



العدد التاسع - دجنبر 2018م

مجلة الباحث

للدراسات القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة إلكترونية شهرية
تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والقضائية
والمستجدات الحقوقية في الساحة الوطنية والعربية

المدير المسؤول :
ذ محمد قاسمي

جميع حقوق النشر محفوظة 2018®

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ
الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ
وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي
إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَىٰكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ
[الأحقاف: 15]

مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة الكترونية شهرية تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والقضائية والمستجدات الحقوقية في الساحة الوطنية والعربية

المدير المسؤول



د : محمد قاسمي

الجهان المتعاون مع المجلة



د : هشام أزكاغ دكتور في الحقوق بكلية الحقوق سمات

د : المصطفى طایل أستاذ وباحث بكلية المتعددة التخصصات بالراشدية

د : خنفوسي عبد العزيز أستاذ بجامعة سميدة بالجزائر

د : زكرياء قاسمي باحث قانوني ومحافظ عقاري

د : همام القوسي حاصل على الدكتوراه في القانون من جامعة حلب السورية

د : نهاد أفقيير باحثة بسلك الدكتوراه بجامعة الحسن الأول سمات

د : مجدوبي نوال دكتوراه وأستاذة مساعدة بمعهد الحقوق، تلمسان، الجزائر

د : محمد أمين إسماعيلي باحث قانوني ومدير مجلة قانونية

د : جعفر قاسمي باحث قانوني

د : ياسين الصبار باحث قانوني ومدير موقع إلكتروني

د : محمد إنفلاس مصمم غرافيك

د : مليكة زيدان مهندسة معلوماتية

التصميم والإخراج الفني



د : محمد قاسمي



مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة إلكترونية شهرية تصدر كل شهرين على الموقع الإلكتروني

" www.justicemaroc.com "

وكذا العديد من المواقع القانونية الأخرى المغربية والعربية المشهود لها بالكفاءة والأمانة العلمية.



Mjalatbahit@gmail.com



www.justicemaroc.com

للتواصل مع المجلة :



Fb-majalatbahit



دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

موقع العدالة المغربية
•⊕+ +•ЖОИ+ ИСЧОΞΘ
Site Justice Maroc



الشركاء الرسميون للمجلة:

مختبر القانون والمجتمع

كل المواقف والآراء الواردة في المجلة لا تعبر سوى عن آراء ناشريها ولا تعبر عن رأي المجلة



قواعد وأسس النشر في المجلة



- 1- أن ينصب موضوع المقال على المجال القانوني أو القضائي حسب الأحوال.
- 2- أن يكون البحث أو المقال محترماً لشروط وأبجديات البحوث العلمية الدقيقة.
- 3- احترام الأمانة العلمية، وتوثيق المعلومات، وتفادي الأخطاء المادية والمنهجية.
- 4- أن يكون البحث أو المقال قد أجاب عن الإشكالية التي يطرحها. كما يجب أن يشمل على مقدمة وعرض وخاتمة.
- 5- يرفض كل مقال لا تتوفر فيه الشروط السالفة الذكر أعلاه.
- 6- إرسال المقال بصيغة (word) إلى بريد المجلة الإلكتروني الممثل في (majalatlbahit@gmail.com) وإرفاقه ببطاقة تعريفية للكاتب تتضمن (اسمه وصفته أو صفاته) وصورة رسمية له (تظهر الوجه والكتفين بوضوح).
- 7- تعمل المجلة على إخبار كاتب كل مقال بالعدد الذي سينشر فيه مقاله،
- 8- تسلم شهادة النشر للراغب فيها تتضمن تقييماً شاملاً للمقال وهي مؤدى عنها، ولا تسلم إلا بعد تحكيم المقال.

9- تنشر المجلة على أوسع نطاق، وذلك في مواقع إلكترونية مغربية وعربية

مشهود لها بالكفاءة وبالمكانة العلمية المرموقة.





08	كلمة افتتاحية للعدد:
	ذ. محمد قاسمي
	مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية:
10	المضاربة المشتركة وتطبيقاتها في البنوك التشاركية
	ذ. إبراهيم والعيز
25	القيمة القانونية للدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية
	ذ. صدراتي نبيلة
45	الحماية الدولية للعلامة التجارية في ضوء الاتفاقيات الدولية
	ذ. عبد اللطيف السوفري
79	النظام القانوني للاسترجاع في ضوء قانون الجنسية المغربي
	ذ. محمد قاسمي
88	الضمانات العينية المخولة للبنك مانح الإئتمان في ضوء القانون المغربي
	ذ. مصطفى النسيوي



139	تشخيص واقع الملك الغابوي بين ضرورة الإصلاح ومتطلبات التنمية
	ذة. فضيلة لكزولي
158	قراءة في جريمة الابادة الجماعية على ضوء اتفاقية 1948
	ذ. عبد الواحد العزاري

مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية:

176	Le mensonge on droit penal des affaires
	Dr sofian Nouali

تقارير لتدريبات ميدانية:

191	تقرير حول تدريب ميداني لدا مركز القاضي المقيم بإقليم الحاجب
	ذة. فاطمة الزهراء مخام





كلمة افتتاحية للعدد:



يقدمها المدير المسؤول:

ذ. محمد قاسمي

بسم لله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي حتى نبليغ اليقين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين،
نهر الهدى وبحر الندى وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

استنادا إلى للنجاح الذي حققته الأعداد الأولى من مجلتنا الرائدة في المجال القانوني والقضائي، يشرفنا
نحن الأستاذ محمد قاسمي – بصفتنا مديرا مسؤولا عن مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية أن نضع
بين يدي قرائنا الأفاضل العدد التاسع من المجلة (دجنبر 2018م)، والذي جاء في حلة جديدة وبمضمون
محكم يجعل المجلة في مصاف المجلات القانونية العلمية المحكمة.

فالعدد التاسع من مجلتنا غني بمقالات وأبحاث مغربية وعربية في جل فروع القانون العام والخاص على حد
السواء، وستشكل بلا شك أو ريب إضافة نوعية وقيمة كبيرة للخزانة القانونية الرقمية، فمنها مقالات ألفها
باحثين في أسلاك الدكتوراه والماستر، وأخرى ألفها ممارسين في المجال القانوني والقضائي. وكلنا أمل أن يجد
كل ضال ضالته في مجلتنا بحول الله.

فالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد على إنجاح الفكرة حتى أصبحت واقعا ملموسا، وفي
انتظار العدد العاشر، تقبلوا أسمى عبارات التقدير والاحترام. والسلام.



الإمضاء:



مقالات وأبحاث
قانونية وقضائية
باللغة العربية



ذ. إبراهيم والعيز

حاصل على الدكتوراه في الفقه الإسلامي

وجدة

المضاربة المشتركة وتطبيقاتها في البنوك التشاركية- بحث فقهي مقارنة بالقانون-

مقدمة:

المضاربة أو القراض من العقود الشرعية التي أباحها الإسلام لاستثمار الأموال وتنميتها، ولتوزيع الثروة توزيعا عادلا بين المسلمين، لأن المال في المضاربة يكون من جانب، والعمل من جانب آخر، والربح الحاصل يقسم بينهما وفق النسب المتفق عليها بين طرفي العقد. والمضاربة كما تصورها الفقهاء قديما عقد ثنائي بين فردين يقدم أحدهما المال والآخر العمل، وكان عقد المضاربة بهذا الوصف معمولا به بين المسلمين فيما سلف من الزمان، حيث لم تكن قد ظهرت بعد المشاريع الكبرى للصناعة والتجارة والفلاحة وغيرها، والتي تتطلب أموالا كثيرا وتنظيما محكما وتخطيطا دقيقا، ولا يقدر فرد واحد أن يتحملها في غالب الأحيان.

ولذلك لم يذكر فقهاؤنا المضاربة المشتركة "الجماعية" في مؤلفاتهم ومصنفاتهم، والتي هي صيغة جديدة للمضاربة الفردية؛ حيث تستثمر فيها أموال عدد كثير من الناس بإدارة مؤسسة مالية بصفتها مضاربة لجميع أصحاب الأموال.

وفي هذا السياق تأتي هذه الدراسة لتناقش هذا الموضوع في إطار الظهير الشريف المنظم لطريق العمل بعقد المضاربة في البنوك التشاركية التي تم إحداثها –مؤخرا- في المغرب.

وتأسس هذه الدراسة على ثلاثة محاور؛ يهتم الأول منها ببيان أحكام عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير الشريف، ويهدف الثاني إلى توضيح كيفية تطبيق وتنزيل عقد المضاربة في المعاملات المالية للبنوك التشاركية انطلاقا من نص الظهير الشريف، وبعض الدراسات المعاصرة في مجال فقه المعاملات المالية في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، ويبتغي الثالث بيان الحكم الفقهي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات البنكية التشاركية ضمانا لحقوق المودعين.

المحور الأول: المضاربة وأحكامها في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير الشريف رقم: 1.14.193.

1- مفهوم المضاربة.

عقد المضاربة عند المالكية من أهل العراق هو عقد القراض عند المالكية من أهل المدينة¹، وقد عرف الفقهاء عقد المضاربة "القراض" بالحد، كما عرفوه بالرسم؛ فأما تعريفه بالحد فهو: "أن يعطي الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح

¹ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ومعادن الجواهر، للإمام ابن عبد البر. حققه وخرجه حديثه وعلق عليه؛ الشيخ عرفان ابن سليم العشا حسونة الدمشقي. المكتبة العصرية-بيروت. طبعة؛ 1432هـ/ 2011م. ج/ 2. ص/ 111.

المال"²، أما تعريفه بالرسم فقد ورد في كتاب المعونة للفقهاء المالكي القاضي عبد الوهاب البغدادي: "وصفة القراض؛ أن يدفع الرجل مالا إلى غيره ليتجر فيه ويشترى ويبيع ويبتغي من فضل الله تعالى، ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير"³.

ويظهر من هذين التعريفين ومن غيرهما من التعاريف الأخرى القريبة منهما، أن المضاربة شركة بين صاحب رأس المال وعامل المضاربة، فالأول يشترك بماله، والثاني يشترك بعمله، على أن يقسم الربح بينهما حسب النسبة المتفق عليها⁴.

ومعنى الشركة في عقد المضاربة واضح كذلك في نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية، حيث نجده يعرف المضاربة بالقول: "كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف. ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب"⁵.

² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد. تعليق وتحقيق وتخريج؛ محمد صبحي حسن حلاق. ط/ 1. 1415 هـ. مكتبة ابن تيمية-القاهرة. ج/ 3. ص/ 449.

³ - المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي. تحقيق ودراسة؛ حميش عبد الحق. طبعة؛ 1419 هـ/ 1999 م. دار الفكر-بيروت. ج/ 2. ص/ 1119.

⁴ - الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، للدكتور علي أحمد السالوس. طبعة؛ 1418 هـ/ 1998 م. دار الثقافة-الدوحة، ومؤسسة الريان-بيروت. ج/ 2. ص/ 909.

⁵ - المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

2- أركان عقد المضاربة "القراض".

المضاربة عقد مثل جميع العقود، لا يختلف عنها إلا في أشياء خاصة به، وأركانه عند الفقهاء

هي⁶:

- أ- الصيغة؛ وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التمليك والتملك، وهذا

التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء سواء كان هذا التعبير لفظيا أم خطيا⁷.

- ب- العاقدان؛ وهما الشريكان؛ رب المال، والمضارب الذي يعمل في مال القراض ويتاجر

فيه، وشرطهما التكليف والرضا والاختيار، وهي شروط لا بد من توفرها في جميع الالتزامات

والعقود. والعاقدان في نص الظهير الشريف هما: "بنك أو عدة بنوك تشاركية، ومقاول أو عدة

مقاولين".

- ج- المعقود عليه؛ وهو كما في التعريف الفقهي للمضاربة، وفي نص الظهير المنظم للعمل

بالمضاربة في البنوك التشاركية: رأس المال، والعمل، والريح.

3- شروط عقد المضاربة "القراض".

لقد نص الظهير الشريف الصادر بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات

الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها على بعض شروط عقد شركة المضاربة، فجاء فيه بعد

تنصيبه على أركان هذا العقد: "ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير

⁶ - الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط/ 34. 1435هـ/ 2014م. دار الفكر. ج/ 4. ص/ 839.

⁷ - عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، للدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران. ط/ 2.

1404هـ/ 1984م. دون بيانات مكان الطبع. ص/ 90.



المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف. ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب⁸.

ولعل الغاية من تنصيب الظهير على شروط شركة المضاربة؛ رفع الغبن والغرر عن الأطراف المستثمرة لمالها وعملها بمقتضى هذا النوع من الشركة، والنتائج عن احتمال أن يشترط أحد طرفي العقد شرطا أو شروطا خاصة به تؤدي إلى إلحاق الضرر بطرف العقد الآخر. قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو مجهلة زائدة"⁹، ومن الشروط التي قررها الفقهاء في عقد المضاربة، حفظا لحقوق المتعاقدين ورفعاً لضرر الغرر والجهل عنهما:

-أ- ألا يشترط أحد العاقدين لنفسه شيئا من الربح ينفرد به عن شريكه، لأن اشتراط ذلك غرر واضح، وهو احتمال ألا يحصل من الربح إلا ما شرطه أحد الطرفين لنفسه، فينفرد به دون صاحبه. قال الإمام مالك رضي الله عنه في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا، واشترط عليه فيه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه: "فإن ذلك لا يصلح وإن كان درهما واحدا، إلا أن يشترط نصف الربح له، ونصفه لصاحبه، أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر، فإذا سعى شيئا من ذلك قليلا أو كثيرا، فإن كل شيء سعى من ذلك حلال، وهو قراض المسلمين". ثم

⁸ - المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24

ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

⁹ - بداية المجتهد. ج/ 3. ص/ 453.



قال: "ولكن إن اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه، خالصا دون صاحبه، وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين، فإن ذلك لا يصلح، وليس على ذلك قراض المسلمين"¹⁰.

ب- أن يكون رأس المال نقدا يجري به التعامل وقت انعقاد شركة المضاربة¹¹، تفاديا من أن يلحق الضرر بأحد طرفي العقد، لأن رأس المال إن كان عروضاً أو حيواناً جهل الثمن، وذلك غرر يفضي إلى الضرر¹²، غير أنه يمكن أن يكون رأس المال من غير النقد في بعض الحالات، وقد أفاد بعض المالكية بجواز المضاربة بغير النقد إذا كان العمل يقضي بالتعامل بها في بلد من البلدان. قال في الفواكه الدواني: "والحاصل أن غير المضروب من تبر ونقار وحلي لا يجوز جعله رأس المال إلا بشرطين: التعامل به في بلد العمل، وعدم وجود المسكوك، وإن وقع شيء من ذلك رأس مال مع فقد الشرطين أو أحدهما مضى بالعمل"¹³. وقد مال الظهير المنظم لعقد المضاربة في المعاملات المالية للبنوك التشاركية إلى جواز العمل بالمضاربة ولو كان رأس المال من غير النقد، فقال: "كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقداً أو عيناً أو هما معا".

¹⁰ - الموطأ، للإمام مالك، برواية يحيى الليثي. كتاب القراض-باب ما يجوز من الشرط في القراض. رقم؛ 1400. ط/ 3.

1422هـ/ 2002م. دار الفكر-بيروت. ص/ 421.

¹¹ - الكافي، لابن عبد البر. ج/ 2. ص/ 111.

¹² - المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي. ج/ 2. ص/ 1121. "بتصرف".

¹³ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي. ضبطه وصححه وخرج آياته؛ الشيخ عبد الوارث محمد علي. ط/ 1. 1418هـ/ 1997م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 2. ص/ 200.

ج- أن يكون رأس المال معلوم القدر، "ويحترز به من مثل الجزاف في صرة من الدنانير والدراهم لا يعلم قدرها، لأن جهل رأس المال يؤدي إلى جهل الربح"¹⁴.

د- ألا يشترط على العامل في شركة المضاربة ضمان رأس المال، وفي حال اشتراط هذا الشرط فإن عقد شركة المضاربة فاسد وغير جائز عند الإمام مالك، وعمدته أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد¹⁵.

وعدم ضمان المضارب لرأس المال في المضاربة هو الأصل في المنظور الفقهي، إلا في حالات ثبوت تفريطه وإهماله؛ لأن المضارب كما قال الفقهاء "أمين مقبول قوله فيما يدعيه من ضياع المال وزهابه والخسارة فيه، إلا أن يتبين كذبه"¹⁶. وقد نص الظهير المنظم والمؤطر لعمل البنوك التشاركية على هذا الشرط سيرا على الرأي الفقهي الذي عليه العمل في المذهب المالكي وفي غيره من المذاهب الفقهية الأخرى، فقال: "ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب"¹⁷.

4- دليل مشروعية عقد المضاربة "القراض".

لقد استدلل الفقهاء على مشروعية عقد المضاربة بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول.

¹⁴ - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام. ضبطه وصححه؛ عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ط/ 1. 1420هـ/ 2000م. ج/ 2. ص/ 218.

¹⁵ - بداية المجتهد. ج/ 3. ص/ 453.

¹⁶ - الكافي، لابن عبد البر. ج/ 2. ص/ 112، والفواكه الدواني، للنفراوي. ج/ 2. ص/ 201.

¹⁷ - المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.



أ- القرآن الكريم، فقد استدلووا من كتاب الله بقوله تعالى: (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله)¹⁸، وقوله عز وجل: (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله)¹⁹، وقوله تعالى: (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم)²⁰. قال العلامة الشيخ وهبة الزحيلي: "فهذه الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل في المال بالمضاربة"²¹.

ب- السنة النبوية، فقد استدلووا من السنة المشرفة بأن الرسول صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضي الله عنها بمالها وسافر به إلى الشام قبل أن يبعث²²، وقد كان العمل بالقراض جاريا في الجاهلية، ولما جاء الإسلام أقره. قال الحافظ ابن حجر العسقلاني: "والذي نقطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز"²³.

ج- الإجماع، وقد نص عليه بعض شراح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، فقال: "ولا خلاف في جواز القراض بين المسلمين...، وكان في الجاهلية فأقره الرسول عليه الصلاة والسلام، لأن

¹⁸ - المدثر / 18.

¹⁹ - الجمعة / 10.

²⁰ - البقرة / 197.

²¹ - الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ج / 4. ص / 837.

²² - السيرة النبوية، لابن هشام. تعليق وتخريج؛ الأستاذ عمر عبد السلام تدمري. ط / 1. 1410هـ / 1990م. دار الكتاب العربي - بيروت.

ج / 1. ص / 212-213.

²³ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ بن حجر العسقلاني. علق عليه واعتنى به؛ أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب. ط / 1. 1416هـ / 1995م. مؤسسة قرطبة. ج / 3. ص / 129.

الضرورة دعت إليه حاجة الناس إلى التصرف في أموالهم، وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه فاضطر فيه لاستنابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل فيه بأجرة فرخص فيه²⁴.

-د- المعقول، وبيانه أن حاجة الناس في عموم الأزمنة والأمكنة تدعو إلى القول بجواز المضاربة قياسا على المساقاة²⁵، ولذلك أبيحت تيسيرا عليهم، لأن بعضهم قد يكون مالكا للمال، وهو غير قادر على استثماره بنفسه، ويوجد من له القدرة على استثماره وهو لا يملك مالا يستثمره، فأجاز الشرع الحكيم هذه المعاملة لينتفع كل واحد منهما، ويتحقق بذلك تعاون المال والعمل، "والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم"²⁶.

المحور الثاني: المضاربة وتطبيقاتها العملية في البنوك التشاركية.

يتضح من نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية أن عمل هذه البنوك بهذا العقد سيتجه نحو الاستثمار عن طريق المقاول، فقد ورد في تعريف الظهير للمضاربة: "كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع".

²⁴ - الفواكه الدواني. ج/ 2. ص/ 200.

²⁵ - المساقاة: أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجرة تينه أو زيتونه أو سائر مثمر شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل على أن ما أطعم الله من ثمرها يكون بينهما نصفين أو على جزء معلوم من الثمرة. البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي. طبعة؛ 1412هـ/ 1991م. دار الفكر-بيروت. ج/ 2. ص/ 358.

²⁶ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين الكساني الحنفي. تحقيق وتعليق؛ الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ط/ 2. 1424هـ/ 2003م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 8. ص/ 5.

والمضاربة التي ستعامل بها البنوك التشاركية ليست هي المضاربة الثنائية، ولكنها المضاربة المشتركة، ذلك أن البنك التشاركي سيقوم باستثمار أموال المودعين، ويكون وسيطا بينهم وبين المضاربين.

والمضاربة المشتركة هي الصيغة التعاقدية المطورة لشركة المضاربة الفردية، وهي "عبارة عن عقد ثلاثي يتم على مرحلتين بين ثلاثة فرقاء وهم: مالكو الأموال (الجهة الأولى: رب المال)، والعاملون فيها (الجهة الثانية: المضارب)، والجهة الوسيطة (الجهة الثالثة: المضارب المشترك بينهما)، وتتمثل المرحلة الأولى في تعاقد ثنائي بين الجهة الوسيطة ومالكي الأموال، وأما المرحلة الثانية فتتحقق بين الجهة الوسيطة والعاملين، وبموجب هذين العقدين يكون للجهة الوسيطة (المضارب المشترك) –دون غيرها- الحق في تحديد الشروط التي تراها مناسبة لحفظ المال من الضياع ولاستثماره، كما أنه يجب عليه مقابل ذلك ضمان أموال المضاربة مطلقا، سواء أكان منها تعد وتقصير أم لم يكن منها تعد أو تقصير، كما أن لها نصيبا من الربح نظير ضمانها أموال المضاربة"²⁷، وسمي هذا الشكل الجديد للمضاربة بالمضاربة المشتركة عند من قال بها من الدارسين المعاصرين للمعاملات المالية الإسلامية المعاصرة، لأن المضارب يعتبر عاملا مشتركا لأكثر من رب مال في آن واحد، ولا يختص بعمله مؤجر واحد²⁸.

ومن أجل تنزيل المضاربة المشتركة على أرض الواقع، وتطبيقها في الاستثمار، يسلك البنك التشاركي المراحل التالية:

²⁷ – المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية المعاصرة، للدكتور قطب مصطفى سانو. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. ع/

13. 1422هـ/ 2001م. ج/ 3. ص/ 198.

²⁸ – نفسه. ص/ 198.

أ- يتقدم أصحاب الأموال بودائعهم إلى البنك التشاركي ليستثمرها لهم.

ب- يعمل البنك التشاركي على دراسة طرق وكيفيات وفرص الاستثمار التي يمكن الاستثمار فيها.

ج- يخلط البنك التشاركي رؤوس الأموال التي تقدم بها أصحابها بغرض أن يستثمرها لهم، ثم يقوم بدفعها إلى المستثمرين، فتتعقد بذلك مجموعة من شركات المضاربة بين البنك والمستثمر.

د- يقوم البنك التشاركي باحتساب الأرباح كل سنة، ثم يقوم بتوزيعها بين ثلاثة أطراف؛ صاحب رأس المال، والبنك التشاركي، والمضارب "العامل".

وهنا يطرح سؤال فقهي حول حكم دخول البنك التشاركي في المضاربة واستحقاقه الربح؟، والجواب هو أن دخول البنك التشاركي في المضاربة يحمل من الجانب الفقهي على جواز دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره، بناء على المضاربة المطلقة أو التفويض العام، والتفويض العام في باب المضاربة يقتضي دفع المال إلى الغير مضاربة، لأن الغير قد يكون أبصر وأحذق بالتجارة من المضارب²⁹.

وبناء عليه يستحق المضارب الأول "البنك التشاركي" الربح، لأن عمل المضارب الثاني "العامل" واقع للمضارب الأول، مثله مثل من استأجر خياطاً لخياطة ثوب بدينار، فاستأجر

²⁹ - المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير. ط/ 6. 1437هـ/ 2007م. دار النفائس-عمان. ص/ 346.

الخياط خياطاً آخر على خياطة الثوب بنصف الدينار فطاب له الفضل³⁰، وقد خرج بعض الفقهاء هذه المعاملة على جواز توكيل الوكيل من غير إذن الموكل³¹.

المحور الثالث: الحكم الفقهي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات البنكية

التشاركية ضماناً لحقوق المودعين.

يبدو بناء على بعض الآراء الفقهية لبعض الفقهاء والباحثين المعاصرين الذين اهتموا بفقهِ الاقتصاد الإسلامي المعاصر، أنه ليس هناك مانع شرعي فيما تتخذه بعض المصاريف الإسلامية وستتخذها البنوك التشاركية في المغرب من إجراءات احتياطية تتعلق بضمان رأس المال في المضاربة المشتركة، ضماناً لحقوق المودعين والمستثمرين الذين فوضوها باستثمار أموالهم من خلال عقد المضاربة المشتركة، وذلك حتى لا يجد المتعامل مع البنك الربوي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع البنك التشاركي الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة³².

إن ضمان رأس المال في المضاربة المشتركة مقبول من حيث المبدأ؛ وصورة هذا الضمان أن يتعهد البنك التشاركي بضمان رأس المال ورد قيمة الوديعة الاستثمارية كاملة حالة خسارة المشروع، وهي مسألة عدها بعض الباحثين في فقه الاقتصاد الإسلامي المعاصر عنصراً

³⁰ - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للشيخ محمد بن حسين القادري الحنفي. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه؛ الشيخ زكريا عميرات. ط/ 1. 1418هـ / 1997م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 7. ص/ 453.

³¹ - المغني، لابن قدامة المقدسي. تحقيق؛ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو. ط/ 3. 1417هـ / 1997م. دار عالم الكتب-الرياض. ج/ 7. ص/ 156.

³² - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حسن أحمد حمود. ط/ 2. 1402هـ / 1992م. مطبعة الشرق ومكبتها-عمان. ص/ 399.



أساسيا في إنجاح عمل المصارف الإسلامية-والبنوك التشاركية عندنا في المغرب جزء لا يتجزأ من نظامها المصرفي-، باعتبارها وسيطا مؤتمنا في مجال الاستثمار المالي³³، والأصل الفقهي لقبول العمل بهذه المعاملة في التجربة المصرفية الإسلامية المعاصرة ما نص عليه العلامة ابن رشد الحفيد في مؤلفه الفقهي بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار، أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر، أنه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك على شرطه، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه فيوفيه حظه مما بقي من المال"³⁴.

وقد وقع بين الفقهاء والدارسين والباحثين المعاصرين في المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة اختلاف في التخرج الفقهي لهذه المسألة؛ فذهب السيد محمد باقر الصدر إلى تخرج ضمان رأس المال من قبل البنك الإسلامي "التشاركي" على أساس التبرع بالضمان، فقال: "بل يقوم البنك نفسه بضمان الوديعة والتعهد بقيمتها الكاملة للمودع في حالة خسارة المشروع، وليس في ذلك مانع شرعي، لأن ما لا يجوز هو أن يضمن العامل رأس المال، وهنا نفترض أن البنك هو الذي يضمن لأصحاب الودائع نقودهم، وهو لم يدخل العملية بوصفه عاملا في عقد المضاربة لكي يحرم فرض الضمان عليه .. بل بوصفه وسيطا بين العامل ورأس المال فهو إذن جهة ثالثة يمكنها أن تبرع لصاحب المال بضمان ماله، ويقرر البنك هذا الضمان على نفسه بطريقة تلزمه شرعا بذلك، فيتوفر بذلك للمودعين العنصر الأول من عناصر

³³- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير. ص/ 350.

³⁴- بداية المجتهد. ج/ 3. ص/ 459.

الدافع الذي يدفعهم إلى الإيداع³⁵، في حين ذهب باحثون معاصرون آخرون إلى تخريج هذه المسألة على أساس التكافل الاجتماعي بين المستثمرين، فينشأ صندوق تأمين إسلامي تعاوني يقوم على أساس اقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار³⁶، وقد تم الاعتماد في هذا التخريج الأخير على قول بعض المالكية بجواز "اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لغيرهما، لأنه من باب التبرع، وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز"³⁷.

خاتمة.

أكد في خاتمة هذا البحث على أن هنالك حاجة ماسة إلى القيام بدراسات فقهية جادة حول المضاربة "القراض" في الفقه الإسلامي، من أجل أن تصير في عصرنا الحالي وسيلة فعالة لتحقيق استثمار أمثل لأموال المودعين، ولتحقيق هذا الهدف لا بد من القيام بمراجعة جملة من المسائل والآراء الفقهية التي نظر لها فقهاؤنا المتقدمون حول شركة المضاربة، إذ ليس هناك من شك في أن الكثير من المسائل والآراء الفقهية المتعلقة باستثمار الأموال عن طريق المضاربة هي ظرفية ومتأثرة بالواقع الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي كان سائدا فيما سبق من الزمان.

وأخذا بعين الاعتبار أن ذلك الواقع قد طرأ عليه تغير كبير في عدد غير قليل من جوانبه، فلا بد تبعا لذلك من أن تتغير كثير من المسائل والآراء والاجتهادات الفقهية، عملا بالقاعدة

³⁵ - البنك اللاربوي في الإسلام، لسماحة السيد محمد باقر الصدر. المطبعة العصرية-الكويت. دون الطبعة والتاريخ. ص/ 32-33.

³⁶ - المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبيب. ص/ 351.

³⁷ - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل. ط/ 2. 1317هـ. مطبعة بولاق-مصر. ج/ 6. ص/ 209.



الفقهية الراسخة التي تقول: "لا ينكر تغير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والعادات والتقاليد والأعراف"³⁸. وتنزيلا لفحوى هذه القاعدة فقد اجتهد كثير من الفقهاء المعاصرين، فقاموا بمراجعة بعض الأحكام الفقهية المتعلقة باستثمار الأموال عن طريق عقد المضاربة، مستحضرين في هذا الاجتهاد جميع التغيرات والمستجدات التي عرفها قطاع استثمار المال في الواقع المعاصر، وقصدتهم من ذلك تحقيق أسلمة متكاملة للأنظمة الاقتصادية السائدة اليوم تصورا وتطبيقا وممارسة، لتحل بذلك العقود الاستثمارية الإسلامية ومنها عقد المضاربة، محل كثير من المعاملات المالية الربوية التي نهى عنها الشرع الحكيم، لنتائجها المدمرة وخطرها الأثم.

انتهى وبالله التوفيق.

³⁸ - المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية المعاصرة، للدكتور قطب مصطفى سانو. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. ع/ 13. 1422هـ/ 2001م. ج/ 3. ص/ 246.



ذة. صدراتي نبيلة

باحثة في سلك الدكتوراه في العلوم الجنائية
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01-الجزائر

القيمة القانونية للدفر العقاري في إثبات الملكية العقارية

مقدمة:

تكريسا لسياسة التطهير العقاري، عمدت الجزائر عقب الحقبة الاستعمارية إلى سن نصوص قانونية تكفل ضبط حق الملكية والحقوق العينية العقارية، وفي مقدمتها إصدار الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المرسومين رقم 62\76 المتضمن مسح الأراضي والمرسوم رقم 63\76 المتضمن تأسيس السجل العقاري. وقد كشفت هاته التشريعات عن تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني بدلا من نظام الشهر الشخصي⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ _ وان كان المشرع قد اخذ بنظام الشهر الشخصي في البلديات التي لم تشملها بعد عملية المسح، هذا النظام الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي. أين نص المشرع على الإبقاء مؤقتا على تطبيق نظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية ريثما يتم إعداد المسح العام للأراضي.
انظر: جديلي (نوال): السجل العيني "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي"، أطروحة دكتوراه علوم جامعة الجزائر 1، 2017، ص 38، 45.

فعملية الشهر وفقا لنظام الشهر العيني لا يتم بناء على أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات، بل على أساس العقارات المتصرف فيها. ومن بين أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني "مبدأ قوة الثبوت المطلقة"، وعليه فكل حق عيني تم شهره في ظل هذا النظام يعد حجة في مواجهة الكافة، وهذا ما يعزز الثقة في بيانات السجل العقاري، وبالتالي فإن هذا المبدأ يمثل الفكرة الأساسية الفاصلة بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي. هذا وتقضي القاعدة في نظام الشهر العيني أن الدفتر العقاري يعتبر السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية⁽⁴⁰⁾.

انطلاقا مما سبق نطرح الإشكال الآتي: هل إقرار المشرع الجزائري بمبدأ الشهر العيني قد استتبع إعطاء المبدأ قوة ثبوتية مطلقة تنعكس على الدفتر العقاري، بجعله السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية؟ بمعنى آخر إلى أي مدى يمكن اعتبار الدفتر العقاري أن له قيمة قانونية في إثبات الملكية العقارية، وهذا على نحو يجعل البيانات الواردة فيه ذات حجية تحول دون إلغاء أمام القضاء؟

ستكون الإجابة عن هاته الإشكالية من خلال الخطة الميينة أدناه: **المطلب الأول: مفهوم الدفتر العقاري، المطلب الثاني: القيمة القانونية للدفتر العقاري والمنازعات المتعلقة به.**

المطلب الأول: مفهوم الدفتر العقاري

بادئ ذي بدء نتطرق لتحديد المقصود بالدفتر العقاري الذي يسلم لمالك العقار، وهذا من خلال تحديد تعريف للدفتر العقاري (الفرع الأول)، لنسلط بعدها الضوء على مختلف العمليات التي تسبق إعداد الدفتر العقاري (الفرع الثاني).

⁽⁴⁰⁾ _انظر: جديلي (نوال): المرجع السابق، ص 29، 130.

الفرع الأول: تعريف الدفتر العقاري

يعد الدفتر العقاري المحرر على أساس البطاقات العقارية المنجزة بناء على وثائق مسح الأراضي، السند الوحيد المثبت للملكية العقارية، وعليه سنيين من خلال هذا الفرع كل من تعريف الدفتر العقاري (أولا)، بياناته وضوابط إعدادة (ثانيا)، وهذا فضلا عن إجراءات إعداد الدفتر العقاري (ثالثا).

أولا-تعريف الدفتر العقاري:

إن الحديث عن الأثر المترتب عن شهر الوثائق المسححة يقتضي التطرق للدفتر العقاري باعتباره الوثيقة الرسمية المثبتة للملكية العقارية. ويعود الاستعمال الأول لمصطلح الدفتر العقاري في التشريع الجزائري إلى المرسوم رقم 32\73 والمؤرخ في 05-01-1973 والمتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة والذي صدر تنفيذا لأحكام الأمر رقم 71\73 المتضمن قانون الثورة الزراعية⁽⁴¹⁾.

إلا انه ومع ذلك لم يحظى الدفتر العقاري بالتعريف التشريعي الواضح والصریح، ما دفع الفقه إلى وضع تعريف لهاته الوثيقة، نذكر من بين هذه التعاريف «الدفتر العقاري هو ناطق الطبيعي للوضعية القانونية للعقار يستمد روحه من الوثائق المسح ينشا استنادا على البطاقات العقارية يسلمه المحافظ العقاري للمالك إثباتا لحقوقه ويعد السند الوحيد المثبت للملكية»⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ _ انظر: بن عمار (زهرة): دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعاته أمام القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011، ص 117.

كذلك: عبد الناصر (جمال): الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، افريل 2006، ص 10.

⁽⁴²⁾ _ انظر: مراحي (ريم): دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي تبسة، 2008-2009. نقلا عن: بن عمار (زهرة): مرجع سابق، ص 118.

كما عرف أيضا بأنه: «ذلك السند الإداري الذي يثبت حقوق المالك على عقاره والمعبر عن الوضعية القانونية الآتية للعقار».

إذن فالدفتر العقاري يشكل أهم منتجات المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، كونه مستنسخ من البطاقات العقارية المنشأة من تلك العمليات. فهو سند إداري يسلم من طرف مصلحة إدارية تتمثل في المحافظة العقارية إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم عليها بعد الانتهاء من عملية المسح العقاري، ويشترط أن يكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب القرار الصادر من وزير المالية بتاريخ 27-05-1976⁽⁴³⁾.

ثانيا-بيانات الدفتر العقاري وضوابط إعداده:

طبقا لما يتضمنه القرار المحدد لنموذج الدفتر العقاري المؤرخ في 27-05-1976 فان الدفتر العقاري تتضمن صفحاته البيانات الآتية⁽⁴⁴⁾:

بالنسبة للصفحة الأولى: فإنها تمثل واجهة الدفتر العقاري وتتضمن كل من اسم المحافظة العقارية والولاية التي تتبعها، فضلا عن رقم الدفتر العقاري والبلدية الموجود فيها العقار، كذلك المنطقة والحى والشارع والرقم أن وجد، المكان المسمى، رقم القسم، رقم مجموعة الملكية، سعة المسح، ورقم القطعة عند الاقتضاء.

⁽⁴³⁾ _ انظر: بوزيتون (عبد الغاني): المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص131.

⁽⁴⁴⁾ _ نقلا عن: بواشري (بلقاسم): الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية المسوحة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص74.



أما الصفحات المتبقية فتشغلها ستة (6) جداول، الأول ويشتمل على التعيين الدقيق للعقار الممسوح (الحالة، المساحة، والمحتوى). أما الجدول الثاني فإنه خاص بالملكية ويتضمن أقسام هي كالتالي:

- القسم الأول: خاص بالإجراءات المنشئة للملكية (يكون الإجراء الأول لشهر حق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى في السجل العقاري من تاريخ إشهارها هو المنطلق الأول لها، ثم تأتي التأشير الخاصة بباقي الإجراءات «الوثائق المنشئة أو الناقلة للملكية» وتكون متسلسلة بحسب مراجع إشهارها.

-القسم الثاني: خاص بتعيين المالك، أين تحدد فيه الهوية الكاملة لهذا الأخير والحالة الشخصية، حيث تصدر هذا القسم هوية المالك المرقم باسمه العقار لأول مرة في السجل العقاري، لتليها باقي التأشير الخاصة بهوية المالكين الجدد في حالة ما إذا انتقلت إليهم ملكية العقار من المالك الأصلي. وبخصوص الجدول الثالث: فإنه يحتوي على اشتراك بالفاصل، ارتفاقات إيجابية وسلبية: حقوق مشهرة مع مراجع الإشهار.

أما الجدول الرابع فيحتوي على التجزئات والأعباء، وذلك من خلال ذكر الحقوق المشهرة مع مراجع الإشهار «التاريخ والحجم والرقم»، والتغييرات أو التشطيبات للحقوق المشهرة مع ذكر مراجع إشهارها. وبالنسبة للجدول الخامس فإنه خاص بالامتيازات والرهن وينقسم إلى قسم خاص بالتسجيلات مع ذكر مراجع إشهارها، وقسم خاص بالتغييرات أو التشطيبات للحقوق المشهرة.

أما الجدول السادس فيحتوي على تأشيرة التصديق المنصوص عليها في المادة 45 من المرسوم 63-76 فيذكر فيه تاريخ تسليم الدفتر والمقر الخاص بالمحافظة العقارية، ثم يشهد فيه المحافظ العقاري بان الدفتر المسلم مصادق عليه وموافق للبطاقة العقارية ويمضيه مع وضع اسم ولقب وختم المحافظة العقارية المختصة إقليمياً.

باعتبار الدفتر العقاري سند رسمي، فإن القانون اوجب مراعاة جملة من الضوابط، والتي أجملتها المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 63\76 والمتمثلة في وجوب مطابقتها للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية. فيكون معد أو مؤشر عليه بكيفية واضحة مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحو والبياض يتم شطبه بخط، والجداول تكون مرقمة وموقعة.

وبالنسبة للأسماء العائلية للأطراف فتكتب بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف صغيرة، ويمنع التحشير والكشط والأغلاط أو السهو، وتصحح عن طريق الإحالات.

والكلمات والأرقام المشطوب عليها وكذلك الإحالات تكون مرقمة ومسجلة بعد التأشير الذي يعينها وموافق عليها من قبل المحافظ العقاري.

ويسطر خط بالحبر بعد كل إجراء، ويوضع المحافظ تاريخ التسليم والنص الذي بمقتضاه تم هذا التسليم، ويشهد بصحة كل إشارة أو تأشير عن طريق توقيع ووضعه خاتم المحافظة⁽⁴⁵⁾.

ثالثاً- إجراءات تسليم الدفتر العقاري:

(45) _ انظر: بن عمار (زهرة): مرجع سابق، ص 123، 124.



يمنح للمالك أصحاب العقارات المكرسة حقوقهم عليها بصفة نهائية «دفتر عقاريا»، وعن إجراءات تسليمه فإنها تخضع للمرسوم التنفيذي رقم 63\76، ويكون التسليم من طرف هيئة إدارية مختصة تتمثل أساسا في "المحافظة العقارية" والتي يشرف على تسييرها محافظ عقاري⁽⁴⁶⁾.

وعن كيفية تسليم هذا الدفتر فإن الأمر يتباين بتباين عدد الأشخاص أصحاب الحقوق. فإذا كان المالك شخص واحد فإن الدفتر يسلم إليه شخصيا، أما إذا تمثل المالك في عدة أشخاص - وتتجلى هذه الصورة في حالة الملكية الشائعة-فانه يحتفظ بالدفتر العقاري الوحيد بالمحافظة العقارية، ويستعاض عن ذلك بتسليم كل شريك في الشيعاء بمستخرج من الدفتر العقاري المحتفظ به ليقوم مقامه إذا أراد الشركاء (أو واحد منهم) التصرف في نصيبه من العقار. كما بإمكان الشركاء على الشروع القيام بسحب الدفتر العقاري متى عينوا وبموجب وكالة قانونية وكيلا عنهم لحيازة هذا الدفتر، وعلى المحافظ العقاري أن يشير على البطاقة العقارية إلى الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري، مع وجوب إحضار هذا الأخير من طرف كل شريك أراد القيام بتصرفات قانونية لاحقة للإجراء الأول على العقار الذي يشتمله هذا الدفتر.

وجدير بالتنويه إليه انه في حالة نسخ البيانات بطريقة مغلوطة من البطاقات العقارية إلى الدفتر العقاري، فانه يقع على المحافظ العقاري بعد تصحيح البطاقات العقارية أن يبادر بتصحيح الدفتر العقاري، متى كان هذا الأخير محتفظا به بالمحافظة العقارية، أما إذا كان بحوزة صاحبه واكتشف المحافظ العقاري هذه الأغلط فعليه أن يندره بضرورة تقديم الدفتر بغرض ضبطه، وإذا اكتشفها صاحب الدفتر فانه يقع عليه توجيه طلب للمحافظ العقاري مرفقا بالدفتر.

⁽⁴⁶⁾ _ انظر: بن عمار (زهرة): المرجع السابق، ص125.

أما في حالة فقدان المالك للدفتري المسلم له، أو إتلافه بسبب حادث ما، فإنه في هذه الحالة بإمكان صاحب الدفتري أن يحصل على دفتري جديد بإتباع الإجراءات الآتية: التقدم بطلب مكتوب ومسبب يدعمه بتصريح بالضيق المسلم له من جهة مختصة موجه للمحافظ العقاري، إثبات هويته أمام المحافظ العقاري، تأشير المحافظ العقاري على البطاقة العقارية بحصول صاحبها على دفتري جديد⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني: المراحل السابقة لإعداده

تعد عملية تسليم الدفتري العقاري باعتباره السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية في الأماكن المسووحة عصارة وتتويج لجملة من المراحل السابقة، وفي مقدمتها المسح العقاري. فلعملية المسح العقاري أهمية بالغة، فهي تسبق عملية تأسيس السجل العقاري، بل وتعد الركيزة الأساسية والعمود الفقري الذي يقوم عليه هذا النظام. نظرا لما يوفره المسح من تثبيت للملكية العقارية، وضمانا للحقوق واستتباب للائتمان ونمو للاقتصاد عن طريق إرساء قواعد نظام حفظ عقاري متين⁽⁴⁸⁾.

ويمكن مسح الأراضي العام طبقا للأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري من تحديد ومعرفة النطاق الطبيعي للعقارات، كما يمثل أساسا ماديا للسجل العقاري⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ _ انظر: واشري (بلقاسم): مرجع سابق، ص 75، 76.

⁽⁴⁸⁾ _ انظر: بوزيتون (عبد الغاني): مرجع سابق، ص 01، 02.

⁽⁴⁹⁾ _ انظر: المادة 02 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخ في 18-11-1975.

حيث يعد المسح العقاري عملية فنية قانونية، يشرع فيها بمبادرة من السلطة المختصة، تهدف إلى جمع البيانات الكافية لتحديد هوية العقار، والتي تتعلق بموقعه ونطاقه واسم مالكة وطرق تملكه، والحقوق العينية العقارية المترتبة لفائدته أو التي تثقله، وبعد الانتهاء من هذه العملية تجمع البيانات ضمن وثائق خاصة تودع نسخة منها لدى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري.

ويبتغى من وراء هذا الإيداع القيام بإجراء شهر حق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى في السجل العقاري، ليشكل هذا الإجراء المنطلق الأول في نشأة الملكية العقارية في ظل نظام الشهر العيني⁽⁵⁰⁾.

كون الشهر العيني يلعب دور إعلامي بالنسبة للغير (يسمح بمعرفة الحقوق العينية الممارسة على العقار)، ودور وافي (على سبيل المثال، يسمح بتجنب تحويل حق ملكية ما إلى شخصين مختلفين). وبهذا يتيح حماية عقارية جيدة كما تقام المعاملات بأكثر سهولة وسرعة⁽⁵¹⁾.

إذن فالسجل العقاري يعد الوضعية القانونية للعقارات، ويبين تداول الحقوق العينية⁽⁵²⁾، هذا وتبين المادة 12 من الأمر 74-75 كيفية مسكه والتي تكون في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية التي تكون أساسا للسجل العقاري.

⁽⁵⁰⁾ _ انظر: بواشري (بلقاسم): مرجع سابق، ص 72.

⁽⁵¹⁾ _ انظر: علوي (عمار): الملكية والنظام العقاري في الجزائر، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 153.

⁽⁵²⁾ _ انظر: المادة 02 من الأمر رقم 74-75، مرجع سابق.



وعليه فان عملية ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري تقوم في الأساس على وثائق مسح الأراضي المودعة لدى المحافظة العقارية، وهو الأمر الذي يسمح بتعيين الحقوق المتعلقة بالعقارات موضوع التقييم. حيث ينجم عن تنفيذ عملية التقييم العقاري تخصيص بطاقة عقارية لكل عقار تم ترقيمه، تتضمن هويته الدقيقة بحسب البيانات الواردة في وثائق المسح، والتي ستضحي المرآة العاكسة لكل الوضعيات القانونية الجديدة التي ستطرأ على العقار بمناسبة تصرفات قانونية قد ترد عليه وتكون لاحقة للإجراء الأول.

ومتى أراد صاحب الحق استظهار حقه المرقم بصفة نهائية، كان من الضروري منحه بمناسبة الإجراء الأول وثيقة يستدل بها على وجود هذا الحق بمجموعة البطاقات العقارية، تشكل دليل ملكيته في الأراضي الممسوحة، والتي بناء عليها يستطيع مستقبلاً التصرف في هذا الحق على الوجه الذي يشاء، يطلق على هذه الوثيقة "بالدفتر العقاري"⁽⁵³⁾.

هل مختلف الإجراءات السابقة والمتوجة بتسليم الدفتر العقاري، تجعل التشريع يقر بالحجية المطلقة لهذا الأخير في إثبات الملكية العقارية؟

المطلب الثاني: القيمة القانونية للدفتر العقاري والمنازعات المتعلقة به

إن أكثر ما يهدف إليه المسح العقاري هو إعطاء القوة الثبوتية المطلقة للحقوق، من أجل ضبط الملكية العقارية وتسهيل تداولها وبعث الائتمان العقاري، وهذا لن يتأتى إلا عن طريق لمس

⁽⁵³⁾ _ انظر: بواشري (بلقاسم): مرجع سابق، ص 73.

ثمار هذه العملية، ولعل أهم هذه الثمار هو الدفتر العقاري، الذي يعد القلب النابض للملكية العقارية، كونه يستمد روحه أساسا من وثائق المسح⁽⁵⁴⁾.

وبناء على ما سبق سنحدد القيمة القانونية للدفتر العقاري طبقا للتشريع الجزائري ومدى حجيته في الإثبات (الفرع الأول)، مع الكشف عن ما مدى إمكانية إلغاء الدفتر العقاري أمام القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القيمة القانونية للدفتر العقاري وحجيته في الإثبات

طبقا لنظام الشهر العيني يعتبر الدفتر العقاري السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية، وهو المضمون الذي أكدته المادة 19 من الأمر رقم 74-75 بالنص على أن "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري وفي الدفتر الذي يشكل سند الملكية".

وهذا علاوة على نص المادة 33 من المرسوم رقم 32-73 المؤرخ في 05-01-1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة والتي نصت على "أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية ومسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد والوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية".

وتطبيقا لذلك فقد صدر قرار عن المحكمة العليا يؤكد على كون الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية أين جاء فيه "يتضح من خلال مراجعة القرار محل الطعن أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على انعدام وجود دليل الإثبات في الدعوى وذهبوا إلى القول أن الدفتر العقاري المستظهر به من طرف المدعي الأصلي لا يقوم مقام سند الملكية. لكن من حيث الثابت أن

⁽⁵⁴⁾ _ انظر: بوزيتون (عبد الغاني): مرجع سابق، ص 137.



القانون ينص على خلاف ذلك ويعتبر الدفتر العقاري بأنه سيكون الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملاً بالمادة 19 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 الذي يتضمن مسح الأراضي، وكذلك المادتين 32، 33 من المرسوم رقم 32-73 المؤرخ في 05-01-1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة⁽⁵⁵⁾.

وهذا فضلاً عن القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: «تعطى شهادة التقييم المؤقت لصاحبها صفة المالك الظاهر وبالتالي صفة التقاضي، وتأذي إلى حصوله على الدفتر العقاري ذي القوة الإثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائياً.

وقد أسس القضاة قرارهم على أنه لم يتم الاعتراض على شهادة التقييم المؤقت ومحضر التحديد المستخرج من إدارة المسح في الأجال القانونية، مما أدى إلى تسليم الدفتر العقاري الذي يعتبر على رأس المستندات الرسمية في إثبات الملكية إذا لم يقع الطعن فيه⁽⁵⁶⁾.

يضاف إليه القرار رقم 197920 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 28-06-2000 حيث "يعتبر الدفتر العقاري المعبر الحقيقي عن الوضعية القانونية للعقار المسوح، ولا يسلم لصاحبه إلا بعد إجراء عمليات التحقيق العقاري والتي تتمثل في إجراءات المسح المعقد، مما ينجم عنها تطهير العقار أو ما يثقله من أعباء وحقوق لفائدة الغير، فليس بمقدور أي شخص الادعاء خلافاً لما يحتويه الدفتر العقاري، لأن الهدف من مسح الأراضي العام هو إسباغ الحجية المطلقة للحقوق

⁽⁵⁵⁾ _ انظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28-06-2000 ملف رقم 197920. نقلاً عن:

بواشري (بلقاسم): مرجع سابق، ص 75، 76.

⁽⁵⁶⁾ _ انظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15-11-2005 ملف رقم 367715. نقلاً عن: بن عمار (زهرة):

مرجع سابق، ص 129.



بغرض تسهيل تداول العقار وبعث الائتمان العقاري وضبط الملكية العقارية بالإضافة إلى عدم التلاعب بها، لهذا يعد السند الحاسم للملكية العقارية⁽⁵⁷⁾.

مما سلف يلاحظ بان للدفتر العقاري حجية مطلقة في إثبات الملكية العقارية. إلا انه وعلى الرغم من ذلك تبين أن المشرع قد ضيق من نطاق الحجية المطلقة للدفتر العقاري والدليل على ذلك:

-إمكانية المنازعة في الدفتر العقاري أمام القضاء، والسند القانوني في ذلك هو المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وتحديد المادة 16 منه التي أجازت إعادة النظر في التقييم العقاري النهائي ودون تحديد لأي اجل مسقط لذلك، خلافا للتقييم المؤقت، ما جعله يشكل خروجاً عن مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر العيني.

علماً أن الدول التي أخذت بجميع خصائص نظام الشهر العيني جعلت التقييم النهائي غير قابل لأي منازعة ويبقى للمالك الذي أهدرت حقوقه المطالبة بالتعويض عن الضرر من الحائز سيء النية او من المحافظ العقاري إذا كان مسؤولاً عن إهدار حقه⁽⁵⁸⁾.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن الغرفة العقارية بتاريخ 14-07-2011 والذي يحمل رقم 666056 والذي يقر بإمكانية إلغاء الدفاتر العقارية ومناقشة مضمونها أمام القضاء الإداري⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ _ جبارة (جميلة): الدفتر العقاري في النظام القانوني الجزائري، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص14.

<https://platform.almanhal.com/Files/2/56360>

⁽⁵⁸⁾ _ انظر: بواشري (بلقاسم): مرجع سابق، ص79.

⁽⁵⁹⁾ _ انظر: جبارة (جميلة): مرجع سابق، ص15.

<https://platform.almanhal.com/Files/2/56360>



-عدم سن المشرع لأجل مسقط لقرارات المحافظ العقاري، حيث يمكن إعادة النظر فيها عن طريق القضاء، بالأخص ما تعلق بالترقيم النهائي عند إقراره بإمكانية الأخذ بالتقادم المكسب.

ولعل تمسك المشرع الجزائي بأحكام التقادم المكسب باعتباره سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حسب نصوص المواد 827، 828 من القانون المدني يتعارض إلى حد ما مع حضر التقادم الذي يعد من بين المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني.

وانطلاقا مما سبق نؤيد الاتجاه القائل بان الدفتر العقاري له حجية مطلقة لا تقبل إثبات العكس، وبأنه السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية المشهرة شريطة مراعاة المشرع ل⁽⁶⁰⁾:

-تحقيقا لانسجام النصوص القانونية بين تلك المتعلقة بالمسح وأحكام القانون المدني، يجب على المشرع المبادرة بتعديل المادتين 827، 828 من القانون المدني وهذا بقصر الاعتراف بالتقادم المكسب على العقارات والحقوق العينية العقارية المتواجدة في مناطق غير ممسوحة، لتكون سندات الملكية بهذه المناطق تشمل كل السندات عدا الدفتر العقاري. أما بخصوص المناطق الممسوحة فيجب حظر اكتساب الحقوق العينية العقارية عن طريق التقادم (دون أن يشمل الحظر الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع على سبيل المثال، وبذلك يكون الدفتر العقاري السند الوحيد للإثبات.

⁽⁶⁰⁾ _ انظر: جبارة (جميلة): المرجع السابق، ص 19، 20.

<https://platform.almanhal.com/Files/2/56360>

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في إلغاء الدفتر العقاري

سنحاول من خلال هذا الفرع تحديد الاختصاص القضائي في نظر النزاعات المتعلقة بالدفتر العقاري وتحديد الجهة المختصة بنظر دعوى إلغاء الدفتر العقاري وهذا طبقا للقانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (أولا)، فضلا عن بيان مدى وجوب شهر الدعوى المتعلقة بالإلغاء (ثانيا) وإلى تفصيل ذلك:

أولا-تحديد الاختصاص:

قد ينجم عن الترقيم العقاري النهائي الكثير من المنازعات سواء المتعلقة منها بالترقيم النهائي أو ما خص منها إلغاء الدفتر العقاري، وقد تناول المشرع هذه النقطة المهمة في المرسوم رقم 76-63 وتحديد المادة 16 منه حيث تتم إعادة النظر في الترقيم الذي تم بموجب أحكام المواد 12\13\14 من نفس المرسوم من طرف القضاء، وعليه يستنتج بان إعادة النظر في الدفتر العقاري لا تتم إداريا وإنما يعود الاختصاص فيها إلى الجهات القضائية.

وعلى الرغم من ذلك فإن الناحية العملية كشفت عن إشكال آخر يتمحور حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في إلغاء الدفتر العقاري. في هذا الصدد نجد أن البعض قد ذهب إلى أن القضاء العادي وتحديد القضاء العقاري هو الذي ينبغي له الاختصاص، على أساس أن الطعن ينصب على الحقوق العقارية التي يكرسها الدفتر العقاري. إلا أنه بالمقابل نجد أن الاجتهاد القضائي الثابت والمستقر لمجلس الدولة ذهب عكس ذلك، بان خول الاختصاص بإلغاء الدفتر العقاري للقاضي الإداري، طالما أن الدفتر يشكل قرارا إداريا صادرا عن المحافظ العقاري. هذا وقد استقرت



المحكمة العليا على مبدأ مماثل لمبدأ مجلس الدولة بانعقاد الاختصاص النوعي للقاضي الإداري متى كانت وكالة مسح الأراضي أو المحافظة العقارية طرفاً في النزاع⁽⁶¹⁾.

أما من الناحية التشريعية، فإن الجديد الذي حمله معه القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو تحديد جهة القضاء الإداري المختصة والمنوط بها الفصل في دعاوى إلغاء الدفتر العقاري، أين نصت المادة 800 من القانون أعلاه على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها."

وتضيف المادة 801 من ذات القانون على أن المحاكم الإدارية تختص هي الأخرى بالفصل في:

1-دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

-الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،

-البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

-المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2-دعاوى القضاء الكامل،

⁽⁶¹⁾ _ علي خوجة (خيرة): اختصاص القضاء الإداري في إلغاء الدفتر العقاري، الجلفة، ص5. نقلا عن الموقع الإلكتروني:

http://www.bibliotdroit.com/2016/12/blog-post_78.html



3-القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

نخلص مما سبق إلى أن إلغاء الدفاتر العقارية يؤول للمحاكم الإدارية، وهو الطرح المتبني من طرف المحكمة العليا ضمن اجتهادها القضائي المكرس بموجب القرار 666056 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 14-07-2011 حيث يقضي المبدأ بما يلي: "لا يمكن إلغاء الدفاتر العقارية أو مناقشة مضمونها إلا أمام القضاء الإداري".

ومما هو جدير بالإشارة إليه أن صفة تمثيل المحافظة العقارية أمام الهيئات القضائية يثير إشكال من الناحية التطبيقية. ففي البداية وعند اعتراف المشرع بنظام الشهر العيني أكد المرسوم رقم 63-76 بموجب المادة 111 منه على أن صفة تمثيل المحافظة العقارية تثبت للوالي المختص إقليميا. هذا وأكد المرسوم التنفيذي رقم 91-65 بموجب المادة 2 منه أن مديرية الحفظ العقاري تتبع الولاية كونها مصلحة خارجية.

غير أن التناقض شاب القرار الصادر في 20-02-1999 والذي يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة، حيث يعترف بموجب المادة الأولى منه بصفة التمثيل القضائي على مستوى الهيئات القضائية العليا للمدير العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بالأملاك الوطنية والحفظ العقاري، أما على مستوى المحاكم والمحاكم الإدارية وكذا المجالس القضائية فان التمثيل القضائي يؤول لمديري أملاك الدولة ومديري الحفظ العقاري بالولاية، وهو ما يشكل اعتداء على الاختصاص النوعي لكونه يسند الاختصاص للمحاكم العادية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري التي يمثلها مدير



أملاك الدولة وكذا مدير الحفظ العقاري، وعليه نقول أن هذا القرار الذي لازال ساري المفعول هو قرار خارق للنصوص التشريعية المذكورة أعلاه⁽⁶²⁾.

ثانيا-شهر دعوى الإلغاء:

في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم لم يكن ينص على شهر دعوى الإلغاء، الأمر الذي نجم عنه تناقضات في الأحكام القضائية حول تطبيق المادة 85 من المرسوم 63-76 على اعتبار أن النص العام موجود إلا أن تطبيقه لم يكن صارما كون القانون الإجرائي لم ينص على ذات المبدأ. إلا انه وفي ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية اضحى المشرع ينص صراحة على وجوب إشهار دعوى الإلغاء، وهذا بموجب نص المادة 17-3 والتي جاء فيها: " يجب إشهار عريضة الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلق بعقاراً أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار". وعليه نخلص إلى كون الإشهار اضحى إجراء جوهري يستوجب على المتقاضى القيام به وإلا رفضت دعواه⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ _ جيارة (جميلة): مرجع سابق، ص 16، 17.

<https://platform.almanhal.com/Files/2/56360>

⁽⁶³⁾ _ علي خوجة (خيرة): مرجع سابق، ص 7. نقلا عن الموقع الالكتروني:

http://www.bibliotdroit.com/2016/12/blog-post_78.html

الخاتمة:

في ختام هذا البحث الموجز والذي حاولنا من خلاله تبين القيمة القانونية للدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية، فإنه قد حان وقت إبراز النتائج المتوصل إليها مع بيان أهم المقترحات التي أفرزتها الدراسة:

أولا-النتائج:

- يعكس الدفتر العقاري حالة العقار الممسوح من الناحيتين المادية والقانونية، وهذا طبقا لما تضمنه قانون الشهر العقاري من أحكام، الأمر الذي يفترض أن يكون الدفتر سندا قويا في إثبات الملكية العقارية.

-للدفتر العقاري طبقا للتشريع الجزائري قوة ثبوتية نسبية لا مطلقة، نظرا لما يسمح به للأطراف من اللجوء إلى القضاء حتى بعد تسليم الدفتر العقاري، الذي يعد نتاج عمليات متسلسلة بدا من المسح ووصولاً إلى الترقيم النهائي.

- انعقاد الاختصاص في نظر دعوى إلغاء الدفاتر العقارية للقضاء الإداري، مع وجوب إشهار دعوى الإلغاء تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

ثانيا-التوصيات:

-وعن أهم التوصيات التي خلص إليها البحث فإنه ونظرا لخروج المشرع عن أهم قواعد الشهر العيني المتمثلة في منح الدفتر العقاري قوة ثبوتية مطلقة تحول دون اللجوء إلى القضاء عقب الترقيم النهائي وتسليم الدفتر العقاري، فإننا نؤكد بناء على ما سبق -بالأخص أن المشرع قد تبني



نظام الشهر العيني-على ضرورة أن يكون للدفتر العقاري حجية مطلقة في الإثبات على الأقل بالنسبة للعقارات التي كانت محل المسح واستتبع بالترقيم في السجل العقاري.

-أن الدور المنوط بالمحافظة العقارية يتوقف بشكل كبير على الأداء الحسن لعمل مصلحة المسح، الأمر الذي يحول دون خلق العديد من المنازعات المعقدة، وعليه وحتى نضمن سير عملية المسح بالدقة المطلوبة التي تجعل من الحق العقاري المشهر عنوانا للحقيقة لابد من إعداد دورات تكوينية للأعوان المكلفين بعملية المسح مع إثراء ثقافتهم.

-وعن أهم وأخر توصية ندرجها في هذا المقام هو ضرورة تحديث المسح وعصرنته والرقمنة له لإعطاء قوة ثبوتية للدفتر العقاري.

تم بحمد الله وقوته



ذ. عبد اللطيف السوفري

باحث في قانون الأعمال جامعة القاضي عياض

مراكش

الحماية الدولية للعلامة التجارية في ضوء الاتفاقيات الدولية

مقدمة:

يرجع التفكير في حماية العلامات إلى العهود والأزمنة القديمة حيث كانت تستعمل في عهد الرومان لتمييز صناعة الخزف والعقاقير الطبية والقرميد، كما استخدمها أعضاء الطوائف الحرفية للدلالة على انتمائهم الحرفي و للدلالة على مصدر السلع.

وبالتالي فحماية العلامة يرجع إلى تلك العهود الماضية حيث كان اغتصاب العلامة يعتبر فعلا معاقبا عليه وأن الاعتداء عليها كان يشكل سببا لدعوى مدنية تستند للفعل الضار، على أن حماية العلامة اقتصر على النطاق الإقليمي تبعا لمبدأ إقليمية القوانين وعليه فقد كانت حماية العلامة تخضع لقانون الدولة فلا تتعدى حدودها بحيث كانت كل دولة حرة في وضع التشريع الذي تراه مناسباً لتسجيل العلامة وكذا حمايتها ضمن إقليمها.



ونظرا لطبيعة الحياة التجارية التي تتطلب انتقال السلع من بلد الإنتاج إلى بلدان الاستهلاك جعل العلامات مفتقرة لحماية فعالة على المستوى الدولي مما استدعى تأمين الحماية للعلامات داخل إقليم مصدرها و خارجها.

ويقصد بالحماية الدولية للعلامة حماية هذه الأخيرة خارج الدولة التي حصل فيها الإيداع و التسجيل، غير ان حماية العلامة خارج بلد المنشأ قد طرح مجموعة من الصعوبات خاصة في ظل النظام الاقتصادي الحالي و القائم على حرية المبادلات التجارية من تداول للمنتجات و الخدمات. وأمام هذا الوضع لجأت الدول إلى إبرام عدة اتفاقيات تهم توفير الحماية الدولية للعلامات، الأمر الذي يطرح التساؤل حول الإطار الدولي للحماية في مجال العلامات التجارية ثم الإجراءات الواجب إتباعها في تسجيل العلامة على الصعيد الدولي.

بناء على ما تقدم ، نعالج الموضوع وفق خطة العمل التالية : المطلب الأول : الإطار الدولي

للحماية في مجال العلامات التجارية. المطلب الثاني : التسجيل الدولي للعلامات التجارية



المطلب الأول: الإطار الدولي للحماية في مجال العلامات التجارية

من المعلوم أن الحماية المقررة للعلامات التجارية على المستوى الدولي تستمد من الاتفاقيات الدولية، ومن الغني عن البيان أن القواعد الموضوعية المتعلقة بحماية العلامة التجارية على المستوى الدولي واردة في اتفاقيتين رئيسيتين هما: اتفاقية باريس بشأن الملكية الصناعية المبرمة في سنة 1883 والتي بدأ سريانها في 7 نونبر 1884. وقد عدلت هذه الاتفاقية عدة مرات كان آخرها تعديل استكهولم في 14 يوليوز 1967، واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس) وهي إحدى الاتفاقيات التي أسفرت عنها الجولة الثامنة للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف التي عقدت تحت مظلة الجات والتي انتهت سنة 1993 (جولة أوروغواي)، وتشرف على هذه الاتفاقية (اتفاقية التريبس) منظمة التجارة العالمية.

ونستعرض فيما يلي القواعد الموضوعية المقررة لحماية العلامات التجارية على المستوى الدولي في هاتين الاتفاقيتين في فقرتين كالآتي: الفقرة الأولى: الحماية الدولية للعلامات في اتفاقية باريس. الفقرة الثانية: الحماية الدولية للعلامات في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس).

الفقرة الأولى: الحماية الدولية للعلامات في اتفاقية باريس

تم إقرار أول اتفاقية دولية لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية في 20 مارس 1883، وهي "اتفاقية باريس" (64) لحماية الملكية الصناعية، حيث تعد الدعامة الرئيسية التي يرتكز عليها نظام الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية، ولا تزال تشكل دستور الملكية الصناعية، وهي حجر الأساس الذي بني عليه نظام الحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية في أحد شقيه. وعليه سوف نتولى تحديد أهم الأحكام الموضوعية المطبقة على العلامات من خلال التطرق إلى بعض القواعد الموضوعية المشتركة بين حقوق الملكية الصناعية، والأحكام الموضوعية الخاصة بحماية العلامة التجارية.

إلى جانب تحديد الأحكام والقواعد المتعلقة بحماية العلامة المشهورة، عبر تحديد معايير

حماية العلامة المشهورة والدعوى المختصة بحماية العلامة المشهورة.

أولاً: الأحكام الموضوعية المتعلقة بحماية العلامة التجارية

إن اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، ليست مجرد اتفاقية دولية ترتب حقوقاً والتزامات في مواجهة الدول الأعضاء، بل هي أكثر من ذلك، حيث تضع بمجرد مصادقة الدول على أحكام هذه الاتفاقية على عاتق كل دولة عضو فيها مسألة تعديل مضمون تشريعها الداخلي بما يتفق وأحكام الاتفاقية. وهذا بالفعل ما سلكه المشرع المغربي سواء في ظل ظهير 23 يونيو 1916 أو في القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، إذ نص على بعض مقتضيات الاتفاقية، كمبدأ المعاملة الوطنية لرعايا الاتحاد ومبدأ الأسبقية ومبدأ عدم التعارض.

(64) عدلت اتفاقية باريس عدة مرات أهمها: بروكسيل بتاريخ 14 ديسمبر 1908، واشنطن في 02 يوليو 1911، لاهي بتاريخ 06 نوفمبر 1925، لندن 02 يوليو 1934، لشبونة 31 أكتوبر 1958، وآخرها باستوكهولم بتاريخ 14 يوليو 1967.



وعليه فإن، اتفاقية باريس قد تضمنت قواعد موضوعية مشتركة بين جميع حقوق الملكية الصناعية، وأخرى خاصة بالعلامات.

1- الأحكام الموضوعية المشتركة بين حقوق الملكية الصناعية والمطبقة على

العلامات:

• المعاملة الوطنية لمواطني البلدان الأعضاء في الاتفاقية:

وقد نصت المادة الثانية من اتفاقية باريس على هذا المبدأ بقولها: "يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية، بالمزايا التي تمنحها حاليا أو قد تمنحها مستقبلا قوانين تلك الدول للمواطنين، وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية. ومن ثم فيكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم، بشرط اتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين".

وهو نفس الإجراء الذي أشار إليه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية التي نصت على أنه: "يستفيد رعايا كل بلد من البلدان المشتركة في الاتحاد الأوروبي لحماية الملكية الصناعية من حماية حقوق الملكية الصناعية المنصوص عليها في هذا القانون بشرط استيفاء الشروط والإجراءات المقررة فيه".

وتبعاً لمبدأ المعاملة الوطنية يكون للأجنبي الذي ينتمي إلى دولة من دول اتحاد باريس اكتساب الحقوق المتعلقة بمختلف صور الملكية الصناعية – ومن بينها العلامات- التي أشارت إليها المادة الأولى من الاتفاقية في كل دول اتحاد باريس ويعامل نفس معاملة مواطنيها⁽⁶⁵⁾.

ولا تقتصر الحماية المقررة لرعايا دول اتحاد باريس على مواطنيها، بل يعامل رعايا الدول غير الأعضاء في اتحاد باريس المقيمين في إقليم إحدى دول الاتحاد الذين لهم عليها منشآت صناعية أو تجارية حقيقية وفعالة نفس معاملة رعايا دول الاتحاد. (المادة 3 من اتفاقية باريس والتي تقابلها المادة 5 من القانون رقم 17-97).

• حق الأسبقية أو الأولوية:

نصت على هذا المبدأ المادة الرابعة من الاتفاقية، وهو نفس حق الأولوية الذي قرره اتفاقية باريس لصاحب البراءة قرره كذلك لصاحب العلامة (المادة 4)، وقرره كذلك القانون المغربي (المواد 6 و7 من ق.م.)، ووفقاً لمبدأ الأسبقية يتمتع كل من أودع في إحدى دول الاتحاد طلباً قانونياً للحصول على براءة اختراع أو لتسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نماذج أخرى بحق أسبقية إذا أودعها خلال المواعيد المحددة في الاتفاقية، وهي اثني عشر شهراً من تاريخ إيداع الطلب الأول بالنسبة لبراءات الاختراع ونماذج المنفعة، وستة شهور بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والتجارية والصناعية. فعلى سبيل المثال يكون لكل من أودع طلباً لتسجيل علامة تجارية في فرنسا (وهي دولة عضو في اتحاد باريس) حق أسبقية في تسجيل علامة مماثلة في المغرب إذا أودع في المغرب طلباً للحصول على علامة مماثلة وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ إيداع الطلب الأول في

(65) محمد محبوب، النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الثانية، 2011، ص 194.

فرنسا. ويترتب على ذلك أن أي طلب يودع في المغرب من أي شخص آخر عن نفس العلامة خلال الفترة من تاريخ إيداع الطلب الأول في فرنسا والطلب الثاني في المغرب لا تكون له الأسبقية في المغرب. وللإشارة فحق الأولوية هذا يعطي لصاحب العلامة أفضلية تسجيل علامته في باقي دول الاتحاد خلال ستة أشهر من تاريخ تقديمه طلب التسجيل الأول، فلا يمكن مواجهته بأي إيداع تم من الغير داخل هذه المدة، كما أن كل استغلال لتلك العلامة من قبل الغير لا يمكن الاحتجاج به في مواجهته. غير أنه إذا رجع الإيداع أو الاستغلال الذي يحتج به الغير إلى ما قبل إيداع طلب التسجيل الأول فإنه يقوم كحجة على عدم جدة الشارة داخل البلد الثاني، ما لم يتعلق الأمر بعلامة مشهورة⁽⁶⁶⁾.

2- الأحكام الموضوعية الخاصة بحماية العلامة التجارية في اتفاقية باريس:

وضعت اتفاقية باريس عدة قواعد موضوعية لتوفير حماية خاصة بالعلامات التجارية، بالإضافة إلى مبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الأسبقية – المشار إليه سابقا، وسنعرض فيما يلي أهم الأحكام المتعلقة بحماية العلامة التجارية في اتفاقية باريس.

- على مستوى القانون الواجب التطبيق على شروط تسجيل العلامة ومبدأ استقلالها:

وفقا للمادة 6 من فقرة 1 من اتفاقية باريس فإن شروط إيداع وتسجيل العلامة التجارية يخضع للتشريع الوطني في كل دولة من دول الاتحاد، فالقانون الوطني للدولة التي يراد تسجيل العلامة فيها هو الذي يحدد شروط إيداع العلامة وإجراءات تسجيلها. جاء في نص المادة 6 المذكورة

⁽⁶⁶⁾ فؤاد معلال، الملكية الصناعية والتجارية (دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية)، الطبعة الأولى، 2009، ص 626.

ما يلي: "تحدد شروط إيداع وتسجيل العلامات الصناعية أو التجارية في كل دولة من دول الاتحاد عن طريق تشريعها الوطني".

ومع ذلك لا يجوز لأي دولة من دول الاتحاد أن ترفض تسجيل علامة مودعة في أي دولة من دول الاتحاد أن تبطل تسجيلها استنادا إلى عدم إيداع العلامة وتسجيلها أو تجديدها في بلد المنشأ. ووفقا للمادة 6 الفقرة الثالثة من الاتفاقية تعتبر العلامة التي سجلت وفقا للقانون في إحدى دول الاتحاد مستقلة عن العلامات التي سجلت في دول الاتحاد الأخرى بما في ذلك دولة المنشأ. فإذا لم يجدد تسجيل العلامة أو أبطلت في دولة من الدول التي سجلت فيها، فلا يعني ذلك أن تفقد العلامة الحماية أو يبطل تسجيلها في الدول الأخرى، ويعرف هذا المبدأ بمبدأ استقلال الحماية الخاصة بالعلامة في كل دولة⁽⁶⁷⁾.

• على مستوى حماية العلامة المسجلة في إحدى دول الاتحاد في سائر دول الاتحاد الأخرى بالحالة التي سجلت عليها:

استثناء من مبدأ استقلال العلامة الذي قرره المادة 6 من اتفاقية باريس ومضمونه أن العلامة التي تسجل في إحدى دول الاتحاد تعتبر مستقلة عن العلامات المماثلة التي تسجل في دول الاتحاد الأخرى بما في ذلك دول المنشأ، تلزم المادة 6 فقرة الخامسة من الاتفاقية الدول الأعضاء في الاتحاد بقبول إيداع كل علامة مسجلة طبقا للقانون في دول المنشأ كما يتم حمايتها بالحالة التي هي عليها في دول الاتحاد الأخرى.

⁽⁶⁷⁾ ندوة الويبو دون الإقليمية عن العلامات التجارية ونظام مدريد، نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والمعهد الوطني للملكية الصناعية (فرنسا) بالتعاون مع المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية برعاية وزارة الصناعة والتجارة والمواصلات، الدار البيضاء 7 و 9 ديسمبر 2004.

وهذا يعني أنه لا يجوز لأي دولة من دول الأعضاء في الاتحاد أن ترفض طلب تسجيل علامة تجارية سبق تسجيلها في دولة أخرى من دول الاتحاد استناداً إلى أن شكل العلامة لا يتفق مع التشريع الوطني، ومن الغني عن البيان أن هذا الحكم الاستثنائي الذي يضع قيوداً على التشريعات الوطنية فيما يتعلق بشكل العلامة يتيح لصاحب العلامة المسجلة في دولة من دول الاتحاد (بلد المنشأ) أن يسجل علامته بحالتها في سائر دول الاتحاد الأخرى دون إجباره على إدخال أي تعديلات على شكلها، بغض النظر عن القيود التي تفرضها التشريعات الوطنية على شكل العلامة.

ولكي يستفيد صاحب العلامة المسجلة في إحدى دول الاتحاد من هذا الحكم الاستثنائي ويسجل علامته في سائر دول الاتحاد بالحالة التي هي عليها في بلد المنشأ هناك شروط لابد من التقيد بها، الشرط الأول يجب عليه أن يوضح عند تقديمه لطلب تسجيل العلامة الشكل الذي سبق أن سجلت به العلامة في بلد المنشأ، ويطلب تسجيلها بنفس هذا الشكل. والشرط الثاني هو أن تكون العلامة قد سجلت طبقاً لقانون دولة المنشأ. ويعرف هذا المبدأ بمبدأ قبول تسجيل العلامة بالحالة التي هي عليها، أو مبدأ قبول تسجيل جميع العلامات الأجنبية المسجلة في بلدها الأصلي⁽⁶⁸⁾.

● التنازل عن العلامة:

من المقرر في عديد من التشريعات المقارنة أنه لا يجوز التنازل عن العلامة منفصلة عن الأصل التجاري الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته. وقد وضعت المادة 5 (رابعاً) من اتفاقية باريس أحكاماً تخاطب تلك التشريعات، فقررت أنه إذا كان التنازل عن العلامة لا يعتبر صحيحاً، طبقاً لتشريع إحدى دول الاتحاد، إلا إذا كان مقترناً بانتقال ملكية الأصل التجاري الذي تخصصه العلامة، فإنه يكفي لصحة هذا التنازل أن تنتقل ملكية جزء الأصل التجاري الموجود في تلك الدولة

(68) محمد محبوب، مرجع سابق، ص 196.

إلى المتنازل إليه مع منحه حقا استثنائيا في أن يصنع أو يبيع المنتجات التي تحمل العلامة المتنازل عنها في تلك الدولة.

• علامة الخدمة:

هي تلك العلامة التي يستعملها معدم التي يستعملها معدم الخدمة للظهور بها في السوق بحيث تصبح مع مرور الوقت دالة على نوع الخدمة وعلى مصدرها مثل البنوك وشركات التأمين ووكالات الأسفار السياحية والفنادق والمطاعم، ومن ثم فإن علامة الخدمة تقوم بذات وظيفة علامة السلعة مع اختلاف وحيد بينهما وهو أن علامة السلعة تستخدم في تمييز السلع بينما تستخدم علامة الخدمة في تمييز الخدمات.

ولم تكن الحماية المقررة في اتفاقية باريس للعلامة التجارية تشمل علامة الخدمة، بل كانت قاصرة على علامة السلعة. وفي مؤتمر لشبونة الذي عقد في أكتوبر 1958 لتعديل الاتفاقية نوقش اقتراح يتضمن التوسع في الحماية المقررة في الاتفاقية للعلامة التجارية لتشمل علامة الخدمة من جميع الوجوه، غير أن المؤتمر لم يوافق على هذا الاقتراح، واقتصر التعديل الذي جاءت به المادة 6 (سادسا) التي أضيفت إلى الاتفاقية على إلزام دول الاتحاد بحماية علامة الخدمة دون إلزامها بتسجيل تلك العلامة، وقد نصت المادة 6 (سادسا) على أنه "تتعهد دول الاتحاد بحماية علامة الخدمة، ولا تلتزم هذه الدول بأن تكفل التسجيل لتلك العلامات".

وهذا يعني أن اتفاقية باريس لا تلزم الدول أعضاء الاتحاد بتسجيل علامة الخدمة كعلامة تجارية، بل يكفيها – وفقا لنص المادة 6 سادسا- حمايتها عن طريق قواعد المنافسة غير المشروعة، أو بأي آلية قانونية أخرى⁽⁶⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أشار إلى علامة الخدمة في ظل القانون الجديد رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

ثانيا: الأحكام المتعلقة بحماية العلامة المشهورة

تشكل العلامات المشهورة les marques notoires استثناء على مبدأ التسجيل بالنسبة للعلامات، إذ بالرغم من عدم تسجيلها فهي تتمتع بالحماية المقررة لهذه الأخيرة. كما أنها تشكل استثناء على مبدأ إقليمية العلامة – الذي أشرنا إليه سابقا-، وفي هذا الصدد قررت المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكمها بتاريخ 2005/11/07، في الملف عدد 2005/16/1489 أن حماية العلامة المشهورة لا يرتبط لا بالتسجيل ولا بمبدأ الإقليمية⁽⁷⁰⁾، بحيث أنها تستفيد من الحماية خارج الدولة المنتمية لها، بل في بعض الأحيان تمتد تلك الحماية إلى كافة دول المعمور – أو على الأقل إلى الدول التي ترسي قوانين لحماية الملكية الصناعية تتبنى المعايير الموحدة التي فرضتها جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة- متى كانت شهرتها تتخذ بعدا دوليا.

وقد نصت على هذه العلامات المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية – المعدلة في لاهاي سنة 1925- والتي قررت حماية من نوع خاص للعلامة المشهورة حتى من دون تسجيل.

⁽⁶⁹⁾ ندوة الويبو دون الإقليمية عن العلامات التجارية ونظام مدريد، مرجع سابق.

⁽⁷⁰⁾ أورده فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 476.



وقد كرس القانون المغربي للملكية الصناعية هذه العلامات في المادة 162 منه عندما نص على أنه: "يجوز لصاحب علامة مشهورة وفق المادة 6 مكررة من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية أن يطالب ببطلان تسجيل علامة من شأنها أن تحدث خلطا بينها وبين علامته وتتقادم دعوى البطلان بمضي خمس سنوات على تاريخ تسجيل العلامة ما لم يكن هذا التسجيل قد طلب عن سوء نية".

وعليه سنتطرق إلى معايير حماية العلامة المشهورة وإلى الدعوى المختصة بحماية هذه العلامة.

1- معايير حماية العلامة المشهورة:

لقد سكت المشرع المغربي عن تحديد المقصود بالعلامات المشهورة، وعن تحديد المعيار في تقدير اكتساب العلامة للشهرة الكافية التي تجعل منها علامة مشهورة تكتسب الحماية داخل المغرب حتى من دون تسجيل فيه.

ولم يضع كذلك اتفاقية باريس أي معايير لقياس مدى شهرة العلامة، بل تركت ذلك لتقدير الأجهزة الإدارية أو السلطات القضائية المختصة في كل دولة من الدول الأعضاء في اتحاد باريس. ويتفق الفقه الحديث على أن المعيار في تحديد شهرة العلامة ينطلق من مدى معرفة جمهور الناس بها، فلكي تعتبر علامة ما مشهورة يجب أن تكون معروفة من شريحة واسعة من الجمهور بحيث بمجرد ذكرها يستحضر هذا الأخير تلقائيا المنتج أو الخدمة الذي تمثله⁽⁷¹⁾.

(71) فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 479.

وليس المقصود بالجمهور هنا المتخصصين منهم، بل جمهور الناس العاديين، فلا يكفي من تم أن تكون العلامة معروفة من قبل الطائفة المحدودة من المستهلكين الذين يهتم المنتج أو الخدمة المعنيين بالعلامة، بل يجب أن تكون معروفة من أفراد الجمهور الواسع، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء إلى أنه: "... تعد علامة مشهورة إذا كانت معروفة على شكل واسع من الجمهور..."⁽⁷²⁾. وهذا يعني أنه عندما يتعلق الأمر بمنتج أو خدمة محدودتي الانتشار – الآلات الموسيقية مثلا، أو مضارب أو كور التنس أو الغولف- فإن شهرة العلامة لا تحدد فقط بالاستناد إلى مدى معرفة الشريعة من الجمهور المعنية بهذه المنتجات أو الخدمات بها، بل بالاستناد إلى مدى شهرة العلامة عند الجمهور الواسع، في هذا الصدد قررت المحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "حيث أن التعريف المستقر عليه في القانون والقضاء المقارن أن العلامة لا تكون مشهورة إلا إذا كان غالبية الناس عند سماع اسمها يذهب ذهنه مباشرة إلى المنتجات أو الخدمات التي تمثلها العلامة المذكورة..."⁽⁷³⁾.

وعلى العموم فإن هناك عدة مؤشرات يمكنها أن تساعد القضاء على التعرف على مدى شهرة العلامة، تتمثل في مدى قدم هذه الأخيرة وطول مدة استعمالها، والمجهود المبذول على مستوى الإشعار والدعاية للترويج لها، وقوة تواجد المنتج أو الخدمة الذي تعينه في السوق، والإقبال الذي يحظى به بالمقارنة مع منتجات أو خدمات المنافسين، علما أن – ومع تغير الظروف وتطور الحياة التجارية- المدة أصبحت لا تشكل شرطا لازما للشهرة، فيمكن لمنتج عند خروجه إلى حيز الوجود،

(72) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء بتاريخ 2004/03/04، ملف عدد 14/2002/2743، أورده فؤاد معلال، مرجع سابق.

(73) حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2005/11/07، ملف عدد 2005/16/1489، أورده فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 479.

ومع إشعار متميز مصحوب بإعلانات تلفزيونية متعددة ودعاية مكثفة، أن يفرض بسرعة فائقة على الجمهور وبالتالي يكون هناك تجاوب كبير مع هذا المنتج⁽⁷⁴⁾.

وقد حدد الفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس، والذي يحيل عليه الفصل 162 من قانون الملكية الصناعية المغربي، شروط حماية العلامة المشهورة في خمسة شروط وهي كالاتي:

أ- أن تكون العلامة مشهور؛

ب- أن تتعرض العلامة للتقليد؛

ج- استعمال العلامة المشهورة في بلد الادعاء؛

د- استعمال العلامة في منتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة؛

هـ- ضرورة إحداث لبس؛

أما حماية العلامة المشهورة في القانون الفرنسي، فقد نص الفصل 5-713 من قانون الملكية الصناعية على ما يلي: "يثير استعمال علامة مشهورة لمنتجات، أو خدمات غير مشابهة لتلك المعينة في التسجيل، المسؤولية المدنية لمستعملها، إذا كان من شأن هذا الاستعمال إحداث ضرر لمالك العلامة أو لم يكن له أي مبرر".

ويرى بعض الفقه⁽⁷⁵⁾ أن هذا الفصل ذهب في حماية العلامة المشهورة إلى حدود أوسع من تلك التي رسمها الفصل 6 مكرر من الاتفاقية، ويعود ذلك لكونه بنى الحماية على أساس المسؤولية المدنية، لأنها تمت خارج إطار التخصيص.

(74) محمد محبوب، مرجع سابق، ص 204.

(75) رشيد بنوني، الحماية القانونية للعلامة التجارية في التشريع المغربي، مجلة القانون المغربي، محور الدراسات والأبحاث القانونية، عدد 8، 2007، ص 91.

أما القضاء الألماني فذهب إلى تحديد شروط حماية العلامة المشهورة خارج إطار التخصيص فيما يلي:

أ- **الشهرة الممتازة:** ويعني ذلك ألا تنحصر الشهرة في الأشخاص الذين يهتم المنتج وإنما يجب أن تكون معروفة لدى كل المستهلكين؛

ب- **الانفرادية:** أي أن تكون للعلامة مكانة فريدة، ولم يتم استعمالها في منتجات أخرى؛

ج- **الأصالة:** ومؤداه أن العلامة المكونة من اسم شائع لا يمكن اعتبارها علامة ذات شهرة عالية.

وقد تبنت الجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية (AIPPI) خلال آخر مؤتمر لها في برشلونة سنة 1990 إجراء يهدف إلى التمييز بين العلامات المشهورة بمفهوم الفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس وبين العلامات ذات الشهرة العالية والتي تستفيد وحدها من الحماية الموسعة – أي خارج إطار التخصيص- وقد أخذت الجمعية الدولية المذكورة أعلاه بالتعريف التالية:

فأما العلامات المشهورة بمفهوم الفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس فهي "تلك العلامات التي تعرف من قبل الأشخاص المعنيين". وأما العلامات ذات الشهرة العالية – أي حسب التصور الألماني- "فهي المعروفة لدى العموم"⁽⁷⁶⁾.

2- الدعوى المختصة لحماية العلامة المشهورة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 6 (ثانيا) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1883 على أنه: "يجب منح مهلة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ التسجيل

(76) رشيد بنوني، نفس المرجع، ص 93.



للمطالبة بشطب مثل هذه العلامة، ويجوز لدول الاتحاد أن تحدد مهلة يجب المطالبة بمنع استعمال العلامة خلالها".

ويرى بعض الفقه⁽⁷⁷⁾ أن أجل خمس سنوات هو أجل أدنى، وقد كان هذا الأجل يبلغ ثلاث سنوات إلى حين مؤتمر مراجعة اتفاقية باريس بلشبونة، وهو نفس الأجل (أي خمس سنوات) الذي حدده المشرع المغربي في قانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية حيث نصت المادة 162 منه على أنه "... وتتقادم دعوى البطلان بمضي خمس سنوات على تاريخ تسجيل العلامة ما لم يكن هذا التسجيل قد طلبه عن سوء نية".

وعليه، تبدو ضرورة حماية العلامة المشهورة، لكن التساؤل الذي يطرح هنا: ما هو الأساس القانوني لحماية هذا النوع من العلامات؟

على هذا المستوى تضارب الفقه والقضاء بشأن الأساس الذي يمكن حماية العلامة المشهورة من خلاله. فذهب بعض الفقه⁽⁷⁸⁾ إلى أن صاحب العلامة المشهورة المستعملة لا يستفيد حينما يريد رفع النزاع أمام القضاء من دعوى التقليد أو التزييف لأنه لا يوجد أي تزييف أو تقليد حينما يقوم شخص باستعمال نفس العلامة في صنف أو فئة أخرى حسب اتفاقية نيس للتصنيف الدولي للسلع والمنتجات، بحيث إذا استعمل نفس العلامة في نفس الصنف الذي توجد عليه سابقا ففي هذه الحالة يكون قد ارتكب جريمة التزييف ويحق لصاحب العلامة المسجلة أن يرفع دعوى التزييف. إلا أنه يمكن للمحكمة حينما يعرض عليها نزاع متعلق بعلامة مشهورة أن تكيف القضية في إطار المنافسة غير المشروعة التي نص عليها المشرع المغربي في قانون الملكية الصناعية، مستندا في

(77) رشيد بنويني، مرجع سابق، ص 88.

(78) محمد محبوب، مرجع سابق، ص 202.



ذلك على قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 17 ماي 1996 في الملف عدد 95/3411، بشأن تسجيل علامة Rayan من قبل غير مالكيها الأصلي، حيث اعتبرت المحكمة المذكورة بأن التصرف الذي قام به المدعى عليه يعتبر منافسة غير مشروعة تطبيقاً للمادة 84 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 6 مكرر من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المتعلقة بالعلامات المشهورة، نظراً لأن المدعية بدلت خلال سنين طويلة مجهودات كبيرة لتمكين علامتها من الوصول إلى هذه الشهرة على الصعيد العالمي.

ولهذا فعلى القضاء المغربي – بحسب رأي الأستاذ محمد محبوبى- عندما يكون ينظر في قضية ما متعلقة بعلامة مشهورة يجب عليه أن يكتفي في إطار إما دعوى المنافسة غير المشروعة أو "دعوى التشويش"⁽⁷⁹⁾ بحيث أن التزييف والتقليد لا مجال له ضمن العلامة المشهورة.

ولم يخرج القضاء المغربي عن هذا التفسير، حيث اعتبرت ابتدائية البيضاء في قضية BMW أن المدعى عليه قد ارتكب منافسة غير مشروعة ولو في غياب تماثل وتشابه المنتجات التي تحمل العلامة المقلدة⁽⁸⁰⁾، حيث حكمت عليه بالتوقف عن استعمال علامتها BMW والتشطيب على العلامة رقم 53207 المسجلة في 1994/02/25 لدى المكتب المغربي لحماية الملكية الصناعية مبررة ذلك في أن علامة (BMW) هي علامة مشهورة وتدخل في إطار الفصل 6 مكرر من اتفاقية باريس.

(79) حسب العبارة الواردة في قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء "... الأمر الذي يشكل تشويشاً على علامة Rayan".

(80) ابتدائية البيضاء أنفا بتاريخ 14 يوليوز 1998 رقم 97/927، حكم أورده إدريس بنونيني في مجلة القانون المغربي، مرجع سابق، ص 96.

الفقرة الثانية: الحماية الدولية للعلامات في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من

حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس)

تعتبر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة التي أسفرت عنها جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف، ويجري تطبيقها في إطار المنظمة العالمية للتجارة، ومن أبرز الاتفاقيات التي عالجت مختلف أنواع حقوق الملكية الفكرية سواء المتعلقة بالملكية الصناعية أو تلك المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية.

وقد عالجت اتفاقية التريبس حقوق الملكية الفكرية في سبعة أجزاء هي: أحكام عامة ومبادئ أساسية، المعايير المتعلقة بتوفير حقوق الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها، إنفاذ حقوق الملكية الفكرية، اكتساب حقوق الملكية الفكرية واستمرارها وما يتصل بها من الإجراءات فيما بين أطرافها، منع المنازعات وتسويتها، الترتيبات الانتقالية، الترتيبات المؤسسية والأحكام النهائية. وسوف نستعرض فيما يلي الأحكام العامة والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الاتفاقية، ومعايير الحماية الخاصة بالعلامة التجارية.

أولاً: الأحكام العامة والمبادئ الأساسية لاتفاقية التريبس

تناول الجزء الأول من اتفاقية التريبس المبادئ الأساسية التي تقوم عليها في المواد من 1-8 وسنعالج في هذا الإطار مبدئين أساسيين وهما مبدأ المعاملة الوطنية وكذلك مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

1-مبدأ المعاملة الوطنية: تضمنت المادة 3 من الاتفاقية مبدأ المعاملة الوطنية،

وبمقتضى هذا المبدأ تلتزم البلدان الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن تعامل مواطني البلدان



الأخرى ومن في حكمهم فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية معاملة لا تقل عن المعاملة المقررة لمواطنيها، فتمنحهم –على الأقل- نفس المزايا التي تتمتع بها رعاياها وتخضعهم لنفس الالتزامات، وهذا المبدأ يتوافق مع حكم المادة الثانية من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتي سبقت اتفاقية التريبس في إرسائه.

2-مبدأ الدولة الأولى بالرعاية: تضمنت المادة 4 من اتفاقية التريبس مبدأ المعاملة

الخاصة بحق الدولة الأولى بالرعاية، وبمقتضاه تلتزم الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بالألا تميز في المعاملة بين رعايا الدول الأعضاء الأخرى ومن في حكمهم، ومن ثم يجب على الدول الأعضاء المساواة بين رعايا جميع الدول الأعضاء في الحقوق والالتزامات، بمعنى أنها تلتزم إذا منحت أي ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة لمواطني أي بلد عضو في المنظمة بأن تمنح جميع مواطني الدول الأعضاء الأخرى نفس الميزة أو التفضيل أو الامتياز أو الحصانة، وهذا المبدأ يطبق لأول مرة في مجال الملكية الفكرية، إذ لم يسبق لأي اتفاقية دولية في مجال الملكية الفكرية الأخذ به.

ثانيا: معايير حماية العلامة التجارية في اتفاقية التريبس

تناولت اتفاقية التريبس في الجزء الثاني منها (المواد من 9-40) المعايير المتعلقة بتوفير حقوق الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها، وألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء باحترام الحد الأدنى من معايير الحماية التي ذكرتها في مختلف فروع الملكية الفكرية التي عالجتها. وسنتناول في هذا الإطار، الإجراءات الواجب اتخاذها لضمان توفير الحماية المطلوبة لحقوق الملكية الفكرية، والمعايير الجوهرية بشأن توفير الحماية الدولية للعلامات.

1- الإجراءات الواجب اتخاذها لضمان توفير الحماية المطلوبة لحقوق الملكية

الفكرية:

تحدد الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة الإجراءات الواجب اتخاذها لضمان توفير الحماية لحقوق الملكية الفكرية والتي تتمثل في عدة إجراءات نذكر من بينها على سبيل المثال: الالتزامات العامة، الإجراءات والجزاءات المدنية والإدارية، الإجراءات الجنائية والتدابير الحدودية.

***الالتزامات العامة:** تلتزم البلدان الأعضاء بضمان اشتغال قوانينها على إجراءات الإنفاذ الفعالة ضد أي تعد على حقوق الملكية الفكرية التي تشملها الاتفاقية ومن بينها العلامات بما في ذلك الجزاءات العاجلة لمنع التعدي والجزاءات التي تشكل رادعا لأي تعديات أخرى، ويتعين أن تكون إجراءات إنفاذ حقوق الملكية الفكرية منصفة وعادلة ولا يجوز أن تكون معقدة أو باهظة التكاليف بصورة غير ضرورية ولا أن تنطوي على حدود زمنية غير معقولة أو تأخير لا داعي له (81).

***الإجراءات والجزاءات المدنية والإدارية:** لقد جاءت الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة بمجموعة من الإجراءات والجزاءات المدنية والإدارية وذلك من اجل ضمان حسن تنفيذها (المواد من 42 إلى 49 من اتفاقية التريبس) وفي هذا الصدد وحسب المادة 44 من الاتفاقية المذكورة، تلتزم البلدان الأعضاء بمنح السلطات القضائية صلاحية أن تأمر أي طرف معين بالكف عن التعدي على حق من حقوق الملكية الفكرية كالعلامات، ومن جهة أخرى تمنح كذلك البلدان الأعضاء للسلطات القضائية صلاحية الأمر بدفع تعويضات مناسبة لأصحاب

81 – محمد محبوبوي: مرجع سابق، ص 214.

المبتكرات الجديدة عن الأضرار التي لحقت بهم وكذا المصروفات التي تكبدها والتي يجوز أن تشمل أتعاب المحامي المناسبة (الفقرة الثانية من المادة 45 من الاتفاقية).

كما منحت الفقرة الأولى من المادة 48 من الاتفاقية السلطات القضائية صلاحية أن تأمر المدعي بدفع المصروفات التي تكبدها المدعى عليه والتي يجوز أن تشمل أتعاب المحامي.

أما فيما يخص الإجراءات الإدارية فقد نصت المادة 49 من الاتفاقية بأن "تتفق الإجراءات الإدارية المتبعة في فرض أية جزاءات مدنية، قدر إمكان فرضها، فيما يتصل بموضوع دعوى ما مع مبادئ معادلة من حيث المضمون للمبادئ المنصوص عليها في هذا القسم".

*الإجراءات الجنائية: ألزمت المادة 61 من اتفاقية التريبس البلدان الأعضاء بأن تنص في تشريعاتها المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية بصفة عامة والعلامات بصفة خاصة وتشمل تلك الإجراءات توقيع عقوبات حبسية وغرامات مالية أو كليهما، بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فيما يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة، كما تشمل أيضا في بعض الحالات حجز المنتجات المزيفة أو المقلدة والأدوات والمعدات التي استخدمت بصورة رئيسية في ارتكاب الجرم ومصادرتها وإتلافها، كما نص كذلك المشرع المغربي على هذه الإجراءات في ظل القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

***التدابير الحدودية:** نصت الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة على التدابير الحدودية في المواد من 51 إلى 61 التي يجب على الدول الأعضاء اتخاذها في حالة تخوف صاحب الحق، ولأسباب معقولة من إمكانية استيراد أو تصدير سلع تحمل علامة تجارية مزيفة أو مقلدة أو تمثل حقوق مؤلف منتحلة أو أي سلع تمثل أي نوع من أنواع الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، وهذه التدابير الحدودية هي إيقاف الإفراج عن السلع من جانب إدارة الجمارك. وفي هذا

الإطار نصت المادة 51 من الاتفاقية تحت عنوان "إيقاف الإفراج عن السلع من جانب السلطات الجمركية" على أنه "تعتمد البلدان الأعضاء وفقا لأحكام المنصوص عليها أدناه، إجراءات لتمكين صاحب الحق الذي لديه أسباب مشروعة للارتياح في أنه يمكن أن يحدث استيراد لسلع تحمل علامات تجارية مقلدة أو تمثل حقوق مؤلف منتحلة من التقدم بطلب مكتوب إلى السلطات المختصة فيه، إداريا أو قضائيا، لإيقاف السلطات الجمركية إجراءات الإفراج عن تلك السلع وتداولها بحرية..." (82).

وهذا المقتضى كرسه -تقريبا- المشرع المغربي في القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية بموجب التعديل الذي لحقه بمقتضى القانون رقم 05-31، حيث نص على أحكام تتناول إمكانية توقيف التداول الحر عند الحدود من طرف إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لسلع مشكوك بكونها سلعا مزيفة، وذلك بناء على طلب مالك علامة محمية بالمغرب بهدف جعل نصوص مطابقة لأحكام الاتفاقيات الدولية بشأن حماية الملكية الفكرية، خصوصا الاتفاقية الحديثة حول جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، حتى يوفر مناخا قانونيا وملائما للمستثمرين الوطنيين والأجانب ويساعد في نفس الوقت على جلب المزيد من رؤوس الأموال الأجنبية قصد استثمارها بالمغرب (83).

2- المعايير الجوهرية بشأن توفير الحماية الدولية للعلامات

تناولت اتفاقية التريبس المعايير المتعلقة بحماية الحقوق الناشئة عن العلامة التجارية في القسم الثاني من الجزء الثاني من الاتفاقية في المواد من 15-21، وقد تضمنت هذه المواد ما يلي:

82 - انظر المادة 51 من اتفاقية التريبس.

83 - محمد محبوب، مرجع سابق، ص 217.

***المواد القابلة للحماية:** تعتبر علامة تجارية كل علامة تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما، عن تلك التي تنتجها منشأة أخرى، وتدخل في عداد العلامة التجارية الكلمات التي تشمل على أسماء شخصية والحروف والأرقام والأشكال ومجموعات الألوان أو أي مزيج منها، وهي تصلح جميعها للتسجيل كعلامة تجارية (المادة 15 الفقرة 1 من اتفاقية التريبس).

***الحقوق الممنوحة:** وفقا للفقرة الأولى من المادة 16 من اتفاقية التريبس يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع الغير من استعمال علامة تجارية أو أي علامة مشابهة لها بصدد السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة، أو السلع المماثلة التي يؤدي استعمال العلامة بصدها إلى احتمال حدوث لبس.

وهذا المقتضى يضمن لصاحب العلامة التجارية حدا أدنى من الحقوق، ولم يكن لهذا المقتضى مقابل في اتفاقية باريس للملكية الصناعية التي لم تحدد مضمون حق صاحب العلامة التجارية.

وتجدر الإشارة أن اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية أوجبت على الدول الأعضاء حماية العلامة المشهورة، ولو لم تكن مسجلة⁽⁸⁴⁾، ولكنها لم تضع أي ضابط لتحديد المقصود بالعلامة المشهورة.

وقد طورت اتفاقية التريبس أحكام العلامة المشهورة، حيث عالجتها في الفقرتين 2 و3 من المادة 16 فعدلت أحكام اتفاقية باريس من عدة جوانب أهمها أنها توسعت في مفهوم العلامة المشهورة فلم تقصرها على علامة السلعة، بل أدخلت فيها أيضا علامة الخدمة (الفقرة 2 من المادة 16 من اتفاقية التريبس)، كما وضعت ضابطا يمكن للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية

84 - المادة 6 مكررة من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.



الاسترشاد به في تحديد مفهوم العلامة المشهورة وهو مراعاة مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع الجمهور المعني بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة التجارية، كما توسعت الاتفاقية في نطاق الحماية المقررة للعلامة المشهورة فمنعت استخدامها إذا كانت مسجلة على سلع أو خدمات غير مماثلة للسلع أو الخدمات التي تستخدم العلامة المشهورة أصلا في تمييزها إذا توفرت الشروط التي نصت عليها الفقرة 3 من المادة 16 من اتفاقية التريبس.

*مدة الحماية: حسب مقتضيات المادة 18 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة فإن أقل مدة لحماية العلامة التجارية هي سبع سنوات ومن حق مالك العلامة أن يطلب تحديد العلامة مرة أو عدة مرات متلاحقة إلى أجل غير مسمى.

المطلب الثاني: التسجيل الدولي للعلامة التجارية

ترعى نظام التسجيل الدولي للعلامات والمشار إليه فيما بعد بمختصر "نظام مدريد" معاهدتان هما اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات المبرم سنة 1891 وبروتوكول اتفاق مدريد الذي تم اعتماده سنة 1989 ودخل حيز التنفيذ في الأول من ديسمبر 1995 وبدأ العمل به في الأول من أبريل 1996. ودخلت اللائحة التنفيذية المشتركة للاتفاق والبروتوكول حيز التنفيذ في التاريخ نفسه. ويدير المكتب الدولي للويبو نظام التسجيل الدولي ويحتفظ بسجل دولي لذلك الغرض وينشر بجريدة الويبو للعلامات الدولية.

ويجوز لكل دولة طرف في اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية أن تصبح طرفاً في الاتفاق أو البروتوكول أو كليهما. ويطلق على الدول الأطراف في الاتفاق أو البروتوكول أو كليهما والمنظمات الأطراف في البروتوكول اصطلاح الأطراف المتعاقدة. وتشكل الأطراف المتعاقدة معا اتحاد مدريد، وهو اتحاد خاص أنشئ بناء على المادة 19 من اتفاقية باريس.

وكل بلد عضو في اتحاد مدريد هو عضو في جمعياته. ومن أهم الوظائف التي تضطلع بها الجمعية اعتماد برنامج الاتحاد وميزانيته واعتماد اللائحة التنفيذية المشتركة وتعديلها، بما في ذلك تحديد الرسوم المقترنة بالانتفاع بنظام مدريد.

لنظام مدريد هدفان، الأول هو تسهيل الحصول على الحماية للعلامات من أجل السلع والخدمات في أراضي الأطراف المتعاقدة. أما الغرض الثاني فهو تسهيل إدارة الحماية بشكل ملموس لأن التسجيل الدولي يعادل مجموعة من التسجيلات الوطنية، فيمكن تجديد تسجيل واحد وقيود التغييرات في ملكية العلامة أو اسم صاحبها أو عنوانه عن طريق إجراء مركزي واحد لدى المكتب الدولي للويبو.

الفقرة الأولى: مسطرة التسجيل الدولي للعلامة التجارية

أولاً: الجهة التي يقدم اليه الطلب

تودع طلبات التسجيل الدولي للعلامات التجارية لدى إدارة المنشأ و تقوم هذه الأخيرة بتوجيه الطلب إلى المكتب الدولي للملكية الفكرية وهذا ما نصت عليه اتفاقية مدريد في المادة الأولى بقولها "يجوز لمواطني كل بلد من البلدان المتعاقدة ضمان حماية علامتهم المطبقة على السلع أو الخدمات المسجلة في بلد المنشأ في جميع الأطراف في هذا الاتفاق شرط أن تودع إدارة المنشأ العلامات المذكورة لدى المكتب الدولي للملكية الفكرية"⁸⁵.

⁸⁵ -اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، الصادر 14 ابريل 1891، وقد انضم المغرب لهذه الاتفاقية بمقضى ظهير 30 يوليوز 1917.



فالمبدأ الأساسي إذا في تسجيل الطلب الدولي بحسب نص المادة الأولى من اتفاقية مدريد أن الطلب لا يقدم مباشرة إلى المكتب الدولي بل يقدم لزوما إلى إدارة بلد الأصل التي تقوم بدورها بتوجيهه إلى المكتب الدولي بناء على التماس المودع الراغب في حماية علامته التجارية دوليا، وفور توصل المكتب الدولي بالطلب يبادر بتسجيل العلامة المودعة في نفس التاريخ الذي تم فيه تقديم طلب التسجيل الدولي في بلد المنشأ شريطة أن يتسلم المكتب الدولي الطلب خلال شهرين ابتداء من تاريخ تقديم الطلب إلى إدارة بلد المنشأ و في حال لم يتسلم المكتب الدولي الطلب خلال هذه المدة تعين عليه تقييده في تاريخ توصله⁸⁶.

فور تسلّم المكتب الدولي للطلب يقوم بفحصه و تسجيله و إعلام مختلف الإدارات المكلفة بحماية الملكية الفكرية بالبلدان المعنية من قبل المودع، كما يقوم المكتب بنشر ذلك في مجلة العلامات الدولية، و طبقا للمادة 5 من اتفاقية مدريد نجد أنها قد منحت الحق لإدارات البلدان المعنية في الطلب و التي يخطرها المكتب الدولي بتسجيل العلامة إن ترفض إضفاء الحماية على العلامة المسجلة دوليا و المبلغة إليها و ذلك بعد فحصها و الاطلاع عليها، كما نصت نفس المادة على وجوب إخطار المكتب الدولي بهذا الرفض مع بيان الأسباب خلال المهلة المنصوص عليها في التشريع الوطني للإدارة التي رفضت تسجيل العلامة و قبل انقضاء سنة على الأكثر من تاريخ التسجيل الدولي للعلامة.

و بمجرد إتمام تسجيل العلامة يرسل المكتب الدولي شهادة تسجيل العلامة الدولية إلى الإدارة التي تم فيها إيداع الطلب و التي تقوم بدورها بتسليمها للمعني بالأمر أو من يمثله.

⁸⁶ - عبد الله درميش. الحماية الدولية للملكية الصناعية و تطبيقاتها القانونية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، 1988، ص 136.



كما نصت المادة 9 من اتفاقية مدريد على انه يتعين على إدارة بلد صاحب التسجيل الدولي إخطارها بكل التغييرات التي تطرأ على العلامة و التي من شأنها التأثير في التسجيل الدولي كحالات الإلغاء و الشطب و العدول و النقل و غير ذلك من التغييرات، ويتم إشهار هذه التعديلات في مجلة العلامات الدولية.

ثانيا: إيداع طلب التسجيل الدولي ومدة الحماية

أ-إيداع طلب التسجيل الدولي:

يقتضي تسجيل أي علامة سواء على المستوى الوطني أو الدولي تقديم طلب بهذا الخصوص إلى إدارة التسجيل بالبلد الأصلي، وعلى هذه الإدارة أن تشهد على صحة البيانات المتبثة في البلد وتاريخ تقديم طلب التسجيل الدولي وهو ما نصت عليه اتفاقية مدريد في المادة 3 بقولها "يجب تقديم طلب التسجيل الدولي على الاستمارة المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية وعلى الإدارة المختصة في بلد منشأ العلامة أن تشهد أن البيانات الواردة في هذا الطلب تطابق البيانات الواردة في السجل الوطني وان تذكر تواريخ و أرقام إيداع وتسجيل العلامة في بلد المنشأ و كذلك تاريخ طلب التسجيل الدولي"، كما أشارت نفس المادة السالفة الذكر إلى ضرورة قيام المودع بذكر السلع و الخدمات التي يطالب بحماية علامتها مع ذكر الصنف أو الأصناف المقابلة لها وفق تصنيف اتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للسلع و الخدمات لأغراض تسجيل العلامات⁸⁷.

¹ - اتفاقية نيس المتعلقة بالتصنيف الدولي للسلع و الخدمات لأغراض تسجيل العلامة الصادرة سنة 1957 و المراجعة في استوكهولم سنة 1967 و جنيف 1977 و المعدلة سنة 1979 و يبلغ عدد دول هذه الاتفاقية الى غاية 15 أكتوبر 2003 ومن بينها المغرب الذي أصبح عضوا في هذه الاتفاقية في فاتح أكتوبر 1966.



غير انه في حال عدم ذكر المودع للصنف أو الأصناف السالفة الذكر يقوم المكتب الدولي بترتيب هذه السلع أو الخدمات في الأصناف المقابلة لها وفق تصنيف اتفاقية نيس ويستعين في ذلك بالإدارة الوطنية لبلد إيداع العلامة للتحقق من الترتيب الذي ذكره المودع و في حال الخلاف بهذا الشأن بين الإدارة الوطنية و المكتب الدولي حول التصنيف يرجح رأي المكتب الدولي.

وحسب اللائحة التنفيذية المشتركة بين اتفاق و بروتوكول مدريد النافذ اعتبار من فاتح ابريل 1996 فإن طلب التسجيل الدولي يجب أن يحتوي على عدة بيانات نذكر من بينها على الخصوص⁸⁸:

- 1-اسم المودع.
- 2-عنوان المودع.
- 3-اسم و عنوان الوكيل ان وجد.
- 4-صورة مستنسخة من العلامة التي يجب أن تكون مقاييسها ملائمة لإدراجها في الإطار المحدد لهذا الغرض في الاستمارة الرسمية.
- 5-إذا كان الطلب الأساسي أو التسجيل الأساسي يتضمن وصف للعلامة يجب تحرير الوصف بلغة الطلب الدولي.

⁸⁸ -محمد المحبوبي-تسجيل العلامة التجارية-رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين و البحث قانون الأعمال كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء 1999 ص129-134.



6- أسماء السلع و الخدمات التي يطلب لها التسجيل الدولي للعلامة على أن تجمع وفقا للأصناف المناسبة للتصنيف الدولي للسلع و الخدمات.

7- بيان البلدان التي تطلب الحماية بها.

8- أداء رسوم التسجيل.

ب- مدة الحماية:

مدة الحماية المقررة للعلامة المسجلة دوليا محددة في 10 سنوات حسب ما نص عليه بروتوكول مدريد و مدة 10 سنوات قابلة للتجديد لعشر أخرى إلى ما لا نهاية بشرط أداء الرسوم المقررة لذلك، و بالرجوع إلى قانون 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية نجده نص على نفس مدة الحماية في الفصل 152 بقوله "تسري آثار تسجيل العلامة ابتداء من تاريخ الإيداع لمدة عشر سنوات قابلة للتجديد إلى ما لا نهاية".

و يعمل المكتب الدولي بجنيف قبل نهاية مدة الحماية بستة أشهر على إشعار صاحب العلامة أو من يقوم مقامه بالتجديد و دفع الرسوم المطلوبة لاستمرار حماية علامته و في حال سكوت صاحب العلامة عن إبداء رغبته في التجديد داخل اجل 6 أشهر يعتبر ذلك تنازلا منه عن حماية العلامة أما في حال قام بالتجديد المطلوب فان اثر التجديد يبتدىء من تاريخ انصرام مدة صلاحية التسجيل.

الفقرة الثانية: آثار التسجيل الدولي للعلامات وموقف القضاء المغربي منه

أولاً: آثار التسجيل الدولي للعلامات التجارية

نصت اتفاقية مدريد في مادتها الرابعة بخصوص التسجيل الدولي للعلامات على كون هذه الأخيرة تتمتع بالحماية في كل بلد من البلدان الموقعة على الاتفاقية كما لو أودعت فيها الطلبات مباشرة ابتداء من تاريخ تسجيلها لدى المكتب الدولي، ويترتب عن هذه المقتضيات الواردة في المادة السالفة الذكر مجموعة من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- إمكانية تسجيل العلامة دولياً و بالتالي حمايتها انطلاقاً من تسجيلها في بلد المنشأ.
- 3- خضوع العلامة المسجلة دولياً للمنازعة في ملكية العلامة وفق أحكام القانون الوطني في كل دولة من دول اتحاد مدريد.

كما أشارت المادة الخامسة من اتفاقية مدريد إلى حالة رفض الإدارات الوطنية للحماية إذا نصت على حق هذه الإدارات في الرفض مع إخطار المكتب الدولي بتسجيل علامة أو بطلب تمديد الحماية طبقاً للمادة الثالثة، غير أن هذا الرفض ينطبق على نفس العلامات التي لا يمكن تسجيلها وطنياً بمعنى معاملة التسجيل الدولي على قدم المساواة مع التسجيل الوطني للعلامات و ما ينطبق على هذه الأخيرة ينطبق على التسجيل الدولي و مع ذلك يجوز رفض الحماية ولو جزئياً لمجرد أن التشريع الوطني على سبيل المثال لا يسمح بالتسجيل إلا بالنسبة لعدد محدود من السلع أو الخدمات.



و على الإدارات التي ترغب في مباشرة هذا الحق في الرفض أن تخطر المكتب الدولي بذلك مع بيان جميع الأسباب خلال المهلة المنصوص عليها في تشريعها الوطني وقبل انقضاء سنة على الأكثر من تاريخ التسجيل الدولي للعلامة أو تاريخ طلب تمديد الحماية المقدمة.

وحسب بعض القوانين المقارنة مثل مصر⁸⁹ فقد أفسحت المجال لكل من له مصلحة أن يعارض في تسجيل العلامة دوليا سواء قبل صدور قرار الإدارة بقبول تسجيل العلامة أو قبل إجراء التسجيل، فمن خلال مقتضيات قانون حقوق الملكية الفكرية المصري فإنه متى أشهر قرار الإدارة بقبول طلب التسجيل الدولي للعلامة كان لصاحب المصلحة أن يقدم للإدارة إخطار بالمعارضة داخل اجل 3 أشهر من تاريخ الإشهار عن قبول الطلب في جريدة العلامات .

كما يلزم الإدارة أن تخطر المنظمة العالمية للملكية الفكرية بهذه المعارضة مع بيان التسجيل الدولي للعلامة أو تاريخ طلب تمديد الحماية.

وقد سار المشرع المغربي على نفس النهج في إفساح الفرصة لذوي المصلحة في معارضة تسجيل العلامة دوليا من خلال المادة 148 من قانون 17-97

ثانيا : موقف القضاء المغربي من التسجيل الدولي للعلامات التجارية

بداية لا بد من الإشارة إلى انه لا توجد محكمة دولية مختصة بالمنازعات المتعلقة بملكية العلامات وإنما يؤول الاختصاص إلى تشريع و قضاء الدولة التي أثير فيها النزاع بشأن العلامة المسجلة دوليا و هذا ما نصت عليه المادة 4 من اتفاقية مدريد بكون العلامة المسجلة دوليا تتمتع من تاريخ تسجيلها في كل البلدان المعينة بنفس الحماية المقررة كما لو كانت مسجلة مباشرة في هذه

⁸⁹ - قانون حماية حقوق الملكية الفكرية. رقم 82. لسنة 2002.



الدول كما أنها تخضع للقوانين الوطنية للدول التي تتمتع فيها بالحماية شأنها في ذلك شأن العلامات العلامات المسجلة وطنيا.

وفي هذا الصدد نجد مجموعة من القرارات القضائية في القضاء المغربي التي صارت على هذا النهج تطبيقا لمقتضيات هذه الاتفاقيات بإقرار الحماية للعلامات التجارية المسجلة دوليا شأنها شأن العلامات المسجلة وطنيا، حيث نجد محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في احد قراراتها تستلزم للاستفادة من الحماية فوق التراب المغربي للعلامة التجارية التوفر على تسجيل دولي لدى المكتب الدولي للملكية الفكرية مع تعيين المغرب ضمن الدول التي تمتد إليها الحماية أو التوفر على تسجيل سابق للعلامة لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية.⁹⁰

كما أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس على نفس المقتضيات في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ 24\11\2007 إذ نص القرار على أنه وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب ومن بينها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وتعديلاتها و اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامة. فإن العلامة المسجلة دوليا تتمتع بالحماية في جميع البلدان المتعاقدة والموقعة عليها ، ولما تبث من وثائق الملف أن العلامة المسجلة و المشهورة وفق المادة 6 مكررة من اتفاقية باريس و أن هناك أوجه تشابه بينها و العلامة المقلدة على مستوى الصوت و الكتابة تحتم الأمر بالكف عن استعمالها و تعويض المتضرر من الضرر اللاحق به من جراء هذا الاستعمال، كما أكد نفس القرار على إن الإيداع لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بالمغرب يتم تحت

90 -قرار رقم 790 ملف عدد 2001\791 صادر بتاريخ 03\04\2001 محكمة الاستئناف التجارية الدار البيضاء.

مسؤولية المودع و المكتب لا يتوفر على صفة رفض طلب التسجيل بعلّة أنه يلحق ضرر بالغير ما دامت له الحماية أصلا و للمالك إقامة الدعوى الضرورية من اجل صيانة حقوقه.⁹¹

كما صدر في نفس الموضوع قرار عن محكمة النقض⁹² و الذي يؤكد نفس التوجه و يقرر تمتع العلامة التجارية المسجلة دوليا بالحماية في جميع البلدان المتعاقدة و المعينة من قبل المودع كما لو كانت هذه العلامة قد أودعت في هذه الدول مباشرة و ذلك ابتداء من تاريخ تسجيلها لدى المكتب الدولي، و طبقا للمادة 4 من اتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 فان كل علامة محل تسجيل دولي تتمتع بحق الأولوية، كما تنص الفقرة الرابعة من المادة 3 من اتفاقية مدريد على إن المكتب الدولي يخطر الإدارات المعنية فورا بالتسجيل الدولي لكل علامة و أن تنشر العلامة المسجلة في إحدى نشرات المكتب الدورية، كما تنص الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه من اجل الإشهار في الدول المتعاقدة على حماية العلامات المسجلة ينبغي أن تتسلم كل إدارة من المكتب الدولي عدد من النسخ السابقة و يعد هذا الإشهار كافيا و لا يطالب مودع الطلب بأي إشهار آخر.

و بالتالي نجد إن القضاء المغربي قد سار على تقرير الحماية فوق التراب المغربي مادامت العلامة التجارية قد تم إيداعها و تسجيلها تسجيلا دوليا مع تمتعها بكل الحقوق و الضمانات التي يقرها التشريع الوطني في قانون 97-17 وفق مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي وقع عليها المغرب بهذا الخصوص.

91 -قرار رقم 1745 ملف عدد 2007\623 صادر بتاريخ 24\11\2007 محكمة الاستئناف التجارية بفاس.
92 -قرار رقم 2298 ملف مدني عدد 94271 صادر بتاريخ 02\10\1985 . منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 137 لسنة 1987\03\25 ص 149.



خاتمة:

إن الحماية الدولية للعلامات التجارية تكتسي أهمية بالغة مما استدعى الاهتمام بهذا الموضوع قصد توفير الحماية الدولية من خلال الاتفاق على قواعد عامة تسري على كافة الدول مع مراعاة التشريعات الوطنية مما يحقق حماية أوسع نطاقا لهذه الحقوق على المستوى الدولي لأجل ذلك تم عقد العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية باريس التي تعد الركيزة الأساسية واللبننة الأولى لحماية العلامة التجارية بصفة خاصة و حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة ثم تلتها اتفاقية التريس التي جاءت أكثر تفصيلا و تتميما لاتفاقية باريس ثم جاء نظام مدريد وبروتوكوله ليفعل نظام التسجيل الدولي للعلامات التجارية.

تم بحمد الله وقوته

ذ. محمد قاسمي

باحث في العلوم القانونية والأسرية

مدير مسؤول عن مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية

مدير مسؤول عن سلسلة الأبحاث القانونية الجامعية المعمقة



النظام القانوني للاسترجاع في ضوء قانون الجنسية المغربي

مقدمة:

يعتبر استرجاع الجنسية إجراء قانوني بموجبه يسترجع الشخص جنسيته التي كان يتمتع بها قبل أن يفقدها لسبب من أسباب الفقد. كأن يكون الشخص قد فقد جنسيته الأصلية بعد تجنس أبيه بجنسية دولة أجنبية، أو تكون قد سحبت منه، أو يكون الفقد نتيجة عمل إرادي من جانبه، كما هو الحال بالنسبة للمغربية التي تفقد جنسيتها أملا في زواجها من أجنبي وصدور الموافقة بفقدتها من الجهات المختصة.

فقانون الجنسية المغربي يجيز لكل شخص فقد جنسيته المغربية الأصلية لسبب من أسباب الفقد أن يسترجعها فيما بعد إن رغب في ذلك⁹³.

وهنا يطرح الإشكال حول الكيفية التي تعامل بها المشرع المغربي مع الراغب في استرجاع الجنسية؟ وعن السبيل الذي يجب عليه أن يتبعه لاسترجاعها؟ وكذا عن طبيعة الجنسية المسترجعة هل هي أصلية أم مكتسبة؟

وعلى العموم فإن المشرع المغربي أخضع استرجاع الجنسية المغربية لمجموعة من الشروط منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي (المطلب الأول) في حين رتب عن استرجاع هذه الجنسية مجموعة من الآثار الفردية والجماعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط استرجاع الجنسية المغربية

ينص الفصل 15 من قانون الجنسية المغربية على أنه " : يمكن تخويل استرجاع الجنسية المغربية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعاً بها كجنسية أصلية عندما يطلب ذلك، تطبق في باب استرجاع الجنسية المقتضيات المقررة في الفصل الرابع عشر من هذا القانون."

بناء على هذا الفصل يجوز لفاقد الجنسية المغربية أن يستردها إذا توافرت مجموعة من الشروط بعضها موضوعي (الفقرة الأولى) والبعض الآخر شكلي (الفقرة الثانية).

⁹³ ذة: نورة غزلان الشنيوي، القانون الدولي الخاص المغربي، الجزء الأول، بحث في الجنسية المغربية مع آخر المستجدات، الطبعة الثالثة لسنة 2012، مطبعة عالم المستقبل، أكادير، ص 129.

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية لاسترجاع الجنسية

تتجلى الشروط الموضوعية في كون الجنسية السابقة جنسية مغربية أصلية (أولا) ثم كون الفرد قد تم طبقا للأحوال المنصوص عليها قانونا (ثانيا).

أولا : أن تكون جنسية الشخص السابقة جنسية مغربية أصلية

لا مجال للاستفادة من الاسترجاع ممن كانت له جنسية مغربية مكتسبة، ففي هذه الحالة ففقد الجنسية المكتسبة لا يمكنه سوى طلب التجنيس .

ويثار في هذا المقام تساؤل حول طبيعة الجنسية المسترجعة فيما إذا كانت أصلية أو

مكتسبة ؟

في هذا الصدد اختلف بعض الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل حيث نجده ينقسم إلى

فريقين:

الفريق الأول : يرى أن استرجاع الجنسية لا يعد طريقا من طرق اكتساب الجنسية،

وإنما محل هذا الاسترجاع هو الجنسية الأصلية.

لكن يبدو أن اعتبار الجنسية المسترجعة جنسية أصلية أمر قابل للنقاش، على أساس

أن استرجاع الجنسية يقتضي توفر بعض الشروط التي تتنافى مع طبيعة الجنسية الأصلية.

فالاسترجاع يتوقف على رغبة المعني بالأمر في استرداد جنسيته، وعلى موافقة السلطة

الحكومية المختصة على طلب الاسترداد. ومن المعلوم أن الشروط التي من هذا القبيل لا محل

لها في الجنسية الأصلية التي لا تتطلب تعبير الشخص عن رغبته فيها، وإنما تفرض عليه فرضا

وتسند له مند ولادته ونتيجة لانحداره من أصول وطنيين، إضافة إلى أن إسنادها لا يرجع لتقدير السلطة العامة المختصة ولا ينبغي على نشر مستند أو وثيقة التجنيس في الجريدة الرسمية⁹⁴.

الفريق الثاني: يذهب إلى أن طبيعة الجنسية المسترجعة هي جنسية مكتسبة وليست جنسية أصلية، وحجته في ذلك أن المشرع المغربي نظم الاسترجاع ضمن الأحكام المنظمة للجنسية المكتسبة وليس ضمن الأحكام المنظمة للجنسية الأصلية⁹⁵.

وبدورنا نؤيد التوجه الثاني القائل بأن الجنسية المسترجعة بمثابة جنسية مكتسبة، ودليلنا في ذلك أن استرجاع هذه الجنسية يتوقف على السلطة التقديرية للجهة المختصة، كما أنها تخضع لمسطرة التجريد التي تسري على الجنسية المكتسبة بوجه عام.

ثانياً: أن يكون الفقد قد تم طبقاً للأحوال المنصوص عليها في قانون الجنسية

رغم أن المشرع لم يبين في الفصل 15 المذكور سابقاً كيفية زوال الجنسية المغربية عن مسترجعها، ولكن يفهم بداهة أن المقصود هو زوالها بطريق الفقد والتخلي الإرادي، لأن زوالها بطريق التجريد والسحب لا يكون إلا في حق من اكتسبوا الجنسية المغربية دون سواهم سواء كان ذلك بحكم القانون أم بالتجنيس أم بالاسترجاع⁹⁶.

⁹⁴ د: يعيش الفارسي، محاضرات في قانون الجنسية المغربية، ملقاء على طلبة الفصل الثالث الموسم الجامعي 2012.2013، ص، 50.

⁹⁵ د: عبد الرزاق، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة قرطبة، حي السلام أكادير 2015، ص 151/152.

⁹⁶ د: محمد المهدي، الجنسية المغربية في ضوء قانون 62.06، الطبعة الثالثة 2014، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، ص 130.

ومن الملاحظ أن المشرع تعامل مع سالكي هذه الطريقة بنوع من الليونة إذ لم يشترط عليهم الإقامة في المغرب كما هو الحال بالنسبة لباقي طرق الاكتساب وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على مدى ارتباط المغرب بمواطنيه ولو تعددت جنسياتهم.

وقد أشار الفصل 19 من قانون الجنسية إلى الحالات التي سمح فيها المشرع للشخص المطالبة باسترجاع الجنسية المغربية بعد فقدانها والمتمثلة أساسا فيما يلي:

✓ المغربي الراشد الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أصلية والذي تخلى عن الجنسية المغربية بناء على طلبه وموافقة السلطة المختصة شريطة أن يكون متمتعاً بالجنسية الأصلية قبل الفقد .

✓ المغربي ولو كان قاصراً الذي له جنسية أجنبية أصلية والذي تخلى عن الجنسية المغربية بناء على طلبه وموافقة السلطة المختصة شريطة أن يكون حاملاً قبل الفقد للجنسية الأصلية .

✓ المرأة المغربية التي تتزوج من رجل أجنبي وتكتسب بحكم زواجها جنسية زوجها والتي تخلت عن الجنسية المغربية الأصلية بناء على طلبها وموافقة الجهة المختصة قبل فقدانها .

✓ المغربي الذي فقد جنسيته الأصلية نتيجة اشتغاله في وظيفة في مصلحة عمومية أو جيش أجنبي إذا كان هذا الشغل يتعارض مع مصلحة المغرب شريطة أن يكون حاملاً قبل الفقد للجنسية الأصلية .

لقد حصر التقنين المغربي حالات استرجاع الجنسية على سبيل الحصر في المادة 19 من قانون 62.06، وهي محددة أساسا في أربع حالات يؤدي تحقق أحدها إلى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الاسترجاع، وذلك بسلوك مساطر إجرائية، تبتدئ بالإفصاح عن الرغبة في استرجاع هذه الجنسية، وهذه الإجراءات الشكلية هي موضوع الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية للاسترجاع

تتمثل هذه الشروط في تقديم طلب الاسترجاع إلى السيد وزير العدل، وأن يكون هذا الطلب مصحوبا حسب الفصل 25 من قانون الجنسية بالشهادات والوثائق والمستندات التي تثبت استيفاءه للشروط المتطلبة قانونا، هذا فيما إذا كان المعني بالأمر يقطن بالمغرب.

أما إذا كان طالب الاسترجاع يقطن في الخارج، فيمكنه أن يقدم طلبه إلى ممثلي المغرب الدبلوماسيين أو القنصليين ويتم النظر في طلبات الاسترجاع من طرف الجهة المختصة بحيث إذا نصت بالموافقة على الطلب فإن هذه الموافقة تتم بموجب مرسوم يصدر عن مجلس الوزراء وينشر في الجريدة الرسمية⁹⁷.

المطلب الثاني: آثار اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الاسترجاع

كلما استوفى طلب الاسترجاع كل الشروط القانونية المشار إليها في المطلب السالف، سواء موضوعية كانت أو شكلية وحضي بموافقة الجهة المختصة المتمثلة في موافقة وزير العدل ونشر مرسوم الاسترجاع في الجريدة الرسمية، إلا وترتب على ذلك جملة من الآثار منها ما هو فردي (الفقرة الأولى) ومنها ما هو جماعي (الفقرة الثانية).

⁹⁷ د: أيوب عبد الرزاق، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص157.

الفقرة الأولى: الآثار الفردية للاسترجاع

انطلاقا من الفصل 16 من قانون الجنسية المغربي، فينتج عن اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الاسترجاع آثار تمس في جوهرها الشخص المكتسب لهذه الجنسية. وتتمثل هذه الآثار في كون المسترجع يصبح حاملا للجنسية المغربية بمجرد نشر المرسوم المتضمن للموافقة على الاسترجاع بالجريدة الرسمية. وابتداء من تاريخ هذا النشر يحق لمسترجع الجنسية المغربية التمتع بكافة الحقوق السياسية دون قيد أو شرط كتلك الواردة في اكتساب الجنسية عن طريق التجنيس. وبالتالي فالمسترجع لا يخضع لفترة الرتبة التي يخضع لها المجنسون والتي يحرمون خلالها من بعض الحقوق الوطنية كما سبقت الإشارة إليه في المبحث الأول.

الفقرة الثانية: الآثار الجماعية للاسترجاع

حسب الفصل 18 في فقرته الثانية من قانون الجنسية فإن استرجاع الجنسية المغربية يرتب بعض الآثار الجماعية ويتعلق الأمر بأولاد المعني بالأمر، حيث يسترجعون الجنسية المغربية بتحقيق شروط ثلاث:

✓ أن هؤلاء الأولاد قاصرين.

✓ غير متزوجين حتى تمتد الجنسية فقط داخل أسرة الشخص الذي استرجع

الجنسية المغربية.



أن يكون مقيمين فعلا معه

يتضح من مضمون الفقرة الثانية من الفصل 18 أن هناك آثار جماعية تترتب على استرجاع الشخص للجنسية - والتي سبق له أن فقدتها- عدة آثار جماعية تتمثل بالأساس في استرجاع الجنسية كذلك بالنسبة لأولاد الشخص الذي استرجعها وذلك عن طريق التبعية، لكن استرجاع أولاد المسترجع للجنسية يجب أن يكون محفوظا ببعض الشروط التي لا غنى عنها أهمها أن يكون الأبناء قاصرين، غير بالغين سن الرشد حسب المادة 209 من المدونة، كذلك يجب أن يكون هؤلاء الأولاد غير متزوجين، بالإضافة إلى أن يكونوا قد أقاموا مع والدهم الذي استرجع الجنسية في موطنه أو محل إقامته

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الجنسية المكتسبة عن طريق الاسترجاع نخلص للخلاصات

التالية:

- استرجاع الجنسية إجراء قانوني بموجبه يسترجع الشخص جنسيته التي كان يتمتع بها قبل أن يفقدها لسبب من أسباب الفقد المنصوص عليها في قانون الجنسية المغربي.
- طبيعة الجنسية المسترجعة هي جنسية مكتسبة وليست جنسية أصلية، والسند في ذلك أن المشرع المغربي نظم الاسترجاع ضمن الأحكام المنظمة للجنسية المكتسبة وليس ضمن الأحكام المنظمة للجنسية الأصلية، حتى وإن كان هناك خلاف فقهي حول الأمر.
- حصر التقنين المغربي حالات استرجاع الجنسية على سبيل الحصر في المادة 19 من قانون 62.06، وهي محددة أساسا في أربع حالات يؤدي تحقق أحدها إلى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الاسترجاع، وذلك عن طريق سلوك مساطر إجرائية محددة تبتدئ من تقديم الطلب للجهات المختصة بعد تحقق الشروط وصدور مرسوم بعد ذلك بالموافقة على الاسترجاع ونشره في الجريدة الرسمية.
- ينتج عن الاسترجاع مجموعة من الآثار الفردية والجماعية، وهي الوارد في الفصلين 16 و 18 من قانون الجنسية المغربي.

تم بحمد الله وقوته



ذ: مصطفى النسيوي

خريج ماستر المقاوله والقانون جامعة ابن زهر

أكادير

حاصل على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة

الضمانات العينية المخولة للبنك مانح الائتمان في ضوء القانون المغربي

مقدمة:

تعتبر البنوك عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية في كافة المجتمعات، إذ لم تعد مجرد مخزن أو تاجر للنقود وإنما امتد نشاطها إلى مختلف جوانب الحياة، إلى درجة أنه من النادر أن تتم عملية من عمليات التجارة الداخلية أو الخارجية بدون اللجوء إلى أحد البنوك التي تقدم الأموال اللازمة لتطوير هذه التجارة.⁹⁸

⁹⁸ - محمد جنكل، الائتمان التجاري عملية الائتمان البنكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001.

هذا وإن ذل هذا على شيء فإنما يدل على تغلغل الائتمان⁹⁹ البنكي بصفة عامة في شرايين الاقتصاد العالمي باعتباره أحد أبرز المصادر التمويلية للأفراد والمقاولات على اختلاف أنواعها وأشكالها.

لذلك فالبنوك تقوم بدور أساسي في عملية الائتمان وتطويره، وقد أكد هذا الدور القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها¹⁰⁰ وذلك من خلال المادتين الأولى والثالثة منه.¹⁰¹

⁹⁹ - عرفه بعض الفقه على أنه تلك: " تلك الثقة التي منحها الدائن لمدينه وذلك الاعتقاد الذي يسود لدى الدائن في كونه سيستوفي دينه في ميعاد الاستحقاق المتفق عليه".

امحمد لفروجي، كتلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، السنة الجامعية 1993/1994، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق الدار البيضاء، ص: 1.

¹⁰⁰ - الظهير الشريف رقم 1.14193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 الموافق ل 24 ديسمبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 ص 462.

¹⁰¹ - تنص المادة الأولى من القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها على أنه: "تعتبر مؤسسات للائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيرتها، والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور
- عمليات الائتمان
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها.

في حين نصت المادة الثالثة على أنه:

"يعتبر عملية ائتمان كل تصرف، بعوض، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص:

- بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها.
- أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر.

تعتبر في حكم عمليات الائتمان:

وإذا كان من المهام الرئيسية التي تزاولها البنوك بصفة اعتيادية أو احترافية هي منح الائتمان، فإن هذه الأخيرة تتميز بالتنوع والتعدد حسب ما تتطلبه حاجيات الفرد الشخصية والمهنية¹⁰² لكن بالرغم من هذا التعدد والتنوع فإن غايته واحدة، وهي تمكين الزبون من الحصول على الائتمان الذي يمنحه له البنك مقابل فائدة أو عمولة معينة.

فمن المعلوم أن الائتمان البنكي لا ينتج في الغالب إلا من الودائع التي تتلقاها المؤسسات البنكية من مختلف عملائها، ما يؤكد أن المؤسسات البنكية تتاجر أحيانا في أموال ليست ملكها وإنما هي موضوعة لديها على سبيل الوديعة.

وقد أدت الحاجة المتزايدة إلى طلب القروض إلى التعود على مبدأ منح الضمانات، التي غالبا ما يجعلها البنك شرطا جوهريا لمنح القروض، وذلك نتيجة المخاطر التي تحدى به¹⁰³ إذ أن البنك يعلم جيدا الأهمية التي تمنحه إياها الضمانات في استرجاع ما اقترضه بالفوائد المتفق عليها، فالأمر يختلف تماما بالنسبة للمقترض (الزبون) الذي غالبا ما يعتبر أن البنك ينتهج نوعا من الشكلية المفرطة، ومن ثم لا يرى فائدة في منح الضمانات وأكثر من ذلك يعتبر

-العمليات المتعلقة بالائتمان الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات المعتمدة في حكمها.

- عمليات شراء الفاتورات.

- عمليات البيع الاستردادي للأوراق والقيم المنقولة وعمليات الاستحفاظ كما هو منصوص عليها في التشريع الجاري به العمل".

¹⁰²- نورة غزلان، العقود الخاصة المدنية والتجارية مع آخر المستجدات، الطبعة الأولى، مطبعة BJ PRINT أكادير 2016 ص 452.

¹⁰³للتوسع أكثر في موضوع المخاطر البنكية أنظر:

محمد أهلي، مخاطر القروض البنكية وأليات ضبطها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء السنة الجامعية 2009.

هذا الإجراء نوعاً من القيود والعراقيل التي تحول بينه وبين متابعة نشاطه، ذلك أن إثقال ممتلكاته بضمانات قد تقلص من مصداقيته وملاءته مع المتعاملين، وبالتالي فمبدأ منح الضمانات عند التعامل الاقتصادي غير مقبول أصلاً فالثقة المتبادلة تكفي وحدها لذلك.

إلا أن الحياة الاقتصادية للبنوك فرضت عليها عدم الاقتناع بالثقة فقط كأساس لمنح القروض، بل تعددت إلى طلب ضمانات كافية لكي يكون للقروض جدوى عند منحه من قبل البنك، لأن الضمان يكون بمثابة الغطاء القانوني من الخطر والتعويض المناسب عند عدم استرجاع حقوقه¹⁰⁴.

وعليه، فإذا كانت البنوك قد قامت على تجارة الأموال عن طريق التوسط بين أصحاب الودائع والذين يكونون في حاجة ماسة إلى هذه الأموال من خلال قيام البنك بإقراضهم إياها، فإن دور البنك هنا لا يعد بالأمر الهين، وإنما قد يعد مخاطرة يخوضها هذا الأخير وذلك في حالة عدم الوفاء له بالقروض التي منحها على سبيل الاقتراض لعملائه.

ومن تم كان لزاماً على البنك أن يشترط على زبائنه تقديم ضمانات مقابل التسهيلات الائتمانية التي يمنحها لهم للحد من مخاطر الائتمان البنكي والحفاظ على ودائع المودعين¹⁰⁵.

104 - قاسمي آسيا، تحليل الضمانات في تقييم جدوى تقديم القروض في البنك حالة القرض الشعبي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في علوم التسيير، فرع: مالية المؤسسة، السنة الجامعية 2008/2009، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. ص: 110.

105 - امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن ومعززة باجتهادات قضائية، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، 2001 الدار البيضاء، ص380.

وإذا كانت من القواعد العامة المقررة في قانون الالتزامات والعقود أن أموال المدين ضمان لدائنيه وفقا لما جاء به الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود¹⁰⁶ فإن ذلك يعد غير كافي¹⁰⁷ وبالتالي ينبغي تقديم ضمانات خاصة تتوزع بين الضمانات العينية والضمانات الشخصية، إلا أننا نثير انتباه القارئ الكريم أن دراستنا سوف تنصب فقط على الضمانات العينية دون الشخصية وذلك ليس من باب التقليل من قيمتها وإنما نظرا لكثرة تعامل البنوك بالضمانات العينية في الواقع العملي.

إن موضوع الضمانات العينية المخولة للبنك مانح الائتمان يطرح إشكالية رئيسية تتجلى في مدى كفاية هذه الضمانات لتوفير الحماية القانونية للبنك من مخاطر الائتمان البنكي، ومحاولة منا للإجابة على الإشكالية المطروحة سوف نعمد إلى تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين كالتالي: المبحث الأول: رهن المنقول كضمانة للبنك مانح الائتمان. المبحث الثاني: رهن العقار ومن في حكمه كضمانة للبنك مانح الائتمان

المبحث الأول: رهن المنقول كضمانة للبنك مانح الائتمان

إذا كان الائتمان البنكي من الأنشطة التي يمارسها البنك في إطار عملياته البنكية، فإن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بمنحه الضمانات الكافية التي يعتبرها كافلة للمبلغ المقترض، وعلى إثر

¹⁰⁶ - ينص الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية"

¹⁰⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، طبعة سنة 2004 منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 4.

ذلك فإن البنوك عادة ما تتجه نحو الضمانات العينية، والتي يعتبر المنقول من أبرزها وتنقسم المنقولات في الغالب إلى منقولات مادية، و أخرى معنوية.

ولما كانت إمكانية حبس المنقول من طرف البنك الدائن يمكن أن يعطل الوظيفة التي يقوم بها-أي المنقول- مما سيحول دون استفادة المدين، فإن الوسيلة الأساسية التي يلجأ إليها البنك هي عملية الرهن الرسمي، وبتعبير آخر فإن البنك عوض أن يظل محتفظا بملكية المنقول دون أن يستفيد منه المدين طالب الائتمان، فإنه يفضل أن يقدم له كرهن رسمي للحفاظ على حقوقه.

وسواء تعلق الأمر برهن المنقول المعنوي كما هو الحال بالنسبة لرهن الأصل التجاري، أو رهن المنقول المادي كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية، ورهن القيم المنقولة، أو حوالة الديون المهنية، فإنها تعتبر بمثابة ضمانات تقدم للبنك قصد الحصول على الائتمان.

ونحن من خلال هذا المبحث سندعى جهد الإمكان، بما أسعفتنا به مادة البحث إلى تخصيص مطلب أول إلى الرهن غير الحيازي للمنقول، ثم في مطلب ثاني الرهن الحيازي للمنقول، مبرزين من خلاله نسبة الضمان الذي يمنح للمؤسسات البنكية في إطار عملية الائتمان البنكي وذلك على الشكل الآتي:

المطلب الأول: الرهن غير الحيازي للمنقول في الائتمان البنكي

لما كانت القاعدة القانونية تقول بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فإن المشرع المغربي خرج نوعا ما عن هذه القاعدة في رهن بعض المنقولات ذلك أن هذه الأخيرة تظل بيد مدينها الراهن ولكن تحت مراقبة وتتبع الدائن المرتهن – أي البنك -، والحقيقة أن نية المشرع من خلال هذا الخروج عن المألوف يستشف منه أنه أراد الحفاظ على توازن حقوق الأطراف، من خلال تخويل المدين إمكانية التصرف في منقولة من جهة، ومن جهة أخرى تخويل البنك الدائن إمكانية التنفيذ على هذا الرهن إذا تعرضت حقوقه للضياع.

وتأتي في طليعة هذه المنقولات كل من رهن الأصل التجاري الذي يعتبر ضمانا قوية للبنك مانح الائتمان نظرا لما يخوله له من حق تتبع وإمكانية استفاء حقه بالأسبقية على باقي الدائنين¹⁰⁸ ثم كذلك رهن أدوات ومعدات التجهيز¹⁰⁹ الذي يمكن أن ينشأ لفائدة البائع أو البنك الذي منح الائتمان بحيث ينصب على ضمان أداء مبلغ القرض بالإضافة إلى رهن بعض المنتوجات¹¹⁰ التي يمكن رهنها لفائدة البنك دون نقل حيازتها وفق شروط معينة.

وتبعاً لذلك فإن دراستنا لهذا المطلب ستكون في فقرتها الأولى منصبة على دراسة رهن الأصل التجاري كضمان للبنك مانح الائتمان وفي فقرتها الثانية ستكون مخصصة لرهن أدوات ومعدات التجهيز وبعض المواد والمنتوجات.

¹⁰⁸ - نص المشرع على رهن الأصل التجاري في الباب الثالث والرابع من القسم الأول من الكتاب الثاني المتعلق بالأصل التجاري، وتحديدًا من الفصول 106 إلى 151 من مدونة التجارة.

¹⁰⁹ - ولقد نص عليه المشرع في مدونة التجارة من خلال المواد من 355 إلى 377.

¹¹⁰ - ولقد تطرق له المشرع في مدونة التجارة من خلال المواد من 378 إلى 398.

الفقرة الأولى: رهن الأصل التجاري ضمانا للائتمان البنكي

يخضع رهن الأصل التجاري كأى عقد فيما يخص شروط انعقاده للقواعد العامة المعروفة في تكوين العقود، وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب طبقا لمقتضيات الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود¹¹¹، بالإضافة إلى شروط شكلية أخرى كرسها المشرع في سبيل الحفاظ على حقوق الأطراف، إلا أننا لن نغوص في الحديث عن هذه الشروط بقدر ما ستكون دراستنا منصبة عن الإجراءات والوسائل التي من خلالها يضمن البنك كدائن مرتين حقه في استفاء الدين الذي منحه للمدين.

وتبعاً لذلك فإن البنك يمكنه ممارسة حق التتبع المخول له بموجب القانون ما دام أن الأصل التجاري يظل بيد المدين الراهن صيانة لحقه في استثمار أصله التجاري، عن طريق رهنه مع الاحتفاظ بحيازته بعد تقييده في السجل التجاري¹¹² بالإضافة إلى حقه في التنفيذ على هذا الأصل كلما تعرضت حقوقه للضياع.

¹¹¹ - جاء في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود ما يلي:

"الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

- 1- الأهلية للالتزام
- 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛
- 3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام؛
- 4- سبب مشروع للالتزام".

¹¹² - عزالدين بنستي، الرهانات القانونية للشهر في مدونة التجارة مجلة الحدث القانوني العدد 7 يونيو، سنة 1998، ص 7.

أولاً: ممارسة البنك لحق تتبع الأصل المرهون

يتمتع البنك كدائن مرتهن بحق تتبع الأصل التجاري المرهون، وتتبع كل عنصر من العناصر المشمولة بالرهن في أي يد انتقلت إليها¹¹³ بحيث إذا قام المدين الراهن بتفويته إلى الغير فإنه يمكن للبنك أن يحجز عليه بالرغم من تواجده تحت يد هذا الغير تمهيدا لبيعه واستفاء حقه بالأولوية عند توزيع ثمن البيع.

ولما كان حق التتبع في المنقولات ليس بتلك القوة التي تتوفر عليها الدائن في العقارات بحيث أنه ليس هناك ما يمنع المدين من تفويت أصله التجاري طبقا لمقتضيات الفصل 1177 من قانون الالتزامات والعقود¹¹⁴ فإن ذلك لا يتقرر إلا إذا قام هذا المدين بالوفاء للبنك بالدين المضمون برهن.

غير أن لجوء المدين إلى بيع جزئي لعناصر الأصل التجاري الذي يتم في إطار مشبوه يكون قابلا للإلغاء بسعي من الدائن المرتهن ناهيك عن إمكانية مساءلة المدين الراهن جنائيا عن طريق متابعتة في إطار جريمة تبديد الأشياء المرهونة¹¹⁵.

¹¹³ - تنص المادة 122 من مدونة التجارة على انه: " يتبع امتياز البائع أو الدائن المرتهن الأصل التجاري حيثما وجد".

¹¹⁴ - ينص الفصل 1177 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت".

¹¹⁵ - العربي الغرمول، حماية الدائن المرتهن في الأصل التجاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط، ص 93.

ثانياً: إمكانية البنك في التنفيذ على الأصل المرهون

إن تخلف المدين الراهن عن أداء الدين المضمون للبنك مانح الائتمان يؤدي بدون شك إلى الإضرار بحقوق البنك، الشيء الذي أعطى من خلاله المشرع لهذا الأخير إمكانية التنفيذ على هذا الأصل عن طريق إيقاع حجز تحفظي¹¹⁶- ثم بعد ذلك حجز تنفيذي¹¹⁷ من خلاله يضع القضاء يده على الأصل التجاري ومنع المدين من أن يتصرف فيه تصرفاً يضر بالدائن البنك.

ويشكل الحجز على الأصل التجاري وسيلة للحفاظ على الضمان المقرر للبنك، فهو يقيد حرية المدين في التصرف في أمواله إلى حين استفاء البنك لديونه المضمونة، وبعبارة أدق فالحجز بصفة عامة يعتبر تقنية قانونية تشكل أهم الوسائل التي من شأنها أن تحقق الفعالية في ميدان تنفيذ مقتضيات الأحكام القضائية.

ويعتبر الحجز الذي تقوم به المحكمة – لاسيما الحجز التنفيذي - بناء على طلب البنك بصفته دائناً وسيلة للمرور إلى بيع هذا الأصل بالمزاد العلني وذلك تطبيقاً للمادة 113 من مدونة التجارة التي تنص على أنه " يجوز لكل دائن يباشر حجز تنفيذي وللمدين المتخذ ضده هذا الإجراء أن يطلب من المحكمة التي يقع بدائرتها الأصل التجاري بيع أصل المدين المحجوز عليه جملة من المعدات والبضائع التابعة له".

¹¹⁶ - تطرق المشرع المغربي إلى الحجز التحفظي من خلال قانون المسطرة المدنية انطلاقاً من الفصول 452 إلى 458.

¹¹⁷ - عالج المشرع أحكام الحجز التنفيذي انطلاقاً من الفصول 459 إلى 489 من قانون المسطرة المدنية.

1- حصول البنك على الدين بالأسبقية من ثمن البيع

مباشرة بعد بيع الأصل التجاري فإن البنك بصفته دائنا مرتهنا يحظى بالأسبقية في استفاء الدين وذلك بصريح المادة 109 من مدونة التجارة التي تنص في فقرتها الأولى على أنه " ينشأ الامتياز المترتب عن الرهن تحت طائلة البطلان بمجرد قيده في السجل التجاري، بطلب من الدائن المرتهن داخل أجل خمسة عشر يوما تبتدئ من تاريخ العقد المنشئ".

ويثار التساؤل هنا في الحالة التي يتزاحم فيها عدة دائنين من بينهم البنك المانح للائتمان عما إذا كان هذا الأخير يظل محتفظا بأولويته أم لا ؟

لقد تنبه المشرع إلى هذه الحالة وهو يسن مقتضيات مدونة التجارة من خلال المادة 110¹¹⁸ التي حسمت بأن مرتبة الدائنين في استفاء ديونهم تكون بحسب أولوية تقيدهم في السجل التجاري، وتبعاً لذلك فإن البنك المانح للائتمان من أجل أن يظل محتفظاً بأولويته يجب عليه ان يبادر بسبقية التقييد في السجل التجاري، لكن لما كان من الممكن أن يقيد الدائنين المرتهنين رهنهم في يوم واحد فإن المشرع أوجد حلاً لهذه المسألة كذلك وهو أن هؤلاء الدائنين تكون لهم نفس المرتبة.

¹¹⁸– تنص المادة 110 من مدونة التجارة على أنه: " تحدد مرتبة الدائنين المرتهنين فيما بينهم حسب تاريخ تقييدهم في السجل التجاري.

يكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد نفس الرتبة".

2- حق البنك في التعرض على ثمن البيع

إن هذا الحق مضمون لفائدة البنك بموجب المادة 84 من مدونة التجارة التي نصت على أنه: "يجوز لدائني البائع سواء كان الدين واجب الأداء، أم لا أن يتعرضوا داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد النشر الثاني على أداء ثمن البيع مع رسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل...".

فالمشروع من خلال هذه المادة جاء بصيغة الجمع عندما قال "يجوز لدائني" مما يمكن القول معه أن البنك بصفته دائنا مرتبنا يدخل في عداد الدائنين المخول لهم إمكانية التعرض على أداء ثمن البيع¹¹⁹. بل إن المشروع أجاز لكل دائن مقيد أو متعرض داخل الأجل القانوني أن يطلع على التعرضات وعقد البيع وأجاز له كذلك أن يزيد في ثمن البيع بالسدس إذا كان المبلغ غير كاف لتسديد مطالب الدائنين¹²⁰

وعموما فإنه لإعمال هذا التعرض يجب أن يبين فيه البنك مجموعة من البيانات من بينها سبب التعرض ومبلغ الدين وأسبابه والموطن المختار داخل دائرة المحكمة وإلا كان التعرض باطلا¹²¹.

لكن بالرغم من ذلك فإن البائع يجوز له قبض ثمن البيع إذا أودع لدى كتابة الضبط مبلغا كافيا يحدده قاضي المستعجلات لتغطية ما يحتمل من ديون لهذا التعرض إذا اعترف بها هذا البائع فيما بعد أو صدر حكم بثبوتها¹²²

¹¹⁹ - ويستثنى من هذا التعرض المكري إذا كان غرضه من هذا التعرض هو استقاء أكرية جارية أو مستحقة مستقبلا.

¹²⁰ - راجع بهذا الخصوص المادة 94 من مدونة التجارة.

¹²¹ - راجع بهذا الخصوص الفقرة الثانية من المادة 84 وكذا الفقرة الأولى من المادة 88 من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: رهن أدوات ومعدات التجهيز وبعض المنتوجات والمواد

يعتبر كذلك كل من رهن أدوات ومعدات التجهيز ورهن بعض المواد والمنتوجات من بين الضمانات التي تقدم للبنك مانح الائتمان¹²³ فإذا كان رهن أدوات ومعدات التجهيز ينشأ لفائدة البائع والمقرض – الذي يمكن أن يكون بنكا حسب دراستنا هذه – من أجل ضمان أداء الثمن للأول ومبلغ القرض للثاني فإن رهن بعض المنتوجات والمواد يتجلى في تلك القائمة من المواد والمنتوجات التي تحددها الجهات المعنية¹²⁴ إذ يمكن للمدين في هذا الصدد أن يرهنها ضمنا للائتمان الممنوح من طرف البنك.

وعليه فإن مضمون هذه الفقرة كما هو جلي تتقاسمه نقطتان سنخصص أولاهما لرهن أدوات ومعدات التجهيز من خلال إبراز الوسائل والضمانات التي كرسها المشرع للبنك في سبيل الحصول على ديونه وثانيتها لرهن بعض المواد والمنتوجات وذلك بتبيان الحقوق التي تمنح للبنك من أجل استفاء حقه فيها.

أولا: رهن أدوات ومعدات التجهيز ضمنا للائتمان البنكي

يعتبر رهن أدوات ومعدات التجهيز النوع الأول من الرهون الذي لا يتحقق معه المفهوم العادي للرهن الذي يستتبعه انتقال حيازة المنقول من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وذلك

¹²² – حسب ما نصت عليه مقتضيات المادة 85 من مدونة التجارة.

¹²³ – امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 380.

¹²⁴ – وذلك بناء على قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1951 المتمم عدة مرات.

بغية تمكين المدين من الحصول على الائتمان دون خروج المعدات والأدوات من حيازته نظرا لما تكتسبه من أهمية في نشاطه¹²⁵.

وتبعاً لذلك فإن البنك مانح الائتمان يمنح هذا الأخير لفائدة المدين دون أن يستحوذ على هذه الأدوات والمعدات لكن حتى لا تضيع حقوق البنك فإن المشرع خوله في مقابل ذلك عدة ضمانات تمنح حق الامتياز في هذه المعدات وكذا حقه في منع المدين من تفويت هذه المعدات المرهونة.

1-نشوء امتياز البنك على الأدوات والمعدات

من أجل ضمان حقوق البنك المانح للائتمان فإن المشرع رتب على ذلك انه بمجرد تقييد الرهن فإن البنك ينشأ له حق امتياز على الأدوات والمعدات المرهونة¹²⁶ ومعنى ذلك إن البنك يمكنه استفاء حقوقه مباشرة من ثمن البيع بالأفضلية على الدائنين الآخرين¹²⁷.

وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على أن المشرع أراد أن يجعل من حقوق البنك في مقدمة الأولويات في الحالة التي لا يؤدي فيها المدين هذا الدين في أجل الاستحقاق وتمعنه تبعاً لذلك بدرجة الامتياز في هذه المعدات والأدوات.

¹²⁵– نورة غزلان، مرجع سابق ص 295.

¹²⁶– وتبعاً لذلك تقضي المادة 357 من مدونة التجارة على أنه: " يجب تحت طائلة البطلان أن يقيّد الرهن خلال أجل قدره عشرون يوماً من تاريخ المحرر المنشئ . ويثبت الامتياز الناشئ عنه بمجرد التقييد في سجل خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة التي تستغل فيها الأدوات المرهونة بدائرتها.".

¹²⁷– لكن يجب إغارة الانتباه هنا إلى أن المشرع أعطى الأولوية لبعض الامتيازات في حالة وجودها بالرغم من وجود امتيازات بضمانات مرهونة ويتعلق الأمر بكل من امتيازات المصاريف القضائية وحقوق الخزينة العامة والامتياز الممنوح للمأجورين بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود.

2- منع المدين من تفويت الأدوات المرهونة

لقد منع المشرع من خلال مدونة التجارة المدين من تفويت أي جزء من هذه المعدات أو الأدوات قبل أن يقوم بالوفاء إلى البنك ما لم يحصل على موافقة هذا الأخير أو عند الاقتضاء أخذ إذن قاضي المستعجلات¹²⁸.

بل إنه أجاز للبنك كذلك أن يتقدم بمقال إلى قاضي المستعجلات الذي يوجد في دائرة اختصاصه المحل الذي تستغل فيه المعدات قصد تعيين وكيل قضائي لمعاينة حالة المعدات المرهونة في حالة تعرض تلك المعدات والأدوات إلى تلف أو اختلاس¹²⁹ كلاً أو بعضاً بأن يرفع دعوى من أجل الاستحقاق الفوري للمدين المضمون¹³⁰.

ثانياً: رهن بعض المنتوجات والأدوات ضماناً للائتمان البنكي

يشكل رهن بعض المنتوجات والمواد النوع الثاني الذي سطره المشرع وهو يسن مقتضيات الباب الثاني المتعلق بالرهن دون التخلي عن الحيازة، إذ كما هو معلوم فالمدين يظل محتفظاً بحيازة هذه المواد والمنتجات¹³¹ أو تسلم إلى الغير باتفاق مع الدائن¹³².

¹²⁸ - نورة غزلان، مرجع سابق، ص 298.

¹²⁹ - فضلاً عن ذلك عاقب المشرع في المادة 377 من مدونة التجارة كل مشتري أو مدين حائز لهذه المعدات قام بالتصرف فيها بالإتلاف أو الاختلاس من أجل حرمان الدائن من حقوقه بعقوبة حبسية تتراوح بين ستة أشهر وستين وغرامة يتراوح قدرها بين 2.000 و 10.000 درهم.

¹³⁰ - راجع بهذا الخصوص المادة 373 من مدونة التجارة.

¹³¹ - من بين هذه المواد والمنتجات: السكر الخام، والحديد الأبيض، والجلود الخامة للأبقار، والقطن الخام، والصوف، والمواد المعدنية، والمواد النفطية.

¹³² - أنظر بهذا الصدد المادة 380 من مدونة التجارة.

وبتعبير أدق فلئن كان المشرع قد جعل هذا النوع من الرهون في قائمة المنقولات غير الحيازية فليس ذلك معناه ضعف ضماناته المخولة للبنك بل إن المشرع مكن البنك من مجموعة من الحقوق تتجلى أساسا في إمكانية مطالبة المدين قضائيا ببيع الأشياء المرهونة في حالة عدم الوفاء ناهيك عن رجوعه على المدين بما بقي من الدين في حالة عدم كفايته.

1- حق البنك في المطالبة قضائيا ببيع الأشياء المرهونة

بالرجوع إلى المادة 386 من مدونة التجارة يستشف من خلالها أن المشرع أعطى الحق للبنك بكونه دائما مرتبنا في حالة عدم الوفاء من طرف المدين أن يطالب قضائيا ببيع المواد والمنتوجات التي وقع الرهن عليها.

وتبعاً لذلك فإن البنك يمكنه ان يستوفي دينه من ثمن البيع بعد أن تخصص المصاريف بأمر من رئيس المحكمة، لكن مطالبة البنك لديونه قضائيا لا تعد الطريقة الوحيدة، بل يمكنه في حالة التراضي بينه وبين المدين أن يعمد هذا الأخير إلى بيع تلك المواد والمنتوجات ومن تم منح البنك ديونه ولو قبل حلول أجل استحقاقها¹³³.

2- رجوع البنك على المدين بما بقي من الدين

عندما نص المشرع على هذه الحالة فإنه كان واعيا بأن المواد والمنتوجات التي تم رهنها يمكن ألا تكفي لسداد الدين المضمون بفعل نقصان قيمتها المالية، إذ في الحالة التي تباع فيها

¹³³ - وذلك تبعا لما نصت عليه المادة 385 من مدونة التجارة.

هذه المواد والمنتجات ولا تكفي لسداد الدين مكن المشرع البنك بالرجوع على المدين بما بقي من الدين داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ البيع¹³⁴.

وزيادة في الضمان الممنوح لفائدة البنك فإن هذا الأخير إذا طلب من المحكمة تعيين وكيل قضائي لمعاينة الأشياء التي تعرضت للتلف أو التبيد أو النقص فإن الدين يصبح مستحقا فوراً بصرف النظر عن العقوبات المقررة والتي تتمثل في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم.

المطلب الثاني: الرهن الحيازي للمنقول ضمنا للائتمان البنكي

انطلاقاً من التسمية التي يحملها فإن هذا الرهن يؤدي بدون شك إلى نقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ذلك الرهن الذي اصطلح المشرع على تسميته بالرهن الحيازي للمنقول في إطار الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالعقود وتحديد التجارية وتحديدًا من المواد 337 إلى 354 من مدونة التجارة.

ولئن كان هذا الرهن يشبه إلى حد بعيد ذلك المنظم في قانون الالتزامات والعقود فإن ذلك ليس معناه أن هذا الأخير لا يعني المجال التجاري، بل يتعين الرجوع إليه في كل حالة لم يتم النص عليها في مدونة التجارة شريطة ألا تتعارض معها.

¹³⁴ – تنص الفقرة 3 من المادة 388 من مدونة التجارة على أنه: "يمنح المقرض في حالة عدم كفاية الثمن لوفاء الدين، أجل ثلاثين يوماً يحسب من يوم بيع السلعة قصد الرجوع على المقرض والمظهريين أو الضامنين الاحتياطيين".

وتبعاً لذلك فإننا سنتناول من خلال هذا المطلب كل من الرهن المنصب على السندات القابلة للتداول بما فيها الأوراق التجارية¹³⁵ والقيم المنقولة ثم كذلك رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة وحوالة الديون المهنية كل في فقرة مستقلة على المنوال التالي:

الفقرة الأولى: الرهن المنصب على السندات القابلة للتداول

إذا كانت البنوك في الآونة الأخيرة لم تعد تتشدد كثيرة في طلب ضمانات عينية أو شخصية من أجل ضمان الائتمان الذي تمنحه، فإن الحياة العملية أفرزت وسائل أخرى تؤدي نفس الضمان الذي تتطلبه البنوك تستعمل في ضمان الائتمان البنكي ويتعلق الأمر بكل من الرهن المنصب على الأوراق التجارية ثم الرهن الوارد على القيم المنقولة تم حوالة الديون المهنية.¹³⁶

أولاً: رهن الأوراق التجارية كضمان للائتمان البنكي

نقصد بالأوراق التجارية - بهذا الخصوص - الكمبيالات والسندات لأمر¹³⁷ ويلجأ المستفيد من الورقة إلى رهنها عندما يكون بحاجة إلى نقود عاجلة وتكون الورقة التي بيده

¹³⁵ - ونستثني هنا الشيك لأنه لا يعد أداة للضمان وإنما هو أداة وفاء.

¹³⁶ - هذا دون أن ننسى الوسائل الأخرى الخاصة لضمان الائتمان البنكي إذ أن الدولة أصبحت تتدخل عبر مؤسساتها العامة المحدثة في شكل صناديق خاصة كما هو الشأن بالنسبة للصندوق المركزي للضمان الذي يقوم بضمان الائتمانات البنكية المقدمة للمقاولات المغربية التي يركز نشاطها على التصدير إلى الخارج.

¹³⁷ ونعيد التذكير بأننا نستثني من هذه الأوراق الشيك باعتباره أداة وفاء وليس وسيلة ضمان.

- أنظر المادة 262 من مدونة التجارة التي اعتبرت انه يجوز للحامل تظهير الشيك من أجل استخلاص مبلغه أو للتوكيل ولم تشر إلى تظهير الشيك على سبيل الضمان.

مستحقة بعد مدة قصيرة فبدلاً من أن يخصصها الحامل أن يتخلى عن ملكيتها فوراً نظير قيمة الحق الثابت فيها كاملاً يكتفي بأن يقترض المبلغ الذي يحتاج إليه ويرهن الورقة أي الحق الثابت فيها ضماناً للقرض.¹³⁸

1-: تظهير الكمبيالة على سبيل الرهن لفائدة البنك

يتم رهن الكمبيالة لفائدة البنك باتفاق مع المدين الرهن، لكن لا يتم هذا الرهن إلا بتظهير الكمبيالة تظهيراً تأمينياً وفي هذا الصدد تنص الفقرة الرابعة من المادة 172 من مدونة التجارة على ما يلي :

"يجوز للحامل متى تضمن التظهير "عبارة مبلغ على وجه الضمان " أو "مبلغ على وجه الرهن " أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة لكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي".

وعليه ففي التظهير التأميني لا ينقل المظهر ملكية الكمبيالة إلى المظهر إليه كما في التظهير الناقل للملكية ولا يوكله في تحصيل قيمتها كما هو الشأن في التظهير التوكيلي وإنما يظهرها له على سبيل الرهن ، أي من أجل ضمان قرض أو دين.¹³⁹

- أنظر كذلك المادة 316 من نفس المدونة التي تعاقب الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح ما بين 2000 و 10.000 درهم دون أن تقل قيمتها عن 25 % من مبلغ الشيك أو الخصاص ، كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فوراً أو يحتفظ به على سبيل الضمان .

¹³⁸ علي جمال الدين عوض الاعتمادات المصرفية مرجع سابق ص 259

¹³⁹- انظر بهذا الصدد :

- علي البارودي : القانون التجاري منشأة المعارف الإسكندرية 1975 ص 93

وتبعاً لذلك فإن المدين باعتباره صاحبا للكمبيالة والبنك حاملا لها فإنها يجب أن تظهر على سبيل الضمان أي أنه بالرغم من حيابة البنك لهذه الأخيرة فإنه لا يمتلكها وإنما هي موضوعة عنده إلى حين الوفاء بالدين الذي ضمنته.

أ: ممارسة البنك للحقوق المتفرعة عن الكمبيالة

للمظهر إليه المرتهن أن يمارس كل الحقوق المتفرعة على الكمبيالة وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 172 من مدونة التجارة أعلاه، فيمكنه طبقاً لذلك الرجوع في ميعاد الاستحقاق وتقديم الاحتجاج والمطالبة بالوفاء وذلك لحسابه الخاص وباسمه لأنه ليس وكيلاً على المظهر، لذلك فإن قاعدة عدم التمسك بالدفوع تقوم وتطبق حسب القواعد المشار إليها في الفقرة الأخيرة من المادة 172 من مدونة التجارة.

وإذا حل الدين المضمون في ذات موعد استحقاق الورقة، وقبض الدائن الحامل قيمة الورقة فإذا كان مبلغها مساوياً لمبلغ الدين، فلا إشكال يثار في هذا الصدد إما إذا كان مبلغ الورقة يفوق مبلغ الدين فإن البنك المظهر إليه يلتزم برد الفرق إلى المدين الراهن.

ب- استخلاص البنك حقه عند الاستحقاق قبل ميعاد الدين

إذا حل موعد استحقاق الورقة قبل ميعاد استحقاق الدين فإن من حق البنك الدائن أن يستوفي قيمتها ويستبقي المبلغ عنده كضمان بمعنى أن الضمان قد يتحول في هذه الحالة

- هشام فرعون الأوراق التجارية، محاضرات ألقيت بجامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس 1980-1981 ص 83 وما بعدها.



من رهن على الكمبيالة إلى رهن على مبلغ نقدي، وهذا يعني أن أجل الدين المضمون لا يسقط باستيفاء قيمة الكمبيالة ما لم تتجه إرادة الأطراف إلى ذلك.

د- مطالبة المدين بمبلغ الدين المضمون قبل أجل الكمبيالة

أما إذا حل أجل الدين قبل أجل الورقة فمن حق البنك المظهر إليه الرجوع على مدينه فورا ومطالبته بالدين، لأن العبرة باستحقاق أجل الدين المضمون وليس بأجل الكمبيالة، وبالتالي فإن البنك في هذه الحالة يمكنه أن يطالب فورا بدينه المستحق بالرغم من أن أجل الكمبيالة لم يحن بعد.

وقد يتبادر إلى الذهن أن البنك عند تسلمه الكمبيالة يكون عالما بأنها لن تستحق في نفس الوقت الذي حدده مع المدين، فما الدافع الذي جعله أصلا يقبل بهذا التظهير؟ الحقيقة أنه مادام أن الكمبيالة تدرج في المجال التجاري الذي يقتضي السرعة والثقة وتسهيل المعاملات فإن البنك يمنح ائتمانه إلى مدينه بالرغم من علمه بذلك لأن المدين إذا كان أنداك لا يملك المال فإنه بعد ذلك سيملكه بعد أن يحرك نشاطه التجاري دون أن يبقى معتمدا على المبلغ الذي تحمله الكمبيالة.

وبعبارة أخرى فالمدين قد تكون له أموال أخرى يرد بها إلى البنك ما اقتضه منه دون الانتظار إلى حين حلول أجل الكمبيالة.

ج- رجوع البنك على المدين في حالة عدم كفاية الكمبيالة

إذا كان مبلغ الكمبيالة يقل عن مبلغ الدين بقي المدين الراهن لدينا بالفرق للبنك المظهر إليه.¹⁴⁰ إذ في هذه الحالة يستخلص البنك كل ما تحمله الكمبيالة ويرجع على المدين بما بقي من الدين المضمون، ويمك للمدين في هذه الحالة إما أن يزيد على المبلغ الذي تم استخلاصه من الكمبيالة وإما أن يقدم للبنك كمبيالة أخرى، ولكن في هذه الحالة تكون ناقلة للملكية، لأن الضمان يكون انقضى في ذلك الحين.

2- رهن السند لأمر لفائدة البنك

يعتبر السند لأمر ورقة تجارية كذلك نظمه المشرع ضمن الكتاب الثالث المتعلق بالأوراق التجارية، وهو يستعمل كما هو الشأن بالنسبة للكمبيالة في المعاملات التجارية وغير التجارية، وبالتالي فإنه يمكن أن يقدم ضماناً للبنك كما هو الحال بالنسبة للكمبيالة، أي أنه يقدم إلى البنك على سبيل الضمان متى كان يحمل عبارة على سبيل الرهن أو الضمان.

ونظر لأنه تطبق عليه نفس المقتضيات كلما كانت لا تتعارض مع الكمبيالة وتفادياً للتكرار فإننا نحيل أحكامه على تلك المتعلقة بالكمبيالة سيرا على نهج المشرع الذي أحاله عليها عندما نص في المادة 234 من مدونة التجارة على أنه: "تطبق على السند لأمر كلما كانت لا تتنافى وطبيعة هذا السند، الأحكام المتعلقة بالكمبيالة بصدد المسائل الأتية:

- الظهير: (المواد من 167 إلى 173)؛

"...."

¹⁴⁰ -إلياس حداد السندات التجارية في القانون الجزائري ديوان المطبوعات الجزائرية 1985 ص 168

ثانياً: رهن القيم المنقولة كضمان للائتمان البنكي

يعتبر رهن القيم المنقولة من ضمانات الائتمان البنكي التي أوردها المشرع ضمن لائحة العقود البنكية باعتبارها عقوداً تجارية خاضعة للأحكام المنصوص عليها في الكتاب الرابع من مدونة التجارة فهي لا تقل أهمية عن سابقتهما من الضمانات الأخرى لذلك سنخصص لها حيزاً من الدراسة فهي تعد عملية منتشرة لدى البنوك، و تخضع للقواعد العامة للرهن الحيازي¹⁴¹ سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية¹⁴².

ويتم رهن القيم المنقولة لضمان الوفاء بكل الالتزامات سواء كانت محققة أو محتملة الوقوع¹⁴³ بل يجوز هذا الرهن حتى ولو كان المبلغ المستحق غير محدد وذلك إذا تعلق الأمر بمبلغ من النقود.¹⁴⁴

وكما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية فإن القيم المنقولة القابلة للتداول يتم رهنها بواسطة تظهير صحيح مع إيراد عبارة تفيد أن هذه القيم قد سلمت على وجه الضمان.¹⁴⁵

¹⁴¹ وفي ذلك تشير المادة 537 من مدونة التجارة إلى ما يلي:

"يمكن رهن القيم المنقولة مهما كان شكلها وتكون خاضعة للمقتضيات المتعلقة بالرهن الحيازي مع مراعاة المقتضيات بعده"

¹⁴² - انظر المواد 338 إلى 340 من مدونة التجارة.

¹⁴³ - وتجدر الإشارة إلى أنه لا يثبت رهن الأسهم وحصص الاستفادة والسندات الرسمية للشركات التجارية أو المدنية وجميع القيم التي تكون محل شهادة اسمية إلا بتقييدها في سجلات الشركة المصدرة بواسطة تحويل على وجه الضمان كما نصت على ذلك المادة 338 من نفس المدونة.

¹⁴⁴ - أنظر بهذا الصدد المادة 538 من مدونة التجارة.

¹⁴⁵ - نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 338 من مدونة التجارة.

1-حياسة البنك لسندات القيم المرهونة

يلزم لنفاد هذا الرهن في مواجهة الغير أن يسلم الراهن إلى الدائن المرتهن سندات القيم ذاتها وفي هذا تقضي الفقرة الأولى والثانية من المادة 539 بما يلي:

" إذا سبق للدائن المرتهن أن حاز سندات القيم على اعتبار آخر عد حائزا لها كدائن مرتهن من وقت إبرام الرهن.

إذا كانت القيم المرهونة بيد الغير لاعتبار آخر فلا يعد الدائن المرتهن حائزا لها إلا ابتداء من التاريخ الذي يقيد بها هذا الغير في حساب خاص يتعين عليه فتحه عند أول طلب".

ويتعين على البنك أن يحافظ على سندات القيم المرهونة لديه، لأن هذه السندات ليست لها قيمة في ذاتها بل في الحقوق التي تمثلها لذلك ، فهي تحتاج إلى رعاية ويجب على البنك أن يبادر إلى إخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله وإلا ارتكب في ذلك إهمالا جسيما.146

ولما كانت حياسة الدائن المرتهن لهذه السندات لا تعطيه الحق في الانتفاع بها ولا أن يتملك ثمارها (الفوائد) فإنه مع ذلك يبقى ملزما في استخلاص الفوائد التي تنتجها هذه السندات ويضع يده عليها على سبيل الرهن لأنها توابع للشيء المرهون ويمكنه أن يتملك هذه

¹⁴⁶ – علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المصرفية مرجع سابق ص 257.

الفوائد على أن خصمها من أصل الدين وتوابعه وعملا يقيد البنك الأرباح والفوائد في حساب
الراهن العميل.147

2- امتياز البنك على القيم المرهونة

وفي إطار التشجيع الذي يسعى إليه المشرع المغربي للجوء لعملية رهن القيم المنقولة
كضمان للائتمان البنكي وحماية المتعامل بهذا النوع من الضمانات نصت المادة 542 من
مدونة التجارة على أن امتياز الدائن يبقى قائما من تاريخ إنشائه سواء بين الأطراف او اتجاه
الغير على الناتج والمبالغ المستوفاة من الدين أو السندات عوضا عن السندات المسلمة عوضا
عن السندات التي كانت أعطيت على وجه الضمان.

وزيادة في الضمان نصت المادة 544 من نفس المدونة على ما يلي:

" يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وبغرامة من 2000 إلى 10.000
درهم مقدم الرهن أو حائزة الذي يقوم بدون موافقة المالك برهن سندات سبق رهنها مع
العلم أنها ملك للغير أو الذي يعارض بأية وسيلة كانت وبسوء نية في ممارسة حقوق الأغيار
الحائزين للرهن أو حقوق الدائن المرتهن."

3- حق البنك ببيع القيم في حالة عدم الوفاء

في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق أو إخلال المدين بالالتزامات، فإنه يترتب على ذلك الاستحقاق الفوري للديون غير الحالة إلا إذا قدم ضمانات عينية جديدة مساوية للضمانات المفقودة أو الضائعة.¹⁴⁸

ويكون ذلك عن طريق تمكين البنك الدائن داخل أجل سبعة أيام وبعد تبليغ المدين أن يجري بيع القيم المنقولة في أسواق البورصة أو السوق المالية ويتم البيع طبقاً لمقتضيات قانون المسطرة المدنية الخاصة بالبيوعات الناتجة عن الحجز التنفيذي.¹⁴⁹

الفقرة الثانية: رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة وحوالة الديون المهنية¹⁵⁰

يعتبر كل من رهن البضائع التي تودع بالمخازن العامة¹⁵¹ وحوالة الديون المهنية التي صنفها المشرع ضمن قائمة العقود البنكية من بين المسائل التي تتحقق معها نقل الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن لذلك فإن عملية تسليم هذه البضائع أو قائمة الديون للبنك يعتبر من المسائل الضرورية التي ينعقد بها عقد الرهن.

وعموماً فإننا سنلجأ في هذه الفقرة إلى تقسيمها إلى نقطتين نتناول في الأولى رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة ثم في الثانية حوالة الديون المهنية وذلك وفق المنوال التالي:

¹⁴⁸ – أنظر بهذا الصدد المادة 543 مدونة التجارة.

¹⁴⁹ – راجع بهذا الخصوص المادة 340 مدونة التجارة.

¹⁵⁰ – نشير هنا إلى أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا العنوان أن حوالة الديون المهنية يتم رهنها وإنما عمدنا إلى إدراجها مع رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة انسجاماً مع المنهج والتقسيم الذي اعتمدها في هذه الدراسة.

¹⁵¹ – والتي نص عليها المشرع من المواد 341 إلى 354 من مدونة التجارة.

أولاً: رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة

إن رهن البضائع المودعة بالمخازن العامة لا بد أن يتم بواسطة تظهير بطاقة الرهن التي يسلمها المخزن¹⁵² وبالتالي فإن البنك من أجل ضمان الائتمان الذي يمنحه من الضروري أن تظهر إليه تلك البطاقة وذلك حتى يتمكن من استفاء حقه بالأولوية في حالة الحجز على هذه البضائع.

1- تظهير بطاقة رهن البضائع لفائدة البنك

بمجرد رهن البضائع بواسطة بطاقة الرهن فإن البنك يكتسب حق رهن عليها – هذا أن تم تظهير البطاقة منفصلة عن الإيصال – مما يمنح سلطة للبنك على هذه البضائع بعدم بيعها أو التصرف فيها بأي شكل من الأشكال من طرف حامل الإيصال إلا بعد سداد قيمة الرهن لحاملها البنك، وهو ما يوفر لهذا الأخير ضماناً مهماً تجعله يطمئن على حقه القائم على هذه البضائع.

2- استفاء البنك حقه بالأولوية في البضائع عند الاستحقاق

أجاز المشرع للبنك باعتباره دائناً على هذه البضائع في الحالة التي لم يقع فيها الاداء أن يحتج على المدين الراهن لكي يؤدي ما بذمته، وفي حالة عدم استجابة هذا الأخير بعد ثمانية أيام من الاحتجاج خوله المشرع إمكانية بيعها بدون إجراءات قضائية واستفاء مبلغ دينه مباشرة من ثمن البيع بالأولوية والامتياز على جميع الدائنين من غير اقتطاعات باستثناء

¹⁵² – ويسلم كذلك إيصال بشأن هذه البضائع يمنح للمودع، يثبت ملكية تلك البضائع.

الرسوم الجمركية والرسوم البحرية المدفوعة عن البضائع وصوائرها تسلم هذه الأخيرة وتخزينها والتأمين عليها إلى غير ذلك¹⁵³.

لكن هذا لا يعني أن البنك يلجأ إلى هذه الوسيلة دائما بل يمكن للمدين أن يقوم بالأداء للبنك ولو قبل حلول أجل الدين إذا ما توفرت له السيولة المالية التي قام على أساسها بالائتمان لذا البنك.

ثانيا: حوالة الديون المهنية

لقد نص المشرع المغربي في المادة 529 من مدونة التجارة على أنه "يمكن لكل شخص طبيعي مزاولة نشاطه المهني أو لكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو القانون العام تحويل كل دين ممسوك على أحد الأغيار سواء أكان شخصا طبيعيا أثناء مزاوله نشاطه المهني أم شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو القانون العام بمجرد تسليم قائمة لمؤسسة بنكية.

ينقل التفويت للمؤسسة المفوت لها، ملكية الدين المحال سواء مقابل تسبيق كلي أو جزئي لمبلغه أو ضمانا لكل ائتمان سلمته المؤسسة أو ستسلمه للمحيل".

وتعتبر حوالة الديون المهنية من الوسائل التي اعتبرها المشرع من الضمانات التي تقدم للبنك في سبيل الحصول على الائتمان البنكي¹⁵⁴ وتمكين الفاعلين الاقتصاديين وغيرهم من

¹⁵³ – راجع بهذا الخصوص:

– الفقرة الأولى من المادة 346.

– الفقرة الثانية من المادة 347.

– الفقرة الأولى من المادة 349.

الحصول على التسهيلات الائتمانية التي يقدمها البنك وذلك عند تسليمه قائمة بديون مهنية كضمان للمبلغ الذي منحه.

ومهما يكن فإن الديون التي يمكن نقلها بواسطة حوالة الديون المهنية يجب أن تكون ديونا متعددة ومرتبة على الغير لا على المحيل كما يجب أن تكون ديونا مهنية وذلك بصرف النظر عما إذا كان الدين ناتجا عن واقعة حالة أم محتملة 155 الحدوث وعما إذا كان مبلغه وتاريخ استحقاقه محددين أم غير محددين¹⁵⁶.

ومن الآثار التي ترتبها حوالة الديون المهنية أن هذه الأخيرة تنتقل إلى ملكية البنك سواء سلمت من أجل ضمان ائتمان سبق للبنك أن منحه للزبون أو سيمنحه مستقبلا كما تنتقل إليه جميع الضمانات التي تضمن الدين¹⁵⁷.

1- حيازة البنك المحال عليه لقائمة الديون

من أجل ضمان الائتمان الذي قدمه البنك لفائدة المدين لأبد ان يتسلم قائمة الديون التي وقع عليها الرهن متضمنة لكافة البيانات المنصوص عليها قانونا¹⁵⁸ وبالتالي فإن البنك

¹⁵⁴ – أستاذتنا نورة غزلان الشنيوي، مرجع سابق، ص 462.

¹⁵⁵ – يجب الإشارة هنا إلى أن مدونة التجارة جاءت مخالفة تماما لما هو منصوص عليه في قانون التزامات والعقود فمدونة التجارة وسعت من دائرة الديون التي تقبل الانتقال عن طريق حوالة الديون المهنية فعلى خلاف قانون التزامات والعقود الذي لا يجيز أن ترد الحوالة على الحقوق المحتملة أو الحقوق المتنازع فيها فإن مدونة التجارة تنص في المادة 530 على أنه " خلافا لمقتضيات الفصلين 190 و192 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود يكون مل دين قابل للتحويل حتى وإن نتج عن تصرف متوقع الحدوث وكان مبلغه وتاريخ حلوله غير محددين"

¹⁵⁶ – محمد الفروجي ص 384

¹⁵⁷ – نصت على ذلك المادة 532 من مدونة التجارة

¹⁵⁸ – راجع بهذا الخصوص المادة 531 من مدونة التجارة التي نصت على هذه البيانات.

تنتقل إليه ملكية هذه الديون سواء أكانت الحوالة قد انتقلت مقابل تسبيق جزئي أو كلي للمبلغ الوارد في القائمة.

كما تنتقل للبنك كافة الضمانات التي تضمن كل دين من الديون المعددة في القائمة¹⁵⁹ وبعبارة أدق فإن كل ضمان منح للمدين بشأن هذه الديون ينتقل مباشرة للبنك المانح للائتمان.

2- منع المحيل من تغيير الديون المهنية

ابتداء من التاريخ الموضوع على قائمة حوالة الديون المهنية لا يحق للمحيل أن يغير تلك الديون المدرجة في القائمة¹⁶⁰ إلا بموافقة البنك، ذلك أنه بالرغم من أن المدين المحيل يضمن بالتضامن مع المدين الأصلي لكل دين أداء الدين الذي منح من أجله الائتمان، فإنه يمنع عليه دون أن يقوم بمراجعة البنك بالتنازل عن هذه التأمينات التي تضمن هذا الدين لأن مثل هذه التأمينات تظل ملازمة لمثل هذه الديون¹⁶¹.

3- ممارسة البنك لدعوى الضمان ضد المحيل

إن هذه الدعوى تمارس من طرف البنك ضد المحيل سواء قبل متابعة المدين الأصلي باعتباره هو الآخر يضمن الدين المضمون¹⁶² أو بعد متابعة هذا الأخير، وذلك في حالة عدم الأداء في أجل الاستحقاق، بل إن المحاكم الفرنسية كما جاء في بعض الدراسات تذهب إلى

¹⁵⁹ – أمحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 389.

¹⁶⁰ – وهو ما نصت عليه المادة 534 من مدونة التجارة.

¹⁶¹ – أمحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 390.

¹⁶² – راجع بهذا الخصوص المادة 532 من مدونة التجارة.

القول بأن المؤسسة البنكية المحال لها تكون محقة في رفع دعوى الضمان حتى ولو لم تكن قد بلغت الحوالة إلى المدين الرئيسي.

وقد يتساءل البعض عما إذا كان المدين قد عمد إلى تضمين القائمة ديون وهمية الشيء الذي سيعرض حقوق البنك للضياع فما العمل في هذه الحالة ؟

الحقيقة ان المشرع المغربي لم يتطرق إلى الجزاء المقرر في حالة تضمين ديون وهمية، ولكن هذا لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة ومتابعة المدين المدين بجريمة النصب والاحتيال وفقا لمقتضيات القانون الجنائي.

المبحث الثاني: رهن العقار ومن في حكمه كضمانة للبنك مانح الائتمان

من المعلوم أن رهن العقار يعتبر ضمانة أساسية بالغة الأهمية لذا البنك عند منح ائتمانه لزبونه إذ على أساس قيمة ذلك العقار يمنح هذا الائتمان وربما للبنك وقعه ما دام العقار يجسد قيمة اقتصادية مقارنة مع المنقول.

وإذا كان الأمر كذلك فإن هناك من الضمانات التي يمكن أن يمنح البنك على أساسها الائتمان تكيف على أنها في حكم العقار ونقصد بذلك كل من الطائرات والسفن التي يمكن رهنهما ضمانا للائتمان الممنوح الذين نظمهما المشرع المغربي على التوالي في كل من قانون الطيران المدني لسنة 1963 ثم القانون البحري لسنة 1913.

ومن أجل تسليط الضوء على هذا الضمان في محاولة من لدنا في إبراز الضمانات التي يخولها للبنك فإننا نشير إلى أن دراستنا في هذا المبحث ستتكب على رهن العقار ورهن



السفينة باعتبارها تكيف في حكمه دون أن نتطرق لرهن الطائرات وذلك لسببين يتجلى الأول في أن المشرع وهو يسن قانون الطيران المدني أحال على الأحكام المتعلقة برهن السفينة ويتجلى الثاني في أن هذا النوع – أي الطائرة – بالرغم من القيمة الاقتصادية التي يمثلها فإنه من ناحية الواقع العملي لا نجد إقبالا كبيرا على رهنه.

لذلك فإن دراستنا لهذا المبحث سوف تكون مقسمة لمطلبين سنتطرق في أولهما للرهن الوارد على العقار وتجسيد الوسائل والإجراءات التي تمكن البنك من استفاء حقه ثم في المطلب الثاني سنعالج الرهن المنصب على السفينة مستعينين في ذلك بالقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود والقانون البحري المغربي وذلك على المنوال التالي:

المطلب الأول: رهن العقار كضمانة مخولة للبنك مانح الائتمان

من المعلوم أن منح الائتمان من طرف البنك يتوقف على الضمانات التي يتلقاها من الزبون الراغب في الحصول عليه والتي تمكن هذا الأخير من حقوق ممثلة أساسا في التنفيذ على تلك الضمانات.

ويعتبر رهن العقار¹⁶³ لفائدة البنك من الضمانات الأساسية التي يتطلبها العمل البنكي لمنح الائتمان إذ في حالة حلول أجل الوفاء بالدين وامتناع المدين عن الأداء يتم اللجوء إلى مسطرة تحقيق الرهن الرسمي من أجل التنفيذ على تلك الضمانات.

¹⁶³ – ونقصد هنا الرهن الرسمي.

ولما كان العقار المرهون مرهونا رسميا فإنه من الطبيعي أن يكون البنك من الدائنين الذين لهم الحق في التقدم على باقي الدائنين في استفاء ديونه¹⁶⁴ -المطلب الأول- كما أن المشرع خول للبنك بصفته دائنا مرتبنا في تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل إليها وبالتالي فإن له الحق في التنفيذ على هذا العقار حتى بعد خروجه من ذمة الراهن بمقتضى حق التتبع-المطلب الثاني-.

الفقرة الأولى: تقدم البنك على الدائنين في العقار المرهون

لا شك أن كل دائن مرتب يسعى دائما بالحصول على دينه بالأسبقية على غيره من دائني المدين، فإذا لم يكن الراهن مدينا لأي أحد سوى البنك المرتب فلا مجالاً للحدوث على حق التقدم لأن التقدم يفترض عند تعدد الدائنين كما تجدر الإشارة إلى أن هد الحق يمارس سواء كان العقار في يد الراهن أو انتقل إلى يد الغير مما يعني أن البنك يكون له دائما حق الأفضلية في استفاء دينه على العقار المرهون.

وتبعاً لذلك فإن هذا المطلب سوف نعالجه من خلال دراسة إجراءات تقدم البنك والاستثناءات الواردة عليه البنك في حالة التزاحم مع باقي الدائنين بالإضافة إلى تبيان المحل أو السبب الذي يمكن البنك من التقدم والتنفيذ على العقار المرهون الذي يعتبر الوعاء الأساسي لهذا الحق.

¹⁶⁴ - قد يصطدم حق البنك الدائن المرتب على العقار المرهون بحقوق دائنين آخرين عادييين أو مرتبنيين في حالة تعددهم لكن لما اعتبر المشرع أن أموال المدين تعتبر ضمانا عاما لدائنيه فإنه اشترط ما لم تكن بينهم أسبابا للأولوية ومن بين هذه الأخيرة الرهن الرسمي الذي يخول للبنك المرتب الأولوية في استيفاء الدين

أولاً: إجراءات تقديم البنك والاستثناءات الواردة عليه

إن تقدم البنك على الدائنين يرتبط ارتباطاً وثيقاً في الحالة التي يتعدد فيها دائني المدين، إذ أنه لن يكون لهذا الحق -أي التقدم- أي معنا إذا كان هناك دائن واحد للمدين فحق الأولوية يفرضه تزام الدائنين على العقار المرهون، وتبعاً لذلك فإننا سنحاول تسليط الضوء على الإجراءات التي يمكن من خلالها للبنك أن يتقدم على باقي الدائنين، إلا أن ذلك تقيده استثناءات نص عليها المشرع إذ في حالة تواجدها تتراجع مرتبة البنك لتصبح هي الأولى بالوفاء وذلك على المنوال الآتي:

1- إجراءات استثناء البنك للدائنين المضمون

ما دمنا نتحدث عن العقار كضمانة مخولة للبنك مانح الائتمان فإن المشرع المغربي قد افترض أن السابق في التقييد في الرسم العقاري سابق في الأفضلية عند توزيع ثمن البيع¹⁶⁵.
ويجد هذا المقتضى سنده كذلك ضمن القاعدة المنصوص عليها في المادة 197 من مدونة الحقوق العينية¹⁶⁶ التي تقضي بأولوية الدائن الذي سبق بتقييد رهنه في الرسم العقاري.

فمن هذا المنطلق يستشف إذن أن البنك الدائن الذي قام بتقييد حقه على عقار فإنه يتقدم على الدائن العادي في جميع الأحوال لأن هذه القاعدة تفرض المفاضلة بين دائنين

¹⁶⁵ - فريد بدري الملكية العقارية كضمانة بنكية في التشريع المغربي رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة بن زهر السنة الجامعية 2011-2012 ص 61.

¹⁶⁶ - تنص المادة 197 من مدونة الحقوق العينية على أنه " يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنيين التاليين له في الرتبة وكذا على الدائنين العاديين".

اكتسب كل منهم حقا عينيا على عقار مرهون¹⁶⁷ فالعبرة هنا ليست بوقت نشوء الحق وإنما بأسبقية التقييد في الرسم العقاري.

وتجدر الإشارة إلى أن الأسبقية في التقييد لا تكون في اليوم فقط وإنما تكون حتى في الساعة التي جرى فيها تقييد الطلب أما في الحالة التي تقييد فيها هذه الرهون في نفس اليوم وفي نفس الساعة فإن رتبة هؤلاء الدائنين تكون متساوية¹⁶⁸ هذا وتظل قاعدة الأسبقية في التقييد مطبقة حتى ولو كان حق البنك معلقا على شرط بل ولو كان هناك تراحم مع دائن صاحب حق تبعي¹⁶⁹.

وكنتيجة لذلك فإن تحقيق الرهن الرسمي الوارد على هذا العقار في حالة امتناع المدين عن الوفاء يقتضي أولا من البنك سلوك إجراءات الحجز التنفيذي على العقار، الوارد النص عليها في قانون المسطرة المدنية¹⁷⁰ لكي يتمكن البنك بعد ذلك من الحصول على دينه بعد بيع العقار بالمزاد العلني.

¹⁶⁷ - حليمة بن حفو، جدوى الرهن الرسمي العقاري، مقال منشور بمجلة الأملاك العدد الثامن سنة 2010 ص 113.

- أنظر كذلك بهذا الصدد: محمد بونبات ، دراسة مقارنة في الحقوق العينية وجدواها الاقتصادية والاجتماعية الطبعة الأولى ،المطبعة والوراقة الوطنية 2002 مراكش ص 115.

¹⁶⁸ - مامون الكزبري، مرجع سابق، ص 87.

¹⁶⁹ - فريد بدري مرجع سابق، ص 63.

¹⁷⁰ - وتحديد الفصول من 469 إلى 487 المتعلقة بالحجز التنفيذي على العقار والتي بين من خلالها المشرع جملة من الإجراءات التي ينبغي احترامها تحت طائلة بطلان عملية الحجز.

وتجدر الإشارة إلى أن حق التقدم لا يقتصر فقط على العقار المرهون بل يتجاوزه إلى ملحقات هذا الأخير أو في الحالة التي يتحول فيها هذا العقار إلى مقابل نقدي إذ في هذه الحالة ينتقل حق البنك الدائن إلى المقابل النقدي.¹⁷¹

2- الاستثناءات الواردة على تقدم البنك في العقار المرهون

إذا كان المشرع المغربي قد عمل على إيلاء البنك مانح الائتمان الأولوية في استفاء الدين على باقي الدائنين فإنه عمل على تقييد ذلك بحقوق أعتبرها الأولى بالحماية تعرف بحقوق الامتياز والتي وردت في الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود¹⁷² بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 144 من مدونة الحقوق العينية على أن الديون التي لها وحدها حق الامتياز على عقارات المدين هي المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه وكذلك حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات".

وتبعاً لذلك فإن حقوق الامتياز تعطى لها الأولوية حتى ولو لم تقيّد في الرسم العقاري كما أن حق الأولوية قد تقيّد بإرادة الأطراف في الحالة التي يتنازل فيها الدائن عن حقه لفائدة دائن آخر ويذهب البعض¹⁷³ أن الباعث من وراء تنازل الدائن المرتهن قد يكون بمقابل أو

¹⁷¹ - ومن أهم الصور التي يمكن أن ينتقل فيها العقار المرهون إلى مقابل نقدي في الحالة التي يتم فيها نزع الملكية من أجل المنفعة العامة فالتعويض الذي تمنحه الدولة لهذا المدين يكون للبنك حق الأولوية فيه.

¹⁷² - ينص الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود على أنه " الدين الممتاز مقدم على باقي الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية...."

¹⁷³ - ومنهم:

- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة سنة 1979 ص 283.

بدون مقابل غير أنه لقبول هذا التنازل يجب أن يكون المتنازل دائنا له حقا عينيا على العقار المرهون وألا يكون الغرض منه هو الإضرار بالدائنين الآخرين¹⁷⁴.

ثانيا: محل تقدم البنك كدائن مرتين في العقار المرهون

إن المقصود بمحل أولوية البنك في استفاء الدين هو ذلك السبب الذي جعل البنك مانح الائتمان يطلب الضمان على الائتمان الممنوح ويتجلى ذلك أساسا في الدين المضمون بهذا الرهن الرسمي- أي ذلك الائتمان أو القرض الذي منحه البنك لذبونه- إذ لو لم يمنح البنك ذلك الائتمان لما لجأ إلى أخذ العقار كضمانة كما تضاف لهذا الدين كذلك الفوائد الناتجة عنه.

1- أصل الدين المضمون برهن رسمي

بالنسبة للدين المضمون برهن رسمي تتوقف صحته على وجود مبلغ معين إذ لو لم يكن هذا الأخير لما وجد الأول بحيث ينبغي تقيده بالرسم العقاري طبقا لما جاءت به المادة 175 من مدونة الحقوق العينية والتي تنص على أنه " يجب لصحة عقد الرهن الرسمي أن يتضمن ما يلي:

- هوية أطراف العقد

- تعيين المملك المرهون ببيان اسمه وموقعه ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه العقاري

أو مطلب تحفيظه

-المختار بن أحمد العطار، الوجيز في القانون العقاري المغربي والموريتاني الطبعة الأولى 1999 ص 3-7

¹⁷⁴- وذلك تطبيقا لما تنص عليه المادة 198 من مدونة الحقوق العينية.

- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه".

ويلاحظ أحيانا أنه قد يتم تقييد دين في عقد رهن رسمي إلا أنه مخالف للحقيقة التي

اتفق عليها الأطراف ففي هذه الحالة يتم الأخذ بالمبلغ المقيّد في الرسم العقاري 175

ومن جهة أخرى فإن الدين المضمون برهن رسمي تتعدد أنواعه فقد يكون دينا شرطيا

وفي هذه الحالة فإن البنك الدائن لا يمكنه المطالبة باستفاء دينه بالأولية إلا إذا تحقق

الشرط كما أن الدين المضمون قد يكون احتماليا كما هو الحال بالنسبة للاعتماد المفتوح أو

الحساب الجاري الذي تطرق لهم المشرع في المادتين 179 و 180 من مدونة الحقوق العينية. 176

2- فوائد الدين المضمون برهن رسمي

أما بالنسبة لفوائد الدين المضمون فبالرجوع إلى المادة 168 من مدونة الحقوق العينية

يستشف أن المشرع لم يقصر حق الرهن المخول للبنك الدائن على أصل الدين فقط وإنما

يشمل كذلك فوائد هذا الدين شريطة أن يكون هذا الأخير متفقا عليه بين الأطراف و أن تكون

هذه الفوائد ناتجة عن هذا الرهن ومقيدة في الرسم العقاري مع تحديد سعر الفائدة.

¹⁷⁵ - فريد بدري مرجع سابق، ص 68.

¹⁷⁶ - تنص المادة 179 من مدونة الحقوق العينية على أنه يجوز إجراء الرهن الرسمي ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح

حساب جار على أن يتحدد سقفه الأقصى بالعقد المنشئ للرهن.

- وتنص المادة 180 من مدونة الحقوق العينية على أنه إن الرهن المبرم لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين يأخذ

رتبته من تاريخ تقييده من غير أن تراعى في ذلك التواريخ المتوالية لتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المقترض".

وبالتالي فإذا اتفق البنك مع المدين الراهن على أن المبلغ الممنوح لهذا الأخير سينتج فوائد تعود إلى البنك فإن عقد الرهن يشملها كذلك، بحيث إذا تم التنفيذ على العقار وتم بيع بالمزاد العلني فإن البنك يكون له أخذ هذه الفوائد مجتمعة مع الدين المضمون.

الفقرة الثانية: حق البنك في تتبع العقار المرهون وانقضاؤه

إن العقار موضوع الرهن المخول للبنك كضمانة لمنح الائتمان قد يظل في ملكية المدين الراهن مما يؤدي بالبنك إلى التنفيذ عليه أما إذا نفذ عليه دائن عادي فإن البنك الدائن المرتهن يتقدم وفقا لمرتبة رهنه لاستفاء حقه من ثمن المرهون وفي هذه الحالة لا يحتاج البنك إلى تتبع العقار المرهون لأن التتبع يفترض في الحالة التي يؤول فيها هذا العقار إلى يد الغير لذلك سنعمل من خلال هذا المطلب إلى التطرق إلى مفهوم حق التتبع الأولي تم بعد ذلك نتناول انقضاء هذا الحق.

أولاً: حق البنك في تتبع العقار المرهون

يقصد بحق التتبع قدرة البنك الدائن المرتهن في تتبع المال المرهون للتنفيذ عليه في أي يد انتقل إليها¹⁷⁷ فالمشروع من خلال إقراره لحق التتبع فإنه يحاول بذلك إحداث نوع من التوازن بين المدين الراهن والدائن المرتهن فإذا كان قد خول للمدين الراهن أحقية في

¹⁷⁷ - وذلك انسجاماً مع المادة 199 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه "للدائن المرتهن رهناً رسمياً حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستقاء دينه عند حلول أجل الوفاء به".

التصرف في عقاره المرهون فإن محاولة تفويته أو وضعه بين يدي الغير أعطى الأحقية للبنك بصفته دائئا مرتبنا في تتبع هذا العقار والتنفيذ عليه.¹⁷⁸

لكن يشترط أن يكون البنك الدائن المرتهن قد قيد حقه قبل تقييد انتقال الملكية من المدين الراهن إلى الغير أما إذا تأخر البنك الدائن المرتهن في تقييد الرهن وكان المتصرف إليه قد قيد حقه الذي اكتسبه على العقار المرهون فإن ثمة نتائج خطيرة تترتب على هذا ويتعدى نطاق تأخير مرتبته في التقدم كما هو الحال في تزامم الدائنين المرتهنين لتصل إلى زوال حق الرهن من أساسه لأن العقار قد انتقل إلى المتصرف إليه خاليا من كل حق عيني لعدم تقييده مسبقا.

إلا أنه لإعمال حق البنك في التتبع ينبغي أن يكون أجل الدين قد حل وإن كان بعض الفقه يرى بأنه لا ضرورة لحلول أجل الدين في مباشرة حق التتبع ولكن حفاظا على مصالح الأطراف فإن حلول الأجل يبقى ضروريا لمباشرة هذا الحق.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة نزع ملكية المرهون من أجل المنفعة العامة فإن حق التتبع لا يبق له أثر لأنه لا يمكن تتبع الجهة التي استولت عليه التي هي السلطة وإنما يبقى للبنك الدائن في التقدم لقبض المقابل الذي تدفعه الجهة المختصة.

¹⁷⁸ – فريد بدري، مرجع سابق، ص 74.



بقي أن نشير إلى أن العقار لا يعتبر موضع حيازة إذا أُل إلى المسؤول عليه كما هو الحال في حالة موت المدين المرتهن تم أُل العقار إلى الورثة فهؤلاء لا يعتبرون حائزين له لأن العقار لا يورث إلا إذا انحل الرهن طبقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

ثانيا: انقضاء حق تتبع العقار المرهون

كما هو واضح من خلال هذه الفقرة فانقضاء حق التتبع يعني انتهاءه وزواله مع بقاء الرهن الذي أقيم على العقار¹⁷⁹ لكن هناك حالات ينقضي فيها حق التتبع مع بقاء حق التقدم للبنك الدائن المرتهن كما هو الحال عند هلاك العقار إذ في هذه الحالة ينتفي حق التتبع ولكن البنك يكون له حق التقدم على المبلغ النقدي الذي يعوض هذا العقار.¹⁸⁰

ويستوي في حالة الهلاك أن يكون الهلاك ماديًا كما في حالة الانهيار أو هلاكًا قانونيًا كما هو الحال عند نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وإن كان في هذه الحالة الأخيرة يمكن للبنك أن يستفيد من التعويض الممنوح من طرف الإدارة المعنية.

كما ينقضي حق التتبع إذا قام الحائز بأداء الدين المضمون و أداء هذا الأخير من طرف الحائز يحقق ميزة بالنسبة للبنك الدائن المرتهن الذي قام بالرهن الرسمي لضمان ائتمانه قصد الحصول على دينه وينقضي كذلك هذا الحق في حالة أداء الدين من طرف المدين الأصلي إذ في هذه الحالة ينقضي الرهن الرسمي وبالتالي انقضاء الدين المضمون.

¹⁷⁹ – المختار بن أحمد العطار، مرجع سابق، ص 220.

¹⁸⁰ – فريد بدري، مرجع سابق ص 78.

المطلب الثاني: رهن السفينة كضمانة للبنك مانح لائتمان

يعتبر رهن السفينة في التشريع المغربي من رهون الرسمية شأنه شأن جميع الضمانات التي تخول للدائن المرتهن ضمانا مهمة تحميه من تصرفات الغير وذلك من خلال ميزتي الأولوية على غيره من الدائنين ثم كذلك حق تتبع السفينة المرهونة والتنفيذ عليها في أي يد كانت.

وإذا كان البنك يعتبر دائما مرتهنا بسبب الائتمان الذي منحه لمدينه، فإنه بالمقابل يمتلك هذه الضمانة – أي السفينة – تطمئنه على استفاء حقوقه بالأولوية على باقي الدائنين في حالة المزاحمة، إلا أن ذلك يقتضي منا أولا تبيان الحالات التي يقع فيها الرهن على السفينة ثم بعد ذلك التطرق إلى الإجراءات والوسائل التي ينهجها البنك للتنفيذ على السفينة في حالة امتناع المدين عن الوفاء في أجل الاستحقاق.

لذلك سننهج في دراستنا لهذا المطلب إلى فقرتين نخصص الأولى إلى حالات إيقاع الرهن على السفينة لفائدة البنك، ثم في فقرة ثانية وسائل الضمان الممنوحة للبنك في رهن السفينة، وذلك وفق التسلسل التالي:

الفقرة الأولى: حالات إيقاع الرهن على السفينة لفائدة البنك

بصراحة الفصل 87 من القانون البحري المغربي نجد المشرع ينص فيه على أنه: " إن الرهن المنشأ على السفينة أو على حصة في ملكية السفينة ينسحب على السفينة أو على حطامها ما لم يقع اتفاق على خلاف ذلك."

ومنه، نستشف أن الرهن يمكن أن يقع على السفينة كلها أو جزء منها كما يمكن أن يقع على حطامها¹⁸¹ وبدورنا سوف لن نحيد عن هذا التقسيم إذ سنسلط الضوء على الرهن الذي يقع على السفينة أو جزء منها في نقطة أولى ثم في نقطة ثانية سنعالج الرهن الذي يقع على حطام السفينة وذلك تبعا كالاتي:

أولاً: إيقاع الرهن على السفينة كلها أو جزء منها

لعل أهم ميزة تتصف بها السفينة في بعض التشريعات إن لم نقل جلها هي اعتبار هذه الأخيرة في حكم العقار¹⁸² وإن كان من الفقه من يتشبث بإضفاء صفة المنقول عليها، الشيء الذي يثار التساؤل معه هل يطبق عليها الرهن العقاري أم الرهن المتعلق بالمنقول؟

الحقيقة أن أغلب الفقه يصنفها ضمن العقار نظرا لأنها تعتبر جزءا لا يتجزأ من إقليم الدولة، فأى شيء يقع على ظهرها يعتبر كأنه وقع في الدولة التي تنتهي إليها هذه السفينة. وعلى كل حال، فالسفينة يمكن أن يقع الرهن عليها بمناسبة منح البنك ائتمانه لصاحب هذه السفينة بعد توفر الشروط الشكلية المتطلبية لرهن السفينة لعل أهمها تقييد هذا الرهن في سجل خاص تمسكه المصلحة المختصة في الدائرة التي يجري فيها بناء السفينة.

¹⁸¹ - ونلفت النظر هنا إلى أن الرهن المذكور يمكن كذلك أن يقع على سفين في طور البناء وذلك وفقا لما نص عليه الفصل 89 من القانون البحري المغربي كما يمكن أن يقع الرهن كذلك على السفينة المملوكة على وجه الشياخ طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 86 من نفس القانون.

¹⁸² - وإن كان هناك خلاف فقهي في هذه المسألة فإن المشرع المغربي لم يحسم في طبيعتها عندما عرفها في الفصل 2 من القانون البحري بأنها " المركب الذي يباشر عادة الملاحة المذكورة سابقا. " أي الملاحة البحرية.



وإذا كان الرهن يقع على السفينة كلها فإنه يمكن أن يقع كذلك على جزء منها وفقا لما نص عليه الفصل 87 من القانون البحري الذي أشرنا له أعلاه، ويتحقق ذلك في غالب الأحيان عندما تكون السفينة مملوكة على الشياخ فيرغب أحد الشركاء في رهن حصته، لذلك أجاز المشرع لهذا الأخير برهن حصته ضمانا للائتمان الذي منحه له البنك.

ثانيا: إيقاع الرهن على حطام السفينة

قد تتعرض السفينة لحادث بحري أو تصادم بحري تفقد معه إمكانية إعادتها غلى الحالة التي كانت عليها فتصبح حطاما، وبالتالي يثار التساؤل هنا عما إذا كان البنك يحق له طلب الوفاء له فورا نتيجة هلاك السفينة التي كانت الضمان الوحيد على الائتمان الذي منحه لصاحبها أم أن هذا الأخير له قيمة ليس بالضرورة أن يطالب البنك باستحقاق ديونه؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي من العودة إلى الفصل 87 الذي سبق أن تطرقنا له وفيه نص المشرع على إمكانية رهن حطام السفينة بعد أن تطرق غلى رهن السفينة بكاملها أو جزء منها.

فإذا كان المشرع قد أجاز الرهن على حطام السفينة من بداية عقد الرهن أي أن البنك يعلم جيدا بأن الشيء المرهون هو حطام فإن السفينة المرهونة التي أصبحت حطاما بعد حادث ما، لا يؤدي بالضرورة إلى مطالبة البنك باستحقاق الدين فورا¹⁸³.

الفقرة الثانية: وسائل الضمان الممنوحة للبنك في رهن السفينة

183- الطيب الفصايلي رهن السفينة أطروحة لنيل دكتوراه الدولة ، جامعة عين شمس ، سنة 1987 ، أورده المختار عطار، الرهن البحري في القانون المغربي، مرجع سابق صفحة 442 .

من أجل ضمان الائتمان الممنوح للمدين من طرف البنك خول المشرع سواء من خلال القواعد العامة للرهن¹⁸⁴ أو القانون البحري مجموعة من الوسائل أو إن صح القول عدة إجراءات يمكن من خلاله للبنك أن يستعملها من أجل الحفاظ على حقوقه ويتعلق الأمر بحق التتبع والحجز على السفينة ثم إمكانية المطالبة ببيع هذه الأخيرة بالمزاد العلني عند حلول الاستحقاق ولم يقم المدين بالوفاء.

أولاً: صلاحية البنك في تتبع وحجز السفينة المرهونة

يتجلى حق التتبع بالنسبة للبنك كدائن في تتبع السفينة المرهونة في حالة نقل ملكيتها إلى الغير بصورة اختيارية واستردادها من أية يد انتقلت إليها، وذلك من أجل استرجاعها وإمكانية مطالبة البنك ببيعها عن طريق القضاء واستخلاص ديونه بحسب الرتبة التي قيد فيها رهن السفينة تطبيقاً لمقتضيات الفصل 101 من قانون التجارة البحرية المغربي¹⁸⁵.

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من التشريعات التي لم تنص صراحة على حق التتبع نذكر منها على الخصوص قانون الملاحة البحرية البلغاري الذي اكتفى بالإشارة إلى ترتيب الديون الرهنية فيما بينها بمقتضى المادة 52 ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الغير حسن أو

¹⁸⁴ – ويتعلق الأمر هنا بالرهن الرسمي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود.

¹⁸⁵ – تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنه ما نص عليه المشرع في الفصل 101 نفسه الموقف الذي اعتمده العديد من التشريعات المقارنة نذكر منها على الخصوص المادة 55 من القانون البحري الفرنسي و المادة 50 و 51 من القانون البحري المصري .

سيئ النية مادام الرهن من الحقوق العينية التبعية على السفينة يخول صاحبه حق تتبعها مهما تعاقبت البيوع الاختيارية عليها¹⁸⁶.

أما فيما يتعلق بالحجز على السفينة بطلب من البنك فإن يستوجب علينا العودة إلى الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون البحري المعنون بـ " في حجز السفينة وبيعها" حيث تطرق فيه المشرع إلى الحجز التحفظي¹⁸⁷ ثم الحجز التنفيذي والبيع¹⁸⁸.

وبقراءة سريعة لهذه الحجوز نستشف ان المشرع من خلال الفصل 110 أتاح للبنك إمكانية الحجز التحفظي إذا كان بيده سندا للتنفيذ أو بإذن من القاضي¹⁸⁹ ويرفع هذا الحجز إذا قدمت للبنك كفالة صالحة وكافية لمبلغ الدين المضمون، كما منح البنك أيضا إمكانية إيقاع الحجز التنفيذي بعد سلوك مجموعة من الإجراءات التي يتقيد بها عون التنفيذ¹⁹⁰.

ثانيا: حق البنك في المطالبة بعرض السفينة على المزاد العلني

بالانطلاق من الفصل 117 من القانون البحري نجد المشرع ينص على أنه: " يقع البيع بأمر من محكمة مكان الحجز." وبالتالي فإن بيع السفينة هنا لا يمكن أن يكون إلا بأمر من طرف المحكمة التي أجري أما دائرة نفوذها الحجز ، حيث تتكلف هذه الأخيرة بتحديد الثمن

¹⁸⁶ - فريد الحاتمي، مرجع سابق، صفحة 246 .

¹⁸⁷ - والذي خصص له الفصل 110 من نفس القانون.

¹⁸⁸ - والذي تطرق له من الفصول 111 إلى 122 من نفس القانون.

¹⁸⁹ - وهي نفس الأحكام المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية خصوصا في الحجز لدى الغير وتحديدًا في الفصل 488 و 491.

¹⁹⁰ - راجع بهذا الخصوص الفصل 113 و الفصل 114 من القانون البحري.



الافتتاحي للبيع، أما إذا لم يتقدم أي عرض بشأن الثمن الذي حددته المحكمة فإن هذه الأخيرة تقوم بتحديد ثمن جديد أدنى من الثمن الأول¹⁹¹.

وتجدر الإشارة إلى أن بيع السفينة يكون بعد 15 يوما من تعليق الإعلان ونشره في الصحف المعينة لتلقي الإعلانات القضائية في دائرة المحكمة التي أجري الحجز بدائرتها، وبعد البيع يستوفي البنك حقه بالأولوية على باقي الدائنين بعد الامتيازات البحرية¹⁹².

¹⁹¹ - وفقا لما نص عليه الفصل 118 من نفس القانون

¹⁹² - لقد تطرق المشرع إلى هذه الامتيازات في الباب الثاني من من القسم الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان " الامتيازات والرهون البحرية " وتحديدا من الفصل 77 إلى 82 من القانون البحري.

خاتمة

لعل الدور الذي تقوم به مؤسسات الائتمان في تجميع المدخرات ومنح الائتمانات، هو الذي جعل منها مؤسسات ذات طابع خاص. استلزمت عناية ومعاملة خاصة من طرف المشرع المغربي، وذلك من أجل حمايتها ودعمها بغية توفير المناخ الملائم لاشتغالها.

إلا أن هذه الحماية تتطلب تفعيل القوانين العاملة في هذا المجال من جهة، وسد الفراغ التشريعي من جهة أخرى، وهذا لن يتأتى إلا بترسيخ الثقافة القانونية لدى الفاعلين الاقتصاديين في عالم المال والأعمال، وتطوير الجهاز القضائي كأداة حملها المشرع للمساهمة في التنمية الاقتصادية.

وفي هذا الإطار سعى المشرع المغربي جاهدا إلى خلق وتوفير الآليات الكفيلة لحماية هذه المؤسسات المالية من مختلف الأخطار التي تهدد نشاطها الائتماني والتي يمكن أن تعصف بالاستقرار المالي لها كان من بينها الضمانات العينية المخولة للبنك عندما يمنح ائتمانه لزبونه.

انطلاقا من هذه الفكرة و التي شكلت أرضية لبحثنا، قسمنا هذا الأخير إلى مبحثين، خصصنا الأول منه إلى المنقول كضمانة عينية ممنوحة للبنك، حيث تناولنا جملة من المنقولات التي يمكن رهنها للبنك، أما المبحث الثاني فقد كان إطارا لدراسة العقار كضمانة يحبدها لبنك كثيرا لمنح ائتمانه

وعلى أي، فالمؤسسة البنكية يبقى لها الصلاحية الكاملة في منح الائتمان لزبائنها بالنظر إلى قيمة الضمانات التي يقدمونها متخذاً في ذلك الاحتياطات الأربعة التي تضمن استرداد هذه المبالغ التي تم إقراضها .

وعموماً، فإنه من خلال هذه الدراسة التي قمنا بها حول موضوع الضمانات العينية الممنوحة للبنك مانح الائتمان، فقد خلصنا إلى بعض الملاحظات والاستنتاجات والاقتراحات سنحاول صياغتها كآلاتي:

• الملاحظات:

- يظهر أن المشرع المغربي قد أولى عناية موفورة للمؤسسات البنكية المانحة للائتمان، وذلك من خلال المادة 3 من القانون 12-103 التي يستفاد منها أن أي عملية ائتمان يمنحها البنك لفائدة زبونه تقتضي من البنك طلب ضمانات سواء في شكل التوقيع كضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر.

- بالرغم من أن المؤسسات البنكية يعتبر الائتمان من أهم أنشطتها التي تمارسها على سبيل الاعتياد والاحتراف، فإن مسألة منح الائتمان التي يطلبها عملاؤها لا يحصل عليها أي كان، بل يبقى لديها الصلاحيات في منحه من عدمه.

- إن استفاء المؤسسات البنكية لديونها بالأولوية يبقى رهينا بالإجراءات القبلية التي يجب أن تتخذ بها، كما هو الشأن بالنسبة للتقيد بالرسم العقاري بالنسبة للرهون العقارية.

• الاستنتاجات:

- نستنتج من خلال هذه الدراسة أنه إذا كان أغلب الفاعلين الاقتصاديين الذين يتعاملون مع المؤسسات البنكية يرون أن تقديم الائتمان يكون في مصلحتهم، فإننا نرى بأن ذلك ليس دائما مفيدا بل قد يكون مدمرا يقود إلى الانهيار والتدهور، خصوصا إذا تم توزيع الائتمان على أشخاص لا تتوفر فيهم شروطه.

- نستنتج كذلك، أن المؤسسات البنكية في الغالب ما تفضل الضمانات العينية على الضمانات الشخصية، على اعتبار أن هذه الأخيرة تكون في غالب الأحيان عبارة عن كفالة، والتي من الممكن أن يتعرض صاحبها إلى إعسار، عكس الضمانات العينية التي تكون المؤسسة البنكية لديها حق رهن عليها.

• الاقتراحات:

- يستحسن العمل على تشجيع عمليات تأمين الائتمان، وذلك باعتبارها إحدى أهم الوسائل المقترحة للحد من مخاطر الائتمان البنكية على الصعيد الوطني، وذلك من خلال ضمان السداد الكلي للمؤسسات البنكية بالنسبة لمبلغ القرض أو لجزء مهم منه.

- من الأمور التي يستحب أيضا العمل على استحداثها، وضع قواعد قانونية تلزم مؤسسات الائتمان باللجوء إلى الطرق البديلة لفض النزاعات، كالتحكيم، والوساطة، من أجل فتح باب الحوار بين الأبنك وعملائها وذلك عوض اللجوء مباشرة على ساحة القضاء.



- يستحسن لو عملت مؤسسات الائتمان، على إظهار مستوى أكبر من الشفافية والمصداقية في تعاملها مع عملائها، وذلك من خلال النشر الدوري لمختلف الشروط والضمانات والمعايير الواجب توافرها في طالب الائتمان، وتقديم أسعار الفائدة المعمول بها بالنسبة لكل عملية ائتمانية على حدة وكيفية احتسابها.

تم بحمد الله وقوته



ذة. فضيلة لكزولي

خريجة ماستر العقار بكلية الحقوق السويدي

- الرباط -

تشخيص واقع الملك الغابوي بين ضرورة الإصلاح ومتطلبات التنمية

مقدمة:

تحتل الثروة العقارية أهمية بالغة في اقتصادية كل بلد، لأجل ذلك سعت جل التشريعات إلى وضع نظم عقارية الهدف منها حماية العقار وأصحاب الحقوق العينية، فلكل دولة رصيد عقاري مهم يخول لها إمكانية انجاز مشاريعها الاقتصادية والاجتماعية ولا يتأتى ذلك إلا بوجود وسائل بشرية وأخرى مالية تتمثل في ممتلكات العقارية و المنقولة الدولة بالإضافة إلي تنفيذ مخططاتها التنموية على اعتبار أن العقار هو المحرك الأساسي لعجلة التنمية في مختلف صورها .

ويعتبر المغرب من الدول التي تسعى إلى تطوير نظامها العقاري من أجل تحقيق الاستقرار والأمن من وهو من البلدان المتوسطة المنفردة بمجال بيولوجي ومناخي متنوع بحكم



وضعه الجغرافي المتميز بين البحر الأبيض المتوسط والمحيط الأطلسي والصحراء وتوفره على سلسلة جبلية و غابوية مهمة، بالإضافة إلى وجود أملاك ذات طبيعة خاصة وأخرى عامة.

يعتبر الملك الغابوي من بين أهم الأوعية العقارية بالمغرب التي حظت باهتمام واسع نظر لما له من وظائف اقتصادية واجتماعية وبيئية ، وقد حدد المشرع المغربي في ظهير أكتوبر 1917¹⁹³ مجموعة من الأملاك التي صنفها ضمن الملك الغابوي وذلك علي سبيل المثال حيث تمتد المساحة الغابوية علي نحو 9 ملايين هكتار أي ما يمثل 9 من مساحة المغرب . كما أفرد له المشرع مجموعة من المميزات خاصة رغم كونه يدخل في دائرة الملك الخاص لدولة.

كما يخضع لنفس القواعد التي توّطر الملك العام لكن في قالب خاص والغاية من ذلك حمايته من كل استغلال غير مشروع حيث تقسم القوانين والأنظمة الوضعية أملاك أشخاص العام إلى نوعيين: أملاك عامه و يقصد بها ممتلكات الأشخاص المعنوية العامة المعدة للاستعمال العمومي ولخدمة المرافق العامة وأملاك خاصة، تهم الممتلكات غير المعدة للاستعمال العمومي بحيث يقتصر الغرض منها علي تحقيق الاستثمار المالي وإنماء موارد الدولة والجماعات الترابية كأراضي الكيش، والأملاك المخزنية، والأملاك الغابوية وإن كانت في نهاية المطاف مخصصة لأغراض المصلحة العامة .

حيث يعتبر الملك الغابوي من أملاك الدولة التي كانت خاضعة قبل دخول الحماية الفرنسية إلى نظامين متباينين حسب ما إذا كانت المناطق واقعة تحت مسطرة المخزن أو في بلاد السببة، أما في الوضعية الأولى فقد كانت الغابات ملكا تابعا لبيت المال الدولة، أما في

¹⁹³ - ظهير 20 ذي الحجة 1335 الموافق ل 10 أكتوبر 1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلال، منشور بالجريدة الرسمية، عدد 235، ص: 901.



الوضعية الثانية فكانت تعتبر ملك جماعي قابلا لتملك ومجرد عقار يمارس فيه حق انتفاع جماعي ترجع مهمة الحفاظ عليه وصيانتته للجماعات السلالية في مقابل استغلاله حسب قواعد متعارف عليها ومحترمة من طرف الجميع¹⁹⁴.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع من ناحية العملية في الإشكالات الاجتماعية والاقتصادية والبيئة التي يطرحها، إما بخصوص الأهمية العلمية تتجلى في ضرورة الحفاظ على الملك الغابوي و التعامل معه من المنظور التشريعي و القضائي خاصة أنه ذو حساسية اجتماعية واقتصادية نابعة من كونه من الأنظمة العقارية، ولا يخفى على أحد ما يشكله العقار في الوقت الحالي، وبالنظر إلى الدور الذي تلعبه الثروة الغابوية في الحفاظ على التوازن البيئي و في تحقيق التنمية في مختلف صورها.

وبناء على كل هذه المعطيات بجدر بنا تحديد الإشكالية المحورية للموضوع وذلك بهدف وضع أرضية البحث و التي تتمثل في:

ما هو واقع الملك الغابوي في ضل الإكراهات التي تعرفها منظومة التنمية؟

للإجابة عن هذا الإشكال لابد لنا من الاعتماد على التصميم التالي: المطلب الأول: دور الملك الغابوي في منظومة التنمية. المطلب الثاني: اكراهات التنمية وسبل الإصلاح تعتبر التنمية العقارية عاملا رئيسيا و محركا أساسا لعملية التنمية الشاملة والمستديمة، إذا بفضل السياسة العقارية لدولة المرتكزة على التدخل باستمرار لتوفير الضمانات اللازمة في الميدان العقاري، يمكن لمختلف الفاعلين والهيئات العمومية من انجاز مختلف المشاريع الاستثمارية والاقتصادية والاجتماعية.

¹⁹⁴ - صالح العمراني: الملك الغابوي بين النص القانوني والإكراهات الواقعية، مطبعة الامنية، الرباط، طبعة 2016، ص: 5 و 6.



وتشكل سياسة الاحتياطات العقارية ابرز هذه الضمانات ، لذلك تسعى الحكومة جاهدة للبحث عن المکانیزمات، والآليات القانونية والمالية الضرورية من اجل تزويد السلطات العمومية والمستثمرين الخواص بما تحتاجه من رصيد عقاري كافي وملائم يمكنه أن يساعدها على تجنب مختلف العوائق التي يعرفها السوق العقاري ، كما أن السياسة الاحتياطية العقارية تهدف إلى التدخل مبكرا في السوق العقارية بهدف تفادي المضاربات التي تعرفها منطقة معينة من جراء التوسع الحضري ولو كان ذلك دون معرفة مسبقة لنوعية المشاريع التي ستخصص لها هذه الاحتياطات ، فالعديد من المشاريع التنموية التي تم القيام بها منذ حصول المغرب على استقلاله إلى حد الآن كان بفعل الاحتياط العقاري الذي تم تكوينه خلال سنوات الخمسينات و الستينات .

يعتبر قطاع الملك الغابوي من بين أهم القطاعات الحيوية ضمن النسيج الاقتصادي الوطني لما يوفره من عملة صعبة ومناصب الشغل ، و باعتباره كذلك مورد ماليا واقتصادي يساهم في التنمية الشاملة ومصدر توازن ايكولوجي ضروري للحفاظ على التربة والمياه، (المطلب الأول) وبالرغم من هذه الأهمية التي يحظى بها هذا الملك داخل منظومة التنمية فانه ثمة هناك مجموعة من العوائق و الإكراهات التي تحول دون تطوير وتنمية الملك الغابوي ، سواء تعلق الأمر بالاكراهات التشريعية أو المالية ...، الأمر الذي يتطلب العمل على اقتراح بعض الحلول الكفيلة للنهوض بالثروة الغابوية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الملك الغابوي في منظومة التنمية

يتمتع الملك الغابوي بخصائص اقتصادية وبيئية فريدة تجعله مرتبطاً إلى حد كبير بالدورة العادية للحياة الطبيعية، حيث يساهم بنسبة كبيرة في اقتصاد بلدنا بما يوفره من منتوجات غابوية ومساحات أرضية شاسعة صالحة لممارسة مجموعة من الأنشطة المدرة للدخل ناهيك عما يقوم به من تحويل للطاقة، كما أنه يؤثر في المناخ وتثبيت التربة من الانجراف.¹⁹⁵

هذا ويلعب الملك الغابوي دوراً هاماً على المستوى الاقتصادي وذلك من خلال مد الساكنة القروية والجماعات الترابية بمداخل مهمة وذلك باستغلال هذه الثروة، وكذلك المساهمة الفعالة للمنتوجات الغابوية في ميزانية الجماعات المذكورة، وتنشيط الحركة الاقتصادية الوطني (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى مساهمته في تحقيق التنمية الاجتماعية والبيئية وذلك من خلال توفير فرص الشغل لفائدة الساكنة القروية وتحسين إطار عيشهم، وكذلك الحد من انجراف التربة و المحافظة على الأراضي الرعوية والفلاحية. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التنمية الاقتصادية

فكما هو معلوم تكتسي الغابة، على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والبيئي كذلك، أهمية بالغة وما يهمنا نحن في هذا الفقرة هو الحديث عن التنمية الاقتصادية غير أنه لا بد

¹⁹⁵ -محسن الصويب، مرجع سابق، ص: 65

للإشارة إلى أن مساحة الملك الغابوي كما سبقت الإشارة تمتد على نحو 9 ملايين هكتار، أي ما يمثل 12 في المئة من المساحة الإجمالية،¹⁹⁶

وتتمثل الأهمية الاقتصادية التي يمثلها الملك الغابوي في الحياة الاقتصادية للجماعات القروية، لتوفره لمجموعة من المنتجات والخدمات التجارية وغير التجارية التي تساهم بشكل مباشر وغير مباشر في تنمية الاقتصاد المحلي، باعتباره آلية تمويلية تمكن المجالس القروية المنتخبة من مداخل مهمة يتم جنبا عن طريق الاستغلال المباشر لثروات الغابة وذلك نتيجة ممارسة الساكنة القروية لحقوق الانتفاع كالخشب، الرعي.....، وأيضاً من خلال المساهمة الفعالة للمنتجات الغابوية في ميزانية الجماعات القروية، كما توفر الغابات كمية كبيرة من النشارة والصناعة ووحدات علفية تمكن من سد حاجيات القطيع الوطني...¹⁹⁷

وحسب ما جاء في المعطيات المتعلقة بالإستراتيجية التي تبنتها المندوبية السامية في مجال المحافظة على المجال الغابوي حيث بلغ عدد المشاريع التي جري انجازها في إطار النظام المقايضة العقارية خلال الفترة الممتدة ما بين سنتي 200-2011 ما مجموعه 13 على مساحة غابوية تناهز 654 هكتار حازت خلالها هذه المندوبية السامية بالمقبل على حوالي 1010 هكتار، وبلغ عدد المشاريع ذات الصفة المنفعة العامة في إطار نظام الفصل عن النظام الغابوي خلال نفس الفترة على 96 مشروع تمت انجازها على مساحة غابوية تناهز 9200، مع الحصول على عوض مادي حول إلى صندوق إعادة التوظيف أملاك الدولة سطر المياه والغابات بمبلغ ناهز 470 مليون درهم، علماً، بأنه في جميع الحالات تراعي المندوبية السامية

¹⁹⁶ العربي محمد مياد، مرجع سابق، ص: 5.

¹⁹⁷ -كريم لحرش، مرجع سابق، ص: 46.

قبل الموافقة على تعبئة الملك الغابوي المعطيات والمعايير المرتبطة بالمؤهلات الغابوية للقطعة الأرضية المطلوبة وتأثير استغلال على البيئة بصفة عامة وعلى الغابات المجاورة والموارد الطبيعية والمحلية بشكل خاص.¹⁹⁸

فالقطاق الغابوي في المغرب يوفر ثروة اقتصادية مهمة بحيث يوفر حوالي 10 مليون يوم عمل في السنة بالعالم القروي، و 28 ألف وظيفة بالمقاولات العاملة في المجال الغابوي، 14 ألف يوم عمل بمجال تحويل. كما توفر حوالي 26 ألف فرص شغل بالنسبة لعملية جمع الخشب. وتساهم الغابة المغربية بمداخل لفائدة الساكنة القروية والجماعات المحلية تقدر بحوالي 5 مليار درهم سنويا منها 6% من طرف الساكنة القروية عبر حقوق الانتفاع (خشب، حطب التدفئة، الرعي). وتساهم الغابة في إنتاج 600 ألف متر مكعب سنويا من خشب النشارة والصناعة بنسبة 30% من الحاجيات الوطنية و 10 مليون متر مكعب سنويا من حطب التدفئة بنسبة 30% من الحصيصة الطاقية. وكذا 5,1 مليار وحدة علفية سنويا بنسبة 17% من حاجيات القطيع الوطني فضلا عن منتوجات مختلفة ب 15 ألف طن من الفلين سنويا و 400 طن من العسل سنويا و 850 طن من الفطريات سنويا.¹⁹⁹

بالإضافة إلى العمل المندوبية السامية على تأطير وتنظيم الساكنة المحلية في إطار جمعيات رعوية وتعاونيات غابوية تساهم بشكل ملموس في رفع وتنويع دخل الساكنة المحلية وفي حماية الغابات وحراستها من العصابات المنظمة والعمل على توزيع الموارد بين الدولة والجماعات المحلية القروية.

116-الموقع الإلكتروني: <https://atlasscoop.com/m/news1978.html>، تاريخ الزيارة، 05،2018/31، على الساعة، 12:00

199 - هشام بصري، مرجع سابق، ص: 9

رغم ما يتصف به الملك الغابوي من مميزات تجعله غير قابل للتفويت أو الحجز ولا يكتسب بالتقادم، فإن المشرع المغربي خرج عن هذه القاعدة العامة ووضع لها استثناء تتمثل في إمكانية السماح للمندوبية السامية للمياه والغابات بالقيام بإبرام عقود والتي تعتبر في حد ذاتها آلية لتشجيع الاستثمار و تنفيذ المخططات التنموية للبلاد على أرضية الواقع و يكون الهدف من إبرام هذه الأخيرة (العقود) تحقيق تنمية اقتصادية بامتياز وذلك من خلال اللجوء إلى استخراج الملك الغابوي من النظام الغابوي ولا يتم ذلك إلا من أجل إنجاز بعض المشاريع التنموية ذات المنفعة العامة، وعند القيام ببعض المشاريع التي تتطلب موافقة الحكومة فيتم اللجوء كذلك إلى عملية المقايضة

التي تخول للمستثمرين إمكانية إنجاز مشاريع كبرى تساهم في الرفع من الاقتصاد الوطني لدولة. بالإضافة إلى اللجوء لعملية الاحتلال المؤقت عندما تقتضي المنفعة العامة ذلك.

الفقرة الثانية: التنمية الاجتماعية والبيئية

فعلى المستوى الاجتماعي تظهر الغابة عمليا أكثر أهمية لما توفره هذه الأخيرة من مصدر عيش للكثير من السكان المحليين و مواشيم وتظهر الإحصائيات هذه الأهمية الحيوية، فنجد الخمس من السكان في المغرب موارد عيشهم غابوية، وهنا تجدر الإشارة إلى التزايد الكبير لاستهلاك الخشب كطاقة للطبخ والتدفئة، فعلى مستوى الاستهلاك المنزلي



للخشب بالنسبة للقرى المتواجدة على الخصوص بالغابة أو بالقرب منها الأمر الذي سيحثم استنزاف هذا الموروث الطبيعي²⁰⁰

كما تؤدي الغابات وظائف اجتماعية من خلال توفير حاجيات ممارسة حقوق الانتفاع لأزيد من 7 ملايين نسمة، وهيكله المنتفعين وذوي الحقوق والمستفيدين من الجمعيات (الرعية و القنص والصيد) والتعاونيات و التجمعات ذات النفع الاقتصادي، إن تطور وتغير نظم الحياة التقليدية، وخاصة تلك المتعلقة بالرعي، جعلت النظام الحالي لتربية المواشي يعتمد على المجالات الغابوية على مدار السنة، بضغط يفوق نسبة 2 إلى 5 مرات القدرات الإنتاجية للمراعي الغابوية، وعلاوة على ذلك، فإن المجالات الغابوية تهيكلم المجال الطبيعي وتساهم في تحسين إطار عيش الساكنة عبر توفير فضاءات للترفيه وتحسين جودة الهواء. ولهذا الغرض تم تحديد 162.200 هكتار من الغابات الحضرية والمحيطية بالحوضر، تتم تهيئتها اعتبارا للمواصفات والمعايير الدولية المعتمدة وفقا لرؤية ومنهجية تسعى إلى تعبئة وترسيخ الشراكة بين مختلف الفاعلين المعنيين، لذلك فإن وضع نماذج وصيغ تأخذ بعين الاعتبار التفاعل بين المجال الغابوي وبين الساكنة، باعتبار همدخلا أساسيا الإعداد المشاريع التنموية بشقيها المتعلقين بالتنمية البشرية والتنمية المستدامة.²⁰¹ أما على المستوى البيئي تتميز الغابات المغربية بتعدد الأنظمة البيئية (40 نظام غابوي) وبتنوع بيولوجي ملحوظ يتمثل في حوالي 4,700 نوع نباتي و 106 صنف من الثدييات و360 نوعا

²⁰⁰ -أسعد عبد المجيد، مرجع سابق، ص: 19

²⁰¹ راجع برنامج العمل المنديبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر، ص: 5

من الطيور²⁰² وهي مساحة مهمة تساعد على مكافحة التصحر والمحافظة على التنوع البيولوجي وهيكله المجال الطبيعي، بالإضافة إلى تحسين النظام المائي عبر تغذية الفرشة المائية وتحسن جودتها، حماية المنشآت والبنى التحتية الأساسية عبر الحد من آثار الفيضانات والأحداث المناخية القصوى وعليه فإن الاستثمار في صيانة وتعزيز هذه الأدوار والوظائف من شأنه أن يعطي المدلول الحقيقي للتنمية المستدامة وتجنب الاختلالات اللاحقة للنظم البيئية الغابوية.

المطلب الثاني: إكراهات التنمية وسبل الإصلاح

يشكل الملك الغابوي موردا أساسيا للاقتصاد الوطني، نظرا لتعدد الوظائف التي يقوم بها على مختلف المستويات، رغم ذلك فالثروة الغابوية ببلادنا تواجه عدة إكراهات تؤثر سلبا على هذا المجال الحيوي وقد تؤدي به إلى الاندثار والإتلاف ما لم يتم التغلب عليها. وعموما فهذه المعوقات متعددة ومتنوعة فهناك المعوقات المتعلقة بالجانب التشريعي والمعوقات المتعلقة بالجانب المؤسسي والبيئي (الفقرة الأولى)، الشيء الذي يدفعنا إلى البحث عن حلول ومقترحات تساعد على الرقي بالملك الغابوي إلى المستوى المطلوب لمواكبة منظومة التنمية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: المعوقات التي تحد من فعالية الملك الغابوي

رغم أهمية التشريع الغابوي المغربي في المحافظة على الثروة الغابوية وعقلنه طرق استغلالها، ومناهضة الأفعال التي من شأنها إتلاف الغابات أو استغلالها جائرا تحت طائلة

202 - العربي محمد مياذ ،مرجع سابق،ص:5

العقاب ، (أولاً) ، فإن ذلك لا يكفي وحده فلا بد من وجود تمويل كافي لمواجهة ما يعانیه المحيط الغابوي (ثانياً)

أولاً: الصعوبات التشريعية والمالية

تكتنف التشريع الغابوي مجموعة من الثغرات ونقائص تحد من فعاليته و ملاءمته الرامية إلى إيجاد الحلول المناسبة لمختلف المشاكل التي يتخبط فيها الميدان الغابوي يوميا. وتتمثل مظاهر قصور التشريع الغابوي في العديد من النقاط أبرزها:

أ- قدم التشريع الغابوي : حيث نجد معظم النصوص القانونية المنظمة للمجال

الغابوي مرجعيتها التاريخية في فترة ما قبل الحماية²⁰³، فبقاء ظهير 10 أكتوبر في حلتة القديمة وعدم تحيينه وتكميله ونسخ بعض مقتضياته بكيفية جذرية، يؤدي لا محالة إلى صيرورته متجاوزا، لأنه لم يعد يساير التطورات التي يعرفها المجال الغابوي لأمر الذي يتطلب سن نصوص قانونية لتنظيم بعض الممارسات التي أظهرها الواقع العملي.²⁰⁴

لقد أصبحت بعض النصوص القانونية في التشريع الغابوي تشكل عائقا قانونيا

لاتخاذ بعض القرارات التي من شأنها التسريع بوتيرة التنمية المحلية.²⁰⁵

ب- تشتت التشريع الغابوي ومحدودية تطبيقه : وذلك من خلال تعدد النصوص

القانونية و القرارات الوزارية المنظمة لحماية وتدبير الملك الغابوي ، وتتمثل محدوديته في عدم

²⁰³ – Amnouz Meryem.la crise de la gèle de droit en matière de protection de la forte,memoir de la fin d,etudes pour l obtention du diplôme d études supérieures approfondie,2000-2001,université Mohamed ben Abdellah,fes,page ;88

²⁰⁴ صالح العمراني، مرجع سابق، ص: 105 و106

²⁰⁵ -محمد محروك : الملك العقاري الجماعي ورهان التنمية المحلية ،أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية،بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش خلال يومي 29 و30 ابريل 2011 تحت عنوان : "نحو تشريع عقاري جديد" سلسلة الندوات والأيام الدراسية،العدد38،السنة 2011 ، ص:472

تنظيمه لبعض المجالات الغابوية التي أصبحت تشكل بؤرة لنشوب الخلافات والنزعات التي تنشأ بين الرحل والساكنة المحلية ويكون موضوعها الترحال الرعوي .

ت- ضعف الجزاءات المقررة في التشريع الغابوي: من خلال قراءتنا لبعض فصول

ظهير 10 أكتوبر 1917 يتضح أن الجزاءات المقرر فيه تتسم بنوع من الليونة والمرونة ، حيث تقتصر فقط على الغرامات الضعيفة وعقوبات حبسية قصيرة المدة. وهذا ما يفسر الاستغلال المفرط للموارد الغابوية .

2: الصعوبات المالية

للمحافظة على الثروة الغابوية يقتضى توفر إمكانية مالية لمختلف الهيئات والفاعلين للقيام بمهام الموكل لهم في إطار حماية الملك الغابوي.

فهناك اكراهات مالية تعيق تحقيق تنمية غابوية تتلخص في :

أ- ضعف المداخل الغابوية الجماعات الترابية

من بين الخصوصيات المالية الجماعات الترابية ببلادنا نلاحظ الطابع التفاوت بينها على مستوى المالي، أي التفاوت بين الجماعات الحضرية والجماعات القروية وتجدر الى ان هذه الأخيرة لا يشكل مدخول أملاكها الخاصة إلى نسبة ضعيفة في تغطية نفقاتها، كما ان عجزها المالي لا يسمح لها بخلق احتياطات عقارية، بالإضافة كذلك إلى التفاوت الكبير بين الجماعات الحضرية فيما بينها، وبين الجماعات الغنية في المدن الكبرى، وبين الجماعات الحضرية في المدن الصغيرة، فهذا التفاوت انعكس سلبا على الدور التنموي للجماعات الترابية بالمغرب الشيء الذي دفع بالمشروع الى نهج سياسة تدعو إلى إعادة توزيع الموارد المالية بين الدولة

والجماعات الترابية وذلك من خلال ظهور 20 شتبر 1976 من شأن تنظيم مساهمة السكان في تنمية الاقتصاد الغابوي.²⁰⁶

ب: صعوبة تطبيق إجبارية النفقات المتعلقة بصيانة الغابة

تعد النفقات الإجبارية المنصوص عليها في المواد الميثاق الجماعي²⁰⁷ نفقات جوهرية تتعلق بوجود الجماعة في حد ذاتها، فهي نفقات تجعل مجلس الجماعة ملزما بإدراجها ضمن تعاملات ميزانية الجماعة حتى ولو لم يجبره المشرع على ذلك، فإجباريتين نابعة من طبيعتها وقد حددت هذه النفقات الإجبارية في الفصل 15 من الظهير المذكور في ستة أنواع وهي:

- تشجير الأراضي الجماعية
- تحسين الغابات والمراعي
- التهيئة وغرس الأشجار المثمرة...

يظل الدور التمويل الأملاك الغابوية في عموميته محدودا ولا يتماشى مع متطلبات المالية المتعلقة بالميزانيات المحلية المخصصة لتنمية هذه الأملاك والمحافظة عليها.²⁰⁸

ثانيا: الصعوبات المؤسساتية والبيئة

يتميز التنظيم الهيكلي للملك الغابوي بتعدد الجهات المتدخل في مجال تسييره وتدييره، فهناك المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر، باعتبارها الجهاز الرئيسي

²⁰⁶ المصطفى اوسلام، مرجع سابق، ص: 102

²⁰⁷ - القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 بتاريخ 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002 كما تم تعديله بالقانون رقم 17.08، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 21 نونبر 2002، الصفحة، 3468

²⁰⁸ - صالح العمراني، مرجع سابق، ص: 119 و120



المخول لها مهمة الإشراف وحفظ وصيانة الملك هدا من جهة، ووجود أجهزة أخرى تعمل تحت وصايتها (أولا)، كما تتميز الغابات المغربية بتعدد الأنظمة البيئية وبتنوع بيولوجي ملحوظ، غير انه أمام التدهور الذي أصبح يشهده المجال الغابوي، قد افرز عن انقراض مجموع من الأنواع الأشجار والنباتات النادرة، ذلك راجع لعدة أسباب (ثانيا).

1:الصعوبات المؤسسية

تعتبر مديرية المياه والغابات من أهم الأجهزة التي تسهر على التسيير اليومي للملك الغابوي والتي تقوم بالدراسات التي تصب في إطار تقويم القطاع الغابوي وتجهزه وتنظيم استغلاله المنظم للمنتوجات الغابوية ومراقبة مدى احترام تلك العملية للنصوص التنظيمية، إلى جانب المجلس الوطني للغابات والمجالس الإقليمية للغابات، ومن أهم العوائق التي تواجه هذه المؤسسات كونها تعاني من نقص وخصاص في الموارد البشرية المتخصصة في الميدان الغابوي، كغياب خلق مداس تهتم بإعداد أطر في هذا المجال بالإضافة إلى ضعف البنية التحتية لتسيير و وسائل التدخل حيث ان معظم الحراس الغابويين المكلفين بحراسة المساحات الغابوية غير مزودين بالوسائل التي تمكنهم وتساعدهم على مواجهة عصابات الغابات.²⁰⁹

هناك إشكالية غياب التواصل مع السكان المنتفعين قد أدى انعدام التواصل مع الساكنة وغياب تمثيلهم إلى تكوين رؤية سلبية لدى المنتفعين من ثروات الغابة، حيث يعتبرون أنفسهم غرباء عن أشياء هم أحق بها من غيرهم.

وكذلك عدم القيام بما يلزم لتعبئة وتحسيس الساكنة بأهمية الملك الغابوي.

²⁰⁹ -المصطفى اوسلام، مرجع سابق، الصفحة 111 و112



وتتمثل إشكالية الموارد البشرية في قلة عدد المناصب الشغل التي توفرها الدولة كل سنة لهذا القطاع، فرغم الضغط المتزايد على الغابة فالميزانية العامة التي يتم إصدارها تضع القطاع الغابوي في المراتب المتأخرة مقارنة مع القطاعات الأخرى من حيث عدد المناصب التي تحددها.

2: صعوبات البيئية

تشكل الغابات الرافد الأساسي للتنوع البيولوجي الغني الذي يتوفر عليه المغرب على الصعيد منطقة البحر المتوسط. إلى أن هذه الثروة مهددة بالتدهور بسبب الاستغلال المفرط للمجالات الطبيعية وتدمير مواطن الأصناف الحيوانية وتفاقم الظروف المناخية الغير الملائمة، حيث أصبح العديد من أنواع النباتات والحيوانات ذات أهمية وتراثية مهددة بالانقراض. حيث تم قتل 641 من الحيوانات المفترسة و% 52 من أنواع الطيور و% 41 من الثعالب و% 7 من الكلاب الضالة، وحسب ما جاء في التوصيات المجلس الأعلى للصيد تم تأجيل إصدار تراخيص ابتداء من الموسم 2014 و 2015 حتى يتم تقييم تأثير الصيد على المحافظة على التوازن البيئي والحياة البرية بشكل عام²¹⁰

يمثل انجراف التربة حلقة في مسلسل تدهور الموارد الطبيعية ويمس بحدة مختلفة جزءا كبيرا من مناطق المغرب ويمكن معاينة آثاره سواء في أعالي الأحواض، عن طريق إتلاف التربة كأساس للإنتاج الزراعي و الرعوي الغابوي، او في سافلتها وذلك من خلال التأثيرات السلبية على توفير الموارد المائية والتي تمثل عنصر حيويا للتنمية الاجتماعية والاقتصادية

12 haut commissariat aux et forets et a la lutte contre la desertification , saison 2016 et 2017,page - 210

للبلد. حيث يفوق إتلاف التربة الناتجة عن التعرية المائية في بعض الأحيان 5 آلاف طن الكيلو متر مربع سنويا، كما هو الشأن في منطقة الريف مما يؤثر سلبا على إنتاجية الأراضي.²¹¹

تعد النظم الغابوية في المغرب جد حساسة حياله إشكالية ومخاطر الحرائق وقد عرفت هذه النظم خلال السنوات الأخيرة تضاعف عدد الحرائق مقارنة مع السنوات الفارطة، دون إغفال الحديث عن المشاكل الصحية التي تعاني منها الغابات و المتمثلة أساسا في ذبول الأشجار وانتشار الأمراض وطفيليات، وتجدر الإشارة إلى أن مديرية المياه والغابات تعتمد نظام دقيقا للمراقبة الصحية عبر شبكة متخصصة أحدثت سنة 2007 يقوم على كشف ورصد وتحديد وتقييم ومعرفة دقيقة لاضطرابات المتعلقة بهذه الإشكاليات لأجل اتخاذ الإجراءات الوقائية الملائمة وجعلها أكثر فعالية²¹²

الفقرة الثانية: سبل والحلول الكفيلة للنهوض بالثروة الغابوية

في ظل الوضع المتأزم الذي يشهده الملك الغابوي على أكثر من صعيد ومن باب إيجاد الحلول البديلة سنحاول الإشارة إلى التوصيات التي جاءوا بها المجتمعون في اليوم الدراسي التي اصتدفته مدينة وافران، بتاريخ 19 يناير 2013 من اجل رسم "خريطة تفاعلية لحماية الثروة الغابوية" حيث طالب من خلالها ب:

- ضرورة خلق حوار وطني حول استصدار مدونة الغابة تشمل كل الأراضي الغابوية والمناطق المحددة بأنظمة المحميات ومنع التفويت فيها وخلق أنظمة الانتفاع بها والاستفادة

²¹¹ راجع برنامج العمل المندوبية السامية للمياه و الغابات ومكافحة التصحر 2016-2012، ص: 16 و 18

²¹² راجع برنامج العمل المندوبية السامية للمياه والغابات ومكافحة التصحر، ص: 14



منها من طرف السكان عن طريق محاورتهم من خلال الجماعات المحلية التي ينتمون إليها أو الجمعيات التي تنظمهم.

-تسريع إحداث وكالة تنمية المناطق الغابوية و الجبلية وتعويض الساكنة على تواجدها في هذه المناطق الصعبة، مع اخذ اعتبار أهمية تنظيم الساكنة في إطار التعاونيات للإعادة التشجير وتزويدها بدعم اللازم.

-تفعيل الآليات تسمح للمنتخبين بمناقشة القضايا التي تهم القطاع الغابوي من قبيل المجالس الإقليمية للغابات التي لا تمنع المنتخبين من الاجتماع في إطار هذه الآليات لمناقشة خاصة كل منطقة على حدة، وتقديم الاقتراحات الكفيلة بحل الإشكالات المطروحة.

-توحيد الجهة الحكومية المتدخلة في الشأن الغابوي، و المطالبة بوقف وصاية وزارة الداخلية ورفعها يدها على الملك الغابوي في مقابل تشجيع العمل التشاركي نحو إصلاح امثل لمنظومة الاستعمال الغابوي.

-السعي للمصالحة بين الساكنة والحارس الغابوي، والاهتمام أكثر بالحالة الاجتماعية لهذا الأخير عبر إنشاء جمعية تعني بالخدمات الاجتماعية لهذا الموظف على غرار ما هو المعمول به في باقي المؤسسات العمومية.²¹³

وبموازاة مع ذلك، وجب إعادة تحيين النصوص التشريعية القائمة حتى تتماشى مع مفاهيم العدالة العقارية ومتطلبات التنمية المجالية. ومن أبرز الحلول كذلك:

-استكمال تحديد وتحفيظ الأراضي الغابوية

-تعزيز دور المجتمع المدني و الإعلام في التحسيس بالأهمية الايكولوجية والبيئية للغابة

²¹³ هشام بصري، مرجع سابق، ص: 62



- وضع خطة مشتركة بين الإدارة وساكنة المجال الغابوي و السلطة المحلية من اجل التصدي للعصابات المنظمة التي تنهب المنتجات والموارد الغابوية وتتاجر فيها، وينبغي التأكيد في هذا الصدد على دور المهم الذي يمكن أن يلعبه أعوان السلطة المحلية (مقدمون و شيوخ) في تسهيل الكشف عن هذه العصابات باعتبارهم اقرب ساكنة لأنهم الأكثر دراية بما يجري بالمنطقة وبمن يقطن فيها حيث يسهل عليهم تمييز ساكني المنطقة عن الغرباء
- القيام بحملات تفتيشية بتنسيق مع الشرطة القضائية و السلطة المحلية للمحلات التي تنشط في بيع الحيوانات التي يمنع قنصها وفتح تحقيق بشأن من ضبطت بحوزته وعدم التساهل معه
- رفع العقوبات الجزية في مواجهة المترايين على الأملاك الغابوية، والعصابات المنظمة التي تحترف سرقة ونهب الأملاك الغابوية.
- جعل اجل التعرض في ستة أشهر بدلاً من ثلاثة أشهر اسوة بالتعرض على التحديد الإداري للملك الجماعي
- تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة
- اعتماد منهجية تركز على الدقة في وضع قواعد التشارك و التعامل من جهة والحرص على تطبيقها بالصرامة اللازمة من جهة أخرى.



خلاصة

يعتبر الملك الغابوي احد العناصر الأساسية للتنوع البيولوجي و احد الموارد الطبيعية الداعمة للاقتصاد الوطني، إلا أن عملية استغلاله وتدييره في الوقت الراهن لا ترقى إلى المستوى المطلوب لتنمية وجعله مساهما في إنجاح المشاريع الاستثمارية الوطنية، ويرجع سبب ذلك إلى كثرة المشاكل و التحديات التي تواجهه، حيث إنها لا تتعلق فقط بتلك التي أفرزتها الممارسة العملية، وإنما أيضا بتلك المرتبطة بالجانب القانوني والنتيجة عن غياب الجودة في التشريع الغابوي، الشيء الذي دفع بنا إلى اقتراح مجموعة من الحلول والمقترحات التي نأمل الأخذ بها من طرف الجهات المعنية - في مساهمتها الفعالة والناجعة لحماية الملك الغابوي وصيانة وتحسين طرق استغلالها و تديير موارده.

تم بحمد الله وقوته



ذ. عبد الواحد العزاري

باحث بـمـاسـتـر القـانـون الجنائي و التعاون الجنائي الدولي

جامعة المولى إسماعيل – مكناس

قراءة في جريمة الإبادة الجماعية على ضوء اتفاقية 1948 و النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

مقدمة

شكل تأسيس المحكمة الجنائية الدولية حدثا تاريخيا و منعطفيا بارزا في مسار القانون الجنائي الدولي، بل و خطوة أساسيةً نحو تثبيت دعائمه و تكمّلة صرحه، حيث كان موضوع خلق آلية قضائية دولية تُعنى بمعاقبة مرتكبي جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الإبادة الجماعية، مطلباً مُلحاً سعى المجتمع الدولي لتحقيقه زهاء قرن من الزمن²¹⁴.

²¹⁴ - حمزة الزائر، موقف المغرب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة القانون الجنائي و التعاون الجنائي الدولي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، 2016/2015، ص 1.

و فعلا تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية عام 1998²¹⁵ والتي حلت محل المحاكم الجنائية المؤقتة و الخاصة²¹⁶، نظرا لما لاقته هذه الأخيرة من انتقادات و ما واجهته من صعوبات أثرت بشكل مباشر على عملها، وعموما فقد تولى نظام روما الأساسي تحديد الجرائم التي تنظر فيها هذه المحكمة، و هي أربعة جرائم واردة على سبيل الحصر²¹⁷، لعل أخطرها جريمة الإبادة الجماعية .

فجريمة الإبادة الجماعية أو كما يسميها البعض ب " جريمة إبادة الجنس البشري " هي جريمة قديمة قدم البشرية ذاتها، وقد تنبه المجتمع الدولي إلى خطورة هذا النوع من الجرائم، حيث قامت الأمم المتحدة في هذا الصدد بإصدار العديد من القرارات التي تُجرّم أفعال الإبادة لعل أهمها الاتفاقية الدولية لعام 1948²¹⁸ .

و تعد حملات التقتيل و التهجير التي تعرض لها كل من الأرمن²¹⁹ و اليهود و الغجر²²⁰ إحدى صور جرائم الإبادة الجماعية الأكثر ضراوة و خطورة على مر التاريخ.

و بالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نجد أن هذا الأخير قد نظم جريمة الإبادة الجماعية بمقتضى المادة السادسة منه²²¹. ذلك أن تنظيم هذه الجريمة بنص

²¹⁵ - حيث توج هذا الأمر باعتماد نظام روما الأساسي، الذي يعد أول نص قانوني دولي يُنشئ محكمة جنائية دولية دائمة، غايتها محاكمة مرتكبي جرائم الحرب و جرائم الإبادة الجماعية و كذا جريمة العدوان، و ضمان عدم إفلاتهم من العقاب .

²¹⁶ - و الحديث هنا عن كل من محكمتي رواندا و يوغوسلافيا ، و كذا محكمتي طوكيو و نورمبورغ .

²¹⁷ - و يتعلق الأمر بكل من جريمتي الحرب و العدوان و الجرائم ضد الإنسانية، و كذا جريمة الإبادة الجماعية .

²¹⁸ - اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة نص اتفاقية منع جريمة الإبادة و العقابية عليها في 9 دجنبر 1948، غلا أن بدأ سريان الاتفاقية كان في 12/01/1951 .

²¹⁹ - على يد الإمبراطورية العثمانية آنذاك .

²²⁰ - تعرض اليهود و الغجر لعمليات تقتيل واسعة الانتشار على يد النظام الألماني بقيادة زعيم ألمانيا في الحرب العالمية الثانية أدولف هتلر .

²²¹ - الملاحظ على أن نص المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية قد جاء مطابقا للمادة الثانية من معاهدة 1948 .



قانوني دولي له أهمية كبرى لا يمكن لأحد أن يُنكرها، إذ تتضح هذه الأهمية على مستويين اثنين :

المستوى الأول: ضمان حق الجماعات في عدم تقتيلهم و لا تهجيرهم من جهة، و معاقبة مرتكبي هذه الأعمال من جهة ثانية.

المستوى الثاني: دعوة الدول المصادقة على هذا النظام – سواء بشكل مباشر أو غير مباشر – إلى تبني نصوص قانونية وطنية تُعنى بتجريم أفعال الإبادة ومعاقبة مقترفيها. و عموما فهذا الموضوع يطرح إشكالية جوهرية مفادها: خصوصية التنظيم التشريعي لجريمة الإبادة الجماعية على ضوء القوانين المؤطرة لها.

وقصد الإجابة عن الإشكالية أعلاه سيتم مقارنة هذا الموضوع من خلال الاعتماد على التصميم التالي : المطلب الأول : ماهية جريمة الإبادة الجماعية. المطلب الثاني : أركان جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الأول: ماهية جريمة الإبادة الجماعية

إن الحديث عن ماهية جريمة الإبادة الجماعية، حديث لن يستقيم إلا بالتطرق إلى التطور التاريخي الذي عرفه تنظيم هذه الجريمة (الفقرة الأولى)، وكذا معرفة المقصود بجريمة الإبادة الجماعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التطور التاريخي لتنظيم جريمة الإبادة الجماعية

مرّ تطور تنظيم جريمة الإبادة الجماعية في مساره بمرحلتين بارزتين، تجسدت المرحلة الأولى في إصدار القرار رقم 96، أما المرحلة الثانية فتتمثل في صدور نظام روما الأساسي.

أولاً: مرحلة صدور القرار رقم 96²²²

بالعودة إلى تاريخ البشرية يمكن القول أن جريمة الإبادة الجماعية كانت ولا تزال أحد أفظع الجرائم التي تهدد وجود الجماعات البشرية، ولم تستطع الجهود الدولية سواء السياسية أو العسكرية في وضع حد لها، إلا أن الجرائم الواقعة في القرن العشرين كانت أكثر فظاعة نظراً لتطور الأسلحة الفتاكة وكثرة الحروب واتساع نطاقها، الأمر الذي تولد عنه استياء الضمير العالمي الذي نادى بضرورة معاقبة مرتكبي هذه الأفعال، وسعت الدول بالمقابل إلى إيجاد الوسائل الضرورية لمنع ارتكاب هذه الجريمة مرة أخرى.

وهذا ما دفع بالجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة إلى أن تصدر قرارها رقم 96 في 11

ديسمبر 1946، الذي أكدت فيه أن جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة دولية يستهجنها

²²² - شكل هذا القرار البداية الفعلية نحو الاعتراف الدولي بخطورة جريمة الإبادة الجماعية، و بالتالي البحث عن اتفاقية دولية لمكافحة الفظائع الناجمة عن هذه الجريمة .

المجتمع المتحضر و يجب معاقبة مرتكبيها، سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء، و بصرف النظر عن صفتهم - حكاما أو أفرادا عاديين - و سواء قاموا بارتكابها على أسس تتعلق بالدين أو بالسياسة أو الجنس²²³، كما دعت الجمعية العامة الدول الأعضاء لسن ما يلزم من قوانين لمنع هذه الجريمة و تحقيق نوع من التعاون الدولي لتسريع التجريم العاجل لهذه الجريمة و العقاب عليها²²⁴.

و بهذا تكون الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اتخذت الخطوة الأولى نحو تجريم أعمال الإبادة الجماعية و العقاب عليها، و تنفيذاً لقرار الجمعية العامة السالف ذكره أوكل المجلس الاقتصادي و الاجتماعي للسكريتارية العامة للأمم المتحدة مهمة إنجاز مشروع الاتفاقية، و قد استعان هذا الأخير بأكفأ الخبراء في القانون الجنائي الدولي²²⁵، الذين أعدوا مشروع اتفاق، هذا الأخير الذي تم تقديمه إلى الجمعية العامة في 24 سبتمبر سنة 1948، حيث أقرت هذه الجمعية بالإجماع في توصيتها رقم 260 A بتاريخ 09 دجنبر 1948 اتفاقية الوقاية و العقاب على جريمة الإبادة الجماعية²²⁶.

²²³ - رفيق بوهراوة، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2009 / 2010، ص 40.

²²⁴ - محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1984، ص 235.

²²⁵ - و يتعلق الأمر بكل من الأستاذ ليمن، و كذا الأستاذ بلأ و الأستاذ دونديو دوقابر، انظر محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، د. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956، ص 262.

²²⁶ - و الجدير بالذكر أن نصوص هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 12 يناير من العام 1951.

ثانيا : صدور نظام روما الأساسي

لم تقف مجهودات دول المجتمع الدولي عند حدود إصدار القرار رقم 96 و إخراج اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، بل تكاثفت الجهود الدولية و تم إدخال هذه الجريمة في نظام روما الأساسي، حيث تولى هذا الأخير تنظيم جريمة الإبادة الجماعية، على اعتبار أنها جريمة ذات خطورة بالغة، و قد نظمها بمقتضى المادة السادسة منه، والتي جاء فيها " لغرض هذا النظام الأساسي تعني " الإبادة الجماعية " أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو اثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه إهلاكا كلياً أو جزئياً:

- 1- قتل أعضاء من الجماعة.
- 2- إلحاق ضرر جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
- 3- إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.
- 4- فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
- 5- نقل أطفال من الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى ."

الفقرة الثانية: تعريف جريمة الإبادة الجماعية

سيتم الحديث في هذه الفقرة عن التعريف اللغوي لجريمة الإبادة الجماعية (أولاً)، و كذا تعريفها التشريعي (ثانياً).

أولاً: التعريف اللغوي لجريمة الإبادة الجماعية

إن مصطلح إبادة الأجناس²²⁷ Génocide مشتق من الكلمة اليونانية Genus ومعناها " الجماعة " و من الكلمة اللاتينية Caedere ومعناها " يقتل " ، و نتاجا لذلك فالمصطلح يعني يعني قتل أو تدمير الجماعة²²⁸ .

و جوهر الإبادة الجماعية يتمثل في إنكار حق البقاء لمجموعات بشرية، نظرا لما تنطوي عليه من مجافاةٍ لضمير الإنسانية و إصابتها بأضرار بالغة من النواحي الثقافية والأخلاقية و المبادئ العليا للمثُل.

و الجدير بالذكر أن جريمة الإبادة الجماعية يمكن تصنيفها بأن جريمة ضد قانون الشعوب، إذ ترتكب في زمن السلم كما ترتكب في زمن الحرب، و تقع بوسائل مختلفة قد تكون مادية و قد تكون معنوية²²⁹.

ثانياً: التعريف التشريعي لجريمة الإبادة الجماعية

جريمة الإبادة الجماعية على غرار بعض الجرائم الدولية لم يتولى التشريع الجنائي الدولي تعريفها²³⁰، و هو ما يتضح من خلال اتفاقية 1948، و كذا نظام روما الأساسي، فباستقراء مقتضيات هذين الأخيرين، يمكن القول أن تعريف جريمة الإبادة الجماعية غير

227 - بداية وجب التنكير بأن هذا المصطلح ظهر لأول مرة مع الفقيه البولوني " ليكن "، فهذا الأخير يعد أول من استعمل مصطلح " إبادة الجنس البشري " .

228 - فريجة محمد هشام ، دور القضاء الجنائي الدولي في مكافحة الجريمة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون جنائي دولي ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2013 / 2014 ، ص 103 .

229 - فريجة محمد هشام ، م . س ، ص 103 .

230 - إذ ترك سلطة تعريفها للفقه، و في هذا الصدد فقد عرّفها الفقيه "ليكن" بقوله : « إن كل من يشترك أو يتآمر للقضاء على جماعة وطنية بسبب يتعلق بالجنس أو اللغة، أو الدين، أو يعمل على إخفائها، أو يتعدى على حياة أو حرية، أو ملكية أعضاء تلك الجماعة يعد مرتكباً لجريمة إبادة الجنس » .

موجود بالمرّة، و في مقابل ذلك فقد استعرض التشريع الدولي صور هذه الجريمة، و هي خمسة صور واردة على سبيل الحصر لا المثال²³¹.

المطلب الثاني : أركان جريمة الإبادة الجماعية

من خلال مقتضيات المادة السادسة من نظام روما الأساسي، والتي تمت الإشارة إليها أعلاه يتضح أن جريمة الإبادة الجماعية كسائر الجرائم لا يقوم لها مقام إلا بقيام أركانها مجتمعة، و المتمثلة في ركنها المادي (الفقرة الأولى) و ركنها المعنوي و الدولي (الفقرة الثانية)، دون إغفال الركن الشرعي – و الذي لن نتطرق له في هذه الدراسة – على اعتبار أنه يعد ركنا مفترضا في سائر الجرائم، إذ لا عقوبة و لا جريمة إلا بنص .

الفقرة الأولى : الركن المادي في جريمة الإبادة الجماعية

يمثل الركن المادي الوجه الظاهر للسلوك الإجرامي، فيه يتحقق الاعتداء على المصلحة المحمية قانونا، و عن طريقه تقع الأعمال التنفيذية للجريمة، وهذا ما جسدهته المادة السادسة من نظام روما، حيث عُدّت مجموع الصور المكونة للركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية²³². إذ حصرت هذه المادة السلوك الخارجي لجريمة الإبادة الجماعية وفق الشكل الآتي ذكره :

²³¹ – بخصوص صور جريمة الإبادة الجماعية انظر المادة السادسة من نظام روما الأساسي .

²³² – خالد غازي ، جريمة الابادة الجماعية على ضوء اجتهاد القضاء الجنائي الدولي ، مجلة العلوم الجنائية ، العدد الرابع ، 2017 ، ص172.

أولا - قتل أعضاء من الجماعة

تتحقق هذه الصورة بقتل أعضاء من جماعة معنية سواء وقع القتل على جميع أعضاء الجماعة أو على بعضهم²³³ حيث لا عبرة هنا بنوع الجنس أو أعمار القتلى، كما لا يهم في هذا الإطار ما إذا كان المستهدف نساء أم أطفالا أم رجلا فقط، أم كل هذه الفئات مجتمعة. وتعد هذه الوسيلة من بين أشنع صور الإبادة الجماعية، حيث تتكفل بالقضاء على جماعة معينة قومية كانت أو إثنية أو دينية أو عرقية بطريقة وحشية، والجدير بالذكر أنه لا يشترط أن يوجه القتل إلى القضاء على الجماعة بأكملها، إذ تقع جريمة الإبادة سواء وقع القتل على جميع أعضاء الجماعة أو على بعضهم فقط، أي يستوي أن تكون الإبادة كلية أو جزئية كما تستوي الإبادة أن تكون بسلوك إيجابي أم بسلوك سلبي كيفما كانت وسيلت²³⁴، وكمثال عن هذه الصورة يمكن الاستدلال بالمذابح التي ارتكبتها السلطات الإسرائيلية في دير ياسين عام 1948²³⁵.

و ما يجب التنويه إليه في هذا الإطار أن تحقق هذه الصورة من صور الإبادة لا ترتبط بعدد الضحايا – كما أشرنا إلى ذلك سلفا - وإنما ترتبط بالقصد الخاص لدى الجاني، فقتل شخص واحد قد يشكل جريمة إبادة جماعية²³⁶، وهو ما كرسه الميثاق التكميلي الخاص

²³³ - أبو الخير أحمد عطية ، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة دراسة للنظام الأساسي للمحكمة و الجرائم التي تختص بالنظر فيها ، د . ط ، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة ، 1999، ص 151

²³⁴ - علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي " أهم الجرائم الدولية" ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 131-132.

²³⁵ - حيث هجمت العصابات الصهيونية (أرغون وشتيرن) على أهالي قرية دير ياسين مساء يوم 9 أبريل 1948 و قتلوا منهم 250 شخصا ومثلوا بأجسادهم .

²³⁶ - يتعارض بعض الفقه مع هذه الفكرة وأخص بالذكرها الدكتور علي عبد القادر القهوجي الذي يرى بأن هذه الجريمة لا تقع إذا وقع فعل القتل على عضو واحد.

بالمحكمة الجنائية الدولية حيث اشترط لتحقيق جريمة الإبادة الجماعية في صورة القتل العناصر التالية :

- أن يقتل مرتكب الجريمة شخصا أو أكثر.
- أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو عرقية و إثنية أو دينية معينة.
- أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية كليا أو جزئيا، بصفتها ذلك.
- أن يصدر هذا السلوك في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحد ذاته ذك الإهلاك.

ثانيا -إلحاق أذى جسدي أروحي خطير بأعضاء من الجماعة

خلافًا للحالة الأولى التي لا تطرح إشكالا كبيرا حول معرفة توافر الركن المادي في الإبادة من عدمه، فإن مسألة إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة تعد أكثر صعوبة في إثباتها، والملاحظ أن هذه الصورة تنصرف إلى نوعين من الأذى: أذى جسدي و آخر عقلي، حيث يتحقق الأذى هنا بكل وسيلة مادية أو معنوية لها تأثير مباشر على أعضاء الجماعة: مثل الضرب أو الجرح أو التشويه الذي قد يفضي إلى إحداث عاهات مستديمة أو التعذيب أو الحجز الذي يؤثر في ملكاتهم العقلية أو تعريضهم للإصابة بالأمراض المعدية أو إجباره على تناول طعام أو دواء فاسد أو ضار²³⁷، كما أن إلحاق الأذى قد يتخذ مظاهر أخرى كنقل

²³⁷ - علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص 132.

الأمراض، وعموما فهذه المظاهر لا تقع على حصر وهو ما أكدته غرفة التحقيق بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا التي نصت على أن " الأنماط التي تتبع لإلحاق الأذى الجسدي أو المعنوي أو الخطير للجماعة أنماط لا يمكن حصرها أو حتى توقعها"²³⁸ هذا ولا يشترط في الأذى - بنوعيه - أن يكون دائما ولا رجعة فيه إذ يكفي أن يكون ضرا مؤقتا حتى يدخل ضمن هذه الصورة من الصور الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية.

ثالثا- إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يراد بها تدميرها كلياً أو جزئياً.

تستوي هذه الصورة مع سابقتها في كونها تنطوي على نوع من الإبادة البطيئة، فهي لا تتخذ صورة القتل أو الإيذاء البدني وإنما يستهدف منها الجاني تعمد حرمان الجماعة من الموارد التي لا غنى عنها للبقاء مثل الأغذية أو الخدمات الطبية، فهذه الصورة من الإبادة الجماعية تقف عند حدود إخضاع أفراد الجماعة لظروف معيشية قاسية من شأنها أن تفضي إلى القضاء عليهم بصفة كلية أو جزئية، وعموما فأنماط تحقق هذه الصورة كثيرة ومتعددة ولا تقع على حصر بدورها، ومنها: فرض الإقامة على الجماعة في مكان خالٍ من الزرع و الماء أو في مناخ قاسٍ يجلبُ الأمراض مع عدم تقديم العلاج²³⁹ أو الاعتداء على الأطقم الطبية العاملة في المستشفيات. و تتلخص عناصر هذه الصورة من صور الإبادة الجماعية حسب ملحق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في الآتي²⁴⁰ :

- أن يفرض مرتكب الجريمة أحوالا معيشية معينة على شخص أو أكثر.

²³⁸- فريجه محمد هشام: " دور القضاء الدولي الجنائي في مكافحة الجريمة الدولية " أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق ، وحدة قانون دولي جنائي بكلية العلوم الحقوق و العلوم السياسية ، بجامعة محمد خيضر بسكرة 2013-2014 ص 118.

²³⁹- أبو الخير أحمد عطية، مرجع سابق ص 153.

²⁴⁰- عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، د . ط ، الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2004، ص: 406.

- أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.
- أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية كليا أو جزئيا بصفتهما ذلك .
- أن يقصد بالأحوال المعيشية الإهلاك الفعلي لتلك الجماعة كليا أو جزئيا.
- أن يصدر هذا التصرف في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أن من شأن التصرف أن يحدث بحد ذاته إهلاك الجماعة.

رابعا-فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة

تتحقق هذه الصورة من صور الركن المادي لجريمة الإبادة، بفرض جملة من الأفعال تهدف إلى إعاقة النسل داخل الجماعة بوضع حد للنمو المتزايد و الطبيعي للجماعة، كتعقيم نساء هذه الأخيرة بإعطائهم عقاقير تفقد القدرة على الحمل و الإنجاب، أو إكراههن على الإجهاض أو خصي الرجال أو بمنع التزاوج أو ببتير العضو الجنسي للرجل.

وفي معرض توضيح أهم صور النشاط الإجرامي المتعلق بفرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة عدت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا - وذلك على سبيل المثال مجموعة من التصرفات – يمكن الإشارة إلى بعضها، وهي: بتر الأعضاء التناسلية، إحداث عقم جنسي، انتهاج سياسة تحديد النسل بشكل قسري كاستبعاد الذكور عن النساء أو ما يسمى بالفصل الجنسي، منع الزواج، ترحيل عملية الولادة إلى خارج تراب حتى لا يصنف

المولود الجديد ضمن أفراد جماعته²⁴¹، وبالعودة إلى ملحق نظام المحكمة الجنائية الدولية

نجد أن شروط قيام هذه الصورة من صور الركن المادي تتحدد بالأساس في :

- أن يفرض مرتكب الجريمة تدابير معينة على شخص أو أكثر.
- أن يكون الشخص أو الأشخاص منتمين إلى جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية معينة.
- أن ينوي مرتكب الجريمة إهلاك تلك الجماعة القومية أو الإثنية أو العرقية أو الدينية كلياً أو جزئياً بصفتهما تلك .
- أن يقصد بالتدابير المفروضة منع الإنجاب داخل تلك الجماعة.
- أن يصدر هذا التصرف في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أن من شأن التصرف أن يحدث بحد ذاته إهلاك الجماعة.
- وبناء على ما تقدم يمكن القول على أن هذه الصورة هي إبادة بيولوجية بامتياز تهدف إلى الحيلولة دون وقوع الإنجاب في الجماعة، الشيء الذي يستتبعه وقف نموها وتكاثرها الطبيعيين.

خامسا - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

تم التنصيص على هذه الصورة من صور الإبادة الجماعية بمقتضى الفقرة (هـ) من المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كما تم التنصيص عليها أيضا بمقتضى المادة الثانية من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري، حيث نصت هذه الاتفاقية على أن أي

²⁴¹ - فريجه محمد هشام، مرجع سابق ص 120.

فعل من الأفعال التالية يشكل إبادة جماعية... "نقل الصغار قسرا من جماعة إلى جماعة أخرى" هذا وتفيد هذه الصورة نقل شخص أو أكثر ممن هم دون سن الثامنة عشرة والمنتقلين إلى جماعة عرقية أو قومية أو اثنية أو دينية معينة إلى جماعة أخرى عنوة، تختلف عن جماعتهم الأصلية إما في الدين أو في العادات أو في التقاليد أو الثقافة، وتعتبر هذه الصورة من قبيل الإبادة الثقافية²⁴²، إذ تفرض هذه الحالة الحيلولة بين الأطفال وبين تعلم لغة جماعتهم أو اكتساب عاداتها أو أداء شعائرها الدينية²⁴³.

الفقرة الثانية: الركنين المعنوي والدولي في جريمة الإبادة الجماعية

سيتم الحديث عن الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية (أولا)، بينما سنترك (ثانيا) للحديث عن الركن الدولي لهذه الجريمة .

أولا: الركن المعنوي في جريمة الإبادة الجماعية

الركن المعنوي للجريمة قوامه علاقة نفسية تربط بين ماديات الجريمة و شخصية الجاني، وجوهر هذه العلاقة هو الإرادة²⁴⁴. فالعنصر المادي لا يكفي وحده لتحقيق الجريمة، بل لا بد من توافر علاقة بين إرادة الجاني و التصرف الذي أتاه ، ذلك أن الإرادة الآثمة هي جوهر الخطأ الذي يوجب المسؤولية الجنائية، و لا تكون الإدارة آثمة إلا إذا كانت مدركة أي لديها القدرة على التمييز بين الأفعال المحرمة و الأفعال المباحة، و أن تكون مختارة أي لديها

²⁴²– أبو الخير أحمد عطية ، مرجع سابق ص 153.

²⁴³– ويستوي بعد ذلك أن ينقلوا إلى جماعة تكفل لهم الرعاية الصحية أو الاجتماعية أو الثقافية، أو إلى جماعة تجردهم من كافة هذه الصور من صور الرعاية

²⁴⁴– عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ، ص 305 .

مُكنة المفاضلة بين دوافع السلوك و بين الإقدام على ما هو مباح والإحجام على ما هو محظور²⁴⁵.

و منه، و بناء على ما تقدم ف الجريمة الإبادة الجماعية جريمة عمدية وهو ما يتوضح من خلال مقتضيات المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية، التي نصت على عنصر القصد حينما أكدت على أنه... تعني " الإبادة الجماعية " أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد ... والجدير بالإشارة إلى أنه لا يكفي القصد الجنائي العام لتحقيق الركن المعنوي في هذه الجريمة، وإنما يلزم توافر قصد جنائي خاص لدى الجاني، وهو ما يتمثل في قصد الإبادة الكلية أو الجزئية للجماعة المحمية بموجب المادة السادسة من نظام روما الأساسي، فالجاني يجب أن يكون على علم أنه يقوم بعمل يؤدي إلى تهديم كيان الجماعة و إبادتها و مع ذلك لا يتوقف عن ارتكاب هذا الفعل، وإنما يواصل عمله بهدف الوصول إلى غايته و يمكن إثبات الركن المعنوي الخاص بنية الإبادة على نحو مباشر من التصريحات و الأوامر، كما يمكن استنتاجه من السياق الذي تم فيه التدمير الموجه للجماعات²⁴⁶.

ثانيا: الركن الدولي في جريمة الإبادة الجماعية.

يقصد بالركن الدولي في جريمة الإبادة، ارتكاب هذه الجريمة بناء على خطة مرسومة من الدولة، ينفذها المسؤولون الكبار فيها أو تشجع – الدولة - على تنفيذها من قبل الموظفين أو ترضى بتنفيذها من قبل الأفراد العاديين ضد مجموعة أو جماعة يربط بين أفرادها روابط

²⁴⁵ – محمد صالح روان : " الجريمة الدولية في القانون الجنائي " رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق جامعة منشوري قسنطينة 2009 – 2008 ص 130 .

²⁴⁶ – فريجة محمد هشام ، مرجع سابق ، ص 123 .



قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية²⁴⁷ ، والجدير بالذكر أنه لا يشترط للعقاب على هذه الجريمة أن يكون الفاعل ذو صفة معينة، فلا يشترط أن يكون من كبار القادة أو المسؤولين كما أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يفرض ظروف خاصة لقيام هذه الجريمة من حرب أو سلم²⁴⁸، فهي تقع في زمن الحرب كما يمكن أن تقع في زمن السلم .

²⁴⁷ - علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص 138.

²⁴⁸ - محمد الكلاخي: " القضاء الجنائي الدولي ومعالجة الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي بين المنظمة القانوني و المقاربة السياسية " رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، وحدة القانون الدولي و العلاقات ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء جامعة الحسن الثاني عين الشق 2008-2009 ص 475.



خاتمة

ختاماً و أخذاً بما تقدم يمكن الجزم بأن جريمة الإبادة الجماعية تعد من أخطر الجرائم التي تهدد أمن و سلم أي مجتمع من المجتمعات، و هو ما حدا بالتشريع الجنائي الدولي لمحاربتها، و ذلك عبر تجريمها بنصوص قانونية، و دعوة الدول إلى محاربتها عبر تنظيمها. وقصد مواءمة تشريعه الوطني مع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سيما في ما يخص جريمة الإبادة الجماعية عمل المشرع الجنائي المغربي على تجريم هذه الجريمة وذلك بمقتضى الفرع الأول من الباب السابع مكرر من مشروع القانون الجنائي 10.16 المتمم و المغير لمجموعة القانون الجنائي، حيث يلاحظ أن المشرع المغربي في الفصل 1-448 و 2-448، قد تبنى نفس صور الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية، إذ تولى في الفصل 1-448 التنصيص على الصورة الأولى الممثلة في القتل العمدي لأفراد جماعة، في حين خصص الفصل 2-448 للحديث عن الصور الأربعة الأخرى، كما أنه باستقراء هذين الفصلين نجد أن المشرع المغربي شأنه في ذلك شأن واضعي المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد اشترط ضرورة وجود القصد في هذه الجريمة.

تم بحمد الله وقوته



مقالات وأبحاث
قانونية وقضائية
باللغة الفرنسية



Dr. Soufian NOUALI

étudiant chercheur en droit, titulaire d'un Master en

« Droit et Contentieux des Affaires » Oujda

Le mensonge en droit pénal des affaires

Introduction

Le droit emploie rarement le mot « mensonge ». En droit civil, le mensonge s'inscrit dans un ensemble dont les notions de fraude et de dol sont le centre : « *La fraude suppose une mauvaise foi caractérisée, une tromperie, une ruse employée par le débiteur pour se soustraire à ses obligations*²⁴⁹ ». La fraude est donc bien un mensonge. De même, au sens de l'art. 52²⁵⁰ du D.O.C²⁵¹, le dol est une manœuvre, une réticence employée par une personne pour tromper une autre afin de l'amener à conclure un contrat. Les notions de fraude et de dol contiennent l'une et l'autre le mensonge. En l'absence de définition juridique précise, le mensonge incriminé doit avoir un but précis, tel qu'une atteinte à une valeur sociale.

Yves MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Th. en droit pénal et criminel, éd. L'hermès, Lyon, 1979, p. 249 18.

Art. 52 du DOC : « Le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une²⁵⁰ des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elles, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance ».

Dahir du 9 ramadan 1331 (12 aout 1913) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre²⁵¹ 1913).



La loi puni ce mensonge toutes les fois qu'il porte atteinte aux biens et droits d'autrui.

En droit pénal, branche juridique autonome, le champ est très large, même si l'on observe que, ni le législateur marocain ni son homologue français n'ont utilisé le mot « *mensonge* » d'une manière claire et précise, puisqu'ils ont opté plutôt pour le mot « *tromper* » afin de qualifier – via l'escroquerie – l'acte perpétré par l'agent : « *l'escroc* ». À l'instar de tout agissement prohibé par la loi pénale, le mensonge est sanctionné dans le respect des principes généraux du droit pénal. Le législateur n'incrimine pas toujours le mensonge sous cette appellation. Il décrit le comportement punissable sans utiliser le terme de mensonge et sans en apporter une définition précise. L'absence de définition juridique du mensonge, est source de difficultés et suscite des interrogations²⁵². La définition revêt une importance majeure pour la constitution de nombreuses infractions mensongères²⁵³. Alors on doit tenir pour un mensonge non seulement ce qui est qualifié comme tel par la loi pénale, mais aussi, toute *tromperie*, toute *fraude*, toute *déloyauté* destinée à tromper. Ainsi l'escroquerie, l'émission de chèque sans provision, le faux en écriture, le faux témoignage, le faux serment, le faux monnayage, la contrefaçon des marques, l'usurpation de titre de fonction...etc. Ainsi déterminée, la notion de mensonge punissable permet de mieux apprécier la criminalité dont elle relève, criminalité d'astuce et de ruse²⁵⁴. Le mensonge s'entend donc de toute conduite trompeuse.

De ce fait, et dans son acception courante, le terme « *mensonge* » désigne une *contre-vérité*, réalisée intentionnellement, avec pour but de

Alev COMERT, *Les infractions consommées par le mensonge*, Th. de droit privé et science criminelle ²⁵² présentée et soutenue publiquement en date du 14 décembre 2015, Univ. de Lorraine, p. 10.
L'expression « *infraction mensongère* » a été utilisée par M. le P. André Decocq dans la préface de la Th. de ²⁵³
M. le P. Y. Mayaud.
Yves MAYAUD, *op. cit.* p. 19.²⁵⁴



dissimuler la vérité. L'analyse des définitions permet d'affirmer que le mensonge peut être défini davantage comme une *contre-réalité*, qu'une contre-vérité. Dans sa thèse, M. Yves MAYAUD écrit que : « *mentir consiste moins à heurter la vérité, qu'à ébranler un rapport entre une valeur tenue pour vraie – peu importe en définitive qu'elle soit conforme ou non à la réalité – et la connaissance que l'on a²⁵⁵* ». La contre-réalité : « *suppose que l'auteur a connaissance de la fausseté mais poursuit on action et réalise le fait mensonger punissable. Cette définition contient l'élément matériel et l'élément intentionnel du mensonge²⁵⁶* ».

L'étude des infractions consommées par le mensonge, démontre que le droit pénal des affaires, sanctionne le mensonge dans de nombreuses circonstances. La matière pénale accorde un rôle accru au mensonge en suscitant un intérêt justifié. Le mensonge punissable génère une problématique renouvelée, qui se traduit par l'assimilation du simple mensonge non réprimé pénalement et celui frauduleux.

La problématique centrale qui se pose est notamment de savoir si toute énonciation mensongère constitue une manœuvre frauduleuse ou un acte punissable, et en vue de quelle finalité ?.

Il conviendra alors, dans un premier temps de déterminer la forme élaborée du mensonge concrétisé par les manœuvres frauduleuses (I), afin d'analyser dans un second, l'assimilation du simple mensonge aux manœuvres frauduleuses (II).

*Ibid.*²⁵⁵

Alev COMERT, *op. cit.*, p. 11. ²⁵⁶



I. La forme élaborée du mensonge : les manœuvres frauduleuses

Pour convaincre autrui, plus ou moins crédule, l'escroc a recours à une machination pouvant entrer dans la notion de *manœuvres frauduleuses* que la loi n'a pas définie. En l'absence de définition légale, la jurisprudence a dégagé les caractères essentiels et les procédés principaux de ces manœuvres.

À la lecture des définitions apportées par la doctrine et par la jurisprudence, il ressort que, la constitution des manœuvres frauduleuses exige un mensonge initial (A), auquel s'ajoutent un acte extérieur corroborant le mensonge initial (B). Ce sont les traits invariables des manœuvres frauduleuses en droit pénal des affaires.

A. Exigence d'un mensonge initial

Il est très difficile de trouver une définition légale aux manœuvres frauduleuses, puisque le législateur n'a rien apporté sur ce concept très important dans la constitution de plusieurs infractions. Une manœuvre frauduleuse se constitue par un ou plusieurs actes matériels, qui prend d'une façon artificielle pour vraie une affirmation, présentation, qui est en réalité mensongère. La manœuvre suppose le rattachement au mensonge, d'un acte extérieur de nature à lui donner force et crédit. Ainsi, le fait pour un masseur Kinésithérapeute d'appliquer une cotation supérieure à celle fixée par la nomenclature (application d'un coefficient supérieur à celui correspondant aux actes prescrits) ne peut pas constituer une escroquerie, mais il s'agit d'un simple mensonge écrit non corroboré par un acte extérieur de nature à lui donner force et crédit²⁵⁷.

Cass. crim. fr., jeudi 24 septembre 1998, pourvoi n° : 97-81748. ²⁵⁷



Les manœuvres frauduleuses sont constituées par des actes multiples concourant à l'obtention de la chose convoitée. Elles se basent principalement sur la tromperie afin de soustraire le consentement ou d'obtenir un bien. Les manœuvres ne sont pas définies dans le Code pénal, cette définition a été apportée par la jurisprudence.

Le Code pénal marocain n'apporte pas de précision quant au mensonge initial et sa différenciation par rapport au mensonge secondaire, qualifié d'acte extérieur. La jurisprudence française quant à elle, considère que le mensonge initial est insuffisant à constituer les manœuvres frauduleuses. C'est le cas notamment : « [...] *des attestations sur l'honneur mensongères, par lesquelles un assuré social certifie ne pas avoir repris son activité professionnelle, ne sont susceptibles de constituer des manœuvres frauduleuses que si elles sont corroborées par des certificats médicaux émanant de médecins abusés ou trompés par le patient auteur des déclarations*²⁵⁸ [...] ».

Selon la jurisprudence, le simple mensonge même s'il ne peut constituer l'élément matériel du délit d'escroquerie, mais il peut constituer l'élément de base des manœuvres frauduleuses. Elle a jugé maintes fois que le simple mensonge ou un mensonge banal ne suffit pas à réaliser une infraction, par ce qu'elle demande à ce que la personne soit avisée et avertit et ne doit pas se laisser faire par de simple allégation mensongère sans vérifier leur véracité²⁵⁹. Aussi le fait de la présentation d'un faux document pour obtenir la remise de fonds constitue une manœuvre frauduleuse, et non pas un simple mensonge²⁶⁰.

Le législateur marocain a mentionné d'une manière claire, dans l'art. 540 du Code pénal : « *quiconque en vue de se procurer [...] par des*

Cass. crim. fr., mercredi 28 juin 2017, pourvoi n° : 16-81110.²⁵⁸

Alev COMERT, *op. cit.*, p. 117.²⁵⁹

Cass. crim. fr., 8 décembre 2015, pourvoi n° : 14-85511.²⁶⁰



affirmations fallacieuses [...]». À cet effet nous pouvons constater que le simple mensonge en droit marocain ne peut constituer à lui seul des manœuvres frauduleuses, sauf le cas où il est corroboré par des actes extérieurs pouvant conduire à faire convaincre la victime de croire aux affirmations de l'escroc. Comme par exemple, quelqu'un qui fait croire à la victime qu'il négociera avec la douane en vue de concilier la victime avec celle-ci, en se passant par quelqu'un qui a des connaissances, et lui offrant un document falsifié contenant la renonciation par l'administration de la poursuite en contrepartie d'une somme d'argent²⁶¹.

La Cour suprême égyptienne a considéré dans un arrêt de 1984 que les simples paroles et affirmations mensongères, ne peuvent constituer des manœuvres frauduleuses, mais elles doivent être corroborées par des actes matériels ou extérieurs pouvant conduire la victime à croire les faits apportés par l'agent²⁶².

Les manœuvres frauduleuses, contiennent tous mensonges corroborés par des actes extérieurs, qui a pour but de faire tromper la victime, qui en croyant l'escroc, il lui donne son argent. Le simple mensonge ne peut constituer à lui seul les manœuvres frauduleuses, et si une personne donne son argent suite à ce mensonge, il sera victime de son inattention, et son manque d'expérience, et non pas une victime d'escroquerie punissable pénalement. Les actes extérieurs qui donnent force et crédit au mensonge, et qui constituent des manœuvres, sont multiples, et se varient quant au pouvoir de persuasion des dires de l'escroc²⁶³.

Abdelouahed EL ALAMI, *op. cit.*, pp. 91-92.²⁶¹

Mostapha MAJDI HARJA, *op. cit.*, p. 23.²⁶²

Ahmed EL KHAMLICHI, *Droit pénal spécial*, Tom II, Al Maarif, Rabat, 1982, p. 389.²⁶³



B. Exigence d'acte extérieur corroborant le mensonge initial

La caractérisation des manœuvres frauduleuses nécessite un fait extérieur voire externe constitué d'une *mise en scène*, la *production d'un écrit*, ou par l'*intervention d'un tiers*, donnant par la suite force et crédit aux mensonges perpétrés par l'auteur des manœuvres. Selon MM. les Professeurs Adolphe CHAUVEAU et Faustin HELIE : « *cette expression suppose une certaine combinaison de faits, une machination préparée avec plus ou moins d'adresse, une ruse ourdie avec plus ou moins d'art*²⁶⁴ ».

La mise en scène est définie généralement comme une : « *manière affectée de présenter, d'organiser quelque chose pour éblouir, pour tromper ou pour obtenir quelque avantage*²⁶⁵ ».

Selon la jurisprudence, la mise en scène peut être simple ou complexe. Ainsi quand l'agent fait signer par la victime un contrat, après avoir dissimulé une clause comportant l'obligation pour l'acquéreur de payer la plus grande partie du prix comptant, contrairement à la promesse qui lui avait donnée de le faire bénéficier d'un long crédit pour la totalité²⁶⁶. La jurisprudence a également vu une mise en scène dans le fait, de déclarer faussement le vol d'une voiture automobile au commissariat de police, après l'immersion volontaire de ce véhicule dans une gravière, pour obtenir par ce moyen le remboursement de sa valeur par la compagnie d'assurances²⁶⁷.

Concernant la production d'un écrit, ou bien manœuvres frauduleuses par document, l'escroc a souvent recours à cette manœuvre pour renforcer la véracité des allégations mensongères initiales. Comme il a été précédemment indiqué, le seul mensonge, même écrit, est insuffisant

Alev COMERT, *op. cit.*, p. 123.²⁶⁴

Le dictionnaire Larousse 2014 V. : www.larousse.fr consulté le [28/07/2017]²⁶⁵

Cass. crim. fr., jeudi 18 juillet 1968, pourvoi n° : 67-91361.²⁶⁶

Cass. crim. fr., mercredi 11 octobre 1989, pourvoi n° : 87-83664. ²⁶⁷



pour caractériser les manœuvres frauduleuses. C'est qu'en effet, il est très important de distinguer ici entre le simple mensonge et les documents ou pièces qui constituent des actes extérieurs, destinés à lui donner force et crédit. Le mensonge oral ou écrit, se trouve alors conforté par d'autres écrits, qui viennent le confirmer, en le rendant plus convaincant²⁶⁸.

Pour retenir l'existence d'un élément extérieur en plus du mensonge, occasionnant dès lors la constitution de l'escroquerie, les juges s'attachent essentiellement à l'intention de l'auteur, bien plus qu'à la valeur probante de l'élément extérieur : pour qu'il y ait manœuvre frauduleuse, l'élément extérieur doit être indépendant du mensonge. S'il n'est que la reproduction du mensonge, il n'apporte rien de nouveau et ne peut constituer une manœuvre.

Concernant enfin l'intervention d'un tiers, et selon l'excellente formule de GARRAUD, « *l'intervention d'une personne autre que l'auteur même des mensonges, venant par ses actes, ses paroles, ses écrits, parfois par sa seule présence, ou par les actes, les paroles, les écrits que lui prête l'agent, rendre vraisemblables ces mensonges, suffit à les transformer en manœuvres frauduleuses*²⁶⁹ ».

Le tiers peut ne pas être réel intervenant effectivement aux côtés du coupable, comme par exemple, l'employé d'un garagiste présenté comme le propriétaire d'une voiture à vendre. Mais aussi une personne fictive créée par l'imagination de l'escroc, comme une société de façade ou encore un pseudo-candidat au mariage, ou aussi des adversaires inventés de toutes pièces dans un procès relatif à une succession. Encore faut-il que ce tiers

Jacques-Henri ROBERT ; Haritini MATSOPOULOU, *op. cit.*, p. 45.²⁶⁸

André VITU, *Traité de droit pénal spécial*, Tome II, éd. Cujas, Paris, 1982, p. 102.²⁶⁹



fictif ait une suffisante apparence de réalité pour qu'il ait pu exercer une influence sur l'esprit de la victime²⁷⁰.

II. L'assimilation du simple mensonge aux manœuvres frauduleuses

La question relative à la qualification des manœuvres frauduleuses, et extrêmement complexe. La frontière entre le simple mensonge et la véritable manœuvre frauduleuse s'avère être très mince, ce qui ne manque pas de susciter certaines interrogations.

D'une manière générale, la doctrine et la jurisprudence, sont trop exigeantes sur la caractérisation des manœuvres frauduleuses. Il convient alors d'étudier les décisions jurisprudentielles, afin de relever les caractéristiques du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses (A). Ensuite, par l'analyse des conséquences de ladite assimilation (B).

A. Les caractéristiques du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses

Les manœuvres frauduleuses par production de document sont un moyen couramment utilisé en pratique. Mais toute la difficulté consiste à faire la différence entre un mensonge écrit, un simple mensonge, et la production d'un écrit qui tombera sous cette qualification. Ainsi, une facture majorée n'est qu'un mensonge écrit, éventuellement un faux mais en aucun cas une escroquerie, alors qu'un écrit truqué peut être considéré comme l'élément matériel de l'escroquerie, alors une manœuvre frauduleuse. Le fait pour un commerçant par exemple, de truquer ses livres de commerce afin de vendre ses fonds plus cher est une manœuvre frauduleuse.

Ibid. p. 103.²⁷⁰



La jurisprudence ne prend pas normalement en compte le simple mensonge écrit, car c'est seulement un moyen d'expression. Si je mens dans une lettre, ça n'aura pas d'importance pour la bonne raison que la lettre, l'écrit, est un moyen d'expression. Mais la jurisprudence considère qu'il y a quelques documents qui confèrent au mensonge écrit « *force et crédit* ». Par conséquent, il suffit de mentir dans ce document, et il faut que la victime ait été déterminée par ce mensonge. Il suffit ainsi que l'on mette un mensonge dans un acte authentique, un document ayant force et crédit, un bilan par exemple, une publicité officielle, à ce moment-là, le mensonge acquiert la qualité de ce document.

Ainsi, il a été jugé que la présentation de faux documents, assimilable à un simple mensonge écrit, constitue une manœuvre frauduleuse dès lors qu'elle est associée à l'intervention de tiers de nature à leur donner force et crédit²⁷¹. La Cour ici a lié la qualification des fausses factures avec l'intervention d'un tiers, afin d'assimiler le simple mensonge à des manœuvres frauduleuses. Les juges retiennent facilement l'escroquerie lors de la production d'un document officiel, comme la remise d'un certificat d'immatriculation provisoire, pour déterminer un achat, lorsqu'elle a pour objet de tromper l'acheteur²⁷². Aussi lorsque les écrits émanent de l'utilisation d'un procédé électronique de calcul et de gestion leur donnant force et crédit²⁷³. Ou la production d'un faux bilan²⁷⁴.

Il en va autrement lorsque, la Cour de cassation indique qu'il n'est pas nécessaire afin de qualifier les manœuvres frauduleuses, que la facture constitue un faux en écriture, car elle a considéré que l'appréciation de

Cass. crim. fr., 24 avril 1984, pourvoi n° : 83-90752. ²⁷¹

Cass. crim. fr., 22 mars 1978, pourvoi n° : 77-92627. ²⁷²

Cass. crim. fr., 16 mars 1976, pourvoi n° : 75-90306. ²⁷³

Cass. crim. fr., 16 mars 1970, pourvoi n° : 68-90226. ²⁷⁴



l'élément intentionnel en matière d'escroquerie, rentre exclusivement dans les attributions des juges du fond²⁷⁵.

B. Les conséquences du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses

Les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives sont pas loin les unes des autres, et sont séparées par une frontière. La grande différence qui sépare les deux notions à savoir, le simple mensonge qui est sanctionné en matière civile même non corroboré par des actes extérieurs. Cependant les manœuvres frauduleuses et celles dolosives sont similaire, puisque la notion de manœuvre frauduleuse suppose une action positive destinée à abuser le cocontractant. L'analyse de la jurisprudence nous démontre le dépassement d'une différence entre les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives.

Le dol emprunté du latin classique « *dolus* », signifie à la fois ruse, fraude ou bien tromperie. Le dol est défini dans l'art. 52 du D.O.C comme des manœuvres ou des réticences qui tendent à tromper l'autre partie afin de la pousser à contracter. Le législateur ici n'a pas démontré la nature des manœuvres utilisées ? S'agit-il des manœuvres frauduleuses ou dolosives ? La jurisprudence française reconnaît les deux notions pour caractériser un dol constitué au sein des sociétés commerciales. Pour retenir le dol, le Tribunal devrait constater l'intention dolosive qui se caractérise par la mise en œuvre de manœuvres frauduleuses destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du cocontractant²⁷⁶. Même si les manœuvres dolosives peuvent résulter d'un simple mensonge, la jurisprudence ici a utilisé les manœuvres frauduleuses pour caractériser le dol en matière de

Cass. crim. fr., 3 juin 1985, pourvoi n° : 83-95073.²⁷⁵

Cass. crim. fr., 25 mars 2014, pourvoi n° : 13-13268.²⁷⁶



droit des affaires. Dans le droit des sociétés, le dol peut viser un souscripteur d'actions. La nullité de la souscription doit être demandée par l'actionnaire qui a subi les manœuvres dolosives. Pour constituer ensuite une cause de nullité de souscription.

La spécificité du dol repose dans sa double composition puisqu'il est à la fois une sanction de l'acte cause de nullité et une sanction des comportements constitutifs d'un délit civil. Dès lors qu'une manœuvre frauduleuse, un mensonge ou une réticence est caractérisé, accompagné d'une intention de tromper entraînant une erreur déterminante dans l'esprit du cocontractant, le dol est irrémédiablement retenue permettant d'obtenir au choix l'annulation de la convention ou l'obtention de dommages et intérêts. En matière pénale, le dol implique la conscience de l'accomplissement de l'acte prohibé, et la volonté de le commettre. Dès que cette volonté consciente est prouvée, la faute pénale existe et suffit. Le *dol pénal* est une espèce d'escroquerie grâce à laquelle une personne obtient d'une autre par le jeu d'une supercherie la remise d'une chose mobilière. Deux infractions pénales peuvent revêtir la forme du dol à savoir, le délit de faux. La première, constitue un faux la fabrication de documents comptables d'une société, tels qu'un bilan ou un compte de résultat²⁷⁷, ou encore la fabrication de fausses factures, au nom d'une entreprise de pure façade ou d'une société fictive, objet d'une cession, gonflant indirectement le résultat²⁷⁸. Ainsi, d'une manière plus générale, les actes de falsification d'ordre comptable constituent des faux, dans la mesure où la comptabilité d'une société commerciale est destinée à servir de preuve²⁷⁹. La deuxième infraction pénale envisageable, le délit de présentation ou de publication de bilan inexact qui n'a vocation à s'appliquer qu'à l'ensemble des cessions de

Cass. crim. fr., 16 novembre 1995, pourvoi n° : 94-84725.²⁷⁷

Cass. crim. fr., 19 octobre 1987, pourvoi n° : 85-94605.²⁷⁸

Cass. crim. fr., 13 mai 1991, pourvoi n° : 90-83520.²⁷⁹



titres de sociétés à engagement social limité. Le dol pénal peut s'avérer être un précieux atout processuel. En effet, dès l'instant où les cédants seront condamnés au pénal pour délit d'escroquerie, le dol civil sera caractérisé, comme cela est fréquemment jugé : le dol pénal permet ainsi de faciliter l'administration de la preuve du dol civil²⁸⁰.

En principe, et d'après la jurisprudence française, les manœuvres frauduleuses ne peuvent être constituées ni par la simple abstention, ni par le simple mensonge, contrairement aux manœuvres dolosives d'où le simple mensonge est punissable. Cependant, ce principe est remis en cause par les décisions qui prévoient la possibilité – dans certains cas – de sanctionner le simple mensonge dans le cadre du délit d'escroquerie, ce qui peut affaiblir la différence voire la frontière qui sépare les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives (dol civil). Cela peut engendrer par la suite, une sorte d'analogie dans la sanction du mensonge dans les deux branches du droit.

Conclusion

Depuis fort longtemps, le dispositif juridique pénal accorde une place considérable au mensonge. Le mensonge est une notion intégrée dans le droit pénal, qui lui attribue une définition large. Par la jurisprudence étudiée, nous avons constaté qu'elle a contribué à faire progresser le droit pénal du mensonge par la qualification des faits, ainsi que les éléments qui composent les infractions de nature mensongère. Tout en respectant les textes aux situations criminelles.

En droit pénal des affaires, le mensonge constitue la base de nombreuses infractions. Le mensonge se déguise sous plusieurs formes constitutives desdites infractions, que le comportement soit désigné sous le terme mensonge ou que les agissements entre dans sa définition. Dans le

Cass. com. fr., 26 mai 2009, pourvoi n° : 08-15980. ²⁸⁰



cadre de cette recherche, la question initiale était de savoir si le mensonge était sanctionné en tant que tel, dans sa forme la plus simple. Il nous a paru difficile d'apporter une réponse simple à cette question. Dans sa thèse prééminente et marquante de la matière portant sur le mensonge en droit pénal, M. le Professeur Yves MAYAUD avait conclu ses recherches en indiquant que « *tout mensonge n'est pas incriminé en droit pénal*²⁸¹ ».

À l'origine, le mensonge sanctionné par le droit pénal est celui qui porte atteinte aux valeurs sociales protégées et qui génèrent un résultat prohibé. À la suite des évolutions législatives et jurisprudentielles, nous observons que le législateur marocain ne suit pas ladite évolution, ça se voit d'une façon claire lors de la lecture des textes d'incriminations, par exemple le cas de faux en écriture privées. Le législateur ne fait pas allusion à l'altération de la vérité, pourtant, il l'a mentionné dans l'article concernant les écritures authentiques, qui ne font pas l'objet de notre étude. Il a utilisé deux renvois dans les articles 357 et 358 du Code pénal, lors de la qualification des faits concernant le délit de faux situé dans l'art. 354²⁸². Cela pose des difficultés lors de l'interprétation du délit, pour ensuite caractériser les éléments constitutifs.

²⁸¹ Yves MAYAUD, *op. cit.*, p. 30.

²⁸² L'art. 354 prévoit que : « Est punie de la réclusion de dix à vingt ans, toute personne autre que celles désignées à l'article précédent qui commet un faux en écriture authentique et publique : soit par contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature ; soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leur insertion ultérieure dans ces actes ; soit par addition, omission ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater ; soit par supposition ou substitution de personnes ».



تقرير لتدريب

ميداني لدا مركز

القاضي المقيم



ذة. فاطمة الزهراء مخام
طالبة باحثة في تخصص القانون بجامعة
محمد الخامس - الرباط

تقرير حول:

مركز القاضي المقيم: إقليم الحاجب نموذجا

أهمية الموضوع

1- ماهية ودور مركز القاضي المقيم.

2- التنظيم والتكوين والاختصاص والمسطرة

الإشكالية الكبرى: مدى تحقيق قضاء القرب الغاية من إحداثه؟



في إطار تنزيل الخريطة القضائية للمملكة، وتكريسا لأهم مبادئ التنظيم القضائي المغربي التي يقوم عليها مفهوم السلطة القضائية الجديد تماشيا مع المستجدات التشريعية وفق المفهوم الجديد لإصلاح منظومة العدالة "القضاء في خدمة المواطن" الذي افتتحت به الدورة التشريعية من طرف الملك، حرص المشرع من خلالها على إقرار حزمة من القوانين المغيرة والمتممة لظهير التنظيم القضائي ل 15 يوليوز 1974، التي تعد سنة استرجاع المغرب لسيادته القضائية ليس ببعيد من إصدار قانون التوحيد والمغرب والتعريب لتاريخ 26 يناير 1965، طال التنظيم القضائي المغربي مستجدات تماشت مع التطورات بشكل عام، أعلن من خلالها الملك في خطابه سنة 2009 إلى إصلاح شامل وعميق للقضاء، تم تكريسه بشكل فعلي في المحطة الإصلاحية 17 غشت 2011، بالإضافة إلى إعادة صياغة قانون التنظيم القضائي قانون رقم 10-34، وتعديل العديد من فصول قانون المسطرة المدنية قانون رقم 10-35 والمسطرة الجنائية قانون رقم 11-33. فطن المشرع بدوره إلى تفعيل سياسة تسمو بحمولتها إلى تقريب جهاز القضاء ومؤسسة العدالة من المتقاضين، بهدف تخفيف العبء على المحاكم الابتدائية من كثرة القضايا والإكتضاض، والشاهد عندنا المحكمة الابتدائية بمكناس في جزئها الممثل بمركز القاضي المقيم بإقليم الحاجب ومركز القاضي المقيم بصائر الأحكام الصادرة، وهو ما منح قضاء القرب بموجب قانون رقم 10.42 الذي اتى بإلغاء محاكم الجماعات والمقاطعات، النظر في القضايا البسيطة التي تستوجب بطبيعتها مساطر وإجراءات متميزة، مع الإقرار بتسريع إجراءات البث فيها، نفس الشأن بالنسبة للتبليغ وتنفيذ الأحكام.

الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل في ظل ما حملته رياح التجديد عن مدى تحقيق قضاء القرب للغاية والهدف من إحداثه؟ إلى أي حد استطاع المشرع هيكله مركز القاضي المقيم، وماذا عن مسطرة هذا التفعيل الذي هبت به رياح الظهير؟ هل توفيق مركز القاضي المقيم في تشييد دوره الموكول ما بين النظري والواقع العملي في ظل الإكراهات والتغيرات؟ وما مستقبل مركز القاضي المقيم في التشريع المغربي؟

وهو ما سنتطرق إليه في المقال الآتي، من خلال التصميم المعلن عليه: المبحث الأول: ماهية ودور مركز القاضي المقيم وأهدافه الرامية.. المبحث الثاني: خصوصية التنظيم والمسطرة والاختصاص لدى مركز القاضي المقيم.

المبحث الأول: ماهية ودور مركز القاضي المقيم وأهدافه الرامية.

الفقرة الأولى: ماهية مركز القاضي المقيم.

إن من المستجدات التشريعية التي عرفت المملكة في الآونة الأخيرة التي أصدر فيها المشرع بتاريخ 17 غشت 2011 ظهيرا تم بمقتضاه الأمر بتنفيذ القانون 42.10، الذي يعتبر أرضية خصبة تم من خلالها تكريس تقرب القضاء من المواطنين والعدالة من المتقاضين، حيث حدد القانون المذكور تنظيم إحداث مراكز القضاة المقيمين لحجم النشاط الإداري المهول على المحكمة الابتدائية حفاظا على الملاءمة مع احترام التقسيم الإداري للمملكة؛ ما بين حجم النشاط القضائي للمركز القضائي؛ وحجم القضايا الذي هو في ارتفاع متزايد مما يخل بتفعيل التسريع، في مقابل نقص الموارد البشرية المتوفرة بالمراكز؛ أمام حجم ساكنة المركز والجماعات التابعة لها التي في ارتفاع متباين. يعد قيام العدالة المتميزة بموازاة مع شأن مسار



الجهوية المتقدمة خصوصا، تعزيز الارتقاء بالقضاء إلى سلطة مستقلة بالظفر إلى المساواة ما بين الأمة، في التزام لا يخل بسيادة القانون و إعطاء لكل ذي حق حقه، ورفع المظالم.

ما بين المستوى التنظيمي والمستوى التشريعي؛ أعدت وزارة العدل برامج بعدما أحييت على الأمانة العامة للحكومة مع وضع برامج مقبلة تخدم مستقبل المتقاضين، بالرفع من عقلنة العمل القضائي، ونجاعة عمله، بتحقيق المراكز هدفها المنشود، والجدير بالذكر أن القرارات المتخذة المعتمدة من وزارة العدل والحريات، لم تستثنى مركزية إقليم الحاجب لاعتبارات سالفه الذكر. تم إصدار قرار بمقتضاه أقر بالترقية إلى المحكمة الابتدائية التي تعد من بين 7 مراكز قضائية بالمملكة، بجانب قرار إبقاء أو تفعيلهم 76 مركزا قضائيا.

وبناء عليه فإن التنظيم القضائي سيتأسس على وحدة المحكمة الابتدائية عوض وحدة مركز القاضي المقيم؛ مع الحفاظ على العمل الميداني من خلال الجلسات المتنقلة، حيث أن المناطق التي لم تحظ بمراكز قضاة مقيمين نظرا لمحدودية القضايا الرائجة بها، يقرر بها اعتماد القضاء المتنقل.

وتعد تجربة المركز العتيقة وقضاء القرب الفتية، وإن كانت استندسخ للتجربة الفرنسية (القانون الصادر بتاريخ 09 سبتمبر 2002 المعدل بالقانون التنظيمي الصادر بتاريخ 26 فبراير 2003)، إلا أن الأدهى في الأمر، أن قضاء القرب أبان عن فشله فيفرنسا، وهو ما جعل المشرع الفرنسي يصدر قانون بإلغائه (قانون 13 دجنبر 2011) مع جعل الاختصاصات التي كانت موكولة إليه من اختصاص المحاكم العادية.



بل و أن ظهر من ناحية الشكل أن ماهية الاستنساخ قيصرية إلا أن القول جدير بالتنويه رغم الارتباك الذي عرفته مياه التشريع، وجرعات القوانين. كان آخرها مشروع القانون المغيّر والمتّم للمادة السادسة، والذي يعيد النظر في مجانية قضاء القرب بالنسبة للأشخاص المعنويين.

الفقرة الثانية: مركز القاضي المقيم نموذجاً.

يعد النشاط التشريعي المعمق الذي توج بإصلاحات انعكست على الخريطة القضائية، نقطة برزت ملامح قضاء القرب الوظيفية سيما داخل مركز القاضي المقيم في الظل الاكراهات المادية والبشرية مما زاد من تبيان التوجه. ان للتجربة المركزية بإقليم الحاجب السابق منذ خلف السنوات لما تعرفه المحكمة الابتدائية بمكناس من عبا، بجانب مركز القاضي المقيم بزرهون، وهي مراكز تعتبر كأقسام تابعة لدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية كمحكمة من الدرجة الأولى تثمن مبدأ التقاضي على درجتين، من أجل تقديم خدمات قضائية والرفع من نجاعة خطة العدالة، يوزع لمراكز هذه الأقاليم التي يصل سكانها الى ما يعادل 300 ألف نسمة، الاختصاص الترابي بحسب الجماعات المحلية الواقعة بالدائرة الترابية للمحكمة الابتدائية بمكناس، و يغطي المركز 16 جماعة أبعدا الجماعة القروية أيت ويخلف ب46كلم.

الجدير بالذكر أن القرارات المتخذة المعتمدة من وزارة العدل والحريات، لم تستثني مركزية إقليم الحاجب لاعتبارات سالفه الذكر تم إصدار قرار بمقتضاه أقر بالترقية إلى المحكمة

الابتدائية التي تعدمن بين 7 مراكز قضائية بالمملكة، بجانب قرار إبقاء أو تفعيل بهم 76 مركزا قضائيا.

وبناء عليه فإن التنظيم القضائي سيتأسس على وحدة المحكمة الابتدائية عوض وحدة مركز القاضي المقيم؛ مع الحفاظ على العمل الميداني من خلال الجلسات المتنقلة، حيث أن المناطق التي لم تحظ بمراكز قضاة مقيمين نظرا لمحدودية القضايا الرائجة بها، يقرر اعتماد القضاء المتنقل.

وتعد تجربة المركز العتيدة وقضاء القرب الفتية، وإن كانت استنساخ للتجربة الفرنسية (القانون الصادر بتاريخ 09 سبتمبر 2002 المعدل بالقانون التنظيمي الصادر بتاريخ 26 فبراير 2003)، إلا أن الأدهى في الأمر أن قضاء القرب أبان عن فشله فيفرنسا، وهو ما جعل المشرع الفرنسي يصدر قانون بإلغائه (قانون 13 دجنبر 2011) مع جعل الاختصاصات التي كانت موكولة إليه من اختصاص المحاكم العادية.

ومما يظهر تجاوب قطاع العدل في الرقي بتحديثه للمنظومة القضائية والظفر بالتجربة الفتية بقضاء القرب بمركز القاضي المقيم من الناحية العملية في إسهامه الفعلي في تقريب القضاء من المواطنين كيفما كان أصل التجربة، نسخ لما هو متجاوز أو رياح القانون المقارن لم يسلم منها التشريع المغربي حتى في هذه المحطة. ومواكبة لهذا التفعيل النموذجي تم سن اتفاقية دورية مشتركة، ما بين القطاعين الوزاريين وزارة الداخلية و وزارة العدل والحريات بشأن تعيين موظفين مكلفين بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن أقسام قضاء القرب، بتاريخ 16 أكتوبر 2017، بالفقرة الأولى من المادة 21 من قانون رقم 42-10 الصادر بالجريدة

الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 شتنبر 2011، في إطار تنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته اعتمدت مهمة تبليغ وتنفيذ أحكام أقسام قضاء القرب إلى السلطة الإدارية المحلية.

يتوفر مقر المركز على قاعتان للجلسات، ب6 قضاة مصنفين قاض من الدرجة الأولى و 5 قضاة من الدرجة الثالثة، لهم 4 مكاتب مخصصة، أما بنسبة لقضاة التوثيق فهم تابعين للمحكمة الابتدائية بمكناس وعددهم 3 قضاة، كما بالمركز 11 مكتب مخصص لكتابة الضبط وقاعة للحفظ.

يعرف المركز تقدما ملحوظا في قضايا الأسرة على رأسها الطلاق سيما طلاق اشتقاق، وقضايا النفقة في المقدمة تليها قضايا الحالة المدنية، ويعرف المركز دينامية فالقضايا المسجلة لسنة 2018 حوالي 3000 ملف وبخصوص القضايا الرائجة ما يقارب 5000 إلف مما يدل على ان العدد يزداد بشكل مهول، والمخلف عن السنة الفارطة ما يقارب 1688 ملف، مقارنة مع سنة 2017 التي عرفت 6150 كعدد للقضايا المسجلة و 1688 قضية من القضايا المخلفة و إما مجموع القضايا الرائجة فهو 7573 ، المحكمة وصلت إلى 5885 ، حسب الإحصائيات الأخيرة المسجلة بالموقع الرسمي للوزارة العدل.

المبحث الثاني: خصوصية التنظيم والمسطرة والاختصاص لدى مركز القاضي المقيم.

الفقرة الأولى: تنظيم مركز القاضي المقيم

يعتبر تنظيم مركز القاضي المقيم باعتباره تابعا للمحكمة الابتدائية، سواء على مستوى الشكل والهيكله او على مستوى التأليف له خصوصية بارزة، حيث يشمل المركز



القاضي المقيم مكاتب مقسمة حسب الاختصاص، وتتألف الأقسام المذكورة من قاض أو أكثر وأعوان وأعاون لكتابة الضبط أو الكتابة. رجوعاً إلى فلسفة المشرع الرامية إلى مدى الإسهام في تقريب القضاء من المواطنين إلى أن المشرع أنشأ قضاء القرب ليعوض به محاكم الجماعات والمقاطعات لكنه لم يضيف عليه صفة المحكمة بل مجرد أقسام تابعة للمحاكم الابتدائية ومراكز القضاة المقيمين، في نفس النهج اصدر المشرع بتاريخ 17 غشت 2011 ظهيراً تم بمقتضاه الأمر بتنفيذ القانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب و تحديد اختصاصاته. كما يمكن لهذا النوع من القضاء عقد جلسات تنقلية بإحدى الجماعات الواقعة بدائرة النفوذ الترابي لقسم قضاء القرب للبت في القضايا التي تدخل في اختصاصات هذا الأخير. شكلاً يقوم المركز على جناحين الرئاسة والنيابة العامة، تتألف الرئاسة من القسم الإداري و الصندوق، قضاء القرب والمدني، قسم قضاء الأسرة، ومكتب الحالة المدنية، ومكتب التبليغات القضائية، قسم التبليغ والتحصيل (التنفيذ الزجري)، وقسم التنفيذ المدني، والقسم المدني والعقار، القسم الجنحي، ومكتب النسخ، مكتب زواج القاصر، التوثيق والأرشيف.

أما بخصوص جناح النيابة العامة التابع للسلطة القضائية مما عزز استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، جناح مستقل بهيئته استقلالاً دستورياً ومؤسسياً بعدما كان مجرد مهمة تحت سلطة وزارة العدل، يعتبر جناح النيابة العامة كطرف في الدعوة العمومية، متشعب هو الآخر إلا أن له خصوصية، فيتكون داخل المركز القاضي المقيم بالحاجب من قسم إداري وشعبة الشكايات وشعبة المحاضر، شعبة الاستئنافات، شعبة



الحالة المدنية، شعبة السير بمحاضرها، مع تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية والاكراهات البدنية في الديون العمومية والديون الخاصة حسب المستجدات القانونية، إلا أن لقضايا الضرب والجرح السبق من بين القضايا التي تروج على مستوى المركز. إلا أن تحقيق الهدف المنشود رهين بتضافر الجهود بين مختلف السلط والأجهزة في جو من التعاون والتضامن.

الفقرة الثانية: المسطرة والاختصاص لدى مركز القاضي المقيم

وضع المشرع قواعد مشتركة بين الاختصاص والمسطرة يمكن تلخيصها في تطبيق القانون المتعلق بقضاء القرب ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، وتطبيق قانون المسطرة المدنية والجنائية ما لم تكن مخالفة لأحكام قضاء القرب. وبخصوص المجانية تتميز هذه المحاكم بالإعفاء من جميع الرسوم القضايا وبصفة قانونية دون ضرورة تقديم طلب لذلك، والهدف هو فسخ المجال لحماية الحقوق التي تعرضت للضرر حتى ولو كانت قيمتها بسيطة، وتشمل هذه المجانية مرحلة التقاضي أمام قضاء القرب، وأيضا أمام المحكمة الابتدائية في حالة تقديم طلب إلغاء الحكم أمام رئيس المحكمة الابتدائية. في حين أن مبدأ الشفوية والعلنية تنظر فيه أقسام قضاء القرب في قضايا بسيطة لا تتطلب إجراءات قضائية معقدة من أجل البث فيها كما أن قيمتها زهيدة، لذا خصها المشرع بالشفوية في المسطرة، بحيث يعفى الأطراف تقديم دفوعاتهم بواسطة مقالات أو مذكرات مكتوبة بل يكفي أن يتم ذلك بصفة شفاهية وهذه الشفوية تتخذ مظهرين هما؛ عند رفع الدعوى بحيث يقدم المقال كتابة أو بصفة شفاهية، فيتولى كاتب الضبط تلقي تصريحات المدعي ويعمل على تدوينها في



محضر يتضمن الموضوع والأسباب المثارة نموذج معد لهذه الغاية ويوقعه مع المدعي. وتطبيق الشفاهية خلال مراحل الدعوى. بالإضافة إلى مبدأ الشفوية خص المشرع هذه المحاكم بمبدأ العلنية في الجلسات وهذا راجع كذلك إلى نوعية القضايا التي تنظر فيها تضم القضايا الشخصية والمنقولة وقضايا جنائية بسيطة لا ترقى إلى مبدأ السرية، على خلاف المحاكم الأخرى التي يمكن لها أن تعقد جلساتها بشكل سري متى تعلقت بالنظام العام وقضايا الأسرة. ومن ناحية أخرى الاختصاص والمسطرة في القضايا المدنية، يمكن تلخيصها حسب المواد من 10 إلى 13 كالاتي: حيث يختص قاضي القرب نوعيا بالنظر في الدعاوى الشخصية وهي التي يكون الغاية من وراءها الحصول على منقول والتي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم. وللإشارة فإن الدعوى المتعلقة بالأسرة والعقار والقضايا الاجتماعية والإفراغات تخرج عن اختصاصه، وتجدر الإشارة إلى أن الاختصاص والمسطرة في المخالفات يمكن أن نلخصها انطلاقا من المواد 14 إلى 18. وبخصوص المخالفات البسيطة والتي تختلف فيها العقوبة حسب درجتها تكون من اختصاص القاضي المقيم، وقد رفع المشرع من مبلغ الغرامة إذ يمكن للقاضي أن يقضي بغرامة تصل إلى ألف ومائتين درهم، وأعطى المشرع للقاضي المقيم البت في الدعوى المدنية التابعة بناء على طلب المتضرر على أن لا يتعدى مبلغ التعويض خمسة آلاف درهم، وإذا تبين للقاضي المقيم أن الفعل المنسوب يخرج عن اختصاصه أحال الملف على النيابة العامة لتحيله من جديد على المحكمة المختصة، في نفس الصدد ظل المشرع وفيا للمبدأ الذي كان ساري المعمول به في الإجراءات المتعلقة بالمسؤولين عن الجهات والمقاطعات وبهذا ظلت السلطة المحلية هي المكلفة بالتبليغ والتنفيذ.



خاتمة:

و في الختام، لن نجزم في تقييم هذه التجربة في حين انه يمكن تبيان مكامن الخلل واستدراك المعوقات، أملا في حسن سير عمل المراكز على مستوى المملكة، مع تنفيذ مقتضيات قانون قضاء القرب وتطبيقه تطبيقا سليما، أما بخصوص إثقال كاهل المركز بالقضايا فإن إحداث محكمة ابتدائية بإقليم الحاجب خطوة يحسب لها لتسهيل الولوجية كمبدأ يقوم عليه التنظيم القضائي، ولم يسلم المركز هو الآخر من الانتقادات التي نستحضر منها افتقاده للتطبيق الإلكتروني، وغياب لرئيس مصلحة كتابة الضبط، كما الشأن بالنسبة لرئيس مصلحة كتابة النيابة العامة بالإضافة إلى شعبة التقديم لانعدام بنيتها التحتية، ومشكل التنفيذ العسير الذي يبقى عالقا، مما يعطل سير العمل القضائي بشكله المتطلب، ويشكل عبا على الموظفين من جهة ويزيد من عرقلة التسيير الإداري ويؤخر مسطرة التسريع من جهة ثانية، وهو ما يتنافى مع تكريس مفهوم تقريب القضاء من المواطن على أساس أن العدالة في خدمة المواطنين في ظل دولة الحق والقانون.

تم بحمد الله وقوته



08	كلمة افتتاحية للعدد:
	ذ. محمد قاسمي
	مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية:
10	المضاربة المشتركة وتطبيقاتها في البنوك التشاركية
	ذ. إبراهيم والعيز
25	القيمة القانونية للدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية
	ذ. صدراتي نبيلة
45	الحماية الدولية للعلامة التجارية في ضوء الاتفاقيات الدولية
	ذ. عبد اللطيف السوفري
79	النظام القانوني للاسترجاع في ضوء قانون الجنسية المغربي
	ذ. محمد قاسمي
88	الضمانات العينية المخولة للبنك مانح الإئتمان في ضوء القانون المغربي
	ذ. مصطفى النسيوي



139	تشخيص واقع الملك الغابوي بين ضرورة الإصلاح ومتطلبات التنمية
	ذة. فضيلة لكزولي
158	قراءة في جريمة الابادة الجماعية على ضوء اتفاقية 1948
	ذ. عبد الواحد العزاري

مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية:

176	Le mensonge on droit penal des affaires
	Dr sofian Nouali

تقارير لتدريبات ميدانية:

191	تقرير حول تدريب ميداني لدا مركز القاضي المقيم بإقليم الحاجب
	ذة. فاطمة الزهراء مخام



مجلة قانونية علمية محكمة إلكترونية - X 603 - 2550 ISSN :



العدد التاسع - دجنبر 2018م

مجلة الباحث

للدراسات القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة إلكترونية شهرية
تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والقضائية
والمستجدات الحقوقية في الساحة الوطنية والعربية

المدير المسؤول:

ذ محمد قاسمي



fb/majalatlbahit



majalatlbahit@gmail.com



www.essdroit.com

جميع حقوق النشر محفوظة © 2018