

## دورات

### افتتاحية العدد

- د. امحمد اقبلي: التطبيق على حكم ابتدائي: السرقة في ظل جائحة كورونا جنائية؟  
د. عبد الهادي الشاوي: زواج القاصر بين النص القانوني والواقع العملي  
د.ة أمينة عميرة: الدور الحمائي لخبرة التسيير في شركة المساهمة  
د. مصطفى ميمون: إشكالية التلطيح للضرر بين النص القانوني وواقع العمل القضائي:  
د.ة خنان الصرصري: بعد ستة عشر سنة على تطبيق مدونة الأسرة  
د. محمد مهراوي: نماذج المنفعة في المغرب خيار مكمل لبراءات الاختراع  
د. إدريس حسوني: السياسات التنموية بالمغرب رهان الارتقاء الاجتماعي والديمقراطي  
د. عبد المغيث الحاكمي: اللغة القانونية وخصائصها  
د. محمد بومديان: المقاربة القانونية لإعلان حالة الطوارئ الصحية  
د. إبراهيم المصلوحي: العنف ضد المرأة في زمن الحجر الصحي  
د. ياسين الكيوي: جائحة كورونا وسؤال تعديل قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020  
د. زكرياء خيات: حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد.  
" الدفع بعدم الاختصاص النوعي في المادة الادارية "

## ETUDES

EVALUATION DU SYSTEME BANCAIRE MAROCAIN PENDANT LA  
CRISE DE LA COVID-19  
Camélia Zoubir

Algunas reflexiones sobre el concepto de flete marítimo: estudio  
comparativo entre el derecho marroquí y el francés  
BOUIY Adil

## مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 2019PE0061  
ردمد

: 2658-8005

ملف الصحافة : 2019/04 جريدة

: الأولى 2019 : الطبعة

: توزيع دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف: 05.37.72.58.23/الفاكس: 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي: [www.darassalam.ma](http://www.darassalam.ma)

البريد الإلكتروني: [Contact@darassalam.ma](mailto:Contact@darassalam.ma)

[lib.darassalm@yahoo.fr](mailto:lib.darassalm@yahoo.fr)

: الطبع Edition Dar Assalam- Rabat  
Rue Siam n°6 Diour Jamaa – Rabat

معلومات مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

: العنوان الإلكتروني للمجلة : [revuebejj@gmail.com](mailto:revuebejj@gmail.com)

: الهاتف 0660341986

: ملحوظة

تعبير مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة، جميع الحقوق محفوظة  
2020 لمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية.

## اللجنة العلمية

الدكتور حسن بداوي	الدكتورة جميلة لعماري	الدكتور محمد العمراني بوخبزة
الدكتور محمد منبوة	الدكتور إبراهيم الهراوة	الدكتور عبد الكبير يحييا
الدكتور مراد كواشي	الدكتورة سعاد حميدي	الدكتور نور الدين الداودي
الدكتور عادل المعروفي	الدكتور أمين أعزان	الدكتور ادريس جردان
الدكتورة لبنى السباعي	الدكتورة فاطمة الزهراء العلوي	الدكتور عبد اللطيف الشنتوف
الدكتورة حنان الصرصري	الدكتور أحمد وجدي	الدكتور عبد الجبار المراكشي
الدكتور محمد الحراق	الدكتور مبروك كاهي	الدكتور امحمد أقبلي
الدكتور عبد الله السفياتي	الدكتورة بهيجة فردوس	الدكتور محمد لشقار
الدكتورة ليلى احمياتي	الدكتور مصطفى الغشام الشعبي	الدكتور جلال الغازي
الدكتور مصطفى الطايل	الدكتورة مريم الطاشي	الدكتورة عائشة أبرشان
الدكتور يونس قبيشي	الدكتورة لبنى الغومرتي	الدكتور ابراهيم اشويعر
الأستاذ أنوار الكنوني	الدكتور سعيد مشاك	الدكتور عبد اللطيف الكلعي
الأستاذ زهير الحوزي		الدكتور محمد أمين أوكيل

## قواعد النشر بالمجلة

- (1) أن تكون المساهمة ذو طبيعة قانونية، سياسية، قضائية، فقهية؛
- (2) أن تنضبط للقواعد النحوية واللغوية؛
- (3) أن تحترم منهجية البحث العلمي وأمانة التوثيق؛
- (4) أن تكون محررة بصيغة Word بالخط Times New Roman؛
- (5) أن ترفق بالسيرة الذاتية للباحث متضمنة جميع المعلومات؛
- (6) ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة؛
- (7) ألا يكون البحث قد سبق نشره في مجلة أخرى؛
- (8) لأجل تجويد المقالات المرسلة إليها، تحتفظ المجلة بحقها في التعديل بالحذف أو الزيادة، مع إخبار صاحبها بذلك؛
- (9) لا مسؤولية لإدارة المجلة في مضمون وآراء شخصية لكتاب المقالات؛
- (10) تحتفظ المجلة بحقها في إعادة نشر المقالات دون إذن من صاحبها؛
- (11) ترسل جميع المساهمات إلى الموقع الإلكتروني للمجلة [revuebejj@gmail.com](mailto:revuebejj@gmail.com)

## فهرس المحتوى

### ■ افتتاحية العدد

التعليق على حكم ابتدائي: السرقة في ظل جائحة كورونا جنائية؟

4 ..... الدكتور امحمد اقبلي

زواج القاصر بين النص القانوني والواقع العملي

10 ..... د عبد الهادي الشاوي

الدور الحمائي لخبرة التسيير في شركة المساهمة

26 ..... دة. أمينة غميرة

إشكالية التطبيق للضرر بين النص القانوني وواقع العمل القضائي: بعد ستة عا

سنة على تطبيق مدونة الأسرة

43 ..... مصطفى ميمون

نماذج المنفعة في المغرب خيار مكمل لبراءات الاختراع

75 ..... دة. حنان الصرصري

السياسات التنموية بالمغرب رهان الارتقاء الاجتماعي والديمقراطي

97 ..... د. محمد مهداوي

اللغة القانونية وخصائصها

117 ..... ذ. إدريس حسوني

المقاربة القانونية لإعلان حالة الطوارئ الصحية

139 ..... ذ. عبد المغيث الحاكمي

**العنف ضد المرأة في زمن الحجر الصحي**

ذ.محمد بومديان.....149

**جائحة كورونا وسؤال تعديل قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020**

ذ. إبراهيم المصلوحي.....161

**حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد.**

ذ. ياسين الكيوي.....170

**" الدفع بعدم الاختصاص النوعي في المادة الادارية "**

ذ. زكرياء خيات.....202

**EVALUATION DU SYSTEME BANCAIRE MAROCAIN PENDANT LA CRISE DE LA COVID-19**

Camélia Zoubir.....238

**Algunas reflexiones sobre el concepto de flete marítimo: estudio comparativo entre el derecho marroquí y el francés**

BOUIY Adil.....267

## افتتاحية العدد

تحقيقا لتراكم معرفي غني للراقي بالبحث العلمي إلى مستوى عال، وانسجاما مع السياق الاستثنائي الناجم عن جائحة كوفيد-19 بإشكالاته القانونية والعملية، واستقرارا صحيحا للمناخ العام المتميز بالغرارة الفكرية والعلمية، وسيرا على نهج عادي قوامه الجد والكد للوصول بالمجلة إلى مكانة رمزية تليق بإدارتها وهيكلها التنظيمية، ونهج استثنائي منذ بداية الجائحة بوطننا الحبيب بإصدارات متتالية كل شهر، كعربون قوي للتفاعل مع سياق الظرفية، والتعاطي الإيجابي مع مواد الباحثين والباحثات وجهودهم المضيئة للتحليل والتنقيب في الإشكالات المطروحة. جاء العدد الثامن من مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية لشهر شتبر 2020؛ وهو عدد عنوانه العريض التميز في ظل التجديد، وهدفه مجاراة أعمال باقي المجالات للدفع بالبحث العلمي والمعرفي إلى الأمام.

ويبرز التميز بشكلي جلي في مضمون العدد ومحتواه سواء من خلال المساهمات القيمة لخيرة من الباحثين والباحثات، أو من خلال المواضيع المتناولة لراهنيتها وأهميتها وتنوعها، بما خلق فسيفساء معرفي وعلمي، يثير شهية القارئ لتصفح العدد والاطلاع عليه. كما يظهر التجديد من خلال تبني الآليات والوسائل والأنماط الناجعة الكفيلة بالحفاظ على موقع المجلة ضمن مناخ تنافسي علمي لتجويد الأداء.

وإذا كنا ننوه بمجهودات الجميع إدارة ولجانا، فإننا نشكر جميع الباحثين بأسمائهم وصفاتهم على ثقتهم في المجلة لنشر أعمالهم، كما نعد جمهور المجلة وقرائها ومنتبعيها بمزيد من العطاء والعمل.

رئيس تحرير المجلة  
الدكتور خليل اللواح

# التعليق على حكم ابتدائي: السرقة في ظل جائحة كورونا جنائية؟

الدكتور امحمد اقبلي

أستاذ باحث بكلية الحقوق – جامعة الحسن الأول بسطات

منسق ماستر العلوم الجنائية والتعاون الجنائي الدولي

## مقدمة:

اهتدى الحكم الابتدائي موضوع التعليق، إلى أن فعل السرقة إذا اقترن ارتكابه في أوقات الحريق أو الانفجار أو الانهدام أو الفيضان أو الغرق أو الثورة أو التمرد أو أية كارثة أخرى، لا تستثنى منه جائحة كورونا التي فرضت حجرا صحيا كاملا ، مما يستدعي إعمال الفصل 510 من القانون الجنائي بدال من الفصل 517 من نفس القانون.

بسطا لمختلف الإشكالات التي يطرحها الحكم الابتدائي الصادر عن ابتدائية القنيطرة بتاريخ 2020/04/09 في الملف جنحي تلبسي رقم : 2020/2103/495 ، نود عرض وقائعه وفق ما يلي:

## أولا – صورة القضية

تتلخص وقائع القضية كما هي مسطورة بمحضري الضابطة القضائية المنجزين من طرف ولاية أمن القنيطرة، الأول تحت عدد: 1461 والثاني 1462 وتاريخ 2020/04/02 والذين يستفاد منهما أنه بتاريخ 2020/03/31 تم توقيف شخصين على متن عربة مجرورة بحصان و هما يسلمان كيسا عبارة عن -خنشة- إلى شخصين آخرين واللذان وضعاه بالصندوق الخلفي للسيارة

التي كان على متنها، كما تم ملاحظة تحرك شيئا ما داخل الكيس المذكور، وإثر ذلك قامت عناصر الشرطة بتفتيش الصندوق الخلفي للسيارة، فتبين أن هذا الكيس يحتوي على كبش كبير بطريقة مشكوك فيها، واسترسالا في إجراءات البحث، تم الاستماع إلى المتهم - م- وصرح أن الكبش الذي ضبط بحوزته متحصل من عملية سرقة قام بها رفقة المتهم -ح- مضيفا أنه أخذ عربته المجرورة بحصان وتوجها معا نحو دوار -العصام- فشاهدا قطيعا من الأغنام دون راعي فقاما بسرقة الكبش المحجوز ووضعاه داخل كيس جلباه معهما منذ البداية تحضيراً لعملية السرقة. وبعد انتهاء إجراءات البحث، أحييت المسطرة على النيابة العامة، فتقرر متابعة المتهمين جميعاً من أجل جنحة السرقة وخرق التدابير التي اتخذتها السلطات العمومية لفرض حالة الطوارئ الصحية. وبعد إدراج القضية بجلسة الموضوع، وانتهاء المناقشات صرحت المحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص للبت في القضية.

### ثانيا- التعليق

يمكن حصر إشكالات هذا الحكم في تساؤلين:

- هل يمكن أن نعتبر جائحة كورونا الناتجة عن فيروس covid 19 من ضمن الكوارث التي يشكل ارتكاب السرقة في وقتها ظرف تشديد تسري عليه مقتضيات الفصل 510 من القانون الجنائي؟

- هل يمكن للمحكمة أن تتوسع في تفسير الظروف المشددة المقترنة بفعل السرقة الواردة على سبيل الحصر في الفقرة 6 من الفصل 510 من القانون الجنائي، اعتماداً على ما يعرفه العالم من دعر بسبب جائحة كورونا؟

## المبحث الأول: التكيف القانوني لفعل السرقة في أوقات جائحة

### كورونا

تنص مقتضيات الفصل 510 من القانون الجنائي على أنه يعاقب على السرقة بالسجن من خمس إلى عشر سنوات إذا اقترنت بواحدة من الظروف الآتية:

.....-

6- ارتكاب السرقة في أوقات الحريق أو الانفجار أو الانهدام أو الفيضان أو الغرق أو الثورة أو التمرد أو أي كارثة أخرى.

وبالرجوع إلى النازلة موضوع التعليق، اتضح أن المتهمين قاما بسرقة كبش من قطيع تبين بأنه بدون راع في وقت اتخذت فيه السلطات العمومية فرض حالة الطوارئ، على خلفية تداعيات فيروس كورونا القاتل، أي أن فعل السرقة تم في ظروف غير عادية واستثنائية تعيشها مناطق المغرب جميعا، والتي تنزل منزلة الكوارث بمفهومها الشامل.

وعلى خلاف التشريعات المقارنة التي حددت حالات الكوارث حصرا، فإن المشرع من خلال الفصل 510 من القانون الجنائي أشار إلى أن ارتكاب السرقة في أوقات الحريق أو... أو أية كارثة أخرى، فقد فتح المجال لكل أشكال الكوارث التي يمكن أن يستغلها الفاعل أثناء ارتكاب السرقة.

ومن خلال تعريف الكارثة كنازلة عظيمة ومصيبة جماعية تحل بعدد كبير من الناس، تتحقق بها النكبات والأزمات، وهو ما يجعل جائحة كورونا التي شلت الحركة الاقتصادية وأغلقت المؤسسات العمومية والخصوصية وكل المرافق الحيوية باستثناء المستشفيات، كارثة بالمفهوم المذكور آنفا، وهذا

المعيار هو الذي تبناه الحكم موضوع التعليق بقوله "وحيث كلما اقترن فعل السرقة، حسب الفصل 510 من القانون الجنائي بظرف واحد من الظروف المنصوص عليها بذات الفصل، إلا وتشدت العقوبة وتغير وصفها وأصبح ذا صبغة جنائية وليس جنحية، ومن تلك الظروف تعدد الفاعلين بشخصين أو أكثر وارتكابها في وقت أي كارثة من الكوارث".

ولعل تقييم عبارات - أية كارثة من الكوارث - من حيث اللغة ودلالة المفهوم فإن - أية - هو اسم شرط يدل على عموم الأشياء، ولا تفيد العموم بذاته وإنما تعم بعموم الصفة التي تضاف إليها، ومن تم فإن تنصيب المشرع بأية كارثة من الكوارث، فإن المقصود به تعميم صور وأشكال الكوارث على اختلافها، ولو لم تكن واردة بنص صريح، كما هو الشأن بالنسبة لفيروس كورونا، الذي بات كارثة على عموم البشرية والعالم أجمع مما يكون فعل السرقة المرتكب في تلك الظروف المخيفة، المطبوعة بالهلع والحجر وإعلان حالة الطوارئ مع تعدد الفاعلين، يشكل ظرف تشديد لا ينعقد به الاختصاص للمحكمة الابتدائية الزجرية، بل تختص به غرفة الجنايات، مما نميل معه إلى موقف الحكم الابتدائي موضوع التعليق ونؤيد صوابه.

### المبحث الثاني: معايير أعمال الظروف المشددة

الأصل أن العقوبة متفاوتة في جسامتها، فأشدها جسامة مقرر للجنايات، وأوسطها جسامة مقرر للجنح، وأقلها جسامة مقرر للمخالفات، ويلاحظ أن التقسيم الثلاثي للعقوبات لا يثير الصعوبات التي يثيرها التقسيم الثلاثي للجرائم، وهي الصعوبات المتعلقة بالحالات التي يجوز فيها لقضاة الزجر أو يجب عليهم تشديد العقوبة المقررة أصال للجريمة أو تخفيفها.

فعقوبة الجناية تحتفظ بصفقتها هذه ولو حكم بها من أجل جريمة كان القانون يقرر لها أصلا عقوبة جنحية وعقوبة الجنحة تحتفظ بصفقتها هذه ولو حكم بها من أجل جريمة كان القانون يقرر لها عقوبة جنائية، وتفسير الفرق بين التقسيمين أن العقوبة تكتسب وضعها في تقسيم العقوبات من طبيعتها ومقدارها، أي من اعتبارات ذاتية لا تتغير، في حين أن الجريمة تكتسب وضعها في تقسيم الجرائم من نوع العقوبة المقررة لها، وهذه العقوبة قد تتغير إذا توافر ظرف التشديد أو التخفيف حسب الأحوال.

فمن خلال النازلة موضوع التعليق يتضح أن فعل السرقة تم بواسطة شخصين وفي وقت يعرف كارثة حقيقية مرتبطة بتداعيات جائحة كورونا ، وهو ما يبرر اقتران فعل السرقة المتعلقة بسرقة كبش من قطع أغنام، بأكثر من ظرفين للتشديد، يبرران القول بأن الأمر يتعلق بجنائية وليست بجنحة

ذلك أن الأمر يتعلق بأسباب تشديد مادية، ومعناه أن تحقق فعل السرقة على نحو يزيد من جسامته، متى توفرت ظروف مهدت له أو سهلت فعل السرقة، كما هو الشأن بالنسبة لنازلة السرقة، التي تمت في وضح النهار في ظروف استثنائية تتعلق بجائحة كورونا، ومن نافلة القول، أن قاضي الموضوع في إطار مبدأ الشرعية ملزم بالتقيد بما ورد بالنص ، أي لا يمكنه أن يتوسع في تفسير الظروف المشددة للفعل الجرمي، فلو أن المشرع لم يدرج - أية كارثة أخرى.

- في الفقرة 6 من الفصل 510 من القانون الجنائي، فإن محكمة الموضوع ليس بإمكانها أن تجري القياس تلقائيا على سرقة ارتكبت في ظل جائحة كورونا إلا بنص صريح، لكن تعميم الظروف المشددة من خلال لفظة أية كارثة أخرى، فسح المجال لقاضي الموضوع برفع يده عن البت في القضية.

بهذه الورقة، نكون قد ساهمنا في إثارة الانتباه إلى إشكالات قانونية هامة تتعلق بضرورة حصر الظروف المشددة بشكل واضح وصريح لا يحتمل القياس ويرفض التوسع في تكييف الفعل الجرمي على أنه جناية أو جنحة حسب الأحوال.

## زواج القاصر بين النص القانوني والواقع العملي

د عبد الهادي الشاوي

أستاذ القانون الخاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

### مقدمة:

تعزيزا لحماية مقومات وتماسك الأسرة المغربية نص الفصل 32 من دستور 2011 على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، كما نص على إحداث مجلس استشاري للأسرة والطفولة بهدف تأمين تتبع وضعية الأسرة والطفولة، وإبداء الرأي حول المخططات الوطنية المتعلقة بهذه الميادين وتنشيط النقاش العمومي حول السياسة العمومية في مجال الأسرة، وضمان تتبع وانجاز البرامج الوطنية المقدمة من قبل مختلف القطاعات والهيكل والأجهزة المختصة. وقد حمل الدستور الدولة مهمة توفير الحماية اللازمة للأسرة، بما يحفظ تماسكها ووحدتها، من كل الهجمات التي قد تقوض بنيانها، و كرس كذلك حماية حقوق الأطفال دون تمييز بين وضعيتهم العائلية، سواء كانوا شرعيين أو طبيعيين، باعتبارهم طرفا ضعيفا، يحتاج إلى الرعاية والحماية.

وعلى الرغم مما حققته بلادنا من تقدم مهم في مجال حماية الأسرة والنهوض بأوضاعها إلا أن الرهان اليوم أصبح يتمحور بالأساس حول ضرورة تقويم مقتضيات مدونة الأسرة خصوصا بعد الوقوف على مجموعة من الثغرات

القانونية التي أصبحت تستغل للأسف من قبل بعض الأشخاص للتحايل على روح النص والهدف المتوخى منه.<sup>1</sup>

ومن أهم الإشكالات التي ثار بشأنها النقاش بعد 16 سنة من التطبيق العملي لمقتضيات هذه المدونة نذكر زواج القاصر، الذي نظم المشرع أحكامه في المواد 20 و 21 و 22 من مدونة الأسرة حيث جعل من زواج القاصر استثناء يرد على القاعدة الأصلية الواردة في المادة 19 من نفس المدونة، والتي تنص بشكل واضح وصريح على أن أهلية الزواج تكتمل ببلوغ الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية 18 سنة شمسية كاملة ( المبحث الأول ) لكن التطبيق العملي لمقتضيات هذه المدونة أظهر بشكل جلي بأن هذا الاستثناء أصبح هو الأصل ( المبحث الثاني ).

### الفقرة الأولى: حكم زواج القاصر في مدونة الأسرة

الزوج في اللغة يعني الفرد الذي له قرين، وإذا أريد به ذكر وأنثى قيل زوجان(2)، ويقال للرجل والمرأة زوجان، والزوج يطلق على الذكر والأنثى، ويسمى الزواج بالنكاح، ويقال نكح فلان امرأة إذا تزوجها أي عقد عليها، كما يقال ذلك إذا جامعها، وقد ذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبار النكاح حقيقة في العقد ومجاز في الوطء(3).

وفي الاصطلاح، يفيد عقد الزواج حق استمتاع كل واحد من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع يقول تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)(4)، وبذلك فموضوع عقد الزواج

<sup>1</sup>- لذا ووعيا منه بوجود مجموعة من الثغرات التي أصبحت تعترى هذه المدونة نص جلالة الملك محمد السادس في الرسالة التي وجهها للمشاركين في أشغال الدورة الخامسة للمؤتمر الإسلامي للوزراء المكلفين بالطفولة سنة 2018 على ضرورة مواكبة هذه المدونة بالتقييم والتقويم لمعالجة مختلف النقائص التي أبانت عنها التجربة.

2- محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، 1994 الصفحة 17

3- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2008 الصفحة 42

4-سورة الروم الآية 20

هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع وبذلك يتحقق الهدف الأسمى الذي هو حفظ النوع البشري عن طريق التناسل، والأصل في الزواج أنه مندوب، لأنه الوسيلة الوحيدة لتنظيم الغريزة الجنسية (1).

أما مدونة الأسرة فقد عرفت الزواج في مادتها الرابعة بأنه: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين".

وبالنسبة لسن الزواج وخلافا لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية التي حددته في 15 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى، عملت مدونة الأسرة على توحيد سن 18 سنة شمسية كاملة بالنسبة للفتاة والفتى، على اعتبار أن هذا السن هو سن الرشد القانوني، وهو سن افترض معه المشرع القدرة على تحمل الأعباء المادية والمعنوية للزواج، واستثناء من هذه القاعدة فإن المدونة رخصت للفتى والفتاة دون السن القانوني الزواج بإذن من القاضي، بحيث يأذن القاضي بزواج الفتى والفتاة دون سن الزواج القانوني بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

ويعتبر مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.<sup>2</sup> كما أن زواج القاصر يبقى متوقفا على موافقة نائبه الشرعي، وتتم هذه الموافقة بتوقيع النائب الشرعي مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد، وإذا امتنع النائب الشرعي عن الموافقة فإن قاضي الأسرة المكلف بالزواج هو الذي يبت في الموضوع.<sup>3</sup>

1- ابن معجوز مرجع سابق ص 22

2- المادة 20 من مدونة الأسرة

3- المادة 21 من مدونة الأسرة

وإذا وافق قاضي الأسرة على زواج القاصر فإن هذا الأخير يكتسب الأهلية المدنية لممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.<sup>1</sup>

ونظرا للطابع الاستثنائي لزواج القاصر فقد أحاطته المدونة بمجموعة من الضمانات يمكن تلخيصها في:

- **تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة:** أخضعت مدونة الأسرة زواج القاصر للرقابة القضائية القبلية، حيث ينبغي أن يقدم القاصر ونائبه الشرعي طلب الزواج لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، ويتعين أن يكون هذا الطلب مكتوبا ويحمل توقيع القاصر ونائبه الشرعي، ويبين الطلب بإيجاز دواعيه والأسباب المبررة له، ويتعين إرفاقه بالمستندات التي ينوي الطالب استعمالها لتأييد طلبه، وتتمثل خصوصا في نسخة موجزة من رسم ولادة القاصر، وشهادة طبية تؤكد أن طالب الزواج يتوفر على علامات البلوغ البيولوجية، بعد ذلك تتم إحالة طلبات الإذن بزواج القاصر على قسم قضاء الأسرة، وتسجل في سجل خاص معد لهذا الغرض، وتقيد حسب الترتيب التسلسلي لتلقيها وتاريخ التأشير عليها بكتابة الضبط بعد أداء الرسوم القضائية عليها، ويفتح لكل طلب ملف خاص به، ثم يعرض على قاضي الأسرة للبت فيه.<sup>2</sup>

- **الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي:** إذا تعلق الأمر بزواج قاصر فإن قاضي الأسرة يكون ملزما بالاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، من أجل تكوين فكرة حول الزواج المطلوب وفرص تحقق نجاحه، والوقوف على حقيقة المصلحة المتوخاة من وراء هذا الزواج، كما أن هذا الاستماع تقتضيه

<sup>1</sup> - المادة 22 من مدونة الأسرة

<sup>2</sup> - أنس سعدون، زواج القاصرات بالمغرب دراسة ميدانية بأقسام قضاء الأسرة 2004-2014، مجلة العلوم القانونية، عدد مزدوج 5/4، 2015 ص 57.

المسؤولية المشتركة لأبوي القاصر في تسير ورعاية شؤون البيت والأطفال والتشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال طبقاً للفصل 51 من مدونة الأسرة.<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 21 من مدونة الأسرة على أن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي، وأن هذه الموافقة تتم بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وكذا حضوره إبرام العقد.

وفي حالة امتناع النائب الشرعي عن تزويج القاصر فإنه يحق لهذا الأخير رفع طلب الإذن بالزواج مباشرة إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي يبيت فيه طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 20 من مدونة الأسرة.

وإذا كان المشرع قد اعتبر الاستماع للقاصر ولأبويه وسيلة يعتمد عليها القاضي من أجل تقدير ما إذا كانت هناك ضرورة لمنح الإذن من عدمه، فإنه حدد وسيلة أخرى من شأنها أن تثبت مصلحة القاصر في الزواج ويتعلق الأمر بالخبرة الطبية أو البحث الاجتماعي.

- الاستعانة بخبرة طبية أو بحث اجتماعي: ينبغي على قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الموافقة على طلب زواج القاصر أو رفضه أن يستعين بخبرة طبية أو بحث اجتماعي تفعيلاً لمقتضيات المادة 20 من مدونة الأسرة التي خيرت القاضي بين الوسيلتين أي البحث الاجتماعي والخبرة من أجل تكوين قناعته قبل اتخاذه لأي قرار.

مع العلم أن هذه الوسائل غير ملزمة للقاضي وإنما تساعده فقط في تكوين قناعته.

فبالنسبة للبحث الاجتماعي فإنه يعتبر من الأمور المستجدة في مدونة الأسرة، وهو إجراء يتوخى الوقوف على مدى قدرة القاصر على تحمل أعباء

<sup>1</sup> - أنس سعدون، مرجع سابق، ص 64

الزواج والمسؤوليات المترتبة عنه من جهة، ومن جهة أخرى يتوخى الوقوف على الظروف الاجتماعية للقاصر وأيضا الوضعية المادية والأخلاقية للشريك الآخر .  
وبإمكان القاضي إجراء البحث بنفسه، أو إصدار أمر بإجراء البحث المذكور إلى جهة أخرى كالسلطة المحلية ، وفي هذه الحالة ينبغي أن يحدد في أمره بدقة النقط التي يشملها البحث.<sup>1</sup>

وفي هذا الإطار جاء في مقرر لقسم قضاء الأسرة بفاس " بناء على البحث الاجتماعي المجرى من طرف المحكمة والذي مفاده أن القاصرة انقطعت عن متابعة دراستها.....وبدأت تحيض منذ بلوغها سن 12 سنة وترغب في الزواج وبكامل رضاها.....نقرر الإذن للقاصر بالزواج".<sup>2</sup>

وقد يستغني القاضي عن إجراء البحث الاجتماعي ويكتفي بإجراء خبرة طبية قبل إصدار مقرره بمنح الإذن أو الرفض، ومن المعلوم أن إجراء الخبرة الطبية مسألة فنية، يحيل القاضي القاصر في شأنها إلى خبير محلف حيث يرجع الحسم فيها إلى ذوي الاختصاص من الأطباء، و يتعين على الخبير إجراء الفحوصات السريرية اللازمة والتي ينجز على ضوءها تقريرا مفصلا يحدد فيه بدقة ووضوح المعطيات التي اعتمدها والخلاصة التي توصل إليها بشأن الحالة المعروضة عليه. وتساعد هذه الخبرة القاضي في الوقوف على حقيقة نضج وأهلية و بلوغ القاصر وقدرته على المعاشرة الزوجية والإنجاب، وفي هذا السياق جاء في مقرر لقسم قضاء الأسرة بطنجة " وبناء على الخبرة الطبية.....والتي مفادها أن البنات القاصر قادرة على الوطاء والإنجاب.....نقرر الإذن للقاصر بالزواج".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - ابراهيم الأيسر، تطبيق مدونة الأسرة التدابير المتخذة - الحصيلة والآفاق- مجلة قضاء الأسرة، العدد الثالث، دجنبر 2006، ص51.

<sup>2</sup> - مقرر رقم 3218 صادر بتاريخ 2013/04/19 ملف رقم 2013/101 غير منشور

<sup>3</sup> - مقرر رقم 905 صادر بتاريخ 25/11/2010 ملف رقم 905 غير منشور

وفي مقرر لقسم قضاء الأسرة بفاس جاء فيه " وبناء على الخبرة الطبية..... والتي مفادها أن القاصر في صحة جيدة....وقادرة على الزواج وتحمل أعبائه...".<sup>1</sup>

غير أن التساؤل المطروح هو إلى أي حد يمكن اعتبار تقرير الخبير مقيدا لسلطة قاضي الأسرة المكلف بالزواج في منح الإذن بزواج القاصر؟

للإجابة على هذا السؤال ينبغي الرجوع إلى مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه " لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين... " وبالتالي فإن قناعة القاضي تبقى هي الأساس في منح الإذن من عدمه، وبالتالي فتقرير الخبير غير ملزم للقاضي وإنما يساعده في تكوين قناعته فقط.

وفي هذا الصدد ذهبت استئنافية طنجة إلى تأييد الحكم الراض من منح الإذن للقاصر بالزواج، رغم كون تقرير الخبرة الطبية قد أثبت أن لها القدرة الكافية على الوطاء والنضج والأهلية الجسمانية لتحمل تبعات الزواج، ومما جاء في حيثيات هذا القرار: " وحيث إن أهلية الزواج تكتمل عند تمام سن الثامنة عشر من عمر الذكر و الأنثى ..... و المشرع لما حدد سن الزواج في 18 عشر سنة لم يفصل ذلك عبثا، إذ أن الزواج يقتضي أن يكون المقبل عليه تتوفر فيه الكفاءة و القدرة البدنية و العقلية و مدى استطاعته و تحمله لأعباء الحياة الزوجية، و هذه المواصفات لا تتوفر إلا في الانسان الذي يكتمل نضجه جسديا و عقليا و تقديره لأمر ما هو مقبل عليه، و عند مخالفة هذه القاعدة فإنه يمكن النزول عن الحد الأدنى لسن الزواج ببيان أسباب و دواعي تبرر الإسراع في تزويج القاصر و المستأنف اعتمد في تبرير طلبه على موجب العنت و المحكمة بعد إطلاعها على الموجب عدد 754 صحيفة 412 فإن شهودها لم يثبتوا بوضوح ما هو السبب الداعي إلى تزويج البنت ..... كما أن الشهادة الطبية و كذا التقرير الطبي و إن

<sup>1</sup> - مقرر رقم 3218 صادر بتاريخ 2013/04/19 ملف رقم 2013/101 غير منشور

كان في صالح البنت لازالت في سن مبكرة 14 سنة، و أن مصلحتها تقتضي عدم الزج بها في مشاكل الحياة الزوجية..... الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به و يتعين تأييده<sup>1</sup>.

و هو نفس التوجه الذي أيدته محكمة الاستئناف بوجدة في أحد قراراتها فقد جاء في هذا القرار: ".... و حيث و إنه و فق وثائق الملف و خاصة تاريخ ازدياد البنت أنها مازالت صغيرة - 14 سنة - و غير قادرة على تحمل أعباء الزواج و مسؤولياته الجسام و أن آراء الأطباء هو رأي استشاري لا غير مما يكون معه الحكم المستأنف قد صادف الصواب و تعين معه تأييده في جميع ما قضى به....."<sup>2</sup>.

و في هذا الاطار هناك من يذهب للقول بأنه لا ضرورة للجوء قاضي الأسرة المكلف بالزواج لإجراء خبرة طبية، إلا إذا دعت الحاجة و الضرورة القصوى لذلك، كما في حالة الغموض أو الشك الذي يرقى إلى مرتبة اليقين، و ذلك حتى لا يتنازل القاضي عن اختصاصه للخبير ، غير أن هذا الرأي يبقى محل نظر، مادامت الخبرة الطبية تشكل وسيلة يستعين بها القاضي في مسألة فنية، و عليه فإن الاستعانة بالخبرة لا تشكل تنازلا للقاضي عن اختصاصه، لأن الخبير يبقى مقيدا بالأمر الفنية و لا يتجاوز ذلك إلى النقط القانونية<sup>3</sup>. و تبقى معاينة القاضي هي الأصل، فحضور القاصر أمام القاضي ومعاينته والبحث معه هو الفيصل الحاسم الذي يبني عليه القاضي قراره في القبول أو الرفض حسب مصلحة القاصر.

<sup>1</sup>- قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 7/05/401 صادر بتاريخ 2005/6/9 في ملف رقم 7/05/164، أشار إليه الاستاذ إدريس الفاخوري، العمل القضائي الاسري، الجزء الأول الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة الامنية الرباط، الطبعة الاولى 2009 ص 35 و ما بعدها .

<sup>2</sup>- قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 445 ف الملف عدد 7/781 صادر بتاريخ 2008/05/04، أشار إليه أنس سعدون مرجع سابق الصفحة 65-66.

<sup>3</sup>- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الاولى 2000، ص 96 و مابعدھا.

لكن من الناحية العملية غالبا ما يتم الاعتماد على الخبرة الطبية من أجل منح الإذن بزواج القاصر

ومن بين الإشكالات العملية التي تواجه القاضي كون أغلب الشواهد الطبية لا يشار فيها إلى أن القاصر حامل مع العلم أن هذا الحمل يشكل مانعا من مواع الزواج المؤقتة، وبالتالي فزواج القاصر في هذه الحالة يعتبر باطلا.

- اصدار مقرر معلل يبين فيه قاضي الأسرة المصلحة و الأسباب المبررة

للإذن بالزواج: تنص المادة 20 من مدونة الأسرة على أنه يجوز لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، كما أن مقرر الاستجابة لزواج القاصر لا يقبل أي طعن، وبالتالي فهذا المقرر يكتسي قوة في مواجهة الجميع، مع العلم أن زواج القاصر يعتبر مجرد استثناء (القاعدة أن سن الزواج هو 18 سنة شمسية بالنسبة للفتى والفتاة)، لذا كان من الأفضل جعل مقرر الاستجابة قابلا للطعن انسجاما مع هذا الاستثناء وحمايتنا للمصلحة الفضلى للقاصر خصوصا إذا تبين بعد إصدار هذا المقرر أن مصلحة القاصر تقتضي عدم الزج بها أو به في مؤسسة الزواج، فالسماح بهذا الطعن من شأنه أن يجنبنا مجموعة من الأخطاء القضائية التي قد يقع فيها القاضي نتيجة سوء تقديره للحالة المعروضة عليه، فمن خلال الطعن تضع محكمة الاستئناف يدها على الملف و تعيد مناقشة كل النقط القانونية وعلى ضوءها تعيد تقدير المصلحة المرجوة من هذا الزواج .

وإذا كان المشرع قد اعتبر بشكل واضح بأن مقرر منح الإذن بالزواج للقاصر لا يقبل الطعن فإنه سكت بخصوص المقرر الذي يفرض فيه القاضي منح هذا الإذن ، لكن و بالرجوع إلى التوجه القضائي نجد بأن مقررات رفض الإذن بزواج القاصر تقبل الطعن بالاستئناف وذلك إعمالا لمفهوم المخالفة للفقرة الأخيرة من المادة 20 من المدونة.

وبالرجوع إلى مجموعة من مقررات الإذن بزواج القاصر الصادرة عن أقسام قضاء الأسرة نلاحظ بأنها غالبا ما تكون معللة بما يلي:

- المصلحة الفضلى للقاصر في الزواج والتحصيلين
- انقطاع الفتيات عن الدراسة
- عدم امتهانهن لأي عمل
- ضعف الحالة المادية للوالدين
- عادات أهل المنطقة التي دأبت على تزويج الفتيات في سن مبكرة خوفا عليهم من العنوسة.

وعموما وبما أن المادة 20 من مدونة الأسرة لم تحدد لنا المقصود بالمصلحة والأسباب فإنها منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديرها بما يحقق طبعاً المصلحة الفضلى للطفل.

### الفقرة الثانية: الواقع العملي لزواج القاصر بعد 15 سنة من تطبيق

#### المدونة

تنص المادة 19 من مدونة الأسرة على أن سن الزواج هو 18 سنة واستثناء كما سبق الذكر نصت المادة 20 من نفس المدونة على أنه يمكن لقاضي الأسرة منح الإذن بزواج القاصر بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، أي أن منح الإذن بزواج القاصر يشكل استثناء فقط ولا ينبغي منحه إلا إذا كانت المصلحة الفضلى للقاصر تقتضي ذلك.

لكن وبالرجوع إلى الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل نلاحظ بأن جل طلبات زواج القاصر تحظى بالقبول، فنسبة رفض طلبات زواج القاصر لا تتعدى في أحسن الأحوال %14، بينما نسبة قبول هذه الطلبات تتجاوز %85، كما أن

حالات زواج القاصر انتقلت من 18341 حالة سنة 2004 إلى 35152 حالة سنة 2013 .

يلاحظ من خلال هذه الأرقام أن الاستثناء الذي أورده المشرع في المادة 20 يكاد يكون هو الأصل الشيء الذي دفع بمجموعة من الجمعيات والأحزاب إلى المطالبة بإلغاء المادة 20، أو على الأقل تقييد السلطة التقديرية لقاضي الأسرة المكلف بالزواج وتحديد سن أدنى لا ينبغي النزول عنه،<sup>1</sup> لأن التجربة العملية أبانت على وجود تضارب في توجه المحاكم في هذا المجال، فهناك بعض المحاكم التي لا تأذن بزواج من هم دون سن 17 سنة كالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء وهناك محاكم أخرى تأذن بزواج القاصر في سن 16 و 15 سنة أو أقل.

كما أن الإحصائيات الرسمية الصادرة عن وزارة العدل تشير إلى أن طلبات الإذن بالزواج الخاصة بالقاصرين الذين يصل سنهم إلى 17 سنة تشكل النسبة الأكبر حيث بلغ عدد الطلبات خلال الفترة الممتدة من 2007 إلى 2013، ما مجموعه 202452 طلبا، أي بنسبة 67.55% من مجموع الطلبات المقدمة، في حين بلغت طلبات من يصل سنهم إلى 16 سنة خلال نفس المدة 79935 طلبا بما يشكل نسبة 26.67% من مجموع الطلبات المقدمة، وقد بلغت طلبات القاصرين في سن 15 سنة ما مجموعه 15601 طلبا بنسبة 5.21% من مجموع الطلبات

<sup>1</sup> - تم تقديم مقترح قانون بشأن تغيير وتتميم القانون رقم: 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، تقدم به أعضاء الفريق الاشتراكي بمجلس المستشارين، مسجل تحت رقم: 129، بتاريخ 2010/11/23 بهدف جعل السن الأدنى لزواج الفتاة القاصرة محددا في 16 سنة، وعدم تجاوز سن الزوج ضعف سن القاصر، مع مراعاة تقارب السن بين الطرفين المعنيين في جميع الأحوال، والاستعانة وجوبا بخبرة طبية وبحث اجتماعي، وبطلان زواج القاصر دون إذن القاضي، وبيان سبب امتناع النائب الشرعي ضمن مقرر الإذن بالزواج، ومعاينة النائب الشرعي الذي تولى تزويج القاصر بالحس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين.

وبتاريخ 2012/03/22 تم تقديم مقترح قانون لتعديل المواد 20 و 21 و 22 من مدونة الأسرة تقدم به المستشار عبد اللطيف أعمو من فريق التحالف الاشتراكي بمجلس المستشارين، ويهدف هذا المقترح إلى إلغاء ونسخ مقتضيات المواد 20 و 21 و 22 من القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة.

المقدمة خلال نفس المدة، في حين لم تتجاوز طلبات من يبلغ سنهم 14 سنة حوالي 1730 طلبا بنسبة %0.58 من مجموع الطلبات المقدمة خلال نفس المدة.

وبالنسبة لمعدلات زواج القاصر في الوسطين الحضري والقروي وعلى خلاف الاعتقاد السائد الذي يذهب إلى كون أن ظاهرة زواج القاصر ظاهرة قروية بامتياز ، فإن الاحصائيات الرسمية الصادرة عن وزارة العدل تثبت بأن نسبة زواج القاصر في الوسطين معا تكاد تكون متساوية، فقد بلغ عدد طلبات زواج القاصر سنة 2013 ما مجموعه 20976 طلبا في الوسط القروي بنسبة %48.21 من جموع الطلبات المقدمة أمام المحاكم و 22532 طلبا في الوسط الحضري بنسبة %51.79 من مجموع الطلبات، وفي سنة 2012 بلغ عدد الطلبات 21903 في الوسط القروي بنسبة %51.20 من مجموع الطلبات و 20880 طلبا في الوسط الحضري بنسبة %48.80 من مجموع الطلبات المقدمة في نفس السنة، نفس التقارب تم تسجيله سنة 2011 حيث بلغ عدد الطلبات بالوسط القروي 24761 طلبا بنسبة %52.76 من مجموع الطلبات و 22166 طلبا بالوسط الحضري بنسبة %47.24 من مجموع الطلبات المقدمة خلال نفس السنة، وفي سنة 2007 بلغ عدد الطلبات بالوسط القروي 20324 طلبا بنسبة %52.50 من مجموع الطلبات و 18386 طلبا بالوسط الحضري بنسبة %47.50 من مجموع الطلبات المقدمة خلال نفس السنة.

والملاحظ أيضا أن طلبات الإناث تشكل النسبة الأكبر من طلبات الزواج دون سن الأهلية، حيث وصلت هذه النسبة خلال الفترة الممتدة ما بين 2007 و 2013 إلى %99 بينما لم تتجاوز طلبات زواج الذكور %01 من مجموع الطلبات المقدمة خلال نفس المدة.

وعلى الرغم من أن المادة 3 من مدونة الأسرة جعلت من جهاز النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق مقتضيات هذه المدونة إلا أن تدخلها في مسطرة زواج القاصر يبقى جد محدود حيث نجدها تكتفي بتقديم ملتمسات معدة بشكل مسبق تطالب فيها بتطبيق القانون، ووعياً منها بذلك ووجهت رئاسة النيابة العامة توجيهاتها لممثلي النيابة العامة من أجل الاضطلاع بأدوارهم بهدف الحد من تنامي ظاهرة زواج القاصر بالمغرب، وفي هذا السياق وبتاريخ 29 مارس 2018 وجه رئيس النيابة العامة دورية لقضاة النيابة العامة حثهم فيها على ضرورة التدخل في جميع الطلبات الرامية إلى تزويج القاصرين و تقديم الملتمسات و المستنتجات الضرورية للحفاظ على حقوق الطفل ومصالحه الفضلى وذلك من خلال:

- الحرص على تقديم ملتمسات للقضاة تنسجم مع قصد المشرع من جعل الزواج قبل سن الرشد متوقفاً على موافقة القضاء، وعدم التردد في معارضة طلبات الزواج التي لا تراعي المصلحة الفضلى للقاصر.
- تقديم ملتمسات للقضاة من أجل جعل جلسات البحث مناسبة لتوعية القاصر بالأضرار التي يمكن أن تترتب عن الزواج المبكر، والاستعانة في ذلك - إذا اقتضى الأمر - بالمساعدات الاجتماعية.
- الحرص على الحضور في جميع الجلسات المتعلقة بالإذن بزواج القاصر.
- عدم التردد في تقديم ملتمسات بإجراء بحث اجتماعي بواسطة المساعدة الاجتماعية، للتأكد من الأسباب الداعية لطلب الإذن ومن وجود مصلحة للقاصر في الإذن بزواجه، ومن توفره على النضج والأهلية الجسمانية لتحمل تبعات الزواج وعلى التمييز الكافي لصدور الرضى بالعقد.

- تقديم ملتمس بإنجاز الخبرات الطبية الجسمانية والنفسية الضرورية للتأكد من قدرة القاصر على تحمل أعباء الزوجية.

- الحرص على التأكد بالنسبة للمواطنين المغاربة المقيمين بالخارج الراغبين في الحصول على هذا الإذن بأن الدولة المقيمين بها تقبل عقود الزواج دون سن الأهلية، وتنبية الأسر المعنية بالوضعيات القانونية التي تنشأ عن إبرام تلك الزيجات.

- تقديم ملتمسات بعدم الاختصاص بالنسبة لطلبات الزواج المتعلقة بقاصرين لا يقيمون بدوائر نفوذ قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي يقدم إليه الطلب باعتبار ذلك شرطا أساسيا لإجراء الأبحاث المشار إليها في الفقرات السابقة.

- موافاة رئيس النيابة العامة كل ثلاثة أشهر بإحصاء لطلبات الزواج المقدمة لفائدة القاصرين.

- إشعار رئيس النيابة العامة بالصعوبات التي قد تعترض قضاة النيابة العامة فيما يتعلق بالمقتضيات السالفة الذكر.

ونظرا للارتفاع المتزايد لعدد طلبات زواج القاصر المسجلة بمختلف المحاكم المغربية والتي بلغت سنة 2018 ما مجموعه 34851 ونظرا أيضا لعدم تفاعل جهاز النيابة العامة مع الدورية الصادرة بتاريخ 29 مارس 2018 بالشكل المطلوب، واستنادا إلى الدور المنوط بالنيابة العامة والمتمثل في السهر على تنفيذ الأحكام المتعلقة بحقوق الأطفال المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة، وجه رئيس النيابة العامة دورية أخرى بتاريخ 21 يناير 2020 يحث فيها قضاة النيابة العامة على :

- التفاعل بالجدية المطلوبة مع ملفات الإذن بزواج القاصر وذلك بتقديم ملتمسات تتوخى تحقيق مصلحة القاصر، وعدم اعتماد نماذج مطبوعات معدة

مسبقا لهذا الغرض والعمل على دراسة كل طلب للإذن بزواج القاصر على حدة بما يقتضيه من الحرص، وتفصي تحقق مصلحة القاصر من الزواج ومن عدم وجود أضرار قد لا يستحضرها الأولياء أحيانا وعدم التردد في التماس الرفض كلما كانت مصلحة القاصر تستدعي ذلك.

- الحرص على تقديم ملتزمات بالاستماع للقاصر على انفراد للتأكد من إرادته في الزواج وعدم وجود أي ضغط أو إكراه.

- تقديم ملتزمات بإجراء خبرة طبية للتأكد من القدرة الجسمانية والنفسية للقاصر على الزواج وإن اقتضى الحال إجراء خبرة ثانية.

- عدم التردد في التماس إجراء بحث اجتماعي للتأكد من الظروف المحيطة بطلب الإذن بالزواج ومدى ملائمته لمصلحة القاصر.

- تقديم ملتزمات بالاستماع للخاطب حتى يتسنى للمحكمة التحقق من وضعه الاجتماعي والاقتصادي وكذا سنه ومدى كفاءته تحقيقا لغاية المشرع من اشتراط بحث اجتماعي قبل الإذن بزواج القاصر.

- حضور جلسات الإذن بزواج القاصر والحرص على تفعيل دور النيابة العامة في حماية حق القاصر من أي أذى محتمل.

- العمل على مسك نظائر من الملفات المفتوحة والخاصة بطلبات الإذن بزواج القاصر، وتتبعها.

- إدراج موضوع زواج القاصر ضمن أولويات خطة عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال، وإشراك جميع الفاعلين في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحفاظ على المصلحة الفضلى للقاصر.

يتضح من خلال الدوريات السالفة الذكر مدى حرص رئاسة النيابة العامة على تفعيل الأدوار الطلائعية لقضاة النيابة العامة في قضايا الأسرة بصفة عامة والقضايا المتعلقة بالقاصرين بصفة خاصة.

## الدور الحمائي لخبرة التسيير في شركة المساهمة

د. أمينة غميرة  
دكتوراه في الحقوق

### مقدمة:

إن التسليم بسلطة الأغلبية<sup>1</sup> داخل شركة المساهمة يجب ألا يترتب عنه تجاهل مصالح الأقلية، لأن خضوع الأقلية لسلطة الأغلبية ليس مطلقا أو غير مشروط، فهي لا تستطيع إهدار الحقوق الفردية بالكامل، لأن ذلك يتعارض مع مفهوم التقاء إرادات المساهمين والتراضي الذي ساد عند تكوين الشركة<sup>2</sup>، فسلطتها نسبية معلقة على الهدف المراد الوصول إليه، فهي لا تمنح إلا بالقدر الذي يسمح لها بأداء مهمتها دون تجاوز.

ولهذه الأسباب رأى المشرع تعزيز حماية الحقوق الفردية للمساهم<sup>3</sup> - التي لا تستطيع الأغلبية المساس بها- وتدعيم حقوق الأقلية داخل الشركة حماية لها من جهة ومن جهة أخرى لضمان العمل الجيد للشركة.

وحتى لا تصبح المصلحة الاجتماعية هي فقط مجموع مصالح الأغلبية، فإن الأقلية تتدخل عن طريق الحقوق الممنوحة لها من أجل إبداء وجهة نظر عامة حول السياسة التي تتبعها الشركة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - للتوضيح ولمزيد من التفصيل حول سلطة الأغلبية في شركة المساهمة انظر :  
عبد الوهاب المريني، سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق - أكادال - الرباط، السنة الجامعية 1996-1997 - أمينة غميرة : تعسف المساهمين في شركة المساهمة، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق نحصص القانون الخاص، كلية الحقوق - الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007.

<sup>2</sup> - J. Branchut, les abus de minorité dans les sociétés anonymes, thèse Paris 1974, p.18.

<sup>3</sup> - كحقه في رفع دعوى قضائية للحفاظ على مصالحه داخل الشركة، حقه في اقتسام الأرباح، حق طلب تعيين خبير تسيير، الحق في طلب تعيين وكيل قضائي مكلف باستدعاء الجمعية العامة للانعقاد ...

والغاية من دعم المشرع لحقوق الأقلية هو تغيير الصورة التي أصبحت تطبع علاقة هذه الفئة بباقي المساهمين وعلاقتها بالشركة والتي انحصرت في الحصول على الحقوق المالية فقط والابتعاد عن كل ما يهم تسيير شؤون الشركة، وقد زكى مسيرو الشركة هذا الانطباع بإقصائهم للمساهم الذي لا يمارس مسؤولية الإدارة والتسيير داخل الشركة في محاولة لإعطاء قانون الأغلبية مفهوما ضيقا يمنح هذه الأخيرة سلطة مطلقة لا تخضع لأية رقابة مستغلة بذلك درايتها بأمر الشركة أسوأ استغلال، فلا تمنح للمساهمين إلا إعلاما ناقصا الأمر الذي يؤثر على مفهوم التداول داخل هيئات الشركة ويضيق من دائرة النقاش، وبالتالي تصبح الأغلبية هي المحدد الوحيد للمصلحة الاجتماعية.

فقانون الأغلبية لا يعتبر قانونا لمصلحة الأغلبية فقط، بل هو لتحقيق مصلحة الأقلية أيضا، وإذا كانت هذه الأخيرة لا تتمكن من التقرير لصالح الشركة، فقد منحها المشرع حقوقا وآليات تستطيع من خلالها المساهمة في حياة الشركة وبسط رقابتها على تسيير الأغلبية حتى تلعب دور الناقد والمرشد عندما تسعى الأغلبية وتتجه نحو تبني قرارات ترى الأقلية أنها تخالف المصلحة الاجتماعية

ومن ضمن الآليات التي وضعها المشرع بيد المساهم غير المسير ليجعله عنصرا فعالا في رقابة الشركة، نجد خبرة التسيير التي تعتبر أداة متميزة لتوفير إعلام كاف للمساهمين نظرا لما تزودهم به من معلومات تكميلية تمكنهم من إعمال حقهم في الرقابة على التسيير بشكل جيد<sup>2</sup>، وبالتالي تشكل هذه الوسيلة ضمانة

<sup>1</sup> - حول مفهوم المصلحة الاجتماعية داخل شركة المساهمة انظر أمينة غمينة : مرجع سابق ص.94 وما يليها؛ المصطفى بوزمان: حماية المصلحة الاجتماعية في شركات المساهمة، دار النشر للمعرفة، 2006.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفصيل حول خبرة التسيير، انظر في القانون الفرنسي:

R.Contin et H.Hovasse, l'expertise de minorité dans les sociétés par actions, D.1971 chr.p.75; Y.Chartier, l'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, JCP, 1972, I, 2507; J-P. Sortais, rapport sur l'expertise de l'article 226, Gaz.Pal 1975, I, doct, p.28; L.Boy, Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité, D.1980, chr.p.79 ;S-Michelin-

مهمة في اتجاه تحقيق مساواة حقيقية في الإعلام بين المساهمين، وهو ما يشكل أداة فعالة لحماية المصلحة الاجتماعية لشركة المساهمة (مطلب أول) ويسهل على الأقلية مهمة مواكبة وتتبع حياة الشركة (مطلب ثان).

### المطلب الأول : خبرة التسيير أداة إعلام ومراقبة هدفها

#### حماية المصلحة الاجتماعية.

يعتبر الحق في الإعلام وسيلة من أنجع الوسائل التي تسمح للمساهم بالبقاء مرتبطا بالشركة، ومن الحقوق الأساسية التي لا يمكن المساس بها والتي يقرها القانون للمساهمين حتى يتمكنوا من الإحاطة بالجوانب المختلفة لأنشطتها والتي توفر لهم إمكانية التدخل في حياة الشركة والاطلاع على ما يجري داخلها.

وقد تضمن النظام الإعلامي في قانون شركات المساهمة أحكاما مشتركة بين الشركات المغلقة والشركات المفتوحة التي تدعو الجمهور للاكتتاب قبل أن يخصص لهذه الأخيرة قواعد خاصة بها، وقد حاول القانون تجاوز الإشكاليات المطروحة حول الكيفية أو الطرق التي يمكن بها للمساهمين الحصول على المعلومات بتوسيع نطاق حقوق المساهمين في الإعلام حتى يتمكنوا من ممارسة

---

finilz, l'expertise de l'article L.226 et l'expertise préventive dans la société anonyme, Rev.soc 1982, p.33 .

Y.Guyon, les nouveaux aspects de l'expertise de gestion, JCP 1985, I, 14953 ; P.Le cannu, réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion, Bull Joly 1988, p.553; Boizard, abus de minorité, Rev.soc 1988, p 365 ; J-C.Marin, Mission du juge dans la prévention des abus, RJCom, n°spéc, nov 1991,p.110; Armand-prévost, l'expertise de gestion, RJ.Com 1998, p.125; Dedessus-le-Moustier, expertise de gestion et principe du contradictoire, Rev soc 1998, p.45 ; Cerati-Gautrier, la nouvelle expertise de gestion assure-t-elle une meilleure information aux actionnaires minoritaires ? Petites affiches, janvier 2002, p.4.

- في القانون المغربي :

عبد الوهاب المريني، مرجع سابق؛ هشام بوخلفة، خبرة التسيير، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، الرباط 1999؛ الحسين أمانر، التعسف في استعمال حق التصويت داخل الجموع العامة لشركات المساهمة، أطروحة، مراكش 2001؛ محمد آيت موح خبرة التسيير، قراءة في المادة 157 من القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة، مجلة الإشعاع، عدد 30-31/2006، ص.245.

مراقبة مستمرة على سير الشركة وذلك من خلال المقترضيات الواردة في القسم الخامس من القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة والمعنون بإعلام المساهمين (المواد من 140 إلى 156)<sup>1</sup>.

غير أن تضخم حجم المعلومات التي توضع رهن إشارة المساهمين وتعقدتها بسبب طابعها التقني، جعل من الصعب في كثير من الأحيان استيعابها، وبالتالي ظهرت الحاجة إلى الاستعانة برأي خبير متخصص من خارج الشركة لاسيما عندما يحتاج هؤلاء المساهمين لإعلام دقيق ومكتمل حول عملية أو عدة عمليات تسيير يرتابون حولها ليجعلهم في مستوى تقييم عناصر المعلومات التي يتوصلون بها، وهذا ما يتأتى من خلال خبرة التسيير التي تعتبر أداة إعلامية متميزة تضمن للمساهمين مساواة إضافية في الإعلام وتحقق الحماية لأقلية المساهمين الذين لا يشاركون عادة في تسيير الشركة، فهي تسعى إلى ضمان - من أجل مصلحة الشركة- إعلام جيد حول بعض عمليات التسيير<sup>2</sup>، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 157 ق.ش.م.<sup>3</sup> على أنه: "يسوغ لمساهم أو لعدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن عشر رأسمال الشركة رفع طلب لرئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات بتعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير".

<sup>1</sup> - قانون رقم 95-17 الصادر بتاريخ 30 غشت 1996 الذي صدر بتنفيذه ظهير شريف رقم 124-1-96 الصادر في 14 ربيع الآخر 1414 الموافق 30 غشت 1996 (ج.ر عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996) كما وقع تغييره وتنميه

<sup>2</sup> - في البداية كان الفقه الفرنسي يطلق على هذه الخبرة اصطلاح خبرة الأقلية (expertise de minorité) نظرا لكونها تشكل نظاما إعلاميا جديدا لحماية الأقلية، غير أن توسع نطاق الأشخاص الذين يحق لهم طلب تعيين هذا الخبير بمقتضى قانون 1 مارس 1984 الفرنسي، إذ بالإضافة إلى المساهمين الذين يتوفرون على 10 % من رأس مال الشركة، أصبح بإمكان كل من النيابة العامة ولجنة المقاوله وسلطة الأسواق المالية AMF بالنسبة للشركات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في رأسمالها أن تقدم طلبا لرئيس المحكمة التجارية لتعيين هذا الخبير، لذلك لم يجد الفقه بدا من تغيير الاسم الذي يطلقه على هذه المؤسسة من خبرة الأقلية إلى خبرة التسيير، مرتكزا في ذلك على محل هذه الخبرة والذي ينصب على عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير.

<sup>3</sup> - التي تقابلها المادة 226 من قانون 24 يوليوز 1966 المتعلق بقانون الشركات الفرنسي، التي أصبحت بعد ذلك المادة 225-231 من مدونة التجارة الفرنسية.

ومن خلال هذه الفقرة يظهر أن المهمة الأساسية التي يضطلع بها الخبير هي وضع تقرير عن عملية أو عدة عمليات تتعلق بالتسيير للكشف عما إذا كانت تلك العمليات قانونية ومطابقة للمصلحة الاجتماعية، وهو ما يقتضي منه معالجة وثائق الشركة، ويفرض عليه القيام ببعض الأبحاث لمعرفة ما إذا كانت تلك العمليات المتنازع بشأنها تضر بمصلحة الشركة وهذا ما يعطي للأقلية نظرة موضوعية وحقيقية حول تسيير الشركة .

وقد سلط العديد من الفقهاء الضوء على هذا الطابع الإعلامي الذي تكتسيه خبرة التسيير، وفي هذا الإطار يقول الأستاذان J.Mestre et Y.chartier أن الخبرة الوارد النص عليها في المادة 226 تشكل أولا وقبل كل شيء هاجسا إعلاميا والذي يسمح فيما بعد للمساهمين بأن يقرروا وهم على معرفة جيدة في حدود اختصاصهم"<sup>1</sup>.

وتكمن أهمية خبرة التسيير بهذا الصدد في أنها تضمن للمساهمين إعلاما أكثر جودة ونزاهة من ذلك الذي يكون بإمكانهم أن يحصلوا عليه بواسطة وسائل أخرى<sup>2</sup>، لأنه يكون أكثر موضوعية، إذ يتعلق الأمر بتدخل "رجل فن" الذي يقدر العمليات من وجهة نظر تقنية ولاسيما فيما يخص فائدتها أو سلامتها بالنظر إلى مصلحة الشركة.

---

<sup>1</sup> - Y.Chartier, J.Mestre, les sociétés, coll. Thémis, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, paris 1988, p.254.

<sup>2</sup> - إن مراقب الحسابات قبل أن يكون مراقبا فهو يضطلع بدور إعلامي بالنسبة للمساهمين، ومع ذلك فإن هذا الدور الإعلامي يبقى محدودا، لأنه يمنعه من التدخل في التسيير، وهذا ما تنص عليه المادة 166 من قانون شركات المساهمة.

وفي هذا الإطار جاء في حكم لمحكمة Orléans ما يلي : " إن المهمة التي يوكلها القانون لمراقبي الحسابات لا تسمح لهم بالتدخل في التسيير وبالنتيجة تقدير ملاءمته، وبالتالي يحق لمساهمي الأقلية أن يطلبوا تعيين خبير تطبيقا للمادة 226 حتى يتم إعلامهم بشكل جيد حول طبيعة ومدة وآثار عمليات التسيير التي من شأنها أن تضر بمصالحهم وأيضا بمصالح الشركة.

Orléans 22 nov 1971, JCP 1972, II, 17054, note Y.Guyon.

فهو يتوفر من خلال المهمة الموكولة إليه على حق الاطلاع حول تسيير الشركة<sup>1</sup>، والمعلومات التي يقدمها بهذه المناسبة تكون موضوعية وكاملة ودقيقة، لأنها تنصب على عملية أو عمليات تسيير محددة تستطيع توضيح الرؤية حول مستقبل الشركة<sup>2</sup>، لاسيما وأن التقرير الذي ينجزه الخبير بهذا الصدد يوجه حسب الفقرة الرابعة من المادة 157 السالفة الذكر إلى "مقدم الطلب وإلى مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة وكذلك إلى مراقب أو مراقبي الحسابات، ويجب أن يوضع رهن إشارة المساهمين بمناسبة الجمعية العامة المقبلة ويكون مرفقا بتقرير مراقب أو مراقبي الحسابات"<sup>3</sup>.

ويتبين من هذا، أن تقرير الخبرة يوجه إلى كل أجهزة الشركة وهو ما يعكس أهميته، فإذا كانت خبرة التسيير في جوهرها نظاما إعلاميا موجها بالأساس لحماية أقلية المساهمين، فإن لها مع ذلك غاية أكبر من ذلك، إذ أنها إجراء يخدم المصالح الجماعية للمساهمين من خلال سعيها لإرساء حق إعلام موضوعي حول ملاءمة تسيير الشركة لتصل عبر ذلك إلى حماية المصلحة الاجتماعية.

صحيح أن خبرة التسيير لا تتدخل إلا في حالة وجود أزمة، لكن المعلومات المحصل عليها بهذا الصدد تكون مهمة جدا، سواء من حيث الكم أو الكيف. فمن جهة يحصل مقدموا الطلب على المعلومات التي رفض المسيريون

<sup>1</sup> - Y.Chartier, la gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, librairies techniques, Paris 1978, p.399.

<sup>2</sup> - تجب الملاحظة أن القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة سار في اتجاه الاعتراف بإعلام فعال حول ملاءمة تسيير الشركة، إذ بالإضافة إلى المادة 157 المتعلقة بتعيين خبير التسيير، نجد المادة 164 المتعلقة بتجريح مراقب الحسابات والمادة 116 المتعلقة بطلب تعيين وكيل يقوم باستدعاء الجمعية العامة.

<sup>3</sup> - وبالإضافة إلى هؤلاء، يوجه هذا التقرير في القانون الفرنسي أيضا، ومنذ تعديل 1 مارس 1984 إلى النيابة العامة ولجنة المقاوله وسلطة الأسواق المالية (AMF) في الشركات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في رأسمالها.

تقديمها لهم أو تم كتمانها عليهم<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى فإنه سيتم تقديم هذه المعلومات من طرف خبير مستقل ومتخصص، مما يجعله مؤهلاً لأن يقدم توضيحات مختلفة حول العمليات محل الخبرة.

وهكذا فإن خبرة التسيير تعتبر أداة لتجنب التمادي في سوء التدبير واستفحاله حتى لا يصل الأمر إلى مرحلة لا رجعة فيها (التوقف عن الأداء مثلاً) وذلك بتسليط الضوء على الاختلالات التي تعترى التسيير<sup>2</sup>.

وهذا ما يبرز بوضوح البعد الرقابي الذي تضطلع به خبرة التسيير، إذ يتولى الخبير عند تعيينه إجراء مراقبة مباشرة على عمليات التسيير من خلال فحصها والوقوف على مدى ملاءمتها بالاطلاع على وثائق الشركة، وهو ما يجعل من هذه الخبرة آلية ينتزع عبرها أقلية المساهمين حقهم في الإعلام بهدف المشاركة في حياة الشركة، وسلاحاً يمكنهم شهره في وجه الأغلبية في حالة تجاوزها في استخدام السلطة التي خولها لهم قانون شركة المساهمة.

فمجرد إمكانية تعيين الخبير أضفى على مؤسسة خبرة التسيير طابعاً وقائياً يحقق فائدة مهمة للشركة، حيث خلق لدى المتصرفين نوعاً من الخوف من الخبير *la peur de l'expert*<sup>3</sup> وهو ما دفع هؤلاء إلى تطوير إعلام المساهمين بشكل تلقائي والحرص على جعل كافة عمليات التسيير تمر في إطار من الشفافية والوضوح الذي يزيل كل لبس أو ارتياب حول مشروعيتها، وذلك مخافة قيام أقلية

<sup>1</sup> - إذ لا يمكن للمسيرين أن يحتموا وراء الطابع السري للمعلومات (le secret d'affaire)، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن لطالبي خبرة التسيير أن يطلعوا في عين المكان على الوثائق الموضوعة رهن إشارة الخبير.

Cass.com 26 nov 1996, RJDA, 3/97, n 368

<sup>2</sup> - Estelle scholastique, le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (droit français et anglais), LGDJ 1998, n°610, p.314 et 315.

<sup>3</sup> - Estelle scholastique, op.cit, n° 612, p.316.

"يبقى أن الخوف من طلب خبرة تسيير يمكن أن يدفع المجلس (أي مجلس الإدارة) إلى تغيير سياسته، وبالخصوص في الشركات الكبرى المعرضة للتشهير بها، لأن تعيين خبير يمس بسمعة المسيرين ..".

المساهمين بطلب خبرة التسيير التي قد تؤثر على ثقة الجمعية العامة بالمتصرفين، مما قد يترتب عنه عزلهم، كما قد تكون مقدمة لدعوى المسؤولية يرفعها هؤلاء المساهمون ضدهم.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الدور الرقابي الذي تضطلع به خبرة التسيير في العديد من المناسبات، حيث أسند لخبير التسيير مهمة رقابية تتجاوز السلامة الشكلية لعمليات التسيير إلى البحث عن مدى ملاءمتها للمصلحة الاجتماعية للشركة<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار جاء في حكم لمحكمة Rouen ما يلي: " تهدف مقتضيات المادة 226<sup>2</sup> إلى الوقاية من تعسف الأغلبية والسماح لمساهمي الأقلية بالاستعلام حول طبيعة ومدى ونتائج عمليات تسيير من شأنها أن تحدث لهم ضررا"<sup>3</sup>.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة Reines في حكم لها إلى أن الخبرة الواردة في المادة 226 تشكل سلاحا دفاعيا وضعه القانون رهن إشارة الأقلية،

---

<sup>1</sup> - الملاحظ أن القضاء المغربي قد حصر مهمة خبير التسيير في أحد تطبيقاته في فحص صحة وسلامة عمليات محاسبية دون تقدير مدى ملاءمتها، انظر الأمر الاستعجالي رقم 99/137 الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 26-01-99 في الملف رقم 99/137، منشور بملحق بحث هشام بوخلفة، م.س؛ و أيضا الأمر الاستعجالي رقم 99/1310 الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 29-06-99 في الملف رقم 99/695 منشور بملحق بحث هشام بوخلفة، م.س.

<sup>2</sup>- Article 226 : « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion...

Le rapport est adressé au demandeur, ainsi que, selon le cas, au conseil d'administration ou au directoire et au conseil de surveillance. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité ».

<sup>3</sup> - Rouen 17 mars 1970, D.1971, p 177 ; JCP 1971, II, 16606 note N.Bernard ; Rev.soc 1971, p.59, note Hémar ; dans le même sens, paris 12 janv 1977, JCP 1978, II, 18823, note Y.Chartier.

عندما تكون المصلحة الاجتماعية مهددة بمناسبة عملية أو عدة عمليات تسيير منجزة أو مقترحة من طرف الأغلبية، من شأنها المساس بالمصلحة الاجتماعية بشكل خطير، ولهذه الخبرة بالأساس هدف وقائي أو تسعى لوضع حد لتعسف الأغلبية في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

وهكذا فإن سلطة الأغلبية في فرض رأيها على الآخرين، تكون رهينة بمراعاتها للمصلحة الاجتماعية التي يفترض أنها تعمل من أجلها.

وبذلك فإنه يكون على خبير التسيير الوقوف على مهام هذه الأغلبية حتى يتبين ما إذا كانت العمليات المنجزة من قبلها صحيحة و مطابقة لمصلحة الشركة، وعدم تحقق ذلك يعني أن الأغلبية قد تجاهلت هذه المصلحة، مما يشكل أحد العناصر الأساسية التي تقوم عليها نظرية تعسف الأغلبية، وهو ما أكدته حكم محكمة Rouen السابق الذكر بكل وضوح.

ومن خلال هذا يظهر الدور الكبير الذي تلعبه خبرة التسيير في خلق توازن بين سلطة الأغلبية وحماية الأقلية، ففي مقابل ما للأغلبية من سلطة اتخاذ القرارات وفرضها على جميع المساهمين، فإن للأقلية إمكانية ممارسة الرقابة على هذه القرارات وتكييف مدى ملاءمتها مع المصلحة الاجتماعية.

وهكذا إذا كان المسعى المباشر من خبرة التسيير هو حماية أقلية المساهمين، فإن هذه الحماية لن تتأتى إلا عبر مراقبة تسيير الشركة، ولكي تكون هذه الرقابة فعالة لا بد وأن يتوفر للمساهمين إعلام كاف، وبذلك تتمكن أقلية المساهمين من تحريك آلية الرقابة مما ينعكس ليس فقط على وضعيتهم بل يساهم في حماية مصلحة الشركة ككل.

<sup>1</sup> - Rennes 22 mai 1973, Gaz.Pal 1973, 2, 700, note M.Peisse, Rev.soc 1974, p.349, note Y.Chartier .

وبصدد هذا الدور الرقابي الذي تضطلع به خبرة التسيير، فقد أثير تساؤل حول ما إذا كان للخبير - عندما يتعلق الأمر بمجموعة الشركات - أن يمدد أبحاثه إلى عمليات شركات أخرى في المجموعة مثلا إلى الشركة الأم أو إلى فروع أخرى؟

وبهذا الصدد رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 14 ديسمبر 1993 تطبيق خبرة التسيير في مجموعة الشركات، مرتكزة في ذلك على اعتبار قانوني مؤداه أن المساهم في الشركة الأم لا يعتبر مساهما في الشركة التابعة والعكس صحيح أيضا<sup>1</sup>، وبالتالي فإن لكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة كيان قانوني مستقل بذاته<sup>2</sup>، وبالنتيجة لا يمكن لأبحاث الخبير أن تنصب إلا على عمليات الشركة التي توجد بها الأقلية التي طلبت الخبرة وليس باستطاعته أن يمدد بحثه إلى عمليات شركات أخرى بالمجموعة.

وقد انتقد الفقه هذا الموقف على أساس أنه لم يأخذ بعين الاعتبار الوحدة الاقتصادية للمجموعة<sup>3</sup>، كما أنه لم يراع كون إثبات الخروقات، لاسيما في الشركة التابعة، يقتضي في كثير من الأحيان إجراء أبحاث وفحوصات في الشركة الأم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Cass.com 14 déc 1993, D.1994, IR. 51; Rev.soc 1994, p.494, note Gavalda; JCP, éd E, 1994, II, 597, note Y. Guyon.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار إلى أنه ليس لمساهمي الشركة الصفة لطلب إجراء خبرة لعمليات منجزة من قبل فروع هذه الشركة حتى ولو كانت مالكة لـ 99,9% من رأسمال هذه الشركة مادام أنها تشكل وحدات قانونية مستقلة (des quantités juridiques indépendante)، وهكذا فإن حق طلب تعيين خبير ينحصر في مساهمي الشركة أو الشركات التي ستقوم أو قامت بالعملية المتنازع بشأنها؛ انظر أيضا،

T.Com Nanterre 8 mars 1988, Gaz.Pal, 1988, 2, 464; Paris 1 déc 1992, D.1993, p.301; RTD.Com 1997, p.101, obs Champaud et Danet.

- وقد سبق لمحكمة باريس أن أكدت مثل هذا الموقف حين ذهبت إلى أنه ليس لمساهمي الشركة الصفة لطلب إجراء خبرة بشأن عمليات شركة فرع لها ولو كانت الشركة التي ينتمي إليها تملك 99% من رأسمال الشركة الفرع مادام Paris 1 déc 1992, D.1993, p.301, note Gavalda.

Gavalda.

<sup>3</sup> - Ch.Gavalda, note sous CA Paris 1 déc 1992, D.1993, p.306.

<sup>4</sup> - Y.Guyon, note sous cass.com 14 déc 1993, JCP, éd E, 1994, 567.

ولعل السبب الذي جعل محكمة النقض تتردد في تطبيق خبرة التسيير في مجموعة الشركات يرجع بالأساس إلى تخوفها من الاضطراب الذي قد يخلقه هذا الإجراء في حياة المجموعة.

وقد حاول المشرع الفرنسي التصدي لهذه النقطة بمقتضى المادة 225-231<sup>1</sup> من مدونة التجارة التي نسخت المادة 226 السالفة الذكر، وحسب هذا النص الجديد فإنه يمكن لخبرة التسيير أن تقع على عملية أنجزت ليس فقط في الشركة التي يكون فيها الطالب مساهما بل أيضا في إحدى فروعها.

وهنا يجب تقدير تصرف التسيير بالنظر إلى مصلحة المجموعة، وبالمقابل فإنه لا يمكن لمساهم في شركة فرع أن ينهج نفس الطريق بمناسبة عمليات تسيير تمت داخل الشركة الأم. وهذا التمديد لنطاق مهمة الخبير يحقق فائدة مهمة للأقلية، بحيث يسمح لها بتسليط الضوء على سوء التسيير حتى في الفروع الأخرى التابعة للمجموعة.

ويظهر من هذا كله أن خبرة التسيير تحمل طبيعة مزدوجة :

- فهي إجراء رقابي من حيث أنها تخول لخبير التسيير إمكانية إجراء أبحاث وإبداء رأيه الموضوعي حول عملية أو عدة عمليات تسيير .

<sup>1</sup>- Article 225-231 du code de commerce « Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120, ainsi que un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article [L. 233-3](#). Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes, s'il en existe.

A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion... ».

- كما أنها وسيلة إعلام تكميلية من حيث أنها تزود المساهمين بمعلومات إضافية.

**المطلب الثاني : خبرة التسيير وسيلة إعلام تكميلية هدفها إشراك الأقلية**

### **في تتبع حياة الشركة.**

عمل المشرع المغربي والفرنسي بشكل أوسع على تقوية الحقوق التي تتمتع بها الأقلية<sup>1</sup> كما ظهرت مجموعة من الكتابات<sup>2</sup> اهتمت بشكل كبير بحقوق الأقلية ودافعت عن دورها وموقعها داخل الشركة، وخصها القضاء أيضا -لاسيما الفرنسي- باهتمام كبير واجتهد في حمايتها<sup>3</sup>، بل إن القضاة كثيرا ما يحرصون على تكريس هذه الحماية بشكل صارم حتى لا يواجهوا بالتقصير وتجاهل المقتضيات المتعلقة بهذه الحماية<sup>4</sup>.

لذلك حاولوا تحديد الإطار الذي تدرج فيه خبرة التسيير باعتبارها آلية وضعت بشكل أساسي في يد الطرف الضعيف في الشركة وهو مساهم الأقلية ولأن خبرة التسيير تقتضي إدخال طرف أجنبي عن الشركة في شؤونها الخاصة،

---

<sup>1</sup> - كالحق في الاطلاع على وثائق الشركة وحق الرقابة والحق في تجريح مراقبي الحسابات.

<sup>2</sup> - نذكر على سبيل المثال:

Carteron, « La protection des intérêts des actionnaires minoritaires et la prise de contrôle des sociétés par les groupes concurrents », Rev.soc 1969, p.143 et s ; Dominique Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, Sirey, 1970.

<sup>3</sup> - انظر مثلا: المحكمة التجارية بالدار البيضاء أمر عدد: 636 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2018 في الملف عدد 511/8101/2018 منشور بالموقع الإلكتروني،

<http://www.aboumouslime.ma/images/abm/pdfs/ste636.pdf> تاريخ الإطلاع 2020/08/25

Cass.com 18 avril 1961, Dalloz 1961, JCP 1961, II, p.

فهي إذن - وبحسب القضاء الفرنسي- يجب أن تكتسي طابعا استثنائيا<sup>1</sup> مادامت تخرج عن القواعد العامة للإعلام والمراقبة<sup>2</sup>، ومادام أن تسيير شركة المساهمة يعود إلى مجلس الإدارة وأن قرارات المساهمين تتخذ بالأغلبية وليس بالأقلية.

ووصف خيرة التسيير بكونها إجراء استثنائيا باعتبار أن المشرع أجاز اللجوء إليه لسد نقص المعلومات التي يتوفر عليها المساهمون، فإن هذا الطابع الاستثنائي أثار التساؤل حول ما إذا كان يجب على هؤلاء المساهمين أن يستعملوا كل وسائل الإعلام الأخرى الموضوعة رهن إشارتهم قبل المطالبة بتعيين خبير التسيير؟ وبعبارة أخرى هل يجب أن نفرض ضرورة استعلام المساهمين قبل اللجوء إلى هذه الوسيلة؟.

في هذا الإطار ذهبت بعض القرارات القضائية الفرنسية إلى أنه نظرا لخروج المادة 226<sup>3</sup> عن القواعد العامة لعمل شركة المساهمة فهي ذات طبيعة احتياطية<sup>4</sup>، وبالتالي حتى يكون طلب تعيين خبير للتسيير مقبولا، يجب على مقدمي هذا الطلب ، أن يثبتوا أنهم لجؤوا قبل ذلك وبدون نتيجة إلى كل وسائل الإعلام الأخرى الموضوعة رهن إشارتهم، وهو ما أكدته محكمة Douai في حكمها الصادر بتاريخ 10 يوليوز 1970 الذي جاء فيه : " فقط إذا لم يحصل المساهم على أجوبة كافية، يكون طلبه بتعيين خبير للتسيير مبنيا على أساس"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - "يعتبر تعيين خبير التسيير إجراء استثنائيا نظرا لأن تسيير شركة المساهمة يعود إلى مجلس الإدارة وأن قرارات المساهمين تتخذ بالأغلبية وليس بالأقلية"، Paris 7 mars 1990, D.1990, IR, 87.

<sup>2</sup> - هشام بوخلفة، م. س، ص 18؛ عبد الوهاب المريني، م. س، ص. 477 وما يليها.

<sup>3</sup> - المادة 226 من قانون شركة المساهمة الفرنسي.

<sup>4</sup> - Douai 10 juillet 1970, D.1971, p.179; cass.com 25 mars 1974, D.1974, somm, 100 ; JCP 1974, II, 17853, note Y-Chartier; Gaz.Pal 1975, I, Doct. p.29.

<sup>5</sup> - Douai 10 juillet 1970, D. 1970, p. 179.

وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة التجارية بباريس في حكم لها بتاريخ 11 ديسمبر 1970 إلى أن " الأمر يتعلق بإجراء استثنائي لا يمكن الأمر به إلا إذا كانت تفرضه ظروف استثنائية وتبين أن المساهم قد استعمل ودون نتيجة الوسائل العادية للرقابة"<sup>1</sup>.

وقد تعرض هذا الموقف لانتقادات شديدة من طرف الفقه<sup>2</sup>، وفي هذا الإطار يقول ذ. Y.Chartier "إن فرض استعلام مسبق لدى أجهزة الشركة، يمكن أن يكون مجرد خدعة ومن شأنه أن يشل هذه الوسيلة"<sup>3</sup>.

كما انتقد R.Houin هذا الاتجاه الذي يجعل من خبرة التسيير وسيلة احتياطية، لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا كان الطالب قد استنفذ كافة وسائل الإعلام أو المراقبة الموضوعة رهن إشارته قائلا: " أن يفرض على المساهمين أن يستنفدوا وسائل الإعلام أو المراقبة الموضوعة رهن إشارتهم من طرف القانون سيكون بمثابة إضافة للنص، ومن شأنه أيضا أن يحصر الخبرة في المساهمين الجديين"<sup>4</sup>.

ولقيت هذه الانتقادات استجابة من طرف القضاء، وهكذا لم تعد القرارات الحديثة تعتبر خبرة التسيير وسيلة احتياطية بل وسيلة تكميلية لباقي الوسائل الأخرى التي تهم المراقبة وإعلام المساهمين.

---

<sup>1</sup> - Trib. com. Paris 11 déc 1970, Rev.soc, 1970, p.119.

<sup>2</sup> - Y.Chartier, l'expertise de l'art 226 de la loi 24 juillet 1966, JCP 1972, I, 2507; J-P Sortais, rapport sur l'expertise de l'art 226, Gaz.Pal 1975, I, Doct, p.28.

<sup>3</sup> - Y.Chartier, art préc, p. 2507.

<sup>4</sup> - R. Houin, RTD.com, p. 717.

وبهذا الصدد ذهبت محكمة Orléans إلى أنه "بالفعل فإن الخبرة الواردة في المادة 226 ليست وسيلة احتياطية، بل هي وسيلة تكميلية لوسائل الإعلام والمراقبة الأخرى الموضوعة رهن إشارة المساهمين<sup>1</sup>.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في قرار لها صادر بتاريخ 12 يناير 1977 إلى أن "الخبرة الواردة في المادة 226 ليست إجراء احتياطيا بل تكميليا لوسائل المراقبة والإعلام الأخرى التي يتوفر عليها المساهمون، والنص لا يفرض على الأقلية أن تكون قد وجهت أولا وبدون جدوى أسئلة إلى رئيس مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات حتى يكون طلبها مقبولا"<sup>2</sup>.

وأكدت نفس المحكمة موقفها هذا في قرار لها صادر بتاريخ 22 يونيو 1978 حيث أعادت التأكيد على أن المقترضات القانونية لم تربط إصدار الأمر بتعيين خبير للتسيير بشرط جهل الأقلية للعمليات التي يطلبون المعلومات بشأنها ولا بشرط سبق استنفادهم لوسائل الإعلام الأخرى<sup>3</sup>.

و بهذا يؤكد قضاء الموضوع الفرنسي على أن خبرة التسيير ليست دعوى احتياطية، فهي تسعى إلى تمكين المساهمين من معلومات تكميلية بشأن عملية أو عدة عمليات تسيير، وهو ما كرسته محكمة النقض لاحقا في قرار لها بتاريخ 21 أكتوبر 1997 الذي ذهبت فيه إلى أن المادة 226 لا تخضع خبرة التسيير لسبق استنفاد الطالب لكل وسائل الإعلام الأخرى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Orléans 22 nov 1971, JCP 1972, II, 17154, note Y.Guyon.

<sup>2</sup> - C.A.paris 12 janv 1977, Ratier et autres contre Ratier-forest, JCP 1978, II, 18823, note Y.Chartier.

<sup>3</sup> - CA.Paris 22 juin 1978, Rev.soc 1979, p 333, note Y.Chartier .

<sup>4</sup> - Cass.com 21 oct 1997, RTD.com 1998, p.171, obs.B.petit et Reinhard; Rev.soc 1998, p.82, note Ph.Didier.

وهكذا وبالنظر إلى حقوق الإعلام والمراقبة التي يتوفر عليها المساهمون، فإن خبرة التسيير تلعب دورا تكميليا للمساهم الذي يتوفر على النصاب المالي الذي يفرضه المشرع (10% من رأسمال الشركة)، ويكون اللجوء إليها عندما تكون له شكوك جدية حول عملية أو عدة عمليات تسيير محددة، بدون أن يكون ملزما باستنفاد باقي وسائل الإعلام الأخرى بشكل مسبق.

ومهما يكن، فإنه يكون على أقلية المساهمين ألا تتعسف في استعمال خبرة التسيير، إذ يكون عليها في كل الحالات التي يكون بإمكانها أن تصل إلى نفس المعلومات المراد معرفتها من خبير التسيير بواسطة وسائل إعلامية بسيطة أن تلجأ إلى هذه الوسائل، إذ يلاحظ أنه في كثير من الأحيان يكفي طلب المعلومات - التي تود الأقلية معرفتها من المسيرين- بشكل حبي دون حاجة لتحريك مسطرة تعيين خبير<sup>1</sup>، وبطبيعة الحال إذا لم يستجب هؤلاء المسيريون لهذا الطلب ولم

---

<sup>1</sup> - لقد سبق لمحكمة الاستئناف بباريس - وفي هذا الإطار- أن اعتبرت طلب أحد المساهمين غير مبني على أساس، في الوقت الذي كان يكفي للحصول على المعلومات المطلوبة مجرد المشاركة في اجتماعات مجلس الإدارة، الذي كان عضوا فيه، والذي تم استدعاؤه إليها بشكل نظامي"، CA.Paris, 26 fév 1986, Rev soc 1986, p.457, obs. Y.Guyon.

وفي نفس الاتجاه جاء في حكم لمحكمة باريس بتاريخ 3 ماي 1996 ما يلي : "لا يقوم على أي أساس طلب الخبرة المقدم طرف متصرف - مساهم أقلية- الذي تغيب عن المشاركة في مجلس الإدارة المنعقد من أجل النظر في العمليات المشكوك فيها (les opérations suspectées) . Paris 3 mai 1996, JCP, éd E, 1996, I, 589, n 2, obs.Viandier et Caussain.

لكن مجرد مشاركة مقدم طلب خبرة التسيير في مجلس الإدارة لا يؤدي في جميع الأحوال إلى رفض طلبه (المتعلق بتعيين خبير التسيير)، وفي هذا الإطار سبق لمحكمة استئناف باريس أن عاقبت خرق الحق في إعلام المتصرف وذلك لعدم الاستجابة لطلب تعيين خبير في عملية تحويل المراقبة (une opération de cession de contrôle)، صحيح أن المتصرف شارك في مداولة القرار المتنازع بشأنه، ولكنه تمسك بأن مشروع التحويل (Le projet de cession) لم يكن مسجلا بشكل واضح في جدول الأعمال كما أن المجلس لم يتوصل بتقرير مستقل يتضمن نتائج تقييم المشروع .

C.A.Paris 1<sup>er</sup> juin 1988, Dr. Sociétés 1988, n 226.

وللمزيد من التفصيل حول هذه النقطة انظر بالخصوص :

Estelle scholastique, le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (droit français et anglais), LGDJ 1998, n 606, p 312 et 313.

يقدموا لهم المعلومات المطلوبة يصبح طلب الخبرة مبررا، وبذلك تحقق هذه الأخيرة حماية للأقلية مع الأخذ بعين الاعتبار المصلحة الاجتماعية<sup>1</sup>.

ولتجاوز مثل هذه الطلبات التي يكون هدفها الأساسي ممارسة الضغط على الأغلبية<sup>2</sup>، فقد قام المشرع الفرنسي بإجراء تعديل جذري على مؤسسة خبرة التسيير وذلك بمقتضى قانون رقم 420-2001 الصادر بتاريخ 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيم الاقتصادي الجديد (NRE) حيث خلقت المادة 225-231 من مدونة التجارة التي نسخت المادة 226 مرحلة إلزامية سابقة على اللجوء إلى طلب تعيين خبرة التسيير، وبمقتضى هذه المادة أصبح الطالب ملزما بأن يوجه أسئلة كتابية إلى رئيس مجلس الإدارة أو إلى المجلس الجماعي حول عملية أو عدة عمليات تسيير، وفي حالة عدم الجواب داخل أجل شهر أو في حالة تقديم أجوبة غير كافية، آنذاك يكون لهؤلاء المساهمين (الذين يمثلون ما لا يقل عن 5 % بدل 10 % السابقة) أن يطلبوا بشكل استعجالي تعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تسيير<sup>3</sup>.

وهذا الالتزام المسبق لا يخلو من فائدة، ذلك أنه يؤكد الطابع الجدي للطلب، كما يعتبر دليلا على عناية المساهم بشؤون الشركة وحرصه، وضمانة على أن طلب الخبرة لا يكتسي طابعا تعسفيا هدفه فقط ممارسة ضغط على الأغلبية.

<sup>1</sup> - حول تعسف الأقلية الذي يمكن أن يشكله طلب تعيين خبير التسيير انظر مثلا:

Lyon 27 nov 1992, RTD.com 1993, p.112, obs Reinhard

<sup>2</sup> - يمكن إدانة الطلب التعسفي بمعاينة الطالب بتعويض الشركة عن الضرر الذي لحقها بسبب الاضطراب غير المفيد وغير المبرر الذي أثارته دعوى خبرة التسيير".

Cass.com 12 janvier 1976, Rev.soc.1976, p.330, note Ph.Merle; D.1977, p.141, note Y. Chartier.

<sup>3</sup> - تنص المادة 225-231 (قانون رقم 420-2001 بتاريخ 15 ماي 2001) من مدونة التجارة الفرنسية في فقرتها الأولى على أنه: " يمكن لجمعية تستجيب للشروط الواردة في المادة 120-225، وأيضا لمساهم أو عدة مساهمين يمثلون ما لا يقل عن 5% من رأسمال الشركة، سواء فرادى أو بالاجتماع في أي شكل كان، أن يوجهوا أسئلة كتابية لرئيس مجلس الإدارة أو إلى المجلس الجماعي حول عملية أو عدة عمليات تسيير الشركة... " و" في حالة عدم الجواب داخل أجل شهر أو في حالة عدم تقديم أجوبة كافية، يمكن لهؤلاء المساهمين أن يطلبوا بشكل استعجالي تعيين خبير أو عدة خبراء مكلفين بتقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تسيير...".

## إشكالية التطبيق للضرر بين النص القانوني وواقع العمل القضائي: بعد ستة عشر سنة على تطبيق مدونة الأسرة

مصطفى ميمون  
دكتور في الحقوق  
متصرف لدى وزارة الداخلية

### مقدمة:

بعدما عرفت مدونة الأسرة<sup>1</sup> مرور ستة عشر سنة من التطبيق والتنظير، ونطقت المحاكم بأحكام في شتى القضايا؛ زواج القاصرين والتعدد والطلاق والنفقة والحضانة والبنوة الشرعية... بدأت تظهر الكثير من الثغرات والنقائص في أحكام هذه المدونة، خصوصا ما يتعلق بالتطبيق بمختلف أنواعه.

وإذا كان المشرع المغربي قد جاء بعدة إجراءات جديدة ضمن مدونة الأسرة لاسيما فيما يخص اعتبار الإخلال بشروط العقد ضررا مبررا لطلب التطلاق، والتي لم تكن مدرجة في فصول مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 و 1958 الملغاة، فإنه مع مرور ربح من الزمن من التحليل والمناقشة ساعد على الوقوف على الكثير من الثغرات وبؤر القصور والتناقض.

ومن أهم الإشكالات التي تعترض العمل القضائي في تطبيق مسطرة التطلاق للضرر، وكذا الزوجة المتضررة؛ هي صعوبة إثباتها للضرر الذي يلحق بها من زوجها، وكذا تحديد نوع الضرر الموجب للتطلاق، والجهة التي لها الحق في تقديم طلب التطلاق، ومتى يمكن لها اللجوء إلى مسطرة التطلاق للشقاق، التي

<sup>1</sup> القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد: 5184 بتاريخ: 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

يبدو أنها قد أصبحت الملاذ للزوجة التي لم تفلح في إثبات الضرر في دعوى التطلاق. فما المقصود بالضرر الموجب للتطلاق؟ وكيف يمكن إثبات هذا الضرر؟ وعلى من يقع عبء الإثبات؟ وما هي الكيفية التي تتم بها هذه المسطرة؟ وكيف تعامل معها الاجتهاد القضائي المغربي؟ وما حدود سلطات المحكمة في النظر في هذا النوع من التطلاق؟ ومتى يمكن للزوجة التخلي عن مسطرة التطلاق للضرر واللجوء إلى مسطرة الشقاق؟.

وعلى هذا الأساس؛ تبقى الإشكالية الرئيسية التي تثيرها الدراسة الراهنة تتمحور حول "مدى تفعيل القضاء المغربي للنصوص المنظمة لمسطرة التطلاق للضرر بعد مرور ستة عشر (16) سنة على تطبيق مدونة الأسرة".

هذه الإشكالية وأخرى، سنحاول الإحاطة بها بالدرس والتحليل من خلال العرض المتواضع والذي يتناول موضوعا جد حساس يغري بالبحث والنقاش قصد الوقوف على كنه هذه المسطرة، والغاية التي توخاها المشرع من النص عليها في الفصول 99 و 100 و 101 من مدونة الأسرة وأحال فيها على فصول أخرى من المدونة.

وهكذا، سنعمل على الوقوف على الإشكالية المطروحة، إيماناً بمبدأ المساهمة في إثراء النقاش الجاد، والتراكم البناء، ليكون أرضية خصبة للباحثين والمشرع المغربي في أفق وضع نصوصاً قانونية فعالة تنظم مسطرة التطلاق للضرر، بما يساهم في الحد من ظاهرة التطلاق عامة التي أصبحت في تزايد مستمر وسريع بشكل يؤرق بال العدالة والمجتمع المغربي ككل، مع الأخذ بالاعتبار آراء الفقه واجتهادات القضاء في هذا الصدد.

وعليه، سنعمل على معالجة الإشكالية الموما إليها أعلاه من خلال مبحثين اثنين وهما:

**المبحث الأول: إشكالية التطبيق للضرر في ظل النص القانوني**

**المبحث الثاني: إشكالية التطبيق للضرر في واقع العمل القضائي**

### **المبحث الأول: إشكالية التطبيق للضرر في ظل النص القانوني**

أدخل المشرع المغربي التطبيق للضرر كطريق لحل ميثاق الزوجية، وأفردت له مدونة الأسرة فرعا خاصا يتضمن ثلاثة فصول، بخلاف التطبيق للشقاق الذي أفردت له أربعة نصوص، غير أن التطبيق للضرر عرف نكوصا لصالح مسطرة التطبيق للشقاق التي أصبحت الأكثر تطبيقا نظرا لسهولتها؛ مما جعل الانتحاء للقضاء بسبب الضرر يتقلص ويعرف تراجعا منذ تطبيق المدونة سنة 2004 إلى اليوم، الأمر الذي دفعنا للتساؤل حول أسباب هذا التقلص والتراجع.

### **المطلب الأول: تحديد التطبيق للضرر**

إن معرفة الصعوبات التي تعترض القضاء المغربي، كما الزوجات الراغبات في إنهاء الرابطة الزوجية، وكذا الوقوف على مكامن الخلل التي تعترى النصوص المنظمة لمسطرة التطبيق للضرر بالشكل الذي يحول دون تمكّن القضاء من تفعيل هذه المسطرة، يفرض التطرق بداية إلى تحديد مفهوم الضرر الموجب للتطبيق (الفقرة الأولى)، ثم الوسائل الكفيلة بإثبات هذا النوع من الضرر (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: مفهوم الضرر الموجب للتطبيق

لقد جاءت مدونة الأسرة بتعريف دقيق للضرر في الفقرة الثانية من المادة 99 كما يلي: "...يعتبر ضررا مبررا لطلب التطبيق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالآخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية". وقد جاء هذا التعريف لتعويض التعريف السابق الوارد في المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة<sup>1</sup> وإن لم يكن تعريفا بالمفهوم الحقيقي للتعريف بعدما كانت هذه المادة في فقرتها الأولى تعتبر الضرر هو ما تدعيه الزوجة على زوجها إضرار بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها.

وبذلك، يكون التعريف الذي جاءت به مدونة الأسرة أكثر دقة وتفصيلا من التعريف القديم، وإن كان يضع عبارة واسعة وفضفاضة.

وعليه، يستفاد من منطوق المادة 99 أعلاه، أن المشرع لم يحدد نوعا معينا من الضرر يمكن أن يلحق الزوجة في علاقتها مع زوجها داخل بيت الزوجية، بل جاء بصيغة العموم<sup>2</sup> "كل تصرف من الزوج....".

وهكذا، نلاحظ من خلال المادة المذكورة، أن المشرع قد توسع في نطاق مفهوم الضرر ليشمل كل تصرف من شأنه أن يجعل الحياة الزوجية مستعصية الاستمرار كيفما كان نوعه؛ سواء "كان يضربها ضربا مبرحا أو يسبها أو يكرهها على إتيان فعل محرم، أو كل سلوك مشين أو مغل بالآخلاق الحميدة من سب وقذف وشم وتشهير، أو أن الزوج يأتي أفعالا مخرجة بالآداب العامة، أو القيم

<sup>1</sup> جاء في الفقرة الأولى من المادة 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: "إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وتثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه".

<sup>2</sup> ادريس اجويلل: "شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق"، الجزء الأول، مطبعة أنفو-برانت، فاس، طبعة 2014، ص 229.

الأخلاقية تسبب لها أضرارا مادية أو معنوية، حيث تصبح حياتها مكدره واستمرار العلاقة الزوجية مستحيلة"<sup>1</sup>.

وخلافا لما كان عليه الأمر في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، اعتبرت مدونة الأسرة أن الإخلال بشرط العقد ضررا مبررا لطلب التطلاق. وتأكيدا لذلك، نصت المدونة في الفقرة الأولى من المادة 99 على أنه "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلاق". وهكذا، "إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يمنعها من متابعة دراستها، أو أن لا يمنعها من الخروج إلى عملها إن كانت تمارس عملا، أو أن لا يخرجها من مدينتها بعيدة عن أهلها"<sup>2</sup>، أو أن لا تسكن مع أهله، أو يحسن الإنفاق عليها والعدل بينها وبين ضررتها، أو اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها، وهي شروط صحيحة، فإن إخلال الزوج بإحدى هذه الشروط يعتبر ضررا يبرر للمرأة طلب التطلاق للضرر<sup>3</sup>. والشروط الذي يجب أن يكون سببا مبررا للتطلاق يجب أن يكون مشروعا وغير مخالف لأحكام المدونة وخاصة ما نصت عليه في المادتين 47<sup>4</sup> و 48<sup>5</sup>.

وصور التطلاق للضرر كثيرة، منها إذا أضر الزوج بزوجه بأي نوع من أنواع الضرر، الذي تصعب معه العشرة، "ولا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرع، وضربها كذلك، وسبها، وسب أبيها بمثل ما يقع من رعاك الناس"<sup>6</sup>، أو

<sup>1</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع-الدار البيضاء، الطبعة الرابعة 2010، ص 272.

<sup>2</sup> ادريس اجويل: "شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 230.

<sup>3</sup> طبقا لمنطوق المادة 99 من مدونة الأسرة

<sup>4</sup> تنص هذه المادة على ما يلي: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا".

<sup>5</sup> تنص هذه المادة أيضا على أن: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطتها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشروط مرهقا، أمكن للمتزوج به أن يطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

<sup>6</sup> عبد الكريم شهبون: "الشافعي في شرح مدونة الأسرة"، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2006، ص 256.

إهانة أقاربها، أو منعها من صلة الرحم بينها وبينهم، أو أخذ مالها قهرا، أو حبسه أو سجنه أكثر من سنتين<sup>1</sup>. وتحديد ما يشكل ضررا من عدمه موكول إلى السلطة التقديرية للقضاء<sup>2</sup>.

وهكذا، أصدرت بعض المحاكم أحكاما تعتبر فيها بعض القواعد بمثابة ضرر يمكن الزوجة من الحصول على التطلاق بسببه، ومما جاء فيها:

"... عقد الزواج عقد رضائي من أهم مقوماته المساكنة الشرعية على أساس الود والاحترام المتبادل.

لا يمكن للمحكمة أن تفرض على الطرفين العيش تحت سقف واحد أمام إصرار الزوجة على إنهاء العلاقة الزوجية"<sup>3</sup>.

ومنها كذلك "إن الضرر الذي يبرر الطلاق هذا الضرر المؤثر على الحياة الزوجية والذي يتعذر معه استمرار العشرة ويكون الزوج هو الذي تسبب فيه بعمله الشخصي أو بتقصيره في تحمل أعباء الزوجية وتوفير الرعاية والطمأنينة لزوجته...."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> اعتبر المشرع المغربي في مدونة الأسرة أن الحبس أو السجن الموجب للتطلاق لهذه الأسباب يجب أن تكون المدة المحكوم بها أكثر من ثلاث سنوات، حيث يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من الاعتقال وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق للضرر بعد مرور سنتين من اعتقاله. وتأكيدا لذلك، نصت المدونة في المادة 106 على أنه: "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنًا أو حبسًا، جاز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله". نفس الأمر قضت به المادة 107 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والتي جاء فيها ما يلي: "... لزوج المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية، مدة ثلاث سنوات فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بانئا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه....".

<sup>2</sup> سنتعرض إلى هذه الجزئية بشيء من التفصيل في المبحث الثاني.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 2584 صادر بتاريخ 2005/05/23، أشار إليه محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 277.

<sup>4</sup> حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 196 صادر بتاريخ 2004/03/08، أشار إليه محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 278.

كما اعتبر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في إحدى قراراته أن "إدانة الزوج جنحيا بسبب تعاطيه المخدرات يعتبر سببا مبررا لطلب التطلق لمساس ذلك بالأخلاق وعدم استطاعته دوام العشرة"<sup>1</sup>.

فإذا كانت الوقائع المعترية ضررا من الوسع بمكان، بحيث يصعب تعداد مجالها، وتطور أساليب إحداث الضرر بتطور الحياة العصرية، فإن الإشكال المثار في هذا الصدد هو معضلة إثباته. إذن فكيف يتم إثبات الضرر؟

### الفقرة الثانية: إثبات الضرر

الإثبات في المجال القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق منازع فيه. وإذا كان الإثبات في المادة المدنية مقيدا؛ إذ حدد المشرع وسائل محددة لإثبات الالتزامات والاتفاقات المدنية، فإنه في مدونة الأسرة أعطى للزوجة إثبات الضرر بكافة وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة<sup>2</sup>.

وهكذا، يعتبر إثبات الضرر إحدى أهم المعوقات التي تقف في وجه الزوجة وتمنعها من ممارسة حقها في طلب التطلق للضرر، فعالبا ما تتعرض الزوجة للضرر من طرف زوجها دون أن تتمكن من إثباته لعدم وجود شهود يمكنهم معاينة هذا الضرر الذي قد يقع غالبا داخل بيت الزوجية، وأحيانا يكون الأذى نفسيا صرفا، وهنا يكون الإثبات أكثر صعوبة خصوصا عندما يمارس الزوج سيادته على الزوجة التي قد لا تمكنه من نفسها طائعة لظروف معينة تجعلها غير قادرة على تلبية رغبة الزوج؛ كأن تكون غير مستعدة نفسيا للجماع أو الممارسة الجنسية فيمارس عليها أحيانا أذى مزدوجا يرتبط فيه الأذى النفسي بالجسدي.

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 988 الصادر بتاريخ 18-10-2000، ملف شرعي عدد 98-01-2482.  
<sup>2</sup> المادة 82 من مدونة الأسرة

وأمام هذه الوضعية التي لا يمكن، بل يستحيل أحيانا إثباتها لكون هذه الممارسات تقع في بيت الزوجية وهو مكان موصد في وجه الغير.

فما هي إذن الوسائل والإمكانات التي أتاحتها مدونة الأسرة في وجه الزوجة لإثبات الضرر اللاحق بها.

تنص المادة 100 من المدونة على ما يلي: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.

إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطلق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

يتضح من خلال قراءة مضمون هذا النص، أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق الزوجة التي هي الطرف المتضرر في الواقعة تطبيقا للقاعدة "من ادعى شيئا فعليه إثباته". على الزوجة المتضررة والحالة هذه أن تثبت واقعة الضرر بكل وسائل الإثبات الممكنة؛ بالفرائض وشهادة الشهود الذين يتم الاستماع إليهم من طرف المحكمة في غرفة المشورة، كما يثبت بكل وسائل التحقيق التي تراها المحكمة مفيدة كإجراء بحث أو معاينة أو خبرة طبية على الزوجة الضحية في حالة ما إذا كان الضرر جسديا وكل ضرر يكون بالإمكان إثباته بواسطة الشواهد الطبية، وللمحكمة سلطة تقديرية في تقييم الحجج والأدلة المعروضة

عليها، علما أن للزوجة الحق في إثبات الضرر بجميع الوسائل الإثباتية بما في ذلك شهادة الشهود<sup>1</sup> الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.

فإدانة الزوج من أجل الاعتداء على زوجته بالضرب والجرح مثلا تعتبر سببا كافيا للتطليق<sup>2</sup>.

ولا يشترط في الضرر أن يتكرر بل يكفي أن يثبت وقوعه ولو مرة واحدة لدرجة يتعذر معه استمرار العشرة.

إلا أن المشرع وحماية للزوجة التي تتعرض فعلا للضرر، ودون أن تتمكن من إثباته، مكنها من وسيلة للوصول إلى التطليق، وذلك عبر لجوئها إلى مسطرة الشقاق.

---

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 196 صادر بتاريخ 2004/03/08، أشير له سابقا، والذي أخذت فيه بشهادة السماع خارج جلسة الحكم كوسيلة لإثبات الضرر، ومما جاء في هذا الحكم: "...وحيث أدلت المدعية بموجب ضرر مستفسر مضمن بعدد 269 كناش 56 ب وتاريخ 2003/07/31 توثيق البيضاء-أنفا والذي يشهد شهوده بأنهم سمعوا سماعا فاشيا مستقيضا بين السنة أهل العدل وغيرهم، بأن الزوج (المدعي عليه) يضر بزوجه (المدعية) بشتى أنواع الضرر وذلك بالضرب والسب والشتم، مما سبب لها أضرارا صحية أدت إلى إصابتها بانتهيارات عصبية من غير ذنب جنته، ولا زالوا يسمعون بأنه لا زال مستمرا على حالته هذه.

وحيث إنه عرض موجب الضرر المستفسر خلال جلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2004/01/20، نفى أن يكون ما صرح به الشهود قد صدر منه.

وحيث إن الضرر الذي يبرر الطلاق وهو الضرر المؤثر على الحياة الزوجية يكون الزوج هو الذي تسبب فيه بعمله الشخصي أو بتقصيره في تحمل أعباء الحياة الزوجية وتوفير الرعاية والطمأنينة لزوجته.

وحيث إن إضرار المدعي عليه بالمدعية وفق ما جاء فيه موجب الضرر أعلاه يدخل ضمن ما ذكر. وحيث إن المحكمة لما لها من سلطة تقديرية في ثبوت الضرر، وكذا حسب ما ترى أن الضرر الذي تدعيه المدعية ثابت وكاف لجعل الحياة الزوجية بين الطرفين غير متيسرة، خاصة وان دفعات المدعي عليه المشار إليها أعلاه بقيت غير مؤسسة ومبررة، وذلك بالنظر إلى ما جاء في موجب الضرر، والى ما راج أمام المحكمة بجلسة الصلح. وحيث إنه لكل ذلك وإعمالا بمبدأ التسريح بإحسان قررت المحكمة الاستجابة للطلب لوجود ما يبرره، شرعا".

<sup>2</sup> حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 2584 صادر بتاريخ 2005/05/23، أشير إليه سابقا، ومما جاء في هذا الحكم: "حيث أدین الزوج بالحبس النافذ لمدة شهرين من أجل الاعتداء على زوجته بالضرب والجرح، واعتبرته سلوكا شاننا ألحق بها إساءة مادية ومعنوية".

ففي حالة عدم ثبوت الضرر، مع إصرار الزوجة على طلب التطلاق، أمكن لها تقديم طلب إلى المحكمة يرمي إلى حل نزاعها مع زوجها على أساس الشقاق. وذلك دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع.

وبذلك، تستفيد الزوجة من هذه المسطرة كحل أوجده المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 100 المذكورة أعلاه لمساعدة الزوجات اللواتي يعانين من صعوبة في إثبات الضرر اللاحق بهن من طرف أزواجهن بعد أن عجزت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عن إيجاد حل لهذه الصعوبة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن المشرع أعطى حق طلب التطلاق للضرر للزوجة وحدها دون الزوج، وهو ما يستشف من نص المادتين 98 و 99 من المدونة، إذ جاء في مطلع المادة 98 "للزوجة طلب التطلاق بناء على أحد الأسباب التالية:

- 1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛
- 2- الضرر.."

أما المادة 99 فجاء فيها: "يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلاق، كل تصرف من الزوج....".

وتعليقا على نص المادة 98 أعلاه، ذهب جانب من الفقه<sup>1</sup> إلى القول أن "المشرع في بعض الأحيان يخرج عن الخط الذي رسمه في البداية؛ أي التوازن والمساواة بين الزوجين، حيث يخول للزوجة طلب التطلاق للحالات المذكورة أعلاه، والتي قد تكون بفعل المرأة كذلك كالتطلاق للغيبة مثلا، كما أن هذه المادة معيبة، لإعطائها حق طلب التطلاق للزوجة فقط، علما أن المواد من 107 إلى

<sup>1</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 270.

111 المتعلقة بالتطليق للعيب تعطي هذا الحق للزوجين معا، لا الزوجة فقط، هذا إضافة إلى مسألة الإخلال بشرط في عقد الزواج، الذي اعتبرته المدونة سببا موجبا لطلب التطليق من طرف المرأة، لكن لم يحدد الجزاء في حالة إخلال المرأة بهذه الشروط".

### المطلب الثاني: مسطرة التطليق للضرر

يلاحظ من خلال مقتضيات المادة 113 من المدونة أن المسطرة المتبعة أمام المحكمة في دعاوى الطلاق بأنواعه هي نفسها المسطرة المتبعة في دعاوى التطليق المؤسس على إحدى الأسباب المشار إليها حصرا في المادة 98<sup>1</sup>.

### الفقرة الأولى: المسطرة القضائية

هذه المسطرة تبتدئ بمجرد تقديم طلب إلى كتابة الضبط، مؤشر عليه من طرف الزوجة إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد في نطاق دائرة نفوذها الترابية بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب<sup>2</sup>، ويجب أن يتضمن الطلب اسم كل من الزوجة والزوج، وعنوانهما الكامل ومهنتهما، وعدد الأطفال إن وجدوا، وسنهم ووضعيتهم الصحية والدراسية، مع إرفاق الطلب بمستند الزوجية "عقد الزواج"، وكذا الحجج التي تثبت الوضعية المالية للزوج والتزاماته في هذا الشأن<sup>3</sup>؛ وذلك حتى يتمكن القاضي

<sup>1</sup> نصت المادة 98 من المدونة على أنه: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

- (1) إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛
- (2) الضرر؛
- (3) عدم الإنفاق؛
- (4) الغيبة؛
- (5) العيب؛
- (6) الإيلاء والهجر.

<sup>2</sup> المادة 79 من مدونة الأسرة والفصل 212 من قانون المسطرة المدنية

<sup>3</sup> المادة 80 من مدونة الأسرة

من تحديد المتعة والنفقة ومبلغ الحضانة والرضاعة إذا كانت الزوجة لازالت ترضع.

والمسطرة تكون شفوية<sup>1</sup>، ولا مانع من الإدلاء بمذكرة كتابية تضم للملف وتعرض على الطرف الآخر لإبداء وجهة نظره فيها، ويحوز تقديم الطلب دون الاستعانة بمحام.

وأنه بمجرد تقديم الطلب، يشرع في تجهيز القضية للبت فيها؛ وذلك باستدعاء الزوجين إلى جلسة يعين تاريخها قصد إجراء محاولة الصلح<sup>2</sup>، وتطبق مقتضيات الفصول 36 و 37 و 38 و 39 و 40 و 41 من قانون المسطرة المدنية، وكذا الفصول 212 و 213 و 214 من ذات القانون المتعلقة بالإجراءات التي يجب اتخاذها من طرف المحكمة فيما يتعلق بالتطبيق.

وبعد التوصل بالاستدعاء، وطبقا للقانون، يتم الاستماع للطرفين بغرفة المشورة، وأنذ تقوم المحكمة بجميع المحاولات الهادفة إلى تقريب وجهة نظر الزوجين، وتدوين أسباب الخلاف والاختلاف لإنهاء النزاع القائم بينهما، وإذا ما تبين من خلال المناقشة أن المصلحة تقتضي تأخير القضية لجلسة أخرى إما تلقائيا أو بناء على طلب أحد الزوجين أو هما معا، فإنه يجوز تأخيرها مع إشعار الطرفين ودفاعهما بتاريخ الجلسة الموالية.

<sup>1</sup> الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية  
<sup>2</sup> الفقرة الأولى من المادة 81 من مدونة الأسرة

وتجدر الإشارة، إلى أن المحكمة تكون ملزمة بالبت في دعوى التطليق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة<sup>1</sup> تحول دون النظر في الدعوى خلال هذا الأجل.

وإذا كانت العلاقة الزوجية قد أثمرت أبناء، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وثبت الضرر، وضمانا لحقوق الأطفال في حالة حصول فراق، فإن المحكمة تبت عند الاقتضاء، في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و 85<sup>2</sup>. أما إذا تعذر على الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها من زوجها، وإصرارها على طلب التطليق لاستحالة استمرار العشرة الزوجية، أمكنها آنذاك اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

وفي هذا المجال لا بد من التساؤل عن دور النيابة العامة في تفعيل مسطرة التطليق للضرر. فتكريسا لمبدأ العدل والإنصاف فإن المشرع المغربي قد أعطى للنيابة العامة دورا أساسيا وأصليا بمقتضى المادة الثالثة من مدونة الأسرة. فما هي صلاحياتها حينما تسوء العلاقة بين الزوجين ويشتد الخلاف بينهما؟. ففي حالة وقوع خلاف بين الزوجين وقيام أحدهما على طرد الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، أوكل المشرع للنيابة العامة التدخل لإرجاع الأمور إلى نصابها مع حماية المطرود وضمأن أمنه باتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتحقيق ذلك<sup>3</sup>؛ كأن تستعين في ذلك بالشرطة القضائية تحت إشرافها على أن تراعى في كل البوادر أو التحركات، مصلحة الأسرة، وكل ما من شأنه أن يزيد في توتر العلاقة، وتكون له انعكاسات سيئة، وبالتالي فالنيابة العامة يجب أن تتدخل بحكمة وتعقل.

<sup>1</sup> الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة

<sup>2</sup> الفقرة الثانية من المادة 113 من مدونة الأسرة

<sup>3</sup> المادة 53 من مدونة الأسرة

غير أن ما يعاب على المادة 53 من المدونة إيرادها لعبارة "دون مبرر" حسب النص "إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته"، وهو ما قد يضع إشكالا وعقبة في وجه النيابة العامة على مستوى التطبيق؛ لأنه بمفهوم المخالفة للنص، فإنه بمجرد وجود المبرر، لا يمكن للنيابة العامة أن تتدخل لإرجاع المطرود، ثم أن عبارة "تكليف النيابة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه تطرح عدة تساؤلات عن الكيفية والوسائل التي يجب استعمالها لتحقيق ذلك"<sup>1</sup>. لكنه في غالب الأحوال، فإن للنيابة العامة السلطة التقديرية في هذا الصدد، ولها من الوسائل المتاحة لاتخاذ الإجراء الملائم والمناسب متى عرضت عليها مثل هذه الواقعة.

وللنيابة العامة دور جد هام أثناء المرحلة القضائية في دعوى إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق، لاسيما في مسطرة الصلح التي تتطلب الحضور الشخصي للزوجين. ففي الحالة المنصوص عليها في المادة 81 من مدونة الأسرة، فإن عدم حضور الزوجة لجلسة الصلح رغم توصلها، وعدم تقديمها لملاحظات مكتوبة، يوجب على المحكمة إعادة إخطارها عن طريق النيابة العامة وإشعارها بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف، هذا إذا كان عنوانها معروفا، أما إذا تبين للمحكمة بأن عنوان الزوجة مجهول، فإنها تستعين بالنيابة العامة قصد البحث عنها والوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج في تقديم العنوان ومعلومات عن

<sup>1</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، 192.

مكان الزوجة، فإنه تطبق عليه العقوبات المقررة في الفصل 361<sup>1</sup> من القانون الجنائي إذا طلبت الزوجة ذلك.

### الفقرة الثانية: المسطرة غير القضائية

نصت مدونة الأسرة على إلزامية القيام بمحاولة الصلح بين الزوجين في جميع قضايا الطلاق والتطليق- ما عدا التطليق للغيبة-، ولقد استمد هذا الإجراء وجوده من كون المشرع اعتبر - من خلال المادة 70 من المدونة- أن الأصل هو استمرار العلاقة الزوجية ودوامها، وأن اللجوء إلى الطلاق والتطليق هو استثناء يطبق في حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما فيه - أي حل ميثاق الزوجية- من تفكيك للأسرة وإضرار بالأطفال. وهكذا، نصت المدونة في المادة 81 على قيام المحكمة باستدعاء الطرفين لمحاولة الإصلاح، كما نصت في المادة 82 على أن المحكمة تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً.

الملاحظ، أن المشرع المغربي لم يحدد في حالة التطليق للضرر، اللجوء إلى مؤسسة من مؤسسات الصلح بعينها دون الأخرى، ولم يرتب أفضلية في ذلك، وإنما أعطى للقضاء كامل الصلاحية في اختيار أي مؤسسة للصلح دون أي قيد أو

<sup>1</sup> ينص الفصل 361 من القانون الجنائي على ما يلي: "من توصل بغير حق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو قرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى ثلاثمائة درهم.

أما الموظف الذي يسلم أو يأمر بتسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل 360 لشخص يعلم أنه لا حق له فيها، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم ما لم يكن فعله إحدى الجرائم الأشد المعاقب عليها بالفصل 248 وما بعده، كما يجوز الحكم عليه، علاوة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر.

وتطبق العقوبات المقررة في الفقرة الأولى على من يستعمل وثيقة حصل عليها في الظروف المشار إليها فيما سبق أو كانت تحمل اسماً غير اسمه".

شرط، وتوسع في ذلك إلى أبعد الحدود، وفتح المجال لكل من يراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين، وترك عملية الصلح ورأب الصدع عامة وفضفاضة بالمادة 113 من المدونة، والغاية من ذلك؛ منح القضاء الحرية التامة. فالغرض والهدف محمود؛ يتمثل في الإصلاح وإنقاذ الأسرة. وهكذا، نصت المادة 82 من المدونة في الفقرة الثانية "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً".

فجميع دعاوى التطبيق المنصوص عليها في المادة 98 من المدونة أي طلبات: التطبيق لإخلاق الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، التطبيق للضرر، التطبيق لعدم الإنفاق، التطبيق للغيبة والتطبيق للإيلاء والهجر، لا تبث فيها المحكمة إلا بعد استفاد محاولات الصلح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة<sup>1</sup>.

والجدير بالتنويه، أن المشرع حث على ضرورة إجراء محاولة للتصالح بين الزوجين قبل الشروع في ممارسة الإجراءات العادية لدعوى التطبيق، على اعتبار أن عملية التصالح إجراء أساسي قبل البث في الدعوى من طرف المحكمة. ومن أجل ذلك، يمكنها انتداب حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين، إذا تمكنا من صلح قراره وانتهى الأمر، أما إذا عجزا عن ذلك تبث المحكمة في طلب التطبيق. والأمر نفسه بالنسبة لمجلس العائلة أو ممن تراه المحكمة مؤهلاً لإصلاح ذات البين، ولا يمكن البث في الدعوى إلا بعد فشل محاولة التصالح وبعد أن تستخدم المحكمة ما بوسعها لرأب الصدع وبيان للزوجين الآثار الوخيمة المترتبة عن التطبيق في حالة الإقدام عليه.

<sup>1</sup> الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة

## المبحث الثاني: إشكالية التطبيق للضرر في واقع العمل القضائي

إن أي نظام قانوني مهما كان تماسكه، فإن ممارسته في الواقع العملي هي التي تكشف عن فعاليته ومقارنة أهدافه مع النتائج التي حققها. وهذه النقطة تعتبر في بالغ الأهمية، بحيث أنه كلما كان النص القانوني لا يمكن أن تظهر عيوبه إلا عند التطبيق. وهكذا، وبمجرد إحالة الخلاف على مسطرة الشقاق للفصل فيه، أو تجاوز مسطرة التطبيق للضرر هاته إلى طريق الشقاق، من شأنه أن يعطي انطبعا مقلقا بأن مسطرة التطبيق للضرر لها أهميتها النظرية دون العملية (أي في شكل نصوص قانونية غير مفعلة). وهذا أمر قد لا يطمئن المشرع، ولا رجال القانون، ولا المهتمين، ولا الأسر المعنية بهذا المجال التي تبقى في حاجة ماسة للاستمرار العشرة الزوجية وحمايتها من التفكك.

وعليه، فإن معالجة هذا الإشكال، يفرض الإجابة على التساؤل التالي: كيف تعامل القضاء المغربي عند تطبيقه للمواد المنظمة لمسطرة التطبيق للضرر؟

### المطلب الأول: التطبيق القضائي لمقتضيات المواد المنظمة للتطبيق

#### للضرر

إننا على مشارف نهاية السنة السادسة عشر من دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، وإن كان يصعب للوهلة الأولى إعطاء تقييم جامع ومانع ونهائي عن كيفية التعامل مع بنودها من مختلف الفاعلين والمهتمين بها بصفة عامة، ومن طرف القضاء بصفة خاصة، وهي فعلا مدة غير كافية لتقييم حصيلة قانون أسري استغرق مخاضه سنين، وما يهمننا في هذا الإطار مسطرة التطبيق للضرر على وجه خاص، فنسجل ندرة الأحكام القضائية التي تم نشرها في مختلف المنابر والدراسات القانونية التي لها صلة بالموضوع، غير أن القيام بجولة ولو عابرة

داخل أقسام قضاء الأسرة، ووقفة ولو سريعة على عدد ونوعية قضايا الأسرة المسجلة بعد دخول القانون رقم 70/03 حيز التنفيذ سنة 2004، تجعلنا نسجل أن قضايا انحلال الرابطة الزوجية في ارتفاع متزايد بشكل يبعث على القلق، حتى في أوج انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد "كوفيد-19" وما رافق ذلك من فرض تدابير احترازية ووقائية كمنع التنقل إلا للضرورات القصوى وإغلاق بعض الإدارات واعتمادها على تقنية التواصل عن بعد، مع ملاحظة أن دعاوي التطليق للضرر تكاد تكون شبه منعدمة مقارنة مع باقي أنواع التطليق الأخرى، خاصة الشقاق منها التي تمثل لوحدها حصة الأسد من هذه الدعاوي. وهذا ما يطرح أكثر من تساؤل، ويستحق أكثر من وقفة.

### الفقرة الأولى: التطبيق القضائي المغربي بشأن التطليق للضرر

انه منذ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ في فبراير 2004، وقضاء الأسرة يعرف حيوية وازديادا في الحركة وتنوعا في القضايا وتعددتها، حيث أصبحت أقسام قضاء الأسرة تنظر في قضايا الأحوال الشخصية، والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة، وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة، يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المطروحة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة، وفي ذلك إشارة إلى الاختصاص النوعي بالنسبة لقضاء الأسرة واعتباره من النظام العام وإمكانية إثارته تلقائيا ولم يثره أحد الأطراف لتكون الإحالة بقوة القانون.

وهكذا، تم إيجاد مؤسسة مختصة للبت في النزاعات الأسرية بهيئة قضائية متخصصة، ونيابة عامة مختصة، وجهاز كتابة الضبط.

وما يستأثر بالاهتمام بالنسبة للتطبيق للضرر، أن اللجوء إلى هذه المسطرة، عرف تقلصا وتراجعا في عدد الوافدين على قضاء الأسرة في مختلف محاكم المملكة لصالح مسطرة الشقاق التي تعتبر الأكثر تطبيقا نظرا لسهولتها ومرونتها، مما أدى حتما إلى ازدياد عدد القضايا المتعلقة بالشقاق، لكن هذا لا يعني أن القضاء لم ينظر في قضايا التطبيق للضرر، إذ تطبيقا لمدونة الأسرة نظر في بعض القضايا رغم قلتها وندرتها؛ وذلك في السنوات الأولى لتطبيق المدونة.

وهكذا، مثلا نجد أن القضاء المغربي في معرض معالجته لقضايا الضرر في ضوء مدونة الأسرة ذهب إلى أن سب الزوجة ونعتها بالفساد وبكلام بذيء يتعين معه الاستجابة لطلبها بالتطبيق للضرر فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بفاس في إحدى أحكامها إلى ما يلي: "...حيث استمعت المحكمة للشهود باعتبارهم جيران للطرفين فأجمعوا كلهم على أن الزوج كان يوما يسب زوجته ويعيرها بالفاسدة وبكلام بذيء مخل بالحياء وسط الشارع.

وحيث إن المدعية تقدمت بطلبها للتطبيق لعدم تحملها السب والاهانة من زوجها.

وحيث إن أقواله تلك قد تسبب ضررا لها لم تستطع تحمله مما يتعين الاستجابة لطلبها"<sup>1</sup>.

كما ذهبت ابتدائية الناظور في أحد أحكامها إلى أن "رفض طلب التطبيق للضرر والشقاق، بعله أن المدعية حضرت جلسة الصلح ولم تستطع إثبات وجود الشقاق والخلاف العميق بينهما والمستمر لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 04/1201 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2004 ملف شخصي رقم 2003/2889، منشور على الرابط الإلكتروني التالي (اطلع عليه بتاريخ: 2020/06/17):

<http://www.lejuriste.ma/2017/01/05/%D8%B3%D8%A8>

الزوجية، وحيث أن المحكمة قررت اعتبارا لذلك التصريح برفض الطلب<sup>1</sup>. وأعتقد أن هذا الاتجاه الذي نحتة المحكمة صائب اعتبارا إلى أن الطلب في الأصل لم يحترم مقتضيات المادة 100 من المدونة خاصة الفقرة الثانية التي تنص على أن الزوجة إذا لم تثبت الضرر وتصر على طلب التطلق يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

ومما سبق، نلاحظ أن كثيرا من النساء كن يلجأن إلى التطلق للضرر، وفي مناسبات أكثر للتطلق للشقاق، حتى يتجنبن دفع البذل اللازم عليهن إن هن لجأن إلى الخلع<sup>2</sup>، لكن الملاحظ أن القضاء غالبا ما كان يرفض تطلق الزوجة من زوجها في دعاوي التطلق للضرر نظرا لصعوبة إثبات الضرر، حيث لا تحوز المرأة غالبا على دليل يثبت ادعاؤها، خصوصا إذا كان الضرر الذي تعاني منه هو ضرر معنوي، وبالتالي فهو ضرر صعب الإثبات. ولهذا أصبحنا نلاحظ عزوفا جزئيا للزوجات عن اللجوء إلى تطلق الضرر بعد أن تبين لهن أنه من الصعب إثباته من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن المدونة جاءت بإجراء شبه مضمون لحصول الزوجة على حريتها، وهو يتمثل في التطلق للشقاق، الذي أصبح يشكل وسيلة لمن لا وسيلة له. وما يثبت صحة ادعائها، هو أنه منذ سنة 2010 إلى متم شهر يونيو 2020 لم يتم تسجيل أي حالة من حالة التطلق للضرر بالمحاكم الابتدائية لكل من طنجة، أصيلة، العرائش، شفشاون، الناظور، التمارة، والتي كانت موضوع بحثنا، في المقابل أصدرت عددا كبيرا من الأحكام

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، الصادر بتاريخ 2005/02/04، ملف شخصي عدد: 04/1229، أشار إليه محمد أوراغ: "مسطرة الشقاق على ضوء مدونة الأسرة ومن خلال العمل القضائي المغربي"، 2020/04/13، على الرابط الإلكتروني التالي:

[http://marocdoc.blogspot.com/2010/01/blog-post\\_410.html](http://marocdoc.blogspot.com/2010/01/blog-post_410.html)

<sup>2</sup> تنص المادة 120 من مدونة الأسرة على ما يلي: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة. إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجيب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

بشأن الشقاق. وهكذا، لم نستطيع الحصول سوى على بعض الأحكام القضائية، في شأن التظليق للضرر، منشورة ببعض المؤلفات والمواقع الالكترونية تعود للسنوات الأولى لتطبيق المدونة؛ أي قبل استكشاف المتقاضين لميزة مسطرة الشقاق في هذا الإطار.

### الفقرة الثانية: سلطة المحكمة في نظر قضايا التظليق للضرر

تطرح النصوص المنظمة لمسطرة التظليق للضرر العديد من الصعوبات، لاسيما في يتعلق بتحديد نوع الضرر الموجب للتظليق، والوسائل الكفيلة بإثبات هذا الضرر، إضافة إلى مقدار التعويض الذي تستحقه المرأة إذا ما تمكنت من إثبات الضرر اللاحق بها من زوجها. والتعويض المذكور قد يحكم به القاضي لفائدة هذا الأخير إذا لم تتمكن الزوجة من إثبات الضرر اللاحق بها حتى ولو قضت لها المحكمة بالتظليق للشقاق نتيجة إصرارها عليه، متى ثبت مسؤوليتها وحدها للشقاق وتضرر منه الزوج وحده.

وكما سبق أن نوهنا، فللضرر عدة أنواع يمكن ذكر بعضها فيما يلي: الضرب المبرح، سب الزوجة وشتمها، سب وشتم أبيها وغيرهم من أقاربها، الإكراه على إتيان ما حرمه الله، "السكر المستمر، الهجر في الفراش، القذف أمام الناس، الاعتداء على المال، تحويل البيت إلى محل للدعارة أو القمار أو بيع المخدرات، الخيانة الزوجية واتهام الزوجة بها، وإتيان المرأة من دبرها، أو الاستهتار والاستهزاء بالدين"<sup>1</sup>، الإساءة البالغة للأولاد، العجز الجنسي، سوء السمعة الذي من شأنه أن يسبب تجرؤ الآخرين على شرف الزوجة والأولاد أو

<sup>1</sup> محمد الكشور: "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1999 ص 339.

ينال من اعتبارهم ومروءتهم، وكذلك السلوك الإجرامي الذي يسبب تعرض حرمة البيت للتفتيش المستمر وانتهاك حرمة وغيرها من السلوكات الشاذة عن المجتمع.

والحقيقة أنه يصعب تحديد هذه الأضرار، لاعتبارات تتعلق بثقافة وتربية الأفراد ولمدى استجابتهم أو رفضهم لبعض التصرفات، ومدى انغراس القيم والأخلاق والعقيدة في نفوسهم، لذا، فإن القاضي ملزم بتحري هذه العناصر وتحليلها<sup>1</sup>.

كذلك الأمر بالنسبة لإثبات الضرر، لأنه قد يصعب على الزوجة إثبات الضرر التي قد يلحقها من سب وشم وكلام فاحش وضرب، لكونها قد تقع داخل بيت الزوجية، وبالتالي قد لا يطلع عليه أحد، هذه فضلا عن الأضرار المعنوية التي لا تترك آثارا، ما لم يثبت هذا الضرر عن طريق الصراخ الفاحش الذي يثير انتباه الناس، أو أن يتعلق الأمر بمكان يطلع عليه الجمهور، أو يثبت الضرر بواسطة شواهد طبية عندما يتعلق الأمر بالإضرار المادية كالضرب والجرح اللذين يتركان أثرا على جسد الضحية.

وتبعا لما ذكر، "فإن للمحكمة سلطة تقديرية في تقييم وتكييف الأدلة والحجج المعروضة أمامها المتعلقة بضرر الزوج بزوجه والتي تستوجب تطبيقها منه، حيث تجري المناقشات بما في ذلك تقييم الحجج والاستماع إلى الشهود في غرفة المشورة بحضور الأطراف فقط، حفاظا على أسرار الأسرة"<sup>2</sup>.

ومن ثم، تملك المحكمة تقدير حدود الضرر وقدره. وفي حالة الحكم بالتطليق، تقوم المحكمة في نفس الحكم بتحديد مبلغ التعويض يتناسب وحجم

<sup>1</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 275.

<sup>2</sup> ادريس اجويلل: "شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 233.

الأضرار التي لحقت بالزوجة، وتراعي المحكمة في تقديره مدى جسامة صورته وخطورته ومدى تأثيره في طلب التطلاق<sup>1</sup>، كما تراعي في تقدير قيمته مدى يسر الزوج وعسره، وكذا حال الزوجة، ومهما يكن فالمحكمة ملزمة بتقضي جميع العناصر التي تفيد في تمتيع الزوجة وتعويضها تعويضا عادلا. والتعويض سواء كان ماديا أو معنويا، فيراعى فيه، كذلك، مدى إساءة الزوج لزوجته، لتعويض ما قد يلحقها من أضرار نفسية جراء الإساءة والافتراق، ما لم يكن قد الحق بها أضرارا مادية نتيجة الضرب أو الجرح مثلا.

وتجدر الإشارة، إلى أن التعويض عن الضرر لا يدخل ضمن المستحقات التي يمكن الحكم بها للزوجة والأطفال نتيجة التطلاق والمحددة في المادتين 84 و 85 أعلاه وفقا لمنطوق نص المادة 113 من المدونة، كما أن المحكمة تحكم بهذا التعويض تلقائيا وبدون حاجة إلى تقديم طلب مكتوب في الموضوع<sup>2</sup>.

وفي جميع الأحوال، فإن المحكمة تراعي في تقدير ما يمكن أن تحكم به على الزوج المسؤول لفائدة الزوج الأخر، مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق والمتسبب فيه، ما دام أن الزوج قد يكون هو المتضرر في حالة ما إذا قضت لها المحكمة بالتطلاق للشقاق متى عجزت عن إثبات الضرر اللاحق بها وأصرت على الفراق.

مجمل القول، تبقى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير الضرر الموجب للتطلاق، وما إذا كان يؤثر على نفاذ التطلاق، أم لا، ومقدار التعويض الذي يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج الأخر، لأن ذلك يعتبر من الوقائع التي

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 259.  
<sup>2</sup> نصت المادة 101 من المدونة "في حالة الحكم بالتطلاق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

تختص بالفصل فيها محاكم الموضوع وحدها، حيث لا رقابة عليها من محكمة النقض إلا من حيث التعليل.

### المطلب الثاني: آثار الحكم بالتطليق للضرر في استحقاق المتعة

قررت المادة 98 من مدونة الأسرة على أنه من بين الأسباب الموجبة لطلب التطليق من طرف الزوجة هو الضرر، فإذا لحقها من زوجها فلها طلب التطليق بناء عليه بعد إثباته من طرف الزوجة، وتنص هذه المادة على ما يلي: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1/ ...

2/ الضرر".

### الفقرة الأولى: التعويض عن التطليق للضرر

تنص المادة 101 على ما يلي: "في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

فكلما حكمت المحكمة بالتطليق أمكنها أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق للزوجة عنه طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود<sup>1</sup>.

والتعويض عن الضرر، كما سبق وأن نوهنا سلفاً، لا يدخل ضمن المستحقات الأخرى التي يمكن الحكم بها نتيجة التطليق، حيث يحكم به تلقائياً بمجرد الحكم بالتطليق ودون تقديم طلب في الموضوع من طرف المتضرر،

<sup>1</sup> الفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود.

وتقدر قيمة التعويض الموكول إلى سلطة المحكمة التي عليها أن تحكم به بالشكل الذي يناسب والضرر اللاحقة بالزوجة<sup>1</sup>، أو العكس إذا لم تتمكن الزوجة من إثبات الضرر حتى وإن قضت لها المحكمة بالتطبيق للشقاق<sup>2</sup> نتيجة إصرارها، الشيء الذي يتضرر منه الزوج نفسه، مما يخوله طلب تعويض الضرر الذي لحقه من التطلق<sup>3</sup>، إذا ثبتت مسؤولية الزوجة وحدها للشقاق<sup>4</sup>

والجدير بالذكر، أن المتعة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بمقتضى الفصل 52 مكرر، كانت مجرد منحة رمزية مفروضة على الزوج كلما كان الطلاق من قبله. ومن خلال المادة 84 من المدونة يتبين أن "المتعة واجبة على الزوج، وعلى القاضي أن يرعى عند تقديرها مدى ثراء الزوج ومساهمة الزوجة في ذلك، وحالتها الصحية إلى غير ذلك من العناصر التي تساعد على تحديد مبلغ المتعة تحديدا عادلا، لكن إذا كان الطلاق تعسفيا وبدون مبرر، فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي قد يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر"<sup>5</sup>، علما أن "مصطلح المتعة أشرف من كلمة تعويض"<sup>6</sup>.

فالتمتع واجب؛ سواء ترتب عن تطبيق الضرر أو لم يترتب عنه شيء، والحال أن الضرر لازم لثبوت المسؤولية. والتمتع وفقا للنص السابق واجب، بغض النظر عن وجود تجاوز لاستعمال حق الطلاق من عدمه، في حين أن

<sup>1</sup> حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 6093 صادر بتاريخ 2005/09/05، أشار إليه محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 284.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 04/2785 صادر بتاريخ 2005/06/06، منشور بمجلة المعيار، مطبعة الأورو المتوسطية للمغرب، عدد 34، نونبر، سنة 2005، ص 305.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة رقم 2004/5536 صادر بتاريخ 2004/12/21، منشور بمجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية المعلومات القانونية والقضائية، العدد الأول، يوليوز 2005، ص 98.

<sup>4</sup> المادة 96 من مدونة الأسرة

<sup>5</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 242 و 243.

<sup>6</sup> عبد الكبير العلوي المدغري: "المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير"، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الأولى، 1999، ص 189 و 190.

التعويض يلزمه توافر عنصر الخطأ، ورغم أن المشرع في التعديل الجديد قد أعطى للقضاء سلطة تقديرية واسعة لتقدير جسامة الضرر الذي لحق المطلقة من الطلاق التعسفي للزوج الذي لا يستند إلى أي مبرر معقول، فإنه مع ذلك لم تكن لديه الجرأة للنص صراحة على إعطاء تعويض عادل للزوجة إذا كان الزوج متعسفا في الطلاق إلى جانب حقها في المتعة، وذلك مراعاة للضرر الذي يمكن أن يلحق المرأة من جراء طلاقها دون مبرر مقبول.

وقد نصت بعض التشريعات العربية صراحة على إعطاء الزوجة المتضررة من الطلاق حق التعويض كالمجلة التونسية في الفصلين 30 و 31 وقانون الأسرة السوري في المادة 117 والمادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

وكاستنتاج أخير، يمكن القول أنه ليس هناك مانع شرعي أو قانوني من حرمان المطلقة من التعويض إلى جانب حقها في المتعة متى كان الزوج متعسفا في الطلاق.

### الفقرة الثانية: أسباب تراجع نسبة التطبيق للضرر واللجوء لمسطرة

#### الشقاق

ما يمكن ملاحظته خلال 12 سنة من تطبيق مدونة الأسرة هو أن التطبيق للضرر عرف تراجعاً كبيراً، ولا يتم سلوك هذا الطريق إلا في حالة إثبات الضرر الذي لحق بالزوجة. ومن ثم فإن إثبات الزوجة للضرر الذي لحق بها، كما سبق القول، ليس بالأمر الهين؛ خاصة وأن كثيراً من أنواع الضرر الذي تتعرض له الزوجة يقع داخل بيت الزوجية ولا يطلع عليه أحد، نظراً لقدسية بيت الزوجية.

والحقيقة أن سماع ما يدور داخل البيوت فيه أصلاً مساس بخصوصية الأفراد، ما لم يكن إلحاق هذا الضرر عن طريق الصراخ الفاحش الذي يثير انتباه

الناس، أو ان تعلق الأمر بالبيوت المشتركة في بعض الأحياء الفقيرة، أو إخراج الزوجة من الدار والاعتداء عليها<sup>1</sup> بالأماكن العامة التي يطلع عليها الجمهور.

وهكذا، إذا لم تستطيع الزوجة إثبات الضرر، أو أن القاضي لم يقتنع بالوسائل المدلى بها، وأصررت الزوجة على طلب التطليق أمكن لها تقديم طلب إلى المحكمة يرمي إلى حل نزاعها مع زوجها على أساس الشقاق. وذلك دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع.

وتأكيدا لذلك، نصت مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 100 من مدونة الأسرة على أنه "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

وحتى تتمكن الزوجة من الوصول إلى مسطرة أخرى للتطليق، وهي مسطرة التطليق بالشقاق انطلاقا من مسطرة التطليق للضرر؛ فلا بد من توفر شرطين أساسيين هما:

أولاً: عجز الزوجة على إثبات الضرر اللاحق بها من طرف الزوج.

ثانياً: إصرار الزوجة على طلب التطليق بعد عجزها عن إثبات الضرر.

إذن، بالرغم من إقرار المشرع المغربي في المادة 100 أعلاه بحرية إثبات وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات، إلا أنه أحال الزوجة التي لم تفلح في إثبات وقائع الضرر إلى مسطرة الشقاق. وعليه، فإنه يحق للزوجة تقديم طلب إلى

<sup>1</sup> محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، مطبعة دار النشر المغربية، مرجع سابق، ص 280.

المحكمة من أجل حل نزاع بينها وبين زوجها يخاف من الشقاق وعلى المحكمة أن تصلح ذات البين بين الطرفين<sup>1</sup>.

ويظهر من خلال كل هذا، أن الزوجة أصبحت تتوفر على وسيلة ناجعة لتطبيق نفسها دون حاجة لإثبات الضرر، وذلك للحد من عدوانية وبطش الزوج الذي كان يترك الزوجة معلقة، غير أن أهمية إثبات الضرر في مسطرة الشقاق تبقى نسبية في تحديد المسؤوليات وما ينتج عنها من تعويض<sup>2</sup>.

وقد وجدت العديد من الراغبات في إنهاء العلاقة الزوجية مع أزواجهن، ووضع حد للاستمرار العشرة الزوجية، ضالتهن في مسطرة التطلاق للشقاق نظرا لسهولتها، وليونة إجراءاتها.

لذلك، عرف التطلاق للشقاق تصاعدا في وثيرته سنة بعد أخرى؛ إذ أنه منذ دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق تضاعف عدد الأحكام الصادرة به إلى حوالي عشرة أضعاف، إذ انتقل من 4865 حكما خلال سنة 2005 إلى 48376 حكما في سنة 2012 وإلى 39826 حكما سنة 2013<sup>3</sup>.

ويمكن إرجاع أسباب تطور أحكام التطلاق للشقاق خلال هذه السنوات إلى بعض الأسباب منها:

---

<sup>1</sup> المادة 94 من مدونة الأسرة.  
<sup>2</sup> كمال زين العابدين: "مسطرة الشقاق لإنصاف الزوجة العاجزة عن إثبات واقع الضرر"، اطلع عليه 07 يناير 2020، على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://les-safiots.over-blog.org/article-24215612.html>

<sup>3</sup> وزارة العدل والحريات: "القضاء الأسري: الواقع والآفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة"، دراسة تحليلية إحصائية: 2004\_2013، ماي 2014، ص 60، اطلع عليه بتاريخ 2020/01/13، على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.justice.gov.ma/lg-1/documents/doccat-1.aspx>

إن مسطرة التطلاق للشقاق يقبل عليها الزوجان معا، مع ارتفاع ملحوظ لعدد الطلبات المقدمة من طرف الزوجات قياسا بعدد الطلبات المقدمة من طرف الأزواج.

إن مسطرة التطلاق للشقاق تشكل رافدا قانونيا لمساطر أخرى للطلاق والتطلاق حيث يتم اللجوء إليها عند الاقتضاء بمناسبة التعدد<sup>1</sup> والرجعة<sup>2</sup> والطلاق الخلعي<sup>3</sup> والتطلاق للضرر<sup>4</sup> وعدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين الزوجين<sup>5</sup>.

كما أن مسطرة التطلاق للشقاق تتميز بسهولة إجراءاتها الشكلية، مما أصبح يدفع العديد من الأزواج إلى تفضيلها عن سلوك مسطرة الطلاق الرجعي.

كما يتبين من خلال إحصائيات وزارة العدل والحريات أن عدد طلبات التطلاق للشقاق أكثرها مقدم من طرف النساء خلال السنوات الممتدة ما بين 2006 و2013 أكثر من نظيرتها لدى الرجال<sup>6</sup>، وهذا يبين مدى خطورة الوضع الراهن على استقرار الأسرة، لاسيما أن الزوجة يفترض فيها الحفاظ على أسرته وحمايتها من التشتت، أصبحت الآن هي من يبادر إلى الحكم على هذه الأسرة بالتشتت، وهذا ليس من قيم وأهداف مشرع مدونة الأسرة.

## خاتمة

من خلال هذا العرض المتواضع يتضح جليا مدى صعوبة تطبيق مسطرة التطلاق للضرر خصوصا في مجال الإثبات، والتي عمل المشرع على تنظيم

<sup>1</sup> الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة

<sup>2</sup> المادة 124 من مدونة الأسرة

<sup>3</sup> الفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة

<sup>4</sup> الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة

<sup>5</sup> المادتين 51 و 52 من مدونة الأسرة

<sup>6</sup> وزارة العدل والحريات: "القضاء الأسري: الواقع والآفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة" مرجع سابق، ص 63.

آلياتها وتحديد حالاتها ومراعاة الأجل المتمثل في ستة أشهر كحد أقصى للبت في دعوى التطلاق المنصوص عليها في المادة 98، ما عدا التطلاق للغيبة، وأن الحكم القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية غير قابل لأي طعن دون بقية المقررات الأخرى المتعلقة بالمستحقات والتعويض بمقتضى المادة 128 من المدونة، وهو ما يشكل استثناء من مبدأ التقاضي على درجتين.

وفي معظم الحالات لا تستطيع الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها، ومع ذلك تصر على طلب التطلاق. فالمحكمة في هذه الحالة تخول لها اللجوء إلى مسطرة التطلاق للشقاق، الأمر الذي جعل هذه الأخيرة تشكل الملاذ لكل لمن لم تفلح في إثبات الضرر في دعوى التطلاق للضرر، ومنفذا لما لا منفذ له، فمسطرة الشقاق التي لن تكلفها عناء كبيرا؛ إذ تعتبر أنسب وسيلة لانفصال الزوجين وأصبحت الأكثر تطبيقا، خصوصا من طرف النساء، لاسيما منهن من سبق لهن أن إلتجأن للقضاء بسبب التطلاق للضرر الذي يعرف، كما سبق القول، صعوبة في الإثبات، بل إن القضاء يقضي بالتطلاق للشقاق بعد استنفاد المسطرة ولو شكليا نظرا لكثرة القضايا ولعامل الزمن (المادتان 61 و 97) بالفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر، هذا علما أن الطلاق يكون بائنا ونهائيا في شقه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية.

وهكذا، يكون المشرع، ومعاه القضاء قد فتح الباب على مصرعيه أمام من ترغبن في إنهاء الرابطة الزوجية بدون أية صعوبة تذكر. وما التجاوب المستمر للقضاء المغربي مع قضايا التطلاق للشقاق إلا خير دليل على ما ذكرناه. بحيث أن هذه الدراسة بينت على أن العمل القضائي دأب على الاستجابة لدعاوى التطلاق للشقاق في غياب تفسير واضح لمضمونه، وإنما وقع تكريس مقولة مفادها أنه لا يمكن تصور حكما بعدم القبول أو الرفض في هذه الدعاوى، فإذا كان الحكم غير

قابل لأي طعن، فإن الخطورة تزداد عندما يتسرب إلى الحكم خطأ جسيم في تطبيق القانون، ولا سبيل لتدارك ذلك بل أنه مشمول بالنفاد المعجل بقوة القانون، في حين أن الشقاق يعد مسألة موضوعية ينبغي أن تخضع للمراقبة لدى محكمة الطعن، ولا يصح الشقاق في الحالات الواردة أسبابها في النص كالضرر والهجر فهي مقيدة بشروطها، وقد صدرت أحكام في إطار الشقاق في مواضيع متصلة بالضرر دون إجراء خبرة طبية، لهذا يتعين إدراك مدى خطورة هذا الموضوع إما بتشريع حق الطعن فيه أو إعادة النظر في الأجل المحدد في ستة أشهر وجعله أجل معقول وتغليب كفة الإصلاح لما فيه الكفاية باعتبار أن مسطرة الشقاق في كنهها وقائية قبل أن تكون فاصلة في إنهاء العلاقة الزوجية.

وعليه، يتعين على القضاء المغربي التريث والتفكير، بل إيجاد مؤسسة بديلة خاصة بالصلح قبل الإقدام على التطلاق، خاصة الشقاق منه، وذلك حتى لا يصبح هذا الأخير مصبا لجميع أنواع التطلاق\_والحقيقة فهو أصبح كذلك-. فإذا استمر الوضع على هذا النحو، فإن دعوى الشقاق ستقضي لا محالة بالموت على دعوى التطلاق والتي سوف لن نرى لها أثرا في القريب؛ ذلك أن الزوجة ستفضل اللجوء إلى دعوى الشقاق التي لن تكفها لا الجهد ولا الوقت ولا الإثبات، ونتيجتها مضمونة، عوض الخوض في دعوى التطلاق للضرر بما تطلبه من تعب ومشقة.

وبناء على كل ما تقدم، يمكن القول أن القضاء وحده لا يكفي للمحافظة على توازن الأسرة والحيلولة دون انهيارها واندثارها ما لم تكن هناك رغبة صادقة وتعاون فعال من طرف جميع مكونات الأسرة، خاصة الزوج والزوجة في بذل الجهد الجهيد لحماية صرحها من أي تصدع، والشعور بالمسؤولية دينيا وأخلاقيا اتجاه هذه الخلية الأولى في المجتمع. بل ان المسؤولية تقع على أسرة

الزوجين، وأيضاً على كل الفاعلين في المجتمع المدني لنشر الوعي بمخاطر الافتراق، وما قد يلحق الأطفال، في حال وجودهم، من تشرد وضياع وانحراف. وكما هو الشأن بالنسبة للصلح كإجراء وقائي قبل الشروع في دعاوى التطليق، حبذا لو قام المشرع المغربي بإحداث خلية قبلية مهمتها توعية المقبلين على الزواج بقدسية الحياة الزوجية والأسرية، والأهداف المتوخاة من الرابطة الروحية التي ستجمع بينهم؛ وذلك قبل الشروع في عملية إبرام العقد، لاسيما فيما يتعلق بشرح أهداف الأسرة، وكيفية التخطيط للحياة الزوجية، وفهم نفسية الزوج أو الزوجة، وطرق زيادة الارتباط العاطفي كل طرف للطرف الآخر، وإدارة المشكلات الأسرية، والمسؤوليات، والميزانية، مع الاستفادة من تجارب بعض الأنظمة الإسلامية المقارنة في هذا الميدان، خاصة ماليزيا كنموذج.

# نماذج المنفعة في المغرب خيار مكمل لبراءات الاختراع

د. حنان الصرصري  
باحثة في قانون الأعمال

## مقدمة:

تعتبر حقوق الملكية الفكرية أسمى صور حقوق الملكية لارتباطها بالعقل البشري وقدرته الخارقة على الخلق والإبداع، وهي حقوق معنوية لها قيمة مالية، وتتفرع إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية، وبالاستناد إلى المادة 1 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية<sup>1</sup> فإن الملكية الصناعية تشمل براءات الاختراع وتصاميم تشكل (طبوغرافية) الدوائر المندمجة والرسوم والنماذج الصناعية وعلامات الصنع أو التجارة أو الخدمة والاسم التجاري والبيانات الجغرافية وتسميات المنشأ وزجر المنافسة غير المشروعة.

أصبحت الملكية الصناعية في العصر الحالي تحل مكانة متميزة كرهان اقتصادي هام على الساحة التجارية العالمية بفعل ازدياد نتاجات الفكر الإنساني بدرجة مذهلة ذات منحى أسي تصاعدي، وفي هذا السياق تعتبر حقوق الملكية الصناعية أدوات قانونية لحماية الابتكارات ذات الطبيعة الصناعية أو التجارية، ومن ثم دعم وتحفيز الإبداع وتسخيرها من أجل التنمية، ووعيا من المشرع المغربي بأهمية الرأسمال اللامادي ضمن مشروع التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمغرب، ومن أجل مساندة التوجهات الحديثة والمعايير الدولية في مجال حماية

<sup>1</sup> - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.19 بتاريخ 9 ذي القعدة 1420 ( 15 فبراير 2000) الجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000.ص: 366.

الملكية الصناعية، ووفاء منه بالالتزامات المفروضة عليه بموجب الاتفاقيات الدولية والثنائية التي وقع عليها في هذا الإطار، أدخل تعديلات على القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية<sup>1</sup>، كان آخرها سنة 2014 بموجب القانون رقم 23.13<sup>2</sup> الذي يعتبر نقطة تحول في المنظومة الوطنية للملكية الصناعية ببلادنا، حيث جاء بعدة مستجدات منها تعزيز جودة براءات الاختراع من خلال اعتماد نظام الفحص السابق لبراءات الاختراع من قبل المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية المنصوص عليها في المواد من 43 إلى 43 (2) الذي يقضي بفحص طلب البراءة من الناحية الموضوعية والشكلية للتأكد من توفر الاختراع على الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 22، وكذلك استيفاء إجراءات تقديم الطلب من الناحية الشكلية المنصوص عليها في المواد من 31 إلى 40، وإعداد تقرير بحث أولي مع إبداء رأيه عن قابلية استصدار براءة الاختراع (م 43) لكي يقرر إصدار أو رفض طلبات براءات الاختراع (م 2.43)، وتظهر فعالية هذا النظام في كونه يحد من الاختراعات غير الجدية منذ البداية، كما يرتقي بجودة الابتكارات المحمية بالبراءة لكونها تستوفي جميع الشروط الموضوعية المتطلبة قانونا من جدة ونشاط ابتكاري وقابلية للتطبيق الصناعي، وفي هذا السياق نجد أنفسنا أمام إشكالية مهمة وهي: هل يمكن للمغرب تبني نظام نماذج المنفعة كخيار مكمل لنظام البراءات لحماية الاختراعات التي لا تتوفر على الخطوة الإبداعية؟ وتنبثق عن هذه الإشكالية عدة إشكاليات فرعية مثل: هل إيداع طلبات الاختراع المغربية سيتطور في ظل تشديد نظام الفحص؟ لماذا أغفل المشرع المغربي التنصيص على نماذج المنفعة كصورة من صور الملكية

<sup>1</sup> - القانون رقم 31.05 لسنة 2006 المغير والمتمم للقانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.190 الصادر في 15 محرم 1427 الموافق ل ( 14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20/02/2006 الصفحة 453.

<sup>2</sup> - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.188 والصادر في 27 محرم 1436 ( 21 نوفمبر 2014) الجريدة الرسمية عدد 6318 بتاريخ 25 صفر 1436 الموافق ل: 18 ديسمبر 2014.

الصناعية في التعديل الجديد؟ ما هي القيمة المضافة التي ستجلبها براءة نماذج المنفعة للمقاولات المغربية الصغرى والمتوسطة وللإقتصاد الوطني عموما؟

سنحاول معالجة هذه الإشكاليات من خلال مبحثين:

المبحث الأول: التأطير القانوني والمفاهيمي لبراءة نماذج المنفعة

المبحث الثاني : أهمية نماذج المنفعة في التنمية الاقتصادية للمغرب

والمؤشرات الدالة على ضرورة تبني هذا النظام.

### المبحث الأول: التأطير القانوني والمفاهيمي لبراءة نماذج المنفعة

تعتبر نماذج المنفعة *certificat d'utilité* أحد الأدوات القانونية الأكثر فاعلية لحماية الاختراعات التي لا تستوفي المعايير الموضوعية المتطلبة قانونا لحمايتها بواسطة البراءة، ومن هذا المنطلق يمكن اعتبار نظام نماذج المنفعة من أهم الأنظمة القانونية المكملة لنظام البراءة إن لم نقل البديلة عنها، ويجد هذا النظام أساسه القانوني في عدة اتفاقيات دولية متعددة الأطراف، كما اعتمده عدة تشريعات وطنية (المطلب الأول)، وإذا كانت نماذج المنفعة تتشابه إلى حد ما مع براءة الاختراع فإنها تختلف عنها في الكثير من الجوانب (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التأطير القانوني لنماذج المنفعة في الاتفاقيات الدولية

#### والتشريعات المقارنة.

نظرا لأهمية نماذج المنفعة باعتبارها صورة من صور الملكية الصناعية فقد نصت عليها عدة اتفاقيات دولية متعددة الأطراف ( الفقرة الأولى)، وتبنتها عدة تشريعات وطنية إلى جانب براءة الاختراع (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الأساس القانوني لنماذج المنفعة في الاتفاقيات الدولية.

نصت مجموعة من الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف على نماذج المنفعة واعترفت بها كحق من حقوق الملكية الصناعية، وتعتبر اتفاقية باريس<sup>1</sup> أهم هذه الاتفاقيات ولقد نصت عليها في المادة (21) بقولها: (تشمل حماية الملكية الصناعية براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة)، كما نصت عليها كذلك في المادة 4 (1) بقولها (كل من أودع طبقاً للقانون في إحدى دول الاتحاد طلباً للحصول على براءة اختراع أو تسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة صناعية أو تجارية يتمتع هو أو خلفه فيما يختص بالإيداع في الدول الأخرى بحق أولوية خلال المواعيد المحددة فيما بعد)، وكذلك نصت عليها في المادة 5 (د) منها (لا يشترط لإقرار الحق في الحماية أن يذكر على المنتج أية إشارة أو بيان عن البراءة أو عن نموذج المنفعة أو عن تسجيل العلامة الصناعية أو التجارية أو عن إيداع الرسم أو النموذج الصناعي)، بالإضافة إلى المادة 11(1) منها (تمنح دول الاتحاد، طبقاً لتشريعها الداخلي، حماية مؤقتة للاختراعات التي يمكن أن تكون موضوعاً لبراءات، وكذلك لنماذج المنفعة والرسوم أو النماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وذلك بالنسبة للمنتجات التي تعرض في المعارض الدولية الرسمية أو المعترف بها رسمياً والتي تقام على إقليم أية دولة منها).

<sup>1</sup> - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية تم توقيعها في 20 مارس 1883، ودخلت حيز التنفيذ في 7 يونيو 1884 ولقد خضعت لعدة تعديلات تتمثل في: تعديل بروكسيل بتاريخ 14 دجنبر 1900، تعديل واشنطن بتاريخ 2 يونيو 1911، تعديل لاهاي بتاريخ 6 نونبر 1925، ولندن 1934، وتعديل لشبونة بتاريخ 31 أكتوبر 1958، تعديل استكهولم بتاريخ 14 يوليو 1967، كما خضعت للتقحيح في 2 أكتوبر 1979. يبلغ عدد الدول الأعضاء في اتفاقية باريس 177 دولة ومن بينها المغرب منذ سنة 30 يوليوز 1917.

وردت نماذج المنفعة كذلك في التصنيف الدولي للبراءات<sup>1</sup> حيث نص في المادة 1 منه على: ( تشكل الدول التي يسري عليها هذا الاتفاق اتحادا خاصا وتقر استخدام تصنيف مشترك لبراءات الاختراع، وشهادات المخترعين، ونماذج المنفعة وشهادات المنفعة، يعرف باسم " التصنيف الدولي لبراءات الاختراع " (يشار إليه فيما يلي " التصنيف " ) وكذلك في البند الأول من الفقرة الثالثة من المادة الرابعة حيث تنص على: (3/ تدرج السلطات الخاصة لدول الاتحاد الخاص: 1/ فيما تصدره من براءات اختراع وشهادات المخترعين ونماذج المنفعة وشهادات المنفعة، وفي الطلبات المتعلقة بها التي تقوم بنشرها أو التي تضعها فقط تحت تصرف الجمهور بغرض الاطلاع عليها)

كما نصت معاهدة التعاون بشأن البراءات<sup>2</sup> على نماذج المنفعة وذلك في البند 2 من المادة 2 منها ( تفسر كل إشارة إلى أي "براءة" على أنها إشارة إلى براءات الاختراع وشهادات المخترعين وشهادات المنفعة ونماذج المنفعة والبراءات أو الشهادات الإضافية وشهادات المخترعين الإضافية وشهادات المنفعة الإضافية).

أما اتفاقية التريبس<sup>3</sup> فإذا كانت تستهدف عولمة حماية حقوق الملكية الفكرية عن طريق إقرار الحد الأدنى للمعايير ومستويات الحماية تمهيدا لإرساء حماية

<sup>1</sup> - اتفاق ستراسبورج الخاص بالتصنيف الدولي لبراءات الاختراع " Classification International Des Brevet" مؤرخ في 24 مارس 1971، ودخل حيز التنفيذ سنة 1975، خضع للتعديل في سبتمبر 1979، ويجرى تعديله دوريا لتحسينه، وهو نظام هرمي لتصنيف الاختراعات، يقسم مجالات التكنولوجيا إلى أقسام، وفئات، وفئات فرعية، ومجموعات، تساعد على التعرف على الاختراعات. يبلغ مجموع الأطراف المتعاقدة في الاتفاق 62 عضو.

<sup>2</sup> - معاهدة التعاون بشأن البراءات أبرمت في واشنطن في 19 يونيو 1970، ودخلت حيز التنفيذ عام 1978 و عدلت في 28 سبتمبر 1979، وفي 3 فبراير 1984 وفي 3 أكتوبر 2001، ويبلغ عدد الدول الأطراف فيها 153 دولة من بينها المغرب منذ سنة 1999.

<sup>3</sup> - اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تعرف اختصارا باللغة الانجليزية باتفاق تريبس (TRIPS) اختصارا ل:

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights وباللغة الفرنسية ADPIC اختصارا ل: L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce،

أوسع نطاقا وأكثر شدة<sup>1</sup>، فإنها لم تتضمن أية مادة بخصوص نماذج المنفعة، وإن كانت المادة 2 (2) منها تشير إلى اتفاقية باريس وتنص على ( لا ينتقص أي من الأحكام المنصوص عليها في الأجزاء من الأول وحتى الرابع من هذه الاتفاقية من أي من الالتزامات الحالية التي قد تترتب على البلدان الأعضاء بعضها تجاه الأخرى بموجب معاهدة باريس... ) كما أن الترييس لم تنص على أية معايير دنيا لحماية نماذج المنفعة مما يترك لأعضاء منظمة التجارة العالمية حرية واسعة النطاق في وضع أنظمة قانونية لها وتنفيذها.

### الفقرة الثانية: نماذج المنفعة في التشريعات المقارنة

اعتمدت عدة بلدان نظام البراءة عن نماذج المنفعة<sup>2</sup> كنظام مكمل لبراءات الاختراع، ومنها المشرع المصري الذي أقرها في الباب الأول من الكتاب الأول من القانون رقم 82 لسنة 2002 تحت عنوان " براءات الاختراع ونماذج المنفعة " حيث تنص المادة 29 منه على: " تمنح براءة نموذج المنفعة طبقا لأحكام هذا القانون عن كل إضافة تقنية جديدة في بناء أو تكوين وسائل أو أدوات أو اعدد أو أجزائها أو منتجات أو مستحضرات أو طرق إنتاج كل ما تقدم، وغير ذلك مما يستخدم في الاستعمال الجاري... )

وهي اتفاق دولي تديره منظمة التجارة العالمية ( OMC )، وتعتبر الترييس الملحق 1/ج من اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية الموقعة في مراكش في 15 أبريل 1994، والتي دخلت حيز النفاذ في فاتح يناير 1995، تتكون اتفاقية الترييس من 73 مادة وتستهدف كما جاء في ديباجتها تحرير التجارة العالمية مع ضرورة تشجيع الحماية الفعالة والملائمة لحقوق الملكية الفكرية وضمان ألا تكون التدابير المتخذة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية في حد ذاتها حواجز أمام التجارة الدولية المشروعة، ويبلغ عدد الدول الأعضاء في اتفاقية الترييس 164 دولة.

<sup>1</sup>- أنظر الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية الترييس.

2- هناك عدد مهم من الدول التي توفر حماية نماذج المنفعة منها: أستراليا، الأرجنتين، بيلاروس، بلجيكا، البرازيل، بلغاريا، الصين، كولومبيا، كوستاريكا، الجمهورية التشيكية، دانمارك، إستونيا، إثيوبيا، فنلندا، فرنسا، جورجيا، ألمانيا، اليونان، غواتيمالا، هنغاريا، أيرلندا، إيطاليا، اليابان، كازاخستان، كينيا، قرغيزستان، ماليزيا، المكسيك، هولندا، المنظمة الأفريقية للملكية الفكرية، بيرو، الفلبين، بولندا، البرتغال، جمهورية كوريا، جمهورية مولدوفا، الاتحاد الروسي، سلوفاكيا، إسبانيا، طاجيكستان، ترينيداد، توباغو، تركيا، أوكرانيا، أوروغواي، أوزبكستان، وذلك بغية دعم المبتكرين المحليين وكذلك الشركات الصغيرة والمتوسطة. أنظر موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

أما المشرع السوري فلقد نص على نماذج المنفعة في الباب الثاني من القانون رقم 18 لسنة 2012 المتعلق بمنح براءات الاختراع وتسجيلها ونشرها والحقوق الناشئة عن تسجيلها حيث أفرد لها ثلاث فصول<sup>1</sup> في المواد من 47 إلى 53، ولقد عرفها في المادة 1/47 كما يلي: ( تمنح براءة نموذج المنفعة طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع جديد قابل للتطبيق الصناعي ولكنه لا ينتج عن نشاط ابتكاري كاف لمنح براءة اختراع عنه وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط المطلوب توفرها للمنح.)

أما المشرع البحريني فلقد نص على نماذج المنفعة في الباب الثاني من قانون براءات الاختراع ونماذج المنفعة رقم 1 لسنة 2004 حيث نص في المادة 30 منه على: (تمنح براءة نموذج المنفعة طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل إضافة فنية جديدة في الشكل أو التكوين لوسائل أو أدوات أو معدات أو أجزائها أو منتجات أو مستحضرات أو طرق إنتاج كل ما تقدم، وغير ذلك مما يستخدم في المجال التجاري...)

كما نص عليها المشرع الكويتي وذلك في الفصل السادس من القانون رقم (4) لسنة 1962 في شأن براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والدوائر المتكاملة المعدل بموجب قانون رقم (4) لسنة 1999 وذلك في المادة 34 مكرر بقوله (تمنح براءة نموذج منفعة لكل من يتقدم بطلب يتضمن حلاً فنياً جديداً في الشكل أو التكوين لمعدات أو وسائل أو أدوات أو أجزائها وغيرها مما يستخدم في الاستعمال التجاري .)

---

1- خصص الفصل الأول لنماذج المنفعة والفصل الثاني للتعدي على براءة الاختراع ونموذج المنفعة (العقوبات) وخصص الفصل الثالث لحق الأولوية.

أما المشرع الفرنسي<sup>1</sup> فلقد اعتبر أن أي اختراع يمكن أن يكون سندا للملكية الصناعية الصادرة عن مدير المعهد الوطني للملكية الصناعية التي تعطي حاملها أو خلفه الحق الحصري للاستغلال ولقد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 1-611 L

« Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation. »

كما نص في المادة 2-611 L على أن سندات الملكية الصناعية لحماية الاختراعات هي :

1/ براءات الاختراع الممنوحة لمدة عشرين سنة من تاريخ إيداع الطلب .

2/ شهادات المنفعة الممنوحة لمدة ست سنوات من تاريخ إيداع الطلب

L611-2 "Les titres de propriété industrielle protégeant les inventions sont :

1° Les brevets d'invention، délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande ;

2° Les certificats d'utilité، délivrés pour une durée de six ans à compter du jour du dépôt de la demande ;"

### المطلب الثاني: تعريف نماذج المنفعة وتمييزها عن براءة الاختراع

يعتبر نموذج المنفعة حق ملكية فكرية لحماية الابتكارات المرتبطة بالمجال الصناعي لمدة مؤقتة تختلف باختلاف التشريعات المقارنة (الفقرة الأولى)، وإذا كانت نماذج المنفعة تتشابه مع براءة الاختراع في الكثير من الجوانب، فإنها تختلف عنها كذلك في العديد من النواحي (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> - Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 1 juin 2019)

## الفقرة الأولى: تعريف نماذج المنفعة ومدة حمايتها

تطلق على نموذج المنفعة *certificat d'utilité* عدة تسميات من قبيل " براءة صغيرة" أو "براءة الابتكار"، ومن خلال استقراء النصوص القانونية أعلاه يمكن تعريف نموذج المنفعة بأنه نوع من الحقوق التي يحمي بموجبها القانون وسيلة تقنية لا تصل إلى حد الاختراع، وتمنح لصاحبه حقاً استثنائياً بشأن الاختراع يعطيه الحق في منع الغير من الانتفاع بالاختراع المحمي لأغراض تجارية دون تصريح منه خلال فترة زمنية محددة، وتمثل نماذج المنفعة في الواقع الابتكارات الفنية في المجال الصناعي بمعناه الواسع والتي تستخدم في الاستعمال اليومي الجاري، والهدف من منح براءة عن نماذج المنفعة هو تشجيع الابتكار والخلق في المجالات العادية للاستعمال الفني واليومي المتعدد، والتي لا تتطلب في ابتكارها واختراعها درجة عالية من المعرفة التكنولوجية الرفيعة المستوى ويكون لها فائدة عملية كبيرة لاستخدامها في مجال الحياة اليومية<sup>1</sup>، ويعتبر نظام نماذج المنفعة خياراً لحماية الاختراعات الصغيرة التي لا ترتقي لاستيفاء الشروط الصارمة الواجب توفرها في الاختراع ليكون قابلاً للحماية بواسطة البراءة، ذلك أن الشروط المتطلبة لحماية الاختراع ببراءة نموذج منفعة أقل صرامة من تلك المتطلبة في البراءات وخاصة فيما يتعلق بالنشاط الابتكاري.

أما مدة حماية نماذج المنفعة فهي تختلف من دولة إلى أخرى وتتراوح عموماً ما بين ست سنوات وعشر سنوات حيث تصل في التشريع السوري إلى عشر سنوات من تاريخ تقديم الطلب غير قابلة للتجديد<sup>2</sup>، ويوافق في ذلك المشرع

1- د: سميحة القليوبي، " الملكية الصناعية (براءات الاختراع - الرسوم والنماذج الصناعية- العلامات التجارية والصناعية - الاسم والعنوان التجاري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1998، ص: 236.

2- تنص المادة 48 من القانون السوري رقم 18 لسنة 2012 على: (مدة حماية نموذج المنفعة عشر سنوات غير قابلة للتجديد تبدأ من تاريخ تقديم طلب براءة نموذج المنفعة إلى مديرية الحماية في الجمهورية العربية السورية .)

البحريني<sup>1</sup> وفي التشريع المصري تصل إلى سبع سنوات من تاريخ تقديم الطلب غير قابلة للتجديد<sup>2</sup>، ويوافق في ذلك المشرع الكويتي<sup>3</sup>، أما مدة حمايتها في التشريع الفرنسي فتصل إلى ست سنوات فقط من تاريخ تقديم الطلب<sup>4</sup>.

### الفقرة الثانية: أوجه الاختلاف بين نظام البراءات و نماذج المنفعة.

تتشابه نماذج المنفعة إلى حد ما مع براءات الاختراع فالحقوق المترتبة عنها هي نفس حقوق مالك براءة الاختراع، وخطوات الحصول على شهادة المنفعة هي نفسها للحصول على براءة الاختراع، إلا أن هناك عدة فوارق بينهما نعرضها كما يلي<sup>5</sup> :

- إذا كانت حماية الاختراع بالبراءة تتطلب توفره على الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 22 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية وهي الجدة والنشاط الإبداعي والقابلية للتطبيق الصناعي<sup>6</sup>، فإن الشروط الموضوعية لاكتساب نموذج المنفعة أقل صرامة من شروط الحصول على البراءة حيث ينبغي استيفاء شرط "الجدة"<sup>7</sup>، دون استيفاء

1- تنص المادة مادة (32) من القانون البحريني رقم 1 لسنة 2004 على: ( تكون مدة حماية براءة نموذج المنفعة عشر سنوات تبدأ من تاريخ تقديم طلب الحصول على البراءة في مملكة البحرين )

2- تنص المادة 30 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 على: ( مدة حماية نموذج المنفعة سبع سنوات غير قابلة للتجديد تبدأ من تاريخ تقديم طلب براءة نموذج المنفعة إلى مكتب براءات الاختراع في جمهورية مصر العربية )

3- تنص المادة 34 مكرر (أ) من القانون الكويتي على: (مدة حماية نموذج المنفعة سبع سنوات غير قابلة للتجديد تبدأ من تاريخ تقديم الطلب، وعلى إدارة براءة الاختراع والعلامات التجارية النشر عن طلبات نماذج المنفعة خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب .)

4- L611-2 ...2° Les certificats d'utilité, délivrés pour une durée de six ans à compter du jour du dépôt de la demande ;"

5- دورة تكوينية متقدمة عن البراءات DL-301، بأكاديمية الويبو للتعليم عن بعد، الوحدة الرابعة " أنواع الحماية" تاريخ الدورة : من 1 ماي إلى 22 يوليو 2013، ص:10.

6- - تنص المادة 22 على: " يعتبر قابلا لاستصدار البراءة في جميع الميادين التكنولوجية كل اختراع جديد يستلزم نشاطا إبداعيا، ويكو قابلا للتطبيق الصناعي." وهو نفس ما نصت عليه المادة (1/27) من اتفاقية جوانب الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة ( الترييس)

7- تنص المادة 26 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية على: ( يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن داخلا ضمن حالة التقنيّة الصناعيّة

شرط "النشاط الابتكاري" أو شرط "عدم البداهة"، ولقد حددت المادة 28 من القانون المغربي رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية كما جرى تعديلها سنة 2014 المقصود بالنشاط الابتكاري حيث نصت على أنه: " يكتسي الاختراع نشاطا ابتكاريا إذا لم يكن في نظر رجل المهنة ناتجا بصورة بديهية عن حالة التقنية." وعلى صعيد الممارسة العملية، كثيرا ما تطلب حماية نماذج المنفعة للابتكارات التي تعتبر من التحسينات والتي قد لا تستوفي معايير أهلية الحماية بموجب البراءة.

- مدة حماية نماذج المنفعة أقصر من مدة حماية البراءات وتختلف من بلد إلى آخر ما بين 7 و 10 سنوات عموما دون إمكانية التمديد أو التجديد<sup>1</sup>، أما مدة الحماية بموجب براءة الاختراع فتصل إلى 20 سنة من تاريخ تقديم الطلب كحد أدنى بموجب المادة 33 من اتفاقية التريبس، وهي نفس المدة التي أرساها المشرع المغربي بمقتضى المادة 17 من القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية<sup>2</sup>.

- متطلبات الحصول على حماية نموذج منفعة أقل تعقيداً بكثير من براءة الاختراع بحيث لا تتولى مكاتب البراءات في معظم البلدان التي توفر الحماية لنماذج المنفعة فحص الطلبات من حيث المضمون قبل تسجيلها، وهو ما يعني أن

---

تقوم حالة التقنية على كل ما أصبح في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أي وسيلة أخرى، قبل تاريخ إيداع طلب البراءة بالمغرب أو طلب براءة تم إيداعه بالخارج وتمت المطالبة بالأولية في شأنه (بوجه صحيح...)، أي يكون الاختراع جديدا إذا كان غير مسبق بالمقارنة مع ما هو قائم من التقنيات المعروفة في أي مجال من المجالات هذا من جهة، ومن جهة أخرى ألا يتم الكشف عنه قبل إيداع طلب البراءة عنه بأية وسيلة كانت من شأنها أن تجعله في متناول الجمهور. للمزيد من الاطلاع أنظر: د. فواد معلال "الملكية الصناعية دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية" الجزء الأول "الحقوق التي ترد على المبتكرات" دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2019، ص: 103 وما يليها.

<sup>1</sup>- أنظر المادة 48 من القانون السوري رقم 18 لسنة 2012 المتعلق بمنح براءات الاختراع وتسجيلها ونشرها والحقوق الناشئة عن تسجيلها، والمادة 30 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 والمادة 2° L611-2... من القانون الفرنسي (version consolidée au 1 juin 2019)

<sup>2</sup>- تنص المادة 17 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية على: (سند الملكية الصناعية الذي يحمي الاختراعات هو براءة الاختراع المسلمة لمدة حماية تستغرق عشرين سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب).

عملية التسجيل تكون أبسط بكثير وأسرع ويستغرق متوسط المدة ستة أشهر، عكس نظام براءات الاختراع الذي تتبناه معظم التشريعات ومنها التشريع المغربي بمقتضى تعديل سنة 2014<sup>1</sup> والذي يتجلى في نظام الفحص السابق أي فحص طلب البراءة من الناحية الموضوعية والشكلية من طرف الإدارة المختصة وهي المكتب المغربي لحماية الملكية الصناعية والتجارية الذي يتواجد مقره بالدار البيضاء، وذلك وفق ما نصت عليه المواد من 43 إلى 2.43، لمعرفة مدى توفر الاختراع على جميع المقومات الموضوعية من جدة ونشاط ابتكاري والقابلية للتطبيق الصناعي، وكذا استيفاء جميع إجراءات تقديم الطلب من الناحية الشكلية الشيء الذي يبرر تأخير البث في طلبات البراءة لما يستلزمه هذا النظام من وقت طويل في إجراء التجارب العملية ودراسة الاختراع دراسة موضوعية لتقرير منح البراءة أو عدم منحها، ومن جهة أخرى فإن هذا النظام يعطي قيمة قانونية للبراءة تمكن الغير من الاعتماد على فحص الإدارة في مدى صلاحيتها واستغلالها<sup>2</sup>.

- يعتبر الحصول على نماذج المنفعة والمحافظة عليها أرخص بكثير مقارنة مع الرسوم المقررة لبراءات الاختراع وهذا ما يفسر سقوط البراءة بسبب عدم دفع الأقساط السنوية في كثير من الحالات.

- في بعض البلدان، يمكن الحصول على حماية نماذج المنفعة فقط في

مجالات تقنية محددة ومعينة وبالنسبة إلى المنتجات فقط دون طرائق الصنع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قبل تعديل قانون الملكية الصناعية رقم 17/97 بموجب القانون رقم 23.13 لسنة 2014 كان نظام براءات الاختراع بالمغرب نظاما تسجيليا حيث نصت المادة 47 منه على: ( تسلم البراءات التي لم يرفض طلبها دون فحص سابق لها، مع تحميل الطالبين تبعات ذلك ومن غير أي ضمان سواء فيما يتعلق بحقيقة الاختراع أو بأمانة الوصف أو دقته أو بقيمة الاختراع)، وهذا يعني أن الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية كانت تتأكد من مدى انضباط طلب البراءة من الناحية الشكلية فقط دون أن تفحص الاختراع من حيث توفره على الشروط الموضوعية لمنح البراءة.

<sup>2</sup> - د. سميحة القليوبي " الملكية الصناعية، براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلاقات التجارية والصناعية والاسم والعنوان التجاري"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1998، ص: 110

<sup>3</sup> - أنظر موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية

- تناسب نماذج المنفعة بشكل خاص الشركات الصغيرة والمتوسطة التي تأتي بتحسينات وتكيفات "طفيفة" للمنتجات الموجودة، وتستعمل نماذج المنفعة أساسا في الابتكارات الميكانيكية.

- من الممكن في بعض الظروف تحويل نموذج المنفعة إلى براءة كما يحق لطالب براءة الاختراع تحويل طلبه إلى طلب براءة لنموذج منفعة ويرتد القيد في الحالتين إلى تاريخ الطلب الأصلي كما يمكن لمكتب براءات الاختراع من تلقاء نفسه تحويل براءة نموذج المنفعة إلى طلب براءة الاختراع متى توفرت شروطه<sup>1</sup>.

- يعتبر نظام تسجيل نماذج المنفعة أكثر ملاءمة من نظام البراءات لحماية المنتج الذي يتمتع بدورة حياة قصيرة.

انطلاقا مما سبق يتبين أن الحصول على براءة نموذج المنفعة يكون أسهل، وأسرع، وأقل كلفة، ولمدة حماية أقل من البراءة.

**المبحث الثاني: أهمية نماذج المنفعة في التنمية الاقتصادية للمغرب والمؤشرات الدالة على ضرورة تبني هذا النظام.**

تلعب الأصول غير المادية عموما دورا رئيسيا في التنمية الاقتصادية وخلق الثروة، ذلك انه في سياق الاقتصاد القائم على المعرفة والبحث العلمي والتطوير أصبحت الابتكارات والاختراعات تؤثر على التنمية الاقتصادية تأثيرا مباشرا، فهي من جهة تعتبر أداة للتحفيز على الخلق والتطوير التكنولوجي لأن الحقوق الاستثنائية المؤقتة التي تمنحها براءة الاختراع أو براءة نموذج المنفعة للمخترعين باستغلال اختراعاتهم تحفزهم على مواصلة الخلق والإبداع، كما أن

1- أنظر المادة 29 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 1/47 من القانون السوري رقم 18 لسنة 2012 المتعلق بمنح براءات الاختراع وتسجيلها ونشرها والحقوق الناشئة عن تسجيلها، وكذلك المادة 30 من قانون براءات الاختراع ونماذج المنفعة البحريني رقم 1 لسنة 2004.

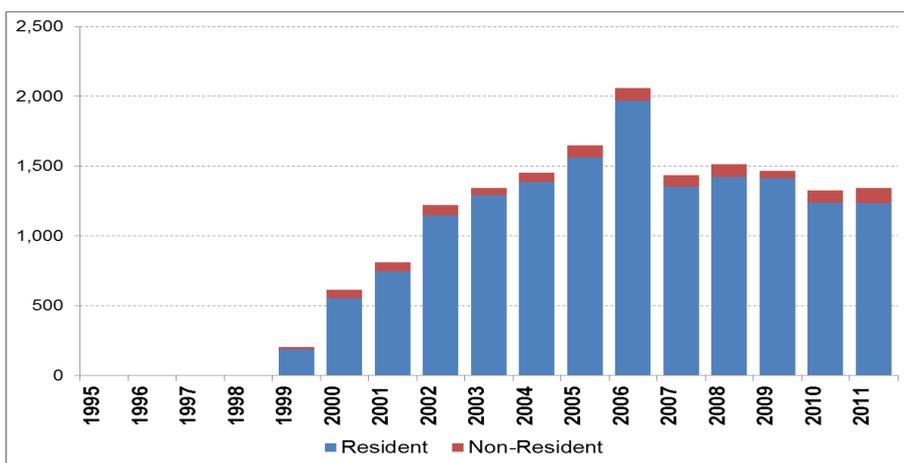
تبني المشروعات الإنتاجية لنظام براءة الاختراع ونماذج المنفعة ضمن إستراتيجيتها التنموية يساهم في تحسين قدرتها التنافسية وعلى كسب أسواق جديدة (المطلب الأول)، لكن في ظل تشديد نظام فحص طلبات البراءة باعتماد نظام الفحص السابق هل يمكن اعتماد نظام نماذج المنفعة بالمغرب كخيار مكمل لنظام البراءات؟ وإن كان كذلك فما هي المؤشرات الدالة على ذلك؟ (المطلب الثاني)

**المطلب الأول: دور نماذج المنفعة في تحفيز المبتكرين المحليين وأداء الشركات في المغرب " التايلند نموذجا"**

تعتبر التايلند من الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، لذلك قامت سنة 1999 بتعديل قوانينها في مجال الملكية الفكرية لتساير أحكام اتفاقية التريبس، ورغم أن التريبس لم تفرض على الدول الأعضاء اعتماد حماية نموذج المنفعة إلا أن التايلند أرست هذه الحماية، ويقتضي تشريعها أن تكون الاختراعات المحمية بموجبها جديدة وقابلة للتطبيق الصناعي، ولا تخضع الطلبات الخاصة بها للفحص الموضوعي. فهل كانت تطمح التايلند إلى دعم الابتكار المحلي؟ وهل ساهم ذلك في دعم أداء الشركات الصغرى والمتوسطة؟

## الفقرة الأولى: دور نماذج المنفعة في دعم المبتكرين المحليين

طلبات نماذج المنفعة ( المباشرة وبناء على معاهدة التعاون بشأن البراءات)<sup>1</sup>



يبين الشكل البياني أعلاه الإيداعات الخاصة بنماذج المنفعة بحسب المقيمين وغير المقيمين، وانطلاقاً منه يتبين أن أغلب الطلبات الخاصة بنماذج المنفعة تعود إلى المقيمين في التايلند، ومن ثم يمكن القول أنها استقطبت المخترعين المحليين حيث يتضح أن التايلند منذ أن اعتمدت حماية نماذج المنفعة في عام 1999، تطور عدد إيداعات نماذج المنفعة سريعاً بحيث ارتفع من 200 طلب ليصل إلى أكثر من 2000 طلب سنة 2006 وتقدر نسبة النمو بـ 27.4% في كل عام، واستمر هذا النمو إلى غاية 2007 حيث سجل انخفاضاً، إلا أن هذا التراجع لم يقتصر على نماذج المنفعة بحيث انخفضت أيضاً إيداعات المقيمين الخاصة بالبراءات والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية في نفس الفترة،

<sup>1</sup> - المصدر، قاعدة بيانات الويبو الاحصائية، علم 2013.

والجدير بالذكر أن أكثر الطلبات المودعة تعود إلى الأفراد الطبيعيين كما يوضح ذلك الجدول التالي<sup>1</sup>

**\* عدد التسجيلات بحسب نوع المودع**

نوع المودع	المجموع	النسبة المئوية
الأشخاص الطبيعيين	3 950	7,52
الشركات	1 895	3,25
الجامعات	696	3,9
مكتب لجنة التعليم المهني	528	0,7
الوكالة الحكومية	238	2,3
الوكالة الوطنية للتنمية العلمية والتكنولوجية	191	6,2
<b>المجموع</b>	<b>7 498</b>	<b>100 بالمائة</b>

**الفقرة الثانية: دور نماذج المنفعة في تطوير أداء الشركات**

سبق القول أن نماذج المنفعة هي أحد صور الملكية الصناعية عموماً، ولا يجادل احد في الدور الهام والريادي الذي أصبحت تلعبه هذه الحقوق في تحقيق التنمية الاقتصادية لارتباط هذه التنمية بقدرة البلد على الإبداع والابتكار، فحقوق الملكية الصناعية عموماً وضمنها براءة نماذج المنفعة أدوات إستراتيجية تمكن المقاولات وبالخصوص الصغرى والمتوسطة من تحويل أفكارها الإبتكارية والإبداعية إلى منتجات تنافسية مبتكرة، وعندما يتم تسويقها تجني هذه المقاولات

<sup>1</sup> - المنظمة العالمية للملكية الفكرية، " ملخص الدراسة عن استخدام نماذج المنفعة في تايلند"، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، الدورة الثانية عشرة، جنيف، من 18 إلى 21 نوفمبر 2013، ص: 03.

ثمار إبداعها فيزداد هامش ربحها بشكل كبير مما يزيد من مساهمتها في الناتج الداخلي الإجمالي ويدفع عجلة التنمية الاقتصادية .

نماذج المنفعة تلعب دورا فعالا في دعم أداء الشركات الصغيرة والمتوسطة لأنها تتيح لها فرصا عديدة لإجراء تحسينات مهمة على المنتجات الموجودة، وبما أن هذه التحسينات لا تكون مبتكرة بما يكفي لتعتبر مؤهلة للحماية بموجب براءة الاختراع نظرا لتوفرها على عنصري الجودة والقابلية للتطبيق الصناعي ولكنها لا تتوفر على عنصر النشاط الابتكاري، ففي هذه الحالة تعتبر نماذج المنفعة بديلا جيدا للحماية إذا كانت هذه الأداة القانونية متاحة في البلد الذي توجد فيه هذه المقاولات، كما أن تكلفة حماية هذه المبتكرات أقل بكثير من براءة الاختراع، مما يساهم في رفع إنتاجيتها، وتخفيض تكاليفها وتعزيز قدرتها التنافسية ومكانتها في السوق<sup>1</sup>.

يتم رصد العلاقة بين طلبات حماية نماذج المنفعة وبين أداء الشركات من خلال مقارنة المؤشرات الثلاثة لأداء الشركات المالي (صافي المبيعات - صافي الأرباح - نسبة المبيعات إلى التكلفة) وذلك قبل طلبها حماية نماذج المنفعة وبعده، وعموما فالشركات التي تستخدم نماذج المنفعة تعرف بعد طلب نموذج المنفعة أداء أحسن في مؤشراتها المالية الثلاثة، وفي دراسة حول استخدام نماذج المنفعة في التايلاند أجريت في سياق مشروع الملكية الفكرية والتنمية الاجتماعية والاقتصادية<sup>2</sup> سجلت الشركة التايلاندية المتوسطة بعد خمس سنوات من طلبها حماية نموذج المنفعة مبيعات قدرها ستة أضعاف ما سجلته خلال السنوات الخمس السابقة

<sup>1</sup> - للمزيد من الاطلاع حول دور الاقتصادي للملكية الصناعية أنظر د:فواد معلال " الملكية الصناعية دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية" الجزء الأول، م، س، ص: من 32 إلى 36، وكذلك الصفحات من 87 إلى 89.

<sup>2</sup> - اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، الدورة الرابعة عشرة، جنيف من 10 إلى 14 نوفمبر 2014 " ملخص الدراسة عن وقع نماذج المنفعة في تايلند، من إعداد الأمانة العامة للويبو، ص: 3

للطلب، (بارتفاع من بليون بات إلى ستة بلايين بات أي ما يعادل تقريباً زيادة من 32.2 مليون دولار أمريكي إلى 96 مليون دولار أمريكي)، وازداد صافي أرباحها من 20 مليون بات إلى 350 مليون بات (نحو 643 500 دولار أمريكي و11.3 مليون دولار أمريكي على التوالي)، كما ازدادت نسبة المبيعات إلى التكلفة للشركة المتوسطة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: المؤشرات الدالة على ضرورة اعتماد المشرع المغربي لنظام نماذج المنفعة

من خلال الاشتغال على التقارير السنوية للمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية من سنة 2011 إلى سنة 2016 يمكن استنباط عدة مؤشرات لدعوة المشرع المغربي لتبني نظام براءة نماذج المنفعة كنظام مكمل لنظام البراءات، يستند بعضها على تقييم طلبات البراءة المودعة من خلال تقرير البحث والرأي المكتوب حول قابلية الحماية وذلك من سنة 2011 إلى سنة 2016 (الفقرة الأولى)، ويستند البعض الآخر على الأقساط السنوية (الفقرة الثانية).

---

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص: 3

## الفقرة الأولى: تقييم طلبات البراءة المودعة من خلال تقرير البحث والرأي حول قابلية الحماية من سنة 2011 إلى سنة 2016 م<sup>1</sup>

من خلال تحليل وتقييم الوضعية الحالية لطلبات براءات الاختراع من أصل مغربي المودعة بالمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بالاعتماد على تقارير البحث والرأي حول قابلية منح البراءة<sup>2</sup> خلال الست سنوات الأخيرة ( من 2011 إلى 2016 ) يتبين أنه:

- في سنة 2011، % 58 من الطلبات من أصل مغربي لم تستجب للمعايير المتطلبة لمنح البراءة في حين أن % 42 هي التي تتوفر فيها معيار الجودة والنشاط الابتكاري.

- في سنة 2012، ارتفعت نسبة طلبات البراءة من أصل مغربي التي لم تتوفر على معايير الحماية بالبراءة إلى % 68 أمام % 32 فقط التي تتوفر فيها معيار الجودة والنشاط الابتكاري.

- في سنة 2013، استمرت نسبة طلبات البراءة من أصل مغربي التي لم تستجب لمعايير الحماية بالبراءة في الارتفاع حيث وصلت إلى % 77 ، أمام % 26 فقط التي تستجيب لمعيار الجودة والنشاط الابتكاري.

---

<sup>1</sup> - الجدول من إعداد الدكتورة حنان الصرصري بالاعتماد على التقارير السنوية للمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية لسنة 2011 و 2012 و 2013 و 2014 و 2015 و 2016 على الموقع الإلكتروني للمكتب [www.ompic.org.ma](http://www.ompic.org.ma)

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أن تقييم جودة هذه الطلبات يتم اعتمادا على معايير قابلية استصدار براءة الاختراع أي مدى توفر الاختراع على الشروط المنصوص عليها في المادة 22 من القانون رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية وهي الجودة والنشاط الإبداعي والقابلية للتطبيق الصناعي.

- في سنة 2014، قفزت نسبة طلبات البراءة من أصل مغربي التي لا تتوفر على المعايير المتطلبة لحماية الاختراع بالبراءة إلى 82.9% أمام 17.1% فقط التي تستجيب لمعيار الجودة والنشاط الابتكاري.

- في سنة 2015، 77% من طلبات البراءة من أصل مغربي لا تتوفر فيها معايير الحماية بالبراءة في حين أن 23% هي التي تتوفر على شرط الجودة والنشاط الابتكاري.

- في سنة 2016 أسفر تقييم طلبات براءات الاختراع من أصل مغربي على أن 62% من طلبات البراءة من أصل مغربي لا تتوفر فيها معايير الحماية بالبراءة في حين أن 38% هي التي تتميز بتقديمها للجديد وبطابعها الابتكاري أي غير بديهية، وما يثير الانتباه هو التحسن الملموس في جودة طلبات الحصول على براءات الاختراع ذلك أن نسبة هذه الطلبات ارتفعت نسبيا (38%) مقارنة مع سنة 2015 حيث وصلت إلى (23%) وكذلك سنة 2014 إذ بلغت 17% فقط والجدير بالذكر أن سنة 2016 تميزت بتسليم براءات الاختراع ويعود هذا التحسن إلى دورات الإعلام والتكوين التي ينظمها المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية وكذلك دور مراكز دعم التكنولوجيا والابتكار (TISC) في مواكبة ومساعدة المودعين.

الجدير بالذكر أن التشريع المغربي رقم 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 23.13 لسنة 2014 اتجه إلى عدم قبول الطلبات التي لا تستجيب للمعايير المتطلبة لمنح البراءة (الجدة، والنشاط الابتكاري، والقابلية للتطبيق الصناعي)، ومن تم فأكثر من نصف الطلبات لا تقبل.

### الفقرة الثانية : الأقساط السنوية.

خلصت الدراسات الدولية أن 50% من البراءات يتم التخلي عنها قبل 8 سنوات، و 25 % فقط يتم الاحتفاظ بها إلى ما بعد 13 سنة، و 5% فقط تستمر حتى 20 سنة، وهذا التحليل ينسحب كذلك على البراءات المغربية حيث انه مثلا في سنة 2011، 450 طلب براءة من أصل 869 طلب ثم إسقاطهم بسبب عدم دفع الأقساط السنوية، ووفقا للإحصائيات المتعلقة بسنة 2012 و 2013 فإن معظم البراءات المغربية قد تم إسقاطها بعد 8 سنوات بسبب عدم دفع الأقساط السنوية، أما في سنة 2016 فلقد تم إسقاط 990 حق عن البراءة بسبب عدم دفع الأقساط السنوية في الآجال المحددة في مقابل إسقاط 1352 حق سنة 2015 وتشير الاحصائيات إلى أن متوسط عمر براءات الاختراع وصلت في سنة 2016 إلى 9 سنوات ومن تم تبرز ضرورة وضع نظام حماية جديد يتكيف مع الابتكارات المغربية ألا وهو " نماذج المنفعة "

### خاتمة وتوصيات

تأسيسا على ما سبق، نخلص إلى أنه في المراحل الأولى للتنمية الاقتصادية تعتبر نماذج المنفعة الأداة القانونية الأكثر ملاءمة لحماية الابتكارات التي لا تستوفي الشروط الموضوعية لاستصدار البراءة عنها، كما انه بتشريع هذه الأداة في مجال الملكية الصناعية قد يألف المخترعون المحليون نظام الملكية الفكرية عموما ويتشجعون على استخدام مختلف صورها في المستقبل القريب، لذلك نطالب المشرع المغربي بتبني نظام نماذج المنفعة كأداة مكملة لنظام البراءات إن لم نقل بديلة له، وذلك بالنظر لمزاياه القانونية والاقتصادية، وفي هذا السياق نقدم التوصيات التالية:

- يتعين تشريع إطار قانوني لحماية نماذج المنفعة متطور وموافق للمعايير الدولية ومراسيم تطبيقية اقتداء ببعض التشريعات المقارنة كفرنسا وألمانيا...
- لا بد من ربط علاقات تعاونية مع المكاتب المختصة في الملكية الفكرية لتبادل المعلومات التقنية والقانونية، والتمكن من متابعة التطورات القانونية والتقنية لنماذج المنفعة " تقاسم المعرفة"
- التنسيق القانوني مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية
- الاطلاع المستمر على المستجدات العالمية في مجال نماذج المنفعة.
- إعداد دليل خاص بنماذج المنفعة من طرف المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية يشرح بشكل مفصل كل ما يتعلق بمضمونها، وإعداد مطويات للتعريف بها.
- وضع قاعدة معطيات خاصة بنماذج المنفعة على موقع المكتب المغربي لنشر كل ما يتعلق بها.
- إعداد دروس وأيام دراسية بالأكاديمية المغربية للملكية الفكرية بحضور الفاعلين في مجال الملكية الصناعية.
- خضوع موظفي المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية للتكوين لتقوية قدراتهم ومهاراتهم المهنية وخصوصا المتفحصين.
- إعداد تكوينات مستمرة بالتعاون مع مكاتب الملكية الصناعية التي تتبنى نماذج المنفعة.
- تنظيم أيام تحسيسية وإخبارية للتعريف بالنظام الجديد للحماية وتوجهاته وإطاره القانوني ومزاياه.

## السياسات التنموية بالمغرب رهان الارتقاء الاجتماعي والديمقراطي

د. محمد مهداوي  
دكتور في القانون العام والعلوم السياسية

### مقدمة

يمر المجتمع المغربي المعاصر بمرحلة انتقالية دقيقة جعل المهتمين ومختلف الفاعلين يصطلحون على تسميتها بمرحلة الانتقال الى المجتمع الديمقراطي المنفتح على قيم ومعايير الحداثة، اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا وديمقراطيا وحتى ثقافيا. وقد تم ذلك المرور اثر التحولات العميقة الداخلية التي تشهدها بنياته المؤسساتية ونظامه السياسي، والديناميكية التي أصبحت تعرفها احزابه السياسية، والادوار التي يضطلع بها المجتمع المدني.

ولعل أبرز مؤشرات هذه المرحلة الانتقالية ميلاد دستور 2011 كوثيقة جعلت المغاربة يحلمون بغد أفضل، ويترقبون احداث تغييرات جذرية على كافة الاصعدة، وبالتالي تحقيق تنمية شاملة تنطوي عموما في أبلغ صورها على احداث نوع من التغيير في المجتمع، بالطبع هذا التغيير من الممكن أن يكون ماديا يسعى الى رفع المستوى الاقتصادي والتكنولوجي لذات المجتمع، وقد يكون معنويا يستهدف تغيير اتجاهات الناس وتقاليدهم وميولهم، وبالتالي لا يمكن أن نجزم بوجود نموذج تنموي واحد للتنمية المحلية منها أو الوطنية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- زهير لخيار، نحو بناء سياسة عمومية تشاركية: في تغيير منهجية التفكير التنموي، الناشر، جامعة الحسن الاول، سطات، الطبعة الاولى، 2014، ص.11.

لقد شكل مفهوم التنمية أهمية بالغة لدى جميع دول العالم خلال القرن العشرين، إذ أطلق عليها ما يسمى بـ "عملية التنمية"، وهو مفهوم واسع يشمل عملية تأسيس نظم اقتصادية وسياسية متماسكة، ونجد أن مفهوم التنمية ارتبط ارتباطا وثيقا بعلم الاقتصاد الذي يسعى إلى التحسين المتزايد في نوعية الحياة لكل الأفراد، وضمان العيش الكريم، لينتقل بعدها هذا المفهوم إلى حقل السياسة منذ الستينيات، حيث ظهر كحقل منفرد يهتم بتطوير البلدان السائرة في النمو غير الأوروبية تجاه الديمقراطية، وتعرف التنمية السياسية: "بأنها عملية تغيير اجتماعي متعدد الجوانب، غايته الوصول إلى مستوى الدول الصناعية"<sup>1</sup>.

لقد عرف مصطلح التنمية بعد الحرب العالمية الثانية انتشارا مهما بين الاقتصاديين والاجتماعيين الذين قسموا دول العالم من حيث بنيتها الاقتصادية وما وصل إليه التطور، من حيث مستوى الحياة الاجتماعية والمعيشية إلى دول متخلفة وأخرى نامية ومتقدمة، ودول تحت التنمية أوفي سبيلها الى التقدم<sup>2</sup>.

من المميزات التي تتميز بها السياسة التنموية بالمغرب هي أنها ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية وبيئية، فهذه الأبعاد هي نفسها التي يركز عليها مسلسل الارتقاء الاجتماعي والديمقراطي الذي ينشده المواطن المغربي، ومن هذا المنطلق فإن النموذج التنموي المغربي يجب أن يكون نتاجا للهندسة الوطنية وأن يتوافق مع الشخصية المغربية ومع التطلعات المشروعة للشعب. ويتطلب ذلك أيضا إيلاء الأهمية القصوى من طرف الجهات المسؤولة للسهر على التنفيذ المعقلن في زمنه الأصلي بكل روح المواطنة.

<sup>1</sup> - بلحاج حفظ الله: السياسة الجهوية وهران التنمية المحلية بالمغرب، دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الأول، كلية الحقوق، سطات، السنة الجامعية 2009-2010، ص.27.

<sup>2</sup> - عبد العالي القرشي: المبادر الوطنية للتنمية البشرية بالمغرب، أي حكام؟ " فاس نموذج، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة الحسن الأول كلية الحقوق، سطات، الموسم الجامعي 2011-2012، ص.80.

ان الاستثمار في الجوانب المادية للتنمية البشرية والمستدامة يشكل المنطلق الحقيقي لبناء مغرب الغد، باعتبار أن التنمية حسب تعريف هيئة الأمم المتحدة هي النمو مع التغيير الذي يهدف الى التغيير الاجتماعي والثقافي والاقتصادي وهو تغيير كمي وكيفي، ولم يعد من الضروري أن نتكلم عن تنمية اقتصادية وتنمية اجتماعية لأن التنمية بوصفها متميزة عن النمو، يجب أن تشمل الناحيتين معا بشكل تلقائي، فالمشكلة في رأي الأمم المتحدة ليست النمو الاقتصادي، وليست هي الزيادة المادية فحسب بل أن يتبع ذلك نمو خلقي ومعنوي ومهني، أي نمو اجتماعي<sup>1</sup>.

لقد أصبحت التنمية اليوم من أولويات الدولة في جميع برامجها، وهذا ما عرفه دستور سنة 2011 بحيث كرس التنمية ضمن فصوله، لإعتبار أن التنمية في عصرنا الحالي، وفي حياتنا اليومية أصبحت قاطرة نحو تلبية حاجيات الأفراد، بحيث لا يمكن الانتقال من وضع سائد، وإحداث خلخلة داخل المجتمع وتطويره وتقديمه بدون إعطاء الأهمية البالغة للتنمية التي تساعد على النمو الاقتصادي والاجتماعي والثقافي...، فالمغرب اليوم أصبح ينافس مجموعة من الدول السائرة في طريق النمو الاقتصادي، وذلك لرفع التحدي قصد التخفيف من حجم المشاكل التي أفرزت مجموعة من الظواهر الاجتماعية وعلى رأسها ظاهرتي الفقر والبطالة والهشاشة الاجتماعية<sup>2</sup>.

وعلاوة على ذلك فالتنمية تبقى العنصر الرئيسي في تحقيق المطالب الأساسية لأي تحول اجتماعي وديمقراطي في مغرب قيد التحول ، ولذلك فان تبني الخيار التنموي يبقى هو القادر على تأسيس نموذج سياسي عقلاني من قبيل

<sup>1</sup> أمين جلال أحمد: المشرق العربي والغرب، بحث في دور المؤشرات الخارجية في تطور النظام الاقتصادي العربي والعلاقات الاقتصادية العربية، بيروت 1981.

<sup>2</sup> محمد مهداوي، السياسات العمومية والانتقال الديمقراطي في الخطاب السياسي بالمغرب. دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة الحسن الأول سطات، 2019، ص.289.

الأنظمة السياسية عامة والنظام السياسي المغربي خاصة، ويؤسس لإمكانية تجاوز الإيديولوجيات العفائية، ومن تم تحولها إلى مبادئ ثابتة، وتذويها في الرؤية السياسية المتجددة والمبتدلة والمتغيرة، ومستجيبة لمتطلبات التنمية اقتصاديا واجتماعيا وسياسيا<sup>1</sup>. دون أن نغفل مسألة الاستثمار المنتج الذي يحقق النمو القوي والمستدام، ويخلق مناصب شغل، ويضع الاقتصاد الوطني في مصاف الدول الصاعدة. ونظرا لأن المغرب بلد منفتح على كل السياسات التنموية لدول العالم والتي تجمعنا معها علاقات اقتصادية وسياسية ودبلوماسية، ومن هذا الباب يمكن الاستفادة والاستئناس بتجارب الآخرين دون نسخها لأنها ثمرة مركبة العوامل تاريخية وسياسية واجتماعية وسوسيو ثقافية، لكن الاستئناس بها والتعرف على مضامينها ونتائجها في الميدان من أجل إستنباط تصور وطني حقيقي يلائم الشخصية المغربية والكيان الوطني والطموحات المشروعة لبلدنا. ولا يتم ذلك إلا في إطار سياسات عمومية ناجعة، ترمي بلوغ تنمية مستدامة تحافظ على الخدمات ونوعية الموارد عبر الزمن. ولا يستقيم ذلك إلا في ظروف ملائمة تطبعها الثقة خاصة بين المستثمر والدولة من جهة وبين الدولة والمواطن من جهة أخرى<sup>2</sup>.

ولقد أسس الملك محمد السادس لمشروع تنموي هادف وطموح من خلال اعطاء الانطلاقة لأوراش كبرى في مختلف المجالات من أجل التخفيف من حدة الفوارق المجالية والاقتصادية والاجتماعية، وعلى رأس هذه الاوراش النهوض بالبنية التحتية، وبناء مجموعة من المؤسسات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، من أجل تحسين الخدمات والرقى بالمستوى الاجتماعي لكل المغاربة. لكن هذا المشروع التنموي عرف جملة من الاختلالات، وشابه التأخير والبطء في التنفيذ مما جعل الملك في خطاب العرش الاخير للذكرى العشرين يدعوا الى تشكيل لجنة

<sup>1</sup> - عبد الإله الرمزي: الإصلاح ، التنمية، الدستور بالمغرب: مدخل لقراءة ملامح تشكل النسق السياسي بعد الربيع العربي، مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد الأول 2013، ص.156.  
<sup>2</sup> - رضوان زهرو: حكام عمومية وتنمية مستدامة، مجلة مسالك عدد مزدوج 15-16، ص.4.

استشارية من الأطر والكفاءات تسهر على التتبع والمراقبة، والتسريع من وثيرة الاداء وجودته، والانكباب على رفع تقارير تجسد واقع المشروع التنموي واكراهاته، وترصد الاختلالات من أجل تجاوزها<sup>1</sup>.

و سنحاول من خلال هذا الموضوع تفكيك خيوط الاشكالية المتمثلة في: السياسات التنموية وافاق التحول الاجتماعي ورهان الانتقال الديمقراطي؟ وذلك من خلال عنصرين اساسيين: أولهما التنمية ومطلب الانتقال الديمقراطي في السياسات العمومية، وثانيهما التنمية البشرية والمستدامة وواقع الانتقال الديمقراطي.

### أولاً: التنمية ومطلب الانتقال الديمقراطي في السياسات العمومية:

تعد التنمية<sup>2</sup>، العنصر الفعال في استراتيجية دول العالم، وقد أصبح الحق في التنمية يفرض نفسه في واقع التحولات الدولية الراهنة خاصة بعدما أصبحت مسألة العدالة في توزيع الثروة مسألة أساسية للحد من الصراع وإقرار السلم، وبعد

<sup>8</sup>- أنظر الخطاب الملكي، الذكرى 20 لعيد العرش، بتاريخ 29-07-2019.  
<sup>2</sup>- التطرق لمفهوم التنمية يدعو لا محالة إلى مقارنته ببعض المفاهيم بما أنه في صلة وطيدة مع النمو أو التقدم أو الترقى فالنمو يراه François PERRAUX هو:

- La croissance est « l'accroissement durable de la dimension d'un unité économique, simple ou complexe, réalisé dans des changements de structures et éventuellement de systèmes et accompagné économiques variables ».

هنا النمو يكتسي طابعاً اقتصادياً أما التنمية وكما يراها François PERRAUXM:

- Le développement est « la combinaison des changements mentaux et sociaux d'une population qui la rendent apte à faire croître cumulativement et durablement son produit réel et global ».

من هنا، فالتنمية تنبع من داخل المجتمع وإلى المجتمع، مع ذلك فالتنمية والنمو ظاهراً متداولة، فالنمو لا يتم بدون تغيرات بنيوية ولهذه الأخيرة حتماً تأثير على التنمية، أما التنمية، فتسهل وتحدد النمو، كذلك، يمكن تحديد التنمية من منظورين مختلفين، فهي تحيل من جهة إلى تغيير البنيات العقلية والعادات الاجتماعية لجماعة بشرية ما، ومن جهة أخرى تحيل إلى التغيرات الملاحظة في النظم الاقتصادي، وأشكال التنظيم، فالتنمية بالتالي تؤطر النمو وتلعب دوراً مماثلاً اتجاه التقدم، فما هو التقدم.

- Le progrès résulte de « la propagation de la nouveauté aux moindres des couts humains et à la vitesse optimum dans un réseau de relations dont le sens s'universalise » c'est -à- dire : « ... dans un réseau de relation économique qui offre un sens intelligible à tous notamment aux individus et aux groupes les plus »défavorisés et qui intéresse « le tout de l'homme dans chaque homme ».

انظر:- أنيسة أكحل العيون: الأمن رهانات وتحديات العالم المعاصر، مطبعة أفريقيا الشرق، طبعة 2012، ص196.

أن أصبح ربط الديمقراطية بالتنمية، وفكرة تسريع النمو الاقتصادي والاجتماعي فكرة أساسية ومسألة حيوية تخص مجال الحق في التنمية ليس بالنسبة للمجتمعات الديمقراطية فحسب، بل بالنسبة لجميع المجتمعات السائرة في طريق النمو<sup>1</sup>، وهذا يعني أن اعتماد المشروع التنموي الجديد يتطلب وبدون مزايدات التنزيل السليم لمقتضيات دستور 2011 مع خلق هياكل للتنسيق على المستوى الوطني والجهوي والاقليمي وبين كافة المسؤولين وباقي مكونات المجتمع المدني، مع تحديد ميكانزمات للتضامن والتآزر داخل الجهات للتسريع من وثيرة تنفيذ المشاريع، والسهر على احداث تغييرات ملموسة تهم كل المجالات. الا أن ما يميز التنمية في مفهومها الواسع لدى الباحثين، أنها تعتبر مدخلا جوهريا للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والإدارية والثقافية والسياسية والتكنولوجية<sup>2</sup>.

ونظرا لتباين مستوى التنمية بين الدول المتقدمة والنامية، مع تقدم العلوم الإنسانية والتكنولوجية، فقد تزايد الاهتمام في عالمنا المعاصر بقضية التنمية إلا أنها أخذت معنى آخر أكثر شمولية، بحيث لا تشكل المعدلات الإنتاجية العالية احدى محدداتها، بل ارتبطت بتحول فكري وتربوي ضخم يضم سائر الإمكانيات البشرية العلمية والثقافية والتكنولوجية الموظفة في خدمة التنمية الشاملة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها<sup>3</sup>. كما لا ينبغي السعي إلى تحقيق نمو الاقتصاد الكلي دون إيلاء الاعتبار الواجب لجوانب من الرفاه البشري مثل الصحة والتعليم ومستويات الفقر ومستويات الدخل وتوزيع الثروة والمشاركة في العملية السياسية والاحتكام لثقافة السوق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رشيد السعيد وكريم لحرش: الحكامة الجيدة بالمغرب ومتطلبات التنمية البشرية المستدامة، الطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص49.

<sup>2</sup> عبد العزيز مرزاق: الحكامة البيئية وتنمية الاستثمارات بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2016-2017، ص، 170.

<sup>3</sup> رشيد السعيد وكريم لحرش: الحكامة الجيدة بالمغرب ومتطلبات التنمية البشرية المستدامة، م.س، ص52.

<sup>4</sup> أنيسة لكحل العيون: الأمن رهانات وتحديات العالم المعاصر، مطبعة أفريقيا الشرق، طبعة 2012، ص197.

من هنا تبرز ضرورة بلورة إستراتيجية واضحة للتنمية بالمغرب من خلال نتائجها الملموسة وليس من خلال تسويق الخطاب الرسمي الذي يتباهى بمعدلات نمو وهيمنة غير واقعية، إن إستراتيجية الانفتاح<sup>1</sup> التي تتمحور حول جميع المخططات التنموية التي عرفها المغرب منذ الاستقلال باستثناء الفترة الانتقالية، فترة السنوات الأولى من الاستقلال 1956-1960، بعد ذلك فقد التمسّت المخططات المغربية أهدافها ومضمونها من الواقع القائم، واقع النموذج "التعميري الاستعماري"<sup>2</sup>.

واضح إذن أن البحث عن النموذج أو النماذج المتضمنة في المخططات الاقتصادية التي عرفها المغرب منذ الاستقلال يتطلب الوقوف عند مرحلة الحماية والذي هو امتداد للمخطط التعميري الاستعماري كما طبق في المغرب، وبما أن المخططات الاقتصادية التي تعاقبت على مغرب الاستقلال قد بلغت لحد الآن سبع مخططات:

\* المخطط الثنائي 1958/1959،

\* المخطط الخماسي الأول 1960/1964،

\* المخطط الثلاثي الأول 1965/1967،

\* المخطط الخماسي الثاني 1968/1972،

\* المخطط الخماسي الثالث 1973/1977،

<sup>1</sup> - إستراتيجية الانفتاح: تستلزم الانفتاح الاستراتيجي على كل الواجهات والاتجاهات عند الإعداد المخططات التنموية كما تعني كذلك الاستعداد للتخلي خلال تطبيق معه المخطط عن أشياء وإضافة أشياء، الشيء الذي يصبح معه المخطط مجرد إطار لتحركات تنفعل بالمعطيات الواقعية القارة والمتجددة، أكثر مما تفعل فيها، والتخطيط هنا يكتسي صورة أداة لتأطير الواقع قصد حمايته ولا يرمي قط إلى التحكم فيه وفرض نوع معين من التغيير أو التطور عليه. انظر:

- محمد عابد الجابري: المغرب المعاصر الخصوصية والحرية الحداثة والتنمية، مطبعة المركز الثقافي العرب، الدار البيضاء الطبعة الأولى، 1988، ص149.

<sup>2</sup> - واقع النموذج التعميري الاستعماري: الذي غرسه دولة لحماية في المغرب والذي لم تعمل دولة الاستقلال إلا على مغربته والدفع به في النمو في الاتجاه الذي يستجيب لطموحات أي التي جمعت بصورة من الصور، ويتأثير هذا العامل أو ذلك بين الجاه والثروة فجعلت كلا منهما في خدمة الآخر. انظر:

- محمد عابد الجابري: المغرب المعاصر الخصوصية والحرية الحداثة والتنمية، م.س، ص 149.

في الواقع، سيتجلى هذا التوجه الجديد في "مخططات التنمية" التي ستتوالى خلال السنوات والعقود الموالية. لهذا سيتضمن المخطط الثلاثي 1967/1965 صراحة ثلاث أولويات: الفلاحة والسياحة وتكوين الأطر.<sup>1</sup> وقد أكد أن على الدولة أن تنهض بالمبادرات الفردية وتعمل على انسجامها، عوض أن تقيد مجمل الأنشطة الاقتصادية للبلاد في نظام تخطيطي صارم. ومع ذلك بلغت حصة الدولة والمؤسسات العمومية

60 % من البرنامج الاستثماري الإجمالي، المحدد في 6,2 مليار 85% إذا ما احتسبنا استثمارات المقاولات العمومية<sup>2</sup>.

وسيسير المخطط الموالي 1972/1968 وفق نفس التوجهات التي تم التأكيد عليها بوضوح منذ 1964،<sup>3</sup> إلا أن المخطط الخماسي 1973/1977، هو الذي سيعززها رغم أنه جاء في مرحلة عرفت بعدم استقرار الأوضاع على المستوى السياسي (محاولتنا الانقلاب العسكري لسنتي 1971-1972، والانتفاضة المسلحة في شرق البلاد سنة 1973)، واعتبر معدوا التخطيط أن بلادنا يمكن أن تعد من بين أفضل بلدان العالم التي بإمكانها تحقيق ارتفاع في دخلها الوطني وفي وثيرة نموها بفضل التجارة الخارجية.<sup>4</sup>

ثم مباشرة بعد مرور ثلاث سنوات سيأتي التصميم الثلاثي الثاني 1982/1980، ثم التصميم الخماسي الحالي المجدد 1983/1987، وبما أن هذه المخططات قد تبنت نفس الإستراتيجية العامة مع بعض التحولات التي فرضتها

16- جمال السالمي، التخطيط بدون تنمية، قسم التنسيق الاقتصادي والتخطيط، المخطط الثلاثي 1965-1967، الرباط 1965، المنشورات المغربية، الدار البيضاء، 1979، ص 171.

17- نجيب أقصي، الاقتصاد السياسي والسياسات الاقتصادية في المغرب، مركز محمد بن سعيد آيت ايدر للأبحاث والدراسات، الطبعة الأولى شتنبر 2017، ص 18.

18- كتابة التخطيط والتنمية الجهوية وتكوين الأطر، مخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، 1973-1977

19- نجيب أقصي، مرجع سابق، ص 19.

ظروف معينة فلعله سيكون من الأفضل منهجيا تحليل نتائج هذه المخططات ضمن مراحل ذات سمات خاصة وليس بوصفها مخططات مستقلة<sup>1</sup>.

### أ- على مستوى السياسة التنموية:

اكتسب مفهوم التنمية بعده السياسي من خلال تبلور دور الدولة، وتزايد تدخلاتها عبر برامج التنمية الاقتصادية. في تجاوز معضلة التخلف الذي لا يمكن أن يتأتى إلا في إطار مشروع سياسي، تشرف عليه السلطات العمومية، ويتم انجازه تحت شعارات مختلفة، كالمصلحة الوطنية، أو سيادة الدولة الوطنية، أو الأمن القومي. حتى إن دولة الاستقلال في دول الجنوب لا تزال تحتفظ بدور المستثمر والفاعل والموجه والمقاوم والمشغل والحكم في الصراعات بين الفرقاء، وتتجلى جدلية التنمية السياسية من خلال استراتيجيات التنمية، والمخططات والبرامج الاقتصادية التي تتم صياغتها لتحقيق الأهداف الوطنية للتنمية، وحتى المؤسسات العالمية التي اغلب مشاريعها وتدخلاتها تتم تحت شعار التنمية، إنما هي برامج حاملة لمشروع سياسي، تسجل في إطار إيديولوجية مهيمنة للعولمة<sup>2</sup>. بحكم أن التنمية، تعني في معناها العام، سياسة تقتضي اختيارات وقرارات سياسية حول سبل ووسائل العمل في الميادين الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وهي بذلك تتطلب أو تتضمن تقويما لما هو قائم، وتصورا لما هو مرغوب فيه وما يجب عمله<sup>3</sup>.

1- محمد عابد الجابري: المغرب المعاصر الخصوصية والهوية والحدثة والتنمية، م.س، 150.  
2- محمد شاوش: أبعاد التنمية بين رهان الحكامة وإعداد التراب المحلي، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، العدد 38 الطبعة 2014، ص 11.

3- محمد الرضواني، التنمية السياسية في المغرب: تشكل السلطة التنفيذية وممارستها من سنة 1956 الى سنة 2000، سلسلة بدائل قانونية وسياسية العدد 12، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2019، ص.3.

### ب - على مستوى التنمية الاقتصادية:

شكل البعد الاقتصادي للتنمية مرحلة انتقالية في إعطاء إستراتيجية للرأسمال والتقدم والتطور في العلوم الاجتماعية الاقتصادية، لذلك ظلت التنمية تعني تسجيل متوالية ايجابية في معدلات النمو الاقتصادي، بناء على مؤشر أساسي هو الناتج الداخلي وما يحققه كميًا من النمو، كإستراتيجية للحاق الدول المتخلفة بالدول المتقدمة، فالنمو يتمحور حول الزيادة المتحكم فيها من خلال فترة أو فترات طويلة من المتغيرات الاجتماعية والذهنية لسكانها ما جعلها قادرة على الرفع والزيادة كميًا وبصفة دائمة لتلبية الحاجيات الأساسية وتحقيق الأهداف وتطلعات المجموعات البشرية<sup>1</sup>، فالتنمية في بعدها الوطني العام تنمية لا متكافئة بين المركز المهيمن المتحكم والهامش التابع المتأخر، لذلك فإن تنمية المجالات الهامشية، يتطلب تنمية محلية على تراب محلي انطلاقًا من الدوار والمحيط والجماعة والحي، وفق إستراتيجية لامركزية، وبرمجة تشاركية للمشاريع القائمة على التفاوض والتداول والتعاقد، انطلاقًا من قاعدة ترابية محلية، دون ما اغفال لأهمية التنمية السياسية وتأثيرها المباشر، وتتحقق هذه التنمية بإقرار مجموعة من الخصائص، كانتشار التنظيم العقلاني في جميع أجهزة الدولة السياسية والإدارية، وداخل التنظيمات الحزبية، وسيادة القانون، ومشاركة الجماهير في العملية السياسية والتنموية، وتحقيق الاستقرار السياسي، بالإضافة إلى تحقيق فعالية كبيرة في توزيع الموارد<sup>2</sup>. وبذلك فإن التنمية المحلية فعل متعدد الأبعاد، تترابط مستوياته وتتداخل، انطلاقًا من الدوار أو المحيط أو الحي إلى الجماعة المحلية، إلى المستوى الإقليمي والجهوي<sup>3</sup>.

1- محمد شاووش، أبعاد التنمية بين رهان الحكامة وإعداد التراب المحلي، م، س، ص، 10-11.  
 2- صعب حسن، علم السياسة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1976، ص ص. 375.370.  
 3- محمد شاووش: أبعاد التنمية بين رهان الحكامة وإعداد التراب المحلي، م، س، ص 6.

## ت - على مستوى الدور الذي يلعبه الاقتصاد الاجتماعي والتضامني في المسلسل التنموي.

أثارت قدرة الاقتصاد الاجتماعي والتضامني على التوفيق بين البعد الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وحتى الترابي، عن امكانية الحديث عن دوره الفعلي والواقعي في التعبئة التشاركية والمندمجة لمختلف الفئات الاجتماعية، لتأمين متطلباتها السوسيو اقتصادية، وبالتالي نحو فتح آفاق جديدة تساعد على خلق الشروط الضرورية والفعالة للتخفيف من حدة الفوارق بين المجال الحضري والقروي، وبالتالي النهوض بالتنمية المحلية والجهوية التي هي أساس الاقتصاد الوطني.<sup>1</sup>

إن المتتبع للمشهد الوطني وخاصة على مستوى المسلسل التنموي يدرك تمام الادراك على أن التجربة المغربية أبانت محليا ووطنيا على أن هذا النمط من الاقتصاد يعتبر أحدث المقاربات التنموية، وذلك من خلال ارساء استراتيجية ديمقراطية محلية، بفضل التدبير التشاركي الحديث. وذلك من أجل الاسهام في مختلف مستويات التنمية، من خلال ما يعرف بالعمل المجتمعي الذي يبقى وسيلة فعالة لسد الفجوة بين الاقتصاديين في الاقتصادات غير المنظمة والاقتصادات المنظمة، وبالتالي التقليل من امكانية العجز والفشل في العمل اللائق وتحسين الإنتاجية والقدرة التنافسية.

إن الاقتصاد الاجتماعي والتضامني كبديل تنموي أعاد النظر في التعامل مع مفهوم الشغل، ومع مضمون سياسات التشغيل التي تستهدف خدمة الانسان، وتغيير من طبيعة الافراد والجماعات والمؤسسات بآليات التشغيل.<sup>2</sup>

26- السعدية لدبس، الاقتصاد الاجتماعي والتضامني التسوية الممكنة نحو التنمية، مجلة مسالك، العدد 56/55، السنة 16. الموسم 2019، ص، 152.

<sup>27</sup> ادريس الكراوي، اشكالية التشغيل مقاربات وتوجهات، مطبعة البيضاء، الطبعة الأولى، مارس 2014، ص 172.

إذن يظهر من خلال هذه المستويات الثلاث التي أشرنا إليها في معرض هذه الورقة أن التنمية لها عدة مميزات على المستوى الوطني، ولها أيضا تأثيرها المباشر في تحسين التنمية الاقتصادية والاجتماعية والإدارية والسياسية والثقافية والبيئية، لهذا لا بد من الحديث عن التنمية البشرية و المستدامة أي من التنمية بشكلها العام إلى التنمية المستدامة، مما يعطي الانطباع على أن المغرب له رؤية انتقالية جادة في الارتكاز والرهان على السياسات التنموية كآلية للرفع من السياسات العمومية بالمغرب.

### ثانيا: التنمية البشرية و المستدامة وواقع الانتقال الديمقراطي:

#### أ- التنمية البشرية وسيرورة التغيير

في العقد الأخير من القرن الماضي تنامى الوعي بقيمة الانسان هدفا ووسيلة في منظومة التنمية الشاملة، وبناء ذلك كثرت الدراسات والبحوث والمؤتمرات التي اهتمت بتحديد مفهوم التنمية البشرية وتحليل مكوناتها وأبعادها، كإشباع الحاجات الأساسية، والتنمية الاجتماعية، وتكوين رأس المال البشري، ورفع مستوى المعيشة، وتحسين نوعية الحياة، وتستند قيمة الانسان في ذاته و بذاته الى منطلقات قررتها الديانات السماوية التي تنص كلها على كرامة الإنسان، ففرض مصطلح التنمية البشرية نفسه في الخطاب الاقتصادي والسياسي على مستوى العالم، كما البرنامج الانمائي للأمم المتحدة وتقاريره السنوية عن التنمية البشرية دورا هاما وبارزا في التحفيز على نشر وترسيخ هذا المصطلح، ومن خلال هذه الأهمية البالغة للتنمية البشرية، وتماشيا مع سيرورة التغيير المتسارع، والتحول المضطرد الذي تشهدهما مجموع دول العالم، يظل المغرب في صلب العملية التحولية ، اذ نجد أن ملك البلاد كان سابقا حيث أعلن في خطابه بتاريخ 18 ماي 2005، عن اطلاق "المبادرة الوطنية للتنمية البشرية"، التي سرعان ما ستقدم كورش "للعهد الجديد" بامتياز وستصنف كمشروع مجتمعي متجدد يرمي

الى محاربة الفقر والهشاشة والاقصاء الاجتماعي، عبر انجاز مشاريع لدعم  
البنيات الأساسية، من مشاريع للتكوين، وتعزيز القدرات، والتنشيط الاجتماعي  
والثقافي والرياضي، وكذا عبر النهوض بأنشطة مدرة للدخل والشغل، ومنذ  
انطلاقها، كانت هذه المبادرة تروم أن تكون ورشا فريدا، مرتكزا على فلسفة  
جديدة، وحكمة جيدة مبنية على تصميم تنظيمي خاص، مندمج وتشاركي<sup>1</sup>.

لكن السؤال المطروح هل حققت المبادرة الوطنية للتنمية البشرية المأمول  
منها؟.

لقد اثبتت تقارير المرصد الوطني للتنمية البشرية والمفتشية العامة للإدارة  
الترابية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، مواطن الاختلال المتنوعة  
وذاذ العواقب البالغة. فتقرير المرصد الوطني للتنمية البشرية أبرز التمركز  
الغريب للمشاريع في حاضرة الرباط - سلا، بينما تتجلى المهمة الأولى للمبادرة  
الوطنية للتنمية البشرية في مكافحة الفقر والهشاشة في المناطق البعيدة  
والمحرومة، خاصة بالمجال القروي<sup>2</sup>. أما تقرير المفتشية العامة للإدارة الترابية  
سلط الضوء على تمويل مشاريع غي مؤهلة، وعلى حالات تنافي المصالح، وعلى  
مشاريع حصلت على التمويل ولم تنجز<sup>3</sup>... أما تقرير المجلس الاقتصادي،  
والاجتماعي والبيئي، فقد قدم حكما قطعيا حول اللجان المحلية للتنمية البشرية التي  
لا تتوفر على أي سلطة تقييرية، والمشاركة التي لم تبلغ بعد مستوى مرضيا<sup>4</sup>. إن  
الاختلالات المتنوعة والتحديات الكثيرة التي عرفها المشروع التنموي، وورش  
المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، جعل الملك في خطابه للذكرى 20 لعيد العرش

<sup>1</sup> - راجع موقع المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، <http://w.w.w.indh.gov.ma>

<sup>2</sup> - المرصد الوطني للتنمية البشرية: تقييم منجزات المرحلة الأولى للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية (2005-  
2010) وتأثيرها على الساكنة المستهدفة، تركيب أبريل 2013.

<sup>3</sup> - نجيب أقصي، مرجع سابق، ص.91.

<sup>4</sup> - المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، تقرير 2013، المبادرة الوطنية للتنمية البشرية: التحليل والتوصيات، -  
رأي، احالة رقم/2013/2، ص.7-9.

بتاريخ 2019-07-29. غير راض على البطء والوثير المتدببة التي ينفذ بها المسلسل التنموي، مما جعله يأمر بتشكيل لجنة استشارية تسهر على تتبعه وتنفيذه.

إن النموذج التنموي الذي ينتظره الشعب المغربي قاطبة ويتوخاه الملك، هو الذي يحقق ثلاث أهداف جوهرية، تتمثل في: توفير الحاجيات الأساسية، التي يحتاجها الانسان لاستمرار حياته، وهي مرتبطة بالغذاء والمسكن والصحة والتعليم والحماية من مختلف الأخطار، ويحتاج أيضا الى رفع مستوى معيشتة، ويتحقق ذلك بزيادة دخله، وتوفير فرص العمل أمامه، والارتقاء بالقيم الانسانية والثقافية في المجتمع، ويحتاج كذلك احترام الحريات والحقوق الأساسية، وسيادة القانون<sup>1</sup>.

### ب- التنمية المستدامة وواقع الانتقال الديمقراطي:

عرفت التنمية المستدامة<sup>2</sup>، تطورا كبيرا عن مفهوم التنمية باكتسابه بعدا حقوقيا ودوليا والذي يتجلى في الدعوة إلى مشاركة كل فئات المجتمع في اتخاذ القرار التنموي لتكريس القاعدة التي تعتمد على الديمقراطية والتي ترتبط بالحكمة داخل القرار التنموي لأن الديمقراطية معناها قبل كل شيء هو مشاركة المواطنين في صنع القرار والمشاركة في متطلبات التنمية للوصول إلى التنمية

<sup>1</sup> - رضوان زهرو، نموذجا التنموي من أجل تعاقد جديد، منشورات مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2019، ص. 120-121.

<sup>2</sup> - التنمية المستدامة وابتداء من السنة 1990 وقع تحديد مفهوم التنمية المستدامة بشكل دقيق وواضح في وثيقة الأرض التي صدرت في ريو دي جانيرو عام 1992، وتضمنت الوثيقة سبعة وعشرين مبدأ، وتدعو إلى ضرورة تحقيق العدالة الحالية واللاحقة في توزيع الموارد الطبيعية ضمانا لتواصل واستمرار عملية التنمية، وإن لا تقتصر على فترة معينة، وقد أظهرت وثيقة إعلان ريو دي جانيور تبلور مفهوم استدامة التنمية المتعدد الجوانب والمضامين، ومن معاينة التواصل والاستمرارية حيث لا معنى لأي نشاط تنموي لن يكتب له الاستدامة والاستمرارية بحيث تستفيد منه الأجيال القادمة، ومن هنا يتحقق مبدأ العمالة بين الأجيال الحاضرة والقادمة وحق الأبناء والأحفاد من نصيب عادل من الموارد الطبيعية.  
انظر:

- عبد العزيز اشرفي: الجماعات الترابية الافاق المستقبلية وتحديات التنمية المستدامة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2016، ص 149.

المستدامة<sup>1</sup>. ومن هنا يبدو جليا أن التنمية المستدامة تكتسي طابعا تقنيا، ولها تأثير مباشر على الإنسان زنيا ومكانيا وذلك من خلال الاستجابة الفورية للمطالب الاجتماعية العادلة، وتحسين ظروف المعيشة، وتوفير الجو الملائم لحياة كريمة في اطار سيادة القانون.

كما تم تحديد تعريفها في التقرير المقدم إلى الأمم المتحدة حول التنمية والبيئة عام 1987 بكونها تستجيب لحاجيات الحاضر والمستقبل دون القضاء على قدرة الأجيال القادمة لتلبية احتياجاتها، كما أن مصطلح التنمية المستدامة المحور الرئيسي في تقرير (برتلاند) الذي أصبح مرجعا عالميا ومكنت قمة "ريو دي جانيرو" من جمع شمل عدد هائل من الدول حوالي 178 دولة مما ساهم في تشكيل وعي عالمي بضرورة إعادة الاعتبار للإنسان لكونه محور الانشغالات الاقتصادية والاجتماعية والإيكولوجية والحرص على ضرورة استمرار عملية التنمية الدائمة<sup>2</sup>.

لم يقتصر مفهوم التنمية المستدامة عن تقارير الأمم المتحدة بل نجد بأن إعلان جوهانسبورغ بجنوب إفريقيا المنعقد ما بين 26 غشت و4 شتبر 2002 المتعلق بالتنمية المستدامة، وصف بأنه أكبر تجمع دولي تنظمه الأمم المتحدة للتنمية المستدامة والذي أكد على المسؤولية العالمية المشتركة لحماية المجتمع الدولي، وتحقيق أهداف التنمية المستدامة في تقاطع واضح بين ضروريات مكافحة الفقر والمشاركة الشعبية<sup>3</sup>، لتحقيق التنمية المستدامة، فالعالم يعيش منذ أواسط عقد التسعينات تحت هيمنة مطلقة للرأسمال المالي العالمي الذي يكرس تفاوتات صارخا بين دول الجنوب ودول الشمال كما يكرس هذا التفاوت داخل نفس الدولة، لذلك

<sup>1</sup> عبد العزيز مرزاق: الحكامة البيئية وتنمية الاستثمارات بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، م، س، ص، 173.

<sup>2</sup> عبد العزيز أشرفي: الجماعات الترابية الأفاق المستقبلية وتحديات التنمية المستدامة، م، س، ص، 150.

<sup>3</sup> عبد العزيز أشرفي: الجماعات الترابية الأفاق المستقبلية وتحديات التنمية المستدامة، م، س، ص، 150.

فإن التنمية المستدامة يجب أن تأخذ بعين الاعتبار هذين الفرعين من الإنصاف<sup>1</sup>، من خلال تقارير نادي روما الشهيرة في السبعينات، حول ضرورة الحفاظ على الموارد الطبيعية القابلة للنضوب، وعلى البيئة والتوازنات الجوهرية في الأنظمة البيئية، وقد انتشر استعمال المفهوم بسبب تكاثر الأحداث المسبقة للبيئة وارتفاع درجة التلوث عالميا، وانتشر أيضا في الأدبيات الاقتصادية الخاصة بالعالم الثالث نظرا لتعثر الكثير من السياسات التنموية المعمول بها، التي أدت إلى تفاقم المديونية الخارجية وتردي الإنتاجية وخاصة في القطاع الصناعي، وكذلك إلى توسيع الفروقات الاجتماعية في عدد كبير من الدول، بل أدى إلى المجاعة أو قلة التغير في بعض الأحيان لدى الفئات الفقيرة التي ساءت أحوالها في الثمانينات بالرغم من كل الاستثمارات التي نفذت في العقدين السابقين<sup>2</sup>.

نجد بان الدستور المغربي لسنة 2011 قد نص على هيئات النهوض بالتنمية البشرية المستدامة والديمقراطية التشاركية، تهتم هذه الهيئات بالتنمية البشرية لتحقيق الاستدامة والديمقراطية التشاركية في جميع القرارات المرتبطة بالمواطنين وتمثل في المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي<sup>3</sup> والمجلس

<sup>1</sup> - العنصر الهام الذي تشير إليه مختلف تعريفات التنمية المستدامة هو عنصر الإنصاف أو العدالة فهناك نوعان من الإنصاف هما:

- إنصاف الأجيال البشرية التي لم تولد بعد: هي التي لا تؤخذ مصالحها في الاعتبار عند وضع التحليلات الاقتصادية ولا تراعي قوى السوق المتوحشة هذه المصالح.

- الإنصاف الثاني: فيتعلق بمن يعيشون اليوم والذين لا يجدون فرصا متساوية للحصول على الموارد الطبيعية أو على الخيرات الاجتماعية والاقتصادية.

أنظر:

- عامر طراف: المسؤولية الدولية والمدنية في قضايا البيئة والتنمية المستدامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص105.

<sup>2</sup> - رشيد السعيد وكريم لحرش: الحكامة الجيدة بالمغرب ومتطلبات التنمية البشرية المستدامة، م،س، ص53.

<sup>3</sup> - الفصل 168 من الدستور المغربي لسنة 2011 ينص على ما يلي:

يحدث مجلس أعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي.

المجلس هيئة استشارية، مهمته إبداء الآراء حول كل السياسات العمومية، والقضايا الوطنية التي تهم التعليم والتكوين والبحث العلمي، وكذا حول أهداف المرافق العمومية المكلفة بهذه الميادين وتسييرها. كما يساهم في تقييم السياسات والبرامج العمومية في هذا المجال.

الاستشاري للأسرة والطفولة<sup>1</sup>، والمجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي<sup>2</sup>. لم يتم إدراج كل من المجلس الأعلى للحسابات<sup>3</sup>، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي<sup>4</sup>، ضمن الباب المتعلق بالحكمة الجيدة، بل تم الاحتفاظ بهما في الباب العاشر والباب الحادي عشر نظرا لدورهما الرقابي في حماية المال العام وتدقيق وافتحاص الأداء الحكومي.

تواجد الفئات الثلاث تحت توصيف الاستقلالية يثير بعض الأسئلة ذلك أنه إذا كانت استقلالية المؤسسات الوطنية جزء من هويتها وطبيعتها، وإذا كانت

<sup>1</sup> - الفصل 169 من الدستور المغربي لسنة 2011 ينص على ما يلي:  
"يتولى المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، المحدث بموجب الفصل 32 من هذا الدستور، مهمة تأمين تتبع وضعية الأسرة والطفولة، وإبداء آراء حول المخططات الوطنية المتعلقة بهذه الميادين، وتنشيط النقاش العمومي حول السياسة العمومية في مجال الأسرة، وضمان تتبع وإنجاز البرامج الوطنية، المقدمة من قبل مختلف القطاعات، والهيكل والأجهزة المختصة".

<sup>2</sup> - الفصل 170 من الدستور المغربي لسنة 2011 ينص على ما يلي:  
"يعتبر المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي، المحدث بموجب الفصل 33 من هذا الدستور، هيئة استشارية في ميادين حماية الشباب والنهوض بتطوير الحياة الجموعية.  
وهو مكلف بدراسة وتتبع المسائل التي تهم هذه الميادين، وتقديم اقتراحات حول كل موضوع اقتصادي واجتماعي وثقافي، يهم مباشرة النهوض بأوضاع الشباب والعمل الجمعي، وتنمية طاقاتهم الإبداعية، وتحفيزهم على الانخراط في الحياة الوطنية، بروح المواطنة المسؤولة".

<sup>3</sup> - الفصل 147 من الدستور المغربي لسنة 2011 ينص على ما يلي:  
"المجلس الأعلى للحسابات هو الهيئة العليا لمراقبة المالية العمومية بالملكة، ويضمن الدستور استقلاله. يمارس المجلس الأعلى للحسابات مهمة تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكمة الجيدة والشفافية والمحاسبة، بالنسبة للدولة والأجهزة العمومية. يتولى المجلس الأعلى للحسابات ممارسة المراقبة العليا على تنفيذ قوانين المالية. ويتحقق من سلامة العمليات المتعلقة بمدخيل ومصاريح الأجهزة الخاضعة لمراقبته بمقتضى القانون، ويقوم كيفية تدبيرها لشؤونها، ويتخذ، عند الاقتضاء، عقوبات عن كل إخلال بالقواعد السارية على العمليات المذكورة.

تُناط بالمجلس الأعلى للحسابات مهمة مراقبة وتتبع التصريح بالملكات، وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية، وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية".

<sup>4</sup> - الباب الحادي عشر من الدستور المغربي لسنة 2011 ينص على المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في فصوله كالتالي:

- الفصل 151 ينص على ما يلي:  
- يحدث مجلس اقتصادي واجتماعي وبيئي.

- الفصل 152 ينص على ما يلي:  
"للحكومة وللمجلس النواب وللمجلس المستشارين أن يستشيروا المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في جميع القضايا التي لها طابع اقتصادي واجتماعي وبيئي. يدل المجلس برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة".

- الفصل 153 ينص على ما يلي:  
"يحدد قانون تنظيمي تأليف المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، وتنظيمه، وصلاحياته، وكيفية تسييره".

استقلالية هيئات الضبط والتقنين مكونا جوهريا وظيفيا لهذه المؤسسات التي لا يمكن تصور عملها إلا بمعزل عن السلطة التنفيذية، فإن التنصيب على استقلالية هيئات عادية ذات طابع استشاري تنحصر مهامها في إبداء الرأي حول السياسات العمومية، لا يبدو مقنعا بشكل كبير<sup>1</sup>، لأن مبدأ الاستقلالية عادة ما يقرن بمبدأ آخر هو المساءلة إذ أن المؤسسة الوطنية ليست غاية في حد ذاتها، لذلك ففعاليتها مرتبطة بوضع نظام للمساءلة على أساس أهداف محددة قابلة للقياس.

كذلك القانون رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة<sup>2</sup>، هذا القانون يحدد الأهداف الأساسية لحماية البيئة والتنمية المستدامة<sup>3</sup>، في الاستراتيجيات والبرامج وتنفيذ السياسات ومخططات العمل من طرف الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية وشركات الدولة، وكذا الأطراف المتدخلة في مجال السياسة التنموية لتحقيق التنمية المستدامة.

أصبحت قضايا التنمية في السنوات الأخيرة تحظى باهتمام كبير من دول العالم، حيث تم تكريسها في القوانين ذات الصلة من خلال الاشتغال على المؤتمرات الدولية من قبل المفكرين للرفع من التنمية وترسيخها على أرض الواقع، حماية حقوق الإنسان وتلبية لحاجيات المواطنين، وإشراك كل فئات

---

<sup>1</sup> - حسن طارق: الدستور والديمقراطية: قراءة في التوترات المهيكلة لوثيقة 2011، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2013، ص170.

<sup>2</sup> - ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 الموافق 6 مارس 2014 بتنفيذ القانون الإطار رقم 99-12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة ج ر عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014 ص3194.

<sup>3</sup> - المادة الأولى من القانون رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة التي تنص على: يحدد هذا القانون الإطار الأهداف الأساسية لنشاط الدولة في مجال حماية البيئة والتنمية المستدامة. ويهدف إلى:

- تعزيز حماية الموارد والأوساط الطبيعية والتنوع البيولوجي والموروث الثقافي والمحافظة عليها والوقاية من التلوثات والإبذات ومكافحتها،
- إدراج التنمية المستدامة في السياسات العمومية القطاعية واعتماد إستراتيجية وطنية للتنمية المستدامة،
- ملائمة الإطار القانوني الوطني مع الاتفاقيات والمعايير الدولية ذات الصلة بحماية البيئة والتنمية المستدامة،
- تعزيز الإجراءات الرامية إلى التخفيف والى التكيف مع التغيرات المناخية ومحاربة التصحر،
- إقرار الإصلاحات ذات الطابع المؤسساتي والاقتصادي والمالي والثقافي في ميدان الحكامة البيئية،
- تحديد التزامات الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية وشركات الدولة والمقاولات الخاصة وجمعيات المجتمع المدني والمواطنين في مجال حماية البيئة والتنمية المستدامة،
- إرساء نظام للمسؤولية البيئية ونظام للمراقبة البيئية.

المجتمع في اتخاذ القرار لتحقيق التنمية المستدامة، وهذا ما فعله المغرب من خلال المبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي تهدف بالأساس إلى تلاقي المبادرات في أفق خلق الاندماجية والاستدامة بين المبادرات القطاعية المختلفة، لرصد واقع الانتقال الديمقراطي بالمغرب.

### خاتمة

إننا ندرك جيدا أن ما نطمح اليه من خلال هذه الورقة هو أن نبرز الخيارات الاستراتيجية التي شكلت أساس السياسات التنموية الكفيلة بتنزيل مشروع تنموي يتسم بالنجاعة والفعالية، كما نعي تمام الوعي أنه لخدمة هذه الخيارات الاستراتيجية رصدت الموارد، وعبئت الوسائل، ووظفت الآليات المختلفة، وتوالت الاصلاحات، واعتمدت سياسات عمومية، من أجل:

- تمكين المنتخبين من المشاركة الفعلية والقيام بالأدوار الأساسية التي خولها لهم القانون والدستور في تدبير الشأن العام الجهوي والاقليمي والمحلي، وذلك بإرساء تعاقد حقيقي بين الدولة والجهات والجماعات الترابية باعتبارها مكونات رئيسية في مسار التنمية المندمجة، و شريكا أساسيا في السهر على تنفيذ المشروع التنموي بالشكل المطلوب.

- إعطاء صلاحيات واسعة للجنة الاستشارية التي دعا الملك الى تشكيلها من الأطر والكفاءات، من أجل التتبع والمراقبة والتسريع من وثيرة التنفيذ.

- تحديد المهام والمسؤوليات، والاختصاصات لكل الشركاء والفاعلين الأساسيين القائمين على انجاز وتنفيذ المشاريع التنموية وربط ذلك بالمحاسبة.

- دعم مبدأ الكفاءة والعمل على انكفاء روح المنافسة بين كل الشركاء من أجل التأسيس لعلاقة ايجابية يسودها التفاهم وروح المسؤولية وذلك من أجل خدمة الصالح العام.

- الارتكاز على معايير أساسية من اجل مشروع تنموي جديد يحقق طموح شعب و انتظارات ملك، ومن بين هذه المعايير: معيار الجودة، معيار الكفاءة ، معيار المسؤولية والمحاسبة، ومعيار التنفيذ في الآجال المحددة.

## اللغة القانونية وخصائصها

ذ. إدريس حسوني  
باحث جامعي

### مقدمة:

أصبحت اللغة القانونية فرعا من علم اللغة، لأنها هي ظاهرة إنسانية تستخدمها كل المجتمعات لأداء وظائف محددة وبناء اللغة يتألف بشكل عام من ألفاظ، تنتظم في كلمات، والكلمات تتألف منها الجمل، ويستخدمها البشر جميعا في التعبير عن أفكارهم ورغباتهم أو توصيلها إلى الآخرين، وفي قضاء الحاجات والمصالح.

تعتبر اللغة القانونية لغة دقيقة متخصصة وصعبة، وذلك راجع للعديد من الأسباب منها ما يرجع لطبيعة القانون ومنها ما يعود للغة التي يستخدمها. كما أنها تمتاز بمجموعة من الخصائص تكسبها إستقلالية، كما تنقسم إلى مجموعة من الأنواع تميز كل حقل معرفي من حقل القانون.

إن اللغة القانونية في بلد من البلدان هي لغة البلد الرسمية، وهي الضابطة للسلوك الإجتماعي. ولذلك من الطبيعي أن تخضع لمقتضيات السلم، وما يفرضه "من قواعد إلزامية يجب على المتكلم إحترامها والخضوع لمقتضياتها، لكن اللغة ليست هي اللغة التي يتواصل بها الناس في حياتهم العامة، إنها لغة تتميز بعدة خصائص في ألفاظها ومصطلحاتها، وتركيبتها وسياقاتها، ومعاني عباراتها وطريقة نظمها وتأليفها.

إذن يمكن تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين وهما كالتالي:

- المبحث الأول: ماهية وخصائص اللغة القانونية.

- المبحث الثاني: أنواع اللغة القانونية.

### المبحث الأول: اللغة القانونية ماهيتها وخصائصها.

من خلال هذا المبحث سوف نقسمه إلى مطلبين، حيث سنخصص المطلب الأول للتعرف على ماهية اللغة القانونية، فيما سنتطرق في المطلب الثاني لخصائص اللغة القانونية.

#### المطلب الأول: ماهية اللغة القانونية:

اللغة القانونية هي تلك المستخدمة في سن القوانين والداستير والتشريعات والأنظمة القانونية. وتعد من أصعب أنواع لغات الإختصاص نظرا لما تتمتع به من خصوصيات.

واللغة القانونية تختلف عن اللغة العلمية التي تتميز بمصطلحات أحادية المعنى ويعبر عنها في أغلب الأحيان برموز. بينما اللغة القانونية أعقد من ذلك لأنها لغة إختصاص معقدة ذات مصطلحات متعددة المعاني<sup>1</sup>. حيث يغلب قيد القانون على اللغة المقيدة به، وهذا مايسمح بالذهاب إلى أن اللغة القانونية مستقلة عن اللغة الطبيعية(العادية)، ومثل هذا التصور يفضي حتى في إطار اللغة القانونية

---

<sup>1</sup> -Les Engeux de la Traduction Juridique:Principes et Nuances .Jean-claude Gémar.dans Traduction de textes Juridiques ;problèmes et méthodes.équivalences 98 ;Séminaire ASTTI du 25-9-1998.p : 3 .

ذاتها إلى التمييز بين اللغة التشريعية واللغة القضائية واللغة الفقهية واللغة التوثيقية<sup>1</sup>.

اللغة القانونية هي: تلك التي تكتب بها القواعد القانونية، ويتحدث بها أساتذة القانون. ويتطلب مبدأ الأمن القانوني "الوضوحية" و"القطعية" في القواعد القانونية، وتعني القطعية "الدقة" والدقة تعني الوضوح التقني في الجانب اللغوي، بمعنى أن الوضوح والدقة هما المميزات التي يجب أن تسود اللغة القانونية الجيدة<sup>2</sup>.

تستخدم النصوص القانونية لغة خاصة تستمد صيغتها من اللغة العادية، واللغة القانونية على حد "جيرارد كورني" استعمال خاص للغة الوطنية<sup>3</sup>.

ولأن اللغة القانونية تستعمل طريقة خاصة في التعبير، وجدت عناصر من اللغة العادية وعناصر غريبة عنها مكانا لها داخل هذه اللغة الخاصة. وهذا الدمج بين العناصر هو ما يسميه كل من "سوريو: و"لورا" بالطابع المركب للغة القانونية كما يشير إلى أن هذا الطابع المركب هو الذي يفسر واقع أن القانون ظاهرة إجتماعية أوسع من اللغة ذاتها، غير أنها تثير شعورا بالغرابة لدى الأغلبية.

فاللغة التشريعية تخص الوثائق القانونية النمطية مثل القوانين التي تصدر عن المجالس التشريعية واللوائح والدستور، ويعتبر الأسلوب التشريعي من أبرز أساليب الكتابة القانونية، ذلك أن "النصوص القانونية" التي يسنها المشرع هي

---

- محمد شليح "دور الميتودولوجية القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الإصطلاحية في القانون<sup>1</sup> المغربي للإلتزامات والعقود" مجلة القانون والاقتصاد، عدد مزدوج 21-22 يناير 2006م، ص: 16.

- فاطمة خليل، "اللغة القانونية وتطبيقاتها في مدونة الأسرة المغربية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة<sup>2</sup>

محمد الخامس السويسي، الرباط، 2010-2011م، ص: 9.

3 - Linguistique Juridique. Gérard Cornu. Montchrestien. Paris. 1990. p 22

"واجهه" القانون وتعكس إتجاه وفكر المجتمع في زمن معين من تاريخه، وأسلوب النص التشريعي فريد ولا يمكن الخلط بينه وبين الأساليب الأخرى، يقول جون كلود جيمار: "أسلوب القانون فريد ولا يمكن أن يخلط بينه وبين أسلوب حكم أو عقد..."<sup>1</sup>، أما اللغة القضائية، هي لغة الأحكام التي تصدرها

المحاكم والكتب التي تتناول القضايا القانونية والتقارير القانونية.

إن خصوصية اللغة التي يصاغ بها التشريع أو تؤولف بها النصوص الفقهية أو القضائية أو التعاقدية لا تعود إلى مبنى هذه اللغة وإنما إلى معناها المتمثل في المعنى القانوني، وهذا معناه أنه لا توجد لغة قانونية مستقلة بذاتها: إنها توجد ضمن اللغة العادية كجماع من المفردات والجمل ذات المعاني القانونية المعتمدة مجازاً أو كناية في اللغة الطبيعية، والنظر إلى هذه المعاني كمجاز أو كناية هو الذي يجعل المفردات والجمل الدالة عليها جديرة بوصفها بالمصطلحات القانونية التي يتكون منها الخطاب القانوني بغض النظر عما إذا كان هذا الخطاب تشريعياً أو قضائياً أو فقهيًا أو توثيقياً<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص اللغة القانونية:

#### - اللغة القانونية لغة متخصصة:

اللغة القانونية حسب الدكتور عبد القادر الشخلي، "بكونها لغة متخصصة مستقاة من القانون كعلم نظري وكنشاط تطبيقي، فهي تترجم الأحكام القانونية والوقائع القانونية والعلاقات والمراكز القانونية بلغة

- مينة بوارمقة "ترجمة بعض المصطلحات والمفاهيم المستمدة من القانون الإسلامي إلى اللغة الفرنسية" مذكرة الماجستير<sup>1</sup>

جامعة منتوري-قسنطينة، 2008م، ص: 16.

- محمد شيلح، مرجع سابق، ص: 17.<sup>2</sup>

محددة خاصة بهذا العلم. وتكمن جدوى اللغة القانونية في التعبير عن الحقائق القانونية بلغة مطابقة لإرادة ، ومن تم تفسير النصوص طبقا لهذه الإرادة"<sup>1</sup>.

وتكتسي اللغة القانونية أهمية قصوى ليس فقط من الناحية الثقافية والتواصلية لكونها وسلية لنقل الأفكار ذاكرة لتاريخ الشعوب ، بل لكونها أيضا أداة للتأصيل والتعديد القانوني والتقنين، أي وضع وصياغة الضوابط القانونية، كما أنها تفيد فهم القصد القانوني لدى المشرع .

اللغة القانونية أي النصوص القانونية ليست مفهومة تلقائيا من طرف العامة ، ما عدا رجال القانون لأنها للغة متخصصة.

فاللغة القانونية موجودة لكونها غير مفهومة عند غالبية الناس . فمصطلحاتها خارج الحلقة الطبيعية لدائرة المفاهيم المتعارف عليها في علوم اللغة الأم بين أفراد نفس المجتمع اللغوي .

فاللغة القانونية موجودة لأن القانون يعطي معاني محددة لبعض المصطلحات اللغوية ، ومجموع هذه المصطلحات يكون المعجم القانوني الذي يصطلح عليه بلغة القانون، فهي إذن لغة داخل اللغة.

فالمعجم القانوني عبارة عن مجموعة من ألفاظ اللغة، إلا أن هذه المصطلحات لها مفاهيم خاصة بها تستعمل حصرا في ميدان القانون ولا تؤخذ بمفهومها اللغوي.

---

- د. عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية ، دار الثقافة عمان \_الأردن، ط الأولى سنة 2014م -1435هـ : ص 312<sup>1</sup>

## - اللغة القانونية لغة عامة ومجردة:

أي يتم توجيه الخطاب ليس لشخص بعينه، ولا إلى واقعة معينة بذاتها، ولكن إلى الناس على وجه العموم بصفاتهم وليس بذواتهم، وإلى كل واقعة أو تصرف التي تنطبق عليها شروط القاعدة القانونية<sup>1</sup>. وترجع صياغة النص القانوني في صورة أحكام عامة ومجردة، أو في شكل قواعد، إلى أنه من غير المتصور حصر كل ما يعرض في المستقبل من فروض وحالات تتعلق بالأشخاص والوقائع ووضع حكم لكل منها ينصرف إلى كل شخص بذاته، لذلك كان لا بد من الإلتجاء إلى التجريد في مواجهة هذه الفروض والحالات وتركيزها في فصائل تكون العبرة فيها بعموم الصفة لابتصاص الذات، وإعطاء كل منها حكماً واحداً، ثم إعمال هذا الحكم في صدد كل فرض أو حالة تتوافر فيها الصفة من بعد، دون النظر إلى ذات كل منها وخصوصيتها، ومن هنا كانت فكرة إخراج الخطاب القانوني في صورة قواعد<sup>2</sup>، وكمثال على ذلك، كما جاء في المادة 163 من القانون المدني المصري: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض". فهذا النص صيغ على هيئة قاعدة عامة مجردة تواجه مختلف الفروض التي يتسبب فيها شخص في الإضرار بغيره وتصنفها في فصيلتين: إحداهما يكون الضرر فيها ناشئاً عن خطأ، أي خطأ. والأخر لا يكون الضرر فيها ناشئاً عن خطأ، وتضع حكماً واحداً للأولى مقتضاه إلتزام من تسبب في الضرر بالتعويض، وهذا الحكم يصبح من بعد واجب التطبيق كلما توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، أي ما كانت ظروف المخطئ أو المضرور، وأياً ما كان نوع الضرر أو مقداره.

- د. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية مصر، الطبعة<sup>1</sup>

الأولى، 2010م، ص: 51.

- د. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، نفس المرجع السابق، ص: 52.<sup>2</sup>

## - اللغة القانونية لغة الإلزام أو الجزاء:

عندما تسن القاعدة القانونية لكي تطبق، يجب أن تكون مصحوبة بأمر أو نهي يستقر في ضمير الجماعة إلزامه وضروريته لسير الحياة الإجتماعية، ويعد الجزاء وسيلة تحقق الإلزام الذي تفرضه الجماعة للقاعدة القانونية، وهذا الإلزام يكون في صيغة صريحة (يجب- يتعين- يحظر- لايجوز)، أو يرد ضمناً<sup>1</sup>. وتنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها في الإلزام إلى<sup>2</sup>:

- أ- قواعد قانونية آمرة: وهي القواعد التي لايجوز على الفرد مخالفتها أو الإتفاق على عكسها، كالقواعد القانونية التي تمنع من ارتكاب الجرائم مثل القتل.
- ب- قواعد قانونية مفسرة أو مقررة أو مكملة: وهي التي تجوز مخالفة حكمها، وإذا ماتم الإتفاق على مخالفة هذا الحكم كان الإتفاق صحيحاً.

## - تنظم سلوك الأفراد في المجتمع:

لما كان " القانون هو مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع وعلاقتهم فيه. وهي ترتب جزاءات على من يخالفها حتى يحترم القانون ويسود الأمن والنظام في المجتمع". تستعمل النصوص القانونية لغة خاصة للتعبير عن تلك القواعد والضوابط الملزمة التي تسيّر المجتمعات. هذه اللغة الخاصة التي يستعملها رجال القانون تستمد صيغتها من اللغة العامة، وبالأحرى هي إستعمال خاص للغة الوطنية، على حد تعبير "جيرار كورني"<sup>3</sup>.

- د. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، نفس المرجع السابق، ص: 53.<sup>1</sup>  
 - وهاب محمد عادل، "إشكالية ترجمة المصطلحات القانونية في قانون العقوبات الجزائري" رسالة لنيل الماجستير، جامعة<sup>2</sup>

أبي بكر بلقايد، 2016/2015، ص: 55.

- مينة بالمرقة، نفس المرجع السابق، ص: 13.<sup>3</sup>

الفرض والحكم، هما عنصرا القاعدة القانونية، فالفرض هو المركز أو الوضع المجرد الذي تعالجه القاعدة القانونية، والحكم هو الحل الملائم الذي يتقرر لمواجهة الفرض عند تحققه في العمل، بمعنى أن المشرع - هو الجهة الرسمية المنوط بها سن النصوص القانونية- يفترض فرضا معينا ثم يقدم لهذا الفرض حلا<sup>1</sup>. ويمكن الإستدلال بالمثال على التالي:

أ- " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

ب - " وسن الرشد هي ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة".

فالمشرع قد إفترض في هذا النص فرضا هو: كل من يبلغ الثمانية عشر من عمره متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه. والحكم أو الحل هو كونه راشد وكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، ويفهم من ذلك أن من لا يبلغ هذا السن يعد قاصرا غير راشد.

### - الدقة والوضوح:

الدقة والوضوح من أهم صفات لغة القانون فهما مرتبطان بجلاء القاعدة القانونية. كما أن صياغة مادة تشريعية أو عقد بطريقة تحتمل تفسيرات كثيرة ومتباينة يقود صاحب المصلحة إلى هول التقاضي والمحاكم. فالكلمة في الوثيقة القانونية تكسب معنى محددا مرتبطا بالسياق الذي ترد فيه.

و يقصد بالدقة في الصياغة- بوجه عام - إستخدام الألفاظ حسب معناها الصحيح، وفي موضعها الصحيح.

- د. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، نفس المرجع السابق، ص: 53<sup>1</sup>

ويقصد بالوضوح : أن تعبر الكلمات والعبارات عن المقصود بسهولة ويسر، بحيث يستطيع المستمع، ويتمكن القارئ، من أن يقف على حقيقة المراد من الخطاب – شفها أكان أم تحريريا – بسهولة ويسر. والتحلي في الصياغة بالدقة والوضوح أمر ضروري في الصياغة القانونية- بوجه عام- يحسبان أن ميدانها هو : تحديد الواجب والمحظور، والإلتزامات والحقوق، وما يقترن بذلك-جميعه- من جزاء<sup>1</sup>.

يساعد الوضوح في الصياغة القانونية على إزالة الإلتباس والغموض. وينبغي التأكد من أن الكلمات المستخدمة في الوثيقة القانونية واضحة ودقيقة وثابتة في دلالتها لثلاثة أسباب وهي<sup>2</sup>:

**أولاً:** إذا لم يتوفر في القانون الوضوح والدقة وثبات التعبير لن يعرف الناس ما يطلب منهم أن يفعلوه، وما التصرفات التي يتوقعنها من المسؤولين المنوط بهم تنفيذها.

**ثانياً:** تؤدي صياغة مشروع القانون بطريقة واضحة ودقيقة إلى تحقيق هدفين في وقت واحد، هما أحداث تحول(أي إستخدام النظام القانوني لتغيير السلوكيات المسببة للمشكلات) وضمان إتخاذ قرارات غير تعسفية من قبل المسؤولين المنوط بهم تنفيذها. فكل الأمرين يتطلبان إستخدام النظام القانوني للتشجيع على السلوكيات التي يهدف القانون إلى أن يتبعها أولئك الذين يخاطبهم.

- عليوة مصطفى فتح الباب"الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات" الكتاب الثاني(صياغة وتفسير التشريعات) دار<sup>1</sup>

الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012، ص: 117.

- فاطمة خليل، "اللغة القانونية وتطبيقاتها في مدونة الأسرة المغربية"، مرجع سابق، ص: 50.<sup>2</sup>

**ثالثاً:** يحدد الشعب من خلال القوانين التي يصدرها البرلمان الممثل لطوائف الشعب سلوك شاغلي مقاعد السلطة. وسيتبدد مبدأ حكم القانون، إذا لم يمثل للقانون المعنيين به من الرسميين (وهم القضاة والمسؤولون).

### - بساطة اللغة القانونية:

إن المقصود بتبسيط اللغة القانونية ليس معناها جعلها لغة عامية أو الاستغناء عن الانضباط الفكري للقانون. وتبسيط لغة القانون لا يتم عبر التشطيب على مفردات اللغة القانونية أو استبعاد كل المصطلحات التقنية والمفاهيم، بل يراد به تبسيط تركيبات الجمل بمراعاة معاني مفردات اللغة. وتجدر الإشارة إلى أن اللغة القانونية ليست هي أساس التعقيدات في فهم النصوص القانونية، لكن بعض مواضيع القانون المتخصصة هي الأصل في التعقيد وليس للغة دخل في ذلك.

إن خاصية تبسيط اللغة القانونية وجعلها سهلة الفهم للعموم هو أمر نسبي لأن هذا الالتزام الواقع على المشرع تحده مجموعة من الإكراهات وعلى رأسها أن بعض مواضيعه لها طبيعة تقنية.

### - لغة مباشرة :

تتسم لغة القانون بأنها لغة مباشرة تبعد كل البعد عن المحسنات البيديعية وأساليب البلاغة، حيث يؤدي استخدام مثل هذه الأساليب إلى إضعاف النص بل وهدم كيانه. فمثل هذه الأساليب قد تكون من المحرمات في اللغة القانونية.

### - أسلوب التعميم والتضمين:

يستعمل رجال القانون غالباً أسلوب التعميم والتضمين لاسيما في المصطلحات الخاصة بالجنس والعدد حيث تتضمن الكلمات التي تشير إلى الذكر

والمؤنث والعكس بالعكس، كما تتضمن الكلمات التي تشير إلى المفرد بمعنى الجمع والعكس بالعكس، وتجدر الإشارة هنا على أنه يتعدى التعميم الكلمات إلى الزمن، حيث يتضمن الزمن زمناً آخر كالمستقبل الذي يتضمن الحاضر والعكس كذلك مؤد للمعني، كما يلجأ رجال القانون بصفة عامة إلى إتباع هذا الأسلوب كطريقة تجديدية من أجل تفادي الإطناب والحشو وجعل الإختصار من سمات اللغة القانونية<sup>1</sup>

## المبحث الثاني: أنواع اللغة القانونية.

يمكن الحديث عن أنواع اللغة القانونية، من خلال التطرق في المطلب الأول، إلى اللغة التشريعية والقضائية، فيما المطلب الثاني، سنخصه، للغة الأكاديمية ولغة المحاماة والفقهاء.

### المطلب الأول: اللغة التشريعية والقضائية.

#### - اللغة التشريعية:

وتتكون من الوثائق القانونية النمطية مثل: القوانين التي يصدرها البرلمان كسلطة تشريعية، والوثائق الدستورية والعقود، والإتفاقيات والمعاهدات، وغير ذلك، يكون الهدف الرئيسي من هذه اللغة هو تحديد مجموعة من الإلتزامات أو المحظورات وتحويل الصلاحيات والإمتهيازات، فأسلوب لغة التشريع هو الأسلوب الذي تصاغ به القوانين بحيث يستبعد الخلط بينه وبين الأساليب القانونية الأخرى

- إبتسام بن بوضياف، "ترجمة القانون الدولي بين الحرفية والتقنيات الترجمة"- دراسة تحليلية نقدية مقارنة لميثاق الأمم<sup>1</sup> المتحدة- مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الترجمة، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، كلية الآداب واللغات، 2014/2015، ص: 30.

كما أكده جيمار<sup>1</sup> بمعنى أن " أسلوب القانون ذو طابع خاص يميز عن غيره من الأساليب، بحيث يستحيل الخلط بينه وبين الأسلوب المستعمل في الأحكام والعقود".

أهم ما يميز اللغة التشريعية أنها لغة مباشرة، لأنها موجهة إلى العموم، ولذلك من المفروض أن تكون واضحة ودقيقة. فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما. ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به، بحيث يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى. ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد بإستعماله في ظروف مختلفة.

كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين، وجب ألا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى، ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين غنية وأن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى الجمهور<sup>2</sup>.

ومما يميز اللغة التشريعية أيضا الإستقرار، فالمشروع يميل في بناء النصوص التشريعية إلى إستخدام العبارات المرنة التي تنطبق على كل الفروض الواقعة وقت إصداره وتتسع للفروض المحتملة مستقبلا،

وهي بذلك تختلف عن الأحكام القضائية التي يجب أن تتسم عباراتها بالدقة والتحديد<sup>3</sup>.

ويمكن تلخيص أهم خصوصيات اللغة التشريعية فيما يلي<sup>1</sup>:

- 
- زهرة عبد الباقي، "إشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري" مذكرة لنيل شهادة الماستر، 2015، ص: 25.<sup>1</sup>
  - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "على أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري"، الكتاب الذهبي للمحام الأهلية،<sup>2</sup>
  - الطبعة الثانية، طبعة نادي القضاة مصر، 1990م، ص: 115.
  - سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات<sup>3</sup>
  - مصر، الطبعة الأولى، 2009م، ص: 41.

- إنعدام الترادف بين الألفاظ والمصطلحات المستعملة تفاديا للزيادة في المعنى المراد، وتجنبنا للتعارض في دلالة الألفاظ، على خلاف اللغة العامة التي تعتبر ظاهرة الترادف فيها أمرا مقبولا ومستساغا، وفي أحيان عديدة يكون محبذا ومستحسنا من أجل جمالية التعبير وحسن الصياغة.

- إعتقاد وحدة دلالة اللفظ أو المصطلح في السياق الواحد، توخيا للوضوح، وتبيننا لقصد المشرع، وإبتعادا عن احتمالات التأويل والقراءات المتعددة، إذ أن صياغة المعاني القانونية بكيفية واضحة، يؤدي إلى تفادي التنازع في تطبيق القاعدة القانونية.

- تجنب التعابير العامة، وإعتقاد التراكم اللغوية على ألفاظ محددة الدلالة، سواء منها الدلالة المعجمية العامة أو الدلالة الإصطلاحية الخاصة.

- إتصاف الأسلوب القانوني الذي تصاغ به القواعد القانونية بالتركيز الشديد للعبارة، من خلال التعبير بأسلوب مركز ومكثف، وتفادي الحشو والألفاظ الزائدة، إذ كل لفظ أو عبارة زائدة في الصياغة القانونية تعني الزيادة في المعنى خلافا لإرادة المشرع ومقصوده.

- توخي إستعمال المصطلحات القانونية المتداولة والمتواترة في كل مجال من مجالات التشريع، حسب طبيعة النص، وحسب المجال الذي يندرج في إطاره.

- تجنب ظاهرة التكرار في الصيغ والعبارات للإفصاح عن المعنى الواحد وفي السياق نفسه.

---

- عبد الإله فونتيير، "اللغة العربية والنص التشريعي: تأملات وإشكالات"، ضمن كتاب اللغة العربية في الخطاب التشريعي<sup>1</sup> والإداري والإعلامي في المغرب، ندوة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، 20-21 أكتوبر 2010، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات، 2011، ص: 61-63.

- إعتداد الضمائر المستترة وضمائر الغائب كلما كان إستعمالها مفيدا في الدلالة على المضمرة، وخيف اللبس، وجب الإظهار لما لذلك من تأثير بليغ على السياق في بيان المقصود، وعلى من يعود عليه الضمير، سيما إذا تعلق الأمر بمن يقع عليه إلتزام، أو من هو المخاطب بقاعدة، أو من هو صاحب حق.

- تجنب إستعمال النعوت والصفات إلا إذا كان ذلك في معرض البيان المطلوب، أو لضرورة تقنية ملحة.

- الإستعاضة عن الصيغ الإنشائية الطويلة بالجمل القصيرة المتسلسلة، من أجل التعبير المباشر وفي حدود المطلوب، عن المعاني الحقوقية المراد الإفصاح عنها.

- غلبة إستعمال الجمل الفعلية في الصياغة القانونية، وقلّة إستعمال الجملة الإسمية، التي يتم اللجوء إليها في حالات نادرة، خصوصا عندما يتعلق الأمر بإقرار مبدأ، أو إقرار معادلة قانونية بين الحقوق والإلتزامات.

- غلبة إستعمال الفعل المضارع في الصياغة القانونية، مادام زمن تطبيق القاعدة دائما هو زمن لاحق لتاريخ إصدارها، في حين أن الحالات النادرة التي يستعمل فيها الفعل الماضي تكون مقتصرة على حالات وصف وقائع قانونية من أجل ترتيب آثار ونتائج قانونية عليها.

- تجنب الصياغة القانونية التعابير العامة والغامضة والملتبسة، وإستعمال صيغ وعبارات دقيقة بدلا عنها، تعكس لغة معيارية في مجال الحقوق والإلتزامات، وليس مجرد إعلان للنيات والتطلعات، على غرار ما هو الحال بالنسبة إلى بعض المواثيق والإتفاقيات الدولية التي يكون فيها الأمر مقصودا ومطلوبا من أجل حث الدول وتشجيعها على إصدار تشريعات وطنية.

## - اللغة القضائية:

وتشمل لغة الأحكام التي تصدرها المحاكم، إذ أن هناك صيغة خاصة لإعداد الأحكام القضائية التي تعرف بمنطوق الحكم الذي يشمل أدق التفاصيل والأسباب ونوع العقوبة، مع بيان السند القانوني لها.

يعرف زكي عريبي الحكم القضائي بالقول: "الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، وعنوان الحقيقة يجب أن يكون جديرا بها من حيث صياغته على الأقل"<sup>1</sup>.

لاتنتهي مهمة القاضي بالوصول إلى رأي فاصل في الدعوى المطروحة أمامه، إذ عليه أن يؤيد حكمه بقلمه، وليس الأمر يسيرا، لاسيما في القضايا التي تدفع فيها حجج الخصوم بعضها البعض، كل لديه من الحجج الدامغة والبراهين القوية ما يجعل القاضي حائرا بينها، حتى ما إذا قال كلمته الحاسمة، فإنه يثور التساؤل عن كيفية هذا القول<sup>2</sup>.

ولاقية للفكر الذي ينتهي إليه القاضي بدون لغة يعبر بها عن هذا الفكر، فباللغة ينتقل يقين إقناع القاضي من دائرة الإقتناع الداخلي إلى الفكر المحسوس الذي يمكن من إدراكه والوقوف عليه<sup>3</sup>. لذلك يتعين عليه " أن يصوغ حكمه في أسباب. وهذه الأسباب يتطلع إليها الخصمان، سواء الخاسر دعواه أو الكاسب لها. ومعرفة أصول اللغة تمكنه من فهم حجج الخصوم ودفاعهم، كما أنها تعنيه على الوقوف على أسرار كل لفظ عند نقاش الخصوم أمامه وما يدلون به في مرافعتهم وما يسطرونه في مذكراتهم المقدمة إليه.

- زكي عريبي، لغة الأحكام والمرافعات، الكتاب الذهبي للمحاكم، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مصر، 1990، ص: 179.<sup>1</sup>

- زكي عريبي، نفس المرجع، ص: 181.<sup>2</sup>

- حسن السيد بسيوني، تقاليد ومنهجية العمل القضائي، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2010م، ص: 64،<sup>3</sup>

وترتهن اللغة القضائية بشخص القاضي وتتأثر بجوانب شخصيته وتكوينه العلمي والقضائي، ويترتب على ذلك إختلاف لفة القضاء، لكن ذلك لا يمنع من وجود ضوابط مشتركة يجب التقيد بها، ومن ذلك التوفر على حس لغوي يمكن القاضي من حسن إختيار الألفاظ، ودقتها، والإبتعاد عن الحشو، وهذه ضوابط يجب أن يتقيد بها القاضي في تحرير الأحكام<sup>1</sup>، لأنها تساعد على تفهم الواقعة، بأركانها وظروفها.

ويجب لذلك أن تكون أسباب الحكم مقنعة، ولا يتوفر هذا الإقناع إلا بأن يكون لدى كاتبها المقدرة بحيث يستطيع أن يعالج بقلمه القضية من جميع نواحيها. يبين بجلاء وقائعها، ويستعرض مختلف الآراء فيها بدقة وإيجاز، يناهض ما يرى مناهضته، ويؤيد ما يرى تأييده. ثم يقف الرأي الذي يعتقد صحته<sup>2</sup>. فكثيرا ما يكون ضعف اللغة وسوء الصياغة سببا في رفض الحكم، ولذلك فإن ثقافة القاضي الواسعة وتكوينه الدقيق في مجال القضاء لا يكفيان لوجود قاض ناجح، "فمن القضاة من يصل بحسن بديهته وسلامة تفكيره إلى الرأي الصحيح، ولكنه بسبب ضعف قدراته الفنية يعجز عن أن يحسن عرض رأيه بالشكل المؤثر المقنع"<sup>3</sup>.

للإعتبارات السابقة فإن علوم اللغة "من العلوم الأساسية اللازمة لنجاح القاضي في عمله، إذ إنها تمكنه من فهم أسرار المشاكل الإنسانية عند إطلاعها على لغة الخصوم بكيفية تظهره في مستوى الكاتب الإجتماعي والفيلسوف الحكيم الذي يصور المشاكل الإجتماعية في حكمه في أجلي مظهر وفي أحسن صورة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - زكي عريبي، لغة الأحكام والمرافعات، مرجع سابق، ص: 182.

<sup>2</sup> - زكي عريبي، نفس المرجع، ص: 183.

<sup>3</sup> - بيرو كالمندري، قضاة ومحامون، ترجمة حسن العروسي، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، 1962م، ص: 123.

<sup>4</sup> - عبد الإله فونتير، اللغة العربية والنص التشريعي: تأملات وإشكالات، مرجع سابق، ص: 63.

كما يستخدم القضاة في قراراتهم القضائية والوثائق التي تخرج عنهم مصطلحات خاصة مثل الخصوم، الدعوى، وتتضمن الوثائق الصادرة عن القضاء المعلومات التالية:

إسم المحكمة، أسماء الخصوم، طلبات الخصوم، الدفع القانونية، وقائع الدعوى، أسباب الحكم<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : اللغة الأكاديمية ولغة المحاماة والفقهاء.

#### - اللغة الأكاديمية:

ويندرج تحت هذا النوع لغة المجالات البحثية الأكاديمية القانونية، كتب المقررات الدراسية والمناهج الخاصة بتدريس القانون.

تسعى اللغة القانونية الأكاديمية لمساعدة المتعلم ليتفوق أكاديميا في مجال تخصصه (القانون)، إذ تمده بما يحتاج إليه من أدوات لغوية.

#### - لغة المحاماة:

قد تكون لغة المحاماة لغة حديث المرافعات أو لغة كتابة المذكرات، وهي في كلتا الحالتين لغة مخاطبة التماس، ولغة العقول، فقد "بدأت المحاماة صناعة خطابة، وفصاحة، وبلاغة، وإطالة، ثم تطورت، كما تطور كل شيء في هذا العالم، إلى صناعة إقناع، وحجج، وأدلة، بدأت فنا، قوامه اللفظ البليغ".

إن نص المرافعة سواء أكان مكتوبا (مذكرة) أو شفويا (مرافعة) يحمل خصوصيات لسانية. فلا بد للمحامي من معرفة بمخارج الحروف وصفاتها وما يعترض بعضها من تغيرات عند النطق، وأن يتمرن على إبرازها أخذًا بعين الإعتبار

- الدكتورة نسرين سلامة محاسنة - مهارات البحث والكتابة - دار المسيرة ، الطبعة الأولى 2011 م، ص: 42-43.<sup>1</sup>

العوامل المؤثرة في إنتاج الصوت، لأن صوت الإنسان أهم وسائل التعبير عما يختلج النفس، فقد تكون العين، والملامح، والإشارة، والحركة... وسائل للتعبير لاتقل بلاغة، لكن الصوت يبقى أهمها.

يؤدي الصوت الإنساني المعاني بتراوحه بين الإرتفاع والإنخفاض والإنحباس والإنطلاق والسرعة والبطئ في الأداء والرقّة والتفخيم، وهذه خصائص من شأنها أن تؤثر على محتوى أي مرافعة، كما أن مرافعة المحامي عادة ما تتضمن كلمات وجمل تكون ذات أهمية في حسم الدعوى، وحتى تنال هذه الكلمات والجمل موقعها المناسب في سياق الترافع، فإنه يتعين على المترافع أن يكون على دراية بالنبر والتنغيم، وعلى القواعد الضابطة لهذه الظواهر الصوتية-اللسانية إن هو أراد فعلا أن يضمن للقضية التي يترافع من أجلها النجاح.

### - لغة الفقه.

وهذه لغة حرة لا تنقيد بقيود، ويقصد بلغة الفقه التي يستخدمها الكتاب والشراح في تفسير وتأصيل النصوص والنظريات القانونية، ونجد هذه اللغة في الكتب والأبحاث والرسائل الجامعية. ومن الجدير بالذكر أنه لا توجد قيود أو شروط تفرض على لغة الفقه، وخاصة الكتب والمراجع، حيث من حق أي باحث أن يؤلف كتابا ويطرحة في السوق ولا توجد جهة تراقب الشكل والمضمون لهذا الكتاب. على أن الأبحاث والرسائل الجامعية تخضع لرقابة، حيث يتم تقييمها من قبل متخصصين.

## خاتمة.

ختاما يمكن القول أن اللغة القانونية هي " مجموعة من القواعد القانونية التي تكون النظام القانوني الذي يحكم، فعلا، حياة جماعة من الناس في مكان وزمان معينين.

– تتميز اللغة القانونية بمجموعة من الخصائص وهي كالتالي:

- أنها لغة متخصصة.
- لغة عامة ومجردة.
- لغة الإلزام والجزاء.
- تنظم سلوك الأفراد في المجتمع.
- أنها لغة مباشرة.
- الدقة والوضوح.
- لغة بسيطة.
- أسلوب التعميم والتنظيم.

– أنواع اللغة القانونية وهي كالتالي:

أ – اللغة التشريعية:

وتتكون من الوثائق القانونية النمطية مثل: القوانين التي يصدرها البرلمان كسلطة تشريعية، والوثائق الدستورية والعقود، والإتفاقيات والمعاهدات، وغير ذلك.

## ب - اللغة القضائية:

وتشمل لغة الأحكام التي تصدرها المحاكم، إذ أن هناك صيغة خاصة لإعداد الأحكام القضائية التي تعرف بمنطوق الحكم الذي يشمل أدق التفاصيل والأسباب ونوع العقوبة، مع بيان السند القانوني لها.

## ج - اللغة الأكاديمية:

لغة المجلات البحثية الأكاديمية القانونية، كتب المقررات الدراسية والمناهج الخاصة بتدريس القانون.

## د - لغة المحاماة:

قد تكون لغة المحاماة لغة حديث المرافعات أو لغة كتابة المذكرات، وهي في كلتا الحالتين لغة التماس، ولغة مخاطبة العقول.

## هـ - لغة الفقه:

ويقصد بلغة الفقه التي يستخدمها الكتاب والشرح في تفسير وتأصيل النصوص والنظريات القانونية، ونجد هذه اللغة في الكتب والأبحاث والرسائل الجامعية.

## - لائحة المراجع:

## - مراجع باللغة العربية:

❖ محمد شليح "دور الميتودولوجية القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الإصطلاحية في القانون المغربي للإلتزامات والعقود" مجلة القانون الإقتصاد، عدد مزدوج 21-22 يناير 2006م.

- ❖ فاطمة خليل، "اللغة القانونية وتطبيقاتها في مدونة الأسرة المغربية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2010-2011م.
- ❖ مينة بوالمرقة " ترجمة بعض المصطلحات والمفاهيم المستمدة من القانون الإسلامي إلى اللغة الفرنسية " مذكرة الماجستير جامعة منتوري - قسنطينة، 2008م.
- ❖ عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة عمان \_الأردن، ط الأولى سنة 2014م -1435 هـ
- ❖ سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية مصر، الطبعة الأولى، 2010م.
- ❖ وهاب محمد عادل، "إشكالية ترجمة المصطلحات القانونية في قانون العقوبات الجزائري" رسالة لنيل الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015/2016.
- ❖ عليوة مصطفى فتح الباب "الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات" الكتاب الثاني(صياغة وتفسير التشريعات) دارالكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012.
- ❖ إيتسام بن بوضياف، " ترجمة القانون الدولي بين الحرفية والتقنيات الترجمةية"- دراسة تحليلية نقدية مقارنة لميثاق الأمم المتحدة - مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الترجمة، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، كلية الآداب واللغات، 2014/2015.
- ❖ زهرة عبد الباقي، "إشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري" مذكرة لنيل شهادة الماستر، 2015.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "على أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري"، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، الطبعة الثانية، طبعة نادي القضاة مصر، 1990م.
- ❖ سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، الطبعة الأولى، 2009م.
- ❖ عبد الإله فونتير، " اللغة العربية والنص التشريعي : تأملات وإشكالات"، ضمن كتاب اللغة العربية في الخطاب التشريعي والإداري والإعلامي في المغرب، ندوة أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، 20-21 أكتوبر 2010، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات، 2011.
- ❖ زكي عريبي، لغة الأحكام والمرافعات، الكتاب الذهبي للمحاكم، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مصر 1990.

- ❖ حسن السيد بسيوني، تقاليد ومنهجية العمل القضائي، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2010م.
- ❖ بيرو كالمندري، قضاة ومحامون، ترجمة حسن العروسي، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، 1962م.
- ❖ نسرين سلامة محاسنة - مهارات البحث والكتابة - دار المسيرة ، الطبعة الأولى 2011 م.

- مراجع باللغة الفرنسية:

- ❖ Les Engeux de la Traduction Juridique:Principes et Nuances .Jean-claude
- ❖ Gémar.dans Traduction de textes Juridiques ;problèmes et méthodes.équivalences 98 ;Séminaire ASTTI du 25-9-1998.
- ❖ LinguistiqueJuridique.GérardCornu .Montchrestien.Pa ris.1990.

## المقاربة القانونية لإعلان حالة الطوارئ الصحية

ذ. عبد المغيث الحاکمي  
 باحث بسلك الدكتوراه  
 - جامعة القاضي عياض- مراكش

### مقدمة:

يعتبر المغرب من الدول القلائل التي راهنت منذ البداية على حالة الطوارئ الصحية من خلال بلاغ وزير الداخلية، وكذا إصدار كل من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها<sup>1</sup>، والمرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد<sup>2</sup>، وبناء على ذلك تكون الحكومة قد خطت خطوة مهمة في تنزيل مقتضيات الدستور<sup>3</sup>، وذلك من خلال تأكيدها على أهمية تنزيل حالة الطوارئ الصحية على أرض الواقع بشكل قانوني يستجيب لتطلعات المجتمع المغربي بعيدا عن كل تعسف أو شطط في استعمال السلطة، وكذا الدور المحوري الذي يجب أن تلعبه حالة الطوارئ الصحية في إطار الحد من انتشار فيروس كورونا وحماية المواطنين والمواطنات، وتعتبر مسألة تنزيل الحكومة المغربية للمقتضيات القانونية المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية بموجب مرسومين مكسبا يعبر عن مدى

<sup>1</sup> مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر بتاريخ 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، الصفحة 1782.

<sup>2</sup> مرسوم بقانون رقم 2.20.293 صادر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد 19، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، الصفحة 1783.

<sup>3</sup> ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 ( 29 يوليوز 2011 ) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، الصفحة 3600.

الجدية المتبعة من أجل حماية جميع فئات المجتمع، على اعتبار أن ما يطمح إليه الإنسان ويريده، هو أن ينعم بالأمن والطمأنينة والسلامة على حياته.

وكما هو معلوم فلإنسان حقوق ترقى إلى درجة القداسة فلا يجوز المس بها، والاعتداء عليها من طرف الدولة أو الأفراد أو المجتمع، فالفرد له مجاله الخاص المحمي بالدستور لكن مع إعلان حالة الطوارئ الصحية تم الحد والقيود من الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تفاديا للأخطار التي قد تهدد حياة الأشخاص وسلامتهم بسبب انتشار فيروس كورونا كوفيد 19.

للإحاطة بالموضوع، ارتأينا إلى معالجته من خلال التصميم التالي:

**أولا : الأساس القانوني لإعلان حالة الطوارئ الصحية**

**ثانيا: التدابير اللازمة التي تفرضها حالة إعلان الطوارئ الصحية.**

**أولا : الأساس القانوني لإعلان حالة الطوارئ الصحية**

عملا بمفهوم الحق والقانون ودولة المؤسسات المصرح به في مضمون الدستور المغربي، فقد خول الدستور للحكومة أن تصدر خلال الفترة الفاصلة بين الدورات وبتوافق اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، والتي يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان<sup>1</sup> ويجد ذلك أساسه في ضرورة استمرار نشاط السلطات العمومية في ظل الظرفية الحالية حماية

<sup>1</sup> ينص الفصل 81 من الدستور على مايلي: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وبتوافق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية.

يودع مشروع المرسوم بقانون لدى مكتب مجلس النواب، وتناقشه بالتتابع اللجان المعنية في كلا المجلسين، بغية التوصل داخل أجل ستة أيام، إلى قرار مشترك بينهما في شأنه. وإذا لم يحصل هذا الاتفاق، فإن القرار يرجع إلى اللجنة المعنية في مجلس النواب."

للتراب الوطني من خلال إعلان حالة الطوارئ الصحية بموجب مرسومين بسبب انتشار وباء كورونا كوفيد-19 الذي تسبب في اتخاذ مجموعة من التدابير العاجلة اللازم اتخاذها لمواجهة تبعات وباء فيروس كورونا، وكذا بالموازاة مع الإجراءات الاحترازية والوقائية التي اتخذتها المملكة للحفاظ على سلامة وأمن المواطنين والمواطنات.

وإن حالة الطوارئ الصحية من الناحية القانونية، لا يتم الإعلان عنها إلا بموجب مرسوم يتخذ باقتراح مشترك للسلطتين الحكوميتين المكلفتين بالداخلية والصحة يحدد النطاق الترابي لتطبيقهما، ومدة سريان مفعولهما، والإجراءات الواجب اتخاذها كما يمكن تمديد مدة سريانها.

مما لا شك فيه أن المرسوم المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية قد حدد على سبيل الحصر الحالات التي توجب إعلان حالة الطوارئ الصحية على سبيل الحصر وهي كالتالي:

- كلما كانت حياة الأشخاص مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية.
- كلما كانت سلامة الأشخاص مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية.
- تفادي الأخطار التي يمكن أن تنتج عن انتشار أمراض معدية أو وبائية.

لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد19 نجدها حددت مجال سريان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني إلى غاية يوم 20 أبريل 2020 في الساعة السادسة وذلك من أجل مواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد 19 وبالتالي تكون هذه المادة حددت نطاق التطبيق بشكل واضح لكنها أغفلت نقطة مهمة تتعلق بمدة السريان بحيث إنه يعاب

على الحكومة أنها خالفت مقتضيات المرسوم رقم 2.20.292 ولاسيما المادة الثانية وعلى اعتبار أن هذه المادة كانت صريحة من خلال تنصيصها على مدة سريان حالة الطوارئ الصحية وهو ما أغفلته الحكومة في المادة الأولى من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد19، بحيث أنها حددت تاريخ نهاية سريان حالة الطوارئ الصحية دون أن تحدد تاريخ بدء السريان وهو أمر مهم أغفلته والذي قد تكون له تبعاته بالمستقبل وبالتالي التأثير على مجموعة من الالتزامات والآجال القانونية، وتأسيسا على ذلك فما هو أجل سريان حالة الطوارئ الصحية في هذه الحالة؟ هل هو تاريخ نشر المرسوم بالجريدة الرسمية أي يوم 24 مارس 2020 أم أنه تاريخ صدور بلاغ وزير الداخلية يوم 20 مارس 2020، لأن فرق المدة بينهما سيأثر لا محال على مجموعة من الالتزامات وكذا مقتضيات المنصوص عليها بالمرسومين.

وعلاقة بالموضوع لا يمكن تكييف بلاغ وزير الداخلية المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية سواء بمسألة الحصار المنصوص عليها بالفصل 74 من الدستور أو بمسألة الاستثناء المنصوص عليها بالفصل 59 من الدستور على اعتبار أنه في الحالة الأولى يتم إعلان ذلك بمقتضى ظهير يوقعه بالعطف رئيس الحكومة، أما الحالة الثانية فيتم إعلان ذلك من طرف الملك بموجب ظهير بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية، وتوجيه خطاب إلى الأمة.

وانطلاقا مما سبق ما هي القيمة القانونية للبلاغ الصادر عن وزير الداخلية في ظل غياب سند قانوني يركيه، وللإجابة عن ذلك حاولت الحكومة من خلال مقتضيات المادة الثالثة من المرسوم رقم 2.20.292 تدارك البلاغ الصادر عن

وزير الداخلية لعدم إعلانه عن السند القانوني لإعلان حالة الطوارئ الصحية من خلال تنصيبها على أنه خلال فترة إعلان حالة الطوارئ الصحية يمكن أن تتخذ جميع التدابير اللازمة التي تفتضيها هذه الحالة بموجب مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو بواسطة مناشير وبلاغات، من أجل التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية للمرض وتعبئة الوسائل المتاحة لحماية الأشخاص وضمان سلامتهم.

### ثانياً: التدابير اللازمة التي تفرضها حالة إعلان الطوارئ الصحية

يترتب عن إعلان حالة الطوارئ الصحية اتخاذ مجموعة من التدابير اللازمة من طرف السلطات العمومية للمحافظة على سلامة وأمن المواطنين والمواطنات، وهذا بدوره يؤدي إلى فرض العديد من القيود على الحريات والحقوق الشخصية المكفولة بالدستور وذلك بغية الحد من انتشار فيروس كورونا كوفيد-19، ومن أجل ذلك تم اتخاذ مجموعة من التدابير بموجب المادة الثانية والمادة الرابعة من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني:

- 1- عدم مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم مع اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة، طبقاً لتوجيهات السلطات الصحية؛
- 2- منع أي تنقل لكل شخص خارج محل سكنه، إلا في حالات الضرورة القصوى التالية:
  - التنقل من محل السكنى إلى مقرات العمل، ولاسيما في المرافق العمومية الحيوية والمقاولات الخاصة والمهن الحرة في القطاعات والمؤسسات الأساسية المحددة بقرارات للسلطات الحكومية المعنية، مع مراعاة الضوابط التي تحددها السلطات الإدارية المعنية من أجل ذلك؛
  - التنقل من أجل اقتناء المنتجات والسلع الضرورية للمعيشة، بما في ذلك اقتناء الأدوية من الصيدليات؛

- التنقل من أجل الذهاب إلى العيادات والمصحات والمستشفيات ومختبرات التحليلات الطبية ومراكز الفحص بالأشعة وغيرها من المؤسسات الصحية، لأغراض التشخيص والاستشفاء والعلاج؛

- التنقل لأسباب عائلية ملحة من أجل مساعدة الأشخاص الموجودين في وضعية صعبة، أو حاجة إلى الإغاثة.

3- إغلاق المحلات التجارية وغيرها من المؤسسات التي تستقبل العموم خلال فترة الطوارئ الصحية المعلنة، ولا يمكن فتح هذه المحلات والمؤسسات من قبل أصحابها إلا لأغراضهم الشخصية فقط.

4- يتعين على رؤساء الإدارات بمرافق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية وكل مقولة أو مؤسسة خاصة، تمكين الموظفين والأعوان المأجورين التابعين لهم من رخص استثنائية للعمل تحمل أسماءهم، قصد الإدلاء بها عند الاقتضاء لدى السلطات العمومية المكلفة بالمراقبة.

ويستفاد من مقتضيات المادة الثانية والمادة الرابعة من المرسوم أعلاه أنها حصرت حالات الخروج المحددة في 5 حالات (-) الاقتناء- التطبيب- التنقلات العائلية الملحة- حالة الإغاثة- العمل)، منحت الحالات الأربع للأشخاص القاطنين بمساكنهم من أجل التنقل للحالات الضرورية القصوى، بينما الحالة الخامسة فقد منحها للموظفين والأعوان والمأجورين من أجل التنقل للعمل.

وتماشيا مع مقتضيات المادة الثالثة من مرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، فقد تدخل رئيس الحكومة بموجب منشور رقم 03/2020 بتاريخ 25 مارس 2020 والذي يتعلق موضوعه بتأجيل الترقيات وإلغاء مباريات التوظيف وذلك بغية

تخفيف العبء عن ميزانية الدولة وتمكينها من توجيه الموارد المتاحة نحو مواجهة التحديات المطروحة، ويتعلق الأمر بما يلي:

- 1- تأجيل تسوية جميع الترقيات المبرمجة في ميزانية السنة الجارية، غير المنجزة لحد الآن، حيث يتعين على الأمرين بالصرف عدم عرض مشاريع القرارات المجسدة لهذه الترقيات على مصالح المراقبة المالية المعنية؛
- 2- تأجيل جميع مباريات التوظيف، ما عدا تلك التي سبق الإعلان عن نتائجها، علماً أنه سيتم العمل على الاستجابة لحاجيات الإدارات العمومية من التوظيفات، بعد تجاوز هذه الأزمة بحول الله وفي حدود الإمكانيات المتاحة.

ويأتي هذا المنشور في ظرفية تعرف انتشار وفيروس كورونا كوفيد-19 لمواجهة انعكاساته السلبية والتي تقتضي تظافر جهود الجميع، وتعبئة كل الموارد المتاحة لتجاوز هذه الظرفية الصعبة، ويمكن أن نثير بهذا الخصوص نقطة تناولها منشور رئيس الحكومة المتعلقة بتأجيل الترقيات ولما يمكن أن يثيره هذا المقتضى من طعون أمام المحاكم الإدارية بغية إلغائه أو المطالبة بالتعويض عن التأخير.

وتجد أن هذا المنشور جاء تفعيلاً للمادة الخامسة من مرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والتي تمنح للحكومة إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك أن تتخذ بصفة استثنائية، أي إجراء ذي طابع اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة استعجالية، والذي من شأنه الإسهام، بكيفية مباشرة، في مواجهة الآثار السلبية المترتبة عن إعلان حالة الطوارئ الصحية المذكورة.

وعلاوة على ذلك فالآجال القانوني يقوم بضبط أمور الناس وانشغالاتهم بداية ونهاية، وعن طريقه يتم إلزامهم بضبط شؤونهم مع الآجال المحددة لذلك ومن منطلق الضبط والانضباط سعت المادة السادسة من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، إلى التمييز بين المبدأ والاستثناء بخصوص توقيف الآجال واستمرارها، ويتمثل المبدأ في توقيف سريان مفعول جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة، ومن هذا المنطلق هل تاريخ احتساب وقف سريان مفعول هل يحتسب على أساس صدور بلاغ وزير الداخلية وإعلان حالة الطوارئ أم من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية للمرسوم رقم 2.20.293 بالمتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19، أما الاستثناء فيتمثل في عدم سريان مقتضيات الفقرة الأولى على الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي.

وتفاعلا مع هذا المستجد المتعلق بتوقيف مفعول الآجال أصدر المحافظ العام مذكرة عدد 2020/06 بتاريخ 25 مارس 2020 إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية ورؤساء مصالح المسح العقاري والتي تتعلق بموضوعها بوقف الآجال التشريعية والتنظيمية المرتبطة بمختلف المساطر والإجراءات المتعلقة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري، ولا سيما الآجال التالية بسبب حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها:

- آجال تطبيق غرامة التأخير بشأن طلبات التقييد بالرسوم العقارية المنصوص عليها في الفصل 65 مكرر من الظهير المتعلق بالتحفيز؛
- مختلف الآجال المتعلقة بمسطرة التحفيز العادية ( إنجاز التحديد، تعليق وثائق المسطرة لدى الجهات المختصة، إلغاء مطالب التحفيز، التعرضات... )؛
- مختلف الآجال المتعلقة بمساطر التحفيز الخاصة، كمسطرة التحفيز الجماعي ( إيداع المطالب والاستفادة من المجانية، قبول التعرضات... ) ومسطرة ضم الأراضي بعضها إلى بعض ومساطر التحفيز الخاصة الأخرى؛
- آجال تقديم مطالب التحفيز التأكيدية للتعرضات المقدمة ضد مساطر التحديد الإداري؛
- الآجال المتعلقة بالتقييدات بالرسوم العقارية بما فيها التقييدات الاحتياطية؛
- مختلف الآجال القضائية سواء في إطار مساطر التحفيز العقاري أو في إطار التقييدات بالرسوم العقارية؛
- وعموما كافة الآجال الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية والمتعلقة بمختلف مساطر واجراءات تطبيق نظام التحفيز العقاري، وكذا آجال تنفيذ هذه المساطر والاجراءات، ولاسيما تلك المنصوص عليها في العقود والصفقات التي تبرمها الوكالة.
- وبذلك يكون المحافظ العام موفق من خلال تنبيهه لهذا المستجد التشريعي وتناوله لجميع الآجال سواء بمسطرة التحفيز العادية أو مساطر الخاصة للتحفيز وكذا التقييدات والتقييدات المؤقتة وفي مقابل ذلك تناول الآجال القضائية وكذا الآجال التي تتعلق بالصفقات التي تبرمها الوكالة.

ولتحقيق هذه الأهداف التي جاء بها المرسومين، وبغية حماية سلامة المواطنين والمواطنات من تفشي فيروس كورونا كوفيد 19، وعملا بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وضمنا لاستمرار حالة الطوارئ الصحية وفق الأهداف المسطرة، تم توظيف قواعد القانون الجنائي لخدمة حالة الطوارئ الصحية، إضافة إلى العقوبة المنصوص عليها بالمادة الرابعة من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والتي ميزت بين مسألة الجمع بين العقوبة الحبسية (من شهر إلى ثلاثة أشهر) والغرامة ( التي تتراوح بين 300 إلى 1300 درهم)، وبين مسألة الحكم بإحدى هاتين العقوبتين، مع إمكانية الانفتاح على العقوبات الأشد المنصوص عليها سواء بمجموعة القانون الجنائي أو باقي القوانين الأخرى التي تجرم مثل هذه الأفعال بعقوبات أشد، وتفاعلا مع ذلك أصدر رئيس النيابة العامة دورية عدد 13 دعا فيها جميع قضاة النيابة العامة بمحاكم المملكة، إلى التطبيق الصارم والحازم للمرسوم رقم 2.20.292 فيما يخص المقتضيات الراجعة إلى اختصاصهم.

وفي الختام يمكن القول أنه بالرغم من المجهودات الذي بذلتها الدولة للحد من تفشي فيروس كوفيد 19، سواء من خلال الاجراءات الاحترازية أو الوقائية أو احدات الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا<sup>1</sup> كوفيد-19 لمواجهة تداعياته بالمغرب أو إصدار المرسومين، تبقى مجهودات مرتبطة بمدى استجابة المواطنين والمواطنات ووعيهم بما لهم وما عليهم وبأن سلامتهم في سلامة الآخرين.

<sup>1</sup> مرسوم رقم 2.20.269 بإحداث حساب مرصد لأموال خصوصية يحمل اسم الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد-19، صادر في 21 رجب 1441 ( 16 مارس 2020)، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 22 رجب 1441 ( 17 مارس 2020)، العدد 6865 مكرر، الصفحة 1540.

## العنف ضد المرأة في زمن الحجر الصحي

ذ.محمد بومديان

أستاذ متعاقد

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – سلا

---

**الملخص:** فرضت جائحة كورونا على النساء والرجال أن يلزموا بيوتهم حماية من الفايروس، وبرز العنف الزوجي خلال هذه الفترة كممارسة ليست مقتصرة فقط على الفئات الهشة من المجتمع، بل يتوسع ليشمل أزواجاً ينتمون إلى الطبقة المتوسطة والغنية، ولهم مستوى دراسي عال، يعنفون زوجاتهم، وذلك لعدة أسباب نفسية واجتماعية تجعل الرجل والمرأة يفقدان السيطرة في مرحلة ما.

**الكلمات المفتاحية:** فيروس كورونا، النساء، العنف الاسري، المجتمع المدني.

## مقدمة:

فيروس كورونا المستجد فرض ايقاعه على الاسر بنمط حياة جديد، ظهرت معه مؤشرات عنف الاسر خاصة مع لزوم الجميع البقاء في المنازل وهو طالعتنا به مجموعة من المؤشرات والتقارير<sup>1</sup> مما حتم علينا اعادة طرح الموضوع في زمن كورونا.

وإذا كان الحجر الصحي شر لا بد منه لمحاصرة هذا الوباء وتفادي ازهاق المزيد من الارواح، فإن هذا الاجراء ادى الى استفحال ظاهرة تعرض العديد من النساء للعنف اللواتي وجدن انفسهن تحت رحمة الجدران وسطوت من يفترض ان يتقاسموا معهن اعباء هذه الازمة.

في المغرب هناك تقرير للبحث الوطني الثاني حول انتشار العنف ضد النساء في السنة الماضية، اكد على ان ازيد من 54% من النساء المغربيات يتعرضن للعنف<sup>2</sup>، مما دفع عدد من الجمعيات النسائية الى دق ناقوس الخطر حول تزايد

<sup>1</sup> - تقارير اكدت على ان العزل اغرق الاف النساء في الجحيم ليس فقط وطنيا ولكن على الصعيد العالمي، بحيث اصبح يخفن من مهاجمين داخل البيت اكثر مما يخفن من فيروس كورونا المستجد، وسنتعير كلمة وصفت بها مستشارة الامين العام للأمم المتحدة المديرية التنفيذية لهيئة الامم المتحدة للمرأة بوصف هذه الافة بالجائحة المستثيرة، فبعد اسابيع من بدء الحجر المنزلي والاغلاق على خلفية تفشي هذا الفيروس، يسجل تصاعد في الارقام المتعلقة بالنساء اللواتي يتعرضن للعنف الاسري.

هذه التقارير دفعت الامين العام للأمم المتحدة الى اطلاق نداء عالمي لحماية النساء والفتيات من العنف المنزلي في ظل هذا الحجر الصحي.

<sup>2</sup> - تم انجاز هذا البحث الوطني الثاني باعتماد مقاربة تشاركية مع المؤسسات الوطنية و القطاعات الحكومية و جمعيات المجتمع المدني العاملة في هذا المجال، من خلال بحث كفي نظم على شكل مجموعات بورية و مقابلات مع المسؤولين من الجهات المختصة و المهتمة.

من اهم النتائج التي افرزها هذا البحث الوطني، هو ان الشباب اللواتي تتراوح اعمارهم بين 18 و 24 سنة هن لأكثر عرضة للعنف الإلكتروني بنسبة تصل إلى 30.1 في المائة، وكلما تقدمت النساء في السن كلما تراجعت هذه النسبة كما هو الشأن بالنسبة للنساء العازبات (34.6 في المائة)، والتلميذات (52.3 في المائة).

وأبرز البحث الوطني أن النساء ذوات المستوى التعليمي العالي هن الأكثر عرضة للعنف الإلكتروني. إذ أن 46.3 في المائة من مجموع النساء المعنفات إلكترونياً هن حاملات لشهادات التعليم العالي. هذا، ويأتي التحرش على قائمة أنواع العنف الممارس ضدهن بنسبة 71.2 في المائة، متبوعاً بالسبب والقذف بنسبة تصل إلى 37.5 في المائة، ثم إرسال المواد الإباحية بنسبة 23 في المائة.

- الحقاوي: ارقام البحث الوطني الثاني حول انتشار العنف ضد النساء غير متوقعة، <https://ahdath.info/498432>، تاريخ النشر الثلاثاء 9 يوليوز 2019، تاريخ الاطلاع 08/06/2020، الساعة

نسبة هذا العنف خلال فترة الحجر الصحي التي يقضي فيها الأزواج وقتاً أطول مع بعضهم البعض في ظل الضغوط الاقتصادية والاجتماعية وتوقف كثيرين عن العمل.

تماشياً مع طبيعة الموضوع، سنحاول في نقطة أولى تشخيص اسباب تصاعد العنف ضد النساء في زمن كورونا، على ان نبحت في نقطة ثانية حول طبيعة الحماية التشريعية المقررة للمرأة المغربية من العنف المنزلي في ظل جائحة كورونا.

### اولاً: العنف الاسري في زمن كورونا امتداد لما قبله

من الجدير بالذكر أنّ العنف الأسري يُعدّ واحداً من أكبر انتهاكات حقوق الإنسان حول العالم قبل تفشّي فيروس كورونا الجديد، وقد زاد تفاقم الوضع مع الجائحة الحالية، وبحسب الأمم المتحدة، فإنّ نحو 243 مليون امرأة (تراوح أعمارهنّ ما بين 15 عاماً و49) حول العالم تعرّضنّ في خلال الأشهر الاثني عشر الماضية لعنف جسدي أو جنسي من قبل شريك أو أحد أفراد العائلة.

لكنّ الأرقام الحقيقية، بحسب المتوقّع، قد تكون أعلى بكثير، بسبب التحديات الكبرى المتعلقة بجمع البيانات. فنسبة 40 في المائة فقط من النساء اللواتي يتعرّضن لعنف أسري يتقدّمن بطلب مساعدة، وأقلّ من 10 في المائة من النساء اللواتي يطلبنّ المساعدة يتقدّمن ببلاغ لدى الشرطة ضدّ من اعتدى عليهنّ. وفي ظلّ الظروف الحالية والعزل المنزلي المعمول به في بلدان كثيرة، فإنّ الإبلاغ والحصول على مساعدة صارا أكثر تعقيداً.

اشارت هيئة الامم المتحدة للمرأة أن الضغوط الاقتصادية والاجتماعية، التي جاءت نتيجة العزل المنزلي والصحي لفترات طويلة مع مخاوف الأمن والصحة وظروف المعيشة، من الممكن أن تساهم في ارتفاع حالات العنف الأسري المنزلي

والاستغلال الجنسي، فهناك 137 امرأة يتم قتلها يوميا على يد أحد أفراد أسرتها، وفي البلاد التي طبقت العزل الاجتماعي كانت حالات العنف المنزلي التي تم الإبلاغ عنها قد تزايدت 3 أضعاف وأكثر من ذلك<sup>1</sup>.

وزيرة التضامن والتنمية بالمغرب في احد التصريحات لإحدى الصحف، اكدت بأن الحجر الصحي الذي فرضته المملكة المغربية للحيلولة دون انتشار الوباء يؤثر بشكل مختلف على الرجال والنساء وذلك بسبب التفاوتات الاجتماعية القائمة، والاعتبارات الثقافية المختلفة، وكذا طبيعة المشاركة الاقتصادية للنساء في الانتاجية التي تتميز غالبيتها بالضعف والهشاشة<sup>2</sup>.

في نفس السياق دخلت كذلك العديد من المنظمات النسائية في هذه الفترة، اكدت على ان هناك عوامل متعددة ومتشابكة تجعل النساء يعانين اثناء فترة الطوارئ الصحية، متوقعة ان تقدم الكثير من القضايا سواء الجنحية او الجنائية او حتى قضايا الطلاق امام القضاء بعد فترة الحجر الصحي.

منظمة اخرى وجهت رسائل الى الوزارة الوصية في هذا المجال، محتواها ان معدل العنف اتجاه النساء جد مرتفع ومن المرجح ان تزداد وتثيرته تصاعدا بسبب التوترات التي اصبحت تظهرها جليا داخل الاسر بسبب الضغوط النفسية المرتبطة بالحجر الصحي.

اذن هناك مجموعة من الرسائل لمنظمات نسائية في هذا الاطار<sup>3</sup>، الامر الذي تفاعل معه المغرب الى جانب الاتحاد الاوروبي ومجموعة من البلدان بإعداد

<sup>1</sup> - salima massoui, femme victimes de violence conjugales au Maroc, 2017, P 90.

<sup>2</sup> - محمد حميدة، في حوارها مع "سبوتنيك"... وزيرة التضامن المغربية تكشف خطتها لمواجهة "كورونا"، ساعة النشر 17:24، تاريخ الاطلاع 08/06/2020، الساعة 02:21. <https://arabic.sputniknews.com/interview/202004091045124428-> تاريخ النشر 09/04/2020.

<sup>3</sup> - لقد وصف تقرير اتحاد العمل النسائي الحياة التي تعيشها فئة من النساء المغربيات داخل البيوت المزدحمة في زمن الحجر الصحي، مع ما يظالهن داخلها من عنف، بالجحيم<sup>3</sup>، وقال إن النساء يتعرضن لمختلف أشكال العنف، الجسدي والنفسي، والحرمان من الإنفاق، ومنهن من يتعرضن للتهديد بالقتل.

اعلان مشترك لدعم النداء الجديد للأمين العام للأمم المتحدة من اجل السلام المنزلي الاسري في جميع انحاء العالم<sup>1</sup>.

ان مشاركة المغرب الى جانب الدول 124 الموقعة على النداء، يسير في اتجاه وعي السلطات المغربية، بهذه الافة التي تنتظر النساء داخل المنازل، وهو ما ترجم من خلال المبادرة التي اعلنت عنها النيابة العامة بشراكة مع المديرية

وشمل العنف الزوجي والاسري، الاعتداء على الأبناء، والاستيلاء على مدخرات الزوجات البسيطة، والتهديد بالطرده من بيت الزوجية في ظروف الطوارئ الصحية التي عمقت معاناتهن أكثر، في ظل صعوبة التنقل أو عدم التوفر على المال للهروب من البيت.

كما كشفت معطيات صادرة عن الجمعية الحقوقية والتي شملت الفترة ما بين 16 مارس و24 أبريل الماضيين، أن العنف الزوجي، بما فيه عنف الطليق بكل أشكاله، طغى على أنواع العنف الممارس ضد النساء، خلال فترة الحجر الصحي؛ حيث شكل نسبة 91.7 في المئة، يليه العنف الأسري بنسبة 4.4 في المئة، الذي يتضمن أفعال العنف الممارس على النساء من قبل أفراد الأسرة. ورصدت دورية رئاسة النيابة العامة، في الفترة ما بين 20 مارس إلى 20 أبريل 2020 ما مجموعه 892 شكاية، تتعلق بمختلف أنواع العنف ضد النساء، وتم تحريك الدعوى العمومية في 148 قضية فقط من هذا النوع.

وفي نفس السياق اعتبرت بشرى عبده مديرة جمعية التحدي للمساواة والمواطنة، انه لا يمكن الحديث عن أرقام إلا بعد رفع حالة الحجر الصحي، واستكمال المؤشرات ومعطيات القطاعات المختصة والجمعيات ومراكز الاستماع في كل المملكة.

واعتبرت ان النساء لا يستطعن إسماع أصواتهن في ظل الحجر، لأنهن لا يخرجن من المنازل، ويجهن التعامل مع وسائل التكنولوجيا الحديثة، وأغلبهن لا يتوفر لهن حواسيب ولا هواتف ذكية ولا إنترنت، فكيف نحكم في ظل هذا الوضع على انخفاض في العنف إذا كانت كل قنوات التبليغ عنه منعدمة؟

فيدرالية رابطة حقوق النساء كشفت انها استقبلت، عبر مختلف الخطوط الهاتفية التي وضعتها للنساء، 240 اتصالا هاتفيا للتصريح بالعنف، كما سجلت ما مجموعه 541 فعل عنف مورس على هؤلاء النساء بمختلف أنواعه وتجلياته، مُشددة أن "خدمة الإيواء للنساء تعترضها إشكالات كبيرة، تتمثل في نقص حاد في المراكز المتخصصة، وفي صعوبة التنقل بين المدن وداخل نفس المدن بسبب الحجر، إضافة إلى إشكالية التخوف من نقل الوباء". وخلال الشهر الأول فقط من بدء الحجر، استقبلت جمعية التحدي للمساواة والمواطنة 300 مكالمة هاتفية من نساء تعرّضن للعنف، وتم الاستماع إلى 31 امرأة معنفة، وقدمت إرشادات قانونية لـ39 منهن، ومنحت الجمعية مؤونة غذائية لـ20 امرأة.

- للمزيد من التفاصيل حول دور جمعيات المجتمع المدني في رصد ومناهضة العنف ضد النساء، خصوصا في فترة الحجر الصحي الذي فرضته جائحة كورونا، راجع: محمد ماموني العلوي، الحجر الصحي يشعل نار العنف المنزلي ضد المرأة المغربية، <https://alarab.co.uk/>، تاريخ النشر 01/06/2020، بدون ذكر ساعة النشر، تاريخ الاطلاع 08/06/2020، الساعة 02:57.

<sup>1</sup> - اتخذ المغرب، إلى جانب الاتحاد الأوروبي ومجموعة من البلدان تضم نيوزيلندا والأرجنتين وتركيا ومنغوليا وناميبيا، مبادرة نبيلة تتمثل في إعداد إعلان مشترك لدعم النداء الجديد للأمين العام للأمم المتحدة، أنطونيو غوتيريس، من أجل "السلام المنزلي والأسري، في جميع أنحاء العالم".

وتلتزم البلدان الموقعة على هذا الإعلان بجعل الوقاية من العنف المنزلي وجبر الضرر الناجم عنه عنصرا أساسيا في الاستجابات الوطنية والعالمية لجائحة كورونا، ووضع سياسة تقوم على عدم التسامح إطلاقا مع العنف المنزلي. وتم التنويه بالعاملين الصحيين والاجتماعيين ومنظمات المجتمع المدني، وكذا بهيئة الأمم المتحدة للمرأة وباقي الوكالات الأممية، لجهودهم الدؤوبة في إدارة هذه الأزمة.

وشدد الإعلان على أن النساء لسن مجرد ضحايا، بل يلعبن دورا رئيسيا في الاستجابة لوباء كورونا، حيث أن نحو 70 في المائة من العاملين الاجتماعيين والصحيين في الخطوط الأمامية لمكافحة الوباء هم من النساء.

العامة للأمن الوطني ووزارة التنمية الاجتماعية والاتحاد الوطني لنساء المغرب، بإطلاق رقم اخضر 8350 لتبليغ عن حالات العنف، ومبادرات اخرى سنتحدث عنها بتفصيل من خلال الجزء الثاني من تحليلنا.

**ثانيا: طبيعة الحماية المقررة للنساء المغربيات من الاعنف المنزلي في ظل جائحة كورونا.**

سنتطرق في هذه الجزئية اولا للحماية التشريعية المقررة (أ)، على ان نبحت بعد ذلك في نقطة ثانية للحماية المؤسساتية (ب).

#### أ- الحماية التشريعية:

لا بد من الاشارة الى ان المغرب في اطار التزامه ومدى استكمال مصادقته على معاهدات المنظومة الحقوقية الدولية خاصة اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية مكافحة جميع اشكال التمييز ضد المرأة<sup>1</sup>، كان لا بد من وضع قانون لمناهضة العنف ضد المرأة.

في هذا السياق جاء القانون رقم 13.103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء والذي استغرق وقتا طويلا جدا في النقاش ليخرج في صيغته النهائية.

استهل المشرع نص القانون بضبط الاطار المفاهيم والناظم لمفهوم العنف ضد المرأة ولأنواعه، حيث عرف العنف ضد المرأة هو كل فعل معنوي

<sup>1</sup> البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هو معاهدة عالمية تركز على اليات اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة المعروفة اختصاراً ب"سيداو". تسمح الأطراف المشاركة في المعاهدة للجنة الاتفاقية بسماع شكاوي الأفراد أو التحقيق في الانتهاكات الجسيمة أو المنهجية للاتفاقية. ولد البروتوكول مجموعة من القرارات بخصوص قضايا مثل: العنف المنزلي، اجارة الابوة، والتعقيم القسري، بالإضافة الى تحقيقات حول القتل المنهجي للنساء في سيوداد خواريز بالمكسيك. تم اعتماد البروتوكول من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في السادس من أكتوبر عام 1999، ودخل حيز التنفيذ في الفترة من 22 ديسمبر 2000 حتى مايو 2016. يشمل البروتوكول 80 توقيعاً و107 اطراف.

اساسه التمييز بين الجنسين يترتب عليه ضرر جسدي او نفسي او جنسي او اقتصادي للمرأة.

1. العنف الجسدي: كل فعل أو امتناع يمس، أو من شأنه المساس، بالسلامة الجسدية للمرأة، أي كان مرتكبه أو وسيلته أو مكان ارتكابه؛

2. العنف الجنسي: كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بحرمة جسد المرأة لأغراض جنسية أو تجارية، أي كانت الوسيلة المستعملة في ذلك؛

3. العنف النفسي: كل اعتداء لفظي أو إكراه أو تهديد أو اهمال أو حرمان، سواء أكان بغرض المس بكرامة المرأة وحرمتها وطمأنينتها، أو بغرض تخويفها أو ترهيبها؛

4. العنف الاقتصادي: كل فعل أو امتناع عن فعل ذي طبيعة اقتصادية أو مالية يضر، أو من شأنه أن يضر، بالحقوق الاقتصادية أو الاجتماعية للمرأة.

من اهم النقط التي جاء بها هذا القانون كذلك هو ان الباب الثاني استعرض مجموعة من المقتضيات الجزرية التي رامت تغيير او تتميم بعض نصوص القانون الجنائي، واخرى اضافت الى نصوصه فصول جديدة.

ومن أهم ما ورد في هذه المقتضيات ما يلي:

1. تشديد عقوبة العنف أو الإيذاء ضد امرأة بسبب جنسها، أو ضد امرأة معلوم أو بين حملها، أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية، أو ضد أحد الأصول أو ضد كافل أو ضد زوج أو خاطب، أو ضد شخص له ولاية أو سلطة عليه أو مكلف برعايته، أو ضد طليق أو بحضور أحد الأبناء أو أحد الوالدين.

2. مضاعفة العقوبة في ارتكاب السب أو القذف ضد امرأة بسبب جنسها.

3. عقاب كل من قام عمداً، وبأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، بالتقاط أو تسجيل أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها. كما عاقب بنفس العقوبة من قام بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته، وكذلك كل من قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم.

4. تجريم الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية.

5. تجريم التحرش الجنسي المرتكب في الفضاءات العمومية بأفعال أو أقوال أو إشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية، أو بواسطة رسائل مكتوبة أو الكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية. في حين ضاعف العقوبة إذا كان مرتكب فعل التحرش زميلاً في العمل أو من الأشخاص المكلفين بحفظ النظام والأمن في الفضاءات العمومية أو غيرها.

6. تجريم الإكراه على الزواج باستعمال العنف أو التهديد بعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنة وغرامة من 10000 إلى 30000 درهم. ومضاعفة هذه العقوبة إذا كان الإكراه أو التهديد ضد امرأة بسبب جنسها أو قاصر أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية.

7. تجريم تبديد أحد الزوجين لأمواله أو تفويتها بسوء نية وبقصد الإضرار بالزوج الآخر أو الأبناء أو التحايل على مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالنفقة أو السكن وبالمستحقات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية أو باقتسام الممتلكات.

لم يكتف المشرع بالنص على تجريم بعض الأفعال التي تشكل عنفاً في حق المرأة في القانون المتعلق بمحاربة العنف ضد المرأة، وإنما حاول ردع مرتكبيها

عبر مؤيدات زجرية متمثلة في عقوبات حبسية، وغرامات مالية يتم الحكم بها على كل من ارتكبها.

كما فرض المشرع إلى جانب هذه العقوبات تدابير حمائية ووقائية اتجه مرتكب العنف لفائدة الضحية، من قبيل:

1. منع مرتكب العنف من الاتصال بالضحية أو الاقتراب من مكان تواجدها أو التواصل معها بأية وسيلة، إلى حين بت المحكمة في القضية، أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ انتهاء العقوبة المحكوم بها عليه، أو من تاريخ صدور المقرر القضائي؛

2. إنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف، مع تعهده بعدم الاعتداء؛

3. إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة للزوجين؛

4. إخضاع المحكوم عليه لعلاج نفسي ملائم؛

5. الإيداع بمؤسسات الإيواء أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية للضحية المعنفة التي تحتاج إليها وترغب في ذلك.

رغم ما ذكر من ايجابيات، لكن هناك دائما نقط سوداء تجعل المخاوف تزداد من هذا التنزيل، خصوصا امام العقبات التي يمكن ان تظهر على ارض الواقع في ظل غياب البيئة الملائمة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - من بين هذه النقط السوداء نجد:

**- عدم اعتماد السوار الالكتروني:**

هنا الامر يتعلق بمنع المحكوم عليه من الاتصال بالضحية، فعلى الرغم من اهمية هذا التدبير الذي يعتبر من التدابير الحمائية الذي اخذت بها العديد من البلدان كالولايات المتحدة الامريكية و كندا و فرنسا، لكن طريقة تطبيقه مازالت غامضة بالنسبة الى الجهات المكلفة بإنفاذ القانون، حيث لم تتحدد طريقة منع المحكوم من الاتصال بالضحية، هل باستعمال السوار الالكتروني لمراقبة نطاق تحركه، ام بإبعاده عن مكان اقامة الزوجة ام ماذا ؟

**- هل القانون الجديد يتعلق بمحاربة العنف ضد النساء ام بمحاربة العنف ضد النساء و الاطفال معا؟**

في الوقت الذي يتحدث العنوان عن قانون اطار لمحاربة العنف ضد النساء نتفاجأ بان المضمون يشتمل على مقتضيات تتعلق بالعنف ضد النساء و الاطفال و هو ما يعد استمرارا للصورة النمطية المنتشرة حول طريقة التعامل مع قضايا المرأة من خلال استمرا الربط بينها و بين قضايا الطفل .

**- غلبة الهاجس الزجري على المقاربة التأهيلية:**

ب- الحماية المؤسسية:

سندبا تحليلنا في هذه النقطة بطرح سؤالين:

1. كيف يمكن للزوجة المعنفة في الحجر الصحي ان ترفع الدعوى؟

2. هل يمكن للزوجة رفع الشكاية ما بعد الحجر الصحي؟

فعلا هناك حجر صحي، هناك تباعد اجتماعي، هناك عمل عن بعد<sup>1</sup>، هناك مجموعة من الامور التي ستجعل من وصول حالات العنف الى المحاكم امرا

اكتفى القانون الجديد بتجريم مجموعة من الافعال التي عدها عنفا ضد المرأة، و تشديد العقوبة في احوال اخرى تمثل ظروفا للتشديد دون ان يهتدي الى ضرورة محاولة تاهيل الاظناء بارتكاب جرائم العنف او التحرش بالزامهم للخضوع الى جلسات تاهيل تطبيقا لمبدأ العدالة التأهيلية.

- اغفال جانب التخصص :

نعم ثم اغفال جانب مهم و هو ضرورة تخصص العاملين في مجال محاربة العنف ضد النساء سواء بالنسبة للضابطة القضائية او المحاكم او حتى خلايا التكفل و اللجان المحدثة، فاختيار القائمين على مجال محاربة العنف لا يتم بناء على معايير واضحة و انما يسند بذلك لجهة التعيين التي تملك سلطة مطلقة في اختيار اعضاء اللجان و خلايا مكافحة العنف .

ويؤدي غياب التخصص الى ضعف الفعالية خاصة اذا كانوا مثقلين بمهام و مسؤوليات اخرى، و قد اغفل القانون ايضا التنصيب على الزامية التكوين المستمر لمكونات هذه الخلايا و اللجان المحدثة، كما اغفل الربط بين عمل اللجان و خلايا التكفل مما قد يؤثر على المردودية و النجاعة المتوخاة.

<sup>1</sup> - اذا كان مصطلح العمل عن بعد واضح المعنى في اللغة العربية اي تأدية العمل من مسافة بعيدة، فإنه يقتضي نوعا من التوضيح في اللغة الفرنسية.

ففي اللغة الفرنسية يطلق على العمل عن بعد (Le télétravail)، وهو مصطلح مكون من جزأين، فالجزء الاول هو télé وهي كلمة يونانية تعني البعد او المسافة، ونجدها في العديد من العبارات مثل Téléservice وتعني تقديم الخدمات عن بعد و Télécopie وتعني النسخ عن بعدن اما الجزء الثاني Travail فيعني العمل.

التعريف القانوني: لقد عرفت منظمة العمل الدولية العمل عن بعد بأنه: "نظام عمل قائم في مكان بعيد عن المكتب الرئيسي او مواقع الانتاج، حيث يكون الاجبر منفصلا عن الاتصال الشخصي بالأجراء الاخرين، وتقوم التكنولوجيا الحديثة من خلاله بتسهيل انفصال الاجبر عن موقع العمل الرسمي من خلال تسهيل عملية الاتصال".

كما قام الاتحاد الأوروبي بتعريف العمل عن بعد بأنه: "اي عمل يتم من قبل موظف ذو مهنة حرة في مكان ما بخلاف اماكن العمل المعتادة للموظف او العميل مع ادخال وسائل الاتصال السلكية او اللاسلكية و نظم المعلومات المتطورة كسمة اساسية لهذا العمل.

اضافة الى ذلك، فقد تناولت بعض اتفاقات الاطار تعريف العمل عن بعد، من ذلك الاتفاق الاوروبي في مجال التجارة الذي عرف العمل عن بعد بأنه: "كل عمل يماثل ذلك العمل الذي يتم ادائه بمعرفة الاجبر في مكان العمل الطبيعي، ويمكن ادائه عن بعد باستخدام تكنولوجيا المعلومات المرتبطة اصلا بشبكة المعلومات الخاصة بالمقولة التي يعمل بها الاجبر.

واذا المشرع المغربي لم ينظم العمل عن بعد، فإن نظيره الفرنسي قد اتخذ المبادرة بهذا الشأن، حيث نظم العمل عن بعد بموجب المواد من 9-1222 L الى 1222 L من قانون الشغل الفرنسي، والتي احدثت بموجب المادة 46 من القانون رقم 387-2012 المتعلق بتبسيط القانون و الحد من الاجراءات الادارية. وقد عرف العمل عن بعد بأنه: "اي شكل من اشكال تنظيم العمل، بحيث ان العمل الذي ينجز في اماكن عمل المشغل يمكن انجازة من قبل الاجبر خارج هذه الاماكن باختياره وبشكل منتظم، وذلك باستخدام تكنولوجيا الاعلام و الاتصال في اطار عقد الشغل او تعديل لاحق به.

ويلاحظ من خلا هذا التعريف ان المشرع الفرنسي قد قصر العمل عن بعد على العمل الذي ينجز في اماكن عمل المشغل ويمكن للأجير انجازة خارجها، وبالتالي يكون قد استبعد الاجراء الزحل و المتجولين و الممثلين التجاريين، نظرا لكون المهام التي يقوم بها هؤلاء لا يمكن بحكم طبيعتها ان تنفذ في اماكن عمل المشغل.

صعبا، لكن هذا لا يعني بأن المحاكم لا تعمل حاليا في مثل هذه القضايا، فهناك دوريات ورسائل من طرف السيد رئيس النيابة العامة والرئيس المنتدب للسلطة القضائية حول كيفية تدبير الامور القضائية خلال فترة الطوارئ الصحية، على رأسها دورية للسيد رئيس النيابة العامة التي يحث فيها على التبليغ عن طريق الشكاية الالكترونية لرئاسة النيابة العامة عبر حسابها الالكتروني وكذلك التبليغ عن طريق الحسابات الالكترونية للنيابات العامة بكل محاكم المملكة، كذلك هناك ارقام هاتفية مخصصة للشكايات بالنيابات العامة بالإضافة الى منصات الكترونية اخرى محدثة لهذا الغرض.

هناك دورية اخرى في هذا الحجر الصحي من طرف السيد رئيس النيابة العامة، دورية اكد من خلالها ان عدد المتابعات من اجل العنف ضد النساء انخفض خلال فترة الحجر الصحي ما بين 20 مارس الى 20 ابريل، 892 شكاية

---

**التعريف الفقهي:** هناك من عرفه العمل الذي ينفذ في اطار عقد العمل في المنزل او عن بعد (في مكان بعيد عن المقر الرئيسي للعمل) بطريقة منتظمة، ويتم التواصل فيه باستخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات." يؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على سابقه، اذ قصر العمل عن بعد على العمل التابع دون العمل المستقل بقوله انه ينفذ في اطار عقد العمل. في حين ذهب فقهاء اخر الى ان العمل عن بعد هو اسلوب لتنظيم او تنفيذ العمل من قبل شخص ذاتي يتم وفقا للشروط التالية:

- اولا بأن الاداء الذي يلتزم به الاجير يؤدي بعيدا عن مكان العمل، او في موطن الاجير؛
- ثانيا غياب الرقابة بمفهومها المادي، بحيث يكون من المستحيل ماديا على المشغل مراقبة تنفيذ الاجير عن بعد للعمل المأمور به؛
- واخيرا بأن اداء العمل يكون من خلال استخدام الوسائل المعلوماتية، او تقنيات الاتصال عن بعد. ولعل العرض الموجز لأهم التعريفات التي توقفت امام اصطلاح العمل عن بعد، ان يفرض الى بعض الفئات حول مفهوم هذا الشكل من انماط العمل، فالعمل عن بعد هو في جوهره مفهوم من مفاهيم التطور التكنولوجي، كانت بوابة العالم الواسعة التي دخل منها الى عصر المعرفة بفضل تلك الطبيعة التحويلية الهائلة لهذه التقنية ذات التأثير العميق الذي يمكن لمسه في مجتمعات التقنية في الاساليب والوسائل التي يتعامل بها افراد هذه المجتمعات. وهكذا، يمكننا تعريف العمل عن بعد بكونه عمل يؤديه شخص يشار اليه باسم العامل عن بعد من اي مكان بعيدا عن المكان التقليدي للعمل، وذلك باستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال.

- Dubois, Jean Dir : « le Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française, Larousse, Paris, 2009, P : 1849.

- Bernard E.GBEZO : « Travailler autrement : la révolution du télétravail », revue internationale du travail, n°14, 1995,p :5.

- Vittorio Di Martino: The High Road to Teleworking, ILO, Geneva, 2001, p:11.

- Jean Conie : « le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du forum des droits sur l'internet », Rev.Dr.Soc, n°3mars 2005, P : 247.

- Thierry. Berton : « Le télétravail en France, rapport aux ministres des Entreprises, de l'intérieur, et de l'Aménagement du Territoire », Doc.fr.1994. Cité par : Isabelle de Benalcázar : « Droit du travail et nouvelles technologies », Gualino, Paris, 2003, P : 57.

تتعلق مختلف انواع العنف ضد النساء في الوقت الذي كانت تسجل فيه 1500 متابعة شهريا في الاحوال العادية.<sup>1</sup>

فالزوجة المعنفة في الحجر الصحي يمكن لها ان ترفع الدعوى عن طري  
شكاية لوكيل الملك، حيث يتم الاستماع اليها من طرف خلية مخصصة لهذا  
الغرض في كل النيابات العامة التي توجد على الصعيد الوطني، بعد ذلك يتم احالة  
الملف على الضابطة القضائية من جل البحث وبعد استكمال جميع عناصره يرفع  
الملف الى القضاء ليقول كلمته في القضية.

وكجميع الجرائم الاخرى يجب ان يكون هناك اثبات، إما عن طريق  
الابناء<sup>2</sup>، او الجيران، او من طرف احد المارة، حيث نجد في الواقع العملي  
مجموعة من الملفات المعروضة على القضاء ثم البث فيها بناء على شهادة الشهود  
كانوا مارين امام المنزل الذي تقطن فيه المعنفة.

### خاتمة:

لقد عرت جائحة كورونا بعض التأخيرات التي تورط فيها المغرب قبلا  
ووجب تداركها الان، من قبيل اخراج مجلس المناصفة ومكافحة جميع اشكال  
التمييز الى جيز الوجود واحداث اليات وطنية لتتبع مواكبة النساء ضحايا العنف،  
وتعديل القوانين بشكل لا يتسامح مع العنف بجميع اشكاله عامة والعنف المنزلي  
خاصة.

<sup>1</sup> - يعني ان هذه الدورية اكدت على هذه الاحصائيات تبشر باستقرار الاسرة المغربية وانسجامها واستعدادها للتعايش الطبيعية الهادئ ولو في اصعب الظروف.

<sup>2</sup> - تم الأخذ بالأبناء القاصرين كوسائل اثبات، اذا كان كلامهم فيه نوع من الموثوقية والتوازن ويصب في صميم القضية، ويثبت المور على الاب المعنف.

## جائحة كورونا وسؤال تعديل قانون المالية

### رقم 70.19 للسنة المالية 2020

ذ. إبراهيم المصلوحي  
باحث جامعي  
بكلية الحقوق سطات

إن الميزانية العامة، باعتبارها أداة متميزة للسياسة الاقتصادية و الاجتماعية للدولة ووسيلة لتفعيل الدينامية الاقتصادية، يلزمها أن تعكس بشكل واضح وأن تترجم باللموس الأولويات التي رسمتها ضمن التوجهات العامة للحكومة لهذا القطاع أو ذاك وبما أن السياسة، أية سياسة هي مجموعة من الأهداف المعلنة والوسائل المتوفرة أو المستعملة لتحقيقها، فإن قانون المالية يشكل مناسبة لمعاينة مستوى أداء السلطات في المدى القصير، مستوى تطابق الأهداف والوسائل ودرجة ملاءمتها للاختيارات الإستراتيجية<sup>1</sup>.

إن مع تنامي تفاقم التأثيرات السلبية لا انتشار فيروس كورونا في العالم على اقتصاديات الدول، حيث لم يكن المغرب بمنأى عن هذه التأثيرات، بدأ النقاش حول السيناريوهات لمواجهة تأثير فيروس كورونا على الاقتصاد الوطني خصوصا وأن حظر الفيروس تزامن مع أزمة الجفاف التي تهدد المحصول الزراعي للدولة هذه السنة.

<sup>1</sup> \_ أحمد الحارثي، جدلية السياسي والاقتصادي في المغرب، منشورات نوافد، الطبعة الأولى 2003، ص75.

ومن ضمن السيناريوهات المحتملة لمواجهة هذه التأثيرات و الذي حظي بنقاش واسع، تقديم مشروع قانون مالية تعديلي<sup>1</sup>.

فماذا يقصد بقانون المالية المعدل؟ وما أهميته في مثل هذه الظروف خاصة من الناحية القانونية؟ وهل بلورة مشروع قانون مالية تعديلي لإعادة ضبط توازن المالية العمومية هو السيناريو الأنسب و الأجدى؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سوف نعتمد التصميم التالي:

- المحور الأول: قانون المالية وباقي السيناريوهات القانونية
- المحور الثاني: ضرورة اعتماد قانون مالية معدل لمواجهة جائحة كورونا
- المحور الثالث: مسطرة تعديل قانون المالية

### المحور الأول: قانون المالية و باقي السيناريوهات القانونية المطروحة.

بحسب المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 13\_13 لقانون المالية يراد بقانون المالية كل قانون المالية للسنة و قوانين المالية المعدلة و قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية.

فخلال السنة المالية و انطلاقا من المادة الرابعة من القانون التنظيمي لقانون المالية، يمكن أن تظهر الحاجة الى تعديل التقديرات التي أتى بها قانون مالية السنة جراء أسباب سياسية و اقتصادية لم تكن متوقعة ، في هذه الحالة تتقدم السلطة التنفيذية الى البرلمان بمشروع قانون بهذا الشأن، و بعد المصادقة على هذا المشروع يصبح قانونا معدلا لقانون مالية السنة. غير أنه يحمل طابع الاستثناء من

<sup>1</sup> تنص المادة 4 من القانون التنظيمي رقم 13\_13 لقانون المالية على : لا يمكن أن تغير خلال السنة أحكام قانون المالية للسنة الا بقوانين المالية المعدلة.

حيث التطبيق حيث قلما تلجا الحكومة الى هذه الوسيلة، وكأمثلة على ذلك نجد القوانين المالية التعديلية لسنوات 1974 و1983 و1990.

بموجب تأثيرات كل من جائحة كورونا والجفاف ، فان الجهاز التنفيذي سيضطر الى إعادة النظر في العديد من الإجراءات و الالتزامات و المواد التي جاء بها قانون مالية 2020 لدعم الشركات و المقاولات و مختلف الفاعلين المتضررين من انتشار الفيروس.

وحيث تنص المادة 4 من القانون التنظيمي لقانون المالية على أنه " لا يمكن أن تغير خلال السنة أحكام قانون المالية لسنة الا بقوانين المالية المعدلة فان الضرورة تقتضي اللجوء الى قانون مالي تعديلي .

لكن هل يتعذر القيام بهذا التصحيح الا من خلال قانون مالية معدل؟

ألا يمكن اللجوء الى وسيلة أخرى لبلوغ نفس الهدف ؟ ومتى يتم ذلك؟

لقد وضع القانون التنظيمي رقم 13\_130 لقانون المالية لدى السلطة التنفيذية بعض الأليات لتدبير مستجدات غير متوقعة اما داخل سقف الترخيص البرلماني أو خارج هذا السقف . فالمادة 42 من القانون التنظيمي للمالية تقرر في الباب الأول من الميزانية العامة فتح فصل غير مرصد لأي مرفق من المرافق تدرج فيه النفقات الطارئة الاحتياطية، ويمكن أن تباشر اقتطاعات من الفصل المذكور خلال السنة ، عن طريق اعتماد تكميلي، لسد الحاجات المستعجلة أو غير المقررة حين اعداد الميزانية، كما أن المادة 43 من نفس القانون تقرر، بكل من الباب الأول والباب الثاني من الميزانية العامة فتح فصل تدرج فيه التكاليف المشتركة لتغطية النفقات المتعلقة بها و التي لا يمكن أن تتضمن الا التكاليف التي لا يمكن ادراجها ضمن ميزانيات القطاعات الوزارية أو المؤسسات.

بل طبقا للفصل 70 من الوثيقة الدستورية لسنة 2011 و المادة 60 من القانون التنظيمي للمالية، يمكن في حالة ضرورة ملحة وغير متوقعة ذات مصلحة وطنية، أن تفتح اعتمادات إضافية بمرسوم أثناء السنة، ويتم اخبار اللجنتين المكلفتين بالبرلمان مسبقا بذلك. في نفس الاتجاه ووفقا للمادة 26 يجوز في حالة الاستعجال و الضرورة الملحة وغير المتوقعة أن تحدث خلال السنة المالية حسابات خصوصية للخزينة بموجب مراسيم طبقا للفصل 70 من الدستور و يتم اخبار اللجنتين المكلفتين بالمالية بالبرلمان مسبقا بذلك على أن تعرض هذه المراسيم على البرلمان بقصد البرلمان في أقرب قانون للمالية<sup>1</sup>.

### المحور الثاني: ضرورة اعتماد قانون مالية معدل لمواجهة جائحة كورونا.

رغم ما أحدثته جائحة كورونا، في بداية انتشارها ، على المستوى الدولي من انعكاسات الدول العظمى ورغم تحدير كبار الخبار الاقصاديين و الماليين ومن داخل المؤسسات المالية العالمية بخطورة الوضع و انتظار الأسوء، و الأسوء هنا مقارنة مع أزمة 2008، بل هناك من أبدى تخوفه مستحضرا أزمة 1929، رغم كل هذا وذاك، هناك في المغرب من دعا الى عدم القلق وليس هناك ما يدعوا الى التوجه نحو قانون مالية معدل، فهناك فصل النفقات الطارئة والمخصصات الاحتياطية بقانون المالية الأصلي لمواجهة مثل هذه الطوارئ<sup>2</sup>.

طبعا لن نقف عند هذا الموقف ، فالاعتمادات المخصصة في الباب الأول لفصل النفقات الطارئة والمخصصات الاحتياطية لا تشكل سوى 2.400.000.000 درهم. وحتى اذا أضفنا اليها تجاوزا فالاعتمادات المخصصة

<sup>1</sup> في هذا الإطار حساب مرصد لأمر خصوصية يحمل اسم الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا \_ كوفيد 19 بمقتضى مرسوم رقم 2.20.269 و الصادر بتاريخ 21 رجب 1441 ( 16 مارس 2020).

<sup>2</sup> عبد الفتاح بلخال، مواجهة جائحة كورونا بالمغرب بين آليات المالية العمومية الأدنى و آليات القانون المالية المعدل ، مؤلف جماعي، جائحة كورونا و المجتمع المغربي فعالية التدخلات و سوال المالات ، الإصدار الأول يونيو 2020، ص 54.

في الباب الأول لفصل التكاليف المشتركة المحددة في 24.651.211.000 درهم، واعتمادات الأداء المخصصة في الباب الثاني لفصل التكاليف المشتركة والمحددة في 23.200.755.000 درهم، فمجموع الاعتمادات يصبح 50.251.966.000 درهم ، أي 50 مليار و 251 مليون و 966 ألف درهم.

ان هذه الفصول التي ذكرناها مجتمعة، على أهميتها التي لا ينكرها أحد خاصة فصلي التكاليف المشتركة، لا تكفي لوحدها لحل الأزمة التي خلفتها جائحة كورونا و ضائقة الجفاف، لسبب بسيط، نحن بصدد أزمة مالية بنيوية تستعي اتخاذ تدابير هامة لحماية منظومة المالية العمومية و تحتاج الى تعديلات مالية متعددة الجوانب وجذرية لإعادة النظر في كفتي الموارد والنفقات العامة، ومن تم ضرورة اللجوء الى تفعيل المادة 4 من القانون التنظيمي للمالية و اعتماد " مشروع قانون مالية تعديلي" حفاظا على صدقية الفرضيات و التوقعات و الأرقام التي أتى بها قانون مالية سنة 2020 وحفاظا على مصداقية الترخيص البرلماني.

إن ضرورة اعتماد قانون مالية معدل تفرضه ببساطة عدم إمكانية الاستمرار في العمل بقانون مالية أصلي انطلق من فرضيات ماكرو اقتصادية و بني على أساسها مجموع التوقعات و الأرقام، و قبل نهاية الفصل الأول من السنة المالية طرأت ظروف حتمت ضرورة مراجعة كل هذه الفرضيات.

ففيما يخص القطاع الفلاحي، انطلق قانون المالية لسنة 2020 مثلا من فرضية ارتفاع محصول الحبوب ليصل الى 70 مليون قنطار هذه السنة عوض 52 مليون قنطار سنة 2019، لكن تواصل الجفاف بشكل أشد هذه السنة سيؤدي

الى التراجع عن محصول عن السنة الماضية لتتخفص التوقعات الى 30 مليون قنطار هذه السنة، أي بانخفاض 42 في المائة مقارنة بالموسم الماضي.<sup>1</sup>

وبخصوص المداخيل الجبائية، توقع قانون مالية 2020 تحصيل مداخيل ضريبية تقدر ب233,4 مليار درهم أي بزيادة قدرها 3,5 في المائة عن سنة 2019، ولاشك أن جائحة كورونا لها تأثيرات على المجال الاقتصادي والاجتماعي و المالي في اتجاه تراجع مختلف العائدات الضريبية ( الضريبة على الشركات و الضريبة على الدخل و الرسوم الداخلية على الاستهلاك و الضريبة على القيمة المضافة) بفعل ركود جميع القطاعات الاقتصادية ( السياحية، الصناعية، النقل، الخدمات، التصدير...) وتوقف الشركات والمقاولات جزئيا أو كليا وكذا توقف العديد من الأنشطة المهنية و الحرفية وتداعيات ذلك على النفقات.

بناء على ما سبق تظهر الحاجة الملحة لوضع قانون مالي تعديلي، مبني على فرضيات ماكرو اقتصادية جديدة لمجابهة الصعوبات و الأضرار التي تلقي بضلالها على الاقتصاد الوطني.

### المحور الثالث: مسطرة تعديل قانون المالية

إن قانون المالية ليس كباقي القوانين فهو الفعل القانوني و الاقتصادي والاجتماعي الأكثر أهمية الذي يتخذه البرلمان كل سنة، لذلك أبي المشرع الدستوري، الا أن يميز قانون المالية عن غيره من القوانين العادية، وأن يضيف عليه خصوصية متميزة عن غيره من القوانين العادية، سواء من حيث شكل تقديمه أو بنيته أو أجال صياغته أو من حيث مضمونه ونطاق تطبيقه والاثار المترتبة

<sup>1</sup> \_ بلاغ صحفي لوزارة الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات بتاريخ 22 أبريل 2020 .

عنه<sup>1</sup>، إذا كان قانون المالية السنوي تمرينا سنويا يتأتى من خلاله تمحيص النوايا المعلنة في التصريح الحكومي و تعبيراً عملياً يعطي صورة موجزة عن النظام المالي لسنة معينة، فإن هذا القانون يوجب من صلبه القانون الذي يعدله، فقانون المالية السنوي لا يمكن تعديله الا عبر قانون مالية تعديلي<sup>2</sup>، وهذا ما يجد سنده في المادة الرابعة من القانون التنظيمي 13\_130 لقانون المالية التي تنص على "لا يمكن أن تغير خلال السنة أحكام قانون المالية للسنة الا بقوانين المالية المعدلة".

وتكتسي هذه القوانين أهمية بالغة لأنها تمكن الحكومة من تكييف و تحيين القوانين المالية السنوية مع المستجدات التي تطرأ أثناء تنفيذ الميزانية.

ويمكن ابراز عدة أسباب قد تستدعي اجراء تعديل القانون المالي. فأما الدواعي السياسية قد تنتج اما عن تغير عميق في الأغلبية الحكومية أو البرلمانية خلال سريان القانون المالي السنوي فترتئي الحكومة الجديدة تقديم مشروع قانون مالية تعديلي يمكنها من انزال برنامجها الحكومي عن طريق احداث تغيرات عميقة في السياسة المالية بالزيادة في الاستثمارات العمومية و النفقات الاجتماعية و الرفع من بعض الضرائب، أو العكس بتخفيض الانفاق العام واللجوء الى القروض. أما الأسباب الاقتصادية فيمكن اجمالها في التطورات التي تعرفها الظرفية الاقتصادية و التي تسببت في انكماش النمو الاقتصادي وما يمكن أن يتبعه من انخفاض في حصيله المداخل الإيجابية و ارتفاع البطالة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ أيت الشيخ محمد كريم، الحاجة لتعديل قانون مالية سنة 2020، مقال منشور لمجلة القانون و الأعمال، تاريخ الزيارة 2020/07/3.

<sup>2</sup> \_ سي نحمد البقالي، الكتلة الدستورية للمالية العمومية، الطبعة الأولى 2017، مطبعة البصيرة الرباط، ص 113.

<sup>3</sup> \_ محمد المساوي، المالية العامة، الطبعة الثانية 2014، مطبعة اسبارطيل طنجة، ص 119.

هكذا يغدو قانون المالية التعديلي القناة الوحيدة التي يتأتى من خلالها للسلطة التنفيذية التماس الاذن البرلماني لتغيير و تعديل ما سبق لها برمجته في قانون المالية السنوي<sup>1</sup>.

إن عملية تقديم والتصويت على قانون المالية المعدل يتم وفق نفس الميكانيزمات التي يقدم ويصوت بها على قانون مالية السنة<sup>2</sup>.

وقد نظمت مسطرة التصويت على قانون المالية المعدل بموجب المادة 51 من القانون التنظيمي لقانون المالية<sup>3</sup>، حيث يصوت البرلمان بغرفتيه على مشروع قانون المالية المعدل في أجل لا يتعدى خمسة عشر ( 15 ) يوما الموالية للايداعه من طرف الحكومة لدى مكتب مجلس النواب و يوزع الحيز الزمني و وفق الطريقة التالية:

- يبث مجلس النواب مجلس النواب في مشروع قانون المالية المعدل داخل أجل ثمانية (8) أيام الموالية لتاريخ ايداعه.
- يبث مجلس المستشارين في المشروع داخل أجل أربعة (4) أيام الموالية لعرضه عليه.
- يقوم مجلس النواب بدراسة التعديلات المصوت عليها من طرف مجلس المستشارين و يعود له البث النهائي في مشروع قانون المالية المعدل في أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أيام.

### خاتمة:

<sup>1</sup> سي محمد البقالي ، مرجع سابق، ص 113.  
<sup>2</sup> هذا الأمر تم تأكيد عليه في المادة 57 من القانون التنظيمي 13\_13 لقانون المالية التي تنص على " تقدم قوانين المالية المعدلة ويتم التصويت عليها وفق نفس الكيفية التي يقدم ويصوت بها على قانون المالية للسنة مع مراعاة المادة 51 أعلاه".  
<sup>3</sup> القانون التنظيمي رقم 13\_13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 ( 2 يونيو 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6370 بتاريخ فاتح رمضان 1436 ( 18 يونيو 2015)، ص 5810.

على اثر التداعيات الاقتصادية و المالية لجائحة كورونا كوفيد 19، و التغيير المهم الذي طرأ على الظرفية الاقتصادية الاجتماعية السائدة عن اعداد قانون المالية لسنة 2020، و تطبيقا لأحكام الفصل 77 من الوثيقة الدستورية لسنة 2011 التي تنص على أن البرلمان و الحكومة يسهران على الحفاظ على توازن مالية الدولة و استنادا على مبدأ صدقية الميزانية كما ورد في المادة 10 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130\_13، و تبعا للمادة الأولى من نفس القانون التي تنص على ضرورة تقديم القوانين المعدلة في حالة حدوث تغييرات مهمة في أولويات و فرضيات قانون المالية، بادرت الحكومة للإعداد مشروع قانون المالية المعدل رقم 35.20 للسنة المالية 2020 الذي يبنني على مجموعة من الفرضيات من بينها تراجع معدل النمو الناتج الداخلي الخام ب 5 في المئة و توقع تسجيل عجز بالميزانية يصل الى 7،5 في المئة.

كما يرتكز هذا المشروع قانون المالية التعديلي على ثلاث مرتكزات أساسية:

1. مواكبة الاستئناف التدريجي للنشاط الاقتصادي
2. الحفاظ على مناصب الشغل
3. تسريع تنزيل الإصلاحات الإدارية

## حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد.

ذ. ياسين الكيوي  
باحث بسلك الدكتوراه

### مقدمة:

تعد التجارة من الركائز الأساسية لتسيير عجلة الاقتصاد في أي دولة من الدول ، فهي كانت و لازالت تضخ مبالغ مالية هامة في ميزانيات الدول .

فالمعاملات التجارية حتى وقت قريب، كانت تتسم بالوضوح و الثقة و الأمان فيما بين المتعاملين، و لعل ذلك راجع إلى بساطة التقنيات التي كانت تعتمد عليها التجارة حينئذ، والمتمثلة في عرض السلعة على المشتري من أجل تفقدها، ومعاينتها معاينة نافية للجهالة، ثم إبداء رغبته في شرائها أو رفضها.

إلا أنه مع التغيرات التي عرفها العالم في الآونة الأخيرة، نتيجة الثورة المعلوماتية والتكنولوجية، تحررت التجارة من أساليب المساومة الكلاسيكية وأصبحت عملية البيع تتم بالاعتماد على تقنيات حديثة مثل الهاتف والتلفزيون والانترنت....

فجل الشركات التجارية، والفاعلين الاقتصاديين، ومواكبة منهم لرياح التغيير لم يعد يعتمدوا في تصريف منتجاتهم وخدماتهم على التقنية القديمة المتمثلة في عرض السلع في الأسواق ثم التفاوض بشأنها مع التجار والمستهلكين. فهم راحوا ينشؤون مواقع افتراضية يعرضون من خلالها منتجاتهم وخدماتهم إلى المستهلك،

الذي أصبح يقتني ويسدد ثمن ما يحتاجه من ضروريات وكماليات ، دون أن يبرح جدران بيته<sup>1</sup>.

لكن رغم كل هذه الإيجابيات التي حققها التقدم التكنولوجي، والمتمثلة في إمكانية الإبتناع من كافة بقاع العالم دون عناء أو مشقة، فإن ذلك صاحبه مجموعة من المخاطر المتمثلة في تنامي الفجوة واللاتوازن بين المهني و المستهلك<sup>2</sup>.

فاعتماد المستهلك في اقتنائه لما يحتاجه إليه من سلع ومنتجات على الصور المعروضة على شاشة التلفاز أو الحاسب الآلي ، لا يعطيه نظرة حقيقية حول خصائصها و جودتها، و السبب في ذلك راجع إلى كون جل الشركات التي تعتمد

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن التطور التكنولوجي الحديث خلق نظاما للوفاء الآلي دون تداول النقود حيث أصبح الوفاء بالديون يتم عن طريق الأداء الإلكتروني ، أي العملة الإلكترونية ، و هذه العملة صارت في الوقت الحالي حقيقة بعدما كانت ضربا من الخيال ، للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع ، محمد الشافعي ، بطاقات الأداء و الإثمان بالمغرب ، سلسلة البحوث القانونية رقم 5 ، طبع المطبعة و الوراقة الوطنية ، الطبعة الأولى ، ص 4 و ما بعدها .

<sup>2</sup> - المستهلك من الناحية المادية هو كل من يقوم بعملية الإستهلاك ، فهو الشخص الذي يحتل المركز الأخير في العملية الإقتصادية أو الشخص الذي تنتهي عنده عملية التداول ، و هو أهم محور في العملية الإقتصادية ، و موضوع تعريف المستهلك من الموضوعات التي اهتمت الخلاف حولها ، حيث لا يوجد بين الفقهاء موقف مجمع عليه سواء على المستوى الفقهي أو القضائي ، فهذا المصطلح يتجاذبه اتجاهان : الإتجاه الذي يضيّق من مفهوم المستهلك ، و الإتجاه الذي يوسع منه.

\* فالإتجاه المضيق لهذا المفهوم :المستهلك في نظره هو كل شخص يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني ، أي من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ، أما من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه فلا يعتبر مستهلكا وفقا لأصحاب هذا الإتجاه =.

\* =أما الإتجاه الموسع لهذا المفهوم : فيرى أن المستهلك هو كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية ، فالمهني حسب هذا الإتجاه إذا تعامل خارج تخصصه ، فإنه سوف يجد نفسه في مركز ضعيف لأنه يكون في حكم الجاهل بالأمر .

وقد تطرق المشرع المغربي إلى تعريف المستهلك في الفقرة الأولى المادة 2 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك عرفه بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي..."

**أما المهني :** فهو الطرف الثاني في عقد الإستهلاك ، فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط معتاد و منظم ، بحيث يقوم من خلال هذا النشاط بالإنتاج و التوزيع و تقديم الخدمات . و قد عرفه المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة المشار إليها أعلاه بقوله " ... يقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري."

للمزيد من التفصيل حول هذين المفهومين راجع : بوعبيد عباسي مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك ، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن ، العدد 37 الصادر في 2002 ، ص 173 و ما بعدها ، راجع كذلك علي احمد صالح ، مفهوم المستهلك و المهني في التشريع الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 01 الصادر في مارس 2011 ، ص 182 و ما بعدها ، راجع كذلك عامر قاسم احمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك - دراسة في القانون المدني و المقارن - نشر الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع و الطبعة الأولى 2002 ، ص 9 و ما بعدها .

في تسويق منتوجاتها على هذه التقنية غالباً ما تحيط منتوجاتها بهالة من الدعاية المظلمة و الإغراء المبالغ فيه، الذي يؤدي إلى وقوع المستهلك تحت ضغط نفسي يدفعه إلى التعاقد دون قناعة كاملة .

من هنا ظهرت إشكالية حماية المستهلك من المخاطر التي يمكن أن يكون ضحيتها في مثل هذا النوع من البيوع، و هو ما دفع جل التشريعات إلى محاولة التفكير في إيجاد آليات قانونية مناسبة لحماية رضا المستهلك خاصة في ظل عجز القواعد العامة عن توفير هذه الحماية.

أمام هذا الوضع اهدت جل التشريعات إلى إقرار تقنية ملائمة لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، فكانت هذه التقنية هي منح المستهلك إمكانية التراجع عن تنفيذ العقد الذي أبرمه.

و يعتبر المشرع الفرنسي أول التشريعات التي تطرقت إلى هذه الآلية القانونية و ذلك من خلال القانون رقم 88- 21 الصادر بتاريخ 06-01-1988، أما المشرع المغربي فلم يتطرق إليه إلا مؤخراً في القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتاريخ 07 ابريل 2011.<sup>1</sup>

إذن من خلال هذه الدراسة سنحاول إلقاء الضوء على آلية التراجع و كيف ساهمت في حماية رضا المستهلك وتحقيق التوازن بين طرفي علاقة قانونية غير متوازنة و هما المهني الذي يتميز بالاحترافية و التفوق الاقتصادي و المعرفي ، و المستهلك الذي يتميز بانعدام الخبرة و قلة الحيلة .

لمعالجة هذا الموضوع سنحاول تقسيمه إلى مبحثين على الشكل التالي :

<sup>1</sup>- تطرق المشرع المغربي إلى حق التراجع في القانون رقم 31-08 كأحد الحقوق الأساسية التي يتمتع بها المستهلك في العديد من العقود التي من الممكن أن يبرمها منها عقود البيع خارج المحلات التجاري ، و عقود قرض الاستهلاك، و العقود المبرمة عن بعد و التي هي موضوع هذه الدراسة .

المبحث الأول: ماهية حق التراجع في العقود المبرمة عن بعد.

المبحث الثاني: ضوابط ممارسة حق التراجع و آثاره القانونية.

### المبحث الأول: ماهية حق التراجع في العقود المبرمة عن بعد<sup>1</sup>.

يعتبر حق التراجع عن العقد من الآليات القانونية الحديثة التي هدفت من خلالها جل التشريعات إلى توفير الحماية اللازمة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد ، و للإحاطة بهذه الآلية لابد من تحديد مفهومها و طبيعتها القانونية ( المطلب الأول) ثم بعد ذلك تبيان خصائصها و مبررات إعمالها ( المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم حق التراجع و طبيعته القانونية.

إن مما لا شك فيه أن حق التراجع تقنية حديثة أوجدتها التشريعات بهدف حماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و لسبر أغوار هذه الآلية القانونية، سنحاول ابتداء تحديد مفهومها ( الفقرة الأولى ) ثم بعد ذلك إبراز طبيعتها القانونية ( الفقرة الثانية).

<sup>1</sup> البيع عن بعد هو البيع الذي يتم من خلال وسائل الكترونية أيا كان محلها فهو ينشأ بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد ، حيث يبرم بين غائبين كالتعاقد عبر الهاتف أو الأنترنت . انظر محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية – العقود الالكترونية ، المنازعات العقدية و غير العقدية و القانون الواجب التطبيق – نشر دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة 2005 ، ص 40 . فالبيع عن بعد إذن هو البيع الذي ينشأ و ينفذ بدون أن يكون هناك تواجد مادي للمورد و المستهلك ، أي هو ذلك العقد الذي يبرم بواسطة تقنية للاتصال عن بعد ، و يقصد بتقنية الإتصال عن بعد حسب الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك بانها " ... كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد و المستهلك بدون حضورهما شخصيا و في ان واحد " وقد نظمته المشرع في القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك في الباب الثاني من القسم الرابع تحت عنوان : العقود المبرمة عن بعد و ذلك في المواد من 25 الى 44 . كما خص المشرع لهذا النوع من العقود مقتضيات خاصة أشار اليها القانون رقم 53- 09 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007 .

## الفقرة الأولى: مفهوم حق التراجع.<sup>1</sup>

إن تحديد مفهوم حق التراجع يقتضي منا أولاً تناوله من الناحية اللغوية (أولاً)، ثم بعد ذلك من الناحية الفقهية (ثانياً).

### أولاً - المفهوم اللغوي لحق التراجع:

التراجع لغة هو مصدر للفعل الخماسي تراجع.

يقال تراجع الجيش بمعنى عاد إلى الخلف أو إلى الوراء ، و تراجع عن رأيه بمعنى عدل عنه .

و يقال كذلك تراجع الزوجان: بمعنى عادا إلى بيت الزوجية بعد الطلاق. و في هذا الصدد يقول تعالى " فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا...".<sup>2</sup>

فالتراجع إذن بهذا المعنى يعنى التقهقر و العودة إلى الوراء أو إلى الحالة السابقة .

### ثانياً - المفهوم الفقهي:

برجعنا إلى القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، نجد أن المشرع المغربي لم يقم بتحديد مفهوم حق التراجع ، و إنما اكتفى

<sup>1</sup> إذا كان المشرع المغربي قد سمي هذا الحق في القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك بحق التراجع، فإن هناك مجموعة من المصطلحات الأخرى تستعمل للدلالة عليه منها: مهلة التفكير و التروي، رخصة السحب، حق الندم، الحق في التنازل.

Aussi en droit de la consommation français le législateur utilise des formules variables comme : « droit de revenir sur son engagement »(article 7 de la loi du 10 janvier 1978) – « droit de dénoncer » ( article 21 de la loi du 3 janvier 1972) – « droit d’y renoncer » (article 3 de la loi du 22 décembre 1972) – « droit de faire retour » ( loi du 6 janvier 1988).

6 - انظر تعريف و معنى تراجع في قاموس اللغة العربية المعاصر. قاموس عربي على الموقع الإلكتروني : <https://www.almaany.com>

بالتنصيص عليه في الديباجة كحق أساسي من حقوق المستهلك<sup>1</sup>، تاركا بذلك مهمة التعريف للفقهاء والقضاء .

و برجعنا إلى آراء بعض الفقهاء نجدهم يعرفونه بمايلي:

\* عرفه الدكتور محمد عبد الباقي<sup>2</sup> " بأنه قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الإختيار بين إمضاء العقد أو الرجوع فيه " .

\* وعرفه اتجاه آخر<sup>3</sup> " بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالإنفراد بنقض العقد و التحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر " .

\* وعرفه بعض الفقهاء الفرنسي بأنه " تعبير عن إرادة مخالفة ، يتراجع من خلالها صاحب التصرف ، أو من قام بالتصريح بإرادته المنفردة، عن إرادته و يسحبها، و ذلك بغية تجريدها من كل أثر ترتب عنها في الماضي أو سترتب عنها في المستقبل"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - نص المشرع في ديباجة القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك , على أنه يعتبر هذا القانون إطارا مكتملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك و من خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولا سيما منها :

- الحق في الإعلام .

- الحق في حماية حقوقه الإقتصادية.

- الحق في التمثيلية .

- الحق في التراجع .

- الحق في الإختيار .

- الحق في الإصغاء .

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك – دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون – منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004،

ص 767

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي ابو الليل، المصادر الإرادية للإلتزام , العقد و الإرادة المنفردة و التصرف القانوني , الطبعة الأولى , مطبوعات جامعة الكويت , ص 274 .

<sup>4</sup> - Isabelle Demeslay ; Le droit de repentir ; In : Revue juridique de l'Ouest ; 1997-2 ; p 166.

Cet auteur définit le droit de repentir comme une « manifestation de volonté contraire ; par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue ; afin de la priver de tout effet passé ou à venir »

انطلاقاً من هذه التعاريف المتعددة و المختلفة نرى أنها وإن جاءت مختلفة من حيث العبارات ، إلا أن معناها واحد ، فهذه التعاريف تتحد كلها في كون حق التراجع ، هو ذلك الحق الذي يتراجع بمقتضاه المتعاقد عن العقد الذي سبق أن أبرمه، مما يمكن القول معه أن هذا الحق يشكل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد .

### الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لحق التراجع.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لحق التراجع إلى اتجاهات مختلفة، فكل اتجاه ينظر إليه من زاويته الخاصة.فما هي إذن هذه الاتجاهات و كيف حاولت تحديد الطبيعة القانونية لهذه الآلية.

**الاتجاه الأول :** يرى أنصار هذا الاتجاه أن خيار التراجع بوصفه تصرفاً قانونياً يقع بإرادة المستهلك المنفردة، فهو **حق** يعبر من خلاله المستهلك عن رأيه في التراجع عن العقد ، غير أن أنصار هذا الإتجاه وإن كانوا قد أجمعوا على أن هذا الخيار هو حق مخول للمستهلك إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة هذا الحق ، ففريق منهم يرى أنه حق شخصي<sup>1</sup> ، و فريق آخر يرى أنه حق عيني<sup>2</sup> .

**الفريق الأول :** يتزعمه ابراهيم النجار<sup>3</sup> الذي يرى أن خيار التراجع يندرج ضمن طائفة الحقوق الشخصية ، لأن علاقة الدائنية التي تميز الحق الشخصي متوافرة في خيار التراجع. فبمقتضى هذه العلاقة يمكن للمستهلك إما تنفيذ العقد أو

<sup>1</sup>- تجدر الإشارة إلى أن الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين أحدهما دائن و الآخر مدين. يحق بمقتضاها للطرف الدائن مطالبة الطرف المدين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل . راجع مامون الكزبري ، نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات و العقود المغربي ، الجزء الأول ، بدون تاريخ الطبع ، ص 12 .

<sup>2</sup>- أما الحق العيني فهو سلطة يمارسها الشخص على شيء معين تمكنه من الحصول على المنفعة المرجوة من هذا الشيء بصورة مباشرة و دون وساطة أحد.مامون الكزبري نفس الرجع أعلاه . ص 14 .

<sup>3</sup>- NAJAR IBRAHIM ; le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral ;L G D J ; paris 1976 N 103 . P 107.

نقضه أو التحلل منه بإرادته المنفردة في مواجهة غريمه المتعاقد و هو المحترف ، غير أن هذا الرأي تعرض للانتقاد من طرف بعض الفقه<sup>1</sup> ، الذي يرى أن المستهلك الذي ثبت له خيار التراجع لا يتمتع بالسلطات التي يتمتع بها الدائن اتجاه المدين في الحق الشخصي ، فالمستهلك الذي تقرر له خيار التراجع لا يستطيع مطالبة المحترف بأي دور سواء كان إيجابياً أو سلبياً ، بل كل ما يخوله له هذا الحق إما تنفيذ العقد و إمضائه أو نقضه و التحلل منه ، و من تم فلا وجود للحق الشخصي في خيار التراجع .

أمام هذه الإنتقادات التي تعرض لها أنصار الفريق الأول ظهر فريق آخر يرى أن خيار التراجع هو حق عيني و ليس حق شخصي ، فما هي إذن الأسانيد التي استند إليها هذا الفريق .

**الفريق الثاني :** يرى أنصار هذا الفريق<sup>2</sup> أن خيار التراجع هو حق عيني يخول صاحبه سلطة على شيء يخضع بمقتضاها هذا الشيء لصاحب الحق بشكل يمكنه من التمتع به و الإحتجاج به على الكافة ، كما يضيف أنصار هذا الرأي أن اقتراب خيار التراجع من الحق العيني ، كان تأسيساً على أن هذا الخيار يقع على عين معينة و يمنح المستهلك سلطة التحلل من العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد .

وإذا كان أنصار الإتجاه الأول يرون أن خيار التراجع هو حق مخول للمستهلك ، و إن كانوا قد انقسموا حول طبيعته بين قائل بأنه حق شخصي و بين قائل بأنه حق عيني ، ظهر اتجاه آخر يرى أن حق التراجع ليس بالحق الشخصي

<sup>1</sup>موفق حماد عبده ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى، طبعة 2011 ، مطبعة السنهوري ، العراق، ص 231

<sup>2</sup>عبد الله عبد الله محمد العلفي ، أحكام الخيار في القانون اليمني - دراسة مقارنة بالقانون المصري - ، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة عين شمس سنة 1988 ، ص 31 .

و ليس بالحق العيني ، فما هو إذن هذا الإتجاه و كيف حدد الطبيعة القانوني لخيار التراجع .

**الاتجاه الثاني :** حسب أنصار هذا الإتجاه فإن خيار التراجع ليس بالحق الشخصي .

و ليس كذلك بالحق العيني، لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق العيني على الشيء محل الحق، بينما الحال في إطار العقود المبرمة عن بعد لا مكان لهذه العلاقة.<sup>1</sup>

فخيار التراجع حسب هذا الإتجاه هو **مكنة قانونية** قررها المشرع ، فهذه الإباحة هي استثناء من الأصل العام ، لذا فإنه لا يملكها إلا من تقررت له و هو المستهلك ، كما أنها قاصرة على عقود بعينها و هي عقود الإستهلاك.<sup>2</sup>

### **المطلب الثاني: خصائص حق التراجع و مبررات إعماله.**

يتميز حق التراجع بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له ( الفقرة الأولى )، كما أن ظهوره لم يكن وليد الصدفة و إنما ساهم في ذلك مجموعة من العوامل و المبررات. (الفقرة الثانية).

### **الفقرة الأولى: خصائص حق التراجع.**

لحق التراجع مجموعة من الخصائص نذكر من أهمها مايلي:

<sup>1</sup> - محمد عبد الطاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، القاهرة، طبعة 2001، ص 60

<sup>2</sup> - ابراهيم دسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم – دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة 1994 ، ص 111 .

**\* حق التراجع هو استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد:** إن مما هو غني عن البيان أن العقد ينتج آثاره بين المتعاقدين و هو شريعة لهما.

فالقاعدة القائلة بأن العقد شريعة المتعاقدين، تعني أن المتعاقدين ملزمان باحترام العقد الذي أبرماه، و يترتب على ذلك أن العقد لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون<sup>1</sup>

فإذا كان العقد هو ثمرة اتفاق بين إرادتين بحيث متى اتفقتا لم يعد بإمكان الإرادة الواحدة أن تهدم بمفردها ما بنته الإرادتان معا، إلا أنه و مراعاة لظروف خاصة و حماية لفئة معينة من الأشخاص، يرى المشرع أن مصالحها جديرة بالحماية، قرر المشرع استثناء الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، و هذا ما يتضح من خلال القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، حيث أعطى للمستهلك إمكانية التراجع عن العقد المبرم بينه و بين المورد ، كلما تبين له أن الإتفاق لا يستجيب لتطلعاته و انتظاراته.

فحق التراجع بهذا المعنى يشكل استثناء علة مبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>2</sup> .

**\* حق التراجع مرتبط بالنظام العام :** إذا كان حق التراجع من أهم الحقوق التي أقرتها جل التشريعات بهدف حماية مصالح المستهلك في مواجهة المهني، فإن هذه التشريعات نظمت هذا الحق بمقتضى مجموعة من القواعد القانونية الآمرة<sup>3</sup>،

<sup>1</sup>مامون الكزبري , مرجع سابق , ص 246 .

<sup>2</sup>-Isabelle Demeslay ; Le droit de repentir ;op. Cit. p 158.

<sup>3</sup>- تجدر الإشارة إلى أن القاعدة القانونية الآمرة هي تلك التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفة أحكامها , و هي عكس القاعدة القانونية المكملة التي يحق لهم الإتفاق على مخالفة أحكامها , و يتم التمييز بين هاتين القاعدتين بناء على معيارين و هما المعيار اللفظي و المعيار المعنوي , للمزيد من التفصيل حول التمييز بين هاتين القاعدتين راجع إبراهيم فكري, المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق و القانون – نشر البديع , الطبعة الأولى لسنة 2001 , ص 26-27 .

وجعلته من متعلقات النظام العام<sup>1</sup>، بحيث لا يمكن للمستهلك أن يتنازل عنه أو أن يقلص من مداه سواء بإرادته المنفردة أو باتفاق بينه و بين المهني، كما لا يمكن للمهني أن يرغم أو يجبر المستهلك على التنازل عنه و كل عمل من هذا القبيل يعتبر باطلا و كأن لم يكن.

**\* حق التراجع ذو صفة تقديرية:** مفاد هذه الخاصية أن حق التراجع صفة لصيقة بالمستهلك وحده، فهو الذي له الصفة التقديرية في ممارسة هذه المكنة أو العدول عنها. فإن شاء مارسها و إن شاء عدل عنها دون أن يعلل أو يذكر أسباب عدوله<sup>2</sup>، كل ما هنالك أن المستهلك يلزم عند رد البضاعة بأن يدفع فقط مصاريف و تكاليف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك<sup>3</sup>.

**\* مجانية ممارس حق التراجع:** إذا كان هدف المشرع من وراء إقرار هذا الحق للمستهلك هو إقامة التوازن في العلاقة التعاقدية بينه و بين المهني. فإن بعض الفقه الفرنسي يرى أن حق التراجع لكي يكون ناجعا فإنه يجب أن يكون مضمونا بالمجانية<sup>4</sup>.

لأن من شأن عدم ضمانه بذلك أن يحمل المستهلك مصاريف إضافية ستؤدي في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذه المكنة.

<sup>1</sup> - في هذا الإطار نجد المشرع المغربي ينص في المادة 44 من القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه " تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام " , و تنص كذلك الفقرة الثانية من المادة 49 على انه " يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا و عديم الأثر... " .

<sup>2</sup> - أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني – دراسة مقارنة – طبع دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2011، ص 89.

<sup>3</sup> - راجع الفقرة الثالثة من المادة 36 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

<sup>4</sup> - Isabelle Demeslay ; Le droit de repentir ; op.cit ; p 170. Cet auteur dit « Afin que le droit de repentir soit efficace ; il doit être garanti par la gratuité... ».

لكن المشرع كان حكيمًا حينما جعل هذه المكنة تمارس مجانًا باستثناء مصاريف الإرجاع، كما نص على ذلك في المادة 36 من القانون رقم 31.08 الذي نص فيه على ما يلي: "للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حق التراجع،

..... -

و ذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك...."

#### الفقرة الثانية: مبررات أعمال حق التراجع.

إن حق التراجع باعتباره من أهم حقوق المستهلك لم يكن وليد الصدفة ، و إنما كان السبب في ظهوره مجموعة من العوامل و المبررات ، منها ما له علاقة بالتطور التكنولوجي ( اولاً ) ومنها ما له علاقة بحماية رضا المستهلك ( ثانياً ) .

#### أولاً : المبررات المرتبطة بالتطور التكنولوجي :

##### • الآثار السلبية لوسائل الإتصال :

أدى التقدم التكنولوجي إلى ظهور وسائل جديدة للتعاقد ، حيث ساهمت هذه الأخيرة في تسريع عملية التعاقد بين المنتجين و المستهلكين ، ناهيك عن توفير الجهد و النفقات .

لكن رغم هذه الجوانب الإيجابية ، فإن لوسائل التعاقد الجديدة اثار سلبية تتمثل في حرمان المستهلك من إصدار قرار حر ومستنير بخصوص السلعة التي

يمكن أن يشتريها عبر وسائل التعاقد عن بعد هاته. فالباعة أصبحوا يعتمدون على عوامل إقناع متعددة منها الصور الجذابة و الدعاية الكاذبة التي من شأنها أن تؤثر على المستهلك و تدفعه إلى المغامرة بقبول عرض دون تفكير و روية ، الشيء يخيب ظنه عند تسلم المبيع بين يديه .

أمام هذا الوضع منحت جل التشريعات للمستهلك إمكانية التراجع عن تنفيذ العقد الذي سبق و أن أبرمه مع المورد إذا اتضح له أنه لا يستجيب لتطلعاته .

### • تعذر رؤية المعقود عليه قبل و أثناء إبرام العقد :

إن ما يميز العقود المبرمة عن بعد هو انعقادها بين طرفين دون حضور مادي و متعاصر بينهما ، حيث يكتفي المهني بعرض السلعة أو الخدمة في موقعه الإقتراضي مثلا، من خلال صور فطوغرافية أو فيديوهات تكون مدعومة أحيانا بشهادات أشخاص يشهدون على جودتها، هذه الشهادات التي نجدها في غالب الأحيان غير مطابقة للواقع .

إذن فأمام تعذر رؤية المستهلك للسلعة حقيقة، و العلم بخصائصها قبل و أثناء إبرام العقد الإلكتروني، قررت جل التشريعات منح المستهلك حق التراجع في الحالة التي يتبين له فيها عدم ملائمة السلعة له.

### ثانيا : المبررات المرتبطة بحماية رضا المستهلك .

#### • عدم كفاية نظرية عيوب الرضا لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد :

أمام التطورات الإقتصادية و الإجتماعية التي عرفها العالم في السنوات الأخيرة ، أصبحت نظرية عيوب الرضا غير كافية لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد .

فإذا كانت النظرة الأولى إلى نظرية عيوب الإرادة توحى بكونها قادرة على علاج اختلال الإلتزامات في العقود المبرمة عن بعد ، فإن النظرة المتفحصة لهذه النظريات ، توضح عدم جدواها في توفير مناخ ملائم لحماية المستهلك<sup>1</sup> ، فالمستهلك قد يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً لا يشوبها أي عيب من عيوبها كالغلط و التدليس أو الإكراه ، كما أن البائع لم يستغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامع، بل إرادته تبقى معيبة بعيب التسرع و عدم التمهّل<sup>2</sup>، من هنا يمكن القول بأنه أصبح يتضح بوضوح عجز نظرية عيوب الرضا الواردة في قانون الإلتزامات و العقود عن توفير الحماية للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد ، و هو ما أصبح يلح بشدة على ضرورة إيجاد أشكال جديدة لحماية رضائه .

### • إخلال المحترف بالإلتزام بالإعلام :

إذا كانت العقود المبرمة عن بعد تتميز بكونها تبرم بين طرفين هما المورد والمستهلك، في غياب الحضور المادي و المتزامن لهما ، وكذلك في غياب تفقد واضح للسلعة المبيعة، فإن هذا يفرض على المورد أن يعلم المستهلك بكل المعلومات و الخصائص الجوهرية والحقيقية للسلعة المعروضة دون كتمان أو غش .

<sup>1</sup> - أحمد أبران ، حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة و الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية و جدة، السنة الجامعية 2000، ص 17 .

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون - طبع منشأة المعارف بمصر، الطبعة الثانية لسنة 2008، ص 854.

فإذا كان المستهلك يضع ثقته المشروعة في المهني و يفوض إليه أمره، فإن ذلك أصبح يفرض على هذا المهني ألا يخيب هذه الثقة، وألا يستغل تفوقه الإقتصادي<sup>1</sup>.

فالإلتزام بتبصير المستهلك أصبح ضرورة أخلاقية تسعى إلى تحقيق الخير العام من خلال حماية المستهلك من تسلط وتعسف المهني في استعمال سلطته الإقتصادية أو خبرته الفنية<sup>2</sup>.

لكن أمام إخلال المحترف بهذا الإلتزام في بعض الأحيان نتيجة عدم إعلامه المستهلك بالمميزات الحقيقية للسلعة في العقود المبرمة عن بعد، فقد منح المشرع للمستهلك حق التراجع في الحالة التي يجد فيها السلعة لا تتلاءم مع الخصائص التي كان يرجوها.

### المبحث الثاني : ضوابط ممارسة حق التراجع و آثاره القانونية.

إذا كانت الغاية من وراء منح المشرع للمستهلك إمكانية التراجع عن العقد هو تعزيز حظوظ المستهلك و حماية رضائه ، فإن المشرع لم يترك ممارسة هذه المكنة للعبث ، بل إنه قيدها بمجموعة من الضوابط ( المطلب الأول) ، كما أنه رتب على ممارستها مجموعة من الآثار سواء في مواجهة المهني أو المستهلك (المطلب الثاني) .

<sup>1</sup> - بوعبيد عباسي ، الإلتزام بالإعلام في العقود – دراسة في حماية المتعاقد و المستهلك - طبع المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى الصادرة سنة 2008 ، ص 76 .

<sup>2</sup> الحسين بلحساني، أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره ، مقال منشور بالمجلة المغربية للإقتصاد و القانون ، العدد الرابع ، الصادر في 2001 ، ص 11 .

## المطلب الأول: ضوابط ممارسة حق التراجع.

فيد المشرع المغربي ممارسة حق التراجع بمجموعة من الضوابط حتى لا تبقى هذه المكنة سيفاً مسلطاً على رقبة المهني يباغته بها المستهلك متى شاء ، فالمشرع أخضع ممارسة هذا الحق لشكليات معينة و أورد عليه استثناءات خاصة ( الفقرة الثانية ) ، كما أنه قنن ممارسته بمدة زمنية محددة ( الفقرة الأولى ).

### الفقرة الأولى: مدة ممارسة حق التراجع.

إن رغبة المشرع في الحفاظ على توازن العلاقة بين المورد و المستهلك، جعلته يقنن المدة التي يجب أن يمارس داخلها المستهلك حقه في التراجع.

فعدم تقنين هذه المدة من طرف المشرع من شأنه أن يمس بمبدأ استقرار المعاملات ، و من شأنه كذلك أن يهدد المركز القانوني للمحترف ، لكل هذا و دعماً لمبدأ الأمن القانوني ، حدد المشرع المغربي مدة ممارسة المستهلك لحقه في التراجع ، داخل أجل سبعة أيام كاملة<sup>1</sup>، و ذلك حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 36 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك و التي تنص على ما يلي : " للمستهلك أجل : - سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع ..... ". غير أن ما نلاحظه على هذه المدة التي حددها المشرع أنها تتميز بقصرها، مقارنة مع المدة التي حددها المشرع الفرنسي، و التي تتمثل في أربعة عشر يوماً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - الأيام الكاملة هي الأيام تبدأ مدة حسابها ابتداء من منتصف الليل الى منتصف الليل التالي ، لذلك قرر المشرع عدم إدخال اليوم الأول في الحساب لأنه يوم ناقص ، فهو جزء من يوم و ليس يوماً كاملاً ، كما أنه إذا وافق حلول آخر يوم ، يوم عطلة رسمية فإن الأمر يمتد إلى أول يوم من أيام العمل يأتي بعده . راجع مامون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي ، الجزء الثاني ، أوصاف الإلتزام و انتقاله و انقضاؤه بدون تاريخ الطبع ، ص 547 .

<sup>2</sup> - برجوعنا إلى التوجيهات الأوروبية الصادرة في هذا الإطار نجدها قد حددت هذه المدة سابقاً في سبعة أيام بمقتضى الفصل 6.1 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الذي ينص على مايلي:

لكن تمعنا في هذه المدة التي حددها المشرع المغربي نجدها معقولة ، و تصب في مصلحة الطرفين ، فهي تسمح للمستهلك بتكوين قناعاته بخصوص السلعة أو الخدمة محل العقد المبرم عن بعد ، كما أنها تراعي مصلحة المهني ، بحيث تجعله يتحلل من عقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن .

و إذا كان المشرع قد حدد مبدئيا مدة السبعة أيام لممارسة حق التراجع ، فإنه استثناء رفع هذه المدة إلى ثلاثين يوما في الحالة التي لا يفي فيها المورد بالتأكد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32 ، و هذا ما يتضح من الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم 31.08 التي تنص على ما يلي : " للمستهلك أجل : - .....

- ثلاثين يوما لممارسة حق التراجع، في حالة ما لم يوف المورد بالتزاماته بالتأكد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32....." .

و إذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار، ما هو الوقت الذي تبدأ فيه سريان هذه المدة ؟

لمعالجة هذا التساؤل يمكن القول بأن المشرع المغربي ميز فيما يتعلق بنقطة بداية احتساب هذه المدة ، بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالسلع أو الخدمات .

---

Article 6, 1 ; directive 97/7/CE : « pour tout contrat à distance ; le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans indication du motif... » , إلا أنه ما لبث أن تعدل التوجيه أعلاه بمقتضى التوجيه رقم 2002/65/CE الذي جعل هذه المدة أربعة عشر يوما .

Article 6.1 ; directive 2002/65/CE : « ... le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour rétracter, sans pénalité et sans indication de motif.. »

فإذا كان الأمر يتعلق بتقديم الخدمات، فإن هذه المدة تحتسب ابتداء من تاريخ قبول العرض المقدم من طرف المورد، و هذا ما يتضح من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 36 من قانون 31.08 التي تنص على ما يلي: " تسري الأجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات ".

### الفقرة الثانية : كيفية ممارسة حق التراجع و الاستثناءات الواردة عليه .

إذا كان حق التراجع مكنة خولها المشرع للمستهلك يعدل من خلالها عن العقد الذي سبق أن أبرمه مع المورد ، فإن المشرع حصر إمكانية ممارسة هذه المكنة على عقود معينة ووضح كيفية ممارستها (أولا)، كما أنه استثنى مجموعة أخرى من العقود لا يمكن للمستهلك أن يمارس فيها هذه المكنة إلا إذا كان هنا اتفاق خاص بينه وبين المورد (ثانيا) .

### أولا : كيفية ممارسة حق التراجع .

تخضع ممارسة حق التراجع لتقدير المستهلك وحده بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر و دون اللجوء إلى القضاء، بل الأكثر من ذلك دون الحاجة إلى توضيح الأسباب التي دفعته إلى ذلك.

فالتوجيهات الأوروبية بشأن البيوع التي تتم عن بعد و كذلك البيوع المنزلية، لم تحدد شكلا خاصا لممارسة خيار الرجوع ، فهو قد يتم بشكل صريح أو ضمني، و قد يتم الإتفاق على ذلك بين المتعاقدين<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - بوعبيد عباسي الشراء عن طرق التلفزيون . أية حماية للمستهلك ؟ مقال منشور بمجلة المنتدى العدد الثاني لسنة 2002 ، ص 84 .

و برجعنا إلى التشريع المغربي، نجد المشرع حدد طريقة ممارسة هذا الحق في كل من البيع خارج المحلات التجارية، و القروض الاستهلاكية<sup>1</sup> فقط، أما بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد، فإن المشرع لم يحدد طريقة ممارسة هذا الحق، و إنما ترك ذلك لإرادة المورد.

فبالنسبة للبيع خارج المحلات التجارية نجد المادة 47 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تنص على أنه " يجب أن يبرم في شأن عمليات البيع خارج المحلات التجارية المشار إليها في المادة 45 أعلاه، عقد مكتوب يسلم نظير منه إلى المستهلك و قـت إبرام العقد المذكور، و الذي يجب أن يتضمن استمارة قابلة للإقتطاع يكون الغرض منها تسهيل ممارسة حق التراجع وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 49 ..... " ، و لإلزام المورد على ضرورة احترام مقتضيات هذه المادة نجد المشرع قد أقر جزاء زجريا في المادة 180 من القسم التاسع المتعلق بالعقوبات الزجرية ، حيث نصت هذه المادة على أنه " يعاقب على كل مخالفة لأحكام المواد من 47 إلى 51 و كذا المادة 31 بغرامة من 1200 إلى 25000 درهم.

إذا كان المخالف شخصا مغنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50000 و 100000 درهم ".

أما بالنسبة للقروض الإستهلاكية ، فنجد المشرع ينص في الفقرة الثانية من المادة 85 من القانون رقم 31.08 تنص على مايلي : " ... غير أنه للمقترض أن يتراجع عن التزامه داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. و لممارسة الحق في التراجع ، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للإقتطاع". و

<sup>1</sup> - و ذلك بمقتضى المادة 85 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدبير لحماية المستهلك .

يضيف المشرع في الفقرة الرابعة من هذه المادة ".....يلتزم المقترض في حالة التراجع ، بإيداع الإستمارة مقابل وصل يحمل طابع و توقيع المقرض " .

أما بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد ، فالمشرع المغربي لم يحدد شكلية معينة لممارسة هذه المكنة ، الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل التالي : هل إجماع المشرع عن عدم تحديد شكلية للتراجع في العقود المبرمة عن بعد ، بخلاف ما فعله في البيع خارج المحلات التجارية و بالنسبة للقروض الإستهلاكية ، يعتبر تعبيراً ضمنياً على منح المستهلك الحرية في ممارسة هذه المكنة كيف يشاء أو بحسب الطريقة التي يتفق عليها مع المورد أم أن الأمر غير ذلك ؟ برجعنا إلى المادة 32 من القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، نجدها تنص خاصة في البند الثالث منها على ما يلي : " يجب أن يتلقى المستهلك كتابة أو بأي وسيلة دائمة أخرى موضوعاً رهن تصرفه ، في الوقت المناسب و على إبعاد تقدير عند التسليم :

- 1- .....
- 2- .....
- 3- معلومات حول شروط و كفاءات ممارسة حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36 .
- 4- ....." .

انطلاقاً من هذا البند يتضح لنا جلياً أن شكلية ممارسة حق التراجع في العقود المبرمة عن بعد تخضع لإرادة المورد ، لأنه هو الذي يحدد شروط و كفاءات ممارسة هذا الحق ، و ذلك حسب منطوق البند أعلاه .

و في نظرنا فان تحويل المورد إمكانية تحديد شروط و كفاءات ممارسة حق التراجع من شأنه أن يهدد مصلحة المستهلك ، ذلك أن المهني قد يحدد شروطا لا تمكن المستهلك من إثبات هذا التراجع في الحالة التي يمكن أن ينازعه فيها المهني.

لكن و دعما دائما لمبدأ الأمن القانوني و حفاظا على مصالح المستهلك ، نجد أن المشرع تفادى وقوع المستهلك في مأزق من هذا النوع ، و ذلك بتحويله مكنة تمكنه من إبطال تلك الشروط باعتبارها شروطا تعسفية<sup>1</sup> و ذلك طبقا لمقتضيات المادة 19 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك و التي تنص على ما يلي: "يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد و المستهلك .

تطبق مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور".

### ثانيا : الإستثناءات الواردة على ممارسة حق التراجع .

إذا كان المشرع المغربي قد حصر إمكانية ممارسة حق التراجع في التشريع المغربي على ثلاثة عقود، و هي عقد البيع المبرم عن بعد بمقتضى المادة 36 من قانون رقم 31.08، و عقد البيع خارج المحلات التجارية بمقتضى المادة 49 من

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي تفرض على المستهلك من قبل المهني ، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الإقتصادية ، بغرض الحصول على ميزة مجففة . ولاعتبار الشروط تعسفية لابد من توافر عنصرين أساسيين و هما :

- التعسف في استعمال القوة الإقتصادية للمهني .

- حصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة . للمزيد من التفصيل حول الشروط التعسفية راجع حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك- دراسة مقارنة - نشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة 1997 ، ص 51 و ما بعدها ، راجع كذلك زاهية حورية سي يوسف ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة - مقال منشور بمجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، العدد 18 الصادر في جوان 2008 ، ص 191 و ما بعدها .

القانون 31.08، والقروض الاستهلاكية بمقتضى المادة 85 من القانون رقم 31.08، فإن ما تنبغي الإشارة إليه أن هناك حالات استثنائية أوردها المشرع في المادة 38 من القانون رقم 31.08، لا يمكن أن يمارس فيها حق التراجع إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، و ذلك حتى لا يتعسف المستهلك في استعمال هذا الحق.

و في هذا الإطار نجد المشرع ينص في هذه المادة على ما يلي :

" لا يمكن أن يمارس حق التراجع، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك في العقود المتعلقة بما يلي:

1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة.

2- التزويد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي ثمنها أو تعريفها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية .

3- التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة خصيصا له أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف.

4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات."

فسبب استثناء المشرع المغربي لهذه الحالات هو أن المستهلك يتحمل نصيبا في نشوئها ، كما لو تم الشروع في تنفيذها بموافقة أو أن السلع المصنوعة كانت بالمواصفات التي طلبها أو معدة خصيصا له ، أو أنه سبق له الإطلاع عليها ، أو

أن طبيعة المنتج لا تبرر ممارسة هذا الحق كالتزويد بالجرائد أو الدوريات ، حيث لا يمكن ممارسة حق التراجع في هذه الأحوال إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك .

و بالإضافة إلى الإستثناءات التي نص عليها المشرع في المادة المشار إليها أعلاه ، هناك استثناءات أخرى تطرق إليها المشرع المغربي في المادة 46 من القانون رقم 31.08 التي تنص على ما يلي :

" لا تخضع لأحكام هذا الباب:

- الأنشطة التي يكون فيها البيع خارج المحلات التجارية منظما بنص تشريعي خاص.

- البيع بالمنازل لمنتجات الإستهلاك العادي الذي يقوم به المورد أو مأموره خلال جولات متواترة أو دورية داخل المجموعة العمرانية التي توجد بها مؤسستهم أو بجوارها .

- بيع المنتجات المتأتية بصفة حصرية من صنع أو إنتاج شخصي للمورد خارج المحل التجاري أو لعائلته و كذا تقديم الخدمات المرتبطة بمثل هذا البيع و المنجزة على الفور من لدنهم " .

عموما يمكن القول بأن هدف المشرع من تقرير هذه الإستثناءات هو الحفاظ على استقرار المعاملات و وضع حد للتجاوزات التي يمكن أن تصدر عن المستهلك في ممارسته لهذه المكنة .

## المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على ممارسة حق التراجع.

إذا كان المشرع قد منح للمستهلك مدة زمنية يتعين عليه فيها ممارسة حقه في التراجع ، و ذلك في الحالة التي يتبين له فيها أن السلعة أو الخدمة المقدمة من طرف المورد ، لا تستجيب لتطلعاته ، فإن أعمال المستهلك لحقه هذا يرتب مجموعة من الآثار سواء في مواجهته (الفقرة الأولى) أو في مواجهة المورد (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : آثار حق التراجع في مواجهة المستهلك.

رتب المشرع على ممارسة المستهلك لحق التراجع أثرين هامين: الأول يتمثل في رد السلعة إلى المهني ( أولا) و الثاني يتمثل في التزامه بدفع مصاريف رد السلعة (ثانيا).

### أولا: التزام المستهلك برد الشيء المبيع .

إن تراجع المستهلك عن تنفيذ العقد الذي أبرمه مع المورد، يترتب عليه زوال العقد الذي يربطهما ، و بالتالي انقضاءه ، و في هذه الحالة يتوجب على المستهلك أن يرد الشيء المبيع إلى المورد .

فمقتضيات نظرية عدم التعسف في استعمال الحق، تفرض على المستهلك أن يرد هذا الشيء على الهيئة أو الحالة التي تسلمه عليها، و خلال المدة التي المحددة لممارسة حق التراجع.

لكن الإشكال يثور في الحالة التي تهلك فيها هذه السلعة ، فمسؤولية هذا الهلاك على عاتق من تقع ، هل على عاتق المستهلك أم على عاتق المورد ؟

برجوعنا إلى القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، نجد أن المشرع المغربي لم يتطرق لهذا الإشكال ، الشيء الذي يدفعنا إلى الإستئناس بالقواعد العامة ، التي تقضي بأن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع ، أما بعد التسليم فتكون تبعة الهلاك على عاتق المشتري<sup>1</sup>.

مما يمكن القول معه بأن نفس الشيء يطبق في إطار العقود المبرمة عن بعد، حيث إنه قبل تسليم الشيء المبيع تقع تبعة الهلاك على عاتق المورد ، أما بعد تسلّم المستهلك للسلعة المبيعة، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتقه ، باعتباره ملزماً ببذل العناية اللازمة في المحافظة على هذا الشيء .

### ثانيا : التزام المستهلك بدفع مصاريف إرجاع السلعة.

سبق أن بينا في معرض حديثنا عن خصائص حق التراجع أنه حق مجاني ، أي يمارسه المستهلك دون دفع أي مقابل مادي ، لكن خاصية المجانية هاته يرد عليها استثناء يتمثل في دفع المستهلك لمصاريف إرجاع السلعة المتراجع عنها<sup>2</sup>، و يقصد بمصاريف الإرجاع ، هي تلك المصاريف التي تكون لازمة لإرجاع السلعة التي تم العدول عنها إلى المورد ، و لعل هدف المشرع من تحميل المستهلك لتكاليف إرجاع السلعة هو حماية المورد من تعسف المستهلك الذي قد يتخذ أحيانا هذه المكنة وسيلة للتلاعب .

<sup>1</sup> - برجعنا إلى القواعد العامة نجد الفصل 498 من قانون الالتزامات و العقود ينص على انه " يبقى الشيء المبيع في ضمان البائع الذي يتحمل تبعة هلاكه ، إلى أن يتسلمه المشتري ."  
و ينص كذلك الفص 513 من نفس القانون على أنه "إذا كان المبيع شيئا معيناً و هلك هذا الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو خطئه ، كان للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته ، على نحو ما كان يمكن أن يفعله ضد أي شخص من الغير .

و إذا ورد على شيء مثلي، التزم البائع بأن يسلم مثيلاً له في صنفه و مقداره و الكل مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل " .

<sup>2</sup> - و ذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم 31.08 التي تنص على ما يلي : "...و ذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك..." .

### الفقرة الثانية: آثار حق التراجع في مواجهة المورد.

إذا كان تراجع المستهلك عن العقد الذي أبرمه مع المورد ، يرتب مجموعة من الآثار في مواجهة المستهلك ، فإنه بالمقابل يرتب كذلك آثارا في مواجهة المورد ، تتمثل في التزام المورد برد ثمن السلعة إلى المستهلك ( أولا ) ، و قيامه بفسخ عقد القرض المبرم بينه و بين المستهلك بمناسبة العقد الأصلي (ثانيا) .

#### أولا:التزام المورد برد ثمن السلعة إلى المستهلك.

ألزم المشرع المغربي المورد في حالة ممارسة المستهلك لحق التراجع، القيام بإعادة المبالغ المدفوعة من طرف المستهلك كاملة و على الفور، و ذلك بعد توصله بقرار التراجع من طرف المستهلك.

و قد حدد المشرع النطاق الزمني لهذا الإرجاع، بأن جعله يتم داخل أجل خمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة حق التراجع ، وتفاديا للمماطلة في إرجاع هاته المبالغ من طرف المورد، فإن المشرع رتب وبقوة القانون على المبلغ المستحق فوائد تحسب على أساس السعر القانوني المعمول به<sup>1</sup>، هذا من جهة .

و من جهة أخرى فقد أنزل المشرع عقوبات مالية على المورد في حالة رفضه إرجاع المبالغ المدفوعة، و ذلك بأن ألزمه بدفع غرامة تتراوح بين 1200 و 50000 درهم، على أن يتم رفع هذه الغرامة الى الضعف في حالة العود.

<sup>1</sup> في هذا الإطار تنص المادة 37 من القانون رقم 31.08 على ما يلي " عند ممارسة حق التراجع يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور و على أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور.و بعد انصرام الأجل المذكور تترتب بقوة القانون على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به " .

ويعتبر في حالة العود من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة<sup>1</sup>.

و إذا كان المشرع قد ألزم المورد بإرجاع المبالغ المدفوعة من طرف المستهلك مع معاقبته في حالة امتناعه عن ذلك، فإن هذا المورد يمكنه التحلل كليا أو جزئيا من المسؤولية و ذلك في حالات السبب الأجنبي الذي تطرقت إليه الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون رقم 31.08 و هي<sup>2</sup>:

- حالة خطأ المستهلك .
- حالة فعل غير متوقع ألا يمكن تجاوزه.
- حالة القوة القاهرة .

**ثانيا : فسخ المورد لعقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي عدل عنه المستهلك .**

هذا الأثر لم يتطرق إليه المشرع المغربي في القانون رقم 31.08 بخلاف المشرع الفرنسي الذي تطرق إليه في المادة 311.15.1 L من قانون الإستهلاك الفرنسي ، و التي صدرت إعمالا لنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من التوجيه التشريعي الأوروبي رقم 97/7/EC لسنة 1997<sup>3</sup> الصادر بشأن العقود

<sup>1</sup> - تنص المادة 178 من القانون رقم 31.08 على ما ياي " يعاقب بغرامة من 1200 الى 50.000 درهم المورد الذي يرض إرجاع المبالغ الى المستهلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 37 و 40 . في حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف .

يعتبر في حالة العود ، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة .

<sup>2</sup> - تنص الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون رقم 31.08 على انه " ... غير أنه يمكن إعفاء المورد من المسؤولية كلها أو جزء منها إذا أثبت أن عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه راجع إلى المستهلك أو إلى فعل غير متوقع للغير لا يمكن تجاوزه أو إلى حالة القوة القاهرة " .

<sup>3</sup> - La directive 97/7CE du parlement Européen et de conseil Européen Concernant La protection des consommateurs en matiere de contrats à distance, journal Officiel 03/06/1997 N 144/19 .

المبرمة عن بعد ، كما تطرقت إليه كذلك المادة 33 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي التي تنص على أنه " إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً من قبل البائع أو الغير على أساس عقد ميرم بين البائع و الغير فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض "

فمن خلال هاتين المادتين يمكن القول بأن المستهلك إذا أبرم مع المورد عقداً من أجل شراء سلعة معينة ، و أبرم معه عقد قرض، تمويلًا لعقد الشراء هذا ، فإن تراجع المستهلك عن عقد الشراء يستتبعه بالضرورة تنازله عن عقد القرض المبرم تمويلًا للعقد الأول ، و لاشك أن هذا يعتبر وجهاً آخر من الحماية المقررة للمستهلك في هذا المجال .

### خاتمة:

نخلص من هذه الدراسة، أنه أمام التطورات التي عرفها العالم في الآونة الأخيرة ، و ما صاحب ذلك من ظهور عقود جديدة ، و تقنيات حديثة في التعاقد ، ساهمت في تنامي الفجوة بين المهني و المستهلك، لم يتوان المشرع في البحث عن إيجاد آليات حديثة تتماشى مع ما أوجده الوضع الحالي ، خاصة أمام عجز القواعد التقليدية عن توفير الحماية الكافية للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد .

فالمشرع قام في الآونة الأخيرة باستحداث تقنية حديثة تستجيب للتطورات الحاصلة في مجال إبرام العقود و كفيلة بضمان الحماية للمستهلك ، و هي منح هذا الأخير إمكانية التراجع عن العقد الذي سبق أن أبرمه مع المورد ، هذه الآلية التي تطرق إليها في القانون رقم 30.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك و قصر ممارستها على عقود دون أخرى .

فتقرير هذه الآلية من طرف المشرع لا يعني أن ذلك يشكل انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة أو نسفا لمبدأ القوة الملزمة للعقد أو تغليباً لمصلحة المستهلك على مصلحة المورد ، بل إن الهدف من ذلك هو إقامة التوازن بين المصلحتين معا ، وبعث روح الاطمئنان والأمان في نفس كل من يتعامل بهذا النوع الجديد من العقود التي فرضها عالم المال و الأعمال و هي العقود الإلكترونية ، فبدون إقرار حماية في هذا المجال فان الناس ستعزف عن اللجوء عن هذا النوع من العقود التي شاع التعامل بها.

فالمشرع و تحقيقاً منه لمبدأ الأمن القانوني و الاجتماعي، و مراعاة منه لمصلحة الطرفين معا، لم يترك ممارسة هذه المكنة للعبث بل إنه أحاط ممارستها بمجموعة من الضوابط حتى لا تضحى وسيلة يتهدد بها المستهلك المهني في كل وقت وحين.

### قائمة المراجع و المصادر

#### المراجع باللغة العربية .

#### الكتب

- ابراهيم فكري، المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق و القانون -، الطبعة الاولى الصادرة سنة 2001 ، نشر البديع.
- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني - دراسة مقارنة - الطبعة الصادرة سنة 2011 ، نشر دار الجامعة الجديدة، مصر.
- ابراهيم دسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم - دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الصادرة سنة 1994 .

- ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصادر الإرادية للإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة و التصرف القانوني ، ، مطبوعات جامعة الكويت ، دون ذكر تاريخ الطبع.
- بوعبيد عباسي ، الإلتزام بالإعلام في العقود - دراسة في حماية المتعاقد و المستهلك - ، نشر المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى الصادرة سنة 2008
- حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك- دراسة مقارنة - نشر دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الصادرة سنة 1997 .
- مامون الكزبري ، نظرية الإلتزام في ضوء قانون اللتزامات و العقود المغربي ، الجزء الأول ، بدون تاريخ الطبع .
- مامون الكزبري ، نظرية اللتزامات في ضوء قانون اللتزامات و العقود المغربي ، الجزء الثاني ، أوصاف الإلتزام و انتقاله و انقضاؤه ، بدون تاريخ الطبع
- عامر قاسم احمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك - دراسة في القانون المدني و المقارن - نشر الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى الصادرة 2002.
- عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون - نشر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الصادرة سنة 2004.
- محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية - العقود الالكترونية ، المنازعات العقدية و غير العقدية و القانون الواجب التطبيق - نشر دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الصادرة سنة 2005.
- محمد الشافعي ، بطاقات الأداء و الإثمان بالمغرب ، سلسلة البحوث القانونية رقم 5 ، طبع المطبعة و الوراقة الوطنية ، الطبعة الاولى.
- محمد عبد الطاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، نشر المؤسسة الفنية للطباعة و النشر ، القاهرة ، الطبعة الصادرة سنة 2001.

- موفق حماد عبده ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية –  
دراسة مقارنة - ، نشر مطبعة السنهوري ، العراق ، الطبعة الاولى الصادرة سنة  
2011 .

### المقالات :

- بو عبيد عباسي مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون  
حماية المستهلك ، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن ، العدد  
37 الصادر في 2002.

- بو عبيد عباسي الشراء عن طرق التلفزيون . أية حماية للمستهلك ؟ مقال  
منشور بمجلة المنتدى العدد الثاني الصادر سنة 2002 .

- علي احمد صالح ، مفهوم المستهلك و المهني في التشريع الجزائري ، مقال  
منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 01  
الصادر في مارس 2011 .

- الحسين بلحساني، أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره ، مقال  
منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون ، العدد الرابع ، الصادر في 2001 .

- زاهية حورية سي يوسف ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية – دراسة  
مقارنة – مقال منشور بمجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية ، العدد 18 الصادر في  
جوان 2008 .

### الأطروحات والرسائل:

- عبد الله عبد الله محمد العلفي ، أحكام الخيار في القانون اليمني – دراسة  
مقارنة بالقانون المصري-، رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة عين شمس سنة 1988 .

- أحمد أبران ، حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة و الخاصة،  
رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الاعمال، جامعة محمد  
الأول،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية و جدة، السنة الجامعية 2000

### القوانين :

- القانون رقم 08-31. المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك .  
- القانون رقم 53-09 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية .

- قانون الالتزامات و العقود .

المراجع المعتمدة باللغة الفرنسية

-- Isabelle Demeslay ; Le droit de repentir ; In : Revue juridique de l'Ouest ; 1997.

-Najar Ibrahim; le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral ;L G D J ; paris 1976 N 103 .

-La directive 97/7CE du parlement Européen et de conseil Européen Concernant La protection des consommateurs en matiere de contrats à distance، journal Officiel 03/06/1997 N 144/19 .

## "الدفع بعدم الاختصاص النوعي في المادة الإدارية"

ذ. زكرياء خيات  
طالب باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس  
إطار بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء

### مقدمة :

إن المقصود بالاختصاص النوعي للمحاكم هو سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، فضابط إسناد الاختصاص لمحكمة معينة وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع، وذلك لا يتصور قيامه إلا بين جهتين قضائيتين مختلفتين كالمحكمة الإدارية والمحكمة التجارية أو بين إحدى هاتين المحكمتين والمحكمة الابتدائية ذات الولاية العامة، وليس بين أقسام نفس المحكمة أو احد هذه الأقسام ومؤسسة الرئيس سواء كقاضي المستعجلات أو بمناسبة عرض النزاع عليه بصفته الرئاسية<sup>1</sup>.

يمثل تحديد الجهة القضائية المختصة بالبت في المنازعات من الأولوية التي جعلت المشرع يرقى بمسألة الاختصاص النوعي إلى مصاف النظام العام لما ينطوي عليه من توزيع الاختصاصات بين مختلف أصناف المحاكم وبالتالي ارتباطه بتطبيق قانون معين ومن جهة أخرى الحرص على أن تثبت في المنازعة بعينها جهة قضائية دون أخرى نظرا لتخصصها وارتباطها بدرجة القدرة على

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 125 الصادر بتاريخ 05 مارس 2015، في الملف التجاري عدد 2012/1/3/941.

البت في النزاع. وذلك رغم وجود فرضية اعتبار القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات ضد إساءة استخدام السلطة<sup>1</sup>.

إذا كانت تجربة المحاكم المتخصصة قد ساهمت بشكل ايجابي في الرفع من مستوى التخصص المطلوب للنظر في القضايا ذات الطبيعة الإدارية أو التجارية، وهو ما يشكل ضمانا أساسية يستفيد منها كل من المواطن والإدارة والمستثمر والمقاول... فان صعوبة وضع معايير فاصلة<sup>2</sup> بين نطاق اختصاص كل محكمة على حدة، افرز عدة مشاكل ارتبطت أساسا بمنازعات الاختصاص النوعي بين مختلف هاته المحاكم، وهو الأمر الذي انعكس سلبا على حسن تسيير القضاء.<sup>3</sup>

وغني عن البيان أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم من الركائز الأساسية للعمل القضائي وذلك راجع لارتباطه مباشرة بحقوق أطراف النزاع، لذلك سنتناول في هذا المقال الإشكالات التي تتخلل الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم، وعلى وجه الخصوص على مستوى المنازعات ذات الطابع الإداري.

إذا كان الدفع بعدم الاختصاص المحلي لا يثير إشكالات كثيرة من حيث تحديد النظام القانوني الذي يحكمه، فإن الأمر مختلف بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص النوعي. و يرجع هذا الأمر بالأساس إلى تعدد الأنظمة القانونية التي تنظمه واختلافها، بل وتناقضها أحيانا. فما هي اذن الإشكالات التي يطرحها الدفع بعدم الاختصاص النوعي في المنازعات الإدارية ؟

<sup>1</sup> BOUALEM SNOUSSI : " La protection des droits et libertés du fonction par le juge de l'excès de pouvoir ", Association Marocaine de science Administratives ( A. M.S.A), la justice administrative bilan et perspectives, 410/1993, page : 23 .

<sup>2</sup> GAUDEMET (Yves) : « Traité de droit administratif », LGDJ, Tomel ,2002 ,16éme édition, p :385

<sup>3</sup> أسيا الحجام : " إشكالات الاختصاص النوعي بعد إحداث المحاكم المتخصصة "، الطبعة الأولى 2012 . ص 9.

ان الأمر الأكثر خطورة على حقوق المتقاضين هو تعدد وغموض الإجراءات المسطرية المتعلقة بالدفع بعدم الاختصاص وكذا طرق الطعن في الحكم الصادر في الاختصاص النوعي " المبحث الأول " .

والشيء الذي يطرح الإشكال في العمل القضائي بشدة، هي القواعد المنظمة لآثار الحكم الصادر في الاختصاص النوعي، وهما قاعدة عدم جواز الخوض في موضوع الدعوى وكذا القواعد المنظمة للإحالة على الجهة المختصة، "المبحث الثاني" .

**المبحث الأول : الإجراءات المسطرية للدفع بعدم الاختصاص النوعي**

**والحكم فيه**

يعتبر الدفع بعدم الاختصاص النوعي من الدفوع الشكلية أو الإجرائية، وقد اشترط المشرع المغربي على من يريد إثارته ضرورة مراعاة عدة شروط، " المطلب الأول "، كما بين المشرع كيفية الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي وكذا طرق الطعن فيه " المطلب الثاني"، وذلك كله وفق ما هو منصوص عليه سواء في قانون المسطرة المدنية، أو في القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا القانون المحدث للمحاكم التجارية.

**المطلب الأول: عناصر صحة الدفع بعدم الاختصاص النوعي**

نتوخى من دراسة مضمون هذا المطلب، تسليط الضوء على بعض العناصر أو الشروط التي يجب أن يستوفيهما الدفع بعدم الاختصاص النوعي، وأهمها اجل الدفع " الفرع الأول"، ثم تحديد الجهات التي تملك حق إثارة هذا الدفع " الفرع الثاني".

## الفرع الأول: آجال الدفع بعدم الاختصاص النوعي

تعتبر قواعد الاختصاص النوعي منذ ظهور المسطرة المدنية 1913 لاسيما الفصل 124 من النظام العام، بحيث "يجوز للخصوم أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي، ويجب على القاضي أن يصرح به تلقائياً في جميع أطوار القضية إذا اقتضى الحال ذلك"، لكن ظهور 1974 المتعلق بإصلاح النظام القضائي تراجع في فصله 16 عن هذه القاعدة حينما نص على أنه " يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع باستثناء الأحكام الغيابية التي يمكن فيها الدفع بعدم الاختصاص أمام محاكم الاستئناف"<sup>1</sup> ، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض في قرارها عدد 272 على أنه : " وحيث إن المطعون ضده لم يسبق له أن تمسك بعدم الاختصاص النوعي وفي أية مرحلة من مراحل التقاضي كما أن قاضي الدرجة الأولى لم يصرح بعدم اختصاصه نوعياً للبت في النزاع وأن محكمة الاستئناف أثارت تلقائياً عدم الاختصاص المذكور فإنها قد خرقت مقتضيات الفصل 16 الموماً إليه"<sup>2</sup>.

وقد فسر بعض الفقه تكريس هذا الشرط في قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 بكون المشرع المغربي أراد من خلاله منع المتقاضين من استغلال الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ربح الوقت وإطالة أمد الخصومة، إذ ما هو ملاحظ أنهم يحتفظون به إلى حين استنفاد جميع الدفوع، أو ترك القضية تقطع مراحل هامة في الإجراءات أو درجات التقاضي وقد تصل إلى محكمة النقض، لترجع من جديد إلى المحكمة الابتدائية وهو ما يشكل هدراً لوقت وجهد مال المدعي.

<sup>1</sup> حسن صحيب : " القضاء الإداري المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 80 ، الطبعة الأولى الدار البيضاء 2008 ص490

<sup>2</sup> القرار رقم 272 الصادر في الملف الإداري عدد 13-7179 بتاريخ 2013/10/02

أما بالنسبة للمحاكم الإدارية، فقد نص المشرع في المادة 12 من القانون المحدث لها على أنه " تعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من قبيل النظام العام، وللأطراف أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى، وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائيا"، ومن هنا يتبين لنا التناقض الواضح ما بين الفصل 16 من ق.م.م والمادة 12 من ق.م.م.إ، إلا أنه قبل إحداث المحاكم الإدارية لم يكن هذا التباين يثير أي إشكالية تذكر، ما دامت المحاكم الابتدائية كانت لها الولاية العامة للبت في جميع القضايا على اختلاف أنواعها.

### الفرع الثاني: الأطراف المخول لهم إثارة الدفع

بالنسبة للجهة التي يمكنها الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ق.م.م، فقد تطرق المشرع المغربي لهذه المسألة في الفقرة الأولى من الفصل 16 ق.م.م والذي نص على أنه: " يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دافع".

فقد أورد المشرع مصطلح "الأطراف" بكيفية مطلقة، وبذلك يمكن القول أنه يجوز لكل ذي مصلحة وغالبا ما يكون المدعى عليه، إذ لا يعقل أن يتمسك به المدعي وهو في نفس الوقت المقدم للمقال الافتتاحي للدعوى أمام تلك المحكمة، أما بالنسبة للمحكمة التي يجوز لها أن تثير الدفع بعدم الاختصاص النوعي وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 16 من ق.م.م فلمحكمة الدرجة الأولى إثارة هذا الدفع ولو لم يتمسك به الأطراف، غير أنه أعطى لقضاة محكمة الاستئناف حق إثارته في حدود ضيقة، وذلك في حالة صدور الحكم الابتدائي غيابيا.

وهو ما كرسته محكمة النقض في القرار الصادر عنها بتاريخ 21/01/1988 بأن محكمة الاستئناف التي قضت تلقائيا بعدم اختصاصها النوعي

بنظر القضية قد خرقت مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 16 من ق.م.م وعرضت قرارها للنقض.<sup>1</sup>

وتنص الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية على ما يلي " استثناء من أحكام الفصل 17 من ق.م.م، يجب على المحكمة التجارية أن تبت مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها وذلك داخل أجل ثمانية أيام".

وأهمية هذا التساؤل تتجلى في أن المشرع نفسه ساهم في إثارته، وذلك بسبب عدم تضمينه في الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم التجارية لمقتضيات من قبيل تلك التي أوردها في المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

أما بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم الإدارية، فيستشف من خلال المادة 12 من ق.م.م. أن للاطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل الدعوى، وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها الدعوى أن تثيره تلقائياً، وبخلاف أحكام الفصل 16 من ق.م.م، يمكن لمحكمة الاستئناف الإدارية إثارة عدم الاختصاص النوعي حتى وإن لم يكن الحكم غيابياً، وهذا من أهم الآثار التي تترتب عن إعطاء المشرع للاختصاص النوعي صفة النظام العام في المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

### المطلب الثاني: الحكم الصادر في الاختصاص النوعي

بعد أن يستجمع الدفع بعدم الاختصاص النوعي شروطه، يتعين على المحكمة المثارة أمامها أن تبت فيه بعد ضمه إلى الجوهر أو بموجب حكم مستقل، وهذا ما يطرح إشكالا بين مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م و القانونين رقم 90-

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى بتاريخ 21/02/1988 في الملف المدني عدد 25.

41 المحدث للمحاكم الإدارية، ورقم 53-95 المحدث للمحاكم التجارية. " الفرع الأول"، كما يطرح تعدد القوانين الإجرائية المذكورة إشكالات عديدة على مستوى طرق الطعن في الحكم الصادر في الاختصاص النوعي " الفرع الثاني " .

### الفرع الأول: إشكالية الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي

سنحاول من خلال هذه الفقرة معالجة مسألة الفصل في الدفع بعدم الاختصاص بين الحكم المستقل والضم إلى الموضوع، وذلك من خلال الوقوف عند النصوص المنظمة له والاجتهادات القضائية التي كرست هذه القواعد.

### أولاً: الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي و الجوهر معا

ينص الفصل 17 من ق.م.م على تخيير القاضي في البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني رغم أن اللغة المستعملة من طرف المشرع كانت ركيكة للغاية إذ شمل الفصل المتكون من سطرين ما يسمى بلغة "الطباق" أي تعارض كلمتين ففي أول الفصل استعمل عبارة "يجب" التي تقود المتلقي منذ أول وهلة إلى الاعتقاد أن الفصل فيه إلزامي لا محالة، إلا أنه سرعان ما يفاجئنا في وسط الفصل بجملته انتقالية تفيد تحولا جذريا في نية المشرع من الإلزام إلى التخيير باستعمال عبارة "أو" التي تفيد بدورها التخيير قاصدا أن القاضي يمكنه أن يضم الطلب العارض إلى الجوهر ويبت في الكل بحكم واحد.

كما اتجه القضاء إلى خرق قاعدة الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل، ومثالا على ذلك حكم المحكمة الإدارية الذي جاء فيه " وحيث إن المادة 13 من قانون إحداث المحاكم الإدارية وسيرا على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ( القرار عدد 70 الصادر بتاريخ 16-7-1998 ملف عدد-4-49-2002،القرار عدد 155 الصادر بتاريخ 24-2-2009 ملف عدد 302-4-1-2006،القرار عدد 229 الصادر بتاريخ 25-3-2010 في الملف عدد 175-

4-1-2010، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة الإدارية السلسلة 2 سنة 2011 الجزء 6) لم ترتب جزاء على عدم البت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، لاسيما و أن مبدأ حسن سير العدالة يقتضي البت في الدفع العارض والموضوع بحكم واحد متى كانا جاهزين للبت انسجاما مع الحق في محاكمة سريعة باعتبارها من مقومات المحاكمة العادلة.<sup>1</sup>

وما يمكن ملاحظته في الأخير على هذا الحكم موضوع التعليق وغيرها من الأحكام الإدارية، هو أن لها توجه جديد، يخالف نص المادة 13 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، التي أكدت على عدم جواز ضم الدفع المتعلق بالاختصاص النوعي إلى الجوهر، وذلك بانتقالها من التفسير الحرفي للنص، إلى التفسير المقصدي وذلك من أجل تحقيق هدفين :

-الهدف الأول يتعلق بالتخفيف من كثرة الأحكام المتعلقة بالدفع بعدم الاختصاص النوعي، مادامت أن المادة 13 السالفة الذكر لم ترتب جزاء قانونيا، وهذا هو توجه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، حيث عللت ذلك بأن "المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم تقيد المحكمة الإدارية بالبت في الدفع بعدم الاختصاص بحكم مستقل".

-أما الهدف الثاني، فيبرز في توحيد الاجتهاد القضائي، وتوضيح الرؤية لدى المتقاضين وعدم التناقض بين الأحكام الفاصلة في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، والأحكام المتعلقة بجوهر النزاع.

وما زاد من هذا اللبس، هو توجه المشرع في القانون م.م.1 في الفصل 13 والقانون م.م.ت في الفصل 8 على وجوب الفصل في الدفع بعدم الاختصاص

<sup>1</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012-06-21، في الملف رقم 5-62-2012

بحكم مستقل، وانه لا يجوز للمحاكم الادارية والتجارية ضمه للموضوع، وهذا ما سنحاول معالجته في الفقرة التالية.

### ثانيا : الفصل بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي

تنص المادة 13 من ق.م.م.إ على ما يلي : " إذا أثير دفع بعد الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تثبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها تضمه إلى الموضوع"، فالمادة جاءت صريحة وواضحة بخصوص البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي الذي أوجب على الجهة المقدم أمامها هذا الدفع، وهذه المقتضيات تطبقها المحاكم الابتدائية والإدارية على السواء، أن تثبت فيه بحكم مستقل وحرم عليها ضمه للموضوع، وبالتالي فإن الفصل 17 من ق.م.م الذي كان يخول للمحكمة إمكانية البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي إما بحكم مستقل أو بضمه إلى الموضوع، أصبح ينحصر تطبيقه على الاختصاص المحلي لا غير، وذلك طبقا للمادة 14 من القانون رقم 90-141<sup>1</sup>.

ومعنى ذلك أن المحكمة الابتدائية مثلا، إذا أثير أمامها دفع بعدم الاختصاص النوعي يصبح من اللازم عليها أن تصدر حكما مستقلا بشأن هذا الدفع، وإن تم الطعن فيه بالاستئناف وجب عليها أن توقف البت في الموضوع إلى حين بت الجهة المعروض عليها الاستئناف.

وهو الأمر الذي أكده قرار صادر عن محكمة النقض في غرفتها المدنية جاء فيه: " وحيث إن الثابت من مذكرات الطاعن انه دفع ابتدائيا واستئنافا بعدم اختصاص المحكمة العادية نوعيا للبت في النزاع، لكونه يتعلق بصفقة عمومية تعتبر من العقود الإدارية. ومحكمة الاستئناف لما أبدت الحكم الابتدائي الذي بت

<sup>1</sup> تنص هذه المادة على أنه : " تطبق أحكام الفقرات الأربع الأولى من الفصل 16 وأحكام الفصل 17 من قانون المسطرة المدنية على المدفوع بعدم الاختصاص المحلي المثارة أمام المحاكم الإدارية ".

موضوع النزاع برمته دون أن تثبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل. فإنها تكون قد خرقت الفصل 13 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، بموجبه، فإنه إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تثبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع وعرضت بذلك قرارها للنقض".<sup>1</sup>

غير أن هناك استثناء على هذه القاعدة، إذ يجوز للمحكمة أن تقرر ضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي للموضوع، وذلك متى ثبت لها أنها مختصة فعلا نوعيا، ولا يمكن للأطراف، أن يتمسكوا في استئنافهم بخرق المادة 13 من القانون 90-41، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 591 الذي جاء فيه : " حيث يعيب المستأنف الحكم المستأنف بخرق مقتضيات المادة 13 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، ذلك أنه دفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة لكون الدعوى مؤسسة على الخطأ الشخصي، فأجابت المحكمة الإدارية عن الدفع دون أن تصدر بشأنه حكما مستقلا طبقا للمادة المذكورة، فأجابت محكمة النقض بأن ثبوت الاختصاص للمحكمة الإدارية يجعل ما أثير السبب بدون جدوى".<sup>2</sup>

و يجد هذا التوجه سنده في قواعد العدل والإنصاف وعدم التعسف في استعمال الحق، إذ الغرض منه هو قطع الطريق أمام من يستغلون وسائل الدفاع المخولة لهم قانونا، في إطالة الوقت و التهرب من أداء حقوق خصومهم، خاصة وأن المحكمة قد بنت فيما هي مختصة فيه.

غير أن غياب أي جزاء قانوني على عدم احترام المقتضى المتعلق بالفصل في الدفع بموجب حكم مستقل، دفع ببعض المحاكم إلى ضمه إلى الجوهر كما هو

<sup>1</sup> قرار عدد 595 بتاريخ 16-12-2008/13/2005 ملف عدد 1072/1/2/2005.

<sup>2</sup> قرار عدد 591 الصادر بتاريخ 12/07/2006 في الملف الإداري عدد 70-4-1-2005.

الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها صدر بتاريخ 14 شتبر 2006 الذي جاء فيه : " لئن كانت المادة 13 من القانون رقم 90-41 قد نصت على ضرورة البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل، فإنها لم ترتب من جهة، أي جزاء على مخالفة تلك القاعدة و الحال أن الاجتهاد القضائي قد تواتر على إقرار اختصاص القضاء الإداري للبت في النزاع موضوع النازلة، فلا يبقى مجال لإعمال تلك العلة مما يجعل مقتضيات المادة 13 دون فائدة، فلا حرج من ضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي إلى الجوهر، سيما وأن القضية جاهزة للبت فيها بعدما أجري بحث حول وقائعها".<sup>1</sup>

و هذا النهج الذي تبناه المشرع في المادة 13 من قانون إحداث المحاكم الإدارية -أي البت فيه بحكم مستقل- سيتأكد بالنص في قانون إحداث المحاكم التجارية "المادة 8" على أنه : " استثناء من أحكام الفصل 17 من قانون المسطرة المدنية، يجب على المحكمة التجارية أن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها وذلك داخل أجل ثمانية أيام..."، وإذا كانت غاية المشرع من إلزامية البت فيه قد يغني المحكمة عن التعرض للموضوع وينهي الخصومة، ولذلك أحاطه بإجراءات وأجال محددة بغية التعجيل في البت حتى لا يكون الدفع مطية للتماطل والتطويل ومسايرة لطبيعة المادة التجارية التي تتسم بالسرعة والائتمان.

إلا أن نص الفصل 8 أعلاه يثير عدة تساؤلات منها : هل أجل ثمانية أيام للبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي ملزم للمحكمة فقط في حالة إثارة هذا الدفع من طرف الأطراف ؟ بينما تبقى حرة في إثارته -تلقائيا-والبت في الدفع وقتما شاءت، انطلاقا من عبارة " المرفوع إليها " الواردة في الفقرة الأولى من

<sup>1</sup> حكم رقم 1146 بتاريخ 14 شتبر 2006 في الملف عدد 360/1/05.

نفس المادة؟ إن مثل هذا التفسير سيؤدي إلى المساس برغبة المشرع في الإسراع بالبت في القضايا داخل أجل قصير.<sup>1</sup>

كما أكدت محكمة النقض في قرارها على: "إن قاعدة البت في الاختصاص النوعي بحكم مستقل، وعدم ضمه إلى الجوهر، لها صبغة الوجوب، يتعين التقيد بها في جميع الأحوال..."<sup>2</sup>

يتضح مما سبق أن المشرع أصبح مطالب بالتدخل لإعادة صياغة المادة 8 أعلاه، بشكل يسمح بتجاوز الثغرات والإشكاليات التي خلقتها عن طريق توحيد الأجل المحددة فيها وكذا مراجعة مددها بشكل يسمح باحترام حقوق الدفاع، وكذا مسألة الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع الاختصاص.

### الفقرة الثانية: إشكالات الطعن في الحكم الصادر في الاختصاص النوعي

الحكم الصادر في الاختصاص النوعي لا يمس أصل الحق موضوع الدعوى، فهو من ثم لا يسري عليه ما يطبق على الأحكام التمهيدية، التي يجب أن تستأنف في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع، وضمن نفس الأجل على أن يشار إليها صراحة في مقال الاستئناف. لذلك جاء المشرع بموجب القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا القانون المحدث للمحاكم التجارية بمقتضيات ينظم بها إجراءات الطعن في الأحكام الصادرة في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، وهو ما سنسلط عليه الضوء في هذه الفقرة من خلال البحث في الجهة المختصة بالنظر فيه "أولا"، ثم لبعض الإشكالات المطروحة "ثانياً".

<sup>1</sup> محمد صابر: "الدفع بعدم الاختصاص النوع أمام المحاكم التجارية و علاقته بالنظام العام"، مجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، ص:70.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض عدد 851 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 29 نونبر 2010 في الملف الإداري عدد 2006/3/4/2508.

### أولاً : الجهة المختصة للنظر في الطعن

نصت المادة 13 من القانون المذكور على أن "...للأطراف أن يستأنفوا الحكم المتعلق بالاختصاص النوعي أيا كانت الجهة القضائية الصادرة عنها أمام المجلس الأعلى الذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوماً بيندئ من تسلم كتابة الضبط به لملف الاستئناف"، وبذلك جرد المشرع محكمة الاستئناف الإدارية من حقها في النظر في استئناف القرار الصادر عن المحاكم الإدارية بشأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي، في نفس الوقت الذي خول فيه هذا الاختصاص لمحكمة النقض كمحكمة الاستئناف، وحرمها من البت فيه كجهة النقض.<sup>1</sup>

إلا أنه بعد انضمام المحاكم التجارية<sup>2</sup> إلى المشهد القضائي زاد مشكل الاختصاص حدة وتفاقماً خصوصاً وأن قانون إحداث محاكم الاستئناف التجارية قد خول هذه المحاكم الحسم في النزاع حول الاختصاص النوعي في العلاقة بين هذه الجهة القضائية وكل المحاكم الأخرى، وبالفعل صدرت عدة قرارات عن بعض محاكم الاستئناف التجارية تقيدت من خلالها بحرفية النصوص القانونية الواردة في قانون إحداث المحاكم التجارية مانحة لنفسها الصلاحية للحسم في موضوع الاختصاص النوعي ومحيلة إلى بعض المحاكم الإدارية ملفات وقضايا قررت من خلال دراستها وتحليل جوهر النزاع فيها أن الاختصاص قائم للمحاكم الإدارية.

وعندما عرض النزاع على محكمة النقض بعد أن بنت المحكمة الإدارية في الدعوى بناءً على إحالة الملف عليها من طرف محكمة الاستئناف التجارية لاحظت محكمة النقض (الغرفة الإدارية) أن محكمة الاستئناف التجارية أقل درجة

1 حسن صحيب : م س، ص:491

2 تنص المادة 8 من ق.م.م.ت على أنه : " يمكن استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص خلال أجل عشرة أيام من تاريخ التبليغ، يتعين على كتابة الضبط أن توجه الملف إلى محكمة الاستئناف في اليوم الموالي لتقديم مقال الاستئناف، تبث المحكمة داخل أجل عشرة أيام، تبندئ من تاريخ توصل كتابة الضبط بالملف..."

من محكمة النقض وأن الجهة الوحيدة المختصة حسب قانون 90-41 للحسم في نقطة الاختصاص النوعي هي محكمة النقض (الغرفة الإدارية)، وقد شرح قرار محكمة النقض<sup>1</sup> بإسهاب دواعي وأسباب هذا الإجهاد الذي يجد سنده في النصوص القانونية الواضحة والصريحة مستخلصا أن محكمة الاستئناف التجارية لا تتوفر على صلاحية الحسم في موضوع الاختصاص النوعي إلا في النزاع القائم بين المحاكم التجارية والعادية حول المحكمة المختصة، أما إذا وضع على الخط مشكل اختصاص المحكمة الإدارية للبت في النزاع فإن الغرفة الإدارية هي الجهة المؤهلة وحدها للحسم في نقطة الاختصاص المحكمة الإدارية للبت في النزاع فإن الغرفة الإدارية هي الجهة المؤهلة وحدها للحسم في نقطة الاختصاص، ولعل هذا الاتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض يعتبر اتجاها صحيحا وسليما ما دام قانون 90-41 قد أتى بقواعد قانونية صارمة لا تدع مجالاً للشك.

### ثانيا : بعض الإشكالات المطروحة في الطعن

لعل أهم الإشكالات المطروحة في تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعون الموجهة ضد الأحكام الصادرة في الاختصاص النوعي هي كيفية تحديد هذه الجهة في ضوء اللبس الذي يتخلل القواعد المنظمة للاختصاص لنوعي، فإذا ما قلنا أن محاكم الاستئناف تنظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في الاختصاص النوعي، وقلنا كذلك أن محاكم الاستئناف التجارية تنظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية في الاختصاص النوعي، وأن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تنظر في الأحكام المتعلقة بالاختصاص النوعي الصادرة عن المحاكم الإدارية، يظهر كما لو أن توزيع الاختصاص هنا دقيق ولا يثير أي لبس لكنه في الحقيق أثار لبسا كبيرا خصوصا عند تطبيق القضاء لمقتضيات المادة 13 من ق.م.م.ا.

<sup>1</sup> أورده محمد المنتصر الداودي : " القضاء الإداري مسيرة متطورة، دور الغرفة الإدارية في الحفاظ على مكاسبها"، الطبعة الأولى، دار أبي رفران للطباعة والنشر، 2014، ص:335

التي تعطي لمحكمة النقض الحق في النظر في الاستئنافات القائمة ضد الأحكام الصادرة في الاختصاص النوعي سواء من قبل محكم عادية أو إدارية، فالسؤال هنا هو كيف قام القضاء بتكييف هذا النص على ارض الواقع؟ هل معناه أن جميع الاستئنافات القائمة في الاختصاص النوعي تكون من اختصاص محكمة النقض؟

ذهبت بعض التوجهات القضائية في المسار الخاطئ ومنها الغرفة المدنية بمحكمة النقض حين كيفت المادة 13 من القانون رقم 90-41 على النحو التالي " إلغاء محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية وحكمها في الدعوى بعدم الاختصاص النوعي لفائدة المحكمة الإدارية قرار غير قابل للطعن بالنقض أمام محكمة النقض وإنما قابل للاستئناف أمام محكمة النقض طبقا للمادتين 12 و13 من قانون إحداث المحاكم الإدارية".<sup>1</sup>

كيف يعقل أن تكييف الغرفة المدنية بمحكمة النقض مقتضيات المادة 13 على أساس أن قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف يقرر عدم اختصاص المحكمة الابتدائية لصالح محكمة إدارية، قابل للاستئناف أمام محكمة النقض؟ كيف لقرار استئنافي أن يستأنف مرة أخرى أمام محكمة النقض؟

في الحقيقة لا نجد أساسا قانونيا لمثل هذا التوجه كما انه يزعم احد المبادئ المستقرة في طرق الطعن في الأحكام القضائية وهو أن القرار الاستئنافي لا يقبل الطعن بالاستئناف وان المادتين 12 و 13 تتحدثان عن الحكم الابتدائي وليس القرار الاستئنافي.

لكن، هناك توجه صحيح رفع اللبس في تطبيق المادة 13 المذكورة، وهو القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 10-08-2015 جاء فيه " لكن، حيث

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 567/8 بتاريخ 2015/10/20، ملف مدني عدد 2015/8/1/3131.

إن الاستئناف الذي يرفع أمام محكمة النقض ( الغرفة الإدارية ) بشأن الاختصاص النوعي تطبيقا لمقتضيات المادة 13 من القانون رقم 90-41 المحدث لمحاكم إدارية، هو ذلك الذي يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي المثار أمام جهة قضائية عادية مدنية أو تجارية لفائدة القضاء الإداري أو العكس، ولا تدخل المنازعة في الاختصاص النوعي بين المحكمة الابتدائية والمحكمة التجارية في مثل الحالة المعروضة ضمن مقتضيات المادة 13 من القانون رقم 90-41 المذكور، مما يكون معه الاستئناف غير مقبول".<sup>1</sup>

إذا تم الطعن في الحكم الصادر في الاختصاص النوعي أمام محكمة الاستئناف أو الاستئناف التجارية أو الغرفة الإدارية بمحكمة النقض وصدر القرار الاستئنافي في الاختصاص النوعي هل يمكن الطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو الغير عادية؟

إجابة على السؤال المطروح تصدت محكمة النقض في غرفتها التجارية لهذا الإشكال بالقرار التالي الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أن قرار محكمة الاستئناف التجارية الذي بت في الاختصاص النوعي لا يقبل أي طعن عادي أو غير عادي عملا بأحكام المادة الثامنة من القانون المحدث للمحاكم التجارية، ما عدا إذا تعلق الأمر يتنازع الاختصاص بين محاكم لا تخضع لأي محكمة أخرى مشتركة أعلى درجة حسب مقتضيات الفصل 388 وما يليه من ق.م.م".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض عدد 1/2053 بتاريخ 10-08-2015 ملف إداري عدد 2015/1/4/3676.  
<sup>2</sup> قرار محكمة النقض عدد 146 الصادر بتاريخ 13 مارس 2014 في الملف التجاري عدد 787/3/1/2013.

## المبحث الثاني : آثار الحكم في الاختصاص النوعي

يقصد بالإحالة ذلك الأثر الذي يترتب على الحكم الاختصاص النوعي بحيث على المحكمة التي تعلن عدم اختصاصها أن تحيل ملف النازلة على المحكمة المختصة.<sup>1</sup>

كما يقصد بالإحالة في هذا المجال، ذلك الأثر الذي يترتب على الحكم بعدم الاختصاص النوعي، بحيث يتعين على المحكمة التي تصرح بعدم اختصاصها أن تحيل ملف القضية على المحكمة المختصة. وبالنظر إلى أطرافها فإن الإحالة إما أن تكون من محكمة إلى أخرى من نفس النوع، كالحالة التي تحيل فيها محكمة الاستئناف ملف القضية إلى محكمة الدرجة الأولى، أو من محكمة إلى أخرى ليست من نفس نوعها، كما هو الشأن بالنسبة للإحالة الصادرة من محكمة التجارية إلى المحكمة الإدارية لعدم اختصاص الأولى في عقد تبين أنه من طبيعة إدارية.

وعليه ارتأيت التطرق للإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي في هذا المطلب، وذلك ببيان أحكام وشروط الإحالة "المطلب الأول"، والقوة الملزمة للإحالة و إشكالية الإحالة على الجهة القضائية المختصة "المطلب الثاني".

### المطلب الأول : أحكام وشروط الإحالة

سنعالج هذا الفرع عن طريق بيان القواعد والأحكام المنظمة للإحالة "الفرع الأول"، ثم المرور على الشروط الواجب توفرها في الإحالة "الفرع الثاني".

#### الفرع الأول : أحكام الإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي

تكون الإحالة بموجب الاختصاص عندما يتم بناء على مقتضى نص قانوني رفع ملف قضية من محكمة إلى أخرى، بسبب عدم اختصاص الأولى للبت في النزاع وانعقاد اختصاص الثانية بشأنه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد الكشور " أثر الحكم بعدم الاختصاص"، منتدى البحث القانوني، بمراكش العدد الأول 1988، ص20

ومرد أهمية الإحالة إلى تداخل الاختصاص النوعي بين المحاكم منذ إحداث المحاكم المختصة، وتكمن أهمية الإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص أيضا في اختصار الإجراءات وتسريع المسطرة و الحفاظ على الإجراءات التي تم اتخاذها وكذا النتائج الإجرائية و الموضوعية التي تولدت عنها.

ويتسم تنظيم المشرع للإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي بالتردد في إقرارها، مما كان له الأثر في إعمال أحكامها على مستوى القضاء، وتضارب المواقف حولها على مستوى الفقه .

### الفقرة الأولى : الإحالة بموجب قانون المسطرة المدنية وبعض القوانين

#### الأخرى

إذا صرحت المحكمة بعدم الاختصاص تلقائيا أو استجابة للدفع المتمسك به من طرف أحد الخصوم، وجب عليها أن تحيل ملف القضية إلى المحكمة المختصة بقوة القانون وبدون صائر، ذلك هو مقتضى الوجوب المنصوص عليه بالفقرة الأخيرة من الفصل 16 من ق.م.م.

أما بالنسبة للقانون رقم 90-41، فلم نجد ما يفيد إمكانية إحالة المحكمة الإدارية للملف على المحكمة المختصة بعد قبول الدفع بعدم الاختصاص النوعي، ونفس الشيء ينطبق على الغرفة الإدارية بمحكمة النقض وهي تنتظر في الطعن الموجه ضد الحكم الفاصل في الدفع المذكور، غير أن المشرع تدارك الأمر في المدة 12 من القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية رقم 03/08، إذ نص على الإحالة بالنسبة لمحكمة النقض : " تبقى مقتضيات المادة 13 من القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية سارية المفعول في شأن استئناف الأحكام

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن الإحالة بموجب الاختصاص تتم أيضا في حالة ارتباط الدعيين المنصوص عليه بالمادة 16 من القانون رقم 90-41، وفي حالة المسألة العارضة المتصلة بفحص الشرعية تطبيقها لمقتضيات المادة 44 من نفس القانون .

الصادرة في موضوع الاختصاص النوعي، وتحيل محكمة النقض الملف بعد البت فيه إلى المحكمة المختصة".

كما جاء في المادة الثامنة من قانون إحداث المحاكم التجارية،<sup>1</sup> أنه " إذا بتت محكمة الاستئناف التجارية في الاختصاص أحالت الملف تلقائياً على المحكمة المختصة".

من هذا النص الأخير يطرح التساؤل الآتي: هل محاكم الاستئناف التجارية هي الملزمة وحدها بذلك النص؟ أم أنه لا داعي لهذا السؤال نفسه ما دام أن المحاكم الأخرى ونعني بها المحاكم التجارية ملزمة بتطبيق الفقرة الرابعة من الفصل 16 من ق،م،م، بمقتضى الإحالة العام المنصوص عليها في المادة 19 من قانونها-أي قانون المحاكم التجارية-حيث جاء في الفقرة المذكورة: " إذا قبل الدفع رفع الملف إلى المحكمة المختصة التي تكون الإحالة عليها بقوة القانون وبدون صائر".

يعتقد بعض الفقه أن محاكم الاستئناف التجارية وحتى المحاكم التجارية مجبرة على تلك الإحالة في حالة توفر شروطها حسب الصين القانونيين المذكورين: " نص الفصل 16 من ق،م،م، ونص المادة 19 من ق،م،م،<sup>2</sup>."

إلا أنه يمكن اعتبار الاستنتاج السالف الذكر يجانب الصواب لعدة اعتبارات، في مقدمتها أنه يتعين على كتابة الضبط بالمحكمة التجارية الابتدائية التي تصرح بعدم اختصاصها، بمجرد تقديم المقال الاستئنافي من لدن المعنى بالأمر أن توجه ملف القضية برمته إلى محكمة الاستئناف التجارية، بمعنى آخر فإن الإحالة هنا

<sup>1</sup> الفقرة الخامسة من المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم التجارية.

<sup>2</sup> محمد بولمان: " الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين الجهتين القضائيتين: العادية والإدارية " مجلة رحاب المحاكم، العدد 5، 2012، ص: 101

تكون على كتابة الضبط بالمحكمة الاستئناف دون سواها، وهذه الأخيرة لها بعد النظر في الإستئناف أن تحيل الملف على محكمة المختصة مقتصرة على الحالة التي التي لم يستأنف فيها الأطراف الحكم الفاصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي إما لفوات أجله أو لاقتناعهم بما ذهبت إليه المحكمة التجارية، والتي تستند في ذلك على نص الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية.

### الفقرة الثانية : الإحالة في الاجتهاد القضائي

تباينت محاكم المملكة في الأخذ بالإحالة من عدمه بعد التصريح بعدم اختصاصها النوعي، ومرد ذلك عدم الانسجام الذي يطبع تكريس المشرع لها، وقد انقسم العمل القضائي بشأن ذلك إلى توجيهين لكل منهما مبرراته.

فبالنسبة للتوجه الأول الذي يأخذ بالإحالة بعد التصريح، فإنه يستند على الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية، الذي يلزم المحكمة الابتدائية في الحالة التي تصرح فيها بعدم اختصاصها تلقائيا أو استجابة للدفع المتمسك به أمامها، على إحالة الملف إلى المحكمة المختصة بقوة القانون ودون صائر، ومن الأحكام التي يمكن سياقها في هذا المقام الحكم رقم 598 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيت بتاريخ 16 يناير 1995 (127) الذي قضى بما يلي " بالرجوع إلى الالتزام بالبيع باعتباره عقدا تعتبر الجماعة الحضرية بتزنيت أحد أطرافه، تمثل الإدارية المحلية التي تصدر قراراتها تحت إشراف من الجهة الوصية عليها، مما تكون معه التزاماتها وقراراتها الإدارية.

و تطبيقا لمقتضيات الفصل الثامن من الظهير الشريف رقم 1.91.255 المتعلق بإنشاء و تنظيم المحاكم الإدارية و المؤرخ في 10 شتبر 1993، يتضح بأن الاختصاص للبت في هذه النازلة للمحكمة و بدون صائر".<sup>1</sup>

أما بالنسبة للتوجه الثاني، فقد استقر على الحكم بعدم الاختصاص النوعي دون إحالة، وفي هذا المضمار صدر عن المحكمة التجارية بمراكش حكم صرح فيه بعدم اختصاصها بالبت في طلب مراجعة السومة الكرائية المتعلقة بالمحلات التجارية و المنظمة بظهير 5 يناير 1953، وذلك دون أن تأمر بإحالة الملف على المحكمة المختصة، رغم أن المقال قدم إلى المحكمة التجارية وليس إلى رئيسها، مستند في ذلك على أنه " لا يوجد بقانون 95/53 المحدث للمحاكم التجارية ما يسند الاختصاص في هذا المجال- إلى رئيس المحكمة التجارية باعتباره قاضي الصلح ولا إلى هذه المحكمة باعتبارها محكمة موضوع".<sup>2</sup>

كما صدر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء الحكم المؤرخ في 14 يونيو 2009 الذي جاء فيه: " إنه لما كانت المدعية لم تدل بما يفيد كونها أبرمت عقدا تجاريا مع عليهم، أو أن هاذين الأخيرين يمارسان عملا تجاريا فإن الاختصاص لا ينعقد لهذه المحكمة... الشيء الذي يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص المحكمة التجارية للبت في النازلة".<sup>3</sup>

كما أن المحكمة الابتدائية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 03/08/1998 لم تأمر بإحالة الملف على المحكمة بعدما صرحت بعدم

1 وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بمراكش في حكمها عدد 362/3/97 بتاريخ 15 أكتوبر 1997 الذي جاء فيه : «إن الدعوى مرفوعة على مؤسسة عمومية وأن العقد الرابط بينهما وبين المدعي هو عقد إداري، وأن الاختصاص في مثل هذه النوازل ينعقد للمحكمة الإدارية طبقا للفصل الثامن من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وحيث إن الاختصاص النوعي من النظام العام مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص وإحالة الملف على المحكمة الإدارية بمراكش» .

<sup>2</sup> حكم رقم 154/98 صادر بتاريخ 05/10/1998 في الملف عدد 321/98.

<sup>3</sup> الحكم رقم 5752/07 الصادر في الملف عدد 3196/6/2007.

اختصاصها، وذلك على الرغم من كونها أصدرت حكمها نتيجة دفع بعدم الاختصاص.<sup>1</sup>

وعلى كل حال، فإن اختلافه توجه العمل القضائي بخصوص الأخذ بالإحالة من عدمه، يكون بالرجوع للنص القانوني الذي ينظم كل نوع من المحاكم إذ أن المحاكم الابتدائية لا تتردد في إحالة الملف على المحكمة المختصة كلما قضت بعدم اختصاصها حسب ما جاء به الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية، على عكس المحاكم التجارية التي تصرح بعدم اختصاصها دون إحالة كقاعدة، وهو ما عبرة عنه المحكمة التجارية بفاس،<sup>2</sup> ومحكمة الاستئناف التجارية بنفس المدينة<sup>3</sup> بجعل الإحالة قاصرة على محكمة الاستئناف التجارية طبقاً لمنطوق المادة 8 من قانون المحاكم التجارية، وأنه ليس من حق المحكمة التجارية أو رئيسها إحالة ملف القضية على الجهة المختصر عند التصريح بعدم الاختصاص.

ويبدو أن سبب هذا الاضطراب هو الصياغة التي جاءت عليها المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية، حيث ابتدأت بالنص على أن أحكامها باستثناء مقتضيات الفصل 17 من ق.م.م، مما يوحي بأنها ليست استثناء-أي لم تخالف- مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا نص المشرع في المادة 8 أعلاه على الإحالة، بالنسبة لمحكمة الاستئناف التجارية في حين أن الفصل 16 من ق.م.م يقرر نفس القاعدة "الإحالة" ولكن بشكل أعم ولا يقتصر فقط على محاكم الاستئناف؟<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حكم صادر بتاريخ 03/08/1998 في الملف عدد 123/98. أورده محمد صابر : " الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم التجارية وعلاقته بالنظام العام"، مجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، ص:72

<sup>2</sup> حكم رقم 117 بتاريخ 03/11/98.

<sup>3</sup> قرار رقم 18 بتاريخ 04/01/1999. في الملف عدد 98/1369.

<sup>4</sup> كان بإمكان المشرع الاكتفاء بما ورد في الفصل 16 من ق.م.م

ونفس الشيء بالنسبة للمحاكم الإدارية، إذ أنها ثبتت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي من دون أن تحيل الملف على المحكمة المختصة إذا ما قبلت الدفع المذكور، فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية بمراكش أنه : " حيث ينحصر اختصاص المحاكم الإدارية عملا بمقتضى المادة 8 من القانون المحدث لها في البت في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، أما وأن النزاع بين الطرفين ناتج عن معاملة مدنية تشكل عقدا خاصا خاضعا لقواعد القانون الخاص، فإن البت في الطلب المتعلق به يخرج عن الاختصاص المخول قانونا لهذه المحكمة ويتعين التصريح بذلك".<sup>1</sup>

تطبيقا لمقتضيات الفصل 13 من القانون رقم 90-41 فإنه لا يمكن لمحكمة عادية أن تحيل على محكمة إدارية و العكس صحيح.

وقد سار على هذا المنحى الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش 135 والذي قضى بما يلي : " يقع تحت طائلة الإرجاع الحكم الابتدائي القاضي بالإحالة على المحكمة الإدارية نتيجة الدفع بعدم الاختصاص النوعي، الإحالة على محكمة إدارية لا تصح إلا بموجب حكم صادر عن محكمة إدارية أخرى قضت اختصاصها المحلي بناء على دفع آثاره الأطراف مع تغييبهم في المحكمة الإدارية المختصة".<sup>2</sup>

وقد أكدت نفس المحكمة هذا الاتجاه بقولها " أن الإحالة على محكمة إدارية لا تصح إلا بموجب حكم صادر عن محكمة إدارية أخرى قضت بعدم اختصاصها محليا ".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حكم رقم 83/99 الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1999.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بمراكش رقم 383 بتاريخ 26/6/96 بالملف الإداري عدد 14/96.

<sup>3</sup> حكم إدارية مراكش عدد 413 بتاريخ 17/9/96

كما صرحت المحكمة الإدارية بالرباط بأنه " لا يجوز للمحكمة الابتدائية التي يثار أمامها دفع بعدم الاختصاص النوعي أن تحيل الملف على المحكمة الإدارية".<sup>1</sup>

وقد استقر العمل القضائي الإداري على عدم قبول هاته الإحالة وإرجاع الملف إلى المحكمة المحلية ومما جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 21/12/1995 أنه : " إذا قضت محكمة عادية ابتدائية أو استئنافية بعدم اختصاصها النوعي مع إحالة الملف على المحكمة الإدارية بدون أن تبلغ الأطراف هذا الحكم لممارسة حقهم في الطعن بالاستئناف فإن المحكمة الإدارية المحال عليها الملف لا يسعها إلا أن ترجعه إلى المحكمة المصدرة تفاديا لوقوع تعارض بين حكيمين الأول صادر عن المحكمة الإدارية والثاني عن محكمة النقض، في حالة ما إذا تم الطعن أمام هذه الأخيرة لاحقا ضد الحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي ".<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : شروط صحة الإحالة

تفرض الإحالة من محكمة إلى أخرى بالشكل السابق بيانه تحقق عدة شروط أهمها ما يلي:

الفقرة الاولى : الإحالة تكون عادة في الحكم بعدم الاختصاص على

#### المستوى الوطني دون الدولي

ويتفرع عن هذا الشرط أنه متى رفعت دعوى ذات عنصر أجنبي أمام محكمة مغربية وحكمت هذه المحكمة بعدم اختصاصها، فإنه لا يمكن لها أن تحيل على المحكمة الأجنبية المختصة. ويرجع السبب في ذلك إلى أن قواعد

<sup>1</sup> حكم عدد 80 بتاريخ 14 مارس 1995. قضية إدريس بهتان.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 21/12/1995 بالملف عدد 394.

الاختصاص الدولي هي قواعد منفردة، وبالإضافة إلى ذلك فليس لقضاء دولة أن يلزم قضاء دولة أن يلزم قضاء دولة أخرى بنظر منازعة معينة.<sup>1</sup>

**الفقرة الثانية : الإحالة تكون في الاختصاص القضائي الذي ينظر في المنازعات أو قضاء الحكم**

وهكذا، فمتى كان اختصاص القاضي اختصاصا ولائيا ولم يكن مختصا بالنظر في الطلب الذي عرض عليه فهو يحكم بعدم الاختصاص دون إحالة، حتى ولو كان الاختصاص ألولائي من النظام العام.

**الفقرة الثالثة : الإحالة تكون بشأن اختصاص المحاكم المشكلة من عناصر قضائية**

وتبعا لهذا الشرط لا تتم الإحالة على المحكمة المختصة عند انتفاء اختصاص هيئات التحكيم واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي كلجان فض المنازعات في المادة الضريبية.

**الفقرة الرابعة: الإحالة تكون بشأن عدم الاختصاص القضائي الذي يأتي نتيجة دعوى قضائية**

إذا كان الاختصاص يباشر عن غير طريق الدعوى فلا تتم الإحالة ولو تم الحكم ورفض إصدار الأمر لعدم اختصاصه، وهكذا مثلا، فإذا قدمت عريضة تهم أمرا بالأداء إلى قاضي غير مختص ورفض إصدار الأمر لعدم اختصاصه فليس له أن يحيل الطلب إلى القاضي المختص.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد الكشور : " أثر الحكم بعدم الاختصاص دراسة على ضوء القوانين الإجرائية المغربية "، مجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، ص:31.  
<sup>2</sup> محمد الكشور : م، ص : 32-33.

### الفقرة الخامسة: الإحالة لا تكون أخيرا إلا بعد الحكم بعدم الاختصاص

بمعنى أن يكون الحكم الصادر في الاختصاص النوعي حائزا لحجية الشيء المقضي به أي حكم انتهائي، أو حكما حائزا لقوة الشيء المقضي به أي حكم نهائي.

### المطلب الثاني : القوة الملزمة للإحالة و إشكالية الإحالة على الجهة

#### القضائية المختصة

بعد الحكم في الاختصاص النوعي يكون من الواجب على المحكمة التي بتت بعدم اختصاصها نوعيا للنظر في النزاع أن تحيل القضية على المحكمة المختصة، إلا انه يبقى السؤال المطروح هو مدى إلزامية هذه الإحالة ؟

سنحاول معالجة هذا الموضوع من خلال التطرق لمدى القوة الملزمة للإحالة " الفرع الأول"، ثم نقف عند الإشكالات التي تطرح على مستوى الإحالة " الفرع الثاني".

### الفرع الأول : القوة الملزمة للإحالة

بعض التشريعات كمصر مثلا، تنصت صراحة على فرض حكم الإحالة على المحكمة المختصة المحال إليها الدعوى ولم يسمح لها بإعادة الدعوى لمصدرها إذا رأت رأيا مخالفا، وذلك حسما لتردد الدعوى الواحدة بين أكثر من محكمة وحتى لا يتحمل المدعي مشقة رفع الدعوى من جديد، برسم جديد وجهد جديد، ووقت ضائع.

من المنطقي حصر ذلك في حدود الأسباب التي بنيت عليها الإحالة بحيث إنه إذا ارتأت المحكمة المحال عليها- أنها على الرغم من الإحالة، غير مختصة بنظر

الدعوى اختصاصا متعلقا بالنظام العام وجب عليها الحكم مع هذا بعدم الاختصاص.

وبالمقابل نجد أن المشرع المغربي، وإن كان قد أوجب على المحاكم إحالة الملف تلقائيا بعد البت في الاختصاص، فإنه لم يرفض هذه الإحالة على المحاكم المحال إليها.

وهنا نتساءل عن قوة أو حجية أو إلزامية أحكام الإحالة على المحاكم المحال عليها؟

وما موقف الفقه من إلزامية أو عدم إلزامية أحكام الإحالة؟

#### الفقرة الأولى : موقف الفقه

إن الحديث عن القوة الملزمة للإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي، يقتضي أولا استبعاد مجالات تلتزم فيها المحاكم بقرار الإحالة، كتلك الصادرة عن محكمة النقض في نطاق الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية، إلى جانب الإحالة من محكمة إلى أخرى من النفس النوعي، إذ في هاتين الحالتين تنقيد المحكمة المحال عليها بمضمون الإحالة وليس لها حق رفضها.<sup>1</sup>

وإذا كانت الإحالة في تلك الحدود ملزمة للمحاكم، فإنها ليست كذلك بالنسبة للإحالة الصادرة من محكمة ابتدائية إلى أخرى متخصصة أو العكس، بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي، فما مدى إلزامية الإحالة للمحكمة الإدارية الواردة عليها من المحكمة الابتدائية أو التجارية ؟

<sup>1</sup> "إذا أثير دفع بعد الاختصاص المحلي أمام المحكمة الإدارية فإنها تحيل الملف إلى المحكمة الإدارية المختصة مكانيا تطبيقا للفقرة الرابعة من الفصل 16 المذكور، أما إذا أثير أمامها دفع بعدم الاختصاص النوعي، فإنها لا تحيل الملف إلى المحكمة العادية حسب المفهوم الحقيقي للفقرة الرابعة من الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية، وكذا المادة 14 من القانون 90-41 فإن الإحالة لا تكون إلا بين محكمتين من نفس الجهة القضائية، ولا تكون بين جهتين قضائيتين مختلفتين"، مصطفى التراب: م س، ص: 102.

في هذا الصدد يرى البعض من الفقه أن مناط الاختصاص يستمد من النص القانوني لا من قرار الإحالة، وبالتالي يتعين على المحكمة المحال عليها الملف أن تعيد النظر في مدى اختصاصها، فإن كانت مختصة قبلت الإحالة، وإن اتضح لها عدم اختصاصها ردت الإحالة<sup>1</sup>.

هذا إلى جانب أنه لا يمكن تصور إلزامية الإحالة -خصوصا بالنسبة للمحاكم الإدارية- لا من الناحية القانونية وحتى الواقعية، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار ما جاءت به المادة 13 في فقرتها الثانية من القانون رقم 90-41، التي تنص على إمكانية استئناف الحكم الفاصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام محكمة النقض، ذلك أن الإحالة ستفرغ هذا النص من محتواه، ليس هذا فقط بل قد نكون أمام حالة مستعصية إذا صدر حكم يتعارض مع القرار الذي تصدره محكمة النقض عند نظرها في الاستئناف المرفوع أمامها.

كما يمكن القول بإلزامية الإحالة بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي، بالنظر إلى قواعد الإنصاف والعدالة التي ينبغي عليها هذا الموقف، إذ أنه من غير المستساغ أن تكلف الأطراف بمصاريف جديدة وتعقيدات مسطرية هم في غنى عنها، بل يكفي إحالة قضيتهم على المحكمة المختصة مباشرة.

### الفقرة الثانية : موقف القضاء

إن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد، هو هل قرار الإحالة يكون ملزما للمحكمة التي أحيل عليها الملف، وبالتالي يمنعها من إعادة النظر في مسألة الاختصاص ولو كان راجعا لمحكمة أخرى غير تلك التي أحالت عليها الملف بداية؟

أمام غياب نص صريح في الموضوع، انقسم العمل القضائي إلى اتجاهين:

<sup>1</sup> مصطفى التراب: م س، ص: 101

الاتجاه الأول يعتبر أن المحكمة المحال عليها ملف القضية ستتجاوز مسألة الاختصاص، وتتناول موضوع النزاع، وذلك احتراماً لقرار محكمة الإحالة خاصة عندما يكون القرار المذكور أصبح نهائياً، سواء لأنه صدر عن محكمة الاستئناف أو لانصرام اجل الطعن بالاستئناف دون ممارسته.

فقد قضت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 1996 بما يلي " إن حكم الإحالة الصادر عن ابتدائية تزنييت أصبح نهائياً وملزماً للمحكمة الإدارية بأكادير التي لا تملك حق مناقشته ولا إلغائه أو تصحيحه مما يكون معه الدفع المثار بعدم قبول الدعوى وعلى فرض صحته غير مؤسس ويتعين استبعاده".<sup>1</sup>

الاتجاه الثاني يعتبر أن المحكمة المحال عليها الملف يمكنها أن تعيد النظر أولاً في مدى اختصاصها أصلاً في البت في النزاع، فإن اعتبرت نفسها غير مختصة قضت بعدم اختصاصها، لأن قواعد الاختصاص تستمد من النص التشريعي لا من قرار الإحالة، وفي هذا الإطار صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 04/04/1995 بأنه " لا يوجد أي سند قانوني يعطي الصلاحية للمحكمة الإدارية للبت في قضية أحييت إليها من جهة قضائية عادية بدعوى عدم اختصاصها النوعي"، وهذا الاتجاه له جانب كبير من الصحة، خاصة بعد أن أصبح المغرب يعرف -على الأقل في الوقت الراهن- ثلاث أنواع من المحاكم : إدارية، تجارية ومحاكم ذات الولاية العامة؛ إلا أنه يترتب عنه بالمقابل إفراغ مفهوم الإحالة من كل معنى، وأيضاً تطرح مسألة قيمة الأحكام والقرارات الصادرة في موضوع الاختصاص، ويؤدي بالتالي إلى كثرة الإجراءات والدعاوى وكذا الرسوم والمصاريف.

<sup>1</sup> الحكم رقم 371 الصادر في الملف الإداري عدد 7/95 بتاريخ 04/04/1995

والجدير بالذكر في ختام هذه النقطة، أنه يتم رفض الإحالة بمجرد إجراء إداري، أو بموجب حكم قضائي، غير أن الرفض أيا كان أسلوبه له الأثر البالغ على حقوق المتقاضين، ومنها حقه في اللجوء إلى مرفق القضاء، ذلك أن المحكمة التي قضت بعدم اختصاصها، وحتى المحكمة الراضة للإحالة، غير مختصة للنظر في النزاع وبالتالي يشكل ذلك إحدى حالات تنازع الاختصاص بين المحاكم في التشريع المغربي.

### الفرع الثاني : إشكالية الإحالة على الجهة القضائية المختصة

إن الإحالة من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى من شأنه أن يثير عدة إشكالات حتى بالنسبة لكتابة الضبط، منها هل تحيل الملف مباشرة على الجهة المختصة بمجرد إصدار الحكم القاضي بالإحالة أم تنتظر حتى فوات أجل الطعن فيه بالاستئناف.

كيف تتعامل محاكم المملكة مع هذا المعطى ؟

هل يوجه أصل الملف إلى جهة قضائية ونسخة منه إلى الجهة القضائية الأخرى ؟

لقد حدث شيء من هذا القبيل حيث قضت المحكمة الابتدائية بالناظور بعدم اختصاصها للبت في الطلب مع إحالته على المحكمة التجارية بفاس<sup>1</sup> وفي الوقت الذي تم فيه تنفيذ قرار الإحالة وبسطت المحكمة التجارية بفاس يدها على النزاع، تم الطعن في حكم الإحالة بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف بالناظور والوضع الشاذ الذي أصبح ناجما عن ذلك هو أن المحكمة التجارية بفاس تنتظر في ملف

<sup>1</sup> ملف رقم 98-1993 مقاوله فترما ضد الشركة الوطنية لصناعة الحديد والصلب.

الإحالة وإجراءات التحقيق بشأنه جارية في حين أن الطعن فيه بالاستئناف جار أمام الاستئناف بالناظر، هاته الوضعية تثير العديد من الإشكالات منها :

- كيف يمكن لمحكمة الاستئناف أن تنظر في الطعن، والحال أن الملف بجميع وثائقه وجه إلى المحكمة المحال عليها؟

- هل تواصل المحكمة التجارية النظر في القضية المحالة عليها أم تقرر إرجاع الملف إلى محكمة الاستئناف أم توقف النظر في القضية لغاية صدور قرار عن محكمة الاستئناف؟

- وماذا لو تقدم المعني بالأمر بالطعن بالاستئناف ضد الحكم المذكور أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تطبيقا لمقتضيات المادة 13 من القانون م.م.ا؟

إن الخروج من هذا الإشكال يقتضي لزوما البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل دون الضم إلى الجوهر، وتقادي الحكم بالإحالة على الجهة المختصة للاكتفاء فقط بالدفع بعدم الاختصاص النوعي دون إحالة وذلك في انتظار تدخل تشريعي لإيجاد قواعد مشتركة واضحة ودقيقة تسري أحكامها على مختلف المحاكم تحسم المناقشات والإشكالات المطروحة.

كما طرح أشكال آخر حول وقت الإحالة هل تكون بمجرد الحكم بها بحيث تعمل كتابة الضبط المحكمة على إحالة الملف على المحكمة المختصة أم تكون بعد تبليغ الحكم العارض القاضي بعدم الاختصاص النوعي لأطراف النزاع أم بعد صيرورته نهائيا؟

إن المشرع اغفل إجراء مهما يتمثل في زمن الإحالة بعدم الاختصاص، بحيث أننا نعتبر أن الإحالة ينبغي أن تكون بعد صيرورة الحكم نهائيا لتقادي الإشكال المذكور.

هناك إشكال آخر ترتب عن الفهم الخاطئ للمقتضيات المحال عليها بموجب المادة 14 من قانون 41-90 والذي قاد بعض المحاكم الإدارية بالمغرب إلى رد الملفات المحالة إليها من طرف بعض المحاكم العادية ومن تلك الأحكام، الحكم الصادر في الملف عدد 63/95 الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 04.04.1995، حيث ذهب تعليق المحكمة إلى أنه " لا يوجد سند قانوني يعطي الصلاحية للمحكمة الإدارية للبت في قضية أحيات عليها من جهة قضائية عادية بدعوى عدم اختصاصها النوعي مبررين ذلك بتسلط قضاء على قضاء " .

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أن القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية قد سن بعض القواعد الخاصة المنصوص عليها في المواد من 10 إلى 18، وذلك لتفادي صدور أحكام متعارضة. إن من شأن قيام المحكمة الابتدائية بإحالة الملف بدعوى عدم اختصاصها النوعي، إلى المحكمة الإدارية أن يؤدي إلى تنازع الاختصاص في حالة ما صرحت هذه الأخيرة أيضا بعدم اختصاصها. كما قد تؤدي هذه الإحالة إلى صدور حكم متعارض بين المحكمة الإدارية المحال إليها الملف من جهة وبين الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في حالة استئناف الحكم العارض لديها الصادر عن المحكمة المحيلة.

لتفادي وقوع هذه الإشكالات تضطر بعض المحاكم الإدارية إلى إرجاع الملف بمقتضى حكم قضائي، إلى المحكمة التي أحالته وذلك احتراماً للمقتضيات القانونية المذكورة.

ونرى انه لابد من توحيد الرأي في مسألة الاختصاص النوعي في ظل المحاكم الإدارية والتجارية إلى جانب المحاكم العادية، فالضرورة تقتضي لمروور عملية التقاضي بشكل سليم وسريع وبأقل ما يمكن من النفقات والأضرار توحيد الأحكام المؤطرة للدفع بعدم الاختصاص النوعي خصوصا ذلك أن التوجه إلى

قضاء غير مختص قد يجهز حتى على الحق نفسه عندما تكون الدعوى التي تحميه مرتبطة بأجل من آجال السقوط أو قد يؤدي -على الأقل- إلى هذر المزيد من الوقت والجهد والمال دون طائل وهو أمر غير مقبول في العمل القضائي.

ونظرا لما يمكن أن يترتب عن الإخلال بقواعد الاختصاص من آثار أصبح الدفع بعدم الاختصاص يحظى بقيمة خاصة تميزه عن باقي الدفوع الشكلية الأخرى، فهو يثار في أكثرية الدعاوى وأمام جميع المحاكم تقريبا، بحيث أن هذا الدفع أصبح يشكل ظاهرة مستفحلة على المستوى العملي بحيث تشكل نسبة القضايا بخصوصه % 38,09 وهو عادة ما يثار من قبل الإدارة التي تكون مدعى عليها في أغلب الأحوال.

### خاتمة

طرح الفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية والمتعلق بالاختصاص النوعي لهذه المحاكم إشكالية يمكن تلخيصها في السؤال التالي: هل الاختصاص المخول لهذه المحاكم جاء على سبيل الحصر أم لها ولاية عامة في مجال المنازعات الإدارية ؟

هذه الإشكالية أفرزت تيارين متباينين:

تيار أول يرى أن اختصاص المحاكم الإدارية جاء على سبيل الحصر وبالتالي فإن الولاية العامة في جميع المنازعات تبقى من اختصاص المحاكم الابتدائية. أما التيار الثاني فيرى أن المحاكم الإدارية أصبحت منذ إحداثها صاحبة الولاية العامة كلما كان النزاع يكتسي طابعا إداريا إلا إذا كان هناك استثناء بنص صريح مثل نزاعات الأضرار التي تسببها حوادث العربات في الطرق العمومية والتي تكون في ملكية الأشخاص العامة.

من الناحية العملية وقع فعلا منازعات في الاختصاص بين المحاكم الإدارية و المحاكم الابتدائية و المحاكم التجارية، وقد تمت معالجة هذه المنازعات بشكل يختلف حسب كل نوع من أنواع المحاكم، فمثلا إذا كان من المفروض على الجهة القضائية إدارية كانت أم ابتدائية أن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي دون ضمه للجوهر، فإن المحاكم العادية لا تحترم دائما هذه القاعدة الواردة في الفصل 13 من قانون المحاكم الإدارية، وهناك أيضا إشكال في مسطرة البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم التجارية.

فغياب الانسجام بين مختلف النصوص المنظمة لقواعد الدفع بعدم الاختصاص النوعي نظرا لتشتتها بين أكثر من نص قانوني، بل وتعارضها في كثير من الأحيان، تدفع بالأطراف إلى إثارة عدم اختصاص المحكمة في العديد من المنازعات. كما أن هناك تضارب في ما يخص البت في الدفع بعدم الاختصاص، فبينما نجد الفصل 17 من ق.م.م يمنح للقاضي الخيار ما بين البت بحكم مستقل أو الضم إلى الجوهر و البت في الكل بحكم واحد، فإن المادة 13 من ق.م.م.إ أوجبت الفصل في الدفع بحكم مستقل، لكن هذا المقتضى الأخير لا يحترم نظرا لعدم إقران المشرع ذلك بجزاء، أما المادة 8 من ق.م.م.ت فاقتصر على تقرير مدة 8 أيام للبت في الدفع المذكور.

ويتم الطعن بالاستئناف في الحكم الفاصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض إذا كان الدفع أمام محكمة إدارية أو لصالحها أمام محكمة عادية أو تجارية، عكس ذلك نجد أن القانون المحدث لمحاكم الاستئناف التجارية يعطيها هذه الإمكانية أيضا. يترتب عن الدفع بعدم الاختصاص عدة آثار قانونية، تتجلى في عدم جواز الخوض في موضوع الدعوى، ثم الإحالة

بعد التصريح بعدم الاختصاص النوعي، إلا أن هذه الأخيرة تثير عدة إشكاليات ومفارقات ما بين القوانين المنظمة لها وهو ما يطرح التساؤل حول إلزاميتها.

يجب خلق نواة التواصل بين أنواع المحاكم كإطار لوضع حلول للعديد من النزاعات ذات الطبيعة الخاصة وإسنادها لجهة معينة في انتظار تدخل المشرع للحسم فيها بكيفية صريحة بنصوص تشريعية مانعة لأي تضارب في الاختصاص.

يحاول المشرع الى حد ما في مشروع المسطرة المدنية الجديد معالج مجموعة من الإشكالات التي طرحت في الموضوع وهي :

- إشكال إثارة الدفع بعدم الاختصاص : من خلال الفصل 26-3 من مسودة مشروع المسطرة المدنية نص صراحة على " تثير تلقائيا محكمة أول درجة أو القسم المتخصص في القضاء التجاري أو الإداري بالمحكمة الابتدائية عدم الاختصاص النوعي." وكذا " يمكن للأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل الدعوى أمام محاكم أول درجة، ابتدائية كانت أو تجارية، أو إدارية أو أقساما متخصصة في القضاء التجاري أو الإداري بالمحاكم الابتدائية". بمعنى سيحسم في أمر الاختصاص النوعي انه من النظام العام ولا يمكن إثارته في جميع مراحل التقاضي بل يجب إثارته أو الدفع به فقط في الدرجة الأولى من التقاضي.

- إشكال الفصل في الاختصاص النوعي : سيغدو من الواجب على المحاكم أن تثبت في الاختصاص النوعي بحكم مستقل وعدم ضمه للموضوع وكذا تقييدها بأجل للفصل فيه، وذلك بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل المذكور " يجب على المحكمة أو القسم المتخصص في القضاء التجاري أو الإداري بالمحكمة الابتدائية البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي داخل اجل ثمانية أيام من تاريخ إثارة الدفع بحكم مستقل".

- إشكال الطعن في الحكم الفاصل في الاختصاص النوعي : حسم المشروع المذكور في الإشكالات التي تتخل طرق الطعن في الحكم البات في الاختصاص النوعي بعبارة " لا يقبل أي طعن " التي جاءت في آخر الفقرة الثالثة من المادة 3-26 بمعنى لا يمكن الطعن فيه لا بالطرق العادية أو الغير عادية.

- إشكال الإحالة : ستصبح المحاكم مجبرة على احالت القضية إلى المحكمة المختصة بدون صائر ، وتصبح المحكمة المحال عليها القضية ملزمة بالبث فيه، ذلك ما جاءت به المادة المذكورة في فقرتها الرابعة " إذا قضت المحكمة أو القسم المتخصص في القضاء التجاري أو الإداري بالمحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص النوعي أحيلت القضية إلى المحكمة المختصة دون مصاريف ويجب على الجهة القضائية المحال إليها القضية البت فيها " .

وأخيرا فرغم كل ما يمكن تسجيله عن تجربة القضاء المزدوج من إيجابيات في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية، فإننا نرى بأن التضارب ما بين النصوص القانونية المنظمة للدفع بعدم الاختصاص النوعي يساهم بشكل كبير في عرقلة السير العادي للتقاضي.

## EVALUATION DU SYSTEME BANCAIRE MAROCAIN PENDANT LA CRISE DE LA COVID-19

Camélia Zoubir  
Docteur en Droit Privé  
Université de Toulon France

---

### Introduction

Nous assistons aujourd'hui à des bouleversements économiques qui pourraient être plus importants que ceux que nous avons connus lors de la crise financière mondiale. La pandémie de coronavirus est un choc d'un tout autre genre. Jamais auparavant des économies modernes n'ont connu un coup d'arrêt aussi brusque. D'une semaine à l'autre, de nombreux travailleurs ont perdu leur emploi et leur salaire. Les restaurants, les hôtels et les avions se sont vidés. Les consommateurs et les entreprises subissent aujourd'hui de grandes pertes de revenu, ainsi que des faillites qui pourraient s'étendre.

Il y a un peu plus de dix ans, les dirigeants mondiaux se sont réunis dans un souci de coordination sans précédent pour réformer la réglementation du secteur financier. Ils ont particulièrement relevé les règles minimales relatives à la qualité et à la quantité de fonds propres et de liquidités des banques et sont parvenus à mettre en place un système bancaire plus résistant, conçu pour maintenir les réserves à un niveau supérieur au minimum nécessaire en cas de crise.

Ceci étant dit, l'ampleur de la récession économique découlant de la pandémie du Covid-19 à la fois sur le plan national et international ne

manquera pas d'impacter les performances du système financier et bancaire.

Dans ce contexte entouré d'incertitudes, l'analyse de la situation du système financier et bancaire marocain s'avère incontournable.

Il est donc essentiel de mettre en évidence et en premier lieu **la déclaration de l'état d'urgence sanitaire dans le royaume marocain (I)** afin d'en déterminer **les conséquences et l'impact sur l'activité bancaire marocaine (II)** dans un deuxième lieu.

### **I- Déclaration de l'état d'urgence sanitaire dans le royaume marocain**

L'état d'urgence sanitaire a été déclaré sur l'ensemble du territoire national pour lutter contre le coronavirus. Il a permis au gouvernement de mettre en place un cadre juridique pour prendre "des mesures exceptionnelles" face à la pandémie, notamment via des décrets.

Il a débuté le 20 mars 2020 et demeure actif suite à de nombreuses prolongations, avec édicition des instructions à suivre, les pénalités et amendes à appliquer en cas du non-respect desdites instructions.

Par ailleurs, il a impliqué une suspension de tous les délais prévus par les textes législatifs et réglementaires en vigueur au cours de ladite période<sup>1</sup>.

Au cours de la période de l'état d'urgence, le gouvernement a pris toutes les mesures adéquates qui ont permis d'assurer la sécurité sanitaire des citoyens et ce, par le biais des décrets, des décisions administratives, des circulaires ou des communiqués officiels, tout en assurant la continuité des services vitaux.

---

<sup>1</sup> Les délais légaux et réglementaires ne sont plus suspendus. Leur reprise a été formellement actée par la loi n° 42.20, publiée au bulletin officiel du 27 juillet 2020.

Toutes les personnes vivant dans le périmètre de l'état d'urgence doivent respecter les instructions prévues par ledit décret.

Toute infraction, sous quelle que forme que ce soit, expose les contrevenants à une peine allant d'un à trois mois d'emprisonnement et/ou d'une amende allant de 300 DH à 1.300 DH, sans préjudice de la peine pénale plus lourde.

Malgré ses prolongations, des mesures de déconfinement et de reprises des activités économiques très poussées ont été prises dans la plus grande partie du pays.

Dans ce contexte, il est nécessaire de mettre en avant **la place des banques et leur contribution au soutien de l'économie nationale du pays (A)** ainsi que **l'analyse des mesures introduites par les banques nationales (B)**.

#### **A/ Les banques au cœur du dispositif de soutien à l'économie nationale pendant la crise sanitaire**

Les banques ont joué un rôle primordial dans le grand dispositif d'aides, guidé par le Ministère de l'Economie et visant à aider les entreprises confrontées, lors de la crise sanitaire, à un besoin urgent de financements et de trésorerie<sup>1</sup>.

Si dans la majorité des cas, ces établissements de crédit œuvrent dans la gestion des finances de leurs clients (particuliers ou entreprises) en leur servant de dépôt d'argent ou en leur procurant des crédits, il faut dire que pendant la crise sanitaire, elles ont assuré d'autres missions beaucoup plus importantes.

---

<sup>1</sup> [revuebanque.fr](http://revuebanque.fr), Covid 19, les banques au cœur du dispositif de soutien à l'économie, 23/03/2020.

Dans ce titre, nous analyserons **la mobilisation des banques nationales face au Covid-19 (1)** puis **l'intensification des mesures prises par la banques (2)**.

### 1- Mobilisation des banques nationales face au Covid-19

Les établissements bancaires ont pris une série de mesures dans le but d'assurer la protection de leur personnel et de leurs clients à travers des mesures d'hygiène et de sécurité. Des plexiglas de protection dans les agences, la fourniture de masques, l'organisation de l'accès des clients aux guichets bancaires, la désinfection et alimentation en liquidités des guichets automatiques ont été les premières mesures prises en ce sens<sup>1</sup>.

Les banques ont réadapté et renforcé leurs systèmes d'information et leurs plans de continuité d'activité afin d'assurer le bon fonctionnement de leurs services dans les agences et en télétravail surtout à travers le canal digital durant toute la période de confinement.

De même, il faut souligner le grand rôle des banques dans l'opérationnalisation des mesures prises dans le cadre du Comité de veille économique pour le soutien et l'appui aux entreprises et aux ménages directement touchés par les conséquences du Covid-19.

Cela a été matérialisé au niveau des opérations de distribution des aides directes exceptionnelles du Fonds de gestion de la pandémie du Covid-19<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> **Challenge.ma** : Coronavirus, La réaction du GPBM en sept points-clés, 20/04/2020.

<sup>2</sup> En application des Hautes Instructions de Sa Majesté le Roi, le fonds spécial pour la gestion du covid-19 a été créée dans un Compte d'Affectation Spéciale intitulé « Fonds spécial pour la gestion de la pandémie du Coronavirus "La Covid-19" ». Doté de 10 milliards de dirhams, Ce fonds est réservé, d'une part, à la prise en charge des dépenses de mise à niveau du dispositif médical, en termes d'infrastructures adaptées et de moyens supplémentaires à acquérir, dans l'urgence et d'autre part au soutien de l'économie nationale, à travers une batterie de mesures qui seront proposées par le Comité de Veille Économique, notamment en termes d'accompagnement des secteurs

pour le secteur informel et aux salariés affiliés à la CNSS, en arrêt temporaire de travail, en mettant à disposition les guichets automatiques de banques (GAB), les établissements de paiement filiales de banques et les agences bancaires elles-mêmes pour fluidifier cette distribution<sup>1</sup>.

Ainsi, des milliers de bénéficiaires par jour ont été servis et continueront à l'être, conformément aux modalités et au calendrier fixés par les autorités compétentes.

La mise en œuvre des mesures, prises par les banques a fait l'objet d'un suivi à travers des reportings réguliers par le GPBM en parfaite synergie avec Bank Al-Maghrib qui n'a ménagé aucun effort pour mettre à la disposition du secteur bancaire les moyens et facilités nécessaires de politique monétaire et de réglementation prudentielle<sup>2</sup>.

Afin de mesurer cette mobilisation, il convient de mettre en évidence **le déploiement des mesures nécessaires prises pour assurer la continuité des services bancaires (a)** ainsi que **les mesures commerciales prises afin d'accompagner les clients (b)**.

#### **a) Déploiement des mesures nécessaires pour assurer la continuité des services bancaires**

Avec les mesures prises pour endiguer l'épidémie de coronavirus, la question des services bancaires était placée au cœur des préoccupations. En effet, les banques depuis le début de la crise sanitaire ont été confrontées à un sacré dilemme. D'un côté, elles devaient veiller à préserver la santé des employés exposés au public, alors que les

---

vulnérables aux chocs induits par la crise du Coronavirus, ainsi qu'en matière de préservation des emplois et d'atténuation des répercussions sociales de cette crise.

<sup>1</sup> **Note sur les impacts économiques du Covid-19 au Maroc – au 26/03/2020**, Délégation de l'Union Européenne au Maroc- Section commerciale.

<sup>2</sup> **Khansaa.B**, « secteur bancaire mobilisé contre le Covid-19 », Lebrief.ma,20/04/2020.

équipements de protection été insuffisants. De l'autre, elles sont tenues d'assurer la continuité de leurs services, considérés comme indispensables par les autorités.

Cela dit, les banques marocaines, avec la citoyenneté comme forte valeur, se sont naturellement engagées dans cette mission d'intérêt général, dans les meilleures conditions.

Les banques, qui font partie des commerces essentiels, sont restées ouvertes pendant le confinement et tous les services et opérations habituels ont été accessibles.

Les banques nationales ont mobilisé plusieurs points de service à travers leurs différents réseaux bancaires. Cela dit, il faut relever que la complexité des systèmes d'information, parfois anciens, a rendu un tel aménagement difficile.

Devant l'afflux des clients venus retirer leur argent, les agences ont pu assurer avec efficacité la continuité des services. Malgré les difficultés, les banques ont pu déployer les moyens pour assurer la pérennité de leurs services.

#### **b) Premières mesures commerciales pour accompagner au mieux les clients**

A titre d'exemple, et pour mieux surmonter ces circonstances exceptionnelles, **la BMCI** a proposé plusieurs solutions :

- Pour la clientèle des Particuliers dont la situation le nécessite, la banque a donné la possibilité de reporter jusqu'à 3 mois les échéances des crédits habitat et crédits à la consommation avec un traitement de dossier en 48h.
- Pour les Professionnels et Entreprises, un dispositif dédié a été mis en place :

-La dématérialisation du paiement (salaires, fournisseurs ...) via la solution d'E-banking sécurisée. La banque propose une gratuité de souscription jusqu'au 30/06/2020 pour tout nouvel abonné.

-Le report jusqu'à 3 mois des échéances de crédits, notamment amortissables, pour les clients dont la situation le nécessite avec un traitement de dossier en 48h.

-La possibilité de traiter les demandes à distance via le Service Assistance aux Entreprises (SAE).

En cette période de crise sanitaire provoquée par la pandémie du COVID-19, **la BMCI** a permis d'assurer à ses clients et partenaires, de la disponibilité de ses équipes pour franchir cette épreuve et assurer une continuité de ses services dans de meilleures conditions. Les clients de la **BMCI** ont pu effectivement compter sur l'entière mobilisation et responsabilité des équipes, ainsi que leur engagement sans faille à leurs côtés.

**BANK OF AFRICA** a également proposé à ses entreprises clientes le report des échéances des crédits moyen et long termes jusqu'au 30 juin 2020 sans frais ni pénalités de retard, ainsi que de nouvelles lignes spécifiques de crédit.

Par ailleurs, dans le strict respect des recommandations sanitaires et des directives des autorités nationales dans le cadre de la lutte contre la propagation du Covid-19 et aussi, dans le but de protéger ses clients,

**BANK OF AFRICA** a mis à la disposition de ses clients ses différents

canaux digitaux permettant de réaliser l'essentiel des opérations bancaires<sup>1</sup>.

Ainsi, en parfaite adéquation avec sa vision d'innovation et les nouveaux usages du mobile, **BANK OF AFRICA** a mis ses solutions de banque à distance à la disposition de sa clientèle pour effectuer ses opérations bancaires de manière simple et rapide à travers BMCE Direct Entreprise et Business Online.

**Attijariwafa Bank**, de son côté, a mobilisé son réseau d'agences, ses filiales et ses entités centrales pour être aux côtés des entreprises qui enregistrent des difficultés ou un ralentissement d'activité dus à cette crise.

**AttijariWafa Bank** a en effet édicté un ensemble de mesures :

- report des échéances de vos crédits bancaires et leasing jusqu'au 30 juin 2020;
- mise en place d'un découvert de trésorerie exceptionnel pour faire face à vos charges qui ne peuvent être ni suspendues, ni reportées<sup>2</sup>;
- mise en place de nouvelles lignes spécifiques de crédit pour les besoins non couverts par Damane Oxygène<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Bankofafrica.ma,covid-19 : Bank of Africa se mobilise pour protéger et soutenir les entreprises et tpme à surmonter les difficultés engendrées par la crise sanitaire du covid-19, 04/05/2020.

<sup>2</sup> Ce découvert exceptionnel, bénéficiant d'un taux préférentiel, est adossé à la garantie Damane Oxygène de la CCG et doit servir prioritairement au paiement des salaires et des fournisseurs. Il ne pourra être utilisé qu'après épuisement des lignes de crédit déjà accordées et devra être remboursé avant le 31 décembre 2020. En cas d'impossibilité de remboursement total ou partiel à cette échéance, il est possible de vous accorder un crédit amortissable sur une durée pouvant aller jusqu'à 5 ans pour couvrir le montant restant dû.

<sup>3</sup> Dans le cadre de la mise en œuvre des mesures décidées par le Comité de Veille Economique (CVE), visant l'atténuation des effets de la crise induite par le COVID-19 et ses impacts sur les entreprises, le Ministère de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration a mis en place, le jeudi 26 mars 2020, auprès de la Caisse

En parallèle, **Attijariwafa bank** s'est inscrite dans les mesures étatiques prises dans le cadre du Comité de Veille Économique et a permis de faire bénéficier les entreprises concernées des programmes et mécanismes de garantie spécifiques à cette situation, ainsi que des conditions les accompagnant et ce, dès leur approbation et mise en place<sup>1</sup>.

Aussi, et en application des règles de prévention et de sécurité qui s'imposent face à cette pandémie, les clients ont pu recourir aux différents canaux de banque à distance :

- Attijarinet Entreprises et application mobile Attijari Entreprises : virements Attijariwafa bank et confrères, paiement de factures, règlement des impôts et taxes, recharges de cartes... ;
- Attijari-Connect : virements de masse salaires et fournisseurs, prélèvements de masse ;
- Docnet : relevés, avis d'opérations, images et valeurs...

## **2. Intensification des mesures prises par les banques nationales**

Par ces mesures, les banques entendent répondre aux attentes et besoins des ménages et des entreprises afin de leur permettre de surmonter les conséquences du Covid-19 et de préserver en même temps le tissu productif pour pouvoir relancer rapidement après cette situation leurs activités et contribuer à la création des richesses et de l'emploi au service du développement économique et social du pays.

---

Centrale de Garantie (CCG), un nouveau mécanisme de garantie appelé « DAMANE OXYGENE ».

Ce nouveau produit de garantie vise la mobilisation des ressources de financement en faveur des entreprises dont la trésorerie s'est dégradée à cause de la baisse de leur activité. Il couvre 95% du montant du crédit et permet ainsi aux banques de mettre en place rapidement des découverts exceptionnels pour financer le besoin en fonds de roulement des entreprises cibles.

<sup>1</sup>COVID-19 / Courrier Clients / Soutien financier des Entreprises.

Il convient d'analyser à ce stade, **les initiatives prises dans le cadre de la digitalisation (a)** ainsi que **la surveillance des liquidités (b)**.

### **a) initiatives et mesures prises dans le cadre de la digitalisation**

La digitalisation a toujours représenté un axe fort pour les banques marocaines. En effet, les banques ont accéléré pendant la crise afin de faciliter et de maintenir pour leur clientèle, aussi bien particuliers qu'entreprises, l'accès aux services bancaires dans un contexte de confinement.

Dès le début du confinement, les banques ont constaté un accroissement de l'usage de leurs canaux de la banque en ligne par les clients, ayant recours aux services de la banque au quotidien (virements, transferts cash, paiements de factures...)¹.

Un ensemble de services est actuellement mis en place offrant un large choix à la population bancarisée. L'orientation digitale des banques marocaines leur a permis d'acquérir un savoir-faire et une maîtrise de l'outil digital qui s'est avéré une nécessité en ce temps de crise.

Chaque banque est dotée de solution sécurisée et flexible lui permettant de faire face aux risques de cette crise sanitaire et de communiquer dans les meilleures conditions avec sa clientèle.

Bank of Africa et Attijariwafa bank font partie de ces entités qui n'ont ménagé aucun effort pour maintenir le service aux meilleurs standards et ce malgré les circonstances exceptionnelles que nous vivons.

La Banque Populaire, a aussi de côté, pu offrir la gratuité des opérations de l'ensemble des canaux digitaux à ses différents segments de clientèle (particuliers, Marocains du monde, entreprises) et a réalisé des vidéos

---

¹ **Boursenews.fnh.ma**, « la BCP offre la gratuité des opérations en ligne jusqu'au 20 Juin 2020 », 02/05/2020.

didactiques pour en faciliter l'usage. Dans la même voie, la Banque Populaire est partie plus loin dans l'accompagnement de ses clients, en proposant de nouveaux services bancaires qui sont venus enrichir et faciliter l'usage de ses canaux digitaux.

Face un risque de contagion élevé, beaucoup ont en effet opté pour l'usage des solutions numériques<sup>1</sup>. Quasiment personne ne semble ignorer ces solutions qui facilitent le quotidien, alors que les restrictions aux déplacements se sont renforcées.

Ceci étant dit, il faut souligner que si beaucoup de marocains peuvent bénéficier d'autant de prestations numériques, c'est parce que le Maroc a réalisé assez tôt l'importance de renforcer l'écosystème digital national ou encore digitaliser son administration et son économie.

Autre point positif : un taux de pénétration du mobile supérieur à 130%, ce qui a facilité l'essor de ses solutions.

### **b) Surveillance des liquidités**

La crise de COVID 19, bien qu'ayant un visage financier, n'a pas trouvé son origine sur les marchés, mais était due à un problème de santé publique. Des entreprises solides ont dû cesser leurs activités et mettre leurs équipes en quarantaine pour enrayer la transmission du virus. Plusieurs entreprises ont licencié un grand nombre d'employés parce qu'elles n'avaient pas les ressources nécessaires pour maintenir leurs salaires pendant la crise, qui ne devrait pas se terminer. Cela signifie, pour les banques, un schéma avec une croissance des défauts de paiement en raison du manque de capacité des personnes et des entreprises à remplir leurs obligations et, dans le même temps, une diminution de la

---

<sup>1</sup> On parle de paiement de factures, de banque au quotidien, de livraison à domicile, d'enseignement à distance, un large éventail de services est accessible par un simple clic.

capacité de financement par des retraits sur les comptes courants et les investissements.

Cela dit, les dispositions prises pour le bon fonctionnement des guichets automatiques des banques et leur alimentation régulière en liquidités de jour comme de nuit ont permis aux clients de disposer à tout moment des fonds.

Aussi, Bank Al Maghrib a pu coordonner avec le secteur bancaire l'approvisionnement des guichets automatiques bancaires, pour éviter une panique supplémentaire chez la population, chaque établissement a mis en place un comité pour surveiller la situation et les liquidités disponibles heure par heure.

### **B) Analyses des mesures introduites par les banques nationales**

Le secteur bancaire marocain s'est très rapidement engagé dans l'effort national de prévention et de gestion des conséquences de la pandémie Covid-19 sur les plans tant sanitaire, social, économique que financier, réaffirmant sa mobilisation et sa ferme détermination à continuer sur cette voie.

Cependant, après la période de confinement et la reprise progressive de l'activité économique, nous pouvons affirmer que les effets des mesures prises ne sont pas maîtrisables. En effet, si la crise sanitaire se dégrade dans le temps, avec pour conséquence un confinement de plusieurs semaines ou mois supplémentaires, les mesures prises deviendraient insuffisantes et entraîneraient des dépenses de plus en plus onéreuses pour le maintien de notre tissu économique, mais également pour aider les personnes les plus touchées par la crise.

Au cas où cette pandémie perdurait, il serait prudent pour les banques de continuer à appliquer ces mesures sachant qu'elles sont tenues de se conformer aux règles prudentielles de Bank Al Maghrib.

Afin de pouvoir analyser les différentes mesures introduites par les banques, nous allons étudier la manière dont **les banques ont apporté leur soutien aux entreprises impactées par le Covid (1)** ainsi que **leur rôle durant la crise sanitaire (2)**

### 1. Soutien aux entreprises impactées par le covid-19

Le dispositif de soutien aux entreprises impactées par les effets de la crise liée au Covid-19 a été mis en place en plein confinement, induisant une forte demande des clients et le traitement en priorité des demandes de reports d'échéances de crédit, puis la mise en place du produit «Damane Oxygène». Ce pic d'activité a été pris en charge par les équipes et a nécessité une adaptation des dispositifs de traitement dans de très courts délais.

Les critères d'éligibilité ont été définis par le CVE<sup>1</sup> pour permettre aux entreprises touchées par la crise du Covid-19 de bénéficier du support du Fonds spécial créé à cet effet.

Au-delà des découverts accordés dans le cadre du produit « Damane Oxygène», les banques ont également proposé de nouvelles solutions de financement pour accompagner les besoins de ses clients.

Malgré les mesures introduites pour soutenir le crédit (triplément du refinancement de BAM, Damane Oxygène), les entreprises reprochent aux banques leur frilosité en cette période de crise.

---

<sup>1</sup> Comité de veille économique.

L'analyse du soutien des banques a été concrétisé à travers **le report d'échéances bancaires**, qui a constitué un important levier pour sortir de la crise (a) mais en même temps, **ce soutien a généré à une diminution de la rentabilité, en lien avec une hausse sensible des créances en souffrance (b).**

#### a) Report des échéances bancaires

Le report des échéances de crédits a été réalisé sans facturation des frais de dossiers afférents à l'étude et au traitement, et des pénalités de retard qui majorent le crédit en cas de retard de paiement d'échéances, suivant le calendrier d'amortissement convenu entre les parties.

Quant aux intérêts intercalaires, ils sont pris en charge par le client, à l'instar des pratiques internationales, dans la mesure où les banques supportent pendant la période de crédit les coûts liés au refinancement (c'est-à-dire au prêt contracté par la banque pour accorder les crédits à la clientèle), les coûts de gestion des crédits ainsi que le coût du risque qui traduit le défaut du client et son incapacité à assurer le paiement de ses échéances. Ce risque est d'autant plus important que le crédit couvre une longue période, dans un contexte économique qui n'est, de surcroît, pas favorable actuellement.

Cependant, suite à la décision récente du CVE, une nouvelle mesure exceptionnelle a été mise en place pour la prise en charge des intérêts intercalaires dans le cadre du report des échéances de crédits pour les clients particuliers, sur une durée de quatre mois, de mars à juin 2020. Elle concerne les clients dont les revenus ont été impactés du fait de l'état d'urgence sanitaire décrété, et qui disposent d'échéances de crédits logements inférieurs à 3.000 dirhams et/ou d'échéances de crédits à la consommation inférieurs à 1.500 dirhams.

Cette disposition devrait bénéficier à environ 400.000 personnes, dont certaines n'ont plus aucun revenu depuis le début de la pandémie. Au-delà de ces montants, le client supportera le coût du report des échéances. Les intérêts intercalaires seront également dus par les entreprises qui ont demandé la suspension de leurs mensualités<sup>1</sup>.

### **b) une diminution de la rentabilité, en lien avec une hausse sensible des créances en souffrance**

Il est certain que ce sera une année difficile pour le secteur bancaire national. Les banques font partie d'un écosystème et seront forcément impactées par la situation des clients, particuliers comme entreprises, en fonction de leurs expositions sectorielles. Les impacts du Covid-19 se font d'ores et déjà ressentir sur l'activité commerciale des banques, et se feront d'autant plus ressentir avec l'impact lié à la hausse des créances en souffrance et le coût du risque.

Ce constat reste néanmoins à nuancer<sup>2</sup>. Les banques ont entamé cette crise sur des bases solides, grâce notamment au niveau de leurs fonds propres, et à un provisionnement prudent permettant de faire face aux chocs et aux incertitudes. La capacité des banques à assurer la liquidité nécessaire et à poursuivre leurs activités a été prouvée une fois encore pendant cette crise. Cela démontre une résilience du secteur bancaire, qui repose sur des fondamentaux solides, dans l'intérêt du système bancaire et financier national.

---

<sup>1</sup> **Hassan El Arif**, « Report d'échéances bancaires : Gratuit, mais pas pour tous », Edition N°:5758 Le 11/05/2020

<sup>2</sup> **Daoudi, Salma**, (2020), « The war on COVID-19 : The 9/11 of Health Security », Policy Paper N°20-06, Policy Center for the New South.

Concernant les perspectives, et eu égard aux répercussions mondiales de cette crise dont les retombées ne peuvent être à ce stade totalement appréhendées, il est difficile aujourd'hui de préjuger de ce que sera le monde de demain.

## 2 / Rôle des banques dans la crise du Covid-19

Les banques constituent la courroie de transmission financière des agents économiques. Elles ont à ce titre un rôle fondamental à jouer dans l'accompagnement de leurs clients pour faire face au chamboulement de leurs plans d'activité et de trésorerie.

Nous analyserons dans ce contexte **leur rôle en étant un moteur important de l'économie (a)** mais aussi en étant **un instrument de perfusion pour l'Etat (b)**.

### a) rôle de moteur et de financeur de l'économie

Les banques représentent une composante majeure de l'écosystème marocain. Leur rôle se trouve ainsi amplifié face à une conjoncture inédite, exceptionnelle et imprévisible telle que celle que nous vivons depuis le mois de mars.

Aujourd'hui, l'ensemble du secteur bancaire est fortement mobilisé derrière les autorités et le gouvernement, et plus globalement avec l'ensemble des partenaires publics et privés, pour permettre à l'ensemble des ménages marocains et des entreprises de traverser cette période compliquée dans les meilleures conditions.

Le secteur bancaire s'est en effet engagé sur de nombreux fronts depuis le début de la crise : participation au fonds spécial Covid-19, continuité de service, report d'échéances de crédit, accompagnement des entreprises notamment au travers des crédits garantis par la CCG, distribution des aides sociales...

La mobilisation du secteur bancaire se poursuit avec un enjeu très important ; celui de permettre aux ménages et aux entreprises de traverser cette étape difficile dans les meilleures conditions.

De nouveaux produits adaptés à la relance des opérateurs sont en cours d'élaboration. Ils seront bientôt disponibles et permettront d'accompagner la reprise économique.

### **b) Les banques, un instrument de perfusion pour l'Etat**

Les banques permettent surtout d'éviter à court terme, la faillite effective de beaucoup d'entreprises en rendant possible les conditions de leur retour à la vie. C'est à travers les banques, en effet, que transitent les prêts garantis par l'État.

Alors qu'elles avaient été le facteur déclencheur de la crise de 2007-2008, les banques en 2020 ne sont pas coupables de la situation économique actuelle. À l'époque, ce sont les prises de risques et les mauvaises décisions des plus grosses d'entre elles qui avaient provoqué la récession, une récession mondiale qui avait poussé les États à les assister, sous peine de voir le système économique et financier s'assécher.

Les banques sont de toute façon en première ligne car c'est leur métier de fournir les lignes de crédit et la liquidité qui permettent aux entreprises de continuer à fonctionner.

## **II- Impact du Covid-19 sur l'activité bancaire marocaine**

L'action conjointe du ministère de l'Économie, de Bank Al-Maghrib (BAM), du Groupement professionnel des banques du Maroc (GPBM)<sup>1</sup> et

---

<sup>1</sup> Le GPBM, ou groupement professionnel des banques du Maroc, a pour mission de représenter les intérêts collectifs des établissements de crédits, notamment, auprès des autorités de tutelle. Ils peuvent ainsi organiser et gérer des services d'intérêts communs à leurs membres.

du Comité de veille économique (CVE) a permis aux banques d'être toujours présentes auprès de leurs partenaires et clients.

L'efficacité avec laquelle les banques ont répondu est exceptionnelle, alors qu'on pouvait entendre ici et là que les banques n'étaient pas toujours réactives ou proactives. Il faut croire que la situation a été jugée suffisamment sensible pour l'industrie bancaire mondiale et pas seulement marocaine, que les banques ont fait preuve d'une rapidité d'adaptation que l'on rencontre plutôt dans les plus petites structures.

**L'impact de la crise sanitaire sur l'activité bancaire marocaine (A)** nous pousse à repenser **les perspectives du système bancaire après la crise du Covid-19 (B)**.

#### **A) Impacts de la crise sanitaire sur la performance financière des banques**

L'activité bancaire est une activité de stock et d'encours, elle est donc, par nature, plus résiliente que d'autres secteurs qui ont pu subir de fortes baisses de revenus. Pour autant, elles ne seront pas immunes face à cette crise.

L'activité commercial et le PNB bénéficient des mesures de soutien en termes de reports d'échéance ou de crédits de relance, mais subissent en dehors de cela les effets de la chute de production nouvelle, une pression sur la marge d'intérêts ou encore la baisse de certaines commissions liées à des activités de flux ou de services offerts en gratuité pendant le confinement<sup>1</sup>.

Ainsi donc ces impacts seront non seulement **financiers et structurels (1)** mais aussi des **impacts sur les business modèles des banques (2)**.

---

<sup>1</sup> **Amine Tazi**, « Un moment de vérité crucial pour les banques », Finance News, 04/06/2020.

## 1. Impacts financiers et structurels

L'impact le plus important sera au niveau du coût du risque : la plupart des banques anticipent une augmentation des créances en souffrance de 3 à 4 points, et certaines de plus de 5 points. Si les mesures de soutien prises à ce stade soulagent les clients des banques face au choc de liquidité et leurs besoins de trésorerie, elles ne traitent que partiellement le choc de solvabilité (pertes d'exploitation). Ce choc sera d'autant plus difficile à surmonter que la durée du confinement et le profil de reprise seront longs. Il s'agit de l'un des principaux défis de la relance économique et l'objet d'études actuelles autour de solutions cherchant à renforcer les fonds propres des entreprises.

Nous allons donc étudier **les impacts générés sur les indicateurs financiers (a)** ainsi que **les impacts structurels et après crise (b)**.

### a) Impacts sur les indicateurs financiers

Les banques ont des perspectives différentes sur l'ampleur de l'impact de la crise de la Covid-19 sur les principaux indicateurs en 2020. Ainsi, la plupart des banques prévoient une croissance importante (+3 à 5 pts et plus) des créances en souffrance. La majorité anticipent également une baisse significative (-6% à -10% voire un peu plus) des encours de crédits aux particuliers ainsi qu'une baisse du PNB de même ampleur.

En outre, plusieurs banques considèrent que l'impact sera inférieur pour les crédits aux entreprises en 2020, probablement en relation avec les mesures de soutien en période de confinement et de relance.

Enfin, les banques semblent avancer que les dépôts devraient être moins impactés, probablement en lien avec une consommation amoindrie et un impact sur l'assurance-vie en première ligne.

## b) Impacts structurels et après crise

La plupart des banques prévoient un impact structurel fort de la crise de la Covid-19 sur le secteur bancaire, qui touchera les usages et besoins des clients, mais aussi les stratégies et les positions concurrentielles des banques. Les banques s'accordent en effet sur le fait que la crise devrait impacter tous les aspects du métier bancaire de distribution, offres produits et services, modèles opérationnels, approche risque, et modèles d'organisation et de collaboration, avec un consensus plus large autour de 2 facteurs clés de succès pour l'après crise : la distribution digitale et omnicanale<sup>1</sup>, et la redéfinition de modèles opérationnels « leans » et résilients<sup>2</sup>.

En dehors d'une banque, s'estimant « best in class » sur 4 dimensions<sup>3</sup>, la plupart se voit en avance sur 2 à 3 dimensions, avec quelques modèles qui se dessinent : certaines banques se disent en avance sur les aspects front (distribution / offre) et d'autres sur les opérations et les modèles d'organisation et de collaboration.

## 2. impacts sur les businessmodels des banques

Tous les pans du businessmodel bancaire seront impactés, que ce soit la distribution, la relation client, les modèles opérationnels, les modèles organisationnels et de collaboration (télétravail, modes de management, etc.), ainsi que les modèles de risque.

---

<sup>1</sup> L'omnicanal est une stratégie de distribution et de vente de produits qui utilise différents canaux, tant digitaux que réels, de manière totalement interconnectée.

<sup>2</sup> Il s'agit d'un modèle opératoire qui représente de manière abstraite la façon dont une structure opère à travers des domaines de processus, d'organisation et de technologie afin d'accomplir sa fonction.

<sup>3</sup> C'est une démarche positive de sélection des acteurs économiques démontrant les plus fortes convictions ESG- Environnementales, Sociales et de Gouvernance.

Sans réenfoncer des portes ouvertes en termes d'accélération du digital ou de pérennisation de nouveaux modes de collaboration, les trois tendances qui paraissent fondamentales, tant dans cette nouvelle phase de déconfinement progressif que dans l'après-crise<sup>1</sup>.

Ces impacts peuvent être mesurés en **terme de qualité de crédit et rentabilité bancaires qui seront affectés (a)** et aussi en termes **d'approche des risques qui doit être revue (b)**.

#### **a) qualité de crédit et rentabilité bancaire affectées**

Il est évident que l'impact du nouveau coronavirus et les faibles performances du secteur auront pour effet de ralentir la croissance au Maroc.

La croissance du crédit sera d'environ 5% en 2020, contre 5,7% en 2019, alors que le taux de sinistralité (part des créances en souffrance) devrait passer de 9% en 2019 à 11 % en 2020.

Les secteurs de l'hôtellerie et de la restauration (représentant 1,5% des prêts à fin 2019), du commerce (6,4%) et des transports seront les plus touchés par le coronavirus. Connues pour leur vulnérabilité, les PME détiennent 37% des prêts aux entreprises (celles-ci concentrent 65% de l'encours des crédits).

De même, l'exposition croissante des banques aux pays d'Afrique subsaharienne qui présentent un profil de risque plus élevé que le Maroc, pèse sur les perspectives de croissance. A fin 2019, le volume des crédits en Afrique subsaharienne représentait 17,5% des prêts des trois banques marocaines (BOA, BCP, ATW).

---

<sup>1</sup>Le lien entre les milieux de la recherche financière et les professionnels de la finance, de la banque et de l'assurance « Banques, quel business modèle après la crise ? » Association d'économie financière en France.

**b) L'approche des risques**

Le deuxième volet concerne l'approche des risques qui doit nécessairement se réinventer. Ce sujet est très complexe, car il s'agit d'une position qui n'est pas évidente à tenir. Un peu trop de prudence et toute le secteur bancaire est accusé de ne pas être à la hauteur et de ne pas soutenir l'économie, trop de malléabilité, et ce peut être un surendettement infranchissable pour le client, un impayé pour la banque sur les anciens et nouveaux prêts et aussi un désordre de deniers publics (compte tenu des mécanismes de garantie publique). Il y a, dès lors, des questions spécifiques, tant sur l'aspect technique que politique sur le juste équilibre entre solidarité et efficience du soutien apporté.

En parallèle, le nombre de demandes de crédit de relance promet d'être conséquent, et les principaux paramètres qui fondaient les décisions de crédit sont complètement bouleversés<sup>1</sup>.

Les approches de risque devront donc s'adapter vers davantage de fractionnement et de ciblage, l'exploitation de données pertinentes combinées à un aperçu sectoriel prospectif, pour industrialiser davantage les décisions de crédit certaines et se concentrer sur une analyse approfondie des situations autour de cette position difficile.

**B) Perspectives du système bancaire marocain après la crise du Covid-19**

L'impact structurel de la pandémie du Covid-19 sera étendu et profond et viendra se heurter à des réalités qui seront différentes d'une banque à l'autre, en fonction de leurs points de départ et leurs forces et faiblesses en

---

<sup>1</sup> Prenons l'exemple de l'historique de la santé financière de l'entreprise, récurrence des revenus et des cash flows, garanties mobilisables.

entrée de crise, en fonction de leurs stratégies, ou en encore en fonction de leurs organisations et capacités d'exécution.

Ce seront d'ailleurs ces réalités qui guideront la priorisation des défis à adresser, avec des voies empruntées et des résultats qui ne seront sûrement pas identiques entre les banques. Mais quelle que soit la priorisation ou la stratégie retenue, la capacité et la rapidité d'exécution constitueront le pas le plus important pour franchir cette étape. Ce qui demeure rassurant c'est que les derniers mois ont mis à bonne épreuve les capacités d'exécution des banques nationales, en réunissant certains piliers essentiels<sup>1</sup>.

Ceci étant dit, les banques doivent néanmoins s'inscrire dans un effort d'adaptation continu face à un confinement qui se prolonge. A noter que malgré les bouleversements persistants et les surcharges liées à ces actions, les banques ont davantage priorisé la poursuite que la temporisation des projets prioritaires en cours avant crise.

En termes de consolidation commerciale, les mesures de soutien du CVE déployées par l'ensemble des banques, afin d'accompagner au mieux les clients en cette période de crise, ont démontré pleinement leur efficacité. Des points pourtant critiques puisque les interactions actuelles constituent des moments cruciaux uniques avec un potentiel de fidélisation, ou de regret fort.

Sur le plan de la stabilité financière, les banques parcourent des pistes d'adaptation des coûts avec une focalisation sur les dépenses externes ; les pistes relatives aux effectifs sont moins explorées à ce stade, notamment pour des considérations de solidarité dans un contexte de crise nationale.

---

<sup>1</sup> **El Jai, Youssef**, « Comprendre le choc COVID-19 : perspectives et réflexions », Opinion, April 1st, 2020, Policy Center for the New South, 04/05/2020.

Autrement dit, la suppression de postes n'est pas, pour le moment, à l'ordre du jour.

Les perspectives du système bancaire doivent être évaluées non seulement à travers **la continuité de la gestion de crise (1)** mais aussi à travers **une lecture qui permettra d'en dégager une riposte claire et solide (2)**.

### **1. Continuité de gestion de crise**

Le gouvernement a mis en place un cadre référentiel cherchant à purifier et consolider le système bancaire et à le réorienter pleinement vers un rôle de financement de l'économie réelle.

Mais il faut relever que la mise en œuvre concomitante de l'ensemble des nouvelles règles pourrait avoir des effets contraires aux objectifs recherchés en limitant certaines activités nécessaires au financement de l'économie. Dès lors, il est nécessaire que les réformes en cours fassent l'objet d'une évaluation générale de leur impact sur le financement.

Il est également essentiel d'évaluer l'impact concomitant des réformes des structures bancaires qui vont s'appliquer à des banques actives au plan international. Le caractère national de ces initiatives pourrait conduire à des arbitrages réglementaires peu favorables au secteur financier et à l'économie. Ces mesures doivent donc faire l'objet d'une synchronisation, voire d'une harmonisation entre les différentes autorités et juridictions.

Cela pousse les banques nationales à **relever de nombreux défis en ce sens (a) et de remédier en même temps à l'augmentation des créances en souffrance (b)**.

#### **a) Relever de nombreux défis**

Tout d'abord, nous soulignons l'importance d'une gouvernance exceptionnelle mise en place, avec une panoplie de décisions très courtes,

un degré élevé d'implication et de disposition du top management, avec un biais vers l'action, sans atérmoiements.

Aussi, et dans le même sens d'actions, les banques nationales ont pris un nombre réduit de priorités, exécutées dans une approche modérée et perspicace.

Les banques ont su mettre en avant des décisions qui marchent, mais qui peuvent être améliorées.

Les banques sont tenues donc à relever de nombreux défis, concernant des transformations, qui doivent pouvoir susciter un engagement rationnel et émotionnel de leurs structures et visions. Sans doute, nous ne pouvons nier que l'action récente des banques s'est résolument inscrite dans une mission d'utilité générale de sauvegarde et de relance de l'économie nationale, de ses ménages et de ses entreprises<sup>1</sup>.

#### **b) Remédier à l'augmentation des créances en souffrance**

La croissance du crédit bancaire sera d'environ 5,0% en 2020, contre 5,7% en 2019, reflétant un équilibre entre une croissance modérée au Maroc et une croissance transfrontalière relativement plus rapide en Afrique subsaharienne à laquelle les banques sont exposées.

une hausse des créances en souffrance est prévue entre 9,0% et 11,0% du total des prêts en 2020, contre 8,1% à la fin de 2019. Dans ce cadre, les professionnels du tourisme (hôtellerie et restauration) seront les plus touchés par l'épidémie. Viennent ensuite les professionnels du secteur du commerce, puis ceux du transport.

---

<sup>1</sup>Ceci est incontestablement un vecteur d'engagement et de mobilisation pour des collaborateurs sensibles à la finalité de leur travail.

En somme, les PME qui recourent aux banques pour se financer seront les plus impactées en cette période de crise<sup>1</sup>.

Cela dit, il faut souligner que les mesures anticipées prises par les autorités pour faire face aux risques liés à la pandémie, dont la création d'un fonds d'urgence économique, le report des délais de paiement des impôts et une allocation mensuelle pour les employés, en plus des allocations familiales et de la couverture maladie est un pas gigantesque afin de pouvoir avancer au milieu de cette crise.

## **2/ Lecture des mesures prises par les banques marocaines**

Les mesures prises par les banques marocaines sont d'un pragmatisme qui force le respect. Tout d'abord, il ne faut pas oublier qu'il s'agissait de maintenir la visibilité du secteur bancaire en maintenant ouvertes les agences malgré l'enjeu humain en relation avec le confinement. Ensuite et surtout, les banques ont joué le jeu en accompagnant la décision du CVE concernant les salariés et le report des échéances de leurs crédits.

Il y a aussi le mécanisme de garantie « Damane Oxygène » qui, comme son nom l'indique, constitue un véritable ballon d'oxygène pour les TPE, PME et plus récemment les entreprises du secteur immobilier. Il faut reconnaître que les banques jouent en concertation avec Bank Al Maghrib et les autorités, et cela n'est pas à négliger au regard de la réglementation internationale accablante.

L'efficacité des mesures devant en effet être démontrée en termes de **stabilité de la liquidité bancaire (a)** et en termes de **facilités mises en avant par les banques au profit des entreprises en vue de l'après-crise (b)**.

---

<sup>1</sup> Fin 2018, les prêts aux PME représentaient 37% des prêts aux entreprises, ce qui représente à eux seuls environ 65% des prêts totaux.

**a) Stabilité de la liquidité bancaire**

Il est certain que les mesures prises, si elles sont pleinement mises en œuvre, consolideront la capacité de refinancement des banques et soutiendront leur liquidité. Aussi, le renforcement par la Banque centrale de son programme de refinancement à destination des PME est à ne pas négliger.

Cela dit, le financement bancaire restera solide et stable, et la liquidité restera élevée. Les banques marocaines ont des profils de financement stables et des liquidités élevés, soutenus par une base de dépôts nationaux solide, à faible coût et diversifiée.

Les dernières études ont pu montrer que le taux de croissance du PIB, compte tenu de la crise du Coronavirus et les conditions climatiques actuelles, serait de 2,0% pour 2020 contre 2,4% en 2019.

**b) facilités mises en avant par les banques au profit des entreprises en vue de l'après-crise**

Avec ou sans Covid-19, il est temps pour les banques marocaines d'entrer pleinement dans les marchés de capitaux et d'utiliser ces outils pour leur clientèle. Certains répondront de manière timide que les marchés de capitaux marocains existent : la Bourse de Casablanca cote des actions de grands groupes marocains, avec des volumes importants.

L'erreur dans ce contexte est que le développement des marchés de capitaux a toujours été pensé par les banques d'affaires internationales et leurs importants cabinets d'avocats. Depuis la crise financière, le secteur actions n'a jamais réellement retrouvé sa vigueur. Le marché actions est certainement lié au 20<sup>ème</sup> siècle et le restera. Cependant, les marchés de capitaux, ce ne sont pas que les actions : ce sont les titres de créances, les obligations, moins privatives de liberté pour les dirigeants. L'avenir des

marchés de capitaux en Afrique, passe par la dette, et le Maroc doit savoir profiter de cette chance historique grâce à son positionnement géographique, sa stabilité politique et son savoir-faire dans le négoce.

## CONCLUSION

La crise actuelle est inédite de par sa nature et ses conséquences. Tout d'abord, les États ont délibérément décidé de ralentir le système productif, car l'activité économique est un élément favorisant la transmission du COVID-19. Ensuite, la vitesse de propagation de cette crise, proportionnelle à celle du virus, est exceptionnelle et sans précédent.

Si les banques ne sont pas à la source de cette crise actuelle, elles pourraient, peut-être, être une partie de la solution en étant perçues comme des outils au service de l'amélioration de la situation économique.

En effet, en évitant des conséquences néfastes d'une part et en jouant pleinement leur rôle de financeur de l'économie réelle d'autre part, l'attitude et la capacité de réaction des banques dépendra largement de la reprise économique ou la potentielle récession.

Par ailleurs, si les banques nationales sont armées pour affronter la crise, ces dernières sont tenues à relever plusieurs challenges qui deviennent désormais importants :

- La gestion de leurs réseaux d'agences et l'accompagnement de la clientèle vers une consommation indépendante. En effet, cette crise sera d'ailleurs peut-être le déclencheur d'une mutation importante des usages de la société marocaine, encore très ancrée dans un modèle de consommation ancien ;

- La dématérialisation des moyens de paiement permet d'ores et déjà de limiter la propagation du virus en diminuant le recours à la monnaie physique ;
- La puissance des infrastructures techniques, afin d'assurer la continuité de l'ensemble des activités dans un contexte de télétravail du personnel ;
- Les défis de cyber-sécurité qui augmentent les problématiques de confidentialité des informations manipulées ;
- La maîtrise et l'exploitation de l'information en temps réel : vraie source critique de communication et de prise de décision. Sur cet aspect, il est évident que la data soit un pas important à ne pas négliger. Le caractère spécial de la crise, de par son ampleur sur tous les secteurs d'activités, permettra aux banques les plus performantes innovantes de remporter de vrais avantages concurrentiels.

***Algunas reflexiones sobre el concepto de flete marítimo:  
estudio comparativo entre el derecho marroquí y el francés***

BOUIY Adil

Doctorant en droit privé

Equipe de recherche : TRADIS

Laboratoire de recherche :

sciences juridiques et politiques

F.S.J.E.S SOUSSI RABAT

---

**Resumen**

El flete marítimo representa el precio pagado por el cargador y/o el destinatario por el movimiento de las mercancías. La doctrina Marítima especifica que la deuda de flete es la contraprestación por el servicio prestado por el transportista. El flete es, en principio, fijado por contrato y libremente discutido entre las partes. De hecho, su determinación se deja a la voluntad de las partes. El monto del flete varía según la distancia a recorrer, las peculiaridades y especificidades de la carga que requieren técnicas especiales de estiba y una embarcación especialmente equipada. Asimismo, esta cantidad puede variar dependiendo de todos estos factores combinados. El monto del flete puede incluir otros cargos como transbordo, manejo y más ... y depende de los términos del transatlántico elegido.

### Palabras clave

El flete marítimo

Las mercancías

La voluntad de las partes

El derecho marroquí

El derecho francés

### Abreviations et sigles

**Al. :** Alinéa

**Annales IMTM :** Annales de l'Institut Méditerranéen des Transports Maritimes

**B.A.F :** En anglais (bunker adjustment factor)

**B.T :** Bulletin des transports

**B.T.L :** Bulletin des transports et de la logistique

**Bull. civ :** Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre civile

**C.A :** Cour d'appel

**C.A.F :** En anglais currency adjustment factor

**C.A.M.P :** Chambre Arbitrale Maritime de Paris

**C. com. :** Code de commerce

**C. civ :** Code civil

**Cassation :** Cour de cassation Française, chambre commerciale

**D.C.C.M :** Dahir de code de commerce maritime

**D.O.C :** Code des obligations et des contrats

**D.M.F :** Droit maritime Français

**ED :** édition

**F.A.K :** freight all kinds

**FIOS :** Free in and Out stowed

**G.T.M :** Gazette des tribunaux Marocains

**Gaz. Pal :** Gazette du palais

**Obs. : Observations**

**N : numero**

**op. cit. Opus citatum (ouvrage ou référence précité)**

**T : tome**

**P. / PP. : page / plusieurs pages**

**R.A.C.A.R : Recueil des arrêts de la cour d'appel de Rabat**

**R.M.D : revue Marocaine de droit**

**R.T.D civ. : Revue trimestrielle de droit civil**

**R.T.D com. : Revue trimestrielle de droit commercial**

**Somm. : Sommaire**

**SPM : surtaxe portuaire port de Marseille**

## *Algunes reflexiones sobre el concepto de flete marítimo: estudio comparativo entre el derecho marroquí y el francés<sup>1</sup>*

### Introducción:

<sup>1</sup> Le contrat de transport maritime des marchandises est un contrat à titre onéreux ou moyennant rétribution : le paiement de la contre partie de la prestation de transport maritime dite fret [*Le transporteur maritime se charge de déplacer la marchandise définie d'un port à un autre en parcourant un itinéraire donné selon des conditions déterminées et moyennant le paiement par le chargeur et/ou par le destinataire d'un montant fixé par le contrat*]

-(M.) KAMAL TAHA « le droit maritime » 3ème ED, P 95 (en arabe).

-(A) GHONIM « le connaissement maritime dans le cadre du crédit documentaire » 7ème ED 2000, P 2 (en arabe).

-(M.) KAMAL HAMDI, « le processus du chargement et de déchargement en droit maritime » 8ème ED, ALEXENDERIE, 1983 P 9 (en arabe).

Le taux de fret maritime résulte en fait de la convention des parties. Mais, les compagnies maritimes de lignes régulières ont établis et respectent les tarifs dits de conférences. Ainsi, les chargeurs n'ont pas de choix. Ces derniers ne sont pas libres, mais ceux fidèles obtiennent un taux de fret préférentiel ou des ristournes dites de fidélité. Dans ce sens voire [K. ZAHAR, « Le contentieux de transport maritime », Mémoire, Tunis, novembre 2000. P. 40]

Le fret maritime représente le prix payé par le chargeur pour le déplacement de la marchandise. La doctrine maritimiste précise que la créance du fret est la contrepartie du service rendu par le transporteur.

En principe le fret maritime est, librement débattu entre les parties et est fixé par le contrat.

La détermination du fret est laissée à la volonté des parties. Mais le regroupement des compagnies de navigation en conférences maritimes a créé des accords sur les tarifs. Ces conférences s'entendent pour suggérer des tarifs communs à leurs clients avec possibilité de ristournes. En quelque sorte, c'est une entente.

Le fret maritime est variable tant que la nature de la marchandise à déplacer l'est aussi. Le fret est fixé au volume ou au poids, à l'unité ou ad valorem [M-Madeleine DAMIEN, « Transport et logistique », ED Dunod, Paris, 2001, P 227].

Il peut être aussi fixé à la pièce et parfois aussi à la longueur : c'est là une pratique courante sur les rouliers spécialisés dans le transport des camions. [(R) RODIERE, « *Traité Général de Droit Maritime, Affrètement et transports* », Tome II : *Les contrats de transport de marchandises*, ED Dalloz 1967, N 361] Pourtant, sa fixation est un peu aisée. Son taux est établi sur la base d'une unité de taxation. Cette unité, baptisée unité payante, est variable en fonction de la nature de la marchandise. Pour déterminer le prix du transport, il faut multiplier le taux de fret par le nombre d'unité payant. [(A) Le BAYON, Dictionnaire de droit maritime, Presses Universitaires de Rennes, 2004, P 130]

En fait, une panoplie d'éléments rentre dans la détermination du montant du fret. On trouve la valeur de la marchandise, ses qualités et les soins particuliers qu'elle demande.

El cargador tiene la obligación de pagar el flete marítimo que es la contraprestación por el servicio prestado por el transportista.

Esta obligación está implícita en la propia naturaleza y definición del contrato de transporte marítimo: "... El armador se compromete con un cargador a transportar sus mercancías... por un precio determinado"<sup>1</sup>.

El decreto francés de 1966 lo reafirma en términos bastante claros "el transportista debe el precio del transporte o el flete"<sup>2</sup>.

De estas disposiciones se desprende que el legislador francés, al igual que su homólogo marroquí, ha regulado el flete marítimo, conservando una cierta libertad para las partes.

El Convenio de Hamburgo, aunque contiene disposiciones importantes para la mención del flete en el conocimiento de embarque, no dice nada sobre la obligación del cargador de pagar el flete.

El estudio de esta obligación requiere primero la delimitación del concepto de flete (*Sección 1*), luego el pago del flete (*Sección 2*) y finalmente las garantías de pago (*Sección 3*)

### ***Sección 1 - delimitación del concepto de flete marítimo***

En cuanto al transporte internacional de mercancías por vía marítima, el contenido del flete puede variar mucho teniendo en cuenta: el tipo de mercancías, la organización y hábitos del puerto, los servicios solicitados por el cargador, la elección del cargador y las circunstancias. En la práctica, el transporte de mercancías tiene en cuenta todos estos elementos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Article 206 du DCCM

<sup>2</sup> Dans son article 41

<sup>3</sup> (P) GAROCHE, « L'exploitation commerciale du navire et ses problèmes », Editions maritime et d'outre mer, Paris, 1966, P 72

En términos de flete marítimo, es necesario distinguir entre el concepto legal (subsección 1) y el concepto económico (subsección 2).

### **Subsección 1 - determinación del concepto jurídico de flete marítimo**

Para comprender completamente el concepto legal de flete marítimo, debemos responder a las tres preguntas esenciales: ¿cuándo vence el flete? (párrafo 1), ¿quién es responsable del flete? (Párrafo 2) y cuáles son los efectos de determinados eventos en el transporte de mercancías (Párrafo 3).

#### **Párrafo 1- ¿Cuándo vence el flete?**

Una cuestión importante con respecto al flete marítimo es cómo el pago del flete se ve afectado por las circunstancias que afectan a las mercancías.

Sabemos que el flete marítimo corresponde al precio de transportar la mercancía en buen estado, ¿y si se pierde o daña? Para responder a esta pregunta, es necesaria una distinción entre bienes perdidos (A) y bienes dañados (B)

#### **A - Respecto a los bienes perdidos.**

En el caso del transporte internacional de mercancías por vía marítima, no se adeuda flete por mercancías perdidas fortuitamente por varada o naufragio, tomadas por enemigos o machacadas por piratas, válidamente y sin devolución.

El problema tiene más matices. Aquí, de hecho, a diferencia de la mayoría de los textos internacionales<sup>1</sup>, los textos nacionales<sup>2</sup> incluyen disposiciones especiales para los bienes perdidos. Así, el

---

<sup>1</sup> Convention de 1924 et convention de Hambourg de 1978

<sup>2</sup> Le DCCM Marocain et la loi Française de 1966

DCCM<sup>1</sup>, al igual que el decreto francés de 1966<sup>2</sup>, contempla el caso particular de bienes arrojados voluntariamente al mar para la salvación común, con cargo a contribución media general<sup>3</sup>.

El decreto de 1966<sup>4</sup> al igual que el DCCM<sup>5</sup>, agrega que no se adeuda el flete por las mercancías perdidas por fortuna de mar<sup>6</sup> o por negligencia del transportista para poner su nave en condiciones de navegabilidad<sup>7</sup> o para cuidar la mercancía, estiba, el sometimiento, manejo, custodia y descarga de la mercancía es la teoría de los riesgos contractuales<sup>8</sup>.

Este texto<sup>9</sup> no es de orden público. En la mayoría de los casos, está excluido por las cláusulas del conocimiento de embarque que establecen, de acuerdo con una fórmula bastante convencional, que el flete se adquiere en cualquier caso, pase lo que pase con el envío.

## B - De mercancía dañada.

Hemos visto que el transportista marítimo está sujeto a una obligación de resultado; así como las pérdidas por su negligencia, los daños ocurridos a la mercancía son así con su carga. Sin embargo, conserva su flete.

Por tanto, el problema de la liquidación del flete marítimo es un problema distinto del de los daños a las mercancías. El flete

---

<sup>1</sup> L'article 229, AL f

<sup>2</sup> L'article 45 du décret Français de 1966

<sup>3</sup> Ici, la valeur du fret sera incluse dans la masse créancière, voir : (R) PARENTHOU, « L'avarie commune et les containers », D.M.F, 1970, P 451.

-(A). KOFFI, « contribution aux avaries communes », thèse, Aix Marseille 3, P 123

-(R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, «Droit maritime », 12<sup>ème</sup> ED, Dalloz, 1997, N 502

- (A) VIALRD, « Droit maritime », PUF 1997, N 447.

<sup>4</sup> Article 46

<sup>5</sup> Article 231

<sup>6</sup> (Y).TASSEL, « Droits maritimes », T 1, 1995, P 320

<sup>7</sup> (M).REMOND-GOUILLOUDE «droit maritime », 2<sup>ème</sup> ED Pédone, 1993, N 573

<sup>8</sup> (Y).TASSEL op cite, P 321

- (J) PUTZEYS, «droit de transport et droit maritime », Bruylant, 1993, N 327

<sup>9</sup> L'article 46

marítimo debe pagarse incluso si se paga en destino. Esto tiene consecuencias en cuanto a la prescripción, el destinatario que rechazó el pago del flete porque la mercancía le fue entregada dañada no puede invocar su negativa como una interrupción de la prescripción, las dos cosas son diferentes. Debe interponer una acción de indemnización contra el transportista marítimo si quiere interrumpir la prescripción.

Según la doctrina marítima, la exención del pago del flete existe solo en caso de pérdida y no en caso de daño, pues en esta última hipótesis, el incumplimiento no es lo suficientemente grave como para suponer la rescisión del contrato.<sup>1</sup>

## **Párrafo 2 Determinación del deudor del flete marítimo**

El contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, implícita o explícitamente, determina quién es el deudor del flete marítimo. Sin embargo, según los términos del decreto de 1966,<sup>2</sup> "el cargador debe el precio del transporte o flete". Así, en caso de flete pagadero en destino, el destinatario también es responsable del mismo si acepta la entrega de la mercancía. En esta etapa, la libertad contractual ocupa un lugar considerable.

De hecho, en la práctica del transporte marítimo internacional de mercancías por mar, el flete se paga por adelantado o en destino.

Generalmente, el conocimiento de embarque indica el deudor del flete, su método de cálculo, así como su monto. A menudo, en la práctica, el conocimiento de embarque menciona "flete pagadero en destino" o "flete prepago".

Cabe señalar que el decreto francés de 1966<sup>3</sup> establece el principio según el cual: "El cargador debe el precio del transporte",

---

<sup>1</sup> (E) du PONTAVICE et (P).CORDIER, «*Transports et affrètements maritimes*», Delmas, 2ème ED. 1990, P 15

<sup>2</sup> Article 41

<sup>3</sup> Article 41

luego, en el caso del flete pagadero en destino, establece que "el destinatario también es deudor si acepta la entrega de la mercancía". Al comentar sobre estas disposiciones, la doctrina maritimista cree que: "el adverbio también indica que el destinatario suma el cargador pero no lo libera de su deuda" es la solución del derecho terrestre.<sup>1</sup>. Además, el destinatario o receptor solo se convierte en deudor si acepta la entrega. Cualquier manifestación de voluntad en esta dirección tendrá este efecto.

### **Párrafo 3 Comprensión del impacto de determinados sucesos en el flete marítimo**

En materia de transporte internacional de mercancías por vía marítima, si el pago del flete es una obligación fundamental que pesa sobre el titular de la mercancía<sup>2</sup>, existen en la práctica de transporte marítimo, circunstancias o hechos que pueden ocurrir durante el transporte marítimo que afectan directamente al flete. En este sentido el DCCM<sup>3</sup> establece "que no hay flete adeudado por mercancías que no hayan sido entregadas o puestas a disposición del receptor en el puerto de destino", esto es una disposición de orden público<sup>4</sup>. No obstante, en ciertos casos expresamente previsto por el DCCM<sup>5</sup>, el flete se vence. Los casos comúnmente referidos por los textos son:

- Cuando la falta de entrega sea resultado de negligencia o culpa del cargador, sus sirvientes o agentes o sus cesionarios
- Cuando la mercancía se pierda por defecto propio.

---

<sup>1</sup> (R) RODIERE, «*Traité Général de Droit Maritime, Affrètement et transports*», T II, *op cite*, N 559

<sup>2</sup> Nous avons opté sur cette expression, car elle englobe à la fois le chargeur et le destinataire de la marchandise

<sup>3</sup> Article 228

<sup>4</sup> C.A. de Rabat, 31 mai 1949, G.T.M, 1950, P 5

<sup>5</sup> Article 229

-Cuando los animales murieron durante el trayecto sin perjuicio del transportista.

-Cuando se haya tenido que destruir mercancías peligrosas o prohibidas en ruta, siempre que el transportista haya ignorado la naturaleza en el momento del embarque.

-Cuando, durante el viaje, se vendieron mercancías por su estado de deterioro, cualquiera que sea la cláusula;

-Cuando se haya admitido la pérdida de la mercancía en avería gruesa.

Queda un caso que ha sido previsto por el DCCM: cuando la mercancía tuvo que venderse durante el viaje por su estado de avería, sea cual sea la causa.

Los costos de transbordo y el flete debido para completar el movimiento de la mercancía son responsabilidad de la mercancía cuando la interrupción se debe a una circunstancia que no compromete la responsabilidad del transportista<sup>1</sup>, y la responsabilidad del transportista en todos los demás casos<sup>2</sup>.

Pero en lo que respecta al transbordo, en ambos casos, el transportista retiene el flete previsto para todo el viaje<sup>3</sup>, es decir, cuando la interrupción se debe a un caso de exención previsto en el artículo 27 de la ley francesa de 1966.

Sin embargo, el transportista tiene una primera protección, en particular, la cláusula del conocimiento de embarque según la cual se adquiere el flete en cualquier caso; esta cláusula es válida<sup>4</sup>.

Además, hay cláusulas en todos los conocimientos de embarque que permiten el transbordo a expensas de las mercancías<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 47 de décret Français de 1966

<sup>2</sup> Article 223 de DCCM Marocain

<sup>3</sup> (Y).TASSEL, op cite, P 320

<sup>4</sup> (R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, Droit maritime, 12<sup>ème</sup> ED, op.cite, N 312 et 361.

<sup>5</sup> (R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, R.T.D. com., 1965, P 691, N 16.

## Subsección 2: la consagración del concepto económico del flete marítimo<sup>1</sup>

La tarifa del flete marítimo es prácticamente establecida por el transportista y sugerida al cargador, varía de acuerdo a varios parámetros, en este caso: el peso o volumen, el valor de la mercancía y el alcance de los servicios incluidos, la naturaleza de la mercancía y su embalaje, todo ello más o menos ligado a usos portuarios.

En vista de la libertad concedida a los operadores del comercio internacional en materia de transporte de mercancías, estos últimos, en particular los armadores, se han reunido en una conferencia. En este caso, el flete es el que fijan los miembros de la conferencia<sup>2</sup> materializado especialmente con respecto a los diferentes tipos de flete (párrafo 1) y suplementos de flete (párrafo 2).

### **Párrafo 1: La diversidad de tipos de flete marítimo**

Para determinar la tarifa del flete marítimo, el transportista utiliza en la práctica lo que se conoce como "términos marítimos". Se trata,

---

<sup>1</sup> Le montant de fret maritime varie en fonction de la distance, des spécificités de la cargaison qui nécessitent un navire spécialement équipé et des techniques spéciales d'arrimage.

Également, ce montant peut varier en fonction de tous ces éléments combinés. Le montant du fret maritime peut inclure d'autres frais comme les frais de transbordement, de manutention, et autres... et cela dépend du Liner terms choisi. Le chargeur doit faire attention aux clauses figurant au connaissance : aux « Liner terms » qui définissent les conditions des opérations qui couvrent le fret indiqué par l'armement (le fret peut comprendre des opérations de chargement, de déplacement, de déchargement). Il est utile de signaler que les « Liner terms » ne servant qu'à déterminer les opérations prises en charge par le transporteur en contrepartie du fret. Le fret peut, aussi, être fixé forfaitairement. C'est le cas de F.A.K ou freight all kinds et se dit d'un fret maritime forfaitaire dont le mode de calcul ne prend pas en compte la nature de la marchandise à déplacer. C'est un mécanisme assez peu utilisé et concerne les marchandises conteneurisées. En cas de transport en conteneur, le F.A.K consiste « en un taux forfaitaire quel que soit le contenu du conteneur ». [(A) Le BAYON, op, cite. P 116]

Le fret maritime peut aussi inclure des surcharges dues pour congestion portuaire, ou encore à la hausse du prix des carburants. C'est le cas où le navire est obligé d'attendre en rade avant de pouvoir décharger.

<sup>2</sup> C.A. d'Aix-en Provence, 12 mars 1981, Revue SCAPEL, 1981, P 52.

en cierto modo, de usos marítimos que determinan los servicios que realiza el transportista marítimo a cambio del flete<sup>1</sup>. Entonces, por referencia a estos "términos de línea", los costos de embarque y desembarque se dividen entre la compañía naviera y el cargador.

En la práctica, existe una variedad de tipos de flete marítimo. Sin embargo, los siguientes desarrollos se dedicarán a los tipos de flete más comunes en la práctica marítima, a saber; flete bajo polipasto / bajo polipasto, flete de borde / borde y flete de muelle / muelle

#### **A- Flete debajo del polipasto / debajo del polipasto:**

Para esta categoría de flete, los costos de manipulación que preceden al levantamiento de la mercancía en el puerto de salida y después del atraque en el puerto de destino corren a cargo de la mercancía. El barco es responsable de manejar los cargos mientras tanto.

#### **B - Flete borde / borde:**

Los gastos de embarque y desembarque corren a cargo de la mercancía, a excepción de los gastos de estiba, subyugación, enajenación y desestiba a bordo del buque. Por tanto, este tipo de flete no incluye los costes de conciliación de la mercancía. El cargador tendrá que pagar más por el costo de trasladar las mercancías desde las tiendas del transportista hasta el barco.

#### **C - Flete muelle / muelle:**

El flete aquí se refiere al costo de transporte desde las tiendas del transportista a la salida hasta las tiendas a la llegada. En este concepto, los costos de carga y descarga corren totalmente a cargo

---

<sup>1</sup> «Le contrat de transport de marchandises, guide juridique et pratique », 1989, P 101, IDIT, (sous la direction de B, MERCADAL).

del buque, incluidos el aseguramiento, la estiba, la venta y el desarmado a bordo del buque.

Cabe señalar que estos diferentes tipos de fletes se relacionan únicamente con un método de cálculo financiero del flete. No cambian la responsabilidad del transportista

En conclusión, podemos decir que el flete más claro para el cargador sigue siendo el flete muelle / muelle, que incluye todas las operaciones.

### **Párrafo 2 –Accesorios de flete y costos relacionados.**

Es frecuente que en el flete puro o bruto determinado por la tarifa del transportista, se agreguen diversos accesorios y costos adicionales o recargos que corresponden a elementos variables. Se trata de:

- sobrecargas de congestión portuaria destinada a compensar los costes de espera de los barcos: estas tasas portuarias dependen de la legislación portuaria. En Francia, por ejemplo, dicho impuesto se ha considerado ilegal porque no ha sido autorizado por órdenes ministeriales<sup>1</sup>.

Sin embargo, en ocasiones el cargador acepta pagar una estadía cuando desea descargar su mercancía en un puerto a pesar de la prolongada estancia del barco en el muelle<sup>2</sup>.

- Sobre flete para paquetes largos y pesados. Las características de determinadas mercancías imponen un coste adicional por su volumen, la dificultad de embarque o desembarque. Así, la manipulación de bultos largos y / o pesados requiere de un equipo de elevación especial y sofisticado, lo que implica un ritmo más

---

<sup>1</sup> Cassation, 19 décembre 1983, D.M.F, 1984, P 597

- (M). REMOND –GOUILLOUD, op. cite, N 573.

- Sur la surtaxe portuaire port de Marseille (SPM), voir C.A. d'Aix –en-Provence, 18 février 1983, D.M.F, 1984, P 463.

<sup>2</sup> C.A. de Paris, 9 novembre 1982, D.M.F, 1983, P 287.

lento y por tanto un mayor coste. El paquete largo y el paquete pesado sobre el flete son acumulativos<sup>1</sup>.

- Las tasas establecidas en un período del año variarán de acuerdo con ciertos elementos, como la variación del dólar. Esta variación se corregirá reajustando el precio del transporte.

De esta forma el transportista aplicará un B.A.F<sup>2</sup> o C.A.F<sup>3</sup>, la parte de estos costos que incumbe al cliente además del flete varía según los puertos; en el caso de los buques de línea, está previsto en las condiciones generales de su conocimiento de embarque "condiciones de línea".

La cláusula FIO<sup>4</sup> (Free in and out) indica que la bodega, estiba, desestiba y salida de bodega corren por cuenta de la mercancía; sin embargo, no exime al transportista de responsabilidad por los daños sufridos durante estas operaciones<sup>5</sup>.

En la medida en que estos accesorios estén claramente previstos, son perfectamente legales. Sin embargo, los accesorios de transporte solo se pueden oponer al destinatario si aparecen en el conocimiento de embarque<sup>6</sup>.

Con respecto a los costes adicionales, a veces sucede que el embalaje especial de determinados productos requiere determinadas

---

<sup>1</sup> IDIT, op cite, 1989, P 100

<sup>2</sup> En anglais : (bunker adjustment factor ), Etant donné les variation rapides du coût des combustibles, les transporteurs corrigent leur tarif par des « bunker surcharge » .

<sup>3</sup>En anglais :currency adjustment factor, Etant donné les variations rapides des parités monétaires, les transporteur corrigent leur tarif par des « currency surcharge » qui compensent les variation de change

<sup>4</sup> Aussi la clause FIOS « Free in and Out stowed » est, en effet, une clause financière mettant aux frais du chargeur la mise en cale la marchandise et son arrimage, et aux frais du destinataire

<sup>5</sup> C.A. d'Aix-en- Provence, 6 mars 1980, B.T.L, 1980, P 451.

- (M). REMONDO-GOUILLOUD, op, cite N 573.

<sup>6</sup> C.A. de Paris, 9 novembre 1982, D.M.F, 1983, P 287.

-Tribunal de commerce de Marseille, 22 avril 1975, B.T.L, 1975, P 324

intervenciones por parte del transportista, como reenvasado, etc. estos costes corren a cargo de la mercancía.

Así lo retuvo la jurisprudencia francesa en una sentencia de 1986: en el presente caso, con motivo de un transbordo de bultos de utilería en Marsella destinados a Argelia, el transportista había advertido que varios bultos, insuficientemente embalados, estaban desembalados. . Por lo tanto, los recirculó. Los jueces admitieron que podía reclamar al cargador el reembolso de los costos en que incurrió.

Según la doctrina, esta sentencia es una excelente aplicación del artículo 1134 del código civil como principio de cooperación que pesa sobre todas las partes contratantes<sup>1</sup>.

## Sección 2- El pago de flete <sup>2</sup>

<sup>1</sup> C.A. de Versailles, 19 novembre 1986, Cassation, 18 octobre 1988, B.T.L, 1989, P 30

<sup>2</sup> Après avoir fixé le fret maritime, son montant doit être payé. Les parties doivent s'entendre sur les modalités de son paiement. Le fret est généralement payé par le chargeur. C'est celui-ci qui a conclu le contrat avec le transporteur.

Ce dernier s'engage à déplacer la marchandise contre le paiement d'une certaine somme d'argent appelée fret. Si le chargeur va payer le fret entier, on parle ainsi du fret payé en amont ou au départ. C'est le freight prepaid ou le fret prépayé. Le fret peut, pareillement, être payé en aval ou à destination. On parle du freight collect qui va être payé par le destinataire. Selon accord, le fret peut être payé en partie par le chargeur et le reste par le destinataire parce que si, à destination, le transporteur est obligé de livrer la marchandise et que cette obligation « est d'une extrême importance en fait et en droit, cependant, son exécution est conditionnée par le paiement du prix du transport, appelé fret (freight) ».[( Y). TASSEL, op, cite. P 318]

Ceci étant, le chargeur doit pareillement, négocier la clause dite (*F.I.O*) *Free in and out* avec son cocontractant s'il donne un taux de fret sur cette base.

Pratiquement, cette clause, souvent utilisée dans le transport maritime, signifie en français franco chargement (in) ou déchargement (out) « Ces deux opérations s'effectuent sans frais pour le navire ». [Marie-Madeleine DAMIEN, op, cite P 211]

La clause F.I.O signifie que les marchandises sont mises en cale et arrimées aux frais du chargeur et qu'elles sont désarrimées et prises hors de cale au frais du destinataire.

En cas de non-paiement du fret, le transporteur maritime peut retenir la marchandise. Dans

la pratique, le transporteur maritime est souvent représenté par le capitaine du navire. Mais,

El pago del flete es una obligación que pesa, ya sea aguas arriba en el cargador, o aguas abajo en el destinatario. Es una acción puramente contractual.

El transportista o su representante solo entrega la mercancía a condición de que se le pague por su flete. Y el cargador debe pagar el flete de acuerdo con el tiempo y monto acordado.

### **Subsección 1: Variedades de pago del flete marítimo**

Normalmente, cuando el conocimiento de embarque contiene la mención "flete pagado por adelantado"<sup>1</sup>, en principio no hay problema: en este caso, el transportista marítimo no puede pedir nada al destinatario, excepto quizás los gastos de manipulación en destino, que no están incluidos en el flete<sup>2</sup>.

Cuando el flete es pagadero en destino, normalmente el destinatario debe pagarlo. Así, la jurisprudencia considera, a falta de texto, que al aceptar un conocimiento de embarque con la mención del flete pagadero en destino, o al aceptar la mercancía, el destinatario acepta la obligación de pagar el flete<sup>3</sup>.

Sin embargo, el cargador sigue siendo responsable del flete si el destinatario no lo paga<sup>4</sup>.

### **Párrafo 1 - El flete es pagado aguas arriba por el cargador**

---

il est utile de rappeler que le fret n'est payable à destination et dû par le destinataire que lorsque ce dernier en accepte livraison. Dans le cas contraire, et en plus du droit de rétention de la marchandise, le transporteur maritime peut les faire vendre en totalité ou en partie et faire ordonner le dépôt du surplus. Il est inhabituel que le transporteur maritime manque pratiquement de prendre quelques circonspections. Usuellement, le titre maritime comprend une clause selon laquelle le fret maritime est acquis à tout événement. Cette clause permet au transporteur maritime « de percevoir son fret quelles que soient les circonstances ». [Alain Le BAYON, op, cite P 131] Cela veut dire encore que, par cette clause, le chargeur est rendu débiteur du fret lorsque normalement il ne le devrait pas ou ne le devrait que partiellement. Le chargeur n'est, donc, pas totalement libre.

<sup>1</sup> En Français Fret payé

<sup>2</sup> Tribunal de commerce de Marseille, 19 décembre 1983, D.M.F 1984, P 592

<sup>3</sup> C.A. d'Aix-en-Provence, 22 avril 1982, D.M.F, 1983, P 48.

<sup>4</sup> C.A. de Bordeaux, 26 janvier 1972, D.M.F, 1972, P 462.

En el comercio marítimo, cuando esta mención aparece en el conocimiento de embarque, el destinatario no debería tener que pagar ningún flete. Sin embargo, según la aduana del puerto, se le puede solicitar que pague ciertos costos de envío; Los transportistas a veces reclaman a los beneficiarios de ciertos recargos portuarios. No obstante, "si la mención de flete pagado incorporada en el conocimiento de embarque es prueba del pago efectivo del flete marítimo, salvo prueba en contrario, sólo es válido si el conocimiento de embarque está firmado por el transportista marítimo o su representante<sup>1</sup>".

### **Párrafo 2: "Flete pagado por adelantado" o flete pagadero a la salida**

En la práctica, algunos conocimientos de embarque contienen la mención "flete pagadero a la salida", no debe descartarse la ambigüedad de dicha cláusula, porque significa, cuando se entregó el conocimiento de embarque, que el flete no se había pagado.

De lo contrario, aparecería la mención "flete pagado", por lo que normalmente esto tenía que pagarse antes de la salida del barco.

Tal mención plantea la cuestión de quién es responsable; quién debe hacerse cargo del flete que no se pagó al principio. El conocimiento de embarque está marcado como "pagadero", por lo que no se ha pagado el flete; ¿Quién soportará las consecuencias? Normalmente, deberíamos decir el transportista, mediante la emisión de un conocimiento de embarque que lleva las palabras "flete pagadero a la salida".

Esta no es la posición del judicial marítimo. Cuando se le planteó la cuestión, el Tribunal de Casación francés aceptó que, a pesar de la mención del flete pagadero a la salida, el transportista puede probar

---

<sup>1</sup> Cassation, 11 juillet 1995, D.M.F, 1996, P 40

contra el destinatario que el flete no ha sido pagado; luego debe pagar. Por esta cláusula, el flete debe pagarse por adelantado.

Con respecto a su alcance, el Tribunal de Casación sostuvo que tal cláusula no proporcionaba prueba de que el flete fue pagado y que el porteador podía obtener el pago del flete del destinatario al llegar al Barco<sup>1</sup>. Últimamente el Tribunal de Casación se ha alineado con esta jurisprudencia al decidir en términos muy claros que la mención del flete prepago es una simple presunción de pago. Solo se descarga si el conocimiento de embarque está firmado por el transportista. Y, en su defecto, no constituye reconocimiento del pago del precio<sup>2</sup>. Porque, antes de entregar la mercancía al destinatario, el transportista requerirá el pago previo del flete. A menudo, el documento de transporte indica lo que ha pagado el cargador y el comprobante de cobro solo se entregará al destinatario o su representante después del pago del flete<sup>3</sup>.

En la práctica, si el flete se paga por adelantado, esto también debe hacerse antes de que se carguen las mercancías. En caso de demora en el pago del flete, se ha sostenido que el transportista puede negarse a entregar el conocimiento de embarque al cargador<sup>4</sup>. También se justifica supeditar la entrega de la mercancía a su destinatario al pago previo de este último del flete impago<sup>5</sup>.

### **Párrafo 3 - Flete a cobrar: El flete se declara pagadero en destino**

En este caso, el transportista marítimo se compromete a tomar la mercancía sin cobrar el flete; simplemente incorpora en el conocimiento de embarque las palabras: "flete pagadero en destino". En este caso, los tribunales siempre han considerado que el pago

---

<sup>1</sup> Cassation, 15 décembre 1986, DMF, 1988, P 463.

<sup>2</sup> Cassation, 11 juillet 1995, BTL, 1995, P 120

<sup>3</sup> R, RODIERE -E, du PONTAVICE, Droit Maritime 12<sup>ème</sup> ED, op. cite, N 361

<sup>4</sup> CAMP, 27 juin 1985 .DMF, 1986, P 243.

<sup>5</sup> C.A. d'Aix-en-Provence, 5 juin 1984 .DMF, 1986, P 177.

aquí es vinculante para el destinatario. Sabemos que el destinatario no firmó el contrato de transporte, pero es parte del mismo; así, por esta cláusula el destinatario se convierte en deudor del flete<sup>1</sup>.

Así, en una sentencia del Tribunal de Apelación de Aix, el juez dijo que "habiendo aceptado la entrega, la empresa Ship Service adeudaba el flete en su calidad de destinatario". La regla fue confirmada implícitamente por el decreto de 1966<sup>2</sup>: el cargador debe el precio del transporte o flete, en caso de flete pagadero en destino, el destinatario o receptor también es deudor. Esta es la regla, si el flete se paga en destino, el destinatario debe el flete.

A esta primera regla, el DCCM<sup>3</sup> y el decreto de 1966<sup>4</sup> añaden una regla complementaria, a saber, que en caso de incumplimiento de pago por parte del destinatario, el transportista marítimo puede ejercitar un recurso contra el cargador<sup>5</sup>: es decir, en el caso de que el destinatario no puede pagar el flete, el cargador sigue siendo responsable del flete a pesar de la aceptación del destinatario<sup>6</sup>.

Al comentar esta decisión, la doctrina enfatiza que es fundamental porque el destinatario debe pagar antes de recibir la entrega de la mercancía<sup>7</sup>. En efecto, se había sostenido que al presentarse como portador del conocimiento de embarque, propietario de las mercancías y solicitar la entrega, el destinatario no podía escapar a la aparente obligación que le incumbía de pagar los diversos gastos ocasionados por y por las mercancías<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> C.A. d'Aix-en-Provence, 22 avril 1982, DMF, 1983, P 482

<sup>2</sup> Article 41 du décret Français de 1966

<sup>3</sup> Article 225 de D.C.C.M

<sup>4</sup> Article 53 du décret de 1966

<sup>5</sup> Autrement dit, en cas de non-exécution du destinataire, le transporteur conserve un droit subsidiaire contre le chargeur

<sup>6</sup> Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1972, B.T.L, 1972, P 157.

<sup>7</sup> (Y) TASSEL, « Les réformes apportées par les Règles de Hambourg au régime juridique du connaissance », IMTM 1992, P 33.

<sup>8</sup> C.A. de Rennes, 18 juillet 1984, cité par (Y) TASSEL, op cite, P 40,

En lo que respecta a la justicia marroquí, establece la norma según la cual: “el destinatario de las mercancías cuyo flete se ha estipulado pagadero en destino, que ha dado instrucciones a un transitario para que recoja las mercancías, es responsable ante el porteador del precio del flete cuando el transitario abastecido a tal efecto no haya cumplido con su obligación de liquidar el flete”<sup>1</sup>.

En virtud del Convenio de Hamburgo, el transportista no tiene derecho a demostrar lo contrario cuando el conocimiento de embarque se ha transmitido a un tercero, incluido un destinatario, que ha actuado de buena fe sobre la base de la ausencia de dicho conocimiento de embarque<sup>2</sup>.

En conclusión, citaremos una sentencia del tribunal de apelaciones de Hamburgo<sup>3</sup> del 27 de agosto de 1992, que proporcionó algunos detalles sobre las condiciones legales requeridas para recibir mercancías. Sobre este tema, el párrafo 614 HGB establece:

- apartado 1: al aceptar la mercancía, el destinatario se compromete, de acuerdo con las estipulaciones previstas en el contrato de transporte o en el conocimiento de embarque en virtud del cual se ha realizado la entrega de la mercancía, a pagar también el flete como todos los costos incidentales y cualquier demora y demora, derechos de aduana y cualquier otro gasto que pudiera corresponderle;

- apartado 2: el transportista está obligado a entregar la mercancía al destinatario a cambio del pago del flete y el cumplimiento de todas las demás obligaciones que pudieran haberle cobrado.

---

<sup>1</sup> C.A. de Rabat, 3juillet 1951, R.A.C.A.R, 1953 -54, P 222

<sup>2</sup> (Article 16.4) de la convention du HAMBOURG

<sup>3</sup> (G) AUCHTER, « Droit maritime étranger », D.M.F, 1995, P 567.

### **Párrafo 4 - Flete adquirido en cualquier evento<sup>1</sup>.**

En el derecho marítimo marroquí es válida esta cláusula, como se desprende del DCCM<sup>2</sup> según la cual “en todos los casos en que el flete no se adeude, los anticipos realizados al capitán antes de la salida de este flete deben ser devueltos por él, si no hay acuerdo contrario ».

Aquí el transportista tiene derecho al pago del flete, cualesquiera que sean las circunstancias del transporte. Esto significa que el flete pagado por adelantado o en destino siempre lo adquiere la empresa.

En Francia, la jurisprudencia sobre esta cláusula es rara, nos referimos a una sentencia del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence de 3 de marzo de 1992, que decide que "el flete puede estipularse adquirido en cualquier caso<sup>3</sup>". La cosa es ciertamente correcta excepto para declarar la cláusula inaplicable en caso de negligencia grave del porteador, o incluso quizás, en caso de falta de diligencia del mismo porteador para asegurar la navegabilidad de su buque, apareciendo defecto tal como la ignorancia de su parte de una obligación fundamental<sup>4</sup>.

Pase lo que pase, esta cláusula generalmente se considera lícita<sup>5</sup>, ya que el artículo 46 no es de orden público<sup>6</sup>; en otros derechos

---

<sup>1</sup> La clause X 2 du connaissance COMANAV reçoit souvent la rédaction suivante : le fret qu'il ait été payé d'avance ou qu'il soit payé à destination, est toujours acquis ou du au transporteur, que le navire ou la marchandise arrive à bon port ou se perde pendant le voyage, le fret est également acquis ou du en cas d'interruption du voyage pour quelque cause que ce soit, en ce cas, les frais de transbordement, de magasinage etc. ...et le fret du pour achever le voyage sont à la charge de la marchandise, en outre le fret est acquis ou du entièrement même si la marchandise est avariée en tout ou partie, ou si elle est diminuée par le coulage, ou autrement .

<sup>2</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 230

<sup>3</sup> C.A. d'Aix –en –Provence, 3 mars 1992. D.M.F, 1993, P 112

<sup>4</sup> Pour la jurisprudence Américaine, Tribunal Fédéral de Columbia, 26 janvier 1979, cité par (P).BONASSIES, D.M.F. 1994. n°55 ; D.M.F, 1984, P 757, dans le même sens, cour d'appel de Paris, 2 novembre 1976, D.M.F 1977, P 338.

<sup>5</sup> (R.)RODIERE, op, cite T 2, N 435.

<sup>6</sup> (A.) VIALARD, op cite, N 469.

marítimos, esta cláusula se considera expresión de la libertad contractual.

Es de otra manera cuando el evento se debe a una falta del transportista. En este caso, la cláusula no tiene ningún efecto<sup>1</sup>.

Por supuesto, esta cláusula no puede invocarse contra el portador del conocimiento de embarque cuando las mercancías se hayan dañado o perdido como consecuencia de la negligencia del porteador para cumplir con las obligaciones enumeradas en los artículos 21 y 22 de la ley francesa de 1966, es decir, cuando la mercancía se haya dañado o perdido por culpa del transportista.

Esta cláusula no constituye de hecho una garantía seria para el pago del flete adeudado al transportista. En el caso de un juicio, todo depende de la apreciación de las circunstancias y los hechos retenidos por el juez<sup>2</sup>.

Afortunadamente para la naviera, se brindan garantías legales para el pago del flete.

### **Subsección 2 - determinación de garantías para el pago del flete.**

En cuanto al pago del flete marítimo, el transportista al que no se le ha pagado su flete es un acreedor no garantizado tanto del cargador como del destinatario.

Sin embargo, si no ha recibido el pago en el momento de la entrega de la mercancía, puede reclamar garantías especiales sobre la mercancía.

Como resultado, la ley francesa, como la ley marroquí, otorga al transportista ciertas garantías para el pago del flete, en este caso el derecho de retención (párrafo 1) y el privilegio (párrafo 2).

---

<sup>1</sup> (A).VIALARD, op, cite, N 469/470

-CAMP, 12 février 1986, D.M.F, 1986, P 569

-Tribunal Fédéral de Columbia, 26 janvier 1979, DMF, 1983, P 757

<sup>2</sup> District court of Columbia, 6 février 1969, D.M.F, 1971, P 301

### **Párrafo 1: El derecho de retención.**

La retención es un arma efímera pero eficaz: por tanto, permite mantener la cosa encomendada mientras su dueño, deudor de la obligación reclamada, no cumpla<sup>1</sup>.

Con respecto al DCCM marroquí<sup>2</sup>: "el transportista podrá retener las mercancías por falta de pago de su flete, a menos que se le proporcione una buena y válida fianza".

En la práctica, la justicia marroquí nunca ha dudado en conceder al transportista el derecho de retención en caso de impago del flete y las cláusulas que ceden este derecho al transportista siempre fueron válidas.

Dicho esto, el Tribunal de Apelación de Rabat había señalado que "en virtud del artículo 243 del DCCM, el transportista podrá retener las mercancías por falta de pago de su flete, a menos que se le proporcione una buena y válida fianza".

El tribunal razonó su sentencia de la siguiente manera: "Considerando que, es cierto, el derecho de retención existe, en principio, sólo en relación con las reclamaciones relativas a la cosa retenida;

Considerando que, sin embargo, esta regla no es de orden público y que, al menos en la relación entre acreedor y deudor, nada prohíbe la celebración de un acuerdo según el cual un lote de bienes se entregará a su propietario solo después del pago de los costos relacionados con otro lote;

Mientras que en el presente caso, la cláusula 13, insertada en el conocimiento de embarque en cuestión, estipulaba que la retención podría, con respecto a los costos adeudados, el flete ... ect, tener lugar y extenderse a expediciones posteriores transportadas o por otro buque de la misma línea;

---

<sup>1</sup> (M)TILCHE, « Droit de rétention », BTL, 1993, P 212.

<sup>2</sup> Article 243 AL 1 du DCCM

Considerando que esta cláusula no choca con las nulidades dictadas por el artículo 264 de la DCCM que sólo se aplican a cláusulas que tengan por efecto desvincular al armador de su responsabilidad, derogar las reglas de competencia o revocar el cargo de prueba. »<sup>1</sup>

En cuanto al derecho marítimo francés, el decreto de 1966<sup>2</sup> establece: "el capitán no puede retener las mercancías en su barco por falta de pago de su flete"<sup>3</sup>.

Por lo tanto, se niega la garantía suprema al transportista. Sin embargo, el transportista puede detener las mercancías en tierra y solicitar que se depositen en tierra en un almacén público<sup>4</sup>.

Ya sea que se mantengan allí hasta el pago del precio o después de cierto período de tiempo, se venden bajo autoridad judicial a su beneficiario.

Si es insuficiente, se volverá contra el cargador<sup>5</sup>.

Si hay un excedente, se confiará a un administrador en nombre del cual pertenecerá<sup>6</sup>. Pero la jurisprudencia francesa lo recuerda precisamente de la siguiente manera: "el derecho de retención del transportista puede ejercerse en tierra, justificando la denegación de la entrega mientras no se haya pagado el flete"<sup>7</sup>. De lo anterior se desprende que el derecho de retención no es un privilegio. No confiere ningún derecho preferencial o de participación al usuario.

---

<sup>1</sup> C.A. de Rabat, 3 juillet 1951, RACAR, XVII, 1953 -54, P 222.

<sup>2</sup> Article 48.

<sup>3</sup> Ainsi, l'article 48 du décret de 1966 nous rappelle une règle traditionnelle inscrite dans l'Ordonnance de la Marine -le capitaine ne peut pas retenir les marchandises dans la navire, faute de paiement du fret -interdit la rétention en stipulant : que le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire pour le paiement de son fret.

<sup>4</sup> C.A. de Rouen, 26 mars 1992, D.M.F, 1994, P 65, note Y, TASSEL.

<sup>5</sup> Par le mécanisme d'une action en garantie.

<sup>6</sup> Article 53 du décret de 1966

<sup>7</sup> C.A. de Rouen, 10 mars 1994, D.M.F 1995, P 232 note (Y) TASSEL.

También se diferencia de la compensación, que implica créditos fungibles. De hecho, está muy cerca de la excepción por incumplimiento, con una diferencia. La excepción debe ser proporcional al incumplimiento imputado, mientras que la retención permite bloquear la cosa, incluso en caso de pago o ejecución parcial<sup>1</sup>.

Por tanto, conviene señalar que los textos internacionales no abordan estas garantías y las dejan en manos de las legislaciones nacionales.

La exigibilidad del derecho de retención del receptor parece estar vinculada a la condición de deudor. Sin embargo, si el Convenio de Hamburgo no puede incidir en el contenido de la legislación francesa, la norma según la cual el tercero portador de buena fe no se le podrá oponer la deuda del flete o de sobrestadías cuando su existencia no aparezca en el conocimiento de embarque, hace muy problemático el ejercicio del derecho de retención que, como lo subraya la doctrina marítima: "a priori no podrá ejercerse contra quien no sea deudor de la obligación cuyo efecto sea garantizar el pago. Por consiguiente, cabe pensar que esta disposición plantea tantas dificultades como soluciones. En el fondo, la lógica del derecho de transporte se toma en defecto por la protección que se pretende conceder al tercero portador de la buena fe<sup>2</sup>".

## **Párrafo 2 - El privilegio de transportista**

El privilegio puede presentarse como un derecho preferencial que la ley otorga sobre los bienes del deudor por la causa del reclamo. De acuerdo con la DCCM y la ley francesa de 1966, el transportista tiene un privilegio sobre la carga.

---

<sup>1</sup> (M.)TECHE, «Droit de rétention », op.cite, P 212.

<sup>2</sup> (Y.) TASSEL, op, cite IMTM, 1992, P 41.

En Marruecos, el DCCM<sup>1</sup> afirma que: “para garantizar el pago del flete y de los accesorios, el transportista tendrá incluso, en caso de quiebra del destinatario, un privilegio sobre las mercancías que compongan la carga durante una quincena después de su expedición, si no han pasado a manos de terceros”.

Comparando estas diferentes disposiciones observamos que, según el D.C.C.M, el privilegio garantiza el flete y los créditos accesorios del flete, mientras que según la ley francesa de 1966<sup>2</sup> «el capitán será preferido, para su carga, sobre las mercancías de su carga, durante la quincena siguiente a su entrega si no han pasado en manos de terceros».

Por ejemplo, si el destinatario no los entregó a su comprador, esto significa que solo se garantiza el flete<sup>3</sup>. Este artículo otorga un privilegio al transportista<sup>4</sup>.

Por otro lado, el D.C.C.M<sup>5</sup> indica que incluso en caso de quiebra del destinatario, antes del vencimiento del plazo de quince días, el transportista tiene privilegios para el pago de su flete. La ley francesa de 1966 no dice nada sobre este caso. Esto sugiere que el privilegio del transportista finaliza en caso de quiebra del destinatario.

Para concluir, conviene mencionar que el Convenio de Hamburgo, no más que se refiere al derecho de retención o consignación del porteador, no se ocupa de su privilegio, dejando el asunto nuevamente a la legislación nacional.

---

<sup>1</sup> Article 242 du DCCM

<sup>2</sup> L'article 23 de la loi de 1966

<sup>3</sup> (A).VIALARD, « Privilège du frèteur », AFDM, 5 avril 1994 cité par(R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, « Droit Maritime », 11ème ED, Dalloz 1991, N 361

<sup>4</sup> (M).REMOND-GOUILLOUD, op.cite, P 371

- (A) VIALARD, « droit maritime », PUF, 1997, N° 471

<sup>5</sup> L'article 242.

Siendo así, en el caso de regulación judicial o de liquidación de los bienes, el capitán no es privilegiado sobre todos los acreedores, como lo dice exactamente el texto del artículo 24 de la ley francesa de 1966.

Se le considera acreedor con privilegio especial sobre la cosa y los daños que se le deban. Y su rango entre otros acreedores con un privilegio especial sobre el mismo será determinado por las reglas de derecho civil<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour la critique de l'article 23 de la loi Française de 1966, voir HOUIN, R.T.D Com, 1966, P 667, N 39

## Bibliographie

### I- Les textes juridiques

- La convention de Bruxelles de 1924 relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissance
- La convention de HAMBOURG de 1978 relative au transport maritime international des marchandises
- Le DCCM Marocain : Dahir formant code de commerce maritime de 1919
- la loi Française du 18 juin 1966 sur les transports et affrètements
- le décret Français du 31 décembre 1966 sur les transports et affrètements

### II- Les ouvrages de doctrine

- (A) Le BAYON, Dictionnaire de droit maritime, Presses Universitaires de Rennes, 2004
- (A.) GHONIM « le connaissance maritime dans le cadre du crédit documentaire » 7ème édition, 2000, (en arabe).
- (A) VIALARD, « droit maritime », PUF, 1997
- (E) du PONTAVICE et (P).CORDIER, «Transports et affrètements maritimes », Delmas, 2ème édition, 1990
- (J) PUTZEYS, «droit de transport et droit maritime », Bruylant, 1993
- (M) KAMAL TAHA « le droit maritime » 3ème édition, (en arabe).
- (M) KAMAL HAMDI, «le processus du chargement et de déchargement en droit maritime»8ème édition, ALEXENDERIE, 1983 (en arabe).
- (M) Madeleine DAMIEN, « Transport et logistique », Dunod, Paris, 2001
- (M).REMOND-GOUILLOUD, droit maritime, Pedone, 1993
- (M).REMOND-GOUILLOUDE droit maritime 2 ème édition Pédone, 1993

- (P) GAROCHE, « L'exploitation commerciale du navire et ses problèmes », Editions maritime et d'outre mer, Paris, 1966
- (R) RODIERE, « Traité Général de Droit Maritime, Affrètement et transports », Tome II : Les contrats de transport de marchandises, édition Dalloz 1967
- (R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, Droit maritime, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1997
- (Y).TASSEL, « Droits maritimes », Tome 1, 1995
- Le contrat de transport de marchandises, guide juridique et pratique », 1989, P 101, IDIT, (sous la direction de B. MERCADAL).

### III- Actes de colloques et articles

- (A).VIALARD, « Privilège du fréteur », AFDM, 5 avril 1994 cité par (R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, « Droit Maritime », 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz 1991, n° 361
- (R) PARENTHOU, « L'avarie commune et les containers », D.M.F, 1970, P 451.
- (R) RODIERE et (E) du PONTAVICE, R.T.D. com., 1965, P 691, n° 16
- (Y) TASSEL, « Les réformes apportées par les Règles de Hambourg au régime juridique du connaissement », IMTM 1992, P 33.
- (G) AUCHTER, « Droit maritime étranger », D.M.F, 1995, P 567.
- (M) TILCHE, « Droit de rétention », BTL, 1993, P 212.

### IV- Les arrêts de jurisprudence

- Cour d'appel de Rabat, 31 mai 1949, G.T.M, 1950, P 5
- Cour d'appel d'Aix-en Provence, 12 mars 1981, Revue SCAPEL, 1981, P 52.
- Cassation, 19 décembre 1983, D.M.F, 1984, P 597
- cour d'appel d'Aix –en-Provence, 18 février 1983, D.M.F, 1984, P 463.
- Cour d'appel de Paris, 9 novembre 1982, D.M.F, 1983, P 287.

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 6 mars 1980, B.T.L, 1980, P 451.
- Cour d'appel de Paris, 9 novembre 1982, D.M.F, 1983, P 287.
- Tribunal de commerce de Marseille, 22 avril 1975, B.T.L, 1975, P 324
- Cour d'appel de Versailles, 19 novembre 1986, Cassation, 18 octobre 1988, B.T.L, 1989, P 30
- Tribunal de commerce de Marseille, 19 décembre 1983, D.M.F 1984, P 592
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 22 avril 1982, D.M.F, 1983, P 48.
- Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1972, D.M.F, 1972, P 462.
- Cassation, 11 juillet 1995, D.M.F, 1996, P 40
- Cassation, 15 décembre 1986, DMF, 1988, page 463.
- Cassation, 11 juillet 1995, BTL, 1995, P 120
- CAMP, 27juin 1985 .DMF, 1986, page 243.
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5 juin 1984 .DMF, 1986, page 177.
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence ,22 avril1982, DMF, 1983, page 482
- Cour d'appel de Bordeaux, 26 janvier 1972, B.T.L, 1972, P 157.
- Cour d'appel de Rennes, 18 juillet 1984 , cité par (Y ) TASSEL , op cite , P 40
- Cour d'appel de Rabat, 3juillet 1951, R.A.C.A.R, 1953 -54, P 222
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 3 mars 1992. D.M.F, 1993, P 112
- Pour la jurisprudence Américaine, Tribunal Fédéral de Columbia, 26 janvier1979, cité par (P).BONASSIES, D.M.F. 1994. n°55 ; D.M.F, 1984,P 757, dans le même sens , cour d'appel de Paris, 2 novembre 1976 ,D.M.F 1977 ,P 338.
- CAMP, 12 février 1986, D.M.F, 1986, P 569
- Tribunal Fédéral de Columbia, 26 janvier 1979, DMF, 1983, P 757
- District court of Columbia, 6 fevrier 1969, D.M.F, 1971, P 301

- Cour d'appel de Rabat, 3 juillet 1951, RACAR, XVII, 1953 -54, P 222.
- Cour d'appel de Rouen, 26 mars 1992, D.M.F, 1994, P 65, note Y, TASSEL.
- Cour d'appel de Rouen, 10 mars 1994, D.M.F 1995, P 232 note (Y) TASSEL.
- Cassation, 15 janvier 1968, R.T.D Com, 1968, P 812, n° 71, cité par (E) Du PONTAVICE .(P), CORDIER, op, cite P 17

### **V- Thèses et mémoires**

- (K) ZAHAR, « Le contentieux de transport maritime », Mémoire, Tunis, novembre 2000. (A) KOFFI : contribution aux avaries communes, thèse, Aix Marseille 3