

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبد الواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

ملف الصحافة

43/2011

الترقيم الدولي

ردمد X 876 – 2028

المطبعة

دارالقلم للطباعة

12. شارع النور ، يعقوب المنصور

الرياض

الهاتف : 0661370079 /0537299490

الفاكس: 0537694820

البريد الإلكتروني : [daralkalam@yahoo.fr](mailto:daralkalam@yahoo.fr)

[Daralqalam2011@gmail.com](mailto:Daralqalam2011@gmail.com)

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0665929835

0662557163

البريد الإلكتروني: [elanbiredouane@gmail.com](mailto:elanbiredouane@gmail.com)

جميع حقوق النشر محفوظة

## لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

### اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- أحمد حضرائي	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د- عبد النبي ضريف	أستاذ جامعي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- گولفرني محمد	أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحياتي	أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د- جميلة العماري	أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
د- وداد لعيدوني	أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

### قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2- ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : Arabic Traditional، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : TimesNewRoman، مقاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً؛
- 3- ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.
- 4- مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
- بالنسبة للكاتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلة : إسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الانترنت : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملاً (يشمل الملف).
- 5- يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛  
المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6- تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7- وننبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني .

## المحتويات

4	افتتاحية العدد
6	لالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي/ عادل البوعزاوي
12	تنظيم أعمال شركة المساهمة من خلال ميكانيزم الغرض الاجتماعي حميد رواني
24	المسؤولية السابقة على التعاقد / لطيفة وراوي
32	شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية / مريم بهلوان
42	مرحلة المفاوضات العقدية / لطيفة وراوي
50	القاضي المنتدب ودوره في مساطر معالجة صعوبات المقاوله كريم الصبونجي
64	مسؤولية مراقب الحسابات في ضوء القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة /لحسن العيوض
89	جريمة الشيك المصرفي-دراسة مقارنة- / مدني أحמידوش -هاشم تكروري
106	مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة/ فاطمة العبدلاوي
138	الأجير المتصرف في شركة المساهمة / لالة مصطفى
158	أثر الإشهار التجاري على المستهلك / سارة الحميدي
168	تحديد فترة الريبة في نظام صعوبات المقاوله /المصطفى مرافق
177	المقاربة القضائية لحماية الإستثمار بالمغرب المنازعات الضريبية نموذجاً- /العسولي عبد الصمد

## افتتاحية العدد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله واصحابه اجمعين

أما بعد:

يطل عليكم العدد الخاص من مجلتكم "المنارة للدراسات القانونية والادارية" بحلة جديدة تلونّت بما وصلها من مادة علمية رصينة، استوعبت جملة التخصصات المندرجة في العلوم القانونية والإدارية والاقتصادية التي تعنى بالمجال الاستثمار والاعمال.

وقد احتوت المجلة عدداً من البحوث العلمية التي تنوعت مواضيعها وتعددت مشاريها نذكر على سبيل المثال: "مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة"، "تحديد فترة الريبة في نظام صعوبات المقاوله"، "المقاربة القضائية لحماية الاستثمار بالمغرب- المنازعات الضريبية نموذجاً".

بلغت مجلتنا شأواً بعيداً يتسق مع معطيات المجالات الوطنية و الاقليمية العربية اذ كانت ولا تزال سباقه في اغناء الساحة القانونية والادارية بعدديد بحوثها التي تنوعت بين القانون العام والخاص والعلوم الادارية والاقتصادية وغيرها ، فالتنوع الذي امتازت به المجلة يعبر عن مدى ايمانها بالحقائق العلمية التي ترصد الظواهر المتنوعة من اجل بناء الفكر القانوني والاداري المغربي بصفة خاصة والعربي على وجه العموم.

تحاول المجلة جاهدة إثراءً للإشكاليات المطروحة على واقعنا المعاصر وتمتينا للصلة بالباحثين الجادين والمتخصصين من المغرب وخارجه ، إجراء حوار علمي جاد تحكمه الشروط العلمية المضبوطة .

أملنا كبير أن يكون العدد في مستوى التطلعات، فإن كان ذلك فذاك ما نبغي، وإن كان غير ذلك، فننتظر منكم ما يرفع التحدي، ويجعلنا في مستوى تطلعاتكم، وذلك بمساهماتكم المعرفية والمنهجية والدعاء بالتفوق.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

## الدراسات والأبحاث

## الالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي

### عادل البوعزاوي

باحث في صف الدكتوراه قانون الأعمال والاستثمار  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية  
جامعة محمد الأول\_وجدة\_

#### مقدمة:

لكي تتحقق مبادئ الأمانة والإخلاص والتعاون يلزم أن تتعهد الأطراف بالتعاون فيما بينهم حتى تحقق الغاية من المفاوضات، وعادة لا يتم التنصيص بشكل صريح كتابة أو شفاهة على الالتزام بالتبصير أو المساعدة المتبادلة، بل يفرض وجوده ضمناً<sup>1</sup>.

وعلى هذا، يمكن القول أن من يدخل في مفاوضات مع طرف آخر، يلتزم بأن يدلي إليه بكل البيانات والمعلومات التي يعرفها، والتي تتعلق بموضوع هذا التعاقد، والتي قد تكون ذات تأثير كبير على قراره بإتمام العقد أو بإتمامه بصورة معينة، وهذا الالتزام يفرضه مبدأ الإعلام والإخبار في الفترة السابقة على التعاقد<sup>2</sup>.

ومع ذلك فإنه ينبغي العلم أن مبدأ الإعلام والتبصير بما يفرضه من التزامات في مرحلة المفاوضات، لا يعني أن يتقاعس المفاوض عن بذل الجهد في التحري عن المعلومات والتفاصيل الخاصة بالعقد المراد إبرامه، فالأصل أن يبذل كل مقدم على التعاقد الجهد المتوقع منه، وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، فإذا قصر من واجبه في التحري وأهمل في الحصول على معلومات كان من الممكن الحصول عليها بنفسه، كان جهله بهذه المعلومة جهلاً غير مبرر ولا يمكن القول بتقصير الطرف الآخر في إمداده بهذه المعلومات.

ولذلك يصعب القول بوجود جزاء على عدم تقديم المعلومات الكافية في هذه المرحلة طالما لم يتم إبرام العقد بعد<sup>3</sup>، ومرجع ذلك أنه يتعذر القول بوجود التزام تعاقدي بدون عقد، وفي الواقع العملي فإنه يوجد تدرج في تنفيذ الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، وذلك وفقاً لتقدير مقدم المعلومات إزاء جدية المتفاوض الآخر ورغبته في التوصل إلى اتفاق بشأن العقد المراد إبرامه، وعدم وجود ضمان كاف إزاء الخشية من الاستيلاء على معلومات فنية بدون مقابل، أو إفشاء

1- وهذا ما أكدته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بقولها " من الملائم التأكيد على أنه يوجد، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية حيث أن على كل أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم للتعاون فيما بينهم.."  
- أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، تاريخ النشر غير مذكور، ص: 86.

2 - Michel (d) la négociation d'attraire. Paris, Durand 2002,p 117.

3- محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق السنة 2002 عدد 2 يونيو 1998 ص12.

معلومات لها طابع السرية في عقد نقل التكنولوجيا بصفة خاصة تجعل المتفاوض حريصا عند تقديم المعلومات للطرف الآخر<sup>1</sup>.

ومع ذلك فإن مبدأ الإعلام يفرض التزاما بالإعلام في مرحلة التفاوض، ويوجد هذا الالتزام في معظم النظم القانونية مع اختلاف في درجة المرجع.

هذا ما سنتولى التطرق إليه في هذه الدراسة من خلال تقسيمها إلى محورين:

المحور الأول: الالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي في القانون الفرنسي

المحور الثاني: الالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي في القانون المغربي

---

1 - Gerddas : l'colligation de négociier ; rev ; trimdr. Cit n°2 avril . juin 1985.

## المحور الأول: الالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي في القانون الفرنسي

الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي يقر بوجود التزام عام بالمصارحة والشفافية في المرحلة السابقة على التعاقد، إذ يتعين على كل متفاوض أن يعلم المتفاوض الآخر بكل شيء (tout révéler) بأسلوب مستقيم (Loyal)، وصریح (franch) وبريغ (Candide)، بما يصاحب العقد محل التفاوض من ظروف وملابسات واقعية وقانونية<sup>1</sup>، وقد أيده في ذلك الفقه الفرنسي الحديث، الذي خلص إلى أن المتفاوض يلتزم بإعلام أو بإخبار المتفاوض الآخر، بحقيقة المعلومات بالعقد المتفاوض عليه، والتي يستحيل على هذا الآخر تحصيلها بوسائله الخاصة.

والجدير بالملاحظة أن التعديلات المهمة التي أوردها المشرع الفرنسي في مجال حماية المستهلك، حتى بعد تجميعها ووضعها بين دفتي تقنين الاستهلاك (code de consommation)<sup>2</sup>، وغيرها من التعديلات الحديثة لدرجة أنه يصعب على المتخصصين أنفسهم ملاحظتها<sup>3</sup>، والتي هي في الحقيقة مستوحاة من التوجيه الأوروبي المشهور المؤرخ في 1993/04/5 (م 4) والتي تركز أساسا على حق المستهلك في الإعلام بصورته قبل التعاقدية والتعاقدية، وتوسيع نطاق هذا الالتزام إلى واجب النصح والمشورة والتصدير، والتعاون أو المشاركة في عقود الإعلام الآلي وعقود البناء خاصة (المادة 111 من قانون حماية المستهلك الفرنسي)<sup>4</sup>.

وعلى هذا الأساس، نظم المشرع الفرنسي البيع بالمنزل (Vente à domicile) بالقانون الصادر في 1972/12/22، وعمليات البيع بالمراسلة (Ventes par correspondance) بالقانون رقم 22/78 المؤرخ في 1978/1/10 (لحماية المقترضين في المجال العقاري)<sup>5</sup>، بضرورة وصف السلع والمنتجات والخدمات وصفا دقيقا يوضح نوعها، وطبيعتها وصفاتها ووزنها الدقيق وأسعارها التي يجري التعامل بها، بمقتضى المرسوم الصادر في 1988/7/19.

كما أنه نص على حماية المستهلك في مجال بيع المسافات عموما والبيع بالتلفزيون (télévision) أو بشرط الفيديو كاتالوج (Video-catalogue) أو بالمينيتل (Minitel) على وجه الخصوص، بالقانون رقم 60/92 الصادر في 1992/01/18 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2004، باعتبارها من البيوع التي تتم عن طريق الضغط الشديد عبر وسائل الإعلان والدعاية والاتصال الحديثة (agressives les ventes)، التي قد تكون مقترنة بوسائل الاحتيال والتضليل على المتعاقد<sup>6</sup>، والتي تفرض قانونا على البائع (المهني) التزاما جوهريا وحساسا بإعلام المشتري (المستهلك) قبل التعاقد عن محل العقد وكافة المعلومات المتعلقة به (المادة 2 و 111 من قانون 1992/01/18).

وذهب بعض الفقه الفرنسي<sup>7</sup> إلى أن كل متفاوض يلتزم بأن يستعلم (OBIGATION DE S'INFARMER) بالذات، أو بالواسطة أو بالخبرة على مصالحه الخاصة، ليستعلم عن ظروف وملابسات العملية التعاقدية موضوع التفاوض،

1- Michel (d) la négociation et con lusion de contrats 1982.p19

2- وخاصة قانون 1993/7/26 (رقم 949/93) وقانون 1995/02/01، ومرسوم 1997/03/27، وقانون 2001/05/15

3- Le tourmeau (P H) théorie et pratique des contrats informatique . dalloz 2000.p 50.

4- أمين داوس: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، ع 1، فبراير 2008 ص: 190.

5- سمير عبد السميع: خطاب النوايا، مرحلة التفاوض على العقد منشأة المعارف الإسكندرية سنة 2005 ص: 60.

6- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر 1984، ص 546.

7- dupand (c) la négociation conduit ; thearie ; application ; 4 éd dalloz 1994. 112.

بأن يتحرى حقيقة المعلومات والبيانات والظروف الاقتصادية الوطنية أو الدولية، باللجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة.

ونظرا لدقة الخط الفاصل بين ما يستطيع المتفاوض أن يعلمه بنفسه، وما لا يستطيع علمه إلا عن طريق المتفاوض الآخر، فمن الواجب إلزام المتفاوض بإعلام المتفاوض الآخر بكافة المعلومات بالعقد المتفاوض عليه. تستوي في ذلك المعلومات التي يجهلها الطرف الآخر، وتلك التي يعلمها، أو يفترض فيه العلم بها، طالما كانت لازمة لتنوير إرادة المتفاوض الآخر حتى يقدم عليه المتعاقد بإرادة سليمة ومتنورة.

### المحور الثاني: الالتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي في القانون المغربي

حاول المشرع المغربي تأسيس الالتزام بالتصريح، أو الإعلام على أسس قانونية مختلفة، وهي تشمل طائفتين: الطائفة الأولى تهدف إلى ضمان سلامة الرضا من العيوب، وضمان سلامة الرضا من العيوب يتحقق من خلال مسلك التبصير والتنوير، وهو يتمثل في نوعين من الواجبات، واجب سلبي يمثل الحد الأدنى من الأخلاق، وهو يفرض عدم الغش أو خداع المتعاقد الآخر، أو باستغلال ضعفه، وواجب إيجابي يلزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية لاستنارة الطرف الآخر<sup>1</sup>.

والطائفة الثانية تهدف إلى تأمين المفاوضات، والمقصود بذلك منع الكتمان أو التغيرير الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات، ويلحق ضررا بأحد الأطراف في المرحلة التفاوضية، من هنا يتبين أن العلاقة التفاوضية تستلزم أن يقوم المتفاوض بإعلام المتفاوض الآخر، بشفافية تامة ولا يخفى عنه شيئا ولا يتركه مخدوعا في أمر يعلم حقيقته، طالما أن هذه المعلومات لها أهميتها في التعاقد، وذلك حتى يقوم التفاوض على المصارحة والمكاشفة، وهو ما يعد ترجمة صادقة لمفهوم الإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض<sup>2</sup>.

ويتجسد الالتزام بالتبصير في التشاور والمشاركة في إعداد جدول المفاوضات، إلى درجة أن يصبح كل منهما مكتملا للآخر في كل شيء، بل قد يصب الأمر إلى أنهما يصبحان شخصا واحدا مندمج المصالح والفوائد<sup>3</sup>. وعليه فالأصل في القانون المغربي أن المتعاقد لا يلتزم اتجاه المتعاقد الآخر، إلا بما ارتضاه عن طواعية واختيار، ومن ثم فمن غير المقبول القول بأن هناك التزام يقع على عاتق المتفاوض بضرورة إحاطة المتفاوض الآخر علما بكل ظروف العقد<sup>4</sup>.

ولكن الواقع هو خلاف ذلك، فهناك التزام حقيقي يقع على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علما بكل ما يعرفه من ظروف العقد. فقد اعتبر المشرع المغربي كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا تجيز للمدلس عليه طلب إبطال العقد وذلك وفقا للمادة 52، ويدخل في نطاق هذه الحالة الإدلاء ببيانات غير صحيحة عند إبرام العقد، متى كانت هذه

1 - Beigmier ; (b) la conduit des négociation, rev.trim.dr.com 1998 p18

2 - Gerddas : l'colligation de négociier ; rev ; trimdr. Cit n°2 avril . juin 1985 p10

3- محمد ولد محمد الراضي: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص 17.

4- أحمد عبد الكريم سلامة : م س ص 19.

البيانات دافعة إلى التعاقد، والتحريف والكذب يعتبران من قبل التدليس إذا انصب على بيانات يعلم المدلس أن المدلس عليه يعلق عليها أهمية خاصة.

وليس كل كتمان تدليسا كما يفهم من نص المادة 52 من قانون الالتزامات والعقود، إذ أن الكتمان لا يعد تدليسا إلا إذا كان المتعاقد ملتزما بالإفصاح عن بيانات معينة للمتعاقد الآخر تتعلق بواقعة جوهرية قبل إبرام العقد، وهذا ما يستشف من المادة 30 من قانون التأمينات التي تنص على ما يلي: "يبطل عقد التأمين عندما يخفي المؤمن له، ما يجب الإدلاء به، أو عندما يدلى بتصريح كاذب، وكان من شأن هذا الكتمان أو هذا التصريح الكاذب أن يغير فكرة المؤمن عن الخطر حتى ولو لم يكن للكتمان، أو التصريح الكاذب أي أثر على الحادث".

وحسب القواعد العامة لا يمكن الحكم بإبطال العقد للتدليس إلا إذا كان التدليس هو السبب الدافع إلى التعاقد، وفي إطار المادة 30 من قانون التأمينات يكفي لإبطال عقد التأمين أن ينسب الكتمان أو التصريح الكاذب في التقليل من فكرة المؤمن عن الخطر، أي عندما يؤدي الكتمان أو التصريح الكاذب إلى التعاقد بقسط أقل مما كان سيقبله لو علم بحقيقة الخطر، أي ما يمكن اعتباره تدليسا عارضا.

وفي القانون المغربي كذلك لكي يؤدي الغلط إلى إبطال العقد لابد أن يتعلق بمادة الشيء أو بخاصية جوهرية فيه، فالقاعدة أنه إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري أجازت له المادة 41 من قانون الالتزامات والعقود طلب إبطال العقد، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ولكي يطلب المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد للغلط عليه أن يوفر التزاما بالإعلام قبل التعاقد، يتمثل في إعطاء الطرف الآخر معلومات كافية عن توافر أو عدم توافر الصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد ليزيل الوهم من ذهنه، فإن هو تعاقد بعد ذلك فهو إنما يتعاقد عن بصيرة وعن إرادة واعية فلا يجوز له التمسك بالإبطال للغلط، لأن الغلط يفترض توهم غير الواقع<sup>1</sup> وقد زال هذا الوهم بالعلم<sup>2</sup>.

ولا يكفي في القانون المغربي أن يقوم البائع مثلا بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري بالأوصاف الجوهرية المتفق عليها، بل هو يضمن له أيضا انتفاعا هادئا، أي خاليا من أي إدعاء، من الغير بأي حقوق سابقة على الشيء، مثل حق الملكية أو حقوق الاختراع ومن ثم يلتزم البائع بأن يعلم المشتري خلال فترة المفاوضات، وقبل التعاقد بما إذا كان المبيع قد يتعرض مستقبلا لخطر الاستحقاق أو المنازعة من جانب الغير.

وفي نفس السياق، ينص المشرع المغربي في القانون رقم 99.06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والقانون رقم 008.77 المتعلق بتنظيم الانتماء على مجموعة من النصوص تتضمن أحكاما متعلقة بالإعلام والتبصير.

وعلى ذلك، فإن الإخلال بهذا الالتزام إذا وقع في مرحلة التفاوض فإنه يرتب مسؤولية على الملزم بالإعلام، إلا أن التساؤل يطرح عن طبيعة هذه المسؤولية؟

1- الحسين بلوش: الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، (دون ذكر باقي البيانات)، ص 30.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 112.

جوابا على هذه المسألة اختلف الفقه<sup>1</sup> حول طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالتبصير السابق على التعاقد، حيث اعتبر بعض الفقه أن طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية عقدية، كما صاغها الفقيه ايرنج، قوامها كل متعاقد تسبب ولو بحسن نية في إيجاد مظهر تعاقدى، طمأن إليه الطرف الآخر بالرغم من بطلان العقد يلتزم بالتعويض<sup>2</sup>.

كما أن أصحاب نظرية المفعول الإلزامي للبيانات يقرون بالطبيعة العقدية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذا الالتزام، ما دام أن لهذه البيانات أثرا إلزاميا، يدخل في نطاق العقد حيث يمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويضات العقدية.

وبرجعنا إلى الفصل 20 من قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده يستبعد المسؤولية العقدية، بحيث لم يبق للمتضرر سوى سلوك المبدأ العام المنصوص عليه في الفصل 77 للمطالبة بالتعويض لجبر الأضرار التي أصابته، وللحصول على التعويض لابد من إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، على أن هذه الأخيرة تثير بعض الإشكالات بين الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج، وإن كانت الأولى تكفل حماية أكبر للدائن<sup>3</sup>، ويلاحظ أن الفصل 82 اعتبر في بعض الحالات عدم تقديم البيانات عملا مشروعاً، ذلك أن من يعطى بيانات لا يتحمل أية مسؤولية اتجاه الشخص الذي أعطيت له، ولو ترتب عن ذلك ضرر شريطة أن تتوفر حسن النية، وأن لا يرتكب خطأ جسيما وأن يكون جاهلا بصحتها، كما أن خارج نطاق الحالات المنصوص عليها في الفصل 83 لا ترتب عن النصيحة والتوصية أية مسؤولية.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة السعودية، سنة 1995، ص 79.

2- حمدي محمود بارود: حمدي محمود بارود: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) غزة، فلسطين، العدد 2، 2005، ص 80.

3- أنظر

- Michel (d) la négociation d'affaire .paris, dunod , 2002

- al – shaikh (ad) : recherche sur la négociation de contrats d' assistance technique industrielle (études des droit français, anglais ; thèses- lille -1986. 19

## تنظيم أعمال شركة المساهمة من خلال ميكانيزم الغرض الاجتماعي

حميد رواني

طالب باحث في صف الدكتوراه

تخصص قانون الأعمال والمقاولات

جامعة محمد الخامس

كلية الحقوق السويسي

قامت التشريعات المعاصرة باستحداث العديد من الآليات والميكانيزمات القانونية، مشكلة في مجموعها سياجا متينا وجدارا صلبا تحمي به شركة المساهمة من كل ما من شأنه أن يؤثر سلبا أو يعمل على عرقلة السير الجيد لهذا الكيان القانوني الذي تراهن عليه الدول الحديثة، بما هو أداة ضرورية ولازمة، في بناء اقتصادات متطورة ومزدهرة، قادرة على المنافسة في زمن العولمة وزوال الحدود والحواجز.

فحينما لم تعد للوسائل الحمائية الخارجية التي توفرها الدول الحديثة كبير أثر، أصبح هم الدارسين والباحثين المتخصصين في مجال الشركات منصبا حول الاشتغال على تحصين الجبهة الداخلية للشخص المعنوي، عبر تحسين وتجويد الأدوات والآليات الضابطة والمقيدة والموجهة في آن واحد، لتجنب وتفادي انزلاق تلك الكيانات إلى مستويات وأوضاع لا تسمح بتحقيق المكاسب والأرباح التي أنشئت لأجلها في بداية الأمر.

ومن أهم ما تنضبط به أمور الشركة وتنظم وفقه مكوناتها وتوجه به إدارة وسير أعمالها، ما يصطلح عليه بالالغرض الاجتماعي 'objet social'.

وإذا كان المشرع قد تجنب إعطاء أي تفسير للمقصود بالالغرض الاجتماعي داخل المنظومة القانونية للشركات سالكا بذلك المنهج الحديث في وضع القوانين، والذي لا يتوقف عند المفاهيم إلا لماما، فإن هذا الفراغ التشريعي نجم عنه اختلاف على مستوى الفقه في إعطاء توصيف دقيق ومحدد لهذا الميكانيزم.

ويرى التوجه الغالب في الفقه<sup>1</sup> أن الغرض الاجتماعي هو ذلك القالب الذي تستغل فيه المقاول، أو نوعية النشاط الذي تقترح الشركة ممارسته لجني الربح وتجنب الخسارة<sup>2</sup>. وهو بموجب ذلك وصف للنشاط الاقتصادي الذي تقوم به الشركة من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة من تأسيسها<sup>3</sup>.

1 -Daouiby Naïma, la répartition des pouvoirs du conseil d'administration et du président dans la société anonyme du type classique depuis la loi du 24 Juillet 1966, thèse pour le doctorant de 3ème cycle, Toulouse, 1986, p.26.

2 - PH. Merle, Droit commerciale: sociétés commerciales, éd. 2001, , p.69.

- بناني عبد الإلاه لحكيم، تقديم الحصة في الشركة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 1996، ص.122. 3

وتتجلى القيمة القانونية لغرض الشركة في كونه يمثل أحد البيانات الأساسية التي يجب تضمينها في النظام الأساسي. وفي حالة عدم القيام بهذا الإجراء يخول قانون شركة المساهمة 95-17 في مادته 12 لكل ذي مصلحة وللنيابة العامة تقديم طلب إلى القضاء لتوجيه أمر بتسوية عملية التأسيس تحت طائلة غرامة تهديدية. هذا بالإضافة إلى إمكانية رفع دعوى التعويض عن الضرر، ضد كل من مؤسسي الشركة وكذا المتصرفين الأولين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس الرقابة الأولين، الناتج عن الإخلال بذلك الالتزام القانوني وفق ما جاء في المادة 349 من قانون شركة المساهمة. وقد فرض المشرع هذه الإجراءات ضمانا لمشروعية الغرض وللشفافية<sup>1</sup>.

ولا شك أن إحاطة هذا الميكانيزم بكل هذه الشروط والمواصفات لم يكن من باب الترف ولا الزيادة التي لا طائل من ورائها، وإنما تطلبتها أهمية وقيمة الأدوار والوظائف المنتظر أن ينهض بها في مجال تنظيم وتوجيه سياسة الشركة بما يبعدها عن كل التجاوزات والخروقات.

فمظاهر وتجليات ضبط الغرض الاجتماعي للشركة متعددة، سنحاول الوقوف عند أبرزها بما يساهم في خدمة مصلحة الشركة ومعها المصلحة العامة الاقتصادية.

وهكذا نجد هذه الآلية في الضبط تشكل قيودا على شكل الشركة وعلى مدة حياتها، وعلى الرأسمال المكون لها، وعلى الأجهزة المنوط بها اتخاذ القرارات المهمة داخل دواليب الشركة، وتلك المكلفة بإدارة وتصريف أعمالها. على أن هذا البحث سيقصر على دراسة واستجلاء أوجه تأثير ميكانيزم الغرض الاجتماعي على عنصرين اثنين ضمن العناصر الأساسية المشكلة لحلقات شركة المساهمة، وهما: الرأسمال وسلطات أجهزة الإدارة. فكيف يساهم هذا الضابط في تنظيم وتوجيه الحلقتين المذكورتين بما يساهم في حماية مصالح مختلف الفاعلين في مجال شركات المساهمة؟

### المبحث الأول: مساهمة الغرض الاجتماعي في تحديد رأسمال شركة المساهمة

أولى قانون شركات المساهمة أهمية بالغة لرأسمال الشركة، وأوجب تحديد مبلغه في نظامها الأساسي إلى جانب الغرض الاجتماعي<sup>2</sup>. فهو -الرأسمال- يشكل عنصرا أساسيا في تمويل المشروع، كما يعتبر أيضا ضمانا للدائنين ومفتاحا لتوزيع الأرباح بين المساهمين.

لذلك كان من اللازم إحاطة الرأسمال بضوابط وقواعد تضبط حجمه وكيفية الزيادة فيه أو التخفيض منه وغيرها من الإجراءات المرتبطة بهاتين العمليتين، وفق إيقاع ووتيرة ممارسة الشركة لنشاطها الذي هو غرضها الاجتماعي. لكن وقبل الشروع في بيان ضرورة تناسب رأس المال مع غرض الشركة حماية لمصالحها و لمصالح المساهمين المتضمنة فيها بالضرورة، يبقى من الأجدر أولا توضيح العلاقة التي تربط بين عنصر الغرض الاجتماعي وعنصر الرأسمال ضمن إطار شركة المساهمة.

1- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، الرباط، ط. 2009، ص. 73.

2- المادة الثانية من القانون 95.17: "يحدد النظام الأساسي شكل الشركة، ومدتها...وغرضها ومبلغ رأسمالها".

### المطلب الأول: علاقة الغرض الاجتماعي برأسمال شركة المساهمة

تأرجحت مجمل المفاهيم التي أعطيت للرأسمال بين ما هو اقتصادي وقانوني ومحاسبي، مع التأكيد على أهمية كل مفهوم في تناول واستيعاب جوانب معينة من القانون. حيث يتسع من وجهة النظر القانونية ليشمل بالإضافة إلى الحصص المقدمة من طرف المساهمين خلال تأسيس الشركة، تلك الحصص التي ضخمت في ميزانيتها خلال فترة نشاطها، وذلك سواء من طرفهم أو من طرف الدائنين والأغيار عندما يعبرون عن رغبتهم في دخول الشركة.

وحسب بعض الفقه، فإن هذا التعريف يظل قاصرا ما لم يتم وصله بغرض الشركة، على اعتبار أن الهدف من تقديم الحصص وتكوين رأس المال، هو تحقيق الأهداف المنشودة من تأسيس الشركة<sup>1</sup>.

ومن خلال استقراء مجمل مواد قانون شركة المساهمة، لا نقف على ما يفيد أن المشرع ربط مفهوم الرأسمال بغرض الشركة، بحيث لا وجود لأي نص يؤكد على ضرورة أن يكون رأس المال كافيا لتحقيق غرض الشركة، خاصة عند تأسيسها، بل ترك للمساهمين المؤسسين حرية تحديد المبلغ اللازم للبدء في مزاولة نشاطهم.

وهو نفس الوضع الذي كان مقررا في قانون 11 يوليوز 1922، الذي كان ينظم شركات المساهمة لفترة عمرت طويلا، بحيث لم يشر لا إلى ضرورة مناسبة الرأسمال للغرض الاجتماعي للشركة، ولا إلى وجوب توفر حد أدنى من رؤوس الأموال.

ولكن مع صدور القانون رقم 95-17، حاول المشرع تجاوز مكامن القصور والنقص التي اعترت تنزيل القانون السالف الذكر، فتم تضمينه مقتضيات جديدة من خلال التنصيص على حد أدنى من الرأسمال اعتبر بمثابة قاعدة أمرة من الواجب احترامها، وهو ما أشارت إليه المادة السادسة من ق.ش.م<sup>2</sup>. وكذلك المادة 14 المكررة عدة مرات من القانون المنظم لبورصة القيم بالنسبة لتلك المقيدة فيها.

قاعدة الحد الأدنى المضمنة في المواد المذكورة تعرضت لانتقادات شديدة من لدن الفقه الذي اعتبرها هزيلة وغير كافية. ولعل ذلك راجع لاعتبارات عديدة من أهمها: أن شركات المساهمة هي شركات معدة أساسا لتنزيل المشاريع الكبيرة التي تتطلب رسملة كافية، وبالتالي يتعين أن تتوفر على رأسمال قوي قادر على تحقيق غرضها، وعلى مواجهة مختلف الظروف الاقتصادية التي تمر منها الشركة، وألا يكون اللجوء إلى الاقتراض إلا أمرا ثانويا، بالنظر لتأثير ذلك على استقلالية الشركة وعلى مدى استمراريته، فكثرة القروض تجعل هذه الاستمرارية متوقفة على مدى قدرة الشركة على تسديد الديون التي في ذمتها<sup>3</sup>.

ومن بين الاعتبارات أيضا التي دفعت أقلام عديدة من الفقه إلى انتقاد قاعدة الحد الأدنى تلك المتعلقة بمستوى التنافسية، فرأس المال الأدنى المحدد قانونا لا يؤهل الشركات المغربية لإمكانية السيطرة على الأسواق الداخلية

1- فالي علال، مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال بالرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص.75.

2- المادة السادسة من القانون 17.95: "لا يجوز أن يقل رأسمال شركة المساهمة عن ثلاثة ملايين درهم إذا كانت تدعو الجمهور إلى الاكتتاب وعن ثلاثمائة ألف درهم إذا كانت لا تدعو إلى ذلك".

3- فالي علال، مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، المرجع السابق، ص.100.

والخارجية والوقوف قدر الإمكان في وجه مد الشركات الأجنبية القادرة على غزو الأسواق العالمية بمنتجات عالية الجودة ورخيصة الثمن.

فضمان هذه التنافسية للشركات المغربية لن يتأتى إلا بتوفرها على مقومات أساسية نجد في مقدمتها؛ التوفر على رؤوس الأموال الكافية لتحقيق غرضها الاجتماعي.

تطلب رأسمال مهم وقوي لصنف شركات المساهمة على الخصوص، كان وراء توجيه الفقه لانتقادات شديدة في معرض تعليقه على قيمة الحد الأدنى المحدد في 300.000 درهم، حينما ربطه بالمادة 17 من ق.ش.م، هذه المادة توجب لتأسيس شركة مساهمة أن يتم تحرير كل سهم نقدي بربع قيمته الاسمية على الأقل، وأن يتم تحرير الباقي – وفقا للمادة 21 من نفس القانون- في دفعة واحدة أو عدة دفعات حسب قرار يتخذه مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية داخل أجل لا يتجاوز ثلاث سنوات ابتداء من تقييد الشركة في السجل التجاري.

وبالنظر إلى المعطيات أعلاه، فإن القانون يجيز إنشاء وتأسيس شركات مساهمة برأسمال لا يقل أو يساوي 75.000 درهم، باعتبار ربع قيمة الحد الأدنى. هذا الرأسمال لا يمكن للشركة من خلاله تحقيق غرضها الاجتماعي الذي قد يحتاج إلى موارد مالية مهمة.

هذا ويضيق المقام لعرض أقوال الفقهاء وتعليقاتهم على الحد الأدنى، موردين عدة مؤشرات ومعطيات قانونية وواقعية تدلل على مواقفهم، بين واصف له بالقليل والهزيل والغير كاف، إلى معتبر له بالمتواضع إلى حد كبير.

وما لم يقم به المشرع في ق.ش.م ربطا للرأسمال بالنشاط الممارس، حاول تداركه حين تنظيمه لبعض القطاعات الحيوية التي تتطلب لدخول ممارسة أنشطتها إنشاء شركة مساهمة خاضعة في تنظيمها، بالإضافة إلى قانون 95-17، إلى نصوص قانونية خاصة.

وبتتبع واسقراء مجموع تلك النصوص الخاصة، يمكن ملاحظة أن المشرع المغربي سلك فيها اتجاهين اثنين مختلفين عن عما هو مقرر في القانون<sup>1</sup> 17.95.

اتجاه التقرير القانوني للحد الأدنى ومنح السلطة التنفيذية صلاحية تحديد قيمته وتعديله، وقد تبناه المشرع عند تنظيمه لمؤسسات الائتمان، حيث نص على ضرورة توفر مجموعة من الشروط والضوابط لمنح رخص الاعتماد لهذه المؤسسات إذا ما هي أرادت الاشتغال في هذا الميدان.

ولا يقف التشريع المغربي عند المؤسسات السالفة الذكر وحسب، بل امتد في اعتماده لهذا التوجه إلى تنظيم الشركة المسيرة للبورصة.

هذا الاتجاه هو نفسه الذي يسير عليه التشريع الفرنسي في القانون المتعلق بتنظيم مؤسسات الائتمان الفرنسية ومراقبتها، من خلال اشتراط التوفر على رأسمال يساوي الحد الأدنى المحدد من طرف لجنة تنظيم المؤسسات البنكية<sup>2</sup>.

1- فالي غلال، المرجع السابق، ص. 91.

2 - Frank Auckenthaler, Droit des marchés de capitaux. Ed. LGDJ, Paris, 2004, n. 479, p.176.

وأما الاتجاه الثاني فيتمثل في التحديد القانوني لقيمة الحد الأدنى مع منح إمكانية رفعه للسلطة التنفيذية، وقد تبناه المشرع المغربي في تنظيمه لمقاولات التأمين وإعادة التأمين. حيث جعل منح الاعتماد متوقفا على شروط منها إثبات التوفر على رأسمال لا يقل عن 50 مليون درهم، مع إعطاء الإدارة صلاحية إلزام المقاولات المشتغلة في هذا القطاع بتكوين رأسمال يفوق الحد الأدنى المشار إليه.

وقد سار المشرع المغربي في نفس المسار بالنسبة لشركات البورصة، حيث ألزمها بدفع رأسمال لا يقل عن مليون درهم مع إمكانية رفع هذا الحد الأدنى من طرف وزارة المالية بناء على اقتراح الهيئات المختصة.

هذين الاتجاهين السالفي الذكر المتقاربين في مضمونهما، يوضحان أن المشرع راعى حجم الأنشطة الاقتصادية التي ستمارسها المقاولات في قطاعات حساسة تحتاج إلى رؤوس أموال مهمة من أجل تحقيق غرضها الاجتماعي. بيد أن الفقه لم يقف عند هذا الحد في بيان أهمية العلاقة القائمة بين الغرض الاجتماعي ورأسمال الشركة، حيث كانت قراءته لمبادرة التشريعات وتوجهها إلى القبول باستحداث مجموعات النفع الاقتصادي تسير في اتجاه تأكيد تلك العلاقة. فإتاحة إمكانية إنشاء ذلك الكيان كان الهدف من ورائه التكتل والتعاون وحشد الخبرات والأموال للقيام بأنشطة يصعب مزاولتها بانفراد، بل قد يصل الأمر أحيانا إلى الاستحالة في ظل ما تطرحه المنافسة الداخلية والخارجية من تحديات<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تناسب الرأسمال مع الغرض الاجتماعي لحماية لمصلحة الشركة

بعد أن تحققنا من العلاقة الوثيقة التي تجمع بين الغرض الاجتماعي والرأسمال داخل منظومة شركة المساهمة، تلك العلاقة الظاهرة قوتها على مستوى الواقع والضعيفة على المستوى القانوني، ننتقل إلى بيان أوجه تأثير العنصر الأول على العنصر الثاني.

وقبل البدء في بسط وعرض مقصودنا لا بد من الإشارة إلى أن الرأسمال يشكل الضمان العام الوحيد للدائنين، لذلك أخضعه المشرع لمبدأ الثبات. لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها إذ لو كان الأمر كذلك لتم تكبيل الشركة وتضييق مجال حركتها مما سينجم عنه لا محالة آثار سلبية لعل أبرزها التسبب في شلل أجهزتها وإصابتها بالجمود، وبالتالي ضياع عديد فرص الربح أو على الأقل التقليل من تكلفة الخسائر.

هذه الوضعية التي قد تتعرض لها الشركة وتجعلها غير قادرة على تصريف أنشطتها لم تغب عن المشرع لحظة سنه لقانون 17.95، مما حدا به إلى إجازة الزيادة في الرأسمال كما التخفيض فيه. وصار مدلول مبدأ الثبات منحصرًا في عدم إمكانية حدوث أي تغيير على الرأسمال إلا باعتماد مسطرة معينة واتخاذ إجراءات وتدابير محددة قانونًا. وتبقى أقوى الأسباب التي تقف وراء الزيادة أو التخفيض في الرأسمال، هي تلك التي ترتبط بالغرض الاجتماعي، إما رغبة في توسيع نشاط الشركة، أو تحسينه أو توسيعه أو تجديده وسائل العمل، وهذا في الحالة التي يتخذ فيها قرار الزيادة.

1- المختار بكور، قانون المجموعات ذات النفع الاقتصادي بالمغرب والتجربة الأوروبية. المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 34/33، سنة 2000، ص 20.

وأما اللجوء إلى إجراءات التخفيض فيحدث عندما يزيد الرأسمال عن احتياجات الشركة، نظرا لوفرتة أو لقلته الطلب على الإنتاج، أو المنافسة القوية أو وفرة الاحتياطي، فيكون من الأفضل للشركة أن تعيد هذا الفائض إلى المساهمين لاستثماره بدلا من أن يبقى متراكما ومجمدا في حساباتها وصناعاتها، أو لتجنب أن تقوم بدفع أرباح عن أموال غير مستثمرة من قبلها.

ومع التسليم بتأثير الغرض الاجتماعي على الرأسمال سواء في اتجاه الزيادة أو التخفيض يكون من الأجدر الوقوف، ولو بشكل مختصر، عند الكيفيات التي يتم بها إنجاز العمليتين معا لتتضح صور وأوجه التأثير أكثر.

توجد أمام شركات المساهمة طرق عديدة للزيادة في رأسمالها، منها ما يترتب عنه دخول مساهمين جدد إلى الشركة، ويحدث ذلك في حالة إنشاء أسهم نقدية أو عينية جديدة، وكذا عند تحويل الديون والسندات إلى أسهم نقدية أو عينية جديدة، وتحويل الديون والسندات إلى أسهم. ومنها ما لا ينشأ عنه دخول مساهمين جدد إلى الشركة، كما في حالة إدماج الاحتياطي في رأس المال<sup>1</sup>.

وأما تنفيذ أو إجراء تخفيض رأسمال شركة المساهمة فيتم عن طريق سلوك واحدة من الطرق الآتية ذكرها<sup>2</sup>؛ فالطريقة الأولى سهلة وممكنة وتنجز بواسطة تخفيض القيمة الإسمية لكل سهم شريطة عدم نزولها عن الحد الأدنى القانوني للسهم، بخلاف الحد الأدنى المنصوص عليه في النظام الأساسي فيجوز أن تقل عنه القيمة الإسمية إذا تم تعديله<sup>3</sup>.

وإذا ما وقع الاختيار على الطريقة الثانية فإن التخفيض لا يطال القيمة الاسمية وإنما يتم بتقليص عدد الأسهم الموجودة، مع مراعاة شمولية هذه العملية لكل المساهمين وبنفس القدر. وفي هذه الحالة شدد المشرع على احترام قاعدة المساواة بين المساهمين عند إلغاء الأسهم القديمة واستبدالها بالأسهم الجديدة<sup>4</sup>.

وأما ثالث الخيارات المطروحة لإنجاز التخفيض فيكون بإلغاء أسهم تشتريها الشركة لهذا الغرض، ولكن هذه الطريقة لا يعمل بها سوى في حالة ما إذا كان تخفيض رأسمال الشركة غير معلل بخسائر<sup>5</sup>.

وتأذن الجهة المختصة في القيام بعمليات الزيادة والتخفيض بعد أن تبين وجوبا في الدعوة الموجهة للمساهمين الهدف أو الأسباب الداعية إلى ذلك، وهي الجمعية العامة غير العادية. وهي ملزمة أيضا ببيان الكيفية والطريقة التي ستتحقق بها العملية المزمع إنجازها. وتتخذ الجمعية العامة قرارها بالنصاب والأغلبية المحددين في المادة 110 من قانون شركات المساهمة، فتبت بأغلبية أصوات المساهمين الحاضرين أو الممثلين، وكذلك المصوتين بالمراسلة عن طريق الاستمارة<sup>6</sup>، ما لم يتعلق الأمر بالزيادة في أعباء المساهمين حيث يتطلب الإجماع (المواد 1 و 110).

1- عبد الواحد حمداوي، تعسف الأغلبية في شركة المساهمة دراسة مقارنة، مطبعة الأمانة - الرباط، ط. 2013، ص. 172.

2- أنظر المادة 208.

3- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركات المساهمة، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط. 2012، ص. 476.

4- هذه الطريقة تطرح صعوبات ومشاكل بسبب العدد الكسري الشيء الذي يدفع المساهمين إلى المضاربة بالبيع والشراء.

5- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركة المساهمة، المرجع السابق، ص. 477. 478.

6- (المادتان 110 المغيّرة و 131 المكررة) (المادة 209 ف 1).

ويتعين إطلاع مراقب أو مراقبي الحسابات على مشروع تخفيض رأس المال قبل خمسة وأربعين يوما على الأقل من انعقاد الجمعية، وعلى هؤلاء المراقبين أن يعدوا تقريرا يبينوا فيه تقييمهم لأسباب الزيادة أو التخفيض والشروط المتطلبة لذلك، ليكون المساهمون على بينة من الأمر قبل اتخاذ الموقف الملائم اتجاهه، وتبت الجمعية العامة غير العادية عقب هذا التقرير.

### المبحث الثاني: دور الغرض الاجتماعي في ضبط أعمال أجهزة إدارة شركة المساهمة

تختار شركات المساهمة في المغرب بين نمطين من أنماط التسيير والإدارة؛ هناك نظام الإدارة المزدوجة المرتكزة على وجود مجلسين اثنين، أحدهما يطلق عليه مجلس الإدارة الجماعية والآخر بمجلس الرقابة، وأما النمط الثاني فهو نظام إداري أحادي يجمع بين التسيير والمراقبة. وسيتم الاقتصار في هذا الإطار على النمط الثاني فقط مراعاة لضيق مقام الدراسة، ثم لأن الغرض الاجتماعي يقوم بنفس الأدوار في ضبط سلطات كلا النظامين. والملاحظ أن التشريعات الحديثة طورت كثيرا من صلاحيات وسلطات مجالس الإدارة ضمانا للنجاعة والفاعلية أثناء تصريف شؤون الشركة، وفي نفس الوقت واكبت ذلك بتجويد وتقوية آليات المراقبة وتحديد المسؤوليات للحد من أي تجاوز محتمل من طرف الهيئات الإدارية. ولذلك من الأهمية بمكان الوقوف على أدوار ومهام مجلس الإدارة مع تحديد طبيعة العلاقة التي تربطه بشركة المساهمة، ثم الانتقال بعدها إلى تجلية كيفية ضبط الغرض الاجتماعي لأعمال وتصرفات المجلس المذكور والحدود التي يرسمها له.

### المطلب الأول: وظيفة مجلس الإدارة وطبيعة علاقته بالشركة

يعتبر مجلس إدارة شركة المساهمة، الذي يتكون من متصرفين يتم انتخابهم من بين المساهمين، المحرك الأساسي لعجلة نشاط الشركة بحيث يدير شؤونها الإدارية والمالية والاجتماعية وكذا السياسية التي ينبغي أن تسيير عليها الشركة.

ويناط بمجلس الإدارة من حيث المبدأ بعد تعيين أعضائه، وإن كان ليس بشخصية معنوية، سائر الاختصاصات المتعلقة بسير أمور الشركة إلا ما كان منها من اختصاص الجمعية العامة العادية أو غير العادية أو من اختصاص الرئيس أو الجهات المختصة<sup>1</sup>.

وإذا كان من المعلوم والمتفق عليه أن المجلس مسؤول، منذ تنصيبه أمام الجمعيات العامة، عن الاستراتيجية العامة للشركة وأدائها، ويقوم بتوجيه نشاط الشركة وأعمالها واتخاذ القرارات ضمن نطاق مسؤولياته وفقا لمبادئ القانون والنظام الأساسي، فإن تحديد التكييف القانوني للعلاقة بينه وبين الشخص المعنوي لازال تتجاذبه نظريات متعددة.

1- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركة المساهمة، ج.4، المرجع السابق، ص.81.

ترى إحدى تلك النظريات، وهي ألمانية الأصل، أن مجلس الإدارة ليس بكيان مستقل عن الشخص الاعتباري، بل هو جزء من أجزائه يدخل في بنيانه وتركيبه. فأى تصرف يصدر عن الهيئة الإدارية هو تصرف الشركة وفعلها، بمعنى أن أعضاء مجلس الإدارة هم عبارة عن وكلاء عن الشركة<sup>1</sup>.

في حين ترى نظرية أخرى أن الشخص المعنوي "مجاز أو مخلوق وهمي" لا جسد له ولا إرادة، لذلك فهو في أمس الحاجة إلى نائب أو وكيل يعبر عن إرادته. غير أن ذلك الوكيل لا يشكل جزءا من الشخص الاعتباري ولا يدخل في تكوينه، وإنما يعمل فقط على إدارة مصالحه وذمته المالية<sup>2</sup>.

إلا أنه مع بداية القرن العشرين، بدأت نظرية الوكالة تخلي الساحة للنظرية العضوية، نظرا لعجز تكييف العلاقة بين الشركة وممثلها على أساس علاقة الموكل بالوكيل عن الإجابة على مجموعة من الإشكالات التي استجدت بالموازاة مع التعديلات التي لحقت قوانين شركات المساهمة. فلم يكن من بد إبداع نظرية العضوية التي تتماشى مع الاتجاهات الحديثة بشأن تحديد سلطات المدير التي يغلب عليها الطابع القانوني أكثر من الطابع العقدي الذي أخذ في التراجع مع مرور الزمن.

ولقد حاول المشرع سن مجموعة من المقتضيات والإجراءات بغية إيجاد الحلول التشريعية للمشاكل التي كانت وراء الانتقادات الموجهة لنظرية العضوية؛ منها تعليق وجود الشركة على تعيين من يمثلها، في حين أن نشوء الشخصية المعنوية يتم دون أن يتضمن عقد تأسيسها أو نظامها الأساسي بيان ممثلها.

وإذا كانت مسألة تكييف طبيعة العلاقة بين مجلس الإدارة والشركة، مما اشتغل به الفقه بالدرجة الأولى وكل من يتصدر للاجتهاد والبحث والدراسة في المجال القانوني، فإن اهتمام المشرع انصرف إلى الأمور العملية. يتمثل هذا الاهتمام بالأساس في تدقيق اختصاصات وصلاحيات المجلس.

وهكذا ما فتى المشرع في كل المراحل التي أقدم فيها على إصلاح تشريع الشركات أو إجراء تعديل عليه، إلا وقام بإعادة هيكلة صلاحيات أو سلطات مجلس الإدارة بشكل عقلاني يضمن تحقيق نوع من الفعالية والاستقرار والشفافية أثناء تصريف شؤون شركة المساهمة.

آخر تلك التعديلات تم فيها إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 69 من القانون 17.95، حيث استبدلت عبارة "لمجلس الإدارة أوسع السلط..." بعبارة أكثر تناسبا ووضوحا خاصة مع وجود أجهزة أخرى داخل الشركة، فأصبح النص مع معيى تعديل 20.05 "يحدد مجلس الإدارة التوجهات...".

ويمكن تقسيم سلطات مجلس الإدارة، بعد تعديل سنة 2008، إلى سلطات عامة وأخرى خاصة. وتتحدد السلطات العامة حسب المادة 69 فيما يلي:

1- تحديد التوجهات المتعلقة بنشاط الشركة والسهرة على تنفيذها.

2- الحرص على ضمان حسن سير الشركة.

1- عبد الرحيم بن بوعيدة، الشركات التجارية في القانون المغربي- دراسة مقارنة، شركة المساهمة، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 2015، ص.130.

2- عبد الرحيم بن بوعيدة، الشركات التجارية في القانون المغربي، شركة المساهمة، المرجع السابق، ص.130.

3- اتخاذ القرارات المرتبطة بشؤون الشركة من أجل تحقيق غرضها، دون تجاوزها إلى الصلاحيات المخولة للأجهزة الأخرى.

4- القيام بعمليات المراقبة إذا تطلب الأمر ذلك، وهذا في الحالة التي يتم فيها اعتماد مجلس الإدارة وحده إلى جانب الجمعيات العامة ومراقبي الحسابات.

وأما السلطات الخاصة المنوطة بمجلس الإدارة فتتمثل بالخصوص فيما يلي:

1- التدخل في تعيين بعض أعضاء أجهزة الشركة؛ بما فهم رئيس المجلس الإداري وتفويض من يساعده بصفة مدير عام مع تحديد مكافأته، وأيضا تشكيل لجان تهض بدراسة القضايا التي تهم تسيير الشركة وإبداء الرأي فيها.

2- الترخيص بمنح الكفالات والضمانات الاحتياطية والضمانات التي تمنحها شركة المساهمة إلى الأغيار<sup>1</sup>. وقد مدد الفقه والقضاء الفرنسيان الضمان إلى الوعد بالالتزام وإلى مجرد إبداء النية في الضمان<sup>2</sup>.

3- الرقابة على الاتفاقات المبرمة بين الشركة والمتصرفين أو المديرين العامين أو أحد المساهمين، والترخيص فيها.

4- وصلاحيات أخرى؛ من قبيل اتخاذ قرار بنقل مقر الشركة بشرط مصادقة الجمعية العامة غير العادية، والدعوة لانعقاد جمعيات المساهمين وفق جدول أعمال محدد، ثم إعداد جرد لمختلف عناصر وأصول الشركة عند نهاية السنة المالية. هذا بالإضافة إلى عرض تقرير التسيير على أنظار الجمعية العامة العادية السنوية.

#### المطلب الثاني: ضبط الغرض الاجتماعي لأعمال مجلس الإدارة

أصبح الغرض الاجتماعي يحتل مكانة هامة وأساسية داخل المنظومة الجديدة للشركات، فهو يشكل أحد البيانات التي من الواجب الإشارة إليها ضمن عناصر النظام الأساسي. هذه الأهمية المتميزة للغرض الاجتماعي مردها إلى الأدوار والوظائف التي ينهض بها في ضبط وتقييد سلطات أجهزة الإدارة والتسيير.

وبالرجوع إلى السلطات العامة التي خولها القانون لمجلس الإدارة، نجدها تتحدد في اتخاذ جميع القرارات والقيام بالأعمال الضرورية في مجال التسيير من أجل تحقيق غرض الشركة الذي قامت من أجله مع مراعاة السلطات الممنوحة لجمعيات المساهمين.

ويبدو واضحا من خلال مواد قانون شركات المساهمة أن الغرض الاجتماعي صار بمثابة آلية لممارسة الرقابة على سلطات مجلس الإدارة، هذه الرقابة لا تقتصر على العلاقات داخل الشركة فحسب وإنما تتعداها إلى التصرفات والعلاقات التي ينسجها المجلس باسم الشركة مع الأغيار.

على المستوى الداخلي، يمارس المسيرون الصلاحيات المخولة لهم في إطار الغرض الاجتماعي، بمعنى أن هذا الأخير يضبط تصرفات جهاز الإدارة والتسيير ويقيده من سلطاته، وخصوصا بعد التحولات التي طرأت على بنية شركة المساهمة وابتعادها في تدبير شؤونها عن نظام الوكالة الذي كان ملجأ المساهمين لضبط أعمال الإدارة<sup>3</sup>.

1- المادة 70 من القانون رقم 17.95.

2 - Cozian Maurice, Droit des sociétés, éd. Litec, 14<sup>ème</sup> édition, paris. 2001, p. 234.

3 - Souleau Henri, la démission des dirigeants des sociétés commerciales , R.T.D.Com, 1972, P. 25.

فالتغييرات التي حدثت على مستوى تنظيم السلطة داخل الشركة جعلت سلطات هيئات الإدارة تتسم بطابع قانوني ووظيفي، فصارت تلك الهيئات تمارس مهامها وفق ما هو منصوص عليه بموجب القانون لا بمقتضى تفويض المساهمين كما كان في السابق.

وبناء عليه، كان لابد من اعتماد ضوابط موضوعية كالغرض الاجتماعي المحدد في النظام الأساسي بهدف تنظيم وضبط العلاقات بين الشركة وأجهزة الإدارة والتسيير، وخاصة بعد الاعتراف لمجلس الإدارة بسلطات ذاتية، وبالتالي فإن أي تصرف فيه تجاوز لحدود ذلك الغرض تكون الشركة في حل منه، لأن إرادة المساهمين أو الشركاء لم تنعقد عليه، لتقع تحت طائلة البطلان حماية لمصالحهم<sup>1</sup>.

فإذا كان المشرع يعترف للمسييرين بسلطات واسعة وكبيرة بغية تمكينهم من تحقيق الغرض الاجتماعي، فإن هذا الأخير يصير بمثابة قيد على تلك السلطات، وهو معيار صحة التصرفات في مواجهة المساهمين أو الشركاء<sup>2</sup>. وهؤلاء وحدهم من يملك تعديل غرض الشركة حسب الشروط الخاصة بتعديل الأنظمة الأساسية.

وأما على مستوى العلاقات الخارجية، فالمفترض في جل أعمال وتصرفات مجلس الإدارة أن تنجز وتنفذ داخل إطار الغرض الاجتماعي للشركة وألا تتجاوزه. لكن قد يحدث أن يقع هذا التجاوز، فما العمل إزاء هذا الوضع؟ فإذا كان من الواجب -كما تمت الإشارة إلى ذلك- أن يتقيد مجلس الإدارة بغرض الشركة فيما يتخذه من قرارات، فإن هذا الحد من سلطاته لا يسري إلا في علاقته بالمساهمين. وأما تجاه الأغيار<sup>3</sup> فقد سلك المشرع سياسة مغايرة، وخرج عن المنحى الأول الملزم للمجلس باحترام الغرض الاجتماعي، مقررًا بذلك قواعد حمائية للأطراف المتعاقدة أو المتعاملة مع الشركات التي تكون فيها المسؤولية محدودة كشركة المساهمة، وقد ساير المشرع المغربي نظيره الفرنسي في هذا النهج رغبة في ضمان مصالح الغير المرتبط بالشخص المعنوي.

وهكذا نصت الفقرة الثانية من المادة 69 من القانون رقم 95.17 على أنه "تلتزم الشركة في علاقاتها بالأغيار حتى بتصرفات مجلس الإدارة التي لا تدخل ضمن غرضها، ما لم تثبت أن الغير كان على علم بأن تلك التصرفات تتجاوز هذا الغرض أو لم يكن ليجهله نظرا للظروف، ولا يكفي مجرد نشر النظام الأساسي لإقامة هذه الحجة"<sup>4</sup>.

وقد كان الهدف من هذه الإجراءات الحمائية التي تصب في مصالح الأغيار؛ بث عنصر الثقة لدى المتعاملين مع الشركة وبالتالي تيسير وتسهيل أعمالها واستمرار نشاطها، لكن هذا الأمر يتطلب توفير ضمانات لهذا الغير، وإلا فإنه سيحجم عن التعامل مع مجلس الإدارة حتى يتأكد ويتبين من مدى صحة وموافقة التصرف للغرض الاجتماعي، وما إذا كان يدخل ضمن نطاق صلاحيات المجلس أم لا. وبطبيعة الحال فإن عملية التأكد هذه ستضيق على الشركة وقتًا وجهداً

1- بريري (محمود مختار أحمد)، الشخصية المعنوية للشركة التجارية شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها -دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص. 148.

2 - Daouiby : Mémoire cité, p : 24.

3- المقصود بالأغيار في مجال الشركات كل أجنبي خارج عن دائرة عضويتها، حيث لا يعد من الأغيار أحد الشركاء أو مراقب الحسابات أو الشخص المكلف بالإدارة والتسيير مدة حملهم لصفهم تلك، وإنما يكون الغير الطرف الثاني في التصرف القانوني الذي تكون الشركة طرفًا فيه.

4- نفس المقتضى نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 74 من نفس القانون، والتي تتعلق بسلطات المدير العام بعد التعديلات التي لحقت بموجب القانون رقم 20.05، وكذا المادة 102 المتعلقة بسلطات مجلس الإدارة الجماعية.

ومعه أرباحا كانت السبب المباشر في وجود الشركة، خصوصا في مجال المال والأعمال المتسم بالسرعة والمرونة في إجراء العمليات وإبرام التعاقدات.

ومن ناحية أخرى، ومن خلال نص المادة 69 من قانون 17.95، فإن تخصيص الحماية المشار إليها للغير مشروط بحسن نيته، فإذا كان على العكس من ذلك أي أنه سيء النية فإنه يحرم من الاستفادة من هذه مقتضيات الحماية. على أن الشركة هي الملزمة في حالة النزاع أمام الجهات المختصة بإثبات أن الغير كان على علم بتجاوز الغرض الاجتماعي أو أنه لم يكن ليجهل ذلك بالنظر إلى الظروف المحيطة بإبرام العملية أو أنه كان بإمكانه أن يستنتج أنها تتعارض معه؛ كالدفع بحضور نفس المتصرفين في مجلسي الشركتين المتعاقبتين، أو من خلال وجود معاملات سابقة... وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك في تقرير الحماية للغير، بأن استبعاد الاحتجاج بنشر النظام الأساسي في مواجهة الغير لإثبات سوء نيته، ليرفع بذلك أي حرج يتوقف على ضرورة البحث في النظام الأساسي والتحقق من سلطات المسير وحدودها بخصوص كل معاملة يبرمها مع الغير باسم الشركة، ولا شك أن هذا يزيد من صعوبة عبء الإثبات الذي يقع على عاتق الشركة<sup>1</sup>.

وإذا كان يتوجب على الشركة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن القرارات التي اتخذت باسمها، فإن المسؤولية عن ذلك الخرق أو التجاوز تقع على أعضاء مجلس الإدارة، فهم من يتحمل تلك المسؤولية عن الأضرار الناشئة تجاه الشركة والمساهمين؛ سواء تعلق الأمر بتجاوز غرض الشركة أو التقييدات المنصوص عليها في النظام الأساسي. والهدف من وراء ذلك حماية الغير من المفاجآت لكونه يتعامل مع الشركة وليس مع المتصرفين، علاوة على أن المساهمين هم الذين يعينون هؤلاء لدى يتحملون تجاه الغير تصرفاتهم الخاطئة، وأيضا حماية الشركة والمساهمين<sup>2</sup>.

#### الخاتمة:

من المعلوم أن التحولات التي عرفتها البنية القانونية لشركة المساهمة، فرضت بصفة إلزامية إعادة النظر والقيام بمراجعة العديد من القواعد والأساليب والأدوات التقليدية التي كانت تلجأ إليها الأطراف المتدخلة في هذا النوع من الشركات لأجل ضبط أعمالها وتصريف شؤونها بما يتماشى مع خصوصياتها. وهو الأمر الذي اقتضى اعتماد ضوابط وميكانيزمات موضوعية تتسم بالنجاعة والفعالية وتراعي الغايات والأهداف التي كانت وراء تحيين المنظومة القانونية لشركات المساهمة. وبالفعل منذ دخول قانون 17-95 حيز التنفيذ بدأ يظهر أثر تلك الآليات، ومنها ضابط الغرض الاجتماعي في تنظيم وضبط العمليات التي تنجزها شركة المساهمة، فصار بذلك معيارا مؤثرا في رسم حدود التصرفات والأعمال التي بإمكان الشخص المعنوي القيام بها.

إلا أن هذا الضابط الرقابي لا زال هو نفسه في حاجة إلى مزيد من الوضوح والتحديد والدقة، لكي لا يتم تجاوزه والخروج عليه وبالتالي مزاوله أنشطة لا تدخل ضمن إطاره. فالمشرع مدعو إلى وضع مقتضيات تلزم شركات المساهمة في مرحلة التأسيس بصياغة الغرض الاجتماعي صياغة دقيقة وواضحة تدفع عنه الغموض والإبهام، فمن شأن هذين

1- فاطمة السحاسح، القضاء التجاري بالمغرب ودعاوى الشركات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -السويس، الرباط، السنة الجامعية 2009-2010، ص.362.

2- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركة المساهمة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص.101.

الوصفين أن يؤديا إلى العديد من المحاذير لعل أبرزها السقوط في دائرة غرضين اثنين أحدهما منصوص عليه في العقد الأساسي، والآخر فعلي وهو المزاول حقيقة. وهذا الأمر قد يطرح إشكالات في حالة التنازع.

وبالإضافة إلى افتقاده للوضوح، فإن ضابط الغرض الاجتماعي يفتقر أحيانا إلى الفاعلية أو على الأقل تكون هذه الفاعلية ضعيفة الأثر. فهو يوصف بأنه ضابط غير عامل خاصة في مجال العلاقات الخارجية مع الأغيار. إذ أن الشركة تلتزم بالتصرف الذي تقوم به هيئاتها وأجهزتها التنفيذية ولو لم يدخل ضمن إطار الغرض الاجتماعي المنصوص عليه في النظام الأساسي، لكن شريطة أن تكون نية الغير المتعامل معه نية حسنة. فالملاحظ أن المشرع هدف من خلال هذه المقتضيات حماية استقرار المعاملات، إلا أنه بالمقابل كان هذا الاستقرار على حساب درجة تأثير الغرض الاجتماعي على مستوى الحماية والرقابة.

فمن خلال ما تقدم يظهر أن الغرض الاجتماعي يقوم بأدوار مهمة في تنظيم وضبط سير شؤون وأعمال شركة المساهمة، لكنه لازال في حاجة إلى تجويد قانوني لكي تكون وظيفته أكثر تأثيرا وذات جدوى وفاعلية تتماشى مع التطورات التي تلحق هذا النوع من الشركات، والذي لا يمكن من دونه بناء اقتصاد قوي ومتمين.

بقي أن نشير في الختام إلى أن ضابط الغرض الاجتماعي ينضم إلى تقنيات وضوابط أخرى كالمصلحة الاجتماعية ومبدأ المساواة بين المساهمين، ليشكل هذا المجموع حزمة من الآليات القانونية المعتمدة في توجيه سياسة الشركة التي ترسم بواسطة المداولات والقرارات الصادرة عن أجهزتها التقريرية والتنفيذية. والمعتمدة كذلك من طرف القضاء لحل النزاعات المعروضة عليه. كل ذلك من أجل غاية أساسية تتجلى في ضمان السير الجيد والفعال لشركة المساهمة وحماية المصالح المرتبطة بها.

## المسؤولية السابقة على التعاقد

### لطيفة وراوي

دكتورة في القانون الخاص

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية

جامعة محمد الأول -وجدة-

مقدمة:

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد ولاسيما في مرحلة التفاوض، وقد اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعتها، حيث اعتبر اتجاه<sup>1</sup> أن هذه المسؤولية هي عقدية دائما، واتجاه آخر اعتبر بأنها لا تتعدى كونها مسؤولة عن فعل ضار<sup>2</sup>، على أساس أن مرحلة التفاوض ما هي إلا مرحلة عادية وما يصدر خلالها لا يعد إلا من قبيل الأعمال المادية المحضة، وهناك اتجاه يذهب إلى المناداة بجعلها مسؤولية متميزة أي مسؤولية خاصة تتلاءم مع طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد، وعلى هذا الأساس سنقوم بدورنا في هذا المجال ببحث هذه الاتجاهات<sup>3</sup> والتعرف على مضمونها على النحو الآتي:

المحور الأول: نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقد

المحور الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقد

المحور الثالث: نظرية المسؤولية الخاصة عن الخطأ قبل التعاقد

1- جمال فاخر النكاس: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مقال منشور بمجلة الحقوق تصدرها جامعة الكويت، السنة 20، العدد الأول، مارس 1996.

2- صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي: المبادئ القانونية الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة السعودية 1998، ص 3.

3- محمد سمير الشرقاوي: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، منشورة على الموقع الإلكتروني: تاريخ الاطلاع عليه 2010/2/30، الساعة 19h37.

## المحور الأول: نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقد

يمكن القول أن هناك اتجاهين اثنين متفقين من وجه ومختلف من وجه آخر، فوجه الاتفاق يتحدد في أن مضمونها واحد وهو أن المسؤولية الساقية على التعاقد هي مسؤولية عقدية، أما وجه الاختلاف فيتمثل في اختلافها من حيث الأساس<sup>1</sup>، فالاتجاه الأول يرى أن أساس المسؤولية السابقة على التعاقد هو وجود العقد الضمني المفترض بين أطراف التفاوض، فالإخلال الحاصل في هذه المرحلة يكون خطأ عقدياً وبالتالي يجب معالجة الضرر الناتج عنه وفق أحكام المسؤولية العقدية. أما الاتجاه الثاني فيرى أن أساس المسؤولية السابقة على التعاقد هو وجود عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الأصلي، وتكون هذه العقود مستقلة عنه، وغايتها التمهيدية له التحضير للعقد المنشود، فأى خرق للالتزامات تحصل في هذه المرحلة تعد مخالفة عقدية وبالتالي تجبر الأضرار وفق أحكام المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

وعليه سوف نبحث هذين الاتجاهين وعلى النحو التالي:

**الاتجاه الأول:** يعد الفقيه (أهرنج) من أهم أنصار هذا الاتجاه وذلك بفكرته عن "الخطأ عند تكوين العقد"، إذ يرى أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد وسواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد، هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه، بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، ويستخلص "أهرنج" في ضوء ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، وبذلك فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها، وينحصر الخطأ العقدي في نظر الفقيه أهرنج في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان، فمن العدل أن يتحمل الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية، بمعنى أن الخطأ عند أهرنج هو وجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين مما يتعين معه تعويض المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضاً قبولاً ضمنياً لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين<sup>3</sup>.

وقد قال الفقيه أهرنج إن التطرف القانوني (العقد) الذي يضيء الطبيعة العقدية على المواصفات، هو عبارة عن عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه ذاته بالامتناع عن أي عمل من شأنه إعاقة عملية إبرام العقد، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع يكون قد أخل بالالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، وأما الكيفية التي نشأ بها العقد الضمني حسب رأي أهرنج فهي: أن الإيجاب الصادر من أحد المتفاوضين يتحول إلى إيجابين الأول موضوعه العقد الذي يجرى التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له فإن مجرد سكوته يعد قبولاً يقوم به العقد الضمني، إلا أن هذا الرأي منتقد، فهو يقوم على مجرد الافتراض، وذلك لأن أي عقد لكي ينشأ لابد أن تنصرف إليه الإرادة بشكل صريح وبات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن

1- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي: م س، ص 11.

2- محمد سمير الشرقاوي: م س، ص 19.

3- ولدت منظمة التجارة العالمية في 15 أبريل 1994 من خلال اجتماع ممثلي 117 دولة في مدينة مراكش للتوقيع على ما تمخضت عنه جولة من الاتفاقيات وعددها 28 اتفاقية وبدأ العمل في هذه الاتفاقيات مطلع شهر يناير 1995 وهذه المنظمة العالمية جاءت لتحل محل الاتفاقية العامة للتجارة والتعرفة، وتهدف هذه المنظمة إلى تحرير التجارة العالمية من خلال إزالة الحواجز الجمركية، والتجارة وفتح الأسواق.

المتعاقد عندما يعلن عن إرادته فهو يستهدف إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر (العقد الضمني الذي يفرض عليه الالتزام بعد إعاقه إبرام العقد) ثم إن العقد الضمني يرتب الالتزام بعد إعاقه بعد إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب، ومن باب مفهوم المخافة فإن المتفاوض حر في قطع المفاوضات قبل توجيه الإيجاب<sup>1</sup>. وقد ظهر إلى جانب رأي الفقيه أهرنج، رأي آخر في تفسير نشوء التصرف القانوني الذي يفرض الطبيعة العقدية على المفاوضات<sup>2</sup>، وحسب هذا الرأي فإن المفاوضات تتشابك بناء على دعوى يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، وذلك أنه ينطوي على شرط ضمني بمقتضاه يتعهد كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وألا يقوم بقطعها تعسفا حتى يتحقق الغرض النهائي منها، وإلا التزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض<sup>3</sup>.

وهذا الرأي ينتقد أيضا لأنه يغفل حقيقة العقد وهي أن هذا الأخير لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه، فلا يجوز افتراض العقد أو فرضه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاقا يكون مصدرا للالتزام بالضمان لأن الإرادة لم تنصرف إلى أحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان).

ومن الجدير بالإشارة إلى أن هناك نظريات أخرى طرحها الفقه في بيان أساس المسؤولية العقدية الناتجة عن الخطأ قبل التعاقد ومن أهمها نظرية الوكالة التي نادى بها الفقيه (شورل) الذي ذهب إلى أن كل عقد يقترن بمجرد الدعوة إلى إبرامه بتوكيل ضمني للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام هذا العقد ومن تم يلتزم الموجب إذا لم يتم العقد بتعويض الطرف الآخر عن المصروفات التي أنفقاها على أساس أحكام الوكالة، ومن تم فإن مسؤوليته في هذا الصدد مسؤولية عقدية، وكذلك تقترب من هذه النظرية أيضا نظرية الفضالة التي قال بها الفقيه (تون) الذي نادى بتأسيس المسؤولية قبل التعاقدية على فكرة الفضالة لتكون المسؤولية عقدية، على أساس أن يوجه الدعوة إلى التعاقد، دون أن يكون مالكا للشيء أو صاحب الحق، موضوع العقد ولا واثقا من الحصول عليه دون أن يخطر عليه الطرف الآخر يعد فضوليا ومن تم يجب تعويض المتضرر على أساس استرداد ما أنفق بدعوى الفضالة<sup>4</sup>.

في الحقيقة وإن كانت النظرية التي أسسها (أهرنج) ما هي إلا نتيجة الظروف السائدة آنذاك، إلا أنه يمكن الاعتراف وبكل صراحة أنه قد نجح في سد ثغرة من ثغرات القانون الروماني، الذي كان ساريا في ألمانيا آنذاك، إلا أنه لا يوجد مبرر للأخذ بها في الوقت الحاضر<sup>5</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يعد الفقيه (سالي) من أبرز أنصار هذا الاتجاه، إذ نادى بفكرة العقد التمهيدي ويرى أنه يوجد بجانب العقد الأصلي عقد تمهيدي عبارة عن وعد بالتعاقد يتضمن تعهدا جديا من جانب الواعد ويثير المسؤولية العقدية إذ صادف قبولا من الطرف الآخر، وبالتالي تتحقق المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي<sup>1</sup>.

1- الاعتماد المستندي: خطاب أن تعهد مكتوب من بنك يسمى البنك المصدر يسلم إلى البائع أو المستفيد بناء على طلب المشتري مقدم الطلب، أو الأمر بهدف إلى الوفاء سواء نقض أو قبول كمبيالة خلال فترة معينة مقابل تسليم مستندات معينة سبق الاتفاق عليها.

2- محمد سمير الشرفاوي: م س، ص 23.

3- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي: م س، ص 61.

4- محمد سامر الشرفاوي: م س، ص 109.

5- محمد عبد المجيد اسماعيل: تأملات في العقود الدولية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010، ص 193.

ولكن ما هو العقد التمهيدي؟ وما هو أساس الفصل بين العقد الممهد والاتفاق الممهد في المرحلة السابقة على التعاقد؟

للإجابة على هذه الأسئلة نحاول التطرق لتعريف العقد التمهيدي (أولاً)، على أن نخصص (ثانياً) لأساس الفصل بين العقد الممهد والاتفاق الممهد في المرحلة السابقة على التعاقد.

### أولاً: تعريف العقد التمهيدي

يلجأ أطراف العلاقة التعاقدية في بعض الحالات إلى إبرام عقود من شأنها أن تمهد للعقد النهائي المقصود ومثال ذلك عقد القرض الذي يمهد لشراء العقار إذ أن إبرام العقد النهائي هذا (شراء العقار) غير ممكن عملياً ومادياً من دون أن يتوافر المبلغ اللازم لدفع الثمن، ومن خلال عقد القرض الذي يساهم بذلك في تحقيق أهم الوسائل اللازمة للتعاقد ومن ثم فإن الخلط بين العقد التمهيدي وغيره من العقود التي تسهل التعاقد أمر وارد، فمن الضروري أن يتم تمييز هذه الصروة من التعاقد مثلاً عن العقد المعلق على شرط، فالأخير هو العقد النهائي، وهو مقصود لذاته فلا يمهد لعقد آخر وكل ما في الأمر أن وجوده أو استمراره معلقان على تحقيق شرط معين، وعليه فإنه يمكن تعريف العقد التمهيدي بأنه ذلك العقد الذي يسبق إبرام العقد النهائي المنشود الذي يكون بدوره ممهداً للعقد النهائي ويترتب على مخالفته المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد النهائي.<sup>2</sup>

### ثانياً: أساس الفصل بين العقد الممهد والاتفاق الممهد

إن التطور الحديث للعقود وتقسيم بعضها إلى مراحل تسبق إبرامها يفتح الباب أمام إمكانية بحث هذا التقسيم على أساس ومبادرات تشريعية وعملية، فمن الناحية التشريعية فإن المشرع في بعض الدول نظم العقود التمهيديّة وترك المجال مفتوحاً أمام الفقه والقضاء لتأكيد وجود اتفاقيات ممهدة للعقود، كما نظم أنواعاً من هذه الاتفاقيات بنصوص خاصة كاتفاقيات العمل الجماعية ويعود هذا التقسيم إلى أمرين:

#### 1- نية الأطراف

إذ تتجه نية الأطراف إلى إبرام عقد تمهيدي من جهة، ويعد مجرد الاتفاق بشكل مبدئي على التفاوض تمهيداً للتعاقد من جهة أخرى، من دون أن يكون لدى أي من هذه الأطراف نية التعاقد حالياً، فتصر الأطراف في مثل تلك الحالات مع التأكيد كتابة على عدم قيام أي عقد من مرحلة التفاوض بل إن كل ما يتم الاتفاق في شأنه في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون اتفاقاً ممهداً.<sup>3</sup>

#### 2- المسؤولية

هذا الأمر مرتبط بالمسؤولية المترتبة على عدم الالتزام بما تم التوصل إليه، فإن كنا أمام عقد تمهيدي فإن المسؤولية تكون عقدية بكل ما تعنيه هذه الصفة وما ترتبه من آثار في إثبات الخطأ والضرر وفي مدة التعويض، في حين

1- طرح الحور علي حسن فرج: تدويل العقد منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 36.

2- إلياس ناصيف: العقود الدولية منشورات الحلبي بيروت، طبعة 2010، ص 97 وما بعدها.

محمد سمير الشرفاوي: م.س، ص 107.

3- جورجيت صبحي: مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية 1992، ص 22.

أن خرق الاتفاق التمهيدي لا يثير المسؤولية العقدية، وإنما التقصيرية للطرف غير الملتزم وبكل ما يرتبه ذلك من آثار في إثبات وجود الالتزام والخطأ والضرر والرابطة بينهما وفي مدى التعويض<sup>1</sup>.

ومن الناحية العملية، فإن تقسيم التصرفات القانونية السابقة عن العقد إلى عقود واتفاقيات يتناسب مع متطلبات الكثير من العقود الحديثة، فكم من عقد في العمل يحتاج إلى عقد أو عقود أخرى تمهد له، ومن ذلك مثلاً شراء العقار الذي يمهد له بعقد قرض يتم من خلال توفير المبلغ أو جزء من المبلغ اللازم بثمن العقار، وكم من عقد يمهد له باتفاق لا بعقد آخر ويكون مؤدى هذا الاتفاق تأكيد التزام الأطراف بالتفاوض للوصول إلى العقد النهائي (كعقود بيع المؤسسات والشركات الكبرى) أو يكون هدفه تدوين أو تأكيد ما تم التوصل إليه في بعض مراحل التفاوض ليكون ذلك أساس ينطلق منه إلى مراحل أخرى في سبيل الوصول في نهاية الأمر إلى العقد المقصود وهذا هو حال عقد دراسات الكمبيوتر والتزويد بالأنظمة الإلكترونية<sup>2</sup>، فلا تتوفر عناصر العقد المقصود إلا من خلال هذه الاتفاقيات، فقد لا يبرم أي عقد في هذه المرحلة لأن الأطراف ذاتها ترغب في الحفاظ على حريتها خالية من كل التزام عقدي<sup>3</sup>.

### المحور الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقد

ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن فكرة المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض وتعد هي أسهل الوسائل وأيسرها تطبيقاً على هذه المرحلة، لحجة مفادها أن أحكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد، وحاول أنصار هذا الاتجاه تأسيس هذه النظرية على أساس فكرة التعسف، ولكن يبدو أن التمسك بالتعسف أساساً لهذه المسؤولية يستوجب وجود حق يتعسف المتفاوض في استعماله وليس ثمة مثل هذا الحق.

إن هذه النظرية ظهرت عندما لم يكتب لنظرية (الخطأ عند تكوين العقد) النجاح في الفقه المعاصر، وكان تكييفها الخطأ السابق على التعاقد بأنه خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية لمرتكبه محل اعتراضات فمن ناحية أولى فإن هذه النظرية تجعل قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأ محتوماً رغم أن هذا المتعاقد قد يكون جاهلاً كل الجهل، قيام سبب البطلان في جانبه فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة<sup>4</sup>.

إلا أنه يجب إثباته طبقاً لقواعد الخطأ التقصيري وفي الحالاتين لن يكون خطأ عقدياً، ومن ناحية ثانية إن هذه النظرية تجعل الالتزام بالتعويض موضوع تعهد ثانوي يقترن بالتصرف الباطل ويبقى رغم بطلان هذا التصرف ليكون أساساً إرادياً لتعويض الغير عن الضرر الناشئ عن البطلان، وهي تفترض بذلك قيام تعهد بالصحة في جميع العقود دون أن يقوم دليل على ذلك.

ومن ناحية ثالثة حتى لو سلمنا بافتراض وجود هذا التعهد الثانوي بضمان صحة التصرف الأصلي، فلا شك أن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي إلى بطلان هذا التعهد الثانوي أيضاً، فينعدم بذلك سند تكييف المسؤولية بأنها عقدية وإلا فإن تجزئة البطلان تحكيمية غير مقبولة.

1- أحمد عشوش: العقود دار النهضة العربية، بدون ذكر السنة، ص 103.

2- محمد سمير الشرقاوي: م س، ص 111.

3- محمد شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة في البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، دون سنة النشر، دون ذكر باقي البيانات، ص 94.

4- محمد سمير الشرقاوي: م س، ص 220.

وأخيرا فإنه حتى في الحالات التي يتضمن فيها القانون نصا خاصا يقدر المسؤولية القانونية بالتعويض عن بطلان العقد فإن المسؤولية ستكون قائمة بحكم القانون لا على أساس التصرف الباطل.

وفي ضوء هذه الانتقادات نخلص إلى أن المسؤولية قبل التعاقدية الناشئة عن الخطأ قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض، ومن ثم يجب أن تستكمل دعوى التعويض، هنا إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية كافة من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وعلى هذا استقر الرأي السائد في الفقه الحديث لدى شرائح المصريين.

وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية التقصيرية للعقد في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد أو مصاحبة بطلان العقد لخطأ ارتكبه أحد الأطراف المتفاوضة وألحق ضررا بالآخر، وعليه فإن الأعمال التحضيرية للعقد أو (مشروع العقد) التي تشمل مرحلة المفاوضة ومرحلة إبرامه لا تعدو أن تكون عملا ماديا ليس له أي أثر قانوني<sup>1</sup>.

إذ أن هذه النظرية قد عدت مرحلة المفاوضات مجرد أعمال مادية ليس لها أي قانون، أي لا ترتب أي التزام على طرفي التفاوض، فهي لا تلزمهم بضرورة التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، إلا إذا قام أحد الأطراف بارتكاب خطأ ونتج عنه ضرر لحق بالطرف الآخر فإنه هنا تقوم المسؤولية التقصيرية عليه.

وهذه النظرية منتقدة أيضا لأنها تجاهلت بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة ناتجة عن مبدأ حسن النية الذي يسيطر على هذه المرحلة. أو ناتجة عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض وإسباغ الصفة العقدية على مجرياتها وأبعد من ذلك قد يتم توقيع عقد الاتفاق على التفاوض بحيث تصبح عملية التفاوض ذات صفة عقدية بحتة.

وبناء على الانتقادات التي وجهت لنظرية المسؤولية العقدية وكذلك نظرية المسؤولية التقصيرية اندفع بعض الفقه للقول بوجود مسؤولية خاصة<sup>2</sup> تلائم طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد، وعليه سوف نتحدث عن هذا الاتجاه في المحور الثالث.

### المحور الثالث: نظرية المسؤولية الخاصة عن الخطأ قبل التعاقد

جاءت هذه النظرية لمعالجة الإخلال الذي يقع في مرحلة مفاوضات العقد، وقال أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن معالجة الإخلال بموجب أحكام المسؤولية العقدية بصورة عامة ولا بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا دون أن تؤخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات وتنبع هذه الخصوصية من كونها تقوم قبل إبرام العقد وقبل الدخول في نطاقه، وعليه فقد ظهرت المسؤولية لمعالجة الأخطاء التي تحصل قبل التعاقد بما لها من خصوصية، وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إيجاد هذا النوع من المسؤولية الذي يقف جنبا إلى جنب مع كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

1- محمد شفيق: م س، ص 48.

2- محمد سمير الشرقاوي: م س، ص 221.

3- أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة دار الفكر العربي، 1997، ص 50.

وعلى الرغم من الانتقاد الموجه لهذه النظرية وهو قيام هذه النظرية على أساس الخطأ وإن إثبات هذا الأخير ليس بالأمر اليسير، إلا أن لها مدى مهم وذلك لأنها جعلت المسؤولية الناشئة عن الأخطاء التي تقع خلال هذه المرحلة المتميزة هي الأخرى متميزة ومتلائمة مع طبيعة المرحلة التي تعالجها<sup>1</sup>.

وعليه وحسب رأينا وأنه إذا لم يمكن التعرف بسهولة على الخطأ هل هو خطأ عقدي أم خطأ تقصيري فلا داعي لبذل الجهد والوقت الضروريين في كل مكان وزمان أي بعبارة أخرى إذا لم يكن بالإمكان معرفة هل أن الخطأ ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي أم أنه كان نتيجة تقصير من جانب الطرف الخاطئ؟

ففي هذه الحالة يتم اللجوء للمسؤولية المتميزة والخاصة بهذه المرحلة ومن تم تحل الإشكالية بسهولة، وعليه يمكن القول بأنه لا يمكن في جميع الأحوال أن تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على أساس أنه إذا لم يكن الإخلال داخلا ضمن النطاق العقدي وتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup> وذلك لأنها في بعض الأحيان يؤدي تطبيقها إلى نتائج شاذة وعكسية، فمثلا من يرغب ببناء مجمع تجاري ويتضح له أنه لا بد أن يشتري العرصه المجاورة للأرض المتخصصة لمشروعه لسد النقص في المساحة ويتفاوض مع صاحب هذا العرصه هذا بعد أن ينفق نفقات لدراسة المشروع ويتحمل تكاليفا وببذل جهدا، ويخسر وقتا، وبعد أن تمر المفاوضات بينهما وتصل لمرحلة معينة حتى يقال إن ملامح العقد قد بدت تظهر للوجود وفجأة يقطع المتفاوض (صاحب العرصه) هذه المفاوضات ويمتنع عن البيع لسبب غير مبرر ولحكمة غير مشروعة، أو يتضح فيما بعد أنه قاصر فلا يمكن تصور هذه الحالة<sup>3</sup>.

فالمسؤولية التقصيرية يستحيل تطبيقها في الحالة الأولى وذلك لأنه لا يمكن إهدار الجانب الإرادي للمتفاوض، صحيح أنه لم يبرم العقد إلا أن إرادتهما اتجهت لإبرامه وبغته يفاجئ من لا ذنب له بقطع هذه المفاوضات<sup>4</sup>، ويخسر ما كان يروم الوصول إليه فتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية يعني عدم إعطاء الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات، فهذا يؤدي إلى إحجام الأفراد على الدخول في مثل هذه العلاقات لأن من يريد أن يتفاوض يجب أن يدع نصب عينيه فكرة جوهرية وهي إما أن يبرم عقدا رغما عن إرادته وإنما أن يقطع المفاوضات ويتحمل التعويض المترتب عليه وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وهذا لا نجد له فكرة قانونية واضحة تجسده أو تقول به طائفة من الفقهاء، وفي التصور الثاني- إذا اتضح أنه كان قاصرا- أفلا نجد النتيجة العكسية أمام أعيننا إذا ما طبقت أحكام المسؤولية التقصيرية؟ يعني أن المفاوضات إذا ما نجحت وكان أحد أطرافها قاصرا فله خيار الإجازة والنقض خلال المدة المحددة له قانونا وهذا يعد حق طبيعيا يمارسه إذ ينعقد العقد موقوفا لمصلحته فإذا ما نقض العقد لا يسأل عن التعويض، بينما إذا فشلت المفاوضات فإن القاصر يسأل عن التعويض في حين لا يسأل عن التعويض لو أبرم العقد ونقضه لقصره. فهذه نتيجة غريبة تترتب على القول بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية أمام بالنسبة لعدم إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية العقدية عموما فهو أيضا قول لا يستقيم مع طبيعة المفاوضات لأن المسؤولية العقدية تعالج الأضرار الناشئة عن العقد فإذا حكمنا بها نكون قد جعلنا العقد يمد ظله للمرحلة السابقة على إبرامه، ومن تم يصح المتفاوض ملزما

1- محمد براءة غزبول: التصدير والاستيراد والإشكالية القانونية، منشورات جمعية تنمية البحوث للدراسات القضائية 1993، ص 93.

2- محمد سمير الشرقاوي: م س، ص 112.

3- محمد شفيق: م س، ص 71 وما بعدها.

4- محمود سمير الشرقاوي: م س، ص 111.

بالعد منذ دخوله في المفاوضات لا من لحظة إبرامه ومن تم يفوت الغرض المنشود من المفاوضات وهو التروي والتبصير والتأمل والتفكير بمنافع العقد المراد إبرامه قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عنه<sup>1</sup>.  
وعليه وانسجاما مع الطبيعة المتميزة للمفاوضات العقدية نؤيد الاتجاه الفقهي الذي يذهب إلى أن المسؤولية السابقة على التعاقد هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة، على أساس أن المسؤولية تحمل طبيعة وأوصاف الحق نفسه الذي تحميه وهذه المسؤولية هي مسؤولية ما قبل التعاقد (La responsabilité précontractuelle)<sup>2</sup>

1- محمد شفيق: م س، ص 61.

2- ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية فيينا، 1980 مكتبة الجلاء بالمنصورة 1995 ن ص 40.

## شرط إعادة المراجعة في عقود التجارة الدولية

مريم بهلوان

طالبة باحثة في صف الدكتوراه قانون الأعمال والاستثمار

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول\_وجدة\_

### مقدمة

تتميز عقود التجارة الدولية بطول مدتها، ويعود ذلك إما إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم كما في عقود الامتياز وعقود التوريد، أو إلى طبيعة العقد وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، كما في عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية<sup>1</sup>.

ولا جدال في أن ارتباط العقد بمدة زمنية طويلة، نسبيا سيجعله عرضة لبعض الظروف والأحداث التي قد تؤثر في قدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم<sup>2</sup>.

وإذا كانت التغييرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح على المستوى الداخلي، فإن هذا الأثر يتعاظم ويزداد على المستوى الدولي، إذا غالبا ما تشهد حركة الأسواق العالمية تغييرا ملحوظا في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة أو المنتجة بسبب بعض الأحداث والظروف.

وقد أدى الواقع المذكور إلى خلق مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملازمات التجارة الدولية جعلت من الواضح عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية المختلفة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات على مستوى التجارة الدولية. لذلك، فقد أوجد واقع عقود التجارة الدولية حولا قد اعترف من خلالها للأطراف بحرية واسعة في تنظيم عقودهم بمقتضى نوعين من الشروط<sup>3</sup>.

**النوع الأول:** ويسمى شروط التعديل التلقائي للعقد، وتهدف هذه الشروط إلى تعديل بنود العقد تلقائيا: دون حاجة إلى تدخل الأطراف أثناء إجراء التعديل، ومن تلك الشروط شرط الإبقاء على القيمة على مؤشر معين أو شرط الإبقاء على القيمة رغم تغيير العملة.

**النوع الثاني،** ويسمى شروط مراجعة العقد، حيث تهدف هذه الشروط إلى مراجعة بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف، وأهم هذه الشروط وأكثرها رواجاً في واقع العقود الدولية شرط إعادة التفاوض.

ويثير الشرط الثاني –والذي هو محل هذه الدراسة- في الواقع تساؤلات عدة لا سيما من حيث ماهية الشرط وأساسه وآثاره، ودرجة تأثير تلك الأحداث على توازن العقد، وأثر ذلك الشرط على تنفيذ العقد، حيث يؤدي أعمال

1- محمد علي جواد –العقود الدولية- مفاوضاتها- إبرامها تنفيذها- دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمان سنة 2010 ص 205 وما بعدها.

2- حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة – دار الكتب القانونية دار الشقاق والبرمجيات، مصر، دون ذكر الطبعة ص 123.

3- حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001 ص 20.

الشرط المذكور إلى وقف تنفيذ العقد، وإعادة التفاوض بين الأطراف يهدف تعديل بعض بنوده بما يتماشى مع الوضع الجديد الناجم عن تحقيق الحدث.

وإزاء قصور التشريعات الوطنية، ومنها التشريع المغربي في معالجة المشكلات التي يثيرها موضوع البحث، وارتباطه بعقود تنامي أهميتها العملية وتزداد يوما بعد يوم لا سيما وأن المغرب من أكثر الدول التي ترتبط بعقود البيع الدولي.

سنحاول في هذه الدراسة تناول هذا الشرط بنوع من التفصيل وذلك من خلال محورين كما يلي:

المحور الأول: ماهية شرط إعادة مراجعة العقد

المحور الثاني: الآثار المترتبة على مخالفة الشرط

## المحور الأول: ماهية شرط إعادة مراجعة العقد

إن توافق الإرادات يقوم عادة على وجود اتفاق سابق ملزم للطرفين المتعاقدين من أجل تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولا يمكن الطعن فيه لاحقا، إلا أن هذا المبدأ قد يواجه عند عدم إبرام العقد ظروفًا تجعل احترام الأطراف لالتزاماتهم مستحيلا، حيث تحمل معها أسباب الاتقاد من تنفيذ الشروط التعاقدية.<sup>1</sup> وبجانب هذا السبب المشروع للإعفاء، نلاحظ في أغلب العقود الدولية أن بعض النصوص التشريعية والأعراف التعاقدية، قد منحت الأطراف الحق في الإعفاء من التزاماتهم التعاقدية من حالة التغيير من اقتصاديات العقد عما كان عليه وقت إبرامه.

سننظر مفهوم هذا العقد وأساسه القانوني، ثم للإشكالات التي يثيرها.

### أولاً: مفهوم مراجعة العقد

إذا كانت نتائج تغيير الظروف يترتب عنها إما فسخ العقد، أو انتقاد مسؤولية المدين كأثر القوة القاهرة، وإما جعل التزام أحد المتعاقدين مرهقا لدرجة كبيرة مما يهدد بخسارة فادحة. وكأثر للظروف الطارئة، فإن شرط إعادة مراجعة العقد يخلق التزاما بإعادة المراجعة لشروط العقد، ويعبر الفقه عن اقتراب العلاقة بين الظروف المتغيرة وشرط مراجعة العقد بالنظر إلى النتيجة المترتبة على كل منها بتغييرات متباينة، فالبعض يعبر عنها بقوله: "يتفق الأطراف في الغالب في شروط القوة القاهرة على إعادة مراجعة العقد بهدف تعديله، وفي هذه الحالة يمكن أن يدرج شرط القوة القاهرة ضمن طائفة شروط إعادة مراجعة العقد".<sup>2</sup>

بينما البعض الآخر يعبر عنها بقوله بأن: "شرط الظروف الطارئة والذي يسمى غالبا شرط إعادة مراجعة العقد، حل مناسب خلقه الواقع التعاقدى لمواجهة الصعوبات التي يواجهها تنفيذ العقد".<sup>3</sup> ويقصد بشرط إعادة مراجعة العقد شرطا يدرجه الأطراف في العقد يتفقون بموجبه على إعادة مراجعة العقد فيما بينهم عندما تقع أحداث تؤثر في تنفيذ العقد وتجعل تنفيذه إما مستحيلا، وإما قد تجعله مرهقا، وهذا الشرط يحدده الأطراف سواء في اتفاق منفصل عن العقد أو في العقد نفسه.

وتكمن أهمية شرط إعادة مراجعة العقد في حقيقة الشرط، وهو السعي على تعديل أحكام العقد عن طريق إعادة مراجعته من طرف الأطراف، وذلك حتى يمكن العقد الاستمرارية في التنفيذ والموازنة بين التزامات الطرفين المتعاقدين، وعدم الإجحاف بأي التزام من هذه الالتزامات.

ويتميز شرط إعادة مراجعة العقد بأنه شرط تعاقدى خاص لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم، حيث يوضح الأطراف فيه بشكل مفصل ودقيق ومفهوم الشرط والأحداث التي يواجهها وأثرها على الالتزام، والمعالجات التي يمكن أن يحدثها الأطراف في حالة تغيير الظروف.

1- عادل محمد خير: عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة 1994 ص 33.

2- محمد علي جواد: العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها وتنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 2010، 102.

3- محمد حبيب عبد العال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر 1998، ص 87.

والمفهوم الاتفاقي للشرط يفرض على الأطراف، أن يحددوا بدقة أهدافهم من مختلف عناصر الشرط في العقد، وقد حدد بعض الفقه عناصر يمكن استنتاجها كعناصر يمكن للأطراف الاتفاق عليها مثل:

- تحديد الأحداث التي يمكن تطبيق الشرط عليها، وقد تكون هذه عامة خارجة عن إرادة الأطراف.
- تحديد معنى اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الظروف.
- تحديد الأطراف لمصير العقود أثناء إعادة المراجعة، وهل سيستمر في التنفيذ أم يتم توقيفه إلى حين انتهاء إعادة المراجعة. كما يجب أن يشمل الاتفاق أيضا مصير العقد في حالة فشل إعادة المراجعة والحل الذي يمكن اتباعه في هذه الحالة<sup>1</sup>.

وشرط إعادة مراجعة العقد يختلف باختلاف العقود والظروف، بمعنى أن مضمونه ليس واحدا في كل العقود، وإنما يتنوع وفقا لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد، ففي عقد يواجه الشرط الظروف الاقتصادية، بينما يواجه الشرط في عقد آخر ظروفًا سياسية، وقد تكون مالية أو قانونية أو اقتصادية.

وقد يتفق الأطراف على أن يعفى كل منهم من التزامه وينقضي العقد بالنسبة إلى الطرفين معا في حالة عدم الاتفاق، أو الاتفاق على إحالة الأمر على قضاء التحكيم، كما قد يتفق الأطراف على انطباق الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم، بينما يتفقون في عقد آخر على وقوع درجة معينة من الضرر، بمعنى أن يكون الضرر غير مألوف، ومن خلال ما سبق فالشرط يتوقف على محتوى النص التعاقدية، لذا فإن شكله ومضمونه يختلف من عقد لآخر<sup>2</sup>.

#### ثانيا: الأساس القانوني لشرط مراجعة العقد

لما كان السائد في القانون أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

وأنه كيفما كان الاختلاف بين الحقوق والالتزامات في العقد الصحيح، فليس للمحكمة أن تعدل منه شيئا لما يحقق المساواة الحقيقية بين المتعاقدين، إلا إذا نص القانون صراحة على إباحة هذا التعديل، فإن المبدأ المطبق في عقود التجارة الدولية ومبدأ الحفاظ على العقد وإبقاء العلاقة العقدية مستمرة بين الأطراف ولهذا قلما يتفق الأطراف على إنهاء العقد أو فسخه بسبب تغير الظروف.

وإذا كان التشريع الفرنسي الذي تأثرت به بعض التشريعات العربية قد جاء بنص عام يكرس التعديل القضائي للعقد بسبب أحداث استثنائية، كالتشريع المصري في مادته 147، وكذلك القانون اليمني في مادته 211 من القانون المدني اليمني الذي ذهب إلى الموازنة بين مصلحة الطرفين في حالة إذا طرأت حوادث استثنائية، ترتبت على حدوثها صيرورة العقد مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وبالتالي رد الالتزام المرهق إلى المعقول، وكذلك القانون السوري في

1- حسن المصري: م س، ص: 125.

2- بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009 ص 35.

مادته 148، والقانون الكويتي في مادته 146، والتي جاءت كلها إلى رد الالتزام المرهق بسبب تغير الظروف إلى الحد المعقول أو حد التوازن بين التزامات الأطراف.

فإنه في غالب الشروط التعاقدية التي يضمنها الأطراف في عقودهم وآراء الفقه التجاري الدولي تذهب إلى أنه يمكن للأطراف الاتفاق على إعادة مراجعة العقد بهدف تعديل أحكامه بشكل يتماشى مع المعطيات والظروف الجديدة. لذلك نجد أن أساس إعادة مراجعة العقد في العقود التجارية يرجع في الأساس إلى الشروط التعاقدية، وقضاء التحكيم<sup>1</sup>.

ولما كانت الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في عقودهم تهدف إلى مبدأ الحفاظ على العقد واستمراره، فإن من أهم هذه الشروط هو شرط إعادة مراجعة العقد الذي يدرجه الأطراف لمواجهة تغير الظروف سواء كانت ظروف قاهرة أو حوادث استثنائية طارئة توجب تدخل الأطراف أولاً ثم القاضي أو المحكم ثانياً، وذلك لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق تعديله والتخفيف من آثاره.

وتهدف الشروط التعاقدية التي يتفق فيها الأطراف على إعادة مراجعة العقد إلى ضمان عودة العقد للسريان، ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي يتفق فيها الأطراف على إعادة مراجعة العقد الشرط التعاقدية الذي يقضي بأنه "سوف يتقابل البائع والمشتري لإيجاد حل يقبلونه لمواجهة تغير الظروف".

#### ثالثاً: الإشكالات التي يثيرها شرط مراجعة العقد

إذا كان شرط إعادة مراجعة العقد يحقق مزايا كثيرة ويخفف من جمود النصوص القانونية وتشدد الفقه والقضاء في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه يتولد عن صعوبات كبيرة في التطبيق، فنظراً لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب النص الصريح عليه من طرف الأطراف في العقد والمطالبة بإعماله من طرف أحد أطراف العقد من أجل تعديل بنود العقد وأحكامه، وفي حالة عدم وجود نص صريح له يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وسوف يرتبط تطبيق الشرط على مدى معرفة القانون المطبق على العقد لهذه النظرية. وفي هذه الحالة تنطبق بالقدر وبالشروط التي يتطلبها القضاء، وبمعنى آخر فإن ذلك سيؤدي إلى المتاعدين أن يحددوا في حالة غياب الاتفاق الصريح على تطبيق هذا الشرط سوى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومن الصعوبات التي يثيرها هذا الشرط:

**صياغة الشرط:** يطرح السؤال عن الصياغة التي يجب أن يأتي فيها هذا الشرط، هل بصياغة محددة صريحة أم مجرد الإشارة إلى هذا الشرط من قبل الأطراف حتى ولو لم تكن صريحة، لا تكفي لتطبيق هذا الشرط، لأن مجرد الإشارة إلى المصطلح لا تعني شيئاً في حد ذاتها وبالتالي، فإنه في حالة غموض مصطلح هذا الشرط يؤدي إلى أن القاضي أو المحكم لا يستطيعون تحديد مضمون هذا الشرط من تلقاء أنفسهم إنه يثير صعوبة كبيرة في تحديد نية الأطراف ومقاصدهم من هذا الشرط خصوصاً عندما يعارض أحد الأطراف حول مدى توافر عناصره كما كانت في نية الأطراف عند إبرام العقد ولذلك فإن غالبية فقه التجارة الدولية يؤكدون على ضرورة صياغة واضحة ودقيقة للشرط وعناصره وذلك من أجل تطبيق بشكل جيد.

1- أحمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية بيروت، 2008 ص 80.

ونخلص إلى أن هذا الشرط يلزم لتطبيقه التطبيق الجيد أن يتم تنظيمه التنظيم الدقيق من قبل الأطراف، وتحديد عناصره، ومضمونه بشكل لا يثير الجدل حول تفسيره التفسير الخاطئ على عكس ما تطلبت نية الأطراف وقت اشتراطه.

وكذلك الشرط الذي يقضي بأن المتعاقدين سوف يبذلون جهودهم من أجل الوصول إلى اتفاق مناسب خلال مدة معينة، وكذلك الشرط الذي يتفق الأطراف فيه على أنه "سوف يبحث الأطراف عن حل يتماشى مع مصالحهم المشروعية". ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تهدف إلى تعديل العقد بشكل معقول أنه "في حالة عدم استطاعة أي طرف من أطراف هذا العقد الوفاء بالتزامه، فإنه يدخل الأطراف في مناقشات بهدف تعديل شروط العقد بشكل يمكن من تنفيذ هذه الالتزامات بشكل معقول".

#### - قرارات التحكيم:

إذا كانت الشروط التعاقدية التي يتفق فيها الأطراف على شرط إعادة مراجعة العقد التجاري الدولي لا تثير إشكالية بالنسبة إلى المحكم الدولي الذي يطبق الشرط المتفق عليه من قبل الأطراف، فإن السؤال يثار حول هل يمكن للمحكم أن يفرض تطبيق شرط إعادة مراجعة العقد حتى ولو لم يكن الأطراف قد اتفقا عليه في عقدهم؟ إذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أنه لا توجد قرارات تحكيم قضت بإعادة تعديل العقد في حالة وقوع القوة القاهرة، فإن هناك العديد من قرارات التحكيم تذهب إلى إجازة تعديل العقد مثل القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 6129 لسنة 1990 والذي تتلخص وقائعه في قيام دائن من إحدى الدول بمطالبة المدين وهو من دولة أخرى بالتعويض عن عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه بدفع مبلغ من المال المدين به للدائن، فاحتج المدين للظروف المالية الصعبة التي يمر بها وأنه قد أشعر الدائن بالحضور للمشاركة في اجتماع الدائنين الذي دعا إليه بهدف تقسيم هذه الديون وديون أخرى، ولكن الدائن الأجنبي رفض الحضور فقررت هيئة التحكيم اعتبار عدم حضور الدائن للاجتماع بعد إشعاره بشكل خطأ بما يستوجب معه تخفيض التعويض المستحق له نتيجة عدم حضوره من أجل البحث عن وسيلة لمواجهة تغير الظروف.<sup>1</sup>

وكذلك القرار التحكيمي الصادر عام 1983 من هيئة المبادلات البحرية في اليابان وتتلخص وقائعه في أنه<sup>2</sup> مستأجر سفينة كورية اتفق مع مجهزة سفينة من دولة بينما من أجل نقل حمولة فوسفات وتفرغها في ميناء دولة إيران، وبعد وصول الحمولة إلى ميناء الدولة الأجنبية والمتفق عليه تأخر المستأجر الكوري في تفرغ حمولة الفسفاط في الموعد المتفق عليه، فطلب مجهزة السفينة المستأجر في تعويضه عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا التأخير والمتمثلة في القيمة التي دفعها نتيجة رسوم السفينة في ميناء التفرغ، وعدم استغلال السفينة خلال مدة التأخير، لكن المدعي الكوري رد على طلب التعويض بأن التأخير في تفرغ الشحنة لم يكن بسبب خطأ منه، وإنما يرجع إلى عدم استطاعة العمال تفرغ الحمولة ليلا بسبب الحرب التي كانت بين العراق وإيران وأن هذه الظروف تشكل قوة القاهرة بالنسبة إليه، فقررت هيئة التحكيم أنه وإن كان تغير الظروف التي يتمسك بها مستأجر السفينة الكوري، فإنه لا يمكنه التهرب كلياً

1- أحمد كوجان: م س، ص: 6.

2- حسن المصري: م س، ص: 126.

من تنفيذ التزامه وذلك لأنه كان بإمكانه مراجعة مجهزة السفينة لتفادي ذلك، وأن الاحتجاج بتغير الظروف لا تنفي عنه المسؤولية.<sup>1</sup>

ونخلص من ذلك أن شرط إعادة مراجعة العرض بسبب تغير الظروف لا يجد أساسه فقط في الشروط التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف وإنما أيضا في قرارات التحكيم المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

### المحور الثاني: الآثار المترتبة على مخالفة الشرط

سنحاول التطرق بتفصيل لهذه الآثار كما يلي:

#### - مضمون الالتزام بالشرط

عندما يتم إدراج شرط إعادة مراجعة العقد بسبب تغير الظروف التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بحيث يصبح الالتزام إما مستحيلا استحالته مطلقة في التنفيذ، وإما أن يجعل التزام أحد المتعاقدين مرهقا. فإن شرط إعادة مراجعة العقد حتى يحقق الغرض منه، يفرض على عاتق الأطراف المتعاقدة التزاما بوجوب إعادة مراجعة العقد من أجل تعديل أحكامه. ولتحقيق هذا الغرض فإن هذا الالتزام يخلق نوعين من الالتزامات المتقابلة وهما كالآتي:

- على المدين المتضرر من وقوع تغير الظروف التزاما يتمثل في قيامه بإشعار الدائن المتضرر من وقوع تغير الظروف، التزاما يتمثل في قيامه بإشعار الدائن بالتغير في الظروف وأثاره ونطاقه وانتهائه، وأن يكون هذا الإشعار في أسرع وقت ممكن وذلك حتى يتمكن الدائن من اتخاذ ما يلزم للحفاظ على مصالحه كليا أو جزئيا.
- يفرض في المقابل على الدائن الالتزام بالحضور للتفاوض حول إعادة مراجعة العقد من أجل تعديل أحكامه وذلك حتى تتماشى مع الظروف الجديدة، هذا ويترتب عن عدم حضور أحد الأطراف لإعادة مراجعة العقد أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم حضور ذلك الطرف، ولتلافي هذه المشاكل فإنه يجب على الأطراف أن يحددوا الأحداث والعناصر التي يجب توافرها في الحدث، وشرط إعادة مراجعة العقد حتى لا تثار مشكلة في حسم النزاع.<sup>2</sup>

لكن الأطراف في بعض الشروط يحرصون على تحديد الوسيلة التي يمكن بها حل النزاع الذي قد ينشأ بينهم، أما إذا لم يتم تحديد الوسيلة أو الحل المناسب الذي يجب اتباعه فإنهم سيلجؤون إلى التحكيم لحل النزاع الذي قد ينشأ بينهم.

1- شريف محمد غنام: أثر تعبير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل الدكتوراه، جامعة المنصورة كلية الحقوق، السنة الجامعية 2000 ص 139.

2- رضا محمد إبراهيم عبيد: الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1979 ص 13.

### ثانيا: التعبير عن الالتزام بالشرط:

إذا كان الالتزام أو التعبير عن الالتزام بإعادة مراجعة العقد يختلف من عقد إلى آخر، فإن الأطراف لا يعطون أهمية كبيرة للنص في اتفاهم، فالتعبيرات الواردة في الشروط التعاقدية لا تعكس أهمية ذلك. فالبعض من الشروط توضح مضمون الالتزام بإعادة مراجعة العقد بالنص عليه صراحة. مثل التعبير عنه بـ "يجب على الأطراف مراجعة العقد" أما البعض الآخر من الشروط فإن تفسيرها يؤدي إلى أنه من حق المتعاقد رفض الالتزام بإعادة مراجعة العقد، كما لو استخدم الأطراف عبارة "يمكن أن يقوموا بمراجعة العقد"<sup>1</sup>.

وإذا كانت بعض الشروط لا يشير فيها الأطراف إلى واجب الالتزام بإعادة مراجعة العقد، مثل الشرط الذي يقضي بأنه: "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة، فإن على الأطراف أن يتفقوا على تعديل الثمن"، فإن بعض الشروط يعبر فيها الأطراف على واجب الالتزام بإعادة مراجعة العقد.

ومن وجهة نعتقد بأنه إذا كانت التغييرات التي يأخذ بها أطراف العقد التجاري الدولي للتعبير عن شرط إعادة مراجعة العقد تختلف من عقد إلى آخر، فإنه لا يمكن اعتبارها بأنها تمنح للمتعاقد حق رفض أو قبول الدخول في إعادة مراجعة العقد، وأن عدم وضوح هذه التفسيرات أو التعبيرات يرجع إلى العبارات والمصطلحات التي يستخدمها الأطراف والتي يعبرون بها عن إرادتهم في هذا السياق.

فشرط إعادة مراجعة العقد لا يحقق الغرض المطلوب منه إلا إذا ارتضى الطرفين المتعاقدين أو أجبرا على ذلك، وبالتالي لا يمكن القول بأن قصد الأطراف قد اتجه إلى جعل مراجعة العقد اختياريا لمتعاقد أو لآخر، لأن من شأن هذا الأسلوب أن يمنع من تطبيق هذا الشرط وتحقيق الأهداف المتوخاة منه<sup>2</sup>.

### ثالثا: نتيجة مخالفة مضمون الالتزام بالشرط

إذا كان شرط إعادة مراجعة العقد يضمن للطرف المغبون في تنفيذ التزامه العقدي بسبب تغير الظروف حق مراجعة العقد بشكل يضمن توازن الأداءات، فإن اختلال هذه الأخيرة من شأنها أن تضر بأحد المتعاقدين ضررا كبيرا وخاصة إذا استعمل المتعاقد الآخر وسائل ملتوية لفرض إعادة مراجعة العقد<sup>3</sup>.

وهنا تثار إشكالية حول مدى استطاعت المتعاقد صاحب المصلحة من إعادة مراجعة العقد إجبار المتعاقد الآخر والذي يرفض الدخول إلى المفاوضات من أجل إعادة مراجعة العقد<sup>4</sup>.

يمكن القول بأنه إذا كان من النادر أن يتفق الأطراف على وسيلة معينة أو جزاء معين يمكن تطبيقه على المتعاقد، فإنه في حالة غياب التنظيم الاتفاقي لهذا الجزاء فإنه من الممكن إيجاد العديد من الجزاءات التي يمكن تطبيقها على المتعاقد المتهرب من إعادة المراجعة، حيث نجد بعض هذه الجزاءات تفرضها ضرورة المعاملات التجارية الدولية،

1- شريف محمد غنام: م س ص 140.

2- وائل حمدي أحمد: الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دراسة تحليلية مقارنة لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية، دار الكتب الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 139.

3- أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي 1981 القاهرة المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، مجلة قانونية اليمن صنعاء 2004.

4- حفيظة السيد الحداد: م س ، ص: 31.

والبعض الآخر نجد أساسها في القواعد العامة. وبالنسبة إلى الجزاء الذي يمكن تطبيقه على المتعاقد المتهرب من إعادة المراجعة والذي يجد أساسه في القواعد العامة، يتمثل في التمسك بعدم التنفيذ.

ففي العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء يجوز للمتعاقد بدلا من أن يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، أن يمنح تنفيذ التزامه إذا لم ينفذ الالتزام المقابل، هذا هو معنى الدفع بعدم التنفيذ وهو وسيلة يلجأ إليها المتعاقد للضغط على مدينه وحمله على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء<sup>1</sup>. وفي هذا الإطار نصت المادة 235 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منها أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل وذلك ما لم يكن أحدهما ملزما حسب الاتفاق أو العرف بأن ينقد نصيبه من الالتزام أولا".

كما أن الدفع بعدم التنفيذ هو امتناع مشروع عن عدم تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه العقدي، كما أنه يمثل ضمانا للدائن الذي يدفع بعد التنفيذ، إذ يوقف تنفيذ التزامه لحين تنفيذ المدين لالتزامه، مما يحميه من إفسار مدينه قبل التنفيذ، كما أنه وسيلة تهديد يستعملها الدائن لإجبار المدين المتقاعس عن تنفيذ التزامه العقدي<sup>2</sup>.

والدفع بعدم التنفيذ بهذا المعنى تطبيق للحق الذي يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتب

به.

ويذهب بعض الفقه إلى أن عدم التنفيذ هو عين الفكرة التي تبني عليها فسخ العقد الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى، بمعنى أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن تكون هناك التزامات متقابلة في عقد ملزم للجانبين، بحيث يكون كل التزام متعاقد عليه مترتب على التزام متعاقد آخر.

فيما يذهب اتجاه آخر إلى التشكيك في وجود هذا الارتباط والتقابل بين التزامات المتعاقدين في حالات دون حالات أخرى. وذلك لأنه من الممكن أن يشكل التزام المتعاقد الذي يرغب في التخلص منه التزاما أساسيا في تنفيذ العقد، لا يرتبط بالتزام المتعاقد الآخر الذي قد يكون التزامه ثانويا بالمقارنة بالالتزام الأول<sup>3</sup>.

وإعادة مراجعة العقد يمكن أن ترد على الالتزام الأصلي في العقد الالتزام بتسليم الشيء المبيع، هذا وإن كان الدفع بعدم التنفيذ إجراء يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد لفترة معينة، لحين قيام المتعاقد المتهرب بتنفيذ التزامه، فإن الإجراء قد يفشل في تحقيق الهدف، وهو إجراء المدين على التنفيذ وذلك لأن المدين قد يظل ممتنعا عن تنفيذ التزامه.

أما بخصوص الجزاء الذي تمليه ضرورة معاملة التجارة الدولية والتي يمكن للأطراف اللجوء إليها فهي:

- اتفاق الأطراف على أنه يجوز لأي منهم فسخ العقد بإرادته المنفردة، وإذا رفض المتعاقد الآخر الدخول في إعادة مراجعة العقد فعليه أن يشعر المتعاقد الآخر بنيته في الفسخ. وبالرغم من سهولة هذا الحل، فإنه لا يستحب

1- وائل حمدي أحمد: م س ، ص: 141.

2- رضا محمد إبراهيم: م س، ص: 10.

3- محمد ماجد خلوصي: القضايا التحكيمية، الأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي نظرت في المركز العربي للتحكيم من 1 يناير إلى 31 دجنبر 2004، المركز العربي للتحكيم، مكتبة الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص: 9.

استخدامه في العقود التجارية الدولية التي تكتسي مدة طويلة من الزمن، ولها أهمية كبيرة في تحقيق مصالح الطرفين، كما أن هذا الحل يتناقض مع الأهداف التي وضعها الأطراف من أجل الإبقاء على العقد حتى إتمامه لتحقيق الغرض المنشود منه، فلماذا يسمح لأحد الأطراف بفسخ العقد بإرادته المنفردة بينما قد أعلن الأطراف عن رغبتهم في الإبقاء على العقد وذلك بإدراج شرط إعادة مراجعة العقد، وأنه بإمكانهم التوصل إلى حل لمواجهة تغير الظروف<sup>1</sup>.

– اتفاق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهم الدخول في إعادة مراجعة العقد، فإن العقد الأصلي يستمر في التنفيذ، وبالتالي فإن هذا الحل يفترض في تطبيقه أن يكون المتعاقد حسن النية، وأن هذا الحل يعتمد على صدق وأمانة المتعاقدين، وذلك لأن المتعاقد المستفيد من تغير الظروف والذي يرغب في استمرار العقد، ويمكن له عدم الدخول في إعادة مراجعة العقد، وأن الطرف الآخر لا يستطيع إجباره على الدخول في ذلك<sup>2</sup>.

1- محمد نصر الدين منصور: نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين، دار النهضة العربية، القاهرة 1989 ص 15.

2- شريف محمد غنام: م س، ص: 8.

## مرحلة المفاوضات العقدية

### لطيفة وراوي

دكتورة في القانون الخاص

كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية

جامعة محمد الأول -وجدة-

#### مقدمة:

من خلال الحياة العملية وما جرت عليه العادة، غالبا ما يتم التفاوض خلال جولة واحدة متى كان العقد بسيطاً، أو على مراحل متعددة متى كان العقد مركباً، حيث يتطلب الأمر جلسات متعددة يتم بلورة النقط المتفق عليها في اتفاق كل مرحلة حسب الحالة الأخيرة، ومواصلة التفاوض على النقط الأخرى، وترتيبها وهكذا دواليك حتى الاتفاق النهائي على كافة شروط العقد. ويقوم الطرفان بتدوين ذلك في مستندات، وذلك بترتيب نقط التفاوض بشكل تنازلي حسب أهمية كل منهما<sup>1</sup>.

وعليه فمرحلة المفاوضات التمهيدية هي المرحلة التي يتم فيها وضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد النهائي، فهي المرحلة التي يتوصل فيها الطرفان إلى الاتفاق حول عناصر العقد الأساسية، بعد مناقشتها وتقديم العروض والمقترحات بشأنها.

حيث يتم فيها وضع اللبنة الأولى التي تشيد عليها العملية التعاقدية، وترسم الملامح بشأنها، لنطاق حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة<sup>2</sup>.

لكن قبول الدخول في المفاوضات بشأن عقد معين لا يعني بالضرورة إلزام طرفيه بإبرام العقد النهائي، حيث إن هذه المفاوضات قد تنتهي باتفاق يهيم مختلف شروط العقد الجوهرية وباقي الشروط المشروعة الأخرى<sup>3</sup>، ومن ثم يتم إبرام العقد، وقد تفشل المفاوضات بحيث يحق لكل طرف العدول عن التفاوض، وعدم مواصلته إسناداً إلى مبدأ حرية التعاقد التي تتميز بها فترة ما قبل التعاقد<sup>4</sup>.

1- وفاء جوهر: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2008-2009، ص 13.

2- حمدي محمود بارود: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) غزة، فلسطين، العدد 2، 2005.

3- محمد حبيب عبد العال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1998، ص 39.

4- حمدي محمود بارود: م س، ص 41.

وعليه سوف نخصص المحور الأول للدعوة المجردة للتفاوض على أن نخصص المحور الثاني للإيجاب في المراحل السابقة على التعاقد.

### المحور الأول: الدعوة المجردة للتفاوض

في هذه الصورة يدعو أحد الطرفين الطرف الآخر للدخول في مفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون بيان للعناصر الرئيسية للتعاقد فيوافق الطرف الثاني على التفاوض، من خلال الانطلاقة الأولى لإنشاء التزامات تعاقدية. ويطلق على هذه المرحلة اصطلاحاً مرحلة المفاوضات المسبقة، أو الاتصالات المبدئية. وتكون هذه في الغالب بطرق غير رسمية أو شبه رسمية، ويتم عادة فيها اختيار الموضوعات التي ستكون محلاً للتفاوض، ووضع المبادئ العامة التي سيتم مناقشتها والتي ستشكل أساس الحل الذي يود الأطراف التوصل إليه<sup>1</sup>.

والدعوة إلى التفاوض تتخذ صوراً متعددة، فقد يدعو أحد الطرفين الطرف الآخر إلى الدخول في المفاوضات بناء على أسس معينة، وقد يكتفي بتحديد موضوع العقد المقترح فقط، دون بيان أسس التفاوض، وقد يتفق الطرفان في عقد خاص، أو من خلال عقد سابق على الدخول في المفاوضات<sup>2</sup>.

وعليه فمضمون المفاوضات مرتبط بالحالة التي يتولى فيها أحدهما الإقبال على مناقشة مضامين الالتزام وطرقه، أو صياغة ما تمت مناقشته والاتفاق عليه، ولكن لا يعني هذا كما سبقت الإشارة إلى ذلك أن ما تمت صياغته يعتبر ملزماً لأطرافه، حيث في الغالب أن من يقترح التفاوض لا يقصد الالتزام بما تم طرحه وإنما من وراء ذلك مجرد رسم الخطوط العامة، ووضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية تمهيداً لصياغتها في شكل قالب متفاوض بشأنه<sup>3</sup>.

لذلك فالعرض الذي يتقدم به الشخص الأول لا يعتبر إيجاباً بالمفهوم القانوني الدقيق، وإنما مجرد اقتراح أو خطة طريق تفاوضية<sup>4</sup> غير ملزمة، فهناك عروض وعروض مضادة، لا ترتب آثاراً قانونية ولن يتقيد بها المفاوض الذي قدمها، بحيث يحق له أن يغير فيها، أو أن يضيف إليها، أو أن يعدل عنها كلية أو يتقدم بعرض جديد<sup>5</sup>، حتى تتحدد إرادة الطرفين وتتوحد. ومن ثم يمكن القول بأن ليس هناك إيجاب في مرحلة المفاوضات، لأن هاتاه الأخيرة هي بمثابة مقدمة للإيجاب، تبدأ بأن يتعرف كل طرف على احتياجات الآخر، والقدرة على الاستجابة لها، فإذا ما أسفرت المفاوضات ولاسيما الفنية أو التقنية منها عن التقارب بين وجهات النظر بدأت المفاوضات القانونية لتحديد شروط العقد، ونوعه، وآثاره. ويطلق عليها اصطلاحاً اسم الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب المجرد<sup>6</sup>.

1- جمال فاخر النكاس: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة 20، ع الأول، 1996، ص 8.

2 - Gerddas : l'colligation de négociateur. RTD.com 1985, n 16, p 101.

3 - Shnidt (j) négociation et conclusion de contrats d 1982,p 13.

4- وقد وضع الفقهاء عدة نماذج أو جمل للتخاطب حتى تصل المفاوضات خارج دائرة الالتزام، من هذه النماذج نذكر كلمة يقبل-ترضى- يوافق، ويحرص على عدم استخدام أي جملة أو لفظ يفيد الالتزام ويستحسن اللجوء إلى ألفاظ تحتمل عدة أوجه مثل كلمة-مفاوضات موازية مع طرف آخر أي عدم القبول وتفيد الرفض كالنص صراحة على حرية كل طرف في إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر أي عدم القبول بشرط (التعامل المانع) وبعبارة أخرى حرية التعاقد أو التفاوض مع طرف آخر غير الطرف الأصلي في التفاوض للمزيد من الإيضاح يراجع مؤلف حمدي محود بارود، م س، ص 20.

5- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود. مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة السعودية، سنة 1995، ص 90.

6- وفاء جوهر: م سن ص 312.

لذا فلا الفقه ولا القضاء، نجحاً في وضع معيار حاسم للتمييز بين الدعوة إلى التفاوض وبين الإيجاب المجرد، لأن المشكل يتعلق بالواقعة المعروضة على القضاء، ويختلف باختلاف الظروف والملايسات، ويستقل بتقديره قاضي الموضوع أو المحكم الذي يعرض عليه النزاع وعلى سبيل المثال-إرسال قائمة بالأسعار قد يعتبر دعوة إلى التفاوض في ظروف معينة، ومن الممكن أن يعتبر إيجاباً في ظروف أخرى، فالذي يميز بين الإيجاب (L'offre) وبين الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد (proposition) هو وجود أو عدم وجود النية الحقيقية في الارتباط والاقتران، فعرض البضائع للجمهور مع أثمانها قد يعتبر إيجاباً، وقد لا يعتبر كذلك، أما النشر والإعلان وإرسال الأسعار، والتعريفات والنشرات الدعائية، وكذا عرض سلعة خالية من بيان وصفها وطبيعتها هي مجرد دعوة إلى التعاقد<sup>1</sup>، فلا يعتبر العرض الموجه للأفراد أو الجمهور عند الشك إيجاباً، فجميع الطرق الإعلانية بما فيها عرض السلع والخدمات عن طريق وسائل الدعاية والإعلانات والوصلات، ليست من الدقة حتى تعتبر إيجاباً، فهي مجرد دعوة إلى التعاقد، يضاف إلى ذلك أن التفاوض يعني أن الأسس المقترحة لم تتحدد بعد في صيغة نهائية، وإنما يتحقق ذلك بعد نجاح المفاوضات، ولن تصبح هذه الأسس ملزمة إلا بعد أن تكون محللاً لاتفاق الطرفين، إما في صورة عقد نهائي تم قبوله من الجانبين وإما في صورة عقد جزئي يحسم جزء من العلاقة العقدية بينهما.

على أنه في هذه الصورة الأخيرة كما لو تم الاتفاق على ثمن معين كأساس للتفاوض في المسائل الأخرى، يتوقف قيام الالتزام على إبرام العقد النهائي ذاته، ما دام الجزء الذي تم الاتفاق عليه لا يكفي بذاته لتكوين هذا العقد<sup>2</sup>. وهذه الأسس إذا كانت غير ملزمة كجزء مع العقد النهائي، أو باعتبارها كيانات مستقلة، فإنها قد تكون ملزمة كإطار أو خطة للمفاوضات، ومن تم تبدو فائدتها من أنها قد تقوم قرينة على نكول أحد الطرفين عن التزامه بالاستمرار في التفاوض<sup>3</sup>، وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية مؤرخ في 27-12-1973، أن مجرد النشر والإعلان، وحتى بيان الأسعار، وكل بيان آخر بعروض وطلبات موجهة إلى الجمهور أو الأفراد، لا يكون إيجاباً وإنما دعوة إلى التفاوض، كما أن الإعلان الذي يحتفظ فيه المعلن بوضع شروط لتحقيق الإيجاب لا يعد إيجاباً إلا بتحقيق تلك الشروط.

من خلال هذا القرار تظهر إشكالات جديدة أهمها: التمييز أو التفرقة بين الإيجاب المعلق على شرط أو المقترن بتحفظ (offre sous réserves) عن الدعوة إلى التفاوض. Simple proposition في أن الإيجاب المعلق هو فعلاً رضا بمضمون التعاقد، إلا أنه رضا معلق على شرط كأن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة كبطائق المسرح، أو السينما فيكون هذا الإيجاب معلق على شرط، وهو عدم نفاذ الكمية أو الشيء المعروض<sup>4</sup>.

وقد أطلق الفقه على هذا العرض اسم (العرض بدون ارتباط offre sans engagement) وكذلك توجد حالات يكون فيها العرض مقترناً بشرط موافقة من وجه إليه العرض، (réserve d'agrément) ليصبح مجرد دعوة للتفاوض،

1- علي عبد العزيز الفحام: سلطة الإرادة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه المقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر السنة الجامعية 1974-1975، ص9.

2- أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود-دراسة مقارنة- في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مقال منشور بمجلة الحقوق بالكويت، العدد الثالث، 25 شتنبر 2001، ص5.

3- محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة على التعاقد، مجلة الحقوق، السنة 22، ع2، يونيو 1998، ص82.

4 - Dupant (c) négociation et conduit. Op.cit, p 222.

وكمثال على هذه الحالة نذكر العقود ذات الاعتبار الشخصي *intnitus persone* كعقد العمل مع خبير أو تقني أو عارضة أزياء الذي لا يلتزم فيه العارض مع أي شخص يتقدم إليه حتى ولو اشتمل هذا الإيجاب على كل العناصر الأساسية للعقد، بحيث تبقى للموجب حرية اختيار الشخص المتعاقد معه من بين جميع الأشخاص المتقدمين بقبولهم. من خلال ما سبق يتبين بأن هناك فرق واضح بين عبارة *offer* التي تعني الإيجاب أو العرض، وبين عبارة *proposition* التي تعني اقتراح ومن ثم فإن ما يثار بشأن العرض الموجه إلى الجمهور من مشكلات وصعوبات إنما أساسها يتجلى في ضرورة تحديد ما إذا كان العرض المقدم للأشخاص يرتقي فعلا إلى مرتبة الإيجاب الحقيقي الجازم، أم أنه يقف عند مجرد الدعوة إلى التعاقد.

وسنوضح في المحور الثاني مفهوم الإيجاب في المراحل السابقة على التعاقد والذي يطلق عليها اصطلاحا اسم الإيجاب المشترك.

### المحور الثاني: الإيجاب في المراحل السابقة على التعاقد

تهدف المفاوضات إلى إعداد إيجاب مشترك من صنع المتعاقدين، أو إلى إعداد صياغة مقبولة للعقد الذي يريدان إبرامه<sup>1</sup>. فإذا ما تم جمع أنقاض الإيجاب المعروض مع ما أضافه الطرف الآخر إلى نفس الإيجاب، قام عندئذ إيجاب مشترك من صنع إرادة الطرفين معا، ويصدق هذا القول، ولو كان أساس التفاوض هو الإيجاب الذي قدمه أحد الطرفين، وجرى تعديله أو تحويله من خلال المفاوضات ليتفق مع وجهة نظر المتعاقد الآخر، فالإيجاب الذي تقدم به الطرف الأول لم تعد له صفة الإيجاب ما دام الطرف الآخر لم يقبله بحالته، ومثل هذه الآراء أو المقترحات أو طلبات التعديل في الإيجاب المعروض لا تفسر إلا بأنها إجابا مقابلا والجمع بين أنقاض الإيجاب الثاني يتحقق ما يسمى بالإيجاب المشترك<sup>2</sup>.

وإذا كان ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن المفاوضات الأولية تعد عملا ماديا غير ملزم، فقد أثير سؤال حول القيمة القانونية لاتفاقات المتمخضة عن هذه المفاوضات، فوفقا للمدرسة اللاتينية لا يعتد بهذه المفاوضات ولا ينشأ عنها عقد، وبالتالي لن يترتب عن من عدل عن المفاوضات سوى المسؤولية التقصيرية، بشرط أن يتحقق خطأ من جانبه، بينما يعتد به.

بالنسبة للمدرسة الأنجلوساكسونية يكون عقدا ولو لم يضمن في سندات، أو لم يكتب بشأنه مذكرات مبررة رأيا بالقول بأن التفاوض يحدث في جميع الأحوال بناء على اتفاق سابق بين الطرفين<sup>3</sup>، تتجه إرادتهما منذ البداية إلى ضرورة أن يلتزم كل منهما بالتفاوض بحسب النية، وأن يبذل كل واحد منهما ما في وسعه من جهد لإنجاح عنصر الإيجاب المشترك.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: م س، ص 21.

2- محمد ولد محمد الراضي: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص 19.

3- Dupont (C) la négociation, conduit, théorie, application, op,cit, p 157.

إلا أن أحد الفقه يرى<sup>1</sup> أن مجرد الجمع بين الاتفاقات المتعاقبة وإن اشتملت على جميع العناصر الجوهرية المكونة للعقد المراد إبرامه، وحتى لو تضمنت في سندات مكتوبة فهي لن تنشئ ما دامت لم تتم دفعة واحدة، وهذا ما نصت عله المادة 20 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ولكن ما هي العناصر الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها حتى يقوم العقد؟

يقصد بالعناصر الأساسية الجوهرية التي ترتبط بجوهر العقد، وتتحدد إما بحكم القانون أو بطبيعة العقد، أو بحسب إرادة المتعاقدين، ويعني الالتزام الجوهرية بحسب طبيعة العقد، ذلك الالتزام الذي يلزم هذا العقد فلا يتصور إعفاء أحد المتعاقدين منه، إذ يؤدي الإخلال به إلى إفراغ العقد من مضمونه، ومثاله الالتزام بالتسليم في عقد البيع، أما الالتزام الجوهرية، بحسب الاتفاق فيقصد اتجاه إرادة المتعاقدين في بعض العقود إلى اعتبار بعض الالتزامات التفصيلية بحسب طبيعتها التزامات جوهرية<sup>2</sup>.

ويحدد المشرع المغربي الالتزامات الجوهرية في العقود المسماة، ويستلزم أن يتضمنها العقد صراحة ولا يفترض وجودها، فعلى سبيل المثال يجب أن يتفق المتعاقدان في عقد البيع على المبيع والثمن، كما يجب أن يتفق في عقد الإيجار على العين المؤجرة والأجرة، وغالبا ما تكون البنود الجوهرية واحدة بالنسبة للعقد الواحد في سائر الأحوال. ويثير تحديد المسائل الجوهرية في العقود غير المسماة بعض الصعوبات فيجب على القاضي الوقوف على حقيقة قصد المتعاقدين، ثم معرفة الغرض الذي يبتغيان تحقيقه من وراء العقد، وعلى ضوء فهم هذا الغرض يحدد القاضي العناصر الجوهرية للعقد التي يتعين الاتفاق عليها لكي ينعقد العقد، وبهذا لا تعتبر من قبيل العناصر الجوهرية سوى الالتزامات التي تبدو ضرورية لتحقيق هذا الغرض.

ويستعمل القاضي سلطته التقديرية لبحث العناصر الجوهرية في العقود غير المسماة، وقد يستعين بالمفاوضات السابقة على العقد، ومشروعات الاتفاقات غير الملزمة<sup>3</sup>... إلخ. ويجب التفرقة بين ما إذا كانت المسألة جوهرية أم تفصيلية للعقد، لذا اقترح الفقه معياران لتحديد الفرق بينهما: هما المعيار الموضوع والمعيار الشخصي.

أولا: المسألة الجوهرية وفقا للمعيار الموضوعي: يستند هذا المعيار إلى طبيعة العقد وماهيته، وذلك لتحديد ملامح الرابطة العقدية، ومسائل العقد الجوهرية.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المعيار الموضوعي فذهب أحدهم إلى أنه يجب الاعتماد على المجال التي ترد عليها الالتزامات فقط دون السبب، بينما يرى فقيه آخر أن المقصود بالمعيار الموضوعي، هو توافر الاتفاق على ما يعد من الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد، وهي الرضا والمحل والسبب، وبالإضافة إلى ذلك يجب توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة.

1- مأمون الكزبري: الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي م الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997، ص 36.

2- مصطفى حفر صيد: خطاب النوايا بين الالتزام القانوني والأخلاقي، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007-2008، ص 36.

3- SHMIDT (J) negotiation et conclusion des contrats, op.cit, p 317.

ويذهب رأي آخر إلى أنه يمكن التوصل إلى المسألة الجوهرية عن طريق التركيز على تحليل المسائل المميزة لأنواع العقود، بهدف التوصل إلى ما يميز نوع العقد المراد إبرامه، واعتبار هذه المسائل المميزة من المسائل الجوهرية لهذا العقد. ويذهب رأي آخر إلى أنه يمكن التوصل إلى المسألة الجوهرية عن طريق التركيز على تحليل المسائل المميزة لأنواع العقود، بهدف التوصل إلى ما يميز نوع العقد المراد إبرامه، واعتبار هذه المسائل المميزة من المسائل الجوهرية لهذا العقد. وتتفق جميع هذه الآراء في الواقع في نقطة واحدة وهي ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام عقد معين، وهذه البنود الجوهرية لا تتغير من عقد لآخر في النوع الواحد من العقود، وتقاس الأمور الجوهرية بمعيار موضوعي. ولا يثير تحديد المسائل الجوهرية صعوبة في العقود المسماة.

بينما على العكس من ذلك يصعب تحديد المسائل الجوهرية في العقود غير المسماة وفقا للمعيار الموضوعي، وذلك لتطورها مع تطور الحياة الاقتصادية من ناحية. ونظرا لمبدأ الحرية التعاقدية من ناحية أخرى، ويلجأ القاضي في هذه الحالة إلى دراسة كل عقد على حدة وتحديد مسائله الجوهرية وفقا لطبيعته وظروفه وملابساته.

ثانياً: المسائل الجوهرية وفقا للمعيار الشخصي قد تذهب إرادة المتعاقدين إلى اعتبار بعض المسائل جوهرية في بعض الأحيان، وهي وفقا للمعيار الموضوعي مسألة ثانوية، ومن هنا يتضح عدم كفاية استعمال المعيار الموضوعي لتحديد المسائل الجوهرية في العقد، مما يعني أن أي مسألة يمكن أن تكون ثانوية في بعض العقود، وجوهرية في عقد آخر، حيث يمكن أن يتغير تكييف المسألة إلى مسألة جوهرية إذا تبين أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد إذا لم يتم الاتفاق بشأنها<sup>1</sup>.

ويكفي لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى إرادة أحد الأطراف، حيث إن الإرادة الفردية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة يمكن أن تعلق رضاءها بالتعاقد على الاتفاق على مسألة معينة، فتصبح هذه المسألة عندئذ جوهرية ولا يتم العقد إلا بالاتفاق عليها.

ولا يشترط لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كبيرة الأهمية، وإنما يمكن أن تكون على عكس ذلك، وفقاً للمعيار الشخصي، كما لا يشترط أن تكون مؤثرة في إمكان تنفيذ العقد أو أن تكون أحد عناصر تكوين العقد أو تنفيذه<sup>2</sup>. فيمكن أن تكون المسألة الجوهرية خارج العقد ولكن أحد المتعاقدين يتمسك بها، ويعلن المتعاقدين للطرف الآخر أن رضاه بالعقد معلق على الاتفاق على هذه المسألة مثل الحصول على قرض لتمويل المشروع محل العقد. ويتولى قاضي الموضوع تحديد ما إذا كانت المسألة جوهرية من عدمه، ويمكن أن يستخلص ذلك من مجموع ظروف وملابسات التعاقد<sup>3</sup>.

فإذا ثبت للقاضي من مجموع الظروف التي أحاطت بتكوين العقد أن أحد المتعاقدين ما كان ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق على هذه المسألة، قضى باعتبارها من المسائل الجوهرية<sup>1</sup>.

1- أحمد شرف الدين: الجوانب القانونية للتجارة الدولية الإلكترونية وآلية تسوية نزاعاتها، منشور في أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون م الرابع، جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية الشريعة والقانون 9-11، ربيع الأول 1424 الموافق ل 10-12 ماي 2003، ص 9.

2- أمين داوود: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الأول، عدد 1، فبراير 2008، ص 20.

3- وفاء جوهر: م س، ص 21.

ويظهر مما سبق أن المسائل الجوهرية في العقود المسماة يمكن تصنيفها إلى مجموعتين<sup>2</sup>:  
الأولى: مسائل جوهرية تستخلص من التنظيم التشريعي للعقد، وهي مسائل موحدة بالنسبة للعقد الواحد في كل الأحوال وبدون الاتفاق عليها لا ينعقد العقد.

والثانية: مسائل جوهرية يتم استخلاصها من الظروف التي تحيط بتكوين العقد، وتختلف هذه المسائل بالنسبة للعقد الواحد من حالة إلى أخرى بحسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، وتعتبر هذه المسائل حسب التنظيم التشريعي للعقد ثانوية، ولكنها تحولت إلى مسائل جوهرية لما اكتسبته من أهمية ذاتية في نظر المتعاقدين، ويترك تحديدها لتقدير الأطراف وفقا لما يتراءى لهم.

ويعتبر تحديد المسائل الجوهرية في العقود المسماة أكثر سهولة عن نظيرتها في العقود غير المسماة، حيث توجد في العقود المسماة مسائل تعتبر جوهرية في جميع الأحوال، مثل اتفاق المتعاقدين على المبيع والثمن في عقد البيع، ويترتب على عدم الاتفاق عليهما عدم إبرام العقد في جميع الأحوال، وهناك مسائل أخرى تختلف بحسب كل عقد، فقد يعتبرهما بعض المتعاقدين جوهرية بينما على العكس يعتبرها البعض الآخر ثانوية، ولا يؤثر عدم الاتفاق عليها في انعقاد العقد. ويثير تحديد العناصر الجوهرية في العقود غير المسماة بعض الصعوبات، حيث يجب على القاضي أن يقف على حقيقة قصد المتعاقدين في البداية، ثم يتعرف بعد ذلك على الغرض الذي يبتغيانه من التعاقد، ليصل إلى تحديد العناصر الجوهرية للعقود التي يتعين الاتفاق بشأنها.

وتلعب إرادة الأطراف المتعاقدة بوجه عام دورا كبيرا في تحديد المسائل الجوهرية في العقود غير المسماة، وهو ما أكده البعض بقوله<sup>3</sup> أن إرادة الطرفين تلعب دورا مهما في تحديد ما يعد جوهريا وما لا يعد كذلك من مسائل تلك العقود، وعللوا ذلك بأن تطور الحاجات وتجدها من ناحية، ومبدأ حرية التعاقد من ناحية أخرى يحولان دون توحيد المسائل الجوهرية في العقود غير المسماة، مما يستلزم أن يبحث القاضي ظروف وملابسات كل عقد على حدة للوصول إلى عناصره الجوهرية<sup>4</sup>.

وتتولى سلطة القاضي التقديرية نوع المسألة، سواء أكانت جوهرية أم تفصيلية ويعتبر حكم القاضي في هذه الحالة حكما كاشفا وليس حكما منشئا بخصوص تحديد نوع المسألة، وقد يستعين القاضي في هذه المهمة بالمفاوضات والمستندات قبل العقدية.

وتثار الصعوبة في تحديد المقصود بالإرادة التي يكون من شأنها أن تجعل المسألة جوهرية. اختلفت التشريعات في اتجاهاتها حول تحديد نوع الإرادة التي يكون من شأنها أن تجعل المسألة جوهرية من عدمها.

فذهبت إحدى التشريعات إلى أن الإرادة التي من شأنها أن تجعل المسألة جوهرية هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز أن يستند إلى الإرادة الفردية لأحدهما فقط، وأقر بعض الفقه هذا الاتجاه الذي يمنع الاستناد إلى

1- محمد ولد محمد الراضي: م س، ص 21.

2- سحر البكباشي: دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأهيلية لأحكام الفقه والقضاء المصري المقارن، منشورات المعارف سنة ، ص 113.

3- أمين داوود: م س، ص 90.

4 - Beignirr (B) : la conduit des négociation, rev.dr.com.1998, p183.

الإرادة الفردية لأن اصطلاح الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يطلق إلا في حالة التعاقد، والعقد هنا لم ينعقد لعدم رضا أحد المتعاقدين على شرط معين.

وذهبت على العكس بعض التشريعات الأخرى إلى أن المسألة تصبح جوهرية، إذا كان هناك ما يفيد أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها، وأنه يكفي لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى الإرادة الفردية لأحد الأطراف.

ويرى أحد الباحثين<sup>1</sup> أن المسائل الجوهرية لأي عقد هي في حقيقتها المجال التي ترد عليها الالتزامات المحققة لهدف العقد الاقتصادي، دون غيرها من الالتزامات التي يقوم القانون مقامها ف حالة عدم إمكان تنفيذها عيناً<sup>2</sup>، استنادا إلى أن هذه المجالات هي التي تحدد خصائص العقد، ويمكن من خلالها التمييز بينه وبين ما يشترك معه من العقود في بعض الخصائص الأخرى، ويرفض صاحب هذا الرأي وجود معيار شخصي إلى جانب المعيار الموضوعي ويكتفي فقط بالمعيار الموضوعي.

ونحن نتفق مع الاتجاه الذي يعتبر المعيارين: الشخصي والموضوعي صحيحين، ويجب الاعتماد عليهما معا للوصول إلى النتيجة المنشودة، وهي تحديد المسائل الجوهرية في العقد، فالمعيار الموضوعي يحدد المسائل الجوهرية في العقد اعتمادا على إرادة الطرفين، ورغبتهما المشتركة، خاصة وأن المشرع المغربي يتبنى معيارا معيناً للاعتماد عليه في تحديد المسألة الجوهرية، فكلا المعيارين مهم ولا غنى عنه لتحديد المسائل الجوهرية.

1- إبراهيم فكري: الكتابة كوسيلة إثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 1998-1999، ص 93.

2- dupant (c) la négociation, conduit, théorie application, t 4, éd, dalloz 1994, p 201.

## القاضي المنتدب ودوره في مساطر معالجة صعوبات المقاول

كريم الصبوني

إطار إداري

طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق طنجة

يساهم القاضي المنتدب بدور هام وأساسي في حسن سير المسطرة، مستندا في ذلك إلى المعطيات والوقائع التي تثبت وتؤكد حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي والاجتماعي للمقاول المتعثرة، وبناء على ذلك يتولى توضيح الوضعية للمحكمة وتمكينها من اتخاذ قرار يتجاوب مع أهمية المقاول، كما أن تنامي سلطات القاضي المنتدب أدى إلى تراجع مهول في السلطات المخولة للدائنين، وتقليص نطاق الحرية التعاقدية في مجال صعوبات المقاول.

بل إن مؤسسة القاضي المنتدب باعتباره جهازا لا غنى عنه لسير الإجراءات، أصبحت له سلطات في عدة مواقع من المسطرة على حساب التشكيل الجماعي للمحكمة.

كما تظهر أهميته أيضا على المستوى القانوني من خلال رغبة المشرع في إدخال إصلاحات جذرية على المقتضيات القانونية، لمواكبة تلك التطورات الاقتصادية التي همت الأسواق المالية، والتخلي عن المقتضيات القانونية التي لم تعد صالحة كنظام الإفلاس الذي لم يتضمن تلك الأجهزة المعمول به حاليا في نظام صعوبات المقاول، أو على المستوى الاقتصادي، من خلال ضرورة مباشرة التحولات التي همت المقاولات بصفة عامة والأجهزة بصفة خاصة في إطار النظام القديم الذي لم يعد يستجيب لمتطلبات الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

لكن قبل التطرق إلى صلاحيات القاضي المنتدب في مسطرتي التسوية والتصفية القضائيتين، سنتطرق لطرق تعيين القاضي المنتدب ثم شروط هذا التعيين.

## المبحث الأول: تعيين القاضي المنتدب

يستلزم افتتاح مسطرة المعالجة أو مسطرة التصفية القضائية تعيين الأجهزة التي تقوم بتسيير المسطرة، هذه الأجهزة التي يأتي على رأسها القاضي المنتدب هذا الأخير الذي تعهد إليه مجموعة من السلطات. لكن قبل ذلك سنتناول طرق تعيينه (المطلب الأول)، ثم شروط هذا التعيين (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : طرق تعيين القاضي المنتدب

إن القاضي المنتدب قد يعين من طرف المحكمة التجارية (الفقرة الأولى)، كما يمكن أن يعين من طرف محكمة الاستئناف التجارية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تعيين القاضي المنتدب من طرف المحكمة التجارية

نصت الفقرة الثانية من المادة 568 من مدونة التجارة على ما يلي :

"تعين المحكمة القاضي المنتدب..." كما أعادت مدونة التجارة التأكيد على ذلك من خلال المادة 637 التي جاء فيها: "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب..."

يلاحظ هنا أن هناك تكرارا تشريعي غير مألوف. أولهما اشتراك مساطر المعالجة والتصفية القضائية في إلزامية تعيين القاضي المنتدب، حيث يصير بذلك فاعلا رئيسيا لا يمكن الاستغناء عن خدماته في جميع المساطر، سواء تلك التي تتوخى تصحيح وضعية المقاوله وتسوية مسارها، أو تلك التي تنحو في طريق تصفيته وتحقيق أصولها من أجل الوفاء لخصومها، ومن جهة ثانية توحى المادتان المذكورتان بأن تسمية الأجهزة وعلى رأسها القاضي المنتدب تعد بيانا إلزاميا يتوجب أن يتضمنه حكم فتح المسطرة.<sup>1</sup>

لكن ما هو الجزاء في الحالة التي تغفل فيها المحكمة هذا التعيين؟ وما هو مصير حكمها بهذا الخصوص؟

انقسم الفقه بصدد إجابته عن هذا الإشكال. فمن جيل الرواد في الفقه الفرنسي يعتبر رونوار "Renouard" أن هذا التعيين يعد بيانا إلزاميا، متسلحا بالآثار السلبية على العمليات الأولى للمسطرة، خاصة الإجراءات التحفظية والمحافظة على الأصول، حيث يفتح غياب القاضي المنتدب في هذه المرحلة المجال للغش والتحايل.<sup>2</sup> ويشاطره الرأي في الفقه المغربي أحمد شكري السباعي الذي يرتب عن هذا الإغفال بطلان الحكم، إلى جانب كونه سببا لنقضه من قبل المجلس الأعلى إما لنقص التعليل، أو لغياب في الشكل حسب الأحوال، ويستند لتبرير موقفه، كون عدم تعيين القاضي المنتدب سيعطل المسطرة.<sup>3</sup> على النقيض من ذلك، يقر البعض لتسمية القاضي المنتدب بصيغة البيان الجوهري إلا أنه لا يترتب عن إغفاله بطلان الحكم، بل يعتبر العمليات في وضعية توقف أو تعطل إلى حين تدارك الإغفال، حيث يمكن

1 المهدي شبو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاوله، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2006، ص: 44-45.  
2 فاطمة الحراق، مؤسسة القاضي المنتدب ودوره في مسطرة التسوية القضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة القانون المدني والأعمال، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 24.  
3 أحمد شكري السباعي، الوسيط في الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، الجزء الثاني، دار النشر المعرفية الرباط، الطبعة الأولى 2000، ص: 228-235.

للسنديك أو للدائن أو للمدين مراجعة المحكمة قصد تعيين القاضي المنتدب بحكم مستقل.<sup>1</sup>

والحقيقة أن فرضية إغفال القاضي المنتدب لا يمكن تصورها اليوم أمام حجم وأهمية وظيفة القاضي المنتدب، فهو شخصية محورية في المسطرة اللهم إذا تعلق هذا الإغفال بخطأ مادي محض عند طباعة الحكم.

وإزاء عدم الحكم المميز لموقف المشرع المغربي من تعيين القاضي المنتدب يمكن أن نسجل الاختلاف القضائي الحاصل في اختياره والمرصود من قبل الفقه، ويكمن جوهر الخلاف فيما إذا كان من الضروري تعيين القاضي المنتدب من بين قضاة المحكمة التجارية الذين لا ينتمون إلى الهيئة التي أصدرت الحكم القاضي بفتح المسطرة، الشيء الذي من شأنه أن يجعله في مركز محايد بالنسبة للقرار المتخذ بشأن المقابلة إبان الحكم الذي أخضعها للتسوية أو التصفية،<sup>2</sup> أم يجوز تعيينه من بين القضاة الذين يشكلون الهيئة التي حكمت بفتح المسطرة ؟

في هذا الإطار ذهب محمد لفروجي إلى أنه لا يشترط أن يتم تعيين القاضي المنتدب من بين قضاة المحكمة التجارية الذين لا ينتمون إلى الهيئة أو التشكيلة التي أصدرت الحكم القاضي بفتح المسطرة.<sup>3</sup>

ونفس الاتجاه سار إليه أحمد شكري السباعي حيث أقر أنه لا يمكن الادعاء بجواز اختيار القاضي المنتدب من قاضي خارج أعضاء المحكمة لعمومية نص المادتين 568 و637 من مدونة التجارة، لما في ذلك من بعثرة للجهود وأخطار عن الإجراءات، وعلى التعاون بين أعضاء المحكمة للسير بالمسطرة إلى نهايتها.<sup>4</sup>

في المقابل من ذلك ذهب أحد الباحثين إلى القول: "إن تبني القاضي المنتدب لمشروع المخطط يخرج من حياده أمام هيئة الحكم"، لذلك ذهب أنه يستحسن أن تستند المحاكم التجارية بالمغرب مهام القاضي المنتدب في المسطرة المفتوحة إلى عضو خارج عن الهيئة المصدرة للحكم.<sup>5</sup>

وبتفحصنا لبعض الأحكام الصادرة عن المحاكم التجارية المغربية نستنتج انه تارة يتم تعيين القاضي المنتدب ضمن الهيئة التي بثت في الدعوى الرامية إلى فتح المسطرة<sup>6</sup>، وتارة أخرى من ضمن قضاة المحكمة التجارية مصدرة الحكم غير المنتمين لهذه الهيئة.<sup>7</sup>

1 المهدي شبو، مرجع سابق، ص: 45-46.

2 محمد لفروجي، صعوبات المقابلة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، فبراير 2000، ص: 218.

3 محمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 218.

4 أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، دار النشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى 2000، ص: 158.

5 عبد الحميد أخريف، الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقابلة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2000-2001، ص: 218.

6 حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 1/98 بتاريخ 7 أبريل 1999، منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 17 يونيو 1999، ص: 17.

- حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 81 بتاريخ 28 يونيو 2006، أوردته فاطمة الحراق: مرجع سابق، ص: 26.

- حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 8/24 بتاريخ 08/02/2006، أوردته فاطمة الحراق: مرجع سابق، ص: 26.

7 حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 4/98/798، بتاريخ 27 يناير 1999، منشور بمجلة الإشعاع عدد 18 يناير 1999، ص: 252.

## الفقرة الثانية : تعيين القاضي المنتدب من طرف محكمة الاستئناف التجارية

يقع أن ترفض المحكمة التجارية الدعوى المرفوعة إليها بهدف فتح المسطرة ضد المفاوضة، ويقع أن يعترى حكمها طعن أمام محكمة الاستئناف التجارية، لتثار صلاحية هذه الأخيرة لتعيين القاضي المنتدب، فهل تقوم بتعيين القاضي المنتدب مع اختياره من بين قضاة المحكمة التجارية مصدره الحكم ؟ أم يجب عليها أن تحيل الأمر على محكمة أول درجة لتقوم بتعيينه ؟

جوابا على هذا التساؤل، وباطلاعنا لمقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة يتضح أن محكمة الاستئناف التجارية لا تملك صلاحية تعيين القاضي المنتدب في حالة إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة التجارية، وبهذا فإن المحكمة التجارية تملك وحدها حق تعيين القاضي المنتدب.<sup>1</sup>

وفي هذا الإطار يذهب محمد لفروجي إلى القول بأنه : "إذا قضت المحكمة التجارية برفض الدعوى المرفوعة إليها من أجل فتح المسطرة ضد المدين ووقع استئناف الحكم الصادر والحالة هذه أمام محكمة الاستئناف التجارية فإن هذه المحكمة الأخيرة يتعين عليها في حالة حكمها بفتح المسطرة بعد إلغاء الحكم المستأنف، أن تعين القاضي المنتدب من بين قضاة المحكمة التجارية مصدره هذا الحكم أو أن تحيل على هذه المحكمة فيما يخص إجراءات هذا التعيين".<sup>2</sup>

أما في التشريع المقارن فنجد الفقرة الأولى من المادة 173 من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1985/01/25 ذهبت إلى أنه في حالة بث محكمة الاستئناف التجارية وإلغائها للحكم الابتدائي فإنها لا تعين القاضي المنتدب، وإنما تقوم بإرسال الملف لكتابة ضبط المحكمة التجارية من أجل تعيين القاضي المنتدب وباقي أجهزة المسطرة.<sup>3</sup>

ومن جانب العمل القضائي المغربي فقد رصدنا في عمل محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قد قامت بتعيين القاضي المنتدب بعد إبطال الحكم القاضي بالتصفية القضائية والتصدي والحكم من جديد بالتسوية القضائية.<sup>4</sup>

وبجانب حالة إلغاء الحكم المستأنف، وتصدي محكمة الاستئناف لفتح المسطرة ثمة حالة تكون بصدها في المرحلة الاستئنافية، ألا وهي تأييد محكمة الاستئناف للحكم القاضي بفتح المسطرة، فهل تملك هذه الأخيرة سلطة تعيين قاضي منتدب غير الذي عينته محكمة المسطرة ؟ سيكون الجواب قطعيا بالنفي، ولا يمكن لمحكمة الاستئناف اختيار قاضي منتدب جديد غير الذي سماه الحكم القاضي بفتح المسطرة، لأن القول بهذه الإمكانية، يناقض المبدأ الذي يجعل

- حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 677/98/4 بتاريخ 29 دجنبر 1998 منشور بمجلة الإشعاع عدد 18 يناير 1999، ص:256.

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 1161/68 بتاريخ 6 غشت 1998، أشار إليه محمد لفروجي : مرجع سابق، ص : 218.

1 المادتان 568 و637 من مدونة التجارة.

2 محمد لفروجي، مرجع سابق، ص : 218.

3 فاطمة الحراق، مرجع سابق، ص : 28.

4 قرار رقم 2000/146 بتاريخ 20 يناير 2000 في الملف رقم 1199/207 أشار إليه المهدي شابو، مرجع سابق، ص : 52 الإحالة 5.

- قرار رقم 2001/777 بتاريخ 30 مارس 2001 في الملف رقم 11/99/2078 أشار إليه المهدي شبو، مرجع سابق، ص : 52 الإحالة 4.

- قرار رقم 2000/150 بتاريخ 20 يناير 2000 في الملف رقم 11/99/1681، أشار إليه المهدي شبو، مرجع سابق، ص : 52 الإحالة 4.

الأحكام المتعلقة بتعيين القاضي المنتدب غير قابلة للاستئناف.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: شروط تعيين القاضي المنتدب

اعتبارا لجسامة المسؤوليات الملقاة على عاتق القاضي المنتدب، وطبيعة المبادرات المنتظرة منه، وتشابك المصالح المفروضة التي يسهر على حمايتها، تشتت في مجموعة من الشروط وهي :

#### 1- أن لا تكون له قرابة برئيس المقابلة ومسيرها :

من أجل أن يكون عمل القاضي المنتدب موسوما بصفة الحياد والاستقلالية،<sup>2</sup> فإنه يشترط أن لا تكون له قرابة برئيس المقابلة ومسيرها إلى الدرجة الرابعة مع إدخال الغاية<sup>3</sup> وهذا ما ساد في التشريع الفرنسي أيضا من خلال المادة 10 من قانون 25 يناير 1985.

هذا المنع يفرض على المحكمة تلقائيا قبل مباشرة تعيين القاضي المنتدب أن تتحقق من انتفاء حالاته، كما أن هذا الالتزام ملقى على القاضي المعني في هذه المهمة تطبيقا للقواعد العامة.<sup>4</sup>

#### 2- عدم اشتراط أهلية المزاوله :

المشرع المغربي قام بتحرير ممارسة مهام القاضي المنتدب من شروط الأهلية عامة والأقدمية بوجه خاص وذلك تعزيزا لقدرة القاضي المحترف على إدارة المسطرة بكفاءة واقتدار، وهي وضعية يعززها نظام التخصيص المعتمد في المادة التجارية بإحداث محاكم متخصصة تحتكر وحدها نظر قضايا صعوبات المقاوله،<sup>5</sup> على خلاف المشرع الفرنسي الذي يشترط في حالة انتماء القاضي المنتدب إلى المحاكم التجارية أن يكون هذا الأخير من ضمن القضاة الذين يتوفرون على الأقل على سنتين من الأقدمية.<sup>6</sup>

وكما هو معلوم، فإن الاعتبارات التي جعلت المشرع الفرنسي يتعامل بحذر اتجاه الأجهزة القضائية أكثر من نظيره المغربي، ولا سيما في مادة صعوبات المقاوله، تكمن في كون المحاكم التجارية في فرنسا تتشكل من قضاة منتخبين من بين التجار والحرفيين ومقدمي الخدمات إلى غير ذلك من الأنشطة الاقتصادية الأخرى.

وذلك على خلاف المحاكم التجارية في المغرب، حيث تتشكل هذه المحاكم من قضاة محترفين ينتمون إلى سلك القضاة ويدخلون في زمرة موظفي الدولة مما يجعلهم متوفرين على المؤهلات اللازمة.<sup>7</sup>

1 المهدي شيو، مرجع سابق، ص: 53.

2 عبد الرحمان السليمان، القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاوله، دراسة نقدية ومقارنة، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى 2008، ص: 155.

3 الفقرة الثانية من المادة 637 من مدونة التجارة.

4 الفصل 298 من قانون المسطرة المدنية

5 المهدي شيو، مرجع سابق، ص: 62.

6 المادة 412 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

7 محمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 219.

## المبحث الثاني : صلاحيات القاضي المنتدب في مسطرتي التسوية والتصفية القضائيتين

عهد المشرع المغربي للقاضي المنتدب بالقيام بمجموعة من المهام الجوهرية لسير مسطرة صعوبات المقاوله وذلك خلال مسطرة التسوية القضائية (المطلب الأول) ، ثم مسطرة التصفية القضائية (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول: دور القاضي المنتدب في إطار مسطرة التسوية القضائية

نظرا ما لهذه المرحلة من أهمية فالمشرع المغربي خول للقاضي المنتدب مجموعة من الصلاحيات، تتمثل في مهام خلال مرحلة إعداد الحل (أولا)، ثم مهام أثناء اعتماد المحكمة لمخطط استمرارية المقاوله، ولمخطط تفويت المقاوله (ثانيا).

أولا : مهام القاضي المنتدب خلال مرحلة إعداد الحل لوضعية المقاوله

وتتمثل هذه المهام في ما يلي :

#### 1- الإشراف على أجهزة المسطرة :

يتمثل هذا الإشراف في ما يلي :

#### أ مراقبة أعمال السنديك :

إن من أهم ما أنيط بمؤسسة القاضي المنتدب دوره في الإشراف والرقابة المباشرة لأعمال السنديك كفاعل رئيسي في المسطرة، والمراقبين كمساعدين فيها.<sup>1</sup> وذلك على الرغم من أن مدونة التجارة لم تعلن على مبدأ رقابة القاضي المنتدب على أعمال السنديك، واقتصرت المادة 638 من مدونة التجارة على التأكيد على سهر القاضي المنتدب على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة.

فمنذ تولي السنديك مهامه إلى غاية انتهائها، يتعين عليه أن يقوم بعمله تحت إشراف القاضي المنتدب الذي يعد في نفس الوقت بمثابة الموجه له في أعماله.<sup>2</sup>

وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة 641 من مدونة التجارة على ما يلي : "يخبر السنديك القاضي المنتدب بسير المسطرة، ويمكن لهما في أي وقت أن يطلبوا الاطلاع على كل العقود أو الوثائق المتعلقة بالمسطرة".

#### ب- الأمر بتعيين مراقب أو مراقبي الدائنين :

يقوم القاضي المنتدب بتعيين مراقب أو مراقبي الدائنين من بين الدائنين الذين يتقدمون إليه بطلب سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين،<sup>3</sup> وقد جعل المشرع تعيين المراقبين أمرا إلزاميا شريطة أن يتقدم الدائنون الراغبون

1 كمال الغشوي، دور السنديك والقاضي المنتدب في مسطرة التصفية القضائية، مداخلة في الندوة الجهوية الثامنة المنظمة بمدينة طنجة، حول موضوع صعوبات المقاوله وميدان التسوية القضائية من خلال إجهادات المجلس الأعلى ، مطبعة الامينية بالرباط، طبعة 2007، ص:511.

2 محمد لفروجي، مرجع سابق، ص :220.

3 بشرى بنجيرة، مسطرتي التسوية والتصفية القضائيتين بين القاضي المنتدب والسنديك، مجلة المعيار، العدد 32، دجنبر 2004، ص :67.

في شغل هذا المنصب بطلب إلى القاضي المنتدب، والحد الأقصى ثلاثة مراقبين ولقد رفع العدد في فرنسا إلى خمسة طبقا للمادة 15 من قانون 10 يونيو 1994،<sup>1</sup>

## 2- اتخاذ الأوامر التي تهدف إلى حسن سير المسطرة :

### أ-الأوامر المتعلقة بتحقيق الديون :

يمنح التنظيم التشريعي لمسطرة تحقيق الديون للقاضي المنتدب حولا متنوعا يفرغها في شكل مقررات قضائية،<sup>2</sup> وذلك ما جاء في المادة 695 من مدونة التجارة التي تنص على أنه :

"يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه".

فمن خلال المادة اعلاه يمكن استنتاج أربعة أنواع من المقررات الممنوحة للقاضي المنتدب بشأن الديون المعروضة عليه في نطاق التحقيق<sup>3</sup> وهي:

#### • قبول الدين :

تبلغ المقررات القضائية بقبول الدين غير المنازع فيما إلى الدائنين برسالة عادية، ويحدد التبليغ المبلغ الذي قبل الدين من أجله من جهة، والضمانات والامتيازات التي أقرت بها من جهة أخرى.<sup>4</sup>

لذلك فقبول رئيس المقاوله بالدين المصرح به لدى السنديك لا يغني عن إصدار أمر من طرف القاضي المنتدب يتعلق بتحقيق الدين، لاسيما في حالة منازعة الدائن في اقتراح السنديك.

#### • الرفض الكلي أو الجزئي للدين :

عادة ما يأتي مقرر القاضي المنتدب برفض الدين كليا أو جزئيا جراء منازعة من رئيس المقاوله أو السنديك، غير أنه يقوم بهذا الحل حتى ولو لم يكن الدين منازعا فيه من طرف السنديك مع أنه يبقى ملزما بتعليل سبب الرفض مع احترام مبدأ الوجاهية باستدعاء المقاوله والدائن تحت جزاء البطلان الذي يلحق أمره الصادر بتجاهله للمبدأ المذكور.<sup>5</sup>

#### • عدم الاختصاص :

1 كوثر بن حسون، مسطرة التسوية القضائية وأثارها على ضوء الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة السنة الجامعية 2008-2009، ص: 49.

2 لمياء المكاوي، دور السنديك في معالجة صعوبات المقاوله، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني تخصص القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 66.

3 كمال التمساني، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار نظام معالجة صعوبات المقاوله دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 114.

4 الفقرة الثالثة من المادة 696 من مدونة التجارة.

5 كمال التمساني، مرجع سابق، ص: 124.

من الممكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص، إما من قبل أطراف المسطرة أو تلقائيا من قبل القاضي المنتدب، كأن تكون المنازعة المعروضة على القاضي المنتدب من اختصاص محكمة أخرى، إذ في هذه الحالة، فإن تبليغ المقرر القاضي بعدم الاختصاص الصادر عن القاضي المنتدب تطبيقا للمادتين 695 و696 من مدونة التجارة يؤدي إلى سريان أجل مدته شهرين، يجب خلالها على الدائن المدعي أن يرفع إلى المحكمة المختصة تحت طائلة سقوط حقه في الدين المنازع فيه.<sup>1</sup>

#### • معاينة دعوى جارية :

في حالة صدور أمر من القاضي المنتدب بمعاينة وجود دعوى جارية، تتوقف هذه الدعوى إلى أن يقوم الدائن المدعي بالتصريح بدينه وتواصل آنذاك الدعوى الجارية بقوة القانون، بعد استدعاء السنديك بصفة قانونية، لكنها في هذه الحالة ترمي فقط إلى إثبات الديون وحصر مبلغها، ويجب على المدعي الإدلاء للمحكمة بنسخة من تصريح دينه.<sup>2</sup>

وفي هذا الإطار، قضت المحكمة التجارية بالرباط بما يلي : "يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل صدور الحكم المذكور ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال...".<sup>3</sup>

كما أنه طبقا للمادة 654 من مدونة التجارة فإنه "توقف الدعاوى الجارية إلى أن يقوم الدائن بالتصريح بدينه، وتواصل آنذاك بقوة القانون، بعد استدعاء السنديك بصفة قانونية، لكنها في هذه الحالة ترمي فقط إلى إثبات الديون وحصر مبلغها ويجب على الدائن المدعي الإدلاء للمحكمة بنسخة من تصريح دينه.

وحيث إنه تبعا لذلك يتعين إيقاف إجراءات هذه الدعوى إلى حيث تصريح المدعية بدينها أمام السنديك وإدخال هذا الأخير في الدعوى...".

ومن التطبيقات القضائية أيضا :

- الأمر الصادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء في ملف التسوية القضائية، حيث جاء فيه:

"حيث صرح الدائن بما هو مسطر أعلاه.

وحيث تمسكت نائبة شركة (...) بأن الحكم سند الدين موضوع طعن بالاستئناف.

وحيث يتبين من الوثائق المدلى بها أن الحكم المذكور قد طعن فيه بالاستئناف مما يتعين بمعاينة وجود دعوى

1 عبد الرحيم السليماني، مسطرة تحقيق الديون في إطار قانون صعوبات المقاولات، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 5، ماي 2004، ص : 21.

2 المادة 654 من مدونة التجارة.

3 المحكمة التجارية بالرباط، حكم رقم 427 بتاريخ 1999/04/27، ملف رقم 4/99/297 أورده عبد الرحيم السلماني في مقاله "مسطرة تحقيق الديون"، مرجع سابق، ص : 22.

جارية".<sup>1</sup>

- كذلك الأمر الصادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء في ملف التسوية القضائية ،  
ومما جاء فيه ما يلي:

"حيث اتضح من خلال الاطلاع على مرفقات الملف أن الدين أعلاه موضوع دعوى جارية في الملف عدد  
2007/13872 بالمحكمة التجارية.

وحيث إنه تبعا لذلك وعملا بمقتضيات المادتين 695 و686 من مدونة التجارة.

نعين دعوى جارية بخصوص دين الشركة أعلاه".<sup>2</sup>

وتتوج مسطرة تحقيق الديون، بوضع قائمة الديون التي تدرج بها مختلف المقررات التي أصدرها القاضي  
المنتدب بشأن الديون سواء بالقبول أو الرفض أو بالتصريح بعدم الاختصاص، أو معاينة وجود دعوى جارية، وتودع  
القائمة بكتابة ضبط المحكمة، ويسعى كاتب الضبط فورا إلى نشر بيان بالجريدة الرسمية يفيد أن قائمة الديون مودعة  
بكتابة الضبط، وأن للأغيار التقدم بتشكيكهم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ هذا النشر.<sup>3</sup>

ج - الأمر بعدم السقوط :

لقد حدد المشرع أجالا للدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح مسطرة التسوية القضائية للقيام بالتصريح بديونهم  
إلى السنديك.<sup>4</sup>

ويترتب عن عدم قيام أحد الدائنين بهذا الإجراء داخل الأجل المحددة سقوط دينه كجزاء على عدم قبوله، لكن  
المشرع خول للفئة التي لم تصرح به داخل الأجل القانونية إمكانية استيفاء ديونها عن طريق إتباع مسطرة رفع السقوط.  
لذلك يجب أن يرفع الطلب إلى القاضي المنتدب، والتصريح لدى كتابة الضبط بأن الهدف من ذلك هو رفع  
السقوط وليس قبول الدين، علما أن الطلب يخضع للشكليات المنصوص عليها في المادة 32 من قانون المسطرة المدنية،  
كما يخضع لمقتضيات المادة 13 من قانون المحاكم التجارية بخصوص تنصيب محامي.<sup>5</sup>

فقبل البث من طرف القاضي المنتدب في النزاع يتعين عليه أولا الاستماع إلى الطالب عند الضرورة.<sup>6</sup>

1 أمر قضائي عدد 2009/319 رقم الملف 208/19/1891 بتاريخ 2009/02/24، أورده كمال التسماني، مرجع سابق، ص : 129.

2 أمر قضائي عدد 2008/2436، رقم الملف 2008/19/1130 بتاريخ 2008/12/24، أورده كمال التسماني، مرجع سابق، ص : 129.

3 كمال التسماني، مرجع سابق، ص : 129.

4 المادة 687 من مدونة التجارة.

5 فاطمة الحراق، مرجع سابق، ص : 66.

6 عبد القادر ألقلي دريوش، مركز القاضي المنتدب وأهميته في مساطر معالجة صعوبات المقاوله من خلال قضاء المجلس الأعلى، مداخلة في الندوة  
الجهوية الثامنة المنظمة بمدينة طنجة، حول موضوع صعوبات المقاوله وميدان التسوية القضائية من خلال إجتهادات المجلس الأعلى ، مطبعة الامينية  
بالرباط، طبعة 2007، ص : 33.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الدائنين يتمسكون في طلبهم من أجل رفع السقوط على أساس أنهم أصحاب امتياز أو حاملين لضمانات وأن السنديك لم يقيم بإشعارهم بصور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة القضائية. وفي هذا الصدد تقدمت قباضة الضرائب بطلب من أجل رفع السقوط على التصريح بدينها لأنها تتمتع بضمانات مقررّة بقوة القانون، وذلك من خلال أمر صادر عن المحكمة التجارية بطنجة.<sup>1</sup>

#### د - البث في صحة طلب الاسترداد :

منحت المادتان 674 و675 من مدونة التجارة للقاضي المنتدب صلاحية استثنائية للبث في طلبات الاسترداد فعندما يكون شيء تم بيعه مع الاحتفاظ بالملكية فإن استرداده يمكن أن يتم خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية.<sup>2</sup>

ولصحة هذا الطلب لا بد من توافر جملة من الشروط منها أنه يجب أن يرد طلب الاسترداد على المنقولات دون العقارات، بالإضافة إلى ضرورة تقديم دعوى الاسترداد داخل أجل ثلاث أشهر من تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية، كما يجب على القاضي المنتدب أن يتأكد من صحة موافقة المدين على قبول السنديك لطلب الاسترداد.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يبين أو لم يحدد أجلا معيناً فيما يتعلق بعرض الطلب على القاضي المنتدب من أجل البث في صحة الاسترداد أو فيما يخص الأجل الذي يجب خلاله البث في هذا الطلب.<sup>4</sup>

#### ثانياً : مهام القاضي المنتدب أثناء إعمال المحكمة لمخطط استمرارية المقاوله ولمخطط تفويت المقاوله

##### 1- دور القاضي المنتدب في إطار مخطط استمرارية المقاوله :

لقد حدد المشرع المغربي للقاضي المنتدب شأنه في ذلك شأن نظيره الفرنسي إطاراً عاماً يتمثل في السهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة.<sup>5</sup> وكما هو معلوم فالمحكمة التجارية قد تقوم بتحديد مخطط لاستمرارية المقاوله محل مسطرة التسوية القضائية، والقاضي المنتدب خلال هذه المرحلة يقوم بدور محوري، يتجلى في :

##### أ- اقتراح حصر مخطط لإستمرارية المقاوله :

تكريساً للتعاون المفترض بين مختلف أجهزة المسطرة من جهة، وبين المحكمة التجارية من جهة أخرى، سار العمل القضائي لدى المحاكم التجارية المغربية إلى أن يتولى القاضي المنتدب إعداد تقرير يتقدم به إلى المحكمة التجارية التي أصدرت الحكم القضائي بفتح مسطرة التسوية القضائية يبسط من خلاله موقفه الخاص والمتعلق باعتماد مخطط

1 أمر عدد 68 بتاريخ 2006/12/07 أوردته فاطمة الحراق، مرجع سابق، ص : 67.

2 المادة 667 من مدونة التجارة.

3 المادة 667 من مدونة التجارة.

4 فاطمة الحراق، مرجع سابق، ص : 68.

5 تنص المادة 630 من مدونة التجارة : "يسهر القاضي المنتدب على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة".

لاستمرارية المقاوله، وذلك على ضوء مجموع المعطيات الواردة في تقرير الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله، ومشروع المخطط الرامي إلى استمراريتهما والذي تم إنجازهما من طرف سنديك مسطرة التسوية القضائية. وبذلك يساهم القاضي المنتدب بدور هام وأساسي في تطبيق أحكام مساطر معالجة صعوبات المقاوله، مستندا في ذلك على المعطيات والوقائع التي تثبت وتؤكد حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي للمقاوله المتعثرة، وعلى هذا الأساس يتولى توضيح الوضعية للمحكمة لتمكينها من اتخاذ قرار ينسجم وحالة المقاوله وكذا أهميتها.<sup>1</sup>

إذ يملك القاضي المنتدب كامل الصلاحيات للبحث عن الوضعية الحقيقية للمقاوله دون أن يكون مقيدا في ذلك باقتراحات سنديك المسطرة، ففي نزاع عرض على المحكمة التجارية بطنجة، وبعد أن قام السنديك بدراسة ميدانية وواقعية لوضعية الشركة، توصل إلى اقتراح ثلاث حلول لتنفيذ مخطط الاستمرارية الذي حكمت به المحكمة، وتم الأخذ بالحل الأول المقترح المتمثل في زيادة رأسمال الشركة مراعاة لجميع فرقاء المسطرة من عمال ومقاوله والدائنين.<sup>2</sup>

وللقاضي المنتدب أن يعتمد على مجموعة من المرتكزات لاقتراح استمرارية المقاوله محل مسطرة التسوية القضائية، ومن بينها إمكانية إعادة جدولة ديون المقاوله والتي لا يمكن أن تتجاوز مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية والمحددة في 10 سنوات كحد أقصى،<sup>3</sup> بالإضافة إلى إمكانية الموافقة على تفويت المقاوله.<sup>4</sup>

#### ب- مراقبة تنفيذ المقاوله لالتزاماتها المحددة في مخطط استمراريتهما :

بالنظر إلى طول مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية والتي قد تصل إلى غاية عشر سنوات فإن الإحاطة الفعلية بأوجه الاختلال في تنفيذ مخطط استمرارية المقاوله، وملامسة أشكال الصعوبات التي يمكن أن تعرقل تنفيذ هذا المخطط تقتضي من القاضي المنتدب ربط تواصل مستمر ودائم مع سنديك المسطرة وذلك بغاية إحاطة المحكمة بكل المستجدات التي تعترض نشاط المقاوله في الوقت المناسب حتى يتسنى لها إيجاد الحلول الناجعة والفعالة قبل تفاقم مشاكل المقاوله واستحالة مواجهتها.<sup>5</sup>

#### 2- مهام القاضي المنتدب خلال اعتماد المحكمة لمخطط تفويت المقاوله :

يعتبر مخطط التفويت الحل الأكثر جدية في مسطرة التسوية القضائية لأنه حل مستقل وكامل، من حلول التسوية القضائية الأخرى يحكمه منطق جديد وخارجي لكونه لا يتحقق إلا بتدخل شخص أجنبي عن المقاوله.<sup>6</sup>

وتتجلى مهام القاضي المنتدب في هذه المرحلة في إنجاز تقرير وذلك بناء على تقرير الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية المعدة من قبل السنديك، يوضح من خلاله موقفه من اختيار الحل المتمثل في تفويت المقاوله مع إبداء

1 محمد أخياط، حماية المقاوله كفضاء اجتماعي اقتصادي من خلال قانون صعوبات المقاوله، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86، ص: 128.

2 حكم صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 2006/03/16، ملف عدد 2005/12/09، غير منشور.

3 سمير الشاوي، دور القاضي المنتدب في إطار مخطط استمرارية المقاوله، موضوع مسطرة التسوية القضائية، مجلة المناظرة، العدد 11 يونيو 2006، ص: 80.

4 حكم صادر عن المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 2007/12/13، رقم الملف 07/10-20، غير منشور.

5 سمير الشاوي، مرجع سابق، ص: 81.

6 أبو الحسن محمد، تفويت المقاوله كحل في إطار التسوية القضائية، مجلة المنتدى، العدد 3، يونيو 2002، ص: 77-78.

ملاحظاته في شأن مشروع مخطط التفويت.<sup>1</sup>

كما يجب أن ترفق بالعرض الوثائق الخاصة بالسنوات المالية الثلاث الأخيرة للمقولة في حالة ما إذا كان صاحب العرض ملزما بإعدادها.

ونظرا لما للتفويت من آثار هامة على نشاط المقولة واستمرارها من جهة، وعلى مناصب الشغل ومستحقات الدائنين من جهة أخرى، فقد عمد المشرع المغربي إلى الحرص على أن يتضمن العرض المقدم تفصيلا كاملا ووافيا للأبعاد الثلاثية المشار إليها سابقا، ولذلك يمكن للقاضي المنتدب أن يطلب كل الشروحات التكميلية التي يراها مناسبة، كما يخبر السنديك المراقبين وممثلي العمال بمحتوى العروض قصد إبداء ملاحظاتهم بهذا الخصوص.<sup>2</sup>

وتعد عملية التأكد من جدية العروض المقدمة هامة، ومعقدة في آن واحد فهي تفرض على القضاء ألا يقتصر على تقدير العروض بل حتى تقدير إمكانيات وكفاءة صاحبه. فجدية العرض لا تكمن فقط في جودة تحريره أو ضخامة أرقامه، وإنما أيضا في شخصية المفوت إليه، التي لها اعتبار أساسي يتعين على المحكمة أن تأخذه في الحسبان لتعميق معلوماتها قصد اختيار أحسن العروض،<sup>3</sup> ولم يأت المشرع المغربي بمقتضيات خاصة بشخصية المفوت إليه، باستثناء ما نصت عليه المادة 582 من مدونة التجارة التي جاء فيها: "لا يقبل العرض الذي يقدمه مسيرو المقولة أو أقاربهم، أو أصهارهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية سواء تقدموا بها مباشرة أو عن طريق شخص وسيط".

#### المطلب الثاني: دور القاضي المنتدب في إطار مسطرة التصفية القضائية

ويتمثل هذا الدور في ما يلي :

##### 1- السلطات التقريرية في مجال بيع الأصول :

حتى نقارب أدواره التقريرية بما يحل بيع الأصول، نتناول المساطر الثلاث التي جاءت بها مدونة التجارة وهي: تفويت وحدات الإنتاج، بيع العقارات، وبيع المنقولات.

##### أ- بيع الوحدات الإنتاجية :

وهي تقنية نضمت من طرف المشرع للحفاظ على نشاط المقولة كليا أو جزئيا ومن ثم على مناصب الشغل، والحصول على أحسن أو على ثمن يؤمن سداد ديون الدائنين إن كليا أو جزئيا، والحفاظ على الزبائن القارين والعرضين وعلى الحق في الكراء عند وجوده وغيرها من الحقوق.

وتقوم هذه التقنية على التفويت الشامل لوحدات الإنتاج<sup>4</sup> سواء كانت مؤلفة من جزء أو مجموع الأصول

1 سمير الشاوي، مرجع سابق، ص: 128.

2 عبد الرحيم السليماني، مرجع سابق، ص: 274.

3 عبد الحميد أخريف، مرجع سابق، ص: 275.

4 ويعرف القضاء الفرنسي وحدة الإنتاج أنها مجموع الوسائل المادية والبشرية التي تمكن من خلق أو مواصلة نشاط اقتصادي (قرار محكمة باريس بتاريخ

17/04/1990)، أورده كمال الغشوي، مرجع سابق، ص: 514.

## المنقولة أو العقارية.<sup>1</sup>

ويتمتع القاضي المنتدب بسلطة تقديرية لاختيار الطريقة التي يعتبرها الأنسب لإجراء التفويت وهي سلطة تتصل إلى حد ما بمجال الملائمة.

### ب- بيع العقارات :

خصص المشرع المغربي لبيع العقارات المادة 622 من مدونة التجارة التي حددت للقاضي المنتدب ثلاثة طرق لتحقيق العقارات المندرجة ضمن الأصول موضوع التصفية القضائية، و هنا تطرح إشكالية جوهرية تتعلق بحدود سلطته في المفاضلة والاختيار بين الطرق الثلاثة، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد اعتد بالطريقة الكلاسيكية، وهي المتمثلة في المزايدة العلنية وفق قواعد الحجز العقاري،<sup>2</sup> ونظرا لبطء هذه الطريقة وكلفتها فقد أجاز التفويت الرضائي إما بطريق المزايدة الودية أو بالتراضي.

### ج- بيع المنقولات :

تطرق المشرع المغربي إلى بيع المنقولات في المادة 624 من مدونة التجارة، والتي أحجمت دون سبب عن ذكر كلمة المنقولات صراحة واستعاضت عنها بعبارة أخرى طويلة يطبعها نوع من الغموض والإبهام وهي أموال المواقلة الأخرى.<sup>3</sup> وكما هو الحال في بيوع الأصول الأخرى، فإن اختيار طريقة بيع المنقولات هي صلاحية خاصة بالقاضي المنتدب الذي يتمتع بسلطة ملائمة الاختيار بين طريقتين هما البيع بالمزاد العلني أو البيع بالتراضي، ويعتمد منهما الأكثر ملائمة لطبيعة المنقولات، والتي من شأنها أن توفر أحسن ثمن لأفضل تصفية للخصوم.

يقوم القاضي المنتدب سواء في حالة التفويت الشامل لوحدات الإنتاج أو بيع العقارات أو المنقولات، باختيار العرض الذي يبدو أكثر جدية، ويمكن في أفضل الظروف من ضمان استمرارية التشغيل وسداد ديون الدائنين.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى إشكالية أخرى وهي كون مدونة التجارة في الكتاب الخامس المتعلق بنظام صعوبات المواقلة لم تبين مسطرة توزيع منتج البيع بخصوص أصول المواقلة موضوع التصفية القضائية باستثناء الإشارات الواردة في الفصول 622 (الفقرة الأخيرة)، والفصل 624 والفصل 615 من مدونة التجارة عندما يتعلق الأمر بالتفويت.<sup>5</sup>

وختاما يمكن القول من خلال مقارنة هذا الموضوع أن مهام القاضي المنتدب تتفاعل في إطارها وتساهم في غيابها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عدة عوامل، تبتدئ من فعالية أجهزة المسطرة، ونهوضها بالمهام الموكولة إليها، ومدى توفر

1 أحمد شكري السباعي، الوسيط في الوقاية من الصعوبات التي تعترض المواقلة ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص : 92.  
2 للمزيد من التوسع حول قواعد الحجز العقاري يراجع الطيب برادة، التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط 1988، ص : 327 وما بعدها.

3 أحمد شكري السباعي، الوسيط في الوقاية من الصعوبات التي تعترض المواقلة ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص : 180.

4 بشري بنجيرة، مرجع سابق، ص : 66.

5 عبد القادر أقلعي دريوش، مرجع سابق، ص : 463.

الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة لتحقيق السير السريع للمسطرة، لذلك يتوجب إحداث مؤسسة القاضي المنتدب النائب من أجل تعزيز دور القاضي المنتدب، سواء في مسطرة التسوية القضائية، أو التصفية القضائية، وذلك لبلوغ الهدف المتوخى من تعيينه.

## مسؤولية مراقب الحسابات في ضوء القانون رقم 17.95

### المتعلق بشركات المساهمة

### لحسن العيوض

طالب باحث بماستر قانون الأعمال  
كلية الحقوق، جامعة ابن زهر- أكادير.

#### مقدمة:

تحتل الشركات التجارية أهمية كبرى على اعتبارها ركيزة اقتصادية هامة ومعيارا تقييما لمدى قوة الدول وتقدمها<sup>1</sup> خاصة في مثل هذه الظرفية التاريخية التي تتميز بتبلور نظام عالمي جديد حتم على الدول المنصهرة فيه أن تعمل على تطوير منظومتها التشريعية بشكل يتلاءم والتوجهات الحديثة، ويساعد على تحقيق الرهانات المطروحة.

ومواكبة للتطورات التي عرفها الاقتصاد العالمي<sup>2</sup> اتبع المشرع المغربي سياسة إصلاح شاسعة لمنظومته القانونية لمست العديد من الميادين، غير أن أبرزها طال الميدان الاقتصادي، حيث شهد إصدار العديد من القوانين كقانون الخوصصة والقانون البنكي والقوانين المتعلقة بسوق القيم المنقولة وقانون الاستثمار وقانون الشركات، والقانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة للخبراء المحاسبين<sup>3</sup> والقانون رقم 127.12 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين<sup>4</sup>.

1- معيزي خالدية، مسؤولية مندوب الحسابات في شركات المساهمة، مذكرة لنيل الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية: 2011/2012، ص 1.

2- ولعل أهم هذه التطورات التوقيع على الاتفاقية العامة للتجارة والتعريف الجمركية سنة 1947 التي كان هدفها تحرير التجارة الدولية ووضع القواعد الكفيلة بتنميتها، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، ميلاد منظمة التجارة العالمية التي تعتبر أول إطار مؤسسي للتبادل الحر دوليا، وتقف غاية إحداثها عند تحقيق حرية التجارة الدولية وتشجيع حركة الإنتاج ورؤوس الأموال وللاستثمارات وخفض الحواجز الجمركية...  
للمزيد من التوضيح بخصوص هذه النقطة، أنظر:

- أستاذتنا نورة غزلان الشنيوي، العقود الخاصة المدنية والتجارية مع آخر المستجدات، الطبعة الأولى، مطبعة BJ print، أكادير، سنة 2016، ص 216.

3- الظهير الشريف رقم 1.92.139 الصادر بتاريخ 8 يناير 1993، بتنفيذ القانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4188، بتاريخ 3 فبراير 1993، ص 157.

- مرسوم رقم 2.93.521 صادر في 30 غشت 1993، بتطبيق القانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4218، بتاريخ 1 شتنبر 1993، ص 1539.

4- الظهير الشريف رقم 1.15.111 الصادر بتاريخ 4 غشت 2015 بتنفيذ القانون رقم 127.12 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6388 بتاريخ 20 غشت 2015، ص 7144.

ويمكن القول، إن حماية الشركات التجارية هي بالأساس حماية للسياسة الاقتصادية العامة للدولة، فالتجاوزات التي تقع في إطارها تتجاوز آثارها نطاق مصالح المساهمين لتشمل المصالح الاقتصادية العامة، مما يستدعي فرض رقابة جديدة تستجيب لمتطلبات العصر، ومن أهم صور مراقبة الشركات التجارية، المراقبة المحاسبية التي تتم من طرف مراقب الحسابات<sup>1</sup>.

ولا تعتبر مؤسسة مراقب الحسابات حديثة العهد، إذ تعود جذورها في التشريع الفرنسي إلى ظهور مصطلح "الاقتصاد الليبرالي" سنة 1863<sup>2</sup> ولم يتدخل القانون الجنائي في تنظيم القواعد المتعلقة بمراقب الحسابات إلا إثر الأزمات الاقتصادية والمالية الكبرى التي حصلت في ثلاثينيات القرن الماضي، حيث صدر قانون 1935 الذي اهتم بحماية المساهمين والمدخرين، وأصبح دور مراقب الحسابات أكثر نجاعة واستقلالية من خلال تجريم بعض التصرفات التي يأتيا أثناء أداء مهامه.

ولقد استوحى المشرع المغربي قواعد تنظيم جهاز مراقب الحسابات ومسؤوليته من أحكام القانون الفرنسي، وانحصر ميدان هذه القواعد في شركة المساهمة وتحديدًا في المواد 159 إلى 181، وذلك في القسم السادس المتعلق بمراقبة شركات المساهمة من القانون رقم 95.17<sup>3</sup> كما قام بتنظيم مهنة الخبراء المحاسبين وإحداث الهيئة المختصة بهم بموجب القانون رقم 15.89.

إن أول مرة تم التنصيب على جهاز مراقب الحسابات بالمغرب كان وفق ظهير 11 غشت 1922 الخاص بشركات الأموال<sup>4</sup> والمطابق لقانون 27 يوليوز 1867 الفرنسي، الذي أوكل لجهاز مراقبي الحسابات مهام محدودة، بحيث اقتصر على رقابة ملائمة عمليات الشركة لنشاطها وبالضبط مدى احترام قواعد المحاسبة الجاري بها العمل.

ويهدف عمل مراقب الحسابات<sup>5</sup> أولاً إلى تحقيق التوازن بين مصلحتين مختلفتين؛ مصلحة المساهمين من جهة أولى، لأنهم لا يتوفرون على الخبرة والوقت الكافي لممارسة الرقابة على إدارة الشركة، ومصلحة هذه الأخيرة من جهة ثانية،

1- نادية حموتي، در مراقب الحسابات في التبليغ عن الأفعال الجرمية في إطار شركة المساهمة، مجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص 77.

2- معزي خالدية، مرجع سابق، ص 2.

3- الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر بتاريخ 30 غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4422، بتاريخ 17 أكتوبر 1996، ص 2320. كما تم تغييره وتتميمه بعدة قوانين.

4- للتعلم أكثر حول مهام مراقب الحسابات في ظل ظهير 11 غشت 1922 والانتقادات الموجهة له، أنظر:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، شركات الأموال والشركات ذات المسؤولية المحدودة، الجزء السادس، دار النشر المعرفة، سنة 1993، ص 290 إلى 319.

- نادية حموتي، مرجع سابق، ص 78.

5- عرف المشرع المغربي مراقب الحسابات من خلال المادة الأولى من قانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة للخبراء المحاسبين بقوله: "الخبير المحاسب هو من تكون مهنته الاعتيادية مراجعة وتقديم وتنظيم محاسبات المنشآت والهيئات التي لا يرتبط معها بعقد عمل".

لأنها تتعامل مع شخص واحد بدل أن يمارس فيها كل واحد من المساهمين رقابة بنفسه<sup>1</sup> وثانيا إلى خدمة مصلحة الأقلية بشكل فعال، ذلك أن وجود جهاز رقابة محايد ومستقل من شأنه حماية مصالح أقلية المساهمين<sup>2</sup>.

وإذا كان المشرع المغربي قد أسند إلى مراقب الحسابات مهام متنوعة<sup>3</sup> وذلك حماية للمصلحة العامة ومصصلحة المساهمين والأغيار، فإنه في المقابل رتب على المراقب مسؤولية عن مختلف الأخطاء الصادرة عنه بمناسبة أدائه لمهامه، وذلك سعياً وراء تحقيق الشفافية والمصادقية للذات يوفران القدرة على المنافسة. ولأن هذه المسؤولية هي التي تضمن لمراقبي الحسابات حرصهم على إنجاز مهامهم بشكل جدي ونزيه، بدل الاقتصر على رقابة شكلية وسطحية، وذلك خوفاً من الجزاء الذي سيفرض عليهم إذا أهملوا أو أخطئوا في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم<sup>4</sup>.

ويتعرض مراقب الحسابات عند قيامه بمهامه للمسؤولية المدنية، فيكون ملزماً بأداء تعويضات عن الأضرار التي تسبب فيها نتيجة خطئه أو إهماله، للمتضرر- أي الشركة أو الغير- كما يسأل جنائياً إذا ما اقترف أعمالاً مجرمة جنائياً، وذلك لضمان السير الحسن للمقاول أو المشروع والحفاظ على المصالح التي يحميها القانون. هذا، وقد يسأل مسؤولية تأديبية عند إخلاله ببعض الواجبات المهنية أو إتيانه لأفعال تتنافى مع كرامة المهنة.

والحديث عن المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات يقتضي البحث في طبيعة هذه المسؤولية ومدى ارتباطها بالقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، وللقول بقيام هذه المسؤولية لابد من توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية.

لكن الأمر لا يتوقف عند المسؤولية المدنية لهذا الأخير فقط، بل وحماية للمصلحة المشتركة للمساهمين، فرض المشرع جملة من الجزاءات التي توقع على مراقب الحسابات في حالة ارتكابه لفعل من الأفعال التي يعاقب عليها القانون،

1- زكية شعبي، دور مراقب الحسابات داخل شركات المساهمة في إطار القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون المقاول، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2007/2006، ص 6.

2- للتوسع حول مفهوم أقلية المساهمين في الشركة، راجع:

- عبد الواحد حمداوي، تعسف الأغلبية في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الطبعة غير مذكورة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2013، ص 81 إلى 83.  
- عبد الواحد حمداوي، دور مراقب الحسابات في حماية أقلية المساهمين داخل شركات المساهمة، مجلة محاكمة، العدد 3، أكتوبر - دجنبر 2006، ص 117 إلى 138.

3- تتمثل مهام وأدوار مراقب الحسابات فيما يلي:

- التحقق من القيم والدفاتر والوثائق المحاسبية؛
- مراقبة مطابقة محاسبة الشركة للقواعد المعمول بها؛
- التحقق من صحة المعلومات الواردة في تقرير التسيير وكذا المعلومات الموجهة للمساهمين والمتعلقة بالذمة المالية للشركة والتحقق من تطابقها مع القوائم التركيبية؛
- التحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين؛
- الإطلاع على كل الوثائق والدفاتر المحاسبية وسجلات المحاضر في عين المكان.

4- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 150.

سواء تلك الجرائم التي تعتبر مجرمة في قانون الشركات أم في قوانين أخرى، فضلا عن أحقية المشتكي في رفع دعوى تأديبية في حالة ارتكابه لمخالفات تأديبية.

ومن هذا المنطلق، يكتسي موضوع دراستنا أهمية بالغة سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية، ذلك أن مهمة مراقب الحسابات تتوخى بالدرجة الأولى حماية مصالح المساهمين ومراكز الأغيار، لتمتد آثار هذه المراقبة إلى شركة المساهمة في مختلف جوانبها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبالتالي توفير حماية فعالة للسياسة الاقتصادية العامة للدولة ككل في هذا الإطار.

أما عن المنهجية المعتمدة في هذه الدراسة، فقد وظفنا المنهج الوصفي التحليلي - من ناحية - من خلال الوقوف على وصف وتحليل طبيعة المسؤولية القانونية لمراقب الحسابات في قانون شركات المساهمة، وكذا المنهج المقارن - من ناحية ثانية - وذلك بالاستعانة بالفقه والقضاء الفرنسي على سبيل الاستشهاد، وذلك للتقارب الملحوظ بين الأحكام القانونية المتعلقة بمراقبي الحسابات في كلا النظامين القانونيين الفرنسي والمغربي.

وتتمركز الإشكالية الرئيسية للموضوع في تجسيد الطبيعة القانونية لمسؤولية مراقب الحسابات كجزء قانوني يترتب عن إخلاله بمختلف الالتزامات الرقابية والإعلامية التي تقع على عاتقه.

ومن خلال ما تقدم، يتضح منهاج هذا البحث، الذي سنقسمه إلى مطلبين رئيسيين، وفق المنوال الآتي:

**المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات.**

**المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية والتأديبية لمراقب الحسابات.**

## المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات

لقد أشار المشرع المغربي إلى مسؤولية مراقب الحسابات المدنية في المادة 180 من قانون شركات المساهمة<sup>1</sup> إلا أنه لم يحدد طبيعة هذه المسؤولية فهي مسؤولية عقدية<sup>2</sup> أم تقصيرية<sup>3</sup> ولم يميز أيضا بين مسؤولية مراقب الحسابات تجاه الشركة ومسؤوليته تجاه الأغيار<sup>4</sup>.

وقد ثار نقاش فقهي حول طبيعة المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، حيث إن من الفقه من يخضعها للنظام التعاقدية<sup>5</sup> ومنهم من يخضعها للنظام التقصيري<sup>1</sup> فهل تكييف مسؤولية مراقب الحسابات إلى عقدية أو تقصيرية هو على إطلاقه، أو أن طبيعة المهام التي يمارسها هذا الأخير لها تأثير على المسؤولية المدنية.

1- تنص المادة 180 من قانون شركات المساهمة على أنه:

" يسأل مراقب أو مراقبو الحسابات تجاه الشركة والأغيار عن الضرر الناتج عن الخطأ والإهمال المرتكب من طرفهم خلال مزاولتهم مهامهم. لا يسألون مدنيا عن المخالفات التي ارتكبتها المتصرفون أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة ما عدا إذا علموا بها حين مزاولتهم مهامهم، ولم يقوموا بالكشف عنها في تقريرهم إلى الجمعية العامة."

2- يقصد بالمسؤولية العقدية ذلك الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فلما كان العقد شريعة المتعاقدين، فإنه كان لزاما احترام مضمون هذه العلاقة، وأي إخلال بها إلا ويستوجب تحميل المسؤولية للطرف الذي تسبب في حصول هذا الإخلال. والمسؤولية العقدية حتى تقوم لا بد إذن من عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه أو تأخر في تنفيذه. للمزيد من التوضيح، أنظر:

- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 14.

3- المسؤولية التقصيرية هي تلك المسؤولية التي تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، أو هي تلك المسؤولية التي تترتب بمجرد الإخلال بالواجبات القانونية سواء كان منصوصا عليها في بنود تشريعية أو كانت نابعة من نظام التعايش الاجتماعي كضرورة احترام حقوق الجار وعدم المساس بسلامة الأفراد.

للمزيد من التفاصيل حول المسؤولية التقصيرية، أنظر:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر الثقافية للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 748.

- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 15.

4- وقد كرس المشرع الفرنسي المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات بمقتضى المادة 822-17 من مدونة التجارة الفرنسية، بنصه على ما يلي:

« Les commissaires aux compte sont responsables tant à l'égard de la personne ou de l'entité que des tiers, des son séquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonction, leur responsabilité ne peut tout fois pas être engagée à raison des informations ou de faite aux quelles ils procèdent en exécution de leurs mission ».

ومن خلال استقراءنا لنص المادة أعلاه، نلاحظ أن المشرع الفرنسي - شأنه في ذلك شأن المغربي- وضع الإطار العام للمسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، لكن الإشكال الذي يثار يكمن في طبيعة هذه المسؤولية.

5- يقر جانب من الفقه بأنه إذا كانت المادة 180 من قانون شركات المساهمة لم تميز بين مسؤولية مراقبي الحسابات تجاه الشركة ومسؤوليتهم تجاه الأغيار، إلا أنه يمكن تفسير هذا الصمت على أنه إحالة على القواعد العامة، الذي يظهر منه أن المسؤولية هؤلاء تكون عقدية تجاه الشركة وتقصيرية تجاه الأغيار.

أما بالنسبة للقضاء، فقد أقر بأن مسؤولية مراقب الحسابات تقوم على أساس مبادئ المسؤولية التقصيرية، وذلك بمقتضى المادة 180 من القانون رقم 17.95 إلا أنه لا يسأل مدنيا عن المخالفات التي ارتكها المتصرفون أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة<sup>2</sup>.

وبعد تحديد طبيعة المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، سوف نتطرق إلى شروط تحقق هذه المسؤولية في الفقرة الأولى، على أن نشير إلى دعوى هذه المسؤولية في فقرة ثانية.

### الفقرة الأولى: شروط تحقق المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات

يتبين من نص المادة 180 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة أن مسؤولية مراقبي الحسابات المدنية<sup>3</sup> تقوم بمجرد ارتكابهم لخطأ أو إهمال سبب ضررا للشركة أو للأغيار. وهذا يعني أن مسؤولية هؤلاء تقوم وفق الشروط الواردة في القواعد العامة، فلقيامها لا بد من ثبوت خطأ مراقب الحسابات (أولا) والضرر (ثانيا) وعلاقة السببية التي تربطهما (ثالثا)، وفي حال ما انتفت أحد الأركان الثلاثة تنتفي المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات.

- 
- محمد بولمان، مراقبو الحسابات في القانون الجديد لشركات المساهمة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 31، 1999، ص 98.
- عز الدين بنسني، الشركات في القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2014، ص 159.
- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2000/1999، ص 106.
- 1- وقد اعتبر البعض الآخر أن مسؤولية مراقب الحسابات مسؤولية تقصيرية سواء تجاه الشركة أو تجاه الأغيار، هذه المسؤولية قائمة على الخطأ أو الإهمال والضرر والعلاقة السببية سواء تجاه الشركة أو المساهمين أو الغير. إلا أن مسؤولية مراقب الحسابات أصبحت مستقلة وذاتية وغن كانت قائمة على مبادئ المسؤولية التقصيرية.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار نشر المعرفة، الرباط، سنة 2004، ص 316 و 317.
- 2- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 428 الصادر بتاريخ 17 مارس 2009، ملف عدد 05/904 و 06/147.
- 3- من مظاهر المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، نذكر:
- التصديق المغلوط والذي يسهل نشاطا مفسدا؛
  - التقصير في التدقيق وفي المراقبة الشكلية الصرفة؛
  - خرق أدبيات وأخلاقيات المهنة؛
  - المسؤولية عن عدم انتظام وعد صدق قواعد المحاسبة.
- للمزيد من التوضيح حول مظاهر المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، يراجع:
- عز الدين بنسني، مرجع سابق، ص 159.

## أولاً: الخطأ

استناداً إلى المادة 180 من قانون شركات المساهمة، فغن مراقب الحسابات يسأل عن الخطأ<sup>1</sup> والإهمال الذي يرتكبه أثناء ممارسته لمهامه، ولم تحدد هذه المادة طبيعة الخطأ المرتكب ثم طبيعة التزام مراقب الحسابات، مما يقتضي طرح مجموعة من التساؤلات أهمها: هل يسأل مراقب الحسابات عن جميع الأخطاء المرتكبة من طرفه، أم أن هناك معياراً يجب الاعتماد عليه في تكييف أفعال المراقب؟ وهل يكفي وقوع الضرر لإثبات مسؤولية مراقب الحسابات، أم أنه لا بد إثبات خطئه؟ ثم هل التزامه هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

إن مسؤولية مراقب الحسابات لا تقوم إلا بإثبات الخطأ في جانبه، فهي مسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات وليس على أساس الخطأ المفترض<sup>2</sup>. وفي هذا حماية لمراقب الحسابات، لأنه لا يجوز مساءلة هذا الأخير إلا بعد إثبات الخطأ في حقه سواء على افتراضه أو بناء على قرينة معينة.

ويرى البعض<sup>3</sup> أنه يجب التشديد عند تقدير خطأ مراقب الحسابات، التمثل في عدم قيامه بمهامه وفق العناية اللازمة التي تقتضيها المعايير المهنية، لكونه مهني متخصص يتلقى أتعاباً عن مهامه<sup>4</sup>.

وقد قضى القضاء الفرنسي بأن الخطأ المرتكب من طرف مراقب الحسابات غير قائم إلا بإثباته، مما يجعل هذا الأخير محصناً من المتابعة المدنية بناء على خطأ مفترض أو بناء على قرينة معينة.

1- أدرج المشرع المغربي الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية، ووضع تعريفاً مخالفاً في ذلك أغلب التشريعات التي تركت تحديد معناه للفقهاء والاجتهاد القضائي، فقد جاء في الفقرة الثانية من الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي:

"والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".  
ومن بين التعريفات الفقهية للخطأ - الأكثر تداولاً ودقة - التعريف الذي جاء به الفقيه الفرنسي بلانيول، حيث قال بأن: "الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني سابق"، وهو نفس المعنى الذي سار فيه الأستاذ مأمون الكزبري الذي يرى بأن الخطأ هو: "إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال".  
للمزيد من التفاصيل حول مفهوم الخطأ، ينظر:

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في قانون الالتزامات المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، دار القلم، بيروت، 1974، ص 374.

2- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 108.

3- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 155.

4- الجدير بالذكر، أن المشرع لم يتناول موضوع الأجر بالنسبة لمراقب الحسابات في قانون الشركات، وهذا من شأنه أن يشكل خطورة على استقلال وحياد مراقب الحسابات خاصة متى كانت الأغلبية - في الجمعية العامة - بيد قلة لا تمهها إلا مصلحتها الخاصة، فتسمح بمنح المراقب مكافأة مبالغ فيها يتستر على تجاوزاتها ولو أدى ذلك إلى تدمير الشركة.

فإذا كان قانون الشركات لم يتطرق لهذا الموضوع، فإنه بعدم سماحه لغير المسجل في جدول هيئة الخبراء المحاسبين بمزاولة مهام مراقب الحسابات يكون قد أحال بشكل ضمني إلى قانون الخبرة المحاسبية، هذا الأخير نص في المادة 18 على أن الخبراء المحاسبين يتقاضون عن الأعمال التي يقومون بها بدل أتعاب لا أجر، لذا فإن الأجر بمفهومه القانوني وحتى الواقعي لا يستقيم مع الاستقلال الخبير المحاسبي.

للمزيد من التفاصيل حول أتعاب مراقبي الحسابات، انظر:

- محمد بولمان، مرجع سابق، ص 95.

حيث قضت محكمة Rennes في قرارها الصادر بتاريخ 27 ماي 1975 بأنه على الشركة المدعية أن تثبت خطأ أو إهمال مراقب الحسابات. وهو ما ذهبت إليه أيضا محكمة ليون الفرنسية في قرارها الصادر في 19 دجنبر 1984، والذي يؤكد صراحة على أن التزام مراقب الحسابات هو التزام بوسيلة وأن مسؤوليته لا تقوم إلا بإثبات خطئه أو إهماله<sup>1</sup>.

ويثار التساؤل حول ما إذا كان التزام مراقب الحسابات التزاما ببذل غاية أو وسيلة أو التزاما بتحقيق نتيجة إلا أن محكمة النقض الفرنسية أقرت في العديد من قراراتها<sup>2</sup> بأن التزام مراقب أو مراقبي الحسابات هو مجرد التزام بتحقيق وسيلة أو ببذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول مهنته، وليس التزاما بتحقيق نتيجة إلا في حالات استثنائية كالإشهاد بصحة المكافآت التي تمنحها الشركة أو باحترام القواعد المتعلقة باسهم الضمان.

ولا يسأل مراقب أو مراقبو الحسابات عن أخطائه الشخصية فقط، بل يسأل أيضا عن الأخطاء المرتكبة من طرف مساعديهم أو الممثلين عنهم بصفتهم يعملون تحت مسؤوليتهم<sup>3</sup> وينفردون وحدهم باختيارهم، وهذا ما يستفاد من المادة 167 التي تنص في فقرتها الثانية على أنه:

" يمكن لمراقبي الحسابات أن يعينوا حسب اختيارهم وتحت مسؤوليتهم مساعدين أو ممثلين عنهم بصفة خبراء أو مساعدين قصد إنجاز عمليات المراقبة، على أن يطلعوا الشركة على أسمائهم".

وفي المقابل لا يسأل مراقب الحسابات عن أخطاء الإدارة والتسيير، لأنه لا يملك سلطة أو صلاحية لمنعها أو التدخل في التسيير<sup>4</sup>، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 180 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، التي جاء فيها بأنه لا يسأل مراقب الحسابات عن المخالفات التي ارتكبتها المتصرفون، أي أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة، ما عدا إذا علموا بها حين مزاولتهم لمهامهم، ولم يقوموا بالكشف عنها في تقريرهم إلى الجمعية العامة.

1- للإطلاع على القرارين، أنظر:

- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 108.

2- ولعل أهم هذه القرارات، قرار 9 فبراير 1988، حيث أقرت فيه بأن: "طبيعة الالتزام بالتصديق وضبط وصدق الحسابات هي التزامات ببذل عناية"، وبذلك فإن مراقبي الحسابات ليس لهم إلا التزامات ببذل عناية. وفي نفس الاتجاه تذهب محكمة Rennes الفرنسية بتاريخ 27 ماي 1975 إلى أن: "لمراقب الحسابات التزامات ببذل عناية في المراجعة والمراقبة التي يقوم بها".

3- واستثناء على ما سبق، وبرجوعنا إلى نص المادة 41-225 من القانون التجاري الفرنسي نجدها تفرض التزامات بتحقيق نتيجة على مراقبي الحسابات، ولا يكن لهؤلاء التحلل من المسؤولية إلا بإثباتهم للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي طبقا للأحكام العامة.

للمزيد من التعمق بشأن هذه النقطة، راجع:

- أحمد شكري السباعي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 317.

- معيزي خالدية، مرجع سابق، ص 39.

3- تنص الفقرة الأولى من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:

" لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده...".

4- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 109.

وإذا حدث أن كان مراقب الحسابات مشاركا أو متواطئا في جريمة مرتكبة من طرف المتصرفين أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة، فإنه يكون مسؤولا تضامنيا مع هؤلاء في التعويض عن الأضرار اللاحقة بالشركة، وتكون للقضاء السلطة التقديرية الواسعة في تشطير المسؤولية من عدمه.

وفي حالة ما إذا تعدد مراقبي الحسابات عملا بالمادة 171 من قانون شركات المساهمة<sup>1</sup> فيجب التمييز بين ما إذا كانوا ينجزون مهامهم بصورة فردية أو بصورة جماعية؛ ففي الحالة الأولى تكون مسؤوليتهم فردية، وفي الحالة الثانية تكون جماعية وعلى وجه التضامن، كما يسألون على وجه التضامن في كل الأحوال التي يكون فيها الخطأ مشتركا وغير قابل للتجزئة<sup>2</sup>.

وللإشارة، فمن بين الأخطاء التي قد يرتكبها مراقب الحسابات نجد<sup>3</sup> انعدام رقابة جدية حقيقية على حسابات الشركة، وعدم مراجعة الدفاتر والمستندات المحاسبية، وعدم تحريك إجراءات مسطرة الوقاية الداخلية، والتدخل المضر في تسيير الشركة...

#### ثانيا: الضرر

إن الضرر<sup>4</sup> هو الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات، فللقول بقيام مسؤولية هذا الأخير، لا بد من ثبوت الخطأ الصادر منه، وأن هذا الخطأ قد تسبب في ضرر للشركة محل المراقبة أو للمساهمين أو الغير المتعامل معها، وذلك عملا بالقاعدة التي تقول بأنه "لا دعوى حيث لا مصلحة"<sup>5</sup>.

والضرر قد يكون ماديا يصيب المضرور في جسمه أو في ماله وهو الغالب، وقد يكون معنويا يصيب المضرور في كرامته أو شرفه أو قيمة أخلاقية. هذا، ولكي يكون الضرر قابلا للتعويض، لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية: وهي أن يكون الضرر محققا وحالا، وشخصيا ومباشرا، وألا يكون قد سبق تعويضه.

1- تنص المادة 171 من قانون شركات المساهمة في فقرتها الأولى على ما يلي:

" إذا تعدد مراقبو الحسابات المزاولون مهامهم، أمكن لهم إنجاز مهامهم بصورة فردية على أن يعدوا تقريرا مشتركا".

2- أحمد شكري السباعي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 318.

3- تجدر الإشارة إلى أن الأخطاء والإهمال التي يمكن أن يسأل عن ارتكابها مراقب الحسابات، جاءت على سبيل المثال فقط لا الحصر.

للتوسع حول صور أخطاء مراقب الحسابات، راجع:

- معيزي خالدية، مرجع سابق، ص من 30 إلى 57.

4- يعرف الضرر بكونه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو هو الأذى الذي يصيب مال المضرور أو نفسه، أي هو المساس بمصلحة المضرور سواء كانت مادية ويوصف عندئذ بأنه ضرر مادي، أم كانت مصلحة معنوية ويوصف الضرر عندئذ بأنه ضرر معنوي أو أدبي.

للمزيد من التعمق، ينظر:

- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 42 و 43.

5 - pas d'intérêt, pas d'action.

وإذا كان الضرر الذي يصيب الشركة أو الغير هو في الغالب الأعم ضرر مادي، إلا أنه يمكن تصور حدوث ضرر معنوي، لكن نادرا ما يكون في مجال مسؤولية مراقب الحسابات، ومثال ذلك المس بسمعة أو شرف الشركة المعنية بالأمر أو الطعن في شرف القائمين بالإدارة أو إعفاء مجلس الإدارة في حال الكشف عن أخطاء في الحسابات على أساس غير صحيح، أو التعسف في استعمال إجراء الإنذار...

ويخضع تقدير الضرر الناشئ عن خطأ مراقب الحسابات للسلطة التقديرية للقضاء، وغالبا ما يتم انتداب خبير قضائي لتقويم المدى الذي ساهم فيه خطأ أو إهمال مراقب الحسابات في النقص الحاصل في أموال الشركة<sup>1</sup> ويجب على طالب التعويض- المدعي- إثبات الضرر الذي لحقه من جراء خطأ أو إهمال مراقب الحسابات وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.

### ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية لمراقبي الحسابات توفر الخطأ والضرر مادامت لا توجد علاقة تربطهما، بل لابد من كون الخطأ سببا في حصول الضرر.

إن مسؤولية مراقب الحسابات لا تنعقد إلا إذا أثبت المدعي وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصابه والخطأ المرتكب من قبل المراقب، وإن كان من الصعب إثبات هذه العلاقة، ذلك أن خطأ المراقب لا يكون دائما إيجابيا واجب الإثبات، بل قد يكون عبارة عن فعل سلبي الذي هو الامتناع هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى نظرا لطبيعة مهام المراقب - التي تتمثل أساسا في مهام الرقابة والتحقق والإعلام- يمنع عليه التدخل في أعمال الإدارة والتسيير، ما يفيد بأنه لا يكون الفاعل الأصلي أو المسؤول الوحيد عن الضرر اللاحق بالشركة أو الأغيار، بقدر ما قد يكون مساهما في وقوعه<sup>2</sup>.

وتنتفي العلاقة السببية إذا ثبت أن الضرر كان لا بد أن يقع حتى ولو انتفى خطأ مراقب الحسابات أو إذا ثبت أن السبب في الضرر قد تحقق قبل خطأ مراقب الحسابات أو حينما لا يكون لخطأ هذا الأخير أي تأثير على الضرر الحاصل<sup>3</sup>.

1- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 159.

2- معيزي خالدية، مرجع سابق، ص 68.

3- ومن أمثلة ذلك: إذا تبين أن اتخاذ قرار الاستثمار في شركة معينة تم قبل تقديم الميزانية غير الصحيحة التي صادق عليها مراقب الحسابات بدون تحفظ.

وقد صدر قرار عن محكمة باريس بتاريخ 20 مارس 2000 يقر: " بإعفاء مراقب الحسابات من المسؤولية عن الضرر اللاحق بمالك أغلبية الأسهم، لكون الخسائر التي لحقت به كانت بسبب سوء الاستثمارات المنجزة من طرف الشركة وليس بسبب ثمن الأسهم التي اشتراها استنادا على تقرير مراقب الحسابات الذي صادف فيه على حسابات غير صحيحة".

وفي كل الأحوال، يستطيع مراقب الحسابات بأن يدفع مسؤوليته المدنية متى أثبت أنه قد بذل العناية المألوفة التي تفرضها أحوال المهنة، لأنه يلزم - كما أومأنا إليه سلفاً - ببذل العناية وليس بتحقيق النتيجة.

والجدير بالذكر، أن مراقب الحسابات يمكنه أن ينفي مسؤوليته بإثبات وجود سبب أجنبي لا يد له فيه أدى إلى حدوث الضرر سواء أكان قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو فعل الغير، لكن لا يحق له أن يدفع بوجود عراقيل يضعها أمامه المسيرون أو بغلطة في القانون أو إثبات حسن نيته أو التدرع بضيق الوقت أو عدم كفاية الأتعاب<sup>1</sup>.

وقد ألزم المشرع مراقب الحسابات باعتباره خبيراً محاسبياً، بموجب المادة 14 من قانون الخبرة المحاسبية<sup>2</sup> باكتتاب عقد تأمين لضمان الأخطار المرتبطة بممارسة مهنته، وذلك في حدود العقد الذي أبرمه مع شركة التأمين.

### الفقرة الثانية: دعوى المسؤولية المدنية ضد مراقب الحسابات

إن آثار قيام المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات طبقاً للقواعد العامة هي ممارسة الدعوى القضائية والمطالبة بالتعويض المدني، إذ سنحاول في هذه الفقرة التطرق لأطراف الدعوى (أولاً)، ثم إلى المحكمة المختصة بالنظر في هذا النوع من المسؤولية (ثانياً)، وأخيراً نشير إلى تقادم دعوى مسؤولية مراقب الحسابات (ثالثاً).

#### أولاً: أطراف الدعوى

لقد جاء في نص المادة 180 من قانون شركات المساهمة في فقرتها الأولى أنه:

"يسأل مراقب أو مراقبو الحسابات تجاه الشركة والأغيار عن الضرر الناتج عن الخطأ والإهمال المرتكب من طرفهم خلال مزاولتهم مهامهم".

وكما يلاحظ، فإن المشرع المغربي أغفل تحديد الجوانب الخاصة بدعوى المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات إلا أن ورود لفظ "الضرر" في المادة أعلاه، يمكن القول بأن هذا اللفظ عام<sup>3</sup> يشمل الشركة والمساهمين والأغيار، وبالتالي يحق لهؤلاء رفع الدعوى ضد مراقب الحسابات لتعويضهم عن الأضرار اللاحقة بهم.

وطبقاً للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية، فإن أطراف الدعوى المدنية لمراقب الحسابات، هما المدعي الشركة المراقبة أو المساهمين أو الغير، والمدعى عليه إما أن يكون مراقب الحسابات يمارس المهنة بصفة فردية أو أن يكون شريكاً في شركة تمارس مهنة مراقب الحسابات.

1- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 162 و 163.

2- تنص المادة 14 من القانون رقم 15.89 المتعلق بالخبرة المحاسبية في فقرتها الأولى على أنه:

"يجب على الخبراء المحاسبين اكتتاب وثيقة تأمين لضمان المسؤولية المدنية التي قد يتعرضون لها بسبب قيامهم بالأعمال المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه".

3- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 116.

## 1- المدعي

المدعي في دعوى المسؤولية المدنية هو الطرف المضرور الذي يطالب بالتعويض، وليس لغير المدعي أو خلفه الحق في المطالبة به<sup>1</sup>.

ويستفاد من نص المادة 180 من قانون شركات المساهمة - السالفة الذكر- أن مراقب الحسابات يكونون مسؤولين في مواجهة الشركة المراقبة أو الغير الذي يكون المدير أو رئيس مجلس الإدارة، كما يمكن أن يكون أحد المساهمين أو أحد الدائنين المتعاملين مع الشركة.

### أ- ممارسة الدعوى من قبل الشركة المراقبة

أوجب المشرع على الشركات تعيين مراقب للحسابات كجهاز مكلف بالوقاية من الأضرار المباشرة وغير المباشرة التي قد يتسبب فيها سوء التسيير المالي والمحاسبي، ومن تم فمن صالح الشركة مباشرة الدعوى ضد مراقب الحسابات الذي تضررت من خطئه أو إهماله.

ولكون الشركة شخصا معنويا لا يمكنها التقاضي بهذه الصفة، فلا بد لها من تعيين أشخاص طبيعيين يكونون ممثلين قانونيين لها أمام القضاء، وهم إما المديرون أو رئيس مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية بالنسبة لشركة المساهمة، أما إذا كانت الشركة في طور التصفية القضائية فيتم رفع الدعوى من قبل السنديك - بحيث يتابع المراقب بدفع التعويضات عن الأضرار التي لحقت الشركة وذلك لإلحاق هذا المبلغ بموجودات الشركة- بينما إذا تمت تصفية الشركة وديا، فإن المصفي هو الذي يباشر الدعوى بصفته الممثل القانوني للشركة في تلك المرحلة<sup>2</sup>.

### ب- ممارسة الدعوى من قبل المساهمين

يحق لكل مساهم لحقه ضرر شخصي مستقل عن الضرر الذي لحق الشركة- الضرر الجماعي- أن يرفع دعوى ضد مراقب الحسابات، بالرغم من أن المادة 180 من قانون شركات المساهمة لم تنص على حق المساهمين في رفع الدعوى ضد مراقب الحسابات، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجدها تجيز لكل شخص تضرر من فعل معين المطالبة بالتعويض، لذا يجوز لكل مساهم رفع دعوى فردية ضد المراقب من جراء خطأ أو إهمال هذا الأخير<sup>3</sup> كما لو قام بالاككتاب في زيادة رأسمال الشركة استنادا على تقييم خاطئ ناتج عن حسابات المراقب أو شراء أسهم الشركة بناء على مصادقة غير صحيحة لمراقب الحسابات.

### ج- ممارسة الدعوى من قبل الغير

1- عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق، ص 1038.

2- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 164.

3- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 164.

يجوز للأعيان، وهم الدائنون، رفع دعوى مباشرة ضد مراقب الحسابات إذا أصابهم ضرر شخصي من جراء خطئه أو إهماله، ومطالبته بالتعويض، كما قام شخص بتمويل شركة يجهل وضعيتها المالية الحقيقية سبب إهمال المراقب الذي لم ينتبه إلى كون الشركة في حالة التوقف عن الدفع، أما الدائنين الشخصيين للمساهمين يمكنهم رفع الدعوى غير المباشرة<sup>1</sup> على مراقب الحسابات استناداً للضرر الشخصي المتمثل في عدم استيفائهم لديونهم، ويمكن للمسيرين استثناء رفع دعوى المسؤولية ضد مراقب الحسابات متى أصابهم ضرر من جراء خطئه أو إهماله سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً.

## 2- المدعى عليه

لقد أشرنا إلى أن سلفاً إلى أن المدعى عليه قد يكون إما مراقب حسابات يمارس مهامه بصفة فردية، وإما أن يكون شريكاً في شركة تمارس مهنة مراقب الحسابات.

### أ- مراقب الحسابات كشخص طبيعي

نصت المادة 13 من القانون رقم 15.89 المتعلق بالخبرة المحاسبية في فقرتها الأولى على ما يلي:

" يتحمل الخبراء المحاسبون في جميع الحالات مسؤولية الأعمال التي ينجزونها كيفما كانت طريقة مزاولتهم للخبرة المحاسبية".

لذا، فمراقب الحسابات يتحمل مسؤولية الخطأ أو الإهمال الذي ارتكبه أثناء ممارسته لمهامه، ولا يكون مسؤولاً عن أخطاء غيره إلا فيما يتعلق بمساعدته. فإذا كان خطأ هؤلاء نابعا عن إتباع توجيهاته أو سوء اختياره لهم، فإن مسؤوليته تكون مشددة، لأن من واجبه كمراقب للحسابات المحافظة على المصالح العامة للشركة<sup>2</sup>.

لكن الإشكال يثار في حال ما إذا كان مراقب الحسابات شريكاً في شركة تمارس مهنة مراقب الحسابات، وهو ما سنحاول رفع اللبس عنه في النقطة التالية.

1- تجدر الإشارة، إلى أن المشرع الغربي لم يأخذ بالدعوى غير المباشرة نظراً لعدم إفراد نص خاص يحكمها بين دفتي القانون المدني، على خلاف بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والمصري والسوري التي أقرت هذه الآلية، ويقصد بالدعوى غير المباشرة مطالبة الدائنين باسم مدينة بما لديه من حقوق من حقوق في ذمة الغير - إلا ما كان منها متصلاً بشخصه - حفاظاً على الضمان العام الدائنين، استناداً إلى توفره على الصفة لممارستها باعتباره دائن صاحب الحق.

للمزيد من التوضيح حول هذه النقطة، انظر:

- أستاذتنا نورة غزلان الشنيوي، التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة، المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016، ص 50.

- محمد محروك، مفهوم الغير في العقد: التحديد والآثار - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، جامعة القاضي عياض، مراكش، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2005/2006، ص 288.

2- معيزي خالدية، مرجع سابق، ص 108.

## ب- مراقب الحسابات كشخص معنوي

أجاز المشرع بمقتضى المادة الثامنة من قانون الخبرة المحاسبية للخبراء المحاسبين تأسيس شركات أسهم أو شركات ذات مسؤولية محدودة، لكن باحترام مجموعة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن يكون غرض هذه الشركات مزاولة الخبرة المحاسبية لا غير؛

- أن تكون ثلاثة أرباع أسهمها أو حصصها على الأقل مملوكة لخبراء محاسبين مقيدون في جدول هيئة الخبراء المحاسبين؛

- أن تختار عضو مجلس إدارتها المنتدب أو مديرها أو وكيلها المفوض من بين الخبراء المحاسبين المشاركين فيها؛

- أن تكون أسهمها اسمية عندما يتعلق الأمر بشركات أسهم؛

- أن يشترط لانضمام شركاء جدد إليها الموافقة المسبقة لمجلس الإدارة أو أصحاب الحصص؛

- ألا يكون مرتبطة بعلاقة تبعية مع أي شخص طبيعي أو معنوي.

ويرى أحد الباحثين<sup>1</sup> أن ممارسة مراقبة الحسابات في إطار شركة لا تخول للشخص الطبيعي التستر وراء مسؤولية الشركة التي يمارس المهنة باسمها، بل يظل مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن المهام التي باشرها - المراقبة والتوقيع على التقرير العام والوثائق المرفقة به- وتكون الشركة مسؤولة معه مسؤولية تضامنية.

### ثانياً: الاختصاص القضائي

ونحن في إطار هاته النقطة، سنحاول تسليط الضوء على بعض جوانب الاختصاص القضائي، ونقصد بذلك كل قواعد الاختصاص النوعي وقواعد الاختصاص الترابي.

#### أ- الاختصاص النوعي

لم يشر المشرع إلى الاختصاص النوعي فيما يتعلق بدعوى المسؤولية المدنية ضد مراقب الحسابات لدى شركة المساهمة أو غيرها من الشركات التجارية الأخرى، مما يؤدي إلى تضارب الآراء بين الباحثين في هذا المجال.

وقد نصت المادة 454 من قانون شركات المساهمة على أنه:

" إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون، يبت في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل".

1- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 163.

ويستفاد من المادة أعلاه، أنه يتم إحداث محاكم متخصصة بالنظر في مختلف النزاعات التي تنشأ بين التجار وفي النزاعات التي تنشأ تطبيقاً لقوانين الشركات ومن بينها دعوى المسؤولية المدنية المرفوعة ضد مراقب الحسابات، إلا أنه بصور القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية<sup>1</sup> تم حصر الاختصاص النوعي لهذه المحاكم وفقاً للمادة الخامسة منه<sup>2</sup>، وبالرجوع إلى هذه المادة نجد بأنه لم يدرج النزاعات التي تطرأ بخصوص تطبيق قانون الشركات ضمن الاختصاص النوعي لهذه المحاكم.

هذا، وقد اختلف الفقه بخصوص المحكمة المختصة نوعياً بالنظر في دعوى المسؤولية المرفوعة ضد مراقب الحسابات إلى اتجاهين: اتجاه أول<sup>3</sup> يرى بعدم إمكانية إسناد اختصاص النظر في دعوى المسؤولية المدنية إلى المحاكم التجارية، بل اعتبر أن المحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية، لكون مراقب الحسابات ليس تاجراً ولكن يمكن الاتفاق على منح الاختصاص للمحاكم التجارية، وذلك عملاً بمضمون المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية والمادة 4 من مدونة التجارة.

أما الاتجاه الثاني<sup>4</sup> حاول التوفيق بين المادة 454 من قانون شركات المساهمة والمادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، فاعتبر أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الابتدائية متى كان مراقب الحسابات شخصاً طبيعياً أو شركة مدنية مهنية، في حين ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية إذ مارس مراقب الحسابات مهامه في إطار شركة تجارية.

1- الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997، ص 1441. كما عدل وتمم.

2- تنص المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على ما يلي:

" تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛

2- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛

3- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛

4- النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية؛

5- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية.

ويستثنى من اختصاص المحاكم التجارية قضايا حوادث السير.

يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر".

3- هذا الاتجاه يمثله: أحمد شكري السباعي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 319.

4- يمثل هذا الاتجاه كل من:

- محمد كرام، المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركة المساهمة على ضوء القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني-عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2000-2001، ص 61 و62.

- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 167 و168.

## ب- الاختصاص المحلي

لم يرد المشرع المغربي نص صريح خاص بالجهة القضائية المختصة مكانيا بالنظر في دعوى المسؤولية المدنية المرفوعة ضد مراقب الحسابات، وبالتالي فهي تخضع لأحكام وقواعد الاختصاص المحلي الواردة في قانون المسطرة المدنية<sup>1</sup>.

وفي هذه الحالة يجب على المدعي رفع دعواه أمام محكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه – مراقب أو مراقبو الحسابات – فإن لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب يكون الاختصاص لمحكمة محل إقامته، وإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم حسب ما ينص عليه الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية.

### ثالثا: تقادم دعوى المسؤولية المدنية

تتقادم دعوى المسؤولية المدنية المرفوعة ضد مراقب الحسابات بمرور خمس سنوات تبتدئ من تاريخ وقوع الفعل الناجم عنه الضرر أو من تاريخ كشفه في حالة كتمانته حسب مقتضيات المادة 181 من قانون شركات المساهمة المغربي. بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد مدة تقادم دعوى المسؤولية المدنية ضد مراقب الحسابات في ثلاث سنوات بمقتضى المادة 254-225L من مدونة التجارة الفرنسية.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن مباشرة إجراءات جماعية كالإفلاس أو التسوية القضائية لا يحدث أي أثر على مدة التقادم، فهذه الأخيرة يبتدئ من يوم اكتشاف خطأ مراقب الحسابات<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية والتأديبية لمراقب الحسابات

تعد المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات إحدى تطبيقات جرائم الأعمال أو الجرائم الاقتصادية على وجه العموم، ومن تم فأهمية هذه المسؤولية تنبع أساسا من أهمية الجرائم المشكلة لها<sup>3</sup>.

وبذلك تقوم المسؤولية الجنائية على أساس الفعل المادي – سواء كان إيجابيا أو سلبيا – المرتكب من قبل مراقب الحسابات، إذ أصبح هذا الأخير يعد من أهم الأشخاص المساءلين في ظل القانون الجنائي للشركات.

1- أفرد المشرع للاختصاص المكاني أو المحلي الفصول من 27 إلى 30 من ظهير 28 شتنبر 1974 المتعلق بالمسطرة المدنية كما تم تعديله وتتميمه بعدة قوانين.

2- قرار محكمة النقض الفرنسية، عدد 21-99 صادر في 17 دجنبر 2002، أشارت إليه:

- معيزي خالدية، مرجع سابق، ص 120.

3- فاطمة الديب، القانون الجنائي للأعمال: خصوصيات وتطبيقاته، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2007-2008، ص 56 و57.

زيادة على ذلك، يمكن مساءلة مراقب الحسابات تأديبيا – إذا أخل بالتزاماته المهنية أو بمبادئ الشرف والاستقامة أو عدم احترامه القوانين المنظمة للمهنة – أمام هيئة الخبراء المحاسبين طبقا للمادة 66 من لقانون المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين.

وسنحاول طي هذا المطلب، تسليط الضوء على المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في فقرة أولى، على أن نخصص فقرة ثانية للحديث على المسؤولية التأديبية لهذا الأخير، وذلك تبعا للمنوال الآتي:

### الفقرة الأولى: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات

مخافة قيام مراقب الحسابات بأعمال تضر بمصالح الشركة – مثل تسهيل أعمال المسيرين غير المشروعة – وحتى تتسم تقارير ومواقفه بالصدق، فإن المشرع المغربي – على منوال المشرع الفرنسي – دعم مقتضيات قوانين الشركات بمواد زجرية تنص على المساءلة الجنائية لمراقب الحسابات<sup>1</sup> إن أخل بالتزاماته، خاصة تلك المتعلقة بمراقبة حسابات الشركة<sup>2</sup>.

وإذا كان المشرع قد خول لمراقب الحسابات مهام وصلاحيات واسعة تمكنه من اتخاذ جميع المبادرات اللازمة للحفاظ على الشركة – كمؤسسة اقتصادية – إلا أنه في الوقت نفسه نجده – المشرع – قد أحاط هذه الصلاحيات بسياج يمنع المراقب سيء النية من القيام بما يضر الشركة من أفعال تحقيقا لأغراضه الشخصية.

ويتطلب المشرع لقيام المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات<sup>3</sup> استناد للمبادئ العامة للقانون الجنائي، توافر ثلاثة أركان أساسية، لكن ما يهمننا في هذا الإطار هو إبراز الوجه الجنائي المتعلق بمراقبي الحسابات من خلال تحديد أهم الجرائم التي تعتبر مجرمة في قانون الشركات (أولا). وفي بعض القوانين الأخرى (ثانيا) والتي تحمل مراقب الحسابات في حالة إتيانها المسؤولية الجنائية.

---

1- نظم المشرع التونسي مسؤولية مراقب الحسابات الجنائية بموجب المواد 270 إلى 282 من المجلة التونسية للشركات، واقتصر ذلك على الجرائم التالية:

- تعمد إعطاء أو تأييد معلومات كاذبة عن حالة الشركة:

- عدم إعلام وكيل الجمهورية بالجرائم والتي بلغ له العلم بها؛

- إفشاء المهنة.

2- سناء الوزيري، السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2005-2006، ص 88.

3- وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي عاقب على مجموعة من السلوكيات التي تهدد كيان الشركة بدء من تأسيس ومرورا بالإدارة والتسيير والمراقبة وانتهاء بالتصفية، بمقتضى المواد من 373 إلى 424 من قانون شركات المساهمة: منها ما يتعلق بالتأسيس (المواد 378 إلى 383) وبالإدارة والتسيير (المواد 384 إلى 386) وبجمعيات المساهمين (المواد 387 إلى 394) وبتغيير رأسمال الشركة واستهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأسمال وتخفيضه (المواد 395 إلى 402) ومراقبة الشركة (المواد 403 إلى 406) وحل الشركة (المادة 407) والقيم المنقولة (408 إلى 418) والشهر (المادتين 419 إلى 420) والتصفية (المواد 421 إلى 424).

## أولاً: الجرائم الواردة في قانون الشركات

لقد عاقب المشرع المغربي مراقب الحسابات جنائياً بمقتضى المادتين 404 و 405 من قانون شركات المساهمة والمحال عليها في المادة 104<sup>1</sup> من قانون رقم 5.96 المنظم لباقي أنواع الشركات التجارية، إذا ارتكب فعلاً من الأفعال التي يعاقب عليها القانون.

هذا، ولعل أهم الجرائم – وهي عبارة عن جنح خاصة – التي يمكن أن ترتكب من طرف مراقبي الحسابات حسب ما هو منصوص عليه في قانون شركات المساهمة:

### أ- جريمة مخالفة حالات التنافي القانونية

نص المشرع المغربي على جريمة خرق حالات التنافي في المادة 404 من قانون شركات المساهمة، إذ عاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم كل من قبل أو مارس أو احتفظ – عن قصد – بمهام مراقب الحسابات على الرغم من حالات التنافي القانونية<sup>2</sup> سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكاً في شركة لمراقبة الحسابات.

والملاحظ، أن العقوبة التي أفردتها المشرع لمراقب الحسابات في مثل هذه الحالات هي عقوبة تجمع بين الحبس والغرامة، وتشدد المشرع كان من أجل ردع كل من سولت له نفسه القيام بمهمة مراقب الحسابات بالرغم من كونه يوجد في حالة التنافي، كما أنه عاقب على مجرد قبول الشخص أو احتفاظه بمهام مراقب الحسابات وهو عالم أنه في إحدى حالات التنافي ولو لم يمارسها.

ومن هذا المنطلق، فقد أدان القضاء الفرنسي مراقب الحسابات الذي قبل التعيين مع وجود الحظر القانوني على الرغم من استقالته بعد شهرين من تاريخ التعيين قبل أن يباشر عملياً مهامه<sup>3</sup>.

زيادة على ذلك، تقوم هذه الجريمة في حالة احتفاظ مراقب الحسابات بمنصبه مع توفر إحدى حالات التنافي، إذ يلزم إذا طرأ أحد دواعي التنافي بتقديم استقالته وليس الامتناع عن القيام بمهامه<sup>4</sup>، وفي حالة مخالفة ذلك أوكل المشرع للقضاء سلطة تقديرية مطلقة لتقرير ما إذا كان مراقب الحسابات أوقف مهامه في الوقت المناسب بعد معرفته بحالة التنافي أم لا.

1- تنص المادة 104 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:

" تطبق على مراقبي الحسابات أحكام المادتين 404 و 405 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة... "

2- ونرى من باب الفائدة، الإشارة إلى أن المشرع ذكر في المادة 161 من قانون شركات المساهمة – المغيّرة والمتممة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 20.05 الصادر بتاريخ 23 ماي 2008 – الحالات التي لا يمكن فيها لمراقب الحسابات ممارسة مهامه في شركة معينة، وهي ما يسمى بحالات التنافي القانونية.

3- سناء الوزيري، مرجع سابق، ص 94.

4- سناء الوزيري، مرجع سابق، ص 94.

## ب- جريمة تقديم معلومات كاذبة

نص المشرع على جريمة تقديم أو تأكيد معلومات كاذبة وغير صحيحة بشأن وضع بمقتضى المادة 405 من قانون شركات المساهمة، كما عاقب عليها بالجس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ونود هنا إثارة الانتباه إلى أن المشرع عاقب على هذه الجريمة بأشد عقوبة حبسية واردة في قانون شركات المساهمة، لكون إخلال مراقب الحسابات بالتزامه بتقديم معلومات صحيحة سيكون له ضرر على الشركة والمساهمين بصفة خاصة وعلى الاقتصاد الوطني ككل.

ولعل أول تساءل يتبادر إلى الذهن هو طبيعة المعلومات غير الصحيحة التي يتابع جنائيا من أجلها مراقب الحسابات، فالمادة المشار إليها أعلاه أتت بمفهوم فضفاض يفهم منه أنه يخص المعلومات المعطاة أو المصادق عليها من طرف مراقب الحسابات والتي لها علاقة بمهامه في الشركة، وتتعلق بوضعها الحال والمستقبل وتنصب على معطيات محددة. وفي نفس السياق نجد أن القضاء الفرنسي يشترط في جل أحكامه أن تكون المعلومات الكاذبة تتسم بنوع من الخطورة ولها أثر سلبي على الشركة<sup>1</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الجانب، هو أن مراقب الحسابات يتابع بجريمة تقديم معلومات كاذبة إذا ما توفر كل من العنصر المادي والمعنوي، أي القصد الجنائي<sup>2</sup>، ويبقى أمر إثبات هذا الأخير سهلا، إذ اكتفى القضاء الفرنسي للقول بتحقيق سوء النية بمجرد علم مراقب الحسابات بعدم صحة المعلومات المدلى بها أو التي أكدها، بحيث لم يشترط لقيام الجريمة إثبات أن مراقب كانت لديه نية الإضرار بالشركة<sup>3</sup>.

## ج- جريمة عدم التبليغ بالأفعال الجرمية

من المعلوم أن المشرع المغربي أسند لمراقب الحسابات مهمة تبليغ الأفعال الجرمية إلى مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة التي علم بها أثناء مزاولته مهامه (المادة 169 من قانون شركات المساهمة)<sup>4</sup>، وذلك خلافا لما كان عليه الوضع في السابق، إذ كان مراقب الحسابات ملزما بإطلاع وكيل الملك على الوقائع الجرمية<sup>1</sup>.

1- سناء الوزيري، مرجع سابق، ص 91..

2- لطيفة بنخير، مراقب الحسابات ودوره في تفعيل مساطر الوقاية من الصعوبات، مقال منشور ضمن أعمال سلسلة الندوات الجهوية للمجلس الأعلى بمناسبة مرور الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، الدورة الثانية بطنجة، يومي 21 و22 يونيو 2007، ص 70.

3- سناء الوزيري، مرجع سابق، ص 92.

4- حول المشرع لمراقب لحسابات مهامها جديدة تتمثل في إحاطة مجلس الإدارة والتسيير بعمليات المراقبة والتحقق التي قام بها ومختلف الاستطلاعات التي تولى إنجازها مع إبداء الملاحظات حول الخرقات والبيانات غير المطابقة للحقيقة التي يكشفونها، وهذا ما يجعله بدون شك حارسا أمنيا لحماية حرمة القانون ونزاهة التصرفات والمعاملات على اعتباره الخبير المطلع على أسرار وخبايا الشركة.

ويرى البعض أن المشرع أحسن صنعا، حينما حول لمراقب الحسابات مهمة التبليغ إلى مجلس الإدارة، لأن التبليغ إلى وكيل الملك يجعل المراقب في وضعية صعبة، ذلك أنه يعد بمثابة مدافع عن مصالح المساهمين وليس مساعدا للسلطة القضائية.

وقد أشار المشرع إلى هذه الجريمة وإلى عقوبتها في المادة 405 من قانون شركات المساهمة حينما نص فيها على أنه:

" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مراقب للحسابات قدم أو أكد، عن قصد، إما باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبة الحسابات، معلومات كاذبة بشأن وضع الشركة وكذا عدم إعلامه لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير بكل الأفعال التي بلغت إلى علمه أثناء مزاولته مهامه وبدا له أنها تكتسي صبغة جرمية".

وللإشارة، فقيام مراقب الحسابات بإعلام أجهزة الإدارة لا يعد من قبيل إفشاء السر المهني، لأنهم ليسوا من الأغيار ما دام المراقب لا يهيمه إلا الوقوف عند الفعل المرتكب بالدرجة الأولى.

ونشير في الأخير، إلى أننا اكتفينا - في هذه الدراسة - بالتطرق لأهم الجرائم الواردة في قانون شركات المساهمة بشكل مختصر، مع العلم أن هناك جرائم أخرى واردة في هذا القانون مثل جريمة إعطاء أو تأكيد بيانات مخالفة للحقيقة في التقارير المعروضة على الجمعية العامة المدعوة لاتخاذ قرار إلغاء حق المساهمين في أفضلية الاكتتاب (المادة 398) وجريمة تمثيل حاملي سندات القرض في الجمعية الخاصة بهم أو قبول تمثيل كتلة حاملي سندات القرض (المادة 415 من قانون شركات المساهمة).

### ثانيا: الجرائم الواردة في قوانين أخرى

ما يعيننا في هذا المضمرة، ذلك النوع من الجرائم الواردة في كل من القانون الجنائي<sup>2</sup> والقانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة لخبيرة المحاسبية وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين، والتي سنعرض عليها فيما يلي:

#### 1- جريمة إفشاء السر المهني

أحال المشرع بخصوص جريمة إفشاء السر المهني - بمقتضى الفقرة الأخير من المادة 405 من القانون رقم 17.95 - على مقتضيات الفصل 446 من القانون الجنائي، إذ ألزم مراقب الحسابات بالحفاظ على السر المهني<sup>1</sup> لكونه

للتوسع حول مهمة التبليغ عن الأفعال الجرمية في إطار شركة المساهمة، راجع:

- نادية حموتي، دور مراقب الحسابات في التبليغ عن الأفعال الجرمية في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 77 و88.

1- وفي نفس السياق، نجد المشرع في الميدان البنكي ألزم مراقب الحسابات بإخبار بنك المغرب في الحال بكل فعل أو قرار يطلعون عليه خلال مزاولته مهامهم لدى مؤسسة ائتمان، مع كون هذا الإخلال يشكل خرقا لأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة على مؤسسات الائتمان ومن شأنه أن يضر بالوضعية المالية للمؤسسة البنكية أو يعرض استمرارية الاستغلال للخطر أو أن يؤدي إلى تقديم تحفظات أو إلى رفض الإشهاد على الحسابات.

أنظر المادة 104 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ 24 دجنبر 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص 462.

2- الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 26 نونبر 1962 المتعلق بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر، كما تم تعديله وتتميمه.

يكون - بمقتضى المهام والأدوار المسندة إليه- قد إطلع على كافة أسرار الشركة التي يراقبها وتعرف على نقاط ضعفها وقوتها، وبالتالي فأى إفشاء لهذه الأسرار والخبايا يجعل المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات قائمة<sup>2</sup> ويعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 1200 إلى 20.000 درهم.

لكن مبدأ الحفاظ على السر المهني ليس على إطلاقه، فهناك بعض الحالات الاستثنائية التي يضطر فيها مراقب الحسابات إلى إظهار بعض المعلومات، ويمكن إيجاز هذه الحالات في المادة 181 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها التي لا تجيز الاحتجاج بالسر المهني على بنك المغرب وعلى السلطة القضائية العاملة في إطار المسطرة الجنائية<sup>3</sup> كما أن الفقرة الثانية من المادة 548 من مدونة التجارة<sup>4</sup> أعفت صراحة مراقبي الحسابات من هذا الالتزام تجاه رئيس المحكمة التجارية عندما يتعلق الأمر بتطبيق مقتضيات المتعلقة بمساطر صعوبات المقاول.

## 2- جريمة انتحال صفة خبير محاسب

نص المشرع في المادة 100 من قانون الخبرة المحاسبية على أنه:

" يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في الفصل 381 من القانون الجنائي كل من حمل لقب خبير محاسب خلافا لأحكام هذا القانون".

وإن كانت هذه المادة لم تضيف شيئا للفصل 381 من القانون الجنائي، هذا الأخير عاقب على استعمال أو إدعاء لقباً متعلقاً بمهنة نظمها القانون - وتندرج ضمنها مهنة الخبرة المحاسبية- بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يوجد نص خاص يقرر عقوبة أشد.

## 3- جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة مراقب الحسابات

---

1- ونود هنا الإيماء، إلى أن المادة 180 من القانون البنكي الجديد تضمنت نفس المقتضى والتي نصت على أنه: " يلزم بكتمان السر المهني جميع الأشخاص الذين يشاركون، بأي وجه من الوجوه، في إدارة أو تسيير أو تدبير مؤسسة الائتمان أو هيئة معتبرة في حكمها أو يكونوا مستخدمين لديها وأعضاء المجلس الوطني للائتمان والادخار ولجنة مؤسسات الائتمان واللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان ولجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية..".

2- لطيفة بنخير، مرجع سابق، ص 71.

3- وفقاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون البنكي الجديد، من أنه:

"...لا يتحمل مراقبو الحسابات المسؤولية بسبب تبليغ معلومات إلى بنك المغرب".

4- الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر بتاريخ فاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 13 أكتوبر 1996، ص 2187. كما غير وتمم بعدة قوانين.

إن القصد من وراء تجريم الممارسة غير القانونية لمهنة مراقب الحسابات، يكمن في حماية المهنة وتكريس الاحتكار المخول للخبراء المحاسبين<sup>1</sup>، وقد نص المشرع على جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة مراقب الحسابات في المادتين 3 و 12 من قانون الخبرة المحاسبية، وتبعاً لهاتين المادتين، يعتبر مزاولاً للمهنة بشكل غير قانوني، الأشخاص الآتي ذكرهم:

- كل شخص يمارس مهام مراقب للحسابات دون أن يكون مقيد في جدول هيئة الخبراء المحاسبين (الفقرة 1 من المادة 3)<sup>2</sup>؛

- كل شخص صدر في حقه تدبير منع مؤقت أو نهائي من مزاوله مهام مراقب الحسابات بموجب قرار نهائي غير قابل لأي طعن صادر عن هيئة الخبراء المحاسبين أو حكم قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به وقام بأي عمل من أعمال المهنة أثناء مدة المنع المقرر (الفقرة 2 و 3 من المادة 102)؛

- مراقب الحسابات الأجير الذي يقوم ولو بصورة عرضية بإحدى الأعمال المهنية لفائدة شخص آخر غير رب العمل التابع.

وأما العقوبة المقررة لهذه الجريمة فهي الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة مالية من 1000 إلى 40000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط (المادة 101).

والملاحظ في هذا الإطار، أن أغلب جرائم الشركات المتعلقة بمراقب الحسابات هي جرائم ترتكز على توفر عنصر سوء النية وليست جرائم مادية<sup>3</sup>، كما هو الأمر بالنسبة للمسير الذي يسأل عن جرائم يتطلب فيها سوء النية وجرائم مادية.

وفي الأخير، لا بأس من الإشارة إلى أنه إذا كانت مسؤولية مراقب الحسابات في الغالب الأعم مسؤولية فردية، فإنه لا وجود لمناخ يمنع من مساءلته بالتضامن مع المتصرفين أو المسيرين إذا تبين تواطؤهم في الفعل الجنائي أو مشاركتهم طبقاً لمقتضيات الفصول من 128 إلى 131 من القانون الجنائي.

### الفقرة الثانية: المسؤولية التأديبية لمراقب الحسابات

تتميز المسؤولية التأديبية عن المسؤولية المدنية، في كون التأديبية تهدف إلى حماية حق أو مصلحة جماعية، في حين تهدف الدعوى المدنية إلى إصلاح ما أصاب الفرد من ضرر لا تختلف عن المسؤولية الجنائية في كون هاته الأخيرة تهدف إلى حماية النظام العام داخل المجتمع<sup>1</sup>.

1- زكية شعبي، مرجع سابق، ص 180.

2- حددت المادة 20 من قانون الخبرة المحاسبية الشروط الواجب توافرها في طالب القيد في جدول هيئة الخبراء المحاسبين.

3- سناء الوزيري، مرجع سابق، ص 89.

وقد نص المشرع المغربي على مسؤولية مراقب الحسابات التأديبية<sup>2</sup> في القانون رقم 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة وطنية للخبراء المحاسبين، وهذه المسؤولية تقوم في حالة إخلال المراقب بالتزاماته المهنية أو الإخلال بمبادئ الشرف والاستقامة المنصوص عليها بوجه خاص في مدونة الواجبات المهنية وعدم احترام القوانين المنظمة للمهنة.

ونتناول ضمن هذه الفقرة مختلف العقوبات التأديبية (أولا)، على أن نشير إلى مسطرة رفع الدعوى التأديبية (ثانيا).

### أولا: المخالفات التأديبية

يتعرض مراقب الحسابات بوصفه عضوا في المجلس الوطني لهيئة الخبراء المحاسبين لعقوبات تأديبية منصوص عليها بمقتضى المادة 68 من قانون رقم 15.89، وهي الإنذار والتوبيخ والتوقيف عن مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز 6 أشهر، وقد تصل إلى حد الحذف من جدول الهيئة، كما يجوز للمجلس الجهوي أيضا أن يقرر حرمان الخبير المحاسب الذي ارتكب مخالفة من الترشيح لمناصب انتخابية في دائرة الهيئة طوال مدة لا تتجاوز 10 سنوات<sup>3</sup>.

### ثانيا: مسطرة رفع الدعوى التأديبية

تقام الدعوى التأديبية أمام المجلس الجهوي لهيئة الخبراء المحاسبين<sup>4</sup> التابع له الخبير المحاسب المعني بالأمر أو شركة الخبراء المحاسبين المعنية – حسب المادة 83 و 84 من قانون الخبرة المحاسبية – بشكوى صادرة عن أي شخص

- 
- 1- نادية حموتي، النظام القانوني لمراقب الحسابات في إطار شركة المساهمة، مرجع سابق، ص 117 و 188.
  - 2- أما المشرع المصري، فقد حدد العقوبات التأديبية في المادة 55 من قانون 1972، وتمثل هذه العقوبات في: لفت النظر والإنذار والإيقاف عن العمل لمدة لا تتجاوز سنة وإسقاط العضوية في النقابة وذلك متى أهمل في تأدية واجباته، أو أتى فعلا مغلا بالشرف أو ماسا بكرامة المهنة، وتكون جلسات مجلس التأديب سرية على أن يصدر القرار في جلسة علنية.
  - 3- مما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار، أنه تم إصدار الظهير الشريف رقم 1.15.11 بتاريخ 4 غشت 2015 بتنفيذ القانون رقم 127.12 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين، وقد نصت المادة 65 من هذا القانون على أنه:  
"العقوبات التأديبية هي:  
- الإنذار؛  
- التوبيخ؛  
- التوقيف عن مزاولة المهنة لمدة أقصاها ستة أشهر؛  
- الشطب من الجدول."  
4- حددت المادة 60 من قانون الخبرة المحاسبية اختصاصات المجلس الجهوي لهيئة الخبراء المحاسبين كما يلي:  
- بحث طلبات الانضمام إلى الهيئة وتزويد رئيس مجلسها الوطني برأيه في عقود الشركات وعقود العمل المشار إليها في المواد 6 و 7 و 8 من هذا القانون؛  
- القيام بالمحافظة على الانضباط داخل الهيئة وتنفيذ القوانين والأنظمة التي تهم مهنة الخبرة المحاسبية والسهر على التقيد بما تستلزمه من صفات الشرف والاستقامة؛  
- القيام بإدارة الممتلكات التي تخصصها له هيئة الخبراء المحاسبين؛  
- تحصيل اشتراكات الأعضاء وتلقي الأموال اللازمة للمشاركة المشار إليها في المادة 32 من القانون رقم 15.89.

يعنيه الأمر يبرر فيها إقامة الدعوى وأسبابها، كما يجوز رفعها من طرف رئيس المجلس الجهوي تلقائيا أو بطلب من ثلثي أعضاء المجلس أو من رئيس المجلس الوطني لهيئة الخبراء المحاسبين<sup>1</sup> أو تقوم بتقديمها الإدارة أو النقابة أو جمعية الخبراء المحاسبين<sup>2</sup>.

ويمكن للمشتكي استئناف قرار المجلس الجهوي أمام المجلس الوطني لهيئة الخبراء المحاسبين في ظرف خمسة عشر يوما الموالية لتبليغه، وذلك بطلب من الخبير المحاسب أو شركة الخبراء المحاسبين أو المشتكي، ويقدم هذا الطلب في رسالة موصى بها مع إشعار بالتسلم، ويترتب على قبول طلب الاستئناف وقف تنفيذ القرار<sup>3</sup>.

وإذا كان مراقب الحسابات يشتغل في إطار شركة، فإن الدعاوى تقام على جميع الشركاء أو على ممثل الشركة النظامي أو القانوني، وذلك حسب نوع الشركة<sup>4</sup>، وتعاقب هذه الأخيرة بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة 68 من القانون رقم 15.89 مع إضافة غرامة مالية قدرها 10.000 درهم لفائدة مشاريع الاحتياط الاجتماعي لهيئة المحاسبين.

#### خاتمة:

صفوة القول، إن تصاعد أهمية شركات المساهمة في تنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة ساهم في تدخل المشرع بقواعد أمره لتنظيم الأحكام المتعلقة بهذه الشركات من تأسيسها وتسييرها ورقابتها وحلها وتصفيتها، وحتى يضمن احترام هذه القواعد، ينبغي أن تفرض رقابة فعالة على هذه الشركات عن طريق أشخاص تتوفر لديهم المؤهلات الفنية والخبرات اللازمة لمراقبة وتتبع حسابات الشركة وفق الشروط والأهداف المنصوص عليها في القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، وهؤلاء الأشخاص هم مراقبو الحسابات.

ووعيا من المشرع بأهمية شركة المساهمة ومدى تأثيرها على مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فإنه لم يكتفي بأسلوب المساءلة المدنية لمراقب الحسابات على الخطأ أو الإهمال الصادر عنه، وإنما فرض عقوبات جنائية مشددة من منطلق أن الجزء الجنائي يهدف أساسا إلى توقيح العقاب على المراقب المخالف حماية للنظام العام الاقتصادي وتحقيقا للأمن المالي والمحاسبي، وما يترتب عن ذلك من آثار ايجابية على المصلحة الاجتماعية للشركة.

1- حددت المادة 42 من قانون الخبرة المحاسبية اختصاصات المجلس الوطني لهيئة الخبراء المحاسبين في:

- تنسيق عمل المجالس الجهوية للهيئة؛

- وضع جميع الأنظمة الداخلية اللازمة لسير الهيئة ولاسيما مدونة الواجبات الأخلاقية؛

- تحديد مبلغ اشتراكات الأعضاء وكيفية استيفائها؛

- النظر في طلبات الاستئناف المتعلقة بالقرارات الصادرة عن المجلس الجهوية في الميدان التأديبي.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 85 من قانون الخبرة المحاسبية.

3- وفقا لما تنص عليه المادة 95 من قانون الخبرة المحاسبية.

4- حسب ما تنص عليه المادة 70 من نفس القانون المشار إليه أعلاه.

وهكذا، فبعد دراسة وتحليل مختلف جوانب هذه الدراسة، تبينت لنا عدة ملاحظات ونقائص تعتري النصوص القانونية المتعلقة بمؤسسة مراقب الحسابات والتي تجعلنا نتردد في الجزم بفعالية هذه المؤسسة، ومهما يكن فإن هذه النقائص التي أشرنا إليها في صلب الموضوع، قد أدت بنا إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات التي نرى بجدواها في تحسين الاقتصاد الوطني من الأزمات المالية، خاصة أن معظم الأزمات التي عرفتها المؤسسات الاقتصادية ترجع بالأساس إلى التلاعب في الحسابات وعدم مراقبتها بإحكام وانتظام؛ وتتجلى هذه الاقتراحات فيما يلي:

- تحديد طبيعة المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات بنص صريح؛
- التمييز بين مسؤولية مراقب الحسابات تجاه الشركة ذاتها ومسؤوليته تجاه الأغيار؛
- التفصيل بشأن الأخطاء التي يرتكبها مراقب الحسابات وتحديد درجتها؛
- تنظيم مسألة التأمين من المسؤولية المدنية لمراقب الحسابات؛
- تحديد المحكمة المختصة نوعياً بالنظر في مسؤولية مراقب الحسابات المدنية؛
- التنصيص على أن إخبار مراقب الحسابات بالأفعال الإجرامية يتم للنيابة العامة بدل الجهاز الإداري للشركة على غرار القانون الفرنسي لحماية للادخار العام.

## جريمة الشيك المصرفي-دراسة مقارنة-

مدني أحمدوش

أستاذ باحث كلية الحقوق فاس

هاشم تكروري

طالب باحث في سلك الدكتوراه كلية الحقوق فاس

### مقدمة:

لم يكن سكان العالم القديم يعرفون النقود، بل كان الفرد يحصل على ما يريد بالتبادل، إما حاجة لقاء حاجة، أو خدمة لقاء حاجة، أو خدمة لقاء خدمة<sup>1</sup>.

وفي القرن السابع ق.م ظهرت أولى القطع النقدية في مدينة ليديا في آسيا الصغرى<sup>2</sup>، وقد ارتأى سكان ليديا لتسهيل عمليات بيع وتبادل البضائع المختلفة صك قطع نقدية تحمل شعار المدينة<sup>3</sup>. وفي نفس الوقت ظهرت النقود الإغريقية "اليونانية"، وكانت تسمى "دراهم"، كل درهم على شكل سلحفاة وزن الواحد منها ستة غرامات، وقد ظهرت أولى الكتابات على النقود الإغريقية في القرن السادس ق.م<sup>4</sup>.

فالنقود يمكن اعتبارها سلعةً وهمية أو سلعة وسيطة تقوم بإنتاج، أو المساعدة على إنتاج السلع الحقيقية<sup>5</sup>. ومن أهم خصائص النقود قدرتها على التحول إلى الكثير من الصور الأخرى إن كانت مادية، أو فكرية، أو تكنولوجية، وكذلك تسمح للكثير من أنواع الصور الأخرى بالتحول إلى نقود<sup>6</sup>.

والنقود هي مرجع موحد أساسي للتقييم لدى الجماعة التي تتداولها، و لقد أصبحت غالبية الأشياء تقيم بالنقود، فالعمل والجهد الجسدي، والفكري المبذول يقيم بالنقود، فالنقود أصبحت مرجع أغلب التقييمات البشرية، وصار يقال لكل شيء ثمن<sup>7</sup>.

إن التجارة وكافة أشكال الاقتصاد هي حركات لتحويلات النقود إلى صور أخرى وبالعكس، وهذه الحركات والتحويلات مقيدة بآليات أو قوانين معينة، فالرأسمال في الوقت الحاضر يمكن أن يتحول إلى معرفة وإعلام، ويمكن أن يتحول إلى تكنولوجيا<sup>1</sup>.

1 ميراندا زغلول رزق، النقود والبنوك، جامعة بنها، التعليم المفتوح، كلية التجارة، ط1، مصر، 2009م، ص:7.

2 ليديا: مدينة من مدن العالم القديم كانت تقع على الطريق ما بين اليونان والشرق القديم،

3 ميراندا زغلول رزق، مصدر سابق، ص:10.

4 نفس المصدر السابق.

5 روبرت مورفي، دروس مبسطة في الاقتصاد، ترجمة رهاب صلاح الدين، كلمات للترجمة والنشر، مصر، ط1، 2013م، ص:23.

6 نفس المصدر السابق، ص:24.

7 ميراندا زغلول رزق، مصدر سابق، ص:13.

ومع كل تلك الأهمية للنقود التي ذكرناها سابقاً، إلا أنها لم تخلُ من عيوب التصقت بها كإمكانية سرقتها، أو أن يحاول أحد نهبها أو قد تتعرض للضياع، ومع تقدم الزمن والحياة وتطور البيئة التجارية، ظهرت وسائل بديلة للوفاء هي: الأوراق التجارية، ومن تلك الأوراق: الكمبيالة، والشيك، والسند لأمر<sup>2</sup>، وسنقتصر حديثنا في هذا البحث عن الشيك وما يتعرض له من جرائم. ومن هنا يصبح لزاماً علينا أن نضع تعريفاً للشيك، ولجريمة الشيك المصرفي:

أما بالنسبة للشيك فقد عرفه المشرع الفلسطيني: "بأنه بوليصة مسحوبة على مصرف ومستحقة الدفع حين الطلب<sup>3</sup>"، وعرفه المشرع الأردني بأنه: "محرر مكتوب وفق شرائط المذكورة في القانون ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون مصرفاً - وهو المسحوب عليه - بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك - وهو المستفيد - مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"<sup>4</sup>.

وأما تعريف جريمة الشيك المصرفي حسب القانون التجاري الأردني<sup>5</sup> فهي: "قيام الساحب بإحدى الصور التالية وهي: إصدار شيك بدون رصيد قائم وقابل للمصرف، أو قيام الساحب بعد إصدار الشيك باسترداد الرصيد كله أو بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمته، أو قيام الساحب بإصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات التي يجيزها القانون، أو تحرير شيك من قبل الساحب أو التوقيع عليه بصورة تمنع صرفه، وكذلك قيام المستفيد بتظهير شيك، أو تسليم شيك لحامله مع علم المظهر أو المسلم بأنه ليس له رصيد يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للمصرف"<sup>6</sup>.

وأول من عرف صكاً مشابهاً للشيك هي مدينة فينيسيا<sup>7</sup>، في القرن الثاني عشر الميلادي، ومع أوائل القرن السادس عشر وصل إلى هولندا، وفي عام 1557م وبوساطة الصيرفي "توماس جريشام" دخل إنكلترا في عهد الملكة إليزابيث، وسمي (Check)، من الفعل الإنجليزي (To Check) بمعنى يراجع، لأن المصرف لا يدفع قيمة الشيك إلا بعد مراجعة حساب العميل للتأكد من وجود رصيد دائن له، ومن ثم انتقل إلى فرنسا في أواسط القرن التاسع عشر، ويعتبر القانون التجاري الهولندي لعام 1838م أول من نظم قواعده، ثم القانون التجاري الفرنسي لعام 1865م ومن ثم القانون البلجيكي لعام 1873م<sup>8</sup>.

أما بالنسبة للتنظيم التشريعي للشيكات في فلسطين فقد نظم لأول مرة بالقانون العثماني والذي أصدره السلطان محمد رشاد، والمسعى قانون الشيك المؤقت لعام 1914م، والذي بقي نافذ المفعول إلى أن استبدل بقانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966م، والذي يعمل به حتى الآن، بالإضافة للأوامر العسكرية الإسرائيلية، حيث أن مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد لم يقر حتى الآن.

1 روبرت مورفي مصدر سابق، ص: 27.

2 بسام أحمد الطراونه، وباسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2010م، ص: 13.

3 مازن سيسالم وآخرون، مجموعة القوانين الفلسطينية، مطبعة الرنتيسي، غزة، ط1، 1997م، ص: 81.

4 أنظر المادة 123\ج من قانون التجارة رقم 12 لعام 1966م

5 القانون الأردني رقم 12 لعام 1966م، وهو المطبق في أراضي السلطة الفلسطينية، الباحث.

6 أنظر في ذلك المادة 1\421 من قانون العقوبات رقم 12 لعام 1966م، والتعديل الذي جرى على هذه المادة بموجب القانون المعدل رقم 9 لعام 1988م، والقانون المعدل رقم 11 لعام 1996م.

7 فينيسيا مدينة تقع في إيطاليا وتعرف لدينا باسم البندقية، الباحث.

8 ف. كيروف وآخرون، موجز تاريخ مجتمعات ما قبل الرأسمالية، ترجمة محمد يوسف الجندي، دار يوليو للنشر، ب ط، ب ت، ص: 34.

وتكمن الأهمية النظرية للبحث من معالجته للجرائم الواقعة على الشيك والتي تعدل بأهميتها الجرائم الواقعة على الأموال ، أما الأهمية العملية تظهر من كونه يتطرق إلى أحد الموضوعات الهامة التي تعكس الاهتمامات المتزايدة نحو إيجاد أفضل الوسائل والسبل المقترحة لعلاج ظاهرة جرائم الشيكات ، وذلك في ضوء التطورات المصرفية والمتغيرات الدولية المتسارعة التي تسود العالم في عصر العولمة، والتي تستدعي تطوير وسائل وإجراءات أكثر فعالية للحد من تفاقم هذه الظاهرة.

**المبحث الأول: ماهية جريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الأول: طبيعة جريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الثاني : صور جريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الثالث: العوامل التي ساهمت في انتشار جريمة الشيك المصرفي .**

**المبحث الثاني : النظام القانوني لجريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الأول: أركان جريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الثاني : العقوبات في جريمة الشيك المصرفي**

**المطلب الثالث : إجراءات سلطة النقد الفلسطينية للحد من جريمة الشيك المصرفي .**

## المبحث الأول: ماهية جريمة الشيك المصرفي .

نعالج في هذا المبحث ماهية جريمة الشيك من خلال التطرق لطبيعة جريمة الشيك المصرفي (المطلب الأول) ثم نناقش صور جريمة الشيك المصرفي (المطلب الثاني)، دون أن نغفل استعراض العوامل التي ساهمت في انتشار جريمة الشيك المصرفي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: طبيعة جريمة الشيك المصرفي.

لما كان الشيك المصرفي يجري مجرى النقود كأداة وفاء من شأنها تسهيل التعامل بين الأفراد والمؤسسات ويكون محل ثقة المتعاملين به فقد أسبغ عليه المشروع حماية جزائية لحماية قبوله في المعاملات ولا تتم هذه الحماية إلا ببقاء هذه الأداة في الوفاء منزهة من حيث التعامل بمضمونها جوهرًا وشكلًا<sup>1</sup>.

ونرى أن المشرع الأردني أورد جرائم الشيك في المادة (1\421) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م<sup>2</sup> من ضمن الجرائم الملحقة بالاحتيال .

وتكمن العلة في أن المشرع اعتبر جرائم الشيك من الجرائم الملحقة بالاحتيال في أن مرتكب جرائم الشيك يلجأ إلى وسيلة يوهم من خلالها المستفيد أو حامل الشيك إلى أنه يعطيه شيئًا مقابل ما أخذ، فهو أي الساحب يأخذ مالا منقولاً: "سواء أكان المال شيئًا أو نقودًا أو مال غير منقول"، ويعطيه مقابل ذلك شيئًا بقيمة هذا الشيء، أو هذه النقود، ويتبين بعد ذلك أن هذا الشيك ليس له رصيد قائم وقابل للصرف، أو أن الساحب استرد الرصيد كله، أو بعضه بعد إصدار الشيك بحيث لا يفي الباقي بقيمة الشيك، أو أن هناك أمرًا صادرًا من الساحب للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك، أو أن الساحب قد حرر الشيك أو وقعه بصورة تمنع صرفه أو أن الشيك الذي ظهره المستفيد منه، أو سلمه المستفيد لمستفيد جديد ليس له مقابل يفي بكامل قيمته، أو غير قابل للصرف<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من أن هذه الوسيلة تنطوي تحت صورة الاحتيال إلا أن المشرع الأردني قد حصر وسائله في خمس<sup>4</sup>، فإذا تجاوزها الاحتيال صار فعلاً مباحًا وهذه الوسيلة وإن كانت تعد من قبيل الكذب المكتوب إلا أنها لا تخضع بدقة لأية صورة من الصور المعنية في الاحتيال ومن أجل هذا وجد المشرع أنه لا بد من التدخل وتجريم هذه الصورة بنص خاص .

ونلاحظ من ناحية أخرى إلى أن ما دفع المشرع إلى التدخل على وجه الخصوص في هذه الصورة بالذات أن الساحب أو المظهر يستعمل وسائل احتيالية تخل بصورة خطيرة بالثقة التي يريد المشرع أن يكفلها لأداة من أدوات الوفاء كالنقود سواء بسواء وهي الشيك .

ويتساءل الباحثان هنا عما إذا كانت العلة من تجريم هذا النشاط هو الاعتداء على مال منقول مملوك للغير كما هو الشأن في جريمة الاحتيال أم أن العلة هي أن نشاط الساحب أو المظهر يزعزع الثقة في ورقة لها في التعامل قوة كقوة النقود سواء بسواء ؟

1 صلاح الدين شوشاري ، جرائم الشيك في قانون العقوبات ، صلاح الدين شوشاري ، عمان ، ط 2 ، 2005م ، ص: 14 .

2 نفس القانون المطبق في أراضي السلطة الفلسطينية .

3 صلاح الدين شوشاري ، مصدر سابق ، ص: 65 .

4 يراجع في ذلك : الفصل الثاني من قانون العقوبات الأردني لعام 1960م ، المادة 417 تحت اسم في الاحتيال وسائر ضروب الغش .

نرى هنا أنه إذا كان المشرع قد ألحق جرائم الشيك بجريمة الاحتيال فإن هذا يحمل بذاته على الظن أن العدوان في الجريمتين واحد أي العدوان على ملكية المال المنقول ، بيد أننا نرى مع هذا أن المشرع قد تأثر بمظهر الجريمة أكثر مما تأثر بجوهرها بمعنى أنه تأثر بجانب الاحتيال في الجريمة أكثر مما تأثر بجانب العدوان فيها ومعنى ذلك أنه ألحق جرائم الشيك بجريمة الاحتيال تأثراً بنظرته إلى علة ظاهرية دون أن يعتد بالعلة الحقيقية في تجريم هذه الأفعال والعلة الحقيقية تستمد من المصلحة القانونية التي تتوخى القاعدة الجزائية حمايتها بحيث تكون هذه المصلحة "المحل القانوني"، في الجريمة ، فإذا كان الأمر كذلك فإننا لا نتجاوز الحقيقة إذا قررنا أن المصلحة القانونية محل الحماية الجزائية في هذه الجريمة هي الثقة في الشيك بوصفه أداة وفاء كالنقود سواء بسواء .

ونورد هنا مثالا لحكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية حيث قضت "إن مراد الشارع من العقاب على إعطاء شيك لا يقابله رصيد وفقا لشروط المادة (421)<sup>1</sup> من قانون العقوبات هو حماية هذه الورقة في التداول وقبولها في المعاملات على أساس أنها تجري مجرى النقود".

وقد كانت الحماية الجزائية من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها الإخلال بثقة المتعاملين بالشيك والتي قد تصدر من الساحب أو من المستفيد وإيراد عقوبات لهذه الأفعال في المادة (421) من قانون العقوبات .

ولا بد من الإشارة إلى أن نص المادة (421)، لا يسري إلا على الشيكات دون غيرها من الأوراق التجارية مثل : سندات السحب ، والكمبيالات ، أي أن هناك ركنا مفترضا في جرائم الشيك بمختلف صورها ، وهو أن يكون محل الإصدار شيكا حسب التحديد الذي جاء في قانون التجارة ، وهذا الركن مفترض في كل صور التجريم التي نصت عليها المادة (1\421) من قانون العقوبات ، أي أن تتوافر في الشيك البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة (228) من قانون التجارة<sup>2</sup>.

ويذهب رأي فقهي معتبر إلى أنه في كل مرة تعلن فيه القاعدة الواردة في قانون التجارة أن السند محل الإخلال لا يعتبر في نظرها شيكا ، يجب على قانون العقوبات بدوره أن يمثل لهذا التكليف ، فلا يخلع حمايته على هذا السند ، وإذا كان هناك مجال للحماية فلا بد من نصوص صريحة تحمي السند الناقص ، فلا مجال للقول أن هناك شيكا في نظر قانون التجارة ، وشيكا آخر يتصف بمواصفات أخرى في نظر قانون العقوبات ، لأن الحماية الجزائية جاءت للشيك كما عرفه قانون التجارة وبين محتوياته ، ولم يتضمن قانون العقوبات أحكاما مخالفة لما جاء في قانون التجارة ، ولم يورد قانون العقوبات تعريفا مغايرا للشيك ، وعليه فإذا تحررت الورقة من مظهر الشيك بحسب أحكام قانون التجارة فهي غير جديرة بالحماية الجزائية المقررة في قانون العقوبات<sup>3</sup>.

ويمكن القول أن هذا الرأي قد حالفه الصواب ، لأن السند الذي ينقصه بيان أو أكثر من البيانات الإلزامية واللازمة لصحته كشيك ، وفقا لأحكام القانون التجاري لا يصلح لأن يكون شيكا في نظر قانون العقوبات ، لأن النصوص الجزائية التي عاقبت على إصدار شيك دون مقابل قائم ، وقابل للصرف ، وعلى غيره من الأفعال المجرمة المذكورة في المادة (1\421) من قانون العقوبات ، اشترطت صراحة لغرض العقوبة أن يكون السند الذي تجري الملاحقة على أساسه

1 للمزيد حول شروط هذه المادة مراجعة المادة 421 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لعام 1960 م .

2 انظر في ذلك المادة (421) من قانون العقوبات رقم 16 لعام 1960 م ، وكذلك المادة (228) من قانون التجارة رقم 12 لعام 1966 م .

3 محمد عودة الجبور ، الحماية الجزائية للشيك في القانون الأردني ، د ن ، عمان ، ط1 ، 1989 م ، ص 95-196 .

شيكا، أي سندا مستجمعا الشروط اللازمة لصحته كشيك ، ولا يمكن التوسع في تفسير النص الجزائي الذي يفهم ويطبق بطريق الحصر ، بالإضافة إلى ذلك أن الشيك ورقة شكلية تولى المشرع في القانون التجاري تحديد شروطه التي تكفل له أداء دوره في التعامل ، وميزه عن غيره من الأوراق التجارية الأخرى مما يتطلب الرجوع دائما إلى قانون التجارة لتحديد معناه بالضبط والدقة .

ويتبين من خلال نصا المادتين (228-229)<sup>1</sup> من قانون التجارة رقم 12 لعام 1966م ، أن البيانات التي إذا خلا السند من أي منها يصبح متجردا من الحماية الجزائية التي يخلعها المشرع على الشيك هي :

1. تاريخ إنشاء الشيك ، ويجب أن يحرره الساحب بخط يده ، فإذا سلمه للمستفيد خاليا من التاريخ يجب أن يفوضه خطيا بتعبئة التاريخ ، وإلا أصبح سندا عاديا ، لا عقاب على كونه لا رصيد له .
2. أمر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود ، فإذا كان أمر الدفع معلقا على شرط أو كان مبلغ النقود غير معين تعيينا كافيا أصبحت الورقة سندا عاديا ، ولا عقاب على كونها دون رصيد .
3. اسم من يلزمه الأداء "المسحوب عليه" : فإذا لم يعين في السند ، فلا يعتبر السند شيكا ، ويجب أن يكون المسحوب عليه مصرفا .
4. توقيع الساحب: وإذا وجدت بصمة إبهام فيجب أن يشهد عليها شاهدان ، بأن صاحبهما قد وقع أمامهما عالم بما وقع عليه<sup>2</sup> .

ويجب على المحكمة أن تثبت من أن الورقة المسحوبة هي شيك دون غيره من الأوراق التجارية ، ومن الناحية النظرية فإن ذلك لا يقتضي حتما أن يكون الشيك موجودا تحت نظر القاضي عند الفصل في الدعوى إذ يجوز إثبات الشيك بجميع طرق الإثبات ، كما هو الحال بالنسبة لارتكاب الفعل الجرمي على هذا الشيك ، ولكن من الناحية العملية ، فإن عدم وجود الشيك بين يدي القاضي وقت الفصل في الدعوى يجعل من إقامة الدليل على صحته ، وعلى ارتكاب جريمة إصدار الشيك دون رصيد أمرا بالغ الصعوبة ، وإن كان ذلك الأمر غير مستحيل<sup>3</sup> .

ونورد هنا حكما على ما ورد سابقا "عدم وجود رصيد" حيث قضت محكمة التمييز الأردنية "إن عدم وجود الشيك عند المحاكمة بسبب إتلافه ، أو عدم إمكان تقديمه لا ينفى وقوع الجريمة المنصوص عليها في المادة (421) من قانون العقوبات متى قام الدليل على سبق وجوده مستوفيا شروطه القانونية ، وللمحكمة أن تكون عقيدتها في توافر هذه الشروط بكافة طرق الإثبات عملا بالمادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، لأنه ليست هنالك علة للخروج على هذه القاعدة المقررة في هذه المادة"<sup>4</sup> .

ويجوز إثبات جريمة إصدار شيك بسوء نية لا يقابله رصيد قائم بكافة طرق الإثبات .

1 للمزيد انظر نص المادتين (228-229) من قانون التجارة الأردني ، رقم 12 لعام 1960م ، المطبق في أراضي السلطة الفلسطينية .

2 صلاح الدين محمد شوشاري ، جرائم الشيك في قانون العقوبات ، صلاح الدين محمد شوشاري ، ط2 ، عمان ، لعام 2005م ، ص 26 .

3 محمد سعيد نمور ، شرح قانون العقوبات ، "الجرائم الواقعة على الأموال" ج2 ، القسم الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2009م ، ص282 .

4 تمييز جزاء (18\73) ، ص530 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، 1973م .

إذا خرج الشيك من يد المسحوب له ، ولم يستطع إبرازه لدى المحكمة الجزائية ، فإن عدم وجود شيك لا ينفي الجريمة ، ولا يمنع العقاب<sup>1</sup> .

ويعتبر الشيك عملاً قانونياً مجرداً فهو يتضمن في ذاته سببه ، بمعنى أن سبب إعطاء الشيك لا أثر له في طبيعته ، فلا يجوز البحث عن سببه في علاقة قانونية سابقة على إصداره ، أو في أي واقعة أيا كانت مستقلة عنه ، وعليه فإنه يتوجب البحث عن شروط الشيك في ذاته وعدم جواز البحث عنها خارجه ، فالعبرة في ظاهر الورقة ، أما أسباب البطلان التي شابت العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه ، أو بين الساحب والمستفيد ، فلا يجوز أن تنعكس على صحة الشيك ، وذلك حماية للثقة به<sup>2</sup> .

ومن المتفق عليه فقهاً وقضياً أن الشيك كأداة وفاء يعتبر من الناحية الجزائية عملاً قانونياً مستقلاً عن أي علاقة بين أطرافه سابقة لإصداره ، والتي صدر الشيك تسديداً لها ، وبالتالي فإن ما يشوب هذه العلاقة من عيوب ، أو بطلان لا ينعكس على الشيك ، ولا يؤثر في قيام المسؤولية الجزائية بحق الساحب ما دام أن هذه العيوب لم تظهر في الشيك ، ولم تفصح عنه بياناته ، وعليه وما دام أن الشيك موضوع الدعوى لم يتضمن في متنه ما يشير إلى أنه أعطي كتأمين ، ولم يلحقه أي بطلان واستوفى شروطه القانونية ، فلا يرد قول الساحب أنه حرر الشيك على سبيل التأمين .

ونورد هنا أيضاً حكماً لمحكمة التمييز الأردنية يبين ذلك : "...وعليه فإذا لم تتضمن بيانات الشيك موضوع القضية أي إشارة إلى أصل العلاقة بين الساحب والمستفيد ، أو إلى عيب يشوبها ، فإن الحكم بعدم مسؤولية المشتكى عليه ، نظراً لأن البيئة الشخصية أثبتت أن الشيك قد أعطي كتأمين يكون مخالفاً للقانون<sup>3</sup> ."

وبناء على ما سبق يلاحظ أنه لا يجوز القول أن عدم وجود علاقة مديونية بين صاحب الشيك والمستفيد ، أو أي التزام اتجاهه يجعل الشيك موضوع الدعوى سند تعهد عادي ، ما دام أن الشيك استوفى شروطه القانونية ، وهو أداة وفاء يقوم مقام النقود وواجب الوفاء لدى الإطلاع عليه ، ذلك أن هدف الشارع من العقاب على إعطاء شيك لا يقابله رصيد هو حماية ورقة الشيك في التداول بين الجمهور وقبولها بثقة في المعاملات المختلفة .

وعلى غرار التشريعات السابقة يمكن القول أن التشريع المغربي بدوره عالج هذه المسألة، حيث جاء في المادة 316 من مدونة التجارة " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح من 2000 إلى 10000 درهم دون أن تقل قيمتها عن 25% من مبلغ الشيك أو الخصاص صاحب الشيك الذي أغفل أو لم يقيم بتوفير مؤونة الشيك قصد أدائه عند تقديمه"

وعليه فإن الساحب معرض للمتابعة، في حالة عدم استطاعته توفير المؤونة، أي المبلغ المالي الذي يتضمنه الشيك، وقد تقضي المحكمة في حقه بعقوبة حبسية تتراوح بين سنة وخمس سنوات، بالإضافة إلى غرامة مالية قد تصل إلى 10 آلاف درهم، دون أن تقل عن نسبة 25 في المائة من قيمة الشيك أو الخصاص، وأن هذه الغرامة لا يسري عليها إيقاف التنفيذ، أي أنه يمكن أن يصدر حكم بإيقاف تنفيذ العقوبة الحبسية لكن الغرامة تبقى سارية.

1 تمييز جزاء أردني (80\30) ، ص 731 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، 1983م .

2 محمد عوده الجبور ، مصدر سابق ، ص 80-81 .

3 تمييز جزاء أردني (90\55) ، ص 608 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، 1990م .

المطلب الثاني : صور جريمة الشيك المصرفي<sup>1</sup>.

حصر مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد صور جريمة الشيك المصرفي بأربع صور – وفي القانون الأردني خمس صور - ونجملها كالتالي<sup>2</sup> :

الصورة الأولى ، إعطاء شيك أو إصداره ليس له مقابل وفاء قابل للصرف<sup>3</sup> :

يتحقق إعطاء الشيك أو إصداره بطرحه للتداول ، أي بخروجه من حوزة الساحب -إذ ما دام في حوزته فإنه يستطيع أن يلغيه أو يتلفه أو يعدمه بأي وسيلة – ، فبخروجه من حوزة الساحب تتحقق الحكمة من الحماية الجنائية أو القانونية التي أسبغها المشرع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداءه وفاء يجري مجرى النقود في المعاملات، وبمجرد إعطاء الشيك على وضع يدل مظهره وصيغته على أنه مستحق الأداء بمجرد الإطلاع ، وأنه أداة وفاء لا أداه ائتمان يتم طرحه في التداول ، أما الأفعال السابقة على تحرير الشيك وتوقيعه فتعد من قبيل الأعمال التحضيرية ما دام الشيك لم يسلم بعد إلى المستفيد<sup>4</sup>.

ولا يشترط قانوناً لوقوع جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب أن يقوم المستفيد بتقديم الشيك للبنك في تاريخ إصداره، بل تتحقق الجريمة لو تقدم المستفيد في تاريخ لاحق مادام الشيك قد استوفي الشكل الذي يتطلبه القانون لكي يجري مجرى النقود ويكون مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع دائماً<sup>5</sup>.

وخروج الشيك من حوزة الساحب وطرحه للتداول واقعة مادية يقوم عليها الدليل بكافة وسائل الإثبات وفقاً للقواعد المقررة لذلك في الإجراءات الجنائية والغالب أن يتم إعطاء أو إصدار الشيك بتسليمه إلى المستفيد، على أنه قد يحدث أن يرسل الساحب الشيك إليه عن طريق البريد أو يقوم بتسليمه إليه وكيل الساحب ، ففي الحالة الأولى ، وهي إرسال الشيك عن طرق البريد، فتلاحظ أن المقرر في أحكام القانون المدني أن الرسالة بمحتوياتها تبقى على ملكية المرسل

1 أورد قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م صور أخرى لجريمة الشيك المصرفي بالإضافة للصور التي ذكرت في قانون التجارة الفلسطيني ، فلقد قسم قانون التجارة المصري الجرائم الواقعة على الشيك إلى فئات حسب الجهة التي وقعت منها الجريمة . فبالإضافة للجرائم الواقعة من الساحب ، أورد الجرائم الواقعة من المسحوب عليه ( البنك ) ، وهي كالتالي : 1- جريمة البنك المدعي بعدم وجود مقابل وفاء الشيك ، أو مقابل وفاء أقل من قيمته ، 2- جريمة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بالشيك ، 3- جريمة امتناع البنك عن تسليم بيان الامتناع عن الدفع ، 4- جريمة إعطاء البنك دفتر شيكات مخالف للبيانات القانونية ، 5- جريمة موظف البنك الذي يرتكب عمداً أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 534 من نفس القانون ، وكذلك الجرائم الواقعة من المستفيد وهي كالتالي : 1- جريمة مظهر الشيك مع علمه بعدم وجود رصيد ، 2- جريمة المستفيد من شيك ليس له مقابل وفاء ، وكذلك أورد في مادة كاملة جريمة الإدعاء بسوء نية على خلاف الحقيقة بتزوير شيك والحكم برفض هذا الإدعاء ، للمزيد أنظر في ذلك الباب الثاني (جرائم الشيك ) من قانون التجارة المصري سابق الذكر ، ويرى الباحث في هذا المقام أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع الفلسطيني حيث أنه جرم كل من يمكن أن يكون طرف سيء النية في مجال الشيك المصرفي .

2 أنظر المادة 543 من مشروع قانون التجارة الجديد .

3 أنظر الفقرة الأولى من المادة 543 من مشروع قانون التجارة الجديد .

4 حماد مصطفى عزب ، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 1 ، 1995م ، ص :89.

5 نفس المصدر السابق ، ص:90.

إلى أن يتسلمها المرسل إليه وبناء على هذا فإنه حتى يتسلم المستفيد الخطاب الذي يحتوي على الشيك يعتبر وكأنه لم يخرج من حوزة الساحب<sup>1</sup>.

أما إذا سلم الساحب الشيك إلى وكيله لتسليمه إلى المستفيد فهل يتحقق بهذا فعل الإعطاء، في هذه المسألة؟ هناك رأيان:

الأول يرى أن: الموكل يمثل الوكيل فهو كشخصه، ومن ثم يعتبر كأنه ما يزال باقياً في حوزة الساحب، ولا يتحقق فعل الإعطاء ولا الجريمة إن تبين انتفاء مقابل الوفاء فليس هناك تنازل نهائي من جانب الساحب.

أما الثاني فيرى أن: مجرد خروج الشيك من حوزة الساحب يعتبر طرماً للتداول حتى ولو كان من تسلمه وكيلاً للساحب، كما أن الحكمة من الحماية القانونية للشيكات، وكونها أداة وفاء تقتضي اعتبار الشيك قد طرح للتداول<sup>2</sup>.

أما إذا خرج الشيك من حيازة الساحب جبراً عنه أو نتيجة لتصرف مشوب بالغش، فإن الواجب هنا هو تطبيق القواعد العامة في المسؤولية الجنائية، وهي تتطلب لتوافرها تدخل إرادي من جانب الساحب لإعطاء الشيك، فحيث تنتفي هذه الإرادة ينعدم الركن المادي فليست هذه من جرائم الإهمال، ومن ثم فلا مسؤولية عليه وهذا يعني أن من أنشأ شيكاً ثم سرق منه دون إهمال أو عدم حيطة من جانبه لا يسأل جنائياً إذا لم يكن لهذا الشيك مقابل وفاء، مما يستفاد منه أن الإهمال وعدم الحيطة المؤديان إلى السرقة (سرقة الشيك) يوجبان مساءلة الساحب<sup>3</sup>.

وفي حالة إذا كان الساحب هو المستفيد، فالمسألة على خلاف لدى الفقه فيذهب رأي إلى أن إصدار الشيك لا يعني تسليمه إلى المستفيد، فيعاقب الساحب جنائياً إذا أنشأ شيكاً لأذنه وقدمه إلى المسحوب عليه وهو عالم أن لا رصيد له عنده وذلك بقصد الأضرار بسمعة المسحوب عليه بتحريره بروتستو وعدم الدفع<sup>4</sup>، وهذا الرأي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 1972/11/4 على أن فعل الإصدار يتحقق ولو كان الساحب هو المستفيد، ويستحق العقاب إذا لم يكن له رصيد، ويطبق على هذا ما يسمى بالشيكات المتحركة، وبموجبها يستطيع الساحب أن يقتضي قيمة الشيك من خزانة أو مؤسسة أخرى غير التي يوجد فيها الحساب الخاص به<sup>5</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه، هو ما إذا كان التظهير يعد إعطاء أم لا؟

ورد في مشروع قانون التجارة الفلسطيني الجديد حكماً لهذه الحالة مثلما ورد ذلك في بعض القوانين الأخرى التي جرمت هذا الفعل كالقانون العراقي والقانون الجزائري والقانون الفرنسي والمصري الجديد<sup>6</sup> وكان النص كالتالي "... يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من ظهر لغيره شيكاً تظهيراً ناقلاً للملكية أو سلمه شيكاً مستحقاً

1 هناك رأي يقول بأن الجريمة تتم بإخراج الشيك من حيازة الساحب وتسليمه إلى المستفيد، أو إرساله إليه في البريد، للمزيد أنظر استئناف ليموج، فرنسا 938\6\3، موسوعة دالوز، ط11.

2 حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في جرائم الشيك، مكتبة دار منشأة المعارف، ط1، مصر، 1995م، ص: 111.

3 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2007م، ص: 56.

4 معنى كلمة بروتستو هو من الكلمة الإنجليزية protest، والتي تعني الاعتراض أو المعارضة، أي ما يتعلق بالتكاليف المالية والقانونية على الاعتراض على عدم التزام المدين بتسديد المبالغ الملتزم بها في حينه، أنظر قاموس المورد مادة protest.

5 معوض عبد التواب، الوسيط في جرائم الشيك، دار الفكر العربي، ط1، مصر، 1998م، ص: 123.

6 أنظر في ذلك: محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية دار النهضة العربية، ط1، مصر، ص: 11.

الدفع لحامله مع علمه بأن ليس له مقابل يفى بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف"<sup>1</sup>، و بناء على قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإن الحكم في هذه الحالة لا يقتصر فقط على فعل الإعطاء أي طرح الشيك للتداول، ومن ثم فكل تصرف في الشيك لاحق لذلك يعد إعطاءً، طالما أن الموقع على الشيك سيئ النية أي يعلم أنه لا وجود مقابل وفاء كاف وقابل للسحب، وثمة رأي آخر معارض يرى أن هذا الرأي لا يتفق مع الثقة الممنوحة للشيك، والحكمة في التجريم، لأن هذه الثقة لا تتطلب إلا بالنسبة لفعل صاحب الشيك، وأن المظهر إذا علم بعدم وجود مقابل الوفاء وتصرف في الشيك فإنه قد يكون مدفوعاً للتخلص من ضرر يحيق به<sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى يرى القضاء أن جريمة إعطاء شيك بغير مقابل وفاء أو ليس له مقابل وفاء كاف، هي جريمة وقتية تتم بمجرد الفعل المادي بتسليم الشيك إلى المستفيد أو إلى من يمثله، وهي لا تتوقف على تقديم الشيك إلى المسحوب عليه، لأن التعرف على وجود مقابل الوفاء من عدمه هو في تاريخ إعطاء الشيك الذي به تتحقق الجريمة، وكونها جريمة وقتية لها أهمية في التعرف على بدء سريان مدة انقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم<sup>3</sup>.

وبالنسبة لعدم وجود مقابل وفاء أو عدم كفايته، فإن قيام الصورة الأولى المشار إليها أنفاً يتطلب عند إعطاء الشيك توافر أحد أمرين، أما عدم وجود مقابل الوفاء إطلاقاً، أو عدم كفاية هذا المقابل بأن كان أقل من المبلغ المحرر في الصك، ويتحقق الأمر في الحالة الأولى حينما ينتفي مقابل الوفاء إطلاقاً بأن كان الساحب غير دائن للمسحوب عليه وقت إصدار الشيك، حتى ولو أصبح دائناً فيما بعد، إذ العبرة في قيام الجريمة كما يقول الفقه هو بوجود مقابل الوفاء وقت إعطاء الشيك<sup>4</sup>.

وقد يكون مقابل الوفاء قائماً لدى المسحوب عليه ومتمثلاً في مبلغ من النقود ومع هذه فهو غير قابل للسحب، كما إذا كان قد أوقع عليه حجز ما للمدين لدى الغير، وتتحقق الجريمة حينئذٍ متى أعطى الساحب شيكاً رغم علمه بقيام هذا الحجز الذي يستغرق كل دينه لدى المسحوب عليه، فإن اعتقد أن ما لم يحجز عليه من مقابل الوفاء كاف لسداد قيمة الشيك فقدت الجريمة أحد أركانها وهو القصد الجنائي، أما إذا كان المبلغ المستحق في الشيك أقل من المبلغ المقيد في ذمة المسحوب عليه لحساب الساحب وقت إعطاء الشيك فإن قيام الجريمة في هذه الحالة يتعلق بالقصد الجنائي للساحب، فإذا حدث وأن أعطى الساحب شيكاً ثم تبين له أنه ليس له مقابل وفاء كاف هل تقوم الجريمة؟، وبمعنى آخر هل الإهمال في التحقق من وجود مقابل الوفاء الكامل يؤدي إلى المسألة الجنائية؟

المعلوم أن جرائم الشيك من الجرائم العمدية أي لا بد من توافر القصد الجنائي فيها أي العلم والإرادة، ولا تقوم المسألة على الإهمال، فإذا ثبت الخطأ والإهمال بطريق قاطع تطمئن إليه المحكمة لانعدام أحد أركان الجريمة<sup>5</sup>.

1 أنظر المادة 543 من مشروع قانون التجارة الجديد.

2 هبه الحسيني، دراسة نقدية لمشروع التجارة الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية "ماس"، ط 1، رام الله 2003م، ص: 90.

3 نفس المصدر السابق، ص: 92.

4 حسني مصطفى، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، دار منشأة المعارف، مصر، ب ط، ب ت، ص: 47.

5 نفس المصدر السابق، ص: 93.

### الصورة الثانية : استرداد مقابل الوفاء أو بعض (الرصيد) بعد إصدار الشيك

عبر مشروع قانون التجارة الجديد عن هذه الصورة بقولة "استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك"<sup>1</sup> ، يقصد بهذا أن يقوم معطي الشيك في الفترة ما بين تحريره وتقديمه للوفاء باسترداد كل الرصيد الموجود لدى المسحوب عليه أو بعضه بحيث إذا قدم المستفيد الشيك لا يستطيع الحصول على قيمته، وهذا يفترض أن الرصيد موجود لدى المسحوب عليه وقت إصدار الشيك، إلا أن فعل الساحب بالاسترداد جاء في تاريخ لاحق لذلك، والغرض من ذكر هذه الصورة هو منح الثقة للشيكات وتيسيراً لتداولها فضلاً عن أنها تلزم الساحب بأن يراعي دوماً أن يبقى في حسابه لدى المسحوب عليه مبلغاً من النقود يساوي بالأقل قيمة الشيك، وكما أشرنا بأن جرائم الشيكات من الجرائم الوقتية التي تقتضي أن يتحقق القصد الجنائي وقت وقوع الفعل المادي<sup>2</sup>، واسترداد الساحب مقابل الوفاء يعتبر أمراً لاحقاً لإصدار الشيك لذلك جاءت هذه الصورة من صور التجريم لتلافي تلك الحالة، وإذا كان الرصيد (مقابل الوفاء) ينتقل إلى المستفيد بمجرد إصدار الشيك ومن ثم تسليمه إليه فلا يكون للساحب أي حق على الشيك بعد أن سلمه للمستفيد، كما لا يجوز له أن يسترد قيمته أو يعمل على تأخير الوفاء لصاحبه، بل أنه لا يكفي أن يكون الرصيد قائماً وقابلاً للمسحوب وقت إصدار الشيك، ولكن يتعين أن يقدم الشيك للصراف ويتم الوفاء بقيمته، لأن تقديم الشيك للصراف لا شأن له في توافر أركان الجريمة بل هو إجراء مادي يتجه إلى استيفاء مقابل الشيك أو الرصيد من المصرف<sup>3</sup>.

وقد يجري العمل لدى البنوك على عدم أداء قيمة الشيكات، متى مضت مده معينة من تاريخ تحريرها كسنة أو ستة أشهر فهل يترتب على هذا جواز استرداد الساحب لكل أو بعض مقابل الوفاء؟ ذهب رأي إلى القول بأنه إذا مضت المدة فلا مانع من سحب مقابل الوفاء، لأن الشيك يكون غير قابل للصراف بطبيعته، ولا محل للقول بالعقاب لانتفاء حكمته إذ لم يعد مثل هذا الشيك أداة وفاء بل انعدمت قيمته<sup>4</sup>. إلا أن الرأي الغالب يرى أن الذي يحصل عملاً في هذه الحالة هو اعتماد الشيك من جديد من الساحب ويقوم البنك بصرفه وعلى هذا فإنه يتمتع على الساحب أن يسترد مقابل الوفاء (الرصيد) في هذا الفرض<sup>5</sup>.

1 أنظر المادة 543 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني .

2 يضرب الفقهاء صوراً لهذه الحالة منها: إفلاسه. أحب قفل حسابه عند المسحوب عليه وتصفيته ورد رصيد الدائن، وتحرير شيك آخر على ذات الرصيد سواء أحرر الشيك لمصلحة نفسه أم لمصلحة غيره، فإذا دفعت قيمة هذا الشيك قبل الشيك الأول تحققت جريمة استرداد الرصيد، أو أن يلغي الساحب الاعتماد المفتوح لصالحه لدى المسحوب عليه، أو أن يستوفي الساحب الدين الذي له عند المسحوب عليه أو يرثه منه، أنظر في ذلك محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 1967م، ص: 812.

3 نفس المصدر السابق، ص: 814.

4 رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص "، ب ن، ط4 1979م، ص: 396.

5 نفس المصدر السابق، ص: 397.

### الصورة الثالثة: منع المسحوب عليه من الوفاء بقيمة الشيك<sup>1</sup>

وردت هذه الصورة في الفقرة ج من مشروع قانون التجارة الجديد ، من المادة 543 المشار إليها حيث نصت : "إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً" ، وهذا يعني أن ثمة أمراً ما يؤمر به المسحوب عليه بعدم الدفع ، أي حبس الرصيد (مقابل الوفاء) لديه ، ويستوي أن يصدر هذا الأمر قبل إصدار الشيك أو بعده ، مما يترتب عليه عدم قدرة المستفيد على صرف قيمة الشيك ، والأمر بعدم الدفع لا يصدر إلا من الساحب صاحب مقابل الوفاء والدائن للمسحوب عليه أو من وكيل له ، أما إذا صدر هذا الأمر من جهة أخرى لا علاقة للساحب بها كجهة إدارية دون علم من الساحب بذلك ، فإن الساحب يعفى من العقاب<sup>2</sup> ، كما لا يتصور صدوره من أحد المظهرين للشيك ، والجدير بالذكر أن هذا الأمر بعدم الدفع يختلف عن حجز ما للمدين لدى الغير السابق الإشارة إليه الذي يوقع فيه أحد الأفراد حجراً لدى المسحوب عليه على الرصيد الموجود طرفه كله أو بعضه ، وشتان أن يكون الحاجز دائناً للساحب أو المستفيد لأن من شأنه منع المسحوب عليه من التصرف في المبلغ المحجوز ويثور التساؤل في هذا الصدد ، عما إذا كان الساحب قد أصدر أمراً إلى المسحوب عليه بعدم الدفع ورغم هذا قام الأخير بسداد قيمة الشيك إلى المستفيد ، هل تتوافر المسؤولية الجنائية في حق الساحب؟

إن مراجعة صور التجريم تكشف عن أن المشرع يفصل بين وقوع الفعل المادي والأمر المترتب عليه<sup>3</sup> ، فسحب شيك له مقابل وفاء ولو جزئياً لا يكفى فيه مجرد إعطاء الشيك ، وإنما يراعى فيه الأثر المترتب عليه وهو: عدم سداد قيمة الشيك كله أو جزء منه ، وفي صورة استرداد الرصيد كله أو بعضه يراعى كذلك أن من شأن الفعل عدم أداء قيمة الشيك ، وعلى هذا الأساس لا يكفي مجرد الفعل المادي الذي صدر من الساحب ما لم تتحقق النتيجة<sup>4</sup> ، ومن ثم فلا جريمة في الفرض المشار إليه ، إلا أن الرأي الصواب يخالف ذلك ، فوقوع الضرر ليس شرطاً أو ركناً في جرائم الشيك بل هو مفترض دائماً بمجرد وقوع الفعل المادي ، إذ من شأنه أن يززع الثقة في التعامل بالشيكات ، وهو الهدف الذي أراد القانون تحقيقه من التجريم بالنسبة إلى الشيكات ، وعلى هذا الأساس يكون إلغاء الأمر بعدم الدفع قبل أن يتقدم المستفيد إلى المسحوب عليه للوفاء بقيمة الشيك يعتبر إزالة لأثر الجريمة بعد تمامها لا مجرد منع وقوعها ، ويكون دور النيابة العامة في هذا الصدد ليس تحريك الدعوى الجنائية وإنما إصدار أمرها بحفظ الأوراق لعدم الأهمية ، أما في حال قيام المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الشيك قبل أن يصله أمر الساحب بعدم الوفاء فإننا نكون بصدد صورة من صور

1 أجاز القانون للساحب الحق في توجيه الأمر للمؤسسة المصرفية بوقف صرف الشيك في حالتين :

أ- حالة الإفلاس ، أي عندما يعلن الساحب إفلاسه .

ب- حالة ضياع الشيك .

فإذا توافرت حالة من هذه الحالات جاز الأمر للساحب توجيه الأمر للمسحوب عليها لوقف صرف الشيك ، على أن يتخذ الإجراءات القانونية التالية :

أ- إعداد إقرار لدى كاتب العدل المحكمة يتعهد فيه بدفع قيمة الشيكات بحالة ثبوت العكس .

ب- يتوجه نحو مركز الشرطة ، ويقوم بالتبليغ عن فقدان الشيك ، ومن ثم يقدم تصريح مشفوع بالقسم لدى القضاء .

ت- يتوجه إلى قاضي الأمور المستعجلة ليطلب وقف الشيكات قضائياً ، مع إرفاق طلب دعوى منع مطالبة بقيمة الشيكات .

2 هبة الحسيني ، مصدر سابق ، ص: 67 .

3 للمزيد أنظر المادة 543 من مشروع قانون التجارة الفلسطيني .

4 مصطفى مجدي هرجه ، المشكلات العملية في جرائم الشيك ، ص: 69 .

الجريمة المستحلية إذ أن الجريمة لن تتحقق إطلاقاً بسبب انعدام موضوعها، وهو عدم وجود الشيك الذي صدر الأمر بمنع صرفه ومتى كان الأمر كذلك، فإنه لا مسئولية على الساحب في هذه الصورة، ولا أهمية للبحث في الأسباب الداعية لإصدار الأمر من قبل الساحب بعدم الدفع، ولا لاعتقاد الساحب بمشروعية إصداره، فعدم مشروعية العلاقة لا أثر لها فيما يمكن أن يترتب على تحرير الشيك، فالجريمة في هذه الصورة تتحقق بمجرد صدور الأمر من الساحب إلى المسحوب عليه بعدم الدفع حتى ولو كان هناك سبب مشروع، ذلك أن مراد القانون من العقاب هو حماية الشيك في التداول وقبوله في المعاملات على أساس أنه يجرى فيها مجرى النقود، وأن مجرد إصدار الأمر بعدم الدفع يتوافر فيه القصد الجنائي بمعناه العام الذي يكفى فيه علم من أصدره بأنه يعطل دفع الشيك الذي سحبه من قبل، ولا عبره بعد ذلك بالأسباب التي دفعته إلى إصداره لأنها من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسئولية الجنائية ولم يستلزم القانون بينة خاصة لقيام الجريمة<sup>1</sup>.

#### الصورة الرابعة: تحرير الشيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه:

ويحدث ذلك عند قيام الساحب بالتوقيع على الشيك بغير التوقيع المعتمد لدى البنك أو يحرق الشيك على ورق عادي، مع علمه بأن تعليمات المسحوب عليه توجب بعدم الصرف إلا بالنسبة إلى الشيكات المحررة على ورق مطبوع، وثمة حالة أخرى تعرض لها أحد الفقهاء، تتمثل في سحب المحرر (الساحب) الشيك ثم تمزيقه بحيث أصبح تمزيقه دليلاً على انصراف إرادة الساحب إلى إلغاء الشيك، وبطبيعة الحال يمتنع البنك عن دفع مبلغ الشيك ولو حمل المستفيد القطع الممزقة وأعاد لصقها بصورة متكاملة، وإذا حدث أن مزق الحامل الشيك عرضاً قبل تقديمه، جاز تقديمه للدفع بشرط اعتماد الشيك من الساحب أو من البنك الذي يتولى قبض المبلغ بصفته ضامناً، وجرت العادة على أن يوقع العميل على الشيك بعد كتابة عبارة تفيد (مزق عرضاً بمعرفتنا)، ويعتمد الساحب أو البنك القابض هذا الإقرار، أما إذا تعذر الحصول على توقيع الساحب أو البنك القابض تعين على البنك المسحوب عليه الشيك رده للعميل مؤشراً عليه بما يفيد أن الشيك ممزق.. وإذا كان الشيك ممزقاً دون أن يؤدي ذلك إلى انقسام الورقة شطرين أو أكثر فللبنك دفع مبلغ الشيك ويجوز للبنك أن يرده متى ساوره الشك<sup>2</sup>.

#### الصورة الخامسة: تظهير شيك أو تسليمه للغير مع العلم بعدم قابليته للصرف

هذه الصورة من جرائم الشيك لا تقع إلا من المستفيد الذي يقوم بتظهير الشيك، أو بتسليمه للغير، وهو يعلم أنه غير قابل للصرف، وقد سد المشرع الأردني هذه الثغرة في قانون العقوبات<sup>3</sup>، حيث نص على تجريم فعل تظهير أو تسليم شيك لا يقابله رصيد، وذلك من أجل المزيد من الحماية الجزائية ضد العبث بالشيكات، وحتى لا يفلت من العقاب ذوو النوايا السيئة، الذين يظهرون الشيكات للغير وهم يعلمون بعدم وجود رصيد لهذه الشيكات، إذ أن الآثار

11 صلاح الدين محمود شوشاري، جريمة الشيك المصرفي في قانون العقوبات، صلاح الدين محمود شوشاري، عمان، ط2، 2005م، ص: 56.

2 هبة الحسيني، مصدر سابق، ص: 67.

3 أنظر القانون المعدل لقانون العقوبات رقم 9 لعام 1988م.

المرتبة على تظهير شيك لا يقابله رصيد لا تقل من حيث النتيجة عن فعل إصدار شيك لا يقابله رصيد ، وأن المظهر الذي يعلم بعدم وجود رصيد لا يقل خطورة عن الساحب الذي يصدر شيكا لا يقابله رصيد ، مما يقتضى تدخل المشرع لحماية الأشخاص الذين يتداولون الشيك ، وهم لا يعرفون حقيقة العلاقة بين الساحب والمستفيد ، إذ ليس من العدالة في شيء معاقبة الساحب عن تحقيقه للنتائج تمس الثقة بالشيك فتخدع المتعاملين به بإصدار شيك لا يقابله رصيد<sup>1</sup> ، وعدم معاقبة المظهر الذي يقوم بتظهير مثل هذا الشيك بسوء نية فيحقق نفس النتائج<sup>2</sup>.

ونعتقد هنا أن عملية تجريم تظهير الشيك لا يقابله رصيد مع العلم بذلك هو إجراء ينسجم مع قانون العقوبات الذي وضع أساسا لحماية مصالح الأفراد عن طريق تجريم كافة الأفعال التي تهدد مصالحهم المشروعة. ويتحقق الركن المادي لهذه الصورة ، بقيام المستفيد أو الحامل للشيك بتظهير شيك أو تسليمه للغير مع العلم بأنه غير قابل للصرف ، إما بسبب عدم وجود رصيد كاف ، أو بسبب وجود معارضة من الساحب لدى المسحوب عليه في الوفاء بقيمة هذا الشيك ، ويقصد بتظهير الشيك تحويله من مستفيد إلى مستفيد جديد ، بحيث يترتب عليه نقل ملكية القيمة المدونة فيه من الأول إلى الثاني ، ويكتب التظهير على الشيك أو على ورقة متصلة به ، وفي جميع الأحوال يجب أن يوقع عليه المظهر ، ويعتبر من بيده الشيك هو صاحبه الشرعي ، متى أثبت أنه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصل بعضها ببعض<sup>3</sup>.

ويختلف التظهير عن فعل إعطاء الشيك في أن التظهير نشاط لاحق على الإعطاء ، وهو تحويل لحق ثابت ومقرر في السند سبق وتم تحديده مسبقا ، أما الإعطاء فهو تسليم الشيك إلى المستفيد بعد أن حددت قيمته في السند نفسه . وتختلف طريقة تداول الشيك باختلاف شكله ، فلو كان إسميا بأن تكون صيغته "ادفعوا لفلان ..." ، فإن الحق الثابت به ينتقل بطريق الحوالة المدنية ، وإن كان الشيك للأمر أو للإذن كأن تكون صيغته : " ادفعوا لأمر أو إذن فلان ..." ، فإن الحق الثابت به ينتقل بطريق التظهير .

أما إذا كان الشيك لحامله دون تعيين اسم المستفيد كأن تكون صيغته : " ادفعوا لحامله " ، فإنه ينتقل بالمناولة أو التسليم<sup>4</sup>.

أما في حالة إذا ما أخذ المستفيد الأول الشيك من الساحب وهو يعلم أنه لا رصيد له دون أن يقوم بتظهيره ، فإن المستفيد لا يعاقب في مثل هذه الحالة على الرغم من علمه بعدم وجود رصيد للشيك<sup>5</sup>.

ونرى أن المشرع الأردني قد أصابه القصور وعدم الصواب بعدم تجريمه المستفيد الذي يعلم بعدم وجود رصيد للشيك الذي أخذه من الساحب ، والأصل أن يراجع المشرع القانون ويصدر تعديلا يعاقب به هذا المستفيد ، لأن العلة

1 عادل إبراهيم العاني ، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط 2 ، 1997 م ، ص: 232 .

2 محمد عودة الجبور ، مصدر سابق ، ص: 156 .

3 محمد عودة الجبور ، مصدر سابق ، ص: 157 .

4 في بعض الأحيان يكتب على الشيك المستفيد الأول ، وفي هذه الحالة لا يظهر الشيك ولا يصرف لغير المستفيد الأول ، المكتوب اسمه في الشيك ، الباحث.

5 مفلح محمد الزعبي ، جريمة إصدار شيك بلا رصيد : دراسة تحليلية في القانون الأردني ، رسالة ماجستير منشورة ، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، دن ، عمان ، 1989 م ، ص: 30 .

كما نعلم من العقاب على جريمة الشيك ليس حماية المستفيد ، وإنما حماية الشيك نفسه من التلاعب وعدم الوفاء به ، وتوطيد الثقة بهذه الورقة خشية التواطؤ بين الساحب والمستفيد الأول ، وحماية الغير الذي ليس له دور في العلاقة بين الساحب والمستفيد الأول .

أما التشريع المغربي فإن مدونة التجارة<sup>1</sup> خصصت الباب الحادي عشر للأحكام العامة والزجرية المتعلقة بالشيك بحيث تضمنت مقتضيات وقائية وأخرى زجرية ضد مرتكبي جرائم الشيك كما أن لائحة هذه الجرائم جاءت واسعة موازاة مع ما جاء به القانون الجنائي الفصول 543 إلى 545 كما هو الشأن بالنسبة لقبول تسليم شيك مزيف أو مزور أو تظهيره أو ضمانه ضمانا احتياطيا مع العلم بذلك، بينما كان القانون الجنائي يجرم فقط قبول تسليم شيك يعلم أنه مزيف أو مزور ، وكذا استحداث جريمة استعمال أو محاولة استعمال شيك مزيف أو مزور.

### المطلب الثالث: العوامل التي ساهمت في انتشار جريمة الشيك المصرفي

مما لا شك فيه أن الأضرار التي تصيب المجتمع المالي من جراء ظاهرة جريمة الشيك لا تقتصر على المصرف (المسحوب عليه الشيك) فحسب ، بل تصيب أيضاً وعلى نحو متفاوت كل الأطراف المتعاملة فيه. وهم المستفيدون من الشيك والذين يمثلون فئة غالبية في المجتمع، ومؤثرة في جوانب الاقتصاد: كالتجار، وأرباب الأعمال، وغيرهم، هذا فضلاً عن الأضرار التي تلحق بالساحب نفسه من جراء فقدته المصدقية في تعامله مع الآخرين<sup>2</sup>.

ومع أن هناك العديد من الأسباب المؤدية إلى جريمة الشيك ، والتي يُعزى بعضها إلى وجود أخطاء فنية تتعلق بصحة البيانات الواجب إظهارها في الشيك، إلا أن مصدر القلق ينحصر في الأخطاء المقصودة والمتعمدة من قبل الساحب لغرض التلاعب في الشيك كاختلاف التوقيع، أو إصداره وهو يعلم بعدم وجود التغطية اللازمة لقيمته، ومصدر الخطر التالي يتأتى من الأشخاص الآخرين الذين يحاولون التلاعب في الشيكات بهدف تحقيق منافع ذاتية<sup>3</sup>. وفيما يلي إلقاء الضوء على أبرز العوامل التي تساهم في ظهور المشكلة.

#### 1- شيوع مبدأ التعامل بالشيك مؤجل الدفع في الحياة التجارية:

لقد شاع في الحياة التجارية والمصرفية مبدأ التعامل بالشيك مؤجل الدفع<sup>4</sup> وذلك بأن يتفق الساحب والمسحوب عليه على إرجاء أجل استحقاق الشيك إلى موعد لاحق، الأمر الذي يجعل منه أداة ائتمان ويخرجه عن إطاره الصحيح كأداة وفاء واجب الدفع فوراً بحكم القانون، فإذا ما أصدر الساحب شيكاً فيجب على المسحوب عليه (المصرف) الوفاء بقيمته للمستفيد فوراً بصرف النظر عن التاريخ المدون عليه، باعتبار أن وجود أي شرط يخالف ذلك يجب النظر إليه كأنه لم يكن<sup>5</sup>.

1 -ظهر شريف رقم 83-96-1 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 بتنفيذ القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة (ج. ر. بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 - 3 أكتوبر 1996).

2 معوض عبد التواب ، الوسيط في جرائم الشيك ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ط1 ، 1998م ، ص : 67 .

3 المشكلات العملية في جرائم الشيك ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 2004م ، ص:32.

4 المستند القانوني الذي يتم الاستناد إليه بالنسبة للدفع المؤجل للشيك هو الأمر العسكري رقم 889 الصادر عن الجيش الإسرائيلي .

5 مصطفى مجدي هرجه ، المشكلات العملية في جرائم الشيك ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 2004م ، ص : 34 .

## 2- التهاون في تطبيق العقوبات القانونية:

هناك العديد من الأسباب القانونية التي أدت إلى ظاهرة جريمة الشيك وتفاقمها تعود إلى: عدم فعالية القوانين والتشريعات المعمول بها لحماية الشيك، أو التهاون في تطبيق العقوبات المنصوص عليها في تلك التشريعات، ومن أبرز مظاهرها هو: عدم الملاحقة القانونية للمتلاعبين في الشيك، أو التأخير في البت في القضايا واستغراقها وقتاً طويلاً مما يؤدي إلى استمرار هذه الظاهرة وتفاقم حدتها<sup>1</sup>.

## 3- زيادة المنافسة غير المشروعة بين البنوك:

تقتضي طبيعة العمل المصرفي قيام البنوك بجذب أكبر عدد ممكن من العملاء من خلال فتح حسابات جارية لهم لضمان تدفق الودائع، وفي المقابل يتم منح التسهيلات الائتمانية اللازمة، وتظهر المشكلة واضحة إذا لم تحسن إدارة المصرف اختيار عملائها الأمر الذي يترتب عليه القيام بمنح دفاتر شيكات لهؤلاء العملاء دون ضوابط محددة مما يفضي إلى سوء استخدامها وتفاقم حدة الظاهرة<sup>2</sup>.

ويرى البعض "أن أساس المشكلة يعود إلى قصور الجهاز المصرفي عن القيام بدوره في التمويل السليم ووجود آليات لتنظيم عمليات الائتمان وتنشيط الأسواق مثل ما اتبعته دول كثيرة من نظم بديلة للبيع والتي يتم بمقتضاها تحديد حجم ائتماني للتجار (مصدري الكمبيالات والشيكات)، وضمان سدادها إذا ما تعذر على التاجر السداد وفقاً ل ضمانات مبسطة تضمن للبنك الرجوع إليها في حالة عدم السداد تحقيقاً للانضباط والاستقرار للتعامل في السوق<sup>3</sup>.

ويرى آخرون أن انتشار ظاهرة جريمة الشيك على هذا النحو الهائل يعود إلى: "التوسع المصرفي غير المدروس، والإسراف بمنح دفاتر الشيكات نتيجة للمنافسة على الودائع غير المكلفة من ناحية، وتدني فاعلية الرقابة التحذيرية للمعاملين الذين يسحبون شيكات متعددة بدون رصيد وقبول الشيكات المكتبية<sup>4</sup>.

## 4- عدم التزام المصارف بالقرارات الصادرة عن السلطة النقدية التي تحدد الضوابط والتعليمات

### الخاصة بالقائمة السوداء<sup>5</sup>:

تقوم السلطة النقدية عادة بإصدار الضوابط التي تحدد أسس التعامل بالشيكات، مع ضرورة الاستعلام عن العملاء قبل منحهم الموافقة النهائية على استخدام التسهيلات المقررة لهم.

وفيما يتعلق بضوابط التعامل بالشيكات، تضع السلطات النقدية حدوداً لضوابط هذا التعامل، بحيث يتعين على كل مصرف الإبلاغ عن أي عميل لديها قام بإصدار شيكات وتم إرجاع عدد معين منها خلال فترة زمنية محددة، بحيث يتم في هذه الحالة إدراج اسمه على اللائحة السوداء أو قائمة الحسابات محدودة التصرف، وهو ما يعني وقف التعامل

1 محمود الكيلاني، الجديد في الأحكام القانونية للشيكات المصرفية، مجلة البنوك الأردنية، العدد الأول، كانون الثاني / شباط، 1997م ص: 27.

2 زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1997م، ص: 87.

3 سلامة حمزة، الشيكات وارتباك الأسواق، مجلة الأهرام الاقتصادية، العدد 1590، يوليو، 1999م، ص: 36.

4 محمد الدبس، التوسع المصرفي غير المدروس وراء ظاهرة الشيكات المرتجعة، النشرة الإعلامية غير الدورية لسلطة النقد الفلسطينية، العدد السابع، ديسمبر، 1999م، ويقصد بالشيكات المكتبية الشيكات البديلة عن الشيكات التي يصدرها البنك، وهذا الأسلوب لا يتم التعامل به حالياً.

5 القائمة السوداء لائحة أعدتها سلطة النقد الفلسطينية بهدف مكافحة جرائم الشيكات بشكل عام.

مع هذا العميل لدى الجهاز المصرفي، وبطبيعة الحال فإن نجاح ذلك الأمر يتطلب رفع مستوى التعاون والتنسيق بين الجهاز المصرفي والسلطة النقدية<sup>1</sup>.

#### 5- قلة الوعي، وضعف الوازع الديني والأخلاقي :

لعل من الأسباب الكامنة وراء انتشار جريمة الشيك المصرفي هو: قلة الوعي المصرفي، وضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى بعض المتعاملين من فئات التجار، وأرباب الأعمال، والمواطنين للدور الهام الذي يلعبه الشيك في الحياة التجارية والمصرفية وتأثيراته السلبية على الاقتصاد في حالة تفاقم المشكلة وعلى الأخص التعامل مع الجهاز المصرفي وانخفاض مستوى الودائع بسبب فقد ثقة المتعاملين بالشيكات وعزوفهم عن استخدامه، الأمر الذي يدفعهم إلى سحب ودائعهم من المصارف لتسهيل معاملاتهم بأسلوب نقدي مما قد يهدد نظام المدفوعات ويقضي على تطوره ويلقي بآثاره السلبية على مجرى الحياة الاقتصادية والتجارية<sup>2</sup>.

#### 6- الأوضاع الاقتصادية السائدة:

من المتعارف عليه أن تردي وسوء الأوضاع الاقتصادية بشكل عام قد يفقد العديد من الأنشطة القدرة على الوفاء بالشيكات التي تتعامل بها، خاصة في ظل تنامي ظاهرة الشيكات المؤجلة التي درج عليها العرف التجاري على التعامل بها<sup>3</sup>.

#### 7- تهاون المصارف في إظهار السبب الحقيقي لإرجاع الشيكات :

" تلجأ المصارف إلى إخفاء السبب الحقيقي لإرجاع الشيكات عندما يتعلق الأمر بالساحب حفاظاً على سرية التعامل مع عملائه، حيث يتم التأشير على الشيك المرتجع بسبب عدم كفاية الرصيد بعبارة (راجع الساحب)، ومما لا شك فيه أن إخفاء هذا السبب يؤدي إلى عدم تمكن المحاكم من البت في القضايا بالسرعة الممكنة<sup>4</sup>.

1 سلطة النقد الفلسطينية ، التقرير السادس ، الصادر في عام 2000م .

2 مصطفى مجدي هرجه ، المشكلات العملية في جرائم الشيك ، مصدر سابق ، ص: 23 .

3 حماد مصطفى عزب ، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 1 ، 1995م ، ص: 41 .

4 عدنان الهندي ، التدقيق والأمان والرقابة في ظل استخدام الحاسبات الالكترونية ، اتحاد المصارف العربية ، مصر ، ط 1 ، 1999م ، ص: 89 .

## مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة.

### فاطمة العبدلاوي

باحثة حاصلة على الدكتوراه في القانون الخاص،

تخصص المدني والأعمال.

#### مقدمة:

إذا كان القانون رقم 1795 المتعلق بشركات المساهمة، والذي يعتبر بمثابة الشريعة العامة لقانون الشركات. لم يعرف لنا من هو مراقب الحسابات، شأنه في ذلك مشروع ظهير 1922، وذلك سيرا على النهج الذي تبناه المشرع الفرنسي في كل من قانون 18.67 وقانون 14 يوليوز 1966 المتعلق بشركات المساهمة، فإن البعض عرفه بأنه "شخص مكلف برقابة إدارة شركة المساهمة، تعيينه الجمعية العمومية للشركة بفحص الحسابات وتقديم تقرير في اجتماعها السنوي، كما ينبه المساهمين بمقتضى تقرير عن الأوضاع غير القانونية أو غير الصحيحة في إدارة شركة المساهمة أو في حساباتها". لكن يعاب على هذا التعريف أنه اعتبر مراقب الحسابات يمارس مهامه في شركات المساهمة وحدها، في حين أن مراقب الحسابات يمارس مهامه في باقي أنواع الشركات. كما أنه اقتصر على تعداد مهام مراقب الحسابات ولم يعطنا تعريفا دقيقا. لذلك يمكن تعريف مراقب الحسابات بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي المكلف قانونا بمراقبة حسابات المقاول والإعلام عن وضعيتها الاقتصادية والمالية بهدف حماية حقوق الشركاء والأغيار<sup>1</sup>.

من خلال هذا التعريف، يتبين لنا أهمية مراقب الحسابات من خلال الأحكام التي تحدد طرق تعيينه، من حيث شروط هذا التعيين والمدة الكافية لممارسة مهامه، أو من حيث الرفع من كفاءاته وضممان استقلاله.

فبالرجوع إلى مقتضيات الفصول المنظمة لقانون شركة المساهمة، نجد أن المشرع المغربي، حدد شروط تعيين مراقبي الحسابات. وذلك من خلال الفصل 160 من ق.ش.م، والذي ينص على ما يلي: "لا يحق لأي كان مزاوله مهام مراقب الحسابات ما لم يكن مقيدا في جدول هيئة خبراء المحاسبين".

ويرجع هذا الشرط، إلى الحد من علاقة الولاء التي كانت تربط المساهمين في الماضي مع مراقب الحسابات، الشيء الذي كانت له نتائج سلبية على العدد من المؤسسات التجارية، وبالتالي المساس بمصلحة الاقتصاد العام.<sup>2</sup> أضف

1. إدريس مساعيد: "مهام مراقب الحسابات في صعوبات المقاول"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عين الشق الدار البيضاء، 2003، ص: 4 و1

2. لطيفة بنخير: "مراقب الحسابات ودوره في تفعيل مساطر الوقاية من الصعوبات"، الندوة الجهوية الثامنة، طنجة، يومي 22 و21 يونيو، تحت عنوان صعوبات المقاول وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى مطبعة الأمنية الرباط 2007 ص: 56.

إلى ذلك ما يبعثه من اطمئنان لدى الأغيار المتعاملين مع الشركة، التي عينت فيها مراقبا للحسابات متخصص ويتوفر على كفاءة مهنية.

وتزداد على ما سبق الشروط التي نصت عليهما المادتين (161 و 162)<sup>1</sup> من ق.ش.م، وذلك لضمان الحياد والاستقلال الكافيين لمراقب الحسابات، وبفصله بين إدارة الشركة والشركاء بها وبين الرقابة على حساباتها، ومنعه من القيام برقابة الشركات التي تربطه بها وشائج القربى أو تكون له مصالح مالية فيها، يرمي المشرع إلى ضمان استقلال المراقب وحياده.<sup>2</sup>

ويكون تعيين مراقب الحسابات إجباريا في شركة المساهمة (المادة 159 من نفس القانون) ويتم تعيين مراقب الحسابات عند تأسيس الشركة بموجب النظام الأساسي أو بموجب عقد منفصل، يشكل جزءا من ذلك النظام لمدة سنة مالية واحدة "المادة 20 من نفس القانون".

وبعد التأسيس يعين من طرف الجمعية العامة العادية لمدة ثلاث سنوات مالية<sup>3</sup>، واستثناء يمكنه تعيينه بأمر من رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للمستعجلات، بناء على طلب من أي مساهم في حالة تجريح مراقب الحسابات الذي عينته الجمعية العامة من طرف مساهم أو عدة مساهمين يمثلون عشر رأسمال الشركة، ويستمر هذا التعيين إلى حين تعيين الجمعية العامة العادية لمراقب الحسابات<sup>4</sup> (المادة 164 و 165 من ق 1795).

1. نصت المادة 161 من ق.ش.م على أنه: " لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي الحسابات:  
أ. المؤسس وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة وكذا المتصرفون وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية بالشركة أو الشركات التابعة لها.  
ب. أزواج الأشخاص المشار إليهم في البند السابق وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية.  
ج. الذين يزاولون لفائدة الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أعلاه، أو لفائدة الشركة أو الشركات التابعة لها وظائف قد تمس باستقلاليتهم أو يتقاضون أجرا من إحداها عن وظائف غير تلك المنصوص عليها في هذا القانون.  
د. شركات الخبرة في المحاسبة التي يكون أحد الشركاء فيها في وضع من الأوضاع المشار إليها في البنود السابقة. وكذا الخبير المحاسب، الشريك في شركة للخبراء المحاسبين حين تكون هذه الأخيرة في وضع من هذه الأوضاع.  
لا يمكن أن يعين كمراقبي الحسابات لنفس الشركة خبيران أو عدة خبراء محاسبين ينتمون بأي صفة كانت إلى نفس شركة الخبراء المحاسبين أو نفس المكتب.

2. ونصت المادة 162 من ق.ش.م على أنه: لا يمكن لمراقبي الحسابات أن يعينوا كمصرفين أو مديرين عامين أو أعضاء في مجلس الإدارة الجماعية في الشركات التي يراقبونها إلا بعد انصرام اجل خمس سنوات على الأقل منذ انتهاء مهمتهم بها كمراقبين للحسابات. ولا يمكنهم خلال نفسا لاجال أن يمارسوا نفس المهام في الشركة التي تملك 10% أو أكثر من رأسمال الشركة التي يراقبون حساباتها.  
لا يمكن الأشخاص الذين كانوا متصرفين أو مديرين عامين أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية لشركة مساهمة أن يعينوا مراقبين لحسابات تلك الشركة خلال الخمس سنوات على الأقل التي تلي تاريخ انتهاء مهامهم، ولا يمكن خلال نفس المدة أن يعينوا كمراقبين لحسابات الشركات التي تملك 10% أو أكثر من رأسمال الشركة التي كانوا يمارسون فيها مهامهم سالفه الذكر".

4. عبد الرحيم القريشي: "تدابير الرقابة من صعوبات المقابلة بين التشريع والتطبيق"، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى 2004، ص 4645.

3. المادة 163 من قانون 1795.

4. عبد الرحيم القريشي:م.س. ص 5958.

ونظرا للدور المهم الذي يقوم به مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة في مجال الحسابات وكذا الإعلام والمراقبة. سوف نتطرق إلى دور مراقب الحسابات الإعلامي داخل شركة المساهمة "المبحث الأول" ثم مهمته والتي تتجلى في المراقبة والتحقق "المبحث الثاني" التي تتولد عنها حقوق يتمتع بها أثناء مزاولته لها "المبحث الثالث".

### المبحث الأول: دور مراقب الحسابات الإعلامي داخل شركة المساهمة.

أوجد المشرع المغربي وكباقي التشريعات المقارنة. جهازا من أجهزة الرقابة الداخلية على الشركات، مكلف بمراقبة حساباتها والتدقيق والتحقق فيها والمصادقة عليها والإعلام بها، وذلك حماية للشركة والمساهمين فيها والأغيار.

ولا تقتصر مهمة مراقبي الحسابات حسبما تدل عليه تسميتهم، في الرقابة على الحسابات بل هي تتجاوز ذلك، بما يجعله أداة مهمة من أدوات إعلام المساهمين. فحق الإعلام والإطلاع الممنوح للمساهمين يعتبر غير كافي لتمكينهم من تقييم نشاطات الشركة. لذلك كان لابد من إيجاد جهاز رقابي يكون باستطاعته فحص ودراسة أنشطة الشركة، ومن ثم إعلام المساهمين بما توصل إليه من مستنتجات وإبلاغهم بما قد يكون شاب المعلومات المقدمة من طرف مجلس الإدارة من نقص أو خطأ<sup>1</sup>.

ومن أهم الإيجابيات التي جاء بها قانون 1795، تدعيم الإعلام والشفافية داخل شركات المساهمة بعد أن كان هذا الجانب شبه مغيب في ظل ظهير 1922، بحيث كان يمثل المظهر الوحيد للإعلام في التقرير الذي يقدمه مراقب الحسابات للجمعية العامة السنوية، أما التواصل بين مراقب الحسابات وأجهزة الإدارة والتسيير فكان مفقودا تماما. ولم يتم النص عليه إلا بموجب المادة 169 من قانون شركة المساهمة الصادر سنة 1996. وقد كان المشرع الفرنسي سابقا إلى إقرار هذا التواصل منذ صدور قانون الشركات سنة 1966<sup>2</sup>.

وتكتسي الوظيفة الإعلامية لمراقب الحسابات طابعا مزدوجا، حيث أن مراقب الحسابات في أدائه لهذه الوظيفة يلعب دور المراقب ودور المخبر في نفس الوقت<sup>3</sup>. سواء إخبار وإعلام أجهزة الإدارة والتسيير "المطلب الأول" أو إعلام المساهمين "المطلب الثاني" الذي ينقسم إلى قسمين إعلام أثناء انعقاد الجمعية العامة العادية وإعلام أثناء انعقاد الجمعية العامة غير عادية.

1. عبد الواحد حمداوي: تعسف الأغلبية في شركة المساهمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. 2001. 2000، ص: 242.

2. زكية الشعيبي: " دور مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة في إطار القانون المغربي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون المقاول، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2006/2007، ص: 61.

3. عبد الواحد حمداوي: تعسف الأغلبية في شركة المساهمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. 2001. 2000، ص: 242.

## المطلب الأول: إعلام أجهزة الإدارة والتسيير.

يرجع تكليف مراقب الحسابات بتقديم تقرير إلى أعضاء أجهزة الإدارة والتسيير إلى دعم التعاون ومد جسور التحوار بينه وبين هذه الأجهزة، حتى لا يبقى في نظرهم جسما غريبا داخل الشركة، وهمه الأكبر ترصد الأخطاء والاختلال داخل الشركة لإبلاغها إلى الجمعية العامة، بل ينظر إليه على أنه شريك لهم. هدفه خدمة مصالح الشركة قبل كل شيء.<sup>1</sup> طبقا للمادة 69 من ق.ش.م "يحيط مراقب أو مراقبي الحسابات مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة علما بما يلي، كلما تطلب الأمر ذلك.

عمليات المراقبة والتحقق التي قام بها ومختلف الاستطلاعات التي توالوا إنجازها،

بنود القوائم التركيبية التي يتبين لهم ضرورة القيام بتغييرات فيها، مع إبداء كل الملاحظات المقيدة حول أساليب التقييم المستعملة في إعداد هذه القوائم.

الخروقات والبيانات غير المطابقة للحقيقة التي قد يكتشفونها.

الاستنتاجات التي تؤدي إليها الملاحظات والتصحيحات المذكورة أعلاه، فيما يخص نتائج السنة المالية مقارنة بنتائج السنة المالية التي سبقتها.

كل الأفعال التي بلغت إلى علمهم أثناء مزاولة مهامهم وبدا لهم أنها تكتسي صبغة جرمية.

إضافة إلى ذلك، يقوم مراقبو الحسابات في الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب بإطلاع مجلس القيم المنقولة على الخروقات والبيانات غير المطابقة للحقيقة، التي قد يكتشفونها أثناء مزاولة مهامها".

ومن خلال هذه المادة تتبين الوظيفة الإعلامية لمراقب الحسابات الواجبة عليه اتجاه مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة، وسوف نتطرق إلى مضمون هذا الإعلام "الفقرة الأولى" والأجال التي يجب أن يقدم فيه مراقب الحسابات ملاحظته عن الاختلال الذي توصل إليها أثناء قيامه بمهامه "الفقرة الثانية".

### الفقرة الأولى: مضمون الإعلام.

اقتبس المشرع المغربي التزام مراقب الحسابات بالإعلام باتجاه الأجهزة المذكورة في المادة 169 السابقة، من القانون الفرنسي الذي اقتبسه بدوره من قانون شركات المساهمة الألماني، كما أنه حتى قبل تبني هذا الالتزام قانونا، درج أغلب مراقبي الحسابات في فرنسا على إخبار المسيرين بالاختلالات التي يكتشفونها أثناء ممارستهم لمهامهم بإخبار الجمعية العامة بكل الاختلالات التي توصلوا إليها، دون تمييز بين التي تم إصلاحها والتي لازالت لم يطلها الإصلاح. فإن أغلب مراقبي

1. إيمان الناظو: "مراقب الحسابات داخل شركة المساهمة بين الصلاحيات القانونية وضمان الفعالية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تخصص القانون المدني والأعمال، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية. طنجة. السنة الجامعية 2008/2009، ص: 45.

الحسابات ظلوا يتعاملون بالطريقة التي كانت شائعة قبل صدور قانون 1966، بحيث لا يشيرون في تقاريرهم العامة إلا إلى الاختلالات التي لم يتم إصلاحها. وهذا الالتزام منصوص عليه حاليا في المادة L823.16 من مدونة التجارة الفرنسية<sup>1</sup>.

وفي إطار تعزيز قنوات الحوار بين مراقب الحسابات وأجهزة الإدارة، أسند القانون لمراقبي الحسابات مهمة جديدة لم تكن مألوفة من قبل، إذ أصبحوا يمارسون مهمة "النيابة العامة أو الشرطة القضائية" داخل الشركة، فمن الواجب عليهم إخبار مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة بكل الأفعال الجرمية التي بلغت إلى علمهم، وبدأ لهم أنها تكتسي صبغة جرمية تحت طائلة جزاءات جنائية<sup>2</sup>.

وإعلام بالأفعال الجرمية من طرف مراقبي الحسابات في القانون الفرنسي ليس له أي تكليف مماثل في قانون الشركات المغربي ولا في قوانين الدول الأوروبية الأخرى، مع العلم أنه قبل صدور قانون شركات المساهمة، كان المشروع الحكومي المقدم بتاريخ 17 يونيو 1995 يلزم مراقب الحسابات بإخبار وكيل الملك بالأفعال الجرمية<sup>3</sup>. هذا ما أكدته أيضا قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 25 فبراير 1936 حيث جاء فيه " القانون يلزم مراقبي الحسابات أن يبلغوا عن كل جريمة يعلمون بوجودها أو يكتشفون ارتكابها بمناسبة مزاولة عملهم"<sup>4</sup>. إلا أنه باستقراء هذا القرار يلاحظ أن القضاء المغربي لم يبين القانون الذي يقصده.

ومن هنا يمكننا طرح لتساؤل التالي، ما هي الدوافع التي دفعت المشرع المغربي إلى إقصاء دور مراقب الحسابات في إبلاغ النيابة العامة عن الجرائم المقترفة بالشركات؟

يرجع موقف المشرع من الإقصاء، إلى ما راج بقية البرلمان بهذا الخصوص، فالحكومة لم يكن لديها تخوف من تكليف مراقب الحسابات بهذه المهمة. لكن البرلمان اقترحوا حذف الفقرة الأخيرة من المادة 167 والجملة الأخيرة من المادة 405 من مشروع قانون شركات المساهمة المتعلقين بإشعار مراقب الحسابات النيابة العامة بالأفعال التي تكتسي صبغة جرمية<sup>5</sup>. ويمكن إرجاع السبب في الحذف هذا، إلى الدفاع عن مصالحهم وخوفا من تعارض النص بصيغته المتحدث عنها مع أعمالهم ومشاريعهم الكبرى. ومن غير المستبعد أن يكون هذا الحذف من جانب المشرع، راجع إلى ضغط هيئة المحاسبين تفاديا من كثرة المهام التي تثقل كاهلها، ويمكن أن يكون لها آثار وخيمة على مستقبل المهني لمراقبي الحسابات، كالتردد في تعيين مراقب الحسابات سبق أن بلغ النيابة العامة عن أفعال جرمية<sup>6</sup>.

وليس هناك ما يمنع مراقب الحسابات، من تبليغ الأفعال الجرمية إلى المصالح المختصة، كإعلام الشرطة أو النيابة العامة إذا توفرت ظروف ذلك في إطار التزام قانوني، وحتى يكون قريبا بما عليه الحال في التشريع الفرنسي الذي

1. زكية الشعيبي: م. س. ص: 63.

2. إيمان التاطو: م. س. ص: 46.

3. إيمان التاطو: م. س. ص: 47.

4. عبد اللطيف الحاتمي: "مسؤولية مأموري الحسابات لشركة المساهمة" مجلة المحامي، عدد 19، 1982، ص: 93.

5. سناء الوزيري: السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال، السنة الجامعية، 2006، 2005، ص: 263.

6. إيمان التاطو: م. س. ص: 4847.

خول للمراقب حق إعلام النيابة العامة بكل الجرائم التي تقع داخل الشركة،<sup>1</sup> منذ صدور مرسوم 8 غشت 1935.<sup>2</sup> وهذا ما تنص عليه حاليا المادة L823.12 في فقراتها الثانية.<sup>3</sup>

حيث بالرغم من عدم إلزام مراقب الحسابات بإبلاغ النيابة العامة بالأفعال الجرمية التي اكتشفها أثناء ممارسة مهامه. يمكنه القيام بها استنادا للفصلين 209 و 299 من القانون الجنائي.<sup>4</sup>

في حين نجد المشرع المصري ساير نفس النهج المشرع المغربي، ولم يلزم مراقب الحسابات بإبلاغ النيابة العامة بالأفعال الجرمية.<sup>5</sup>

ولقي الحذف من جانب المشرع المغربي آراء بين معارضة،<sup>6</sup> ومؤيدة<sup>7</sup> من بعض الباحثين، لكن ما يأخذ عن المشرع المغربي، أنه لم يكلف نفسه بالتقصي عن واقع التطبيق الفرنسي والذي يتخبط في مشكلة صعوبة الكشف رغم تكليف مراقب الحسابات بإبلاغ النيابة العامة عن الفعل الجرمي. ولم يكثر الأمر ومن ثم لم يعوض إقصاءه لذلك الإلزام ببديل يتوافق ويتلاءم مع ظروف المغرب.<sup>8</sup>

ومهما يكن من أسباب تراجع المؤسسة التشريعية عن إلزام مراقب الحسابات بإبلاغ النيابة العامة بالأفعال الجرمية التي يكتشفها أثناء مزاولة مهامه، فإن هذا التراجع كان من نتائجه أن جعل مراقب الحسابات تحت رحمة المسيرين، وبدل أن يكون هذا الالتزام مظهرا من مظاهر قوته واستقلالته اتجاه المسيرين، أصبح نقطة ضعف بالنسبة له، بحيث قد يعتمد المسيرون إلى الضغط على الجمعية، وذلك لأن أغلب جرائم الأعمال ترتكب من طرف المسيرين، مما يؤدي إلى انعدام الفائدة من إخبارهم بالأفعال الجرمية، التي هم على علم بها أكثر من مراقب الحسابات.<sup>9</sup>

وفي اقتصار المؤسسة التشريعية إعلام مراقب الحسابات فقط للأجهزة الإدارية، يرى بعض الباحثين أنه حتى لو اعتبرنا إبلاغ الجمع العام كاف، وأن صلاحية إبلاغ النيابة العامة من اختصاص المساهمين دون مراقب الحسابات، فمن سيضمن أن يكون هذا الحل فعالا. فالجمع العام قد يكون تاريخ انعقاده بعيدا، وإلى ذلك الحين قد يتفاقم الوضع ويؤثر

1. خويا موح مصطفى: مراقب الحسابات في شركة المساهمة على ضوء قانون 17/95، مجلة المحامي، عدد 49، 2006، ص: 245.

Jean-Charles Boulay : L'obligation du CAC de révéler, les faits délictueux - Rev des Soc, N3, 1980.p 444.2

3. 'ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être angagéé par cette révélation »

4. أحمد شكري السباعي: " الوسيط في الشركات التجارية المجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الرابع، م.س. ص: 286.

5. علي السيد قاسم: "مراقب الحسابات، دراسة قانونية مقارنة دور مراقب الحسابات في شركة المساهمة" دار الفكر العربي القاهرة 1991 .. ص: 183.

6. رضوان عز الدين: "مراقب الحسابات في قانون شركات المساهمة بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة قانون التجارة والأعمال،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويسي الرباط السنة الجامعية 2003/2004. ص 90.

7. نادية حموتي: المراقبة المحاسبية ونظام صعوبات المناقولة" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية، 2009/2008. ص: 47.

8. سناء الوزيري: السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبية القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال،

السنة الجامعية، 2006.2005، ص: 266.

9. زكية الشعيبي: م. س. ص: 64.

سلبا على الشركة، وبالمقابل فإن جهاز المراقبة بإبلاغ النيابة العامة هو إجراء أكثر سرعة ويعود إيجابا على مصالح الشركة، بحيث يمنع مقترفي الجرائم من ارتكاب أخرى ويفوت عليهم فرصة محو آثار جرائمهم بهدف التملص من المتابعة والعقاب<sup>1</sup>.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذا الإلزام، إلا أن هذا الأخير يعتبر أداة لتخليق عالم الأعمال، كما يدعم سلطات مراقب الحسابات اتجاه المسيرين، ويشكل ضمان لاستقلاليتهم، وكما سبق القول لم يستطيع المشرع المغربي بإقرار مثل هذا الإلزام حتى في مشروع رقم 20.05، سوى إضافة فقرة إلى المادة 169<sup>2</sup>. وتجب الإشارة بشكل إيجابي إلى التعديل الذي جاء به المشرع المغربي في القانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الذي يلزم مراقب الحسابات بناء على المادة 76 منه، بإخبار بنك المغرب بكل فعل أو قرار يطلعون عليه خلال مزاولتهم مهامهم لدى مؤسسات الائتمان ويشكل خرقا لأحكام النصوص التشريعية أو التنظيمية المطبقة على مؤسسات الائتمان ومن شأنه بوجه خاص:

- أن يضر بالوضعية المالية للمؤسسة الخاضعة للمراقبة.
- أن يعرض استمرارية الاستغلال للخطر.
- أن يؤدي إلى تقديم تحفظات أو رفض الإشهاد على الحسابات.
- وعلى الرغم من أن هذا التبليغ لم يرق إلى مستوى النيابة العامة. إلا أنه يظل أفضل من التبليغ لأجهزة الإدارة والتسيير، باعتباره مؤسسة خارجة عن الشركة التي تمت داخلها المخالفات.<sup>3</sup>

### الفقرة الثانية: شكل وأجال الإعلام.

باستقراءنا للنصوص القانونية الخاصة بشركة المساهمة، نجد المشرع المغربي لم يحدد شكل المعلومات المقدمة من طرف مراقب الحسابات إلى مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة. هل هذه المعلومات يجب أن تقدم بطريقة شفوية أو كتابية؟، وحتى القانون الفرنسي لم يتطرق إلى هذه الشكلية. مما أدى إلى تضارب الآراء حول هذه الإشكالية، إلا أن الجمعية الوطنية لمراقبي الحسابات في فرنسا<sup>4</sup>، ميزت بين الحالة التي يجب فيها أن يضمن مراقب الحسابات هاته المعلومات في تقرير شفوي، إذا كانت الحسابات مصادق عليها بدون تحفظ. وبين الحالة التي يجب أن تكون هذه المعلومات في تقرير كتابي، إذا كانت هناك ملاحظات تتطلب إجراء بعض التعديلات أو عند اكتشاف اختلالات في حسابات الشركة.

1. سناء الوزيري: م. س. ص: 267.

2. نصت الفقرة الأخيرة من المادة 169 على أن " يقوم مراقبو الحسابات في الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب بالاطلاع مجلس القيم المنقولة على الخروقات والبيانات غير المطابقة للحقيقة التي قد يكتشفونها أثناء مزاوله مهامهم.

3. زكية الشعبي: م. س. ص: 68.

4. Robert. Castelleet Francois Pasqualini : le commissaire aux comptes » édition economica Paris, 1995.p. 56.

إلا أن الاتجاه الغالب يفضل تقرير كتابي في جميع الأحوال، حتى يكون دليل على العناية التي قام بها مراقب الحسابات أثناء أدائه لمهامه. وهذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، لأن التقرير الكتابي سيكون في مصلحة الطرفين، فالشركة ستستفيد أكثر من التقرير الكتابي، لأنه سيسمح لمراقب الحسابات بشرح وتفصيل ملاحظاته واستنتاجاته بشكل دقيق، وأفضل مما سيكون الأمر لو قدم مراقب الحسابات تقريريا شفويا. مع تقديم توضيحات شفوية بشأن النقاط المهمة للتأكيد عليها أو الإجابة عن أسئلة المسيرين أمام مراقب الحسابات، فهذا التقرير سيكون حجة له في حال اتهامه بالإهمال أو التقليل في التبليغ عن وقائع معينة.<sup>1</sup>

ونفس الشيء بالنسبة لأجل إعلام أجهزة الإدارة وللتسيير، فلم يحدد المشرع المغربي أجل تقديم تقرير مراقب الحسابات لهذه الأجهزة. واختلفت الآراء هناك من يرى أن مراقب الحسابات عليه أن يقدم هذا التقرير قبل اجتماع مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية الذي يحصر حسابات السنة المالية وكأبعد تقدير خلال اجتماع هذا المجلس،<sup>2</sup> بينما ذهب رأي آخر إلى تقديم هذا التقرير من طرف مراقب الحسابات، بعد اجتماع مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية الذي يحصر الحسابات السنة المنصرمة ليكون باستطاعة مراقب الحسابات تكون رأي نهائي حول الحسابات.<sup>3</sup> ويعتبر الاتجاه الأخير، منطقي حيث يتناسب مع الغاية التي من أجلها ألزم المشرع مراقب الحسابات بإخبار أجهزة الإدارة والتسيير بملاحظاته وبناتج الرقابة التي أجراها، والتي يتجلى في تسهيل التعاون بين مراقب الحسابات ومجلس الإدارة والتسيير لإصلاح ما يمكن إصلاحه فمهمته ليست هي تصييد أخطاء المسيرين وعرضها على الجمعية العامة للمساهمين أو رفض الإشهاد على صحة الحسابات السنوية، بل تهدف مهمته إلى العمل على تفادي تفاقم الأخطاء والاختلالات الموجودة داخل الشركة وفي أسرع وقت ممكن.<sup>4</sup>

فتحديد أجل تقديم هذا التقرير، لا يعني أن مراقب الحسابات لا يمكنه التوجه إلى المسيرين لإبداء ملاحظته خلال السنة المالية، بل يمكنه توجيه عدة تقارير إلى مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة. لدراسة المشاكل الطارئة ولتوجيه ملاحظته بدقة حتى يقوم المسيرين بتصحيح الاختلالات قبل تفاقمهما، ولكي يستطيع التواصل بشكل جيد مع هذه الأجهزة، فقد نصت المادة 170 من ق.ش.م على دعوة مراقب الحسابات لحضور اجتماع مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية الذي يحصر حسابات السنة المالية المنصرمة، لكن المشرع لم ينص على جزاء عدم دعوة إلزام هذه الأجهزة بدعوة مراقب الحسابات، على غرار ما فعل عند عدم دعوته لحضور كل جمعية من جمعيات المساهمين.

وقد كان أحرى بالمشرع المغربي، أن يفرض جزاء عن عدم دعوة مراقب الحسابات لحضور اجتماع مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية، وإن كان من خلال الفقرة الثانية منحه حق دعوة مجلس الإدارة للانعقاد في حالة

1. زكية الشعبي: م. س. ص: 70.

2. Barthélemy Mercadal et Philippe Hanin : droit des affaires, sociétés commerciales édition françis lefebvre, paris 1999, p 708.

. Malika talab et Michel pabeun : la droit Marocain des Société commerciales et Maarif al Jadida, Rabat, 1997, p 232.

3. Yves Cuyon : Le droit de regard du créancier sur le patrimoine de San débiteur. Rev juris. Com N° spécial, février 1982, p:194.

4. زكية الشعبي: م. س. ص: 71.

الاستعجال، وقصر هنا المنح في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة دون شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة<sup>1</sup>. ولا نجد أي تفسير منطقي لهذا التمييز، حيث كان الأولى دعم صلاحيات مراقب الحسابات أكثر مما هو عليه الحال بغض النظر عن شكل إدارة شركة المساهمة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: إعلام المساهمين.

يتم إعلام المساهمين من طرف مراقبي الحسابات، من خلال التقارير التي يقدمها إلى الجمعية العامة للمساهمين، وهذه التقارير تختلف حسب الجهة وكذا ظروف تقديمها. وهي التقارير العامة التي يشهد مراقب الحسابات من خلالها بصدق المعلومات، أو تكون مصحوبة بتحفظ وإما برفض الإشهاد عليها. والتقارير الخاصة المتعلقة بالاتفاقيات المقننة، كما يقدم مراقب الحسابات تقارير خاصة إلى الجمعية العامة غير العادية بمناسبة تغيير البنية المالية أو القانونية للشركة، التي يترتب عنها تغيير النظام الأساسي للشركة. وسوف نتناول إعلام المساهمين من خلال التقارير العامة والخاصة المقدمة للجمعية العامة، "الفقرة الأولى" ثم التقارير الخاصة المقدمة إلى الجمعية العامة غير العادية "الفقرة الثانية".

### الفقرة الأولى: إعلام الجمعية العامة العادية.

كما سبقت الإشارة، أن مراقب الحسابات يقدم إلى الجمعية العامة العادية تقارير عامة وأخرى خاصة.

### أولاً: التقرير العام.

يرفع مراقب الحسابات إلى الجمعية العامة تقريراً سنوياً، يكون نتيجة الأعمال التي قام بها بعناية، الهدف منها تمكين المساهمين من معرفة نتائج الرقابة الممارسة من طرفه، حتى يتمكنوا من ممارسة حقهم في التصويت وهم على بينة من الأمر<sup>3</sup>.

فالتقرير العام بمثابة الحصيلة النهائية للعناية التي بذلها مراقب الحسابات في فحص دفاتر الشركة، ومراجعة حساباتها وتحقيق موجوداتها والتزاماتها، ويشمل خلاصة سنة كاملة من النشاط<sup>4</sup>.

إلا أن المشرع المغربي، لم يحدد مضمون التقرير العام لا في القانون 24 يوليوز 1867 الملغى ولا في القانون الحالي، وإنما اكتفى بالإشارة إلى أن مراقب الحسابات، يعد تقريراً يقدمه للجمعية العامة يتضمن نتائج قيامه بالمهمة التي أوكلتها الجمعية له، ونفس الشيء إذا تعدد مراقبو الحسابات<sup>5</sup>، بخلاف تقرير التسيير الذي حدد مضمونه في المادة 142 من قانون 17/95.

1- حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 77 من ق.ش.م على أنه "يمكن التنصيص في النظام الأساسي لكل شركة مساهمة على خضوعها إلى أحكام هذا الباب، وتبقى الشركة في هذه الحالة خاضعة لمجموع القواعد التي تسري على شركات المساهمة باستثناء تلك التي تنص عليها المواد من 39 إلى 76.

2. علي السيد قاسم: م. س. ص: 183.

3. عبد الواحد حمداوي: م. س. ص: 243.

4. علي سيد قاسم: م. س. ص: 389.

5. المادة 172 من ق. 17/95.

أما في القانون المصري<sup>1</sup>، فقد حدد مضمون التقرير من خلال نصه على البيانات، التي يجب أن يشتملها التقرير العام والمنصوص عليها في المادة<sup>2</sup> 106 من قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981.

ونظرا لكون التقرير العام أهم مصدر لإعلام المساهمين، حيث يعتمد عليه حتى الأغيار كالمستثمرين والعملاء والدائنين في اتخاذ القرارات الاقتصادية الهامة، كقرارات منح القروض<sup>3</sup>، فإنه يختلف عن تقرير التسيير الذي يعده مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية، ويقتصر فقط على المعلومات المتعلقة بنشاط الشركة والنتائج التي حصلت عليها بالإضافة إلى أفاقها المستقبلية. وكما يختلف أيضا عن التقارير الخاصة التي يقدمها مراقب الحسابات إلى الجمعية العامة أو الجمعية العامة العادية، لارتباطها بظروف تلزم على مراقب الحسابات إعداد تقارير بشأنها. على عكس التقرير العام الذي يقدمه المراقب كل سنة<sup>4</sup> ولا يرتبط بظروف معينة.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي، وكما فعل بالنسبة للتقرير العام ولم يحدد مضمونه، كذلك بالنسبة لأجال تقديم هذا التقرير. بخلاف المشرع المصري الذي نص على أنه، ينبغي لمراقب الحسابات أن يرفع التقرير العام خلال الستة أشهر على الأكثر من تاريخ انتهاء السنة المالية، وفي فرنسا حددها المشرع في 15 يوما على الأقل قبل الموعد المحدد لانعقاد الجمعية العامة. كما ألزم على مجلس الإدارة أن يقدم حسابات الشركة، بعد الانتهاء من إعدادها إلى مراقب الحسابات قبل شهر على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية العامة، وأمام مراقب الحسابات سوى 15 يوما لإعداد تقريره الذي يرفعه إلى الجمعية العامة<sup>5</sup>.

ومن خلال استقراءنا لنصوص<sup>6</sup> قانون شركة المساهمة التي تنص على مهام مراقب الحسابات من خلال التقارير التي يعدها يتبين أن التقرير الذي يرفعه إلى الجمعية العامة يتضمن البيانات التالية:

ما إذا كان المراقب قد حصل على المعلومات والإيضاحات التي يرى ضرورتها لأداء مهمته على وجه مرض.

هل الشركة تمسك حسابات وتبت لها انتظامها أو عدم انتظامها.

ما إذا كانت الميزانية وحساب الأرباح والخسائر متفقة مع الحسابات والملخصات.

ما إذا كانت البيانات الواردة في تقرير مجلس الإدارة متفقة مع ما هو وارد بدفاتر الشركة.

هل المراقبة الداخلية للشركة منظمة بموجب نظام خاص، وحققت الغاية التي أحدثت من أجلها.

ما إذا كانت قد وقعت أثناء السنة المالية مخالفات لأحكام نظام الشركة أو للقانون<sup>1</sup>.

1. عماد محمد السيد رمضان: حماية المساهم في شركة المساهمة، دار الكتب القانونية، الطبعة 2008: 467.

2. نصت المادة 106 من القانون 159 لسنة 1981 س المصري على ضرورة أن يشتمل التقرير على البيانات التي نص عليها القانون واللائحة التنفيذية إلى جانب البيانات التي وردت في الفقرات من "أو حتى ز" (من نفس المادة).

3. Soltani Bahram : le commissaire aux et de marche financier « édition economica. 1996. p:21.

4. عماد السيد محمد رمضان: م. س. ص: 464.

5. نادية حموتي: م. س. ص: 7877.

6. أنظر المواد 172 و166 و47 و85 و180 من قانون شركات المساهمة 17/95.

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة 172، أن يشير مراقب الحسابات في تقريره، إذا كانت الشراكة تملك شركة تابعة أو تولت مراقبة شركة أخرى أو شاركت في شركة أخرى في مدلول المادة 143<sup>2</sup> من نفس القانون خلال السنة المالية.

وجوهر التقرير الذي يتضمن هذه البيانات، يدور حول مصادقة مراقب الحسابات على القوائم التركيبية، إذا لم يبدي رأيه في الحسابات السنوية فقط، بل أصبح يصادق على الحسابات بمعنى أنه يكتسب قناعة ويعلم بها الآخرين. وبذلك لم تعد للتقرير العام تلك الصورة القائمة التي كان يصفه بها بعض الباحثين والممارسة، حيث كانوا يعتبرونه مجرد إعادة لتقرير السنة المالية السابقة مع تغيير في التاريخ وفي بعض الأرقام.<sup>3</sup>

وعموما فإن المشرع من خلال المادة 175 من قانون 17/95، ميز بين ثلاث حالات للمصادقة والإشهاد الذي يضمها مراقب الحسابات في التقرير الذي يقدمه إلى الجمعية العامة العادية.

#### أ. التقرير الإيجابي أو النظيف.

التقرير الإيجابي أو النظيف: هو الذي يدل على أن تصرفات الجهاز الإداري سليمة ومطابقة متفقة تماما مع ما هو ثابت وموجود في دفاتر الشركة ومستنداتها، وأن الحسابات السنوية منتظمة وصادقة وتعطي صورة صادقة وحقيقية عن وضعية الشركة، وأنها لم تقع أية مخالفة.<sup>4</sup> وفي هذه الحالة يشهد مراقب الحسابات بصدق القوائم التركيبية في نهاية تلك السنة. ولا يصل مراقب الحسابات إلى هذه القناعة إلا إذا توفر الشرطين التاليين:

**الشرط الأول:** إذا تم مسك الحسابات وفق القواعد والمبادئ المحاسبية الجاري العمل بها. والمطبقة بنفس طريقة السنة المنصرمة، وكذلك إذا كانت المعلومات الواردة في الموازنة وحساب النتائج تعطي صورة صادقة عن الوضعية المحاسبية للمقابلة.

**الشرط الثاني:** إذا استطاع مراقب الحسابات ممارسة أعمال الرقابة وفق العناية اللازمة ودون وجود عراقيل.<sup>5</sup>

وبناء على هذين الشرطين يصادق مراقب الحسابات على الحسابات السنوية، وهذه المصادقة ينبغي أن تتم بعبارة واضحة لا لبس فيها ولا غموض يعترضها لتفادي ارتباك المتلقي.<sup>6</sup>

1- علي حسن بونس: "الشركات التجارية، الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات المساهمة، والتوصية بالأسهم: 408 و 409 ورضوان عز الدين:"  
مراقب الحسابات في قانون شركات المساهمة بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة قانون التجارة والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويسي الرباط السنة الجامعية 2003/2004 ص: 46.  
2. نصت المادة 143 على أنه: "يقصد في مفهوم المادة السابقة: بالشركة التابعة، شركة تملك فيها شركة أخرى تدعى الأم الأكثر من نصف رأس المال، بالمشاركة، تملك شركة في شركة أخرى لجزء من رأس المال ما بين 10 و 50%  
3. زكية الشعيبي: م. س. ص: 76.  
4. عز الدين رضوان: م. س. ص: 48.  
5. إيمان الناطو: م. س. ص: 59.

ومفهوم الصورة الصادقة المأخوذ من الأصل الأنجلوأمريكي<sup>1</sup> أصبح ضروريا ولا حياد عنه في عالم المحاسبة، بالمقارنة مع المفاهيم التقليدية كصحة الحسابات، فهذه الأخيرة تعني تم مسكها وفقا للقواعد المعمول بها. لكن في بعض الحسابات تعطي صورة ناقصة عن الوضعية الحقيقية للشركة، لأن هذه القواعد المحاسبية تخول الاختيار بين عدة طرق منتظمة وصحيحة. في حين أن صدق الحسابات يعتمد على الحل الذي لا يشوه الوضعية الحقيقية للحسابات وهو ما ينطبق على مفهوم الصورة الصادقة<sup>2</sup>.

وقد تناول المشرع المغربي مفهوم الصورة الصادقة المأخوذ عن النظام الأنجلوأمريكي في المادة 11 من القانون رقم 9.88، المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها حيث نصت هذه المادة على أنه "يجب أن تكون القوائم صورة صادقة لأصول المنشأة وخصومها ولوضعيتها المالية ونتائجها".

### ب. التقرير التحفظي.

هو التقرير الذي يبدي فيه مراقب الحسابات تحفظا عندما يلاحظ وجود أخطاء غير عادية في الحسابات أو خرق القواعد والمبادئ المحاسبية المعمول بها، أو نقص التبريرات الكافية أو عدم وجود فواتير الشراء مثلا، أو أن هناك إختلافا بين بعض البيانات التي وردت في تقرير مجلس الإدارة وبين ما هو ثابت في دفاتر الشركة،<sup>3</sup> أو وجود صعوبات تعيق مهامه الرقابية كتلف بعض الوثائق أو رفض المسيرين أداء أتعابه.<sup>4</sup>

وهذه التحفظات يجب أن ترد في صلب التقرير العام، ويجب تسببها من طرف مراقب الحسابات كما لا يجب أن يطال هذه التحفظات أي تغيير بعد إدراجها<sup>5</sup>، وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن أدانت مراقب الحسابات بارتكاب جريمة التزوير لأنه استبدل التقرير الذي أعده والمتضمن لتحفظات بتقرير آخر خال من أي تحفظات مباشرة قبل اجتماع الجمعية العامة العادية.<sup>6</sup>

كما يقدم الإشهاد التحفظي إشارة إلى المساهمين، تدفعهم إلى الرفع من انتباههم ويقظتهم، عند المصادقة على حسابات الشركة عند انعقاد الجمعية العامة العادية. ذلك أن التحفظ الذي أورده مراقب الحسابات في التقرير، هو بمثابة الضغط عن صدقية الحسابات وعدم ضمانها بصفة كاملة<sup>7</sup>. إضافة إلى تخوف البعض منه، معتبرين أن وجود

1. A.E.L.Hajjami : op.cit.p159.1

2. Alain Sayag Et Alexis Palmade : le commissariat aux comptes en proie aux réformes, p:369.

3. عز الدين رضوان: م. س. ص: 49.

4. زكية الشعبي: م. س. ص: 80.

5. إيمان التاطو: م. س. ص: 61.

6. Barthélemy Merccadal et philipe Janin : «droit des affaires, sociétés commerciales » édition francis lefebre, Paris,1999.p709.

7. قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 12 يناير 1981.

8. شكري الملواني: إعلام المساهمين في شركة المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والمقاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة المولى إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2011-2012. ص: 127.

تحفظات في تقرير مراقب الحسابات، من شأنه أن يخفض من قيمة أسهم الشركة بورصة القيم، إذا أرادت تفويت أسهمها، كما أن هذه التحفظات قد تؤثر على سمعة الشركة اتجاه المزودين والبنوك التي يمنحها القروض.<sup>1</sup>

### ج. التقرير السلبي.

يمكن لمراقب الحسابات أن يرفض المصادقة على الحسابات السنوية، إذا اكتشف وجود أخطاء واختلالات جسيمة تعيق تقديم صورة صادقة عن الوضعية المالية للشركة، كحالة تعيينه بعد قفل الحسابات الشيء الذي منعه من معاينة الجرد المادي أو عدم وجود وسائل أخرى تمكنه من تقييم الجرد.<sup>2</sup>

وبناء على المادة 175 من ق.ش.م، يجب أن يكون قرار مراقب الحسابات في الحالتين الأخيرتين أي المصادقة مع التحفظ أو رفض المصادقة، مسبب على خلاف المشرع الفرنسي الذي يلزم مراقب الحسابات بناء على المادة L823.9 من مدونة التجارة بتسبيب قراره في جميع الحالات.

ورفض مراقب الحسابات المصادقة على الحسابات السنوية للشركة، لا يعني بالضرورة أن ترفضها الجمعية العامة أيضا. بل يظل المساهمون أحرارا في اتخاذ القرار الذي يلائم مصالحهم، ويمكن للجمعية العامة أن تستأنس به ليس غير، وهذا يعني أن مراقب الحسابات يقوم بدور استشاري فقط، فهو يعطي رأيه ولا يتوفر على سلطة لفرضه.<sup>3</sup>

والملاحظ في الواقع العملي أن إصدار هذا النوع من التقارير نادر الحدوث، حيث أن إدارة الشركة قد تفضل الانصياع لمطالب مراقب الحسابات بضرورة إتباع المبادئ المحاسبية المتعارف عليها، في إعداد السجلات والدفاتر المحاسبية، ومن ثم القوائم المالية لكي لا يعد تقرير سلبي.<sup>4</sup>

ومما تجب الإشارة إليه هنا، أن المصادقة لا تعطي ضمانا مطلقا على صحة الحسابات، بل هي مجرد ضمان شكلي، كما أنها أكثر من مجرد إبداء رأي، فهي اكتساب قناعة وإعلام الآخرين بها، أي أنها إلتزام شخصي لمراقب الحسابات.<sup>5</sup>

ورفض المصادقة أو المصادقة مع التحفظ على الحسابات من طرف مراقبي الحسابات، يشكل أحد المعايير الموضوعية التي تمنح لمساهمي الأقلية والأجراء وأيضا الدائنين، طلب بعض التوضيحات من مسيري الشركة. وإلا جاز لهم اللجوء إلى القضاء من أجل طلب إجراء خبرة، وبهذا يقوم مراقب الحسابات بفتح أعين أقلية المساهمين وتحذيرهم من التجاوزات التي تحدث داخل الشركة، وبذلك تحقق الرقابة على الحسابات الهدف المنشود منها.

1. زكرياء محمد الصادق إسماعيل: مراجعة الحسابات " مطبعة الإسكندرية. السنة 1999. ص: 207.

2. شكري الملواني: م. س. ص: 127.

3. زكية الشعبي: م. س. ص: 81.

4. عز الدين رضوان: م. س. ص: 50.

5. زكية الشعبي: م. س. ص: 82.

## ثانيا: التقرير الخاص.

يحرر مراقب الحسابات، تقارير خاصة بكل اتفاقية مبرمة مع الشركة وأحد مسيرها، ومن هذه الاتفاقيات ما تخضع للترخيص المسبق من مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بناء على المادتين 56 و95. وقد ميز قانون شركة المساهمة بين ثلاث أنواع من الاتفاقيات وهي:

### أ. الاتفاقات الممنوعة.

لقد منع المشرع المغربي من خلال المادتين 62 و100 من ق.ش.م، المتصرفين غير الأشخاص المعنوية تحت طائلة بطلان العقد، الافتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة. كما منع عليهم أيضا أن تمنح لهم الشركة تغطية في الحساب الجاري، أو بأية طريقة أخرى أو أن تكفل تضمن احتياطيا التزاماتهم اتجاه الأغيار. كما يشمل هذا المنع المديرين العامين والممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين المتصرفين، كما يسري نفس المنع على أزواج وأقارب وأصهار المديرين العامين والممثلين الدائمين للأشخاص المعنويين بين المتصرفين<sup>1</sup>.

كما أن هذا المنع لا يطال العمليات المعتادة والمبرمة وفق شروط عادية، إذا كانت الشركة تستغل مؤسسة بنكية أو مالية، وهو ما يشكل ثغرة كبيرة يمكن استغلالها أسوأ استغلال، بحيث يمكن لأعضاء أجهزة الإدارة والتسيير، تأسيس شركات صورية لتحايل على هذا الاستثناء، واستغلال وضعهم داخل شركة المساهمة للاستفادة من القروض بضمانات وهمية<sup>2</sup>، فعلى سبيل المثال نجد العديد من أعضاء المجلس الإداري لمؤسسة القرض العقاري والسياحي، استفادوا من قروض بفوائد تفضيلية مع أنهم يرأسون مؤسسات مالية أو تأمينية مهمة<sup>3</sup>.

### ب. الإتفاقات الحرة والعادية المألوفة.

بالرجوع إلى المادتين 56 و95، نجد المشرع وضع مبدأ عام خاص بخضوع الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة وأحد متصرفها أو مديرها العامين أو أحد أعضاء مجلس إدارتها الجماعية أو مجلس الرقابة للترخيص المسبق من طرف مجلي الإدارة أو مجلس الرقابة، إلا أنه درج استثناء في المادتين 57 و96 من نفس القانون أعفى من خلاله العمليات المعتادة والمبرمة وفق شروط عادية من مسطرة الترخيص<sup>4</sup>.

والمشرع المغربي لم يحدد معنى العمليات المعتادة أو المألوفة، ويقصد بها تلك التي تنجزها الشركة بصورة اعتيادية في نطاق نشاطها، مثل أعمال البيع والشراء وتجديد آلات الشركة، على أن تكون العملية من حيث حجمها المالي وطبيعتها التسهيلات والامتيازات التي تحصل عليها الشركة والمقدمة من طرف أحد المسيرين، لا تختلف عن تلك التي يقدمها الأغيار. فمثل هذه الاتفاقات لا تلحق ضررا بالشركة وتدخل في إطار استعمالها المهنية<sup>5</sup>.

1. عز الدين رضوان: م. س. ص: 28.

2. زكية الشعيبي: م. س. ص: 86.

3. عز الدين رضوان: المرجع نفسه.

4. زكية الشعيبي: م. س. ص: 87.

5. عز الدين رضوان: م. س. ص: 30.

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية، أن أقرت بخضوع اتفاق لتشييد عمارة لاستعمالها كمكتب لمسطرة الترخيص. لأن الشركتين لهما مسيرين مشتركين، ولأن الاتفاقية غير معتادة ولم تبرم وفق شروط عادية.<sup>1</sup>

### ج. الاتفاقات التي تخضع للترخيص.

لقد وسع المشرع المغربي من خلال ق.ش.م، مجال تطبيق مسطرة الترخيص، حيث يشمل كل الاتفاقات التي تتم بين الأشخاص المحددين في المادتين 56 و 95 من نفس القانون.

إشترط المشرع المغربي الترخيص المسبق من مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة. كما هو جاري به العمل في فرنسا، ومن خلال المادة 58 من ق.ش.م ألزم المتصرف أو المدير العام أو المدير العام المنتدب أو المساهم المعني بالأمر، إطلاع المجلس على كل اتفاق<sup>2</sup> بمجرد علمه بوجوده، ولا يحق له المشاركة في التصويت على الترخيص المطلوب. كما يمكن تحميلهم النتائج الضارة بالشركة المترتبة على الاتفاقات المرفوضة حتى في انعدام الغش، وإن اقتضى الحال تحميلها إلى أعضاء مجلس الإدارة الآخرين.<sup>3</sup>

كما تخضع للترخيص المسبق أيضا المكافآت الاستثنائية، التي ترصد لبعض المتصرفين أو لبعض أعضاء أو لمجلس الرقابة مقابل المهام أو التوكيلات المسندة إليهم.<sup>4</sup>

ويسمح بالترخيص أثناء فترة انتداب الأشخاص المحددين في المادتين 56 و 95، أما الاتفاقات التي تبرم قبل تعيينهم أو بعد انتهاء مدة انتدابهم لأي سبب كان، فلا تخضع للترخيص لأن السبب الذي من أجله تم وضع مسطرة الترخيص وهو الخوف من استغلال المتعاقد لوضعيته داخل الشركة للإثراء على حساباتها، هو سبب غير موجود، ولذلك يجب اللجوء إلى وقت إبرام الاتفاقية لتحديد النظام المطبق عليها.<sup>5</sup>

وتخضع هذه الاتفاقات لرقابة مراقب الحسابات، الذي يقدم تقرير خاصا بشأنها إلى الجمعية العامة التي تبث فيها بناء على هذا التقرير.<sup>6</sup> حيث يضمن هذا الأخير التوازن بين حقين مشروعين ومتناقضين في نفس الوقت، حق الشركة في الحفاظ على سرية أعمالها وتفاصيل صفقاتها خصوصا أن المساهمين غير ملزمين بالسرية المهني، وحق المساهمين في الإعلام.<sup>7</sup>

1. قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 1994.4.9 أوردته زكية الشعيبي: م. س. ص: 87.

2. نصت الفقرة الأولى من المادة 56 من ق.ش.م على انه: "يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديرها العامين أو المنتدبين أو أحد المساهمين فيها الذي يملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من خمسة في المائة من رأس المال أو من حقوق التصويت على مجلس الإدارة للتخفيف به مسبقا.

3. المادة 60 من ق.ش.م.

4. الفقرة الثانية من المادة 55 والمادة 93 من ق.ش.م.

5. زكية الشعيبي: م. س. ص. 89.

6. عز الدين رضوان: م. س. ص. 29.

7. زكية الشعيبي: م. س. ص. 99.

## الفقرة الثانية:إعلام الجمعية العامة غير العادية.

يقوم مراقب الحسابات بإعلام المساهمين عن طريق تقديمه للجمعية العامة غير العادية، لعدة تقارير خاصة ينجزها في مناسبات خاصة مختلفة عن التقارير العامة، لأنها لا تتعلق بنشاط الشركة وإنما بتغيرات قد تحدث في الشركة من أهمها البنية القانونية للشركة وتغير رأسمال الشركة.

### أولاً: تغيير رأسمال الشركة.

يتم تغيير رأسمال الشركة إما بالزيادة أو النقص فيه حسب حاجيات الشركة.

### أ. الزيادة في رأسمال الشركة.

تعتبر الزيادة في رأسمال الشراكة من القرارات المهمة في شركة المساهمة. كونها تقوي الضمان العام لدائني الشركة خاصة أنه يشترط لصحة العملية تحرير رأسمال بالكامل. وتختلف مسطرة عملية الزيادة في رأسمال، حسب طريقة الزيادة المقترحة وحسب شكل تحرير الأسهم.

ما جعل المشرع المغربي يولمها عناية خاصة، إذ ألزم مراقب الحسابات أن يقدم تقريراً يقر بمدى صحة البيانات المحاسبية، التي يتضمنها تقرير مجلس الإدارة الجماعية والتي تقترح الزيادة في رأسمال الشركة.<sup>1</sup> وكما سبقت الإشارة يرجع قرار إتخاذ الزيادة إلى الجمعية العامة غير العادية تحت طائلة البطلان داخل أجل ثلاث سنوات،<sup>2</sup> ومن خلال التقرير يتأكد مراقب الحسابات من أن الزيادة في رأسمال لا تخل بمبدأ المساواة بين المساهمين.<sup>3</sup>

### ب. تخفيض رأسمال الشركة.

يتم تخفيض رأسمال إما بتخفيض القيمة الاسمية لكل سهم، وإما بتخفيض عدد الأسهم الموجودة تخفيضاً بنفس القدر بالنسبة لكل المساهمين، وإذا لم يكن تخفيض رأسمال المال معللاً بخسائر، أمكن تخفيض عدد الأسهم بإلغاء أسهم تشتريها الشركة لهذا الغرض.<sup>4</sup>

وذلك للتخلص من الأموال غير المستثمرة أو في حالة الاكتفاء بالمبالغ المحررة عند تأسيس الشركة أو في وقوع خسائر كبيرة يصعب تعويضها في المستقبل،<sup>5</sup> رغم الالتجاء إلى الاحتياطي القانوني. وهذا التخفيض قد يسبب ضرراً للدائنين بسبب تقليص الضمان العام لهم. وحماية لهذه الفئة أعطى لهم المشرع من خلال المادة 212 من ق.ش.م، حق التعرض على قرار التخفيض.

1. شكري الملواني: م. س. ص: 128.

2. أنظر المادتين 186 و 188 من ق.ش.م.

3. OBERT (ROBERT) : "révision et certification des comptes ". Dunod. paris 3éme édition 1992, p : 219.

4. المادة 208. من. ق.ش.م.

5. شكري الملواني: المرجع نفسه. ص: 128.

يتخذ قرار تخفيض رأس المال من طرق في الجمعية العامة غير العادية، هذه الأخيرة التي يستوجب عليها عرض مشروع التخفيض على مراقب الحسابات قبل 45 يوما على الأقل من انعقادها. لإعداد تقرير خاص يتم عرضه على الجمعية العامة، يضمن فيه مراقب الحسابات الأسباب المؤدية إلى التخفيض وشروطه، ويتحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين ومن احترام الحد القانوني للرأسمال، وعدم تخفيض القيمة للاسمية الأسهم عن الحد الأدنى القانوني.<sup>1</sup>

#### ثانيا: تغيير البنية القانونية للشركة.

يتم تغيير البنية القانونية للشركة ومنحها شكلا قانونيا جديدا إما عن طريق التحويل، أي تحويل شكل الشركة من شكل قانوني إلى آخر، أو الاندماج عن طريق الابتلاع أو اندماج شركتان قائمتان في شركة واحدة. أو الانفصال عن طريق تفكيك ذمة شركة معين إلى عدة ذمم، من أجل تكوين شركتين أو أكثر، ويطلق على هذه الشركات الجديدة الشركات المستفيدة.<sup>2</sup>

#### أ: التقرير الخاص بالاندماج أو الانفصال.

رغبة من المشرع في ضمان شفافية سير عملية الاندماج والانفصال، فقد حدد مسطرة خاصة، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات لعدم تحديدها في المادة 226 من ق.ش.م الجهة التي تختص بإعداد مشروع الاندماج أو الانفصال، وكان على المشرع أن يولي هذا الاختصاص إلى مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية، أو تكليف خبير من خارج الشركة لتفادي المشاكل التي يطرحها عدم التحديد.<sup>3</sup>

حيث يجب أن يكون هناك استقلال تام، بين الجهة التي تعد مشروع الاندماج أو الانفصال والجهة التي ستقوم بتقديره، أي مراقب الحسابات الذي يلتزم بناء على المادة 233 من ق.ش.م بإعداد تقرير خاص عن مشروع الاندماج أو الانفصال يعرضه على الجمعية العامة غير العادية لبت في المشروع بناء عليه.<sup>4</sup>

ويشير تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات، إلى الطريقة أو الطرق المتبعة في تحديد نسبة التبادل المقترحة ومدى ملائمتها في هذه الحالة، كما يبين ما قد تنطوي عليه عملية التقييم من صعوبات خاصة إن وجدت.

كما يتأكد من أن مبلغ صافي الأصول الذي جلبته الشركات المضمونة، لا يقل عن مبلغ الزيادة في رأسمال الشركة الضامة أو عن مبلغ رأسمال الشركة الجديدة الناشئة عن عملية الإدماج، ويخضع رأسمال الشركات المستفيدة من الانفصال لنفس المراقبة.<sup>5</sup>

1. SYAG.ALAIN : « le commissariat aux comptes renforcement ou déverve », librairie technique volume 1 octobre 1989 p : 219.

2. أحمد شكري السباعي: " الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثاني في تحويل الشركات، ومدتها وتمديدها، مطبعة المعارف الجديدة، 2003 ص: 78.

3. شكري الملواني: م. س. ص: 129.

4. زكية الشعبي: م. س. ص: 105.

5. المادة 233 من ق.ش.م.

ولهذا التقرير أهمية بالغة حيث يعتمد عليه المساهمون، إما لبعدهم عن المقر الاجتماعي للشركة أو عدم علمهم بالمسائل التقنية أو المحاسبية للشركة.

### ب: التقرير الخاص بالتحويل.

طبقا للمادة 7 من ق.ش.م، التحويل عملية بمقتضاها يتم تغيير الشكل القانوني لشركة معينة، مع الاحتفاظ بالشخصية المعنوية.

وقد تطرق المشرع المغربي إلى الحالات التي تقوم الشركة بتحويل شكلها القانوني، وهي عندما ينخفض رأسمالها عن الحد الأدنى المنصوص عليه في المادة 6 من ق.ش.م، أو عندما ينخفض عدد المساهمين عن خمسة مرت سنة عن ذلك، جاز للقضاء أن يقضي بحل الشركة بناء على طلب يتقدم به كل ذي مصلحة<sup>1</sup>. غير أنه يمكن اللجوء إلى التحويل كبديل عن الحل<sup>2</sup>.

ويتخذ قرار التحويل من طرف الجمعية العامة غير العادية، بناء على تقرير مراقب الحسابات الذي يشهد بأن الوضعية الصافية للشركة لا تقل عن رأس مالها، ويتم احتساب هذه الوضعية الصافية من خلال الإطلاع على الوثائق المحاسبية، وليس لمراقب الحسابات سلطة إعطاء رأي في مسألة التحويل<sup>3</sup> وفي حالة غياب تقرير مراقب الحسابات يتم إبطال عملية التحويل<sup>4</sup>.

وبالرغم من أن دور مراقب الحسابات يقتصر على الجانب المحاسبي فقط. إلا أن عملية التحويل، هي العملية الوحيدة التي يتوقف مسارها على مضمون تقريره لما يترتب عن قرار التحويل من نتائج خطيرة. على خلاف باقي عمليات تعديل النظام الأساسي. التي يمكن القيام بها كيفما كان مضمون تقرير مراقب الحسابات.<sup>5</sup>

### المبحث الثاني: مهام مراقب الحسابات.

يشكل مراقبو الحسابات جهازا فنيا لمراقبة مالية الشركة وحساباتها، لذلك فهو يمثل عين الجمعية العامة البصيرة، فيما يتعلق بهذه الحسابات فتعتمد تلك الجمعية على تقاريرهم وعلى المعلومات والتقييمات الواردة فيها، للكشف عن حقيقة الوضعية المالية للشركة وعن سلامة المالية والحسابات المقدمة من قبل مجلس الإدارة.

ولأجل هذه الغاية، أعطاه المشرع العديد من السلطات، بعضها تم التنصيب عليها صراحة والبعض الآخر هو نتاج الممارسة التي تنتج أعرافا وتقاليدهم معينة يتعين، على كل ممارس التقيد بها وينقلها السلف للخلف<sup>1</sup>. وتتجلى هذه السلطة الفحص والتحري "المطلب الأول" وسلطة المراقبة والتحقق "المطلب الثاني".

1. المادة 358 من ق.ش.م.

2. أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات، الجزء الثاني. ص: 15.

3- Sayag Alain : Alain Sayag; Et Alexis Palmade : le commissaire aux comptes en proie aux réformes. P: 132.

4- Sayag Alain: op.cit. p. 133.

5. زكية الشعبي: م. س. ص: 109.

## المطلب الأول: سلطة الفحص والتحري.

أعطى المشرع المغربي سلطة واسعة لمراقب الحسابات في التحري والافتحاص، وسعتها تتمثل في امتدادها من حيث الزمان وامتدادها من حيث الموضوع.

فمن حيث الزمان، فإن تدخل مراقب الحسابات غير مقيد بزمان معين، إذ بإمكانه التدخل في أي وقت وحين لإجراء التحريات اللازمة والضرورية.

أما من حيث الموضوع، فإن مهمة التحري والافتحاص قد لا تقتصر على المفاوضة التي هي تحت عهده فقط، بل تمتد إلى مقاولات أخرى كالشركة الأم والشركات التابعة لها<sup>2</sup>.

وعموما يستطيع مراقب الحسابات التحري داخل الشركة نفسها "الفقرة الأولى" ولدى الغير "الفقرة الثانية" وأيضا التحري في الشركات المكونة لمجموعة شركات "الفقرة الثانية".

### الفقرة الأولى: التحري داخل الشركة نفسها.

منح المشرع المغربي لمراقب الحسابات سلطة التحري داخل شركة المساهمة، وهذه السلطة تتجاوز وثائق السنة الحالية إلى وثائق السنوات السابقة، التي تكون لها علاقة بمحاسبة السنة الحالية، دون الحق في طلب الإطلاع في كشوف الحسابات الخاصة بالمسيرين، إلا إذا توصل خلال ممارسة التحري إلى وقائع تبين تداخل بين كشوف الشركة وكشوف بعض المسيرين، فيحق له في هذه الحالة طلب الإطلاع على هذه الكشوف لارتباطها بنشاط الشركة<sup>3</sup>.

ومن هنا يستفاد، أن مهمة التحري هاته تعطي لمراقب الحسابات سلطات جد صعبة بالنظر للإكراهيين، فإما أن يذهب المراقب بعيدا في مساعدته للمسيرين. وهنا سيخل بدوره في المراقبة، وإما أن يقف منهم موقفا معارضا. وهنا سيتدخل في التسيير مباشرة. وحتى يبقى دور مراقب الحسابات دورا وسطا، فإن الفقه والتشريع معا قد وضعوا أربع ضوابط لعمل مراقب الحسابات بخصوص التحري<sup>4</sup>.

### أولا: تعلق مهمة التحري بالنظام العام.

هذه المهمة، هي من النظام العام كما يرى الفقيه GYON<sup>5</sup>، أنه لا يمكن لأنظمة الشركة تقييده وأنه حق عام ودائم وأخيرا ليس من شأنه أن يعرقل سير عمل الشركة، وبالتالي فإنه لا يحق للشركاء الاتفاق على مخالفتها، وكل شرط ضمن القوانين الأساسية أو بأي اتفاق لاحق يحد من اختصاص مراقب الحسابات، يعتبر باطلا كأنه لم يكن.

1. الندوة الرابعة للعمل القضائي، والبنكي، الطبعة الأولى يناير 2004، ص: 54.

2. الندوة الرابعة: م. س. ص: 46.

3. Dominique vidal : le commissaire aux comptes dans la société anonyme, librairie générale de droit et de jurisprudence 1985, p : 186.

4. الندوة الرابعة: المرجع نفسه. ص: 46.

5-Yres Guyon et conquereau, le commissaire aux comptes, aspects juridiques et technique libraire techniques, paris 1971,p : 85-86.

ولتعلق هذه المهمة بالنظام العام، فإنه عند عرض النزاع أمام القضاء يحق لهذا الأخير إبطال كل المقتضيات المخالفة للنظام العام، ودون أن يثار الأمر من أحد الطرفين المتنازعين.

ثانيا: مهمة التحري مهمة عامة وشاملة.

تمتد مهمة المراقب إلى كل العناصر والجزئيات التي يرى المراقب أنها ذات أهمية، ولا يحد من اختصاصاته حتى الدفع بالسر المهني، إذ أن المراقب لا يواجه بالسر المهني إلا من طرف مساعدي القضاء<sup>1</sup> كالمحامي الذي ينوب عن أحد الأطراف، أو الخبير المنتدب من قبل القضاء لإعطاء رأيه في نازلة معينة، فهؤلاء وحدهم بإمكانهم رد طلب مراقب الحسابات متذرعين بالسر المهني.

ثالثا: مهمة التحري دائمة ومستمرة.

مهمة التحري مهمة غير مقيدة بمناسبة من المناسبات، وإنما هي دائمة ومستمرة بدوام المقابلة واستمراريتها. رابعا: يتعين أن تجري التحريات في جولا يمس بالسر العادي للمقابلة.

لقيام مراقب بمهمته أحسن قيام، يتعين عليه مراعاة مصلحة المقابلة في المقام الأول وعدم المس بسيرها العادي في المقام الثاني.

فعلى مراقب الحسابات أن يتمتع باستقلالية داخل الشركة، فكل التصرفات التي من شأنها خلق جو من الاضطرابات أو التشويش داخل الشركة. يتعين على المراقب الابتعاد عنها بعدا تاما، كحمله الوثائق الضرورية لأشغال مجلس الإدارة إلى مكتبه مثلا وإبقائها هناك مدة طويلة. أو تسريب معلومات من شأنها خلق الاضطراب والفوضى واتخاذ مواقف منحازة لهذه الجهة أو تلك، التي من شأنها خلق خلاف أو نزاع إلى غير ذلك من التصرفات التي ينأى بنفسه عنها كل إنسان عاقل متبصر يقوم بمهمته السامية باستقلالية وحياد تامين.

الفقرة الثانية: التحري لدى الغير.

وكما سمح المشرع لمراقب الحسابات بالتحري داخل الشركة سمح له أيضا بالتحري لدى الغير، بشرط أن يكون هذا الغير قد قام بالعمليات موضوع التحري لفائدة الشركة التي تحت عهدة المراقب. علاوة على الاطلاع على الوثائق شريطة الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات.<sup>2</sup>

والمشرع المغربي لم يحدد من هم الأغيار الذي يقصدهم في المادة 167 من ق.ش.م واكتفى فقط بقوله، "الأغيار الذين أنجزوا عمليات لحساب الشركة". والأحر كان يجب على المشرع أن يحدد من هؤلاء الأغيار، حتى لا يكون هناك لبس في تحديد الأغيار الذي يحق للمراقب التحري لديهم. في حين يرى جانب من الفقه المقصود بالأغيار، هم وكلاء الشركات

1. نصت المادة 168 من ق.ش.م على أنه "لا يمكن لأحد الاحتجاج بالسر المهني ضد مراقب الحسابات ما عدا مساعدي القضاء.

2. المادة 167 من نفس القانون.

وتابعها كالأبنك وشركات البورصة الدين لديهم علم بحسابات الشركة وليس الزبناء أو المزدوين، لأن مراقب الحسابات لا يمكنه أن يتحرى أو يحصل على معلومات منهم، لأنهم لا يكون لديهم علم بحساب الشركة.<sup>1</sup>

وباستقراء مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 167 من ق.ش.م نجد أن المشرع المغربي، طرح نوعين من المعلومات التي يجب على مراقب الحسابات جمعها من الغير، تتعلق الأولى بمعلومات شفوية يتم تلقيها بطرح مجموعة من الأسئلة، أما الثانية فتخص الوثائق التي يجب تقديمها من الغير ليتمكن مراقب الحسابات من الاطلاع عليها، ويجب على الغير الحائز للمعلومات أن يقدم المساعدة اللازمة لمراقب الحسابات، وأن لا يحتج بالسر المهني ضده طبقا للمادة 168 السابقة ذكرها.<sup>2</sup>

### الفقرة الثالثة: مهمة التحري في الشركات المكونة لمجموعة شركات.

تم التنصيص على هذه الإمكانية صراحة بمقتضى الفقرة الرابعة من المادة 167 من القانون 17.95، إذ يمكن أن تتم أعمال التحري سواء لدى الشركة نفسها أو لدى الشركة الأم أو الشركات التابعة.

ويمكن لمراقب الحسابات أن يقوم بعمليات التحقيق والمراقبة التي يرى أنها ملائمة، في أي فترة من السنة عملا بنص المادة 167 من نفس القانون. ونرى أن المشرع أحسن صنعا عندما أقر بمراقبة طويلة السنة من طرف مراقب الحسابات، حتى يتمكن هذا الأخير من القيام بمهامه على أحسن وجه، وحتى يتمكن من كشف ما إذا كانت هناك خروقات يستطيع تداركها قبل فوات الأوان. ويرى الأستاذ جمال معتوك أن استمرارية المراقبة من شأنها أن ترفع من فعالية مهامه الرقابية، علاوة على إحاطته بصفة دائمة بتصرفات المسيرين ووضعيات الشركة وكل المعلومات المرتبطة بها، وليس من الضروري أن يتواجد مراقب الحسابات بصفة دائمة تثقل كاهله، إذ أن الأصل هو الإحاطة الدائمة بما يروج في الشركة بمهنية وفعالية.<sup>3</sup>

إلا أن نظام المجموعة، قد يثير إشكالا هاما يتمثل في تواجد الشركات المكونة للمجموعة فوق تراب دول مختلفة، فإذا كان بإمكان مراقب الحسابات أن يستند إلى قانونه الوطني لإلزام المسيرين بإعطائه المعلومات الضرورية، فإنه ليس بإمكانه إلزام مسير شركة فوق تراب دولة أجنبية بنفس الشيء، إلا إذا كانت قوانين تلك الدولة تسمح بذلك.

ثم إن الإشكال يزداد حدة حينما تكون المجموعة تتوفر على حسابات مجمعة أو لا تتوفر على تلك الحسابات، ويقصد بالحسابات المجمعة ذلك النوع من الحسابات الخاصة بكل شركة مهنية للمجموعة، إذ تكون للمراقب حرية الإنتقال بين مكونات المجموعة.<sup>4</sup>

1. Dominique Vidal : " le commissaire aux comptes dans la société anonyme", librairie générale de droit et de jurisprudence 1985, p:194.

2. شكري الملواني: م. س. ص: 134.

3. شكري الملواني: م. س. ص: 135.

4. عبد الوهاب المريني: "سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط، السنة الجامعية 1996/1997، ص: 128.

## المطلب الثاني: مهمة المراقبة والتحقق.

تعتبر المراقبة المهمة الأساسية والتقليدية لمراقب الحسابات، ويتضح هذا جليا من خلال قانون 1996، الذي منحه الدور الحقيقي الذي يتماشى مع تسميته، خلاف لما كان عليه الأمر في قانون 1867. ويشكل مراقبو الحسابات جهازا فنيا لمراقبة الشركة وحساباتها، فالمراقبة المحاسبية من المواضيع الأخرى المرتبطة بالمراقبة، فهي من المواضيع المعقدة والمتشعبة، وبناء عليه فالجمعية تعتمد على تقارير مراقبو الحسابات المنجزة خلال فترة المراقبة للكشف عن حقيقة الوضعية المالية للشركة، لدى منحهم القانون مهمة التحقيق في شتى مناحي الحياة المالية والحسابية للشركة بصفة دائمة ومستمرة<sup>1</sup>. عكس ما كان عليه الأمر في القانون القديم، الذي كان يخول لمراقب الحسابات المراقبة والتحقق خلال ثلاثة أشهر فقط من كل سنة.

وللإحاطة بهذه المهمة الصعبة والشائكة، وتحديد مهام مراقب الحسابات فيها يجب التطرق إلى المراقبة العامة للحسابات "الفقرة الأولى" ثم الآليات الأخرى للمراقبة والتحقق "الفقرة الثانية".

### الفقرة الأولى: المراقبة العامة للحسابات.

يقوم مراقب الحسابات بالمراقبة العامة للحسابات، من خلال التحقق من القيم والوثائق المحاسبية "أولا"، ثم التحقق من صحة المعلومات والوثائق الموجه للمساهمين "ثانيا"، وأخيرا بالإشهاد بصحة وصدق المحاسبية مع طلب توقيع رسالة التأكيد من الإدارة "ثالثا".

### أولا: التحقق من القيم والوثائق المحاسبية.

انطلاقا من المادة 166 من ق.ش.م، يقوم مراقبو الحسابات بمهمة التحقق من القيم والدفاتر والوثائق المحاسبية للشركة ومن مراقبة مطابقتها للقواعد المعمول بها.

تعتبر القيم المنقولة من أكثر المصطلحات الحديثة استعمالا منذ بضعة عقود، في قطاع الاقتصاد والمال وهي بحسب تعريف البعض "الأوراق المالية القابلة للتداول والتداول في سوق البورصة"<sup>2</sup>.

والمشروع المغربي حدد طبيعة وأنواع هذه القيم، من خلال المادة 243 من قانون ش.م. والمادة 2 من قانون بورصة القيم<sup>3</sup>.

1. عبد الوهاب المريني: م. س. ص: 126.

2. نصت المادة 243 من ق.ش.م: القيم المنقولة التي تصدرها ش.م. الأسهم المنقولة لرأس المال الشركة وشهادات الإصدار وسندات القرض.

تعتبر بمثابة قيم منقولة حقوق الرصد أو الإكتتاب الناشئة عن القيم المنقولة المذكورة.

3. لا تعد سندات الديون القابلة للتداول والمنظمة بالقانون رقم 35.94 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1953 بتاريخ 24 شعبان 1415 (26 يناير 1995) فيما منقولة خاضعة لأحكام هذا القانون.

3. نصت المادة 2 من قانون بورصة القيم على أنه: "تعتبر قيما منقولة السندات الصادرة عن أشخاص معنوية عامة أو خاصة والقابلة للتحويل بقديها في حساب أو عن طريق التداول، والتي تخول بحسب كل صنف من أصنافها حقوقا مماثلة للملكية أو الدين العام في ممتلكات الشخص المعنوي الذي يصدرها.

ولأن التعامل في هذه القيم المنقولة يمثل عصب الحياة في النشاط الاقتصادي والمالي للشركة. ولأنها تكون العنوان البارز لقوتها المالية في السوق. لذلك أوجد ق.ش.م على مراقب الحسابات التحقق منها، وهذه العبارة غامضة لا توضح بكفاية المقصود بعملية التحقيق أو التدقيق، ولعل المقصود منها هو التأكد أولاً من الوجود المادي لهذه القيم، من خلال مراجعة سجل التحويلات التي تقيد فيه الاكتتابات والتحويلات لكل فئة من القيم المنقولة، وبعد ذلك التحقق من العناصر الإيجابية والسلبية، الناجمة عن هذه القيم أي ديون الشركة ومستحققاتها، وهو ما يفترض عملياً البحث في الحصيلة<sup>1</sup>.

ويتأكد مراقبو الحسابات كذلك من ملكية أعضاء مجلس الرقابة لأسهم الضمان. حيث تخصص هذه الأسهم وبصفة غير قابلة للقسمة، لضمان المسؤولية التي يمكن أن يتحملها مجلس الرقابة فرادى أو جماعات، بمناسبة تسيير الشركة أو حتى أعمالهم الشخصية، ومن أنها اسمية وغير قابلة للتفويت، وينص على عدم قابليتها للتفويت في سجل التحويلات لدى الشركة. ومهمة مراقبو الحسابات في هذا الشأن جد دقيقة، إذ يتولون تحت مسؤوليتهم التقيد بالأحكام المنصوص عليها في المادة 84 من ق.ش.م، ويبلغون عن كل خرق لها في تقريرهم للجمعية العامة السنوية<sup>2</sup>.

كما يقوم مراقب الحسابات بمهام، جسام تتمثل في التحقق من سلامة الحسابات وانتظامها ومراقبة صحة المعلومات والبيانات. فهو ملزم بالتأكد من صدق البيانات الواردة في القوائم والتقارير المالية الختامية التي تقدمها الإدارة، وهي التأكد من وجود الأصول المملوكة للشركة في تاريخ إعداد القوائم والتأكد من صحة تقويمها، وفقاً للقواعد المحاسبية المتعارف عليها، والتأكد من أن هذه القواعد هي التي اتبعتها الشركة في السنوات السابقة للسنة الجارية.

وتأسيساً على ما سبق، يقوم مراقب الحسابات بجميع التحقيقات والمراقبات والفحوصات في عين المكان، وتشمل العقود والدفاتر والوثائق المحاسبية الضرورية، لا يحده سوى احترام قواعد المهنة والشرف والاستقامة والكرامة، التي يجب أن يتحلى بها تحت طائلة المسائلة التأديبية.

وهذا كله من أجل التحقق من انتظام وصدق وقانونية الوثائق المحاسبية بواجباته وتيسير مهمته، فيجب عليه إخبار الجمعية العمومية للمساهمين بذلك<sup>3</sup>.

ومن أجل تسهيل مهمة مراقبي الحسابات وضمان توحيد أنظمة المحاسبة في كل شركات المساهمة وتسييرها على مصلحة الضرائب. فقد حددت المادة 327 من ق.ش.م، النظام الواجب إتباعه بشأن إمساك المحاسبة المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون الجديد المتعلق بالقواعد المحاسبية، الواجب على التجار العمل بها الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1992<sup>4</sup>.

---

وتدخل في حكم القيم المنقولة الحصص المملوكة لصناديق التوظيف المشتركة المنصوص عليها في الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.213 بتاريخ 4 ربيع الأول 1414 (21 سبتمبر 1993) المتعلق بالهبات المكلفة بالتوظيف الجماعي للقيم المنقولة".

1. عبد الوهاب المريني: م. س. ص: 327.

2. عز الدين رضوان: م. س. ص: 20.

3. عز الدين رضوان: م. س. ص: 242321.

4. نادية حموتي: م. س. ص: 169.

### ثانيا: التحقق من صحة المعلومات والوثائق الموجهة للمساهمين.

ألزم المشرع مراقب الحسابات التأكد من المعلومات الواردة في تقرير التسيير،<sup>1</sup> إذ أضحت من الأهمية بمكان، ولعل الهدف منها هو تحقيق حماية للمساهمين بالدرجة الأولى، وبالتالي فإن إثبات صدق تلك المعلومات يبرز في النهاية صدق نزاهة وإخلاص المسيرين وفي حالة العكس، فإن مفاد ذلك هو سوء نية هيئات الإدارة، كما يعبر أيضا عن انحراف في سلوك وتصرفات المديرين كإدراجهم وقائع غير صحيحة ومزيفة أو مزورة في التقرير الموجه للمساهمين، الشيء الذي قد يضر بالشركة كفاعل اقتصادي مهم والأقلية المساهمة، وتفاديا للوقوع في مثل هذه الألاعيب، نجد قانون 17/95 ألزم مجلس الإدارة بأن يقدم للجمعية العامة العادية السنوية، تقريرا شاملا للتسيير الإداري. والمالي خلال السنة المالية المنصرمة، من أجل مناقشته والحكم عليه.<sup>2</sup>

كما يلزم المراقب أيضا بالتحقق من صحة المعلومات الواردة في الوثائق المحاسبية، والتي تلزم الشركة بتوجيهها للمساهمين، وذلك حماية لمصلحتهم وضمانا لتزويدهم بمعلومات صحيحة.<sup>3</sup>

ومراقب الحسابات يعتمد في التحقق على المقارنة، بين ما هو وارد في تقرير مجلس الإدارة وبين ما قام به من فحص ودراسة ومراقبة لكافة عمليات الشركة طوال السنة المالية، وثم يتبين له صحة أو عدم صحة ما ورد في تقرير التسيير مع الحسابات السنوية، وفي هذه الحالة الأخيرة يسأل بوصفه وكيلًا بأجر عن مجموع المساهمين.<sup>4</sup>

وأحسن المشرع حينما خول المراقب هذه الآلية، لأنها تعد بالفعل ضمانا حقيقية للمساهمين خاصة. فبفحص التقرير يتمكن من اكتشاف حقيقة البيانات المتضمنة لها. وبذلك يتجسد دوره الفعال، كما ترسخ فعاليته في الجيلولة دون الإضرار بأقلية المساهمين إذ تتضح لهم الرؤية، ويزول كل الغموض، بل يمكن تمثيل المراقب في هذه الحالة، بالحصن الذي يقي المساهمين من أطماع هيئات الإدارة والتسيير.<sup>5</sup>

### ثالثا: الإشهاد بصحة وصدق الوثائق المحاسبية.

تعتبر الوثائق المحاسبية، المصدر الرئيسي الذي يستقى منه المعلومات المتعلقة بنشاط الشركة، كل الأطراف الذين يعيهم أمرها، كالمساهمين والدائنين وإدارة الضرائب. فلا يمكن بتاتا إنكار الإيجابيات التي أتت بها القوانين الحديثة، فتمكين المساهمين من الاطلاع عليها وإلزام المراقب بالتحقق من أنه قد تم الإفصاح عن جميع البيانات والمعلومات الواردة في القوائم التركيبية وأنها غير مخالفة للقانون، من شأنها أن تضع المساهمين بلا شك في مأمن من كل تصرف مخل للقانون، وبالتالي كشف الستار عن النهج المتبع من طرف الشركة هل هو نهج ليبرالي ديمقراطي، يعكس

1. راجع المادة 142 بخصوص ما يتضمنه تقرير التسيير.

2. نادية حموتي وعز الدين رضوان: م. س. ص: 17025.

3. نادية حموتي: م. س. ص: 172.

4. عز الدين رضوان: م. س. ص: 25.

5. نادية حموتي: م. س. ص: 172.

بالفعل سلوكا نزيها من طرف هيئات الإدارة، أم كون النهج المتبع يشوبه الغموض ويعكس سلوك منحرف، مما قد يلحق الأضرار بالشركة والمساهمين.

وتفاديا لذلك أصبح مراقب الحسابات ملزم بالإشهاد على صحة وصدق الوثائق المحاسبية، وبأنها تعطي صورة صادقة عن نتائج السنة المالية والوضعية المالية وذمة الشركة، وهذا ما أكدته المادة 175<sup>1</sup> من ق.ش.م.

وعند اختتام مهمة المراقب، يطلب من الإدارة بتوقيع رسالة التأكيد، وهي تقنية موصى بها مهنيا، لضمان تععيد المعلومات والتصريحات الملقاة شفويا، يؤكد من خلالها بأن الحسابات أنجزت على الوجه السليم، وكذا مختلف التصريحات التي تمت أثناء إنجاز مهمته، فتعقيد هذه الرسالة، يسمح بتفادي مشكل التأويلات وسوء التفاهم بين المراقب والإدارة، فيما يتعلق بموضوع التصريحات الشفوية. ولعل هذا الإجراء مستوحى من القواعد الدولية المحاسبية والتي اعتمدها القوانين المغربية.

وتوقيع رسالة التأكيد، هو إجراء شكلي للحوار مع إدارة المقاول إذ تذكرها بمسؤوليتها في تزيين الحسابات، وفي تبليغ المعلومات للمراقب حسب ما ينص عليه قانون 17/95. وتمكن أهميتها خاصة، خلال إقفال الحسابات، إذ يجد المراقب ومسيرو المقاولات أنفسهم أمام وقائع عليهم تقديرها، فبعض التقييمات ممكن أن تتعلق بالتزاعات أو مشاريع إعادة الهيكلة أو إمكانية تحقيق بعض الأصول، كما يمكن أن تتعلق بالتقديرات الذاتية أو الوقائع الناتجة عن قرارات المسيرين.

كما يمكن توقيع هذه الرسالة من طرف الشركة الأم لحساب جميع الفروع، وعموما ما ينبغي الإشارة، إلى أنه رغم أهمية هذه الرسالة، فبعض مسيري المقاولات المغربية ما زالوا يترددون في إمضاءها، اعتقادا منهم بأن المراقب يتلقى المعلومات والوثائق المطلوبة المناسبة لمهمته، فلا حاجة إذن لهاته الوثيقة<sup>2</sup>.

#### الفقرة الثالثة: الآليات الأخرى للرقابة والتحقق.

بالإضافة إلى مهمة المراقبة العامة للحسابات، هناك مهام إضافية لمراقب الحسابات، تتجلى في التحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين "أولا"، ثم التحقق من احترام الأحكام المتعلقة بأسهم الضمان "ثانيا"، كما يقوم أيضا بمراقبة المداولات المتعلقة بتعديل النظام الأساسي "ثالثا".

1. نصت المادة 175 من ق.ش.م على أنه: "يجب على مراقب أو مراقبي الحسابات في تقريرهم المقدم للجمعية العامة:

1. إما أن يشهدوا لصحة وصدق القوائم التركيبية وبإعطائها صورة صادقة عن نتيجة السنة المالية المنصرمة والوضعية المالية للشركة وذمتها المالية في نهاية تلك السنة.

2. وإما أن يشفَعوا هذا الإشهاد بتحفظات.

3. وإما أن يرفضوا الإشهاد على الحسابات.

وفي هاتين الحالتين الأخيرتين، يوضح المراقبون أسباب ذلك....."

2. نادبة حموتي: م. س. ص. 185. 186. 187.

## أولاً: التحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين.

إن قانون 95/17، هو أول من أتى بهذه القاعدة سيرا على النهج، إذ أن قانون 24 يوليوز 1867 لم يتضمن أي مقتضى يشير إلى إلزام مراقب الحسابات بالتأكد من احترام قاعدة المساواة المساهمين، وهو ما يتوافق مع مبادئ الحكامة الجيدة للشركات التي حددتها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية.<sup>1</sup>

وفكرة المساواة، تنطلق من عدم تفضيل فئة من المساهمين على أخرى، على اعتبار أن رأسمال الشركة يتكون من مساهماتهم التي تخول لهم الحصول على الأرباح وحضور الجمعيات العامة، إضافة إلى الحق في التصويت<sup>2</sup>، ولتحقيق المساواة في هذه الحقوق، أعطى المشرع المغربي لمراقب الحسابات مهمة التحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين وذلك بالنص عليها في المادة 166 من ق.ش.م، وهو نفس النهج سار عليه المشرع الفرنسي في المادة L823.11.

فمراقب الحسابات ملزم عند دراسة فحص وتدقيق الوثائق المحاسبية والعمليات المنجزة، التأكد والتحقق من أنه ليس فيها أي تمييز أو تفرقة بين المساهمين بصورة تجعل بعضهم يحقق فضلا، أو يستأثر بمنفعة على حساب الآخرين<sup>3</sup>، كحرمان حملة الأسهم من فئة معينة كالأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت أو أصحاب الأسهم العادية مثلا من الأرباح، أو منع فئة من المساهمين من حضور اجتماعات الجمعية العامة، لأن هذا يعد خرقا لقاعدة المساواة، لأن حضور الجمعيات العمومية حق مطلق لم يرد نص يقصره على فئة معينة دون الأخرى.

غير أنه ليس مبدأ المساواة بين المساهمين مطلقا، إذ يجوز النص في النظام الأساسي للشركة على إنشاء أسهم ممتازة تختص ببعض الامتيازات في التصويت<sup>4</sup> أو الأرباح<sup>5</sup>، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة وما على مراقب الحسابات إلا التحقق من أن الأسهم التي من نفس النوع تتساوى في الحقوق والمزايا التي توفرها لأصحابها.<sup>6</sup>

ومبدأ المساواة في الحقوق تتوزع إلى مالية وسياسة، إذ يعتبر الإعلام أحد مظاهر الحقوق السياسية والذي يشكل أساسا لقاعدة المساواة بين المساهمين، غير أن ما ينبغي تسجيله في هذا الصدد أن المساواة المطلقة داخل شركة المساهمة إلا وهما يصعب تنفيذه.

1. شكري الملواني: م. س. ص: 124.

2. مسعود الصغير: "الرقابة على مسيري شركات المساهمة في التشريع الليبي والمغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. القانون الخاص. جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال الرباط، 2002. 2003، ص: 282.

3. عبد الوهاب المريني: م. س. ص: 331.

4. نصت المادة 2579 من ق.ش.م على انه: "يمكن منح حق تصويت مضاعف لذلك يمنح الأسهم الأخرى بموجب النظام الأساسي أو قرار جمعية عامة غير عادية لاحقة لجميع الأسهم المحررة كليا والتي تبث أنها قيدت تقييدا اسميا منذ سنتين على الأقل باسم نفس المساهم مع اعتبار النسبة التي تمثلها في رأسمال الشركة".

5. نصت المادة 261 من نفس القانون: "مع مراعاة أحكام المواد من 316 إلى 319 والمادة 322، يمكن أن ينص النظام الأساسي على إنشاء أسهم ذات أولوية في الأرباح دون حق التصويت، وتخضع هذه الأسهم لأحكام المواد 263 إلى 271.

6. نادية حموني: م. س. ص: 196.

وقد اختلف الفقه حول حق المساهمين في الحصول على إعلام تفضيلي، حيث يرى البعض أن بإمكان المساهمين إنجاز عقد خارج النظام الأساسي، يحتوي على بنود ترجح حقهم في الحصول على إعلام أعمق، بينما يتحفظ اتجاه آخر على هذا التوجه بالرغم من قبوله بأحقية النظام الأساسي في إدراج بنود تقوي مستوى إعلام بعض المساهمين، وذلك بهدف ضمان رقابة فاعلة للشفافية في التدبير.<sup>1</sup>

والمراقب عند ملاحظته لعدم احترام مبدأ المساواة بين المساهمين في جميع الحقوق المخولة لهم بالنسبة لمساهمتهم في رأسمال الشركة. يجب عليه إعلام مجلس الإدارة والجمعية العامة للمساهمين، وكذا إعلام المساهمين بما تم الكشف عنه.

### ثانيا: التحقق من احترام الأحكام المتعلقة بأسهم الضمان.

نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 44 من ق.ش.م على انه "يجب على كل متصرف أن يكون مالكا لعدد من أسهم الشركة يحدده النظام الأساسي، ولا يمكن أن يقل هذا العدد عن المفروض بموجب النظام الأساسي المخول للمساهمين حق الحضور في الجمعية العامة إن اقتضى الحال".

تخصص هذه الأسهم وبصفة غير قابلة للقسمة، لضمان المسؤولية التي يمكن أن يتحملها المتصرفون أو أعضاء مجلس الرقابة، جماعة أو فردى، بمناسبة تسيير الشركة، أو حتى عن أعمالهم الشخصية.

ويجب أن تكون أسهم الضمان هذه اسمية، غير قابلة للتفويت، ويترتب عن عدم إمتلاك هذه الأسهم من طرف العضو المعني بالأمر سواء يوم تعيينه أو خلال مدة انتدابه، أنه يعتبر مستقبلا بصفة تلقائية، ما لم يسوي وضعيته داخل ثلاثة أشهر. نفس الشيء تبناه المشرع المصري في المادة 91 من قانون 159 لسنة 1981 والقانون الفرنسي في المادة 95 لسنة 1966.

وبما أن مراقب الحسابات هو الرقيب على حسن تطبيق القانون في الشركة، فهو ملزم بالتحقق من وجود أسهم الضمان من عدمها، ومن عدم قابليتها للتداول، ومن أنها اسمية، وعليه أن يكشف أي مخالفة لهذه القواعد في تقريره أمام الجمعية العامة للمساهمين.<sup>2</sup>

### ثالثا: مراقبة المداولات المتعلقة بتعديل النظام الأساسي.

أناط المشرع المغربي بمراقب الحسابات، مهمة مراقبة المداولات المتعلقة بتعديل النظام الأساسي إما بتغيير رأسمال الشركة<sup>3</sup> سواء بالزيادة أو التخفيض، وكذا تغيير البنية القانونية للشركة<sup>4</sup>، الذي تقوم به الجمعية العامة غير العادية بناء على تقرير مراقب الحسابات، عن كل عملية من هذه العمليات، ومن ثم يتضح أن الصلاحية التي خولها المشرع للجمعية العامة غير العادية، قيدها بقيود شكلية وأخرى موضوعية، ومنها تقرير مراقب الحسابات. إلا أن

1. شكري الملواني: م. س. ص: 125.

2. نادية حموتي: م. س. ص: 196.

3. أنظر المواد 186. 192. 208. 211 من ق.ش.م.

4. أنظر المواد 217. 219. 222. 231. 232 من ق.ش.م.

الممارسة أثبتت حصول المتصرفين على التعديلات المرغوب فيها من طرفهم، وخاصة ما تتعلق بالزيادة في رأسمال أو تخفيضه، والمساهمين في سبيل الحصول على هذه التعديلات قد يفرطون في بعض حقوقهم إما عن جهل أو خوف، كحق الأفضلية، وهذا الإحتمال كان يعززه غياب تنظيم قانوني دقيق لحالات التعديلات المذكورة.<sup>1</sup>

وينص المشرع على هذه السلطة لمراقب الحسابات إنما يتوخى منها حماية للشركة نفسها وللمساهمين وخاصة مساهمي الأقلية، وكذا الأغيار الذين تربطهم مصالح بالشركة.

### المبحث الثالث: حقوق مراقب الحسابات.

لقيام مراقب الحسابات بمهمته على أحسن وجه، لابد من توفره على الوسائل والسبل الضرورية التي تساعد في مهمته، ومن أهم هذه السبل حق الاطلاع والحصول على المعلومة، هذا الحق مخول للمراقب بموجب القانون، وهو نفسه الحق المخول للمساهمين للحضور في جمعية المساهمين، وكذا الحصول على كافة المعلومات التي يحصل عليها هؤلاء وجمع المعلومات ممن قاموا بعمليات لفائدة الشركة التي يراقب حساباتها "المطلب الأول"، إلا أن مهام مراقب الحسابات قد ترد عليها بعض القيود "المطلب الثاني".

### المطلب الأول: حق الإطلاع وحضور الجمعية العامة.

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى حق إطلاع مراقب الحسابات على الوثائق التي يرى فيها فائدة والمنصوص عليها في المادة 173 من ق.ش.م. أثناء ممارسة المهام المخولة له بموجب القانون نفسه "الفقرة الأولى"، وكذا حقه في حضور الجمعية العامة "الفقرة الثانية".

### الفقرة الأولى: حق الإطلاع.

حول المشرع المغربي لمراقب الحسابات، الإطلاع على وثائق الشركة لممارسة مهمته، وقد نصت المادة 173 من ق.ش.م على الوثائق المستندات التي يجب إحاطتها بمراقب الحسابات، وهي القوائم التركيبية وتقرير التسيير لمجلس الإدارة أو لمجلس الجماعة، وتوضع رهن تصرفه ستين يوما على الأقل قبل توجيه الدعوة للجمعية العامة السنوية للانعقاد.

وكذا كل ما يراه ضروريا لأداء الوظيفة المنوطة به، وهي المراقبة والتحقق، وهذه الأخيرة تتطلب إطلاع مراقب الحسابات على الوثائق والمستندات الضرورية وإعلامه بكل ما يجري داخل الشركة، غير أن هذا الحق لا يمكن أن يمتد حتى يشمل الإطلاع على الوثائق والعقود والمستندات المودعة بين يدي الأغيار. اللهم في حالة وجود ترخيص بذلك من طرف رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، (الفقرة الأخيرة من المادة 167 من ق.ش.م).

وإذا كان المشرع المغربي، قد وحد الأجال التي يتعين خلالها إعلام مراقب الحسابات بهذه الوثائق وحددها في ستين يوما، فإن المشرع الفرنسي على خلاف ذلك فرق بين حالتين، تتعلق الأولى بإعلام مراقب الحسابات بحساب الاستغلال العام وحساب الأرباح والخسائر والميزانية خلال 45 يوما، قبل انعقاد الجمعية العامة، وتعلق الحالة الثانية

1. عبد الوهاب المريني: م. س. ص: 338.

بإطلاع مراقب الحسابات على تقرير عملية التسيير التي ينجزها مجلس الإدارة أو المديرية 20 يوما قبل انعقاد الجمعية. مما جعلها محط انتقاد بعض الفقه الفرنسي، لأن المراقب يتعين عليه إيداع تقريره قبل انعقاد الجمعية العامة بـ 15 يوما، والمشرع المغربي استفاد من الانتقادات الموجهة لنظيره الفرنسي، وجعل مدة إعلام المراقب 60 يوما، وهي كافية لإطلاعها على الوثائق وتكوين رأيه وتحرير تقرير مفصل عن الوضعية المحاسبية للشركة.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: حق حضور اجتماعات الشركة والجمعية.

لمراقب الحسابات حق حضور اجتماع مجلس الإدارة الجماعية الذي يحصر حسابات السنة المالية المنصرمة، كما يدعون إلى حضور كل جمعيات المساهمين، وإن اقتضى الحال يدعون كذلك لحضور كل اجتماعات مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة. وذلك بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل. وحضوره في هذه الاجتماعات أمر في غاية الأهمية إذ من شأنه أن يجعله يطلع عن كتب على جميع ما يروج فيها، خاصة المرتبطة بالوضعية المالية للشركة.

كما أجازت المادة 116 من ق.ش.م، لمراقبي الحسابات أن يدعوا بأنفسهم الجمعية العامة للانعقاد، بعد أن يطلبوا من مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة الدعوة لانعقادها لكن دون جدوى، ويحدد المراقبون موعدا للانعقاد والأسباب المحددة، كما يمكنهم أن يختاروا مكان للاجتماع غير ذلك المنصوص عليه في نظام الشركة، وعلى المراقب أن يوضح في تقريره للجمعية العامة أثناء انعقادها الأسباب التي دعت إلى دعوتها للانعقاد.<sup>2</sup>

ويشكل انعقاد الجمعية العامة، وسيلة لإجبار المسيرين لاستجابة دعوة مراقب الحسابات لتصحيح الاختلالات المكتشفة، لأن تداول الجمعية بخصوصها يلزمه تبرير موقفه، وقد يطرح مسؤوليته، وتقييم تصرفه ومدى حنكته من تجاوز الصعاب.

وما من شك، أن انعقاد الجمعية العامة وتدارسها مختلف الاختلالات والصعوبات المكتشفة، من شأنه أن يتمخض عنه اتخاذ مجموعة من الإجراءات والحلول الكفيلة بتصحيح الاختلالات التي تعرفها وضعية الشركة.

### المطلب الثاني: القيود الواردة على مهام مراقب الحسابات.

إذا كانت المهام والصلاحيات الواسعة، التي جاء بها قانون شركة المساهمة تتيح لمراقب أو مراقبي الحسابات أداء مهامهم على أكمل وجه. إلا أن رغبة منه في الحفاظ على توازن مؤسسة مراقب الحسابات، قد ألقى على عاتقهم مجموعة من الإلتزامات، أهمها المحافظة على السر المهني "الفقرة الأولى"، وكذا الإلتزام بعدم التدخل في تسيير الشركة "الفقرة الثانية"، الذي جاءت به المادة 166 وهو تقرير للمبدأ العام، الذي يجعل الرقابة حسب الأحوال رقابة على التسيير.<sup>3</sup>

1. خويا موح مصطفى: مراقب الحسابات في شركة المساهمة على ضوء قانون 17/95، مجلة المحامي عدد 49. 2006. ص: 255.

2. خويا موح مصطفى: م. س. ص: 257.

3. طارق مصدق: "الجوانب القانونية العامة لأجهزة الرقابة داخل شركة المساهمة"، مجلة المرافعة عدد 9/8. دجنبر 1998. ص: 72.

## الفقرة الأولى: المحافظة على السر المهني.

منح المشرع صلاحيات واسعة لمراقب الحسابات، تتجلى في المراقبة والتحقق من الوثائق والمستندات التي بحوزة الشركة، بالإطلاع عليها والتحري في الشركة التي يراقبها أو في الشركة الأم أو الشركات التابعة.

وفي قيامه بهذه المهام، يقف على مجموعة من الخبايا والأسرار التجارية الخاصة بالشركة، التي لو علم بها الغير لألحق بها أضرار، قد ترتبط بالوضع المالي المتأزم للشركة، واتخاذ هذه الأخيرة تدابير وقائية تجنباً لصعوبات قد تعترضها، وحاجتها إلى مساعدات أو معاملات مع الغير من أجل إقرار توازن مادي. فلو علم الدائنين بوضع الشركة سوف يتخذون موقفاً سلبياً، إذ لم نقل قد يؤدي إلى تفاقم الوضع بالنسبة للشركة، وهنا يتجلى الدور الطلائعي لمراقب الحسابات، ألا وهو الالتزام بالمحافظة على السر المهني.

والمشرع لم يحدد نوع السر الذي يلتزم المراقب بكتمانه، بقوله في المادة 177 من ق.ش.م، " يتقيد مراقبو الحسابات وكذلك مساعدوهم بالسر المهني فيما يتعلق بالوقائع والأعمال والمعلومات، التي يكونون قد اطلعوا عليها بحكم ممارستهم مهامهم"، فهذه المادة جاءت مطلقة فيما يخص نوع السر وكذا الوقائع، ويتضح من طبيعة صياغتها التي تتصف بالعمومية أن المراقب يلتزم بكتمان جميع الأسرار المهنية التي قد يتعرف عليها بحكم منصبه، دون تمييز بين الأسرار التجارية أو غيرها ونفس الشيء بالنسبة للوقائع. فالمراقب ليس ملزم فقط بالحفاظ على سرية الوقائع التي اطلع عليها صراحة أو ضمناً، وإنما تمتد إلى كل الوقائع التي يمكن أن يعلم بها بحكم خبرته العلمية الفنية والعملية. التي من شأنها أن تعرض نشاط الشركة للخطر<sup>1</sup>.

ومن عمومية هذه المادة، يمكن طرح التساؤل اتجاه من يلتزم مراقب الحسابات السر المهني؟.

فإذا كان المقتضى الذي جاءت به المادة 177 من المبادئ والأعراف الجاري بها العمل في مجال مهنة الخبرة المحاسبية، والتي أشار إليها قانون 15/89 في المادتين 2 و 13، فإنه يعرف استثناء يتجلى في أن الالتزام بالسر المهني لا يمكن أن يحتج به اتجاه مجلس القيم المنقولة واتجاه السلطة القضائية العاملة في إطار إجراءات جنائية، المادة 37 من ظهير 21 شتنبر 1993<sup>2</sup>. وكذلك اتجاه مجلس الإدارة، لأنه هو صاحب السر نفسه وسندنا في ذلك كون المشرع ألزم المراقب بتبليغ مجلس الإدارة بالأفعال الجرمية والخروقات التي وصلت إلى علمه، أما بالنسبة للمساهمين فيجب القول بأنه إذا كان المراقب ملزم بالإجابة عن الأسئلة المطروحة من طرفهم أثناء الجمعية العامة، إلا أن غي حاله طرحها على أفراد من طرف المساهم خارج الجمعية العامة فحينئذ يمنع المراقب من الإجابة عنها<sup>3</sup>، وكذلك المساعدين والمراقبين في حالة تعددهم، فهؤلاء لا يعدو من الأغيار الذي يمنع المراقب من إطلاعهم على أسرار الشركة.

1.نادية حموتي: م. س. ص. 132. 133. 134. 135.

2. طارق مصدق: "الجوانب القانونية العامة من الأجهزة الرقابة داخل شركة المساهمة"، المرافعة عدد 9/8، دجنبر 1998. ص: 73

3.نادية حموتي: م. س. ص. 138.

والغير الذي يمنع المراقب بالكشف له عن أسرار الشركة، هو كل شخص يرغب في الاستفادة من أسرار الشركة لتوظيفها واستخدامها من أجل مصالحهم الخاصة، ويقصد بالغير هنا كل شخص لا ينتمي إلى الفئة التي تنحصر فيها نطاق العلم بالواقعة التي توصف بالسر، ويدخل فيها الجمهور ومناقسي الشركة ودائنها.<sup>1</sup>

كما تجب الإشارة، إلى أن إذا كان مراقب الحسابات مكلف بمراقبة شركتين مختلفتين لا ينتميان إلى نفس المجموعة، فلا يجوز إفشاء أسرار شركة إلى أخرى التي قد تكون منافسة لها. فإذا لم يلتزم الحياد وأفشى أسرار إحدى الشركتين إلى الثانية فقد يلحق أضرار فادحة بالشركة التي أفشى أسرارها، وفي هذه الحالة تقوم مسؤوليته الجنائية، وكذلك العمال الذي يمنع على المراقب إحاطة أحدهم علما بأمور أسرار الشركة.

وتطبيقا للقواعد العامة في القانون الجنائي، لا يرتكب مراقب الحسابات جريمة إفشاء سر المهنة إذا توافرت أحد أسباب التبرير.<sup>2</sup>

### الفقرة الثانية: عدم التدخل في تسيير الشركة وإدارتها.

نصت المادة 166 من ق.ش.م، على أن مراقب الحسابات يقوم بصفة دائمة بمهمة التحقق من القيم والدفاتر والوثائق المحاسبية للشركة، ومن مراقبة مطابقة محاسبتها للقواعد المعمول بها. كما يتحققون من صحة المعلومات الواردة في تقرير التسيير لمجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية، وفي الوثائق الموجهة للمساهمين والمتعلقة بدمية ووضعية الشركة المالية ونتائجها ومن تطابقها مع القوائم التركيبية. وبالتحقق من احترام قاعدة المساواة بين المساهمين. وهدف المشرع من وراء هذا، هو تواجد مراقب الحسابات داخل الشركة بصفة دائمة. وليس في فترة محددة، واعتباره بمثابة عين الشركة التي لا تنام، الساهرة على ضمان حماية الشركة وضمان صيرورتها.

إلا أن هذه الصلاحيات الواسعة، تقابلها قيود وضعها المشرع المغربي، إذ لا يجوز لمراقب الحسابات التدخل في أعمال الصلاحيات والتسيير. ولعل هذا المقتضى يتلاءم مع مبدأ هام، ألا وهو مبدأ فصل السلط، وهو ما نصت عليه المادة 166 السابقة: "يقوم مراقب أو مراقبو الحسابات بصفة دائمة باستثناء التدخل في تسيير الشركة".<sup>3</sup>

لكن نطاق عدم التدخل في تسيير الشركة ينحصر في الحالة التي تكون فيها عمليات ووضعية الشركة المالية مستقرة، أما في الحالات الاستثنائية فإن لمراقب الحسابات الحق في فتح مسطرة الوقاية من الصعوبات، كما جاءت بها مدونة التجارة في المادة 546.<sup>4</sup> وذلك بتبليغ رئيس المقابلة بالوقائع التي إكتشفها المراقب، والتي لها تأثير على استمرارية

1. علي سيد قاسم: م. س. ص: 173.

2. محمود كبيش: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركة المساهمة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1992 م. س. ص: 126.

3. المادة 166 من قانون 17/95.

4. نصت على أنه: " يبلغ مراقب الحسابات، إن وجد، أو أي شريك في الشركة لرئيس المقابلة الوقائع التي من شأنها الإخلال باستمرارية استغلالها، داخل ثمانية أيام من اكتشافه لها برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل يدعوه فيها إلى تصحيح ذلك الإخلال.

إذا لم يستجب رئيس المقابلة لذلك خلال خمسة عشر يوما من التوصل أو لم يصل شخصيا أو بعد تداول مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الأحوال، إلى نتيجة مفيدة، وجب عليه العمل على تداول الجمعية العامة المقبلة في شأن ذلك بعد سماعها لتقرير المراقب.

الشركة. وفي حالة عدم استجابة الرئيس المقاول، وجب عليه العمل على تداول الجمعية العامة، وفي حالة فشل هذه المحاولة عليه إخبار رئيس المحكمة المختص بذلك المادة 547<sup>1</sup>. ومن خلال هاتين المادتين يلاحظ أن الوقاية الداخلية كأحد جوانب الوقاية من الصعوبات يختص بها مراقب الحسابات، وليس له أن يتذرع بعدم التدخل في تسيير الشركة أو إدارتها وإلا تعرض إلى المسؤولية بسبب علمه بالاختلالات وعدم كشفها لمجلس الإدارة لتدارك ما يمكن تداركه.

---

1. نصت على أنه: "في حالة عدم تداول الجمعية العامة في الموضوع أو إذا لوحظ أن الاستمرارية ما زالت مختلة رغم القرار المتخذ من طرف الجمعية العامة، أخبر رئيس المحكمة بذلك من طرف المراقب أو رئيس المقاول.

## الأجير المتصرف في شركة المساهمة

### لالة مصطف

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه بمختبر مجموعة

الابحاث والدراسات الجنائية والحكمة

الأمنية-كلية الحقوق مراكش-

#### مقدمة:

تجسد الشركات التجارية الاطار الأكثر ملاءمة لتشديد المشاريع في ظل الاقتصاديات الحديثة، ذلك أن التاجر الفرد يعجز في غالب الأحيان عن القيام بالمشاريع الكبرى التي تتطلب استثمارات ضخمة وتشغل مئات الأجراء<sup>1</sup>. إذ تعد شركات المساهمة مبدئياً أكثر الشركات استيعاباً لليد العاملة وتشكل رافعة قوية في مجال التشغيل وتطويره، وأكثر الشركات استخداماً للتكنولوجية الحديثة، لذلك عهد المشرع إلى إيجاد موقع قوي للأجراء داخل المقاولات يتيح لهم الفرصة لتكتل والدفاع عن مصالحهم داخل الشركة وإسماع صوتهم سواء بشكل استشاري أو تقريبي، إذ أن مصير الشركة يهمهم بذات القدر الذي يهم المساهمين والأغيار المتعاملين معها، فالأجراء هم أول ضحايا الشركات التي تتخبط في الأزمات سواء كانت الأزمة اقتصادية أو مالية أو اجتماعية.<sup>2</sup>

و تأسيساً على ما سبق، فإن تبني مبادئ حكامه الشركات في التشريع المغربي يفرض على الشركات احترام مبدأ مشاركة الأجراء في التدبير والتسيير، هذا الأخير الذي أتى كنتيجة لإقرار مبدأ تمثيلية الأجراء في مؤسسات العمل، وهو نظام تحت عليه التشريعات من خلال نظام منازيب الأجراء، ونظام لجان المقاوله ومجالس التأديب وغيرها من الهيئات المتفرعة عن لجان المقاوله وكذا من خلال إشراك الأجراء في الأرباح.<sup>3</sup>

إلا أن إشراك الأجراء في التسيير ليس رهين تلك المؤسسات فقط فقد أوجد قانون الشركات مؤسسة قانونية منفردة بنظامها الخاص لها شروط وظروف إعمالها وهي مؤسسة الأجير المتصرف التي تم إقرارها لأول مرة بموجب المادة 43 من قانون 17.95 المنظم لشركات المساهمة، هذه المؤسسة تركز على الجمع بين صفتي الأجير والمتصرف الذي يتيح للشركة الاستفادة من مزايا هذا النظام والتي يبقى أهمها إشراك الأجراء في التسيير واستفادة الشركة من كفاءتهم ومؤهلاتهم وكذا تجاربهم<sup>4</sup>، مما يجعل الشركة تتجنب البحث عن كفاءات أجنبية عن الشركة والاستعانة بها، مما قد

1- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الثاني الشركات التجارية، الطبعة الثالثة 2009، ص 9.

2- أحمد شكري سباعي، الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث شركات المساهمة، الطبعة الأولى 2004، ص 36.

3- ميمون الوكيل، المقاوله بين حرية التدبير ومبدأ استقرار الشغل، الجزء الأول، طبعة الأولى، 2009، ص 17.

4 - Gillez Auzere et Nicolas Ferrier, cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, réperteres travail, Dalloz janvier 2010, P 2.

يكلفها ذلك نفقة إضافية، وكذا من الامتيازات التي تحصدها الشركة من وراء ولوج الأجراء الى التسيير في نطاق المادة 43 من ق ش م هي قدرة أجهزة الإدارة والتسيير من احتواء المشاكل المتعلقة بالأجراء وإيجاد الحلول المناسبة لها باعتبار أن الأجير المتصرف هو حلقة الربط بين الأجراء والمتصرفين في الشركة ولو بطريقة غير مباشرة.

ونشير أيضا الى أن نظام الجمع بين عقد شغل والوكالة يساهم في تسهيل إدارة الشركات ذات الطابع العائلي والتي يقوم فيها المتصرفون عادة بمهام الإدارة المالية والتقنية والتجارية دفعة واحدة<sup>1</sup> حيث يجنبهم هذا النظام إدخال الغير الى الشركة الشئ الذي لا يستسيغه المالكون عادة.

وقد سبق للمشرع الفرنسي أن نظم مسألة الجمع بين منصب أجير ومتصرف داخل شركة المساهمة ذات الشكل الكلاسيكي، بموجب الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون الصادر في 16 نونبر 1940 المعدلة بمقتضى القانون الصادر في 4 مارس 1943، إلا أن هذا التنظيم كان محط جدل كبير على مستوى القضاء الفرنسي تصدت له محكمة النقض في قرارها الصادر في 5 يونيو 21959، والذي قضى بصحة الجمع بين المنصبين بالنظر الى المزايا المترتبة عليه<sup>3</sup>، وقد أدت هذه الوضعية الشاذة الى قيام المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 24 يوليوز 1966<sup>4</sup>، والمعدل بمقتضى القانون الصادر في 15 ماي 2001 بالنص على منع الجمع بين منصب أجير ومتصرف<sup>5</sup>، إلا إذا توفرت شروط محددة<sup>6</sup>.

وعلى مستوى التشريع المغربي فإن المادة 43 من قانون 17.95 تعتبر أول نص قانوني يقن مسألة الجمع بين صفة أجير ومتصرف داخل شركة المساهمة<sup>7</sup>، إذ تبين التعايش الذي يمكن أن يحدث ما بين ذوي رأس المال الذين

---

1- فاطمة السحاح، القضاء التجاري بالمغرب ودعاوى الشركات- شركة المساهمة نمذجا-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، الجزء الثاني، السنة الجامعية 2009-2010، ص 82.

2 - Bull. civ , 1959 , 4n° , 690, P552.Voir : M. Germain : « traité de droit commercial », op.cit, 416 .

3- وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه الأمر رقم 31134-86، الصادر في 21 أكتوبر 1986 حيث سمح لأول مرة في تاريخ القانون الفرنسي بالجمع بين رأس المال و العمل.

4 - Art 93 devenu L 225-22.co.C.

5- وتجب الإشارة الى أنه في قانون 30 دجنبر 2006 الخاص بتطوير مشاركة وتمثيلية الأجراء فرض اجباريا تسمية أو انتخاب ممثل أو ممثلي المستخدمين في مجلس الادارة أو مجلس رقابة الشركات المدرجة في البورصة اذا كانت الأسهم المملوكة للمستخدمين تفوق 3% من الرأسمال الاجتماعي، أنظر -loi n°2006-1770 du 30 Novembre 2006 dite loi DPA

6- وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي إذ اعتبر المتصرف الذي يجمع بين منصب الأجير ومنصبه كمتصرف في حالة تنافي، ويجب إبطال العقد الثاني واعتباره كأن لم يكن حتى ولو توفرت شروط الجمع

7- أما بالنسبة للاجتهاد القضائي المغربي فإنه تطرق لمسألة الجمع في العديد من المناسبات من خلال مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى، قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 3 ماي 1982، منشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد 2، سنة 1985، ص 120 وما بعدها. قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6-8-1987، منشور بالمجلة المغربية للقانون العدد 16-1988، ص 60 وما بعدها.

يوظفون أموالهم والأجراء الذين يوظفون خبراتهم ومهاراتهم من خلال الحضور في الاجتماعات التداولية للمجالس الإدارية<sup>1</sup>.

وبما أن إمكانية الجمع بين صفتي الأجير والمتصرف داخل شركة المساهمة في التشريع المغربي ممكنة متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 43 من قانون 17.95 فإن الإشكالية المركزية لموضوع بحثنا هذا تتمحور حول ماهي ضوابط وشروط هذا الجمع بين صفتي أجير ومتصرف وما مدى امكانية الجمع في حالة أسبقية عقد الوكالة على عقد الشغل؟ وماهي الآثار المترتبة عن هذا الجمع؟.

ونظرا للتشعب والدقة التي تحيط بموضوع الجمع بين صفتي الأجير و المتصرف في شركة المساهمة"، سيتم تقسيم هذا الموضوع الى مطلبين، يخصص الأول لشروط الجمع بين صفة أجير و متصرف، فيما سيخصص المطلب الثاني للآثار القانونية المترتبة عن الجمع بين الصفتين.

### المطلب الأول: شروط الجمع بين صفة أجير ومتصرف في شركة المساهمة

تطرح مسألة الجمع بين الوظائف، صعوبات جد معقدة من الناحية العملية، بما أنها تتطلب الجمع بين مصطلحين متعارضتين من جهة، وتتطلب في نفس الشخص أن يكون متصرفا وتابعا بصفته أجير في نفس الوقت من جهة أخرى. لكن هذه الخاصية التي تطبع الأسلوب الحديث للإدارة، قد تقلل من إمكانية عزل الأعضاء، بما أن المتصرفون يحتفظون بالضمانات المرتبطة بعقد الشغل، ويظل الأجراء يتمتعون بإمكانية ممارسة وظيفة الإدارة رغم أنهم قد يتقلون كاهل الشركة بتحملات مالية<sup>2</sup>، وقد نظم المشرع المغربي مسألة الجمع بين صفتي الأجير و المتصرف أسوة بالمشرع الفرنسي بمقتضى المادة 43 من قانون شركات المساهمة رقم 17-95<sup>3</sup>، التي تجيز الجمع بين الصفتين كلما توفرت الشروط القانونية لذلك وهذا ما كرسه القضاء المغربي<sup>4</sup> وكذا الفرنسي<sup>5</sup> في عدة مناسبات.

1- عز الدين بنستي، الشركات في القانون المغربي، الطبعة الأولى 2014، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص92.

2 - Francis le Febver, Op. Cit, P73.

3- وبناء على ما سبق تنص المادة 43 على أنه " لا يمكن تعيين أجير للشركة في منصب متصرف إلا إذا كان عقد عمله يتعلق بمنصب فعلي، ويظل مستفيدا من عقد عمله، ويعتبر باطلا كل تعيين تم خرقا لأحكام هذه المادة. ولا يترتب عن ذلك بطلان المداولات التي شارك فيها المتصرف المعين بصورة غير قانونية. لا يمكن أن يتجاوز عدد المتصرفين الذين تربطهم بالشركة عقود عمل ثلث أعضاء مجلس الإدارة". وعلى ضوء هذه المادة، فإن المشرع المغربي وضع شروطا لقبول الجمع بين صفتي المتصرف والأجير لدى الشركة، تحت طائلة البطلان وتتمثل في ما يلي: - يجب أن يتعلق عقد الشغل بعمل فعلي و متميز .

- لا بد أن يكون عقد الشغل سابقا لشغل منصب متصرف.

- لا يمكن أن يتجاوز عدد المتصرفين الأجراء ثلث أعضاء مجلس الإدارة.

4- حكم رقم 05/11، صادر عن المحكمة الابتدائية بطانطان بتاريخ 26.9.2005، غير منشور.

5 - Soc. 30 octobre 2001 : R.J.S 2 /02, n°234.

## الفقرة الأولى: يجب أن يتعلق عقد الشغل بعمل فعلي و متميز

تقتضي صحة الجمع بين صفتي الأجير و المتصرف لدى الشركة، إيلاء المتصرف منصب شغل فعلي وممارسة هذا الأخير لمهام تقنية<sup>1</sup> مستقلة عن مهام التسيير وإدارة الشركة<sup>2</sup>، بحيث لا بد أن يكون هناك تمييز واضح بين مهام التسيير وإدارة الشركة من جهة، وأداء الشغل المأجور من جهة ثانية، وبهذا الخصوص ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى أن الجمع بين الوكالة وعقد الشغل رهين بممارسة وظائف تقنية ومتميزة في إطار من التبعية<sup>3</sup>.

ويقصد بالعمل الفعلي كل فعل مأجور يقوم به شخص لحساب آخر تحت إدارته وإشرافه ويجب أن يصدر عن المتصرف الأجير شخصيا، و أن يكون التزامه بتقديم عمله الشخصي التزاما حرا بعيدا عن أي اكراه<sup>4</sup>، وأن يكون بعيدا عن المهام التقليدية لإدارة الشركة وتسييرها.

وحتى لا يكون عقد الشغل صوريا، فيجب على المتصرف الأجير أن يمارس الشغل الذي ينص عليه العقد. وصحة الجمع بين أداء الشغل وصلاحيات التسيير يقتضي أن يقوم المتصرف بالشغل في نفس الوقت الذي يشرف فيه على إدارة الشركة، فالأجير يلتزم بإنجاز الشغل المطلوب طبقا للقواعد المهنية الخاصة بنوع الشغل الذي كلف به، وهو بمقتضى الفصل 737 من ق ل ع مسؤول عن عدم مهارته، ومعيار المهارة، يقدر بالنظر إلى مهارة أجير متوسط من نفس المهنة، ما لم يتضمن العقد شرطا صريحا على خلاف ذلك، ولا يمكن أن يتحلل الأجير من هذه المسؤولية، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر، ولذا يجب على الأجير المتصرف أن يؤدي الشغل المطلوب منه، ولا يتوقف عن ذلك، أما

---

- cour d'appel Paris. Arrêt du 31 octobre 2013, n°12/00053, Dalloz 2014.

1- يقصد بالمهام التقنية المستقلة عن صلاحيات التسيير، كل الأعمال التقنية التي تتطلب تخصصا مهنيا ودراية بنوع الشغل المطلوب إنجازه من الأجير المتصرف، ذلك أنه اذا كان الشغل الذي يعهد به إليه ليست له طبيعة تقنية متميزة عن الصلاحيات التقليدية للإدارة، فلا يعتبر منصب الشغل ذاك حقيقيا، وإنما هو عقد شغل صوري، أراد به المتصرف الحصول على أجر دون بدل عمل حقيقي، بغية الاستفادة من مزايا قانون الشغل، والالتفاف على قواعد العزل بدون تعليل أو تعويض، رغم ما يمثله ذلك التصرف من تحايل وتبديد لأموال الشركة.

2 -Francine Mansuy, la notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux, Rev. Soc 1987, P 1.

Alain sayag. Mandat social et contrat de travail Attraités limites et Fictions, Rev, Soc 1981. P8.

- le cumul ne peut être admis que s'il ya une nette distinction entre, d'une part, la gérance qui comporte la direction générale de la société et, d'autre part les fonctions techniques qui sont la conséquence du contrat spécialisé.

-Le Revue Fiduciaire-la SARL imprimerie Vic Services Paris 1995, P157- Francis Lemeunier. SARL- gestion- constitution 18 éd- Delmas, Paris 1992, P100-101.

3 - CA Paris Pole, Arrêt du 26 Juin 2013, n°11/12670, Dalloz 2014.

4- عبد اللطيف الخالفي، مرجع سابق، ص93.

إذا تم تعويضه بأجير جديد يقوم بنفس الشغل المطلوب منه، فلا يمكن للمتصرف أن يحتفظ بصفته كأجير لدى الشركة.<sup>1</sup>

وفي المقابل، يعتبر صوريا عقد الشغل المبرم مع متصرف الشركة، بعد فترة قصيرة من تعيينه في هذا المنصب، خاصة أن عقد الشغل لا يتضمن أي تحديد لنوع الشغل التقني المطلوب منه، وفي هذه الحالة يعتبر الجمع بين مهام التسيير والعمل المأجور غير مقبول.<sup>2</sup>

وفي هذا الإطار، نعتقد سواء من الناحية المنطقية أو القانونية، أنه لا يمكن قبول عقد شغل يمنح المتصرف نفس الصلاحيات الإدارية التي يتمتع بها، أو لا يحدد بدقة الشغل المأجور، ويعتمد القضاء في ذلك على قرائن متعددة، مثل عدم التحديد الدقيق، والواضح للشغل المأجور أو غياب الدراية والتخصص المطلوب للقيام بهذا العمل<sup>3</sup>، أو وجود أجير آخر يقوم بنفس العمل، أو عدم تحديد وقت خاص لهذا الشغل المأجور، إلى غير ذلك من الوقائع المادية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وهذه القرائن تبين بجلاء أو على الأقل تساعد على إثبات أن عقد الشغل هذا ليس حقيقياً.<sup>4</sup>

#### الفقرة الثانية: يجب أن يكون عقد الشغل سابقا لشغل منصب متصرف

ما يمكن ملاحظته بخصوص هذه النقطة هو أن المشرع المغربي لم ينص على هذا الشرط صراحة، بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لنظيره التونسي الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 196 من مجلة الشركات على أنه: "لا يجوز للأجير الجمع بين الصفتين إلا إذا كان عقد شغله سابقا لقرار تعيينه..."<sup>5</sup>.

1 - و بناء على هذا الأساس يرفض القضاء الفرنسي، ممثلا في محكمة النقض الاعتراف بعقد الشغل الصوري الذي لا يعهد للمسير بصلاحيات تقنية خاصة وتمييزة تبتعد عن نطاق تسيير الشركة من ذلك أيضا أن نفس المحكمة قضت بأن عقد الشغل الذي أبرمه المتصرف مع الشركة يعتبر صحيحا، لأنه تضمن التزامات دقيقة وصرحة، تقع على عاتق الأجير المتصرف، وهي أن يتولى مهام المدير التجاري، وأن يلتزم بعدم منافسة الشركة وبعدم تحصيل عمولات من طرف الزبناء مقابل أجر يحصل عليه من الشركة، فإذا عين في ما بعد متصرفا لها، فلا مانع من أن يحتفظ بصفته الأولى كأجير لديها أيضا أنظر :

Cass-soc 26Nov 1970, Rev soc 1971, P397, note

-Jean.G.Voir aussi, Philippe Merle et autres. l'application jurisprudentielle de la loi du 24 Juillet 1966 sur les S.C, Op.cit, P134

2 - Cass-soc 19 déc 1979 n° 3364 in Jean Burgard, Lamy des sociétés, droit des sociétés commerciales, Paris 1981 , P20

3 -CA de Reims – 4 Novembre 1979 Rev –tim- D- Com 1970, P420 et S, Rev Fiduc, Op.cit , P74.

4 - فالمتصرف الذي ليس له أي تكوين تقني خاص، لا يستطيع مثلا الاشراف على اصلاح آلات ومعدات مصنع الشركة، أو الإشراف على مختبراتها، كما أن المتصرف الذي ليس له أي تكوين قانوني أو اقتصادي، لن يستطيع الاضطلاع بمنصب المستشار القانوني أو الاقتصادي للشركة، ونضيف بهذا الصدد أنه وفي حالة تخويل المتصرف الصلاحيات الواسعة لتمثيل الشركة، وإدارتها فإنه يصعب عملا قبول ابرام عقد شغل مع هذا الأخير يلتزم بموجبه بالإشراف على الإدارة التقنية لصالح الشركة، ذلك أن الإدارة العامة كافية لاستغراق الإدارة التقنية أنظر:

Cass-soc 5 Juin 1980 Rev soc 1981, P88, note y- chartier

5- فاطمة السحاسح، القضاء التجاري بالمغرب ودعاوى الشركات- شركة المساهمة أنموذجا- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السوسيسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، الجزء الثاني، السنة الجامعية 2009-2010، ص 83.

وعلى الرغم من ذلك، فإن إحدى الدراسات<sup>1</sup> ترى وجوب أسبقية عقد الشغل على تعيين الأجير في منصب متصرف، لكون المشرع نص في الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون 17-95 على أنه: "لا يمكن تعيين أجير للشركة في منصب متصرف إلا إذا كان عقد عمله يتعلق بمنصب فعلي"، بمعنى أنه يجب أن يكون المعني بالأمر أجيرا داخل الشركة بصورة مسبقة وبعدها يتم تعيينه كمتصرف<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن أسبقية عقد الشغل للتعيين في منصب متصرف تهدف بالأساس إلى تفادي المحسوبة<sup>3</sup>، ويستنتج هذا الشرط ضميا لارتباطه بالمنصب الفعلي، وحتى لا يتحول شغل منصب متصرف في مجلس الإدارة إلى وسيلة لاقتناص عقد شغل في شركة.

ويلاحظ أن المشرع المغربي سار على غرار ما أقره نظيره الفرنسي مؤخرا بموجب التعديل الصادر سنة 2001، حيث لم يحدد المدة التي يجب أن يكون عقد الشغل سابقا بها على ولوج مجلس الادارة، فهذا الأخير كان يشترط إلى حدود

1- فاطمة السحاح، مرجع سابق، ص 83.

2- أما بالنسبة لإمكانية الجمع بين الصفتين في الشركة ذات مجلس الإدارة الجماعية وذات مجلس الرقابة فإنه حسب المادة 104 من القانون المنظم لشركات المساهمة "يمارس مجلس الرقابة، المراقبة الدائمة على تسيير مجلس الإدارة الجماعية". فهو بهذا الشكل يمارس نوعا من الوصاية على مجلس الادارة الجماعية، وترجم هذه الوصاية بإمكانية عزل أعضاء هذا الأخير. وفي هذا الصدد يتم التساؤل عن الشروط التي تسمح للأجير بأن يصبح عضوا في مجلس الرقابة؟ مما يقودنا إلى البحث عن الإطار الذي يسمح فيه بالمزاوجة بين التدرج الذي ينبغي أن يكون بين الأجير والشركة من جهة، والاستقلال الذي ينبغي أن يتمتع به كل عضو من أعضاء مجلس الرقابة، ليقوم بوظيفته على أكمل وجه، من جهة أخرى. والحقيقة أننا لا نجد أي نص يشير صراحة إلى الجمع بين العضوية في مجلس الرقابة وصفة أجير، وإن كنا نفهم من خلال مقتضيات المادتين 92 و 93 من قانون 17-95 ما يفيد هذا المنع، إذ أن هؤلاء الأعضاء يتلقون مقابل النشاط الذي يقومون به وعلى سبيل بدل الحضور مبلغا سنويا قارا تحدده الجمعية، ومكافآت استثنائية عن المهام أو التوكيلات المسندة لأعضاء هذا المجلس، ولعل الهدف من ذلك أن تكون الرقابة لأصحاب رأس المال، كما أنه بالرجوع للتشريع الفرنسي نجد ما يفيد منع الأجير في شركة المساهمة أن يصبح عضوا في مجلس مراقبتها، على الرغم من عدم صراحة النص القانوني في هذه النقطة، إلا أن ذلك يستنتج من المادة 142 من قانون 24 يوليوز 1966 الفرنسي التي تمنع هؤلاء الأعضاء تقاضي أية أجره دائمة أو غير دائمة، غير تلك التي يتقاضونها على العضوية في مجلس المراقبة، وعليه فإنه ليس بإمكان الأجير في شركة المساهمة معينة أن يصبح عضوا في مجلس مراقبتها، والعكس كذلك أي أن العضو في مجلس المراقبة لا يمكنه أن يصبح أجييرا في نفس الشركة، وهذا الحظر يمتد حتى إلى ممثل الشخص المعنوي في مجلس الرقابة، حيث لا يمكنه أن يبرم أي عقد شغل مع تلك الشركة. وبالتالي حتى إذا سلمنا بإمكانية الجمع بين الوظائف في هذا الإطار، فإنه يكون من الصعب على أعضاء مجلس الرقابة، الإشراف على عملية التسيير التي يقوم بها مجلس الإدارة الجماعية بكل حرية، والخضوع في آن واحد لقواعد التبعية التي يتطلبها عقد الشغل. وبما أنه يستحيل التقريب بين هذين التصورين المتعارضين، فإنه يبقى مستبعدا الجمع بين صفة أجير والعضوية في مجلس الرقابة. ويستخلص ذلك من المادة 94 من قانون 17-95 والتي تقضي بأنه: "لا يمكن لأعضاء مجلس الرقابة أن يتلقوا بهذه الصفة من الشركة أي أجر سواء كان دائما أم لا". هذا النص الذي لا يمنع بشكل صريح الجمع بين الوظائف، فسر دائما من قبل الفقه الفرنسي على أن لا يسمح لأعضاء مجلس الرقابة، بأن يكونوا في نفس الوقت من الأجراء في الشركة. وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 4 يونيو 1993 حيث ذهبت إلى أن المعني بالأمر، لا يمكنه أن يتلقى أي مكافأة كأجير في نفس الوقت الذي يعد فيه عضوا في مجلس الرقابة لأن ذلك يكون مصيره البطان. لكن هذا الاتجاه، عرف بعض الانتقادات التي ترى أن الهيكلية الحديثة تهدف بالدرجة الأولى إلى خلق تحول كبير في مفهوم المقاومة ومشاركة الأجراء في تسييرها، حيث يكون من الأفضل السماح لهؤلاء بالمشاركة في الرقابة، ويظهر ذلك في القانون الجرمانى الذي تعود إليه جذور هذا النظام حيث يتم انتخاب 2/3 أعضاء مجلس الرقابة من قبل الأجراء، إلا أنه تجب الإشارة أخيرا إلى أن هذا الحظر لا ينطبق إلا على الجمع بين المهمتين في نفس شركة المساهمة = بمعنى أنه بإمكان العضو في مجلس مراقبة شركة مساهمة، أن يجمع بين هذه العضوية وعقد الشغل في شركة مساهمة أخرى، والعكس كذلك.

3- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 25.

القانون الصادر في فاتح فبراير 1994 أن يكون عقد الشغل سابقا على التعيين في منصب متصرف بمدة لا تقل عن سنتين، وبالتالي يعد هذا الشرط غير متوفر في الحالة التي يكون فيها ابرام عقد الشغل متزامنا مع التعيين في منصب متصرف<sup>1</sup>.

وخلافا لما سار عليه المشرع المغربي فإن المشرع التونسي نص بصريح العبارة على أنه لا يجوز الجمع بين صفة الأجير والمتصرف إلا إذا كان عقد الشغل سابقا عن تعيينه كعضو في مجلس الإدارة<sup>2</sup> بل ذهب إلى أبعد من ذلك وحدد مدة الأسبقية في خمس سنوات<sup>3</sup>، ويلاحظ أن المشرع التونسي لم يواكب التعديلات التي أدخلتها أغلب التشريعات المعاصرة وعلى رأسها التشريع الفرنسي، عندما اشترط أقدمية لا تقل عن خمس سنوات وهي مدة تعتبر طويلة بالرغم من أنها تهدف إلى أن تستفيد الشركة من إجراء ذوي خبرة حقيقية وفعلية، بالإضافة إلى محاربة عقود الشغل الصورية<sup>4</sup>.

لكننا نتساءل عن مدى إمكانية الجمع بين الصفتين في حالة اذا كانت الوكالة سابقة على عقد الشغل؟

جوابا على هذا التساؤل، نلاحظ أن المشرع المغربي سكت عن هذه المسألة، إلا أن بعض الدراسات<sup>5</sup> ذهبت إلى أنه رغم عدم تطرق المشرع لها فإنه يجب أن يفهم من عبارة النص<sup>6</sup> أنه لا يجوز للمتصرف المزاولة لمهامه أن يبرم عقد شغل مع الشركة وبعبارة أخرى عدم جواز سبق التعيين في منصب متصرف لعقد الشغل، وبما أنه يجب أن يكون عقد الشغل سابقا على تعيين الأجير في منصب متصرف، فإن المتصرف المزاولة لمهمته لا يمكنه أن يبرم عقد شغل مع الشركة التي يعمل فيها متصرفا<sup>7</sup>، اللهم إلا اذا اعتبرناه يدخل في إطار الاتفاقات المبرمة بين الشركة وأحد متصرفيها أو مسيرها والتي تخضع للترخيص المسبق لمجلس الإدارة بالنسبة لشركة المساهمة<sup>8</sup>.

وبالتالي فالمشرع المغربي يميز بين الأجير والمتصرف، بحيث يخول للأجير إمكانية ولوج مجلس الإدارة واكتساب صفة متصرف في حين منع المتصرف من مزاولة مهنة أجير داخل الشركة التي يعمل داخل مجلس إدارتها<sup>9</sup>، إلا إذا انتهت مهمته تفاديا لاستغلال سلطة المجلس ونفوذه لقضاء المآرب الخاصة<sup>10</sup>. ويعتبر سبب هذا التمييز هو التخوف من

1- للمزيد من التوسع أنظر فاطمة السحاسح، مرجع سابق، ص 84.

2- أنظر المادة 196 من قانون الشركات التجارية التونسي رقم 93-2000 الصادر سنة 2000.

3- Imed Aribi, le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail dans les sociétés anonymes, revue tunisienne de droit 2001, centre de publication universitaire, P9.

4 - Imed Aribi, Art cit, P9.

5- أنظر فاطمة السحاسح، مرجع سابق، ص 83.

6- تنص المادة 43 من قانون 95-17 على أنه: "لا يمكن تعيين أجير الشركة في منصب متصرف..."، بمعنى أنه من الضروري أن يكون المعني بالأمر أجيروا داخل الشركة بصورة مسبقة وبعدها يتم تعيينه كمتصرف.

7- فاطمة السحاسح، مرجع سابق، ص 83.

8- المادة 56 من قانون 95-17 تم تغيير وتتميم هذه المادة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 20.05.

9- فاطمة السحاسح، مرجع سابق، ص 83.

10- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 39.

استغلال المتصرف منصبه هذا لإبرامه عقد شغل صوري، من أجل الاستفادة من الامتيازات التي يخولها العقد كالتعويضات الإضافية وبدون مقابل أو الحصانة ضد العزل التلقائي<sup>1</sup>.

1- أما بخصوص إمكانية الجمع بين صفتي أجير ومتصرف داخل مجلس الإدارة الجماعية يظهر أن تعيين أعضاء مجلس الإدارة الجماعية من المساهمين وغير المساهمين يفتح الباب ليتولى تسيير الشركة أشخاص أكفاء مما يضمن حسن التسيير، وهنا نتساءل عن الصفة القانونية لعضو مجلس الإدارة الجماعية لأن مقتضيات الموجودة توحى بتأويل، إما أننا أمام مجرد أجير وإما أننا أمام مجرد ممثل للشركة يعين بمسطرة مباشرة أي بواسطة ممثل آخر، وكيل آخر، الوكيل الأصلي هو مجلس الرقابة والوكيل الفرعي هو مجلس الإدارة الجماعية ويجب الأخذ بعين الاعتبار بأن الوكالة يمكن أن تكون في حد ذاتها عقد شغل. إلا أنه نجد المشرع المغربي قد نص في قانون رقم 95-17 على عدم جواز الجمع بين صفتي أجير ومتصرف في شركات المساهمة ذات الشكل الكلاسيكي، إلا أنه وفي المقابل اتخذ موقفا مغايرا تماما بالنسبة لشركات المساهمة ذات النوع المزدوج، حيث سمح بموجب المادة 79 من القانون أعلاه للأجراء بولوج مجلس الإدارة الجماعية، إذ جاءت كالتالي: "... ويمكن أن يتم اختيارهم من خارج المساهمين. ويمكن أن يكونوا من أجراء الشركة...". ومن تم فقد أخذ المشرع المغربي عند تنظيمه للشركات ذات مجلس الإدارة الجماعية مع مجلس الرقابة بمبادئ الحكامة الجيدة للشركات، بحيث لم يشترط أن يكون المتصرف مالكا لعدد من الأسهم، وبعبارة أخرى ليس من اللازم أن يكون المتصرف من بين المساهمين، تماشيا مع مبدأ الفصل بين السلطة ورأس المال، بل يمكن اختياره من خارجهم كما أنه يمكن أن يكون من الأجراء ولعل هذا المبدأ هو الذي أعاد الأخذ به بالنسبة للمتصرفين داخل مجلس الإدارة الكلاسيكي بموجب التعديل الصادر في 23 ماي 2008 عندما لم يعد يشترط تملك جزء من رأس المال في المتصرفين. وبالتالي تعد من أهم المميزات التي تطبع الشكل المزدوج لتسيير شركات المساهمة، هي السماح للعضو في مجلس الإدارة الجماعية بأن يكون في نفس الوقت أجيروا في الشركة التي يتولى تسييرها، وهو ما يستفاد أيضا من مقتضيات المادة 80 من القانون المنظم لشركات المساهمة والتي تنص على أنه: "لا يفسخ عقد عمل العضو المعزول من مجلس الإدارة الجماعية الذي يكون في نفس الوقت أجيروا للشركة بسبب العزل وحده". لكن هل يشكل هذا الجمع اتفاقية تتم مع الشركة، وبالتالي تخضع للتصريح المسبق لمجلس الرقابة؟ أم أن الأمر يتعلق بعمليات معقدة ومبرمة وفق شروط عادية، وبالتالي لا تخضع للتصريح السابق لمجلس الرقابة ولا للتقرير الخاص لمراقبي الحسابات؟ وفي هذا الإطار يميز الفقه الفرنسي بين ثلاث صور:

- الأولى: دخول أجير في وظيفة عضو في المجلس، لا يشكل اتفاقية بينه وبين الشركة وبالتالي فالمادة 95 من القانون المنظم لشركات المساهمة 1، لا تطبق على الاتفاقيات التي تتم بين الشركة وأحد أعضاء مجلس إدارتها الجماعية، وبمعنى آخر فالمادة السابقة لا تطبق إلا بالنسبة للاتفاقيات التي تتم لاحقا بين الشركة وأحد أعضاء المجلس.

- الثانية: إبرام عقد الشغل لاحقا للتعيين في المجلس، فأية اتفاقية من هذا القبيل تخضع للتصريح السابق لمجلس الرقابة والتقرير الخاص لمراقبي الحسابات.

- الثالثة: هل يخضع تعديل عقد الشغل، للتصريح السابق لمجلس الرقابة؟ في هذا الإطار يتم النظر إلى طبيعة هذا التعديل، إذا كان لصالح الشركة كتخفيض الأجر، لا يعد احترام شرط التصريح أمرا ضروريا، حيث يبرر التعديل أنه يحقق مصلحة الشركة، أما إذا كان من شأن التعديل تحقيق مصلحة خاصة للعضو، فإنه في هذه الحالة يجب احترام قاعدة التصريح السابق لمجلس الرقابة والتقرير الخاص لمراقبي الحسابات، وهذا ما ذهبت محكمة الاستئناف الفرنسية، في إحدى قراراتها بتاريخ 12 يوليوز 1990، حيث اعتبرت أن قرار منح تقاعد تكميلي لرئيس الإدارة الجماعية الذي يعمل كأجير داخل نفس الشركة، يدخل في نطاق العمليات التي تخضع للتصريح السابق لمجلس الرقابة. أما إذا كان التعديل لصالح الأجير، لكنه وليد تطبيق اتفاقية جماعية فإنه وفي هذه الحالة يتعلق الأمر بعملية عادية أبرمت وفق ظروف عادية والتي لا تهم المنتدب في =الإدارة، وبالتالي نستنتج مما سبق أنه لا بد لصحة الجمع 1 بين صفة الأجير والعضوية في مجلس الإدارة الجماعية، أن يخضع العقد إلى الموافقة المسبقة أو المقدمة من قبل مجلس الرقابة على اعتبار أن إبرام العقد لا يدخل ضمن الأعمال العادية للشركة، كما أنه يجب أن يكون العمل حقيقيا تفاديا لعقود المجاملة التي قد تهدف فقط إلى الرفع من الدخل الشهري للعضو المعني بالأمر، أو تجنب طرده من الشركة، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون هذا العمل متميزا عن الوظيفة التي يقوم بها داخل مجلس الإدارة الجماعية، وإلا فإنه لا يصبح أي مبرر لإبرام ذلك العقد، إذ لا يمكننا أن نعرف متى ينفذ هذا أو ذلك من العقدين. أما بالنسبة للشروط المطلوبة أساسا بالنسبة للمتصرفين في مجلس الإدارة كوجوب كون عقد الشغل سابقا على التعيين كمتصرف بسنتين على الأقل، وأن لا يتجاوز عدد المتصرفين المرتبطين بعقد شغل الثلث، فإنه غير متطلب توفرها في أعضاء مجلس الإدارة الجماعية. وتجب الإشارة إلى أن المنتدب في مجلس الإدارة الجماعية والذي يمارس وظائف تقنية معينة لا يستطيع الاستفادة من القواعد والنظام الخاص بالأجراء، ما عدا إذا كان في تبعية كاملة لرب العمل. وبالتالي تجدر الإشارة إلى أن عزل عضو مجلس الإدارة الجماعية من منصبه لا يعتبر سببا لفسخ عقد الشغل الذي يربطه بالشركة 1، بل يستمر عقد الشغل بالرغم من هذا

وقد كان القضاء الفرنسي سابقا إلى هذه المسألة، وذهب في العديد من المناسبات إلى منع المتصرف المزاو لمهامه من ابرام عقد الشغل<sup>1</sup>، ويطبق هذا المنع على جميع المتصرفين سواء المعينين بموجب النظام الأساسي للشركة أي أثناء تأسيس الشركة أو المتصرفين المعينين خلال حياة الشركة<sup>2</sup>، وقد قام المشرع الفرنسي بتكريس هذا المنع فيما بعد من خلال المادة 44-225 L من مدونة التجارة<sup>3</sup>.

ولكن الممارسة العملية في فرنسا أثبتت أن هذا المنع إن كان يصب في مصلحة الشركات الكبرى والعملاقة التي تحقق أرقام أعمال كبرى فهو غير صحي بالنسبة للمقاولات الصغرى والمتوسطة التي يطغى عليها الطابع العائلي اذ يفضل ملاكها الجمع بين مناصب دون الاستعانة بالغير الذي يعد أجنبي عن الشركة وبناء على هذه الاعتبارات صدر قانون Warsmann<sup>4</sup> الصادر بتاريخ 22 مارس 2012 والذي عدل مقتضيات مدونة التجارة الفرنسية المتعلقة بمؤسسة المتصرف الأجير الخاصة بالجمع بين عقد الوكالة وعقد الشغل حيث أصبحت المادة 1-21-225 L تتيح إمكانية الجمع بين الوكالة وعقد الشغل، على أن تكون الأولى سابقة للثاني إلا أن هذه الرخصة التي منحت للمتصرف الممارس لمهامه بإبرام عقد الشغل مع الشركة تم قصرها على المقاولات التي لا يتعدى عدد الأجراء فيها مئة وخمسون أجيرا وكذا التي لا يتعدى رقم معاملاتها خمسون مليون أورو عند اختتام السنة المحاسبية دون احتساب الضرائب<sup>5</sup>.

ونشير أخيرا أن هذه الشريحة الجديدة من المتصرفين الأجراء تدخل ضمن العدد الذي لا يجوز أن يتجاوزه أصحاب الجمع بين الصفتين داخل مجلس الإدارة، وهذا ما يستفاد من مقتضيات المادة 22-225 L من مدونة التجارة الفرنسية.

---

العزل، وهذا ما يبين استقلالية النظام الخاص بالمتصرفين عن النظام الخاص بالأجراء، إذ ليس من المعقول أن تكون أسباب العزل من العضوية في مجلس الإدارة الجماعية، سببا لتسريح الأجير أو فسخ عقد شغله لأن ذلك يعتبر تعسفا في إنهاء عقد الشغل.

1 - Cass.com 7 mars 1989.

- Cass.Soc 25 Juin 1996.

-Francis le Febver, cumul de mandats sociaux cumul d'un mandat social avec un contrat de travail, Dirigeants de sociétés commerciales juridique, fiscal et social, Edition francis le febver 2007, P58.

2 - Cass. Soc 22 Juin 1993.

-Francis le Febver, cumul de mandats sociaux cumul d'un mandat social avec un contrat de travail, Op. Cit, P58.

3- ويعزى سبب هذا المنع حسب الفقه الفرنسي إلى تجنب تحايل المتصرفين بقيامهم بإبرام عقود شغل مع الشركة من أجل تعطيل مقتضيات العزل غير المبرر وإفراغها من محتواها. أنظر:

- Francis le Febver, Op. Cit, P58

4 -le cumul d'un mandat social d'administrateur et d'un contrat de travail dans le SA: apport de la loi warsmann II gazette du palais 12 mai 2012 n°133, P5.

5 - Recommandation n° 2003 /361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises : JOCE L 124 20 mai 2003, p36.

أما القضاء المغربي من جهته فلم نصادف قرارا أو حكما يجسد موقفه من هذه المسألة حسب اطلاعنا المتواضع.

### الفقرة الثالثة: عدم تجاوز عقود الشغل الثلث

لا يسوغ أن يتجاوز عدد المتصرفين الذين يرتبطون مع الشركة بعقد شغل ثلث المتصرفين العاملين، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 43 في فقرتها الأخيرة على أنه: "لا يمكن أن يتجاوز عدد المتصرفين الذي تربطهم بالشركة عقود عمل ثلث أعضاء مجلس الإدارة"، وهذا ما كرسته محكمة النقض<sup>1</sup> أيضا في قرار لها بتاريخ 19-11-2008، والذي جاء فيه: "إن قانون شركات المساهمة لا يمنع الجمع بين صفة متصرف عضو مجلس الإدارة وأجير تربطه عقدة عمل بالشركة شريطة أن لا يتجاوز عدد المتصرفين الذي تربطهم عقود عمل ثلث أعضاء مجلسها الإداري وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 43 من القانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة".

ونلاحظ تماثل موقف كل من المشرع المغربي والفرنسي، ومما لا شك فيه أن هذا الجمع بين الصفتين يستمد صعوبته من اختلاف المهام والصلاحيات، ذلك أن مهام المتصرف تقتضي إيلاء الصلاحيات الواسعة لإدارة الشركة، وتمثيلها تجاه الأغيار، في حين تبقى صلاحيات الأجير محددة بنطاق عقد الشغل، وبالعلاقة التبعية التي تحكم أداءه لهذا الشغل<sup>2</sup>.

وبالتالي إذا كان الشرطان السابقان يهدفان إلى تشجيع الأجراء على ولوج مجلس الإدارة لما في ذلك من فائدة للشركة، حيث يقرب المجلس من المشاكل ويجعله يتخذ القرارات الصائبة خاصة التقنية<sup>3</sup>، بالإضافة إلى استبعاد الجمع الصوري بين مناصبي متصرف وأجير، فإن مبدأ التحديد العددي يهدف إلى عدم إغراق هذا المجلس بالأجراء عن طريق احتفاظه بنسبة ثلثي أعضاء مجلس الإدارة لأشخاص بعيدين عن الشركة ومؤهلين لتزويده برؤى جديدة حول سير الشركة مختلفة عن تلك التي للأجراء الذين يعيشون بداخلها، زيادة على ذلك فإن الهدف من هذه القاعدة هو تأمين احترام مبدأ التدرج والتوزيع القانوني للسلطات بين الرئيس ومجلس الإدارة، باستبعاد انتخاب ومراقبة هذا الأخير من طرف جهاز أغلبية من الأجراء التابعين له<sup>4</sup>.

إلا أن النصاب الذي جاء به المقتضى السالف الذكر محط العديد من الانتقادات من جانب الفقه<sup>5</sup>، بالنظر إلى أنه قد يقف حجرة عثرة أمام ولوج الأجراء مجلس الإدارة في حين نجد البعض الآخر يحبذ<sup>1</sup>، لكونه يحافظ على مبدأ

1- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 1101، المؤرخ في 19-11-2008، ملف اجتماعي عدد 1253-1-15-2007، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 120، ص 172 وما يليها.

2 - Alain sayag, Op.Cit, P11et 8.

3- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 25.

4- فاطمة سحاسح، مرجع سابق، ص 93.

5 - Yves Guyon : « Droit des affaires », T :1, droit commercial général et société, Economica, 8ème ed, 1994,P325.

أورده فاطمة السحاسح، مرجع سابق، ص 94.

الفصل بين السلطات، بالإضافة إلى ما سبق، فإن هذا المقتضى العددي تم الاعتراض عليه، بالنظر للمضايقة التي يحدثها عند التطبيق من طرف المقاولات ذات الطابع العائلي، إلا أن هناك بعض الدراسات<sup>2</sup> ردت على هذا الانتقاد الفقهي بالقول بأن المشاكل التي يمكن أن تعترض بعض الشركات ذات الأهمية المتوسطة عند تطبيق هذا الشرط، مصدرها عدم ملاءمة شركة المساهمة كشكل لتنظيم وتأطير هذا النوع من المقاولات، فهذه الآلية موضوعة للمقاولات الكبرى من أجل أن تلي حاجياتها الإدارية بعدد محدد من الأفراد<sup>3</sup>.

وكما سبقت الإشارة إلى تماثل موقف كل من المشرع المغربي والفرنسي فإنه على العكس من ذلك نجد المشرع التونسي<sup>4</sup> لم يحدد عددا معيناً، وبالتالي يمكن أن يكون جميع أعضاء مجلس الإدارة أجراء، ولعل العلة في ذلك تكمن في اشتراطه لأقدمية خمس سنوات وهو شرط ربما يصعب تحقيقه بالنسبة لمجموع الأجراء المتصرفين<sup>5</sup>.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه إذا كان رئيس مجلس الإدارة وحتى المدير العام يخضعون للقوانين والأنظمة الجماعية للأجراء- في فرنسا-، فإنه لا يجب احتسابهم من بين المتصرفين المرتبطين مع الشركة بعقد شغل، إلا إذا كانوا فعلا يتوفرون على عقد شغل إلى جانب وظيفتهم الأخرى<sup>6</sup>.

إلا أنه توجد هناك حالة استثنائية بالنسبة لشركات المساهمة ذات مساهمة عمالية، إذ أنه لا يدخل ممثلو الشركة التعاونية لليد العاملة في الحساب لتحديد المتصرفين المرتبطين بعقد شغل<sup>7</sup>.

### المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الجمع بين الصفتين

إن ما يؤخذ على الجمع بين صفتي الأجير والمتصرف، أنه يضع هذا الأخير في وضعية متناقضة فيوصفه أجيرا، سيتلقى الأوامر من رئيس المجلس الإداري بصفته مشغله وبوصفه متصرفا سيشارك هذا الشخص نفسه في إدارة الشركة واتخاذ القرارات المتعلقة بحياتها وشؤونها إلا أنه ما يميز هذا الجمع إذا تم بشكل صحيح، أنه يؤدي إلى الجمع بين المقتضيات الخاصة بالأجراء، وتلك الخاصة بالمتصرفين، حيث تختلف آثار هذا الجمع بين أن يكون صحيحا وسليما من الناحية القانونية مستجمعا لكافة الشروط الآنف ذكرها، وبين أن يكون باطلا.

1 - Deen Gibrila : «L'administrateur salarié d'une société anonyme », R. J.Com, 1981.

أورده فاطمة السحاح، مرجع سابق، ص 94.

2- فاطمة السحاح، مرجع سابق، ص 94.

3- وبالتالي يجب على المقاولات الصغرى والمتوسطة حتى تتجاوز هذا الوضع الشاذ اتخاذ شكل شركة ذات مسؤولية محدودة، لكونها تعتبر خير نموذج لتأطير المقاولات ذات الطابع العائلي.

4 - Imed Aribi, , Art cit, P12.

5- فاطمة السحاح، م س، ص 95.

6- فائق ادريس، التسيير القانوني لشركات المساهمة على ضوء التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 1990-1991، ص 51.

7- راجع الفقرة الثانية من المادة 93 من قانون 1966 الفرنسي.

## الفقرة الأولى: ازدواجية النظام القانوني المطبق على الأجير المتصرف

يلاحظ أن النظام القانوني الذي يحكم الأجير يختلف عن ذلك الذي يحكم المتصرف في الشركة حيث يستهدف الأول حماية الأجير أساسا، نظرا للظروف الاجتماعية التي قد تترتب على عدم مراعاة خصوصية عقد الشغل، في حين لا يحظى المتصرف بنفس الحماية، وبالتالي يتمتع الأجير المتصرف بكافة الحقوق والضمانات التي يضمنها قانون الشغل للأجير مع احتفاظه بوضعه كمتصرف وبالصلاحيات التي يمنحها له هذا المنصب والمكافآت التي يستحقها جزاء مزاولته لإدارة الشركة.

### أولا: الجمع بين الأجر كأجير والمكافأة كمتصرف

يعتبر الأجر ركنا أساسيا في عقد الشغل، وهو المقابل المادي للعمل الذي يقدمه الأجير بحيث لا وجود لعقد الشغل دون أجر، وفي المقابل يمنح للمتصرف مكافأة<sup>1</sup> كمقابل لإدارته للشركة والسهرة على تسيير شؤونها تشجيعا له على بذل مجهود أكبر في تسيير الشركة وتعويضاً له عن الجهد والوقت المخصص لأداء هذه المهام، وعن المخاطر والمسؤولية التي يتعرضون لها أثناء اضطلاعهم بمهامهم، ويجب أن تكون مكافأة المتصرف متناسبة مع القدرة المالية للشركة، وفي هذا الإطار تتخذ مستحقات المتصرف غالبا شكل مكافآت ثابتة سنوية أو فصلية أو نسبة من الأرباح أو من رقم المعاملات الذي تحققه الشركة في السنة المالية بالإضافة إلى بعض المكافآت الاستثنائية<sup>2</sup>.

وقد قضت المادة 55 من قانون 95-17 بإمكانية منح تعويضات مقابل المهام والتفويضات التي يقوم بها المتصرف، و كذا تسديد مصاريف السفر والتنقل التي يقتضيها إنجاز أعمال ومهام لفائدة الشركة، هذا ولا يحق للمتصرف طبقا لنفس المادة أن يتلقى بهذه الصفة أي أجر آخر من الشركة مع مراعاة مقتضيات المادة 43 من القانون 95-17، وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس بما يلي: "عضوية المساهم في مجلس الإدارة كمتصرف لا تخوله صفة أجير وبالتالي لا يستحق أي أجر عما كان يقوم به بهذه الصفة إلا ما كان من بدل الحضور في حالة إقراره من الجمعية العمومية"<sup>3</sup>.

ومن الصيغ المستجدة<sup>4</sup> في تحديد التعويضات ما جرى به العمل من الجمع بين صفتي المتصرف أو الرئيس المدير العام<sup>1</sup> و الأجير في الشركة، حيث كان العضو العادي أو المنتدب في مجلس الإداري، يجمع بين مهمتين يتقاضى عنهما

1- محمد السماحي، مرجع سابق، ص 102.

2- أنظر المادة 55 من قانون 95-17.

3- قرار رقم 1706 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 9.10.2012، ملف عدد 12/620 غير منشور. كما جاء في قرار آخر حيث ذهبت محكمة النقض إلى أنه: "شريطة أن يثبت توفر المعنى بالأمر على صفة أجير قبل تعيينه في منصب متصرف لدى نفس الشركة وكذا تعلق عقد عمله بمنصب فعلي لا يحق له أن يتوصل بأي أجر ما عدا المكافأة التي يرصدها له مجلس الإدارة بصفته متصرفا" قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض عدد 1497، بتاريخ 27-10-2011، في الملف الاجتماعي رقم 1314-5-1-2010، غير منشور.

4- عبد الوهاب المريني، مرجع سابق، ص 771 وما بعدها.

تعويضين أحدهما ثابت ومستديم والآخر ظرفي مؤقت، وكانت هذه التعويضات تقتطع من الأرباح أو على الأصح تنقص من قيمتها الإجمالية، مما كان ينعكس بصفة سلبية على حقوق المساهمين الآخرين وعلى الوضعية المالية للشركة نفسها.<sup>2</sup>

وقد أخذ المشرع المغربي بنفس المفاهيم والقواعد والأحكام مع اختلاف يتعلق بوجود عقد الشغل، فقد نصت المادة 43 من قانون 17-95 على أن "الأجير الذي يعين متصرفا في الشركة يظل مستفيدا من عقد عمله"، وهذا ما قد يعني استمرار سريان عقد الشغل في الوقت نفسه مع وضعية المتصرف وهو معنى مضاد وغير منطقي لأنه يضع هذا الشخص في وضعية متناقضة فبوصفه أجيرا سيتلقى الأوامر من رئيس المجلس الإداري بصفته مشغلا، وبوصفه متصرفا سيشارك هذا الشخص نفسه في إدارة الشركة واتخاذ القرارات المتعلقة بحياتها وشؤونها.

وبالتالي فالأمر قد يعود لترجمة غير دقيقة للعبارة الفرنسية سواء في النص الأصلي للقانون المغربي أو للقانون الأم المأخوذ منه، فقد استعملت المادة 43 في صيغتها باللغة الفرنسية نفس العبارة التي جاءت في المادة 93 من قانون 1966 الفرنسي، والتي تعني مترجمة أنه لا يفقد مزية عقد الشغل Ne perd pas le bénéfice de ce contrat وقد فسرت هذه العبارة بكونها تعني عدم فسخ عقد الشغل السابق على اكتساب صفة المتصرف<sup>3</sup>، ولكن نظرا لحالة التنافي المعنوية والقانونية بين المركزين فإن الرأي استقر هناك على أن عقد الشغل يتوقف خلال فترة الانتداب<sup>4</sup>، حيث قضت محكمة باريس<sup>5</sup> أن عقد الشغل المتوقف أثناء ممارسة مهام التسيير يرتب آثاره فور انتهاء تلك المهام.

وبالتالي إذا كان بالإمكان تعيين الأجير في الشركة متصرفا فيها، متى توفرت فيه الشروط القانونية لصحة هذا الجمع فإن هذا الأخير يستحق مكافأة على نوعين :

فهو من جهة يستحق الأجرة كمقابل لعمله كأجير في الشركة، وهي عادة ما تكون محددة مسبقا في عقد عمله الذي يربطه بالشركة، فالأجير المتصرف يستحق أجرا يجب أن يراعى فيه الحد الأدنى للأجور الذي تضعه القوانين أو الاتفاقيات الجماعية، كما أنه يستفيد من التحديد القانوني لساعات العمل اليومي والأسبوعي، كما يتمتع بالراحة الأسبوعية و مختلف العطل، ويستفيد من الرعاية الطبية، ومن التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية والطرود

1- تجب الإشارة إلى أنه من بين مستجدات قانون 20.05 المعدل لقانون 17.95 إمكانية الفصل بين مهام الرئيس ومهام المدير العام هذا ما نصت عليه المادة 75.

2- إذ كانت هذه الوضعية تثير من المشاكل والمصاعب ما كان يهدد الشركات أحيانا بالزوال ولذلك عمد قانون 1966 الفرنسي إلى ضبط وتنظيم هذه الوضعية بالتمييز ما بين حالة المتصرفين وحالة الرئيس المدير العام، وهو التمييز الذي أثار خلافا وجدلا وصعوبات لما كان فيه من تفرقة بينهما تقوم على إجازة الجمع بالنسبة للرئيس المدير العام دون المتصرفين الذي كانوا يخضعون لعدة قيود تقلل من فرص الاستفادة من الجمع بين المركزين  
3 - Cass. Social, 26.4.1979, Bull civil 1979.

أورده عبد الوهاب المريني، مرجع سابق، ص 772.

4- عبد الوهاب المريني، م س، ص 772.

5 - Le contrat suspendu pendant la durée du mandat social, reprend ses effets de plein droit à l'expiration de ce dernier, Paris 16 Juin 1983- SA- Arizzoli, Bernard et Pierre C- Antigne cité par Mansy art , P23.

التعسفي و التقاعد، بالإضافة إلى أن عقد الشغل المبرم من قبل المتصرف، لا يمكن تغيير بنوده الأساسية كما أن صاحبه يستفيد من الترقيات ومعها زيادة في الأجر<sup>1</sup>. إلى غير ذلك من الحقوق والمزايا التي يكفلها قانون الشغل للأجراء.

وتخضع هذه الأجرة للضريبة على الدخل، وفي حالة التصفية القضائية، يجب أن تدرج الأجور غير المؤداة ضمن وثيقة الديون الخاصة بالأجراء<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى تمنح له مكافأة بصفته متصرفا في الشركة حسب ما تنص عليه المادة 55 من قانون 17-95، وهي تكون على شكل بدل الحضور أي مبلغ سنوي قار تحدده الجمعية العامة العادية، بكامل الحرية ودون أن تخضع لأية تقييدات يضعها النظام الأساسي أو قرارات سابقة التي تعتبر كأن لم تكن عند وجودها، ويقوم المجلس بتوزيع هذا المبلغ بين أعضائه وفق النسب التي يراها مناسبة، بل أكثر من ذلك يمكن للمجلس تخصيص مقابل المهام أو التفويضات الموكلة إلى بعض المتصرفين بصورة خاصة ومؤقتة، مكافأة استثنائية وتعد استثنائية لكونها ليست دائمة وإنما خاصة بحدث معين ومؤقتة في الزمن ولا يمكن حصر هذه المهام أو التفويضات في لائحة، فهي تختلف باختلاف حاجيات الشركة الطارئة والمؤقتة. وتجب الإشارة إلى أنه قبل رصد المكافأة يجب أن يعرض الاتفاق على مجلس الإدارة للترخيص به مسبقا<sup>3</sup>.

وبالتالي يظل الأجير المعين كمتصرف مستفيدا من عقد الشغل، لأن فقد العمل يضر بمصالحه مما يؤدي به إلى رفض هذا التعيين وبالتالي تضييع على الشركة خبرته، بمعنى أنه يمكنه الجمع بين أجرته عن الشغل وبين بدل الحضور والمكافآت<sup>4</sup>، لكن يجب أن تتوفر فيه الشروط القانونية للجمع بين الصفتين وإلا فإن المبلغ الذي يتقاضاه من الشركة، لا يعتبر أجرا وإنما يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له المجلس الإداري بصفته متصرفا.

وهذا ما قضت به محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2 يونيو 2011 والذي جاء فيه: "ما دام المدعي قد عين مديرا عاما لشركة المساهمة فإن عزله يخضع للقانون المتعلق بشركات المساهمة، الذي يجيز لمجلس الإدارة عزله في أي وقت، ودون أن يستلزم حصوله على تعويض، وإن طبيعة عمله كمدير عام تقتضي أن يمارس مهامه باستقلال تام بشكل تنتفي معه علاقة التبعية بينه وبين مجلس الإدارة، هذه العلاقة التي تعتبر عنصرا أساسيا في عقد الشغل، الأمر الذي يجعل من عمله يطغى عليه عمل الوكيل على عمل الأجير، وإن استدلاله بورقة أداء تحدد مبلغا يتقاضاه من الشركة لا يجعل منه أجرا، وإنما يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له المجلس الإداري، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اعتبرت المسير وكيلا وليس أجير، بعدما تأكد لها أنه لم يشغل منصب أجير يقوم بعمل فعلي قبل أن يعين في منصب مدير عام، تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني سليم"<sup>5</sup>.

1- فائق ادريس، مرجع سابق، 50.

2 - LE FEBVRE (F), Droit des affaires, sociétés commerciales, Mémento pratique, éd, Francis le Febvre 1993, P166.

3- للمزيد من التوسع أنظر أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 34 و35.

4- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 25.

5- قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2 يونيو 2011، ملف اجتماعي عدد 1524-5-2009، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى، 74، ص 295 وما يليها.

## ثانيا: العزل من منصب متصرف لا يؤثر على عقد الشغل

منح المشرع المغربي للجمع العام صلاحية عزل المتصرفين وذلك بمقتضى المادة 48 من 17-95<sup>1</sup> ولا يتطلب ذلك تعليلا أو سابقا إعلام أو تعويض باعتباره من النظام العام، وهذا ما نص عليه التشريع الفرنسي في المادة 160 منه التي أجازت للجمعية العامة العادية اتخاذ هذا القرار في سائر الأوقات وفي كل الظروف ولو لم تكن قضية الإعفاء والعزل مدرجة في جدول الأعمال<sup>2</sup>.

وقد كان الفقه والقضاء صارمين بصفة قطعية في اعتبار سلطة الجمعية العامة في العزل، سلطة كاملة مطلقة وبكونها من النظام العام<sup>3</sup>، فلا يجوز تقييدها لا في النظام الأساسي ولا بمقتضى تعديل لاحق أو اتفاق مستقل، إذ يكون باطلا وعديم الأثر كل شرط في النظام الأساسي يترتب عليه منع الجمعية العامة من ممارسة سلطتها. ولقد ثار التساؤل حول ما إذا كان من حق المتصرف أن يطالب بتعويضات عن إصلاح الأضرار التي لحقت به من أجل العزل التعسفي أو الكيدي؟<sup>4</sup>.

حيث اعتبر القضاء الفرنسي عزل المتصرف دون منحه فرصة للدفاع عن نفسه خرقا للقانون يخول للمعني بالأمر الحق في التعويض، لكن الملاحظ أنه إذا كان بإمكان المتصرف المطالبة بالتعويض يجب أن لا يكون هذا التعويض على العزل كعزل، وإنما هو تعويض عن الطريقة المخلة بالكرامة أو الشرف إن كان لها أساس و عبر عنها تالير بقوله:

« Excepté si la mesure est prise en une forme des circonstances injurieuses ».<sup>5</sup>

هذا بخصوص عزل المتصرف في الشركة، لكن الأمر يختلف إذا كان هذا الأخير يربطه بالشركة عقد شغل، إذ أنه إذا كان الجمع بين مهام التسيير والعمل المأجور يعتبر أداة اجتماعية تسمح للأجراء بالمشاركة في التسيير مما يترتب عليه حسن سير الشركة، إلا أنه من الناحية العملية قد يكون مرتعا لمناصب فعلية للحصول على التعويضات في حالة العزل<sup>6</sup>.

1- تنص الفقرة الأخير من المادة 48 من قانون 17-95 على أنه: "... ويمكن للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت، حتى دون إدراجه بجدول الأعمال".

2 - L'article 90 al.2 de la loi 1966.

- Com. 23 juin 1975, Bull. Civ. , n° 176, P 147.

- Com. 23 janvier 1985, Bull. civil.. n° 6, P5.

3- Gourlay, le conseil d'administration de la société anonyme, organisation et fonctionnement, préface R. Houin, Sirey, 1971, P39.

-Jean Luc. Aubert, La revocation des organes d'administration des sociétés commerciales, R.T.D, com. 1968, P 977.

4- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 62.

5 - Jean Noirel, la société anonyme devant la jurisprudence moderne, lib. Teet. Paris, 1957, préface Roblot, P183.

-Com. 6 mai 1974, Rev. Soc. 1974, 524, note phliippe Merle.

6 - Hassania Cherkaoui, la société anonyme, 1997, P 61.

- A. Sogag, Mandat social et contrat de travail, attraites limites et fictions, Rev. Sociétés 1981, P1.

وبالتالي التستر وراء عقد الشغل من أجل التهرب من قواعد العزل بلا قيود وتأمين الحصول على التعويضات المنصوص عليها من قبل قانون الشغل والاتفاقيات الفردية والجماعية<sup>1</sup>.

ففي الحالة التي يقرر فيها مجلس إدارة الشركة، عزل المتصرف ووضع حد لمهامه كوكيل قد يعمد هذا الأخير إلى المطالبة بالتعويض عن مهلة الإشعار وعن الطرد التعسفي حتى ولو لم يتم إنهاء عقد الشغل السابق الذي يربطه بالشركة المشغلة.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة النقض<sup>2</sup> بتاريخ 28-6-2006 قضت فيه أن: "المدير العام لشركة مجهولة الاسم يخضع في تعيينه وعزله لمقتضيات المادة 63 من قانون شركات المساهمة، وقيامه بعمله بشكل تام تنتفي معه علاقة التبعية مع مجلس إدارة الشركة يجعل من عمله أقرب إلى عمل الوكيل وليس إلى عمل الأجير، وأن ما تتضمنه ورقة الأداء لا يشكل أجرا وإنما يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له مجلس الإدارة، كما أن عزله من قبل هذا المجلس لا يعطيه الحق في الحصول على تعويض."

إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث عرف تطورا ملحوظا في هذا المجال، بحيث إذا كانت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض قد ذهبت في قرارها الصادر في 5 يونيو 1980 إلى القول بأن عقد الشغل ينتهي في الوقت الذي يعين فيه الأجير متصرفا في شركة المساهمة التي تشغله<sup>3</sup>، فإنها قد غيرت هذا الاتجاه في القرار الصادر عنها عشر سنوات بعد ذلك بتاريخ 12/12/1990<sup>4</sup>، حيث اعتبرت أن الأجير الذي يرقى لشغل منصب الإدارة العامة للشركة خارج إطار علاقة التبعية، فإن عقد عمله السابق الذي كان يربطه بالشركة المشغلة يبقى في حالة توقف خلال مدة انتدابه في غياب اتفاق مخالف.

وقد أصبحت هذه هي القاعدة المطبقة في جميع الحالات إلا إذا تم النص على مقتضى مخالف، فعقد شغل الأجير المعين متصرفا مفترض فيه أن يكون موضوع توقف وليس فسخا والمتصرف صاحب عقد شغل تم توقيفه يستفيد نتيجة لذلك من الحماية ضد العزل التلقائي<sup>5</sup>.

1- فائق ادريس، مرجع سابق، ص 48.

2- قرار عدد 597 الصادر بتاريخ 28-6-2006، في ملف اجتماعي عدد 406-15-2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67 يناير 2007، ص 342 وما يلها.

3- مقرر أن المهمة التي كلف بها من طرف مجلس الإدارة تقتضي الإشراف على مجموع مصالح المؤسسة، وأنه إذا كان قد استمر في ممارسة نشاطه السابق المتمثل في تسيير الأشغال بأحد الأوراش، فإن ذلك لا يتم في إطار حالة التبعية تجاه الشركة، وإنما يتولى القيام بهذه المهام بصفته وكيلا.  
-Cf. Boyer C. Assedic cité in M. Délandes «Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail»- Dalloz, Sirey-chronique 3, P21§2.

4 - Arrêt rapporté par Bruno petit in : «Le sort du contrat du travail des directeurs généraux » Revue Droit Social n° 6, juin 1991,P463 et S.

5 - (Y) Guyon, Op. Cit, P326.

وبالتالي إذا تم وضع حد لعضوية الأجير المتصرف يجب ألا يمس - في غياب أسباب مشروعة - عقد الشغل الذي يجب أن يبقى قائما<sup>1</sup>، والذي تترتب آثاره فور انتهاء مهام التسيير<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمغرب فقد أتيح للاجتهاد القضائي على مستوى محكمة النقض إصدار عدة قرارات في هذا المجال فقد ورد في القرار الصادر بتاريخ 1987/4/6<sup>3</sup> أنه "لا يعد طردا تعسفيا موجبا للتعويض إعفاء مدير مجلس إدارة الشركة من طرف أغلبية المجلس الذي عينه، لأنه ليس أجيرا للشركة، بل هو من المساهمين فيها، وأن ما يتقاضاه عن الوقت الذي يخصصه لإدارة الشركة هو مجرد تعويض، ولهذا فلا موجب لإجراء أي بحث حول ظروف إعفائه".

لقد كان رأي محكمة النقض واضحا حيث اعتبرت أن رئيس المجلس الإداري لا يعتبر أجيرا، ولا يعتبر تبعا لذلك الطرد الذي قد يتعرض له طردا تعسفيا، كما أن ما يتقاضاه من الشركة لا يعدو أن يكون مجرد تعويض عن الخدمات التي يقدمها، كما قرر أن هذا الوصف لا ينطبق أيضا على رئيس المجلس الإداري، وكذا على المتصرف في الشركة حيث يطبق عليهما نفس حكم المدير، على أساس انتفاء علاقة التبعية بينهما وبين الشركة، كما يتضح من القرار الصادر عن محكمة النقض،<sup>4</sup> الصادر بتاريخ 1989-11-20 ما يلي: "إن رئيس المجلس الإداري المنتخب من الجمعية العامة لإدارة أمور الشركة والذي لا يخضع إلا لرقابة الجمعية العامة التي تنعقد بصفة دورية التي يمكنها إعادة انتخابه أو انتخاب مساهم آخر مكانه لا يعتبر أجيرا لانتهاء عنصر التبعية الذي هو أهم عناصر عقد الشغل، واعتماد المحكمة على تقاضيه اجرا واشتراكه في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لاعتباره أجيرا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض".

وعليه يمكن أن نستشف أن الاجتهاد القضائي على مستوى محكمة النقض يميل إلى فكرة توقف عقد الشغل الذي يربط الأجير المتصرف بالشركة أو أحد فروعها خلال مدة الانتداب.

وفي حالة ما إذا تقرر عزل الأجير المتصرف ووضع حد لانتدابه، فإن عقد عمله السابق الذي يربطه بالشركة والذي يبقى ساري المفعول، لا يفسخ بسبب مجرد العزل حسب ما تقضي به المادة 80 من القانون 95-17<sup>5</sup>، وهو نفس ما

1- فائق ادريس، مرجع سابق، ص 228.

2- وبالمناسبة يرى أحد الفقهاء الفرنسيين أنه عندما سمح المشرع الفرنسي في المادة 93 للأجير بأن يصبح متصرفا أي وكيلًا، دون فقدانه الاستفادة من مزايا عقد الشغل فإنه يزيد في خلط الأمور حتى ولو كان هذا الجمع مرتبطا بشروط صارمة. أنظر :

Cf. Gérard Lyon Caen «Quand casse-t – on d'être salarié ?, (Le salarié employeur) Recueil, Dalloz- Sirey, 1977, chronique 13, P109.

3- القرار الصادر في الملف الاجتماعي رقم 6179/195، منشور بمجلة المجلس الأعلى، العدد 41، السنة 13 نوفمبر 1988، ص 157 و ما بعدها.

4- قرار عدد 2025 الصادر بتاريخ 20-11-1989، ملف اجتماعي عدد 9620-88، منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى عن السنوات من 1962 إلى 1996، الصادر سنة 1997، ص 71 وما يليها.

5- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 80 من قانون 95-17 على أنه: "...لا يفسخ عقد عمل العضو المعزول من مجلس الإدارة الجماعية الذي يكون في نفس الوقت أجيرا للشركة بسبب العزل وحده".

قضى به القضاء الفرنسي الذي أكد أنه يمكن عزل المديرين العامين في أي وقت دون ان يؤثر ذلك على عقد الشغل والاستفادة من الامتيازات التي يخولها لهم<sup>1</sup>.

ويمكن القول إن توقف عقد الشغل - مع مراعاة شروطه - يبدو الحل الأنسب في هذه الحالة، ذلك أنه يؤدي إلى الإبقاء على عقد الشغل قائما مع بقاء الضمانات التي يخولها وفي نفس الوقت يتيح إيجاد حل لغياب الشغل الفعلي، بسبب ممارسة مهام إدارة الشركة<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية : البطلان كأثر في حالات الجمع غير القانوني بين الصفتين

فضلا عن القواعد البطلان المتعلقة بعقد الشغل، وتلك المتعلقة بعقد الوكالة<sup>3</sup>، قرر المشرع المغربي حالة أخرى للبطلان قد تشمل أحد العقدين كلما تم الجمع بينهما بشكل مخالف لما يقتضيه لقانون .

إذ بالرجوع للمادة 43 من قانون 17-95 التي تقضي ببطلان تعيين الأجير في منصب متصرف إذا لم تتوفر فيه شروط صحة هذا الجمع، فإنه يترتب عن تخلف أحد هذه الشروط وهي وجود منصب شغل فعلي والاستمرار في أداء الشغل، وأسبقية عقد الشغل<sup>4</sup>، بالإضافة إلى عدم تجاوز عدد المتصرفين الذي تربطهم بالشركة عقود عمل ثلث أعضاء مجلس الإدارة، بطلان تعيين المعني بالأمر في منصب متصرف في الشركة، وقد كرس القضاء الفرنسي ممثلا في محكمة

1 - Soc, 14 juin 2000, n° 97-45.852 et 97-45.945, D. 2000. 190 ; RJS oct. 2000, n° 1022.

2 - Francine Mansuy, Op.Cit, P24.

3- يرجع بطلان تعيين المتصرف إلى انطوائه على عيب أو أكثر من العيوب الشكلية أو الموضوعية وهي:

- بطلان التعيين الذي يتم خرقا لأحكام المادتين 20 و 40 من قانون 317-95.

- عيب في الشكل لعدم اتباع الشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون لصحة التعيين<sup>3</sup>.

- عيب في المحل لمخالفة قرار التعيين للقانون بالمعنى الضيق، كما في حالة عدم توافر شروط التعيين في الشخص المعين كما هو الشأن بالنسبة للشروط المتطلبية في المتصرفين أعضاء مجلس الإدارة.

- عيب في سبب قرار التعيين كما في حالة شعور مقعد أو عدة مقاعد للمتصرفين لسبب من الأسباب. و يلاحظ أن المشرع المغربي اقتصر على بطلان التعيين فقط، بمعنى أن البطلان لا يشمل المداولات=والقرارات التي اتخذت بحضور المتصرف الذي أبطل تعيينه، قياسا على بطلان تعيين الأجير المتصرف والذي نصت عليه المادة 43 من قانون 17-95، وقد عارض بعض الفقه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 24 أبريل 1990، الذي قضى حتى ببطلان المداولات والقرارات، لأن من شأن تمديد هذا البطلان إلى القرارات أن يضر بمصالح الشركة والأغيار، خاصة أن الفقه الفرنسي انتقد بدوره هذا القرار لكونه افراطا في التمسك بالشكلية، وعلاوة على ذلك فإن القرار يتخذ وفق النصاب والأغلبية وليس من طرف من بطل تعيينه، للمزيد من التوسع أنظر أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 29.

4- و تجب الإشارة إلى أن من بين الشروط القانونية لصحة الجمع أن يكون منصب الأجير سابقا عن شغل منصب متصرف لا لاحقا له بمعنى أنه يسوغ للأجير أن يكون متصرفا ولا يسوغ للمتصرف أن يتحول لاحقا إلى أجير إلا إذا انتهت مهمته إذ نصت المادة 616 من القانون الجزائري على أنه: "لا يجوز لمتصرف أن يقبل من الشركة عقد عمل بعد تاريخ تعيينه".، وذلك تفاديا لاستغلال سلطة المجلس ونفوذه لقضاء المأرب، وبالتالي يبطل التعيين اللاحق سواء تم عند تأسيس الشركة أو أثناء قيامها، ويعد هذا البطلان مطلقا لا يقبل الإجازة أنظر:

Cass.Soc 25 Juin 1996 et 26 janvier 1999. أورده أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 39.

النقض هذه القاعدة حيث قضت بأن " يعتبر الجمع غير قانوني لكون الأجير أصبح متصرفا دون احترام شرط عدم تجاوز الأجراء المرتبطين بعقد شغل بشركة المساهمة ثلث الأعضاء مما ترتب عنه بطلان التعيين في منصب متصرف"<sup>1</sup>.

ورغم البطلان فإن المداولات التي شارك فيها المتصرف المعين بصورة غير قانونية تبقى صحيحة، كما أن هذا البطلان لا يمتد لعقد الشغل، ويعتبر بعض الفقه<sup>2</sup> أن الإبقاء على صحة القرارات المتخذة ولو شارك فيها أجير معين بصورة غير قانونية نهج صائب يضمن استمرارية النشاط والتزامات الشركة ويقمها من التعثر والضرر ويحمي حقوق الأغيار.

وبذلك فإن استثناء المشرع هذه المداولات من القاعدة السالفة الذكر يجعلنا نتساءل عن جدوى إبطال التعيين دون القضاء ببطلان المداولات التي شارك فيها هذا المتصرف ألم يكن لها أي تأثير على اتجاهها؟

الحقيقية أن ما قد يراه بعض الفقه من أن المشرع حاول من خلال هذا المقتضى تفادي سلسلة لا نهاية لها من البطلان وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات واستمرارية النشاط والتزامات الشركة كما أنه يقمها من الضرر والتعثر ويحمي حقوق الأغيار، فإن بعض الدراسات ذهبت عكس هذا الرأي خاصة وأنها بصدد المصلحة العامة التي تقتضي الصرامة وعدم مخالفة المقتضيات المسطرة في هذا الإطار إذا كنا نرغب في النهوض باقتصادنا وجعله في مصاف الدول المتقدمة. إلا أن تعيين أجير في منصب متصرف دون احترام الشروط الخاصة بذلك لا يترتب عليه سوى فقدان هذا الأخير للمنصب الثاني الذي لا يتوفر على الشروط الخاصة به، ومعلوم أن القاعدة تقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل، وبذلك فمن المفروض وإعطاء المصادقية والإلزام لهذه الشروط أن يترتب عليها بطلان المداولات التي شارك فيها المتصرف المعين بصورة غير قانونية خصوصا إذا ترتب عليها ضررا، وقد اختلف القضاء الفرنسي، حول آثار هذا البطلان على المتصرف المعين فالقضاء الاجتماعي ألزم المتصرف برد المكافآت التي تلقاها، إلا أنه منح له حق المطالبة بتعويضات عن النشاط الذي مارسه لمصلحة الشركة<sup>3</sup>، أما محكمة النقض التجارية فكانت أكثر شدة إذ رفضت الحكم بالتعويضات عن الأنشطة التي بذلت لصالح الشركة ولو كانت مبنية على الإثراء بلا سبب<sup>4</sup>.

وقد أيد موقف القضاء الاجتماعي من طرف بعض الفقه المغربي<sup>5</sup> لكونه جاء متوازنا وعادلا

1-Cass. Soc, 22 sept. 2011, n° 09-72637, J C P E 2011.

2- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 26.

3 - Cass.Soc 6 mai 1982.

أورده أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 39.

4- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 39.

5- أحمد شكري السباعي، م س، ص 39.

## خاتمة:

شكلت هذه الدراسة فرصة للتعرف على دور مؤسسة الأجير المتصرف داخل شركة المساهمة وبيان الآليات التشريعية المكرسة لهذا الدور، وموقف القضاء المغربي من ذلك إذ يعد تعيين أجير للشركة في منصب متصرف بمثابة أداة اجتماعية تسمح للأجراء بالمشاركة في التسيير لما في ذلك من مصلحة للشركة وللمجلس الإدارة، بما أنه يقرب المجلس من المشاكل ويجعله يتخذ القرارات الصائبة خاصة التقنية منها، علاوة على أن هذه الخبرة والمهارة تعرفها وتدرکها الشركة.

وبما أن مسألة الجمع بين منصب أجير ومتصرف تعد الحالة الوحيدة التي تولى المشرع تنظيمها بموجب المادة 43 من القانون رقم 17.95، فإنها تعتبر غامضة وقاصرة عن بلوغ الهدف المتوخى ألا وهو الوضوح والشفافية لبث الثقة في نفوس المستثمرين والمتعاملين مع الشركة، خاصة إذا كانت تدعو الجمهور للاكتتاب، إذ يبرز وجه القصور التشريعي في هذا الصدد في عدم وضوح الشروط المتطلبة لصحة هذا الجمع وخاصة علاقة التبعية.

وبالتالي فإن اختلاف وتردد القضاء والفقهاء بشأن قبول الجمع بين مهام التسيير و الشغل المأجور يعكس جليا حجم المشكل الذي تطرحه مسألة الجمع تلك.

## أثر الإشهار التجاري على المستهلك

### سارة الحميدي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية  
سطات

#### مقدمة

يعد النشاط التجاري أكبر المصادر دخلاً سواء بالنسبة لممارسيه، أو بالنسبة لاقتصاد الدول. ونظرا لكثرة الأرباح التي يمكن للمهنيين جنبها منه، فإن النشاط التجاري أضغى مجالاً واسعاً لاستخدام جميع أنواع الحيل من أجل ترويج المنتجات والخدمات بكميات كبيرة والحصول على أرباح أكبر. ومن أبرز الأساليب التي يلجأ لها المهنيون للترويج لمنتجاتهم وخدماتهم، الإشهارات<sup>1</sup> التي تستهدف التأثير على المستهلك، وتطويع إرادته من أجل اقتناء المنتجات والخدمات محل الإشهار التجاري، وذلك باعتماد أساليب تقنية وفنية خاصة، من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد.

وفي ظل التطور التكنولوجي وتنوع وسائل الاتصال والتواصل<sup>2</sup>، الذي صاحبه تعدد المنتجات والخدمات، ظهرت علوم جديدة تتخصص في دراسة فنون التأثير والإقناع في الخطابات الإشهارية، من قبيل تقنيات التأثير البصرية التي تعتمد على الصورة المبهرة والإضاءة المحسنة... وتقنيات التأثير السمعية التي تستخدم الألفاظ القوية والموسيقى المؤثرة... واعتماد تقنيات سينمائية متطورة في جذب المتلقي وإبهاره. ويتم إعداد الخطاب الإشهاري المناسب للمنتج أو الخدمة المراد ترويجها، بعد القيام بدراسة للسوق، وللبيئة المستهدفة، المراد التأثير عليها بالإشهار، وكذا اختيار الوسيلة الإشهارية الناجعة. ثم الاستعانة بخبراء متخصصين في إعداد وإخراج الإشهار النهائي الأكثر انتشارا واقناعا وتأثيرا.

غير أنه من المستحيل منع الإشهار التجاري، بصفة نهائية، لأن هذا الأخير أضغى من مقومات الإقتصاد الوطني بالنسبة للدول، باعتباره أنجع وسيلة لتصريف المنتجات والخدمات، والتسويق يعني وجود صناعة ونتاج قوين، وزيادة

1 عرف القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصر البصري، الصادر بـالجريدة الرسمية رقم 5288 الصادرة يوم الخميس 3 فبراير 2005 في الفقرة الأولى من المادة 2 الإشهار بأنه: "أي شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع أو خدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فئتها، في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحي أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقولة عامه أو خاصة".

2 تتنوع الإشهارات حسب الوسائط الإعلامية الموجودة فهناك:

- إشهارات الوسائل المقروءة وهي الإشهارات المنشورة في الصحف / المجلات / الملصقات واللوحات الضخمة / الكتيبات، المطويات ووسائل النقل / البريد العادي والإلكتروني، والرسائل القصيرة عبر الهاتف المحمول....
- إشهارات الوسائل المسموعة وتتمثل في الإشهارات المذاعة عبر محطات الراديو/ والإشهارات عبر الهاتف، والإشهارات التي يستخدم فيها مكبر الصوت...
- إشهارات الوسائل المرئية والمسموعة وتتمثل في إشهارات التلفزيون والسينما/ إشهارات الفيديو... وهي الأكثر تأثيرا على المستهلك لأنها تخاطب لديه حاسي السمع والبصر معا.

في عدد المصانع والمقاولات الإنتاجية، وبالتالي تشغيل اليد العاملة، والرفع من مستوى العيش، وانتعاش الإقتصاد ككل، وبالتالي تقوية مداخيل خزينة الدولة من خلال الضرائب المفروضة على القطاع الصناعي، والتي بواسطتها يتم انجاز المشاريع الكبرى للدولة، وتطوير مرافقها الأساسية والحيوية...

كما لا يخفى أن الإشهار يساهم في الرفع من مستوى المنافسة بين المهنيين والرفع من جودة المنتجات والخدمات، وتخفيض الأسعار. وبالتالي توسيع فرص الاختيار بالنسبة للمستهلك. إلا أن هذه المنافسة التي احتدمت بين المهنيين، قد تتحول إلى منافسة غير مشروعة من خلال ابتداء الحيل الترويجية بغية تحقيق أكبر قدر من الربح، على حساب الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، من الناحية المادية، والمعرفية التقنية وحتى القانونية<sup>1</sup>.

وأمام كل هذه المعطيات، أصبحت حماية المستهلك من الإشهارات الترويجية أمرا صعبا جدا، إن لم يكن مستحيلا، حسب رأينا. سيما وأن الإشهار التجاري قد انحرف عن الدور الأساسي الذي انشأ من أجله، وهو إعلام وإخبار المستهلك، بل أصبح أداة للمنافسة غير المشروعة بين المهنيين. من أجل تصريف منتجاتهم وخدماتهم والقضاء على منتجات وخدمات منافسهم داخل السوق. باعتماد مختلف الممارسات الإشهارية غير المشروعة، من قبيل الإشهارات التي من شأنها التأثير على رضى المستهلك في المرحلة ما قبل التعاقد، أو تلك التي قد تمس بسلامة المستهلك المادية أو المعنوية، الإشهارات التي تشكل خرقا لحقوق الإنسان، كالإشهارات التي تستغل ضعف وجهل بعض الفئات الهشة، وتستهدف الأطفال والقاصرين من أجل ترويج منتجات وخدمات موجهة لهم، أو تقوم بتشجيع المرأة وتعتمدها في تقنيات التأثير والإيهام البصرية،، أو الإشهارات التي تشكل مساسا بالأداب والأخلاق العامة أو بالنظام العام، أو تحاول تكريس أفكار منافية للأعراف أو المعتقدات الجارية بها العمل، ...

وتعتبر كل هذه الممارسات الإشهارية مجرمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية ومعاقبا عليها بمقتضى القوانين الجارية بها العمل، غير أن تمادي المهنيين في ممارساتهم الإشهارية غير المشروعة، يجعلنا نتساءل عن الأسباب المباشرة في تفاقم هذا الوضع، فهل ذلك راجع لعدم نجاعة الأنظمة القانونية الحمائية، ودور آليات الرقابة على الإشهارات التي لا تحترم الضوابط القانونية. أم أن ضعف الوعي والثقافة الاستهلاكية لدى نسبة كبيرة من شرائح المجتمع جعل الشركات التجارية الكبرى تتماذى في ابتداء أساليب وطرق وحيل جديدة في الرسائل الإشهارية. عن طريق تخصيص أموال طائلة وموارد بشرية متخصصة في كل المجالات المتعلقة بالإشهار التجاري، من خلال اقتناء مساحات إشهارية بوسائل الإعلام الأكثر شعبية.

وبناء على هذه الآثار الناجمة عن سوء استخدام الإشهار التجاري من قبل المهنيين والشركات، تسابقت دول العالم لوضع التشريعات التي تحمي المستهلك في تعاملاته لكي لا يقع ضحية تسابق المهنيين نحو جمع الأموال الطائلة في مقابل إلحاق الضرر بالمصلحة الخاصة للمستهلك والمصلحة العامة للمجتمع.

1 يعد المستهلك ضعيفا مقارنة بالمهني من الناحية المعرفية بخصائص المنتج ومكوناته وكيفية استخدامه وشروط العقد والالتزامات الملقاة على عاتقه... وضعيفا من الناحية المادية، حيث يعتبر خاضعا من الناحية الاقتصادية للمهني الذي يتوفر على القوة والسيطرة على السوق. وضعيفا من الناحية التقنية، فهو لا يدرك معظم أساليب الإنتاج والتصنيع وفنون التسويق. وضعيفا من الناحية القانونية حيث لا يستطيع استيعاب كل شروط العقد وأغلب الإلتزامات التي تفرض عليه، وغير قادر على مناقشة شروط العقد وتغييرها وفق مصالحه الخاصة، كما أنه في حال تضرره من النادر أن يلجأ إلى القضاء من أجل الدفاع عن حقوقه، إما جهلا أو خوفا أو ضعفا.

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة 2 من القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري<sup>1</sup>، الإشهارات الممنوعة بمقتضى القانون، والمتمثلة في :

"... أ) الإشهار الذي يحتوي على عناصر للتمييز بسبب العرق أو الجنس أو الجنسية أو الديانة أو على مشاهد تحط من كرامة الإنسان أو تمس بحقوقه أو مشاهد العنف أو التحريض على سلوكات مضرة بالصحة وبسلامة الأشخاص والممتلكات أو بحماية البيئة.

(ب) الإشهار ذو طابع سياسي.

(ج) الإشهار الذي يتضمن مزاعم وبيانات أو تقديمات مغلوطة أو من شأنها أن توقع المستهلكين في الخطأ ؛

(د) الإشهار الذي من شأنه أن يلحق ضررا معنويا أو بدنيا بالقاصرين والذي يهدف بالخصوص إلى ما يلي:  
-تشجيع القاصرين بصفة مباشرة على شراء منتج أو خدمة عن طريق استغلال قلة تجربتهم أو سذاجتهم أو حثهم بصفة مباشرة على إقناع آبائهم أو الأغيار لشراء المنتوجات أو الخدمات المعنية ؛

-استغلال أو زعزعة الثقة الخاصة للقاصرين إزاء آبائهم ومعلميهم والأشخاص الذين لهم سلطة شرعية

عليهم ؛

-تقديم قاصرين في وضعية خطيرة دون سبب مشروع.

(هـ) الإشهار الذي يتضمن بأي شكل من الأشكال بيانات من شأنها أن توقع المواطنين في الخطأ أو تخرق حقهم في سرية المعلومات المتعلقة بحالتهم الصحية أو تتضمن بيانات كاذبة عن الصحة أو تحث على الممارسة غير القانونية لمهنة الطب أو ممارسة الشعوذة ؛

(و) الإشهار الذي يتضمن تشهيرا بمقاولة أو منظمة أو نشاط صناعي أو تجاري أو فلاحي أو خدماتي أو منتج أو خدمة سواء من خلال محاولة تعريضه لاحتقار الجمهور أو سخريته أو بأي وسيلة أخرى.

(ي) الإشهار الذي يتضمن إساءة للمرأة أو ينطوي على رسالة من طبيعتها بت صور نمطية سلبية، أو تكسر دونيتها، أو تدعو للتمييز بسبب جنسها.

(ح) الإعلانات الإشهارية التي تسيء إلى أشخاص بسبب أصلهم أو جنسهم أو انتمائهم أو عدمه لمجموعة عرقية أو لأمة أو لديانة، خصوصا من خلال ربطهم بصور أو أصوات ومشاهد من شأنها أن تعرضهم لاحتقار الجمهور أو لسخريته.

(ز) الوصلات الإشهارية التي تعرض السلامة الجسمية والذهنية والأخلاقية للأطفال والمراهقين للخطر.

(س) الإشهار الذي يروج خطابا إشهاريا لأي منتج أو خدمة مضرة بصحة الأشخاص ، كالأسلحة النارية والمشروبات الكحولية، والسجائر بكل أنواعها وألعاب اليانصيب والرهان، أو أية مواد يكون استهلاكها مشروطا بالحصول على إرشادات مهني مختص مثل الأدوية..."

1ظهير شريف رقم 1-04-257 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 بتنفيذ القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري ( ج. ر. بتاريخ 23 ذو الحجة 1425 - 3 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 5288 الصادرة يوم الخميس 3 فبراير 2005

تجدر الاشارة إلى أن هذه الفقرة تضمنت الإشهارات الممنوعة على سبيل الحصر، مما يضيق من نطاق الحماية في ظل أشكال وأنواع الإشهارات المستحدثة بفعل التطور الاقتصادي والتكنولوجي المستمر. كما أن المشرع المغربي لم يتدارك مجموعة من الاشهارات غير المشروعة، في هذه المادة من قبيل الإشهارات التي تستغل المرأة في ترويج المنتجات والخدمات والتي تقوم بتشبيها أو تحط من كرامتها، والإشهارات التي ترسخ صور نمطية سلبية عنها بسبب جنسها، إلا بعد التعديل الذي جاء به القانون رقم 13-83 الصادر في 14 غشت 2015<sup>1</sup>.

وعليه يتعين على كل إشهار تجاري أن يحترم الضوابط القانونية وأن يكون صادقا وواضحا وموضوعيا، وأن يتضمن البيانات والخصائص الحقيقية والكافية عن المنتج أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها إعلام المستهلك وتبصيره من أجل تكوين إرادة تعاقدية سليمة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا. كما يجب ألا يهدد السلامة الصحية والجسدية للمستهلكين، وألا يلحق أضرارا مادية أو معنوية بالأطفال والمراهقين، وألا يتضمن إساءة أو احتقار أو سخرية من فئات معينة من المجتمع، أو أن يحاول التشهير بمقولة أو بنشاط تجاري أو صناعي أو بمنتجات وخدمات أخرى وتعريضها لاحتقار الجمهور<sup>2</sup>.

وبناء على ما سبق يتضح أن للإشهار التجاري إيجابيات وسلبيات متعددة يتعين الإحاطة بها من أجل تحديد الدور الحقيقي والواقعي للإشهار وبالتالي وضع النصوص القانونية اللازمة وتحديد الإستراتيجيات والبرامج الوطنية الملائمة من أجل حماية المصالح الخاصة للأفراد ودون المساس بالمصالح العامة للدولة.

وسنحاول من خلال هذا المقال دراسة الآثار الحقيقية للإشهار التجاري على المستهلك من الناحية الواقعية ومدى نجاعة القوانين في توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في المرحلة ما قبل تعاقدية. وذلك من خلال مطلبين، الأول سنتحدث فيه عن الآثار الإيجابية للإشهار التجاري، والثاني سنخصصه للآثار السلبية للإشهار التجاري.

### المطلب الأول: الأثر الإيجابي للإشهار التجاري على المستهلك

أصبح الاعتماد على الإشهارات التجارية لتسويق المنتجات والخدمات أمراً لا يمكن الاستغناء عنه. ويمكن أن نجمل الآثار الإيجابية للإعلان التجاري في كونه وسيلة فعالة وسريعة في إيصال المعلومات للفئات المعنية، وفي إعلام المستهلك بالبيانات وخصائص المنتجات والخدمات دون الحاجة إلى البحث عنها، كما يفترض فيها أن تشجع المتنافسين المهنيين لتقديم أفضل المنتجات والخدمات، وتدفعهم لمحاولة التميّز لكسب رضى المستهلكين.

ولا يخفى أن الإشهارات التجارية، تعتبر مصدرا أساسيا لتمويل مختلف القنوات الإعلامية سواء منها المرئية والمسموعة والمقروءة والإلكترونية....، كما أنها توفر عددا كبيرا من فرص الشغل، المرتبطة بالمقاولات المعلنة، ووكالات الإشهار، وكذا في مجال الوسائط الإعلامية. كل هذه الأسباب جعلت من الإشهار التجاري من ركائز تسويق المنتجات والخدمات المعروضة، والتسويق هو أهم حلقة يبني عليها الإقتصاد الوطني.

1 ظهر شريف رقم 120.15.1 صادر في 18 شوال 1436 الموافق ل 4 غشت 2015، جريدة رسمية عدد 6389 صادرة في 8 ذو القعدة 1436 الموافق ل 24 غشت 2015، بتنفيذ القانون رقم 13.83 القاضي بتميم القانون رقم 03.77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري.

2 والمقصود هنا الإشهار المقارن غير المشروع الذي لا يحترم الضوابط القانونية

ولعل أهم إيجابيات الاشهارات التي سنحاول التطرق إليها هي تلك التي تتجسد من خلال مقتضيات قانونية وحقوقية تكفلها القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية المستهلك، ونخص بالذكر كلا من الالتزام بالإعلام في فقرة أولى، وضمان حق الاختيار في فقرة ثانية.

### الفقرة الأولى: الإشهار التجاري كوسيلة للالتزام بالإعلام

يستمد الإشهار التجاري أهميته من كونه مصدرا للمعلومات المقدمة للمستهلكين. فالمعرفة والعلم بالبيانات والخصائص المتعلقة بالمنتجات والخدمات أصبح من الحقوق الأساسية المكفولة للمستهلك، وهذا ما أكده القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المغربي رقم 31-08 في ديباجته حيث جعل هذا الالتزام في مقدمة الحقوق المكفولة للمستهلك، وخصص له القسم الثاني من هذا القانون، ابتداء من المادة 3 إلى المادة 14، مباشرة بعد نطاق التطبيق وتعريف طرفي عقد الاستهلاك، وذلك راجع لمدى الأهمية القصوى التي منحها المشرع المغربي للالتزام بالإعلام. وجاء في المادة 03 من القانون المذكور ما يلي: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة و كذا مصدر المنتج أو السلعة و تاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته. ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان<sup>1</sup> أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتجات والسلع وبتعريفات الخدمات و طريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال و مدة الضمان و شروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، والقيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية. تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي"<sup>2</sup>

فالملاحظ من هذه المادة أن المشرع المغربي ذكر الإعلان كوسيلة لإعلام المستهلك بكل ما من شأنه تبصيره من أجل التعاقد على دراية وبينة بإرادة سليمة.

ويستمد الالتزام بالإعلام أساسه من عدم التكافؤ الذي يطبع العلاقة التعاقدية بين المهني والمستهلك من حيث العلم بتفاصيل وخصائص الخدمة أو المنتج، وبشروط التعاقد وغيرها.

فبالإضافة لالتزام المهني بإعلام المستهلك، فإن البيانات والمعلومات التي سيقدمها له، يجب أن تكون حقيقية وصادقة ومضبوطة، لأن عبارة الإعلام في حد ذاتها لها مدلولات قوية حيث تفيد التبصير والإخبار، النصيح والإفضاء، وكذا إثارة الانتباه والتحذير، والالتزام لفظ قانوني من شأنه إجبار المهني على القيام بذلك.

وفي واقع الأمر يستحيل اعتماد الإعلان كوسيلة لإعلام المستهلك وتبصيره وتحذيره كما هو مشار إليه بالمادة أعلاه، فمن التناقض أن يجمع الإعلان التجاري بين وظيفتين متناقضتين في جوهرهما، وهما الوظيفة الترويجية عن

1 تنص المادة 1 من المرسوم التنظيمي رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بالجريدة الرسمية عدد 6192 الصادرة بتاريخ

26 ذو القعدة 1434 (3 أكتوبر 2013) على أنه: "يراد حسب مدلول هذا المرسوم، ب:

- إعلان: عمل لإطلاع العموم بأي وسيلة ملائمة ومرئية على معلومات تتعلق بالسلعة أو المنتج أو الخدمة..."

2 أنظر المواد 7، 23 و24 من المرسوم التطبيقي رقم 2.12.503 سالف الذكر

طريق إقناع المستهلك بضرورة اقتناء المنتجات والخدمات محل الإشهار التجاري، والثانية تبصير المستهلك وإسداء النصح له، وتحذيره من المخاطر المحتملة نتيجة اقتناء المنتج أو الخدمة المراد تسويقهما. لذلك يتضح أن الإشهار التجاري لا يمكن أن يكون أداة يستعين بها المهني للقيام بالالتزام القانوني الملقى على عاتقه تجاه المستهلك والمتمثل في إعلامه وتبصيره.

### الفقرة الثانية: الإشهار التجاري وحق الاختيار

لقد عمل المجتمع الدولي وخاصة هيئة الأمم المتحدة على المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد حماية لحقوق المستهلك الأساسية، ومن أبرزها حق المستهلك في الاختيار، وذلك بناء على صحة المعلومات المقدمة إليه، من أجل ضمان حقه في الصحة والسلامة. فالحصول على البيانات الصحيحة، والمعلومات الواضحة، من شأنه أن يجعل اختيار المستهلك مطابقا للمواصفات التي تلقاها بكيفية صحيحة، والتي تعد الدافع الأساسي للتعاقد.

وقد أشار المشرع المغربي في ديباجة القانون رقم 31-08 إلى حق الاختيار وجعله في الترتيب الخامس من بين الحقوق التي يكفلها هذا القانون للمستهلك.

وقد يبدو أن كلاً من حق الاختيار والالتزام بالإعلام يتشابهان من حيث وجوب حصول المستهلك على المعلومات الصحيحة. فالالتزام بالإعلام يسبق حق الاختيار من حيث التسلسل. ولكي يستفيد المستهلك من حقه في الاختيار فإنه يتعين على المهني أن يلتزم بواجبه في إعلام المستهلك.

وتبعاً لذلك فإن المستهلك في حاجة للتعرف على مختلف المنتجات والخدمات المعروضة في السوق وتلقي المعلومات الصحيحة والكاملة حول خصائصها ومميزاتها وعيوبها وأسعارها، ليبقى الاختيار للمستهلك في تفضيل منتج أو خدمة عن غيرهما.

وبما أن مهمة تعريف المستهلك بالمنتجات والخدمات الموجودة بالسوق تعود بصفة حصرية، للإشهارات التجارية عن طريق وسائل الإعلام المتنوعة، باعتبار أنها الوسيلة الأسهل والأسرع للحصول على المعلومات، فهي تلحق وتلاحق المستهلك حيث ما كان، لذا يضطر هذا الأخير إلى الاعتماد على الإشهارات من أجل ممارسة حقه في الاختيار. غير أن هناك مجموعة من المنتجات والخدمات ذات الجودة العالية والسعر المناسب لا تكون محلاً للإشهارات التجارية، أو قد تكون محل إشهار صادق، فتضيق وسط زخم الإشهارات الكاذبة والمضللة التي أضحت تغزو قطاع الأشهار.

كما أن هدف كل الإشهارات التجارية، هو إظهار المنتج أو الخدمة على أنها الأفضل على الإطلاق<sup>1</sup>، مما يجعل المستهلك أمام عدد كبير من المنتجات والخدمات التي تبدو على أنها متميزة، فيصعب عليه تحديد الاختيار الأنسب، إلا

1 لأن الغرض الحقيقي من الإشهارات هو الترويج لمنتجات وخدمات المعلن، الذي يستثمر من أرباحه بمبالغ هامة في مجال الأشهارات التي بواسطتها يبالغ في مدح منتجاته وخدماته، مما يزيد من مبيعاته وبالتالي من أرباحه، وليس من أجل تمكين المستهلك من المعلومات والبيانات والخصائص الحقيقية للمنتج أو الخدمة محل الأشهار، ولو فرضنا إلزام المعلنين بالصدق التام في الأشهارات، وفرضت رقابة قوية وحقيقية على القطاع، لما انفق المعلنون درهما واحداً على الأشهارات.

بعد اقتناءها وتجربتها. وبالتالي فإن الإشهارات التجارية لا تمكن المستهلك من ممارسة حقه في تحديد الاختيار الأمثل والأنسب له.

### المطلب الثاني: الاثار السلبية للإشهار التجاري على المستهلك

يمكن إيجاز الاثار السلبية المتعددة التي يتعرض لها المستهلك جراء الإشهارات التجارية، في اثار اقتصادية، اجتماعية، ونفسية وصحية. فالأثر النفسي يتجلى في وقوعه ضحية الاستلاب وضغط الخطابات الإشهارية التي تحدث في نفسه الرغبة الجامحة في الاستهلاك<sup>1</sup>، والأثر الاجتماعي يتمثل في تكريس الفروق الاجتماعية وتأجيج الحقد الطبقي، من خلال الإشهارات التجارية الموجهة للطبقات الغنية، على شاشات أسر فقيرة، وأما الأثر الاقتصادي فيتجلى في الضغط غير المباشر على المستهلك لاقتناء المنتجات والخدمات المعلن عنها، بالرغم من عدم حاجته في كثير من الحالات إليها، مما يؤدي إلى اقتناء كماليات على حساب الضروريات التي يحتاجها المستهلك فعليا. لأن الإشهار التجاري يسعى لبيع المنتجات والخدمات، لذا يستخدم المعلن أي تقنية أو وسيلة من أجل تحقيق هذا الهدف، من استمالات تعتمد على المشاعر والغرائز والمناظر التي تبعث في المستهلك الإحساس بالسعادة الوهمية في حال تملك أو استخدام المنتج أو الخدمة محل الإشهار التجاري. باستعمال تقنيات الإبهار والمبالغة، واللجوء إلى الكذب والتضليل في بعض الحالات، واستغلال ضعف المستهلك، والمساس بمصالحه المادية والمعنوية.

وسأقتصر في الاثار السلبية للإشهارات التجارية على نقطتين أساسيتين هما: الكذب والتضليل في الإشهار التجاري في الفقرة الأولى، واستغلال ضعف المستهلك في الإشهارات التجارية في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: الكذب والتضليل في الإشهارات التجارية

لقد أحجم المشرع المغربي عن إيراد تعريف واضح وتام للإشهار الكاذب والمضلل، واقتصر على تحديد العناصر التي يمكن أن تشتمل على كذب أو تضليل، وذلك كالتالي: " ... يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، إدعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا.

كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها أو كميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصناع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو وصفتهم أو مؤهلاتهم"<sup>2</sup>

يستشف من المادة أن الإشهار الكاذب هو ما اشتمل مضمونه على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب، بمعنى احتواء مضمون الإشهار على بيانات أو عروض أو ادعاءات غير موجودة حقيقة في المنتج أو الخدمة، ولا أساس لها من الصحة في عنصر أو أكثر من العناصر المذكورة على سبيل الحصر بالمادة 21، قصد دفع المستهلك إلى استهلاك المنتج أو الخدمة،

<sup>1</sup> وهذا الأثر يتضاعف في حال كان المستهلك المخاطب ذا قدرة شرائية جد محدودة

<sup>2</sup> المادة 21 من القانون رقم 31-08

وأما الإشهار المضلل فهو الذي من شأنه خلق اللبس في ذهن المستهلك وإيقاعه في غلط، من أجل التأثير على إرادته حيث يصاغ عمداً بكيفية تؤدي إلى اعتقاد المستهلك غلطاً أن المنتج أو الخدمة محل الإشهار تتوفر على مميزات أو تستجيب لتطلعات معينة، بقصد حمل المستهلك على التعاقد. فالإشهار الكاذب يتضمن بيانات ومعلومات غير موجودة في الواقع، وأما الإشهار المضلل فلا يشتمل على كذب، وإنما من شأنه خداع المستهلك باعتماد أساليب معينة. وقد يقع الإشهار الكاذب أو المضلل على عنصر أو عدة عناصر من المنتج أو الخدمة ذاتهما، كما قد يقع على عنصر أو عدة عناصر خارجية ومستقلة عن المنتج أو الخدمة.<sup>1</sup>

إن استعمال المشرع المغربي في الدلالة على الإشهار الكاذب لعبارة "يتضمن بيانات أو عروض أو ادعاءات كاذبة" يجعلنا نستنتج ضرورة احتواء الإشهار الكاذب على معطيات غير حقيقية. من أجل تحقق فعل مادي إيجابي من جانب المهني المعلن، فهل يمكن اعتبار سكوت المهني عن ذكر بيانات أو إخفاءه لمعطيات<sup>2</sup> - لو علم بها المستهلك لما أقدم على التعاقد- إشهاراً كاذباً أو إشهاراً مضللاً؟

إن معظم الإشهارات تبالغ في مدح المنتجات والخدمات، وتخفي كل ما يجعل المستهلك يتردد في اتخاذ قرار الاستهلاك. خاصة تلك المعطيات التي تخص العيوب والسلبيات والأخطار وكذا شروط التعاقد والمصاريف الحقيقية والكاملة... وهذا الإخفاء من شأنه أن يضلّل المستهلك ويحجب عنه المعلومات والمعطيات الأساسية التي تحيط بعملية التعاقد من أجل الاستهلاك، بحيث لو علم المستهلك منذ البداية بهذه المعلومات والبيانات لما أقدم على التعاقد، أو على الأقل كان سيتروى أو يتفاوض قبل اقتناء المنتج أو الخدمة، وهذا الإخفاء يكون في معظم الأحيان عمدياً، وبالتالي فهو كذب بفعل سلبي يؤدي إلى تضليل المستهلك.

ومن الناحية الواقعية نجد أغلب المعلنين يعتمدون الإشهارات التضليلية عوض الإشهارات الكاذبة لأن الكذب الإشهاري قد يسهل التعرف عليه، لكن الإشهار التضليلي يعتبر أكثر تعقيداً فهو أعم حيث يضم الإشهار الكاذب وغيره الإشهارات غير المشروعة التي من شأنها خداع المستهلك<sup>3</sup>. كما أن المعلن عند اعتماده للإشهار المضلل يتهرب من المسؤولية، ويدعي عدم سوء نيته في تضليل المستهلك وإنما هي تقنية من تقنيات الإبداع الإشهاري المطلوبة في مجال التسويق، كالمبالغة والإثارة مثلاً.

وبناء على ما سبق فإنه يمكن اعتبار أساليب الإبهام والإثارة والمبالغة في الإشهار التجاري، بمثابة تضليل للمستهلك تستوجب المنع، على اعتبار أن نهج هذا الأسلوب، يمكن تكييفه على أنه صياغة لخطابات إشهارية من شأنها تضليل المستهلك وحجب الحقيقة عنه.

1 يمكن تقسيم العناصر المذكورة في المادة 21 من القانون رقم 31-08 إلى عناصر تتعلق بالمنتج أو الخدمة وعناصر خارجية عنهما، وذلك كالتالي:

- العناصر الداخلية: حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأه أو كميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم الخدمات

- العناصر الخارجية: نطاق التزامات المعلن وهوية الصانع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو وصفهم أو مؤهلاتهم

2 أي بفعل سلبي من جانب المهني

3 وفي هذا الإطار يمكن إدراج الإشهار المقارن الذي لا يحترم الضوابط القانونية

فبالإضافة إلى كون الإشهار الكاذب والمضلل يؤثر على إرادة المستهلك سلبيًا، حيث يتعاقد مكرها بإرادة معيبة بالغلط، وباعتماد حيل تدليسية مباشرة وخفية. فهو أيضا يشكل خرقاً لمبدأ حرية المنافسة المشروعة داخل السوق، لأن المهني الذي يلجأ للإشهار الكاذب والمضلل من أجل ترويج منتجاته وخدماته، يقضي على منافسيه اللذين لا يعتمدون هذا النوع من الإشهارات.

لذلك اعتبر المشرع المغربي الأشهار الكاذب والمضلل، جنحة من نوع خاص يعاقب مرتكبوها بمقتضى القانون رقم 08.31 والقانون الجنائي والمسطرة الجنائية.

### الفقرة الثانية: استغلال ضعف المستهلك في الإشهار التجاري

تنص المادة 59 من قانون 08-31 على أنه: "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة"<sup>1</sup>. لقد أخذت هذه المادة بعين الاعتبار ارتفاع نسبة الأمية، وارتفاع نسبة الهشاشة والفقر، وغياب الثقافة الحقوقية لدى الأفراد، وضعف آليات التوعية والتثقيف في مجال الاستهلاك بصفة خاصة، مما جعل شريحة واسعة من المستهلكين يتأثرون بالإشهارات التجارية التي صارت موجهة لهذه الفئة، على وجه الخصوص، حيث يستغل المهنيون هذا الضعف بشكل واضح يتجلى من خلال مستوى الإشهارات التجارية التي تروج لمنتجات معظمها يندرج في إطار المنتجات المعيشية اليومية للأسر محدودة الدخل، إذ تتضمن خطابات إشهارية ضعيفة سواء من حيث المواضيع والأفكار التي يتمحور حولها الإشهار التجاري، وكيفية تبلور الرسالة الإشهارية ونوع الخطاب واللغة المستعملة وكذا طبيعة المنتجات والخدمات المعروضة، أو من حيث التقنيات والأساليب المعتمدة في الإقناع، حيث يلاحظ غياب أي مجهود مبذول من قبل المعلن من أجل إخفاء أساليب الغش والتضليل في الإشهار التجاري، سواء من خلال العبارات المستعملة والصور ضعيفة الجودة، بل وحتى الموسيقى الرديئة. ومما يدعو للاستغراب أن هذه الإشهارات هي السائدة في كل القنوات الإعلامية بلا حسيب ولا رقيب. ومما يدعو للاستغراب أكثر أن تلك المنتجات والخدمات محل هذه الإشهارات مروجة بشكل كبير في السوق<sup>2</sup>، بأضعف مجهود وأقل التكاليف، لأن الفئة المستهدفة من قبل المعلنين، قابلة لاستقبال كل ما يقدم لها، دون تحليل أو تفكير.

كما يتعين الإشارة إلى فئة صغار المستهلكين والمراهقين الذين يتعرضون لاستغلال قوي في مجال ترويج المنتجات والخدمات الخاصة بهم، عبر الإشهارات التجارية التي من السهل أن تؤثر عليهم وبالتالي يقومون بالضغط على آباءهم لاقتناء منتجات تُصور لهم بشكل خيالي ومهم، وتستغل ضعفهم من أجل استغلالهم.

1 خصص المشرع المغربي من خلال القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الباب الثامن من القسم الرابع "لاستغلال الضعف أو الجهل"  
2 كما هو معلوم أن المهنيين وبعد قيامهم بأي حملة ترويجية، يقومون بدراسة معمقة حسب المناطق والفئات المستهدفة، ونوع الإشهارات الأكثر تأثيرًا، وأي الوسائط المعتمدة حققت أكبر نسب مبيعات من خلال قياس نسبة المشاهدة وغيرها من التقنيات، وبناء على تلك النتائج تبني الخطط الترويجية الموالية، فلو تبين للمعلنين أن هذا النوع من الإشهارات لا يحصل على نسبة مشاهدة عالية لما استمروا في اعتماده، مما يبين وللأسف أن شريحة كبيرة من المجتمع تفضل هذا النوع من الإشهارات التي يسميها البعض بالإشهارات الشعبوية، والتي يؤسفني أن أنعتها بالرديئة

فكيف يمكن حماية المستهلك الأمي والضعيف والقاصر من الانسياق وراء ما تُظهره الإشهارات التجارية المثيرة والمهيرة؟

يتعين اعتبار أساليب الإثارة والإبهار والمبالغة من قبيل الإشهارات التجارية المضللة للمستهلك، وبالتالي يتوجب منع عرض كل إشهار تجاري تجاوز حدود عرض المواصفات والخصائص والمميزات الحقيقية والصادقة عن المنتج أو الخدمة، بكل موضوعية، لأن الإشهار التجاري يعد من أهم المؤثرات على الأفراد والمجتمعات، ويساهم في بناء الأفكار والمواقف والاتجاهات والقيم والسلوك، نتيجة تفاعل كل من يتلقاه إراديا ولا إراديا معه، لذلك نقترح تشديد الرقابة المؤسسية على الإشهارات التجارية قبل عرضها بالقنوات الإعلامية، وتوعية وتثقيف المستهلك عن طريق برامج إعلامية موازية، بالحقوق المكفولة له بمقتضى القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. كما يتعين على المستهلك ذاته التحكم في سلوكه الاستهلاكي، وإن كان الأمر ليس سهلا أمام كل ما سبق ذكره، وذلك من خلال:

- تحديد الحاجيات الضرورية قبل اتخاذ قرار الشراء، بناء على الميزانية المتوفرة.
- الانتباه إلى المعلومات المقدمة بالإشهارات التجارية، وتغليب المنطق والعقل، عوض الغرائز والعواطف أثناء استقبال والتفاعل مع أي خطاب إشهاري.
- الاقتناع بالوظيفة الحقيقية للإشهار التجاري والتي فرضها الواقع، والمتمثلة في ترويج المنتجات والخدمات، لأجل تحقيق الربح المادي للمعلن، وليس إعلام المستهلك ومساعدته على الاختيار السليم، وبأنه لا يهتم بمصلحة المستهلك الاقتصادية أو الاجتماعية أو الصحية.
- إدراك أن الإعلان التجاري يقوم بخلق حاجات جديدة لدى المستهلك، عن طريق تحسيسه بعدم جدوى ما يتوفر لديه حاليا، وتعميق الرغبة والحاجة إلى المنتج أو الخدمة المعلن عنها بالإشهار.

## تحديد فترة الربية في نظام صعوبات المقاولة

### ذ.المصطفى مرافق

طالب باحث

نظم المشرع المغربي في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، الإجراءات والمساطر التي تساعد على تجاوز مختلف الصعوبات التي قد تعترض المقاولة، هذه المساطر التي تختلف باختلاف درجة هذه الصعوبات، فإذا كانت هذه الصعوبات تندرج ضمن الوقائع التي من شأنها الإخلال باستمرارية الاستغلال فيمكن مواجهتها عن طريق أعمال كل من الوقاية الداخلية أو الخارجية وكذا التسوية الودية، وأما إذا كانت المقاولة متوقفة عن الدفع فانه يتم معالجة هذه الصعوبات عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط الاستمرارية أو التفويت، أو يقضى بتصفيتها إذا أصبحت مختلفة بشكل لا رجعة فيه. كلها إجراءات تهدف إلى حماية مختلف المصالح المرتبطة بالمقاولة

وحرصا من المشرع المغربي على إعادة تأسيس أصول المقاولة التي تعاني من صعوبات، و الحيلولة دون قيام المدين بتهميها محاباة منه لدائن على حساب آخر، كلها أسباب جعلت من المشرع يؤسس لبطلان هذه التصرفات إما جوازيا أو وجوبيا حسب طبيعة التصرف و الظرفية التي تم فيها، إلا أن المغالاة في تقرير البطلان فيه تهدد لاستقرار المعاملات، و تغييب للثقة المفترضة في المجال التجاري، لذلك عمل المشرع على تحديد فترة الربية<sup>1</sup> تحديدا يقلص من أعمال المحكمة لسلطتها التقديرية قدر الإمكان<sup>2</sup>.

الأمر الذي جعل من تحديدها يتقرر وفق ضابطين اثنين هما: تاريخ التوقف عن الدفع أولا، و صدور الحكم<sup>3</sup> بفتح المسطرة ثانيا.

من هنا يثار الإشكال التالي: ما هي الحالات التي تحكم تحديد فترة الربية ؟  
للإجابة عن الإشكال المطروح يقتضي الأمر التطرق إلى الحالات العادية لتحديد فترة الربية (المطلب الأول) ثم تحديدها في الحالات الغير العادية (المطلب الثاني).

1- إلياس ناصف، الكامل في قانون التجارة، الإفلاس، الجزء الرابع، منشورات البحر المتوسط، ومنشورات عويدات بيروت، الطبعة الأولى، 1982، ص.244.

2- حسناء بولال، الإجراءات التحفظية في مساطر صعوبات المقاولة، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية: 2012-2013، ص.72.

3- يتضمن الحكم القاضي بفتح المسطرة العديد من المقتضيات القانونية التي يمكن الوقوف عليها من خلال مواد متفرقة.

• تعيين أجهزة المسطرة من سنيديك و القاضي المنتدب (المادة 637).

• تحديد سلطات رئيس المقاولة و السنيديك (المادة 576).

• تعيين تاريخ التوقف عن الدفع.

- يراجع بهذا الخصوص:

- Abdeljalil EL HAMOUNI, droit des difficultés de l'entreprise, librairie DAR SALAM ,3ème édition 2008.p62.63

## المطلب الأول: الحالات العادية لتحديد فترة الريبة

يقصد بالحالات العادية لتحديد فترة الريبة تلك الحالة التي يتم فيها تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة (الفقرة الأولى) ثم الحالة التي يتم فيها إغفال هذا التحديد (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة

عند صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة من طرف المحكمة تعين فيه هذه الأخيرة تاريخ التوقف عن الدفع و ذلك بالاستناد إلى ما تقدم به طالب فتح المسطرة<sup>1</sup> من أدلة<sup>2</sup>، كما أن العمل القضائي تواتر بهذا الخصوص على إعمال الخبرة للتأكد من حقيقة تاريخ التوقف عن الدفع<sup>3</sup>. و المشرع من خلال المادة 680 من مدونة التجارة أخذ بعين الاعتبار إمكانية تعذر تحديد المحكمة لهذا التاريخ، وهو ما يتجلى من خلال ذات المادة (680 من م.ت)، حيث يقضي المشرع بأنه " يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة". ليتأكد من خلال هذه المادة أن للمحكمة سلطة تقديرية<sup>4</sup> في تعيين تاريخ التوقف عن الدفع، و الذي تعتمد بموجبه على جميع الوقائع الماثلة أمامها، التي تثبت أن المقاول متوقفة عن أداء ديونها و التي يقدمها طالب فتح المسطرة في غالب الأحيان .

و يتبين من خلال الواقع العملي، الذي يمكن الوقوف عليه من خلال العمل القضائي أن التوقف عن الدفع يكون سابقا ليس للحكم القاضي بفتح المسطرة فحسب، و إنما يكون سابقا كذلك لتقديم طلب فتح المسطرة<sup>5</sup>، و هي نتيجة منطقية و أمر متوقع<sup>6</sup>. و تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة، يمكن للمحكمة أن

1 - الأطراف التي خول لها المشرع طلب فتح المسطرة هي المخاطبة بأحكام المواد 562 و 563 من مدونة التجارة، أي: المدين، الدائن، المحكمة، النيابة العامة.

2- حيث أن الحكم بفتح المسطرة يعين تاريخ التوقف عن الدفع طبقا للمادة 680 من م.ت.و أن المحكمة تحدده في 99/05/11 تبعا لتصريحات رئيس المقاول بغرفة المشورة"

- حكم عدد 3246 بتاريخ 99/05/31 ملف 99/4056. أشار إليه عبد الرحيم السلمي، القضاء التجاري بالمغرب و مساطر صعوبات المقاول، طوب بريس، الطبعة الأولى، 2008، ص 135.

3- عبد الواحد صفوري، التوقف عن الدفع بين الفقه و القانون و القضاء، مطبعة ابن سينا، الطبعة الأولى 2008، ص 83.

- حياة صليحة حاجي، التسوية الودية في صعوبات المقاول واقع و آفاق، مطبعة الرشاد، الطبعة الأولى، 2015، ص 76.

4- و هي سلطة تقديرية محكمة قانونا بأجل 18 شهرا السابقة للحكم، على خلاف ما كان عليه الأمر بالنسبة لنظام الإفلاس الذي لم يكن يحدد أجلا معينا.

5- و هو إنما يدل على أن ثقافة المقاول المغربي لازالت بعيدة عن مرامي الكتاب الخامس، و يؤكد أهمية فترة الريبة على اختلاف التبريرات المعطاة من قبل الفقه حول تحديد مدة التوقف عن الدفع.يراجع بهذا الشأن:

- حكيم كرام، فترة الريبة في مساطر معالجة صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2009-2010، ص 26.

6- لأن التوقف عن الدفع بحسب المفهوم الاقتصادي لا يقف عند التوقف المادي عن الأداء وإنما يبحث في المركز المالي للمدين.

ترجع به لغاية 18 شهرا السابقة للحكم، و اعتبار هذه الفترة فترة رتبة تبطل من خلالها تصرفات المدين إما وجوبا أو جوازا لوجود تشكك في الغاية التي تم بموجها التصرف وقصد رئيس المقاول<sup>1</sup> بهذا الخصوص<sup>2</sup>.

و تجب الإشارة إلى أن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم<sup>3</sup> القاضي بفتح المسطرة ليس من النظام العام، ذلك أن تخلف هذا التحديد لا يجعل من الحكم باطلا، و لا يؤثر فيما قضى به، وهذه الحالة هي التي ستكون موضوع الفقرة الموالية.

#### الفقرة الثانية: تحديد فترة الرتبة في حالة عدم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم:

سبقت الإشارة إلى أن المحكمة تعين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة، و الذي يمكن للمحكمة أن ترجع به 18 شهرا السابقة لصدور الحكم، و هي مكنة حولها إياها المشرع من خلال المادة 680 من مدونة التجارة<sup>4</sup>.

كما تمت الإشارة إلى أن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم ليس من النظام العام، ذلك أن عدم تعيينه لا يؤثر في صحة الحكم، لكن مع ذلك يمكن التساؤل عن تحديد فترة الرتبة في الحالة التي لا يعين فيها تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة<sup>5</sup>؟ كما هو معلوم أن هذه الحالة من حالات تحديد فترة الرتبة تتحقق عندما لا يتم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة، ذلك أن المشرع من خلال المادة 680 في فقرتها الثانية<sup>6</sup> التي يستفاد من خلالها أن بداية تاريخ التوقف عن الدفع هو تاريخ الحكم، و من تم ينتج عن تاريخ صدور الحكم كل الآثار القانونية التي تترتب عن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم، و منها تحديد فترة الرتبة، و ما يمكن قوله في

- 
- 1- يقصد به حسب المادة 560 من مدونة التجارة الشخص الطبيعي المدين أو الممثل القانوني للشخص المعنوي المدين.
  - 2- عبد الرحيم ميراوي، فلسفة فترة الرتبة، كضمانة للدائنين، ورشة الدكتوراه رقم 2 المنظمة من قبل مختبر الأعمال بكلية الحقوق سطات، يومي 20 - 21 أبريل 2012، ص من 43 إلى 50.
  - 3- للتوسع في حالة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة يراجع:
  - أحمد شكري السباعي الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009، ص 319 وما بعدها.
  - محمد لفروحي، التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاول، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء.
  - عبد الرحيم السلماني، م، س، ص 134.
  - 4 - يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال 18 شهرا قبل فتح المسطرة.
  - 5- يراجع للاطلاع على مسألة تحديد فترة الرتبة في هذه الحالة :
  - محمد لفروحي، م، س، ص من 112 إلى 115.
  - حسناء بولال، م، س، ص 74-75-76.
  - حياة حجي، نظام الضمانات و قانون صعوبات المقاول، دار السلام، الطبعة الأولى، الرباط، 2012، ص 124-125.
  - حكيم كرام، م، س، ص 26-27.
  - إلياس ناصف، م، س، ص 207.
  - عبد الرحيم السليماني، م، س، ص 134-135.
- 6- " إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم."

هذا الصدد هو أن مدة فترة الريبة تتأثر في هذه الحالة، بحيث يمكن تصور أقل مدة لها عند إعمال المحكمة للممكنة التي حولها المشرع إياها بمقتضى المادة 681 من مدونة التجارة، وأقل مدة لفترة الريبة هي 6 أشهر وفقا لنفس المادة.

وقد تعددت القراءات التي كانت المادة 680 في فقرتها الثانية موضوعا لها .

ذلك أن البعض<sup>1</sup> أكد في هذا الصدد على أن المشرع المغربي من خلال مدونة التجارة لم يعالج بعض الإشكالات الناشئة عن الانقطاع عن التجارة أو الوفاة أو انسحاب الشريك من الشركة (المادتين 564 و 565) حيث لا يمكن أن يكون تاريخ الحكم هو بداية التوقف عن الدفع، إن لم تعين المحكمة هذا التاريخ (المادة 680 الفقرة الثانية)، فلا يمكن فتح مسطرة المعالجة ضد تاجر أو حرفي وضع حدا لنشاطه إلا داخل سنة من اعتزاله أو من وفاته إذا كان التوقف سابقا لهذه الوقائع، وهو الأمر الذي يجعل من غير المقبول أو المتصور أن يكون تاريخ الحكم هو بداية التوقف عن الدفع إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، فالقانون نفسه يشترط أن يكون التوقف عن الدفع سابقا لاعتزال التجارة أو الوفاة (المادتين 564 – 565) ."

و ذهب البعض الآخر<sup>2</sup> إلى القول بأنه : "من النادر جدا أن يكون تاريخ التوقف عن الدفع هو تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، فهذا الحكم لا يمكن أن يصدر يوم التوقف عن الدفع مادام هناك إجراءات يتعين على المحكمة التجارية المرفوع إليها الطلب، مستغريا من حكم صادر عن المحكمة التجارية قضت من خلاله بناء على طلب رئيس المقاول بالتصفية القضائية لهذا الأخير، لكون وضعيتها مختلفة بشكل لا رجعة فيه و باعتبار تاريخ حكمها الصادر في هذا الإطار هو تاريخ التوقف عن الدفع"<sup>3</sup>، و قد تبني هذا الجانب من الفقه نفس التوجه الأول بخصوص عدم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة ضد التاجر المتوفى أو المعتزل، ليؤكد إلزامية اعتبار تاريخ الوفاة هو تاريخ التوقف عن الدفع في هذه الحالة، بحيث لا يمكن تصور أن تكون بداية التوقف عن الدفع في هذه الحالة لاحقة لوفاة التاجر، مادام أن فتح المسطرة ضده يتوقف على ضرورة أن يكون قد توفي و هو في حالة توقف عن الدفع".

إلا أنه يمكن القول بقراءة تختلف في شق منها، عن الذي تم تبنيه بهذا الخصوص على اعتبار أن عدم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة قد لا يثير بعض الإشكالات التي سبق بسطها، و ذلك بالاستناد إلى النص القانوني وكذا الواقع العملي .

فمن خلال النص القانوني نجد أن المشرع المغربي في المادة 680 من مدونة التجارة لم يجزم بأن تاريخ التوقف عن الدفع يكون حتما هو تاريخ الحكم، و هو ما يتضح من خلال استعمال المشرع لعبارة "تعتبر بداية التوقف عن الدفع"، بمعنى أنها بداية تاريخ التوقف عن الدفع و ليس تاريخ التوقف بذاته، و هو ما يمكن من خلاله تلافي بعض الإشكالات التي أثرت بهذا الصدد، ذلك أن المشرع منح للسنديك إمكانية تغيير هذا التاريخ مرة أو عدت مرات، بطلب منه في حال

1 - احمد شكري السباعي، م.س، ص.319.

2-المحمد لفروجي، م.س، ص.112.

3 - حكم المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 29 دجنبر 1998 عدد 4/98/677 منشور بمجلة الإشعاع عدد 18 يناير 1999، ص 256.

و إن كان الحكم لا يجسد حالة المتوفى أو المنسحب أو المعتزل، ذلك أن هذا الجانب مستغرب من كون تاريخ التوقف عن الدفع هو تاريخ الحكم مع أن الأمر يتعلق بالتصفية القضائية، و هو ما يفترض معه أن التوقف عن الدفع يكون سابقا للحكم .

عدم تعيين المحكمة لتاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة بالنسبة لحالة التاجر المتوفى و المنسحب وكذا المعتزل .

لنصل بهذا الخصوص إلى أن هذه الحالات قد لا تثير صعوبات قانونية، من قبيل كيف يمكن تقبل تاجر متوفى فتحت المسطرة في حقه داخل أجل سنة اعتباره متوقفا عن الدفع يوم صدور الحكم في حال عدم تعيين هذا التاريخ من طرف المحكمة، و التي يمكن تدليلها من منطلق المادة 680 من مدونة التجارة وفق الشكل التالي :

- عدم تعيين المحكمة لتاريخ التوقف عن الدفع في هذه الحالة تعتبر بدايته من تاريخ صدور الحكم .

- للسنديك طلب تغييره مرة أو عدة مرات داخل أجل 15 يوما .

هذا من المنظور القانوني، أما من الجانب الواقعي، فهذه الحالة يصعب تحقيقها<sup>1</sup> للعديد من الاعتبارات من بينها أن المشرع يشترط للقول بفتح مساطر معالجة صعوبات المقاوله تحقق شرط التوقف عن الدفع، بمعنى أن واقعة التوقف عن الدفع تكون سابقة على الحكم القاضي بفتح المسطرة. و بالتالي، فمن النادر تحقق هذه الحالة، هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإنه في حال تحققها فإن ما يشير إليه الحكم القاضي بفتح المسطرة هو بداية لتاريخ التوقف عن الدفع سيتم تغييره لا محالة بطلب من السنديك. على العموم، فعدم تعيين المحكمة لتاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بفتح المسطرة تتحدد بموجبه فترة الربية فقط في 6 أشهر لبعض دروب التصرف<sup>2</sup> و التي تخرج من بينها حالات البطالان الوجوبي، إذا ما بقي هذا التاريخ بدون تغيير، أي إذا بقي تاريخ الحكم بمثابة تاريخ للتوقف عن الدفع .

#### المطلب الثاني : الحالات غير العادية في تحديد فترة الربية

بعد الحديث عن الحالات العادية لتحديد فترة الربية المتمثلة في حالي تحديدها من خلال تعيين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم، وكذا في حال إغفاله، سنعمل في هذا المطلب على التطرق للحالات الغير العادية لهذا التحديد، و التي تتجسد في كل من حالة تمديد المسطرة (الفقرة الأولى) ثم تحديدها في حالة تغيير تاريخ التوقف عن الدفع (الفقرة الثانية) .

1 -المجلد لفروحي، م.س، ص 113 .

2- و هي الحالة لماما ما يمكن الوقوف عليها من خلال العمل القضائي، ذلك أن جل الأحكام و القرارات دأبت على الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع 18 شهرا إلى الوراء. يراجع :

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 98/1 بتاريخ 99/04/07 .

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 98/12/19 .

- أشار إليهما أحمد ابردان، التوقف عن الدفع، إثباته، تقديره من طرف المحكمة و تحديد تاريخه، مجلة القانون الاقتصادي، العدد 2،

2009، ص.163، 162.

## الفقرة الأولى : تحديد فترة الربية في حال تمديد المسطرة

مر معنا أن للمحكمة سلطة في تعيين تاريخ التوقف عن الدفع، و الذي قد ترجع به 18 شهرا إلى الوراء انطلاقا من تاريخ الحكم<sup>1</sup>، و قد لا تعين المحكمة تاريخ التوقف عن الدفع، و بذلك يعتبر تاريخ الحكم هو تاريخ التوقف عن الدفع، و قد يتصور تحديد فترة الربية خارج هذه الحالات المشار إليها، و من بين هذه الحالات حالة التمديد، أي تمديد المسطرة إلى المسير<sup>2</sup>، وهو ما يستفاد من خلال المواد من 704 إلى 710 من مدونة التجارة .

حيث تقضي المادة 706 بأنه: " في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يتعين على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه أحد الوقائع .."، بمعنى أن كل مسؤول تبين قيامه بأحد الأعمال المشار إليها في هذه المادة يواجه بفتح المسطرة في حقه

غير أن الإشكال الذي يثار في هذا الإطار هو كيف يمكن تحديد فترة الربية في حال تمديد المسطرة إلى المسير ؟ كما هو معلوم أن المشرع المغربي من خلال الكتاب الخامس قد وضع الأسس التي يمكن اعتمادها للوصول إلى تحديد فترة الربية في هذا النوع من المساطر، إلا أن هذا التحديد ليس بالأمر الهين لعدم حسم المشرع في العديد من النقاط، الأمر الذي جعل فترة الربية في مسطرة التمديد تتجاوز عدت قراءات .

فبالرجوع إلى المادة 707 من مدونة التجارة يتضح أن المسطرة الأصلية تؤثر في تحديد فترة الربية، ذلك من خلال تأكيد المشرع على أنه في حالة المسطرة المفتوحة تطبيقا للمادة 706 تشمل بالإضافة إلى الخصوم الشخصية خصوم الشركة . و يكون تاريخ التوقف عن الدفع هو التاريخ المحدد في حكم فتح المسطرة تجاه الشركة.

و هو الأمر الذي يطرح معه أكثر من تساؤل، من قبيل : هل تشكل المادة 707 استثناء في تحديد فترة الربية، و من ثم يمكن الخروج عن التحديد القانوني المكرس من خلال المواد 680 و 681 من مدونة التجارة ؟

لمقاربة هذا الإشكال لا بد من التطرق لبعض الضوابط القانونية التي تساعد على التوصل إلى تحديد مدة فترة الربية في حال تمديد<sup>3</sup> المسطرة اتجاه المسؤولين.

فالمشرع في المادة 679 ينص على ما يلي: " تبتدئ فترة الربية من تاريخ التوقف عن الدفع و لغاية حكم فتح المسطرة.."، و المشرع لم يعمل على تخصيص مسطرة بعينها<sup>4</sup>.

كما أن المشرع يقر في الفقرة الثانية من المادة 707 بأن تاريخ التوقف عن الدفع هو التاريخ المحدد في الحكم القاضي بفتح المسطرة تجاه الشركة.

1- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 08/12/24 عدد 1646 ملف عدد 05/82، نشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، ص 190.  
- أشار إليه إدريس المحجوب، مبادئ القرارات الصادرة بغرفتين أو جميع غرف المجلس الأعلى 1957-2009، الطبعة الأولى، 2009، ص 116.  
2- نور الدين اتركين، تمديد المسطرة للمسير في نظام صعوبات المقابلة- شركات المساهمة نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2009-2010، ص 116.  
3- المشرع المغربي لا يستعمل مصطلح تمديد المسطرة و إنما يوظف عبارة " تفتح المسطرة .." بمعنى أن هذا المصطلح هو إبداع فقهي وظفه القضاء في قراراته و أحكامه . يراجع بخصوصه :  
- نور الدين اتركين، م.س، ص 12-13-14.  
4- و من تم تدخل مسطرة التمديد ضمن مدلول المسطرة .

بناء عليه يمكن القول بأن فترة الربية قد تتجاوز المدة المحددة قانونا وفقا للمادتين 680 و 681 من مدونة التجارة .

يرى البعض<sup>1</sup> أنه من غير المعقول أن تتجاوز مدة فترة الربية 18 شهرا باعتبار هذه الأخيرة كحد أقصى لتحديد فترة الربية، و أن تجاوز هذه المدة فيه مخالفة حقيقية لإرادة المشرع المتجسدة في المادة 680 من مدونة التجارة . لكن أليس القول بهذا الرأي فيه كذلك مخالفة لإرادة المشرع المتمثلة في المواد 679 و 704 و لغاية 710 من مدونة التجارة ؟

ذلك أن المشرع المغربي من خلال المادة 707 يعتبر تاريخ التوقف عن الدفع هو التاريخ المحدد في حكم المسطرة الأصلية، و المشرع نفسه في المادة 679 يقضي بأن فترة الربية "تبتدئ من تاريخ التوقف عن الدفع و لغاية حكم فتح المسطرة"، فهل مسطرة التمديد غير معنية بحكم المادة 679 ؟

يذهب بعض الباحثين<sup>2</sup> إلى القول : " صحيح أن المشرع وضع حدا أقصى لمدة فترة الربية في 18 شهرا بالنسبة للبطلان الوجوبي، و تكون في البطلان الجوازي 24 شهرا، حيث تضاف مدة الست أشهر المتعلقة ببعض العقود، إلا أن الأمر بالنسبة لحالة التمديد تختلف كلياً عما عليه الأمر في المسطرة الأصلية، فالقاعدة المنصوص عليها في المادة 680 تتعلق بالمسطرة الأصلية، ولو أراد المشرع توحيد فترة الربية بالنسبة للمسطرتين لاعتبر تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة لحكم التمديد هو تاريخ هذا الحكم الأخير و ليس حكم المسطرة الأصلية"، و تأكيداً لموقفه أضاف أن المشرع لا يستلزم توقف المسير عن الدفع و إنما اشترط ذلك في المسطرة الأصلية<sup>3</sup> .

في محاولة لتدليل الموقفين المشار إليهما، خاصة أن كلاهما يؤسس لوجهة نظر من منطلق النص القانوني، لم نجد في العمل القضائي المغربي<sup>4</sup> ما من شأنه وضع حد لهذا الاختلاف، الأمر الذي يستدعي البحث في القضاء المقارن<sup>5</sup>، و في هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أن " فترة الربية بالنسبة للمسير هي الفترة الممتدة ما بين تاريخ التوقف عن الدفع تبعا للمسطرة الأصلية و تاريخ الحكم بتمديد المسطرة للمسير، و بالتالي فإن فترة الربية بالنسبة للمسير تستغرق فترة الربية بالنسبة للمسطرة التي شرع في تطبيقها على المفاوضة<sup>6</sup> .

و من تم، فإن فترة الربية في هذه الحالة تتجاوز الأمد المنصوص عليه من خلال المواد 680 و 681 من مدونة التجارة .

1- عبد الرزاق الزيتوني، استمرارية المفاوضة بعد التوقف عن الدفع و حماية الدائنين على ضوء القانون 15/95 المتعلق بمدونة التجارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2005، ص 220 .

2- حكيم كرام، م.س، ص 36 .

3- كما لا يشترط فيه الصفة التجارية، قرار المجلس الأعلى بتاريخ 08/03/12 عدد 279 ملف تجاري 04/1/3/759، يراجع:

- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في التسوية والتصفية القضائية، منشورات دار القضاء بالمغرب، طبعة 2014، ص 16.

4- من خلال ما توصلنا إليه من عمل قضائي من أحكام و قرارات .

5- ذلك أن العمل القضائي المغربي في العديد من الأحكام و القرارات يستند إلى ما ذهب إليه القضاء المقارن خاصة الفرنسي منه لبحث الحلول حول نقط معينة .

6- Cass.Com, 16 juin, rapport annuel de le cassation française pour l'année 2004, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

## الفقرة الثانية : تحديد فترة الرتبة في حال تغيير تاريخ التوقف عن الدفع

سبقت الإشارة إلى أن إغفال تاريخ التوقف عن الدفع لا يعيب الحكم، كما أن تعيين هذا التاريخ لا يكون له إلا طابع وقتي، و الذي قد يعين إما في الحكم القاضي بفتح المسطرة أو في حكم لاحق، و الأساس من منح المشرع من خلال مدونة التجارة إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع هو ضمان المساواة بين الدائنين، و يمكن تغيير التوقف سواء تم تعيينه بالحكم أو في حال اعتبار تاريخ الحكم هو تاريخ التوقف عن الدفع، إلا أن أهم ما يمكن الوقوف عليه بهذا الخصوص هو أن تغيير هذا التاريخ لا يمكن الرجوع به إلى أكثر من 18 شهرا .

فالمشرع المغربي لم يصح بالطابع الوقتي لهذا التعيين على خلاف بعض التشريعات<sup>1</sup> التي صرحت بوقتية تعيين تاريخ التوقف عن الدفع.

و قد تحدث البعض<sup>2</sup> عن مصطلح "تغيير" و تساءل بخصوصه : هل يقصد منه الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع إلى الوراء، أم يمكن تقديمه كذلك؟ ذهب هذا الجانب إلى القول بأن تاريخ التوقف عن الدفع أساسه هو الرجوع إلى الوراء استنادا إلى المستقر عليه فقها و قضاء في فرنسا .

و هو توجه في نظرنا يستلزمه المنطق القانوني على اعتبار أن فترة الرتبة شرعت لحفظ قاعدة المساواة بين الدائنين و إبطال التصرفات التي يقصد منها محاباة بعضهم، على الرغم من وجود مصلحة الدائنين في تقديم هذا التاريخ إلى الأمام تفاديا لبطلان تصرفاتهم<sup>3</sup>، و هي إمكانية مستبعدة من زاوية أهدافه الكتاب الخامس من مدونة التجارة التي تقوم في أساسها على استمرارية النشاط لفرض نوع من التضحية من مختلف الأطراف الفاعلة في مساطر صعوبات المقاوله .

لنخلص إلى أن إمكانية تقديم هذا التاريخ هو أمر مستبعد تبعا لما هو مستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا . و تحديد فترة الرتبة يتأثر بتغيير تاريخ التوقف عن الدفع، ذلك أنه كلما تم الرجوع به إلى الوراء كلما اتسع نطاق فترة الرتبة، و تبعا لذلك بطلان التصرفات المجراة خلالها.

و ما يلاحظ في هذا الصدد هو انه إذا كان القانون التجاري الملغى، الذي كان يعطي إمكانية طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع لكل من الدائن و الغير، فإن مدونة التجارة منحت هذه المكنة للسنديك لوحده<sup>4</sup>، و يبقى لكل من له المصلحة دائما كان أو من الغير أن يتقدم إلى السنديك لحثه على طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع.

1- ينظر المادة 452 من التشريع التونسي و 327 من التشريع الأردني .

- كما أن المشرع المغربي لم يذكر عبارة حكم لاحق، لكن تغيير هذا التاريخ لا يكون إلا بحكم، و هو ما يستفاد من مقتضيات المادة 680 من مدونة التجارة.

2- امجد لفروجي، م.س، ص من 114 إلى 118 .

- عادل الشاوي، بطلان التصرفات خلال فترة الرتبة في قانون صعوبات المقاوله - البطلان الجوازي نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا

المعمقة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، السويبي، الرباط، السنة الجامعية، 2008/2007، ص 29-30-31-32.

- احمد شكري السباعي، م.س، ص 319، 318.

- عبد الحميد الشواربي، م.س، ص 207 .

3- مع الأخذ بعين الاعتبار سلطة المحكمة في إبطال بعض التصرفات خلال مدة 6 أشهر رغم تغيير تاريخ التوقف .

4- أحمد شكري السباعي، م.س، ص 321.

كما يلاحظ من خلال مدونة التجارة أن المشرع لم يحدد طبيعة هذا الطلب و لا الكيفية التي يقدم بها . و أمام سكوت المشرع فإنه يستوي في ذلك أن يكون الطلب شفويا أو مكتوبا، و أن كل ما استلزمه المشرع هو ضرورة تقديمه داخل أجل 15 يوما الذي يختلف مدى سريانه باختلاف نوع المسطرة، ذلك أنه إذا تعلق الأمر بالتسوية، فإن أجل 15 يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، أما إذا تعلق الأمر بالتصفية فإنه يعتد بأجل 15 يوما التالية لإيداع قائمة الديون .

وفيما يخص الطبيعة القانونية لطلب تغيير تاريخ التوقف<sup>1</sup> عن الدفع فإن البعض<sup>2</sup> أكد على أنه ذا طبيعة قضائية تهم الموضوع، و من تم لا بد من أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة في هذه الأخيرة و إلا كان مآلها عدم القبول .

#### خاتمة:

كان الذي سبق التطرق إليه محاولة للوقوف على حالات تحديد فترة الريبة و التي يحكمها كل من تاريخ التوقف عن الدفع إلى جانب الحكم القاضي بفتح المسطرة . وهي فترة تبطل خلالها تصرفات المدين إما وجوبيا أو جوازيا إذا توفرت شروط ذلك.

وأهم ما يلاحظ بهذا الخصوص انه إذا كانت الحالات العادية في تحديدها(فترة الريبة) لا تثير إشكالا فان الأمر على خلافه إذا تعلق الأمر بحالة تمديد المسطرة، التي يشوبها نقص من عدة جوانب خاصة ما يتعلق بمدة فترة الريبة في هذه الحالة، ومن ثم كان لزاما على المشرع المغربي إيجاد مقتضى قانوني لتجاوز سلبيات هذا التحديد واعتبار فترة الريبة في حالة تمديد المسطرة تشمل الفترة ما بين تاريخ التوقف عن الدفع في المسطرة الأصلية إلى غاية صدور الحكم بالتمديد واعتبار هذه الفترة فترة ريبة سيرا على منوال القضاء الفرنسي.

1 - Hassania CHARKAOUI , Droit Commercial , ,Imprimerie Najah Aljadida ,3ème édition,2010 , p 286-287 .

2- عبد الرزاق الزيتوني ، م.س. 180.

## المقاربة القضائية لحماية الإستثمار بالمغرب

### - المنازعات الضريبية نموذجا -

#### العسولي عبد الصمد

طالب باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

احتدمت المنافسة بين الاقتصاديات المختلفة، المتقدمة منها والنامية لجلب الاستثمارات، وذلك لما أصبح لها من دور استراتيجي في التنمية الاقتصادية الحديثة فهي أحد الركائز الأساسية للاختيارات في مجال الإنتاج و الخطط التنموية ولاستعمال الدخول لجعل الاقتصاد منتجا بواسطة التراكم المكثف لرأسمال الإنتاج، مما يؤدي إلى الرفع من حجم الإنتاج الوطني<sup>1</sup>.

وقد تعددت المحددات النظرية لمفهوم الاستثمار، فهي تتأرجح بين المقتربات الاقتصادية والقانونية، فالمقرب الأول يعتبر الاستثمار عملا اقتصاديا بالدرجة الأولى، فهو يهتم بالهدف النهائي للعملية ويعرف الاستثمار بأنه تلك العملية التي تهدف إلى خلق رأسمال أو الزيادة في القوة الاقتصادية بازيداد الثروات المالية والقدرات الاقتصادية للبلد<sup>2</sup>. وهكذا يعتبر الكثير من علماء الاقتصاد أن الاستثمار هو " ذلك الجزء من الدخل الذي لا يستهلك، والذي من المفروض أن يخصص لعمليات إعادة الإنتاج أو للاستفادة منه لاحقا ". وقد جاء في الموسوعة الاقتصادية أن الاستثمار هو مصروف يقوم به رب العمل كي يحفظ أو يطور جهاز إنتاجه الذي يعبر عن انتقال الرأسمال النقدي إلى رأسمال منتج<sup>3</sup>. كما نجد الاقتصادي المغربي عزيز بلال يؤكد على أن الاستثمار هو وسيلة التجهيز لمدة تزيد عن سنة أو المخصصة لإنتاج أموال أخرى<sup>4</sup>.

أما المقاربة الثانية فهي قانونية، ويتميز تعريف الاستثمار في إطارها بالتعدد لا الوحدة، وهذا راجع للشكلائية التي تطغى على طبيعة المادة القانونية بالإضافة إلى تعدد المصادر القانونية التي تتناول هذا التعريف واختلاف منطلقاتها النظرية. فالآليات القانونية التي تعرف الاستثمار نجدها متمثلة في المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف والثنائية إلى جانب التشريعات الوطنية، وهذا الاختلاف ناتج عن تمايز أهداف هذه الآليات، فكل مؤسسة أو تنظيم يعرف الاستثمار

1 مصطفى الكتيري، النظام الجبائي و التنية الاقتصادية بالمغرب، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1985، ص 6.

2 سعيد أغريب، المعاملة المغربية للاستثمارات الدولية و البحث عن الاندماج في الاقتصاد العالمي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2001 - 2002، ص 3.

3 عبد المجيد ركرابي، قانون الاستثمارات الصناعية الجديد في ضوء السياسة الصناعية بالمغرب، بحث لنيل دبلوم السلك العادي بالمدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، السنة 1984 - 1985، ص 8 و 9.

4 Abdelaziz Belal, l'investissement au Maroc ( 1912 - 1964 ), les éditions maghrébines Casablanca, 1976, p 7.

وفق أهدافه و مجال عمله، فالطبيعة الغائية للاستثمار تحول دون بلورة تعريف قانوني موحد يشمل كل مظاهر الاستثمار<sup>1</sup>.

ويبقى مفهوم الاستثمار من الصعب تحديده قانونيا وإخضاعه لشكلية معينة، لكونه مفهوم كباقي المفاهيم في العلوم الاجتماعية بحيث يطرح صعوبات في التحديد و من جهة أخرى لارتباطه بمصالح اقتصادية وإستراتيجية أشد التصاقا بكيان الدولة.

ووعيا بأهمية الاستثمار وماله من ارتباط بالتنمية، عمل المشرع على تصحيح مجموعة من الجوانب القانونية، فبالإضافة للسياسة الجبائية التي تم نهجها بسن قوانين ضريبة خاصة بتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي، حاول أن يوفر إطارا مؤسستيا يهتم بالاستثمارات من خلال تبسيط الإجراءات الإدارية وتوجيه المستثمرين وإعطائهم ضمانات أكثر من أجل تثبيت وجلب المزيد من رؤوس الأموال.

وإذا كانت رؤوس الأموال لا وطن لها، بل تهيم من دولة إلى أخرى باحثة عن سعر الفائدة والاستقرار، فحيثما كانت التسهيلات الضريبية والتسامح الإداري وقلة الحقوق الاجتماعية إلا وسميت الدولة بجنة المستثمرين، وتدفقت عليها رؤوس الأموال الأجنبية فالرأسمال لا عاطفة له، ولا انتماء له، ولا مواطنة، إنه يبحث عن الاستقرار والريح .

وبالتالي فهما كانت أهمية النصوص والمواثيق الهادفة إلى جلب الاستثمار فإن فاعليتها، رهينة بكيفية تطبيقها، واعتبارا لذلك لا يكفي أن يصوغ المشرع قانونا جيدا، بل لابد أن يحظى هذا القانون بالتطبيق السليم، وضمان حسن التطبيق والتنفيذ يتوقف على رقابة قضائية فاعلة و مبدعة. فالاستثمار بدون عدالة لا يحقق الريح فحسب، بل يهدد الرأسمال نفسه، مما يؤدي ليس فقط إلى عدم استجلاب الرأس مال الأجنبي، بل وتهريب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية الموجودة بالداخل<sup>2</sup>.

ومن خلال ما سبق يتضح الدور الأساسي للقضاء في تحقيق حماية الاستثمار، ولعل أهم المجالات التي يكتسي فيها هذا الدور طابعا متميزا هو مجال المنازعات الضريبية. ترتبط المنازعات الضريبية بإشكالية التوفيق بين ضمان حقوق الملزمين بالضريبة و الامتيازات التي تتمتع بها إدارة الضرائب بدءا من فرض الضريبة إلى التنفيذ الجبري، لضمان تمويل ميزانية الدولة من مجموع ما يستخلص من الضرائب، ويمكن القول أن المنازعات الضريبية بحكم تعددها وتنوعها جعلت الفقه يختلف في تحديد طبيعتها القانونية. فهي تعتبر باستمرار مجالا لعدد من القرارات التي تتخذها الإدارة بشأن تأسيس الوعاء الضريبي أو مراجعته أو تحصيل مبالغه، فضلا عن قرارات اللجان التي تدخل بدورها في صميم العملية الضريبية وهي كلها قرارات قابلة مبدئيا لأن تكون موضوعا لدعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة.

وقد تكون هذه القرارات من جهة أخرى بحكم مضمونها المادي و تأثيرها على الوضعية المادية للملزم موضوعا لدعوى القضاء الشامل . والاختصاص بالنظر في المنازعات الضريبية يعود للمحاكم الإدارية بموجب القانون المنشأ لها 41-90 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 سبتمبر 1993 إذ قبل هذا التاريخ كان الاختصاص يعود

1 سعيد أغريب ، نفس المرجع ، ص 3، 9.

2 عبد العزيز العكوي، القضاء الجبائي و حماية الاستثمار من خلال قرارات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوية 4 -محكمة الاستئناف التجارية الدار البيضاء، 18، 19 أبريل 2007 ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، ص 179 .

للمحاكم العادية التي كانت مختصة بالنظر في القضايا المدنية والتجارية والإدارية، وتبث في المنازعات الضريبية كون هذه الأخيرة تنتهي إلى القضاء الإداري الشامل، بحكم المادة 18 من قانون المسطرة المدنية<sup>1</sup>.

فمهمة القضاء تكمن في حماية المستثمر من جور الإدارة الضريبية، خصوصا بعدما شاع بين الملمزمين بالضريبة أنهم يتعرضون لبعض التعسفات<sup>2</sup> كأن تفرض عليهم ضرائب تم إعفاؤهم منها بواسطة نصوص ضريبية. ولما كانت الضريبة تشكل إحدى المحددات الأساسية التي تتحكم في اختيارات المستثمر، وطنيا كان أو أجنبيا، لذلك كان من الطبيعي أن تكون النزاعات المرتبطة بها، والحلول القضائية المعتمدة بشأنها من محددات هذا الاختيار أيضا<sup>3</sup>.

من خلال هذا السياق والتحديد الدقيق تكمن أهمية هذا الموضوع في التعرف على مدى الحماية التي يوفرها القضاء الإداري المغربي للمستثمرين في النزاعات الضريبية وإبراز الضمانات المخولة للاستثمار وأهم عناصر الخلل التي مازالت تطبع علاقة المستثمر بالإدارة الضريبية.

#### أولا - تجليات الحماية القضائية من خلال الإجراءات الشكلية للدعوى الضريبية

يتقلد القاضي الإداري دورا هاما في توجيه الدعوى الوجهة الصحيحة مما يخوله التطبيق السليم لأحكام القانون بغض النظر عن التكييف القانوني للأطراف، غير أن القاضي الإداري لا يمكن له في أداء وظيفته أن يتدخل في المنازعة الإدارية من تلقاء نفسه، وإنما عليه أن ينتظر حتى يرفع الأمر إليه عن طريق الدعوى التي تعد وسيلة لممارسة الرقابة القضائية<sup>4</sup>.

إن الحماية القضائية للحقوق عموما، وللمراكز القانونية للمستثمر على وجه الخصوص، لا تتحقق فقط من خلال القواعد التي يصوغها القضاء في موضوع الدعوى، وإنما ترتبط أيضا بكيفية مقارنته للمعطيات الشكلية المرتبطة بالنزاع.

فالبث في موضوع النزاع يتوقف على مجموعة من الإجراءات و القواعد التي يهدف من خلالها القاضي الجبائي إلى تكريس الضمانات القانونية المخولة للملمزمين بالضريبة عامة وللمستثمرين بصفة خاصة. فلا خلاف في كون الإخلالات الجوهرية المؤثرة تؤدي إلى عدم قبول الدعوى، إلا أن عدم التلطيف من حدتها يؤدي إلى تعطيل الدور الحمائي للقضاء.

1 حسن صحيب ، القضاء الإداري المغربي ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية ، الطبعة الأولى ، 2008، ص 140.

2 محمد مسوس ، المنازعات الضريبية بين الضمانات القانونية الملزمة و الممارسات الواقعية لإدارة الضرائب ، مجلة المناظرة ، عدد مزدوج 16- 17 ماي 2014 ، ص 427

3 عبد العزيز يعكوبي ، القضاء الجبائي وحماية الإستثمار من خلال قرارات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوية الرابعة ، محكمة الإستئناف التجارية – الدار البيضاء 18-19 أبريل 2007 ، مطبعة الأمنية – الرباط 2007 ، ص 181.

4 ثورية لعيوني ، القضاء الإداري ، دار النشر الجسور ، وجدة ، الطبعة الأولى 1997 ، ص 120.

## الجوانب الإجرائية المتعلقة بالأجل

بعد أن لا حظ القضاء الإداري أن الكثير من الدعاوى في المادة الضريبية يتم رفضها لعيب في الشكل، حاول أن يخفف من تلك الإجراءات المعقدة أخذا بعين الإعتبار ظروف ووضعية المكلف، مما دفعه إلى التساهل في الشكليات التي من ضمنها ضرورة إحترام الآجال<sup>1</sup>.

ومن تجليات ذلك ما قرره الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بخصوص الدفع بعد قبول الدعوى لعدم تقديم الطعن داخل الأجل المنصوص عليه، حيث جاء في قرار لها عدد 1531 الصادر بتاريخ 12/2/1999 في الملف الإداري عدد 98/1/5/698، بأنه رغم كون الخاضع للضريبة في هذه القضية، لم يتقدم بالطعن داخل الشهر الموالي للستة أشهر التالية لتقديم التظلم، فإنه يفتح للمدعي أجلا جديدا للطعن ما دام هذا الجواب لم يكن ناتجا عن تظلم ثان أو يعتبر تأكيدا لرفض سابق<sup>2</sup>.

وبالتالي فالقراءة غير المتشددة التي نهجتها الغرفة الإدارية من خلال تفسير النص وإعمال مضمونه بناء على تحليل روحه هي التي انتهت بها إلى هذه النتيجة المخالفة للقراءة الحرفية للنص القانوني . وانطلاقا من القاعدة الشكلية التي كرسها الغرفة الإدارية بمقتضى هذا التوجه يتضح نهجها التلطيفي من حدة العوائق الشكلية التي تحول دون قبول الدعوى ، كما يتجلى أيضا الطابع البراغماتي الذي يحكم هذا التفسير. خصوصية تفسير و تأويل النص الجبائي من طرف القاضي الإداري.

إن الحفاظ على حق الملكية وحرية المبادرة وتشجيع الاستثمار يعتبر من الواجبات التي لا يجوز للإدارة المساس بها إلا وفق ما يقتضيه القانون. وإذا كانت تغطية تكاليف تسيير المرافق العامة تستوجب إخضاع الأفراد والمؤسسات لاقتطاعات إجبارية من أموالهم، فإن هذا الإجبار يجب أن يقف عند حدود ما أقره القانون. وبذلك يتعين على القاضي وهو يبت في النزاعات الضريبية أن يعمل عند تفسيره للنصوص القانونية على مراقبة مدى التزام الإدارة الجبائية بقاعدة التفسير أو التأويل الضيق للقانون ، ومدى احترامها لقاعدة المنع من استعمال القياس لاستنباط الأحكام من النصوص الغامضة. ذلك إن إعمال القياس في فرض الضريبة قد يؤدي إلى إخضاع فئات ونشاطات معينة للأداء الضريبي رغم عدم اتجاه إرادة المشرع إلى إخضاعها للضريبة، وحتى عند عرض النزاعات المثارة بهذا الشأن أمام القضاء فإنه يسير بدوره في منحنى التفسير الضيق للنص الجبائي لنفس الاعتبارات السالفة الذكر.

وقد ظهر التأويل الجامد لقواعد القانون الضريبي لأول مرة بواسطة الفقه الضريبي الفرنسي، وكرسه الإجتهد القضائي الفرنسي، حيث اعتبر مندوب الحكومة Marcel Martin أن القانون الضريبي قانون اقتطاع ، وبذلك فهو استثناء لهذا ينبغي تأويل معناه بشكل جامد<sup>3</sup>.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن قاعدة التفسير الضيق، وإن كان يتبين منها أنها تحد من صلاحيات القاضي في تعامله مع النص الضريبي، فإن المقصود بها في حقيقة الأمر هو عدم إعمال القياس كوسيلة لاستنباط الأحكام من

1 و داد ألو ، دور القاضي الجبائي في حماية الاستثمار ، بحث لنيل دبلوم الماستر ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية - فاس ، السنة الجامعية 2008 - 2009 ، ص 12 .

2 عبد العزيز يعكوبي ، مرجع سابق ، ص 183 .

3 نصير مكاوي ، مناهج تأويل القاضي الإداري لقواعد القانون الضريبي ، مجلة دفاتر الحكامة ، عدد 2 دجنبر 2015 ، ص 214 .

النصوص الجبائية، فالأخذ بالقياس في المادة الضريبية يعني تفسير النصوص تفسيرا واسعا وهذا يخالف المنهج المعمول به، فاللجوء إلى القياس الضريبي قد يؤدي إلى فرض الضريبة على أمور لم ترد في القانون قياسا على أمور واردة، وهذا فيه تجاوز للقاعدة الدستورية المنصوص عليها في الفصل 39 وللمادة الأولى من قوانين المالية السنوية، فإذا فرضت ضريبة بنص قانوني على واقعة معينة فلا يصح أن تمتد لتناول وقائع أخرى حتى ولو كان هناك تشابه بينهما<sup>1</sup>. وهو ما تم تأكيده في العديد من الأحكام القضائية منها حكم المحكمة الإدارية بأكادير الذي أكد ما يلي: " حيث إنه من المستقر عليه فقها وقضاء، انه في حالة الشك في مدى النص الضريبي، يتعين الأخذ بالتفسير الأصح للملزم، مما يوجب تفسير النصوص الضريبية تفسيرا ضيقا و لفائدة الملزم دائما، وكذا استبعاد قرينة القياس في المجال الضريبي ..... " <sup>2</sup>.

ومن أهم القضايا التي استبعد فيها القاضي أعمال القياس، مسألة الإخلالات الجسيمة التي قد تشوب محاسبة الخاضع للضريبة، والتي حددت في سبع إخلالات تمت الإشارة إليها في المادة 213 من المدونة العامة للضرائب. وهي حالات لم يقبل القاضي القياس عليها حفاظا على روح النص الذي يهدف إلى الحفاظ على الضمانات المكفولة للخاضع للضريبة<sup>3</sup>.

أو بمعنى أوضح لا ينبغي فرض الضريبة ولا الإعفاء منها إلا بمقتضى نصوص صريحة. وبالتالي فالتفسير أو التأويل الضيق لقواعد القانون الضريبي يعتبر امتدادا طبيعيا لتطبيق مبدأ الشرعية الضريبية<sup>4</sup>. وفي هذا السياق ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في أحد أحكامها إلى التصريح بأنه " لا تضريب ولا إعفاء إلا بنص، ولا مجال للتوسع في تفسير النصوص الضريبية أو القياس عليها بموجب نصوص قانونية أخرى من أجل فرض الضريبة، والحال أن المشرع قد نص في نازلة الحال على مبدأ الإعفاء"<sup>5</sup>.

كما أكدت المحكمة الإدارية بأكادير في حكم صادر عنها بأن " حالات التضامن لتحصيل الديون الضريبية مقررة على سبيل الحصر، لا على سبيل المثال، ولا يمكن التوسع فيها، وإن عدم انطباق حالات التضامن المشار إليها في مدونة تحصيل الديون العمومية يجعل إجراء الرهن على عقار المدعي لتحصيل الضريبة معيبا"<sup>6</sup>.

وفي نفس الإطار اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأن " تمسك المستأنفة بكونها أدلت بشهادة تثبت سقوط التسجيل المتعلق بالرهن، كدليل على سقوط الكفالة بالتبعية، يعتبر طرحا استباقيا لنزاع لم يتم الحسم فيه بصفة نهائية من قبل المحكمة التجارية المعروضة أمامها دعوى بيع الأصل التجاري، وما دام الأمر كذلك، فإن الكفالة في التضامن المفترض بين الكفيل والمدين بدين ضريبي تخضع لمقتضيات المادة 96 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي

1 محمد قصري، دور القاضي في تفعيل الرقابة على مسطرة فرض الضريبة و تصحيح وعائها، مقال وارد في المنازعات الإنتخابية و الجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية السادسة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، ماي 2007، ص 184.

2 حكم مشار إليه بمقال نصير مكاوي، مناهج تأويل القاضي الإداري لقواعد القانون الضريبي، مجلة دفاتر الحكامة، عدد 2 دجنبر 2015، ص 225، 226.

3 عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع - الدار البيضاء، 2002، ص 196.

4 Ahmed Elallali, l'interprétation des textes fiscaux au Maroc, REMALD, n 89, p 77.

5 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 1562 الصادر بتاريخ 13 يوليوز 2013 في الملف رقم 9/13/149 مشار إليه بمقال هشام الوازيكي، دور القاضي الجبائي المغربي في حماية الإستثمار، مساهمة في أشغال ندوة متعلقة بالاستثمار.

6 - حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 320 الصادر بتاريخ 27 يونيو 2005 في الملف رقم: 2004/556 ش 9 مشار إليه بمقال هشام الوازيكي، نفس المرجع.

تعتبر نصا خاصا، وبالتالي فلا مجال للتمسك بمقتضيات الفصل 1334 من قانون الالتزامات والعقود الذي يبقى نصا عاما، ولا محل له في نازلة الحال لتعلقه بالكفالة في مجال الديون المدنية وليس الديون العمومية موضوع النزاع"<sup>1</sup>. وفي إطار نفس التوجه ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء إلى التصريح بأن "الإدارة الضريبية باعتمادها في تسوية وضعية جبائية على مقتضيات قانونية ملغاة تكون قد حادت عن المشروعية، وإن الإغفال من جانب المشرع الضريبي يجب أن يفسر لفائدة الطرف الضعيف في النزاع وهو الملزم"<sup>2</sup>. وهو ما كرسته كذلك الغرفة الإدارية بمحكمة النقض حين اعتبرت في أحد قراراتها بأن "الإدارة الضريبية لا تجادل في كون واجب التضامن الوطني برسم السنوات المطعون فيها لم يتم فرضه إلا خلال سنوات 2001 – 2002 و 2003 أي بعد إلغاء الفصل الأول مكرر من قانون المالية لسنة 2001، ولم يرد في مضمون هذه المادة ما يشير إلى القانون الواجب التطبيق على الدخل والأرباح المحصل عليها قبل 2000/12/31 مما يجعل الضرائب غير مشروع"<sup>3</sup>. وهذه التوجهات تعتبر إيجابية لاستحضارها لمبدأ الشرعية الضريبية وتكريسها للعدالة الجبائية وتحقيقها للتوازن المنشود بين الإدارة الجبائية والملزمين.

#### آليات الإثبات في المادة الجبائية.

العلاقة بين الملزم والإدارة يحكمها اعتباران مرتبطان، أولهما أن الإدارة ملزمة باستخلاص جميع الضرائب التي سنها المشرع، وثانيهما أن الملزم يحرص على ألا يدفع إلا الضرائب المرخص بها في المادة الأولى من كل قوانين المالية وبالتالي يتوفر كل طرف على حق إثبات ما يدعيه وفقا لمضمون القوانين الضريبية"<sup>4</sup>. ومن تم فالدعوى الجبائية تتميز بوجود طرفين يختل التوازن بينهما، فهناك من جهة طرف بيده امتيازات السلطة العامة ويسعى لتحصيل أهم موارد الميزانية وتجسده الإدارة وطرف آخر يحاول حماية مصالحه المالية واستثماراته ومشاريعه وهو الطرف الخاضع للضريبة، وهذا الاختلال من شأنه أن يؤثر على نظام الإثبات في الدعوى الجبائية، وي طرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للإثبات بشأنها. وقبل الحديث عن خصوصية الإثبات في المادة الضريبية لا بد من الإشارة إلى أهم التعريفات التي أعطيت للإثبات حيث يعرف بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني"، كما يعرفه الفقيه السهوري بأنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبط آثارها"<sup>5</sup>.

1 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 171 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2007 في الملف عدد: 9/06/91.

2 - حكم المحكمة الإدارية الدار البيضاء رقم 236 الصادر بتاريخ 28 أبريل 2004 في الملف رقم 2003/1521 أورده هشام الوزاكي، نفس المرجع.

3 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - عدد 790 الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2008 في الملف عدد 2006/2/4/1164.

4 - محمد قصري، القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية و نقدية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 59، 2005، ص 616.

5 - نصير مكاي، تأويل القاضي الإداري لقواعد القانون الضريبي، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس السوسبي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2013، ص 312.

فإعمال القاعدة العامة المتمثلة في القول بأن " البينة على المدعي " يبقى أمراً صعباً يحول دون تكريس القاضي الجبائي لمبدأ المساواة الذي يفترض فيه أن يعمل على تطبيقه، لذلك فإنه عمل على توزيع عبء الإثبات حسب طبيعة النزاع وحسب الجهة التي تحوز الإثبات مؤسساً بذلك مجموعة من القواعد أبرزها 1: أن يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الأصل أو الثابت، و يتحمل عبء الإثبات كل من كلفه المشرع باحترام التزام جبائي، كما يتحمل عبء الإثبات من كانت القرينة ضد مصلحته .

فبخصوص التمسك بالإعفاء الكلي أو الجزئي من الضريبة أو عدم تحقق الواقعة المنشئة لها ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء إلى القول بأنه " بخصوص الوسيلة المتعلقة بخرق قواعد الإثبات فإن عبء إثبات مصدر الأموال موضوع الفرض الضريبي يقع على عاتق الملزم"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لصدق الإقرار وانتظام المحاسبة فإن القضاء سار في اتجاه إعفاء الخاضع للضريبة من إثبات صحة إقراره وانتظام محاسبته، جاعلاً الإدارة الجبائية تتحمل عبء الإثبات باعتبارها هي من تدعي خلاف الأصل، ففي الحالة التي ترى فيها وجود نقصان أو خلل في الإقرار الضريبي فإنها تكون ملزمة بإثبات وجود هذا النقصان أو الإخلال تحت طائلة الحكم ببطلان التصحيحات أو الجزاءات المطبقة من طرفها .

وفي هذا الجانب اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في أحد قراراتها بأن " الثابت أن الأداءات قد ضمنت بالكشوفات البنكية للمستأنف عليها وأدرجت بمحاسبتها ولم يتم أداءها مباشرة بصندوقها، وبالتالي تمكنت الإدارة الضريبية من مراقبتها عند إجراء الفحص المحاسبي، وأنه لم يثبت وجود أي إخفاء لهذه الأداءات، وبالتالي فلا موجب لتطبيق الغرامة، هذا فضلاً عن أنه من غير المستساع إلزام الشركات بالاقتصار في معاملاتها على طرق الأداء المنصوص عليها في المادة 47 أعلاه، لاسيما إذا كان المتعاملون مع الشركة من الأشخاص العاديين الذين لا يتوفرون على تعريف جبائي، وبالتالي لا يخضعون لأي نظام محاسبي، لأن من شأن ذلك تعريض هذه الشركات للإفلاس"<sup>3</sup>.

كما صرحت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بأن "مطالبة الشركة بتأدية رسوم جمركية تكميلية في غياب بيان الأسس المعتمدة لفرضها من طرف إدارة الجمارك يجعل بيان تصفية الرسوم الصادر عن هذه الأخيرة غير مرتكز على أساس ويتعين إلغاؤه"<sup>4</sup>.

وذهبت نفس المحكمة في حكم آخر إلى القول بأن الثابت من أوراق الملف أن الغرامات المنازع فيها قد تم فرضها في إطار المراقبة الضريبية على أساس سوء نية الشركة المدعية وقيامها بتجزئة نفس المعاملة تفادياً لسقوطها تحت طائلة الجزاء القانوني المذكور. لكن حيث إنه خلافاً لتوجه الإدارة الضريبية فإن المخالفات المنسوبة للشركة المدعية تعتبر غير محققة، فالعبرة بالوجود المادي للمخالفة وليس باستنباطها ربطاً بسوء نية الملزم، فضلاً عن أن غاية المشرع

1 عبد الرحمان أبليل، بعض جوانب الإثبات في المادة الجبائية، مقال بدفاتر المجلي الأعلى، عدد 8 / 2005، مطبعة الإين، الدار البيضاء ص 248 وما بعدها.

2 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 378 الصادر بتاريخ 21 ماي 2005 في الملف عدد 2007/807 أورده هشام الوازيكي، مرجع سابق.

3 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 910 الصادر بتاريخ 29 أبريل 2007 في الملف عدد 9/7/210.

4 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 147 الصادر بتاريخ 14/3/2001 في الملف عدد 2000/350 أورده هشام الوازيكي، مرجع سابق.

من سن المقتضيات المذكورة تتمثل في ضمان الشفافية المحاسبية، وهو ما التزمت به المدعية بتضمينها المعاملات موضوع التغيريم في كشوفاتها الحسابية<sup>1</sup>.

وإلى جانب ما سبق بسطه فإن القاضي الجبائي اتجه في العديد من القضايا المعروضة عليه إلى الاستعانة بالخبرة في المسائل التقنية التي يعجز القاضي بحكم تكوينه القانوني عن الإلمام بها، والخبرة تعد وسيلة تحقيق و ليست وسيلة إثبات ، لأن هناك تمييز بين الخبرة كوسيلة إثبات و الخبرة كإجراء من إجراءات التحقيق<sup>2</sup> :

الخبرة كوسيلة إثبات : حينما يلجأ الخاضع إلى تقديم طلب مستقل للإستناد إليه في رفع الدعوى، بناء على ما يخلص إليه الخبير في تقريره ، و يتم هذا الطلب في إطار المادة 148 من قانون المسطرة المدنية ، حيث يبث فيه رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأوامر .

الخبرة كإجراء من إجراءات التحقيق : عندما يطلب القاضي من الخبير إجراء تحقيق فني في مسألة ما . والخبرة في هذه الحالة لا تعتبر دليل إثبات وإنما رأيا استشاريا بخصوص دليل تقني قائم يتعين إزالة الغموض عنه، فالتحقق من وجود نقصان في أرقام العمليات المحاسبية قد يتعذر على القاضي لما يتطلبه من دراسة مضمون المحاسبة ووضعية المقابلة، الأمر الذي يجعل اللجوء إلى الخبرة في هذه الحالة أمرا لا غنى عنه.

#### ثانيا - رقابة القاضي الضريبي على أعمال الإدارة الضريبية

إن تجليات الدور الحمائي للقاضي الجبائي لا ترصد فقط على مستوى نهجه التلطيفي في صياغة القواعد المتعلقة بشكليات الدعوى، وإنما تتجلى أيضا في كيفية مقارنته للمعطيات المرتبطة بمسطرة الفرض الضريبي أو مسطرة التحصيل الضريبي.

#### الرقابة على سلامة مسطرة الفرض الضريبي.

تفاديا لعم التعسف في استعمال سلطة الفرض الضريبي، وضع النظام الضريبي مجموعة من الضوابط التي يركز عليها الفرض التلقائي للضريبة، حيث يتم إشعار الملمزم المعني بالأمر بهذا الفرض الضريبي عبر مراحل حتى يتسنى له الإدلاء بالحجج و الأسانيد التي تدعم رأيه<sup>3</sup> فأحاطة المشرع لعملية الفرض الضريبي بإجراءات ومساطر إجبارية ليس أمرا عبثيا أو مجرد إغراق في الشكليات.

حيث رتب القضاء الجبائي على الإخلال بمقتضيات مسطرة الفرض الضريبي البطلان اعتبارا لتعلقها بحق الدفاع الذي يعتبر من قبيل الإجراءات الجوهرية الأمرة ، حيث اعتبرت محكمة النقض بأن " الأجل الفاصلة بين تاريخ التوصل بالإشعار بإجراء الفحص وتاريخ حضور المفتش المحقق إلى الشركة المعنية لفحص المستندات، يجب ألا يقل عن 15 يوما وأن العبرة في إثبات ذلك تكون بتاريخ التوصل بالإشعار وليس بتاريخ الإرسال لما في ذلك من ضمانات للملمزم

1 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 1636 الصادر بتاريخ 2010/11/11 في الملف رقم 2009/6/544. وكذلك حكمها الصادر تحت رقم 451 بتاريخ 28 فبراير 2013 في الملف رقم 9/12/285.

2 إبراهيم أحطاب ، إشكالية الخبرة في المادة الجبائية ، دفاتر المجلس الأعلى ، عدد 8 ، 2005 ، ص 275 .

3 الحبيب العطشان ، مساهمة القاضي الضريبي المغربي في حماية الإستثمار ، أطروحة لنيل الدكتوراه ..... مرجع سابق ، ص 216

ليتمكن من تهيبى دفاعه<sup>1</sup>. كما اعتبرت محكمة النقض في قرار آخر بأن القيام بإجراء تفتيش على محاسبة الشركة المعنية بالضريبة دون تمكينها من الضمانات اللازمة للدفاع عن مصالحها المالية يجعل ما قام به المفتش من تحقيق باطلا<sup>2</sup>.

وبدورها أكدت المحكمة الإدارية بمكناس بأن " فرض الضريبة بصورة تلقائية دون احترام مقتضيات المنظمة لعملية الفرض التلقائي يعتبر مساسا بحق الدفاع ويفقد هذا الفرض أساسه القانوني"<sup>3</sup>. ومن جهة أخرى، فإنه يلاحظ من بعض الاجتهادات القضائية بأن القضاء الإداري المغربي لم يتوقف عند التصريح ببطالان مسطرة الفرض الجبائي المعيب، بل أقر مسؤولية الإدارة الجبائية عن ذلك في حالة تضرر الملزم من إجراءات الفرض المعيبة، ورتب أحقيته في الحصول على التعويض. وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط بأن " إصرار مصلحة الوعاء الضريبي على سلوك مسطرة الفرض التلقائي في مواجهة الطرف الملزم ومباشرة إجراءات التحصيل الجبري من حجز ورهن رسمي رغم انتفاء موجباته وفي ظل العجز المسجل بمحاسبة الطرف الملزم والمستخلص من تقرير المفتش المحقق الذي كان محل تأييد من لدن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة فضلا عن إلغاء المسطرة المذكورة بموجب حكم قضائي نهائي، يشكل خطأ جسيما ويرتب مسؤوليتها الإدارية عن كافة الأضرار المادية المعنوية المترتبة عن هذا الخطأ. وإن التوقف النهائي عن ممارسة النشاط من جراء الخطأ الجسيم المنسوب لمصلحة الوعاء الضريبي والحرمان من فرص الربح والامتيازات المخولة قانونا بمقتضى المادة 144 من المدونة العامة للضرائب والمساس بالسمعة داخل سوق الاستثمارات العقارية، هي عناصر كفيلة بتقييم الضرر في إطار السلطة التقديرية للمحكمة"<sup>4</sup>.

كما أن القاضي الجبائي المغربي انخرط في عملية تكريس الضمانات المخولة للملزمين والمستثمرين من خلال العمل على احترام الإمتيازات والإعفاءات الممنوحة لهم على مستوى عملية الفرض الضريبي ، و في هذا الصدد اعتبرت محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط بأن " المستأنفة يكون لها الحق في الإستفادة من إعفاء كلي من الضريبة على الشركات خلال سنوات استغلالها الخمس الأولى المتتالية لتاريخ إحداثها و من تخفيض من مبلغ الضريبة المذكورة بنسبة 50 % خلال السنوات الخمس التالية و ذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 19 من القانون رقم 82.19 المتعلق بالاستثمارات الصناعية كما تم تغييره بموجب المادة الأولى من القانون رقم 88.4 و ذلك باعتبارها امتيازات عادية و عامة يستفيد منها الجميع ، و من جهة أخرى ينص البند الثالث من المادة 4 من القانون رقم 86.24 المنظم للضريبة على الشركات على أن المنشآت مصدرة المنتجات أو الخدمات التي تحقق في السنة رقم أعمال حين التصدير تتمتع بالإعفاء من مجموع الضريبة على الشركات طوال مدة خمس السنوات متتالية تبتدئ من السنة المحاسبية التي أنجزت خلالها عملية التصدير الأولى وبتخفيض نسبته 50 % من الضريبة المذكورة فيما بعد مدة الخمس سنوات المشار إليه أعلاه"<sup>5</sup>.

1 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 866 الصادر بتاريخ 3 يناير 2003 في الملف عدد 874/114/99.

2 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 329 الصادر بتاريخ 29 ماي 2003.

3 - حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 2013/1915/107 الصادر بتاريخ 2013/3/19 في الملف 2013/1915/13.

4 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 7 فبراير 2012 في الملف 09/7/310.

5 قرار محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط ، عدد 231 المؤرخ في 21/01/2013 ، ملف عدد 9/09/134 غ م .

وتبعاً لذلك تكون الشركة المستأنفة على حق حيث قضت محكمة الإستئناف الإدارية بإلغاء الضريبة على الشركات المفروضة على المستأنفة على المستأنفة برسم السنوات 2002 و2003 و2004 .  
وبعد استعراضنا لمظاهر الحماية التي مارسها القاضي الإداري على مستوى عملية الفرض الجبائي، لا بد من الانتقال إلى جانب آخر من الرقابة التي مارسها القضاء الإداري المغربي وهي المتعلقة بإجراءات تحصيل الديون الجبائية.

### الحماية القضائية على مستوى مسطرة التحصيل

جاءت مدونة تحصيل الديون العمومية لدعم دولة الحق و القانون في المغرب وكذا الاستجابة لمتطلبات الأوساط الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في هذا المجال وذلك من خلال محاولتها تحقيق المعادلة الصعبة وهي تحصيل الوضعية القانونية للملزم وتقوية الآليات القانونية خدمة لتحصيل الديون العمومية<sup>1</sup>.  
وعملية التحصيل هي المرحلة التي يتقدم خلالها الملزم من تلقاء نفسه لأداء المبالغ الضريبية المستحقة سواء صدر السند التنفيذي لها أو لم يصدر بعد، وسواء كذلك خلال الشروع في التحصيل من قبل الخزينة العامة عن طريق دعوة المعني بالأمر إلى أداء الضرائب المستحقة، فإذا لم يبادر إلى ذلك تلجأ الإدارة إلى التحصيل الجبري وفقاً لضوابط قانونية في هذا المجال<sup>2</sup>.

ويعتبر التحصيل أو الاستخلاص الوسيلة التي تهدف إلى حمل مديني الدولة والجماعات الترابية وهيئاتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون عمومية، وهذا التحصيل يتطلب سلوك مجموعة من العمليات والإجراءات حددتها مدونة تحصيل الديون العمومية من أجل ضمان استيفائها لهذه الديون، إلا أن هذه الإجراءات قد تكون محل منازعات قضائية كلما شابها عيوب في تطبيق تلك المسطرة.

فالمنازعات الضريبية في ميدان التحصيل تهدف إلى فرض احترام القواعد القانونية وهي تتعلق بمسطرة تحصيل الضرائب فقط و الإجراءات التي يتعين على إدارة التحصيل التقيد بها، ولا تمس أحقية و مشروعية الدين الضريبي موضوع التحصيل<sup>3</sup>.

ولقد ميز القضاء الإداري المغربي في هذا الإطار بين نوعين من الدعاوى، الأولى تتعلق بموضوع التحصيل وأسند صلاحية و اختصاص البث فيها لقضاء الموضوع، أما الثانية فتتعلق بإيقاف التنفيذ أو صعوبته وينعقد فيها الإختصاص للقضاء الاستعجالي للمحاكم الإدارية .

1 عبد الحق عمبي ، أحكام اجتهاد القضاء الإداري المغربي في مادة المنازعات الضريبية ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية أكادال – الرباط ، السنة الجامعية 2012- 2013 ، ص 125 .

2 عبد الغني خالد ، المسطرة في القانون الضريبي المغربي ، دار النشر المغربية ، 2002 ، ص 219 .

3 عبد الفتاح بلخال ، المشروعية الجبائية و الحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة محمد الحسن الثاني ، كلية الحقوق الدار البيضاء ، السنة الجامعية 2000 – 2001 ، ص 437 .

### الرقابة المجرة من طرف قضاء الموضوع.

تتمحور الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في هذا المجال حول صحة الإجراءات المباشرة من طرف المحاسبين العموميين المكلفين بعملية استخلاص الديون العمومية، ومدى احترامهم للمسطرة التي حددها القانون وتمتعهم للمدينين بالضمانات المخولة لهم.

ولعل من أهم المنازعات القضائية المثارة في هذا الجانب، تلك المتعلقة بمدى احترام تدرج وتسلسل إجراءات التحصيل الجبري. وفي هذا السياق أكدت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بأن "عدم تقييد القابض بقاعدة تدرج المتابعات يجعل إجراءات التحصيل المباشرة من طرفه معيبة، ويتعين لذلك التصريح ببطلانها"<sup>1</sup>.

كما أكد القضاء الإداري من جهة أخرى على أن إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر تتقدم بمضي أربع سنوات من تاريخ شروع المحاسبين المكلفين بالتحصيل في استخلاصها، تفعيلاً للمقتضيات الواردة بالمادتين 123 و 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية<sup>2</sup>.

وذهبت محكمة النقض إلى التصريح بأن تحصيل الضرائب عن طريق مسطرة الإشعار للغير الحائز رغم تقدم إجراءات الاستخلاص يبرر طلب استرجاع المبالغ المحجوزة مع الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الاستخلاص باعتبارها تعويضاً عن التأخير<sup>3</sup>.

كما ورد في حكم للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء أن "الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية يوقف ويمنع كل إجراء تنفيذي يقيمه الدائنون على المنقولات أو العقارات المملوكة للمقاوله موضوع المسطرة المذكورة وإن قيام القابض بحجز أموال المقاوله موضوع مسطرة التسوية القضائية يعتبر لذلك حجزاً تعسفياً وغير قانوني"<sup>4</sup>.

وبخصوص لجوء الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لمسطرة الإشعار للغير الحائز لتحصيل الديون المترتبة بذمة مدينيه صرح القضاء بأن "المشرع قد ميز بين الامتياز المخول للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وامتياز الخزينة العامة وجعله في مرتبة الموالية لهذا الأخير، مما يحول دون إمكانية ممارسة الصندوق لمسطرة الإشعار للغير الحائز لتحصيل ديونه لكون هذه المسطرة تبقى حكراً على الديون المتمتعة بامتياز الخزينة العامة"<sup>5</sup>.

غير أنه بالنظر لما تتوفر عليه الجهات الإدارية المكلفة بالتحصيل من صلاحية التنفيذ المباشر على أموال المدينين، وذلك عن طريق المساطر الواردة في مدونة تحصيل الديون العمومية والمتمثلة في الإنذار القانوني والحجز والبيع وحتى الإكراه البدني. وبالنظر إلى الخطر الداهم الذي تمثله هذه الإجراءات فإن الملزم يلجأ إلى قاضي المستعجلات للحصول على أمر قضائي يتيح له وقف إجراءات التحصيل الجبري إلى حين البت في منازعته في الجوهر.

1 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 2310 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2013 في الملف رقم 9/12/541.

2 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 10 الصادر بتاريخ 3 يناير 2012 في الملف رقم 9/10/547. وكذلك حكمها رقم 2449 الصادر بتاريخ

2007/12/4. وقرار محكمة النقض عدد 669 الصادر بتاريخ 16/4/2015 في الملف عدد 014/1/4/462.

3 - قرار محكمة النقض عدد 498 الصادر بتاريخ 28 ماي 2008 الصادر في الملف عدد 2006/2/4/2327.

4 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر في الملف عدد 2005/230 بتاريخ 31 مارس 2005.

5 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 1117 الصادر بتاريخ 2 ماي 2013 في الملف رقم 9/12/190.

لأن الطعن أمام قضاء الموضوع ليس له أثر واقف، وأمام هذه القاعدة فإن المتقاضين يبقون خاضعين لإجراءات استخلاص الضرائب المنازع فيها مما يؤدي إلى تعرض المقاولات لمضايقات مالية خانقة قد تعوق مواصلتها لنشاطها وهنا يبرز دور القضائي الاستعجالي في إقرار الحماية القضائية للملزمين بالضريبة المنازع فيها.

### دور قاضي المستعجلات في حماية الملزمين في مواجهة مساطر التحصيل الجبري.

تعتبر الطلبات الرامية إلى إيقاف تحصيل الديون العمومية طلبات وإجراءات وقتية يكتنفها الطابع الاستعجالي ولا تحتتمل أي تأخير، اعتبارا لكون انتظار سلوك الإجراءات العادية للتقاضي من شأنه إلحاق أضرار بليغة يصعب تداركها في المستقبل. وفقا للمقتضيات الواردة في الفصلين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية.

ولقد اعتبرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بأن طلب إيقاف إجراءات التحصيل يعتبر طلبا استعجاليا ولا شيء في القانون ينزع عنه هذه الصفة ما دام الأمر بالتحصيل، يهدد الذمة المالية للملزم<sup>1</sup>. كما أكدت على ضرورة توفر عنصرَي الجدية والاستعجال<sup>2</sup>، فضلا عن عدم المساس بجوهر الحق.

فأصل الحق هو صميم النزاع الموضوعي، ويتحسس القاضي الاستعجالي ظاهره، ولا يمس بحق أي من الخصوم، بل يتخذ إجراء وقتيا لحماية صاحب الحق الأرجح إلى غاية أن يفصل فيه قاضي الموضوع<sup>3</sup>، والقاضي هنا يكتفي بالاطلاع على ظاهر وثائق الملف للبت في الطلبات التي تكتسي طابعا وقتيا وتحفظيا.

وفي محاولة منها لإزالة اللبس الذي قد يحدث في هذا الجانب صرحت محكمة النقض بأن "تأسيس الطلب الاستعجالي على أسباب موضوعية لا يشكل مساسا بالموضوع أو منازعة في الجوهر، مادام المطلوب هو اتخاذ إجراء وقتي ليس إلا وعليه فإن تعرض قاضي المستعجلات في تعليل أمره إلى ما ورد في الطلب المرفوع إليه يكون الطالب لم يسبق له أن توصل بأي إنذار بالأداء من طرف القابض قبل إيقاع الحجز على حسابه البنكي، الغاية منه استخلاص مدى جدية المنازعة استنادا إلى تلك الأسباب الموضوعية"<sup>4</sup>.

وبخصوص مفهوم الجدية فإن العمل القضائي استطاع تكريس مجموعة من القواعد لتحديده كأن تكون المنازعة متعلقة بعدم قانونية فرض الضريبة، أو توقف الملزم عن مزاولته النشاط الخاضع للفرض الضريبي، أو توفره على شروط الإعفاء من الضريبة أو بطلان المسطرة، أو إثارة تقادم إجراءات التحصيل.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط إلى التصريح بأن "عدم احترام القابض لمبدأ تدرج إجراءات التحصيل يجعل عنصر الجدية متوفرا في النازلة"<sup>5</sup>. كما صرحت المحكمة الإدارية بالرباط بأن "تقادم إجراءات التحصيل يعتبر من الأسباب الجدية للاستجابة لطلب إيقاف هذه الإجراءات"<sup>6</sup>. في حين اعتبرت المحكمة الإدارية بالدار

1 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 843 الصادر بتاريخ 11 يونيو 2006 في الملف الإداري عدد 2564/4/2006.

2 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 72 الصادر بتاريخ 24/4/2003 في الملف عدد 4170/4/2001.

3 - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 141 الصادر بتاريخ 9 نونبر 2000 في الملف عدد 835/4/2000.

4 - قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر تحت عدد 33 بتاريخ 8 ابريل 2009.

5 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 18 دجنبر 2007 تحت عدد 19 في الملف الإداري عدد 2/6/13.

6 - أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 31/10/2012 في الملف رقم 868/1/2012.

البيضاء بأنه " ما دامت أحقية الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في سلوك مسطرة الغير الحائز لاستخلاص ديونه محل منازعة جديدة، فإنه يتعين إيقاف إجراءات التحصيل"<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، وبخصوص عنصر الاستعجال فإنه يمكن تعريفه بكونه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه باتخاذ إجراءات سريعة تقتضي التدخل العاجل لحمايته من الضياع بإجراءات ميسرة لا تكون متوفرة في مسطرة التقاضي العادية. وهو ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط باعتبارها أن " طلب تأجيل التنفيذ الجبري، هو طلب استعجالي بطبيعته ولا شيء في القانون ينفي عنه صفة الاستعجال اعتبارا للخطر المحقق الذي يهدد الذمة المالية للملزم المدين بالضريبة"<sup>2</sup>.

#### خاتمة :

تأسيسا على ما تم تناوله فيما تقدم من خلال هذه الدراسة تأكد لنا، أن العلاقة بين الاستثمار والجبائية تعتبر على درجة من الأهمية ، فكلما كانت هذه العلاقة مضبوطة، كلما ساهم كل منهما في إثراء الآخر، فلا يتصور قيام مشاريع استثمارية ضخمة وقوية دون سياسة جبائية حكيمة.

ويعتبر القاضي الإداري حلقة مهمة في صياغة هذه العلاقة ، فهو الذي يعطي للقاعدة الضريبية بعدها الحقيقي ومضمونها الاجتماعي والاقتصادي بين ما هو مقرر تشريعيا و بين ما يفرضه التطبيق العملي على مستوى العمل الإداري. فالقاضي الإداري يحاول التوفيق بين مقاربة الجبائية والتنمية، إذ يعمل على حماية وضمان الموارد المالية للدولة من أجل استيفاء التمويل اللازم وسد الحاجات التمويلية للاقتصاد وبالتالي الحد من الاختناق الذي تعرفه المالية المغربية، مقابل المساهمة في إنعاش الاستثمار وحماية نشاط المستثمر، فالحماية لا تعني إقرار الإعفاء لفائدة المستثمر حيث لا يجوز ذلك، بل تحقيق الحماية في حدود ما تقتضيه النصوص القانونية وفقا لقاعدة " لا ضريبة ولا إعفاء إلا بنص ".

وبالوقوف على واقع حماية القضاء الإداري للمستثمر على مستوى المنازعات الضريبية، نجد بأنه استصدر العديد من الأحكام و القرارات التي كانت في صالح هذا الأخير، كما أن منهجية العمل التي إعتدها القاضي الإداري في صياغة القواعد المرتبطة بالمنازعة الضريبية، سواء على مستوى الشكل أو الموضوع تميزت بمقاربة تلميفية للعوائق الشكلية تحقيا للبحث في جوهر الحق، وتغليب المقاربة الموضوعية هو الذي من شأنه تفعيل الحقوق وحمايتها.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على الإدارة الضريبية غير قادرة على توفير الحماية الفعلية لكل متضرر وذلك بسبب عدة معوقات قد تلازم الدعوى الضريبية سواء قبل أو أثناء رفعها من قبل الملزم أو أثناء النظر فيها من طرف القاضي الإداري أو أثناء تنفيذ الأحكام الصادرة بصدها.

وإذا كانت المؤسسة القضائية بصفة عامة والقضاء الإداري على الخصوص يعتبر القاطرة التي يعول عليها لقيادة التنمية، ورفع التحديات التي تقف أمامها. فقد أصبح اليوم مطالبا لتجاوز المعوقات التي قد تواجهه بالانفتاح على محيطه الخارجي للاطلاع على التجارب القضائية الأخرى رغبة في تطوير وتوسيع مداركه وهو ما يتعلق بجودة القضاء

1 - أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء تحت عدد 619 بتاريخ 2014/12/4 في الملف رقم 2014/7101/593.

2 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 19 الصادر بتاريخ 18 دجنبر 2007 في الملف رقم 2/6/13.

في إطار من الاستقلال كشرط أساسي لتوفير الأمن القانوني والظروف الملائمة لحماية الاستثمارات الضرورية لضمان تنمية مستدامة، وكضمانة دستورية لكفالة حسن سير العدالة.

و في الختام لا بد من الإشارة إلى أن موضوع المنازعات الضريبية و خصوصا فيما يتعلق بالإستثمار يدفعنا للتساؤل عن ضرورة الإستعانة بالوسائل البديلة في حل المنازعات الضريبية نظرا لما تعرفه من اهتمام متزايد على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية ، و لما توفره هذه الوسائل من مرونة و سرعة في البث ، و السرية في الجلسات ، و ما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم ، هذا فضلا عن قلة كلفتها ، لاسيما التحكيم الذي يعتبر من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة من المنازعات ، رغم رفض المشرع المغربي و منعه للتحكيم في المنازعات الضريبية من خلال ما جاء في المادة 244 من المدونة العامة للضرائب.والمادة 310 من قانون المسطرة المدنية.

فما مدى قابلية المنازعات الضريبية للتحكيم في ظل العلاقة التنظيمية التي تجمع الإدارة بالملزم؟.