين.

(50) انظر :

ROBLOT, D. 1972. 688.

(51) المادة 208.

الفقه ذهب إلى القول بأنه يكفي أن يقوم الحامل بتوجيه إخطار إلى المسحوب عليه يمنعه بموجبه من التصرف في مقابل الوفاء⁽⁴⁶⁾، وهذا الإخطار لا يخضع لاجراءات معينة أو لشكل معين⁽⁴⁷⁾، وكل ما يلزم هو أن يكون قاطعا في معناه، فلا يكفي مثلا مجرد طلب قبول الكمبيالة، أو إقامة احتجاج عدم القبول⁽⁴⁸⁾ لأن هذا الاحتجاج قد يكون المقصود من ورائه هو تمكين الحامل من الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة، ومن ثم فهو لا ينبىء عن قصد الحامل منع المسحوب عليه من التصرف في مقابل الوفاء.

ويبدو أن هدف الفقه من وراء ذلك هو محاولة إيجاد نوع من التوازن بين مصلحة الحامل ومصلحة الساحب، لأن إطلاق يد الساحب في التصرف في مقابل الوفاء إلى حين تاريخ الاستحقاق يعني أن حق الحامل على ذلك المقابل سيظل رهن مشيئة الساحب، ومن ثم فإن الاعتراف للحامل بالحق في حجز مال مدينه لدى الغير (المسحوب عليه)، أو إخطار المسحوب عليه بعدم التصرف في مقابل الوفاء يؤدي إلى إيجاد نوع من التوازن بين المصلحتين. غير أن هذا القول قد تعرض لعدة انتقادات، لأن حجز ما للمدين لدى الغير يمكن تصوره حينما يكون الدين المحجوز من أجله مستحقا، بينما حق الحامل ليس مستحق الدفع، كما أن حجز مال المدين لدى الغير لا يعطى أكله إلا بعد صدور حكم قضائي يقرر للدائن الحق بالانفراد باستيفاء حقه من المال المحجوز عليه⁽⁴⁹⁾، وهذه المسألة تستغرق عادة بعض الوقت، مما يمكن الدائنين الآخرين من الإسراع في المشاركة في الحجز، ومن ثم فإن حامل الكمبيالة لا يحمى من منافسة الدائنين الآخرين للساحب، كما أن إخطار المسحوب عليه بعدم التصرف

(46) انظر :

ROBLOT, op. cit. 169.

(47) انظر :

ROBLOT, note au D. 1972. 688.

(48) انظر :

ROBLOT, D. 1972. 688.

(49) انظر :

JESTAZ, op. cit. p. 889.

من عند المسحوب عليه⁽⁴²⁾ الذي لا يلام إذا استجاب لطلب الساحب، وهذا الرأي يتفق مع مفهوم مقابل الوفاء كما تعرفه الفقرة الثانية من المادة 166 من مدونة التجارة وغيرها من النصوص العربية، والتي تنص جميعا على أن مقابل الوفاء يعد موجودا إذا كان المسحوب عليه في تاريخ استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة، كما أن هذا الرأي يتفق مع متطلبات الحياة العملية بحيث أن التجار غالبا ما يكونون في علاقات مستمرة وتتغير مراكزهم من حيث الدائنية والمديونية من حين لآخر، ومن ثم فإن تجميد مقابل الوفاء بمنع الساحب من التصرف فيه يؤدي - بالإضافة إلى حرمانه من التصرف في حقه لدى المسحوب عليه - إلى ارتباك في الحركة التجارية بينهم⁽⁴³⁾.

ويترتب على كون الساحب لا يفقد حقه في التصرف في مقابل الوفاء إلا عند حلول تاريخ الاستحقاق، أن حق الحامل على هذا المقابل يظل إلى حين ذلك التاريخ مزعزا وغير مستقر، الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى القول إن الحامل يستطيع أن يحافظ على حقه على مقابل الوفاء بطريق الحجز على مال المدين لدى الغير⁽⁴⁴⁾، أي باعتبار أن الساحب مدين له، فإنه يحجز حق هذا الأخير لدى المسحوب عليه. وبخصوص هذه المسألة، قضت المحاكم في فرنسا وعلى رأسها محكمة النقض بأنه يمكن للحامل أن يؤكد حقه على مقابل الوفاء إما عن طريق الحجز عليه بين يدي المسحوب عليه أو فقط عن طريق منع المسحوب عليه من التخلي عنه⁽⁴⁵⁾، كما أن بعض

(42) انظر :

Cass. com. 10 juillet 1973, Bull. 1973. IV. n° 241; 29 janvier, 1974, Bul. 1974, IV, n° 37; 1^{er} février 1977, Bull. IV, n° 35, R.T.D. com. 1977. 332; Paris, 14 avril 1964, D. 1964. 725.

(43) انظر :

JESTAZ, op.cit. p. 884; ROBLOT, op.cit. n° 167.

(44) انظر :

ROBLOT, op. cit. p. 189.

(45) انظر :

Req. 1^{er} juin 1858, D. 1858. I. 387; com. 24 avril 1972, Bull. IV. n° 119, D. 1972. 686; Paris, 14 avril 1964, D. 1964. 725.

المبحث الثاني

آثار انتقال ملكية مقابل الوفاء

تختلف الآثار المترتبة على انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل حسبما إذا قد تم قبول الكمبيالة أو لم يتم قبولها، بالإضافة إلى أن حق الحامل على هذا المقابل يختلف باختلاف تزامن عدد من الحملة على مقابل وفاء واحد.

ـ أولا : حق الحامل قبل قبول الكمبيالة

يرى جانب من الفقه⁽⁴⁰⁾ أنه نتيجة لانتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل، بمجرد الإصدار أو التظهير، فإنه لا يجوز للساحب أن يتصرف في مقابل الوفاء بأي وجه من أوجه التصرف، كما أنه لا يجوز للمسحوب عليه أن يدفع هذا المقابل إلا للحامل، أي أنه يكون مسؤولا فيما لو قام بالوفاء إلى الساحب أو إلى أي شخص آخر، غير أن هذا الفريق من الفقه يخفف من هذه المسؤولية عندما يفى المسحوب عليه لغير الحامل إذا كان على غير علم بإصدار الكمبيالة أو لم يتم إشعاره بذلك، ولكن الرأي الراجح هو أن حق الحامل يرد على حق الساحب تجاه المسحوب عليه، المحتمل الوجود حين تاريخ الاستحقاق، فهو إذن حق احتمالي قد يوجد وقد لا يوجد⁽⁴¹⁾، كما يمكن لهذا الحق أن يختفي خلال المدة الحاصلة بين انتقال الورقة وتاريخ استحقاقها.

ويمكن القول إن الكمبيالة تبقى غلافا فارغا إلى حين تاريخ الاستحقاق وفي هذا الوقت بالذات ينزلق فيها مقابل الوفاء ليستقر بها، فالساحب يستطيع إلى حين الاستحقاق التصرف في مقابل الوفاء كيفما شاء، كما أنه يحتفظ بحقه في استرجاعه

(40) انظر :

HAMEL. LAGARDE et JAUFFRET. Traité de droit commercial, Dalloz, Paris 1966. p.90.

(41) انظر :

JE:STAZ. op. cit. p. 886; ROBLOT, op. cit. p. 168.

غير أنه ثار خلاف بخصوص تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء في الحالات التي يوافق فيها البنك على خصم الكمبيالة، ولكنه لا يقيد حصيلة الخصم لحساب الزبون إلا في تاريخ لاحق. وحسب الرأي الراجح، فإن وقت انتقال ملكية الكمبيالة هو تاريخ الاصدار أو التظهير وليس تاريخ قيد قيمة الكمبيالة لحساب الزبون⁽³⁵⁾، وقد سار القضاء في فرنسا على هذا المنوال⁽³⁶⁾. ويعزى انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل إلى الإرادة المفترضة للطرفين، ومن ثم فإنه غير متعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز للطرفين استبعاده ببيان صريح في الكمبيالة، كما أنه يجوز استبعاده باتفاق خاص بين الطرفين، ولكن أثر الاتفاق في هذه الحالة يقتصر على طرفيه فقط، أي أنه لا يكون نافذا في مواجهة الحامل الذي لم يكن طرفا فيه. وفي القرن الماضي، قضت محكمة النقض الفرنسية⁽³⁷⁾، وعلى غرارها سارت بعض المحاكم⁽³⁸⁾، بأن اشتراط عدم تقديم الكمبيالة للقبول يترتب عليه عدم انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل ولا إلى الحملة المتعاقبين، غير أن القضاء قد عدل عن هذا الرأي واتجه إلى اعتبار أن ذلك الشرط لا يعني أكثر من رغبة الساحب في الإبقاء على حقه في التصرف في مقابل الوفاء إلى حين تاريخ الاستحقاق، ولكي لا يفاجأ بحرمانه من ذلك الحق، سواء بتقديم الكمبيالة للقبول أو بالحجز على مقابل الوفاء⁽³⁹⁾.

(35) انظر :

ROBLOT, op. cit. p. 165.

(36) انظر :

Cass. com. 20 mars 1962, J.C.P. 1962. II. 12747, Revue Banque 1962, p. 421.

(37) انظر :

Cass. civ. 2 mars 1857, D. 1857. I. 119, s. 1857. I. 510.

(38) انظر مثلا :

Lyon, 11 mai 1934, moniteur judiciaire, Lyon, 4 février 1936.

(39) انظر :

Cass. 14 décembre 1970, D. 1972. I. 340, Revue Banque 1971. 411, R.T.D. com. 1971. p. 409.

بحلول تاريخ الاستحقاق، غير أن حقه على مقابل الوفاء الناقص قد يثير التساؤل حول مدى تأثير ذلك على حق الحامل في الرجوع الصرفي على الموقعين على الكمبيالة.

بخصوص هذه المسألة، يرى العميد روبلو ROBLOT أنه يكون للحامل الخيار في أن يمارس حقه في الرجوع فوراً على جميع الموقعين، أو أن ينتظر إلى أن يصبح مقابل الوفاء الناقص تاماً لتؤخذ منه قيمة الكمبيالة، ويستفاد من هذا الرأي - بمفهوم المخالفة - أن الحامل لو فضل الخيار الثاني فإنه يفقد حقه في الرجوع الصرفي، ولكن فريقاً آخر من الفقه يرى أنه من حيث علاقة الحامل بالساحب والمسحوب عليه، فإن مقابل الوفاء يعتبر غير موجود، ومن ثم فإنه يحق له أن يباشر الرجوع الصرفي فوراً على جميع الموقعين على الكمبيالة. أما بالنسبة لعلاقة الحامل بدائني الساحب، فيحق له استيفاء قيمة الورقة من مقابل الوفاء الناقص بطريق الأولوية دون مزاحمة أي منهم، وذلك باعتبار أن ملكية ذلك المقابل قد انتقلت إليه، ولكن متى يتم هذا الانتقال ؟

– ثانياً : تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء

يكون وفاء الساحب بدينه تجاه المستفيد نتيجة اتفاق يتم بين الطرفين، وتتمثل إرادة الساحب في إصدار الكمبيالة، وتستنتج إرادة المستفيد من قبوله وفاء دينه بتلك الصورة، ولذا فإن انعقاد الكمبيالة يتم وفق القواعد العامة في الوقت الذي تلتقي فيه إرادة الطرفين، وغالباً ما يكون ذلك في اللحظة التي يتلقى فيها المستفيد الكمبيالة⁽³⁴⁾، ويعتبر هذا الوقت هو تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى المستفيد، ويتكرر هذا الوضع في حالة التظهير. فحينما يوافق المظهر إليه على قبول الكمبيالة كوسيلة لتسوية التزام المظهر تجاهه، يعتبر التظهير مكتملاً، ومن ثم فإن ملكية مقابل الوفاء تنتقل إلى المظهر إليه في نفس ذلك الوقت.

(34) انظر :

Cass. com. 20 mars 1962, J.C.P. 1962. II. 12747, Revue Banque 1962. p. 421.

Comparer cass. com. 13 décembre 1948, Bull. civ. III. n° 279, R.T.D.com. 1949. p.504.

هذه القوانين قضت بحق الحامل على مقابل الوفاء إذا كان ديناً متنازعا عليه أو غير محقق أو غير حال عند استحقاق الكمبيالة، فكل هذه القوانين تقرر صراحة للحامل على مقابل الوفاء الناقص نفس الحقوق المقررة له على مقابل الوفاء الكامل بالمعنى الفني، وهذا طبقاً لما سار عليه القضاء في فرنسا حيث قضت محكمة النقض منذ وقت طويل بأن للحامل على مقابل الوفاء الناقص جميع الحقوق المقررة له على مقابل الوفاء الكامل⁽³¹⁾، وقد أيدها الفقه في ذلك⁽³²⁾، غير أن جانباً من هذا الفقه حذب التفرقة حسب الوظيفة المناط بمقابل الوفاء تأديتها، بحيث أنه إذا كان مقصوداً منه أن يكون أساساً أو سبباً للالتزام الصرفي للمسحوب عليه، فإنه يجب أن تتوفر فيه جميع سمات مقابل الوفاء بالمعنى الدقيق، وإذا كان بالعكس مقصوداً من مقابل الوفاء أن يكون مجرد ضمان إضافي لحقوق الحامل، فإن توفر تلك الشروط يكون غير ضروري⁽³³⁾.

وعلى الرغم من أن مدونة التجارة لم تتطرق إلى مسألة مقابل الوفاء الناقص، فإن مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 166 أتت بصيغة العموم عندما قضت بأن ملكية مقابل الوفاء تنتقل بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين، وهذه الصيغة قد تعني في نفس الوقت مقابل الوفاء الكامل ومقابل الوفاء الناقص، ولاسيما أن في ذلك رعاية لمصلحة الحامل وهي أحد الأهداف التي يتوخاها قانون الصرف، قصد تشجيع تداول الأوراق التجارية، فحق الحامل يتأكد على مقابل الوفاء، سواء كان كاملاً أو ناقصاً

(31) انظر :

Cass. 18 janvier 1937, s. 1937. I. 89; cass. 23 septembre 1940, D.H. 1940. 157, s. 1940. I. 113.

(32) انظر خاصة :

JESTAZ, le tireur conserve-t-il la disponibilité de la provision après l'émission de la lettre de change?

R.D.T. com. 1966. p. 881; ESCARRA, cours de droit commercial, op.cit. p. 801.

(33) انظر :

G. PIERRE FRANÇOIS, note sous arrêt du 3 mai 1976, J.C.P. 1977. II. 18767.

مقابل الوفاء موجودا في تاريخ الاستحقاق، وهو موضوع حق الملكية، ومن ثم لا يتصور نشوء هذا الحق، سواء لانعدام المحل أو لعدم تحقق الشرط وذلك بالنسبة للقائلين بأن انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل يكون معلقا على شرط واقف، هو وجود هذا المقابل في تاريخ استحقاق الكمبيالة.

غير أن انتقال ملكية مقابل الوفاء ينصب على هذا المقابل بكامله، بمعنى أنه في حالة وجود مقابل الوفاء الجزئي - أي أقل من قيمة الكمبيالة - يثار التساؤل الآتي: هل تنتقل ملكيته إلى الحامل؟ بخصوص هذه المسألة، لم يرد في مدونة التجارة المغربية نص خاص بها، تقضي، على غرار أغلبية القوانين الأخرى⁽²⁴⁾، بأن مقابل الوفاء يعد موجودا إذا كان المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق مدينا للساحب بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة⁽²⁵⁾، أي إذا كان مقابل الوفاء أقل من مبلغ الكمبيالة فإنه يكون غير موجود، ولكن مقابل الوفاء الناقص أو الجزئي لا يؤدي إلى بطلان الكمبيالة، شأنه في ذلك شأن عدم وجود مقابل الوفاء نهائيا، مادام يجوز للمسحوب عليه أن يقبل الكمبيالة قبولا جزئيا⁽²⁶⁾ أو أن يفي بها وفاء جزئيا⁽²⁷⁾.

وبخلاف ما عليه الأمر في مدونة التجارة المغربية، أقرت عدة تشريعات عربية بمقابل الوفاء الجزئي. فقانون التجارة الكويتي⁽²⁸⁾ وكذلك العراقي⁽²⁹⁾ ونظام الأوراق التجارية السعودي⁽³⁰⁾ نصت على أنه إذا كان مقابل الوفاء أقل من قيمة الكمبيالة، كان للحامل على هذا المقابل الناقص جميع الحقوق المقررة له على المقابل الكامل، كما أن

(24) المادة 420 من قانون التجارة السوري والفقرة الثانية من المادة 275 من القانون التونسي والفقرة الثانية من المادة 395 من القانون الجزائري والفقرة الثانية من المادة 116 من القانون الفرنسي

والفقرة الثانية من المادة 323 من القانون اللبناني.

(25) الفقرة الثانية من المادة 166 من مدونة التجارة.

(26) الفقرة الثالثة من المادة 176 من مدونة التجارة.

(27) الفقرة الثانية من المادة 185 من مدونة التجارة.

(28) المادة 669.

(29) المادة 65/ثانيا.

(30) المادة 31.

البيانات، وتختلف إحداها (عدم ذكر كلمة "كمبيالة" مثلا أو عدم توقيع الساحب) يؤدي إلى بطلان الكمبيالة التي تنقلب في هذه الحالة إلى سند عادي⁽²¹⁾ إذا كان مستوفيا بدوره الشروط اللازمة لصحة الالتزام العادي وفق القواعد العامة⁽²²⁾. ومن الآثار الناتجة عن هذا الانقلاب، أن هذا السند لا يؤدي إلى انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل لأن انتقال هذه الملكية هو حكم خاص بالكمبيالة فقط، كما أن هذا السند لا يجعل الحامل مالكا، تجاه الأغيار وخاصة تجاه أموال الساحب، لمقابل الوفاء الموجود بين يدي المسحوب عليه⁽²³⁾.

2 - صحة تكوين مقابل الوفاء

لا يكون الحق للحامل على مقابل الوفاء إلا إذا كان هذا الأخير قد تكون بصفة قانونية من طرف الساحب، ويجب أن يكون هذا التكوين قد حدث في الوقت الذي كان فيه الساحب يتمتع بأهلية التصرف، ولهذا يجب أن لا يكون الساحب قد فقد أهليته أثناء تكوين مقابل الوفاء، كما لو أصيب بأحد عوارض الأهلية (كالجنون والسفه) أو كان في حالة التصفية القضائية، لأنه في هذه الحالات يفقد الساحب أهليته في التصرف في أمواله وبالتالي ينتقل هذا الحق إلى الولي أو السندك.

3 - وجود مقابل الوفاء عند المسحوب عليه

يمكن أن يكون مقابل الوفاء موجودا في تاريخ الاستحقاق عند المسحوب عليه، كما يمكن أن لا يكون موجودا لأن الساحب قد تصرف فيه قبل هذا التاريخ أو حصلت مقاصة بينه وبين حق المسحوب عليه تجاه الساحب، وقد يزول كذلك مقابل الوفاء بسبب فسخ العلاقة القائمة بين الساحب والمسحوب عليه والتي أدت إلى وجود مقابل الوفاء، كما هو الأمر في حالة فسخ عقد البيع إذا كان الساحب قد باع بضاعة عن طريق المسحوب عليه، أو بطلان ذلك العقد... إلخ. كل هذه الحالات يترتب عليها ألا يكون

(21) انظر المادة 160 من مدونة التجارة.

(22) المجلس الأعلى، قرار 16 أكتوبر 1985، مجلة قضاء المجلس الأعلى - العدد 39 - 1980، ص 91.

(23) انظر :

ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل على الشكل التالي : "يكتسب الحامل حقا مانعا على الدين الذي للساحب على المسحوب عليه في تاريخ استحقاق الكمبيالة".

ولذا سنبين أولا الشروط الواجب توفرها لانتقال مقابل الوفاء للحامل، مع بيان تاريخ هذا الانتقال (المبحث الأول)، وسنتطرق ثانيا إلى الآثار التي تترتب عن انتقال مقابل الوفاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط تاريخ انتقال ملكية مقابل الوفاء

لكي تنتقل ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل، لابد من توفر بعض الشروط، كما أن هذا الانتقال يتم في تاريخ معين وهو ما يتعين تحديده.

— أولا : شروط إنتقال ملكية مقابل الوفاء

تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

1 - ضرورة صحة الكمبيالة

يجب أن تتوفر في الورقة جميع الشروط التي استلزمها القانون من أجل اكتسابها صفة كمبيالة، لأن تخلف أي شرط من هذه الشروط يخلع عن الورقة هذه الصفة، فالمشرع أوجب وجود بيانات إلزامية في الورقة⁽¹⁹⁾ والمادة 159 من مدونة التجارة المغربية ومواد باقي التشريعات الأخرى⁽²⁰⁾ تحدد على سبيل الحصر هذه

(19) انظر سلمان علي العبيدي، البيانات الالزامية في التشريع المغربي، مجلة القضاء والقانون - العدد 93 - 1968، ص 79.

(20) المادة 110 من القانون التجاري الفرنسي والمادة الأولى من القانون التجاري البلجيكي والمادة 315 من قانون التجارة اللبناني والمادة 410 من قانون التجارة السوري والمادة 269 من القانون التونسي والمادة 390 من القانون الجزائري والمادة 405 من قانون التجارة الكويتي والمادة 40 من قانون التجارة العراقي والمادة الأولى من نظام الأوراق التجارية السعودي.

يكون لازما إلا في تاريخ الاستحقاق وليس عند سحب الكمبيالة. وبخصوص كون مقابل الوفاء هو حق الساحب تجاه المسحوب عليه محتمل الوجود في تاريخ الاستحقاق، فإن انتقال ملكيته إلى الحامل بقوة القانون وبمجرد إصدار الكمبيالة، أمر يدعو إلى التساؤل، لأن أهم آثار انتقال الملكية هو أن المالك وحده يصبح صاحب الحق في التصرف في محل ملكيته، ولو أخذنا بهذا المعنى، بالنسبة لملكية مقابل الوفاء، لترتب عليه أن يصبح الحامل هو صاحب الحق في التصرف في مقابل الوفاء وإمتنع على الساحب - في حالة وجود مقابل الوفاء قبل تاريخ الاستحقاق - أن يتصرف في ذلك المقابل باعتبار أنه لم يعد مالكا له، لأن ملكيته قد خرجت من ذمته المالية وانتقلت إلى ذمة الحامل، غير أن الراجع هو أن الساحب لا يفقد حقه في التصرف في الدين المستحق له تجاه المسحوب عليه إلا في تاريخ الاستحقاق، ومن جهة ثانية، كيف يمكن تصور انتقال ملكية شيء ما قبل أن يوجد ذلك الشيء، فالساحب ملزم بتقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، أي بإيجاده في تاريخ الاستحقاق، ومن ثم كيف يمكن القول إن ملكية ذلك المقابل تنتقل بمجرد إصدار الكمبيالة أي تنتقل قبل وجوده.

للتغلب على هذا المشكل، يرى كثير من الفقهاء أن انتقال الملكية يكون معلقا على شرط، هو وجود مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، كما يرى البعض أن انتقال ملكية مقابل الوفاء ينتج عن موافقة الساحب الضمنية على ذلك، في حين ينتقد البعض الآخر هذا الرأي باعتباره يحمل إرادة الساحب أكثر مما يمكن أن تتحمل، إذ أن الساحب يلتزم بتقديم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، أي أنه في الحقيقة التزم بفعل شيء في وقت معين، والأكثر من ذلك أن بعض التشريعات قررت للحامل حقا عينيا على مقابل الوفاء في الكمبيالة، ومعلوم أن الحق العيني لا يرد إلا على شيء محدد بذاته، كحق مالك العقار، أو المرتهن على ذلك العقار أو حق مالك السيارة على تلك العين، بينما مقابل الوفاء هو عبارة عن حق شخصي، حق دائنية للساحب تجاه المسحوب عليه. فالفقه أجمع على أن هدف المشرع من التنصيص على انتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل هو إزالة أي شك حول طبيعة حق الحامل على هذا المقابل وذلك عن طريق الاعتراف له بحق مطلق على مقابل الوفاء، ينفرد به دون غيره، ويكون مثيلا لحق مالك الشيء على العين المملوكة، ولكن من الأحسن إعادة صياغة المادة الخاصة بانتقال

ـ ثانيا : طبيعة حق الحامل على مقابل الوفاء

كان القضاء في فرنسا، بخلاف بعض الفقه⁽¹⁷⁾، يعترف بحق الحامل على مقابل الوفاء، وتحت إباح الأبنك من أجل الاعتراف لها بحقها على مقابل الوفاء في الكمبيالات التي تقوم بخصمها، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 8 فبراير 1922 لإضافة الفقرة الثالثة إلى المادة 116 من القانون التجاري والتي قرر بمقتضاها إنتقال ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين. فمضمون هذه الفقرة يطابق حرفيا الفقرة الرابعة من المادة 166 من مدونة التجارة المغربية وغيرها في القوانين العربية⁽¹⁸⁾، وطبقا لهذه النصوص، تنتقل ملكية مقابل الوفاء فورا وبقوة القانون إلى المستفيد (أي الحامل الأول للكمبيالة)، كما أنها تنتقل إلى الشخص الذي يقوم المستفيد بتظهير الورقة إليه وهكذا بالنسبة لأي تظهير لاحق، وبمعنى آخر، تنتقل ملكية مقابل الوفاء إلى أي حامل شرعي للكمبيالة بقوة القانون دون حاجة لموافقة أي من أطراف الكمبيالة.

غير أن الصيغة التي جاءت بها هذه النصوص غير سليمة، بل غامضة لأنها تؤدي إلى الاعتقاد بأن مقابل الوفاء في الكمبيالة هو عبارة عن شيء مادي وملموس وبالتالي يمكن تملكه، في حين أن هذه الصيغة لاعلاقة لها بالملكية طبقا للمعنى القانوني، كما أن مضمون هذه النصوص، سواء في القوانين الغربية أو العربية، غير منسجم مع فكرة مقابل الوفاء باعتباره الحق المحتمل وجوده للحامل عند المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق، فهذا الحق يعتبر حقا احتماليا قد يوجد وقد لا يوجد، فوجوده ليس شرطا لصحة الكمبيالة، لأنه بخلاف الشيك تكون الكمبيالة صحيحة عند إصدارها بدون مقابل الوفاء، كما أن عدم قيام الساحب بإيجاد مقابل الوفاء لا يخضع لأية عقوبة ووجوده لا

(17) انظر :

ESCARRA, cours de droit commercial, édit. Sirey, Paris 1952, p. 800.

(18) الفقرة الثالثة من المادة 323 من قانون التجارة اللبناني والمادة 31 من نظام الأوراق التجارية السعودي والمادة 1/435 من قانون التجارة الكويتي والمادة 65/أولا من قانون التجارة العراقي والمادة 421 من قانون التجارة السوري والفقرة الثالثة من المادة 275 من مجلة التجارة التونسية والفقرة الثالثة من المادة 395 من القانون التجاري الجزائري.

أما في القانون البلجيكي، فإن الأمر يختلف لأنه إذا كان الفقه الحديث في هذا البلد يسير على منوال الفقه الألماني في اعتباره الكمبيالة سنداً مجرداً ومستقلاً عن الدين الذي أدى إلى إنشائه، فإن القانون التجاري البلجيكي سار على غرار القانون التجاري الفرنسي في الاعتراف للحامل بدين ممتاز على مقابل الوفاء بالنسبة لدائني الساحب عند استحقاق الكمبيالة⁽¹²⁾.

ومهما يكن الأمر، لا يعتبر مقابل الوفاء بياناً إلزامياً في الكمبيالة، كما أن المشرع لم يرتب على عدم وجوده أية عقوبة مدنية أو جنائية، ولكن يجب أن يكون هذا المقابل موجوداً فقط في تاريخ الاستحقاق. فإذا قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه قبل هذا التاريخ، فهل يحق للساحب أن يأخذه إلى أن يحل وقت تقديم الكمبيالة للوفاء؟ أم بالعكس يكون الساحب قد فقد هذا الحق بمجرد تقديمه مقابل الوفاء للمسحوب عليه؟

بخصوص هذه المسألة، طفا على السطح مشكل حقوق الحامل على مقابل الوفاء، الأمر الذي أدى إلى ظهور عدة مناقشات على الساحة الفقهية⁽¹³⁾، غير أن القضاء في فرنسا أقر منذ وقت مبكر بأنه لا يمكن للساحب أن يأخذ مقابل الوفاء قبل حلول تاريخ الاستحقاق، بل أن هذا المقابل يشكل ضماناً خاصاً للوفاء بالكمبيالة. فمذ القرار الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ 15 فبراير 1832⁽¹⁴⁾ وكذلك القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض بتاريخ 3 فبراير 1835⁽¹⁵⁾، توالى سلسلة طويلة من القرارات، صادرة عن محكمة النقض ومحاكم الاستئناف، تركزت عن طريق تفسير إرادة الأطراف حق الحامل على مقابل الوفاء في الكمبيالة وكذلك حقه على الضمانات الملحقة بها⁽¹⁶⁾، عينية كانت (رهون رسمية أو حيازية) أو شخصية (كفالة)، ولكن ما هي طبيعة هذا الحق؟

(12) الفقرة الأولى من المادة 81 من القانون التجاري.

(13) انظر :

Lyon - Caen et Renault, Traité de droit commercial, Tome IV, 1925 n° 175.

(14) انظر :

S. 1832. 1. 178.

(15) انظر :

S. 1835. 1. 96.

(16) انظر :

Cass. civ. 20 juin 1854, D. 1854. 1. 305, S. 1854. 1. 59.

قانونها التجاري لسنة 1807 حيث اكتفت بجمع النصوص القديمة (المواد من 115 إلى 117) في مادة واحدة، أي المادة 116 التي تعتبر حاليا كرسي مقابل الوفاء في الكمبيالة وتقضي بما يلي :

"يقدم مقابل الوفاء الساحب أو الشخص الذي تسحب الكمبيالة لحسابه، ويبقى الساحب لحساب الغير ملزما شخصيا تجاه المظهرين والحامل دون سواهم.

يعد مقابل الوفاء موجودا إذا كان المسحوب عليه في تاريخ استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة.

تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين.

يفترض القبول وجود مقابل الوفاء.

ويعتبر ذلك حجة تجاه المظهرين.

وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار، سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل، أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة.

لقد أخذت عدة تشريعات عربية بالنظرية الفرنسية، تأثرا بالمادة 116 المذكورة أعلاه ومستفيدة من المادة 16 من ملحق التحفظات الواردة في معاهدة جنيف، ويتجلى هذا التأثير من مضمون المواد التي خصصت لمقابل الوفاء في هذه التشريعات حيث تعتبر نسخة طبق الأصل للمادة 116 من القانون التجاري الفرنسي.

أما الدول المتأثرة بالنظرية الجرمانية، فإنها لم تأخذ في تشريعاتها الداخلية بأحكام مقابل الوفاء، بعلّة أن ذلك يتصل بالعلاقات السابقة لانشاء الكمبيالة أو الخارجة عنها، ولكنها تعرف التفويت التعاقدى الذي كثر التعامل به لتعزيز ضمانات البنكيين القائمين بعمليات الخصم. فالقانون الألماني يقضي بأنه يمكن للحامل الأول للورقة أن يطلب تفويت دين الساحب على المسحوب عليه لفائدته، ويجدد نفس الطلب من طرف المظهر إليه إلى المظهر في حالة التظهير، فالتعامل بالتفويت التعاقدى أصبح مزدهرا، وعادة ما تطلب الأبنك من بين شروط فتح الاعتماد أن تفوت لفائدتها الدائنية الناتجة عن الكمبيالات عندما يدفعها الزبناء للخصم.

غير أنه وجهت عدة انتقادات إلى هذه النظرية، بعلّة أنها تقوم على نظرية قديمة لا تنسجم مع المفهوم الحديث للورقة التجارية وأسس قانون الصرف، لأن الكمبيالة في هذا المفهوم تستند إلى مبدأ الكفاية الذاتية ولاصلة لها بالعلاقات الخارجة عنها، وأن الالتزام ينشأ من الورقة ذاتها عندما تكتمل الشكل المطلوب قانوناً، وأن كل موقع عليها يلتزم بموجبها بناء على توقيعه وإلا كيف تفسر أهم الأسس والمبادئ التي تقوم عليها أحكام الأوراق التجارية : كقاعدة استقلال التوقيعات وقاعدة تطهير الدفوع بالتطهير... الخ، ويضاف إلى ذلك أن النظرية الفرنسية نفسها لا تشترط وجود مقابل الوفاء لصحة الكمبيالة ولا تمنع كذلك في سحبها على الساحب نفسه⁽¹¹⁾.

وتجاه هذا الخلاف بين النظريتين الجرمانية والفرنسية، لم يتمكن المؤتمرون في جنيف (1930) من التوفيق بين أنصار كل من النظريتين، بل تركوا أمر معالجة مقابل الوفاء للتشريعات الوطنية لكل دولة. وفي هذا الصدد، نصت المادة 16 من الملحق الثاني لمعاهدة جنيف والخاص بالتحفظات على ما يلي :

"إن المسألة المتعلقة بمعرفة ما إذا كان الساحب ملزماً بتقديم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق تبقى خارج نطاق القانون الموحد، وكذلك الحال فيما يتعلق بكل مسألة مرتبطة بالعلاقات التي على أساسها أنشئت الكمبيالة. وإستناداً إلى هذا النص، أكد القانون الموحد في المادة السادسة من الاتفاقية الثانية الخاصة بتنازع القوانين على أنه يرجع إلى قانون محل إنشاء السند لمعرفة ما إذا كان الحامل يملك الحق الذي كان سبباً في إنشاء الكمبيالة".

وبخصوص هذه المسألة، استفادت بعض الدول من التحفظ الوارد في المادة المذكورة أعلاه، فأدخلت في تشريعاتها الوطنية نصوصاً خاصة بمقابل الوفاء، كما فضلت تشريعات أخرى الإبقاء على ما يجري به العمل في قانونها الوطني دون إدخال أي تعديل، وعلى نهج هذه الدول الأخيرة سارت فرنسا حيث استعملت التحفظ الوارد في معاهدة جنيف بموجب مرسوم قانون 30 أكتوبر 1935 الذي تبنت بمقتضاه القانون الموحد، وذلك للمحافظة على المقتضيات الخاصة بمقابل الوفاء كما جاء في مدونة

(11) انظر فوزي سالم - فائق الشماع، الأوراق التجارية، بغداد 1982 ص 270.

2 - النظرية الفرنسية

تربط هذه النظرية الالتزام الصرفي بالعلاقات السابقة عن إنشائه، أي أنها لا تجرد الالتزام الصرفي من كل العلاقات التي أدت إلى نشوئه لأن تجاهل تلك العلاقات يعتبر مجافيا للحقيقة، وينظر إلى مقابل الوفاء، وإن كان قد نشأ عن علاقة خارجة عن الكمبيالة، باعتباره من أهم الضمانات التي يتمتع بها الحامل، وعلى هذا الأساس تنتقل ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل عند سحب الكمبيالة أو عند تطهيرها، ويترتب على ذلك أنه يكون للمستفيد أو للحامل دعوى صرفية ضد المسحوب عليه تنشأ عن قبول الكمبيالة، ودعوى المطالبة العادية بمقابل الوفاء، تتقدم بالتقدم العادي، وتستعمل في نطاقها الدفع الشخصية، كما أن الحامل يستوفي قيمة الكمبيالة من مقابل الوفاء بالأولوية متقدما على باقي الدائنين، وبعبارة أخرى يعتبر مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه ملكا للحامل وبالتالي يفلت من قبضة دائني الساحب الذي يكون في حالة التسوية أو التصفية القضائية. لقد تكونت هذه النظرية من طرف الفقه والقضاء في فرنسا⁽³⁾، بل يمكن القول إن جذور هذه النظرية تمتد إلى المرحلة الأولى لنشأة الكمبيالة التي كانت تستخدم لتسوية علاقة قانونية بين بلدين مختلفين، إذ أن الذي يقوم بسحب كمبيالة على عميل له في بلاد أخرى، يكون دائما لذلك العميل بمبلغ معين من المال. فالمشرع الفرنسي قام بصياغة هذه النظرية في المادة 116 من القانون التجاري لسنة 1807 وأخذتها عنه عدة تشريعات أجنبية وخاصة عربية، كالقانون المصري⁽⁴⁾ وقوانين المغرب العربي⁽⁵⁾ وقوانين التجارة لسوريا⁽⁶⁾ والعراق⁽⁷⁾ ولبنان⁽⁸⁾ والكويت⁽⁹⁾ والسعودية⁽¹⁰⁾،

(3) انظر :

FRANÇOIS, la propriété de la provision en matière de lettre de change, thèse Bordeaux 1933; ENDREO, la provision, garantie du paiement de la lettre de change, thèse Nantes 1980.

- (4) المادة 111 وما بعدها من القانون التجاري.
- (5) المادة 166 من مدونة التجارة المغربية والفصل 395 من القانون التجاري الجزائري والفصل 275 من المجلة التجارية التونسية.
- (6) المواد من 419 إلى 426 من قانون التجارة.
- (7) المواد من 62 إلى 69 من قانون التجارة.
- (8) المواد من 323 إلى 324 من قانون التجارة.
- (9) المادة من 435 من قانون التجارة.
- (10) المادة 31 من نظام الأوراق التجارية.

علاقة الحامل بالمسحوب عليه على وجود مقابل الوفاء عند هذا الأخير الذي يكون ملتزما تجاه الحامل التزاما صرفيا بالوفاء بقيمة الكمبيالة في تاريخ إستحقاقها. غير أن بعض التشريعات أعطت أهمية كبرى لمقابل الوفاء حيث أولته مدونة القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807 مكانة خاصة عندما كرست مجموع الحلول التقليدية للقانون الفرنسي القديم والخاصة بمقابل الوفاء في المواد من 115 إلى 117، كما أن مقابل الوفاء عرف في القرن التاسع عشر مرحلة هامة بخصوص مستقبله لأن التشريعات اختلفت بصدده نظرا لوجود نظريات كانت تسيطر آنذاك على الفكر القانوني في بعض البلدان الأوروبية.

— أولا : النظريات المتحكمة في مقابل الوفاء

انقسمت التشريعات إلى مجموعتين : الأولى تأخذ بالنظرية الجرمانية، والثانية بالنظرية الفرنسية.

1 - النظرية الجرمانية

مفاد هذه النظرية أن الالتزام الصرفي إلتزام مجرد وحرفي، ينشأ ويستمد قوته من الورقة ذاتها وما تحمله من توقيعات، ولاصلة لهذه الورقة بالعلاقات السابقة عن إنشائها، وعلى هذا الأساس تتكون ضمانات الوفاء بقيمة الكمبيالة من الورقة نفسها، أي من التوقيعات الموجودة عليها، ولا أهمية لوجود مقابل الوفاء أو انعدامه، ولا يترتب للحامل عند وجود مقابل الوفاء حق خاص عليه، بل يبقى في ذمة الساحب وبالتالي يشكل ضمانا للوفاء بديون دائنيه كما هو الحال بالنسبة لأمواله الأخرى⁽²⁾، وقد تبني هذه النظرية كل من التشريع الألماني والإيطالي والسويسري والياباني.

(2) انظر :

Jean DABIN, Fondements du droit cambiaire allemand; VOEGELI, la provision de la lettre de change et son attribution au porteur, thèse Lausanne 1947.

حقوق الحامل على مقابل الوفاء في الكمبيالة

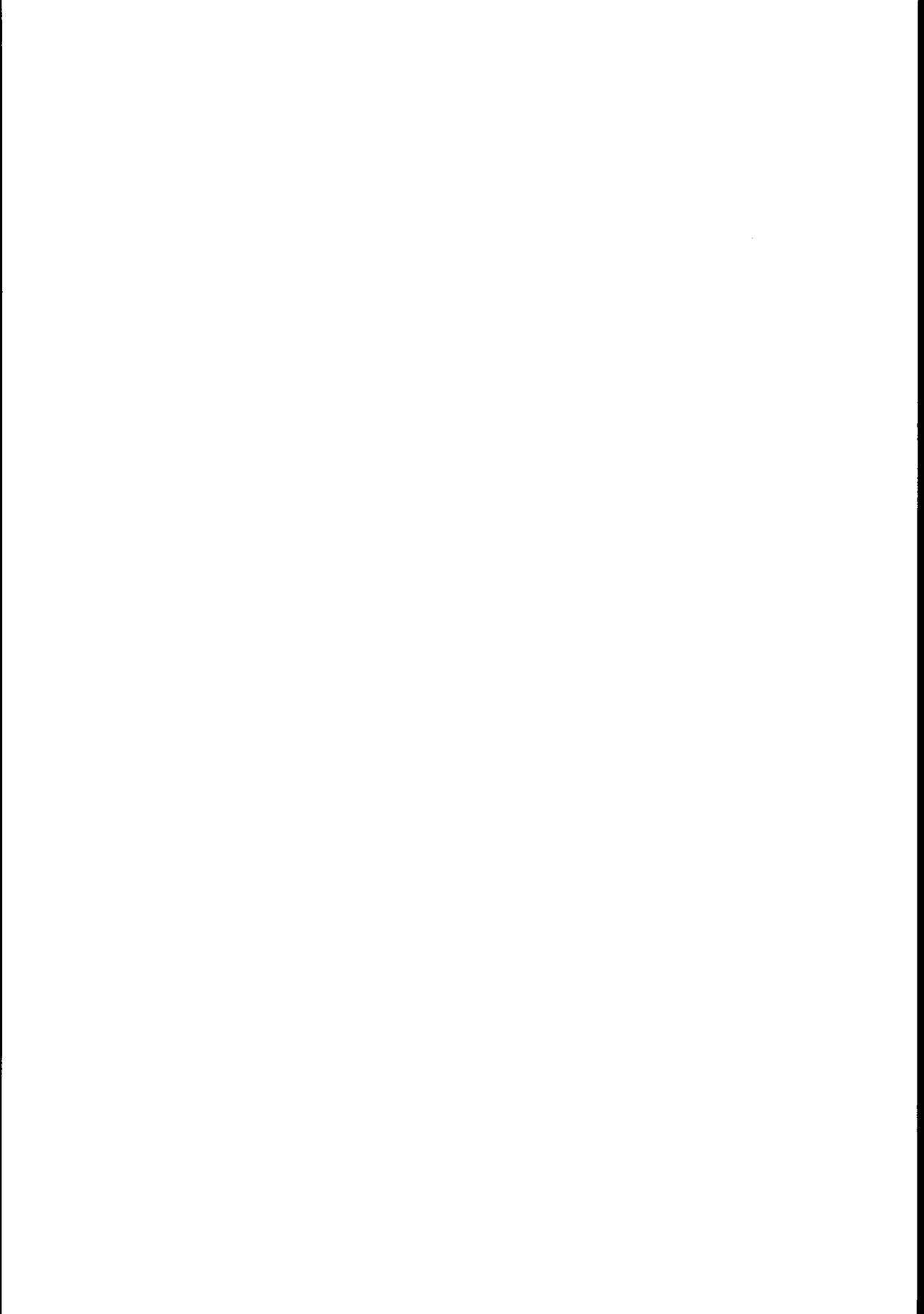
محمد الشافعي^(*)

كان مقابل الوفاء في الكمبيالة يمثل عند الفقهاء القدماء وخاصة الإيطاليين العمولة أو المقابل لذي يدفعه الساحب إلى المسحوب عليه ليقوم بالوفاء في تاريخ الاستحقاق لفائدة المستفيد من الورقة في مكان أجنبي، فالكمبيالة كانت تستعمل كوسيلة لتحويل الأموال بين أماكن مختلفة دون انتقالها نقداً، وكانت هذه العملية تقتض بالضرورة وجود أموال للساحب عند المسحوب عليه حتى يؤدي هذا الأخير منها مبلغ الكمبيالة، لأن المسحوب عليه لا يمكن أن يفي بهذا المبلغ إلا إذا كان فعلاً مديناً للساحب بشيء، ويفهم من هذا المعنى أن مقابل الوفاء كان يمثل كيساً من النقود مودعا لدى المسحوب عليه من طرف الساحب ليدفع منه مبلغ الكمبيالة للحامل⁽¹⁾، غير أن هذا الوصف يبقى مجازاً لأن محل مقابل الوفاء أصبح في الوقت الحاضر يمثل مبلغاً معلوماً من النقود، ويمكن أن ينتج في بعض الأحيان عن عمليات تجارية أو تسليم بضاعة أو أوراق تجارية من طرف الزبون (الساحب) إلى بنكه، أو عن فتح اعتماد من طرف البنك لفائدة زبونه، أو عن طريق رصيد لحساب جاري للزبون لدى البنك المسحوب عليه. وفي جميع الأحوال، يبقى مقابل الوفاء الحق الشخصي الثابت للساحب تجاه المسحوب عليه، غير أن أهمية مقابل الوفاء بدأت تضمحل شيئاً فشيئاً وخاصة بعد ظهور التظهير حيث أصبح الممارسون يهتمون بقبول الكمبيالة من طرف المسحوب عليه أكثر من مقابل الوفاء الذي يمكن أن يوجد أولاً يوجد في تاريخ الاستحقاق، فالقبول يعتبر أهم الضمانات المصرفية التي يتمتع بها الحامل لأنه قرينة قاطعة في

(*) أستاذ التعليم العالي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض - مراكش.

(1) انظر :

ROBLOT, les effets de commerce, édit. Sirey Paris 1975, p. 185, n° 1974.



خلاصة :

من خلال مختلف النقط التي طرحناها في هذا العرض يتبين بأن المقتضيات الجديدة المنظمة للشيك البنكي قد جاءت بتعديلات عديدة ومهمة وأنها سعت إلى إحكام التعامل بالشيك سواء بالنسبة للبنوك أو بالنسبة للمتعاملين بالشيك.

ولكن تبقى إشكالية التوفيق بين النصوص المنظمة للشيك والممارسة العملية للمتعاملين به، فكثير من المتعاملين يجهلون هذه الأحكام مما يعرضهم لارتكاب بعض المخالفات.

ولهذا يتعين في نظرنا على المؤسسات البنكية أن تقوم بحملة توعية كبيرة لتنبية زبنائها إلى أهم المقتضيات المتعلقة بالشيك، ومن جهة ثانية يجب على المؤسسات البنكية أن تولي بعض الاهتمام لتكوين مستخدميها في ميادين متعددة ومن بينها موضوع الشيك البنكي قصد إطلاعهم على المستجدات الواردة في مدونة التجارة.

المنصوص عليها في المادة 314 من مدونة التجارة. وقد ورد في المادة الأولى من هذا القرار ما يلي :

"يجب على المعني بالأمر أن يؤدي الغرامة المالية المنصوص عليها في المادة 314 من مدونة التجارة في صندوق القابض الذي يختاره بعد الاطلاع على الإنذار الذي وجه إليه من لدن المؤسسة البنكية المسحوب عليها".

ويستفاد من هذا القرار ومن مقتضيات المادة 314 أنه يتوجب على البنك المسحوب عليه توجيه إنذار إلى الساحب. وهذا الإنذار يقوم مقام ورقة الدفع بالنسبة لقابض الخزينة، ويجب أن يتوفر على جملة من البيانات تمكن من تحديد هوية المعني بالأمر ومن تصفية الغرامة، مع بيان رتبة الإنذار ليتأتى للقابض معرفة النسبة التي ينبغي تطبيقها والتي تتراوح كما أسلفنا بين 5% و 10% و 20%.

ونظرا لكون قرار وزير المالية المشار إليه جاء متأخرا عن صدور مدونة التجارة، الشيء الذي جعل جل البنوك لا تعرف كيفية تطبيق الغرامات المذكورة ولا الجهة التي لها الحق في استخلاص الغرامات، فلقد نص قانون المالية لسنة 1998/1999 الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 5 أكتوبر 1998 على حالات الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم والغرامات، ومن بينها غرامة إصدار شيكات بدون مؤونة. وبهذا ورد في المادة 26 من قانون المالية المشار إليه ما يلي :

"II - تلغى في حدود المبلغ الذي ظل غير مدفوع إلى تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق العلوات والغرامات عن التأخير ومصاريف المتابعات المتعلقة بالحصص المذكورة.

الضرائب والرسوم التالية :

- الغرامة عن إصدار شيك بدون مؤونة".

فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 312 ما يلي : "لا يجوز أن تسلم لمن له حساب بنكي أو لوكيله، صيغ شيكات غير التي تمكنه من سحب مبالغ مالية لدى المسحوب عليه أو للاعتماد وذلك خلال 10 سنوات ابتداءً من التاريخ الذي أخل فيه صاحب الشيك بالوفاء..."

وجاءت الفقرة الثانية من المادة 313 لتسمح بإمكانية إلغاء المنع الصادر في حق الساحب الذي أصدر شيكا بدون مؤونة حيث نصت على ما يلي :

"غير أن لصاحب الحساب أن يستعيد إمكانية إصدار الشيكات مع مراعاة تطبيق الفقرة الأولى من المادة 317 إذا ثبت أنه :

1 - أدى مبلغ الشيك الغير الموفى أو قام بتوفير مؤونة كافية وموجودة لأدائه من طرف المسحوب عليه.

2 - أدى الذعيرة المالية المنصوص عليها في المادة 314.

وبالرجوع إلى المادة 314 نجدتها تحدد نسب الغرامات المالية التي يتوجب على الساحب أن يؤديها إن هو أراد استرجاع إمكانية الحصول على دفاتر شيكات. وتتراوح هذه النسب ما بين 5% و 20% من مبلغ الشيكات الغير المؤداة حسب الحالات التالية :

1 - 5% من مبلغ الشيك أو الشيكات الغير المؤداة موضوع الإنذار الأول.

2 - 10% من مبلغ الشيك أو الشيكات الغير المؤداة موضوع الإنذار الثاني.

3 - 20% من مبلغ الشيك أو الشيكات الغير المؤداة موضوع الإنذار الثالث وكذا

الإنذارات اللاحقة.

ويستنتج من هذه الحالات أن الساحب الذي يصدر شيكات بدون مؤونة يستطيع تسوية وضعيته بأداء الشيكات للمستفيدين منها عن طريق تغذية حسابه البنكي بالمؤونة الكافية، ثم أداء الغرامات المحددة لدى صندوق قابض الخزينة الذي يختاره، وفقا لقرار وزير المالية الصادر لاحقا في 12 غشت 1998 والذي حدد إجراءات أداء الغرامة

شيكات مسطرة لأصحابها بعدما يقوم الساحب بالتشطيب على التسطير مع ذكر عبارة تفيد هذا التشطيب مثل : "Je dis bien non barré" . ومن الناحية القانونية فإن مثل هذه العبارة تعتبر لاغية وينبغي على البنك أن يعتبر الشيك لازال مسطرا رغم ذلك. والإمكانية الوحيدة التي يمكن القيام بها هي تحويل التسطير العام إلى تسطير خاص أما العكس فهو غير ممكن.

هل يمكن المطالبة بالأداء المباشر لشيك مسطر ؟

حينما يكون الشيك مسطرا فإن أداءه لا يتم إلا عن طريق تقييده في حساب المستفيد ويتعين على البنك الامتناع عن أدائه مباشرة إلا إذا كان المستفيد يتوفر على حساب بنفس البنك الذي سيقوم بالأداء وبعد القيام بالتقييدات المحاسبية المطلوبة. ويعتبر البنك مسؤولا تجاه زبونه حينما يؤدي نقدا، وبكيفية مباشرة، شيكا مسطرا لشخص من غير أن يمر عن طريق حساب.

8 - المنع العشاري من الشيكات :

من بين المستجدات التي أتت بها مدونة التجارة بخصوص العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها الساحب هو منعه من تسلم دفاتر شيكات لمدة 10 سنوات في حالة إصداره لشيكات بدون مؤونة. وهي عقوبة تتسم بالتشدد في مواجهة الأشخاص الذين يتلاعبون بإصدار شيكات بدون مؤونة، حيث يتعرضون للحرمان من التعامل بها لمدة 10 سنوات إضافة إلى العقوبات الجزرية المقررة.

وإذا كانت هذه العقوبة تتسم بالتشدد كما ذكرنا، فقد سمح المشرع بإمكانية استرجاع الحصول على دفاتر شيكات مقابل أداء غرامات مالية تختلف نسبتها بحسب حالات العود.

وقد ورد المنع العشاري في المادة 312 من مدونة التجارة وتم تأكيده في المادة 313.

- ويكون التسطير خاصا إذا كان بين السطرين اسم "مؤسسة بنكية"
- يجوز أن يحول التسطير العام إلى تسطير خاص. أما التسطير الخاص لا
يجوز تحويله إلى تسطير عام.
يعتبر التشطيب على التسطير أو على إسم المؤسسة البنكية المعنية كأن لم
يكن".

الغاية من التسطير :

إن التسطير يتم بوضع خطين متوازيين على وجه الشيك، وفي هذا تنبيه للبنك
بأن لا يؤدي الشيك إلى الاستفادة مباشرة، بل يتعين تحويل مبلغه من حساب الساحب
إلى حساب المستفيد حيث يشبه الشيك المسطر في هذه الحالة، الأمر بالتحويل.
 ويفترض أن يكون للمستفيد حساب بنكي يحول إليه المبلغ. أما إذا كان لا يتوفر على
أي حساب بنكي فإنه يكون أمام اختيارين : إما فتح حساب بنفس مبلغ الشيك المسطر
إن كان ذلك ممكنا. وإما تظهير الشيك تظهيرا توكيليا لفائدة شخص آخر يتوفر على
حساب بنكي.

ماذا يقصد بالتسطير العام ؟

هو الاكتفاء بوضع خطين متوازيين على وجه الشيك دون تعيين أي بنك بين
السطرين. وهذه الطريقة تعطي للمستفيد الحرية في تحويل مبلغ الشيك إلى أية مؤسسة
بنكية يختارها والتي يتوفر على حساب بنكي بها.

ماذا يقصد بالتسطير الخاص ؟

هو وضع خطين متوازيين على وجه الشيك مع تعيين إسم البنك الذي يجب أن
يحول إليه المبلغ. بحيث يكون المستفيد ملزما باحترام هذا الشرط ولا يمكنه تغييره.

هل يمكن التراجع عن التسطير ؟

إن التسطير هو عمل اختياري في البداية ولكن حينما يتم وضعه على الشيك
فإنه لا يمكن التراجع عنه. ومن خلال الممارسة اليومية نلاحظ بأن بعض البنوك تؤدي

- ويقوم البنك بتهيئ توصيل خاص يفيد أداء المبلغ المذكور يتم توقيعه من طرف المستفيد.

- عند ذلك يحتفظ البنك بالتوصيل المذكور مع نسخة مصورة من الشيك كدليل على الأداء الجزئي.

- يسلم أصل الشيك إلى المستفيد ليتمكن من المطالبة بالفرق، إما لدى الساحب أو عن طريق المحكمة بعد إقامة الاحتجاج.

رفض الأداء الجزئي هل تترتب عنه مسؤولية البنك ؟

لقد سبق أن أشرنا بأن كثيرا من البنوك ترفض القيام بالأداء الجزئي حينما يطلب منها ذلك لأسباب مختلفة. ومهما كان السبب فإن البنك تتحمل مسؤولية هذا الامتناع. حيث يمكن للمستفيد مطالبة البنك بشهادة تفيد امتناعها عن الأداء الجزئي. حيث يمكن للمستفيد مطالبة البنك بشهادة تفيد عدم الأداء، والقيام باحتجاج ضد البنك في حدود المبلغ المتوفر لديها بالحساب.

هل يمكن المطالبة بالأداء الجزئي عن طريق المقاصة؟

من النادر جدا وقوع هذه العملية. ولكن ليس هناك من مانع يمنع القيام بها حينما يعطي الزبون أمره للبنك بذلك. أي المطالبة بالأداء الجزئي عند الاقتضاء ولو عن طريق المقاصة.

7 - التراجع عن تسطير الشيك :

ينص الفصل 41 من القانون المنظم للشيك على المقتضيات المتعلقة بالتسطير كما يلي :

"يتم التسطير بوضع خطين متوازيين على وجه الشيك ويكون التسطير عاما أو خاصا.

- يكون التسطير عاما إذا لم يكن بين السطرين أي بيان أو لفظة "مؤسسة بنكية" أو أي لفظ آخر يفيد هذا المعنى.

وفي الواقع العملي نجد بأن البنوك تمتنع عن إعطاء أية معلومات للمستفيد من الشيك، مكتفية بإخباره بأن مؤونة الشيك غير كافية وليس من حقه التعرف على رصيد الحساب، بدعوى أن ذلك يدخل في إطار "السر البنكي" والحقيقة أن الأمر لا يدخل في إطار السر البنكي للسبب التالي :

فالساحب حينما يحرر شيكا لشخص معين بمبلغ معين، فإنه بذلك يعطي أمرا للبنك بتمكين المستفيد من هذا المبلغ، وهذا يعني أن مبلغ الشيك المتوفر بالحساب أصبح ملكا للمستفيد، وأن الساحب أطلع بصفة ضمنية المستفيد على رصيده في حدود المبلغ المذكور، بحيث لم يبق سرا وبالتالي يتعين على البنك أن تطلع المستفيد من الشيك على رصيد الحساب وفي حدود مبلغ الشيك. لأنه أصبح هو مالكة حتى يتمكن من اتخاذ القرار الذي يناسبه.

والتعرف على رصيد الحساب في هذه الحالة يتيح للمستفيد عدة إمكانيات :

1 - رفض الأداء الجزئي إذا كان رصيد الحساب بسيطا ولا يتناسب مع مبلغ الشيك.

2 - المطالبة بالأداء الجزئي إذا رأى في ذلك مصلحة تتناسب مع المبلغ الذي سيحصل عليه.

3 - المطالبة بالأداء الكلي للشيك بعد القيام بدفع الفرق الذي ينقص الحساب إذا كان بسيطا، حيث سيتم أداء الشيك كليا وبصفة عادية.

ويبقى للمستفيد الحق في الرجوع على الساحب بالفرق الذي دفعه استنادا إلى توصيل الدفع المحصل عليه من طرف البنك.

وإذا ما طالب المستفيد بالأداء الجزئي ووافق البنك على ذلك فكيف ستتم العملية؟

- يوقع المستفيد على ظهر الشيك توقيعا يفيد إبراء البنك (Acquittement) من المبلغ الذي سيتم الحصول عليه. حيث يجب أن يكون معنا على ظهر الشيك.

تستند إلى أحد الأسباب المحددة في المادة 271 فيمكنه الاستجابة للطلب الموجه إليه. وفي جميع الحالات فإن مفعول التعرض ينتهي بتقادم الشيك مالم تكن هناك دعوى قائمة في الموضوع.

6 - الأداء الجزئي

كثير من الأشخاص يجهلون إمكانية المطالبة بالأداء الجزئي وكثير من البنوك تمتنع عن القيام بهذا الأداء إذا ما طلب منها.

فهل يوجد نص قانوني ينظم هذه الحالة ؟

إنه بالرجوع إلى المادة 273 من مدونة التجارة نجد صريحة النص على ذلك حيث ورد فيها ما يلي : " لا يجوز للحامل أن يرفض الأداء الجزئي ". إذا كانت المؤونة أقل من مبلغ الشيك، فإن المؤسسة البنكية المسحوب عليها ملزمة بعرض أداء الشيك في حدود المؤونة المتوفرة، ولا يمكن للمسحوب عليه أن يرفض الأداء الجزئي.

في حالة الوفاء الجزئي، يجوز للمسحوب عليه أن يطالب بإثبات الوفاء على الشيك وأن يعطي مخالصة بذلك".

فمن خلال هذا الفصل يتبين لنا أن المشرع سمح بإمكانية المطالبة بالأداء الجزئي إذا كانت المؤونة غير كافية، بل ويتعين على البنك تشجيع المستفيد للحصول على المبلغ المتوفر بالحساب، وأن يطالب بالفرق بعد ذلك إما لدى البنك وإما عن طريق تقديم احتجاج بذلك.

إن المطالبة بالأداء الجزئي تستوجب أحيانا التعرف على الرصيد المتوفر بالحساب. فهل يجوز له ذلك؟ وخصوصا حينما يتبين للمستفيد من الشيك بأن المؤونة المتوفرة غير كافية ويبادر أحيانا إلى التفكير في المطالبة بالأداء الجزئي، ولكنه قبل الإقدام على ذلك، هل يمكنه التعرف على رصيد الحساب، حتى يتيقن من المبلغ الذي سيحصل عليه؟ وهل له مصلحة في ذلك أم لا؟ بحيث إذا كان المبلغ الموجود بالحساب يكاد يقترب من مبلغ الشيك فإنه سيطلب ولا شك بالأداء الجزئي. أما إذا كان المبلغ بسيطا، فلا داعي للمطالبة به.

حامل آخر قد يكون حسن النية. ومادامت حالات التعرض قد وردت حصرا فهل يجوز للبنك التدخل للتأكد من هذه الحالات ؟

إن مقتضيات المادة 271 من مدونة التجارة لم توضح هذا الأمر، ولذلك فالبنك ملزم بتنفيذ أوامر زبونه المتعلقة بالتعرض حتى ولو كانت خارجة عن الحالات المنصوص عليها، بحيث يتعين على البنك تسجيل تعرض زبونه مع تنبيهه إلى أنه يتحمل مسؤولية تعرضه إذا ما عرض الأمر على المحكمة.

ويدهي أن المحكمة هي التي لها صلاحية التأكد من مدى صحة حالات التعرض وبإمكانها إصدار أمر للبنك بإلغاء التعرض عند الاقتضاء.

ومن المعلوم فإن تسجيل التعرض بكيفية صحيحة ينتج عنه تجميد مبلغ الشيك المتعرض عليه إلى حين إزالة تعرضه من طرف الساحب أو بواسطة المحكمة. وتجميد مبلغ شيك فيه مصلحة للساحب حتى لا يتعرض لمسؤولية إصدار شيك بدون مؤونة.

ويستنتج من هذا أن التعرض لا يمكن قبوله مبدئيا إلا إذا كان رصيد الحساب يتوفر على المؤونة الكافية. وذلك منعا للتحايل، وحتى لا يستعمل التعرض كوسيلة للتهرب من الأداء أو التفاوضي عن حالة إصدار شيك بدون مؤونة⁽¹⁾.

بعد هذا يبقى علينا أن نتساءل عن الفترة التي يبقى فيها التعرض ساريا؟

لم يتعرض المشرع لفترة سريان التعرض وهذا نقص كان ينبغي تلافيه، ويمكن القول بأن التعرض يبقى ساريا إلى غاية إزالته أو رفعه من طرف الساحب، حيث يوجه هذا الأخير رسالة إلى البنك يطلب فيها إلغاء التعرض. وإذا لم يتوصل المستفيد إلى إزالة التعرض بهذه الطريقة فبإمكانه التوجه إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر بذلك. وإذا تأكد قاضي الأمور المستعجلة من أن أسباب التعرض على الشيك لا

(1) لقد اعتبرت إحدى المحاكم الفرنسية بأن المستفيد الذي يقبل شيكا رغم علمه بوضعية الساحب وبعدم توفر المؤونة بحسابه يعتبر شريكا في الجريمة. وهي طريقة يلجأ إليها المرابون وأصحاب محلات القمار حيث يقبلون الشيكات ويستخدمونها كوسيلة للضغط على الساحب لحمله على الوفاء خوفا من العقاب.

بداية ينبغي تحديد مفهوم التعرض : إن التعرض على أداء شيك يفيد تراجع الساحب عن الأمر الذي أصدره لبنكه بواسطة الشيك، حيث يؤدي الأمر إلى تجميد مبلغ شيك لدى البنك. وبديهي أن التعرض لا يمكن أن يصدر إلا عن الساحب وحده نظرا للرابطة التعاقدية التي توجد بينه وبين البنك. أما الحامل الذي ضاع منه الشيك أو سرق، فلا يمكنه طلب التعرض بل يتعين عليه الاتصال بالساحب على وجه الاستعجال ومطالبته بالقيام بالتعرض على الشيك الضائع أو المسروق.

ويتعين على الساحب أن يؤكد تعرضه كتابة وهذا يفيد بأن مجرد الإعلام شفويا أو بالهاتف لا يمكن أن ينهض حجة لقبول التعرض.

ولقد حدد المشرع حالات التعرض حصرا وهي :

1 - فقدان الشيك أو سرقة.

2 - الاستعمال التدليسي للشيك.

3 - تزوير الشيك من طرف الغير.

4 - التسوية أو التصفية القضائية للحامل.

ويندرج تحت مفهوم فقدان أو السرقة كل حالة يجرد فيها المالك من حيازة الشيك بغير إرادته كالاختيال أو النصب.

أما الحالة الثانية فتكاد تقترب من الحالة الأولى لأن الاستعمال التدليسي هو نوع من النصب والاختيال، ونفس الشيء بالنسبة للحالة الثالثة المتعلقة بتزوير الشيك.

وتبقى الحالة المتعلقة بالتصفية القضائية للحامل وهي حالة من الصعب تطبيقها عمليا. لأن التعرض في هذه الحالة يجب أن يتم بمقتضى أمر من المحكمة ولا يستطيع الساحب التعرض على الشيك لهذا السبب.

ومن جهة أخرى فالحامل الذي يتوفر على شيك ويعرف بأنه في وضعية تصفية قضائية سيستعجل صرف الشيك قبل التعرض عليه أو سيسعى إلى تظهيره لفائدة

فالأمر الذي يصدره الساحب إلى بنكه بواسطة الشيك يجب أن يكون أمرا ناجزا وغير معلق على شرط، وكثير من الأشخاص يحررون شيكات ويضعون بها تواريخ لاحقة اعتقادا منهم بأنها سوف لن تؤدي إلا في ذلك التاريخ، علما بأن التاريخ المبين في الشيك هو تاريخ تحريره وليس بتاريخ للإدلاء. فالشيك يؤدي بمجرد الإطلاع.

ولهذا فالبنك الذي يقدم إليه شيك مؤجل التاريخ يتعين عليه أدائه إذا كانت مؤونته متوفرة بالحساب، ولا يمكنه الامتناع عن أدائه بدعوى عدم وصول التاريخ المحدد فيه.

وإن قبول شيكات من هذا النوع قد تعرض الساحب وحتى الحامل الذي قبلها إلى بعض العقوبات، فلقد نصت المادة 307 على أنه يعاقب الساحب الذي يصدر شيكا... ويضع له تاريخ إنشاء غير حقيقي... بغرامة قدرها 6% من مبلغ الشيك.

كما نصت المادة 316 على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2000 و 10.000 درهم كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان. فالجزء في مثل هذه الحالة يتعرض له الساحب والحامل.

5 – التعرض على أداء الشيك

تنص المادة 271 من مدونة التجارة على ما يلي :

"لا يقبل تعرض الساحب على وفاء الشيك إلا في حالة فقدانه أو سرقة، أو الاستعمال التدليسي للشيك، أو تزويره، أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل.

يتعين على الساحب أن يؤكد كتابة تعرضه بصفة فورية كيفما كانت الوسيلة المستعملة في تلك الكتابة وأن يدعم ذلك بالوثائق الضرورية".

فماذا يمكن أن نستنتج من محتويات هذه المادة؟

ويستفاد من هذه النصوص بيان الحالات التي يتحلل فيها البنك من مسؤولية الشيكات التي تقدم إليه بقصد الأداء حيث يتعين عليه مطالبة المستفيدين من هذه الشيكات بالتوقيع عليها بما يفيد حصولهم على مبالغها وهو ما عبر عنه المشرع بالمخالصة وهو الوجه المقابل للإبراء بالنسبة للبنك فالتوقيع بالمخالصة هو اعتراف صريح بتسليم مبلغ الشيك وهو في نفس الوقت إبراء لذمة البنك إزاء الساحب من المبلغ المسلم للمستفيد.

ولا ينبغي الخلط هنا بين المخالصة والتظهير فكلاهما عبارة عن توقيع، وكلاهما يتم على ظهر الشيك، إلا أن هناك فرقا مهما بينهما فالمخالصة وكما ذكرنا هي بمثابة توقيع على ظهر الشيك يفيد التوصل بمبلغ الشيك وإبراء البنك منه.

في حين أن التظهير هو توقيع على ظهر الشيك يفيد نقل ملكية الشيك إلى مستفيد جديد إن كان الأمر يتعلق بتظهير ناقل للملكية، كما قد يفيد تكليف شخص آخر بتحصيل مبلغ الشخص إن كان الأمر يتعلق بتظهير توكيلي.

4 - شيك لاحق التاريخ :

وورد في المادة 267 ما يلي :

"الشيك مستحق الأداء بمجرد الاطلاع.

ويعتبر كل بيان مخالف لذلك كأن لم يكن

الشيك المقدم للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره، يجب وفاؤه في يوم تقديمه".

والملاحظ أن كثيرا من الأفراد يتعاملون بشيكات مؤجلة التاريخ، حيث يجعلون من الشيك وسيلة ضمان على الرغم من المنع الذي وضعه القانون لمثل هذا التعامل.

وقد تم تأكيد هذا المنع في المادة 263 والتي تنص على أنه يمنع تقديم تاريخ الأوامر بالدفع، فإن وقع عد تزويرا.

والملاحظ أن بعض البنوك تبدي نوعا من التساهل بالنسبة للمغاربة حيث تستعيز عن تقديم بطاقة التعريف الوطنية بوثائق أخرى مثل جواز السفر أو رخصة السياقة وأحيانا البطاقة المهنية. وهذا التساهل لا محل له مادامت بطاقة التعريف الوطنية تعتبر إجبارية.

أما فيما يخص الأشخاص المعنويين فقد اشترط المشرع المطالبة بهوية الشخص أو الأشخاص الذاتيين المؤهلين لإنجاز عملية استخلاص مبلغ الشيك وكذا تقديم رقم الضريبة على الشركات أو رقم السجل التجاري أو رقم الضريبة المهنية، والملاحظ أن المشرع اهتم بالشركات، وأهمل أشخاص معنويين آخرين مثل الجمعيات والوداديات وغيرهم. فلا تنطبق عليهم الوثائق المذكورة.

وفي الواقع العملي فمن النادر أن يتقدم ممثل شخص معنوي للمطالبة باستخلاص مبلغ شيك بصفة شخصية ومباشرة، وحتى من الجانب المحاسبي فلا ينبغي القيام بمثل هذه العمليات. إذ لا يتعين استخلاص مبالغ الشيكات المحررة لفائدة الأشخاص المعنويين مباشرة بل عن طريق تحويل مبالغها إلى الحساب البنكي للشخص المعنوي، ويفترض أن تكون هذه الشيكات مسطرة، وفي هذه العملية ضبط أكثر من الناحية المحاسبية، خصوصا وأن المادة 18 من مدونة التجارة تلزم كل تاجر سواء كان شخصا ذاتيا أو معنويا بأن يفتح حسابا لأغراضه التجارية في مؤسسة بنكية أو في مركز الشيكات البريدية.

3 - المخالصة والتظهير :

لقد ورد في المادة 273 بأنه يجوز للمسحوب عليه أن يطالب الحامل عند وفائه للشيك بتسليمه إياه مع التوقيع عليه بالمخالصة.

وورد في المادة 254 كذلك ما يلي : "يعتبر التظهير إلى المسحوب عليه بمثابة مخالصة".

وفي المادة 274 تفترض براءة من وفى شيكا غير متعرض عليه على الوجه الصحيح.

إلى حساب خاص بالشيكات المعتمدة ويبقى المبلغ مجمدا بهذا الحساب لفائدة المستفيد من الشيك إلى غاية انتهاء أجل التقديم المحدد بعشرين يوما حسب مقتضيات المادة 268 من مدونة التجارة.

وإذا انقضى الأجل المقرر دون أن يتقدم المستفيد للمطالبة بمبلغ الشيك، فإن الشيك يفقد صفة الاعتماد ويصبح شيكا عاديا، ويتحلل البنك من الضمان الذي التزم به، ويتعين على البنك في هذه الحالة إعادة تحويل مبلغ الشيك إلى حساب الساحب. وبهذا تنتهي مسؤولية البنك ويتحمل الحامل أو المستفيد في هذه الحالة نتيجة تأخره أو تهاونه إن رجع إليه الشيك بدون أداء.

والملاحظ أن البنوك تمدد فترة تجميد مبلغ الشيك المعتمد لمدة أطول بدعوى انتظار المستفيد أو أن المستفيد هو إدارة الضرائب أو الجمارك أو إحدى الجهات العمومية. وفي هذا التمديد مخالفة لمقتضيات المادة 242. إذ ليس من حق البنك الاحتفاظ بمبلغ الشيك خارج الأجل المذكور وإلا ترتبت عليه المسؤولية إزاء الساحب.

2 - إثبات أداء الشيكات :

ورد في المادة 21 ما يلي :

"يجب على كل شخص يقدم شيكا للأداء أن يثبت هويته بوثيقة رسمية تحمل صورته..."

ولقد ميز المشرع في هذه الحالة بين الأداء لفائدة الأشخاص الذاتيين والأداء لفائدة الأشخاص المعنويين. وهذا التمييز يستدعي منا بعض الملاحظات :

- لقد اشترط المشرع بالنسبة للأشخاص الذاتيين الإداء بوثيقة رسمية تحمل صورة المعني بالأمر وحدد نوعية هذه الوثائق حسب وضعية الأشخاص :

- بطاقة التعريف الوطنية بالنسبة للمغاربة.

- بطاقة الإقامة بالنسبة للأجانب المقيمين.

- جواز السفر بالنسبة للأجانب غير المقيمين.

- 1 - الشيك المعتمد
- 2 - إثبات أداء الشيكات
- 3 - المخالصة والتظهير
- 4 - شيك لاحق التاريخ
- 5 - التعرض على أداء الشيك
- 6 - الأداء الجزئي
- 7 - التراجع عن تسطير الشيك
- 8 - المنع العشاري من الشيكات

1 - الشيك المعتمد :

لقد ورد في المادة 242 من مدونة التجارة ما يلي :

"لا يخضع الشيك للقبول..."

غير أنه يجب على المسحوب عليه أن يؤشر بالاعتماد على الشيك إن كانت لديه مؤونة، وطلب الساحب أو الحامل منه ذلك. تبقى مؤونة الشيك المعتمد مجمدة لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لفائدة الحامل إلى حين انتهاء أجل تقديم الشيك المعتمد للوفاء.

يتم الاعتماد بتوقيع المسحوب عليه على وجه الشيك ولا يجوز رفض الاعتماد إلا لعدم كفاية المؤونة..."

ماذا نستنتج من هذه المادة ؟

إن عملية اعتماد الشيك تعتبر بمثابة ضمان على وجود مبلغ الشيك بين يدي المسحوب عليه. فهو لا يقوم بعملية اعتماد الشيك إلا إذا تأكد من توفر المؤونة الكافية بالحساب حيث يعمد البنك في هذه الحالة إلى تحويل مبلغ الشيك من حساب الزبون

المواد 264 إلى 266 تناولت الضمان الاحتياطي

المواد 267 إلى 279 تناولت التقديم للوفاء

المواد 280 إلى 282 تناولت احكام الشيك المسطر

المواد 283 إلى 291 تناولت الرجوع لعدم الوفاء

المواد 292 إلى 293 تناولت تعدد النظائر

المادة 294 تغيير الشيك

المواد 295 إلى 296 تقادم الشيك

المواد 297 إلى 301 الاحتجاج

المواد 302 إلى 372 الأحكام الجزرية بشأن الشيك

ويمكن أن نستخلص من مجموع المواد المتعلقة بالشيك النتيجة التالية :

تخصيص 62 مادة للمقتضيات التنظيمية و 25 مادة للمقتضيات الجزرية.

وقد اهتم المشرع في هذا التعديل بالطابع الجزري أكثر مما كان عليه الأمر في التنظيم السابق فلم تبق العقوبات محصورة في الأشخاص المتعاملين بالشيك بل أصبحت تطال حتى البنوك.

ورغم هذه التعديلات فيمكن القول بأن التعامل بالشيك لا يزال يواجه صعوبات عملية في التطبيق، وذلك نتيجة لسوء فهم بعض قواعده من طرف البنوك أو من طرف المتعاملين.

وسوف لن نتطرق في هذا العرض للجانب النظري لموضوع الشيك بل سنقتصر على دراسة بعض الجوانب العملية التي تحدث عند التعامل بالشيك، مستنديين في كل ذلك إلى الأحكام الجديدة التي وردت في مدونة التجارة.

وسنتناول في هذه الدراسة بحث الجوانب التالية :

التعامل بالشيك بين الممارسة ومستجدات مدونة التجارة

محمد خيرى (*)

تقديم :

لقد كان الشيك البنكي فيما سبق خاضعا لظهير 19 يناير 1939. وكان يستند في كثير من قواعده إلى الأحكام الواردة في القانون الموحد للشيك، والموقع عليه من طرف عدة دول في جنيف بتاريخ 19 مارس 1931.

وقد كان القانون الأنف الذكر يتضمن 77 مادة تعالج أحكام الشيك، وصدر بكيفية مستقلة عن مجموعة مواد القانون التجاري.

والملاحظ أن الواقع البنكي والتعامل اليومي بالشيك بين الأفراد، بدأ ينفصل تدريجيا عن بعض القواعد المقررة في الشيك، لدرجة جعلت البعض يعتقد بأن الشيك تحكمه الأعراف أكثر مما تحكمه القواعد القانونية. وقد أدى هذا الاعتقاد إلى كثير من التسبب في التعامل بالشيك فتفاقت نسبة حالات إصدار شيكات بدون مؤونة. وبدأ الأشخاص يمتنعون عن قبول الشيكات، مما أدى إلى فقدان الثقة في التعامل بالشيك البنكي. ولقد دفعت هذه العوامل بالمشروع إلى ضرورة التدخل لحماية الشيك وإرجاع المصدقية في التعامل به ضمن التعديلات التي أتت بها مدونة التجارة والتي صدر بشأنها ظهير فاتح غشت 1996 حيث وردت أحكام الشيك بالقسم الثالث من مدونة التجارة من المواد 239 إلى 328 وفقا للبيان التالي :

المواد 239 إلى 251 تناولت إنشاء الشيك وشكله

المواد 252 إلى 263 تناولت تداول الشيك

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء.

فك الرموز :

ق.ت.ع : قانون الالتزامات والعقود.

ق.ح.ش : قانون الأحوال الشخصية.

ق.م.ع : قضاء المجلس الأعلى.

م.ق.ق : مجلة القضاء والقانون.

لم يتطرق المشروع إلى العرف والعادات بل ركز فقط على العادات التجارية فقط⁽⁶¹⁾ وقد أحسن صنعا لأن مفهوم العادة في المادة التجارية أقوى من مفهوم العرف خلاف المادة المدنية.

كما أن جل القوانين المقارنة تستعمل أحد المفهومين لهما معا⁽⁶²⁾.

ونعتقد أن تحديد ترتيب مصادر القانون كقاعدة عامة سيحل الإشكالات المتعلقة بإعمال المصادر، شريطة أن يتم التنصيص على ذلك في ق.ل.ع باعتباره الشريعة للقانون الوضعي المغربي، لأن الترتيب الوارد في المادة الثانية من المدونة التجارية يبقى خاصاً بالمجال التجاري لا يقوى على أن يعمم على المعاملات المدنية.

(61) أحمد شكري السباعي، الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن، ج 1، النظرية العامة للتجارة وبعض الأعمال التجارية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثالثة 1988 ص 174.

(62) - المادة الرابعة من قانون التجارة السوري (العرف).
- المادة الثالثة والمادة الرابعة من قانون التجارة الأردني (العرف).
- القانون الكويتي (العرف).
- التشريع التجاري العراقي القديم (العادة).
- القانون الفرنسي (العادة).

الحل هنا بطبيعة الحال لن يخلو من التناقض وعدم الاستقرار لأن تطبيق قانون دون آخر لا محالة له عدة نتائج تختلف باختلاف القانون المطبق.

نفس الشيء يقال إذا وقعت الهبة على عقار محفظ وكانت العلاقة تتضمن تاجرا، وشخصا مدنيا، هل يطبق الفقه الإسلامي باعتباره القانون المنظم للهبة التي تتوقف على الحوز؟ أم يطبق التشريع العقاري باعتباره كل التصرفات لتنفيذ حتى بين الطرفين إلا بتسجيلها بالسجل العقاري؟ الإجابة بدهة ستقسم بين هذين الحلين.

ومن أهم الإشكالات كذلك في نفس الإطار أن التاجر يجوز له أن يتمسك بالعادة، أما بالنسبة للمدني الذي يكون الطرف الثاني في العلاقة التجارية، فلا يقبل منه ذلك، لأن العادة غير مقبولة كمصدر للقانون المدني، وإنما عليه أن يثبت أن عرفا يقضي بحل المسألة إذا كان النص التشريعي غائبا طبعا.

خاتمة :

نلاحظ من خلال هذه المحاولة البسيطة أن المشرع المغربي أحسن صنعا حين حدد مصادر القانون التجاري، حتى لا يبقى التراجع بين عدة مصادر قائما ودون فائدة.

لكن مع ذلك، نعتقد أن غموض المفاهيم المستعملة خصوصا العرف والعادة لن يسعف مشرعنا المغربي على أن يحقق النتيجة الإيجابية المتوخاة، فحبذا لو أنه عدل هذه المادة (المادة الثانية من مدونة التجارة) بحذف أحد المصطلحين، إما أن يحذف العرف أو العادة، ويقتصر بالتالي على مفهوم واحد فقط. وذلك سيجعل شروط أعمال ذلك المفهوم كمصدر قانوني أكثر سهولة وبساطة.

ويدعم رأينا، الصيغة التي كانت واردة في مشروع قانون التجارة المغربي الذي ساهم في تهيئته الأستاذ المقام على شرفه التكريم، الأستاذ أحمد شكري السباعي، إذ

أما في المادة التجارية، فالمادة 335 من مدونة التجارة تقضي صراحة أن يفترض التضامن في الالتزامات التجارية⁽⁶⁰⁾.

الفقرة الثانية : التصادم بين المادة الرابعة والمادة الثانية من مدونة التجارة

قد يقول قائل ليس هناك تصادم بين المادة الرابعة والمادة الثانية، لكن بوضع بعض الفرضيات يمكن أن يظهر التصادم الذي نرى وجوده.

فإذا كانت المادة الثانية تحدد على سبيل الحصر مصادر القانون في المادة التجارية ووفق ترتيب معين، على الرغم من الإشكاليات التي يثيرها هذا التحديد، فإن المادة الرابعة التي أبقّت الطرف المدني خاضعاً للقانون المدني ولو مع دخوله في علاقة تجارية مع تاجر، لاشك سيصبح تطبيقها مناسبة لتصادم المادتين، فكيف يمكن إذن أن يقع هذا التصادم؟

من المعلوم، وكما سبق ذكره، أن القانون المدني لا يتضمن نصاً مماثلاً للمادة الثانية، إذ لا يوجد في القانون المذكور، أي نص يحدد تدرج مصادر القانون الرسمية. وهذا يؤدي إلى نتائج خطيرة على استقرار المعاملات بين الأفراد وعلى ثقتهم في القانون.

فإذا كان طرف مدني داخلاً في علاقة تجارية ببيع عقار غير محفظ لتاجر قصد إلحاق هذا العقار بتجارته، أي أن عملية بيع العقار عمل تجاري بالتبعية بالنسبة للتاجر، فأتى نزاع بين الطرفين (التاجر المشتري، والمدني البائع) فما هو القانون الواجب التطبيق علماً أن القانون المدني المغربي يتضمن عدة قوانين؟ هل يطبق ق.ل.ع (التشريع)، أو الفقه الإسلامي، أو الأعراف المحلية باعتبارها تنظم المجال العقاري بالمغرب؟

(60) للاطلاع على مزيد من المعلومات حول هذه النقطة وباقي المميزات التي تميز القانون التجاري عن القانون المدني راجع كتب المدخل لدراسة القانون.

1 - الإثبات :

في المادة المدنية يجب على من يدعى وجود التزام تتجاوز قيمته 250 درهما أن يثبت ذلك بواسطة الكتابة، ولا تقبل شهادة الشهود كوسيلة لإثبات هذا الالتزام⁽⁵⁴⁾. أما في المادة التجارية فتتص المادة 334 من مدونة التجارة أن المادة التجارية تخضع كقاعدة عامة لحرية الإثبات ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق على غير ذلك⁽⁵⁵⁾.

2 - حوالة الحق :

لا يجوز انتقال الحقوق في المجال المدني للمحال إليهم تجاه المدين والغير إلا باحترام أحد الشرطين التاليين :

- تبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا.

- أو بقبول المدين للحوالة في محرر ثابت التاريخ⁽⁵⁶⁾.

أما في المادة التجارية، فاعتبارا لطابع السرعة وخاصة الائتمان اللذين يميزان النشاط التجاري، فإن المشرع أنشأ وسائل خاصة تسير هذين الطابعين، تنقل الحقوق إلى الغير دون سلوك الإجراءات السابق ذكرها في الفصل 195 من ق.ل.ع. وهذه الوسائل هي الأوراق التجارية من كمبيالة⁽⁵⁷⁾ وشيك⁽⁵⁸⁾ وسند لأمر⁽⁵⁹⁾.

3 - التضامن :

بالرجوع إلى الفصل 153 والفصل 164 من ق.ل.ع نجد أنهما لا يفترضان التضامن بين المدينين ولا بين الدائنين، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح على ذلك أو نص قانوني خاص، أو أن يكون التضامن النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة.

(54) الفصل 443 من ق.ل.ع.

(55) وقد كان الفصل 448 من ق.ل.ع يسمح بشهادة الشهود كطريق لإثبات الالتزامات بين التجار لكن شرط أن يفقد الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو سرقة أو إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام.

(56) الفصل 195 من ق.ل.ع.

(57) الفصول من 239 إلى 328 من مدونة التجارة.

(58) الفصول من 159 إلى 231 من ذات المدونة.

(59) الفصول من 232 إلى 238 من نفس المدونة.

ومن مظاهر التناقض كذلك، تطبيق المجلس الأعلى تارة للفقہ الإسلامي باعتباره القانون الوحيد المطبق على العقارات غير المحفظة⁽⁵¹⁾ وتارة لق.ل.ع مع استبعاد أي مقتضى فقهي إسلامي⁽⁵²⁾. غير أن المجلس عاد إلى تطبيق الفقہ الإسلامي على بيع 25 دقيقة من الماء الجاري التابع لعقار غير محفظ واستبعد الفصل 443 من ق.ل.ع⁽⁵³⁾.

المطلب الثاني

المقارنة بين المادة الثانية

والمادة الرابعة من مدونة التجارة

يفتضي التطرق إلى المقارنة بين المادة الثانية والمادة الرابعة (الفقرة الثانية) التعرض لمضمون المادة الرابعة أولاً (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : مضمون المادة الرابعة من مدونة التجارة

تنص المادة الرابعة من مدونة التجارة على ما يلي : "إذا كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجارياً، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنياً، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

انطلاقاً من هذه المادة نستنتج أن الطرف المدني في العلاقة التجارية يبقى العمل بالنسبة إليه مدنياً، ويخضع تبعاً لذلك لقواعد القانون المدني. فما هي بعض هذه القواعد الخاصة بالأعمال المدنية والتي تميز المجال المدني عن المجال التجاري ؟

هناك عدة قواعد لكن سنقتصر على البعض منها على الشكل التالي :

(51) قرار شرعي عدد 261، بتاريخ 22 ماي 1979، ملف شرعي عدد 25 980، قرار غير منشور، ذكره محمد الكشور في مقاله تنازع الفقہ المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ، م.س، ص 58 هامش (44).

(52) قرار صادر بتاريخ 26 يناير 1973.

(53) الفصل 443 من ق.ل.ع.

ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في قرار للمجلس الأعلى : "... إن المحكمة لم تغل حكما تعليلا كافيا إذ اعتمدت العرف وهو لا يعمل به إذا خالف قاعدة شرعية..."⁽⁴⁷⁾، وجاء في قرار آخر "... ومن جهة أخرى، فالمحكمة أعرضت عن مقتضيات الفقه في الموضوع وهي فاصلة وواضحة ويجب الاحتكام إليها ولا يجوز استبعادها والتيه مع العادات..."⁽⁴⁸⁾.

أما في علاقة التشريع بالفقه الإسلامي فكان المجلس الأعلى أكثر تناقضا.

ففي قرار للمجلس الأعلى جاء ما يلي : "لكن حيث إن البيع وقع على عقار محفظ، لذلك فإن النزاع. المتعلق بالبيع المذكور تحكمه قواعد ق.ل.ع، لا أحكام الفقه الإسلامي... إن قواعد الفقه الإسلامي لا تطبق على العقارات المحفظة إلا في حالة عدم وجود نص في ق.ل.ع"⁽⁴⁹⁾. لكن المجلس الأعلى تراجع عن موقفه فطبق قواعد الفقه الإسلامي بدلا من تطبيق قواعد ق.ل.ع، من ذلك ماورد في مقدمة قرار أكد أن الشريك الشفيع على الشيعاء ذي المدخل الأقرب، يقدم على الشريك الأجنبي ذي المدخل الأبعد، وأن المتلقي لحق إرث يقدم في الأخذ بالشفعة على الشريك الأجنبي الذي تملك بمدخل الشراء فقط من الشريك الأخص، أي الوارث للحق الموروث، عملا بمقتضيات الفصل 30 من ظ 1915/6/2 المتعلق بالعقارات المحفظة⁽⁵⁰⁾. هذا كله مع العلم أن هناك مقتضيات للشفعة في ق.ل.ع.

(47) القرار الصادر في 24 أبريل 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 5 ص 4 وما بعدها.

(48) قرار بتاريخ 20 يونيو 1983، م.س، عدد 33-34 ص 91 وما بعدها.

(49) قرار صادر بتاريخ 18 أكتوبر 1978، مجلة ق.م.ع عدد 26، ص 27 وفي نفس الاتجاه انظر :

- قرار 15 دجنبر 1976، نفس المرجع ص 39.

- قرار 2 يونيو 1980، نفس المرجع عدد 29 ص 50.

- قرار 3 نونبر 1982، نفس المرجع عدد 32 ص 5.

- قرار 7 أبريل 1983، نفس المرجع عدد 32 ص 52.

(50). قرار رقم 134، بتاريخ 18 يناير 1989، ملف مدني عدد 90223، مجلة المحاكم المغربية، هيئة

المحامين بالدار البيضاء، العدد 60 يناير - فبراير 1990.

لكن إذا سلمنا بأن ق.ح.ش أولى بالتطبيق فإن ذلك لا يعني أن الإشكال المرتبط بمصادر القانون قد حل، بل إنه يبقى قائماً، لأن كلا القانونين تشريع، أي أنه في كلتي الحالتين مصدر ق.ح.ش هو التشريع.

ولاشك أن هذا حل لن يرضي الكثير، لأن المصدر الرسمي كما يجري القول بذلك، ل ق.ح.ش هو الفقه الإسلامي، وبصورة غير مباشرة حين يقدم ق.ح.ش على ق.ل.ع فإن ذلك يعني أولوية الفقه على التشريع.

غير أنه في تقديرنا، لا يمكن اعتبار الفقه الإسلامي المصدر الشكلي أو الرسمي لق.ح.ش، بل التشريع هو الذي يعد كذلك، وما القواعد الفقهية المعتمدة إلا مادة وموضوعاً للتشريع أو لقانون الأحوال الشخصية هذا طبعاً إن نحن سرنا مع ما يستقر عليه الفقه في التمييز بين المصادر الرسمية والمصادر الموضوعية أو المادية⁽⁴⁵⁾.

ومع ذلك، فبصورة عامة يعتمد بعض الفقه المغربي⁽⁴⁶⁾ إلى وضع ترتيب بمقتضاه يتقدم التشريع كلا من العرف ومبادئ الفقه الإسلامي، وهذا منطقي وسليم لأن مشرعنا أحال في العديد من الفصول على العرف، وهذا يعني أنه كقاعدة عامة يلي العرف التشريع في المرتبة وأنه كذلك يعني احتلال الفقه الإسلامي المرتبة الثالثة بعد العرف.

ثانياً : على مستوى الاجتهاد القضائي

لم يسلم الاجتهاد القضائي المغربي من التراجع بين عدة خيارات بالنسبة لمصادر القانون وذلك بسبب غياب النص التشريعي الفاصل.

ففي علاقة العرف بالفقه الإسلامي، نلاحظ أن القضاء يقدم الفقه الإسلامي على الرغم من إجماع الفقه المغربي على احتلال العرف، المكانة التالية للتشريع.

(45) انظر خاصة، سمير عبد السيد كتاغو، النظرية العامة للقانون، مطبعة أطلس القاهرة، طبعة 1973 (عدد الطبعة غير مذكور) فقرة 77 وما بعدها، ص 238 وما يليها.

(46) محمد الكشور، الأطروحة، م.س. ص 92، وخالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1407-1987 ص. 145 وما يليها.

أما الأستاذ أحمد الخمليشي⁽⁴²⁾ فيقول في هذا الصدد : "في رأينا الشخصي، ليس ظ.ل.ع مصدرا قانونيا تكميليا، يلزم القاضي بالرجوع إليه عند انعدام النص في المدونة والفقهاء كما أنه ليس مصدرا "أجنبيا" لا يجوز الرجوع ولو انعدم النص في هذين المصدرين، ويكون على القاضي في هذه الحالة البحث عن الحكم من خلال الاجتهاد في تفسير مبادئ وقواعد المذهب المالكي ويترك النص الصريح في ظ.ل.ع.

وإنما نعتقد أنه مصدر استثنائي، بمعنى أن للمحكمة على سبيل الاختيار إذا لم تجد نصا في المدونة والفقهاء، أن ترجع إليه أو تجتهد في استنباط الحكم من مبادئ الشريعة العامة وقواعدها، بل إننا نرى لها الحق في تطبيقه بصورة استثنائية ولو مع وجود النص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم للتطبيق"⁽⁴³⁾.

2- في مجال الأحوال الشخصية :

استقر رأي الفقه المغربي على أن الفقه الإسلامي هو مصدر مدونة الأحوال الشخصية، لكن كما هو معلوم، هناك عدة مواضع متصلة بمجال الأحوال الشخصية منظمة في ق.ل.ع وغيره من القوانين الأخرى من ذلك مثلا الأهلية. فلو تعارض ق.ح.ش.و ق.ل.ع في هذا الشأن أيهما أولى بالتطبيق ؟

يمكن بداية القول إن ق.ح.ش هو الواجب التطبيق، لأنه أولا قانون لاحق على ق.ل.ع، وثانيا لأنه قانون خاص، و.ل.ع قانون عام، والخاص يقدم على العام عند التعارض، وثالثا لأن ق.ل.ع وضع ليطبق على الفرنسيين والأجانب بينما سن ق.ح.ش ليحكم الأحوال الأسرية للمغاربة المسلمين⁽⁴⁴⁾.

(42) المرجع السابق، ص 56-57.

(43) لمزيد من التفصيل حول هذا الخلاف راجع :

- عبد الكريم الطالب، ازدواجية النظام العقاري بالمغرب وأثارها، مقال منشور بمجلة المحامي، حياة المحامين بمراكش، العدد 1996/29 ص 232 وما يليها.

(44) محمد الكشور، في مقاله ق.ل.ع و ق.ح.ش، التداخل والتضارب، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية الحقوق، مراكش، العدد 1991/16 ص 131 وما بعدها.

أما الفريق الثاني، فيذهب إلى أنه عند انعدام النص في التشريع العقاري يرجع إلى ق.ل.ع قبل اللجوء إلى قواعد الفقه المالكي، وذلك لأن القانون المذكور يمثل الشريعة العامة التي يرجع إليها عند غياب النصوص الخاصة⁽³⁹⁾.

ولا يقل التضارب ضراوة في مجال العقار غير المحفظ عما كان عليه في العقار المحفظ، ذلك أن الفريق الأول يتمسك بتطبيق الفقه المالكي واستبعاد ق.ل.ع، لأن الفقه الإسلامي هو الذي كان مطبقاً، ولا يزال، على العقارات سواء كان النظر موكولاً للقضاء الشرعي أو للقضاء العصري⁽⁴⁰⁾. أما الفريق الثاني فيعطي الأولوية لق.ل.ع وإن سمح له بأن يطبق إلى جانب الفقه المالكي ولو كان ذلك بدرجات متفاوتة من حيث التبرير.

فالأستاذ محمد الكشور يقول⁽⁴¹⁾: "... فإن وحدة القضاء تتطلب على ما يقوم لدينا من اعتقاد، الرجوع أولاً وقبل كل شيء إلى ق.ل.ع باعتباره شريعة عامة بالنسبة للقانون الوضعي المغربي، فإذا أعوزنا النص الصالح لحل النزاع المطروح، رجعنا بعد ذلك إلى مبادئ الفقه المالكي الإسلامي مع التفكير جيداً في وضع الحلول الملائمة فيما يخص بعض الأوضاع التي يصعب تطبيق ق.ل.ع مباشرة بشأنها كما لو تعلق الأمر بالإثبات مثلاً في مجال العقار غير المحفظ".

(39) محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، 1986، ص 116 وما يليها. وانظر كذلك مقاله :

- مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون العقود والالتزامات في العقار غير المحفظ، منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية الحقوق، الدار البيضاء، عدد 1984/7 ص 42 وما بعدها.

- أحمد الخليلي، كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور ضمن كتاب المؤلف، وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1988 ص 56، وما بعدها.

- محمد جلال السعيد، مدخل لدراسة القانون، توزيع دار الأمان، الرباط طبعة 1993 (عددها غير وارد) ص 330 وما يليها.

(40) ابن معجوز، م.س، ص 6.

(41) في مقاله السابق، ص 72.

فحبذا لو نهج مشرعنا المغربي نفس المنهج، بوضع قاعدة عامة تساعد على تلافي التأويلات وتحريف إرادة المشرع والمساس بحقوق الأفراد واستقرار المعاملات بينهم. هذا طبعاً رغم أن الفصلين 475 و 476 من ق.ل.ع يفيدان بصورة غير مباشرة أولوية التشريع على العرف⁽³⁷⁾.

الفقرة الثانية : نتائج غياب النص التشريعي

أولاً : على مستوى الفقه.

سنأخذ بعض النماذج التي تعكس تضارب الآراء الفقهية حول المصادر القانونية وألوية بعضها عن البعض الآخر وذلك في مجال العقار والأحوال الشخصية.

1- في مجال العقار

يتميز في مجال العقار بين العقار المحفظ والعقار غير المحفظ. ففي العقار المحفظ، المبدأ المستقر عليه فقها هو تطبيق التشريع العقاري، لكن في حال وجود الحكم في هذا التشريع هل يطبق الفقه الإسلامي - المالكي - أم ق.ل.ع ؟

جواباً عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى فريقين، أولهما يرى أن الفقه المالكي الإسلامي هو المصدر الثاني بعد التشريع العقاري ولا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق ق.ل.ع لأنه يطبق على المنقولات فقط دون العقارات⁽³⁸⁾.

(37) تضاف إلى الفصلين 475 و 476 من ق.ل.ع الفصول التالية التي تفيد إحالة التشريع على العرف ومنها: 25 من ق.ل.ع، و 200، و 231، و 276، و 516، و 529، و 550، و 578، و 688، و 689، و 888، و 891، و 903، و 908، و 942، و 1020، و 1026. بل إن المشرع المغربي أحال على العرف في مدونة الأحوال الشخصية في الفصول 4، و 14، و 15، و 28، و 35، و 36، و 92، و 131، و 218، وفي ظهير 1915/6/2 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة الفصول: 46، و 60، و 73، و 74، و 75، و 86، و 115، و 133، و 136، و 197، و 198، و 199، و 200، و 201.

(38) ابن معجوز المزغراني، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1990، ص 6.

لكن مشرعنا لم يكن ناجحاً في ذلك لتضارب المواقف حول أولوية مصدر على آخر على الصعيدين الفقهي والقضائي⁽³³⁾.

ونعتقد أن هذا الغياب لو رفع بتدخل تشريعي، لكان بالإمكان تدارك الكثير من المشاكل وإيجاد الحل لها، أو على الأقل توحيد مواقف الفقه والقضاء بهذا الشأن.

وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، نجد أن تدرج مصادر القانون كان محل نص تشريعي، من ذلك المادة الأولى من قانون التنفيذ الليبي الصادر في 28 نونبر 1953 التي تقضي أنه :

"1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽³⁴⁾.

والمادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص أنه : "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الدلالة، فإن لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة، فيسري حكمه على هذه الإمارة"⁽³⁵⁾ و⁽³⁶⁾.

(33) لنا عودة لهذا التضارب في النقطة الموالية من مطلبنا.

(34) انظر في تحليل هذه المادة، محمد ابراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي - منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط 2، 1989، ص. 91-92.

(35) لمزيد من الشرح انظر مثلاً : علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، مقارنات بين الشريعة والقانون، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، ط 2، 1971 ص 71 وما بعدها.

(36) - جاسم علي سالم - المقال السابق، ص 222 وما بعدها.

المبحث الثاني صعوبة تطبيق المادة الثانية متى كان أحد الأطراف مدنيا

تثار الصعوبة في تطبيق المادة الثانية إذا دخل طرف مدني في العلاقة التجارية بالنظر أولا إلى انعدام نص تشريعي ينص على ترتيب محدد لمصادر القانون المدني (المطلب الأول) وبمقارنة هذه المادة بالمادة الرابعة من مدونة التجارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول بالنظر إلى انعدام نص تشريعي مماثل في المادة المدنية

الملاحظة الأولى التي تتبادر إلى الذهن، أن المشرع المغربي لم يحدد ترتيبا معيناً لمصادر القانون في المجال المدني (الفقرة الأولى)، وهو ما يتمخض عنه عدة نتائج لها خطورتها على الاستقرار القانوني وعلى سير العدالة بصورة تحافظ على مصالح الأفراد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : غياب النص في المادة الثانية

لم يعتمد المشرع المغربي⁽³²⁾ إلى وضع ترتيب معين لمصادر القانون في المادة المدنية، بل ترك الأمر للفقهاء والقضاء معتبرا ذلك من اختصاصهما.

(32) ونستعمل عبارة المشرع المغربي بكامل التحفظ لأن ق.ل.ع، الذي يعرف في المغرب بالقانون المدني، وضع في 12 غشت 1913 من طرف فرنسا، وهو تاريخ كان فيه انعدام لسلطة تشريعية مغربية، عن أصل ق.ل.ع راجع مثلا : - أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط 1996 (عدد الطبعة غير مذكور). - أحمد شليح، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه، محاولة لقراءة ق.ل.ع المغربي من خلال سيرته، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بفاس، العدد 5، السنة 1989، ص 50 وما بعدها.

- عبد الكريم الطالب، مركز الفقه الاسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، مراكش 1995، ص 59 وما بعدها.

- Paul Decroux, Origine et originalité du dahir formant code des obligation et contrats, G.T.M. 1958, p. 19 et suivante.

- Joel Moneger, Biographie du code des obligations et contrats, de la reception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, article publié à la R.M.D.E.D. Faculté de droit de Casablanca, n° 7/1984.

بما في ذلك القانون المستقل. وهذا يعني أننا في دائرة القانون الخاص بل وفي الدائرة الضيقة للقانون المدني الذي ينظم المعاملات المالية والأسرية لا غيرها.

وإذا ما سلمنا بأن المفهوم الضيق هو المقصود في المادة المذكورة فإن ذلك لا محالة سيفضي إلى كثير من المشاكل على صعيد التطبيق، إذ أمام تكون القانون المدني المغربي من قوانين متعددة، لا بد أن يكون اختلاف في المبادئ العامة وفي بعض القواعد والمقتضيات بين هذا القانون وذاك.

فلكل قانون مبادئه العامة، وطرق إثبات معينة، هذا فضلاً عن تباين مصادر كل منها.

وكمثال على ذلك، يمكن القول إن قواعد الإثبات المعتمدة في ق.ل.ع ليست هي ذات القواعد المتبعة في الفقه المالكي الإسلامي، ولا هي نفس القواعد المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية.

فلئن كان ق.ل.ع يعتبر الكتابة وسيلة الإثبات الأصلي، فإن الفقه المالكي ومعه مدونة الأحوال الشخصية يقدمان في كثير من الأحيان شهادة الشهود عن باقي الطرق بما في ذلك الكتابة لانتشار الثقة بين المسلمين التي تغني عن أي دليل كتابي شكلي.

لذلك في رأينا، يستحسن أن يسير مشرع مدونة التجارة سير الكثير من الفقه والقضاء بالمغرب، بإطلاقه مفهوم القانون المدني على ق.ل.ع حتى لا تثار الصعوبات إن تعلق الأمر بغيره من القوانين المدرجة تحت المفهوم العام للقانون المدني.

ومما يعضد رأينا، أن ق.ل.ع هو الشريعة العامة في القانون المغربي، وأنه يتضمن قواعد تتصل بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالمجال التجاري، حيث يكون من المنطقي الرجوع إليه عند غياب النص في مدونة التجارة، أو عند انعدام العادة أو العرف التجاري الحاكم للمسألة.

وتركيزنا على هذا المفهوم الأكثر ضيقاً راجع إلى أن اعتماد المفهوم الخاص، سيؤدي لا محالة إلى مشاكل متى كان أحد الأطراف مدنياً في العلاقة التجارية.

- قانون الحالة المدنية الصادر بظهير 4 شتنبر 1915 والمعتم بظهير 8 مارس 1950⁽³⁰⁾.

- قانون التوثيق المتضمن لثلاثة ظهائر، الأول يتعلق بالتوثيق العصري لـ 4 ماي 1925، والثاني يعنى بخطة العدالة الصادر في 6 ماي 1980، والثالث ينظم التوثيق العرفي الصادر في 25 يوليوز 1915⁽³¹⁾.

ترى ما هو المفهوم الذي تعني مدونة التجارة المغربية حين أوردت القانون المدني كمصدر احتياطي للمعاملات التجارية ؟

الفقرة الثانية : مفهوم القانون المدني وفق المادة الثانية من مدونة التجارة

لاشك أن مشرع مدونة التجارة المغربية الجديدة وهو يضع نص المادة الثانية، لم يقصد المفهوم العام أو الواسع للقانون المدني، وذلك لسبب بسيط يتمثل في ان القانون التجاي أكد استقلاله عن القانون المدني الذي شكل، ومنذ مدة بعيدة، أصل القانون كله

(30) لأخذ فكرة عن نظام الحالة المدنية راجع مثلا :

- ناصر متيوي مشكوري، نور القضاء في مجال الحالة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، الرباط 1988.

- أحمد أفران، نظام الحالة المدنية في التشريع المغربي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، الرباط، العدد 19، أكتوبر 1988، ص 36 وما يليها.

(31) لأخذ معلومات وافية عن نظام التوثيق راجع مثلا :

- محمد الكشبر، المهن القانونية الحرة، انطباعات حول المسؤولية والتأمين، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، كلية الحقوق الدار البيضاء، العدد 25-1991 ص 124 وما بعدها.

- محمد خيرى، مهنة تحرير العقود بين التنظيم والإطلاق، نفس المجلة، ص 72 وما بعدها.

- محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1984/1404.

- أبو الشناء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العديلية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية 1995/1415 في جزأين، تعليق أحمد الغازي الحسيني.

- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1993-1414، ص 71 وما بعدها.

المعاملات المدنية بمفهومها الواسع، في الوقت الذي يركز القانون الجنائي على كل ما يرتبط بالمجال الجنائي من جرائم وعقوبات ومسؤولية جنائية والمسطرة المتبعة في التحقق والتثبت من هذه الجرائم.

أما المفهوم الخاص، فهو الذي يكون فيه القانون المدني ذلك الفرع من القانون الخاص الذي "يهتم عموماً بتنظيم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين الأفراد - وسواء كانوا طبيعيين أو معنويين - أو بينهم وبين الدولة أو من يقوم مقامها في أحوال عامة عدا ما يتناوله بالتنظيم، فرع آخر من فروع القانون الخاص"⁽²⁹⁾.

فالقانون المدني إذن ينظم نوعين من العلاقات، العلاقات المالية أو ما يعرف بالأحوال العينية، والعلاقات الأسرية أو الأحوال الشخصية. ولو قمنا ببحث عن قانون مدني بهذا الوصف في المغرب لو وجدهنا بعدم جوده على الأقل على مستوى التشريع. فكل ما نجده في المغرب مجموعة من القوانين ترتبط بالمجال المدني، وتندرج ضمن التعريف السابق. ومن ذلك قانون الالتزامات والعقود الذي يطلق عليه مفهوم القانون المدني لدى كثير من المهتمين بدراسته بالمغرب. وهو مفهوم تجاوزي فحسب، لأن ق.ل.ع. نفسه لا يشكل إلا جزءاً من القانون المدني حيث ينظم فقط الالتزامات وهي قسم من المعاملات المالية، دون القسم الآخر المتعلق بالمعاملات الأسرية.

وحتى نصل إلى المفهوم السابق للقانون المدني يجب جمع عدة قوانين إلى جانب ق.ل.ع وهي :

- التشريع العقاري الصادر بظهيري 12 غشت 1913 المنظم لمسطرة التحفيظ العقاري، و 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

- مدونة الأحوال الشخصية الصادرة سنتي 1957 و 1958.

- الفقه المالكي في مجال العقار غير المحفظ وباقي المجالات التي يحال فيها على هذا الفقه.

(29) محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 1996، ص 14.

الجواب سيكون بالإيجاب في اعتقادنا، حيث يلزم استبعاد قواعده الأعراف المكملة أمام الإرادة المخالفة، لأن التشريع نفسه الذي يحتل الصدارة ضمن مصادر القانون يسمح باستبعاد قواعده متى اتفق الأطراف على خلافها.

ومن المعايير كذلك أن العادات التجارية لا يمكنها بأي حال أن تخالف قاعدة قانونية أمره، هذا في الوقت الذي يسوغ للعرف أن يخالف نصا قانونيا أمرا ومتعلقا بالنظام العام⁽²⁸⁾.

والحقيقة أن تمييز العرف عن العادة، رغم اختلاف زوايا التمييز، أمر يبقى حبيس المجال النظري، ولو أن هذا المجال نفسه يخضع لنقاش حاد بين الفقه والقضاء. لذلك فإن التمييز لا يمكن أن يتصور من الناحية العملية، ما لم تكن القواعد العرفية تتضمن في شكلها الجزاءات الذاتية المعبرة عن الطابع القانوني الملزم.

المطلب الثاني

مفهوم القانون

يستعمل مصطلح القانون المدني بالمغرب استعمالا عاديا إسوة بما يجري به العمل في القوانين المقارنة، والحال أن له مفهوما خاصا ومتميزا في القانون المغربي (الفقرة الأولى)، فهل كانت المادة الثانية من مدونة التجارة المغربية تقصد في استعمالها لهذا المفهوم في المغرب أم أنها تقصد معنى آخر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المفهوم الخاص للقانون المدني بالمغرب

للقانون المدني مفهومان، أحدهما عام، والآخر خاص. فأما المفهوم العام فهو الذي يعتبر هذا القانون الشريعة العامة سيما بالنسبة لفروع القانون الخاص، أي أن القانون المدني هو كل هذه الفروع باستثناء القانون الجنائي، بمعنى أنه ينظم

فتارة يستند القضاء إلى المدة⁽²⁴⁾ وتارة إلى العمومية ومدى اتصال العادة بإرادة الأطراف⁽²⁵⁾.

فالعادة أصلاً تسبق العرف، وهذا ما يتفق عليه أغلب الفقه⁽²⁶⁾، لكن هذا يبقى مقبولاً من الناحية النظرية فحسب، أما من حيث الواقع فيصعب تحديد الوقت الذي يتم فيه الانتقال من العادة إلى العرف. وهذا ما يجعل القضاء أثناء تعامله مع العرف والعادة، خصوصاً عند ارتباطها بإرادة الأطراف يناهض مسألة التغيير التي في الغالب الأعم تؤدي إلى التحكم وعدم الانصاف.

ومن معايير التمييز المعتمدة بين العرف والعادة نطاق العمل بكل منهما، فالعرف عام، أما العادة فمحلية أو خاصة، وهذا غير مقبول دائماً لأن الأعراف بدورها قد تكون محلية أو خاصة لا تعم جميع أقاليم البلد أو الدولة.

وأهم ما اعتمده القضاء الفرنسي في إبراز خصوصيات العادة والعرف، مشكل الرضى، حين يتعلق الأمر بتداخل العادة والإرادة. إذ قرر تطبيق الأعراف البحرية على الأطراف ولو لم يعلموا بوجودها، أما بالنسبة للعادة البحرية فلا يمكن تطبيقها عليهم إلا إذا لم يستبعدوها، أي أنه مهما سكت الأفراد، أول سكوتهم على أنه قبول للعادة خلاف العرف الذي يلزمون به في جميع الأحوال⁽²⁷⁾. لكن لا يطرح الإشكال متى كان العرف مكملًا، وانصرفت إرادة الأطراف إلى خلافه، هل يطبق العرف في مثل هذه الحال أم يستبعد؟

(24) قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 يوليوز 1948، ذكره Pedamon، م.س، فقرة 13، ص 344.

(25) من ذلك قرار الغرفة التجارية الصادر بتاريخ 19 نونبر 1888، أورده Pedamon، م.س، فقرة 15 ص 345 انظر كذلك قرار نفس الغرفة الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1953

(26) Léonce Valette, Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif actuel, thèse d'Etat, faculté de droit de Lyon, 1908, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1907, p. 100 et s.

(27) Pedamon, op.cit. n° 23, p. 350.

فكيف إذن للمشروع المغربي أن يجعل العرف والعادة مصدرين رسميين للقانون في المادة التجارية، والحال أنهما مفهومان يكتنفهما كثير من الغموض والإبهام. وكان الأحرى به - إسوة ببعض التشريعات المقارنة⁽²³⁾ أن يقتصر على أحد المفهومين، فإما العرف وإما العادة، وذلك رفعا للالتباس وصيانة للحقوق ومصالح الأفراد والمجتمع على حد سواء.

الفقرة الثانية : مفهومان يصعب التمييز بينهما عمليا

مر بنا أن التمييز بين العرف والعادة أمر صعب على المستوى النظري وذلك لأنهما متداخلان ومتلازمان، بل إن العادة جزء ومرحلة من مراحل نشوء واكتمال العرف. ذلك أن عديدا من المحاولات أقيمت في سبيل تمييز العرف عن العادة لكن دون فائدة. وسنركز على الجانب القضائي وكيفية تعامله مع المفهومين، باعتباره يجسد الجانب العملي في المسألة التي نحن بصدد البحث فيها.

(23) من بعض هذه الشريعات والنصوص :

- المادة الرابعة من القانون العراقي للتجارة لسنة 1984 التي تقضي بما يلي : "أولا : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص.

ثانيا : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر".

- والمادة الرابعة من قانون التجارة السوري التي تنص أنه : "على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف المتوطد، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، أو كان العرف متعارضا مع النصوص التشريعية الإلزامية".

- والمادة الرابعة من قانون التجارة اللبناني، فقد نصت أن "على القاضي عند تحديد مفاعيل العمل التجاري أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، وكان العرف متعارضا مع النصوص الاشتراعية الإلزامية...".

- والمادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 التي جاء فيها : "1 - يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري أمر.

2 - فإذا لم يوجد اتفاق خاص مرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري...".

إن الشيك المسطر ناتج عن سلوك فردي داخل جماعة، صار في الانتشار شيئا فشيئا بين أفراد الجماعة التي خلق فيها، ليصبح في الأخير سلوكا عاديا، بل عرفا معرزا بالجزاعين التشريعي والقضائي⁽¹⁹⁾.

ويظهر دور العرف كمصدر أساسي مستقل للقانون في وجود كثير من الأعراف في تناقض مع نصوص تشريعية في القانون الفرنسي. فإذا كان هذا القانون الصادر في 1804 يعرف الزواج بأنه اشتراك بين الزوجين، فإن ذلك غير حقيقي لأنه لا يتصور أن يوجد اشتراك بالمعنى الحقيقي بين زوج يتمتع بحقوق أكثر مما تتمتع به الزوجة، وقد رقت الزوجة إلى المساواة مع الرجل بفضل القواعد العرفية التي جعلت النصوص التشريعية تعدل وضع المرأة - الزوجة - وتجعله يساير الأعراف الاجتماعية السائدة.

نفس الشيء يقال بالنسبة للفصل 1119 من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على نسبة آثار العقود⁽²⁰⁾، والذي لم يعد كافيا لينطبق على التطورات الاجتماعية التي عكسها العرف، حيث ظهور عقود تسري حتى بالنسبة لمن لم يشاركوا في إبرامها، وهي التي تعرف بالاتفاقيات الجماعية في مجال الشغل. ويعتقد أن هذه التطورات راجعة إلى التشريع والقضاء، لكن الحقيقة أن العرف هو السبب في تطور القواعد التشريعية لتساير المستجدات الاجتماعية⁽²¹⁾.

يستنتج إذن أن مفهومي العرف والعادة ليسا على نظر فقهي واحد، فتارة يميز بينهما، وهو ما يجعل التمييز بينهما بكل دقة أمرا صعبا. هذا فضلا من أن تمة أنواعا متباينة من الأعراف لكل منها معنى خاص فأي منها يقارن بالعادة. هل هذا النوع أم ذاك⁽²²⁾.

Bruhl, op.cit. p. 45.

(19)

(20) يقابله الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر في 1913/08/12.

Bruhl, op.cit. p. 49.

(21)

(22) من هذه الأنواع : العرف المكمل للتشريع، والعرف البديل عن التشريع، والعرف المستقل عن التشريع، وقد يكون هذا العرف موافقا للتشريع أو مخالفا له. لأخذ فكرة عن هذه الأنواع راجع على سبيل المثال:

- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة المحمدية، ط 1992 (عدد الطبعة غير مذكور) ص 170 وما بعدها.

- جاسم علي سالم، المقال السابق، ص 212 وما بعدها.

Bons starck, Introduction au droit, librairie de la cour de cassation (Litec), Paris, 3^{ème} éd. 1991, n° 852 et s. p. 352 et s.

فالعرف كما هو الحال بالنسبة للتشريع يخلق قواعد قانونية، كما يقوم بإلغاء قواعد التشريع إذا لم تكن هذه الأخيرة محلا للتطبيق منذ وضعها.

وفي نظر علماء الاجتماع إن استبعاد القاعدة التشريعية التي لم تطبق نهائيا لم يكن ناتجا عن عدم تطبيقها، ولكن لأن قاعدة عرفية حلت محلها وألغتها، لأن القاعدة العرفية أقرب إلى حاجيات المجتمع، أما القواعد التشريعية فهي على مسافة بعيدة جدا من مصالح الجماعة. وهذا ما يجعل العرف يغني عن مسطرة الإلغاء وينزل منزلة القاعدة التشريعية الملغاة.

ويسلم علماء الاجتماع مع ذلك⁽¹⁶⁾ أن الاهتمام بالعرف قليل، لأنه يختلط بعدة مفاهيم مشتبهة به، خصوصا في عقوبته وتلقائيته، ولأن ظروف نشأته ونشوءه غامضة، فلا يمكن الاعتماد بالعرف إلا بعد إنتاج آثاره، لكن يمكن أن تشرح كيفية نشوءه وانتشاره وفرضه على الأفراد يقول علماء الاجتماع القانوني بالطريقة التالية.

فالعرف ينشأ أولا بشكل فردي، وذلك حين يكون التشريع ضارا بمصالح أحد الأفراد فيفكر في الخلاص من هذا الضرر باستبعاد القاعدة التشريعية الضارة، فيعمد إلى خلق عرف يحل محل القاعدة المذكورة، أو على الأقل ليكون العرف الجديد كفيلا بجعل القاعدة التشريعية قادرة على مسايرة الظروف المتجددة. فهذه العملية وسيلة استلهاهم لموافقة الجماعة على القاعدة العرفية الفردية الجديدة⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾.

ولعل الشيك المسطر أحسن مثال على ذلك، فكيف أصبح هذا الشيك ذا قوة قانونية في القوانين الحديثة ؟

Bruhl. op.cit. p. 43.

(16)

Bruhl. op. cit. 45 voir encore : Jean Carbonnier, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur. L.G.D.J. Paris 7è éd. 1992, p. 107-109.

(18) والملاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه، خصوصا برول يتصدى لدراسة العرف الذي ينشأ خلافا لقاعدة تشريعية مضرة، دون أن يتطرق إلى الحالة التي ينشأ فيها العرف قبل التشريع نفسه كتفسير لنشوء العرف الذي سبق التشريع ظهورا.

أو تطبيق المحاكم للعرف في نظر البعض الآخر أو ضمير الجماعة في اعتقاد فريق آخر.

وهذا، ينم عن نظرة غير موضوعية للعرف، ذلك أن أصحاب الاتجاه القانوني يسلمون مبدئياً بأولوية التشريع وبكونه المصدر المستقل والرئيسي للقانون، أما العرف فهو دون التشريع وقد يكون مصدراً احتياطياً يكمل التشريع، ولو أن العرف المقصود هو العرف التابع والمحال عليه من المشرع نفسه وليس العرف المستقل قائم الذات.

ولمعرفة حقيقة العرف كمصدر للقانون، يجب الخروج من الدائرة الضيقة لمصادر القانون التي تعترف بالتشريع كمصدر رئيسي وحده، وإنما يجب ربط مصادر القانون بمحيطها خاصة العرف الذي يرتبط بالحياة الاجتماعية ارتباطاً وطيداً، وهو ما أدى إلى ظهور اتجاه جديد للعرف وهو الاتجاه الاجتماعي أو السوسيولوجي.

2 – المفهوم الاجتماعي أو السوسيولوجي

يتميز علماء الاجتماع بين مفهومين للعرف، مفهوم خاص، ومفهوم عام.

فأما المفهوم الخاص فهو الذي يتناول العرف كمسألة تقارن بالعادة، أي أنه المصدر الثاني بعد التشريع.

أما المفهوم العام، فهو الذي ينطلق من نظرة سوسيولوجية عامة للعرف، باعتباره قواعد ملزمة تحدد العلاقات الاجتماعية التي تفرضها الجماعة التي نشأت فيها القواعد المذكورة⁽¹⁴⁾. والعرف وفق هذا المفهوم ليس مصدراً من بين مصادر القانون فحسب، وإنما هو المصدر الوحيد إن لم يكن في ذلك مبالغة⁽¹⁵⁾.

Henry Levy-Bruhl, Sociologie du droit, Presses Universitaires de France. Que sais je? (14) 6^{ème} éd., 1981, p. 21-22.

Bruhl écrit : "Elle - la coutume - est la force vitale des institutions juridiques. Elle a (15) donc une sphère d'application indéfinie, ce n'est pas une source de droit parmi les autres, il serait a peine exagéré de dire que c'est la seule source du droit". op.cit. p.41.

- العرف قانون يجب على المحكمة أن تثبته من تلقاء نفسها، أما العادة، فلا يمكن للمحكمة أن تثبتها، وإنما يقع على من يدعي وجودها أن يثبت ذلك.

- العرف قانون، وبالتالي يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة قضاء النقض (المجلس الأعلى بالمغرب)، أما تطبيق القاضي للعادة وهي مجرد واقع، فلا رقابة لهذا القضاء على القاضي، لأن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للقاضي في استخلاص الوقائع.

وبتحليل هذا التمييز الشكلي يتبين أنه غير صائب وذلك من خلال تراجع بعض أصحاب ومناصري هذا الاتجاه عن هذه الخلاصات أنفسهم.

فلم يعد يفترض علم القاضي بالعرف، وذلك لاختلاف الأعراف وتعددتها فضلا عن خصوصياتها ومحليتها. وهو ما يؤدي إلى النتيجة ذاتها التي توصل إليها الاتجاه القانوني بالنسبة للعادة.

كما أن إثارة المحكمة للعرف من تلقاء نفسها لم يعد من واجبات المحكمة، بل وأمام تعدد ومحلية الأعراف، أضحت على من يدعي العرف أن يثبت وجوده، وهذا ما يوازي بين العرف والعادة.

وبناء عليه، تكون الخلاصات والنتائج التي توصل إليها مناصرو الاتجاه القانوني في العرف فارغة المحتوى حيث لم يعد مكان للتمييز بين العرف والعادة وفقا للنتائج السابقة.

بل أكثر من ذلك، على الرغم من التسليم بكون العرف قانونا فإن فقهاء هذا الاتجاه حين يدرسون العرف يوردون نقطة خطيرة وغريبة، وهي التي تعرف في كتب النظرية العامة للقانون التي تنحو نفس النحو بأساس القوة الملزمة للعرف.

والحقيقة أن هذه النقطة تعني بما لا شك فيه أن العرف - رغم التسليم بكونه قانونا - لا يكتسب الطابع الملزم من ذاتيته، فليس خاصية من خصائصه الذاتية، بل يستلهمه العرف من عوامل خارجية قد تكون إرادة المشرع الضمنية في نظر البعض،

ولو قلنا إن القاعدة العرفية نابعة من إرادة أفراد الجماعة المنشئين لهذه القاعدة، فإن مثل هذا القول يصعب تحقيقه على مستوى الواقع كذلك، لأنه لا يمكن أن نجد توافقا في المصالح الخاصة لهؤلاء الأفراد، وبالتالي يستحيل أن يتفقوا على قاعدة واحدة ملزمة لهم لأن هذه القاعدة لا محالة تخدم مصالح البعض دون مصالح البعض الآخر خاصة إذا علمنا أن القاعدة العرفية نفسها توضع من طرف فئة متميزة داخل الجماعة وهي فئة الأعيان وليس من طرف أعضاء الجماعة بأكملها.

والحقيقة أن التجربة تؤكد أن القضاة بفرنسا لم يعتقدوا أنهم مرتبطون بقاعدة عرفية، إذا وجدوا أنفسهم أمام عمل عام، وثابت، ومستقر. لأنه بذاته لا يمكن أن يبلغ درجة الإلزام القانوني لأنه مجرد من الجزاء. وهذا ما يدفع بالبعض إلى إرجاع الطابع الملزم للعرف إلى تطبيق المحاكم له⁽¹³⁾.

وهذا اتجاه حسب ما نرى غير سليم لأنه يقع أولا في تناقض مع الاتجاه العام الذي يدور فيه، ولأنه ثانيا يسقط في عدم التمييز الدقيق بين العرف والعادة.

فمن حيث التناقض، إذا كان الاتجاه القانوني في تعريفه للعرف يميز بين العرف والعادة. إذ يعد الأول قانونا، والثانية مجرد واقع، فإن وقف إلزامية العرف - رغم تسليم أصحاب الاتجاه المذكور باعتباره قاعدة قانونية ملزمة - على عوامل خارجية، يجرد العرف من الطابع الملزم الذي كان قد منح له بداية في التعريف. وهذا الوقف يفرض إلى تناقض صارخ في طبيعة العرف من جهة، ويوازي بين العادة والعرف من جهة ثانية.

أما من حيث التمييز غير الدقيق بين العرف والعادة فراجع إلى أن رواد الاتجاه القانوني يفرقون نظريا وشكليا بينهما من خلال بعض المسائل منها :

- العرف قانون يفترض في القاضي العلم به كباقي القواعد القانونية الأخرى، أما العادة فهي لا تعدو واقعا ليس القاضي مجبرا بالعلم بها.

أما الاتجاه الثاني فيميز بين العرف والعادة، إذ العرف أهم من العادة، فهذه الأخيرة تهتم جانبا معيناً من جوانب العرف، وهو جانب الأفعال. وعليه فالعادة ما اعتاده الناس من فعل، أما العرف فما اعتاده الناس من فعل أو قول⁽¹⁰⁾.

يظهر إذن أن مفهومي العرف والعادة غير دقيقين وأنهما محل اختلاف الفقهاء.

بل إن الأستاذ Michel Pedamon⁽¹¹⁾ يرجع صعوبة مصطلح "العادة" إلى ارتباطه بمعنيين، فهو من جهة ما هو متعارف عليه، ومن جهة أخرى، فهو الطابع النظري للقاعدة القانونية.

ومحاولة في التمييز يقول François Geny⁽¹²⁾ إن العرف ينشأ باجتماع عاملين : العمل أو السلوك العام والاعتقاد بالإلزام، أما العادة فتقوم على السلوك فقط. وهذا اتجاه تحليلي يركز للتمييز بين العرف والعادة على العنصر النفسي (الشعور بالإلزام)، فمتى كان قائماً كنا أمام قاعدة عرفية، ومتى انعدم كان الأمر متعلقاً بمجرد العادة.

ومع ذلك، فإن هذا الاتجاه غير صائب مائة بالمائة، وباعتراف ممثله فرانسوا جنبي نفسه. إذ وقع في تردد بين مجموعة من الأشكال والصيغ. فهل يتعلق الأمر باعتقاد عام بالطابع الإلزامي للقاعدة العرفية كما هو الحال بالنسبة للقاعدة القانونية ؟ أم أن الأمر عكس ذلك ؟

إذا تم التسليم بالاعتقاد المذكور، فمعناه أن جميع الأفراد المعنيين على علم بهذا العرف وهو ما يعد من قبيل المستحيلات عملياً.

(10) انظر بشأن هذا الاتجاه، جاسم علي سالم، العرف في القانون الخاص لنواة الإمارات العربية المتحدة، مركزه ومفهومه، مقال منشور بمجلة الحقوق التي تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 19، العدد 2، محرم 1416 يونيو 1995، ص 247 وما بعدها.

(11) Voir son article, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, Revue trimestrielle du droit commercial, 1959, n° 5, p. 339.

(12) وقد نقل رأيه Pedamon في مقاله السابق، فقرة 6، ص 340.

تجاه ذلك السلوك أو العادة، هذا مع العلم أن العادة يمكن أن تقدم على العرف إذا أحال عليها المشرع صراحة وفوضها صلاحية التطبيق⁽⁶⁾.

وفي الفقه الإسلامي يتقاسم تعريف العرف والعادة اتجاهان رئيسيان، أولهما لا يميز بين المصطلحين، يقول ابن عابدين "العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصدوق وإن اختلفا من حيث المفهوم"⁽⁷⁾.

وفي نفس الاتجاه يقول الشاطبي: "... لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد، لأنه إذا كان التشريع على وزن دل على جريان المصالح على ذلك لأن أصل التشريع بسبب المصالح، والتشريع دائم فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع"⁽⁸⁾.

ويستنتج نفس الموقف من قولي الفقيه المالكي القرافي: "كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه و"إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات والعيوب في العروض والمبيعات، فلو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع عن الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب ردنا به المبيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوباً لم يرد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه"⁽⁹⁾.

(6) Ghestin et Goubeaux, op. cit. n° 486. p. 391.

(7) ابن عابدين، نشر رسالة العرف، مجموع رسائل ابن عابدين، الجزء الثاني، ص 125 وما بعدها.

(8) الموافقات في أصول الأحكام، الجزء الثاني، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء (تاريخ و.ع.ط.غ.م) ص 286.

(9) شهاب الدين القرافي، في مؤلفه الفروق، ج الأول، ص 176.

Habitudes أو عن سلوكات غير قضائية⁽²⁾ pratiques extra-judiciaires، أو هو قاعدة قانونية تنتج بصورة بطيئة وتلقائية من وقائع وسلوكات اعتيادية متبعة في وسط اجتماعي معين تصبح ملزمة دون تدخل من المشرع سواء كان صريحا أو ضمينا⁽³⁾. وفي نظر الفقيه الفرنسي Gérard Téboul⁽⁴⁾ يعد العرف عادة أصلا انتقلت إلى درجة القاعدة العرفية بتدخل أحد العناصر الأجنبية التالية : المشرع، أو القضاء، أو اقتناع المجتمع بالزاميته.

أما بعض الفقه المغربي⁽⁵⁾ فيرى أن العرف "درج الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا ثم اعتقادهم بعد ذلك بالزامية هذا السلوك، وبأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء".

أما العادة فهي سلوك يستقر عليه الأفراد فترة زمنية معينة فتنقل إلى عرف، أي أن العادة تتكون من عنصر واحد وهو العنصر المادي المتمثل في السلوك، أما العرف فيقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو العادة، وعنصر معنوي وهو الشعور بالإلزام

Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil, introduction générale, (2) Librairie générale de droit et de jurisprudence (L. G. D. J). 2^{ème} édition, 1983, n° 485, p. 390-391.

La coutume est "une règle de droit qui se dégage lentement et spontanément des faits (3) et des pratiques habituellement suivis dans un milieu social donné, et qui devient obligatoire indépendamment de toute intervention expresse ou approbation même tacite du législateur". Voir Auguste Lebrun, La coutume, Encyclopédie juridique Dalloz, Tome III. Publié sous la direction de Pierre Raymond, jurisprudence Dalloz, Paris, 2^e édition 1972, n° 1, p.1.

Dans son ouvrage, Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative L.G.D.J. (4) Paris 1989. (n° de l'édition non cité), p. XIII au préface.

إدريس العلوي العبدلوي، أصول القانون، الجزء الأول، مطابع دار القلم بيروت 1971 (عدد الطبعة غير مذكور) ص 569. في نفس المعنى أنظر :

- عبد النبي ميكو، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، المطبعة الملكية بالدار البيضاء 1973 (ع.ط.غ.م) ص. 336.

المبحث الأول غموض المفاهيم الواردة في المادة الثانية من مدونة التجارة

اعتمد المشرع المغربي عندما نص على تدرج مصادر القانون في المادة التجارية على مفاهيم يشوبها الغموض واللبس، فمفهوما العرف والعادة مفهومان لم يستقر الفقه على تعريف وتحديد محددتين لهما (المطلب الأول)، وهو نفس الشيء بخصوص مفهوم القانون المدني ذي الطابع الخاص في القانون المغربي (المطلب الثاني).

المطلب الأول مفهوما العرف والعادة

مفهوما العرف والعادة من المفاهيم التي يظل الاختلاف الفقهي والتباين القضائي قائمين بخصوصهما (الفقرة الأولى) ومن المفاهيم التي يصعب التمييز بينهما من الناحية العملية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهومان يسودهما الاختلاف في الرأي.

1 – المفهوم القانوني :

يمكن أن يعرف العرف كعادة اصطفت بخاصية الإلزام⁽¹⁾، أو هو عادة تحولت إلى قاعدة قانونية بتوافر بعض الشروط، بل إن العرف قد ينتج عن مجرد تقاليد

(1) "La coutume peut-être définie comme un usage ayant acquis un caractère juridique-ment obligatoire". Voir, Bruno Petit, Introduction générale au droit, le droit en plus. Presses Universitaires de Grenoble. France. 1991 (n° de l'édition non cité) n° 72. p. 61.

والحقيقة أن هذا التنصيص عمل ينوه عليه مشرعنا المغربي، غير أنه مع ذلك ينطوي على كثير من المخاطر والإشكالات.

فمن جهة اعتمد المشرع المغربي على مفاهيم لاتزال غامضة وغير واضحة المعالم بين الأوساط الفقهية والقضائية، فضلا عن انها مفاهيم يصعب التمييز بينها على المستوى العملي أو الواقعي، لوجود تداخل كبير بينهما، كمفهوم العرف والعادة مثلا.

ومن جهة أخرى، فإن الموقف الجديد، لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، لأنه يرتبط أساسا بمجال خاص وهو التجارة، ومن ثم فتعميم الموقف على مختلف فروع القانون - على الأقل في الجانب المدني - يبدو بل ويعد مستحيلا وذلك لوجود خصوصيات تميز التجارة عن الأعمال المدنية وهذا ما يطرح تساؤلات عدة متى كان أحد الأطراف مدنيا. وهذه المداخلة مساهمة بسيطة في إبراز الإشكالات التي يثيرها الموضوع وفي الإجابة عن البعض منها وذلك من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : غموض المفاهيم الواردة في المادة الثانية من مدونة التجارة.

المبحث الثاني : صعوبة تطبيق المادة الثانية متى كان أحد الأطراف مدنيا.

إشكالات مصادر القانون انطلاقاً من المادة الثانية من مدونة التجارة لفتح غشت 1996

عبد الكريم الطالب^(*)

مقدمة :

القانون مجموعة قواعد تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع وتقترن بجزء توقعه السلطة العامة عند المخالفة. وينشأ القانون من مصادر متعددة تختلف باختلاف دورها في الإنشاء والإلزام. فهناك المصادر المادية أو الموضوعية، وثمة المصادر التفسيرية، ثم المصادر الرسمية أو الشكلية إضافة إلى المصادر التاريخية والحقيقية.

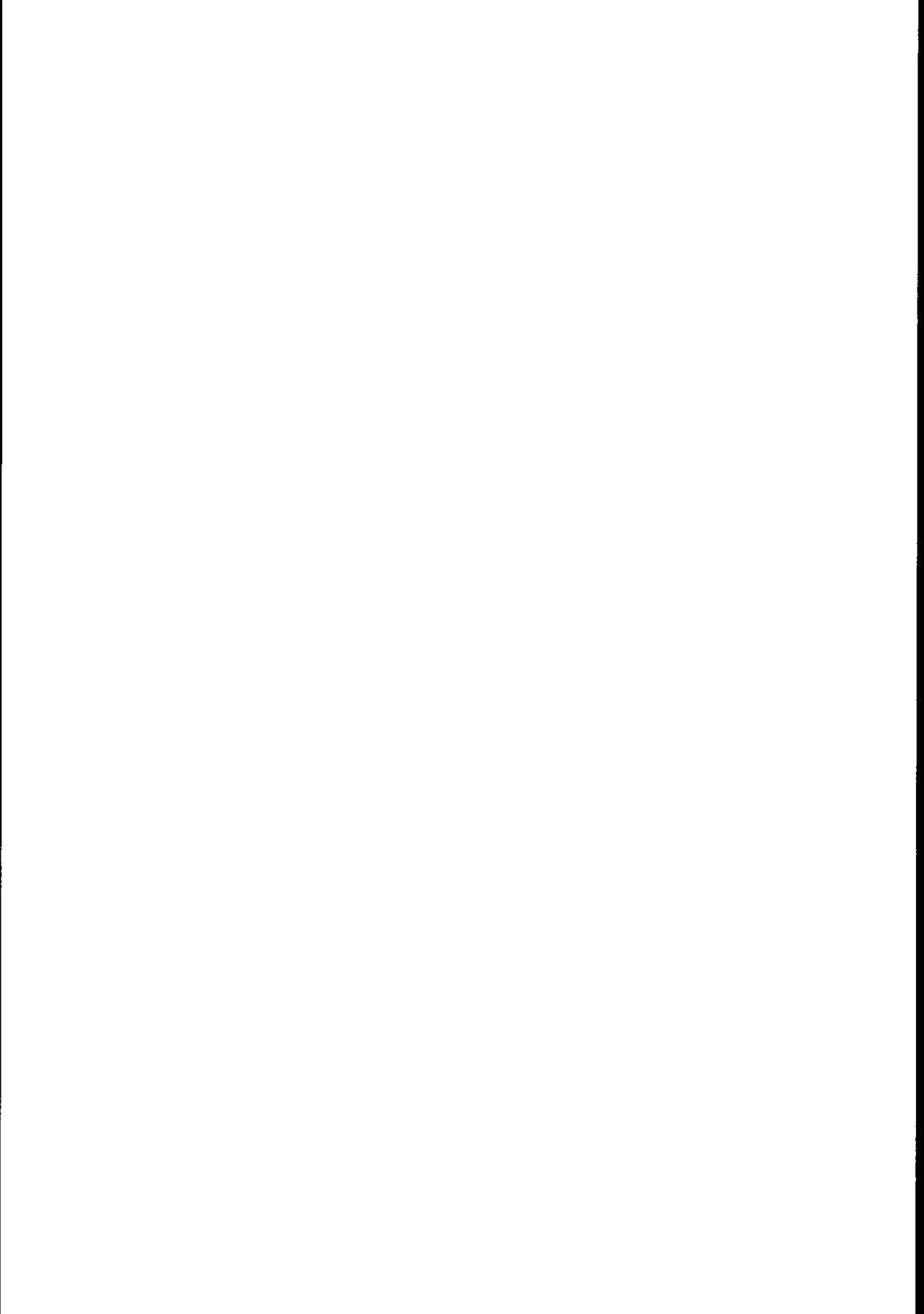
وأهم هذه المصادر هي المصادر الشكلية التي تضيف على مادة القاعدة القانونية الطابع الملزم، وهي تتباين باختلاف الأنظمة القانونية.

والمغرب، باعتباره ذا قانون ينهج نهج النظام اللاتيني يعتبر التشريع، والعرف، ومبادئ الفقه الإسلامي، وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي مصادر رسمية له.

غير أن المشرع المغربي لم ينص على ترتيب معين لهذه المصادر، وهو ما تمخض عنه تضارب واختلال في مواقف القضاء والفقه، باعتبار الأول يسهر على تطبيق القواعد القانونية تحقيقاً للعدالة، وباعتبار الثاني يضطلع بمهمة التفسير والتعليق على النصوص التشريعية والأحكام القضائية.

وإن كان سكوت المشرع دام زهاء ثلاث وثمانين سنة، فإن فاتح غشت 1996، يعتبر تاريخاً عمداً فيه مشرعنا إلى التنصيص صراحة في مدونة التجارة الجديدة على تدرج مصادر القانون وأولوية بعضها عن بعض وذلك للتخفيف، إن لم يكن القضاء نهائياً، على اختلاف المواقف الذي يعرض حقوق الأفراد للضياع.

(*) أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض - مراكش.



المكري الذي يحصل على فسخ عقد الكراء دون إحترام الإلتزام القانوني المنصوص عليه سواء بالمادة 14 من قانون 17 مارس 1909 أو بالمادة 112 من المدونة التجارية الجديدة.

ودعوى المسؤولية هذه ترفع في إطار الفصل 77 من قانون الإلتزامات والعقود المقابل للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، مع العلم أنه يسهل في إطاره على الدائنين إثبات الخطأ المرتكب والضرر اللاحق بهم.

justifient la relation de causalité ayant existé entre la faute du bailleur et le préjudice (=) subi par le créancier dès lors qu'ils constatent d'une part, que la résiliation du bail a empêché la vente des éléments incorporels du fonds et, d'autre part, que si le fonds n'avait pu être cédé dans son universalité, c'était en raison du défaut de notification au créancier qui n'avait pas été mis en mesure d'assurer la sauvegarde de ses droits...».

- Com. 13 novembre 1969. Bull. civ. IV, n° 333. P. 311.

وفي قرار لمحكمة الإستئناف بباريس، فإن الضرر الذي أصاب الدائن المقيد يقدر في الوقت الذي كان يجب إعلامه فيه.

- Paris 8 décembre 1972, Juris-Data. n° 001131.

2 - إمكانية مساءلة المكري من طرف الدائنين المقيدين :

إن فسخ عقد الكراء - وسواء كان هذا الفسخ قضائيا أم إتفاقيا - دون إشعار الدائنين المقيدين بواقعته قد يؤدي إلى إلحاق أضرار مادية بهم، من حيث إنه يعدم ضمانهم أو على الأقل يؤدي إلى إضعافه بالإجهاز على عنصر الحق في الكراء، وهو من أبرز عناصره.

ولإجبار مثل هذا الضرر، سمح القضاء المغربي⁽⁷⁵⁾، إسوة بنظيره الفرنسي⁽⁷⁶⁾، للدائنين المقيدين برفع دعوى المسؤولية - في إطار القواعد العامة - على

(75) جاء في قرار للمجلس الأعلى :

«... الغاية من إعلام المكري للدائن المرتهن بفسخ عقد الكراء، هو أن يتمكن هذا الأخير من الدفاع والمحافظة على عناصر الأصل التجاري التي تتأثر بفسخ العقد.

وأن إخلاله بهذا الإلتزام القانوني يعد مسؤولية تقصيرية يتمثل جزاؤها في إلتزامه بتعويض جميع الأضرار التي يتعرض لها الدائن بسبب فسخ عقد الكراء الذي وقع على غير علم منه... وهذه المسؤولية شخصية تنتقل إلى الخلف العام للمكري دون الخلف الخاص...».

- قرار المجلس الأعلى الصادر في 31 أكتوبر 1984. مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1983 - 1991، ص 181 وما بعدها.

وفي قضية تتعلق بعدم إبلاغ البائع للدائنين المقيدين، انظر :

- قرار المجلس الأعلى الصادر في 5 دجنبر 1979، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى، العدد 27، ص 65 وما بعدها.

وللتوسع حول الموضوع، والوقوف على إجتهاادات قضائية أخرى، منها الصادر في عهد الحماية، انظر على وجه الخصوص :

- عبد المجيد غميحة، رهن الأصل التجاري كضمانة لدى البنك (تحقيق الرهن)، مقال منشور بالكتاب المخصص لندوة العمل القضائي البنكي التي انعقدت بالرباط في 19 و 20 يونيو 1993، مطبعة الأمنية، الرباط 1997.

- Req. 21 mars 1938. D.H. 1938, 308.

- Paris 7 janvier 1932. Gaz.Pal. 1932, 1, 977.

- Lyon 26 janvier 1932. Gaz.Pal. 1932, 1, 578.

ومن أبرز القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية :

«Les juges du Fond qui, en l'état de la résiliation d'un bail commercial, condamnent le bailleur qui n'a pas satisfait aux exigences de l'article 14 de la loi du 17 mars 1909, à rembourser aux créanciers inscrit le montant non payé de sa créance sur le fonds, (=)

1 - عدم سريان الفسخ على الدائنين غير المبلغين :

إجماع القضاء الفرنسي، وفي مقدمته محكمة النقض، منعقد على أن عدم تبليغ الدائنين المقيدين بالكيفية المحددة قانونا بطلب فسخ الكراء - سواء كان هذا الفسخ قانونيا أو إتفاقيا - لا يسري نتيجته في مواجهة هؤلاء الدائنين، بحيث يعتبر الفسخ غير موجود بالنسبة لهم. ومعناه أن لهم أن يحجزوا على الأصل التجاري - صحة الحق في الكراء - ثم التنفيذ على الكل من أجل استيفاء حقوقهم⁽⁷³⁾.

ومن البديهي أن قاعدة عدم سريان فسخ الكراء هذه إنما تقررت لصالح الدائنين المحددين بالمادة 112 من المدونة التجارية ومن ثمة لا يمكن مطلقا لغيرهم التمسك بها، ونقصد مثلا المكتري المدين أو الدائنين العاديين أو الدائنين المقيدين بعد طلب الفسخ⁽⁷⁴⁾.

(73) - Com. 25 mai 1970. Bull. civ. IV, n° 170; J.C.P. 71. II, 16606. bis.

- Civ. 2e, 8 juillet 1976. J.C.P. 76, éd. G. IV, 294; Bull. civ. II, n° 240 qui décide que la tierce opposition formée par le créancier nanti ne peut suppléer à cette formalité.

بل وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن تعرض الغير الخارج عن الخصومة الممارس من طرف الدائن المقيّد لا يغني عن التبليغ المنصوص عليه ضمن المادة 14 من قانون 17 مارس 1909.

- Civ. 3°. 4 juin 1986. Bull. civ. III, n° 86.

- Adde, Orleans, 22 février 1973. A.J.P.I 1973, 1182, note Liansart; J.C.P. 73, éd. G, IV, 239.

- Aix - en - Provence. 11 juin 1987. D. 1989, 100, note Roy- Laustaunau.

- Civ. 8 février 1989. D. 1989, IR. 77.

Le locataire ne peut invoquer le défaut de notification pour obtenir la nullité de la (74) résiliation

- Req. 1er mars 1933, D.H. 1934, 2.

- Caen 20 juin 1967. Gaz. Pal. 1967, 2, 198.

- Civ. 22 mai 1973. Bull. civ. III, n° 358.

بقيت الإشارة منا إلى ملاحظتين أساسيتين أوحى لنا بهما القضاء الفرنسي :

أ- هل للدائنين المقيدين الذين بلغوا بطلب فسخ الكراء أن يلتمسوا من المحكمة مهلة ميسرة نيابة عن المكثري المدين حتى يستطيع خلالها أن يدفع ما بذمته تطبيقا لمقتضيات الفصل 243 من قانون الإلتزامات والعقود؟

الجواب كان بالنفي لأن طلب هذه المهلة مسألة قد تقررت لصالح المكثري، وهي ترتبط بشخصه أساسا، وبالتالي لا يمكن للدائنين طلبها بالنيابة عنه⁽⁶⁹⁾، كما ليس لهم أن يطلبوا نيابة عنه التعويض عن الإنهاء⁽⁷⁰⁾.

ب- إذا طالب الدائنون المقيدون ببيع الأصل التجاري كله ودعوى فسخ الكراء راجعة أمام المحكمة فإن طلبهم هذا - حسب القضاء الفرنسي - لا يمكن أن يوقف دعوى الفسخ⁽⁷¹⁾، وحتى ولو كان سابقا على تلك الدعوى⁽⁷²⁾.

رابعاً : آثار عدم تبليغ طلب الفسخ إلى الدائنين :

قد يحدث أن يرفع المكثري على المكثري دعوى قضائية ترمي إلى فسخ عقد الكراء، غير أنه يتجاهل الدائنين المقيدين خلافا لما تقضي به المادة 14 من قانون 17 مارس 1919 الفرنسي المطابقة للمادة 112 من مدونة التجارة المغربية. إن مثل هذا الوضع يرتب من الناحية القانونية أثرين هامين، أولهما عدم سريان الفسخ في حق الدائنين وثانيهما إمكانية هؤلاء مقاضاة المكثري في إطار القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

(69) - Rouen 25 juillet 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 642.

(70) - Montpellier 20 octobre 1948; J.C.P. 49, II, 4828, Rev. trim. dr. com, obs. Jauffret.

(71) - Lyon 31 janvier 1935, Rev. fonds de commerce, 1936, 99.

(72) - Paris 13 novembre 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 920.

- Trib. civ. Seine, ref. 26 août 1941. gaz. Pal. 1941, 2, 561.

(72) - Req. 11 mai 1932. S. 1932, 1, 323.

- Adole. Paris 1er fevrier 1938. Rev. fonds de commerce 1939, 182.

المدونة التجارية قد أشارتا في عبارة عامة إلى الفسخ دون ربطه بواقعة معينة كعدم أداء الوجيبة الكرائية مثلا⁽⁶⁶⁾.

ولعل من أهم النزاعات التي عرضت على القضاء الفرنسي واقعة من خلالها رفض المكري تسلم المبالغ المالية التي استند إلى عدم تأديتها لطلب فسخ عقد الكراء، وقد حكم هذا القضاء بأن الدائنين يكونون قد توقوا الحكم بالفسخ متى قاموا بوضع تلك المبالغ في الأجل الذي حدده المشرع بصندوق المحكمة⁽⁶⁷⁾ (الفصل 275 من ق.ا.ع)⁽⁶⁸⁾، أي خلال شهر حسب النص الفرنسي وثلاثين يوما حسب النص المغربي، مع العلم أن هذه المدة هي مدة سقوط لأمدة تقادم.

(66) فمن وجهة نظر محكمة النقض الفرنسية :

«Les dispositions de l'article 14 de la loi du 17 mars 1909 ont pour but de réserver aux créanciers inscrits un moyen de sauvegarder leur page, dont le bail est un des principaux éléments, en leur permettant d'accomplir les obligations nées du bail au lieu et place de leurs débiteurs; les dispositions dudit article ne font aucune distinction entre le non-paiement des loyers et la violation par le preneur de toute autre condition du bail; si dans cette dernière hypothèse, les créanciers ne peuvent pas, le plus souvent, se substituer au locataire pour faire cesser les contraventions, ils peuvent éviter néanmoins que la résiliation ne devienne définitive si, spontanément ou sur leur intervention, le preneur a mis fin à l'infraction dans le délai d'un mois qui suit la notification. les juges du fond ont donc pu, à bon droit, refuser de constater l'application de la clause résolutoire insérée au bail, lorsque le preneur a remis en exploitation le fonds avant que ne fut expiré le délai d'un mois suivant la notification au créancier.

- Civ. 3°. 17 avril 1974. Bull. civ. III, n° 146.

- Civ. 3°. 16 avril 1976. Bull. civ. III, n° 151; J.C.P. 7, II, 18546, note Boccara.

- Paris 27 mars 1933. D.H. 1933, 324.

(67)

- Paris 11 juin 1937. Gaz. Pal. 1937, 2, 519.

(68) ينص الفصل 275 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه :

«مطل الدائن لا يكفي لإبراء ذمة المدين.

إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود، وجب على المدين أن يقوم بعرضه على الدائن عرضا حقيقيا، فإذا رفض الدائن قبضه، كان له أن يبرئ منه بإيداعه في مستودع الأمانات الذي تعينه المحكمة...».

ثالثا : آثار تبليغ الفسخ إلى الدائنين

لقد أشرنا سابقا إلى أن الهدف من تبليغ الطلب القضائي الذي يتم في إطار المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة يرمي إلى توقي الدائنين دعوى الفسخ بحيث يظل الأصل التجاري - وهو محل الضمان الخاص - محافظا على وجوده من خلال المحافظة على وعائه المتمثل في المكري.

اعتمادا على هذا الهدف، وبعد توصل الدائنين المقيدين بطلب الفسخ، يجب عليهم أن يحددوا موقفهم إنطلاقا من سبب الفسخ.

فإذا كان سبب طلب الفسخ يتمثل في عدم تأدية مبالغ مالية تمثل الوجيبة أو مجموع الوجيبات الكرائية، فإنه ليس لهم توقي دعوى الفسخ إلا بتأدية هذه المبالغ كلية بالإضافة إلى صوائر الدعوى والفوائد القانونية إن كان لها محل⁽⁶⁵⁾.

وإذا تعلق الأمر بخرق إلزام قانوني آخر غير التماطل في أداء الوجيبة الكرائية، كاستعمال المحل في غير ما أعدله، أو إدخال تغييرات جوهرية في بنيته، ففي هذه الحالة يمكن للدائنين أن يقنعوا المكثري بإعادة الوضع إلى ما كان عليه في السابق، وبالتالي إصلاح الخطأ أو الأخطاء المرتكبة توكيا لفسخ عقد الكراء.

ويبدو في نظرنا رجحان هذا الإتجاه الأخير الذي سبق أن كرسته محكمة النقض الفرنسية على اعتبار أن المادة 14 من قانون 17 مارس 1909 وكذلك المادة 112 من

(65)

- Req. 17 avril 1934. S. 1934, 1, 190.

- Com. 27 mai 1972. Bull. civ. III, n° 157.

- Com. 27 mai 1973. J.C.P. 73, ed. N. Prat. 5470.

- Civ. 17 mai 1977. Bull. civ. III, n° 215.

«يكون محل الإقامة هو المحل الذي يوجد به الشخص فعلا في وقت معين». وهذه القواعد لا تقف ضد مصلحة الشخص الذي يرى من الأحسن له أن يحدد محلا آخر يختاره بكيفية مسبقة لكي يخاطب فيه من الناحية القانونية، بل وحسب الفصل 524 من قانون المسطرة المدنية :

«يرجع الموطن المختار الخاص بتنفيذ بعض الإجراءات وإنجاز أعمال والتزامات ناشئة عنها على الموطن الحقيقي والموطن القانوني»⁽⁶²⁾.

ورغم ذلك، إذا عين الدائن موطننا مختارا أثناء تقييده للرهن في السجل التجاري ثم حدث أن وجه إليه المكري نسخة من طلب الفسخ إلى محل سكناه أو مقر عمله وثبت أنه تسلم الطلب بكيفية قانونية صحيحة، امتنع عليه أن يتمسك بخرق المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة⁽⁶³⁾ مادام أن الغاية التي توخاها المشرع قد تحقق ومادام أنه لم يصب بأي ضرر يذكر في مثالنا هذا⁽⁶⁴⁾.

(62) وهو ما أخذت به كذلك المادة 111 من القانون المدني الفرنسي :
«Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elle, election de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu...».

(63) وحسب محكمة النقض، ما لم تكن للطرف الذي عين موطننا مختارا مصلحة أكيدة في ذلك.
«Si l'election de domicile ne fait pas, en principe, cesser les effets ordinaires du domicile général et s'il est, par suite, toujours loisible aux parties de faire à ce dernier domicile les significations relatives à l'exécution de leurs conventions, cette règle reçoit exception lorsque l'election du domicile a été faite dans l'intérêt même de la partie de laquelle elle procède...».

- Civ. 19 Janvier 1915, D.P. 1919, 1, 40.

أو للطرفين معا :

- Civ. 2°, 10 mars 1977. D. 1977. IR. 410, obs Julien.

- Com. 17 Juillet 1950. D. 1950, 682.

(64) ينص الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :
يجب أن يثار في أن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين.
يسرى نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والإخلالات الشكلية والمسطرية التي لا يقبلها القاضي إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلا».

وراجع في نفس الإتجاه الفصل 359 من نفس القانون وقد جاء في مطلقه :

«يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على المجلس الأعلى مبنية على أحد الأسباب الآتية :

- 1 - خرق القانون الداخلي.
- 2 - خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف...».

3 - مكان التبليغ

قرر المشرع المغربي أن التبليغ يجب أن يتم في الموطن المختار⁽⁵⁹⁾ المعين في تقييد كل دائن فما المقصود بالموطن المختار ؟

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بكيفية إعتيادية، وعلى وجه الإستقرار وهو الذي يمكن أن يخاطب فيه قانونا من حيث الدعاوى التي يرفعها أو ترفع عليه⁽⁶⁰⁾، وهو يرتبط غالبا بمقر السكنى أو بالمكان الذي يزاول فيه نشاطه المهني، لذلك، فمن المتصور قانونا وواقعا أن يكون للشخص أكثر من موطن⁽⁶¹⁾، وهو تصور نجده حاضرا بالفصل 519 من قانون المسطرة المدنية والذي ينص على أنه : «يكون موطن كل شخص ذاتي هو محل سكناه العادي ومركز أعماله ومصالحه.

إذا كان للشخص موطن بمحل ومركز أعماله بمحل آخر، اعتبر مستوطننا بالنسبة لحقوقه العادية وأمواله الشخصية بمحل سكناه العادي، وبالنسبة لحقوقه الراجعة لنشاطه المهني بالمحل الذي يوجد به مركز أعماله ومصالحه، دون أن يتعرض للبطلان أي إجراء مسلم لهذا العنوان أو ذاك» غير أنه متى تعلق الأمر بشركة، يكون موطنها هو المحل الذي يوجد به مركزها الإجتماعي، ما لم توجد هناك مقتضيات قانونية تقضي بخلاف ذلك⁽⁶¹⁾.

وقد يحدث أن ينقطع الشخص في وقت من الأوقات عن موطنه فيستقر مؤقتا في مكان آخر، وفي هذا ينص الفصل 520 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :

(59) وهو المشار إليه كذلك في المادة 14 من قانون 17 مارس 1909 الفرنسي حيث استعمل عبارة Au domicile élu.

(60) أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالأسكندرية، ص 358 وما بعدها.

(61) تنص المادة 40 من القانون المدني المصري :

«الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة،

ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما».

وفي المادة 100 من القانون المدني الفرنسي :

«Le domicile de tout français, quand à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement...».

وتستقر محكمة النقض الفرنسية على أن مسألة القول في أي مكان يوجد موطن الشخص، هي مسألة قانون لا واقع.

- Req. 21 novembre 1905, D.P. 1906, 1, 20.

- Civ. 1ère, 12 février 1980, Bull. civ. I, n° 50.

ونحن نؤيد هذا الموقف الأخير، إذ بالإضافة إلى طابعه الإستثنائي فهو ينسجم كلية مع القانون المغربي بدليل أن المادة 112 من المدونة التجارية قد وردت في إطار تشريعي عام يتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري، دون غيرهما من التصرفات والأوضاع القانونية الأخرى.

وإعمالا للقواعد الخاصة بحوالة الحق، فقد يحل نتيجة ذلك دائن محل دائن آخر. وفي هذه الحالة، يجب توجيه الطلب القضائي إلى هذا الأخير متى تمت الحوالة بكيفية قانونية صحيحة⁽⁵⁷⁾.

ومن حيث وقت توجيه الطلب القضائي إلى الدائنين المقيدین قصد إعلامهم بدعوى فسخ عقد الكراء، فبالتمعن في مقتضيات المادة 112 من المدونة التجارية، يتضح أن الأمر يتعلق بالدائنين المقيدین قبل أو على الأقل أثناء رفع دعوى الفسخ، منعا لكل تحايل أو تواطؤ يصدر عن المكثري أو الغير فيضرب بهؤلاء الدائنين.

وأخيرا، إذا حدث أن انتقل الأصل التجاري من يد إلى يد أخرى نتيجة تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو الصدقة مثلا، فإن تبليغ الطلب القضائي لا يقتصر على دائني المكثري التاجر الذي رفعت عليه دعوى الفسخ، وإنما يجب أن يوجه كذلك إلى دائني سلفه المقيدین مادام أنهم يتمتعون بحق التتبع على الأصل التجاري⁽⁵⁸⁾.

(57) فبعد ما نص الفصل 195 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه : «لاينقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ...» أضاف من خلال الفصل 200 من نفس القانون :

«حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له، كالإمتيازات، مع استثناء ما كان منها متعلقا بشخص المحيل، وهي لا تشمل الرهون الحيازية على المنقولات والرهون الرسمية والكفالات إلا بشرط صريح...»

- Trib. civ. Nice. 26 octobre 1929. Gaz. Pal. 1930, 1, 419.

- Paris. 21 Janvier 1933. Gaz -Pal. 1933. 2, 410.

- Civ. 21 Juin 1950. J.C.P. 50, II, 5898, note Cohen.

- Req. S Juin 1934. S. 1934, 1, 247.

(58)

- Paris 14 novembre 1938. Gaz. Trib. 27 décembre 1938.

وتطبيقا للمادتين 642 و 643 من المدونة التجارية المغربية، فإن السنديك ينزل منزلة المكري في مجال صعوبة المقاوله بخصوص توجيه الطلب القضائي لمكتره، تطبيقا للمادة 112 السالفة الذكر⁽⁵³⁾.

وفي قرار لمحكمة الإستئناف بباريس، فإن المادة 14 من قانون 17 مارس 1909 لا تخص مكري الأصل التجاري في علاقته بمكتره إذ الأمر يتعلق بكراء منقول لا بكراء عقار يخضع لظهير 24 ماي 1955⁽⁵⁴⁾.

2 - لمن يوجه الطلب القضائي :

يبلغ الطلب القضائي، حسب ما نص عليه المشرع ضمن مقتضات المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة، إلى الدائنين المقيدين بصفة نظامية، أي الدائنين المرتهنيين للأصل التجاري الذي يدار في العقار المكري⁽⁵⁵⁾.

ولأن النص يحمل طابع الإستثناء، فإن مالك العقار غير ملزم بتوجيه الطلب القضائي الخاص بفسخ الكراء إلى الدائنين العاديين، وحسب جانب من القضاء الفرنسي إلى الدائنين أصحاب حقوق الإمتياز⁽⁵⁶⁾.

(53) جاء في المادة 642 :

«للسنديك وحده الصفة للتصرف بإسم الدائنين ولفائدتهم...»

وجاء في المادة 643 :

«يتخذ السنديك كل إجراء لإخبار الدائنين واستشارتهم...»

وهذا ما قرره إحدى محاكم الموضوع الفرنسية تطبيقا لقانون 13 يوليوز 1967.

- Grenoble, 10 Janvier 1966 : Quot. Jur. 20 Juillet 1966, Rev. trim. dr. com. 1967, 131, obs. Jauffret.

Le propriétaire visé à l'article 14 doit être le propriétaire ou le locataire d'un local dans lequel s'exerce un fonds de commerce; ainsi le propriétaire du fonds de commerce lui-même qui demande la résiliation du bail de ce fonds donné en location gérance n'est pas soumis à l'article 14.

- Paris 24 Juin 1929. D. 1931. 2, 15, note Chéron.

ونشير إلى أن المشرع المغربي قد نظم كراء الأصل التجاري وسماه التسيير الحر للأصل التجاري ضمن المواد من 152 إلى 158 من المدونة التجارية الجديدة.

La notification doit être adressée à tous les créanciers inscrits sur le fonds. (55)

- Paris, 10 mai 1933. Gaz. Trib. 1933. II. 15.

Mais il a été jugé que les créanciers inscrits au titre d'un privilège ne résultant pas de la loi de 1909, c'est à dire les créanciers autres que les titulaires d'un nautissement ou le vendeur du fonds ne bénéficient pas de la notification de l'article 14.

- Bordeaux, 11 avril 1955. J. C. P. 1951, II, 6586, note Cohen.

ثانيا : من يوجه الطلب القضائي ومن يوجه إليه :

1 - من يوجه الطلب القضائي :

يتضح من القراءة الأولية للمادة 112 من المدونة التجارية، أن المشرع يخاطب المالك من خلال عبارة : «... إذا أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا...».

ومن المجمع عليه فقها وقضاء أن المالك يجب أن ينظر إليه بمفهوم المكري للعقار حيث قد يكون مالكا للمحل المكري وقد يكون نائبا عنه إتفاقيا⁽⁴⁸⁾ أو قانونيا⁽⁴⁹⁾ له سلطة طلب فسخ عقد الكراء، بل قد يكون مالكا على الشيوخ⁽⁵⁰⁾ أو حارسا قضائيا⁽⁵¹⁾، وهكذا.

وقد أنزل القضاء الفرنسي المكثري الأصلي في الكراء من تحت اليد منزلة المالك في هذا الصدد. عندما سمح له بتوجيه طلب الفسخ إلى المكثري من الباطن، وبالتالي توجيه ذات الطلب القضائي إلى دائني هذا الأخير تطبيقا للمادة 14 من قانون 17 مارس 1909 الفرنسي المقابلة للمادة 112 من المدونة التجارية المغربية⁽⁵²⁾.

(48) راجع أحكام الوكالة كما نظمها المشرع المغربي في الفصول : من الفصل 879 إلى الفصل 942 من قانون الإلتزامات والعقود.

(49) راجع الفصول المتعلقة بالنيابة الشرعية، الفصول : من الفصل 147 إلى 172 من مدونة الاحوال الشخصية راجع بالخصوص الفصل 158 من هذا القانون.

(50) ينص الفصل 971 من قانون الالزامات والعقود على أنه : «قرارات أغلبية المالكين على الشياخ ملزمة للأقلية فيما يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به بشرط أن يكون لمالك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال.

فإذا لم تصل الأغلبية إلى الثلاثة ارباع، حق للمالكين ان يلجأوا للقاضي، ويقرر هذا ما يراه، وفقا لمصالحهم جميعا، ويمكنه أن يعين مديرا يتولى إدارة المال المشاع أو أن يأمر بقسمته».

(51) جاء في الفصل 821 من قانون الإلتزامات والعقود : «للحارس حفظ الشيء وإدارته، ويجب عليه أن يجعله يُدْرِكُ الثمار التي في إمكانه أن يدرها» وانظر لمزيد من الإطلاع :

- عبد اللطيف هداية الله : الحراسة القضائية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح بالدار البيضاء 1988، ص 295 وما بعدها.

- عبد الحكيم مراج : الحراسة القضائية في التشريع المصري والمقارن، دار النشر للجامعات المصرية 1952، ص 341 وما بعدها.

(52) «En cas de sou-location, c'est au locataire principal que les formalités édictées par la loi s'imposent...».

- Req. 31 mars 1941, S. 1941, I, 32.

ومن حيث مضمون الطلب، فإن أحسن وسيلة لذلك، تتمثل في إرسال نسخة من الطلب القضائي الذي وجه إلى المحكمة بخصوص دعوى الفسخ، حتى يكون الدائنون المعنيون بموضوع الطلب وبسببه وبأطرافه، أو صورة من العقد متى تعلق الأمر بفسخ إتفاقي.

ولأن الأمر يتعلق بمجرد إشعار بوضع، فإن الدائن الذي يتدخل في دعوى الفسخ بكيفية أو بأخرى، أو يعترف أمام المحكمة بأنه كان على علم بالدعوى المرفوعة على المكثري، لا يمكنه بعد ذلك التمسك بخرق مقتضيات المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة، وفي هذا الصدد، حكم القضاء الفرنسي بصحة تبليغ الطلب القضائي الذي تم عن طريق تبليغ الحكم الابتدائي الصادر ضد المكثري والذي لا يمكن تنفيذه نتيجة إستئنافه مادام أنه بإمكان الدائنين المبلغين التدخل في الدعوى أمام محكمة الإستئناف، وبالتالي توقي دعوى الفسخ⁽⁴⁶⁾.

2 - مسطرة التبليغ في حالة الفسخ الإتفاقي :

قد نتواجد هنا أمام فرضيتين :

أ - فرضية إذعان المكثري للشرط الإتفاقي، وفي هذه الحالة يجب إعلام الدائنين بتحقق الشرط الفاسخ حيث يبقى من حقهم توقي الفسخ خلال مدة ثلاثين يوما تبتدئ من تاريخ ذلك الإعلام.

ب - فرضية عدم إذعان المكثري للشرط الإتفاقي، وفي هذه الحالة يمكن للمكثري طلب طرده عن طريق القضاء الإستعجالي، وعلى قاضي الأمور المستعجلة أن يوقف الأمر بالطرد لمدة ثلاثين يوما حتى تتاح للدائنين إمكانية توقي أعمال الشرط تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 112 أعلاه⁽⁴⁷⁾.

(46) - Trib. com. Lyon, 23 juin n° 1932, gaz. jud. com. Lyon 1932, 335.

- Com. 6 juillet 1967. Bull. civ. III, n° 281.

(47) وفي هذه الحالة، وكما أسلفنا، فإن عمل المحكمة يقتصر على التأكد من وجود الشرط وعلى تحققه.

- عبد اللطيف هداية الله : القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998، ص 152 وما بعدها.

غير أنه متى أشعر الدائنون المقيدون بالفسخ، وجب على قاضي الأمور المستعجلة أن يتوقف عن إصدار أمره لمدة شهر عليهم يجدون حلا لتلافي الفسخ.

ويمكن للمكثري التاجر أن يراجع قاضي الأمور المستعجلة متى طالب بالاستفادة من المهلة التي قد تمنح له في إطار الفصل 26 من ظهير 24 ماي 1955، بالكيفية التي وضحناها سابقا.

ويقتضي منا تحليل هذا النص التطرق إلى عديد من الإشكالات التي تطرح في إطاره ومن أبرزها ما يتصل بتبليغ الطلب من حيث شكله وما يتصل بأطرافه - أي من يوجهه ومن يوجه إليه - وما يتصل بمختلف الآثار التي تترتب على احترام الإجراء المنصوص عليه أعلاه، وما يترتب على عدم احترامه.

ولأن العديد من هذه الإشكالات لم يسبق طرحها على القضاء المغربي فإننا سننظر لمناقشتها على ضوء مواقف القضاء الفرنسي، على وجه الخصوص.

أولا - تبليغ طلب دعوى فسخ الكراء إلى الدائنين المقيدين :

تحدث المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة عن تبليغ طلب الفسخ القضائي وعن تبليغ الاتفاق الحاصل ومن الطبيعي أن تختلف مسطرة التبليغ هذه من حالة لأخرى.

1 - مسطرة التبليغ في حالة طلب الفسخ القضائي :

أشار المشرع المغربي، مثله في ذلك مثل نظيره الفرنسي، إلى وجوب تبليغ طلب الفسخ القضائي إلى الدائنين المقيدين دون تحديد لماهيته ولا لشكله أو مضمونه.

نقرر في البداية أنه إذا كانت الغاية الأساسية من التبليغ تتمثل في إشعار الدائنين بدعوى الفسخ حتى يستطيعون الدفاع عن مصالحهم، فيصح إتباع كل طريقة تحقق ذلك المبتغى كرسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، أو إتباع الطريقة الخاصة بالتبليغات القضائية (الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية)، أو اعتماد التبليغ بواسطة الأعوان القضائيين⁽⁴⁵⁾.

(=) وبمقارنة لكل هذه النصوص، المادة 112 المغربية والمادة 14 الفرنسية والمادة 26 المصرية، يتضح أن هناك خلافا بسيطا يتعلق بالأجل الذي يتوقف صدور الحكم خلاله أو يتوقف الفسخ الاتفاقي من ترتيب آثاره خلاله، فهو شهر في النصين الفرنسي والمصري، وهو ثلاثون يوما في النص المغربي، وهذا الأخير أضبط مادام أن هناك شهرا ب 28 أو 29 أو 30 أو 31 يوما.

(45) راجع الفصل الثاني من القانون رقم 80.41 بإحداث هيئة الأعوان القضائيين بالمغرب.

وبالإضافة إلى هذه القواعد، وضع المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي، أحكاما خاصة بحماية حقوق الدائنين المرتهنين لأصل تجاري في ملكية مكثر تاجر، نظرا لخصوصية وهشاشة ذلك الأصل كما أسلفنا، وهكذا فقد نصت المادة 112 من المدونة التجارية الجديدة على ما يلي :

«إذا أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم، ولا يصدر الحكم إلا بعد ثلاثين يوما من هذا التبليغ. لا يصبح الفسخ الرضائي للكرء نهائيا إل بعد ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين في الموطن المختار».

وفي الواقع، فإن هذا المقتضى التشريعي هو عبارة عن حكم سبق النص عليه صراحة ضمن الفصل 14 من ظهير 31 دجنبر 1914 بشأن بيع ورهن الأصل التجاري⁽⁴³⁾، وهو يتضمن في جوهره حكما سبق أن أخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة 14 من قانون 17 مارس 1909 بشأن ذات الموضوع، أي بيع ورهن الأصل التجاري⁽⁴⁴⁾.

(43) ينص هذا الفصل على ما يلي :

«إذا أراد المالك متابعة فسخ كراء المحل الذي به تجارة مرهونة فعليه أن يعلم بذلك أرباب الدين الذين سبق تقييدهم بواسطة الإعلانات توجه للمساكن التي عينوها بالتقييد المشار له، ولا يمكن صدور حكم في هذا الشأن إلا بعد مضي شهر من تاريخ وقوع الإعلام المذكور، وإذا فسخ الكراء على وجه المرأضة فالفسخ لا يصير نهائيا إلا بعد إعلام أرباب الدين المقيدين بمساكنهم المعينة ومضى شهر واحد من تاريخ وقوع الإعلام المذكور».

وقد تم إلغاء هذا الفصل - وبكيفية صريحة بالمادة 733 من المدونة التجارية الجديدة.

Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nautissement des fonds de commerce. Art (44) 14.

«Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leur inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification.

La résiliation amiable du bail ne devient définitive qu'un mois après la notification qu'en a été faite aux créanciers inscrits, aux domiciles élus».

ويأخذ المشرع المصري بدوره بنفس الحكم حيث نص في المادة 26 من القانون رقم 11 لسنة 1940 الخاص ببيع المحال التجاري تورهنها على أنه :

«يجب على المالك الذي يرغب في فسخ عقد إيجار المكان الذي يستغل فيه محل تجاري مثقل بقيود أو محل يكون أثاثه أو آلاته مثقلة بقيود وكان قد أبلغ كتابة بوجود الرهن أن يخطر الدائن المقيد في محله المختار في القيد برغبته في الفسخ، ولا يجوز أن يصدر الحكم قبل شهر من تاريخ هذا الإخطار.

وكذلك لا يصح الفسخ بالتراضي أو بحكم القانون نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إخطار الدائن المقيد في محله المختار».

(=)

الإمتياز، مادام أن لأصحاب هذه الحقوق العينية التبعية الأفضلية في استيفاء ديونهم على باقي الدائنين العاديين في حدود ثمن محل الضمان⁽⁴¹⁾.

ويضاف إلى ما سبق بيانه أن الضمان العام لا يكفل حق التتبع للدائنين العاديين وهكذا فإذا باع المدين مثلاً مالا يملكه، خرج هذا المال من الضمان العام، وليس لهؤلاء الدائنين منع هذا البيع بأي وجه من الوجوه، بخلاف الدائن أو الدائنين الذين لهم ضمان خاص على هذا المال حيث بإمكانه أن يتبعه ولو تحت يد المشتري لكي ينفذ عليه بالطرق التي حددها المشرع.

وتجب الإشارة في هذا المجال إلى أن هذه القواعد عامة تسري سواء تعلق الأمر بمعاملات مدنية أو بمعاملات تجارية⁽⁴²⁾.

(41) وهذه القاعدة مقررة تشريعياً في الفصل 1242 من قانون الالتزامات والعقود :
«الأسباب القانونية للأولية هي الامتيازات والرهون وحق الحبس».

وفي المادة 2094 من القانون المدني الفرنسي :

«Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques».

ولاحظ أن الشرع الفرنسي لم يتحدث عن حق الحبس le droit de rétention، ورغم ذلك كان هذا الحق يمنح أفضلية للدائن طبقاً للقواعد العامة، مع ملاحظة مفادها أن المشرع الفرنسي لم ينظم الحق في الحبس بكيفية عامة وإنما اكتفى ببعض التطبيقات فقط، خلافاً للمشرع المغربي، (راجع الفصول من 291 إلى 305 من قانون الالتزامات والعقود).

وللتوسع حول الحق في الحبس، راجع :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، ص 1124 وما بعدها.

(42) مع العلم أن المشرع وضع أحكاماً خاصة ببعض الرهون التجارية ومن ذلك :

- رهن الأصل التجاري (المادة 106 إلى 151).

- الرهن الحيازي للمنقول (المادة 337 إلى 354 وتشمل الرهن الحيازي التجاري والإيداع بالمخازن العمومية).

- الرهن دون التخلي عن الحيازة (المادة 355 إلى 392 وتشمل رهن أدوات ومعدات التجهيز ورهن بعض المنتجات والمواد).

ورغم ذلك فإن هذه الأحكام تستفيد من القواعد العامة المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، وقد أكد المشرع نفسه هذه القاعدة عند ما نص في المادة 337 من المدونة التجارية على أنه :

«يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري للمقتضيات العامة الواردة عن الفصول من 1184 إلى 1230 من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلقة بالالتزامات والعقود، وكذا للمقتضيات الخاصة بموضوع الفصل الأول من هذا الباب.

يمكن أن يكتسي الرهن التجاري الشكل الخاص بالإيداع في مخزن عمومي طبق مقتضيات الفصل الثاني من هذا الباب».

المبحث الثاني حماية حقوق الدائنين (قراءة في المادة 112 من المدونة التجارية)

تمهيد :

الأصل التجاري - والحق في الكراء أحد عناصره - مال منقول، وهو عنصر إيجابي في ذمة التاجر الذي يملكه.

من المبادئ العامة للقانون أن أموال المدين تكون في الأصل الضمان العام لدائنيه⁽³⁹⁾، بحيث لهم أن يحجزوا على هذه الأموال بالطرق المحددة قانونا لكي يوزعوها بعد ذلك فيما بينهم، وكل حسب نسبة الدين الذي له في ذمة المدين، وهذه هي المحاصة.

وإذا كانت القاعدة أن الدائنين العاديين تتساوى مراكزهم القانونية أمام الضمان العام⁽⁴⁰⁾، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للدائنين الذين لهم ضمان عيني خاص يثقل عينا أو أعيانا معينة في ملكية المدين، ومن ذلك الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي وحق

(39) ينص الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

«أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية».

وهذا النص المغربي مطابق للمادة 2093 من القانون الفرنسي ونصها كالاتي :

«Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

(40) في قرار لمحكمة النقض الفرنسية، فإن الدائن العادي، ولو سبق إلى توقيع حجر عقاري على أموال مدينة، فإن ذلك لا يمنحه أية أفضلية في علاقته بالدائنين العام يبين الآخريين.

«Le créancier chirographaire saisissant (saisie immobilière) ne bénéficie pas par le seul fait de son commandement de saisie d'une cause de préférence à l'égard des autres créanciers chirographaires du saisi».

- Civ. 3ème. 26 mai 1992. Bull. civ. III, n° 173; D. 1993. Somm. 280, obs. Julien.

ولم يبق هذا التضارب محصورا بين هيئات الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، وإنما وجد له صدى لدى المهتمين حيث انبرى فريق يناصر هذا الاتجاه وانبرى فريق يناصر الإتجاه الآخر⁽³⁸⁾.

وبالنسبة لنا، فقد سبق أن قلنا مرارا أن إنتهاء عقد الكراء انتهاء عاديا لا بد من أن يتم في إطار النصوص الخاصة، وهي نصوص ذات طبيعة حمائية، لكن فسخ عقد الكراء لإخلال المكتري بعدم أداء الوجيبة الكرائية، وهو التزام يضعه على كاهله المشرع نفسه من خلال مقتضيات عدة فصول في قانون الإلتزامات والعقود، يمكن أن يتم في إطار القواعد العامة وحجتنا في ذلك، أن إخلال المكتري بالتزامه ينزع عنه كل حماية طبقا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن الشخص لا يمكن أن يستفيد من خطئه.

ونشير، على سبيل الاستئناس، أن المشرع نفسه، ومن خلال التعديل الذي عرفه ظهير 25 دجنبر 1980 بشأن الأكرية السكنية والمهنية قد تبني رأينا من خلال الفصل 12 الذي جاء فيه :

« لا يلزم المكري بتوجيه الإنذار المنصوص عليه في الفصلين 8 و 9 من هذا القانون في الأحوال المشار إليها في الفصل 692 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بقانون الإلتزامات والعقود وكذا في حالة تخلي المكتري عن المحل أو توليته للغير دون موافقة المكري».

(38) انظر على سبيل المثال الابحاث التالية :

- محمد بناني : التعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر في 31 ماي 1989 مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 44، ص 73.
- محمد الكشور : الكراء بين الانهاء والفسخ، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 143 ص 7 وما بعدها.
- أحمد عاصم: تعليق على قرار المجلس الأعلى، مجلة القضاء والقانون، العدد 143 ص 32 وما بعدها.
- جلال محمد أمهمول : تضارب أحكام المحاكم عرقلة في سبيل بلورة اجتهاد قضائي كرائي سليم، قراءة في إشكالية الخيار مقال منشور بمجلة الميادين، العدد الثامن، ص 107 وما بعدها.
- محمد بوزيان : رد على تعليق منشور بجريدة العلم، عدد 15505 ليوم السبت 16 يناير 1993.
- عبد الجليل الحلو : تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر في 31 ماي 1989، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العددان 64 و 65، ص 63 وما بعدها.
- محمد بولمان : فسخ عقد الكراء التجاري واسترجاع الأماكن التجارية، أية مسطرة؟ مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 22، ص 55 وما بعدها.

التضارب بعد ذلك بصور قرارات متباينة والخلاف في أساسه لم يخرج عن هيئات الغرفة المدنية للمجلس.

وقد عرض التنازع على غرفتين فقررتا بقرار مبدئي أنه لامناص في مثل هذا الوضع من إتباع المسطرة المنصوص عليها في ظهير 24 ماي 1955⁽³⁶⁾.

غير أن هذا القرار لم يضع حدا لهذا التنازع القضائي حيث صدرت فيما بعد قرارات أخرى تناقضه⁽³⁷⁾.

(=) - قرار صادر بتاريخ 31 ماي 1989، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 44، ص 70 وما يليها. غير أنه وبعد مرور بضعة أيام صدر قرار آخر يكرس مسطرة الخيار سواء بالنسبة لظهير 24 ماي 1955 أو بالنسبة لظهير 25 دجنبر 1980، وقد جاء فيه ما يلي :

«... لكن، حيث إن المكثري ملتزم قانونا بأداء واجب الكراء الذي حل أجله وأنه عند عدم أدائه في هذا الإبان وانقضاء أجل إنذاره بذلك يعد متماطلا في الأداء ويحق حينئذ للمكثري طلب فسخ عقد الكراء بسبب هذا التماطل سواء كان المحل المكثري معدا للسكنى أو مستعملا للتجارة وأنه في هذه الحالة الأخيرة يكون للمكثري الخيار بأن يوجه الإنذار ويرفع الدعوى بفسخ الكراء في إطار مقتضيات ظهير 24 ماي 1955 أو في نطاق مقتضيات القانون العام إذ أنه لا يوجد أي نص قانوني يمنعه من هذا الخيار...»

- قرار صادر بتاريخ 12 يونيو 1989، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 143، ص 27 وما بعدها وقد تم تكريس التضارب مرة أخرى بقرار صادر في 28 فبراير 1990، منشور بمجلة المحامي، العدد 17 ص 36 وما بعدها.

(36) جاء في هذا القرار :

«... إن محكمة الموضوع التي ثبت لها أن محل النزاع معد للتجارة ورغم تمسك المكثري بأنه تشمله حماية ظهير 24 ماي 1955، أخضعت طلب إنهاء عقد الكراء بين الطرفين للمقتضيات العامة موضوع الفصل 692 من ظهير الالتزامات والعقود بعلّة أن للمكثري الخيار في إتباع المسطرة المتعلقة بالفصل المذكور أو مسطرة ظهير 24 ماي 1955، دون مراعاتها مقتضيات هذا الظهير الواجبة باعتبارها مسطرة خاصة مقدمة في التطبيق على مسطرة المقتضيات العامة ومقيدة لها لتعارضها في المسطرة والنتائج، ولكون حالات الفصل 11 من ظهير 24 ماي 1955 تكون قد خرقت مقتضيات الفصل السادس من الظهير المذكور وعرضت قرارها للنقض...»

- قرار صادر في 18 مارس 1992 (الغرفة المدنية والإدارية)، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الثامن، ص 66 وما بعدها.

(37) ومن ذلك مثلا :

«... حيث إن الفصل السادس من ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بالمحلات التجارية ينص على عدم انتهاء عقود كراء الأماكن الخاضعة للظهير إلا إذا وجه إنذار وفق الشروط المذكورة وحيادا على الفصلين 687 و 689 من ق.ا.ع. وبذلك فالفصل المذكور لم يستثن تطبيق مقتضيات الفصل 692 من ق.ا.ع. الذي يعطي الحق للمكثري في فسخ عقد الكراء إذا لم يؤد الكراء الذي حل أجله وبذلك يبقى من حق المكثري أن يطالب في حالة عدم أداء الكراء أن يقيم دعواه ضمن المطالبة بفسخ عقد الكراء بناء على المماطلة طبقا لمقتضيات الفصل 692 من ق.ا.ع. المذكور وغير ملزم باحترام مقتضيات ظهير 24 ماي 1955 ومنها توجيه الإنذار طبقا للفصلين 6 و 27 من الظهير...»

- قرار صادر بتاريخ 25 ماي 1992 منشور بمجلة الإشعاع، العدد الثامن، ص 69 وما بعدها.

- الفسخ للتماطل في أداء الوجيبة الكرائية بين القواعد العامة ومسطرة ظهير 24

ماي 1955 :

إذا امتنع المكثري عن أداء الوجيبة الكرائية، هل للمكري أن يقاضيه في إطار القواعد العامة، أم لابد له أن يسلك المسطرة المنصوص عليها في الفصل 6 من ظهير 24 ماي 1955 ؟

في البداية قبل المجلس الأعلى أن يرفع المكري الفسخ في إطار القواعد العامة⁽³⁴⁾، غير أنه سرعان ما تم التمسك بوجوب إتباع المسطرة الخاصة⁽³⁵⁾، وقد تأكّد

(34) جاء في قرار للمجلس الأعلى :

«... الإنذار المنصوص عليه في الفصل 27 من ظهير 24 ماي 1955 ليس واجب التطبيق في حالة تقديم دعوى فسخ الكراء بناء على تماطل المكثري في الأداء. إن المكري في هذه الحالة له الحق في إتباع مسطرة ظهير 24 ماي 1955 أو إتباع المسطرة العادية للحصول على فسخ بسبب عدم تنفيذ المكثري لإلتزاماته...»
- القرار رقم 21 الصادر بتاريخ 25 يناير 1978. منشور بمجلة المحاماة. العدد 13، ص 143 وما بعدها.

وجاء في قرار يسير في ذات الإتجاه :

«يكون للمكري الخيار في سلوك طريق مسطرة ظهير 24 ماي 1955 أو سلوك طريق القواعد العامة وفق مقتضيات الفصل 692 من قانون الإلتزامات والعقود إن طلب فسخ عقد الكراء بسبب التماطل في أداء الكراء...»

- القرار رقم 804 الصادر في 27 يوليوز 1980 منشور بمجلة المحامي، العدد الثالث ص 110 وما بعدها.

وانظر في نفس الإتجاه دائماً :

- القرار رقم 1342 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1983 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 33، ص 31 وما بعدها.

(35) الأمر يتعلق أساساً بمحل محدد للسكنى وللإستعمال المهني وقد قرر المجلس الأعلى بشأنه ما يلي :

«... إن الدعوى أقيمت في ظل ظهير 25 دجنبر 1980 فكان من الواجب أن يوجه إنذار للمكثري متوفراً على بيانات الفصل التاسع من الظهير المذكور الذي يعتبر قانوناً استثنائياً مقيداً للنص العام الذي هو ظهير الإلتزامات والعقود وبالتالي مقدماً في التطبيق عليه فيما تضمنه نصه. وقد تعرض الفصل 12 منه وبصفة خاصة - كما يقول النص للحالات المنصوص عليها في الفصل 692 من ظهير الإلتزامات والعقود التي من جملتها الإفراغ للتماطل - فأعطى إمكانية تصحيح الإشعار المنصوص عليه في الفصل الثامن منه الواجب توفره على بيانات الفصل التاسع وتحت طائلة البطلان، وبذلك فالقرار الذي يجيز تطبيق النص العام (الفصل 692 ق.ا.ع) على الخاص رغم تضمنها لحكمين مختلفين على نازلة واحدة، يعتبر خارقاً للقواعد والمقتضيات المذكورة ومعرضاً للنقض...»

على أن المشرع هنا - ولاعتبارات إقتصادية وإنسانية - قد خص الفسخ الإتفاقي لعقد الكراء التجاري لعدم أداء الوجيبة الكرائية بحكم خاص ضمنه بالفصل 26 من ظهير 24 ماي 1955 يراعي تلك الاعتبارات.

فحسب هذا النص الأخير :

أ- إن الشرط الاتفاقي الفاسخ المعلق على عدم أداء الوجيبة الكرائية في موعدها المحدد لا يرتب أثره - مبدئياً - إلا بعد مرور خمسة عشر يوماً من تحققه على توجيه إنذار بالفسخ لا يستجيب له المكثري.

ب - يجب أن يشار في الإنذار - وبشكل واضح - إلى أجل الخمسة عشر يوماً وإلا كان هذا الأخير باطلاً.

ج - للمكثري أن يطلب من المحكمة أن توقف الفسخ الإتفاقي بعدم الأداء، ولهذه الأخيرة - في إطار سلطتها التقديرية - أن تمنحه أجلاً لا يمكن أن يتعدى سنة واحدة، ويعتبر الشرط الاتفاقي كأن لم يكن إذا أدى المكثري ما بذمته خلال الأجل المضروب له.

ويمكن القول إن ما ورد بالفصل 26 من ظهير 24 ماي 1955 يمثل تطبيقاً من تطبيقات نظرية الميسرة المنصوص عليها ضمن الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود وقد جاء فيها :

«ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجلاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة...»⁽³³⁾.

(32) الجزء 2 ص 853 رقم 132.

(33) إن المشرع الفرنسي عند سنه للمادة 25 من مرسوم 30 شتنبر 1953 المقابل للفصل 26 من ظهير 24 ماي 1955 قد أشار إلى المادة 1244 من القانون المدني الفرنسي والمقابلة للفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود جاء في المادة الفرنسية :

«(L.N. 89-1008, 31 déc. 1989, art 7-1). Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un Commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai.

(L.N. 89-1008, 31 déc. 1989, art 7-2). Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1244 du code civil, peuvent en accordant des délais suspendre la résiliation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge».

وحول الاجل الإستعطافي، انظر :- محمد السماحي، م.س. ص 363 وما بعدها.
وللتوسع :- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء

نعم إذا كان إهمال المكتري للمحل المكروى هو السبب الرئيسي في تصدعه، يمكن إعتقاد السبب الخطير المشار إليه ضمن مقتضيات الفصل 11 من الظهير من أجل طلب فسخ العقد من الناحية القضائية.

2 - الفسخ الإتفاقي

العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁰⁾. وطبقا لهذه القاعدة يجوز لطرفي عقد الكراء أن يتفقا على أنه عند عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد يفسخ الكراء من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم يصدر عن القضاء⁽³¹⁾، وهكذا فقد نص الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

«إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء⁽³²⁾».

(29) الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

(30) عبد الحي حجازي م.س.

(31) على أن الإتفاق مقدما على الفسخ بإرادة واحدة لا يستبعد حتما إمكان تدخل القاضي، فقد يلجأ المدين إلى القاضي منكرا على الدائن حقه في إيقاع الفسخ، وفي هذه الحالة يجب أن تقتصر سلطة القاضي على التحقق من أن تمة إتفاقا على الفسخ مقدما، وأن شروط تمسك الدائن بالفسخ بإرادة واحدة قد تحققت، وفي هذه الحالة فلا يكون له أن يقدر مدى جسامته عدم التنفيذ ولا أن يمنح المدين أجلا.

وفي هذا الصدد، جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية :

«لما لم يكن في مثل هذا الإتفاق - أي الإتفاق على الفسخ - شيء غير مشروع، فإنه يقوم بالنسبة إلى عاقديه مقام القانون فلا يجوز للقضاة أن يغيروه، بل يجب أن يقتصر عملهم على التحقق مما إذا كان هناك في الحقيقة عدم تنفيذ العقد بالمعنى المتفق عليه والذي تبناه الطرفان مسبقا».

«... Les tribunaux ne peuvent la changer et doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties...».

- Req. 29 novembre 1886. D. 87, 1, 388.

- Civ. 10 mars 1919. S. 30, 1, 105 avec note Naquet.

- Soc. 16 decembre 1945. Gaz. Pal. 43-2-264.

- Civ. 12 mars 1954. D. 54-363.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن «الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، ولا يبقى له اعتبار الفسخ حاصلًا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها».

- نقض مدني جلسة 18 يناير 1945 مجموعة القواعد القانونية التي أصدرتها محكمة النقض في 25 عاما، الجزء الثاني، ص 853 رقم 130.

كما قضت بأن :

«الشرط الوارد في عقد الإيجار بأن التأخر في الوفاء بالأجرة في موعدها المحدد يؤدي إلى اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون، هذا الشرط لا يمنع المستأجر من المنازعة في تحققه، ومن حق المحكمة أن تحقق دفاعه لتتحقق مما إذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت فتقضي بموجبه أم غير ذلك».

- نقض مدني جلسة 24 مارس 1953 مجموعة الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض في 25 عاما،

أ- وجود سبب خطير ومشروع، وهو لا يخرج منطقيا عن إحدى الحالات التي أشار إليها المشرع ضمن مقتضيات الفصل 692 من ق.أ.ع وهي أساسا :

- التماطل في أداء الوجيبة الكرائية.

- استعمال المحل المكري في غير ما أعدله.

- إهمال المحل بكيفية تسبب له ضررا.

ب - الكراء من الباطن دون موافقة المكري⁽²⁷⁾.

ج - ويمكن أن نضيف حالة لم يشر إليها المشرع صراحة، وهي حالة التخلي عن الحق في الكراء دون ثبوت الحق فيه⁽²⁸⁾.

د - أشار المشرع في الفصل 11 من الظهير في البند الثاني إلى مسألة رفض تجديد عقد الكراء إذا أثبت المكري «وجوب هدم الملك كلاً أو بعضاً لأن السلطة الإدارية أعلنت أنه وخم ومخالف للمبادئ الصحية أو أثبت أن في شغل الملك خطراً بسبب انعدام الأمن فيه...».

أعتقد أن هذه الحالة لا تندرج في باب الفسخ القضائي في الإطار الذي نبحت فيه بدليل أن المكترى لم يرتكب أي خطأ يجازى عليه بالفسخ، وبدليل أنه يبقى من حقه الرجوع إلى المحل بعد إصلاحه أو إعادة بنائه⁽²⁹⁾.

(27) ومن الملاحظ أنه قد صدرت عن القضاء المغربي أحكام وقرارات لا تقع تحت حصر، لأمجال للوقوف عندها ويمكن التعرف عليها من خلال المراجع القضائية التي تصدر بالمغرب.
راجع على وجه الخصوص :

- محمد الكشور : الكراء المدني والكراء التجاري م. س.

- أحمد عاصم : الحماية القانونية للكراء التجاري، دراسة نظرية تطبيقية للنصوص عى ضوء قرارات المجلس الأعلى، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، 1988، ص 187 وما بعدها.

(28) وبالخصوص عند ما تتخلف الشروط التي وضعها المشرع في الفصل الخامس من ظهير 24 ماي 1955.

تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 11 من ظهير 24 ماي 1955 على إنه :
«وإذا قام رب الملك أو وارثه ببناء جميع الملك أو بعضه أو قام بترميمه فللمكترى حق الأسبقية في كرائه طبق الشروط المنصوص عليها في الفصل 13 و 14 الآتين بعده».

المسطرة المدنية⁽²⁵⁾، مع العلم أنه ثار جدل في الفقه حول طبيعة هذا الفسخ، حيث قال البعض إنه منشئ وقال البعض الآخر إنه كاشف، لا منشئ⁽²⁶⁾. وانطلاقاً من المقتضيات التشريعية المشار إليها أعلاه، فبإمكان المكري أن يطلب من المحكمة المختصة أن تقضي له بفسخ عقد الكراء الذي يربطه بالمكثري متى أثبت يقيناً تواجد هذا الأخير أمام إحدى الحالات الآتية :

(25) نصت الفقرة الثانية من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :
«يجوز دائماً الأمر بالتنفيذ المعجل بكفالة أو غيرها حسب ظروف القضية التي يجب توضيحها».
ولأخذ فكرة شاملة عن التنفيذ المعجل من حيث مفهومه وأنواعه وشروطه ومختلف آثاره، أنظر :
(26) - محمد السامحي : نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي، دراسة مقارنة (أطروحة) طبع بنميد - الدار البيضاء 1985.

الأصل ألا يقع الفسخ من تلقاء نفسه، بل يجب لوقوعه أن يصدر به حكم قضائي، أي أنه لا بد من أن يطلب من المحكمة بالفسخ هو الذي ينشئ الفسخ أي أنه لا يترتب على مجرد عدم التنفيذ أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بل يظل العقد قائماً رغم عدم التنفيذ حتى تحكم المحكمة بفسخه أي أن عدم التنفيذ لا يجعل العقد مفسوخاً بل يجعله قابلاً للفسخ.
وذهب رأي آخر إلى غير ذلك إذ يقول إن المحكمة لا تنشئ الفسخ وإنما تقرره أي أن دور المحكمة في هذه الحالة يشبه دورها عندما يكون العقد مقترناً بشرط فاسخ صريح ثم يحصل نزاع على تحقق الشرط فيرفع الأمر إلى المحكمة لتتقرر فيما إذا كان الشرط قد تحقق أو لم يتحقق، فإن وجدت أن الشرط قد تحقق وقضت بناء على ذلك للفسخ كان حكمها مقرراً للفسخ وليس منشئاً له.
ويترتب على هذا الرأي أنه متى حصل عدم التنفيذ من جانب أحد المتعاقدين لم يعد يجوز له أن يقوم بالتنفيذ بعد ذلك.

ولكن يرد على هذا الرأي أنه من المسلم فقهاً وقضاً أنه يجوز للمدعى عليه في دعوى الفسخ أن ينفذ في أثناء قيام دعوى الفسخ ويكون للمحكمة أن تقرر ما إذا كان العرض الذي يقدمه المدين كافياً أو غير كاف لدرء دعوى الفسخ، وتقرير المحكمة في هذا الصدد لا يخضع لرقابة محكمة النقض، وإن في جوان قيام المدين بالتنفيذ المتأخر لدليلاً على أن الحكم الصادر في دعوى الفسخ إنما ينشئ حالة جديدة هي الفسخ أو على حد قول ديمولومب إن الحكم ينشئ الفسخ (ديمولومب ج 25 رقم 514 - أنظر أيضاً نقض مدني بتاريخ 14 أبريل 1955، المحاماة 36 - 853 - 425 مفهوم المخالفة من هذا الحكم) وفي هذا ما يستبعد تماماً الفكرة التي تقول إن الحكم الصادر في دعوى الفسخ إنما يقرر حالة كانت موجودة من قبل.

- عبد الحي حجازي م. س.

هـ - بعث الإنذار بالطرق التي حددها المشرع، أي بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو عن طريق المحكمة بالكيفية المنصوص عليها بالفصول 37 و 38 و39 من قانون المسطرة المدنية أو بواسطة الأعوان القضائيين.

ومن البديهي أن عدم إحترام المسطرة أعلاه يبطل الإنذار، ولا يلزم المكتري بالرد عليه أو الإستجابة إليه، وإنما له أن يتمسك بالإخلال الذي مسه عند طلب المكري من المحكمة القيام بتصحيحه. كما يجب على المكري أن يعبر عن إرادته في الفسخ لا أن يبين الإخلال المرتكب من طرف المكتري أو المطالبة بتنفيذ الإلتزام الواقع عليه⁽²⁴⁾.

1 - الفسخ القضائي :

يقصد بالفسخ القضائي ذلك الفسخ الذي تعينه محكمة الموضوع بعد طلبه منها وتحققها من توافر شروطه الموضوعية والشكلية فتصدر بشأنه حكما قضائيا يقبل التنفيذ جبرا على المكتري بعد صيرورة ذلك الحكم نهائيا ما لم يكن مقرونا بالنفاذ المعجل، بالكيفية التي حددها المشرع ضمن مقتضيات الفصل 147 من قانون

(24) جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى :

«... إن الدعوى ترمي في الواقع إلى رفع السومة الكرائية، لكون الإنذار الموجه لهذه الغاية لم يتضمن الرغبة في إنهاء العقد عند عدم قبول السومة المقترحة وإن مثل هذه الدعوى تدخل في إطار ظهير 5 يناير 1953 وبالأخص الفصل الثالث منه، ولذلك، وطبقا لمقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية، فقد كانت المحكمة على صواب عندما طبقت على النازلة مقتضيات ظهير 5 يناير 1953...».

- قرار صادر في 21 نونبر 1988، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العددان 42 و 43، ص 71 وما بعدها.

- وفي نفس الإتجاه، راجع قرار المجلس الأعلى بتاريخ فاتح ابريل 1992، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 66، ص 119 وما بعدها.

- أ- إشعار المكثري بالإفراغ بواسطة إنذار مكتوب يوجهه المكري إليه.
- ب - توجيه هذا الإنذار قبل انتهاء العقد بستة أشهر على الأقل إذا كان العقد محدد المدة أو منح المكثري أجل ستة أشهر إذا كان العقد غير محدد المدة.
- ج - تضمين الإنذار لسبب الإنهاء أو الفسخ وأن هذا السبب قد تحقق⁽²²⁾.
- ح - نسخ الفصل 27 من الظهير في الإنذار⁽²³⁾.

(22) وذلك حتى تستطيع المحكمة التثبت من وجوده ويستطيع المكثري المجادلة فيه ويعتمد السبب حتى ولو كان واهيا مادام أن المكري قد يتحمل أثره القانوني، جاء في قرار للمجلس الأعلى :
«... إن ما يترتب على ثبوت عدم جدية سبب الإنذار لا يتجاوز منح التعويض المخصص بمقتضى القانون للسبب الحقيقي الثابت للمحكمة وأنها بإبطالها للإنذار لعدم جدية السبب يكون قرارها مرتكزا على غير أساس...»
- قرار صادر في 30 نونبر 1988 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العددان 42 و 43، ص 123 وما بعدها.

وخلافا للموقف السابق، جاء في قرار لاحق :
«حقا لقد ثبت صحة ما عابته الوسيلة على القرار ذلك أن الطاعن سبق أن أثار أمام محكمة الموضوع عدم جدية السبب المعتمد في الإنذار الموجه إليه لإفراغ المحل التجاري الذي يعتمده من المطلوبين في النقض على وجه الكراء لكون هذين الأخيرين يقيمان بفرنسا حيث مقر عملهما، وأن الشهادة الممنوحة من طرف الإدارة الفرنسية للمطلوب من النقض أمزيلي علي تفيد تسريحه من طرف مشغله لأسباب اقتصادية فقط وأن ذلك لا يعني مغادرته نهائيا للبلد الذي يشتغل فيه ولتحاقه بالمغرب كي يمارس فيه عمله بالتجارة، وأن القرار المطعون فيه حينما لم يجب عما أثير بهذا الصدد واكتفى فقط بالقول : إن دفع الطالب مرود نظرا لما أدى به المستأنف عليه وفقه مقاله دون أن يبين في حيثياته ما أدلى به المستأنف عليه لذلك جاء التعليل بهذه النقطة غامضا وناقصا...»
- قرار 13 أكتوبر 1993 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47، ص 52 وما بعدها.

(23) ينص الفصل 27 من ظهير 24 ماي 1955 على ما يلي :
«إن المكثري العازم إما في المنازعة في الأسباب التي يستند عليها المكري لإفراغ المكان أو لرفض تجديد العقدة، وإما على المطالبة بأحد التعويضات المنصوص عليها في الجزء الثالث من هذا الظهير، أو كونه لا يقبل الشروط المقترحة عليه لإبرام العقدة الجديدة، يجب أن يرفع النازلة إلى رئيس المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك وذلك في ظرف أجل 30 يوما تحسب من يوم توصله بالإعلام المطالب فيه بالإفراغ أو من تاريخ جواب الملاك المنصوص عليه في الفقرة الأولى من الفصل الثامن. وإذا انقضى الأجل المذكور فيسقط حق المكثري، ويعتبر إذ ذاك إما كونه تنازل عن تجديد العقدة أو عدل عن المطالبة بالتعويض عن الإفراغ، وإما كونه قبل الشروط المقترحة عليه لإبرام العقدة الجديدة، ويكون ذلك مع التحفظ بشأن ما تضمنته الفقرة الأخيرة من الفصل السادس والفقرة الثانية من الفصل الثامن المذكورين أعلاه.»

ب - مسطرة فسخ عقد الكراء في ظهير 24 ماي 1955 :

حدد المشرع المغربي مسطرة فسخ عقد الكراء المبرم في إطار ظهير 24 ماي 1955 ضمن مقتضيات الفصل السادس من هذا الأخير وقد جاء فيه ما نصه :

« لا ينتهي العمل بعقود كراء الأماكن الخاضعة لمقتضيات هذا الظهير إلا إذا وجه للمكثري طلب بالإفراغ قبل إنقضاء العقدة بستة أشهر على الأقل. وذلك بدون التفات إلى أي شرط تعاقدى مخالف لما ذكر وحيادا عن الفصلين 687 و 689 من ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الإلتزامات والعقود.

وعليه فإذا لم يوجه الطلب بالإفراغ المشار إليه في الفقرة السابقة، فإن مدة العقدة تسترسل إلى ما بد التاريخ المحدد فيها، أما عقدة الكراء التي تكون لها صلة بواقعة يتبع تحقيقها للمكثري طلب فسخ العقدة المذكورة، فإن مدتها لا تنقضي إلا إذا وجه المكثري للمكثري إعلاما بذلك خلال ستة أشهر على الأقل قبل إنتهاء تلك المدة، ويجب أن يتضمن الإعلام عبارة تشير إلى كون الحادثة التي نص عليها في العقد قد وقعت.

وإن كان الأمر يتعلق بعقدة ذات مدد عديدة وألغى المكثري هذه العقدة وقت إنقضاء إحدى المدد، فإن الإعلام بالإفراغ يوجه حتما قبل إنتهاء المدة بستة أشهر على الأقل.

ومن اللازم توجيه الإعلام بالإفراغ، إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمسطرة المدنية، وإما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بتسليمها وعلى المكثري أن يوضح للمكثري الأسباب الداعية إلى الإفراغ وأن ينقل في الإعلام مضمون الفصل 27، وإلا فلا يستطيع المطالبة بسقوط حق المكثري حسبما نص على ذلك الفصل المذكور.»

فبالتمعن الجيد في هذا المقتضى الأمر، يتضح من خلاله أن المشرع قد حدد مسطرة إنهاء عقد الكراء أو فسخه، وتتمثل هذه المسطرة أساسا فيما يلي :

أ - شروط الاستفادة من ظهير 24 ماي 1955 :

هذه الشروط حددها المشرع في الفصل الخامس من الظهير وقد جاء فيه ما

يلي:

« لا يحق لأي فرد أن يطالب بتجديد العقدة ما عدا المكتريين والمتخلى لهم عن عقد الكراء أو ذوي حقوقهم ممن يأتون هم أو موروثوهم بما يثبت به إما حق انتفاع لمدة سنتين متتابعتين حصلوا عليه بمقتضى عقدة أو عدة عقود متوالية وإما مالهم من إنتفاع مستمر لمدة أربع سنوات عملا بعقدة أو بعدة عقود شفوية متتابعة، أو بمقتضى عقود متوالية مكتوبة كانت أو شفوية».

وعليه، وانطلاقا من هذا النص التشريعي، يشترط للاستفادة من أحكام ظهير 24

ماي 1955 ما يلي :

- إبرام عقد كراء.

- أن ينصب الكراء على عقار.

- أن تمارس داخل هذا العقار إما تجارة أو صناعة أو حرفة.

- أن يقوم المكتري باستغلال المحل المدة التي قدرها المشرع وهي إما سنتان

إذا كانت العقدة مكتوبة أو أربع سنوات إذا كانت العقدة شفوية⁽²¹⁾.

(21) ومن الملاحظ أن الاستغلال هو قوام الأصل التجاري ومناطق جلب الزبناء بوجوده - أي الإستغلال - يوجد الأصل التجاري ويانعدمه ينعدم. جاء في حكم حديث للمحكمة الابتدائية درب السلطان - الفداء ما يلي :

«... إن ترك المكتري للعين المكتراة مهجورة دون ممارسة أي نشاط تجاري فيها من شأنه أن يجعلها خرابا كما أن إنقطاع أو توقف المكتري عن ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي بكيفية منتظمة من شأنه أن يؤدي إلى فقد عنصر الزبناء وبالتالي لا تبقى له حماية ظهير 24 ماي 1955 مما يشكل خرقا لإلتزام تعاقدية وبالتالي سببا خطيرا ومشروعا يبرر الحكم برفض طلب إبطال الإنذار والحكم بإفراغ المكتري وبدون تعويض...».

- حكم عدد 972 في الملف عدد 92/298 الصادر بتاريخ 29 يناير 1992. مجلة المحاكم المغربية، العددان 68 و 69، ص 132 وما بعدها.

وأنظر لمزيد من الايضاح حول هذا الحكم :

- محمد صابر: نطاق تطبيق ظهير 25 دجنبر 1980، مجلة المحامي، العدد 28، ص 14 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه :

- قرار المجلس في الملف المدني رقم 65828 الصادر بتاريخ 24 أبريل 1981. أشار إليه الأستاذ المستشار أحمد عاصم في مرجعه السابق حول الحماية القانونية للكراء التجاري. م.س. ص 34. وأن هذا الوضع هو السائد حاليا في فرنسا.

وعلى المكثري أن يعلم الملاك بعزمه على تولية الكراء، وذلك إما برسالة إعلام رسمي يوجهه إليه طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير بمثابة قانون للمسطرة المدنية، وإما بواسطة كتاب مضمون مع الإعلام بوصوله...»

3 - ينص الفصل 26 من الظهير على أنه :

«كل بند يدرج في العقدة وينص على فسخها بموجب الحق إذا لم يؤد ثمن الكراء عند حلول التواريخ المتفق عليها، لا يكون ساري المفعول إلا بعد خمسة عشر يوما تمضي على تاريخ إنذار يوجه للمكثري ويبقى بدون جواب. ويجب أن يشار في الإنذار إلى الأجل المذكور، وإلا فيكون باطلا، كما يجب أن يرسل، إما على صيغة إعلام يكون مطابقا للصورة المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير بمثابة قانون المسطرة المدنية، وإما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بوصولها.

غير أنه في وسع الحاكم أن يوقف عمل بنود العقدة القاضية بفسخها لعدم أداء واجب الكراء وقت حلول التاريخ المتفق عليه، وأن يعطي للمكثري أجلا لأداء ما عليه تحدد مدته القصوى في سنة واحدة وذلك، إذا لم يكن الفسخ قد صار ثابتا أو صدر بشأنه حكم أصبحت له قوة الشيء المقضي به، ولا يكون للبند مفعول إذا أدى المكثري ما عليه وفق الشروط المحددة من طرف الحاكم».

إن القراءة المتأنية في المقتضيات أعلاه جميعها، تفيد أن فسخ عقد الكراء التجاري المبرم في إطار ظهير 24 ماي 1955 قد يكون قضائيا - أي يأتي نتيجة حكم تصدره المحكمة المختصة - وهذا هو الأصل في الفسخ، وقد يكون إتفاقيا، إستثناء في حالة خاصة، أي عندما يأتي نتيجة تحقق شرط فاسخ منصوص عليه في العقد نفسه أو في عقد لاحق.

على أنه، وقبل التطرق إلى أحكام الفسخ بنوعيه - القضائي والإتفاقي - نقف عند شروط تطبيق ظهير 24 ماي 1955 لأنها مناط تطبيق المقتضيات أعلاه.

ثانيا : فسخ عقد الكراء في ظهير 24 ماي 1955 :

تناول المشرع المغربي في ظهير 24 ماي 1955، بشأن الأكرية الصناعية والتجارية والحرفية في نصوص متفرقة، بعض الحالات التي يخل فيها المكتري بالتزاماته التعاقدية والتي تسمح قانونا للمكري بطلب فسخ عقد الكراء.

ونتوقف فيما يلي عند أبرز هذه النصوص، قبل العمل على تحليلها بإيجاز كبير :

1 - ينص الفصل 11 من الظهير على ما يلي :

«للمكري أن يرفض تجديد العقدة دون إلزامه بأداء أي تعويض وذلك في :

أولا - إن أتى بحجة تشهد ضد المكتري المطالب بالإفراغ بأن هناك سببا خطيرا أو مشروعا.

ثانيا - إن أثبت وجوب هدم الملك كلا أو بعضا لأن السلطة الإدارية أعلنت أنه وحم ومخالف للمبادئ الصحية أو أثبت أن في شغل الملك خطرا بسبب انعدام الأمن فيه.

وإذا قام رب الملك أو ورثته بإعادة بناء جميع الملك أو بعضه أو قام بترميمه فللمكتري حق الأسبقية في كرائه طبق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 13 و 14 الآتيين بعده».

2 - ينص الفصل 22 من الظهير على أنه :

«تمنع تولية الكل أو البعض من الأماكن المكراة ما عدا إذا احتوت العقدة على شرط يخالف ما ذكر أو وافق رب الملك على التولية وذلك حيادا عن الفصل 668 من الظهير المعترف بمثابة قانون للإلتزامات والعقود.

وإذا وافق رب الملك على تولية الكراء فيتعين عليه الإنضمام إلى عقدة التولية.

وإذا كان الجزء المولى كراؤه يأتي بثمن يفوق الثمن الذي هو عليه في الكراء الأصلي فلرب الملك أن يلزم المكتري بدفع زيادة في الكراء الأصلي تناسب ما هو زائد في الكراء الفرعي.

- 1 - توجيه إنذار مكتوب إلى المدين.
 - 2 - طلب تنفيذ الالتزام خلال أجل محدد.
 - 3 - ربط هذا التنفيذ بأجل معقول.
 - 4 - تصريح يفيد بأنه متى انقضى الأجل المضروب للمدين، أصبح الدائن حرا في اتخاذ ما يراه مناسبا له.
- ولا تتضمن النصوص الكرائية مقتضيات خاصة شبيهة، بل إن المشرع لم يستعمل مصطلح الإنذار إلا في بعض النصوص المتعلقة بإنهاء العقد المحدد أو غير المحدد المدة، ونقصد بالخصوص الفصول 687 و 688 و 690 من قانون الالتزامات والعقود⁽²⁰⁾.

(=) والكتابة المطلوبة في الإنذار قد تكون عرفية وقد تكون رسمية، ومن تم تخضع لما تخضع له هاتان الورقتان من أحكام، وإذا كانت عرفية فقد يشترط فيها المشرع أن تكون ثابتة التاريخ حتى ترتب آثارها بالنسبة للأغيار.

وثبت التاريخ مسألة نظمها الفصل 425 من قانون الإلتزامات والعقود.

ولمزيد من الإيضاح حول الإنذارات أنظر :

- الحسين بلحسان : الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية، مطبعة النجاح بالدار البيضاء 1993، ص 112، وما بعدها.

- محمد الكشيبور : الكراء المدني والكراء التجاري، م. س. ص 98 وما بعدها.

- الطيب بلعقود : ملاحظات حول نماذج من الإنذارات في إطار ظهير 24 ماي 1955، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد الأول ص 37 وما بعدها.

- B.J. BAPTISTE : La fin du bail; les congés et leurs suites. Thèse. Toulouse. 1964.

- J.C. GROSLIÈRE : Le congé en matière de bail. J.C.P. 1959. Doct. 1937.

(20) فمثلا فقد نص الفصل 687 من قانون الإلتزامات والعقود على ما يلي :

«كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند إنتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء وذلك ما لم يقض الإتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية».

ونص الفصل 688 من نفس القانون على أنه :

«إذا لم تحدد للكراء مدة، إعتبر مبرما على أساس السنة أو نصف السنة أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم، بحسب ما إذا كانت الأجرة قد حددت باعتبار كذا في السنة أو نصف السنة أو الشهر إلخ... وينتهي العقد بانقضاء كل من المدد السابقة، من غير ضرورة للتنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يوجد عرف يخالفه».

وأخيرا، جاء في الفصل 690 من ذات القانون :

«إستمرار المكثري في الإنتفاع بالعين لا يؤدي إلى التجديد الضمني للكراء إذا كان قد حصل تنبيه بالإخلاء أو أي عمل يعادله يدل على رغبة أحد المتعاقدين في عدم تجديد العقد».

والإنذار باعتباره تصرفاً قانونياً⁽¹⁹⁾ يخضع كتأعده للشكليات التي نص عليها
المشروع ضمن مقتضيات الفصل 255 أعلاه، وتتمثل هذه الشكليات فيما يلي :

(19) نقول الإنذار ونقول الإشعار ونقول الإعلام ونقول الإبلاغ ونقول الطلب. والظاهر أن مختلف هذه
الإستعمالات - وتجد لها أصلاً في النصوص التشريعية غالباً - إنما ترجع إلى الدلالات اللغوية حيث هي
كلها تقريباً عبارة عن إنشاقاق من أفعال مترادفة من حيث المعنى.

والإنذار في المجال الذي نبحث فيه هو تعبير عن الإرادة، وما دام يرتب آثار قانونية فهو تصرف قانوني
ومادام أنه يصدر من جانب أحد أطراف العلاقة الكرائية، فهو تصرف إنفرادي، أو إذا شئتُم فهو
تصرف بإرادة منفردة.

وهكذا يمكن لنا مبدئياً أن نعرف الإنذار بأنه تصرف قانوني إنفرادي بمقتضاه يعبر شخص - المكري
هنا - عن إرادته بإبلاغ شخص آخر - المكتري هنا أمراً محدثاً لآثر قانوني.

ولأن الإنذار - كما أسلفنا - هو عبارة عن تصرف قانوني، فهو يخضع من ثمة لما تخضع له مختلف
التصرفات القانونية عموماً من شروط عامة وأخرى خاصة :

1 - الشروط العامة للإنذار :

ينص الفصل الثاني من قانون الإلتزامات والعقود على ما يلي :

«الأركان اللازمة لصحة الإلتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :

1 - الأهلية للإلتزام.

2 - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للإلتزام.

3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للإلتزام.

ويترتب على ذلك أن تخلف إحدى الأركان المنصوص عليها في القاعدة أعلاه يجعل الإنذار باطلاً. وقد
يكون قابلاً للإبطال فقط متى كان هناك عيب في الإرادة أو نقصان في أهلية من أرسله.

والإنذار بهذا المفهوم قد يرتب آثاراً قانونية بالنسبة لمن وجهه وبالنسبة لمن وجه إليه وبالنسبة للخلف
العام وبالنسبة للخلف الخاص وبالنسبة للدائنين.

ويخضع الإنذار لنظرية تعريف التصرفات القانونية إذا كان مكتوباً وواضحاً، وهو يفسر كما تفسر
العقود؛ كان غامضاً، وللتوسع حول التصرفات الإنفرادية أنظر :

- عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر 1984، ص 676 وما بعدها.

- Christian Carroumet : Droit civil. Les obligations. Le contrat. Economica. 1996. P.82
et suiv.

- Boris Stark : Droit Civil. 6 obligations. Contrat. 3^{ème} édit. H. Roland et L. Boyer.
Litec. 1989. P. 16 et suiv.

- P. Terré, Ph. Simpler, y. Lequette: Droit Civil. les obligations. Delta-Dalloz. 1996.
P.41 et suiv.

2 - الشروط الخاصة للإنذار :

تخضع التصرفات القانونية، سواء كانت عقوداً أم تصرفات إنفرادية لمبدأ الرضائية. وهي لا تكون
شكلية إلا بنص في القانون (أنظر مثلاً الفصل 255 من قانون الإلتزامات والعقود والفصل 6 من ظهير
24 ماي 1955 والفصل 8 من ظهير 25 دجنبر 1980). والشكلية قد تكون شرط صحة وقد تكون
للإثبات. (=)

أولا : مسطرة الفسخ في إطار القواعد العامة :

إن المشرع المغربي، وهو بصدد سن الأحكام الخاصة بمطل المدين، قد حدد المسطرة الواجبة الاتباع من طرف الدائن قبل رفع دعواه أمام القضاء لكي، يحصل على الفسخ الذي يسعى إليه.

وهكذا فبعدما قرر المشرع في الفصل 254 ق.ا.ع أن المدين يكون في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول، أضاف من خلال الفصل 255 من نفس القانون ما يلي :

«يصح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للإلتزام فإن لم يعين للإلتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار :

1 - طلبا موجهها إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول.

2 - تصريحاً بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسبا إزاء المدين.

ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص».

ومن البديهي «أن الإنذار من الدائن لا يكون واجبا :

1 - إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه.

2 - إذا أصبح التنفيذ مستحيلا⁽¹⁸⁾».

فمن خلال هذه المقتضيات، يلاحظ أن الإلتزام المحدد الأجل يعفي الدائن من توجيه الإنذار إلى المدين، مادام أن هذا الأخير على بينة من أمره، ورغم ذلك فليس هنالك ما يمنع المكري من تنبيه المكثري بإنذار يوجه إليه، أما إذا كان الإلتزام غير محدد المدة، فإن المدين لا يكون في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه المكري إنذارا مكتوبا يعلمه من خلاله بوجود تأدية الإلتزام الذي يثقل كاهله خلال أجل معقول.

(18) الفصل 255 من قانون الإلتزامات والعقود.

أما فيما يتعلق بطلب فسخ عقد الكراء للمطل في أداء الوجيبة الكرائية أو للأسباب الخطيرة الأخرى، فقد تكلف المشرع بتنظيمه ضمن مقتضيات الفصل 692 من قانون الإلتزامات والعقود والذي ينص على أنه :

«للمكري فسخ الكراء مع حفظ حقه في التعويض إذا اقتضى الأمر :

أولاً : إذا استعمل المكري الشيء المكترى في غير ما أعدله بحسب طبيعته أو بمقتضى الإتفاق.

ثانياً : إذا أهمل الشيء المكترى على نحو يسبب له ضرراً كبيراً.

ثالثاً : إذا لم يؤد الكراء الذي حل أجل أدائه».

وربما كان من الممكن في اعتقادنا أن يكون المشرع منطقياً مع نفسه لو اقتصر على التنظيم العام الموماً إليه أعلاه، غير أنه لم يكن كذلك عندما حشر ضمن النصوص الخاصة بانتهاء عقد الكراء، سواء في إطار ظهير 24 ماي 1955 أو في إطار ظهير 25 دجنبر 1980 والذي عرف بعض التغييرات مؤخرًا، أحكاماً خاصة أخرى تتصل أساساً بفسخ عقد الكراء، بل وكرر موضوعياً ما سبقت الإشارة إليه في القواعد العامة.

فقد قرر المشرع من خلال الفصل السادس من ظهير 24 ماي 1955 أنه في حالة وقوع حادثة تستوجب الفسخ، يجب على المكري - إذا ما أراد أن يضع حداً للعقد لأي سبب كان - أن يوجه بذلك إنذاراً للمكتري قبل إنتهاء مدة العقد بستة أشهر على الأقل، وهي مدة حددها الفصل 8 من ظهير 25 دجنبر 1980 في ثلاثة أشهر فقط.

على أنه وقبل إعطاء نظرة عامة عن فسخ عقد الكراء في إطار ظهير 24 ماي 1955، نقف عند مسطرة الفسخ في إطار قانون الإلتزامات والعقود، خاصة أن القضاء قد يعتمدها أحياناً حتى في الأكرية التجارية.

- (=) وفي نفس الإتجاه، جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى :
- «... إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الخيار في إجباره على تنفيذ الإلتزام، وبين المطالبة بفسخ العقد، ويكون للدائن الخيار، حتى ولو كان التنفيذ العيني للإلتزام ممكناً...»
- قرار عدد : 129 بتاريخ 25 دجنبر 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 4 وبالإضافة إلى هذين القرارين انظر كذلك :
- قرار بتاريخ 14 دجنبر 1965، مجموعة قرارات المجلس الأعلى عن سنوات 1962 - 1965 ص 312.
- قرار بتاريخ 12 يونيو 1962، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد " 1315، ص 92.
- الموقف الثاني :
- جاء في قرار للمجلس الأعلى :
- «... أنه حسب الفصل 259 من ق.ل.ع. فإن طلب فسخ العقد لا يمكن النظر فيه إلا بعد أن يفشل البائع في إجبار المشتري على تنفيذ إلتزامه، مادام تنفيذه ممكناً، وليس في ملف النازلة، ما يدل على أن البائع قد اتخذ هذه الإجراءات، لهذا فإن محكمة الإستئناف عندما قضت بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بعدم صحة الوعد بالبيع وبإفراغ الطالب من القطعة الأرضية موضوع الدعوى بعلّة أن البيع لم يتم لعدم إلتفاق الطرفين على مختلف الشروط، فإنها تكون بذلك قد خرقت تلك المقترضيات المشار إليها، مما يعرض قرارها
- قرار عدد : 1036 الصادر بتاريخ 25 ماي 1983 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 12، وفي نفس الإتجاه، أشار المجلس الأعلى في قرار آخر إلى أنه :
- «بالرغم من أن المشتري لم يسدد باقي الثمن في الوقت المحدد إلا أنه مادام تنفيذ الإلتزام ممكناً بالنسبة للبائع فإنه لا يحق له طلب الفسخ، مادام تنفيذ الإلتزام ممكناً...»
- قرار عدد 1292 بتاريخ 11 ماي 1988، ملف مدني عدد 85/1332 - قرار غير منشور. وبالإضافة إلى هذين القرارين، انظر كذلك :
- قرار محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 19 دجنبر 1922 منشور بمجموعة قرارات محكمة الإستئناف بالرباط لسنة 1922. المجلد الثاني ص 47.
- قرار المجلس الأعلى، عدد 94 بتاريخ 28 فبراير 1979. منشور بمجلة رابطة القضاة. عدد 10، 11، ص 76.
- ومحكمة النفص الفرنسية مستقرة، بالنسبة للحالة التي نحن بصدها، بمنح الدائن الخيرة أو الإختيار بين التنفيذ والفسخ. جاء في أحد قراراتها :
- «En cas d'inexécution par l'une des parties, l'autre partie conserve la faculté d'option entre la résolution du contrat et son exécution supposée encore possible, tant qu'elle n'a pas renoncé à l'une ou à l'autre...»
- Civ. 6 janvier 1932, D.H. 1932, 114.
- غير أنه متى تقرر الفسخ لا يمكن بعد ذلك، للدائن إلا المطالبة بالتعويض إن تحققت شروطه.
- «... Une fois le contrat résolu, seuls des dommages et intérêts peuvent être obtenus, et non l'exécution de l'obligation...».
- Civ. 1ère, 6 février 1979. Bull. civ. I, n° 46.
- Civ. 1ère, 17 février 1982. Bull. civ. I, n° 77.

ويختلف طلب التنفيذ عن طلب الفسخ من وجوه متعددة. فالتنفيذ هو الأصل، أما الفسخ فيظل إجراء إحتياطيا، وهو رخصة للدائن وليس واجبا مفروضا عليه، وعندما يرفع الدائن دعوى طلب التنفيذ فإنما يريد الإستفادة من العقد والوصول بذلك إلى الغرض الذي يستهدفه من خلاله، أما عندما يطلب الفسخ فإنما يستهدف غاية أخرى تتمثل في رغبته في التخلص من العقد نهائيا بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته، وربما يريد التخلص من مدين لا يحترم ما سبق له أن تعهد به⁽¹⁶⁾.

ومن هذا المنطلق يكون الفسخ من بين أهم الجزاءات المدنية التي رتبها المشرع لصالح المتعاقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه، وهو جزاء يمكن أن يطال العقد في كل وقت وحين، على خلاف الإنهاء الذي قد يرتبط بمدة معينة.

وقد نظم المشرع المغربي الأحكام المشار إليها بالنسبة لكافة العقود ضمن مقتضيات الفصلين 259 و 260 من قانون الإلتزامات والعقود، الأول ينظم مسألة طلب التنفيذ العيني والفسخ القضائي بالإضافة إلى طلب التعويض عندما يكون له محل⁽¹⁷⁾، والثاني ينظم مسألة الفسخ الاتفاقي، أي ذلك الذي يأتي نتيجة تحقق شرط مضمن بالعقد.

(16) عبد الحي حجازي : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ. مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية السنة الأولى. ص 139.

(17) هذه الإمكانية، طلب التنفيذ أو الفسخ، والذي يجد سنده ضمن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 259 من قانون الإلتزامات والعقود، جعلت المجلس الأعلى ينقسم على نفسه إلى موقفين. موقف ذهب إلى إعطاء حق الخيار للدائن في طلب فسخ العقد حتى ولو كان التنفيذ مازال ممكنا، وموقف ذهب إلى سلب هذا الحق للدائن حين لم يمنحه سوى حق المطالبة بإتمام العقد وإجبار المدعي على تنفيذ إلتزامه العقدي مادام التنفيذ ممكنا، ولم يخوله حق المطالبة بفسخ العقد إلا في الحالة التي يصبح فيها التنفيذ غير ممكن، أو ممكن ولكن في جزء منه فقط، ونعطي فيما يلي بعض الأمثلة عن كل موقف حتى يتوضح الموقفان أكثر.

- الموقف أول :

جاء في قرار للمجلس الأعلى :

«... إن محكمة الإستئناف لما لم تستجب لطلب فسخ العقد الذي لم تحترم بنوده طرف المدين، وعندما اعتبرت أن عدم التنفيذ لم يكن إلا جزئيا، وأن إلغاء العقد تترتب عند عواقب وخيمة للمدين تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 259 من ق.ل.ع وعرضت قرارها للنقض».

- قرار تحت عدد : 106 صدر بتاريخ 17 نونبر 1964 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى بالفرنسية عن سنوات 1962 - 1965. ص 219.

(=)

والمبدأ العام بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، وعقد الكراء من أبرزها، أنه متى توقف أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه العقدي، جاز للمتعاقد الآخر إما أن يجبره قضاء على التنفيذ وإما أن يطالبه بالفسخ، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض في الحالتين معا إن كان له محل⁽¹⁵⁾.

وهكذا، فبعدما نص الفصل 235 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه، في العقود الملزمة للجانبين، يجوز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إلى أن يؤدي الطرف الآخر إلتزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما حسب الإلتفاق أو العرف ملتزما بأن يسبق بالتنفيذ، نص الفصل 259 من نفس القانون - من خلال فقرته الأولى - على ما يلي :

«إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الإلتزام، ما دام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين...».

(15) تنص الفقرة الأولى من المادة 157 من القانون المدني المصري على ما يلي :
«في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى...».

ونفس الحكم تتضمنه المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي :
«La condition résolutoire est toujours sous-entendu dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.
Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La resolution doit être demandée en justice...»

وللتوسع حول هذه القاعدة انظر :

- Borricand : Clause résolutoire dans les contrats. Rev. TDciv. 1957. 433.
- Boris starck, Henri Roland, Laurent Boyer : Droit civil. Les obligations. 2. contrat 3^{ème} ed. Litec. Paris. 1989. N° 1572 et s.
- Christian Larrounet : Droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat. 3^{ème} ed. Eco-nomico. Delta. Paris. 1996. N° 701 et s.

أولاً : فسخ عقد الكراء في إطار القواعد العامة :

الكراء كما عرفه المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود هو : «... عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للأخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له».

فمن القراءة المتأنية لهذا المقتضى التشريعي، يستفاد أن عقد الكراء ملزم لطرفيه، إذ يترتب مباشرة على إبرامه أن المكري يلتزم بتمكين الطرف الآخر، وهو المكترى، من منفعة منقول أو عقار، وأن هذا الأخير يلتزم بدفعه للمكري أجره دورية محددة في الوقت المتفق عليه في العقد⁽¹⁴⁾.

وواضح أن هذه الأحكام تصدق بالنسبة لكل عقد كراء، كيفما كانت طبيعته وموضوعه، أي سواء كان مدنيا أم تجاريا، وسواء أنصب على منقول أم على عقار.

(14) ومتى انتفت الوجيبة الكرائية كنا أمام تبرع بالمنفعة وهو ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالعمري وقد عرف الفقيه المالكي ابن عرفة العمري بأنها : «تمليك منفعة حياة المعطي بغير عضو إنشاء».

ويستنتج الشراح من هذا التعريف المبادئ الآتية :

أ - العمري تمليك للمنفعة وهبة لها وبذلك تختلف عن هبة الملك.

ب - لا تصح العمري إلا بالحوز.

ج - يصح بيع المنفعة للمعطي أو لورثته.

د - تمليك المنفعة قد يمتد طيلة حياة المعطي وقد يمتد لمدة سنة أو يزيد.

هـ - بعد وفاة المعطي فإن الشيء يرجع إلى ورثته.

و - العمري قد تنصب على عقار وقد تنصب على منقول.

وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم الغرناطي :

هبة علة الأطول العمري * * * بحوز الأصل حوزا ما استقرا

طول حياة معمر ومدته * * * معلومة كالعام أو ما بعده

وبيعها مسوغ للمعمر * * * من معمر ووارث للمعمر

ولمزيد من الإيضاح، انظر :

- ميارة الفاسي : شرح مياره الفاسي على تحفة الحكام، ج II، دار الفكر (ت.ط.غ.م)، ص 100 وما بعدها.

- ابن رشد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج II، دار الفكر (ت.ط.غ.م)، ص 248 وما بعدها.

- عبد الباقي الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج VII، دار الفكر (ت.ط.غ.م)، ص 93 وما بعدها.

صالح عبد السميع لأبي الأزهرى، جواهر الإكليل (شرح مختصر خليل) دار الفكر، لبنان (ت.ط.غ.م) ج II، ص 211 وما بعدها.

وإذا كان فسخ عقد الكراء يمثل جزءا من دنيا يوقعه القانون بالمكتري الذي أخل بأحد الإلتزامات المشار إليها أعلاه، فما مصير حقوق الدائنين الذين من الممكن أن يتضرروا من إعمال القواعد الخاصة بالفسخ؟

لبورة الأفكار الخاصة بهذا الموضوع سنبحث أولا في فسخ عقد الكراء التجاري (المبحث الأول) ثم في الحماية التي وفرها المشرع للدائنين المرتهنين للأصل التجاري حالة طلب الفسخ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

فسخ عقد الكراء التجاري

تمهيد :

نظم المشرع المغربي عقد الكراء ضمن العقود المسماة في قانون الإلتزامات والعقود في الفصول من 626 إلى 722 (مع إدخال الغايتين).

وبالإضافة إلى هذا التنظيم العام، نظم المشرع بعض أحكام عقد الكراء المنصب على عقار بقصد إستعماله في أغراض تجارية أو صناعية أو حرفية في ظهير 24 ماي 1955، بحيث لامناص للقاضي من إعتقاد القواعد العامة حالة خلو ذلك الظهير من القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المطروح أمامه⁽¹²⁾.

وقد شذ المشرع المغربي نسبيا عندما وضع لفسخ عقد الكراء أحكاما عامة يتضمنها قانون الإلتزامات والعقود وأحكاما خاصة يتضمنها ظهير 24 ماي 1955 وهي أحكام لها جانب موضوعي وجانب شكلي، بالكيفية الآتي بيانها.

والفسخ إصطلاح قانوني يعبر عن حل العقد بسبب عدم تنفيذ كلي أو جزئي له، ودعوى الفسخ تعرف بسببها وهو عدم التنفيذ، وبموضوعها المتمثل في حل العقد الذي حصل الإخلال بأحد الإلتزامات المترتبة عليه⁽¹³⁾.

(12) محمد الكشور: الكراء المدني والتجاري، داسة في نطاق ظهير 24 ماي 1955 وظهير 25 دجنبر 1980، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1997 ص 18 وما بعدها.

(13) مصطفى عبد السيد الجارحي : فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية بالقاهرة 1988 ص 3 .

ويمثل الحق في الكراء متى تحققت له مقوماته الذاتية والقانونية مكونا من مكونات الأصل التجاري، يمكن للمكثري التاجر المالك للأصل أن يتصرف فيه صحبة هذا الأصل في إطار المدونة التجارية الجديدة⁽¹⁰⁾، كما يمكن له أن يتصرف فيه وحده في إطار الفصل 37 من ظهير 24 ماي 1955 بشأن أكرية المحلات المخصصة للصناعة والتجارة والإستغلال الحرقي⁽¹¹⁾، الذي يحمي هذا الحق، بل ويجعله من صميم النظام العام لا يمكن منعه عن طريق الإتفاق.

ورغم كل ما سبق بيانه، فإن للحق في الكراء - وهو أهم عناصر الأصل التجاري - وضعاً هشاً جداً لأنه يظل شديد الارتباط بمصير عقد الكراء الذي ينظم العلاقة بين المكثري صاحب المحل الذي يدار فيه الأصل والمكثري التاجر صاحب هذا الأصل⁽¹¹⁾.

إن المكثري التاجر، في علاقته بالمكثري، يخضع للعديد من الإلتزامات القانونية والإتفاقية. وإخلال المكثري بأحد هذه الإلتزامات يسمح قانوناً للمكثري - إن هو أراد ذلك - بطلب فسخ عقد الكراء، وهو السند الذي يرتكز عليه الحق في الكراء، بحيث يدور معه وجوداً وعدماً.

(10) يتضح ذلك من البيانات التي اشترط المشرع النص عليها في عقد بيع الأصل التجاري حيث نصت المادة 81 من المدونة التجارية على ما يلي :
« يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصّة في شركة أو تخصيصه بالقسمة أو بالمزاد، بعقد رسمي أو عرفي ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانوناً للإحتفاظ بالودائع.
ينص العقد على :

- 1 - إسم البائع وتاريخ عقد التفويت ونوعه وثمانه مع تمييز ثمن العناصر المعنوية والبضائع والمعدات.
- 2 - حالة تقييد الإمتيازات والرهن المقامة على الأصل.
- 3 - وعند الإقتضاء، الكراء وتاريخه ومدته ومبلغ الكراء الحالي واسم وعنوان المكثري.
- 4 - مصدر ملكية الأصل التجاري».

(11) ينص الفصل 37 أعلاه على أنه :
« تكون أيضاً باطلة كيفما كانت صيغتها إذا كان القصد منها منع المكثري المتوفرة فيه الشروط المأمور بها في الفصل الخامس أعلاه من التخلي عن عقد الكراء لمن اقتنى منه اسمه التجاري أو مؤسسته» والمقصود البنود التي تتضمن بعقد الكراء.
ولمزيد من الإيضاح، انظر :
- محمد الكشيبور : الحق في الكراء. م.س. ص 68 وما بعدها.

والمقاعدة أن الأصل التجاري يدار مبدئياً في محل معين، يمثل في جوهره الوعاء الذي يحوي ذلك الأصل⁽⁸⁾. هذا المحل قد يكون مملوكاً للتاجر صاحب الأصل نفسه، وفي هذه الحالة لأمجال للحديث عن الحق في الكراء، وقد يكون مكترياً لهذا المحل، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الحق في الكراء عنصراً أساسياً في الأصل متى تحققت شروط معينة⁽⁹⁾.

(8) يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل التجاري مال (منقول معنوي يتكون من مجموعة عناصر مادية ومعنوية وأن العقار الذي يمارس فيه التاجر تجارته لا يعد من عناصر ذلك الأصل، ولذلك لا تنتقل ملكيته إلى المشتري في حالة بيع الأصل التجاري. وتستفاد القاعدة ضمناً من المدونة التجارية (راجع المادة 80 بالخصوص) حيث أشارت إلى الحق في الكراء وليس إلى العقار. غير أنه يجوز للتاجر مالك العقار أن يبيع ذلك العقار صحبة الأصل التجاري إلى المشتري، وفي هذه الحالة فإن البيع ينطوي في حقيقته على عقدين يخضع كل منهما لنظام قانوني خاص به، بيع ينصب على عقار ويبيع ينصب على منقول. انظر في هذا الصدد :
- السيد خلف محمد : إيجار وبيع المحل التجاري والتنازل عن المحال التجارية والصناعية والمهنية مطبعة أطلس، القاهرة، 1991، ص 29.
وانظر من أجل التوسع :

- Idrissi Machichi Alami: L'immeuble et le droit commercial. Thèse. paris. 1971. p. 23 et suiv.

- محمد فروجي : التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997، ص 155 وما بعدها.

(9) ومع ذلك، ثار التساؤل حول ما إذا كان يمكن وجود أصل تجاري بالمعنى القانوني السابق الإشارة إليه دون وجود مبنى معين أو موقع لتجارة يزاول فيه التاجر تجارته، كما هو الحال بالنسبة للباعة المتجولين وأصحاب الحقائق والسيارات المتنقلة في الأسواق. والواقع أنه يمكن وجود الأصل التجاري قانوناً رغم ذلك متى توفر عنصر الإتصال بالزبناء. وبناء على ذلك، قد يوجد الأصل التجاري دون ضرورة توفر عنصر الحق في الكراء، فلا تلازم بين الاثنين وإن كان الوضع الغالب أن يباشر الشخص تجارته في مكان معين. وقد حكم في فرنسا بوجود فكرة الأصل التجاري للبايع المتجول.

Cass. com. 1^{er} févr. 1966. Gaz. Pal. 1966. 2, 3.

ويمكن القول إن المشرع المغربي يأخذ ضمناً بهذا الحكم، فقد نصت المادة 80 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى على أنه :

«يشتمل الأصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية».

وهذا يعني أن العناصر الأساسية الواجب توافرها لوجود أصل تجاري تتمثل في زبناء وسمعة تجارية أما باقي العناصر الأخرى والمشار إليها في الفقرة الثانية من نفس المادة و من ضمنها الحق في الكراء فهي عناصر مكملة وليست إلزامية للقول بوجود أصل تجاري.

- محمد الكشور: الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، دراسة في إطار ظهير 24 ماي 1955 والمدونة التجارية الجديدة. سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1998 ص 26 وما بعدها.

سميحة القليوبي : تأجير استغلال المحل التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي 1991، ص 32 وما بعدها (راجع الهوامش).

ولم يكثف المشرع المغربي بتعريف الأصل التجاري، وإنما بين مختلف عناصره، فنص في المادة 80 من ذات المدونة على أنه :

«يشمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية.

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

من المجمع عليه فقها وقضاء أن لكل عنصر من هذه العناصر قيمته الذاتية وكيانه القانوني المستقل، غير أن اتحاد هذه العناصر كوحدة قائمة بذاتها هو الذي يحدد طبيعة الأصل التجاري⁽⁶⁾، كما أنه من الثابت فقها وقضاء في الوقت الراهن أن العناصر المعنوية هي الأساس في تكوين الأصل التجاري من الوجهة القانونية⁽⁷⁾.

(6) وهكذا، فإذا كان الأصل التجاري يتكون من عناصر معنوية وأخرى مادية، وكلها عناصر لا تقع تحت حصر، بخضوعها للتطورات الاقتصادية والقانونية، فإنه يمكن القول إنها تتطافر جميعها بالخصوص، ومن ذلك الحق في الكراء والإسم التجاري والعنوان التجاري وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والرخص والأسرار الصناعية وحقوق الملكية الأدبية والفنية، فيساهم كل عنصر من هذه العناصر غالبا بقسط معين في جلب الزبناء.

على أنه لا يشترط دائما، وفي كافة الأحوال، توافر كل هذه العناصر في كل أصل تجاري، فيترتب على تخلفها أو تخلف إحداها إنعدام وجود الأصل التجاري، فالأصول التجارية تتنوع وتتعدد من حيث موضوعها ومن حيث ممارسة نشاطها، ومن ثم قد تتخلف عناصر في بعضها بينما توجد في أخرى.

- أحمد محرز: فكرة الملكية التجارية، القاهرة 1992 ص 22 و 23 (أنظر الهامش) وللتوسع أكثر، أنظر:

- Malauzat : La composition du fond de commerce. Rapport au congré des Notaires de 1962. P. 527 et suiv.

- M. Jeantin : Les éléments du fonds de commerce J.C.P. 1977. F. III. P. 8 et suiv. (7)

وهذا بإجماع الفقهاء انظر :

- Malauzat : op.cit.

- J. Derrupé : Fonds de commerce et clientèle. Mélanges Jauffret, 1974, 231.

- D. Legeais : Droit commercial. Edit. Sirey. 1997. p. 65 et suiv.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية :

«المتجر في معنى المادة 594 من القانون المدني يشمل جميع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية كالعملاء والسمعة التجارية والحق في الإجارة. وهذه المقومات المعنوية هي عماد فكرته وأهم عناصره، ولا يلزم توافرها جميعا لتكوينه، بل يكفي بوجود بعضها ويتوقف تحديد العناصر التي لاغنى عنها لوجود المحل التجاري على نوع التجارة التي يزاولها المحل».

- الطعن رقم 351 لسنة 34 ق - جلسة 10 ماي 1972 - س 23 ص 835.

ويندرج هذان العقدان معا في إطار المعاملات المالية حيث قد يستطبغان إما بطبيعة مدنية وإما بطبيعة تجارية⁽⁴⁾، وفي هذه الحالة الأخيرة قد ينكبان على أصل تجاري يملكه أحد التجار.

لقد سبق للمشرع المغربي أن نظم بيع ورهن الأصل التجاري بظهير 31 دجنبر 1914، قبل أن يلغيه - وبكيفية صريحة - بمقتضيات المادة 733 من المدونة التجارية الجديدة، والأصل التجاري حسب جانب من الفقه هو مجموعة من الأموال المعنوية والمادية تكون وحدة قانونية معدة للإستغلال التجاري⁽⁵⁾ وفي المدونة التجارية الجديدة : «الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لنشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية» (المادة 79).

- (4) نظم المشرع المغربي العقود التجارية في المدونة التجارية ضمن المواد من 334 إلى 486. ولم يعرف المشرع المغربي العقد التجاري.
- وإذا كان العقد من الناحية المدنية هو توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني، فهو يكون تجاريا إذا أبرم بين تاجرين وهم أعمالهم التجارية، أما إذا أبرم بين تاجر وغير تاجر وهم معاملة تجارية فهو عقد مختلط، تجاري بالنسبة لطرف ومدني بالنسبة للطرف الثاني. أنظر حول الموضوع.
- إلياس ناصف : الكامل في قانون التجارة. الجزء الأول، منشورات عويدات، بيروت - باريس - الطبعة الأولى 1981 ص 267 وما بعدها.
- علي البارودي : القانون التجاري، العقود وعمليات البنوك التجارية، الدار الجامعية، مطابع الأمل، بيروت 1988، ص 5 وما بعدها.
- جلال وفا محمدين : المبادئ العامة في العقود وعمليات البنوك، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 7 وما بعدها.
- محمد حسن الجبر : العقود التجارية وعمليات البنوك، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، الطبعة الثانية الرياض، 1997، ص 3 وما بعدها.
- G. Ripert et R. Roblot : Traité élémentaire de droit commercial. Paris. L.G.D.J. 1970. T. 2. n° 248.
- R. Rodière : Droit commercial. Paris. Dalloz. 1970. n° 119.
- De la morandière, René Rodière, et Roger Houin : Droit commercial 1959 T. II. p.105.
- (5) على العبيدي : القانون التجاري المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة الامنية، الرباط 1966، ص 184 وما بعدها انظر كذلك.
- Didier R. Martin : Droit Commercial et bancaire marocain. Ed. al Madariss. Casa-blanca. 1999. pp. 131 et suiv.

فسخ عقد الكراء التجاري وحماية حقوق الدائنين

محمد الكشيبور (*)

تمهيد :

يعد كل من البيع والرهن من أبرز العقود المسماة التي نظمها المشرع المغربي في الكتاب الثاني من قانون الإلتزامات والعقود، الأول يقع على الملكية⁽¹⁾ مباشرة فيحولها من يد إلى يد، والثاني وسيلة ضمان⁽²⁾، يتبع غالبا عقد القرض بحسب الأصل⁽³⁾.

(*) أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء.
(1) نظم المشرع المغربي عقد البيع ضمن الفصول من 478 إلى 618 من قانون الإلتزامات وقد تم تعريف هذا العقد في الفصل 478 بالكيفية الآتية :
«البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له».

وفي الفصل 491 من نفس القانون بين المشرع أهم خاصية في عقد البيع كالاتي : «يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء، المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه».
(2) والرهن في القانون المغربي علي نوعين :
أ - رهن حيازي، وقد نظمه المشرع المغربي في الفصول من 1170 إلى 1240 من قانون الإلتزامات والعقود.

وحسب الفصل 1170 :
«الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولاً أو عقارا أو حقا عينيا لضمان الإلتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين».
غير أنه متى تعلق الأمر بعقار محفظ فيجب، بالإضافة إلى تطبيق القواعد العامة المشار إليها في النصوص أعلاه أعمال الفصول من 100 إلى 107 من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة.

ب - الرهن الرسمي، وهو رهن بدون حيازة ولا يقع سوى على العقارات المحفظة، وقد نظمه المشرع المغربي في الفصول من 157 إلى 196 من ظهير 2 يونيو 1915 السالف الذكر.
وحسب الفصل 157 من هذا الظهير الأخير : «الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام، وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى باكماله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها في أي يد انتقلت إليها».

وللتوسع حول هذه المواضيع انظر :
- مأمون الكزبري : التخفيف العقاري والحقوق العينية الأصلية والتعبية في ضوء التشريع المغربي - الجزء الثاني - الحقوق العينية الأصلية والتعبية. شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، ط، الثانية 1987 ص 321.

- محمد ابن معجون : الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ص 220 وما بعدها.

- P. Decroux : Droit foncier marocain. Edition la porte. Rabat - 1977.

(3) إذا كان الأصل أن الرهن غالبا ما يبرم من أجل ضمان قرض، فليس هنالك ما يمنع عمليا وقانونيا من إبرامه بقصد ضمان أي التزام كيفما كان موضوعه، أي سواء تعلق الأمر بأداء أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن القيام بعمل. ولأحظ أن المشرع وهو يعرف الرهن سواء في قانون الإلتزامات والعقود أو في ظهير 2 يونيو 1915 قد أشار إلى أن الرهن في صورته يخصص أساسا لضمان إلتزام قانوني.

مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد كما بسط ذلك فقهاء النظرية الحديثة دون أن يقبلوا بوضع أي حد أو استثناء عليه، لأن العقد هو الوسيلة التي أعطاه القانون للأفراد لتحقيق مراكزهم الخاصة على الوجه الذي يروونه، وطالما أن هذه العقود أبرمت على أساس القانون النافذ فينبغي أن تظل خاضعة له؛ ففي ظل أحكامه نظموا مراكزهم وحددوا توقعاتهم وحساباتهم، ومن ثم يترتب على تطبيق القانون الجديد على عقودهم إخلال بالثقة في العقد واضطراب في المراكز العقدية⁽⁵⁸⁾. ولا يستثنى من هذا المبدأ في فقه النظرية الحديثة إلا العقود التي تؤدي إلى إنشاء مراكز قانونية لا تلعب إرادة المتعاقدين أي دور في تحديد مضمونها، وإنما يقتصر دور الإرادة على قبول أو رفض الانضمام إلى مركز قانوني محدد مسبقا من طرف المشرع كما في عقد الزواج وعقد الشغل والعقود الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى⁽⁵⁹⁾.

69 - لكن يحق لنا أن نضيف إلى هذا الاستثناء، وخلافا لما يقول به فقهاء النظرية الحديثة، القواعد المتصلة بالنظام العام؛ فهذه يجب تطبيقها بأثر فوري على جميع العقود التي تستمر في إنتاج آثارها أو تلك التي تبرم بعد العمل بالقانون الجديد. ولا شك في أن ما جاء به القانون عدد 27.95 يعتبر من النظام العام؛ فقد أعطى للقاضي التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي، ونص على بطلان كل اتفاق مخالف لذلك. ومن ثم فهو يطبق على العقود الجارية آثارها في ظلته حتى ولو سبق إبرامها قبل دخوله حيز التنفيذ. وقد جاء به المشرع لمعالجة الآثار المجحفة التي خلفتها الشروط الجزائية التي حفلت بها عقود البيوع الائتمانية وعقود المقاولات وعقود التمويل بالكراء، وبالتالي لتجاوز التصور السائد في الممارسة القانونية عن الشرط الجزائي⁽⁶⁰⁾.

(58) ROUBIER: Le droit transitoire, 1960 نقلا عن سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، ص. 693 وما بعدها.

(59) ن. م. ص. 697 وما بعدها.

(60) انظر للمزيد من التفاصيل بحثنا حول التعويض الاتفاقي، مذكور في الهامش... أعلاه.

67 - وقد استمر هذا الاتجاه الثاني حتى بعد صدور القانون رقم 27.95 كما في قرار حديث للغرفة الإدارية جاء فيه :

"حيث إنه، باعتبار القاعدة القانونية التي كانت مطبقة في تاريخ إبرام العقد موضوع الدعوى وإلى تاريخ البت فيها، لم تكن للمحكمة أية سلطة لتعديل مقدار التعويض الذي يكون قد اتفق عليه طرفا العقد كشرط جزائي لعدم الوفاء أو التأخير في تنفيذ ما اتفقا عليه، وإنما كانت المحكمة مقيدة في هذا الباب بالقاعدة العامة المنصوص في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين. وبالرجوع إلى تعديلات ومنطوق القرار المطعون فيه يتبين أن المحكمة استعملت سلطتها التقديرية وخفضت من مبلغ التعويض الذي تتمسك به طالبة النقص من أجل عدم تنفيذ المطلوب لالتزامه بتسليمها العقار المبيع على أساس أن التعويض المذكور حدد مسبقا بتراضي الطرفين عليه في العقد المدلى به والذي لا نزاع فيه ولا في تحقق موجب المطالبة بالتعويض المشار إليه، فنكون المحكمة بذلك قد غيرت مضمون العقد المبرم بين الطرفين وخرقت مقتضيات الفصل 230 المذكور"⁽⁵⁷⁾.

68 - ولتحقيق الغاية التي أراها المشرع من القانون رقم 27.95 نرى أن يطبق بأثر فوري على الآثار الجارية لعقود اليزنج التي أبرمت قبل دخوله حيز التنفيذ استثناء من مبدأ استمرارية القانون القديم على الآثار الجارية للعقود.

فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن القانون هو الذي يظل مطبقا على العقود التي أبرمت في ظلّه واستمرت آثارها إلى ما بعد صدور القانون الجديد. وأرجعوا ذلك إلى طبيعة هذه العقود من حيث هي عقود المدة - أي التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها - وهي العقود الدورية التنفيذ كالنوريد أو العقود المستمرة التنفيذ كالكراء. ويطبقون نفس الحكم على العقود التي تكون فورية التنفيذ لكن يتأخر تنفيذها باتفاق الطرفين كما في البيع ونحوه. ويعرف هذا الحكم باسم استمرارية القانون القديم. وهو استثناء من

(57) المجلس الأعلى الغرفة الإدارية قرار عدد 116 بتاريخ 15/02/1996 ملف إداري عدد 91/1370 وقد انتقيناها ليكون التعليق عليه موضوع سؤال الامتحان الكتابي في مادة "الالتزامات والعقود" بالسلك الثالث من القانون الخاص خلال دورة يونيو 1997.

شكل نسبة معينة - كغرامة وكتعويض أيضا؛ وهذا ما يعرف في الممارسة التعاقدية بالشرط الجزائي la clause pénale.

لذا ينبغي التنبيه إلى الحكم الذي جاء به القانون رقم 27.95⁽⁵⁵⁾ في الموضوع؛ وهو أنه لئن كان "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه"، فإنه "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه، أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي. (و) يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

65 - وقد قصد المشرع بهذا الحكم حماية المستهلك من التعسف في الشروط الجزائية في غياب نص عام يحمي من الشروط التعسفية بوجه عام. فأعطى للقاضي إمكانية تعديل التعويض المتفق عليه إما بالنقص منه إذا كان مبالغا فيه أو بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من التنفيذ الجزائي، أو بالزيادة فيه إذا كان زهيدا. بل إن باعث المشرع على إصدار هذا القانون هو هذه الشروط التعسفية التي نجدها في عقود الليزنج بالخصوص. فكثيرا ما تفصح هذه العقود - القديمة والجديدة على حد سواء - عن فكرتين هما "الجزاء" أو "الغرامة" من جهة و "التهديد" من جهة أخرى. وتتحقق هاتان الفكرتان بصفة خاصة عندما تكون قيمة التعويض أعلى من قيمة الضرر الذي وقع. فيمثل الفرق بينها نوعا من الجزاء يتحمله المدين المخل. ويكون لـ "شرط الجزائي" عندئذ دور جزائي بالقدر الذي يزيد فيه عن حقيقة الضرر الذي لحق بالدائن.

66 - كما قصد به المشرع من ناحية أخرى وضع حد للخلاف المسجل سواء بين غرف المجلس الأعلى أو بين غرف محاكم الاستئناف حول سلطة القاضي في تعديل التعويض المتفق عليه⁽⁵⁶⁾، وترجيح الاتجاه الذي يعترف للقضاء بهذه السلطة على الاتجاه الذي لا يعترف له بها.

(55) المنفذ بظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 345-93-1 صادر في ربيع الأول 1414 هـ (10 شتنبر 1993) المتعلق بتتيمم الفصل 246 من قانون الالتزامات والعقود. (ج.ر.عدد 4222 وتاريخ 1993/09/29 ص 1832). انظر حوله دراستنا بعنوان "قراءة في أهم التعديلات التي أدخلت على ظ. ل.ع: تعليق على القانون رقم 27.95 المتعلق بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)". منشور ضمن

الكتاب الرابع من "سلسلة المعرفة القانونية"، ص 111 وما بعدها
(56) انظر نماذج من هذه القرارات في الكتاب الرابع من "سلسلة المعرفة القانونية".

لكن الفقرة الثانية من المادة 435 علقته اللجوء إلى هذه المسطرة على استنفاد الوسائل الودية المنصوص عليها وجوبا في الاتفاق طبقا للمادة 433 التي جاء فيها : "تنص عقود الائتمان الإيجاري، تحت طائلة البطلان، على الشروط التي يمكن فيها فسحها وتجديدها بطلب من المتعاقد المكثري كما تتضمن تلك العقود كيفية التسوية الودية للنزاعات الممكن حدوثها بين المتعاقدين". وفي هذا الشرط حماية للمكثري الذي يتخلف عن أداء قسط أو اثنين في وقتها لصعوبات مالية قابلة للزوال.

ثانيا : القانون المطبق على التمويل بالكراء للعقار

63 - تنص المادة 434 من مدونة التجارة على أنه "لاتطبق على عقد الائتمان الإيجاري العقاري مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 18 من ربيع الآخر 1372 (05 يناير 1953) المتعلق بالمراجعة الدورية للسومة الكرائية للمحلات المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 02 شوال 1374 (24 ماي 1955) المتعلق بأكرية المحلات المعدة للتجارة والصناعة والحرف وكذا مقتضيات القانون رقم 6,79 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكثرين والمكثرين لمحلات السكنى أو المعدة للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 17 من صفر 1401 (25 ديسمبر 1980)".

وبناء على هذا النص يمكن القول بقابلية خضوع عقد التمويل بالكراء، سواء تعلق بعقار أو بمنقول، للقواعد العامة لعقد الكراء كما وردت في ظهير الالتزامات والعقود. لكن الشروط العامة التي استقرت عليها الممارسة التعاقدية تستبعد إخضاع العقد لهذه الأحكام العامة لعقد الكراء. وهو ما يجعلنا نعيد طرح مسألة طبيعة هذه الأحكام وما إذا كان يجوز الاتفاق على مخالفتها أم لا.

ثالثا : الشرط الجزائي

64 - غالبا ما تتضمن الشروط العامة التي استقرت عليها الممارسة التعاقدية جزاءات قاسية على المكثري كاشتراط فسخ العقد لعدم أداء قسط واحد من أقساط الأجرة، أو اشتراط أداء مبلغ مالي مرتفع للشركة - إما في شكل مبلغ جزافي أو في

وإذا كانت المادة 435 قد ذكرت العقار فقط، فإن المستقر عليه في القضاء قبل صدور المدونة هو تطبيق مثل هذا الحكم على المنقول أيضا تنفيذا لما تضمنه الاتفاق. وكذلك نص الفصل الثامن من ظهير 1936 على أنه "في حالة التخلف عن أداء قسط حل أجله فإن العقد يفسخ بكامل الحق بناء على مجرد طلب البائع (أو شركة التمويل) الذي يثبت عدم وفاء الشاري بالتزامه على يد قاضي الأمور المستعجلة وهذا الأخير يأمر باسترجاع السيارة ويعين خبيرا أو عدة خبراء لأجل تحديد قيمة السيارة يوم استرجاعها.

وإذا لم يرض أحد الأطراف بالمبلغ الذي حدده الخبير أو الخبراء يباشر بيع السيارة بالمزايدة العمومية.

فإن زادت قيمة البيع على الثمن المقدر قبوله من الأطراف، أو فاق مردود البيع مبلغ الدين كان الفارق الزائد لصالح الشاري وفي حالة العكس يبقى الناقص دينا على الشاري".

ومن جهة أخرى فقد نصت عليه أيضا الشروط العامة للتمويل بالكراء الذي يرد على منقول؛ إذ جاء في الفصل 16 منها ما يلي: "في حالة عدم نجاح مسطرة التسوية الودية المشار إليها في الفصل 14 أعلاه، يفسخ العقد الحالي بقوة القانون، إذا رغب المؤجر في ذلك، خمسة عشر يوما بعد أن يبعث برسالة مضمونة الإشعار مع الإيصال بالتسليم إلى العنوان المشار إليه من طرف المستأجر في هذا العقد أو إلى العنوان الذي بلغه هذا الأخير إلى المؤجر في حالة تغيير العنوان، ينذر فيها بأداء الكراء المتفق عليه أو أحد توابعه أو بتنفيذ إحدى الشروط العامة أو الخاصة للعقد الحالي، وإذا لم يتبع هذا الإنذار التنفيذ الكامل للالتزام غير المنفذ في هذا الأجل. وبناء على هذا الوصف يحق للمكتري أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي لاسترجاع المنقول بعد معاينة التخلف عن الأداء⁽⁵⁴⁾.

(54) وهو ما استقر عليه القضاء بالنسبة لفسخ التسيير الحر.

لكل أحكام العلاقة بين المتعاقدين فيه إحالة صريحة إلى أعمال ما استقرت عليه الممارسة التعاقدية في هذا الباب تطبيقا للمادتين الثانية والثالثة من مدونة التجارة.

وقد عملت شركات التمويل على تحيين "الشروط العامة" لتتكيف مع القانون الجديد. ولهذه الغاية تم إعداد ثلاثة نماذج موحدة هي : "عقد ائتمان إيجاري لمنقول"⁽⁵²⁾ و "عقد ائتمان إيجاري لعقار مشيد" و "عقد ائتمان إيجاري لعقار للتشييد". ويتضمن كل نموذج منها تنظيما مفصلا للعلاقة بين المتعاقدين ميزته الأساسية هي إذعان المكثري لشروط المكري. ولا يقتصر هذا الإذعان على الشروط التي يتضمنها العقد في ذاته بل يشمل أيضا الإجراءات التي يتعين اتباعها من طرف المستفيد من أجل الحصول على التمويل في إرطار عقد التمويل بالـكـراء⁽⁵³⁾.

61 - أما الأحكام التي نص عليها مشروع مدونة التجارة بخصوص العلاقة بين المكري والمكثري في هذا العقد فتتعلق فقط بحالة عدم أداء المكثري للمستحقات وبالقانون المطبق على العقد المتعلق بعقار. ويضاف إليها الحكم العام المتعلق بالشروط الجزائي الذي اعتمده المشرع المغربي في نفس تاريخ اعتماده للمدونة الجديدة للتجارة.

أولا : عدم أداء المكثري للمستحقات

62 - لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 435 من مدونة التجارة على أنه "في حالة عدم تنفيذ المكثري لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بأداء المستحقات الناجمة عن الإئتمان الإيجاري الواجبة الأداء، فإن رئيس المحكمة مختص بصفته قاضيا للمستعجلات للأمر بإرجاع العقار بعد معاينة واقعة عدم الأداء". وفي هذا تكريس لما ذهب إليه القضاء - وخاصة محاكم الدار البيضاء - من تمكين شركات التمويل من الاستفادة من المسطرة الاستعجالية لممارسة حقها في استرداد المال موضوع العملية.

(52) تجد نسخة منه في القسم الثاني من هذا الكتاب.

(53) انظر في دراسة هذه الشروط العامة قبل تحيينها مقالة الأستاذ مكوار التي تظل محتفظة بقيمتها بالرغم من قدمها.

Mohmed Ali MEKOUAR: "le contrat de crédit - bail dans la pratique marocaine" in R.J.P.E.M.n°2, p.37.

الكراء لمدة تفوق ثلاث سنوات، على أن يراعى فيه الشكل المنصوص عليه في القانون، وأن يشفع بالوثائق والمستندات المتعلقة بهذا العقد. وتقع على المحافظ مسؤولية التأكد من هوية الطرفين والتحقق من صحة الوثائق المدلى بها تدعيما لطلب القيد.

58 - وخلافا لما نص عليه المشرع بخصوص تقادم إشهار التمويل بالكراء للمنقول (الفقرة الأخيرة المادة 438)، فإن إشهار التمويل بالكراء للعقار لا يتقادم. وهذا مبدأ عام من مبادئ نظام الشهر العقاري في المغرب وفي غيره من الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني. لكنه يخضع لنظام التحيين المعتمد وذلك بتعديل تقييد العقار في اسم المكتري الذي يملك العقار عند انتهاء العقد أو بالتشطيب على التقييد في حالة الفسخ.

المطلب الثاني

العلاقة بين أطراف عملية التمويل بالكراء

59 - لم تتعرض مدونة التجارة لتنظيم جميع جوانب هذه العلاقات سواء ما يتعلق بتكوينها أو ما يتعلق بالحقوق والالتزامات الناتجة عنها. وكل ما فعلته هو أنها حددت المنقولات والعقارات موضوع هذه العملية (المادة 431)، وأحالت صراحة إلى الشروط التي ينبغي أن يتضمنها العقد تحت طائلة البطلان والمتعلقة بالفسخ والتجديد والتسوية الودية للنزاعات (المادة 433)، وبينت الآثار المترتبة عن عدم وفاء المكتري بالمستحقات الواجبة الأداء (المادة 435)، واستبعدت تطبيق القواعد المتعلقة بكل من كراء المحلات التجارية وكراء المحلات السكنية و المهنية غير التجارية على التمويل بالكراء العقاري (المادة 433).

60 - وبالإحالة إلى اتفاق الطرفين لتحديد الشروط التي تحكم العلاقة بينهما، أطلق المشرع العنان لمبدأ سلطان الإرادة مكرسا بذلك الطبيعة الإذاعانية لعقد التمويل بالكراء كما تبين لنا من خلال الشروط العامة التي تتضمنها نماذج العقود التي وضعها شركات التمويل خلال الثلاثين سنة الماضية. كما أن سكوته وإحجامه عن تقنين شامل

صبغة قانونية عقارية بطبيعتها أو بتخصيصها بمفهوم الفصل 6 و 7 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفوظة".

ثالثا : شهر التمويل بالكراء للعقار

55 - أما فيما يتعلق بشهر التمويل بالكراء المتعلق بعقار، وكذا كل تعديل ارتبط به، فقد أخضعه مشرع مدونة التجارة لظهير التحفيظ العقاري (المادة 441). وهذا يعني أن التمويل بالكراء لا يمكن أن يرد إلا على عقارات محفوظة.

وكان من الممكن اللجوء إلى هذا النوع من الشهر قبل صدور المدونة الجديدة للتجارة بتكليف عقد التمويل بالكراء عقد كراء تفوق مدته ثلاث سنوات تطبيقا للفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري. لكن نظرا لكون الغالب في الممارسة التعاقدية المغربية هو التمويل بالكراء للمنقول فلم نتبين من تلك الممارسة ما هي الإجراءات التي كانت تعتمد، وكل ما حوته نماذج العقود التي أعدتها شركات التمويل هو إلزام المكثري بتقييد لدى المحافظة على الأملاك العقارية لحق ملكية المكري/ الممول على الأشياء التي يمكن أن تكون لها صبغة عقار بطبيعته أو بالتخصيص بمفهوم الفصلين 6 و 7 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفوظة⁽⁵¹⁾.

56 - وإذا كان المشرع قد بين أن طلب الشهر بالنسبة للعملية المتعلقة بمنقول يكون بناء على طلب شركة التمويل (المادة 436)، فإنه بالنسبة للعقار لم يبين ذلك، وبالتالي يبقى لكل ذي مصلحة من الطرفين أن يطلب شهره عن طريق قيده في السجل العقاري، علما أن مشرع نظام التحفيظ لم يحصر من يحق له طلب القيد في السجل العقاري. وهذا ما نص عليه نموذجا العقدين المتعلقين بعقار المعتمدين حاليا من طرف شركات التمويل.

57 - ولم نهتد إلى معرفة النموذج المعتمد من طرف المحافظين في قيد هذه العملية في السجل العقاري، لعدم وجوده بعد. ولذا نرى أن يقاس على نموذج قيد عقد

(51) الفصل 6 من نموذج شركة "سوجلين" ونظيره من نماذج "وفاباي".

53 - أما بخصوص سجل إشهار عقد التمويل بالبراء فلم ينص المشرع بعد - بخلاف ما عليه الوضع بالنسبة للسجلين المذكورين - على الكيفية التي يمسك بها، ولا على من يراقبه هل هو القاضي أم كاتب الضبط. كما لم ينص على البيانات التي تقيد فيه وكيفية تقييدها والوثائق المدعمة له. ولم ينص كذلك على الرسوم القضائية التي تؤدي عنه، في الوقت الذي أفردت فيه مدونة التسجيل والتنبر بعض الأحكام الخاصة بتسجيله على التمييز فيها - فيما يتعلق بالعقود التي ترد على المنقول - بين تلك التي تبرمها البنوك وتلك التي تبرمها شركات التمويل. وهو تمييز لا وجود له فيما يتعلق بالتمويل بالبراء للعقار.

ولذلك نرى أن هذا السجل يحتاج إلى تنظيم خاص به يتطرق لتنظيم السجل في ذاته وللبيانات التي ينبغي أن تقيد فيه والعقود والأوراق التي يجب أن ترفق بطلب القيد. ولا بأس من الاسترشاد بالتنظيم الموجود في القانون الفرنسي المعتمد بقرار 04 يوليو 1972، علما أننا اقتبسنا عن القانون الفرنسي الكثير من أحكام شهر عقد التمويل بالبراء بما فيها إحداث هذا السجل الخاص؛ فالمواد من 436 إلى 440 من مدونة التجارة هي نسخة طبق الأصل للفصول من 1 إلى 8 من المرسوم الفرنسي عدد 71/665 المؤرخ في 04 يوليو 1972 باستثناء ما تعلق بتجديد التقييدات كل خمس سنوات المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 438 من مدونة التجارة ولا وجود له في النص الفرنسي المذكور.

4 - وبالإضافة إلى هذا النظام القانوني لشهر التمويل بالبراء للمنقول، احتفظت الشروط العامة لنموذج العقد الذي أعدته شركات التمويل ببعض عناصر النظام الاتفاقي الذي استقرت عليه الممارسة التعاقدية. فقد جاء في الفصل 18 منه ما يلي :

"18-2- يتعين كذلك على المستأجر أن يضع على المعدات لوحة تشير إلى أنها في ملك المؤجر. وإن هذه اللوحة وكل إشارة تتعلق بالتحقق من هذه المعدات، يجب الحفاظ عليها، بصفة دائمة، وأن تبقى بارزة وتقرأ بوضوح طيلة مدة الكراء".

"18-3- يتعين على المستأجر أن يقوم، عند الاقتضاء، على نفقته، بتقييد لدى المحافظة على الأملاك العقارية، لحق ملكية المؤجر على الأشياء التي يمكن أن تكون لها

50- وبعد أن بينت المادة 438 أن أثر تلك التقييدات يكون ابتداء من تاريخها، نصت فقرتها الثانية على أنه "يشطب على التقييدات إما بناء على إثبات اتفاق بين الأطراف وإما تنفيذاً لمقرر قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به".

51- ولا ينبغي - في نظرنا المتواضع - الخلط بين هذا السجل الخاص بعقود التمويل بالكراء وبين السجل التجاري. ولا يمكن اعتبار الأول فرعاً من الثاني، وإن كانا معاً وسيلتين من وسائل الشهر القانوني في الميدان التجاري. بل هو سجل خاص جديد أضافه المشرع إلى السجلين الذين تمسكهما كتابة الضبط. وهما السجل التجاري الذي اعتمد في المغرب منذ 1926 والسجل الخاص بشهر عقود رهن أدوات ومعدات التجهيز المحدث منذ سنة 1956 وأبقت عليه المدونة في الفصل 357 منها.

52- فقد وصف المشرع صراحة السجل المتعلق بشهر رهن أدوات ومعدات التجهيز بأنه سجل خاص un registre spécial (المادة 357 في صيغتها العربية والفرنسية)، وإن كانت تتبع في التقييد فيه نفس الكيفيات التي تعتمد في تقييد بيع ورهن الأصل التجاري في السجل التجاري (المادة 359). والدائن هو الملزم بالتصريح من أجل القيد في هذا السجل ووفق الكيفية المنصوص عليها في المادة 358. أما البيانات الواجب تضمينها فيه فهي التي نصت عليها المادة 359 والفقرة الأخيرة من المادة 360.

ومما يؤكد الطبيعة الخاصة لهذا السجل التقييد المزدوج الذي نصت عليه الفقرة الأولى المادة 360، أي في هذا السجل الخاص وفي السجل التجاري كذلك. جاء فيها ما يلي: "إذا كان المشتري مقيداً في السجل التجاري، قيد الرهن كذلك في السجل التجاري وفقاً لنفس الشروط الواجبة لتقييد رهن الأصل التجاري". وهو نفس ما سبق التأكيد عليه في الفقرة الثانية من المادة 357 مع بيان الجهة المختصة التي ينبغي أن يباشر لديها هذا التقييد؛ ف"إذا كان المشتري مقيداً في السجل التجاري بصفته ممارساً لنشاط صناعي أو تجاري، وجب أن يقيد هذا الرهن كذلك في السجل التجاري الذي تمسكه المحكمة المقيدة فيه مقاولته".

47 - أما بعد صدور المدونة الجديدة للتجارة فقد أصبح شهر التمويل بالكرء المنقول يتم بالقيد في "سجل مفتوح لهذه الغاية لدى كتابة الضبط التي تمسك السجل التجاري.. (و) هي تلك التي يكون المكثري مسجلا بصفة رئيسية في السجل التجاري الممسوك من طرفها، وإذا لم يكن مسجلا فكتابة ضبط المحكمة التي يستغل في دائرتها مؤسسته التي تعاقده لحاجياتها" (المادة 436).

48 - أما الطرف الملزم بالقيام بالشهر فأصبح هو المكثري أي مؤسسة التمويل بصراحة الفقرة الثانية من المادة 436؛ جاء فيها : "يتم هذا الشهر.. بناء على طلب من مؤسسة الائتمان الإيجاري في سجل مفتوح لهذه الغاية بكتابة الضبط التي تمسك السجل التجاري". وقد كانت الممارسة التعاقدية تلزم به المكثري⁽⁵⁰⁾.

49 - ونصت المادة 437 على وجوب شهر "التعديلات المدخلة على المعلومات المذكورة في طرة التقييد الموجود. وإذا كان التعديل يقتضي تغييرا في اختصاص كتابة الضبط، فإنه بالإضافة إلى ذلك يجب على مؤسسة الائتمان الإيجاري أن تقوم بنقل القيد المعدل إلى سجل كتابة الضبط المختصة".

والغاية من شهر التعديلات هي تحيين (mise à jour) هذا السجل باعتباره الوسيلة التي يتمكن بها من معرفة الوضعية الحقيقية للأموال موضوع عمليات التمويل بالكرء. ولتحقيق هذه الغاية نص المشرع أيضا على وجوب تجديد التقييدات كل خمس سنوات وإلا تقادمت (الفقرة الأخيرة المادة 438). وهو حكم شاذ في قانون التجارة المغربي، بمعنى أنه لا نظير له في الأحكام المتعلقة بالتسجيل في السجل التجاري باستثناء ما نصت عليه المادة 137 من مدونة التجارة بخصوص امتياز بائع الأصل التجاري أو الدائن المرتهن التي جاء فيها : "يحفظ التقييد الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه ويعتبر التقييد لاغيا إذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المدة؛ ويقوم كاتب الضبط بالتشطيب تلقائيا على التقييد إذا لم يقع تجديده".

(50) انظر الفقرتين 44 و 45 أعلاه.

- الإلتزام بوضع صحيفة تعرف بالمالك للمنقولات؛
- الإلتزام بأن يشعر بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل لجميع الدائنين بأن الآلات والمعدات هي في ملك المكري⁽⁴⁷⁾.
- 45 - وبالإضافة إلى هذا النظام الاتفاقي، وضع المشرع إجراءات خاصة بشهر شراء السيارات بالسلف إما من البائع مباشرة أو عن طريق تدخل طرف ثالث (غالبا مؤسسة ائتمان) يؤدي ثمنها بموجب ظهير 1936. وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي :
- تحرير عقد مكتوب طبقا للفصل الثالث؛
- التصريح بالعقد لدى مكتب التسجيل طبقا للفصل الرابع؛
- تسطير البطاقة الرمادية وتضمينها للمعلومات التي تعرف بالمالك.
- والشهر هنا شكلية نفاذ في مواجهة الغير. وقد حرص المشرع على التنبيه على هذا الأثر في عدة فصول من هذا الظهير كما في الفصول الرابع والخامس والسادس.
- 46 - وقد أضافت الممارسة التعاقدية إلى هذه الإجراءات عدة التزامات أخرى يتحمل بها المشتري من أجل إشهار حق احتفاظ الممول بملكية السيارة وأهمها :
- التزامه بأن يضع على السيارة فور تسلمها وبصفة واضحة علامة تثبت أنها ملكية خاصة للشركة الممولة⁽⁴⁸⁾؛
- التزامه، إن كان له دائنون سجلوا امتيازاً لهم على السجل التجاري، بأن يبلغهم برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل بأن السيارة ملك خاص للشركة الممولة وأنها لا تدخل في نطاق تطبيق امتيازهم، ويوجه تبليغا مماثلا لمصلحة السجل التجاري لدى كتابة الضبط المقيد بها⁽⁴⁹⁾.

(47) الفصل 6 من نموذج العقد الذي أعدته شركة "سوجلينز" وكذلك الفصل 6 من نموذج "فاباي".

(48) الفقرة رقم 5 من الفصل الثاني من نموذج العقد الذي وضعت شركة "دياك ليزنج".

(49) الفقرة 6 من نفس الفصل.

(1) أن تبين في حساب استغلالها كلا على حدة قيمة الأكرية المقابلة لتنفيذ العقود المتعلقة بالعمليات المذكورة:

(2) أن تقيم بملحق موازنتها وفي تاريخ حصر هذه الوثيقة وفي بند مستقل عن الموازنة يسمى "تعهدات التمويل بالإيجار"، المبلغ الإجمالي للأعباء الباقي تحملها تنفيذا للالتزامات المنصوص عليها في عقد واحد أو أكثر من عقود التمويل بالإيجار. يعاقب الإخلال بأحكام هذا الفصل بغرامة تتراوح ما بين 1000 و 5000 درهم".

43- ومن جهة أخرى فإن عقود التمويل بالكرء تخضع أيضا لنظام التسجيل الجبائي، وهو النظام الذي من شأنه أن يعطي للعقد تاريخا ثابتا طبقا للفصل 425 من ظل.ع. لكن إذا كانت عقود التمويل بالكرء التي تبرمها الأبنك تسجل مجانا استنادا إلى البند 3 من الفقرة الثالثة من القسم "ب" من المادة 98 من مدونة التسجيل والتبر، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعقود التي تبرمها شركات التمويل. لكن المشرع عاد في القانون المالي رقم 8.96 لسنة 1996-1997 وأضاف بندا جديدا يحمل رقم 19 إلى المادة المذكورة نص فيه على التسجيل المجاني لعقود التمويل بالكرء للعقارات التي تبرمها مؤسسات الائتمان بالمفهوم الذي حدده القانون البنكي لسنة 1993، أي بما يشمل الأبنك وشركات التمويل. ويبقى التمييز قائما بينهما فقط فيما يتعلق بعقود التمويل بالكرء للمنقولات. وهو تمييز منتقد من طرف المعنيين بالأمر⁽⁴⁶⁾.

ثانيا : شهر التمويل بالكرء للمنقول

44- قبل صدور المدونة الجديدة للتجارة لم يكن هناك نظام قانوني خاص بشهر عقود التمويل بالكرء للمنقول. وقد حاولت الممارسة التعاقدية أن تسد هذه الثغرة عن طريق إقرار نظام اتفاقي للشهر نصت عليه نماذج العقود التي أعدتها شركات التمويل. ويتمثل هذا النظام في إلزامين أساسيين يتحمل بهما المكثري أو المستفيد وهما :

(46) انظر بصفة خاصة الجمعية المهنية لشركات التمويل: "التقرير السنوي 1966"، مقدم إلى الجمعية العامة العادية بتاريخ 20 يونيو 1997، (بالفرنسية) ص. 24.

40 - وعليه، لا يحق لشركة التمويل أن تحتج في مواجهة الغير بالحقوق التي احتفظت بملكيتها بموجب عقد التمويل بالكراء إذا لم يتم شهر هذا العقد⁽⁴⁵⁾. ويبقى المستفيد أو المكري هو المالك المفترض للأموال محل العقد في نظر الغير حسن النية، أي الذي لا يعلم بتلك الحقوق، أما إذا كان على علم بها فإنه يحتج بها في مواجهته. ويقصد بالغير حسب المادة 440 من مدونة التجارة، دائنو المكتري المضمونة ديونهم برهون أو بامتيازات، وكذلك خلفه الخاص، أي الذين اكتسبوا حقوقا على الأموال محل عقد التمويل.

41 - وهكذا تمكن المشرع، بإقراره لنظام شهر عقد التمويل بالكراء، من تجاوز الكثير من المشاكل التي كان يطرحها إثبات هذا العقد والاحتجاج به في مواجهة الغير. فقد كان يصعب على هذا الأخير أن يعلم أن تلك الأموال مملوكة من طرف شركة التمويل وأن يد المستفيد عليها هي يد أمانة واستغلال فقط، وإذا باع هذا الأخير تلك الأموال لشخص من الغير فإنه يصعب على المالك إثبات ملكيته لها في مواجهة الغير حسن النية. ولم ينفع نظام الشهر الاتفاقي الذي أقرته الممارسة التعاقدية في التقليل من هذه الصعوبات.

42 - ولم تتعرض مدونة التجارة للإشهار المحاسبي (publicité comptable) لعقد التمويل بالكراء، بخلاف المشروع التمهيدي لقانون التجارة الذي كان ينص عليه في الفصل 405 منه، ورتب على عدم القيام به جزاءات جنائية هي عبارة عن غرامة مالية. لكن هذا المشروع التمهيدي لم يكن يتعرض للشهر القانوني للعقد. وكلا النصين (المشروع التمهيدي والنص النافذ) أخذ جزئيا من القانون الفرنسي. جاء في الفصل 405 المذكور ما يلي :

"يجب على المقاولات التجارية التي تلتجئ إلى عمليات التمويل بالإيجار عند شهر أو إبلاغ حسابات استغلالاتها العامة :

تلك العمليات". وهذه هي الغاية الأولى من عملية الشهر القانوني في ذاته. ويحق، تبعاً لذلك، لكل من أراد أن يطلع على السجلات المخصصة لهذه العملية وأن يستخرج منها شهادات بهذه الوضعية. وهذا ما نصت عليه المادة 439 من مدونة التجارة صراحة بالنسبة لعقد التمويل بالكراء للمنقول حيث جاء فيها: "يسلم كاتب الضبط لكل طالب نسخة أو مستخرجاً من حالة التقييدات". وهو ما نص عليه كذلك قانون التحفيظ العقاري المحال إليه في المادة 441 في كل ما يتعلق بإشهار التمويل بالكراء للعقار.

39- ونظراً لهذه الإمكانية التي تخولها نظم الشهر القانوني المعتمدة في المغرب، سواء تعلق الأمر بمنقول أو بعقار، فإن القضاء المغربي استقر على افتراض حصول علم الغير بالعقد الخاضع لهذا النظام أو ذاك بعد استنفاد إجراءات الشهر، وبالتالي ينتج العقد المشهر آثاره في مواجهة الغير ابتداءً من تاريخ شهره؛ أما إذا لم يتم شهره فلا يحتج به في مواجهة هذا الغير إلا إذا كان على علم بالحقوق المحتج بها في مواجهته.

وجاء في الفقرة الأولى من المادة 438 أنه "يسري أثر التقييدات التي تمت بصفة قانونية تطبيقاً للمواد السابقة ابتداءً من تاريخها". وأضافت المادة 440 أنه "إذا لم تنجز إجراءات الشهر المنصوص عليها في المواد السابقة، فإنه لا يمكن لمؤسسة الإئتمان الإيجاري مواجهة الدائنين أو ذوي حقوق المكترى المكتسبة بعوض، بالحقوق التي احتفظت بملكيتها، إلا إذا أثبتت أن المعنيين كانوا على علم بتلك الحقوق".

أما فيما يتعلق بالتمويل بالكراء للعقار، فلم يكتف المشرع بالإحالة إلى قانون التحفيظ العقاري، وإنما نص صراحة في المادة 442 على أنه "لا يواجه الأغيار بالعقد إذا لم يتم شهره". وبذلك استثناه من الحكم المنصوص عليه في الفصل 68 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله بظهير 25 غشت 1954؛ فبموجب هذا الفصل لا يجوز التمسك بعقود الأكرية التي لم يقع إشهارها، بتسجيلها في السجل العقاري، في مواجهة الغير لكل مدة تتجاوز ثلاث سنوات تحسب من اليوم الذي تنتج فيه أثرها.

الليزنج، عنصرا أساسيا من عناصر هذا الأخير⁽⁴⁴⁾. وهو المفهوم الذي تأثرت به اتفاقية أوطاوا في المادة الأولى منها حين عرفته ولم تجعل من الوعد بالبيع عنصرا أساسيا فيه (الفقرة الثانية من المادة الأولى). ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن الاتفاقية تطبق على جميع عقود التمويل بالكراء سواء تضمنت هذا العنصر أو لم تتضمنه.

المبحث الثاني أحكام عقد التمويل بالكراء

36 - فكرتان أساسيتان هيمنتا على مشرع القانون التجاري عند وضعه لأحكام التمويل بالكراء هما :

- 1 - حماية الغير، وجعلها أساسا لتفريع الأحكام المتعلقة بشهر عقد التمويل بالكراء؛
- 2 - احترام مبدأ سلطان الإدارة، وجعلها أساسا لتفريع الأحكام المنظمة للعلاقة بين أطراف عملية التمويل بالكراء.

المطلب الأول شهر عقد التمويل بالكراء

37 - يخضع عقد الليزنج لعملية شهر قانوني سواء تعلق بمنقول أو بعقار. وكل عقد لم يتم شهره لا يواجه به الأغيار. أما طرق الشهر فتختلف تبعا لما إذا تعلق الأمر بمنقول أو بعقار.

أولا : الغاية من الشهر

38 - لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 436 من مدونة التجارة على ما يلي :

تخضع عمليات الائتمان لشهر يمكن من التعرف على الأطراف وعلى الأموال موضوع

(44) انظر التعريف الذي أورده حسام الدين الصغير، م. س. ص. 12 و 14.

3 - عدم خضوعه للأحكام الخاصة بعقود الكراء سواء منها تلك المتعلقة بالمحلات التجارية أو تلك المتعلقة بالمساكن أو المحلات المهنية غير التجارية وذلك بنص القانون (المادة 434):

4 - كثيرا ما تستبعد الشروط العامة التي تتضمنها نماذج عقود التمويل بالكراء الخضوع لقواعد عقد الكراء.

خلاصة :

33 - و خلاصة القول، إن الاختلاف في التسمية يعكس لنا درجة استيعاب كل من الفقه والمشرع لهذا العقد نو الجذور الأجنبية. وهذا حال كل العقود المقتبسة عن الممارسة التعاقدية الأمريكية بالخصوص والمعروفة بعقود "ing" لدى الفرنسيين ("Les contrats en "ing"). ولذلك غالبا ما يسمون هذه العقود بأسمائها الإنجليزية إلى جانب ما ابتكروه لها من أسماء.

34 - وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن العقود الثلاث الأولى تشكل عناصر التمويل بالكراء بحيث أن تخلف أحدها يترتب عنه استبعاد تكييف العقد على أنه تمويل بالكراء⁽⁴²⁾. ومن ثم فأهم ما يميز المفهوم الفرنسي لعقد الـلينج هو ضرورة تضمينه وعدا بالبيع لفائدة المكتري وهذا ما نص عليه القانون صراحة (الفصل الأول من قانون 1966 كما وقع تعديله) وأكد عليه القضاء في عدة أحكام له.

وهو نفس المفهوم الذي تبناه القانون المغربي سواء في الظهير المتعلق بمؤسسات الائتمان (المادة 8) أو في القانون 15/95 المتعلق بمدونة التجارة (المادة 431). ولذلك عرب بعض الفقه العربي عقد الـلينج بـ "الإيجار المملك"⁽⁴³⁾.

35 - وبذلك فهو يتميز عن المفهوم الإنجليزي والأمريكي لهذا العقد حيث لا يعتبر الوعد بالبيع للمكتري، ولا حق هذا الأخير في تملك الشيء المكترى في إطار عقد

(42) Cass. com. 30/05/1989, G.P.II. 817 - R.T.D.Civ. 1990, P. 93 et note

(43) انظر خاصة إبراهيم دسوقي، م.س.ص.31.

الحالتين توجد عملية ائتمان توظف الكراء كضمانة؛ وبموجبه يظل الممول محتفظا بملكية الشيء طالما لم يؤد له الثمن بكامله. وفي كلا الحالتين أيضا هناك جمع بين عقد الكراء وعقد البيع، وخلال مدة الكراء يظل مستعمل الشيء مكتريا له وبانتهاء مدته يكون له الخيار في أن يصبح مالكا له بالشراء بعد أداء الثمن ولو كان رمزيا. والخلاف الوحيد بينهما هو أن الكراء الساتر للبيع يجمع بين طرفين متعاقدين هما البائع والمشتري في حين أن الثاني يضيف إليهما طرفا ثالثا هو مؤسسة الائتمان.

31- ولا شك أن هذا التشبيه موفق إذا نظر إليه من الزاوية الاقتصادية، لأنه يحتاج في كلا العقدين إلى عملية ائتمان مضمونة بشرط الاحتفاظ بالملكية عن طريق وصف العقد بأنه كراء. لكنه غير مقبول من الناحية القانونية، ذلك أن انتقال الملكية في الكراء الساتر للبيع يحدث تلقائيا واعتبارا من وقت تمام العقد، خصوصا وقد استقر القضاء المغربي وكذا بعض التشريعات العربية على اعتبار هذا العقد يعتبر بيعا مع تقسيط الثمن⁽⁴¹⁾. أما في عقد التمويل بالكراء فلا تنتقل الملكية إلى المستفيد إلا بعد ممارسته لحقه في خيار الشراء ومن هذا التاريخ. ولا ينبغي بعد ذلك الخلط بين التمويل بالكراء وبين عقد البيع الذي احتفظ فيه البائع بملكية المبيع إلى حين سداد الثمن، كما لا ينبغي الخلط بينه وبين عقد الكراء المتضمن شرط الوعد بالبيع.

32- وعموما فوصف الليزنج بأنه كراء لا يعدم الفوارق الموجودة بين هذا العقد وبين الكراء العادي المتمثلة فيما يلي :

- 1 - الأجرة في عقد الليزنج غالبا ما تكون مرتفعة بالقياس إلى نظيرتها في الكراء العادي، لأن الغرض منها في الأول هو أن تحسب في تحديد ثمن المنقول أو العقار عند تملكه من طرف المكتري؛
- 2 - يمنح عقد الليزنج للمكتري إمكانية تملك تلك العقارات أو المنقولات، بل غايته هي تمكينه من أن يصير مالكا لها أكثر مما هي تمكينه من الانتفاع؛

(41) انظر الفقرة 2 أعلاه.

النوع من الكراء⁽³⁴⁾. لكن هذا التكييف يصطدم بصراحة نص المادة 434 من مدونة التجارة التي جاء فيها : " لا تطبق على عقد الائتمان الإيجاري العقاري مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 18 من ربيع الآخر 1372 (05 يناير 1953) المتعلق بالمراجعة الدورية للسومة الكرائية للمحلات المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 02 شوال 1374 (24 ماي 1955) المتعلق بأكرية المحلات المعدة للتجارة والصناعة والحرف وكذا مقتضيات القانون رقم 6.79 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكرين والمكترين لمحلات السكنى أو المعدة لاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 17 من صفر 1701 (25 ديسمبر 1980)".

29- أما القضاء في فرنسا فله مواقف متباينة. فالقضاء الجنائي اعتبره عقد كراء وبالتالي طبق عليه الفصل 408 من القانون الجنائي المتعلق بخيانة الأمانة⁽³⁵⁾. ويذهب القضاء المدني الفرنسي إلى أن العملية لا تعتبر كراء نظرا للفوارق الموجودة بين العقدين، وبالتالي لم يطبق عليه القواعد المتعلقة بعقد الكراء التجاري⁽³⁶⁾. أما القضاء التجاري فقد استقر منذ البداية على أن عقد الكراء يعتبر الإطار القانوني المناسب لضمان حق ملكية المكثري للمعدات محل عقد الـليزنج⁽³⁷⁾، وأنه بالرغم من أن العقد هو عملية تمويل فإن عقد الكراء يظل هو خاصيته الأساسية⁽³⁸⁾، لكن عناصره تميزه عن الكراء العادي⁽³⁹⁾.

30- وبالنظر إلى هذه الفوارق بين الكراء وبين التمويل بالكراء، ذهب بعض الفقه الفرنسي⁽⁴⁰⁾ إلى تشبيه هذا العقد بالكراء الساتر للبيع (Location-Vente). ففي كلا

(34) مختار بكر: العقود التجارية الجديدة في مدونة التجارة، عرض مقدم لندوة المدونة الجديدة للتجارة التي نظمتها المركز للدراسات القانونية، الرباط 05 يوليوز 1996، ص.50.

(35) Cass. crim. 14/02/1979, G.P. II.P.403-cass. crim. 22/11/1979 D.inf. rap. p.215.

(36) Cass. civ. 03 et 10 juin 1980 J.C.P. II. 19655 et in R.T.D. Civ. p. 566.

(37) T. com. LAROCHELLE 26/06/1964....II 14331 bis

(38) Cass. com. 04/07/1972 B.IV, p:213

(39) Cass. com. 14/04/1972 J.C.P. 1972 II, 17269

(40) Ph. MALAURIE et L.AYN ÈS, op. cit. 437/438.

أما الفائدة فتتمثل في جزء من الأجرة التي تدفع خلال مدة الكراء. لكن بعض القضاء الفرنسي⁽³¹⁾ رفض مثل هذا التكييف وذلك لاستبعاد تطبيق أحكام الربا الفاحش الواردة في قانون 1966/12/28. أما المشرع المغربي فقد اعتبر الليزنج عملية ائتمان بالمفهوم الذي حددته المادتان 3 و 4 من القانون البنكي.

ثانيا : من الناحية القانونية

26 - تستخدم النصوص المتعلقة بعقد الليزنج تسمية "الكراء" في وصف هذا العقد (المادة 8 من الظهير المتعلق بالنشاط البنكي والمادة 431 من مدونة التجارة والفصل 404 من المشروع التمهيدي)، كما تستخدم اسم "المكري" و "المكتري" في وصف طرفيه الرئيسيين. ولذلك يحق لنا أن نعتبره عقد كراء بنص القانون يتميز عن غيره من الأكرية الخاصة بموجب تضمينه وعدا بالبيع لمصلحة المكتري. وهو نفس الوصف الذي نصت عليه المادة الأولى من القانون الفرنسي لسنة 1966 والمادة الأولى من اتفاقية أوطاوا.

27 - وقد رتب بعض الفقه الفرنسي على ذلك تطبيق القواعد العامة لعقد الكراء الواردة في القانون المدني في غياب الاتفاق⁽³²⁾. وإذا كنا نرى أن هذا الرأي منطقي، خصوصا وأن المشرع لم يتضمن تنظيما خاصا للعلاقة بين المكري والمكتري في عقد التمويل بالكراء، فإننا نلاحظ أن الممارسة التعاقدية قد تجاوزت هذا التكييف وأقرت أخرى مخالفة لتلك التي تقتضيها العلاقة الكرائية⁽³³⁾.

28 - وقد اعتبر بعض الفقه المغربي التمويل بالكراء الذي يرد على العقارات المعدة لغرض مهني كراء لمحلات تجارية، ورتب على ذلك تطبيق القواعد الخاصة بهذا

Rouen 03/07/1970, D. 1971, p. 465.

(31)

(32) انظر من ذكروهم مالوري وأينس ص. 437 هامش 17.

(33) انظر نماذج العقود المعتمدة من طرف شركات التمويل، ستجدها تستبعد صراحة أو ضمنا أحكام ظ.ل.ع المتعلقة بعقد الكراء.

أما اللجوء إلى إظهار التصرف في صورة كراء فذلك فقط لضمان أداء ثمن تلك المنقولات أو العقارات الذي دفعه الممول. فلكي يضمن هذا الأخير استيفاء قروضه يظل محتفظا بملكية تلك الأشياء عن طريق تكييف العقد بأنه كراء. وهكذا فقد أضحي الكراء وحق الملكية من الضمانات الأساسية التي أفرزتها الممارسة التعاقدية إلى جانب الضمانات العينية والشخصية المعروفة⁽²⁹⁾.

24 - وقد ركزت جل التشريعات على الصفة التمويلية لعقد الليزنج. بل إن بعضا منها كيفه صراحة على أنه ضمانتة sûreté كما في القانون الأمريكي. أما القانون الألماني فقد ميز فيه بين الملكية القانونية propriété dite juridique وهي للممول/ المكري، والملكية الاقتصادية propriété économique وهي للمكري/المقترض⁽³⁰⁾.

25 - ويمكننا أن نذهب في تكييف الليزنج من الناحية الاقتصادية إلى القول بأنه قرض بفائدة وبضمانات جديدة.

فأما الضمانات فهي الاحتفاظ بالملكية وإضفاء صفة الكراء على العقد. وتدعيما لهذا التكييف، أنزل المشرع المكري منزلة الدائنين المضمونة ديونهم في حالة مواجهة المكري لصعوبات وخضوعه لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية، حيث أوجب على السنديك - بعد صدور الحكم بفتح المسطرة - أن "يشعر شخصيا الدائنين الحاملين ضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما" بأن يقدموا تصريحاً بديونهم وفقا للشكل وداخل الأجل المنصوص عليهما في القانون (انظر المواد 686 و 687 و 688 و 690). وبهذه الصفة أيضا فقد يُعينُ المكري كمراقب من طرف القاضي المنتدب ليساعده في مراقبة إدارة المقاوله ويساعد السنديك أيضا في أعماله (المادة 645).

(29) انظر بصفة خاصة إبراهيم دسوقي، م. س. وانظر كذلك العدد الخاص من "مجلة القضاء التجاري" حول "تطور قانون الضمانات" (بالفرنسية)

L'évolution du droit des sûretés R.J.C. 1982, a°26, n°2.

(30) انظر للمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة - El mokhtar BEY: La propriété: le crédit bail en- visagé comme une sûreté; in "L'évolution du droit des sûretés"; R.J.C. 1982, a°26, n°2, p. 48.

(431). أما القانون الفرنسي فقد عدد في الفقرة الثانية من المادة الأولى مجموعة من الصور يصير بها المكثري مالكا وهي "إما عن طريق التنازل تنفيذا لوعد انفرادي بالبيع من جانب المكثري، أو بشراء، مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، حق ملكية الأرض المقام عليها العقار أو العقارات المكثرة، أو بانتقال ملكية الأبنية المشيدة على الأرض التي تخص المكثري المذكور بقوة القانون".

وقد اكتفت العقود النموذجية التي أعدتها مؤخرا شركات التمويل بالمغرب بتنظيم الوعد بالبيع سواء ورد العقد على منقول⁽²⁵⁾ أو على عقار مشيد⁽²⁶⁾ أو للتشييد⁽²⁷⁾.

22 - رابعا : عقد الوكالة : بالإضافة إلى هذه العقود، وهي العناصر الأساسية في العملية، غالبا ما يوكل المكثري/الممول عنه المكثري ليقوم بعملية الشراء لحسابه، فيقوم هذا الأخير بتحديد واختيار ما يحتاجه من المنقول أو العقار فيشتريه ويتسلمه تحت مسؤوليته⁽²⁸⁾.

المطلب الثالث

التكييف الشامل لعقد التمويل بالكراء

يعتبر البحث عن العنصر الغالب في هذا العقد المختلط مفتاح تكييفه. ويتحدد هذا العنصر من زاويتين اقتصادية وقانونية.

أولا : من الناحية الاقتصادية

23 - يبدو اللينزج على أنه عملية تمويل *financement* يقوم بها الممول/المكثري لفائدة المكثري/المقترض بما يمكن هذا الأخير من التزود بما يحتاجه من تجهيزات ومعدات أو عقارات دون أن يضطر إلى تجميد رأس ماله أو جزء منه قد يكون في حاجة إليه أو يتكبد أعباء مالية ضخمة.

(25) انظر الفصل الثامن من النموذج المنشور بالقسم الثاني من هذا الكتاب.

(26) الفصلان 34 و 35 من النموذج المتعلق به.

(27) الفصلان 37 و 83 من النموذج المتعلق به.

(28) انظر تفاصيل هذا العقد في العقود النموذجية.

القانون الفرنسي. فقد أضاف هذا الأخير إلى أحكام التمويل بالكراء للمنقول بعض الأحكام المتعلقة بعملية الليزنج التي يكون محلها أصل تجاري، وهي تقريبا نفس أحكام عملية الليزنج التي يكون محلها منقول. جاء في الفقرة 3 من الفصل الأول من القانون الفرنسي كما وقع تميمه بموجب القانون رقم 86/12 بتاريخ 1986/10/06 والقانون رقم 89/1088 بتاريخ 1988/12/31 ما يلي : "عمليات كراء الأصل التجاري أو مقاوله الصناعة التقليدية أو أحد العناصر المعنوية لهما التي تتضمن وعدا من المالك بالبيع في مقابل ثمن يتفق عليه مع الأخذ بعين الاعتبار عند تقديره، ولو بصورة جزئية، الأقساط الكرائية التي سددت ما لم يكن قد سبق للمكتري تملك الأصل التجاري أو مقاوله الصناعة التقليدية". لكن يحكي لنا الفقه الفرنسي أن الممارسة التعاقدية قد تجاوزت تمديد الليزنج إلى كراء الأصول التجارية⁽²⁴⁾.

ثالثا : تمكين المكتري من أن يصير مالكا

20 - أي نقل ملكية العقار أو المنقول محل عملية الليزنج إلى المكتري عند انتهاء أجل الكراء أو في تاريخ يتفق عليه مع المكتري/الممول. وتفيد صياغة المادة 431 أن الغاية من هذه العملية برمتها هي "تمكين المكتري من التملك" أيا كان تكييف تلك العملية.

وبذلك فهو يختلف عن عقد الكراء المقرون بوعد بالبيع والذي يعتبر كراء أصلا ولا ينقلب بيعا إلا عند ممارسة المستفيد لحقه في خيار الشراء ولا تنتقل إليه الملكية إلا ابتداء من هذا التاريخ.

ويكون تملك المكتري للمنقول مقابل ثمن متفق عليه بين الطرفين يراعى في تقديره جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء (الفقرة الأولى من المادة 431 من مدونة التجارة والمادة الأولى من القانون الفرنسي).

21 - أما بالنسبة للعقارات فقد اكتفت صياغة المادة 431 بالنص على أن يُمكن الاتفاق المكتري من أن يصير مالكا عند نهاية مدة الكراء. ولا شك أنها تركت للمتعاقدين حرية الاتفاق على الكيفية التي يصير بها المكتري مالكا (الفقرة 2 من المادة

الصيغة النهائية لقانون التجارة (المادة 435)، وتأثرا منها بالقانون البنكي لسنة 1993 (المادة 8)، جعلته شاملا للمنقولات والعقارات. وهو نفس الموقف في القانون الفرنسي (المادة 1). إلا أن هذا الأخير يتميز عن القانون المغربي بفكرتين هما :

18 - الأولى - تحديد طبيعة المنقولات المادية محل التمويل بالكرء؛ ففي الوقت الذي اكتفى فيه المشرع المغربي بذكر "السلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات"، نلاحظ أن القضاء الفرنسي اشترط أن تكون تلك المنقولات لازمة لممارسة حرفة أو صناعة، أي أن تكون معدة لغرض حرفي. وبتطبيق هذا المعيار يتعين استبعاد المنقولات الاستهلاكية مثلما يتعين استبعاد المنقولات غير المعدة لغرض مهني كتمويل شراء سيارة مثلا⁽¹⁹⁾. أما شراء سيارة سياحية معدة للاستعمال المهني فيمكن أن يكون محل عقد تمويل بالكرء⁽²⁰⁾. وهو نفس الضابط الذي اعتمده اتفاقية أوطاوا حين استبعدت من نطاق تطبيقها تمويل شراء المعدات التي يستعملها المكثري بصفة رئيسية لأغراض الشخصية أو العائلية أو المنزلية⁽²¹⁾.

وإذا كان المشرع المغربي قد نظم بموجب ظهير 1936 بيع السيارات بالسلف⁽²²⁾ وكيفه عقد بيع احتفظ فيه البائع أو الممول بملكية السيارة، فإن شركات التمويل استطاعت أن تطوع هذا النص؛ فهي في الوقت الذي تستند فيه إليه في تعاقدها مع المستهلك نراها تكيف العقد بأنه "كرء" أو "سلف/كرء" ولا تكيفه بيعا⁽²³⁾.

19 - الثانية - لقد اكتفى المشرع المغربي بذكر المنقولات المادية فقط دون المنقولات المعنوية التي أصبحت منذ 1986 قابلة لأن تكون محل عقد تمويل بالكرء في

(19) Monntpelier 22/01/1975 D.1976;S.47.

(20) CASS. com. 15/12/1975; D. 1976 p. 407.

(21) جاء في الفقرة الرابعة من المادة الأولى منها ما يلي: تنظم هذه الاتفاقية جميع عمليات التمويل بالكرء التي تتعلق بجميع المعدات باستثناء تلك التي تستخدم بصفة رئيسية من طرف المكثري لأغراض الشخصية أو العائلية أو المنزلية.

(22) انظر ترجمتنا لهذا النص بالقسم الثاني من هذا الكتاب.

(23) انظر بصفة خاصة نموذج العقد الذي أعدته شركة DIAC LEASING. وانظر كذلك النموذج الجديد الذي أعدته شركات التمويل بالكرء في ضوء مدونة التجارة، وخاصة الفصل السابع منه، وعنوانه "مقتضيات خاصة تطبق على العربات". انظره في القسم الثاني من هذا الكتاب.

ولذلك لا يمكن لأي شركة تمويل أن تقوم بعمليات التمويل بالكراء إلا بعد حصولها على رخصة الاعتماد من وزير المالية وفق الشروط والمسطرة المحددين في المادة 21 وما بعدها من القانون البنكي. وقبل ذلك يمنع عليها القيام بهذه العمليات؛ بل لقد نص مشروع القانون البنكي في المادة 80 منه على أنه "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 10 000 إلى 1 000 000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص عامل لحسابه الخاص أو لحساب شخص معنوي يقوم اعتياديا بالعمليات المحددة في المواد من 1 إلى 4 أعلاه من غير أن يكون معتمدا بصفة قانونية كمؤسسة ائتمان." ولا يمنع عليها القانون، أو على غيرها، إبرام عقود كراء مساكن يكون للمكثري فيها خيار شرائها" (المقطع الثاني من الفقرة الثانية من المادة 80) ولا تدرج هذه العقود ضمن مفهوم الـليزنج الذي تمارسه شركات التمويل المعتمدة كمؤسسات ائتمان⁽¹⁸⁾.

وقد عهد المشرع إلى بنك المغرب بمراقبة مختلف مؤسسات الائتمان في الشكل الذي حددته المادة 4 وما بعدها من القانون البنكي. وقد أعطاه المشرع الحق في اتخاذ العقوبات التأديبية التي قد تصل إلى حد سحب رخصة الاعتماد طبقا للمادة 77 من القانون البنكي.

ثانيا : عقد الكراء

16 - وهو العقد الذي يربط المكري/الممول بالمكثري/المقترض، بمقتضاه يكري الأول للثاني المنقولات أو العقارات التي يحتاجها لممارسة نشاطه والتي لا يستطيع الحصول عليها لعدم توفره على كل ثمنها أو على بعضه، مقابل أداء أجرة غالبا ما تكون مرتفعة، لمدة محدودة هي غالبا العمر الافتراضي للتجهيزات وغيرها من المنقولات والعقارات.

17 - وقد كان المشروع التمهيدي لقانون التجارة يحصر هذه الأموال في المنقولات فحسب (المادة 404) مراعاة لما استقرت عليه الممارسة المغربية. لكن

(18) وهذا هو الذي عليه الوضع في القانون الفرنسي.

الأولى من المادة 431 من مدونة التجارة، والفقرة الأولى من المادة 8 من القانون البنكي)، فقد نص فيما يتعلق بالتمويل بالكراء الذي يرد على عقار على أن المكري يمكنه أن يشتري العقار المهني من الغير أو أن يكون هو الذي بناه لحسابه (الفقرة الثانية من كل من المادتين المذكورتين). فالمكري لا يملك في الغالب مثل هذه التجهيزات وإنما بشرائها في كل مرة يقدم فيها على عملية ليزنج.

15 - وغالبا ما يكون المكري شركة متخصصة في التمويل. ولذلك أخضعها المشرع للقانون الذي يطبق على "مؤسسات الائتمان". فبعد أن عرفت المادة الأولى من القانون البنكي مؤسسات الائتمان⁽¹⁶⁾، جاءت المادة العاشرة لتبين أن هذه المؤسسات تشمل البنوك وشركات الائتمان⁽¹⁷⁾.

والغاية من إخضاع شركات التمويل للقانون المطبق على مؤسسات الائتمان هي إخضاعها لمراقبة السلطات المالية المختصة، لاسيما بعد أن انتشر هذا النوع من الشركات وأصبح مختصا في التمويل بالكراء وفي غيره من القروض المعدة لشراء مواد الاستهلاك.

(16) جاء في المادة الأولى من القانون البنكي ما يلي: «يعتبر مؤسسة للائتمان كل شخص معنوي يحترف

اعتياديا إحدى العمليات التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور;

- توزيع الائتمانات;

- وضع مختلف وسائل الدفع رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها».

(17) جاء في المادة 10 من القانون المذكور ما يلي: «تشمل مؤسسات الائتمان البنوك وشركات التمويل.

ويمكن أن تقوم البنوك بجميع العمليات الوارد بيانها في المواد من 1 إلى 6 من ظهيرنا الشريف هذا، ويسمح لها وحدها أن تتلقى من الجمهور أموالا لسحبها عند الطلب أو لأجل يساوي سنتين أو يقل عن ذلك.

ولا يمكن أن تقوم شركات التمويل إلا بالعمليات الوارد بيانها في المواد من 1 إلى 6 من ظهيرنا الشريف هذا التي تنص عليها قرارات الاعتماد المتعلقة بها أو في النصوص التشريعية أو التنظيمية الخاصة بها، وعلاوة على ذلك لا يجوز للشركات المذكورة في أي حال من الأحوال أن تتلقى من الجمهور أموالا لسحبها عند الطلب أو لأجل يقل عن سنتين أو يساويهما».

12- وهكذا، فقد غدا هذا العقد منظما ومسمى في التشريع المغربي كما في غيره من التشريعات الأجنبية، مما قد يدفع البعض إلى الاعتقاد بأن تحديد طبيعته القانونية لم تعد تحتل أهمية قصوى. ولكن الأمر على خلاف ذلك للسببين التاليين :

1 - فمن جهة نلاحظ أن مشروع مدونة التجارة لم ينظم العلاقة بين أطراف عقد الـليزنج، بخلاف ما سارت عليه اتفاقية أوطاوا Ottawa حيث خصصت سبع مواد (من 7 إلى 14) لتنظيم حقوق والتزامات الأطراف، مما يجعل من التكيف عملية قانونية ضرورية لتفريع الحلول للمشاكل التي لم يتناولها الاتفاق بين الأطراف.

2 - ومن جهة أخرى فإن هذا العقد وإن أضحى عقدا مسمى ومنظما من طرف المشرع، فإنه يبقى عملية مركبة من عدة عقود تكون في مجموعها كلا غير قابل للتجزئة ومستقلا بذاته و متميزا على كل تلك العقود المكونة له التي تبقى مستقلة عن بعضها البعض فيما يتعلق ببعض أثارها. ولذلك فهو يرفض إخضاعه لعملية التكيف التوزيعي وإنما يتعين البحث عن العنصر الغالب فيه من أجل إعطائه تكييفًا شاملا.

المطلب الثاني

العقود التي يتكون منها التمويل بالكراء

13 - تتكون عملية التمويل بالكراء من عدة عقود تمثل عناصرها الأساسية، ويتداخل فيها عدة أفراد. فهناك عقد شراء من أجل الكراء، وهناك عقد كراء محدد لمدة، واتفاق على تمكين المكثري من أن يصير مالكا عند انتهاء مدة الكراء، وتضاف إليها غالبا نيابة المكثري عن المكري في شراء التجهيزات وتسلمها. أما الأطراف فهم ممول يكون مكريا، ومستفيد من القروض التي يمنحها الممول يسمى مكثريا، ومورد أو صانع يشتري منه الممول المنقول أو العقار موضوع الـليزنج.

أولا : عقد الشراء من أجل الكراء

14 - وهو العقد الذي يربط المكري/الممول بالمورد أو الصانع يشتري بمقتضاه الأول من الثاني المنقولات أو العقارات التي سيكريبها في إطار عقد الـليزنج. وإذا كان المشرع لم ينص على ذلك صراحة بالنسبة للتمويل بالكراء الذي يرد على منقول (الفقرة

4) يحفظ عقد الكراء للمكثري صلاحية شراء كل أو بعض هذه المعدات عند نهاية العقد وفق ثمن متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار ولو جزئيا، الأداءات التي تمت برسم الكراء. (الفصل 404).

أما الصيغة النهائية لمدونة التجارة فقد تبنت نفس التعريف والتحديد الذين جاء بهما القانون البنكي لسنة 1993 حيث أصبح العقد يرد على العقار أيضا. وهذه صيغته: "يعد عقد ائتمان إيجاري وفق مقتضيات المادة 8 من الظهير الشريف رقم 1.93.147 الصادر في 15 محرم 1414 (6 يوليوز 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها :

1 - كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكثري، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء (الائتمان الكرائي للمنقول)؛

2 - كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض مهني، تم شراؤها من طرف المالك أو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية، كيفما كان تكييفها، أن تمكن المكثري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكراة على أبعد تقدير عند انصرام أجل الكراء (الائتمان الإيجاري العقاري)".

11 - وقد استفاد المشرع المغربي كثيرا من القانون الفرنسي سواء في تعريف العقد أو في تنظيم إشهاره كما تكشف عن ذلك الدراسة المقارنة بينهما. وهو ما صرحت به أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من أن صانعيه "استندوا في هذا التنظيم) إلى التشريع الفرنسي والبلجيكي من جهة، وعلى ضوء الواقع العملي المغربي من جهة ثانية"⁽¹⁵⁾. لكن الاقتباس كان محدودا في هذا المشروع التمهيدي بخلاف ما قام به واضعوا المشروع النهائي الذي كان من بينهم فرنسيان.

(15) م.س. ص. 38.

دفع مشروع مدونة التجارة إلى التخلي عن هذا التعريب السليم والانحياز إلى التعريب الذي سبق أن اعتمده القانون المتعلق بالنشاط البنكي (ظهير 06 يوليوز 1993) في المادتين 3 و8 أي "الائتمان الإيجاري" وهي الترجمة الحرفية للمصطلح الفرنسي. وهي ترجمة معيبة. ومردها إلى كون القانون المتعلق بالنشاط البنكي وضع أولا باللغة الفرنسية تم ترجم بعد ذلك إلى اللغة العربية. وخلال هذه العملية تم إغفال مصطلحات مغربية، مثلما تم تعريب بعض المصطلحات الدخيلة على لغة القانون عندنا بكيفية غير دقيقة. فقد ترجم مصطلح la vente à réméré إلى "بيع الوفاء"، وهي ترجمة صحيحة، لكن المصطلح ليس مغربيا إذ يعرف عندنا بـ "بيع الثنيا" في حين يعرف عند الأحناف وكذا عند المشاركة بالمصطلح الأول. وقد سبق أن رأينا أنه عرب مصطلح Leasing بـ "الائتمان الإيجاري"، وترجم مصطلح Engineering وبالفرنسية l'Ingénierie Financière إلى "الدراسات المالية". ومن جهة أخرى، استعمل مشروع القانون البنكي لترجمة مصطلح affacturage تارة "شراء الفاتورات" (المادة 9) وتارة أخرى "بيع الفاتورات" مع أن البائع في هذا العقد دائما هو الزبون وليس مؤسسة الائتمان. وهناك من ترجمها إلى "البيوعات بالمراسلة"⁽¹⁴⁾، أما في الممارسة المغربية فيعرف بـ "خصم الديون".

10 - وقد كان المشروع التمهيدي لقانون التجارة يعرف "التمويل بالإيجار (بأنه)

كراء يتميز بالخصائص التالية :

- 1) يتعلق بأنوات تجهيز تخصص من طرف المكثري لغايات مهنية فقط؛
- 2) تشتري هذه المعدات بقصد الإيجار من طرف المكثري الذي يبقى مالكا لها؛
- 3) يحدد ثمن الكراء بكيفية تمكن من استهلاك قيمة الشيء المكثري حسب مدة العقد؛

(14) تقرير السيد وزير التجارة، م.س. م. ص. 106.

المبحث الأول التعريف بعقد التمويل بالـكـراء

يقتضي منا الجواب على السؤال الأول تحليل ثلاث مسائل هي :

- تسمية العقد؛
- العقود التي يتكون منها؛
- التكيف الشامل للعقد.

المطلب الأول تسمية العقد

10 - لقد عرب البعض Le Leasing "بعقد التجهيز الائتماني" أو "عقد التمويل الائتماني"⁽¹¹⁾، وعربه البعض الآخر بـ "الإيجار التمويلي"⁽¹²⁾ وعربه فريق ثالث بـ "الإيجار المالي"⁽¹³⁾. في حين عربته مدونة التجارة في نسختها التي صادقت عليها اللجنة البرلمانية بالإجماع بتاريخ 96/03/14 بـ "التمويل بالـكـراء" في العنوان، أما في ثنايا المواد فقد استعملت إسم "الائتمان الكرائي". أما المشروع التمهيدي لمدونة التجارة الموضوع سنة 1988 فقد استعمل مصطلح "التمويل بالإيجار". لكن النسخة التي نشرتها الجريدة الرسمية استخدمت مصطلح "الائتمان الإيجاري" في العنوان وفي ثنايا المواد. أما النسخة الفرنسية فقد استخدمت مصطلح Crédit-bail في حين كان واضعو النسخة الفرنسية من المشروع التمهيدي قد فضلوا الاحتفاظ بالتسمية الإنجليزية لهذا العقد أي Leasing.

9 - ونحن نفضل المصطلح الذي وضعه صانعو المشروع التمهيدي أي "التمويل بالـكـراء" أو "التمويل بالإيجار" بالرغم من أن منطق الانسجام بين النصوص هو الذي

(11) انظرها لدى إبراهيم دسوقي، م.س.ص. 31 وما بعدها.

(12) انظر خاصة حسام الدين عبد الغني الصغير : "الإيجار التمويلي"، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.

(13) انظر المختار بكور، م.س.

6 - وقد تلت الممارسة المغربية عددا من العقود ذات الأصول الأنجلوأمريكية كعقد "شراء الفاتورات" Factoring (Afacturage)، ويسمى أيضا "خصم الديون"، وعقد "الترخيص" أو "السماح" franchising (franchise)، وعقد "التمويل بالبراءة" (Crédit-bail) Leasing. وبدأ التعامل بهذا العقد بالمغرب منذ منتصف الستينات حين انشئت سنة 1965 شركة خاصة لذلك هي Maroc leasing ثم تناسلت هذه الشركات وكثرت فيما بعد⁽⁹⁾.

ولم ينظم المشرع المغربي من هذه العقود إلا العقد الأخير؛ فبعد ثلاثين سنة من الممارسة⁽¹⁰⁾، جاءت مدونة التجارة وخصصت له القسم الخامس من الكتاب الرابع المتعلق بالعقود التجارية (المواد من 431 إلى 442)، سواء تعلق هذا العقد بمنقول أو بعقار في الوقت الذي كان فيه المشروع التمهيدي قد اقتصر على التمويل بالبراءة المتعلق بمنقول فقط.

7 - سنقوم في هذا البحث بتحليل الأحكام التي جاءت بها المدونة، محاولين الإجابة على سؤالين أساسيين هما : كيف استوعب المشرع هذه التقنية المقتبسة عن الممارسة الأجنبية؟ وإلى أي حد استجابت الأحكام التي جاءت بها المدونة للمشاكل التي طرحها التعامل بعقد التمويل بالبراءة خلال الثلاثين سنة الماضية.

وتبعا لذلك سنقسمه إلى مبحثين نعرف في الأول بعقد التمويل بالبراءة ونخصص الثاني لمناقشة أحكامه المسطرة في المدونة.

(9) وقد وصل عدد شركات التمويل المتخصصة سبع، هي : DIACLEASING; ITERLEASING; MAGHREBAIL; MAROC LEASING; SOGELEASE; UNION BAIL et Wafa BAIL انظر بصفة خاصة الجمعية المهنية لشركات التمويل : "التقرير السنوي 1996"، مقدم إلى الجمعية العامة العادية بتاريخ 20 يونيو 1997، (بالفرنسية) ص. 40.

(10) أنظر في تقدير هذه الممارسة :

Mohamed Ali MEKOUAR : "Le contrat de crédit-bail dans la pratique marocaine" in R.J.P.E.M. n° 2, p. 37.

Laïla ZOUHRI; propos sur la pratique du crédit-bail au Maroc; in hommage à Ahmed EL YOUSFIEL BARKI; R.M.D.E.D.; n°34, 1994; p.7.

يحدده هذا الأخير، وتؤجر تلك المعدات وغيرها للمستفيد خلال المدة المتفق عليها دون أن تكون الشركة ملتزمة بما يفرضه عقد الكراء⁽⁶⁾.

4 - وقد انتقلت هذه التقنية إلى فرنسا سنة 1962، أي عشر سنوات بعد ظهورها في أمريكا، عن طريق شركة LOCA FRANCE (وهي شركة فرنسية أحدثت خلال هذه السنة غرضها هو التمويل بالكرء). وبعدما استقرت عليه الممارسة التعاقدية هناك، نظمها المشرع الفرنسي بموجب قانون 02 يوليوز 1966 تلتها عدة نصوص أخرى تشريعية وتنظيمية مكملة له⁽⁷⁾.

ولم يحتفظ له المشرع الفرنسي بنفس المفهوم الذي استقرت عليه الممارسة الأنجلوأمركية حيث غدا وسيلة للتملك أيضا فضلا عن كونه تقنية لتمويل المشروعات التجارية. كما لم يحتفظ له بنفس الاسم حيث سماه Crédi-Bail عوض ما استقرت عليه الممارسة في السابق من تسميته بـ Location financière.

5 - وانتقلت هذه التقنية أيضا إلى غيرها من الدول الأوروبية؛ بل لقد غدا التمويل بالكرء تقنية عالمية اقتضت تنظيما دوليا موحدًا - يتجاوز الاختلافات الموجودة بين التشريعات الوطنية المتعلقة بهذا العقد - بموجب الاتفاقية الدولية التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص Unidroit والمؤرخة في 28 ماي 1988 والمعروفة باتفاقية أوطاوا Ottawa⁽⁸⁾.

(6) وتعرف الممارسة الأمريكية عدة صيغ لهذه التقنية من تقنيات التمويل هي: FINANCIAL LEASE; LEVERAGED LEASE; OPERANTING LEASE; انظر لمزيد من التفاصيل : Christiane DOSSE : Le leasing (crédit-bail) aux États-Unis; Techniques Bancaire; n° 349, mars 1976, p. 296.

(7) الأمر رقم 67-837 بتاريخ 1967.09.28 ويتعلق بالتمويل بالكرء العقاري؛ - المرسوم رقم 72-665 بتاريخ 1972.07.04 والقرار الوزيري الصادر في نفس التاريخ ويتعلقان بإشهار عقد التمويل بالكرء،

- القانون رقم 84-46 بتاريخ 1984.01.24 ويتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها؛ - القانون رقم 86.12 بتاريخ 1986.01.06 ويتعلق بتمديد أحكام التمويل بالكرء للمنتقل إلى الأصول التجارية وأصول مؤسسات الصناعة التقليدية.

(8) انظر حولها المختار بكرور : قراءة لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار المالي الدولي (أوطاوا 28 ماي 1988)، م.م.ق.ق. التنمية، عدد خاص بتكريم الأستاذ المرحوم أحمد اليوسفي البرقي، عدد 34، 1994 ص 103 وما بعدها.

وتقنيه هذه الممارسة هي أن يتفق البائع والمشتري على أن يظهر عقدهما في صورة كراء، فيظهر البائع في صورة المكري، والمشتري في صورة المكترى، ويتفقان على أن يدفع الطرف الثاني للأول أجرة مقابل الانتفاع بالشيء المكترى بحسب جزء منها قسما من الثمن لمدة معينة تنتقل عندها ملكية الشيء إلى المكترى، أو قد يتفقان على أن هذا الأخير لا يصبح مالكا للشيء إلا بعد دفع مبلغ إضافي إلى مجموع الأقساط.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد اختار لها منهج التكييف التوزيعي⁽²⁾، فإن القضاء المغربي اختار لها منهج التكييف الشامل واعتبرها كراء⁽³⁾، وهو نفس الموقف الذي اعتمده القانون المصري⁽⁴⁾ وغيره من القوانين⁽⁵⁾.

3 - أما الصورة الثانية فقد ظهرت في أمريكا حوالي 1952 كتقنية للتمويل تتيح للمستفيد الحصول على ما يحتاجه من معدات وتجهيزات وغيرها عن طريق التزام شركة ائتمان بشراء تلك المعدات وغيرها مما يحتاجه المستفيد من الصانع أو المورد الذي

Ph. MALAURIE et L. AYNÈS : Les contrats spéciaux; éd. 1994/1995; p. 431. (2)

(3) "إذا تضمن العقد بندا يقضي بأن مكترى الشيء موضوع العقد سيصبح مالكا له بعد دفع عدد من الأقساط الدورية، فإن العقد يعتبر بيعا، أما الوصف الظاهر له بأنه كراء والذي أعطاه له الطرفان فليس سوى وسيلة لزيادة ضمان البائع، ولا يهم تمسك المكترى بهذا الشرط مادام يستنتج من اتفاق الطرفين أن نيتهما انصرفت إلى إبرام عقد البيع" (المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء G.T.M. 1933.07.10 سنة 1933 عدد 454 ص 321).

(4) جاء في المادة 430 من القانون المدني المصري :

1- "إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه...

3- وإذا وقيت الأقساط جميعا، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.

4- وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا".

(5) ولقد وافقت على التكييف، الذي اعتمده المشرع المصري، القوانين المدنية العربية التي تأثرت به كالقانون السوري (المادة 398) والقانون الجزائري (المادة 363) والقانون العراقي (المادة 534). ولم تفصح عن هذا التكييف المادة 464 من القانون المدني الكويتي والمادة 487 من القانون الأردني والمادة 450 من مشروع القانون المدني العربي الموحد. غير أن المادة 140 من قانون التجارة الكويتي (قانون رقم 68 لسنة 1980) تخضع هذا العقد لأحكام البيع بالتقسيط حتى ولو سماه طرفان كراء.

التمويل بالكراء

أحمد ادريوش (*)

1 - لقد لجأ الممولون منذ الخمسينات من هذا القرن إلى تطوير تقنية "البيع بالكراء" مبتكرين صوراً أخرى عنها. ولعل أهم هذه الصور على الإطلاق وأكثرها شيوعاً في الميدان التجاري هو عقد "التمويل بالكراء". وهما معا من مبتكرات الممارسة التعاقدية الأنجلوأمريكية، كما يدل على ذلك اسمهما. فالأولى تسمى الهايربرشايس hier purechase، والثانية تسمى "الليزنج" Leasing.

2 - وتعرف الصورة الأولى لدى الفرنسيين باسم Location-Vente، ولدى الأنجلوسكسونيين بعقد الهاير بيرشايس Hiere purechase وقد ترجمها كثير من الفقهاء العرب بـ "الإيجار الساتر للبيع". وعربها البعض الآخر بـ "البيع الإيجاري"، غير أننا نفضل تسمية "البيع بالكراء" أو "البيع بالإيجار".

وهي أقدم صورة عرفت الممارسة التعاقدية في الجمع بين البيع والكراء، لكونها من مبتكرات النصف الثاني من القرن الماضي. وظهرت لأول مرة في إنجلترا إثر قيام أحد تجار آلات البيانو ببيع هذه الآلات مع تقسيط أثمانها إلى عدة أقساط بقصد الرواج. وقد تطورت هذه الصورة من البيع في القانون الإنجليزي عن طريق استخدامها لتمويل شركات استغلال المحاجر ومناجم الفحم، فكانت شركة السكك الحديدية تشتري لحسابها المركبات الضخمة المحتاج إليها في استغلال تلك المناجم والمحاجر ثم تسلمها للشركات القائمة بهذا الاستغلال في صورة "هاير بيرشايس" أي في صورة "بيع بالكراء". وأول تنظيم تشريعي لها يعود إلى سنة 1935 في أمريكا ثم في إنجلترا سنة 1938 (عدل هذا التنظيم سنتي 1954 و 1957)⁽¹⁾.

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - أگدال - الرباط.

(1) إبراهيم دسوقي أبو الليل : البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت 1984، ص. 304.

وفي جميع الأحوال، يتعين على القاضي المقرر أن يحيل القضية من جديد إلى الجلسة داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر.

وإذاك تحدد المحكمة التجارية تاريخ النطق بالحكم عند وضع القضية في المداولة، كما تستأنف الأحكام الصادرة عن المحكمة التجارية داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الحكم.

إلا أنه رغم مزايا هذه المسطرة التجارية، فبإمكان الأطراف تفضيل اللجوء إلى التحكيم، كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية والتي تنص على ما يلي :

«يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات الميينة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية».

ولم يغب عن بال المشرع مثل هذا النوع من الحماية المقرر لغير التجار من خلال تقريره بطلان شروط الاختصاص المحلي إذا كان أحد الطرفين مدنيا، عندما نص في المادة التاسعة من القانون المحدث للمحاكم التجارية على ما يلي :

«تختص المحكمة التجارية بالنظر في مجموع النزاع التجاري الذي يتضمن جانبا مدنيا».

ثالثا : المسطرة أمام المحكمة التجارية

تتلخص المسطرة المتبعة أمام هذه المحاكم في كونها كتابية تنجز عن طريق مقال مكتوب يوقعه محام مسجل في هيئة من هيئات المحامين بالمغرب وإحالة الملف على القاضي المقرر المعين من رئيس المحكمة داخل أجل محدد وتحرير الحكم قبل النطق به.

ولا تختلف المبادئ العامة للمسطرة وجريان الدعوى اختلافا جوهريا عن تلك المقررة في قانون المسطرة المدنية. حيث يميز المشرع بين الأحكام العادية الصادرة عن قضاء جماعي، والمساطر الخاصة كالمستعجلات ومساطر الأمر بالأداء المتعلقة بالأوراق التجارية والسندات الرسمية والتي يختص بها رئيس المحكمة التجارية. كما تخضع هذه المسطرة لمبدأ علنية الجلسات وشفوية المرافعات ولنظام التقاضي على درجتين.

إلا أنه توجد رغم ذلك بعض المقتضيات التي تخفف هذه المسطرة بقصد جعلها أكثر سرعة وفعالية :

- فالمسطرة هنا تعد مبسطة من منطلق أن رئيس المحكمة المختصة يعين حالا بمجرد تقييد المقال قاضيا مقررا يحيل إليه الملف خلال أربع وعشرين ساعة. حيث يستدعي القاضي المقرر الأطراف لأقرب جلسة. وإذا كانت القضية غير جاهزة للحكم، أمكن للمحكمة التجارية أن تؤجلها إلى أقرب جلسة أو أن ترجعها إلى القاضي المقرر.

ولابأس أن نتحدث هنا عما يعرف بالشروط المحددة للاختصاص، هذه الشروط التي تخرج عن الاختصاص المحلي والتي تعد صحيحة. وقد نصت على جوازها مقتضيات المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم التجارية التي تنص على ما يلي :

«يمكن للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة».

فبقراءة نص هذه المادة، نستنتج أنه يشترط لصحة خرق قواعد الاختصاص المحلي لهذه المحاكم توافر شرطين هما :

- يجب أن يكون كلا الطرفين تاجرا.

- يجب أن يتم الاتفاق على هذا الخرق كتابة، أي أن يتم التنصيص عليه بشكل ظاهر ضمن التزام الأطراف التي تواجه به⁽¹²⁾.

وبالمقابل، فلا يمكن التمسك بقواعد الخرق في مواجهة غير التجار. حيث لا تنتج أي أثر فيما يتعلق بالأعمال التجارية المنفردة التي يقوم بها غير التاجر، كالكفالة مثلا⁽¹³⁾. كما تعد مثل هذه الشروط باطلة وعديمة الأثر في عقود الاستهلاك التي تربط التجار بجمهور المستهلكين (الأعمال التجارية المختلطة). مما يشكل بالفعل حماية مجدية للمستهلكين⁽¹⁴⁾، رغم أن مثل هذه الشروط تعد شائعة في العقود النموذجية المقترحة توقيعها من قبل المستهلكين الذين يعتقدون بصحتها بصفة عامة ويحترمون مقتضياتها على هذا الأساس. مما يدرجها ضمن الشروط التعسفية الواجب محاربتها قضاءً.

Civ. 2, 20 Fév 1980 : R.T.D. civ, 1980, 609 note Normand. (12)

Com. 10 Fév. 1981 Bull. Civ IV, n° 75, p 59; com 28 Juin 1983, Bull. civ IV n° 189, (13) p.163, com 2 oct 1985, Bull. civ IV, n° 227.

Com. 15 oct. 1979; R.T.D. com, 1980, 131 note Hémar. (14)

قانون المسطرة المدنية. فالمادة العاشرة من القانون المحدث للمحاكم التجارية والمطابق تمام المطابقة للفصل 27 من قانون المسطرة المدنية، ينص بصفة عامة على أنه يكون الاختصاص المحلي مبدئيا لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه. فهذه القاعدة التقليدية تجنب المدعى عليه المصاريف والصعوبات التي قد تتسبب فيها الدعوى المعروضة في موطن بعيد عن الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه.

غير أنه في المجال التعاقدي - كما جرى به العمل في النزاعات التجارية - فيمكن للمدعي أيضا عرض النزاع على أنظار المحكمة التي وقع في دائرة نفوذها التسليم الفعلي للثمن أو تلك التي سيقع في دائرة نفوذها تنفيذ أداء الخدمة⁽¹¹⁾.

وإذا كانت المادة العاشرة من القانون المحدث للمحاكم التجارية لم تخرج عن الإطار المرسوم في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية. فإن المادة 11 طالعنا باستثناء يخرج عن إطار المرسوم في الفقرتين 13 و 14 من الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية. حيث يكون الاختصاص المحلي فيما يتعلق بالشركات للمحكمة التجارية التابع لها مقر الشركة أو فرعها، مادام هذا الفرع يتمتع بشخصية معنوية مستقلة وله بالتالي أهلية التقاضي كمدعي أو مدعى عليه. وفيما يتعلق بصعوبات المقاوله يكون الاختصاص المحلي للمحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسي أو المقر الاجتماعي للشركة، عوض محكمة آخر موطن أو آخر محل إقامة المفلس كما كان الأمر في السابق.

وقد أضاف المشرع بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة 11 أعلاه استثناءا جديدا يتعلق بالإجراءات التحفظية، حيث يكون الاختصاص المحلي للمحكمة التجارية التي يوجد بدائرتها موضوع هذه الإجراءات، ولعل الهدف من وراء هذا الاستثناء المستحدث هو تحقيق السرعة والفعالية في إنجاز هذه الإجراءات.

(11) تنص الفقرة 15 من الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :

«تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية :

- في جميع الدعاوى التجارية الأخرى للمدعي أن يختار رفع الدعوى إلى محكمة موطن المدعى عليه أو إلى المحكمة التي سيقع في دائرة نفوذها وجوب الوفاء».

د - النزاعات الناشئة بين شركاء من شركة تجارية، حتى ولو لم تكن لهم صفة تاجر⁽⁹⁾. لأن الأمر يتعلق بشركات تجارية شكلية بقوة القانون بما في ذلك شركات الأشخاص⁽¹⁰⁾ وشركات الأموال.

و - النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية من بيع ورهن للأصل التجاري أو تقديمه حصة كحصة في شركة أو تقديمه في شكل إدارة حرة.

ويلحظ في الأخير أن قواعد الاختصاص النوعي تعد من النظام العام. وعليه فيعد باطلا في مواجهة الطرف الغير التاجر، كل شرط في العقد يخول الاختصاص لمحكمة تجارية للنظر في نزاع يعد أصلا من اختصاص المحاكم الابتدائية. ونتيجة لذلك، فلغير التاجر مقاضاة مدينه التاجر أمام المحاكم التجارية إذا كان ذلك أذى لمصلحته. كما يمكن للتجار أن يتنازلوا عن اختصاص المحاكم التجارية أو يتفقوا على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية (الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون المحاكم التجارية).

ولا يفوتنا هنا دون الإشارة إلى أن المحاكم التجارية تختص نوعيا بالنظر ابتدائيا وانتهائيا في الطلبات التي لا تزيد قيمتها الأصلية عن تسعة آلاف درهم (9,000 درهم)، وابتدائيا مع حفظ حق الاستئناف في جميع الطلبات التي تفوق المبلغ المذكور (المادة 6).

2 - الاختصاص المحلي :

لا تختلف قواعد الاختصاص المحلي المتعلقة بالمحاكم التجارية بصفة عامة عن مثيلاتها من القواعد المتعلقة بالمحاكم الأخرى والوارد عليها النص في الفصل 27 من

(9) Soc. 9 avril 1987 : Rev. soc; 1988. somm 103.

(10) تجدر الإشارة إلى أن القانون الجديد المنظم لشركات الأشخاص، والصادر بتاريخ 13 فبراير 1997 ينص صراحة في مادته الثانية على أنه تعتبر شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وعلى غرار شركات المساهمة شركات تجارية بحسب شكلها وكيفما كان غرضها.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض النزاعات تبعا لطبيعتها تعد من اختصاص المحاكم الابتدائية رغم اكتساب المتقاضين معا لصفة تاجر. ونمثل لذلك بالنزاعات المتعلقة بالأكرية التجارية (ظهير 24 ماي 1955) أو بالملكية الصناعية كالنزاعات المتعلقة ببراءة الاختراع والعلامات، وإن لم ينص المشروع على ذلك، وكالتعويض عن الأضرار المتعلقة بحوادث السير التي قد تتسبب فيها العربات التابعة لإحدى المقاولات الصناعية أو كمشكل مسؤولية الناقل عن الأضرار الحاصلة للأشخاص أو البضائع المنقولة على إثر حادثة سير. (الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون أعلاه).

ويدخل أيضا في حكم الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية والتي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية أعمال التسوية القضائية، مادام الأمر يتعلق بأشخاص طبيعيين أو معنويين تجار، بما فيهم الحرفيون في حالة تعرض مقاولاتهم لصعوبات.

ج - الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية : ويتعلق الأمر غالبا بالكمبيالة. فهذا التفسير يحظى بتأييد الفقه الفرنسي⁽⁷⁾، كما قد يتعلق الأمر بالكفالات المقدمة لأغراض تجارية حتى من غير التجار، حيث أن اختصاص المحاكم التجارية هنا يكون اعتمادا على نظرية التبعية التجارية الموضوعية، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للسند الإذني الموقع على سبيل الضمان الاحتياطي من غير تاجر لتسديد دين تجاري⁽⁸⁾، ذلك أن مسطرة الأمر بالأداء هنا تكون من اختصاص المحاكم التجارية وتخضع للمسطرة الوارد عليها النص في المادة 22 من هذا القانون.

Roblot et Germain : Droit commercial; T. I. n° 337.

(7)

(8) تنص المادة 9 من مدونة التجارية على ما يلي :

«يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7.

- الكمبيالة؛

- السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر، إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية»

متركة من ثلاثة قضاة من بينهم رئيس، يساعدهم كتاب الضبط ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ثانيا : اختصاصات المحاكم التجارية

وهي على نوعين : الاختصاص النوعي والاختصاص المحلي.

1 - الاختصاص النوعي :

ويتعلق الأمر هنا بالقضايا التي تختص المحاكم التجارية بالنظر فيها. وبما أن المحاكم التجارية تعد محاكم استثنائية، فيجب أن يقرر نص تشريعي صراحة الدعاوى والنزاعات الواجب عرضها على أنظار هذه المحاكم. وإلا فستكون هذه الدعاوى والنزاعات من اختصاص المحاكم الابتدائية باعتبارها قانونا ذات ولاية عامة للفصل في كافة القضايا.

وبالفعل، فقد خصت المادة 5 من القانون الجديد المحدث للمحاكم التجارية هذه الأخيرة بالنظر في الدعاوى والنزاعات التالية :

أ - الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية الوارد عليها النص في الكتاب الرابع من المدونة كالرهن والائتمان الايجاري وعقد النقل والعقود البنكية وعقد رهن القيم المنقولة وعقد السمسرة والوكالة بالعمولة وحوالة الديون المهنية.

ب - الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية. ولا يقتصر الأمر هنا فقط على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المسجلين في السجل التجاري، بل يطبق حتى على التجار الفعليين.

وعليه فإذا كان أحد الطرفين وحده تاجرا دون الآخر، فيجب التمييز هنا تبعا لصفة المدعى عليه. فإذا كان غير تاجر، فيجب رفع الدعوى ضده أمام المحكمة الابتدائية. وعلى العكس من ذلك إذا كان المدعى عليه تاجرا، فللمدعي الخيار بين مقاضاته أمام المحاكم التجارية أو المحاكم الابتدائية تبعا لمصلحته⁽⁶⁾.

(6) تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون المحاكم التجارية في هذا السياق على ما يلي :
«يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر».

يرتبط مع المغرب باتفاقية تسمح لمواطني كل من الدولتين المتعاقدتين بممارسة المهنة في الدولة الأخرى، أن يؤازروا الأطراف أو يمثلوهم أمام المحاكم المغربية بشرط أن يعينوا محل المخابرة معهم بمكتب محام مقيد بجدول إحدى هيئات المحامين بالمملكة بعد الإذن لهم بصفة خاصة، في كل قضية حدة، من طرف وزير العدل ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك.

وينضاف إلى المحامين، الأعوان القضائيون الذين يتولون توجيه الاستدعاءات بالطرق القانونية⁽⁵⁾، ما لم تقرر المحكمة توجيهها على يد كتابة الضبط بالطرق المنصوص عليها في الفصول 37 - 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية.

وكالخبراء في مجال التسيير بخصوص شركات المساهمة المعينين من رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات. حيث يكلفون بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير (المادة 157 من القانون الجديد المنظم لشركات المساهمة).

2 - محاكم الاستئناف التجارية :

وتتكون طبقا لمقتضيات المادة 3 من القانون المحدث للمحاكم التجارية من :

- رئيس أول ورؤساء غرف مستشارين؛

- نيابة عامة تتكون من وكيل عام للملك ونواب له؛

- كتابة ضبط وكتابة للنيابة العامة.

ويجوز لمحاكم الاستئناف التجارية وعلى غرار المحاكم التجارية، أن تقسم إلى غرف بحسب طبيعة القضايا المعروضة عليها، غير أنه يمكن لكل غرفة أن تنتخب وتحكم في القضايا المعروضة على المحكمة.

كما تجدر الإشارة إلى أنه - وعلى غرار المحاكم الابتدائية - فقد تقرر الأخذ في المادة 4 بالقضاء الجماعي. حيث تعقد هذه المحاكم جلساتها وتصدر أحكامها وهي

(5) لقد أحدثت هيئة الأعوان القضائيين ونظمتها مقتضيات القانون رقم 80 - 41 بتاريخ 25 دجنبر 1980.

فرنسا يؤدون مهامهم بالمجان. فإن القضاة بالمغرب يتقاضون كباقي موظفي الدولة راتباً من خزينة الدولة، كما أن قضاة الطائفة الأولى لا يشترط فيهم أية دراية بالمعرفة القانونية عكس الطائفة الثانية. حيث أن من شروط الترشيح لسلك القضاء التوفر على الكفاءة العلمية.

وأخيراً فإن القضاة المنتخبون يخضعون لنظام تأديبي مخالف لنظام التأديب المطبق على القضاة الممتهنين.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التشريع المغربي قد قرر في الفقرة الثالثة من المادة الثانية إحداث مؤسسة قاضي التنفيذ مكلف باتباع إجراءات التنفيذ يعينه رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العامة وذلك من أجل ضمان تحقيق عدالة سريعة وفعالة.

ب - نيابة عامة : تتكون من وكيل ملك ونائب أو عدة نواب. فالنيابة العامة تعد حاضرة أمام المحاكم التجارية لمعرفة كل مساطر معالجة صعوبات المقاوله ضمن شروط الافتتاح (الفقرة الثانية من المادة 563 من مدونة التجارة).

ولتدخل النيابة العامة أمام المحاكم التجارية ما يبرره من منطلق أن هذه النزاعات تتعلق في غالب الأحيان بمسائل تتعلق بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

ج - كتابة الضبط : وتعد وظائفها جد هامة وذلك من زاوية دقة ضبط الإجراءات وتوفر هذه الكتابة على أطر مؤهلة وفق تداريب ميدانية وعملية تجعلها قادرة على مواكبة النصوص القانونية الجديدة خصوصاً منها مدونة التجارة والتشريع الجديد المتعلق بالشركات. كمسكهم للسجل التجاري المحلي والسجلات الخاصة المماثلة كسجل الاحتجاجات بعدم الدفع المتعلقة بالأوراق التجارية وسجل شهر عمليات الائتمان الإيجاري للمنقول.

د - المساعدون القضائيون : ويوجد على رأسهم المحامون المسجلون في هيئة من هيئات المحامين بالمغرب الذين يتولون رفع الدعوى أمام هذه المحاكم بمقال مكتوب وموقع من قبلهم. كما يمكن للمحامين الذين يمارسون المهنة في بلد أجنبي

وبالفعل فقد صدر هذا المرسوم بتاريخ 28 أكتوبر 1997⁽³⁾، وحدد في مادته الأولى عدد المحاكم التجارية في ستة محاكم هي الدار البيضاء والرباط وفاس ومراكش وطنجة وأكادير. أما محاكم الاستئناف التجارية فقد تم حصرها في ثلاثة محاكم متواجدة بمدن الدار البيضاء وفاس ومراكش، تغطي كل الجماعات المحلية للمملكة البالغ عددها 1546 جماعة.

ومن خلال الاطلاع على الجدول الملحق بهذا المرسوم، يتضح أنه قد تم الاقتصار على أهم المدن عواصم الجهات التي تعرفها المملكة في نطاق التقسيم الجهوي الحديث⁽⁴⁾. هذه المدن التي تشهد انتعاشا صناعيا وتجاريا مضطربا وتعرف بصورة موازية كثرة في النزاعات التجارية كالدار البيضاء والرباط ومراكش وفاس وطنجة وأكادير، على أن تحدث محاكم تجارية أخرى بمرسوم وزاري صادر عن وزير العدل كلما دعت الضرورة إلى ذلك في إطار سياسة تقريب القضاء من المتقاضين.

وتنقسم المحاكم التجارية إلى قسمين :

1 - المحاكم التجارية.

2 - محاكم الاستئناف التجارية.

1 - المحاكم التجارية :

أ - وتتكون من رئيس ونواب للرئيس وقضاة؛ وعكس التشريع الفرنسي الذي يأخذ بنظام اختيار قضاة المحاكم التجارية بالانتخاب، فإن التشريع المغربي يأخذ على العكس من ذلك بنظام التعيين، حيث تتولى السلطة التنفيذية تعيين القضاة ليظلوا في عملهم باستمرار كسائر الموظفين. بالإضافة إلى هذا، إذا كان القضاة المنتخبون في

(3) مرسوم رقم 771 - 97 - 2 صادر في 29 أكتوبر 1997 - منشور بالجريدة الرسمية عدد 4532 بتاريخ 6 نوفمبر 1997 - ص 4194 - 4206.

(4) تجدر الإشارة إلى أنه طبقا لمقتضيات المادة الأولى من مرسوم رقم 246 - 97 - 2 الصادر بتاريخ 17 غشت 1997، فقد تم تقسيم تراب المملكة إلى ستة عشرة (16) جهة، ج، ر عدد 4509 بتاريخ 18 غشت 1997 - ص 3275 - 3280.

مع المقترضات القانونية الجديدة وتفصل في النزاعات المتعلقة بالاختصاص ضمن مسطرة خاصة وسريعة تتميز باختصار الأجل وطرق الطعن، محاكم تعطى فيها لقاضي المستعجلات اختصاصات موضوعية كالتدخل عند الاقتضاء للحد من نشاط غير مشروع وتضبط فيها الإجراءات بدقة على مستوى كتابة الضبط⁽²⁾.

وتختص هذه المحاكم بالنظر في النزاعات التي تهم التجار أو العمليات التجارية، وتندرج ضمن فئة المحاكم الاستثنائية التي تنشأ بمقتضى مرسوم صادر عن وزير العدل يحدد عدد المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية. وقد حددت المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية الدعاوى والنزاعات التي تختص المحاكم التجارية بالنظر فيها. وهذه الدعاوى والنزاعات تعد واردة على سبيل الحصر. وتترتب عن ذلك نتيجة مؤداها أنه عند حصول نزاع تجاري آخر أو دعوى تجارية أخرى غير تلك المنصوص عليها قانونا في المادة الخامسة كقضايا حوادث السير مثلا أو دعاوى الأكرية التجارية أو النزاعات المتعلقة بالملكية الصناعية. فإن مثل هذه الدعاوى والنزاعات تعد من اختصاص المحكمة الابتدائية باعتبارها ذات الولاية العامة للفصل في كافة القضايا.

ويتجلى الطابع الاستثنائي للمحاكم التجارية من خلال تنظيمها (أولا) واختصاصها (ثانيا) والمسطرة المتبعة أمامها (ثالثا).

أولا : تنظيم المحاكم التجارية.

إن العمل بالقانون رقم 53/95 رهين بصدور مرسوم تطبيقي عن وزير العدل يحدد عدد المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية ومقارها ودوائر اختصاصها.

(2) انظر بهذا الخصوص عرض السيد وزير العدل أمام لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان والموظيفة العمومية بمجلس النواب حول مشروع - قانون رقم 53-95 يقضي بإحداث محاكم التجارة. نورة أكتوبر 1996.

المحاكم التجارية : تجربة مستقبلية بالمغرب

د. عز الدين بنستي (*)

لقد توج المشرع المغربي الإصلاحات التشريعية التي تهم الحياة التجارية مؤخرا بصدر قانون رقم 95-53 بتاريخ 12 فبراير 1997 يقضي بإحداث محاكم تجارية⁽¹⁾. ويأتي هذا الإصلاح ضمن سلسلة المبادرات التي اتخذتها الحكومة لتشجيع الاستثمارات الخارجية والداخلية، وذلك بتحقيق عدة ضمانات للمستثمرين من بينها إحداث قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة سريعة وفعالة من خلال إحداث محاكم مختصة بالبت في النزاعات بين التجار يسند إليها اختصاص نوعي محدد يتلائم

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء.

(1) منشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997 ص 1141 - 1144.
تجدر الإشارة إلى أنه سيحدد بمرسوم تطبيقي مستقبلا عدد هذه المحاكم ومقارها بالجهات وبوحدات اختصاصها.
وتوجد حاليا في فرنسا 227 محكمة تجارية - عددها يفوق عدد المحاكم الابتدائية هناك - وتتنظر فيما يقارب 300.000 ملف سنويا، مع العلم أن البلد يأخذ بمبدأ انتخاب القضاة الصناع والتجار من طرف زملائهم في المهنة.

- l'expansion du 5 au 19 Fev 1997, n° 542 p. 62 - 64.

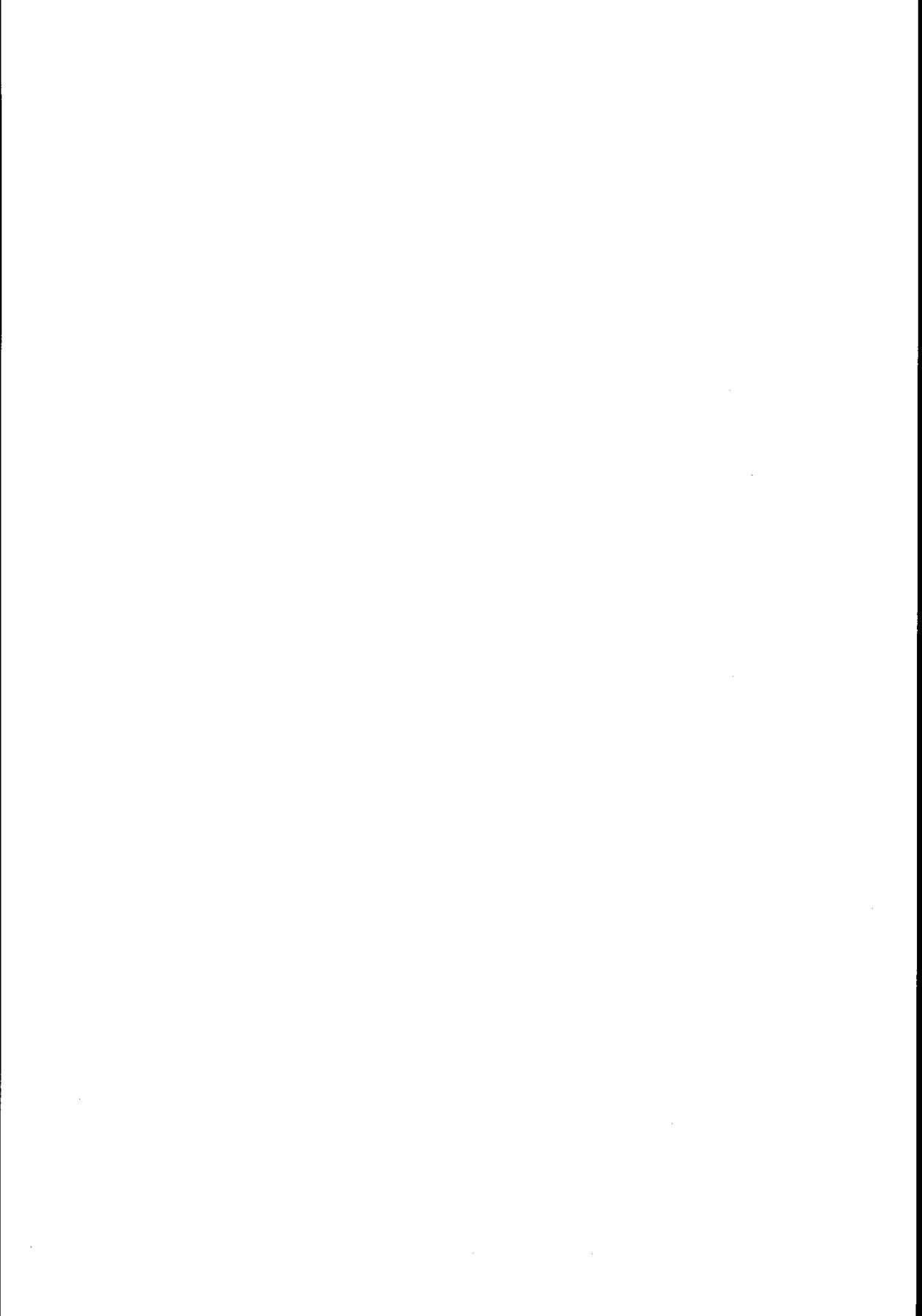
وتنظر المحكمة التجارية لباريس وحدها في ما يناهز 120.000 قضية سنويا، مما يجعلها أكبر هيئة قضائية أوروبية مختصة في هذا المجال.

وقد استطاعت البت في قضايا تجارية مهمة كالموافقة القضائية على بيع شركة الطيران المدني الخصوصية Air liberté إلى الشركة البريطانية British airways. كما قضت بالتصفية القضائية لرجل الأعمال الفرنسي الشهير والبرلماني الأوروبي Bernard Tapie على إثر فضيحة Vallen-ciennes مع فريق أولمبيك مارسيليا. وقد أجبرت المحكمة التجارية بنكه المسمى S.D.B.O على دفع رصيده قيمته 600 مليون فرنك فرنسي لفائدة المصفين.

كما أفلحت هذه المحكمة في الوصول إلى حل ودي يرضي كل الأطراف في النزاع القائم بشأن شركة النفق تحت بحر المانش الرابط بين فرنسا وبريطانيا : Eurotunnel مع دائيتها، بعدما كانت مهددة بالإفلاس على إثر عجزها عن سداد ديونها.

ويساهم في هذه الشركة ما يقارب 721.000 مساهم متكئين في جمعيات ويوجد ما يناهز 225 مقالة بنكية دائنة لهذه الشركة بما مجموعه 69,6 مليار فرنك فرنسي.

- La tribune du Mardi 25 Fév. 1997; p 1 et 16.



يكون قضاء لقطاع الأعمال أو قضاء إقتصاديا تخضع له لا فقط منازعات التجار فيما بينهم وبين زبائنهم ولكن أيضا منازعاتهم مع المستهلكين ومع الفاعلين الاجتماعيين. وقد اختار المشرع المغربي النظام الأول الذي له أنصاره ومعارضوه.

أما الإشكالية الثالثة فتتعلق بشروط نجاح هذا القضاء، إن أول شرط لنجاح التجربة أن يكون القاضي التجاري حالا ومستقبلا فاعلا إقتصاديا وقانونيا في ذات الوقت، أي قادرا على توظيف وتعبئة المدارك والمفاهيم القانونية المحضة إلى جانب المفاهيم الاقتصادية والمحاسبية والتجارية، فهل القاضي المغربي مهيا لذلك؟ وهل يسمح له التكوين الحالي سواء على مستوى الدراسة الجامعية بكليات الحقوق أو الدراسة المهنية في المعهد الوطني للدراسات القضائية؛ بمجابهة هذه العوامل واستيعاب خصوصياتها وميكانيزماتها المتشعبة. إن الشائع عندنا حاليا اعتبار التكوين في شعبة القانون الخاص هو مرجعية ممارسة العمل القضائي؛ في حين أن الإقتصاد الذي هو عصب النشاط التجاري لا يعرف حدودا فاصلة قطعية، فضلا عن أن مناهج التكوين ومقرراته في شعبة القانون الخاص عقيمة ومتجاوزة، مما يستوجب إعادة النظر فيها بصورة جذرية وفتح وحدات للتخصص في قانون الأعمال والمقاولات على مستوى الإجازة والدراسات العليا وأيضا على مستوى التكوين والدراسة في المعهد القضائي.

وفي انتظار ذلك ومع الأمل في تحقيقه، يجب انفتاح القضاء المغربي والتجاري بصفة خاصة على محيطه العام الثقافي والإقتصادي، بإقرار أنظمة للتعاون بين المحاكم والجامعات والمؤسسات المالية المتخصصة؛ تعاون يسمح للقاضي بأن يتعرف بصورة مستمرة ومتحركة على الآثار المختلفة التي يمكن أن تترتب عن أي قرار يهيم خلافا تجاريا.

سيدي الرئيس، سيداتي سادتي،

لا أستطيع أن أطيل أكثر، ولا أستطيع في نفس الوقت الزعم بأنني أحطت بكل ما يجب أن يقدم لهذه الندوة العلمية التكريمية وعزائي في ذلك ما سندتمتع له من آراء وتحليلات عبر مختلف المداخلات المبرمجة.

4.4 - إن الثقة والإئتمان هما ركيزتا النشاط التجاري ويقدر ما هما ضروريان بقدر ما يثيران عند الممارسة خلافات وتصادمات تستوجب من جهة قواعد قانونية شكلية وموضوعية وتقتضي من جهة أخرى أجهزة لتطبيقها وفرض إحترامها.

ولأن منازعات القطاع التجاري وخلافاته من طينة خاصة فقد ظهر منذ عقود لدى بعض دول أوروبا؛ اتجاه نحو إقامة تنظيم قضائي متخصص. وإن كان الخلاف ما يزال قائما حول ما إذا كان ذلك يعني إحداث محاكم مستقلة مختصة أم فقط إنشاء قضاء متخصص داخل القضاء القضائي العادي، ودون شك فإن التساؤل ليس إلا صورة لإشكالية أوسع وأعمق هي إشكالية ازدواجية أو استقلال البنيات والهيكل القانونية للقانونيين المدني والتجاري. وإذا كانت بعض الدول قد أخذت بوحدة القانونيين فإن أخرى سارت في طريق الإستقلال والفصل ومنها المغرب؛ الذي وإن أخذ بصفة عامة بمختلف الأدوات القانونية المستعملة في فرنسا فقد تردد كثيرا قبل الخروج من نظام وحدة القضاء إلى نظام الازدواجية بإحداثه لقضاء إداري مستقل ثم لإحداثه لنظام ثالث هو القضاء التجاري المستقل.

إن هذا الإختيار رغم حداثة وقصر عمره، يثير إشكاليات خاصة تتعلق بالتقنيات المسطرية لن نتعرض لها، وأخرى عامة يمكن تلخيصها حاليا في ثلاث :

فأما الأولى فتتعلق بطبيعة هذا القضاء؛ هل يجب أن يكون مهنيا أو احترافيا. وأيها الأنسب والأوفق؟ لقد اختارت بعض الدول كفرنسا النظامين معا فالمحاكم الابتدائية مهنية تتكون بالإنخاب والمحاكم الإستئنافية احترافية. في حين اختار المشرع المغربي الشكل الإحترافي على المستويين معا، فأى الإختيارين هو الصائب؟ ذلك ما ستجيب عنه الممارسة.

أما الإشكالية الثانية فتتعلق بمجال تدخل هذا القضاء، هل هو قضاء لحل المنازعات الناجمة عن النشاط التجاري فيما بين التجار والمتعاملين معهم فقط، أم هو قضاء يجب أن يهتم بحل جميع المنازعات المرتبطة بهذا النشاط، وبالتالي يجب أن

وأدوات التوزيع. وإذا كانت هذه الظاهرة قد عرفت تطبيقاتها الأولى على المستوى الدولي في شكل شركات عملاقة أطلق عليها الشركات المتعددة الجنسيات؛ فإنها لم تقتصر على ذلك المجال بل دخلت المجالات الوطنية إما عن طريق إحداث فروع لها، أو عن طريق إبتلاع شركات محلية وجعلها تابعة لها، أو بالمساهمة في رؤوس أموال بعض الشركات بصورة تمكنها من التوفر على أغلبية السيطرة والحكم. وإذا كانت الدولة المغربية قد وقفت نسبيا ضد النزوح الأجنبي للرأسمال غير الوطني عن طريق قانون المغربية فإنها تراجعت عن ذلك بصورة كاملة بقوانين الخصوصية التي فتحت أبواب الاستثمار في المغرب واسعة أمام الرأسمال الأجنبي.

ومهما يكن من أمر فما يهمنا من هذا التوجه أن أحد القواسم المشتركة بين مختلف مظاهر التدخل الأجنبي هو اتخاذها شكل شركة المساهمة باعتباره الأكثر ملاءمة لتنفيذ السياسات المالية والإقتصادية للمتدخلين الأجانب، ولأن مشروع القانون الجديد للشركات المساهمة كان واعيا بأهمية التحولات التي بدأ المغرب ينهجها بوضوح وقوة منذ قانون الخصوصية ومرورا بالإنضمام إلى إتفاقية الكا ط ثم المنظمة العالمية للتجارة وفتح الحدود المغربية أمام الرساميل الأجنبية، فقد راعى هذه التوجهات في تنظيم هذه العلاقات التي بدأت تزدهر في المغرب منذ بضع سنوات، ولكن التنظيم القانوني لمجموعة الشركات جاء ناقصا وغير كاف حيث أشير إليه عرضا في مجال بحث العناصر والمعلومات الموضوعة رهن إشارة المساهمين بمناسبة إنعقاد الجمعية العامة المدعوة لتقييم عمل ونشاط أجهزة الإدارة والتسيير، فقد نصت المادتان 143 و 144 من قانون شركة المساهمة على تحديد مفهوم التبعية أو الإرتباط بين شركتين، وكذا مدلول المراقبة والسيطرة من طرف شركة على أخرى، مما يجعل الباحث في حاجة قصوى إلى المزيد من العناصر المرتبطة بنظام إدارة وتسيير هذه الشركات وما إذا كانت الأساليب المقررة بالنسبة لشركات المساهمة الوطنية موائمة ومناسبة أم لا.

مرضية وصحيحة، يتمتع المراقب - مبدئيا - بمركز قانوني مستقل إتجاه الشركة ومسيرتها؛ وإن كان هذا الإستقلال قد يتأثر نتيجة علاقة "التبعية الإقتصادية" حيث أن أتعابه ومصاريفه تؤدي له من طرف من سيراقبهم.

ج - ومن ناحية أخرى أدخل النص شكلا جديدا في نظام إدارة شركة المساهمة مستوحى في عمقه ولكن بطريقة غير مباشرة، من النظام الألماني، وهو نظام الإدارة الجماعية أو المديرية DIRECTOIRE. كما أدخل تعديلات هامة على قيادة الشركة بصورة تخلخل كل العادات التي كانت متبعة من قبل في إدارة هذه الشركات؛ والتي كانت تجعل منها في الحقيقة مقاولات فردية أو شركات عائلية، مما يطرح السؤال عن الكيفية التي سيستقبل بها رجال الأعمال المغاربة هذه المقتضيات وهم الذين تعودوا على التفرد بكل مفاتيح التسيير والقيادة، وهل ستتوفر لها أسباب النجاح أم سيقع التخلي عن شكل شركة المساهمة بصفة نهائية والتوجه نحو أشكال أخرى ليصبح ذلك الشكل مقتصرًا على الشركات العملاقة فقط.

2.4 - لقد استحدث القانون رقم 96.5 المتعلق ببقية الشركات التجارية، شكلا آخرًا هو شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة.

ولقد أثار هذا المقتضى منذ البداية ردود فعل مختلفة ما بين مؤيد ورافض للفكرة.

فهل يتعلق الأمر بتجديد على مستوى التقنيات والأدوات القانونية؛ وهل هو إضافة جديدة لفئة أشخاص القانون التجاري، أم هو مجرد تكريس لواقع قائم واستجابة منطقية واعية لحقيقة إجتماعية لا يمكن تجاهلها ولها إنعكاسات على تنمية الثروة والإستثمار وهي أن المستثمرين المغاربة يفضلون العمل بصفة منفردة ولو في إطار شركة.

3.4 - هناك ظاهرة إقتصادية وقانونية هامة معروفة منذ زمن؛ وهي ظاهرة التركيز الإقتصادي التي تعني اجتماع قوى مالية وإقتصادية متعددة في تنظيم متداخل يمكنها من التحكم في المسارات الإقتصادية والمالية ويسمح لها بالسيطرة على وسائل الإنتاج

ويقوم نظام الإعلام على عدة مرتكزات كما يستعمل عدة تقنيات ووسائل أهمها وأبرزها حق الإطلاع الذي يخول المساهمين ومراقبي الحسابات على حد سواء؛ إمكانية الحصول على جميع المعلومات الضرورية المتعلقة بالمعاملات والعمليات التي تقوم بها الشركة ويسهر المسكرون والمديرون على تنفيذها؛ خلافا لما كان عليه الأمر في الماضي، فإن النظام الجديد لحق الإطلاع يسمح بصورة واسعة ومترامية لكافة المساهمين بمواكبة حياة الشركة بصورة متواصلة ومستمرة؛ ويجيز لهم التعرف على كل البيانات والمعلومات في أي وقت من أوقات السنة.

ولأن الإطلاع على الوثائق والبيانات التقنية ليس مجرد قراءة لأرقام جداول ولكنه فهم واستيعاب قد لا يكونان في مقدرة جميع المساهمين لاعتبارات تتعلق بالكفاءة والمعرفة العلمية؛ فقد جاء القانون الجديد بأمر هام هو السماح لكل مساهم بالإستعانة بمستشار يعينه على فهم خبايا الوثائق والعمليات والمعاملات مع ضمانات قضائية لتمكينه من ذلك في حالة رفض أو امتناع أجهزة الإدارة عن الإستجابة.

ب - ومن جهة ثانية؛ وفي إطار ما يمكن اعتباره وسيلة لضمان التوازن بين قوة سلطان المسيرين وحقوق غيرهم من المساهمين غير المسيرين، فقد طور النص الجديد نظام المراقبة المعهود بها لمراقبي الحسابات الذين أصبحوا / إن هم قاموا بواجبهم بصفة جيدة / صمام الأمان بالنسبة لجميع المساهمين والغير على السواء. وتتبلور هذه الأهمية التي أعطيت للمراقبين في الصلاحيات القوية والواسعة المخولة لهم وكذا في المركز المستقل الذي أصبح لهم في مواجهة جميع مساهمي الشركة ومسيرها.

ويظهر توسيع هذه الصلاحيات في طبيعة الوظائف والمهام التي تتجسد في التحقق من صدق ومصداقية وسلامة العمليات التي تقوم بها الشركة لا فقط من الناحية الشكلية أو الحسابية ولكن أيضا من زاوية أبعادها وخلفياتها وملاعتها. وتكفي الإشارة هنا إلى إلزام مراقب الحسابات بواجب الإشعار والتنبيه عن كل المخالفات والخروقات والبيانات غير المطابقة للحقيقة أو التي قد تبدو له ذات صبغة جرمية، والتي يكتشفها أثناء قيامه بعمله. ولضمان القيام بهذه الأعمال وممارسة هذه الصلاحيات بكيفية

سواء في رحاب الجامعة وكلياتها أم في مؤسسات اقتصادية ومالية معنية ومهتمة بالموضوع وهو اهتمام طبيعي ومبرر بسبب الظرفية الاقتصادية والوطنية والعالمية، وبسبب ما كان ينتظر من هذه الأداة القانونية التي يعتبرها الجميع - ومنذ زمن - الأداة الأكثر ملاءمة وتناسبا مع الإستثمار وتحقيق التنمية.

وإذا كانت الممارسة التطبيقية العملية المستقبلية هي التي سنكشف بوضوح عن مدى تناسب هذا التنظيم المتطور مع البنيات الإقتصادية والقانونية للمقاولات المغربية، فإن عددا من الباحثين قد أثارته منذ الأسابيع الأولى للإعلان عن مشروع نص القانون 95/17 مجموعة من القضايا والإشكاليات عالجوها من زوايا مختلفة قانونية واقتصادية.

وبما أن شعار حركة الإصلاح التشريعي كان هو إعادة الثقة أو تقويتها في النظام الإقتصادي والقانوني المغربي بغية جلب الإستثمارات الأجنبية وتشجيع رؤوس الأموال الوطنية، فإن مختلف الدراسات تتمحور حول بحث المؤشرات الدالة على ذلك، والتركيز على إيجابياتها والتنديد بسلبياتها.

1.4 - لقد كانت إحدى أهم الانتقادات الرئيسية ضد النظام القانوني السابق لشركات المساهمة هي غياب قواعد تضبط التواصل بين أجهزة الإدارة وقاعدة المساهمين سواء قل عددهم أم كثر. ولمواجهة آثار الخلل الذي أحدثته هذه القطيعة على مصداقية المؤسسة القانونية مما فتح الباب واسعا لمختلف الإستغلالات والتجاوزات، فقد نقل قانون شركات المساهمة الجديد - بتصرف - عددا من المقتضيات القانونية المعمول بها سابقا في فرنسا والتي لا تخلو من أهمية وفعالية. ويمكن الإقتصار هنا - لضيق المجال - على وسيلتين جديدتين تعكسان هاجس البحث عن وضع نظام إدارة جيدة شفافة وواضحة لشركات المساهمة :

أ - لقد اهتم التشريع الجديد لشركات المساهمة بصورة ملفتة للنظر بنظام الإعلام الداخلي الموجه للمساهمين، وتمثل ذلك في تقوية شروط الحصول على المعلومات وتعميمها على أوسع نطاق؛ يمكن كافة المساهمين مهما صغر حجم مساهماتهم المالية؛ من معرفة ما يجري في الشركة ليكونوا على بينة إذا ما طلب منهم مستقبلا المصادقة على قرارات تتعلق بشأن من شؤون الشركة.

العقوبة الجنائية غالبا ما تحول دون ارتكاب فعل ما؛ فإن السؤال الذي قد يطرح بحدّة هو هل هذه المقتضيات الجنائية الصارمة هي الحل الأنسب أم ترى ستكون لها انعكاسات سلبية على التعامل بالشيك والبحث عن بدائل أخرى رغم إجبارية استعماله وحده في المعاملات بين التجار التي تفوق قيمتها 20000 درهما : المادة 306 من المدونة المنسوخة بالمادة 111 III من قانون المالية لسنة 98/97.

وقد عزز المشروع هذه الأحكام بوضع ما يمكن وصفه بالقضاء البنكي الخاص الذي يقوم على فرض المزيد من القيود والجزاءات على مستعملي الشيكات بصورة غير ملائمة. ويتجلى ذلك في إعطاء المؤسسات البنكية سلطات هامة في مجال "معاقبة" الزبون بحرمانه من استعمال الشيك لمدة قد تصل إلى عشر سنوات، وفي المقابل قوت النصوص الجديدة سواء في المدونة أو في قانون الائتمان صلاحيات وقدرات ووظائف الأجهزة النقدية والمالية المركزية كبنك المغرب ولجنة الائتمان وأخيرا وزير المالية، حيث عبر المشرع عن موقف واضح في الربط بين عمل ونشاط المؤسسات البنكية وبين مساهمته في تنمية الإقتصاد وحماية المودعين والمحافظة على سمعة السوق البنكية المغربية.

3 - لقد تبني المشرع في نص المدونة الجديدة للتجارة موقفا متميزا غير معتاد عندما نص على تعريف الأصل التجاري وتحديد عناصره ومكوناته. وملا بذلك فراغا ووضع حدا لعدد من الإختلافات الفقهية وحتى القضائية أحيانا في مجال ضبط هذه العناصر وتحديد أهميتها.

ولكن الملاحظ هو إغفال النص الإشارة إلى موضوع لا يخلو من أهمية قصوى في العصر الحاضر وهو استغلال أصل تجاري فيما يعرف بالمساحات الكبرى MAGASINS COLLECTIFS والمتاجر الجماعية GRANDS ESPACES وكان بودنا لو اهتم بهذه الصورة لمزاولة التجارة بسبب انتشارها المتزايد مما ستكون له انعكاسات قانونية مختلفة.

4 - وبالنسبة للقوانين المنظمة للشركات التجارية فمنذ أعلن سنة 95 عن مشروع القانون 95/17 بشأن شركات المساهمة انعقدت العديد من اللقاءات والندوات العلمية

المواد على القاضي وقف تنفيذها أو النزول عن الحد الأدنى، مثلا المواد 324 من المدونة و 377 من قانون شركات المساهمة.

بعد هذا أنتقل إلى عرض السمات المميزة لهذه التشريعات.

1 - المصادر: يمكن القول بأن المصدر التاريخي أو الموضوعي لجميع النصوص الجديدة هو التشريع الفرنسي الذي بدأ تأثيره واضحا وبقوة جعلت بعض الباحثين يرى - في نوع من السخرية - إمكانية الإستغناء عن قراعتها والرجوع فقط إلى الأصول الفرنسية وشروحها.

أما بالنسبة للمصدر الشكلي أو الرسمي فقد تبنت مدونة التجارة موقفا جديدا مخالفا تماما لما كان عليه الأمر في الماضي، حيث تم النص صراحة على تحديد هذه المصادر وعلى تدرجها. وهكذا فإن المصدر الرئيسي الأول لأحكام القانون التجاري والفصل في المنازعات هو التشريع التجاري. هكذا تراجعت مكانة القانون المدني إلى الدرجة الثالثة في سلم المصادر بعدما كانت تحتل المركز الأول في ظل القوانين الملغاة سواء المتعلقة منها بالتجارة أو الشركات. لكن الملاحظ هو إغفال الإشارة إلى الإتفاقيات الدولية، وإن كان ورد ذكرها بصورة يتيمة في المادة 443 بشأن عقد النقل. كما تم إغفال ذكر التحكيم وإن كان تم النص عليه فيما بعد في القانون المحدث للمحاكم التجارية. وأخيرا أدخل المشرع مصدرا هاما هو المبادئ الأساسية أو العامة للقانون PRINCIPES FONDAMENTAUX وإن لم يحدد المراد بها.

2 - وفي مجال العناية والاهتمام بوسائل وآليات الوفاء في المعاملات التجارية أبرزت المدونة بشكل واضح إرادة مواجهة الانعكاسات السلبية المتراكمة منذ عشرات السنين والناجمة عن ضعف الأحكام والقواعد المنظمة للتعامل بالشيك بصفة خاصة وضبط العلاقات بين الزبناء والأبنك عند الاستعمال السيئ للشيكات. وقد تميزت النصوص الجديدة بإدماج ظهير 1939 مع الاتفاقية البنكية لسنة 1989 في صلب المدونة، مع حرص واضح على تقوية الجانب الجزري لمنع سوء استعمال الشيكات بما كان يشكل في الماضي مساسا بالثقة التي يقوم عليها النشاط التجاري. وإذا كانت

المفروض أو على الأقل من الملائم أن يأتي ذكرها في الأحكام العامة، وكذلك الشأن بالنسبة لقاعدة التضامن بين المدينين.

* الإحالات المتكررة إما على نص المدونة أو قانون الشركات أو على نصوص أخرى كقانون الالتزامات والعقود أو قانون المحاسبة التجارية أو قانون مؤسسات الائتمان أو قوانين سوق الأوراق المالية، وأحيانا تكون الإحالة دون تحديد القانون المحال عليه كما في المادة 422 من المدونة بشأن الوكالة بالعمولة حيث تحيل على القواعد المتعلقة بالوكالة بصفة مجردة أو المادة 443 بشأن عقد النقل حيث تحيل على القواعد العامة المتعلقة بعقد إجارة الصنعة، وأحيانا تكون الإحالة بصورة شاملة على المبادئ العامة (المادة 405).

ثانيا : بعض السمات العامة للقوانين الجديدة

إن ضخامة النصوص المكونة للقوانين الجديدة للتجارة والشركات (حوالي 1320 مادة) وتنوع مجالاتها ونطاقها يجعل أية محاولة لتقديمها بصورة كافية، عملا محكوما بالنقص، ولذلك سأختار - في هذا التقرير - بعض المظاهر والسمات المميزة لهذه التشريعات في ارتباطها مع المداخلات التي سنستمع إليها.

وقبل ذلك يمكن إبداء ملاحظة عامة تهم مختلف النصوص؛ وهي أنها تتميز بمراجعة جذرية لعدد هام من المفاهيم الأساسية سواء فيما يتعلق بتحديد معيار التجارة حيث تم تبني النظرية الشخصية أو مكونات الأصل التجاري أو الأهلية التجارية التي تم بشأنها توحيد المرجعية القانونية وإعطاء الأولوية للنظام العام المغربي بخصوص تحديد أهلية الأجنبي لممارسة التجارة، أو بشأن إلتزامات التجار أو طرق مواجهة الأزمات التي تتعرض لها المقاولات التجارية، فردية كانت أم جماعية، أو ما يهم أنظمة التأسيس والرقابة والتسيير في الشركات.

كما يلاحظ بصفة عامة ميل كبير إلى اعتماد الزجر والعقوبات الجنائية وإدخال عدد كبير من المقتضيات الجنائية في صلب التشريعات التجارية مع توجه مثير يتمثل في تقييد سلطة تفريد العقوبة وخاصة فيما يتعلق بالغرامات المالية حيث تمنع بعض

والعقود البنكية، مع إغفال تنظيم عقود أخرى كعقد البيع التجاري وعقود الامتياز التجاري.

- النص على مبدأ حرية الإثبات كقاعدة عامة والكتابة كاستثناء بالنسبة لبعض التصرفات (المواد 334، 397 من المدونة / المادة 11 من قانون شركات المساهمة / والمادة 16 من قانون شركات التضامن والمسؤولية المحدودة).

فضلا عن تبني الموقف الفقهي والقضائي بشأن اعتبار الكمبيالة والشيك الباطلين من زاوية القانون المصرفي؛ سندات دين (المادتين 160 و 240)، واعتبار الكشف البنكي أيضا حجة إثبات بين التجار (المادة 492 من المدونة والمادة 106 من قانون مؤسسات الائتمان).

* أما بخصوص الشركات فقد اتبع واضعو النصوص منهجية غريبة عندما جعلوا قانون شركات المساهمة هو الأساس فيما يتعلق بالأحكام العامة للشركات التجارية (مادة 1 من قانون شركات التضامن والمسؤولية المحدودة).

4 - وعلى مستوى الصياغة الفنية لنصوص المدونة والشركات فالملاحظ :

* الميل نحو وضع التعريفات في صلب النص التشريعي، وتجلي ذلك بصورة واسعة في مدونة التجارة (المواد 23 و 24 بشأن التقديم والاطلاع على الوثائق المحاسبية للتجار أثناء عرض نزاع قضائي، المادة 79 بشأن الأصل التجاري، 393 بخصوص الوكالة التجارية، 405 بشأن السمسرة وغيرها). أما في قوانين الشركات فقد وضع المشرع تعريفا لشركة التضامن فيما أحجم عن تعريف شركة المساهمة.

* تبويب النصوص بصورة واضحة بوضع الأحكام العامة في البداية ومتابعة مختلف أطوار ومراحل ممارسة النشاط التجاري سواء بصفة فردية أو في إطار شركة، مع التذكير بالوضعية النشاز لقانون شركة المساهمة بالنسبة لبقية الشركات.

ورغم حرص المشرع في المدونة بصفة خاصة على وضع تبويب متناسق فيمكن أن نؤاخذ عليه تأخير أحكام الإثبات إلى الكتاب الرابع (مادة 334) مع أنه كان من

إن هذه البواعث التي كانت معروفة وموجودة من قبل، لم تكن لتؤدي وحدها إلى هذه الإصلاحات لو لم تصاحبها إرادة سياسية حازمة في إخراجها للوجود؛ بدليل أن النصوص السابقة المهيأة منذ الثمانينيات ظلت مرمية فوق الرفوف دون اهتمام أو اعتبار.

2 - لقد بدأت موجة الإصلاحات بالخروج جزئيا عن بعض النصوص الأصلية، ووضع نصوص جديدة موازية لها. وكان أول نص هو قانون المحاسبة التجارية سنة 1992، وتلاه سنة 1993 الظهير بمثابة قانون بشأن مؤسسات الائتمان، وفي نفس السنة تم وضع مجموعة نصوص لتنظيم سوق الأوراق المالية (البورصة) وبعدها انتزعت شركة المساهمة من قلب قانون الشركات ووضع لها بصورة منفردة نص مستقل؛ قبل أن يتم وضع مدونة التجارة وبعدها النص المنظم لبقية الشركات التجارية، واختتمت السلسلة بالقانون المحدث للمحاكم التجارية.

إن أحد مساوئ هذه المنهجية هو غياب تصور شمولي عام لمختلف القطاعات المعنية مما أدى أحيانا إلى بعض الانفصال وانعدام التجانس بين مختلف النصوص.

3 - وبخصوص التقنية المستعملة من طرف مدونة التجارة الجديدة يلاحظ :

- محاولة تطهير نص القانون الجديد من بعض الشوائب التي كانت عالقة بالنص القديم كإخراج المقتضيات المتعلقة بالشركات، وإلغاء المقتضيات الخاصة بفصل الأموال.

- إدماج عدد من الأحكام والمقتضيات التي كانت خارج نص القانون التجاري، في المدونة الجديدة كالأحكام المتعلقة بالأصل التجاري والمعاملات المجراة بشأنه وأحكام الشيك وغيرها.. ولكن في نفس الوقت ظلت أحكام أخرى خارجة عن دائرة نص المدونة كقانون المحاسبة التجارية وقانون الائتمان وقوانين الملكية الصناعية وبراءات الاختراع وقواعد النقل البري والجوي وقواعد تنظيم وكالات الأسفار...

- تنظيم شبه متكامل للعقود التجارية، وإدخال عقود كان يجري العمل بها واقعا دون نصوص كالائتمان الإيجاري والتسيير الحر للأصل التجاري والوكالة التجارية

التي تطرحها النصوص القانونية الجديدة أو التي يمكن أن يثيرها المتدخلون في عروضهم، علما بأن إدارة الندوة لا تتوفر على أية مداخلة مكتوبة، ولذلك فإنني سأكتفي ببعض الملاحظات عن منهجية إعداد النصوص وصياغتها الفنية، مع إشارة إلى بعض السمات العامة للقوانين الجديدة، انطلاقا من المحاور المقترحة لهذه الندوة والتي فرضت نفسها بالنظر إلى طبيعة النصوص نفسها واعتبارا لعناوين المداخلات المعلن عنها.

أولا : ملاحظات عامة عن منهجية إعداد النصوص الجديدة

1 - بداية يمكن القول بوجود صنفين من الأسباب التي كانت وراء صدور هذه القوانين، فهناك من جهة الأسباب أو الدوافع القانونية المحضة والتمثلة في ضرورة إعادة النظر في قوانين قديمة ومتاكلة وغير منسجمة ولا مسايرة للتطورات الفقهية والتشريعية والاقتصادية العالمية بشأن ممارسة التجارة.

وهناك أسباب وبواعث جيوسياسية واقتصادية ومالية تعكسها الاختيارات والتوجهات الاقتصادية والسياسية للدولة المغربية منذ بضع سنوات، والتي يمكن اختصارها فيما يلي :

أ - القطيعة مع النظام الاقتصادي المزدوج المبني على خليط من الاقتصاد الموجه (شركات وطنية؛ مؤسسات عامة صناعية وتجارية؛ احتكار الدولة لبعض الأنشطة والمرافق التجارية والاقتصادية الاستراتيجية) والاقتصاد الليبرالي الحر القائم على المبادرة الخاصة، وتبنى هذا النظام الأخير وحده - مع استثناءات قليلة جدا - وهو ما يؤكد مسلسل الخصوصية.

ب - محاولات التقارب والتقرب من الأنظمة الاقتصادية الأوروبية المجاورة في صورة شراكة مندمجة.

ج - السعي للاندماج في إطار النظام الاقتصادي العالمي الجديد بما يقتضيه ذلك من انفتاح على الأسواق الدولية المختلفة، وتطوير وتغيير الأنظمة القانونية الوطنية لتكون متوافقة / أو على الأقل مقبولة / مع مطالب ومتطلبات الرأسمال الأجنبي والوطني أيضا.

تقرير تقديم الندوة

عبد الوهاب المريني(*)

السيد الرئيس،

أيها السيدات والسادة،

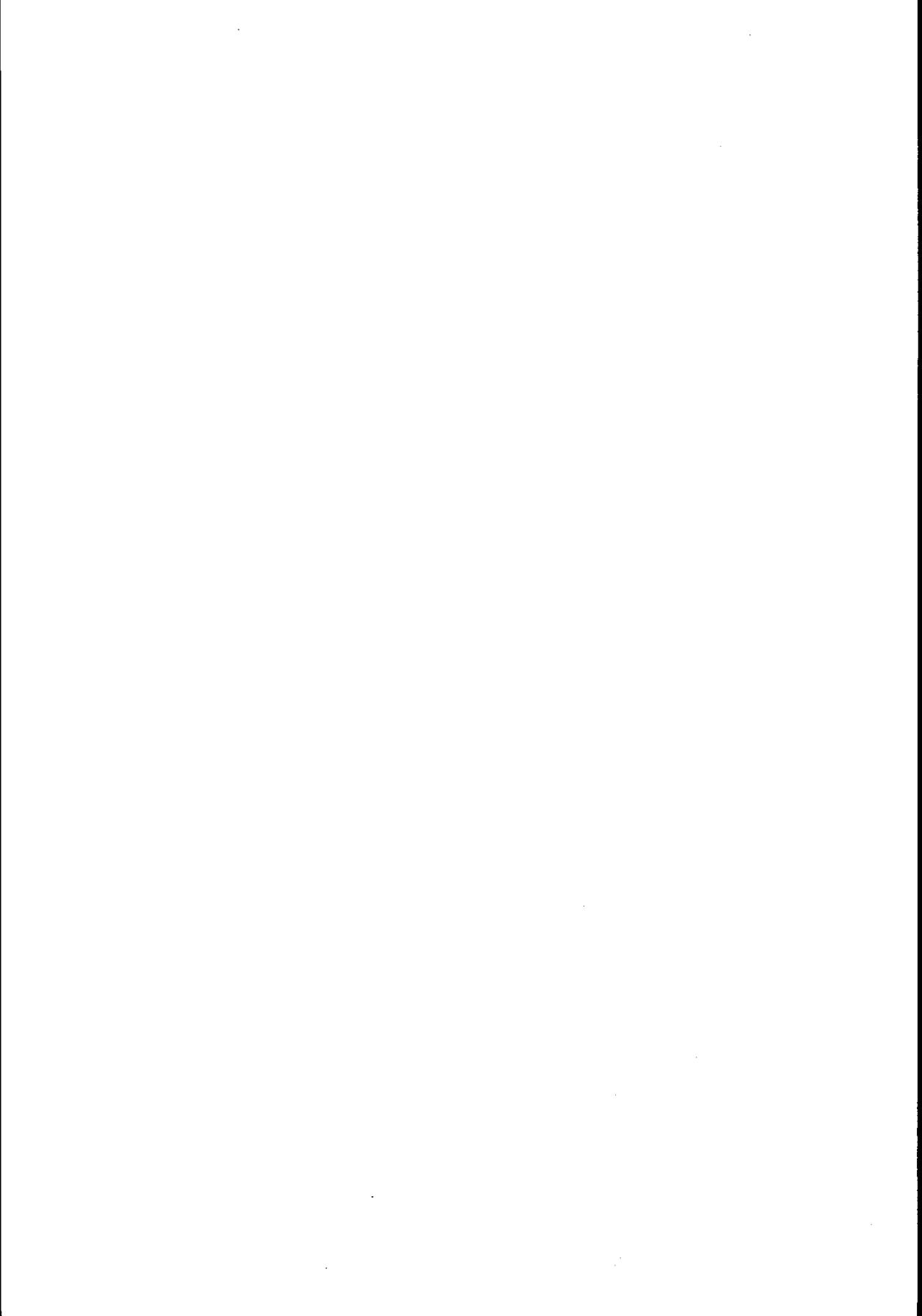
أستاذي وأخي الأستاذ أحمد شكري السباعي،

أود في البداية أن أضم صوتي إلى من سبقوني بخصوص التأكيد على الأهمية المعنوية لهذا التكريم العلمي لواحد من القلائل الذين نذروا أنفسهم لرسالة التدريس الجامعي والبحث والتأليف في ميدان القانون، رغم ما في ذلك من جحود وإنكار. وإذا كان الآخرون أثنوا عليك مرة فأنا أثنى ألف مرة لعدة أسباب منها معرفتي السابقة بك منذ عدة عقود، لم تتغير فيها أخلاقك ولم تتبدل فضائلك الحميدة ومزاياك العديدة وظلت ثابتة راسخة تتقوى وتتجدد. ومنها أن لك علي أفضال كثيرة في مجال البحث والمعرفة، فهنيئاً لك بهذا العيد العلمي وأرجو لك طول العمر والصحة والعافية والمزيد من الكتابة والإنتاج الفكري في عالم القانون التجاري، خاصة وأنك مع زمرة من الأساتذة الآخرين الحاضرين هنا، تعتبرون الأباء الحقيقيين لهذه الإصلاحات التي اقتطف الغير ثمرتها؛ دون وجه حق.

أيها السادة والسيدات،

لقد كلفتنى اللجنة المنظمة لهذه الندوة بتقديم التقرير الافتتاحي، ولعمري إنه لشرف كبير لي أن أقوم بذلك أمام خيرة الباحثين في القانون التجاري، وفي ذات الوقت فإنه يصعب علي خلال زمن محدود الدقائق التعرض لمختلف المواضيع والإشكالات

(*) أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - أكادال - الرباط.



- عضو اللجنة الوطنية التي أعدت مشاريع قوانين التجارة الجديدة في المملكة المغربية،
- ممثل المملكة المغربية في اللجنة الفنية التي أعدت الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري "اتفاقية عمان".
- ممثل المملكة المغربية في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وعضو لجنة الصياغة، ونائب رئيس اللجنة لسنة 1995/1994،
- رئيس أول شعبة للقانون في كلية الحقوق بالرباط أكدال التي أنشئت سنة 1972 (قبل صدور القوانين المنظمة للشعب)،
- ممثل للأستاذة في أول مجلس للجامعة (جامعة محمد الخامس)،
- ممثل للأستاذة في مناظرة افران،
- حاصل على وسام العرش من درجة فارس ووسام العرش من درجة ضابط،
- شارك في العديد من الندوات الوطنية والدولية ونشر العديد من المقالات.

— صدرت له المؤلفات التالية المرفقة :

- 1 - نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن.
- 2 - النظرية العامة في تطور التجارة وقانون التجارة والأعمال التجارية الأصلية بالطبيعة.
- 3 - المقاولات التجارية والأعمال البحرية والأعمال التجارية التبعية والأعمال المختلطة والتاجر الفرد، وإلتزاماته وحقوقه.
- 4 - نظام الإفلاس.
- 5 - النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص.
- 6 - شركات الأموال والشركات ذات المسؤولية المحدودة.
- 7 - الأوراق التجارية.

والله ولي التوفيق

**نبذة عن حياة
الدكتور أحمد شكري السباعي**

- ولد سنة 1938 بمدينة سيدي قاسم،
- متزوج وله ثلاثة أطفال،
- مكلف بمهمة بالديوان الملكي العامر، منذ سنة 1973،
- أستاذ التعليم العالي (درجة "ج")،
- حصل على شهادة البكالوريا في 9 يونيو 1959،
- حصل على الإجازة في الحقوق سنة 1962 (من كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بالرباط)،
- حصل على دكتوراه الدولة في الحقوق سنة 1969 (كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بالرباط)،
- أستاذ كرسي القانون التجاري والقانون التجاري المقارن بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط - أكدال منذ سنة 1962 (مساعد، محاضر، أستاذ التعليم العالي من الدرجة "ج" النهائية)،
- محاضر سابق في كليات العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية في الدار البيضاء ومراكش وفاس،
- محاضر سابق في المدرسة الوطنية للإدارة العمومية،
- محاضر بدار الحديث الحسنية (القانون المدني)،
- محاضر بالمعهد الوطني للدراسات القضائية،
- محام مقبول لدى المجلس الأعلى،

العبيدي والأستاذ السننيسي، وليغفر لي الله إن سهوت عن ذكر أحد هؤلاء الأعمدة، رحم الله الجميع.

وأنتهز هذه الفرصة لأتمنى لإخواني وزملائي الأساتذة الذين يرصدون حياتهم اليوم لحمل لواء الرسالة العلمية ونشر الثقافة القانونية مديد العمر وموفور الصحة، إذ أن رسالتهم هذه لا غنى عنها لحماية الحقوق وضمان الحريات وتركيز الوعي الديمقراطي واحترام الغير...

وفي الختام أتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى كل الذين ساهموا في تنظيم هذه الندوة الثقافية وهذا التكريم الإنساني، وعلى رأسهم الأستاذ عبد الغني القدميري، ونائبه الأستاذ امحمد الداير، والأستاذ أحمد التهامي رئيس شعبة القانون الخاص والأستاذ فريد الباشا رئيس المركز المغربي للدراسات القانونية، واللجنة المكلفة بالتنظيم وسائر أعضاء شعبة القانون الخاص، وباقي أعضاء الشعب الأخرى، وأساتذة الكلية وكل الذين شرفوا هذه الندوة بحضورهم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

ولا يسع المرء إلا أن يحمد الله على السمعة المحمودة والمكانة المرموقة التي اعتلتها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية باكدال بين نظيراتها في العالمين العربي والإسلامي بل حتى العالم الغربي رغم ما يواجهها من صعوبات مادية ومعنوية، وتشريعية وتنظيمية، نأمل أن يوفقنا الله مستقبلا إلى إيجاد حلول ناجعة لها، والتعاون أساتذة وطلبة للحفاظ على مكتسباتها وتحقيق الطموحات والآمال التي تراودنا لأجل النهوض بصرح هذه الكلية الأصيلة كي تواصل إشعاعها وتستمر في نشر المعرفة والعلم عبر العالم العربي والإفريقي على الخصوص.

فهي الكلية التي حظيت بثقة صاحب الجلالة حفظه الله حيث عهد إليها بتكوين الأمراء، وكان من بين أفواج المتخرجين المجازين الأمجاد صاحب السمو الملكي ولي العهد الأمير الجليل سيدي محمد وصنوه السعيد مولاي رشيد.

فلقد ظلت هذه الكلية مليئة الرحاب لسنين عديدة بطلاب من دولة فلسطين المكافحة المناضلة ضد الطغيان من أجل استكمال سيادتها، ومن الأردن، ودول الخليج والسودان وليبيا وتونس وموريطانيا والسينغال وغيرها...

ولكم شغل هؤلاء المتخرجون - ولا يزالون - مناصب عليا، في المعاهد والمؤسسات والجامعات، يسدون الخدمات الجلى وينجزون المهمات العظمى لخير أوطانهم وفائدة أبناء بلادهم.

فكانت كليتنا هذه - بحق - أداة فعالة زودت البلاد في بداية الاستقلال ولازالت بخيرة الرجال الذين يساهمون في التدريس الجامعي وميدان المحاماة والقضاء، وفي القطاعين الخاص والعام، وعدد وفير من الذين ارتقوا مناصب عليا في السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية.

ولا يحق للمرء في هذا اليوم أن ينسى أصدقاءه من الرجال الأفاضل الذين ساهموا بوقتهم وجهدهم في حمل رسالة الثقافة القانونية ورفع مشعل الثقيف والتدريس بهذه الكلية إلى أن وافتهم المنية تغمدهم الله بوسع رحمته، وأذكر منهم الأستاذ علال الفاسي والأستاذ المكي الناصري والأستاذ مولاي عبد الواحد العلوي والأستاذ عبد الرحمان القادري والأستاذ عبد العزيز بلال والأستاذ ميكو والأستاذ

كلمة

الأستاذ أحمد شكري السباعي

بسم الله الرحمن الرحيم

- السيد وزير العدل،

- السيد نائب القيدوم،

- السيد رئيس شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاجتماعية،

- السيد رئيس المركز المغربي للدراسات القانونية،

- السادة القضاة،

- السيد نقيب المحامين بالرباط والنقباء السابقون والسادة المحامون،

أيها الحضور الكريم،

إنه ليحق للمرء أن يعتريه الشعور بالاعتزاز والامتنان والفخر بهذه الالتفاتة الكريمة والبادرة الطيبة المتمثلة في هذا اليوم التكريمي الذي سيبقى منقوشا بمداد ذهبي في ذاكرتي، وفي حياة رجل أمن بالثقافة القانونية ورصد لها حياته ووقته.

إن هذا اليوم الرمز يعد ولا ريب، أكبر هدية وأنبل وأصدق تعبير عما يمكنه المثقفون من شعور فياض وعاطفة جياشة صادقة واعتراف بالجميل لمن رصدوا حياتهم ووقتهم لخدمة الثقافة وساهموا بنصيب متواضع في التدريس والتلقين والتأطير وأدلو بدلوهم في التأليف والنشر زهاء خمسة وثلاثين سنة دون كلل أو ملل، دائبين على العمل ساهرين على بناء صرح هذه الكلية العتيقة ودعم مسيرتها الخالدة ورسالتها النبيلة وإشعار نورها العلمي والثقافي.

في العديد من المناسبات والإشكالات والمواضيع ذات الصلة بمجالات اهتمامه المتنوعة والغزيرة. كيف لا، وهو الأستاذ الكفاء، الذي لا أحد ينكر مدى تشبعه وتمكنه من الآليات المنهجية، التي ليس سهلا الإحاطة بها بالشكل الذي يسهل رسالة التلقين وإيصال المعلومة العلمية بشكل صائب.

أيها الزملاء والحضور الكرام،

مهما قلنا في حق الأستاذ شكري السباعي يبقى ناقصا ولا يف فيه حقه. لأننا، وبكل بساطة، أمام قامة عملية وتربوية نادرة، وما هذا الاحتفاء بشخصه إلا التفاتة بسيطة من طلبة استفانوا من غزير علمه، ومن أساتذة يعززون قدره ومكانته، ومن أصدقاء خبروا مكانة الرجل كأحد أعلام القانون الخاص بالمغرب، الذي نتمنى له طول العمر ووافر الصحة وبوام الاجتهاد.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كلمة الأستاذ فريد الباشا رئيس المركز المغربي للدراسات القانونية

زملائي الأعزاء،
أيها الحضور الكريم،

إنه لمن باب الفخر والاعتزاز أن نجتمع اليوم في هذا الفضاء العلمي لنحتفي بأحد أهم وألمع الأطر الجامعية، التي تركت بصماتها ناصعة في تاريخ البحث العلمي في رحاب الجامعة المغربية، ويتعلق اليوم بالأستاذ الفذ أحمد شكري السباعي، الأستاذ والخبير البارز في درس القانون التجاري المغربي.

إننا، سواء داخل الكلية أو بشعبة القانون الخاص أو داخل المركز المغربي للدراسات القانونية، نحس بشرف عظيم ونحن نلتف حول السي أحمد شكري السباعي، لإدلاء بشهادة تقدير واعتزاز، والتي سوف لن تفي، ولاشك، المحتفى به حقه، وذلك لما يتوفر عليه من مزايا وخصال حميدة قلما تجتمع في شخص واحد في زماننا هذا.

لقد كان الأستاذ شكري السباعي، طوال مسيرته العلمية، نموذجا للطاقة العلمية والعملية الخلاقة، التي ما فتئت الأجيال السابقة، ومنها من أصبح زميلا له برحاب كليتنا هذه وكليات أخرى على امتداد التراب الوطني، تنهل من وفير علمه ورفيع أخلاقه المشهود له بها من لدن الجميع، كما حاول أن ينسج طوال هذا التاريخ ذلك النوع من العلاقات الرفيعة، التي كانت دائما تنتصر للأخلاق الرفيعة والمعاملة السوية، والتي كانت في مجملها تركز على فضيلة الإنصات والتتبع والمواكبة الحثيثة لكل ما يدفع بالاجتهاد العلمي والبحث الأكاديمي الرصين إلى ما هو أفضل.

كما لا يفوت أعضاء المركز المغربي للدراسات القانونية، بهذه المناسبة، أن ننوه بالمجهودات الكبيرة والدعم غير المشروط والمساعدات المتواصلة، التي ما فتئ المحتفى به يقدمها لنا، كلما عبرنا له عن حاجياتنا إلى دعمه أو على الأقل الأخذ برأيه

الأستاذ الكبير، وأنت دائما الطالب الصغير، ألقاه بين الفينة والأخرى فيعاملني برفق ولين، أتزود من معارفه التي لا تنضب معينها أبدا، وما حدث أن تركني دون أن يسألني عن الصحة وعن الأهل وعن الأولاد، بل وعن طلبته الآخرين الذي هو في اشتياق دائم إليهم.

وأفهم الآن أشياء لم أكن أدركها إدراكا جيدا بالأمس، وأنا طالب أستمع لأستاذي وهو يحاضر بعمق، ذلك أن الوصول إلى مثل مستواه، والتحكم في المادة العلمية بالكيفية التي يتحكم فيها، إنما يحتاج إلى مجهود ومعاونة وبحث مستمر أثناء الليل وأطراف النهار، وهو جهد لم نكن نتبينه، وأفهم أن المحاضرة التي تبدو عادية وبسيطة، إنما تستهلك من طاقة الأستاذ الفكرية والبدنية ما لم نكن أبدا نقدره حق قدره.

ولن أخفي سرا إذا ما اعتبرت أن أستاذية الأستاذ أحمد شكري السباعي صارت جزءا من أستاذيتي، فأنا أجد نفسي أحيانا مضطرا لمحاكاته في أسلوبه وفي طريقة عرضه، بل وأحاكيه في حركاته وسكناته.

لقد تعلمت من الأستاذ أحمد شكري السباعي كيف أدرج في محاضرتي فأنقل بين أجزائها خطوة خطوة، في تناسق وانسجام.

وتعلمت منه أن المادة القانونية هي مادة صعبة، وأن التغلب على جانب من هذه الصعوبات يفرض عرضها بأسلوب بسيط رصين دون تكلف، يحترم قواعد اللغة دون الإخلال بجماليتها.

وتعلمت منه عدم الإذعان للأفكار الجاهزة، لأن من وظائف الأستاذ أن ينتقد المشرع وأن يجادل الفقه وأن يحاسب القضاء عندما تتوفر له دواعي ذلك.

وتعلمت منه أن أقارن بين المدارس القانونية، دون إهمال القانون المغربي، لأن المقارنة تشحذ الذهن، وتنمي ملكة الانتقاد، وتوضح قوة أو ضعف هذه المدارس.

وتعلمت منه أن أحترم الأمانة العلمية، وأن أعدد مصادر مادتي وألا أنافق في العلم كما يفعل الكثيرون.

والأستاذ أحمد شكري السباعي نسيج من الأخلاق الفاضلة، لا يتكلم معك في عورات زملاء أبدا، فهو يضع بين عينيه قول الإمام الشافعي رحمه الله :

لسانك لا تذكر به عورة امرء * * * فلك عورات وللناس ألسن

والتكريم في الحياة أفضل منه في الممات. فالتكريم في الحياة نعمة ومسرة وتواصل أما بعد الممات فالتكريم حسرة ودمعة وأهات. نتمنى لأستاذنا الجليل الدكتور أحمد شكري السباعي مرة أخرى عمرا مديدا، فيكون هذا التكريم بالنسبة إليه وقفة تأمل ينطلق منها نحو الرقي الفقهي، خاصة أن القانون المغربي الوضعي قد عرف مؤخرا ثورة هائلة من حيث الكم ومن حيث الكيف على مستوى قانون أعماله بالخصوص، وهي ثورة تحتاج لكثير من الجهد الفقهي لفك رموزه وحل إشكالاته، وفي مقدمة أصحاب ذلك الجهد المنتظر أستاذنا الفاضل الدكتور أحمد شكري السباعي. فهو بالنسبة لقانون الأعمال كأهل مكة بالنسبة لشعابها، وقد جرى القول عند العرب تجاوزا على أن أهل مكة أدرى بشعابها.

لقد سبق لي في وقت من حياتي أن تلقيت العلم عن أستاذي الجليل الدكتور أحمد السباعي بالسنة الثانية من الإجازة قسم القانون الخاص بكلية الحقوق بالدار البيضاء، وقد كانت آنذاك فرعا تابعا لكلية الحقوق بالرباط، وبالضبط خلال السنة الجامعية 1974 ولازلت أتذكره وهو يحاضر في بدلته السوداء يزينها قميص أبيض تتدلى خلاله رابطة عنق دكناء، لم أعد أتذكر لونها جيدا، مستقيما أمام مكبر الصوت في وضوح وفي بساطة، وهي بساطة كثيرا ما وصفها بعض الطلاب بأنها من السهل الممتنع، وكانت محاضراته تترك دائما صدى عميقا في نفوسنا، نغادر الدرس فيستمر صداها رقيقا عذبا يرن في أذاننا.

كان الأستاذ يحاضر وهو يبتسم دائما، أو على الأقل هكذا كان يخيل إلينا ونحن نقرأ في صفحات وجهه الوضاعة. وعندما كنت تحملق فيه تجد أن كل شيء يجذبك إليه ونحوه، بعمق شديد، كان الكل يحبه ويجله ويقدره، ولم نكن، نحن الطلاب نتقلسف في هذا الحب، فنبحث عن دواعيه ولا في ماهيته، وأغلب الظن أنه القبول الذي يسبغه الله سبحانه وتعالى على بعض أحب خلقه إليه.

ومن المؤكد أن الأستاذ أحمد شكري السباعي كان في ذلك الحين وإلى اليوم يبادل طلبته حبا بحب، وعطفا بعطف. فإزاعهم هو متواضع أبدا، والقاعدة عندنا أن من تواضع لله رفعه.

وتمضي السنون مسرعة لا تلوي على شيء، وأصبح في إطار قدر محتوم زميلا للأستاذ الكريم الدكتور أحمد شكري السباعي، وهو الذي كان لي أستاذا بالأمس القريب، فلا يتغير شعوري نحوه إنما يزداد ذلك الشعور قوة وسموا ومناعة، فهو دائما

لقد سبق لهذه الشعبة العريقة، وهي أول شعبة مغربية للقانون الخاص بالمغرب، وبطريقة علمية رائعة أن كرمت الأستاذ علي سليمان العبيدي رحمه الله رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته، ثم كرمت من بعده وبطريقة علمية رائعة أيضا الأستاذ موسى عبود الذي انتقل بدوره إلى دار البقاء مؤخرا، وقد حضرنا هذين التكريمين لا بأجسادنا فحسب، وإنما بجوارحنا أيضا، مستحضرين ذكريات رائعة عشناها مع هذين الأستاذين كطلبة لهم أولا وكزملاء لهم فيما بعد.

وها نحن اليوم، وبنفس القوة والعزم، وبذات الروح والمشاعر، نحضر لتكريم صرح من صروح فقهاء المعاصر، يتعلق الأمر بفضيلة الدكتور أحمد شكري السباعي أطال الله بقاءه وورقه الصحة والعافية، حتى يظل بيننا كما عهدناه دائما سندا قويا للفقهاء المغربيين، ورمزا من رموزه الشامخة، وصلة وصل بين قانوننا في مظهره القديم والمعاصر.

ونحضر هذا التكريم إحياء وتكريسا لهذه السنة الحميدة التي أرست معالمها ودعائها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق التابعة لجامعة محمد الخامس الرباط أكдал، وهي سنة مليئة بالمفاخر وبالإنجازات نتمنى لها من خالص ومن أعمق أعماق قلوبنا الإستمرار والإستقرار والنوام، فترقى بفكرنا ليمتد إشعاعه في النهاية إلى كل ربوع وطننا الحبيب بأجمعه، تحاكيها جامعات وكليات أخرى، فيتحقق بشأنها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

«من سنَّ سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة».

إن التكريم ليس طوبولا تدق، ولا زغاريد تملأ الأذان، ولا ولائم تنفخ الأشداق وتؤلم البطون، ولا أشعارا وكلمات تجنح للنفاق أكثر مما تجنح للصدق. فهو فلسفة رائعة نحاول بواسطتها وعن طريقها، وانطلاقا من المجهود العلمي للأستاذ موضوع التكريم، أن نتدبر إشكالات قانونية تهمنا قد تتصل بإصلاح تشريعي أو بتقديم عمل قضائي أو باستفزاز رأي أو آراء فقهية. وهكذا نحلل وندقق ونناقش ونؤيد وندقق عمل المشرع ونشاط المحاكم.

ولعمري فهذا الاتجاه هو الذي تبنته شعبة القانون الخاص، لتكتب به تاريخ رجالها، وفي ذات الوقت تمنح خدمة لا تقدر بثمن لقانوننا الفتى الذي مازال يتلمس طريقه الوعر.

كلمة الأستاذ محمد الكشبور
رئيس شعبة القانون الخاص
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بالدار البيضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

تغمرنني سعادة كبيرة وأنا أشرك في هذه الندوة العلمية الكبرى، التي تعقدها شعبة القانون الخاص التابعة لكلية الحقوق بجامعة محمد الخامس - الرباط أجدال في موضوع يحمل العنوان الآتي :

«القوانين الجديدة للتجارة والشركات»

الندوة كما نعلم جميعا، وكما تعلمون معشر الحاضرين الكرام، إنما تقام بالأساس تكريما لأستاذنا الكبير فضيلة الدكتور أحمد شكري السباعي، باعتباره رمزا للعطاء القانوني، أرسى بأبحاثه المتنوعة، وبنفسه الفقهي الطويل الذي لا يكل ولا يمل، دعائم مدرسة حقوقية مغربية، هيمنت ولا زالت تهيمن على المادة التجارية عملا ونظرا.

وأشرك في هذه الندوة العلمية أولا بإسمي شخصيا باعتباري باحثا مغربيا أساهم ما وسعني الجهد - وبكامل التواضع - في الرقي بقانوننا الفتى، وأشرك ثانيا باعتباري من أولئك الطلاب الذين ابتسم لهم الحظ، فتعلمنا على يد الأستاذ الجليل موضوع التكريم، وأساهم أخيرا باعتباري رئيسا لشعبة القانون الخاص بكلية الحقوق التابعة لجامعة الحسن الثاني - عين الشق بالدار البيضاء - أحمل باقة ورد مزركشة فواحة لأستاذنا الجليل، ترجمة للتقدير والإحترام الذي يحظى به بإجماع عناصر تلك الشعبة لعطاءه العلمي المتميز أولا، ولمساعدته لتلك الشعبة في وقت لم تكن تستطيع خلالها أن تقوم بشؤون نفسها من الناحية العلمية ثانيا، حيث درس بها لسنوات طويلة.

بعد هذا التقديم المتواضع، ماذا عساني أن أضيفه بعد الذي سبق لي أن قلته؟.

ونعلم جيدا أن الأستاذ شكري رغم إلتحاقه بالديوان الملكي منذ أمد بعيد، إلا أنه أصر على أن يجعل من الوظيفة العلمية والجامعية، وظيفته الأولى والأساسية، بل وظيفته الطبيعية، فهذا يبرهن أن الأستاذ شكري يأتي إلى هذه الكلية المحترمة، ويمارس مهامه داخلها بشغف كبير، بل بحب صادق أكاد أن أقول إن بين الأستاذ شكري وكلية الحقوق ارتباط عضوي ومعنوي يشرفه ويسمو به إلى مراتب العلو والمجد، ويشرف الكلية كذلك ويجعلها بالفعل ملتقى الكفاءات العليا القديرة، التي أنجبها المغرب، وأنجبتها هذه الكلية نفسها.

سيداتي، سادتي، زملائي الأساتذة، إنني لم أرد أن أحضر كلمتي هاته مسبقا، بل أردتها نابعة بتلقائية وعفوية من أعماقي، ومعبرة بصدق عما أشعر به شخصيا ونيابة عن كافة زملائي أساتذة القانون العام، من سرور وبهجة وافتخار بهذا اليوم السعيد، اليوم الذي وإن كان فقط رمزا، فإنه بالفعل يرمز إلى الإعتراف الصريح بما قدمه أستاذنا القدير الدكتور أحمد شكري السباعي من خدمات جليلة، ومن تضحيات جسيمة لصالح هذه المؤسسة التي ستظل إلى الأبد مدينة له بكل هذه الأعمال الخالدة، والتي لا يسعها يوم تكريمي واحد، بل تحتاج إلى أيام تكريمة متواصلة.

سيداتي، سادتي، زملائي الأساتذة، في آخر هذه الكلمة المختصرة، لم يبق لي سوى التعبير عن متمنيات الخالصة لزميلنا وأخينا الأستاذ شكري بالصحة الدائمة، والنشاط المتجدد والنجاح المستمر بإذن الله،

والسلام عليكم ورحمته تعالى وبركاته.

كلمة الأستاذ عبد الحق عقلة رئيس شعبة القانون العام والعلوم السياسية

بسم الله الرحمن الرحيم

- حضرات السادة،

- زملائي الأساتذة،

- إخواني الطلبة.

إنه لمن دواعي الاعتزاز والافتخار أن أمثل شعبة القانون العام في هذا الحفل البهيج، يوم تكريم أستاذنا الفاضل الدكتور أحمد شكري السباعي.

ومن المؤكد جدا أنه لو كان الوقت يسمح لسارع كل أساتذة القانون العام إلى إلقاء كلمة في حق الأستاذ الجليل أحمد شكري السباعي، لأنهم يعتبرون الأستاذ شكري أستاذ الجميع، وزميلا لكل الأساتذة بغض النظر عن انتمائهم إلى هذه الشعبة أو تلك، بل إن الأستاذ شكري كان وما يزال محط الاحترام والتقدير من طرف الطاقم الإداري، وخاصة من طرف مختلف أفواج الطلبة الذين تشرفوا بالتلمذة على يده.

أيها الحضور الكريم، إن الأستاذ أحمد شكري السباعي قدوة حسنة لأجيال تعاقبت على هذه الكلية، إنه قدوة على مستوى الأخلاق الفاضلة، والعلاقات الإنسانية المتميزة مع كافة زملائه الأساتذة، كما أنه قدوة حسنة على مستوى الجد والاجتهاد والابتكار في مجال البحث والتدريس والتأطير، والكل يشهد له بهذا، فلم يتغيب الأستاذ شكري عن تحمل مسؤولياته العلمية ولو مرة واحدة، ولم يتغيب ولو مرة واحدة عن حضور المداولات وعن الحراسة وعن شتى الاجتماعات والتظاهرات الثقافية والعلمية والتربوية.

بالله بوسامين ساميين من درجة "فارس" و "ضابط". فالمسار زاخر بالتشريف والتكليف، والإشعاع متصل موصول وطنيا وعربيا وعالميا. وإذا ما اقتصرنا على ما هو وطني، فبالإضافة إلى التدريس في كليات الحقوق بالدار البيضاء ومراكش وفاس، وبالمدرسة الوطنية للإدارة والمعهد الوطني للدراسات القضائية، ودار الحديث الحسنية، ساهم في وضع مشاريع القوانين المتعلقة بالتجارة والشركات.

ونكرم اليوم نتاج الأستاذ أحمد شكري السباعي، حيث كان أول من أصدر "مفصلا" Traité كاملا في مادة القانون التجاري المغربي، إضافة إلى العديد من المقالات والمدخلات القيمة في كثير من الندوات العلمية بالمغرب وبالأرج؛ فالمسار أيضا زاخر ويستحق كل الإشادة والتنويه، وبهذه الصفة يشد الاهتمام والانتباه إلى معناه ومغزاه، وخاصة في علاقاته بمؤسسة الجامعة وهي تعيش طفرة الانتقال من مرحلة إلى أخرى، وتستوعب تدريجيا التحولات الكبرى، استعدادا لرفع التحديات التي يحبل بها الانتقال إلى الألفية الثالثة، وفي هذا السياق يمكن إعتبار المسار الجامعي للأستاذ أحمد شكري السباعي نموذجا معبرا عما يمكن أن نسميه "سوسيولوجيا الجامعة أو الجامعيين"، ذلك ان عطاءاته كثيرة، وفضله على أفراد الأسرة الحقوقية الكبيرة عميم، ودوره في تعميم ثقافة القانون التجاري لاتصاهي، ومساهمته في نشر الوعي الحقوقي التجاري كأحد مقومات دولة الحق والقانون الاقتصادي مسترسلة إلى اليوم، فشكرا له، ودعواتنا له بطول العمر والمزيد من التفاني في البذل والعطاء،

كلمة الأستاذ أحمد التهامي

رئيس شعبة القانون الخاص

بسم الله الرحمن الرحيم

إننا نلتقي مرة أخرى رعيًا للسنة الحميدة القاضية بتكريم رواد الفكر القانوني، وعمداء التدريس الجامعي بكليتنا. ذلك أننا في شعبة القانون الخاص نشعر بدين تجاه أحد عمداء القانون التجاري ببلادنا ألا وهو الأستاذ الجليل أحمد شكري السباعي، وقد حل اليوم أجل استحقاق هذا الدين، فنوفيه إياه تكريمًا لشخصه وما يمتاز به من فضائل، واعترافًا بعلمه وما يتسم به من غزارة، واستمرارية :

نكرم الشخص لأنه جدير بالتكريم، فهو يتحلى بشمائل عديدة، ومناقب كثيرة وخصال حميدة؛ فهو خلوق، خدوم، متواضع يشهد بذلك الأستاذ والإداري والطالب على امتداد مساره الجامعي الطويل. فالاستاذ أحمد شكري السباعي ازداد سنة 1938 (أيام بسط سيطرة الحماية على كل مناطق المغرب أو سنة قبل صدور الظهير المنظم للشيك في 19 يناير 1939)، وحصل على الإجازة في القانون الخاص من هذه الكلية سنة 1962 (تاريخ أول دستور للمملكة)، والدكتوراه سنة 1969 (أي سنتين بعد صدور أول قانون منظم للمهنة البنكية بالمغرب) وتشرف بالعمل في الديوان الملكي العامر منذ سنة 1973 (سنة مغربة بعض القطاعات الانتاجية والخدماتية) ونحتفي به في 1997، سنة اكتمال المقومات التشريعية والتنظيمية لدولة قانون الاعمال
l'Etat de Droit des Affaires

فمسار الأستاذ أحمد شكري طويل، 35 سنة من البذل والعطاء والتضحية والوفاء، ارتقى عبره كافة الدرجات العلمية، وحظي دائمًا بثقة الزملاء فكان أول رئيس لشعبة القانون الخاص قبل تنظيمها القانوني، وكان عضوًا في أول مجلس للجامعة، كما حظي بشرف العمل في الديوان الملكي العامر منذ سنة 1973، وقلده سيدنا المنصور

إخواني الأساتذة الزملاء،

الحضور الكريم،

إن هذه المناسبة السعيدة، بقدر ما تمكنا من تأكيد تقديرنا واحترامنا لأستاذنا الجليل أحمد شكري السباعي، بقدر ما تعجز عن احتواء كل المميزات والخصال الفاضلة التي يتصف بها أستاذنا المحترق به.

فباسم الطاقم الإداري للكلية، ونيابة عن كافة الزملاء الأساتذة، أتمنى للأستاذ أحمد شكري السباعي كامل الصحة وموفور النشاط كي يستمر في البذل والعطاء كما عودنا على ذلك؛ كما أتمنى له كامل السعادة في حياته الخاصة.

وفي الأخير لا يمكنني أن أختتم هذه الكلمة بون أن أشكر شعبة القانون الخاص على سهرها على تنظيم هذه الندوة العلمية في موضوع هام يحمل عنوان : "القوانين الجديدة للتجارة والشركات"، وذلك تكريما لأستاذنا الفاضل أحمد شكري السباعي. فنعم المباررة، وإلى تكريم جديد بحول الله،

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كلمة الافتتاح

للأستاذ عبد الغني قدميري

عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

أكادال - الرباط

بسم الله الرحمن الرحيم

- السادة العمداء،

- السادة رؤساء الشعب،

- إخواني وأخواتي الأساتذة،

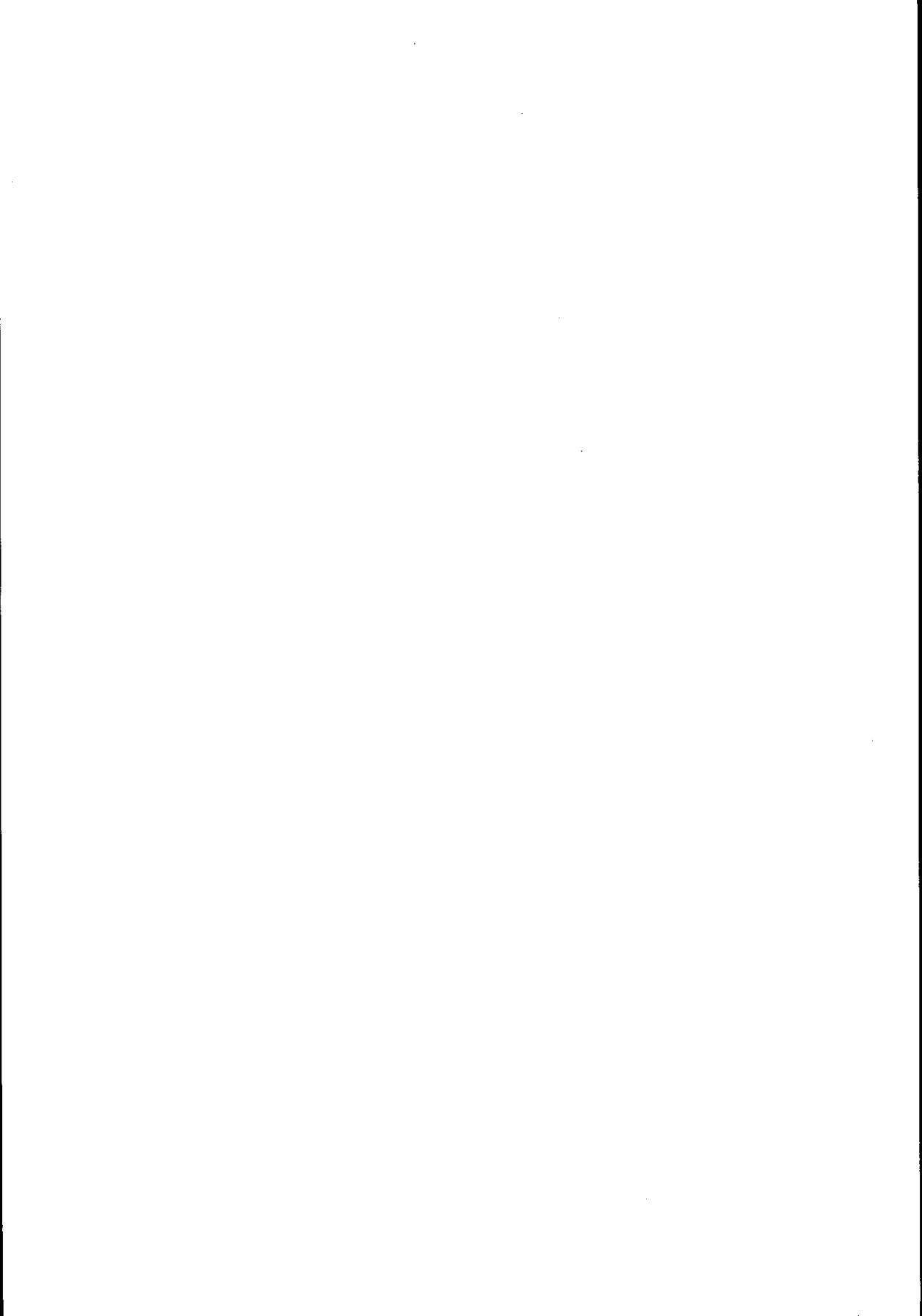
- الحضور الكريم.

إنه لمن دواعي الغبطة والافتخار أن تحتفل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط - أكادال بتكريم أحد أساتذتها المقتدرين، سيما إذا تعلق الأمر بأستاذ من طينة الأستاذ أحمد شكري السباعي.

الأستاذ أحمد شكري السباعي الذي ما فتى يقدم لكتيته ولطلبته أجل الخدمات وأنبليها، وذلك منذ ما يزيد عن 35 سنة.

إنها حقبة طويلة جدا، إنها فترة مهمة من عمر الأستاذ الجليل أمضاها في مجال التدريس والتأطير والبحث العلمي، لفائدة العلم والعلماء والطلبة، وذلك في جو من الجد والمثابرة ونكران الذات.

إننا، إدارة وأساتذة، لا يسعنا إلا أن نحيي في أستاذنا الفاضل فضائله وخصاله الحميدة التي قلما تجتمع في إنسان واحد. فالأستاذ الجليل كان مثالا للانضباط والتفاني والعطاء الوافر، وقدوة في الأخلاق النبيلة؛ ولا يزال أستاذنا الكريم موضع الاحترام والتقدير والمحبة لدى جميع زملاء الأساتذة وكذا الطلبة.



تقديم الندوة التكرمية

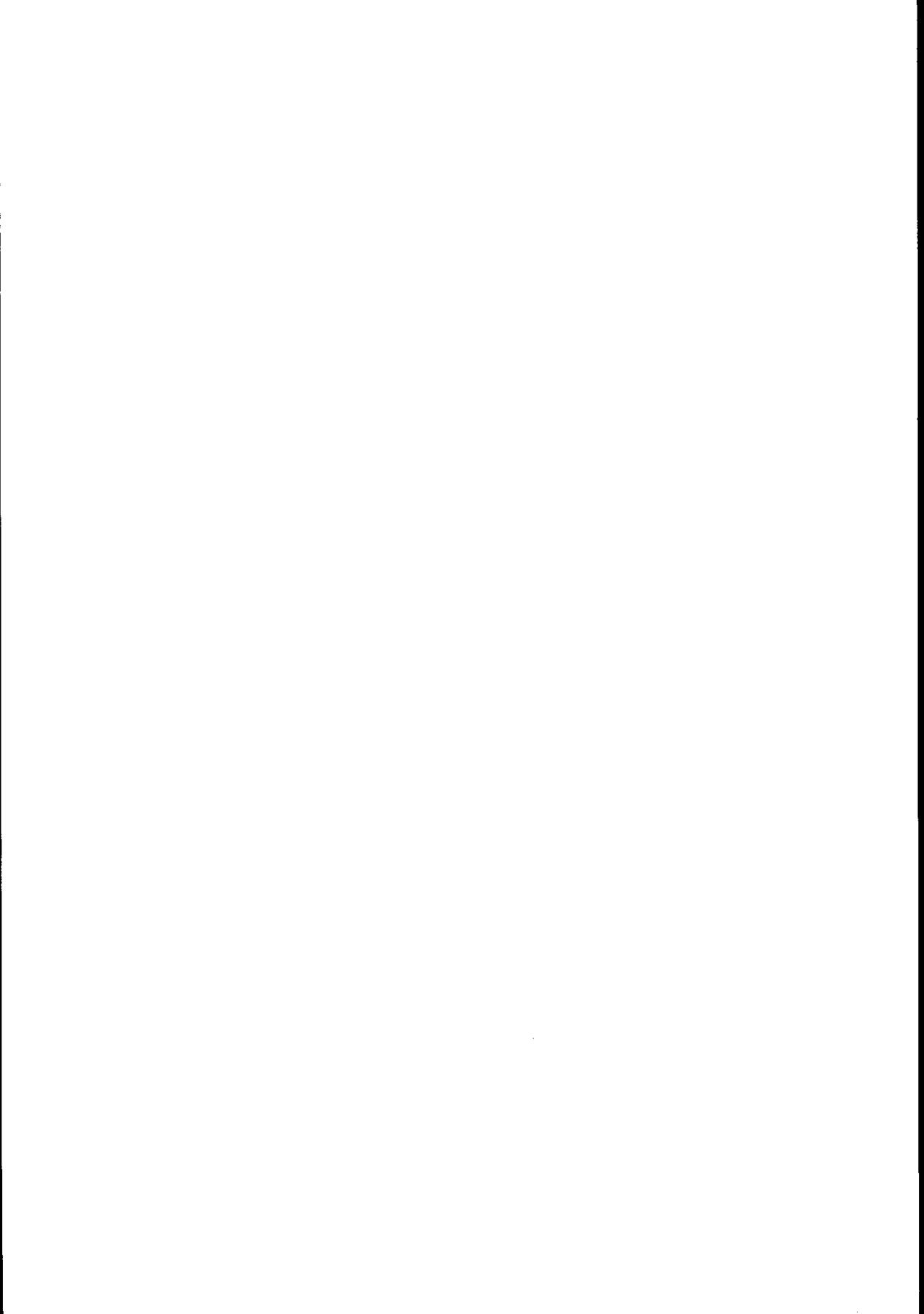
بتاريخ 12-13 دجنبر 1997، نظمت شعبة القانون الخاص، بمشاركة المركز المغربي للدراسات القانونية بالرباط، ندوة حول موضوع : «القوانين الجديدة للتجارة والشركات». وقد كانت الغاية منها تخليد حدثين معبرين : الأول هو إحياء الذكرى الأربعين لإحداث جامعة محمد الخامس، باعتبارها أول جامعة بالمغرب تجسد رمز الاستقلال الفكري بعد الاستقلال السياسي للمغرب. الثاني هو تكريم الأستاذ أحمد شكري السباعي اعترافا به من الكلية والشعبة والأساتذة بالجميل، على ما أسداه من خدمات للمؤسسة والأجيال المتخرجة منها.

وحرصا من مكتب شعبة القانون الخاص خلال ولايته 2000-2002 على أنلا تصبح مواضيع تلك الندوة في عداد النسيان، فقد عمل جاهدا، وبموافقة إدارة المجلة على تخصيص عدد خاص من أعداد المجلة بكامله لأشغالها.

وإذا كان الوقوف على الإشكاليات التي تطرحها محاور الندوة، التي انصبت حول مدونة التجارة، وقانون الشركات، والمحاكم التجارية، قد أدت دورها في إبانه، فإن التغييرات التي عرفتها تلك النصوص، والمستجدات التي عرفها الإطار القانوني للنشاط الاقتصادي والتجاري، بعد مرور خمس سنوات على تنظيمها، وما أفرزته إكراهات العولمة والتنافسية والتبادل الحر، تطلب من مكتب الشعبة السهر على تحسين المتدخلين بضرورة تحيين مداخلتهم بما يتلاءم وتلك التطورات.

وإن مكتب الشعبة إذ يجدد شكره الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد على إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود، فإنه لعلى يقين أن الأعمال هي التي تخلد أصحابها.

مكتب شعبة القانون الخاص



- 10.00** - Comment harmoniser entre l'héritage du passé et les exigences modernes de la nouvelle législation sur la S.A. en matière de gestion.
A. SQUALI : Professeur à la Faculté de Droit, Fès.

10.20 - الشركة الفردية ذات المسؤولية المحدودة. إطلاق أم بدعة؟
المختار بكور، استاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

- 10.40** - Les problèmes juridiques et fiscaux soulevés par l'article 44 de la nouvelle législation relative à la S.A.R.L.
A. EL ABDOUNI et M. BEN TAHAR : Professeur à la Faculté de Droit, Oujda.

11.00 - استراحة.

11.20 - مناقشة.

12.00 - التقرير الختامي :

عبد الوهاب المريني، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

17.00 - الحماية الجنائية للشيك في مدونة التجارة الجديدة.

محمد جوهر، أستاذ بكلية الحقوق، الدار البيضاء.

17.20 - حقوق الحامل على مقابل الوفاء في الكمبيالة.

محمد الشافعي، أستاذ بكلية الحقوق، مراكش.

17.40 - استراحة.

18.00 - مناقشة.

السبت 13 دجنبر 1997

المحور الثالث : الشركات

الرئيس : عبد المنعم الديلامي، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

والمدير العام لأسبوعية «L'économiste»

9.00 - المراقبة المحاسبية في شركات المساهمة.

محمد الإدريسي العلمي المشيشي، أستاذ بكلية الحقوق الرباط - أگدال.

9.20 - حق الاطلاع في شركات المساهمة.

عبد اللطيف مشبال، رئيس الغرفة التجارية بمحكمة الاستئناف
بالدار البيضاء.

9.40 - La concentration économique et la nouvelle loi sur la S.A.

M.A. AL HASSANI : Professeur à la Faculté de Droit, Rabat -
Agdal.

11.00 - تأملات حول دور القاضي التجاري.

أحمد ادريوش، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

11.20 - مناقشة.

15.00 - الجلسة الثانية

الرئيس - محيي الدين أمزازي، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

المحور الثاني : مدونة التجارة

15.00 - الاختيارات الأساسية في القوانين الجديدة للتجارة والشركات

محمد جلال السعيد، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

15.20 - Mission de service public et activité bancaire.

M.L.BENOTMANE : Professeur à la Faculté de Droit, Rabat - Agdal.

15.40 - قراءة في بعض جوانب المدونة التجارية الجديدة.

محمد الكشبور، أستاذ بكلية الحقوق، الدار البيضاء.

16.00 - إشكالات مصادر القانون في ضوء المادة الثانية من مدونة التجارة.

عبد الكريم الطالب، أستاذ بكلية الحقوق، مراكش.

16.20 - L'importance du local dans le fond de commerce.

KH. EL-YAZIDI : Professeur à la Faculté de Droit, Rabat - Agdal.

16.40 - التعامل بالشيك البنكي بين النص والممارسة.

محمد خيربي، أستاذ بكلية الحقوق، الدار البيضاء.

الجمعة 12 دجنبر 1997

9.00 - الجلسة الافتتاحية

- كلمة الأستاذ عبد الغني قدميري - عميد الكلية.
- كلمة الأستاذ أحمد التهامي - رئيس الشعبة.
- كلمة الأستاذ فريد الباشا - رئيس المركز المغربي للدراسات القانونية.
- كلمة الأستاذ أحمد شكري السباعي.

إستراحة

10.00 - الجلسة الأولى

الرئيس - محمد العربي بنعثمان، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

- التقرير الافتتاحي :

د. عبد الوهاب المريني، أستاذ بكلية الحقوق، الرباط - أگدال.

المحور الأول : المحاكم التجارية

10.20 - Reflexions sur la pertinence d'une justice commerciale spécialisée au Maroc.

A. BOUDAHRINE : Professeur à la Faculté de Droit, Rabat - Agdal.

10.40 - المحاكم التجارية : تجربة مستقبلية في المغرب.

عز الدين بنستي، أستاذ بكلية الحقوق، الدار البيضاء.



المركز المغربي للدراسات القانونية
الرباط

جامعة محمد الخامس - أكدال
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
شعبة القانون الخاص
الرباط

بمناسبة الذكرى الأربعين
لإحداث جامعة محمد الخامس

ندوة

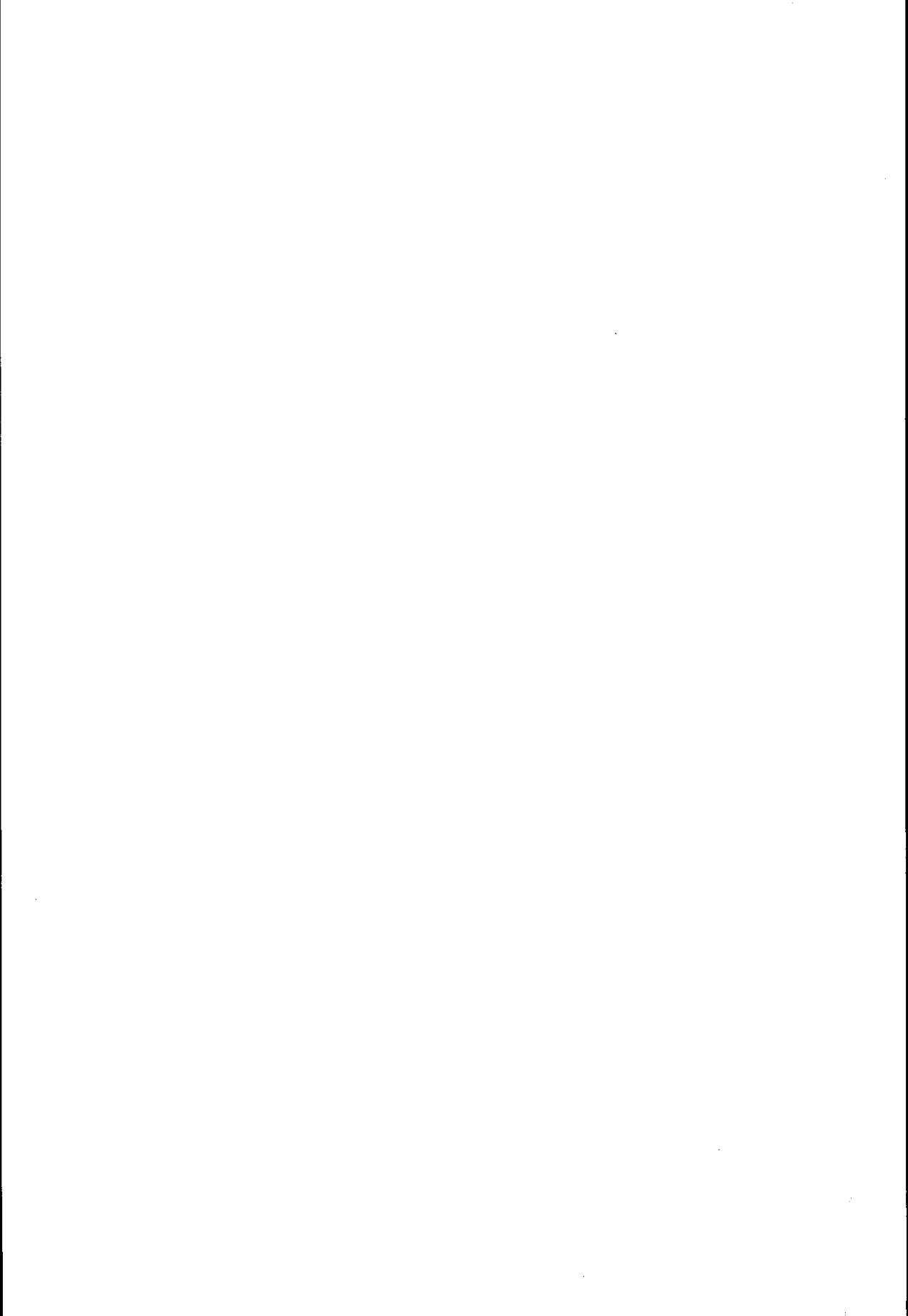
COLLOQUE

القوانين الجديدة للتجارة والشركات
تكريما للأستاذ أحمد شكري السباعي

13-12 دجنبر 1997

البرنامج

مقر الندوة : كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
شارع الأمم المتحدة - أكدال - الرباط



- عبد العزيز الصقلي :كيفية التوفيق بين إرث الماضي والمتطلبا العصرية
للقانون الجديد المنظم لشركات المساهمة في
ميدان التسيير 51
- أحمد العبدوني : المادة 44 من القانون الجديد المنظم للشركات ذات
المسؤولية المحدودة والشركة ذات المسؤولية
ومصطفى بنطاهر
المحدودة من شريك واحد : حقيقة أم خيال ؟ 67
- حسنية شرقاوي :معيار المنافع الاقتصادية للشركة في موضوع
التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية 85

الفهرس

باللغة العربية :

15 تقديم الندوة التكرمية للأستاذ أحمد شكري السباعي
الجلسة الافتتاحية :

17 كلمة الأستاذ عبد الغني قديميري - عميد الكلية

19 كلمة الأستاذ أحمد التهامي - رئيس شعبة القانون الخاص

21 كلمة الأستاذ عبد الحق عقلة - رئيس شعبة القانون العام

كلمة الأستاذ محمد الكشبور - رئيس شعبة القانون الخاص بكلية

23 الحقوق بالدار البيضاء

27 كلمة الأستاذ فريد الباشا - رئيس المركز المغربي للدراسات القانونية

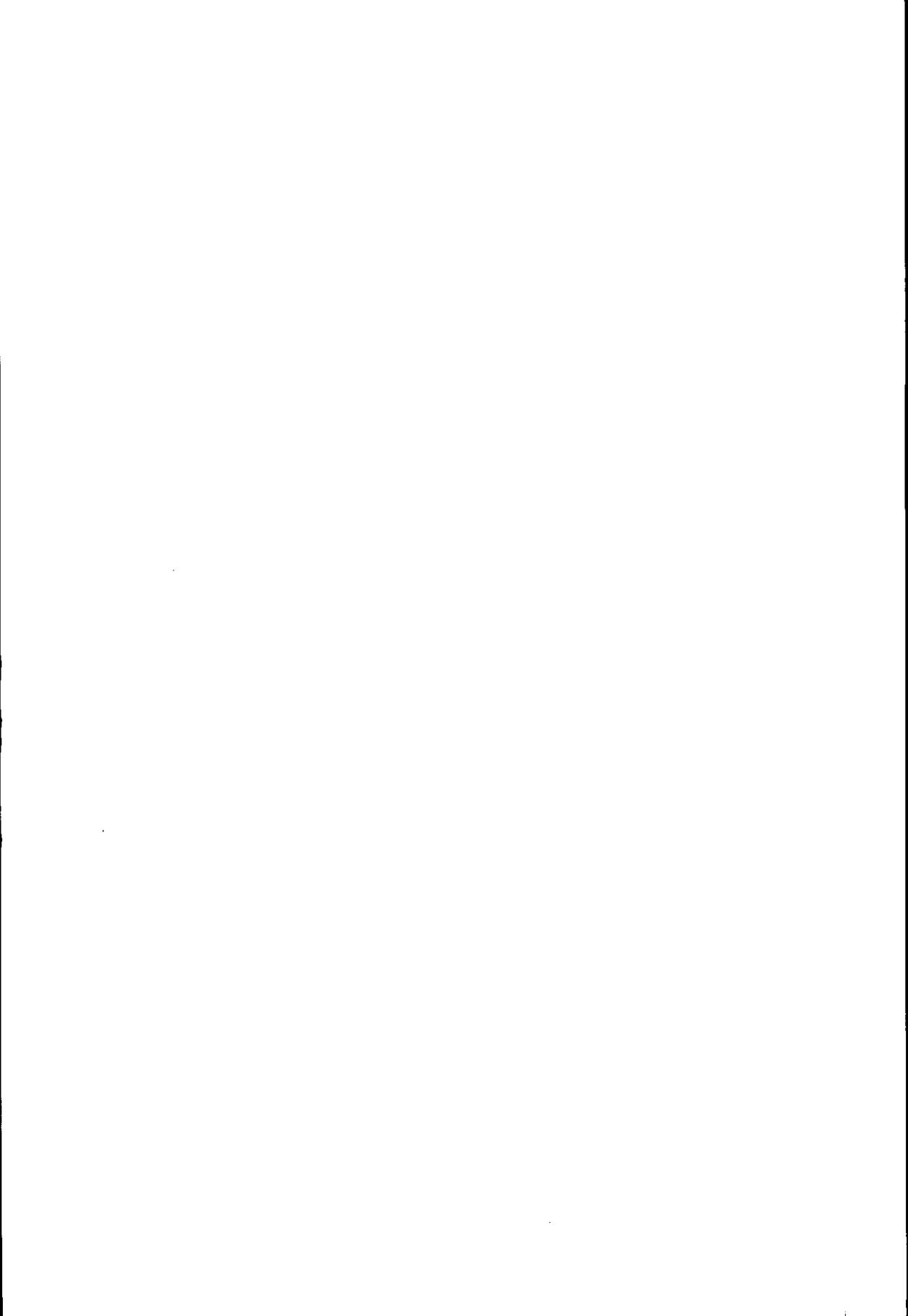
29 كلمة الأستاذ أحمد شكري السباعي

35 تقرير تقديم الندوة للأستاذ عبد الوهاب المريني

المحور الأول : المحاكم التجارية

49 عز الدين بنستي : المحاكم التجارية : تجربة مستقبلية بالمغرب

61 أحمد ادريوش : التمويل بالكراء



المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد
تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بالرباط

المدير : عبد الغني قديميري

اللجنة العلمية :

مولاي إدريس العلوي، سعيد بلبشير، محمد بناني، محمد بنونة،
عبد العزيز بن جلون، أحمد شكري، محمد الإدريسي العلمي،
محمد جلال السعيد، أمال جلال، فتح الله ولعلو.

لجنة التحرير :

الهادي مقداد، عائشة الشرقاوي المالقي، رجاء ناجي، محمد مومن،
الطاهر البحبوحي، محمد البردوزي، أحمد بنعثمان الودغيري، لحسن أولحاج،
نور الدين العوفي.

كتابة التحرير :

خديجة وزاني شاهدي، حرية السليمان، إلهام الغازي.

الإدارة والتحرير :

صندوق البريد 721، شارع الأمم المتحدة - أكدال - الرباط.

الإشتراك :

المغرب : 40 درهما.

الخارج : 60 درهما.

اشتراك خاص بالطلبة : 24 درهما.

كيفية الأداء :

تدفع قيمة الاشتراك في الحساب البريدي رقم 45634C - كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية - صندوق البريد رقم 721 - أكدال - الرباط.

إن الآراء المعبر عنها في هذه المجلة هي آراء شخصية لكتابها

رقم الإيداع القانوني

7/76

شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع

☎ 037 70 03 51

المجلة
المغربية
للقانون
والسياسة
والاقتصاد

المجلة المغربية للقانون
والسياسة والاقتصاد

ندوة

القوانين الجديدة للتجارة والشركات
تكريما للأستاذ أحمد شكري السباعي