



UNIVERSITE MOHAMMED V de RABAT
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Agdal

MOHAMMED V UNIVERSITY of RABAT
Faculty of Law, Economics and Social Sciences-Agdal

Cahiers de la Recherche

Droit public, Sciences Politiques
et Droit Privé

Journal of Research Papers

Public Law, Political Sciences
and Private Law

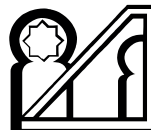
N°: 05/2022

fsjes-agdal.um5.ac.ma



Université Mohammed V - Rabat

**Faculté des Sciences Juridiques,
Economiques et Sociales - Agdal**



CAHIERS DE LA RECHERCHE

JOURNAL OF RESEARCH PAPERS

**SERIE
DROIT PUBLIC & SCIENCES POLITIQUES ET
DROIT PRIVE**

N° 05 / 2022

fsjes-agdal.um5.ac.ma

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

Titre de la Revue : CAHIERS DE LA RECHERCHE

Edition : 2022

Dépot Légal : 2022PE0024

ISSN : 2820-705X

Impression : Communication de la ville

email : com2ville@gmail.com

Cahiers de la Recherche

Revue éditée par

**La Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales
Agdal- Rabat**

Directeur : Pr. Farid El Bacha, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Agdal- Rabat

Coordonnateur : Pr. Abdelaziz Laaroussi, Vice-doyen chargé de la Recherche Scientifique, du Partenariat et de la Coopération

Comités de lecture et d'évaluation :

Département de droit public et sciences politiques:

Pr. Boujemaa BOUAZZAOUI, FSJES-AGDAL
Pr. Amina EL MESSAOUDI, FSJES-AGDAL
Pr. Ahmed BOUJDAD, FSJES-AGDAL
Pr. Abderrahim EL MANAR ESSLIMI, FSJES-AGDAL
Pr. Hassane EL ARAFI, FSJES-AGDAL
Pr. Abdelilah EL ABDI, FSJES-AGDAL
Pr. Naoual BENSLIMANE, FSJES-AGDAL
Pr. Jaouad ENNOUHI, FSJES-AGDAL
Pr. Abdelaziz LAAROUSSI, FSJES-AGDAL

Département de Droit Privé :

Pr. Allal FALI, FSJES-AGDAL
Pr. Latifa EL MAHDATI, FSJES-AGDAL
Pr. Samira KAMILI, FSJES-AGDAL
Pr. Salma EL HASSANI SBAI, FSJES-AGDAL
Pr. Aida LFERKLI, FSJES-AGDAL
Pr. Zahira FOUNTIR, FSJES-AGDAL

ADMINISTRATION

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

Abonnement annuel (2 numéros)

Maroc140 DH
Etranger140 DH + port Vente
directe, tarif étudiant...50 DH le numéro

Modes de paiement : Espèces ou virement bancaire à la Trésorerie Générale du Royaume

au Compte n° 40220

**FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES,
ECONOMIQUES ET SOCIALES**

B.P.721, Agdal -Rabat

Sommaire

DROIT PUBLIC ET SCIENCES POLITIQUES

LA VACANCE POUR CUMUL DU MANDAT PARLEMENTAIRE AVEC L'EXERCICE D'UNE FONCTION PUBLIQUE NON ELECTIVE AU MAROC

Younès BEN-LARBI 11

DROIT PRIVE

PROCÉDURE COLLECTIVE SANS ISSUE FAVORABLE AUX SALARIÉS

Omar EL AYACHI 37

ADHÉSION DU MAROC À L'OHADA : ENTRE RÉALITÉ, DÉFIS ET PERSPECTIVES

Fatima Ezzahra EL KHATTABI

Rachid BAHLOULA

Abdollah KOURAICHI 65

DE LA DURABILITÉ À LA CO-VIABILITÉ DES SYSTÈMES SOCIO- ÉCOLOGIQUES : VERS L'INVENTION D'UN DROIT POST-MODERNE DANS L'ESPACE COLLECTIF AU MAROC

Rabiaa Bourhim 83

ÉTAT, GESTION DES RISQUES ET DÉVELOPPEMENT

Soukaina BERKCHI 109

المجلة
البيروتية

**DROIT PUBLIC ET SCIENCES
POLITIQUES**

LA VACANCE POUR CUMUL DU MANDAT PARLEMENTAIRE AVEC L'EXERCICE D'UNE FONCTION PUBLIQUE NON ELECTIVE AU MAROC

Younès BEN-LARBI, Doctorant, UM5-Rabat, FSJES, Agdal

La vacance désigne le « *temps pendant lequel un mandat ou une fonction sont dépourvus de titulaire* »¹. En droit parlementaire, cela signifie que l'élu n'est plus en mesure d'occuper le siège pour lequel il s'est porté candidat, du fait de son incapacité, d'une volonté personnelle ou d'un manquement à son statut ou de son endossement d'une responsabilité publique. La perte de la qualité de siéger qui en résulte crée une situation d'absence que seule une décision du juge constitutionnel peut constater. En effet, ce dernier est appelé à prononcer la vacance du siège, dès lors que l'une des causes de celle-ci est attestée par les preuves motivant sa saisine. A ce titre, l'objet d'une demande en déclaration de vacance peut être le décès d'un membre du Parlement², sa démission volontaire³, sa démission de plein droit⁴ ou sa désignation pour assumer une fonction publique non élective⁵. C'est ce qui débouche généralement sur l'application d'une procédure de remplacement pour pourvoir au siège vacant comme l'énoncent les lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement : «... *le candidat venant immédiatement après le dernier élu sur la même liste de candidatures concernée est appelé par décision de l'autorité*

¹ Catherine PUIGELIER, DICTIONNAIRE JURIDIQUE, 2e Edition, 2017, Larcier, Paradigme, p. 1304.

² On peut citer comme illustration, la décision n° 111/20 du 4 Janvier 2021 par laquelle la Cour constitutionnelle déclare la vacance du siège occupé par Feu le représentant Mustafa AL MOKHTAR.

³ L'exemple que l'on peut donner est celui de la démission du représentant Miloud CHAABI et dont la décision n° 949/2014 du 23 Décembre 2014 acte la vacance de son siège.

⁴ On peut mettre en évidence la démission de plein droit du représentant Abdesalam EL BAKOURI en raison du constat d'une situation d'incompatibilité avec sa qualité de parlementaire, ayant cumulé ce mandat national avec la présidence d'un conseil de commune et d'un groupement de collectivités territoriales (Décision n° 91/19 du 3 Avril 2019).

⁵ La décision n° 935/2014 du 4 Mars 2014 fournit le principal exemple en la matière.

chargée de recevoir les déclarations de candidature à occuper le siège vacant, [dès lors qu'il] continue à remplir les conditions d'éligibilité requises pour être membre de la Chambre»⁶.

«L'exercice de toute fonction publique non élective, à l'exception des fonctions gouvernementales, dans les services de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics est incompatible avec le mandat de membre de la Chambre des représentants»⁷. C'est ainsi que s'énonçait l'article 12 (1er al.) de la loi organique n° 31-97 relative à la Chambre des représentants de 1997 et dont il découle le possible cumul entre la qualité de parlementaire et celle de membre du Gouvernement. Cependant, si l'exception qui s'y exprime intègre les responsabilités ministérielles comme élément définitionnel de la notion de fonction publique non élective, elle n'induit pas la soumission exclusive et automatique au statut général de 1958⁸. S'ensuit l'idée selon laquelle le droit au détachement garanti aux parlementaires en situation d'incompatibilité doit être perçu comme un moyen de régularisation du cumul engendré chaque fois que la nature de la responsabilité endossée le permet. La notion de fonction publique non élective, en faisant référence aux services de l'Etat, admet également les titulaires du statut d'agent d'autorité en son sein et implique leur incompatibilité avec le mandat représentatif lorsque cette qualité est acquise en cours de législature. En somme, la nomination, par Dahir, par le Chef de l'Etat constitue un critère non négligeable dans l'appréciation de l'interdiction du cumul et dont l'invocation jurisprudentielle s'est renforcée avec la mise en œuvre de la Constitution de 2011.

En effet, la Constitution du 29 Juillet 2011 entend consacrer la parlementarisation du régime politique marocain à travers la promotion des

⁶ C'est ce qui découle des dispositions des articles 90 (1er al.) de la loi organique relative à la Chambre des représentants et 91 (1er al.) de la loi organique relative à la Chambre des conseillers.

⁷ L'énoncé des dispositions de l'article 12 de la loi organique n° 31-97 relative à la Chambre des représentants est identique à ce qui est prévu par l'article 16 de la loi organique n° 32-97 relative à la Chambre des conseillers.

⁸ On fait référence, ici, au Dahir n° 1.58.008 du 4 Chaabane 1377 (24 Février 1958) portant Statut Général de la Fonction Publique tel qu'il a été modifié et complété.

principes de séparation, d'équilibre et de collaboration des pouvoirs⁹. La transformation statutaire des membres du Gouvernement comme fonctionnant au sein d'un pouvoir exécutif, implique l'interdiction du cumul du mandat parlementaire avec l'endossement d'une responsabilité ministérielle. Autrement dit, il s'agit d'élargir le champ d'application des incompatibilités en levant l'exception énoncée par l'article 12 précité afin de «réaliser une véritable séparation des fonctions et d'assurer à la séparation des pouvoirs une réalité organique»¹⁰. C'est ce qu'énonce, désormais, les dispositions de l'article 14 (1er al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants¹¹ en faisant de l'incompatibilité ministérielle le nouveau cas de limitation du cumul du mandat parlementaire avec l'exercice de fonctions publiques non électives. Or, l'énoncé concerne particulièrement le statut parlementaire¹², ce qui ne couvre pas naturellement les règles régissant la condition de membre du Gouvernement à laquelle le pouvoir constituant a réservé une autre loi organique comme indiqué par l'article 87 (dernier al.) de la Constitution¹³. Ainsi, l'article 32 (1er al.) de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres¹⁴ dispose de l'incompatibilité de la qualité de parlementaire sous réserve de l'investiture

⁹ L'article 1 (2e al.) de la Constitution marocaine du 29 Juillet 2011 énonce que «Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes».

¹⁰ Damien CONNIL, «A propos de l'article 23 de la Constitution, fonctions et dysfonctions d'une disposition constitutionnelle», Revue Française de Droit Constitutionnel, 2012/4, n° 99, p. 737.

¹¹ L'article 14 (1er al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants dispose que «Le mandat de membre de la Chambre des représentants est incompatible avec la qualité de membre du Gouvernement». L'article 15 (1er al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers prévoit le même énoncé.

¹² Il s'agit des articles 62 (3e al.) et 63 (3e al.) de la Constitution de 2011 qui réservent respectivement à deux lois organiques distinctes la définition du nombre de parlementaires à élire au niveau de chaque Chambre, le régime électoral, les conditions d'éligibilité, les cas d'incompatibilité, les règles de limitation du cumul du mandat...

¹³ L'article 87 (dernier al.) de la Constitution de 2011 dispose qu'une loi organique «détermine également les cas d'incompatibilité avec la fonction gouvernementale, les règles relatives à la limitation du cumul des fonctions, ainsi que celles régissant l'expédition des affaires courantes par le Gouvernement dont il a été mis fin aux fonctions».

¹⁴ Dahir n° 1-15-33 du 28 Joumada 1 1436 (19 Mars 2015) portant promulgation de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres, tel que publié au Bulletin officiel n° 6348 du 2 Avril 2015.

du Gouvernement constitué¹⁵. Ceci dit, quelle loi organique s'appliquera en cas de cumul ?

Quant à l'exercice d'une fonction publique non électorale dans les services de l'Etat, il est pertinent de le lier aux dispositions de l'article 49 de la norme fondamentale de 2011. Celles-ci définissent les questions et textes délibérés en Conseil des ministres parmi lesquels on distingue «*La nomination, sur proposition du Chef du Gouvernement et à l'initiative du ministre concerné, aux emplois civils*» de Walis et Gouverneurs¹⁶. Si être titulaire de ce statut est une cause d'inéligibilité aux deux Chambres du Parlement¹⁷, la désignation pour assumer cette fonction en cours de mandat génère une situation d'incompatibilité à l'issue de laquelle le juge constitutionnel déclare la vacance du siège. A l'heure actuelle, une seule décision a été rendue dans ce sens et dont l'analyse sera utile pour vérifier le lien établi entre l'article 49 de la Constitution et l'article 15 (3e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers¹⁸. Cette vérification est également valable pour comprendre la relation systémique qui existe entre les différentes normes applicables aux incompatibilités ministérielles, ainsi que leur mise en œuvre prétorienne.

Ainsi, c'est sur la base de la jurisprudence constitutionnelle développée depuis les élections du 25 Novembre 2011 que la réflexion suivante a été construite. L'objectif qu'elle vise est de comprendre comment le juge constitutionnel applique le régime juridique des incompatibilités à l'exercice de fonctions publiques non électives. L'analyse se limitera aux situations dans lesquelles le prononcé de la vacance du siège parlementaire se présente comme la seule sanction à la violation des règles de non cumul du statut d'élu de la Nation avec

¹⁵ L'article 35 de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres dispose que «*Tout membre du Gouvernement, qui se trouve dans l'un des cas d'incompatibilité prévus par les dispositions du présent chapitre, doit régulariser sa situation dans un délai n'excédant pas soixante (60) jours à compter de la date d'investiture du Gouvernement par la Chambre des représentants ou de la date de nomination du membre du Gouvernement concerné, selon le cas*».

¹⁶ C'est ce qui découle du dernier point de l'article 49 de la Constitution de 2011.

¹⁷ C'est ce que prévoient les dispositions des articles 8 de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants et 9 de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

¹⁸ Il s'agit de la Décision n° 935/2014 du 4 Mars 2014.

l'endossement d'une responsabilité au sein de l'exécutif ou pour le compte de ses démembrements. Pour ce faire, il convient de distinguer les décisions rendues à la suite de la nomination de parlementaires au Gouvernement (I) et celles prononcées en marge d'une désignation pour assumer une fonction publique dans les services de l'Etat (II).

I - LA NOMINATION AU GOUVERNEMENT :

La nomination au Gouvernement est le fait de deux situations distinctes : la constitution d'une nouvelle équipe ministérielle ou son remaniement pour le remplacement de membres sortants ou l'entrée d'autres figures. L'incompatibilité établie entre l'exercice du mandat parlementaire et le statut de membre du Gouvernement peut s'appréhender selon deux approches conséquentialistes différentes : l'une qui considère l'effet de l'interdiction du cumul des fonctions comme absolu et l'autre qui postule la relativité de celui-ci. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle reflète la première approche qui, s'appuyant exclusivement sur les dispositions des lois organiques du Parlement, reconnaît à la sanction des incompatibilités des conséquences immédiates formalisées dans la déclaration de la vacance du siège et l'application d'une procédure de remplacement. C'est ce que n'écarte pas la seconde approche, mais en diffère les effets jusqu'à l'investiture du Gouvernement conformément aux dispositions de l'article 35 de la loi organique relative au Gouvernement. D'ailleurs, elle valide l'immédiateté de l'effet de l'incompatibilité en cas de remaniement, ce que les décisions du juge constitutionnel n'ont pas mis en évidence. L'inapplication des règles spéciales apportées par la loi organique relative au Gouvernement par la Cour constitutionnelle induit l'hypothèse de la non-incidence du nouveau statut acquis par le parlementaire sur l'affirmation de son incompatibilité (B) et consolide l'idée de la suffisance de son fait générateur pour acter ses résultats (A).

A- La suffisance du fait générateur :

«Lorsqu'un représentant [ou conseiller] est nommé membre du Gouvernement, la Cour constitutionnelle, sur demande du Président de la Chambre des représentants [ou des conseillers], déclare, dans un délai d'un mois, la vacance du siège»¹⁹. Telle est la disposition juridique à laquelle s'est référé le Conseil constitutionnel, pendant l'exercice de ses missions transitoires, pour statuer sur le constat d'une situation d'incompatibilité entre le mandat représentatif et la qualité de membre du Gouvernement. La signification qui s'en dégage présente l'impératif de ne pas cumuler la double appartenance au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. N'ayant plus le statut pour siéger en Chambres, les parlementaires nommés ministres restent dans l'attente du prononcé officialisant la fin de leur mandat préalablement actée de fait. C'est dire que l'incompatibilité s'envisage comme un «*effort imposé*»²⁰ qui, découlant de l'acceptation de la responsabilité gouvernementale, exclut tout retour automatique au Parlement en cas de cessation des fonctions ministérielles²¹. D'ailleurs, la décision de vacance est définitive, revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée, à moins que l'intéressé se trouve concerné par une annulation postérieure de son scrutin, entraînant la suspension de la procédure de remplacement préalablement ordonnée au profit d'élections partielles²².

Quoi qu'il en soit, la nomination au Gouvernement est un fait générateur d'une situation d'incompatibilité que le juge constitutionnel règle mécaniquement. Les trois décisions rendues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement

¹⁹ C'est ce que disposent les lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement, respectivement dans leurs articles 14 (2e al.) et 15 (2e al.).

²⁰ Damien CONNIL, *ibid.*, pp. 743-744.

²¹ Dans sa décision n° 817/2011 du 13 Octobre 2011, le Conseil constitutionnel déclare non conforme à la Constitution la dernière partie du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants qui prévoit que «*L'intéressé récupère de plein droit sa qualité de représentant, selon les mêmes modalités, au titre du mandat concerné dans un délai d'un mois à compter de la date de la déclaration de la fin de ses fonctions gouvernementales, à moins qu'il ne soit pourvu au siège vacant par voie d'élections partielles, en raison de l'impossibilité d'application de la procédure de remplacement prévue par la présente loi organique*».

²² C'est ce qui ressort de l'étude comparée des décisions n° 827/2012 du 19 Janvier 2012 et n° 856/2012 du 13 Juin 2012.

et au statut de ses membres le 2 Avril 2015²³ reflètent l'application directe des dispositions de l'article 14 (1er et 2e al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants. Cependant, les syllogismes conduits ne sont identiques qu'à raison du constat, par référence au Dahir de nomination, de l'incompatibilité avec le mandat parlementaire. Certes, la déclaration de la vacance des sièges est prononcée dans les dispositifs finaux, mais la construction de la motivation permet d'observer des variantes. Si la décision n° 828/2012 du 19 Janvier 2012 exige une analyse séparée du fait de son particularisme formel et substantiel, les décisions n° 827/2012 du 19 Janvier 2012 et n° 926/2013 du 7 Novembre 2013 peuvent illustrer cette conclusion. Ainsi, à la différence du raisonnement poursuivi dans le premier prononcé de 2012, le Conseil constitutionnel se limite au seul établissement du cumul sans en déduire la vacance des sièges dans ses motifs au fond de la décision de 2013. La justification du recours à l'article 14 précité semble donc, suffisamment déterminée par l'invocation de la nomination royale des parlementaires concernés au Gouvernement et ne nécessite pas sa validation par la mise en évidence de l'effet produit comme peut le démontrer le dernier considérant de la décision n° 827/2012 : *«Considérant que, suite à cela, il s'impose de déclarer vacants les sièges qu'ils occupaient au sein de ladite Chambre»*²⁴.

Toutefois, la décision n° 828/2012 du 19 Janvier 2012 constitue un cas d'études très intéressant à analyser du point de vue de sa structure et de son raisonnement. En effet, saisi par le Président de la Chambre des représentants dans le but de constater la déchéance du parlementaire Abdelaziz AKHANNOUCH à la suite de l'annonce, relayée par un média officiel le 1er Janvier 2012, de sa démission du parti au nom duquel il s'est porté candidat aux élections législatives, le Conseil constitutionnel fait le choix de modifier l'objet de la requête qui lui a été soumise. S'ensuit, la requalification de cette demande en déchéance en une déclaration de vacance du siège à raison d'une

²³ Il s'agit des décisions n° 827/2012 et n° 828/2012 du 19 Janvier 2012 ainsi que de la décision n° 926/2013 du 7 Novembre 2013.

²⁴ Il s'agit d'une traduction non officielle réalisée par nos soins.

situation d'incompatibilité survenue en cours de mandat. Or, peut-on remarquer que la nomination au Gouvernement du représentant intéressé n'est intervenue qu'ultérieurement, constitutive d'une situation nouvelle portant des conséquences différentes. D'où l'interrogation de savoir si le juge constitutionnel pouvait statuer *ultra petita* et comment il parvient à tenir compte du changement des circonstances ?

Répondre au premier questionnement appellerait d'importants développements au sujet de la distinction du droit et du fait en matière de justice constitutionnelle au Maroc. Tout au plus, est-il possible de relever que la jurisprudence constitutionnelle nationale met en évidence quelques cas où la solution de l'affaire impose d'élargir le raisonnement au-delà des prétentions des requérants, soit pour ne pas statuer en-deçà de l'objet de la saisine, soit dans le but de mettre en évidence de nouvelles données révélées en cours d'instruction. Le Conseil constitutionnel opte pour la seconde option afin d'ajuster le droit applicable au fait existant, à savoir la nomination de Abdelaziz AKHANNOUCH comme ministre de l'agriculture et de la pêche maritime. Ceci étant, il convient d'examiner les fondements juridiques à l'origine de la déclaration de la vacance du siège de ce dernier, non pas à raison de sa déchéance de son mandat, mais au regard de l'incompatibilité de son nouveau statut de membre du Gouvernement avec son ancienne qualité de parlementaire :

- ***D'une part***, le Conseil constitutionnel considère *«qu'indépendamment de la question de la démission de Monsieur Abdelaziz AKHANNOUCH du parti auquel il appartient et dont le Conseil constitutionnel n'a reçu, en accompagnement de la lettre de Monsieur le Président de la Chambre des représentants susmentionnée, qu'une coupure de presse publiée par l'«Agence Maroc Arabe Presse», il ne peut l'adopter pour fonder la mise en œuvre de ce qu'énonce le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution [...], d'autant plus que son deuxième alinéa exige, pour que la Cour constitutionnelle puisse déclarer la vacance du siège du Parlementaire auquel s'applique le cas de déchéance, que la question lui soit soumise par*

le Président de la Chambre concernée conformément aux dispositions de son règlement intérieur fixant à la fois le délai et la procédure de transmission à la Cour et qui visent particulièrement à entourer la déchéance, considérée comme sanction, des garanties nécessaires, inexistantes au moment de la saisine»²⁵.

- **D'autre part**, le Conseil constitutionnel se réfère aux dispositions de l'article 14 (1er et 2e al.) de la loi organique relative à la Chambre des représentants pour observer que la déclaration de la vacance, qu'elle résulte d'un cas de déchéance ou d'incompatibilité, exige que le Président de la Chambre puisse en soumettre la question au juge constitutionnel. Il s'en dégage l'expression d'un impératif implicite au terme duquel la Cour constitutionnelle donne suite aux demandes qui lui sont adressées en matière parlementaire quel que soit le changement des circonstances de fait. A juste titre, la conclusion du syllogisme conduit confirme cette interprétation puisqu'elle se forme à la lumière de ce qui est et non de ce qui devrait être : *«Considérant qu'en tous les cas, Monsieur Abdelaziz AKHNNOUCH se trouve, aujourd'hui, au vu de sa nomination membre du Gouvernement, dans une situation qui exige du Conseil constitutionnel de prononcer la vacance du siège qu'il occupait à la Chambre des représentants»²⁶.*

De ce qui précède, le juge constitutionnel choisit de mettre en œuvre les dispositions relatives aux incompatibilités dans le but de garantir la protection du mandat représentatif contre tout acte qui aurait pour conséquence la réduction de son indépendance par rapport au pouvoir exécutif. La disparition de la figure du ministre-parlementaire est donc assurée par la promotion jurisprudentielle de la conception organique de la séparation des pouvoirs, mais comment s'exerce-t-elle du point de vue du statut gouvernemental ? Est-ce que

²⁵ Il s'agit d'une traduction partielle et non-officielle du considérant n° 2 de la décision n° 828/2012 du 19 Janvier 2012.

²⁶ Il s'agit d'une traduction non officielle réalisée par nos soins.

le juge constitutionnel se porte garant des droits et obligations découlant de la qualité de membre de l'équipe ministérielle ?

B- La non incidence du nouveau statut acquis :

L'entrée en vigueur le 2 Avril 2015 de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres²⁷ apporte un complément à l'application du régime juridique des incompatibilités. Consacrant dans son article 32 le non cumul entre la qualité de membre du Gouvernement et l'exercice du mandat parlementaire, elle conditionne temporellement la sanction de sa transgression. L'article 35 de cette loi organique assujettit l'appréciation de l'incompatibilité supposée à l'effectivité des fonctions ministérielles. S'il diffère l'obligation de prononcer la vacance jusqu'à l'investiture du Gouvernement constitué, le remaniement de ses membres ne produit pas les mêmes effets en la matière. Directes, les nouvelles entrées au sein de l'équipe ministérielle ne sont pas conditionnées par un vote de confiance et peuvent commencer à exercer leurs responsabilités à la date de leur nomination. Dans cette perspective, les conséquences de l'incompatibilité des parlementaires nommés ministres peuvent être médiates ou immédiates selon le contexte de leur accession au Gouvernement. C'est ainsi que s'exprime la portée de cette disposition et dont la mise en œuvre doit servir d'éclairage temporel, voire même d'infléchissement, aux consécutions absolues des articles 14 et 15 des lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement. D'ailleurs, le juge constitutionnel est seul compétent pour pratiquer l'interprétation systémique qui semble s'esquisser de fait pour établir l'incompatibilité avec le mandat parlementaire et en acter les résultats, mais est-ce le raisonnement retenu par la jurisprudence ? L'effet des décisions rendues est-il modulé dans le temps ?

²⁷ La loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres a été publiée au Bulletin officiel n° 6348 du 2 Avril 2015.

L'étude des trois prononcés rendus depuis la promulgation de la loi organique régissant le statut du Gouvernement²⁸ confirme l'inapplication de son article 35 précédemment évoqué. Celui-ci dispose que « *Tout membre du Gouvernement, qui se trouve dans l'un des cas d'incompatibilité prévus par les dispositions du présent chapitre, doit régulariser sa situation dans un délai n'excédant pas soixante (60) jours à compter de la date d'investiture du Gouvernement par la Chambre des représentants ou de la date de nomination du membre du Gouvernement concerné, selon les cas* ». Dès lors, est-il permis de remarquer que si la décision rendue par la Cour constitutionnelle le 12 Avril 2017 méconnaît le premier fragment de cet article, l'objet des deux prononcés rendus par le Conseil constitutionnel le 9 Juin 2015 entre dans le champ d'application de son deuxième fragment. Or, dans les deux cas, le juge constitutionnel choisit de faire prévaloir l'immédiateté de la sanction prévue par les lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement. Cela revient à soutenir la thèse selon laquelle le parlementaire nommé au Gouvernement serait, en tout état de cause, dans une situation d'incompatibilité qui porte atteinte au mandat représentatif détenu par la volonté des électeurs, d'où la priorité donnée à la disparition du statut ancien au détriment de la régularisation de la nouvelle condition acquise. Ceci étant, l'analyse de la jurisprudence développée a pour principal intérêt la compréhension des déterminants de l'incompatibilité, ainsi que l'identification prétorienne de la notion de Gouvernement.

Partant, l'analyse des deux décisions du 9 Juin 2015 révèle l'absence d'une référence expresse aux dispositions de l'article 35 précité. Le Conseil constitutionnel statue pour donner suite aux demandes qui, adressées par les Présidents des deux Chambres, tendent à faire prononcer la vacance des sièges occupés par des parlementaires désignés pour assumer des responsabilités ministérielles. S'il s'appuie exclusivement sur les articles 14 (1er et 2e al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants²⁹

²⁸ Ce sont les décisions n° 963/2015 et n° 964/2015 du 9 Juin 2015 ainsi que la décision n° 02/17 du 12 Avril 2017.

²⁹ C'est ce que met en évidence le premier considérant de la décision n° 963/2015 précitée.

et 15 (1er et 2e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers³⁰, c'est la consultation du Dahir de nomination qui permet au juge constitutionnel d'établir le cumul et de conclure à la vacance des sièges³¹. Toutefois, l'application stricte de ces règles juridiques admet la présentation de deux observations distinctes :

- L'incapacité de faire appliquer la procédure de remplacement nécessaire pour pourvoir au siège vacant s'est justifiée dans le troisième considérant de la décision n° 964/2015, par la mise en œuvre des mesures constitutionnelles transitoires : d'une part, la référence à l'article 180 de la norme fondamentale abrogeant l'ancienne Constitution du 7 Octobre 1996 lui fait perdre logiquement son existence juridique et implique l'impossibilité de ressusciter ses énoncés, d'y recourir ou de les mettre en œuvre. D'autre part, l'invocation de l'article 176 de la Constitution de 2011 permet de souligner que la garantie de la continuité de la Chambre des conseillers ne peut se réaliser que dans la limite du nombre initial de parlementaires désignés pour la composer, soit selon les règles prescrites par la norme fondamentale antérieure. Ainsi, la priorité pour le juge constitutionnel semble être orientée vers la considération du statut du parlementaire comme fondement du choix de la norme applicable en l'espèce, voire même de la définition de ses effets.

- L'absence de toute invocation de l'article 35 de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres a pour conséquence de ne pas s'intéresser à la temporalité de nomination au Gouvernement et aux causes qui y sont à l'origine. Le Conseil constitutionnel s'abstient donc de distinguer entre les parlementaires nommés pour composer un nouveau Gouvernement et ceux désignés pour réorganiser l'équipe ministérielle ou pour remplacer les personnes qui en sortent. Cependant, cette distinction peut servir de critère formel pour la définition du texte applicable en cas d'incompatibilité, ce qui

³⁰ C'est ce qu'indique le premier considérant de la décision n° 964/2015 précitée.

³¹ C'est ce qu'affirment les considérants 1 à 3 de la décision n° 963/2015 et les considérants n° 1, 2 et 4 de la décision n° 964/2015 précitées.

est de nature à lever, de manière motivée, la prévalence des dispositions des lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement sur un éventuel recours systémique à l'article 35 précité. L'enjeu étant d'assurer l'application formelle du droit positif à la lumière de la signification acquise au moment de mettre en œuvre les normes qu'il produit tel que pourrait le suggérer, en théorie, la doctrine italienne du «*droit vivant*», pour laquelle «*la loi, entendue dans son interprétation jurisprudentielle [...], est une dimension du droit qui ne peut pas aujourd'hui être ignorée, dans la mesure où le droit lui-même est de plus en plus le produit de compromis multilatéraux entre positions politiques, idéales et sociales, qui sont parfois peu précis (c'est ce qu'on appelle les compromis lexicaux)*»³².

Quant à la décision n° 02/17 du 12 Avril 2017, elle conforte l'idée selon laquelle la sanction automatique des incompatibilités serait porteuse d'une conception négative de la pratique du pouvoir. La méconnaissance par la Cour constitutionnelle du statut du Gouvernement constitué implique, *a contrario*, l'entérinement d'une démarche tendant à prononcer la vacance du siège à partir de la seule identification de son fait générateur et nonobstant la transformation sur laquelle il débouche³³. La nomination de parlementaires au Gouvernement entraîne *ipso facto*, l'établissement d'une situation de cumul qui, considérée du seul point de vue formel, néglige le questionnement de son caractère fonctionnel supposé se conclure par une demande de régularisation³⁴. Si l'invocation, par la Cour constitutionnelle, de l'article 14 (1er et 2e al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants est linguistiquement valable en l'espèce, la référence à l'acte de nomination ne suffit pas pour lui faire attribuer le rôle d'un critère d'évaluation des résultats de

³² Gustavo ZAGREBELSKY, «*Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*», Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 22, Juin 2007.

URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-caracteres-realiste-et-concret-du-controle-de-constitutionnalite-des-lois-en-italie>

Consulté le : 8 Mars 2021.

³³ C'est ce qui se déduit de la lecture des considérants 2 et 3 de la décision n° 02/17 précitée.

³⁴ La lecture croisée de l'article 88 (3e al.) de la Constitution de 2011 et de l'article 35 de la loi organique n° 065.13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du Gouvernement et au statut de ses membres est nécessaire pour pratiquer une interprétation extensive de l'article 47 (2e al.) de la norme fondamentale.

l'incompatibilité qui sera déclarée³⁵. L'importance de mettre en œuvre l'article 35 de la loi organique n° 065.13 précitée, trouve à se justifier dans le contrôle d'opportunité qu'exigerait l'appréciation du but de la nomination pour décider de la date d'activation de la régularisation statutaire formulée³⁶. Le juge constitutionnel, en se refusant le recours à cette disposition organique spéciale s'improvise, malgré lui, auteur de trois effets latents différents :

- Organiquement, la suppression du droit du parlementaire nommé au Gouvernement, de choisir entre son nouveau statut ministériel et sa qualité de représentant de la Nation³⁷, au vu de son non bénéfice du temps de latence induit par son devoir de régularisation, préalable à sa jouissance pleine et entière de ses fonctions³⁸;
- Juridiquement, la priorité accordée à la protection du mandat représentatif débouche sur le rejet du principe selon lequel *«devant deux normes d'égale valeur, celle qui prévaut est naturellement la dernière»*³⁹;
- Conceptuellement, l'adoption d'une définition restrictive du Gouvernement qui, se désintéressant du rôle incontournable de l'investiture dans son existence juridique, a été rendue caduque depuis la promulgation de la Constitution de 1992⁴⁰.

Ainsi présentée, la vacance de siège constitue la solution prédéterminée à toute situation d'incompatibilité entre le statut parlementaire et la nomination au Gouvernement. Le juge constitutionnel, en se déclarant peu enclin à considérer

³⁵ La compréhension de l'effet juridique produit par la mise en œuvre de l'article 47 (2e al.) de la Constitution impose de situer cette application dans le temps présent lorsqu'elle constitue la suite logique de la désignation d'un nouveau Chef du Gouvernement (Article 47 (1er al.)) ou dans le passé récent lorsqu'elle intervient comme mesure dictée par le limogeage de ministres (Article 47 (3e al.)).

³⁶ Mohammed Amine BENABDALLAH, «*Sur la déclaration de vacance des sièges de parlementaires nommés membres du gouvernement*», REMALD, n° 134-135, Mai-Août 2017, p. 207.

³⁷ Le juge constitutionnel fait prévaloir l'énoncé des lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement, prévoyant que la Cour constitutionnelle «*déclare, dans un délai d'un mois, la vacance du siège*».

³⁸ Mohammed Amine BENABDALLAH, *ibid.*, pp. 207-208.

³⁹ Mohammed Amine BENABDALLAH, *ibid.*, p. 209.

⁴⁰ Younès BEN LARBI, Le pouvoir exécutif à travers les Constitutions marocaines : analyse diachronique de l'institution gouvernementale, Mémoire pour l'obtention du Master de droit public et de sciences politiques, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Rabat-Agdal, Année universitaire 2018-2019, pp. 32-35.

les conséquences résultant des normes qu'il met en œuvre, s'éloigne sensiblement du réalisme qui transparaissait dans certaines de ses décisions. Son refus de contextualiser les faits établissant l'incompatibilité, objet de ses saisines, est une marque supplémentaire de l'écart opéré. L'hypothèse qui reste à corroborer serait de considérer l'absence de ce réalisme comme une caractéristique consubstantielle de la jurisprudence produite pour régler les questions du cumul du mandat représentatif avec l'exercice de fonctions publiques non électives, y compris pour le compte des services de l'Etat.

II - L'EXERCICE D'UNE FONCTION PUBLIQUE DANS LES SERVICES DE L'ETAT :

« Le mandat de membre de la Chambre des représentants [ou des conseillers] est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique non élective dans les services de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des autres personnes morales de droit public ou des sociétés dont le capital appartient pour plus de 30% à l'Etat»⁴¹. Le législateur organique, en élargissant la limitation du cumul à ce type de fonctions publiques, transfère implicitement au juge constitutionnel la responsabilité de consacrer l'applicabilité de cette disposition. Si la consultation des travaux préparatoires du Parlement ne permet pas de dévoiler la liste des missions et activités concernées au titre de chaque forme de structure énoncée⁴², la lecture sémiotique impose un travail définitionnel de caractère organique et statutaire à même de dégager les critères d'identification de la notion de fonction publique. A l'évidence, le lien avec le concept d'emplois supérieurs prévu par l'article 49 de la Constitution de 2011 est de nature à orienter la signification de ces cas d'incompatibilités, même

⁴¹ C'est ce qu'énoncent les dispositions respectives de l'article 14 (3e al.) de la loi organique relative à la Chambre des représentants et l'article 15 (3e al.) de la loi organique relative à la Chambre des conseillers.

⁴² Pour une consultation complète des débats parlementaires en Commissions concernant les lois organiques relatives à la Chambre des représentants et à la Chambre des conseillers, se diriger vers le site du ministère en charge des relations avec le Parlement aux liens suivants :

- www.mcrp.gov.ma/Etudelois.aspx?IDL=877

- www.mcrp.gov.ma/Etudelois.aspx?IDL=886

Consulté le : 20 Février 2020.

s'il reste inopérant pour clarifier toutes les classifications ciblées par la norme applicable. D'ailleurs, il n'est nullement fait référence aux profils et/ou responsabilités pouvant engendrer une situation de cumul, ce qui porte à croire que le texte revêt un caractère général et absolu. Cependant, les deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel en la matière⁴³ confirment non seulement le recours au critère organique pour établir l'incompatibilité avec le mandat parlementaire, mais débouchent aussi sur la distinction entre profession et fonction publiques (A) ainsi que sur la considération de la vacance pratiquée (B).

A- La distinction entre profession et fonction publiques :

L'idée de déduire une distinction entre profession et fonction publiques résulte de l'étude de la décision n° 858/2012 du 13 Juin 2012 et de sa comparaison avec la décision n° 935/2014 du 4 Mars 2014. L'analyse réalisée permet d'observer que l'application de l'énoncé organique propre aux incompatibilités engendrées par l'exercice d'une fonction publique non élective peut varier dans ses conclusions au gré de la nature du cumul établi. En effet, le Conseil constitutionnel semble mesurer l'utilité de prononcer la vacance à partir du statut incompatible et du procédé de son acquisition. C'est d'ailleurs sur cette base qu'il choisit de formuler une demande de régularisation de la situation du parlementaire concerné par le cumul⁴⁴ ou qu'il décide d'ignorer cette possibilité au profit d'une déclaration de perte de la qualité de titulaire de la Souveraineté nationale⁴⁵. Au surplus, on remarquera, sans développement immédiat, l'inadéquation des dispositions applicables au cumul révélé en cours de mandat. Incontestablement, l'établissement des cas d'incompatibilité découle de la mise en œuvre d'une règle juridique standard opposable aussi bien au mandat de représentant qu'à celui de membre de la Chambre des conseillers. Si le Conseil constitutionnel estime nécessaire, dans sa décision n° 858/2012 précitée, de déterminer organiquement que, la mission de chirurgien-dentiste sous contrat

⁴³ Il s'agit des décisions n° 858/2012 du 13 Juin 2012 et n° 935/2014 du 4 Mars 2014.

⁴⁴ C'est ce à quoi conclut la décision n° 858/2012 précitée dans son dernier considérant.

⁴⁵ C'est ce qui ressort de la lecture du considérant n° 2 de la décision n° 935/2014 précitée.

avec «*les organismes mutualistes des fonctionnaires des administrations et services publics au Maroc*», correspond à l'exercice d'une fonction publique non élective pour le compte d'une personne morale de droit public⁴⁶, ce raisonnement reste unique en son genre. Pour preuve, lorsqu'il déclare, dans sa décision n° 935/2014, que la nomination du conseiller Ali Salem CHAGGAF comme gouverneur de la Préfecture de Mohammedia est incompatible avec son statut de parlementaire, le juge constitutionnel ne qualifie pas avec précision l'objet de la fonction publique assumée⁴⁷. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel, en se limitant à affirmer que le mandat de conseiller «*est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique non élective dans les services de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics*»⁴⁸, ne démontre pas en quoi la qualité d'agent d'autorité ne peut pas être cumulée et à quel titre elle représente un cas d'incompatibilité. Dès lors, la référence à l'acte de nomination paraît une fois de plus suffisante pour valider l'obligation de prononcer la vacance du siège et n'exige pas l'invocation de l'article 49 de la Constitution de 2011 pour mettre en évidence que la fonction publique non élective en question revêt le caractère d'un emploi civil supérieur délibéré en Conseil des ministres.

De ce qui précède, le principe général consiste dans ce que le Conseil constitutionnel déclare l'incompatibilité avec le mandat représentatif par preuve de l'accomplissement d'une fonction publique non élective. Cependant, l'appréciation du cumul attesté peut produire des effets différents selon qu'il ressort d'une application totale ou partielle du texte de référence. Le juge constitutionnel se positionne en faveur d'une mise en œuvre complète lorsqu'il sursoit à prononcer la perte de la qualité de parlementaire dans le but de permettre à l'intéressé de régulariser son statut. C'est ce qu'illustre le Conseil constitutionnel dans la décision n° 858/2012 qui, en demandant au représentant

⁴⁶ Le raisonnement conduit peut s'identifier à partir de la consultation des considérants n°s 2 à 10 de la décision n° 858/2012 précitée.

⁴⁷ Se référer à nouveau au considérant n° 2 de la décision n° 935/2014 précitée.

⁴⁸ Le Conseil constitutionnel n'énonce qu'un fragment des dispositions de l'article 15 (3e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers. C'est ce qu'on peut lire au considérant n° 1 de la décision n° 935/2014 précitée.

Mohammed JODAR de régler sa situation, déclare qu'il n'y a pas lieu d'acter la vacance du siège. Toutefois, pareille conclusion ne s'est pas imposée au moment de connaître de l'incompatibilité du conseiller nommé gouverneur, ce qui en a résulté la sanction automatique de sa situation de cumul. L'hypothèse de la distinction entre profession et fonctions publiques peut, dès lors, prendre tout son sens et servir de critère implicite à l'application du régime des incompatibilités :

- **D'une part**, cette distinction éclaire les cas de cumul susceptibles d'admettre une régularisation de ceux qui ne l'autorisent pas. La profession de chirurgien-dentiste engendre une incompatibilité avec la qualité de représentant lorsqu'elle s'exerce pour le compte d'une personne morale de droit public en raison du contrat administratif qui en détermine l'engagement et la revêt le statut de fonction publique non élective⁴⁹. L'aspect contractuel induit la possibilité de rupture de l'acte souscrit, ce qui représente, par voie de conséquence, le moyen juridique requis pour permettre à l'intéressé d'exercer son mandat parlementaire. La régularisation à laquelle doit se soumettre Mohammed JODAR a pour finalité de valider sa préférence pour le statut de représentant qui reste assujéti à l'établissement de sa démission volontaire de sa qualité incompatible⁵⁰. Cela revient à dire qu'il peut continuer son activité professionnelle à titre libéral s'il le souhaite.

- **D'autre part**, cette distinction dévoile l'existence d'exceptions statutaires qui ne peuvent supporter le formalisme des procédures applicables en cas de cumul établi par le juge constitutionnel. En l'espèce, chaque fois que la préférence pour le mandat parlementaire s'avère exclue, la seule preuve de l'incompatibilité exigera le prononcé direct de la vacance. L'exemple de la nomination de Ali Salem CHAGGAF comme gouverneur de la Préfecture de Mohammedia confirme cette déduction qui tient compte particulièrement de

⁴⁹ C'est ce qu'on peut déduire du croisement des considérants n° 2, n° 10 et n° 11 de la décision n° 858/2012 précitée.

⁵⁰ La régularisation suppose de se conformer aux dispositions de l'article 17 (1er al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants.

l'obligation de rejoindre le commandement pour y exercer la plénitude des compétences qui lui sont dévolues.

En somme, la notion de profession publique peut également être utilisée pour déterminer l'issue du cumul de la qualité de parlementaire avec l'exercice d'une fonction publique non électorale dans les services des établissements publics. L'éventualité qu'un représentant de la Nation ne demande pas qu'il soit mis en situation de détachement⁵¹ restant théoriquement plausible, la régularisation statutaire que peut réclamer le juge constitutionnel peut se fonder sur l'identification d'une profession publique. Définie généralement par rapport aux compétences formelles et techniques acquises à la suite d'une formation spéciale⁵², la notion de profession publique conviendrait pour démontrer l'incompatibilité du mandat parlementaire avec le statut de Professeur universitaire. Ce dernier est, à l'évidence, titulaire d'une fonction publique non électorale pour le compte d'un établissement public : l'université⁵³. Certes, l'absence de saisine du juge constitutionnel pour apprécier la validité d'une telle affirmation participe de sa relégation au rang d'hypothèse, mais sa fiabilité peut être renforcée par la considération du pouvoir de nomination du Chef du Gouvernement aux postes de Présidents des universités, de Doyens et de Directeurs d'écoles et d'instituts supérieurs⁵⁴. Ceci étant, l'analyse sémiotique simplifierait la démonstration au vu du caractère absolument inclusif de l'expression «*toute fonction publique non électorale*» qu'énoncent, respectivement, les articles 14 et 15 des lois organiques relatives à la Chambre des représentants et à la Chambre des conseillers.

⁵¹ Le détachement est un droit garanti par les articles 14 (4e et 5e al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants et par l'article 15 (4e et 5e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

⁵² Pour une définition du terme «*profession*», se référer au lien suivant : <https://lesdefinitions.fr/profession>
Consulté le : 14 Mars 2021.

⁵³ C'est ce que prévoit l'article 4 de la loi n° 01-00 portant organisation de l'enseignement supérieur, promulguée par le Dahir n° 1-00-199 du 15 safar 1421 (19 mai 2000).

⁵⁴ C'est ce qu'énonce l'article 92 (1er al.) de la Constitution de 2011 dans son point n° 11.

B- La pratique de la vacance :

Le prononcé de la vacance du siège est l'aboutissement inévitable de toute incompatibilité non régularisée. C'est le procédé qui, tout en permettant d'exécuter la sanction de démission de plein droit, représente l'issue naturelle de la nomination à certaines fonctions supérieures. Si, conformément à la jurisprudence constitutionnelle, l'exercice d'une responsabilité ministérielle exige de déclarer la vacance dans un délai d'un mois⁵⁵, la désignation au poste de gouverneur satisfait à la même obligation dans la pratique. L'analyse de la décision n° 935/2014 du 4 Mars 2014 révèle que le Conseil constitutionnel s'est désintéressé des conditions prédéterminant la sanction des incompatibilités naissantes de l'exercice de fonctions publiques non électives pour se soumettre à cette obligation de fait⁵⁶. La question qui se pose n'est pas tant liée à la justification de cette orientation jurisprudentielle, mais concerne plutôt sa construction normative : le recours aux dispositions de l'article 15 (3e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers constitue certainement le texte de référence pour établir l'incompatibilité, mais est-ce adapté pour motiver la vacance déclarée ? Quelle leçon est-il possible de tirer du silence du juge constitutionnel vis-à-vis de l'indétermination de la sanction matérielle rattachable à ladite vacance ? Qu'exprime l'usage des mesures constitutionnelles transitoires dans la démonstration de l'inapplicabilité de la procédure de remplacement du conseiller nommé gouverneur ?

Tout d'abord, l'inadaptation de l'invocation de l'article 15 (3e al.) précité se mesure au travers de la conséquence de sa mise en œuvre par le Conseil constitutionnel. La reconnaissance de la situation d'incompatibilité sert à mettre en évidence l'existence du cumul du mandat parlementaire avec l'exercice d'une fonction publique non élective, mais reste totalement inopérante pour acter les effets qui en résultent en l'espèce. Lorsqu'il déclare directement la

⁵⁵ Le juge constitutionnel fait une application stricte des articles 14 (2e al.) de la loi organique n° 27.11 relative à la Chambre des représentants et 15 (2e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers. C'est ce qui a été démontré dans les développements présentés au B-1.

⁵⁶ C'est ce que démontrent les considérants n° 1 et n° 2 de la décision n° 935/2014 précitée.

vacance du siège, le juge constitutionnel semble tenir compte de la limite circonstancielle de la norme appliquée, sauf qu'il relie sa décision aux dispositions de l'article 18 (1er et 3e al.) qui en est à l'origine. La lecture holistique de cet article prouve l'anachronisme de son utilisation et l'absence d'une contextualisation du fait générateur de l'incompatibilité. Tout en faisant abstraction de la conclusion faite plus haut au sujet des cumuls régularisables et non régularisables, il y a lieu d'observer que la situation ne pouvait pas être réglée dans le délai prévu par le législateur organique. L'incompatibilité sur laquelle statue le Conseil constitutionnel survient en cours d'un mandat prorogé pour remplir des objectifs transitologiques⁵⁷, alors que l'article 18 (1er al.) précité impose au conseiller *«d'établir, dans les trente jours qui suivent la proclamation des résultats définitifs de l'élection, ou, en cas de contestation, la décision de la Cour constitutionnelle, qu'il s'est démis de ses fonctions incompatibles»*. S'ajoute à cela, l'idée selon laquelle l'article 15 (3e al.) invoqué comme texte de référence sous-entend, à la suite du droit de détachement garanti⁵⁸, que l'exercice de la fonction publique non élective précède la détention du mandat parlementaire et qu'en conséquence, sa nature autorise l'intéressé à se libérer de ses obligations de fonctionnaire pour la durée de la législature. Tel n'est pas le cas en l'espèce, d'autant plus que l'élection à la Chambre des conseillers devance la nomination au poste de gouverneur et que le cumul sanctionné provient de l'acceptation ultérieure d'une fonction incompatible.

Ensuite, le Conseil constitutionnel fait montre d'une prudence inhabituelle dans son dévoilement de la vacance prononcée. Ayant établi l'incompatibilité sur le fondement de la nouvelle responsabilité assumée, depuis le 21 Janvier 2014, par le conseiller intéressé, le juge constitutionnel conclut immédiatement à la perte de la qualité de parlementaire⁵⁹. Si, de ce point de vue, la vacance du siège apparaît indiscutable, elle ne constitue pas la sanction applicable à cette inéligibilité implicitement déclarée. Le renvoi aux dispositions de l'article 18

⁵⁷ C'est ce que révèle le considérant n° 4 de la décision n° 935/2014 précitée.

⁵⁸ C'est ce que prévoit l'article 15 (4e et 5e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

⁵⁹ C'est ce qu'indique le considérant n° 2 de la décision n° 935/2014 précitée.

précité aurait pu mettre fin aux indéterminations observées en la matière, pourtant, il ne fait que cultiver le silence du Conseil constitutionnel. Celui-ci se trouve dans l'incapacité de prononcer la démission de plein droit en raison de l'insatisfaction des conditions formelles qui la justifient et qui sont propres à la demande de régularisation, mais pourquoi, dans ce cas, refuser le constat de la déchéance ? L'invocation de l'article 18 peut suggérer l'hésitation du juge constitutionnel à opter clairement pour cette issue, quand bien même le conseiller «[a] accepté, en cours de mandat une fonction incompatible avec celui-ci»⁶⁰. L'hésitation relevée s'explique par l'idée selon laquelle le cumul du statut parlementaire avec l'exercice de fonction publique non élective dans les services de l'Etat ou des collectivités territoriales n'est pas considéré par la loi organique, comme motif de déchéance⁶¹. C'est ainsi que la vacance a été déclarée sans la moindre qualification.

Enfin, le juge constitutionnel ne donne pas l'ordre de faire appliquer la procédure de remplacement prévue par l'article 91 de la loi organique relative à la Chambre des conseillers, censée pourvoir au siège vacant⁶². Reconduisant le raisonnement au terme duquel la deuxième Chambre est tenue d'assurer ses missions transitionnelles dans le cadre de sa composition acquise sous l'empire de la Constitution du 7 Octobre 1996⁶³, le Conseil constitutionnel consolide son argumentation en mentionnant l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme fondamentale depuis le 29 Juillet 2011. C'est ce qui permet de mettre en relief la thèse de la perte de l'existence juridique des règles normalement applicables en cas de vacance, mais occulte l'émission de réserves concernant le statut des conseillers en exercice. Ces derniers se trouvent concernés par des dispositions censées s'appliquer à l'élection de la prochaine Chambre⁶⁴, tout en étant dans l'incapacité de conserver leur effectif de base comme affirmé par le juge

⁶⁰ C'est ce que dispose l'article 18 (3e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

⁶¹ C'est ce que permet d'observer la lecture systématique des dispositions des articles 15 (2e al.) et 18 (1er et 3e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

⁶² C'est ce qui découle de la consultation du considérant n° 3 de la décision n° 935/2014 précitée.

⁶³ Le raisonnement a été développé, pour la première fois, au dernier considérant de la décision n° 911/2012 du 25 Décembre 2012.

⁶⁴ C'est ce qu'énonce l'article 98 (1er al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers.

constitutionnel⁶⁵. Pourtant, l'application par celui-ci de l'article 98 (2e al.) de la loi organique précitée⁶⁶ aurait pu justifier, à titre exceptionnel certes, le pourvoi du siège laissé vacant par le parlementaire Ali Salem CHAGGAF désigné pour remplir la fonction de représentant de l'Etat central au sein de la Préfecture de Mohammedia. Dans cette perspective, l'analyse de sociologie électorale n'envisagerait pas l'abrogation de la loi organique de 1997 pour garantir la représentativité de tous les collèges électoraux jusqu'à leur renouvellement.

Pour conclure, le prononcé de la vacance provient d'une application directe des dispositions des lois organiques relatives aux deux Chambres du Parlement. Certes, le juge constitutionnel doit pouvoir établir que l'exercice de la fonction publique non élective est incompatible avec le statut d'élu de la Nation, mais cela repose simplement sur un contrôle minimum des faits qui lui sont présentés par les requérants. L'interprétation littérale qui se pratique véhicule l'idée selon laquelle la protection du mandat représentatif reste garantie quel que soit le moment d'identification de la situation préjudiciable. C'est ce qui revient à privilégier une mise en œuvre mécanique du régime des incompatibilités sans lien explicite avec l'opportunité derrière le cumul constaté. L'analyse de la jurisprudence révèle l'intérêt pour la sanction automatique de l'exercice simultané du mandat parlementaire et d'une fonction publique non élective au vu de l'obligation de remplir la seconde par renoncement au premier. La limitation du cumul exige donc de procéder au remplacement du parlementaire promu pour assumer des responsabilités au sein du pouvoir central ou à l'intérieur des services déconcentrés de l'Etat.

L'exercice d'une fonction publique non élective au sein des services de l'Etat est formellement incompatible avec le mandat parlementaire. Cependant, sa consécration doit évoluer dans le sens d'une définition plus explicite. L'absence

⁶⁵ C'est ce qu'affirment les considérants n^{os} 4, 6 et 7 de la décision n° 935/2014 précitée.

⁶⁶ L'article 98 (2e al.) de la loi organique n° 28.11 relative à la Chambre des conseillers dispose qu'«A titre transitoire, la Chambre des conseillers en fonction à la date précitée est habilitée à exercer les attributions dévolues à la Chambre des conseillers, en vertu de la Constitution promulguée par le Dahir n° 1-11-91 du 27 Chaabane 1432 (29 Juillet 2011), selon les conditions et modalités qui y sont fixées».

d'une énumération limitative des fonctions non cumulables inscrit le juge constitutionnel dans une logique appréciative pour établir d'éventuelles incompatibilités. Si la notion de «*services de l'Etat*» suggère l'interdiction du cumul du mandat parlementaire avec le statut d'agent d'autorité comme affirmé plus haut, sa signification doit également s'étendre pour inclure les postes de «*Chef des représentations administratives régionales sectorielles*» et de «*Chef de représentations administratives régionales conjointes*» institués par la Charte Nationale de la Déconcentration Administrative⁶⁷. L'enjeu étant d'encadrer la pratique de ces nouvelles fonctions et de consolider les liens normatifs qui unissent les lois organiques relatives aux deux Chambres parlementaires et la loi organique relative à la nomination aux emplois supérieurs⁶⁸.

En définitive, l'étude de la vacance sous l'angle de l'incompatibilité du mandat représentatif avec l'exercice d'une fonction publique non élective permet de dégager deux enseignements majeurs : l'un concerne la mise en œuvre jurisprudentielle des dispositions organiques applicables et l'autre met en évidence la qualité des normes qu'elles contiennent. L'importance du fait générateur de l'incompatibilité détermine fondamentalement le choix de l'énoncé juridique d'espèce, mais cela n'empêche pas un travail interprétatif du juge constitutionnel qui doit dévoiler la signification de normes indéterminées par le législateur organique. Dans cette perspective, la modification constante des dispositions applicables semble être dictée aussi bien par l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle que par le développement du droit positif écrit. L'objectif reste la codification de règles clairement accessibles et intelligibles pour régir le statut d'élu de la Nation.

⁶⁷ Voir les articles 11 à 13 du décret n° 2-17-618 du 18 Rebia II 1440 (26 Décembre 2018) portant Charte Nationale de la Déconcentration Administrative, Bulletin officiel n° 6740 du 3 Janvier 2019.

⁶⁸ Consulter plus particulièrement la loi organique n° 72.19 modifiant et complétant la loi organique n° 02.12 relative à la nomination aux emplois supérieurs telle que publiée au Bulletin officiel n° 6867 du 9 Mars 2020.

البيوت

DROIT PRIVE

Omar EL AYACHI, Doctorant, UM5-Rabat, FSJES-Agdal

Introduction ¹:

L'entreprise au sein de la société a une double fonction, sociale, économique, mais également lucrative. Car elle est un outil à réaliser des gains et des bénéfices, c'est une nécessité vitale de la société moderne. Donc la laisser seule affronter un sort tragique ne peut que générer de mauvaises répercussions, surtout que les entreprises aujourd'hui meurent aussi rapidement qu'elles naissent².

La cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur intervient pour diverses raisons. En cas de licenciement collectif, cette mesure peut parfois s'interpréter comme une simple somme de résiliations unilatérales de contrats de travail en dehors de toute faute pouvant être reprochée aux salariés. Même l'employeur qui procède à la fermeture partielle ou totale de son entreprise n'a pas, lui aussi, commis de faute car il a été contraint de prendre cette décision.

Dans le droit des entreprises en difficulté, il convient, plus précisément, de distinguer deux volets. D'une part, celui des procédures de prévention en l'occurrence la conciliation et la sauvegarde que le droit du travail l'ignore totalement et d'autre part, celui des procédures collectives proprement dites, redressement et liquidation judiciaires, pour lesquelles un droit spécial des licenciements économiques existe³.

Le droit des entreprises en difficulté s'intègre mal dans le droit commun du travail. Et pourtant, les licenciements économiques sont largement issus d'entreprises faisant l'objet de procédures collectives. Les licenciements économiques s'écartent pour partie du droit commun des licenciements⁴.

¹« Quant à ceux qui sont durement exploités par leurs employeurs, ils sont toujours les premiers à payer chèrement le prix d'un libéralisme sauvage. » Thomas Hobbes.

² Nahid LYAZAMI, « La prévention des difficultés des entreprises, Etude comparative entre le droit français et le droit Marocain », Thèse de doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon-Var, Faculté de droit, Ecole doctorale « civilisation et sociétés euro-méditerranéennes et comparées », Centre de droit et de politique comparé Jean-claude Escarras, 2013, P 260

³ Arnaud MARTINON, « Le licenciement pour motif économique », Cerle de droit social de l'entreprise, édition Lexis Nexis, 2012, P83

⁴ Antoine MAZEAU, « Droit du travail », 5^{ème} éd, Montchrestien, 2006, P 460 et S

La protection des salariés a toujours été l'une des principales préoccupations dans le traitement des entreprises en difficulté, vu l'impact social qu'elle représente. C'est que, dès les premiers jours de l'apparition des difficultés, le top management de l'entreprise a généralement pour premier réflexe de penser à réduire la masse salariale pour effectuer des économies immédiates⁵.

Toute procédure collective ne conduit pas nécessairement à des licenciements économiques et tous les licenciements économiques n'interviennent pas toujours dans une entreprise qui fait l'objet d'une procédure collective.

Les initiatives du législateur et du juge assurent-elles une sécurité effective du salarié, sachant que l'entreprise marocaine, en tant que grand employeur se trouve confrontée à

Un défi d'insertion et de compétitivité dans une économie mondiale ouverte et qui nécessite plus de flexibilité dans la relation employeur-salarié ? Est-ce que le nouveau système instauré dans le cadre de la réforme du livre V est réellement protecteur à l'égard du salarié, victime d'un licenciement pour motif économique ?

Le régime des licenciements pour motif économique va varier selon les difficultés que connaît l'entreprise. Plus l'entreprise est en difficulté, on pense notamment à l'entreprise placée en liquidation judiciaire, plus le régime de licenciement va être simplifié par rapport au droit commun. En ce sens on peut parler d'une adaptation du droit de licenciement aux difficultés de l'entreprise (Partie1).

Les licenciements dans les entreprises en difficulté nécessitent une autorisation préalable du tribunal de la procédure. Cette compétence juridictionnelle du tribunal de commerce empiète sur la compétence exclusive en matière de licenciement du tribunal social. On assiste donc à une concurrence juridictionnelle en matière de recours à l'encontre des licenciements réalisés en procédure collective (Partie2).

⁵ Exemple standard de la fermeture de l'usine Arena à Libourne, résumant la situation du sacrifice des salariés suite aux difficultés financières, invoqué par Lactitia LETHIELLEUX. « Management des entreprises en difficulté », éd Gualino 2008, P146

Partie 1 : l'adaptation du droit des licenciements aux difficultés de L'entreprise

Le régime des licenciements est facilité selon les difficultés que connaît l'entreprise. Mais il ne faudrait pas croire que le régime des licenciements est simplifié pour toutes les entreprises en difficulté. Pour qu'une entreprise puisse bénéficier d'une simplification dans le régime des licenciements, elle doit être en cessation de paiement.

Il existe deux variables dans l'adaptation des licenciements dans les entreprises en difficulté. D'une part, le régime des licenciements va dépendre de la nature de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise en difficulté. D'autre part, le régime des Licenciements dans les entreprises en difficulté va aussi varier en fonction des phases à l'intérieur d'une même procédure⁶.

L'article 588 du code de commerce pose le principe du maintien des contrats en cours. Ce principe de maintien des contrats en cours dans les entreprises en difficulté est une dérogation au droit commun des contrats, puisque le cocontractant ne peut résilier le contrat encours pour inexécution de la part du débiteur.

En droit commun des contrats, l'exception d'inexécution, nommé *exceptio non adimpleti contractus*,⁷ est le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui est due. On a donc un principe absolu de continuation des contrats de travail.

La règle majeure de cette adaptation des licenciements dans les entreprises en difficulté est l'autorisation judiciaire préalable en cas de cessation des paiements (Chapitre1).

A cette autorisation judiciaire s'ajoute une accélération de la procédure des licenciements, à la vue de la situation d'urgence de l'entreprise en difficulté et

⁶ Sébastien RANC, « Les licenciements pour motif économique dans les entreprises en difficulté », Mémoire Master 2 Recherche mention droit du travail et de la protection sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Année 2012-2013,P18.

⁷ En latin, l'exception d'inexécution est désignée : « *exceptio non adimpleti contractus* »

L'exception d'inexécution est un droit dont dispose chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter totalement ou partiellement l'obligation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. L'exception d'inexécution n'entraîne pas la disparition de l'obligation mais seulement son ajournement, c'est-à-dire, la suspension de son obligation.

la nécessité d'éviter tout ralentissement de la procédure qui pourrait s'avérer préjudiciable à l'entreprise que l'on cherche à sauver (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une autorisation préalable en cas de cessation des paiements

Le licenciement en procédure collective était soumis avant la réforme du livre V de 2018 à une double autorisation préalable judiciaire et administrative.

L'article 588 ordonne au syndic seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant de l'entreprise et le contrat est résilié de plein droit après mise en demeure adressé au syndic et resté plus d'un mois sans réponse.

Quant à l'article 67 du Code de travail, ce dernier ordonne l'autorité administrative de motiver sa décision de licenciement sur la base des conclusions et des propositions de la commission provinciale, c'est à dire que la motivation de la décision ne doit pas être basée seulement sur la conviction personnelle de l'auteur de la décision, mais encore sur la certitude de la commission provinciale y compris le gouverneur.

L'autorisation administrative de licenciement constituait un handicap pour sauver les entreprises en difficulté et n'a cessé d'être critiquée par différents acteurs du droit et du monde des affaires.⁸

La nouvelle réforme du livre V limite la rupture du contrat de travail en cas de cessation des paiements à une simple autorisation judiciaire (Section 1) et l'écartement totale de l'autorisation administrative (Section 2).

Section 1 : Maintien de l'autorisation judiciaire.

L'article 588 du Code de commerce donne spécifiquement au syndic la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, comme il peut mettre fin à cette relation contractuelle à n'importe quel moment⁹.

Il advient que le syndic décide de ne pas continuer l'exécution du contrat du salarié de l'entreprise alors que celui-ci se retrouve débiteur vis-à-vis de son employeur de sommes déterminées que ce dernier lui aurait avancées

حكمة أنفة، الضمانات القانونية لحماية الأجراء في ظل نظام صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في وحدة قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق
رجدة، السنة الجامعية 2000-2001، ص 54

⁹ Art 588 de la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de la loi n° 15-95 formant Code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise, publiée au BO n° 6732 en date du 06 Décembre 2018.

dans le cadre de l'exécution de ses obligations issues du contrat liant salarié et employeur¹⁰.

Dans le droit des entreprises en difficulté, il convient de distinguer deux volets : la prévention (conciliation et sauvegarde), le redressement et la liquidation judiciaire.

Le licenciement pour motif économique peut être observé aussi bien pendant la procédure de redressement judiciaire (A) que de la liquidation judiciaire(B).

A- Le licenciement pendant le redressement judiciaire

Pendant la période d'observation consécutive à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, les licenciements pour motif économique doivent être autorisés par le syndic. Le syndic qui a une compétence exclusive sur ce point selon l'article 588 du Code de commerce. Il ne prend pas sa décision sans avoir reçu une autorisation expresse du juge -commissaire¹¹.

En droit comparé, le législateur français exige une autorisation du juge-commissaire à charge pour lui de vérifier la cause économique ainsi que le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements¹².

Il appartient alors au syndic d'apprécier la réalité des motifs économiques invoqués (réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, mutations technologiques ...) et de constater la réunion des critères spécifiques des licenciements économiques pendant la période d'observation¹³.

L'application stricte par le syndic de l'article 588 du Code de commerce engendre des situations extrêmement dangereuses.

¹⁰ Au Maroc, le syndic est choisi par le tribunal de commerce parmi les experts judiciaires. Mais en l'absence de tout cadre réglementaire, sa sélection et sa désignation ne sont soumises à aucune condition de formation, d'ancienneté ou de déontologie. Des personnes sans aucun passé de gestionnaire ou de financier aguerris peuvent se retrouver responsables de dossiers complexes pesant plusieurs millions de dirhams, voire plusieurs milliards de dirhams.

¹¹ L'article 588 du C.Com dispose que : « le syndic a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant de l'entreprise. Le contrat est résilié de plein droit après mise en demeure adressée au syndic et restée plus d'un mois sans réponse..... ».

¹² Article L 621-17 du C.Com français

¹³ *حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2002/03/04 في الملف عدد 10-2001-375-أوردته كريم أيت بلا : استمرارية المقولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، 2008، ص 110-109.*

- Le syndic en tant qu'organe de la procédure concentre un pouvoir absolu d'ordre public général en matière de rupture de contrat de travail.
- Les salariés licenciés doivent attendre le jugement définitif d'indemnisation pour la réalisation de l'actif et l'apurement du passif.
- Le jugement définitif d'indemnisation ne donne pas droit au paiement si le syndic réclame l'application de l'article 690 qui interdit le paiement de toutes créances nées antérieurement au jugement d'ouverture¹⁴.
- Le privilège accordé à l'indemnisation par l'article 382 du code de travail est suspendu jusqu'à ce que la société surmonte ses difficultés financières et que le plan adopté par le tribunal donne effectivement ses fruits¹⁵.

Il est vrai que les salariés disposent d'un privilège de premier rang selon l'article 382 du Code de Travail, mais ce privilège ne concerne que les biens meubles et non les biens immeubles. Cela pourrait engendrer un problème car on ne peut espérer le paiement de la totalité de ces indemnités et les chances s'amoinrent pour les salariés licenciés une fois la valeur des biens meubles est épuisée¹⁶.

Les salariés licenciés dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective peuvent bénéficier d'une quote-part de leurs créances définitivement admise sur la base de l'article 662 du Code de commerce¹⁷ et 384 du Code du travail, dans la limite des fonds disponibles, à la demande du syndic¹⁸.

¹⁴ L'article 690 du C.Com dispose que : « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture.... »

¹⁵ L'article 382 du CT dispose que : « Pour le paiement des salaires et indemnités dus par l'employeur et par dérogation aux dispositions de l'article 1248 du DOC, les salariés bénéficient du privilège de premier rang institué par ledit article sur la généralité des meubles de l'employeur. Est privilégié dans les mêmes conditions et au même rang l'indemnité légale de licenciement.

¹⁶ Amtiaz دين الأجراء مقرر على المنقولات فقط، لأن المادتين 154 و 155 من القانون المطبق على العقارات ليس فيهما أي امتياز لدين الأجراء، بخلاف القانون التونسي والفرنسي الذين قررا امتياز دين الأجراء على العقارات أيضا (انظر المادة 199 من مجلة الحقوق العينية التونسية والفصلين 564 و 566 من المجلة التجارية التونسية والفصل 1640 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وكذا المادة 1204 من القانون المدني الفرنسي، هذا فضلا على أن كلا التشريعين وضعوا ترتيبا دقيقا للدائنين وأعطوا الدرجة الأولى لدين الأجراء باقتصار الامتياز في التشريع المغربي على المنقولات وحدها غير كافي بالمرّة لسداد ديون الأجراء (انظر في هذا الصدد حياة حجي:النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة (حاليا المادة 590 من الكتاب الخامس المعدل سنة 2018) المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقالات عدد : 09-2005، ص 54-57)

¹⁷ L'article 662 du C.Com dispose que : « Le juge-commissaire peut, d'office ou à la demande du syndic ou d'un créancier, ordonner le paiement à titre provisionnel une quote-part de la créance définitivement admise »

أمر القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 941 بتاريخ 2016/10/20 في الملف رقم 2016/8304/628 أشارت إليه أمينة رضوان، حقوق الأجراء في نظام صعوبات المقولة، مكتبة الأمنية الرباط، 2017، ص 314¹⁸

Cependant, le juge-commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes du syndic¹⁹.

Le licenciement pour motif économique pendant la période d'observation peut faire l'objet de recours par les salariés concernés devant le tribunal qui a ouvert la procédure de traitement sur la base de l'article 581 du Code de commerce²⁰. Néanmoins, ce recours ne peut être recevable que si le salarié a demandé personnellement l'ouverture de la procédure²¹.

Toute rupture de la relation contractuelle opérée en ignorance des dispositions de l'article 66 du code de travail rend le licenciement entaché d'abus aux yeux du juge social.²²

L'autorisation administrative du licenciement mentionnée dans l'article 67 du code de travail est remplacée selon le dernier paragraphe de l'article 624 du code de commerce par une simple notification de l'inspecteur préfectoral de travail et du gouverneur de la préfecture ou de la province concernée.

Quant au plan de cession, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers, ce qui dénote encore une fois du souci du juge commercial d'assurer la stabilité et le maintien de l'emploi dans chaque offre de cession.²³

Sur la base de l'article 637 du Code de commerce, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers²⁴.

¹⁹ L'article 672 du C.Com dispose que : « le juge-commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, notamment les demandes en référé et provisoires et les actes conservatoires relatifs à la procédure, ainsi que les réclamations formulées contre les actes du syndic.... »

²⁰ L'article 581 du C.Com dispose que : « Est compétent le tribunal du lieu du principal établissement du commerçant ou du siège social de la société .le tribunal qui a ouvert la procédure de redressement est compétent pour toutes les actions qui s'y rattachent... »

²¹ L'article 762 du C.Com fixe les décisions rendues en procédure collective qui sont susceptibles d'appel, ainsi que les parties habilitées à interjeter cette voie de recours sont fixées comme suit :
Les décisions rendues en matière d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, par le débiteur, le créancier s'il a demandé l'ouverture de la procédure, et le ministère public.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 785 بتاريخ 2006/09/27 في الملف الاجتماعي عدد 2006/5/1/460 منشور بمجلة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة الاجتماعية احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى الطبعة الأولى الصفحة 184 "وقوع المشغلة في أزمة اقتصادية يقتضي احترام مقتضيات القانونية المتعلقة بالتخفيض الجزئي، فصل الأجير بناء على اتفاق مضمن بمحضر الاجتماع ودون احترام مسطرة التخفيض الجزئي للأجراء طبقاً للرسوم الملكي المؤرخ في 1967/08/14 (حاليا المادة 66 من مدونة الشغل) المحدد لشكليات الإغفاء يجعل هذا الإجراء في حكم الطرد التعسفي"²²

²³ Art 637 C.Com

قرار محكمة النقض عدد 353 للملف التجاري رقم 2009 /3/3/11 بتاريخ 2012/04/03 أشار اليه عمر أوكار-قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية. منشورات دار القضاء بالمغرب ينشرها مكتب أوكار للحماة والاستشارة والتحكيم - مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-2014 - الصفحة 280²⁴

Les contrats de travail dans un plan de cession subsistent entre les salariés et le cessionnaire par la force de la loi²⁵, néanmoins le tribunal peut autoriser le licenciement d'une partie du personnel lorsque la situation financière de l'entreprise cédée l'exige²⁶.

B-Le licenciement pendant la liquidation judiciaire

Lorsque l'intérêt général ou l'intérêt des créanciers nécessite la continuation de l'activité, le tribunal peut autoriser selon l'article 652 du Code de commerce la possibilité de continuer l'activité d'une entreprise soumise à la liquidation judiciaire pour une durée qu'il fixe soit d'office, soit à la demande du syndic ou encore du procureur du roi.

Le législateur dans l'article 652 a voulu rendre de cette continuation de l'activité de l'entreprise une exception afin de garantir provisoirement autant que possible la paix sociale à travers la poursuite des contrats de travail et le maintien de l'emploi²⁷.

Une situation similaire récente, qui a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre, est incarnée par la société anonyme marocaine de l'industrie et du raffinage "SAMIR" où un jugement de liquidation judiciaire a été prononcé en 2015 contre la société et une extension par la suite de ce jugement à ses dirigeants avec la continuation de l'activité de l'entreprise pendant 3 mois sur la base de l'article 652 du Code de commerce.

Cette période a été renouvelée vingt-deux fois dans le but de chercher en premier lieu une issue à l'entreprise par le biais d'un cessionnaire et en deuxième lieu le maintien le plus possible l'emploi de 800 salariés. Une décision confirmée par la cour de cassation en septembre 2018 avec toujours la poursuite de l'activité²⁸.

La protection de l'emploi est provisoire dans la limite du possible et elle ne garantit pas la poursuite absolue des contrats de travail. Cependant, le syndic conserve toujours ce pouvoir exorbitant d'exiger ou non l'exécution des contrats de travail.

Par ailleurs, le code de commerce par le biais de l'article 655 utilise un autre moyen de maintien de l'emploi : Celui relatif à des offres de cession globale

²⁵ Art 19 du C.T

بو عبيد الترابي، مرجع سابق، الصفحة 170²⁶

حكم صدر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 07/275 بتاريخ 07/11/2007 في الملف رقم 1919/10/9257 أشارت إليه حسناء باري، مرجع سابق، الصفحة 166²⁷

²⁸ Journal hebdomadaire marocain l'économiste du 20/09/2018 consulté sur le site www.leconomise.com le 26/07/2019 à 10h30

des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier et c'est au juge-commissaire de choisir l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et qui permet d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers.

La poursuite provisoire de l'activité d'une entreprise soumise à la liquidation judiciaire est une technique très rare dans la pratique, du moment que l'entreprise qui a fait l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, ce qui entraîne systématiquement une fin matérielle et juridique de l'entreprise et éventuellement la résiliation des contrats de travail²⁹.

Section 2 : L'autorisation administrative finalement écartée

En procédures collectives, l'autorisation administrative de licenciement est écartée seulement en cas de cessation des paiements, alors que pendant la procédure de sauvegarde, l'employeur est dans l'obligation de respecter les dispositions de l'article 66 du Code de travail, sous peine que le licenciement soit considéré comme abusif.

Contrairement à ce qui est prévu pour le redressement judiciaire, le code de commerce reste muet pour ce qui est des règles applicables au licenciement dans la procédure de sauvegarde. Celle-ci revêt un intérêt particulier d'analyse et de réflexion, les procédures de prévention, à savoir celle du mandataire spécial et de la conciliation, étant considérées dans un état juridique assez embryonnaire. Pour ce genre de procédure, aucun plan de continuation n'est exigé.

Ainsi, une autorisation implicite est exigée avant la cessation des paiements (A) ; alors qu'une dispense est observée en cas de cessation des paiements (B).

²⁹ Selon des sources Inforisk, durant la période de 2008 à 2020, 98% des procédures de traitement finissent malheureusement par la liquidation judiciaire de l'entreprise et par la suite la perte de l'emploi.

A- Une autorisation implicite avant la cessation des paiements

Une nouvelle procédure préventive vient d'atterrir dans la réforme du livre V de 2018 afin d'enrichir et de diversifier encore plus les procédures collectives : c'est la procédure de sauvegarde.

Cette procédure permet d'anticiper et de proposer aux entreprises en difficultés financières un outil pour assurer leur pérennité et leur survie, avant qu'elles ne soient en cessation des paiements. Le chef d'entreprise doit sous peine d'irrecevabilité accompagner sa demande d'un projet de plan de sauvegarde³⁰, qui peut prévoir le licenciement pour motif économique d'un ou plusieurs salariés de l'entreprise.

Les conditions de validité de chaque licenciement varient selon que le plan de sauvegarde prévoit une cession d'activités ou non. Toutefois, le chef d'entreprise assure les opérations de gestion. Il demeure soumis en ce qui concerne les actes de disposition et l'exécution du plan de sauvegarde au contrôle du syndic qui en adresse un rapport au juge-commissaire³¹.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut en elle-même caractériser un motif économique de licenciement. Mais le projet de plan de sauvegarde peut toujours prévoir des licenciements pour motif économique³². Ces licenciements doivent avoir nécessairement un caractère économique. Dans l'exécution de ce plan, l'employeur serait tenu de respecter les dispositions du code de travail relatives à l'information, la consultation des institutions représentatives, l'ordre des licenciements et l'autorisation administrative³³.

³⁰ Art 562 C.Com

³¹ Art 566 C.Com

³² L'article 560 du C.Com dispose que: la sauvegarde a pour objet de permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés afin de garantir la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

³³ Sur le plan pratique et depuis la promulgation de la loi 73-17, les tribunaux de commerce ont accordés 18 plans de sauvegarde selon des sources Inforisk répartis comme suit : 4 en 2018, 12 en 2019 et 2 en 2020. Ces chiffres montrent bien la timidité et la réticence des chefs d'entreprises d'opter pour ce genre de procédure.

B- Une dispense en cas de cessation des paiements

Avant la réforme du livre V d'avril 2018, d'aucuns continuaient à prétendre revenir à ce qu'ils appelaient « l'esprit du texte », c'est-à-dire l'application *stricto sensu* des articles 66 et 67 du Code de travail, qui exigent du syndic de demander l'autorisation administrative pour effectuer tout licenciement³⁴.

D'autres, interprètent les choses d'un angle de vision différent du moment que les organes judiciaires de la procédure ne sont pas des employeurs et que le législateur dans l'article 66 du même code adresse cette requête à l'employeur³⁵.

Par ailleurs, la cour de cassation dans plusieurs arrêts a mis fin à cette divergence doctrinale et considère que l'autorisation administrative est une condition impérative lors du licenciement pour motif économique alors même que l'entreprise aurait fait l'objet d'un jugement d'ouverture d'une procédure collective³⁶.

En revanche, l'article 624 du Code de commerce écarte complètement l'autorisation de licenciement délivrée par le gouverneur durant la procédure de redressement et de liquidation judiciaire³⁷.

محمد أبو الحسين تفويت المقولة كحل في إطار التسوية القضائية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص 156³⁴

امحمد لفروجي، صعوبات المقولة و المساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها مطبوعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، فبراير 2000، ص 398³⁵

قرار المجلس الأعلى رقم 785 الصادر بتاريخ 2006/09/27 في الملف الاجتماعي عدد 2006/5/1/460 أشار إليه عمر تيزاوي، مدونة الشغل بين متطلبات المقولة وحقوق الأجراء، دار النشر سوما كرام، الدار البيضاء، يونيو 2011، ص 518³⁶

³⁷ L'article 624 du CCom dispose que : « ...Lorsque les décisions accompagnant la continuation précitée entraînent la résiliation des contrats de travail. Cette résiliation est réputée avoir lieu pour motif économique nonobstant toute disposition légale contraire. Toutefois, ladite résiliation n'a d'effet qu'après avis adressé par le syndic au délégué provincial chargé du travail et au gouverneur de la préfecture ou de la province concerné. Les salariés ainsi licenciés conservent tous les droits qui leur sont reconnus par la loi »

Chapitre 2 : L'accélération de la procédure de licenciement

Si en matière de redressement judiciaire on peut encore espérer un sursaut de l'entreprise et sa survie, ce qui reste souvent, hélas, hypothétique, ce n'est même pas le cas en matière de liquidation judiciaire où il s'agit de licencier le personnel et de réaliser les actifs subsistants pour régler les créanciers afin, notamment d'éviter pour certains d'entre eux de subir le même sort.

L'entreprise en difficulté est dans une situation d'urgence d'où la nécessité d'éviter tout ralentissement de la procédure qui pourrait s'avérer préjudiciable à l'entreprise qu'on

veut sauver. Il ne faut pas oublier que les licenciements de certains salariés peuvent permettre de maintenir d'autres emplois au sein de l'entreprise en difficulté³⁸.

Les exigences de célérité qu'implique nécessairement le traitement de l'entreprise en difficulté ont contraint le législateur à aménager les procédures de licenciement pour motif économique d'une part au niveau de la procédure de consultation et d'information des institutions représentatives du personnel (Section 1) et d'autre part au niveau de l'autorisation administrative (Section 2).

Section 1: Consultation formelle des institutions représentatives.

Selon un auteur, la consultation et l'information des institutions représentatives du personnel et de l'administration du travail ralentissent la procédure collective au sein de l'entreprise en difficulté³⁹.

Nous ne partageons pas cet avis, car l'objectif de ces consultations et ces informations est de garantir pour le salarié le respect par l'employeur des obligations de la procédure de licenciement.

Pendant, aucune disposition légale n'oblige les organes de la procédure de consulter les institutions représentatives du personnel afin de les informer sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise.

³⁸ Dès l'apparition des premiers signes de détérioration, il est nécessaire de décider le plus rapidement possible, des mesures « avant que le navire ne prenne du gite ». Yves CHARTIER « droit des affaires, entreprises en difficultés, prévention-redressement-liquidation » édition Thémis, Paris PUF. Droit 1989. Page 529.

³⁹ A. BOYER, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », Gaz Pal, Avril 2010, p 8 cité par Sébastien RANC, Op cit, p 40

Selon le législateur, plusieurs articles dispersés entre le Code de commerce et le Code de travail qui mentionnent la consultation des représentants des salariés soit directement dans l'article 622 du C.Com ou indirectement, respectivement dans l'article 466 du C.T et 582,597 du C.Com.

Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après avoir entendu ou dument appelé le chef de l'entreprise en chambre de conseil ou toute personne qualifiée dont l'audition lui paraît utile, comme il peut obtenir des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Quant à l'article 466 du C.T qui explique la mission consultative du comité d'entreprise instaurée dans les entreprises employant habituellement au moins cinquante salariés. Cette dernière se réunit deux fois par an pour avis sur des questions relatives aux

Transformations structurelles et technologiques à effectuer dans l'entreprise, y compris le licenciement pour motif économique.

Cette mission de consultation formelle ne peut qu'affaiblir le rôle de ces institutions représentatives du personnel et rendre cette représentation juste un organe formel dépourvu de pouvoir de décision et sans aucune importance.

Au niveau international, l'information et la consultation des instances représentatives trouve son fondement juridique dans l'article 13 de la convention n°158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, ainsi que la recommandation n°166 sur le licenciement⁴⁰.

Toutefois, certaines législations comparées ne se limitent pas à une simple information et négociations avec les représentants du personnel, mais s'ajoutent d'autres conditions comme l'accord de ses représentants pour toute rupture éventuelle et l'obligation de l'employeur de motiver sa décision en cas de refus de leurs propositions⁴¹.

⁴⁰ Convention n° 158 de 1982 entrée en vigueur le 23 Novembre 1985 de l'OIT sur la cessation de la relation du travail à l'initiative de l'employeur. « ...Aux termes de l'article 13 de ladite convention, l'employeur qui en visage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devra fournir en temps utile aux représentants des travailleurs intéressés des informations pertinentes, y compris les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder. Les dispositions de l'article 13 prévoient également de donner, aussi longtemps qu'il est possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi ».

مثلاً في التشريع السويدي يلتزم المشغل بالتفاوض مع النقابة المعنية ولا يجوز له إنهاء علاقات العمل إلا بالاتفاق معها، في التشريع البريطاني يلتزم رب العمل بفحص مقترحات ممثلي العمال وفي حالة رفضها يلتزم بتعليل رفضه، في حين نجد التشريع في ألمانيا وفرنسا وبلجيكا وإيرلندا والبرتغال تحدد كغاية للتشاور البحث عن الوسائل التي تسمح بتجنب أو الحد من

En revanche, le législateur marocain vient d'accorder dans la réforme du livre V de 2018 un privilège aux délégués des salariés de donner leurs avis au moment où le syndic et le chef de l'entreprise dresse une liste déclarative des créances salariales nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.⁴²

Section 2 : L'information des autorités administratives

Jusqu'à une date antérieure de la réforme du livre V, l'autorisation administrative délivrée par le gouverneur de la préfecture ou de la province a été une des clés de voûte du régime juridique des licenciements économiques⁴³.

Une autorisation conçue par le dernier paragraphe de l'article 624 du Code de commerce. La jurisprudence a bien décidé que le licenciement pour motif économique ne pouvait être prononcé en l'absence d'une autorisation administrative⁴⁴.

Le pouvoir juridique des autorités administratives en matière de licenciement pour motif économique sera limité à une Simple notification à priori du licenciement qui met fin à toute forme d'abstention de réponse ou de retard des autorités administratives⁴⁵.

Quoiqu'elle soit la solution adoptée par le tribunal de commerce sur le sort d'une demande d'ouverture de procédure collective, la décision peut faire l'objet de recours devant les instances judiciaires concernées. Cela peut entraîner une concurrence juridictionnelle en matière de recours, ce qui fera l'objet de la seconde partie.

الإنهاء الجماعي أو التخفيف من آثاره السلبية على الأجراء المعنيين بالتسريح، أشار إليه ميمون الوكيل، المقابلة بين حرية التديبير ومبدأ استقرار الشغل، الجزء الثاني، التلاوم بين حق التديبير واستقرار الشغل، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2011، ص 330.⁴¹

⁴² L'article 728 du C.Com dispose que : « Dans le délai prévu à l'article précédent, le syndic établit, avec l'assistance du chef de l'entreprise et après avis des délégués de salariés, la liste de créances des salariés »

كان هذا النوع من الفصل يخضع للقواعد العامة الخاصة بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وقد أعاد المشرع المغربي تنظيم الفصل الاقتصادي بمقتضى ظهير 1940/10/31، الذي يعد أول نص مغربي ينظم الفصل الاقتصادي، من ثم أصبح المشغل ملزم بإتباع إجراءات مسطوية محددة، تنحصر في ضرورة استصدار موافقة السلطات الإدارية المختصة عند كل إغلاق كلي أو جزئي للمؤسسة أو المقولة، وكذا عند فصل كلي أو جزئي للأجراء، ليعوض هذا الظهير بالمرسوم الملكي المؤرخ في 1967/08/14، ثم مدونة الشغل التي حافظت على نظام الإذن الإداري، مع العلم أنها لم تات بمستجدات⁴³

قرار عدد 60 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/01/19 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/971 أشار إليه بوعبيد الترابي، مرجع سابق، الصفحة 154⁴⁴

⁴⁵ Le paragraphe 5 et 6 de l'article 624 C.Com prévoit que la résiliation des contrats de travail ne prend effet qu'après une notification adressé par le syndic de la décision de licenciement à l'inspecteur préfectoral du travail et au gouverneur de la préfecture ou de la province concernée.

Partie 2 : La concurrence juridictionnelle en matière de recours

C'est sans aucun doute, sur le plan de la compétence matérielle que des problèmes complexes se posent, en raison de la spécificité des conflits et de leur notion extensive selon le code de procédure civile⁴⁶.

Le problème de conflit de compétence s'impose avec sincérité entre les tribunaux ordinaires (civils) et les tribunaux spécialisés (administratifs et de commerce).

Une dispersion du contentieux est remarquée en procédure collective, celle née des recours à l'encontre des décisions de licenciement dans les entreprises en difficulté. En effet, il existe une dualité des recours à l'encontre des décisions de licenciement.⁴⁷ Un recours devant le juge social et un autre devant le juge commercial.

Le législateur a opté, en matière de voies de recours, pour un régime d'exception qui s'explique par le besoin de célérité et d'efficacité dans le déroulement des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise⁴⁸.

Ainsi exception faite des jugements et ordonnances rendues en matière de sanctions applicables aux dirigeants de l'entreprise en difficulté, les jugements et ordonnances rendus en matière des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire sont de plein droit assorti de l'exécution provisoire⁴⁹. Toutefois, le droit de recours effectif est reconnu universellement et n'est qu'un aspect du droit à un procès équitable⁵⁰.

La question du contrôle juridictionnel du licenciement pour motif économique dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire met en présence deux types de juridictions potentiellement compétentes.

⁴⁶ Abdellah BOUDAHRAIN, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p258

⁴⁷ Sébastien RANC, Op cit, ,P53

⁴⁸ Abdeljalil EL HAMMOUMI, « Droit des difficultés de l'entreprise », 3^{ème} édition Darassalam2008, Rabat, P 17

⁴⁹ Art 761 C.Com

⁵⁰ Art10 de la DUDH de 1948

D'une part, le juge social tire une compétence générale et exclusive pour tous les litiges individuels de travail de l'article 20 du CPC⁵¹, d'autre part, les textes spécifiques concernant les procédures collectives et tout particulièrement le livre V du Code de commerce organisent le recours contre les décisions prises en ces matières.

Il existe une dualité des recours à l'encontre des décisions de licenciement : des recours sont ouverts devant le juge commercial, juge naturel de l'entreprise, et devant le juge social, juge naturel des salariés (Chapitre1).

Le tribunal de commerce bénéficie d'une compétence prépondérante, mais le tribunal de première instance reste toujours à la disposition des salariés pour toute éventuelle requête qui les concernent, dans l'objectif de donner aux salariés une possibilité de recours indirect contre les décisions du tribunal de la procédure (Chapitre 2).

Chapitre 1 : la répartition du contentieux entre plusieurs juridictions

L'ouverture d'une procédure collective, par son impact non seulement sur le débiteur mais également sur les salariés, les créanciers et les cocontractants, génère un contentieux nourri et varié pour lequel les délais et les voies de recours sont différents selon la nature du litige.

Ce contentieux relève à la fois du droit spécifique des procédures collectives, du droit des contrats et obligations et du droit du travail, au surplus le droit de la procédure civile s'applique chaque fois qu'il n'y a pas de texte spécifique.

Dans de nombreux cas, le droit des procédures collectives a délimité, de manière précise, les contours de ce contentieux en précisant les délais, les compétences (juge-commissaire, tribunal de la procédure), la qualité à agir (mandataires, ministère public, tiers).

⁵¹L'article 20 du CPC dispose que : le tribunal de première instance est compétent en matière sociale pour connaître :
a/ Des contestations d'ordre individuel relatives aux contrats du travail ou d'apprentissage et des différends individuels en relation avec le travail ou l'apprentissage ;

b/ De la réparation des demandes résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles conformément à la réglementation en vigueur ;

c/ Des contestations auxquelles peut donner lieu l'application des législations et réglementations sur la sécurité sociale.

Plusieurs types de contentieux peuvent être distingués : -recours spécifique devant le tribunal de la procédure : tierce-opposition au jugement et oppositions à certaines ordonnances du juge-commissaire - actions en responsabilité (nullité de la période suspecte, extension de procédures, soutien abusif etc.) - sanctions professionnelles ou patrimoniales contre le dirigeant.

Quant au recours à l'encontre des décisions de licenciement, il existe deux recours : Devant le tribunal de commerce : Un recours peut être exercé en ce qui concerne l'aspect collectif des licenciements, tandis que devant le juge social, un recours peut être exercé en ce qui concerne l'aspect individuel des licenciements.

Cette dualité de recours engendre deux situations : une compétence prépondérante du tribunal de commerce (Section1) et une compétence accessoire du tribunal de première instance (Section 2).

Section 1 : Compétence prépondérante du tribunal de commerce

Le tribunal de la procédure ayant autorisé les licenciements dans les entreprises en difficulté est compétent pour les recours à l'encontre de ses propres autorisations de licenciement⁵². Le juge commissaire n'est pas le juge naturel de la rupture des contrats de travail. Toutefois, le droit des entreprises en difficulté lui a donné cette compétence spéciale en la matière.

Nous constatons que le législateur Marocain a opté en matière des voies de recours pour un régime encadré et limité simplement en opposition, en appel, tierce opposition et en pourvoi en cassation⁵³.

Quant au recours en rétractation, le législateur dans la nouvelle réforme du livre V a mis fin à une grande controverse doctrinale et jurisprudentielle sur la possibilité de recourir à ce type de recours en introduisant une règle jurisprudentielle interdisant la rétractation contre les jugements, ordonnances et arrêts rendus en matière de procédures relatives aux difficultés de l'entreprise inspirée de deux arrêts⁵⁴.

⁵² Sébastien RANC, Op cit, P 53 et 54

⁵³ L'article 672 du C.Com dispose que : «.....les décisions du juge commissaire peuvent faire l'objet de recours devant la cour d'appel dans les dix jours suivant la date de leur prononcé à l'égard du syndic et la date de leur notification à l'égard des autres parties.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم الصادر بتاريخ 2005/12/02 في الملف رقم 2005/2625/11 وقرار محكمة الاستئناف التجارية بغاس رقم 14 الصادر بتاريخ 2012/3/7 في الملف رقم 2011/10 أشار إليهما علال فالي، "التطبيق على قانون مساطر صعوبات المقاولات على ضوء 20 سنة من القضاء التجاري 1998-2018"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، الصفحتين 510 و 511

Face à ce vide juridique, le législateur a mis fin par l'article 766 du Code de commerce tout en interdisant ce recours extraordinaire⁵⁵, qui peut provoquer un étirement de la procédure qui s'explique par le besoin de célérité et d'efficacité dans le déroulement des procédures judiciaires⁵⁶.

Le tribunal de la procédure statue sur toutes les contestations nées de la procédure qui sont portées devant lui. En application de la règle *specialia generalibus derogant*⁵⁷.

Le contrôle du tribunal de commerce s'effectuera sur l'aspect collectif des licenciements. Ce contrôle s'effectuera sur trois points essentiels : la régularité des procédures de consultation des représentants du personnel et d'information de l'inspecteur préfectoral du travail et du gouverneur, le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements, ainsi que le nombre des salariés dont le licenciement a été autorisé et la catégorie professionnelle concernée⁵⁸.

Autrement dit, le contrôle du tribunal de commerce ne peut porter que sur les obligations citées dans le Code de commerce .En pratique, ce contrôle s'exerce uniquement sur le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements. A l'exception de la possibilité d'interjeter appel contre les décisions rendues en matière d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire par le salarié créancier, ce recours n'est recevable que s'il a demandé personnellement l'ouverture de la procédure.

Cependant, le salarié licencié ne peut interjeter appel à l'encontre des autres décisions qui sont accompagnées des licenciements notamment l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou la conversion du redressement en liquidation judiciaire⁵⁹.

Même si le législateur a accordé un droit indirect de recours au salarié par le biais de l'assemblée des créanciers, instance nouvellement créée pour toute

⁵⁵L'article 766 du CCom dispose que : « ...les jugements, ordonnances et arrêts rendus en matière de procédures relatives aux difficultés de l'entreprise ne sont susceptibles d'aucun recours en rétractation ».

⁵⁶ Nahid LYAZAMI , Op cit ,P 243

⁵⁷ Latinisme en droit : Les lois spéciales dérogent aux lois générales. Signifie que lorsque deux cadres juridiques peuvent s'appliquer à une situation, l'un spécifique et l'autre général, c'est le cadre spécifique qui doit être appliqué

⁵⁸ Sébastien RANC, Op cit ,P55.

⁵⁹ Art 762 C.Com

entreprise soumise à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes et qui peut comporter dans sa composition tout créancier y compris le salarié⁶⁰.

Cela nous permet de poser la question suivante : jusqu'à quel point, le salarié créancier de l'entreprise s'impose dans une instance qui regroupent des créanciers de haut calibre tel que les établissements de crédits, les banques et les fournisseurs ? De ce fait, plusieurs salariés qui travaillent dans les petites et moyennes entreprises et qui ne répondent aux critères mentionnés dans l'article 606 seront privés de ce droit par la simple raison l'absence par la force de la loi de cette assemblée de créanciers.

Section 2 : Compétence accessoire du tribunal de première instance

Le tribunal de première instance est la juridiction à laquelle doit être soumis le contentieux du licenciement économique, que le licenciement en question soit individuel ou collectif.

En matière de licenciement collectif, le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence accessoire au regard de l'étendue de la chose jugée en matière de licenciement économique rendu par le tribunal de commerce.

En effet, le juge social est chargé de statuer sur l'aspect individuel des licenciements. Ceci permet de délimiter une frontière de champ de compétence entre le juge social et le juge de la procédure. Dans le cadre du licenciement individuel, le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence exclusive en matière de contentieux de rupture du contrat de travail selon l'article 20 du CPC, tandis que le tribunal de la procédure bénéficie d'une compétence spéciale dans les entreprises en difficulté sur les recours à l'encontre des autorisations de licenciement. On a donc un conflit de compétence.

Le juge social demeure compétent pour statuer dans le cadre de l'ordonnance du juge-commissaire au regard de la situation individuelle des salariés licenciés, sur les demandes formulées par ces derniers contre leur

⁶⁰ L'article 606 du C.Com dispose que : « Lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, une assemblée des créanciers doit être constituée à l'égard de toute entreprise soumise à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes conformément à la législation en vigueur ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieure à 25 millions de dirhams ou le nombre de salariés dépasse 25 salariés pendant l'année qui précède celle de l'ouverture de la procédure ».

employeur. L'individualisation est donc le fondement de la compétence du tribunal de première instance.

Chapitre 2 : La réappropriation du contentieux par le tribunal social

Le droit des entreprises en difficulté a pour philosophie de restreindre les voies de recours offertes aux salariés afin d'accéder à la procédure. Il ne fait pas des salariés et leurs représentants des parties. Il est logique que le juge-commissaire ne notifie pas l'ordonnance, puisqu'elle ne peut pas viser nominativement les salariés qui ont été autorisés à être licenciés. Mais ne serait-il pas possible de notifier l'ordonnance, non pas à tous les salariés de l'entreprise, mais uniquement à ceux qui rentrent dans les activités et catégories professionnelles concernés⁶¹.

Le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence exclusive en matière de contentieux de rupture du contrat de travail selon l'article 20 du code de procédure civile.

Néanmoins, le principe de la compétence du tribunal du lieu de travail déroge du droit commun de la compétence du domicile ou de la résidence du défendeur, tel qu'il est exprimé par le CPC⁶².

Cette dérogation se justifie par la nécessité de faciliter apparemment au travailleur l'accès à la juridiction compétente. Il aurait toutefois fallu laisser à ce salarié le choix entre le tribunal du lieu de travail et celui de sa résidence habituelle, quel que soit le lieu de cette dernière, d'autant plus qu'il ne saisit souvent cette juridiction qu'après avoir quitté l'employeur à la suite d'une mesure de licenciement sans espoir de retour.

Dans ce cas, le respect du principe du rapprochement de la justice du justiciable aura une certaine signification, compte tenu de la précarité de son statut, en permettant au travailleur d'agir devant le tribunal le plus proche de lui, selon sa convenance⁶³.

Toutefois, le salarié victime d'un licenciement pour motif économique bénéficie d'une assistance judiciaire gratuite selon l'article 273 du CPC au

⁶¹ Sébastien RANC, Op cit, p65

⁶² L'article 27 du CPC dispose que:« la compétence territoriale appartient au tribunal du domicile réel ou élu du défendeur... »

⁶³ A.BOUDAHRAIN, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p266

niveau de première instance et de l'appel.⁶⁴ Quant au niveau du pourvoi en cassation, cette gratuité n'est plus accordée. Il semblait bon d'éviter que cette haute juridiction ne soit, elle aussi, surchargée d'affaires⁶⁵.

La réappropriation du contentieux par la juridiction sociale a pour origine le fait que les salariés ne peuvent pas exercer souvent des voies de recours à l'encontre des décisions du tribunal de commerce (Section 1). Les salariés peuvent se retourner contre ses décisions devant le juge naturel du contrat de travail (Section 2).

Section 1 : Un accès mis en condition au tribunal de la procédure

D'une manière générale et sur la base de l'article 1 du CPC qui dispose que : Ne peuvent ester en justice que ceux qui ont la qualité, la capacité et intérêt pour faire valoir leurs droits. Le juge relève d'office le défaut de qualité ou de capacité ou d'intérêt.

L'article 762 du Code de commerce fixe les décisions rendues en procédure collective qui sont susceptibles d'appel, ainsi que les parties habilitées à interjeter cette voie de recours.

En définitive, les droits des créanciers se trouvent plutôt bien protégés sur le plan théorique lorsque le débiteur tombe en difficulté. Le problème qui se pose est relatif au degré d'efficacité de cette protection.

Ce qui est le plus critiquable, ce sont les modalités d'intervention des créanciers en général qui ne garantissent pas vraiment l'équilibre tant escompté entre créanciers et débiteur. Un équilibre illusoire. Cet équilibre devient encore plus utopique lorsque les créanciers sont des salariés de l'entreprise en difficulté.

Il s'agit bien des voies d'appel limité par le législateur pour les salariés. En procédure collective, le salarié créancier doit suffisamment disposer de capacité intellectuelle et de pouvoir d'accéder à l'information pour réagir au moment

⁶⁴ L'article 273 du CPC dispose que « le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé de plein droit au travailleur, demandeur ou défendeur ou ses ayants droits, pour toute procédure jusque et y compris l'appel. Il s'étend de plein droit à tous les actes d'exécution des décisions judiciaires.

⁶⁵ A. BOUDAHRAN, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p268

opportun afin de saisir le tribunal de commerce et éventuellement demander l'ouverture d'une procédure collective.

Une règle jurisprudentielle du créancier assignant vient d'être introduite dans cette réforme du livre V. C'est à dire que le salarié créancier ne peut interjeter appel contre une décision en procédure collective que s'il a demandé lui-même l'ouverture de la procédure.⁶⁶

La cour de cassation confirme précédemment ce principe dans l'un de ses arrêts en date du 26/09/2001: la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut être ouverte par un créancier quelle que soit la nature de sa créance après l'avoir sollicité par une requête introductive d'instance⁶⁷.

A défaut de cette initiative du salarié créancier, le juge prononce systématiquement l'irrecevabilité de recours pour la simple raison, l'absence de la qualité pour agir⁶⁸.

D'une manière générale, nous pensons que le recours en appel accordé au salarié créancier est inexistant vue la nature et le niveau d'instruction de la plupart des salariés. C'est un refus déguisé par le législateur à l'encontre du salarié licencié afin d'accéder au tribunal de la procédure. Cela peut être qualifié comme une atteinte à un recours effectif des salariés dans la mesure que le droit à un recours effectif n'est qu'un aspect du droit à un procès équitable⁶⁹. Faute de ne reconnaître ce recours individuel devant le tribunal de la procédure, la protection va être recherchée par le salarié devant son juge naturel.

قرار المحكمة التجارية للدار البيضاء بتاريخ 2007/05/24 في الملف رقم 2007/19/313 أشار إليه رشيد مستغفر: "وضعية الأجراء في مساطر صعوبات المقاولات"، بحث نهائية 37 و ترتيب الملحقين القضائيين، المعهد العالي للقضاء، الرباط، السنة القضائية 2007-2009، ص 36 و 37

قرار محكمة النقض رقم 1964 بتاريخ 2001/09/26، ملف تجاري عدد 500/46، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، سلسلة القانون والممارسات القضائية، العدد 5، 2005، ص 144⁶⁷

قرار محكمة النقض رقم 1/632 بتاريخ 2007/06/06 في الملف التجاري رقم 2004/1/3/1206 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69، ص 99، وتم بمقتضى هذا القرار رفض طلب الطعن بالنقض المقدم ضد قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 2004/46 بتاريخ 2004/07/14 في الملف رقم 2007/17 من طرف المستأنفة التي لا تتصرف بصفة الدائن المتابع بمدلول المادة 563 من مدونة التجارة السابقة (حاليا المادة 578) وأن الحكم المستأنف في هذه النزالة والقاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق شركة جينيوكوف قد صدر بناء على طلب هذه الأخيرة فقط، وأن المستأنفة الحالية هي مجرد داتنة من بين الدائنين للمقاول المحكوم عليها بالتصفية القضائية.⁶⁸

⁶⁹ Article 10 de la DUDH de 1948 : « Toute personne à droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Section 2 : Un licenciement recontesté devant le juge social

En vertu de l'accès limité au tribunal de la procédure par les salariés, victime d'un licenciement pour motif économique, voir même inexistant selon l'article 762 du Code de commerce.

Néanmoins, les salariés peuvent exercer des recours indirects devant le juge social contre les décisions du tribunal de la procédure. Un recours qui conteste la légalité de la décision de licenciement et cherche l'issue de la réintégration ou de l'indemnisation.

Il existe des cas où le juge social, malgré l'autorisation de licenciement du tribunal de la procédure, remet en cause l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Ce sera le cas lorsque l'autorisation de licenciement sera obtenue par fraude, ou le non-respect d'une obligation de forme. Ce licenciement est sanctionné par une absence de cause réelle et sérieuse⁷⁰.

D'une part, il y aura fraude au licenciement autorisé par le tribunal de la procédure dès lors que le salarié licencié sera remplacé immédiatement par un salarié. C'est le signe que l'emploi n'a pas été supprimé et que le salarié a été remplacé immédiatement après son licenciement, faisant ainsi ressortir que l'employeur a obtenue l'autorisation judiciaire de licencier par fraude.

D'autre part, le juge social dispose d'un pouvoir de contrôle indirect sur la cause réelle et sérieuse, ce dernier remet indirectement en question l'autorisation de licenciement du tribunal de commerce. Il examine aussi le caractère réel et sérieux de cette suppression ou transformation d'emploi par rapport à la cause invoquée. Des difficultés économiques, quoique réelles, peuvent par exemple ne pas être jugées suffisamment sérieuses pour justifier la suppression de l'emploi⁷¹.

L'analyse d'une situation économique repose pourtant sur un ensemble d'indicateurs quantitatifs, souvent financiers, qui ne sont pas dans les compétences particulières ni des juges ni des avocats. La mobilisation discrétionnaire d'un expert venant expliquer et analyser la situation économique présente l'avantage de rendre intelligible un discours comptable abstrait. C'est ainsi que le juge social est habilité à contrôler d'abord le respect par l'employeur

⁷⁰ Sébastien RANC, Op cit, ,P 70

⁷¹ Article publié par Jean-Yves (conseiller à la cour de cassation), « Ordre des avocats de paris, travaux de commission ouverte de droit social », 6 Mars 2009,P3 et suivant.

de la procédure de licenciement (Le paragraphe 5 et 6 de l'article 624 du Code de Commerce), avant d'apprécier la pertinence et le sérieux du motif économique invoqué.

La cause réelle est généralement comprise par la doctrine comme la cause objective, existante et exacte⁷². Elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles⁷³. Tandis qu'une cause est dite sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement.

Le juge social marocain contrôle également de sa part, la réalité et le sérieux du motif du licenciement dans une décision du tribunal de première instance de Casablanca qui a considéré que : « le licenciement d'un salarié suite à une réorganisation de l'entreprise ne peut être justifié qu'en absence de possibilité de sa réintégration dans l'une de ses filiales »⁷⁴. Le contrôle de la réalité et le sérieux du motif peut s'étendre au sein du groupe d'entreprise⁷⁵.

Les juges doivent progresser, être capables scientifiquement de pouvoir exercer la mission qui leur est confiée. Selon certains auteurs, les juges marocains ont besoin d'une formation qui touche des domaines aussi importants comme les finances, la fiscalité et la comptabilité. Ils sont condamnés à poursuivre une formation académique avec cours magistral ennuyeux qui explique surtout le déroulement de la procédure et des audiences⁷⁶.

⁷² Isabelle Cohen MURIELLE, « la cause réelle et sérieuse dans le licenciement », *Almilaf*, n°5, 2005, P.12 et s.

⁷³ Alain COEURET, Bernard GAURIAUD et Michel MINE, « Droit du travail », 2ème édition SIREY, 2009, P. 334

حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم بتاريخ 3024 بتاريخ 03/11/1998، أشارت إليه وفاة المطاغي، الفصل الجماعي للأجراء رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 317⁴

قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 3580 بتاريخ 2010/06/01 ملف رقم 02/2939 (غير منشور)⁷⁵

⁷⁶ Il faut ajouter les problèmes de langues longtemps soulignés chez nos magistrats, qui sont, pour la plupart, exclusivement arabophones. Faut-il rappeler que l'ex-ministre de la Justice, feu Mohamed Naciri, avait affirmé que 9 magistrats sur 10 ne savent pas lire un bilan comptable dans un entretien publié dans le journal l'économiste (édition n° 3528 du 12/ 05/ 2011)

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

- Abdellah BOUDAHRAN, «Le droit du travail au Maroc », Tome II, édition al Madariss, Rabat, 2005.
- Bouchra NADIR, « L'essentiel du droit de travail marocain », édition Bouregreg, Rabat, 2012.
- Jean Jacques DUPEROUX, « Droit de la sécurité sociale », édition Dalloz, 2011.
- Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAMMAUD, « Droit du travail », précis Dalloz, 23ème édition ,2006.
- Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAMMAUD, « droit du travail »,20^{ème} édition, Dalloz,2001.
- M'hamed EL FEKKAK, « Répertoire de la législation du travail », Librairie Al wahda Al arabia, Casablanca, 1994.
- Michel MINE et Daniel MARCHAND, «Le droit du travail en pratique »,Eyrolles,23 éme édition 2011.
- Mohamed TADILI, «La Reforme de la législation sociale au Maroc », Maarif El jadida, 2004.
- Nicolas VALTCOS, «Droit international du travail», dalloz, 2ème édition, 1983.

Ouvrages Spéciaux :

- Abdelaziz EL HILA, «Précis de droits de l'Homme »,1^{ère} édition Al Omnia, 2008.
- Abdeljalil EL HAMOUMI, «Droit des difficultés de l'entreprise »,3ème édition Darassalam, 2008.
- MARTINON Arnaud, « Le licenciement pour motif économique », Cercle de droit social de l'entreprise, édition Lexis Nexis, 2012

Ouvrages en arabe :

- ادريس الكراوي- إشكالية التشغيل مقاربات و توجهات- منشورات جمعية الدراسات و الأبحاث للتنمية- مطبعة البيضاوي- مارس 2014
- عمر أزوكار- قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية و التصفية القضائية- منشورات دار القضاء بالمغرب يصدها مكتب أزوكار للمحاماة و الاستشارة و التحكيم- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2014
- عمر أزوكار- قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل- منشورات مكتب أزوكار للمحاماة و الاستشارة و التحكيم- الجزء الرابع- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2013
- ذ/محمد سعيد بناني - قانون الشغل بالمغرب - علاقات الشغل الفردية - الجزء الثاني - المجلد الثاني-2007
- محمد سعد جرندي- الطرد التعسفي للأجير في ظل مدونة الشغل و القضاء المغربي - مطبعة الأمنية الرباط - الطبعة الثانية2007
- ذ/محمد سعيد بناني - المراقبة القضائية للخطأ الفادح- المنشور بكتاب الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي - مارس 2004
- ادريس فجر- الخصوصية و آثارها على عقود العمل- الندوة 11 للقضاء الاجتماعي- منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية سابقا- المعهد العالي للقضاء حاليا
- - موسى عبود- دروس في القانون الاجتماعي - مطبعة النجاح الجديدة 1987

Thèses en français :

- Nahid LYAZAMI , « La prévention des difficultés des entreprises, Etude comparative entre le droit français et le droit Marocain », Thèse de doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon-Var, Faculté de droit, Ecole doctorale « civilisation et sociétés euro-méditerranéennes et comparées », Centre de droit et de politique comparé Jean-claude Escarras
- Hanane TOUZANI, « Protection du salarié et Régulation de la relation salariale au Maroc », thèse de Doctorat en sciences économiques, Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal, Avril 2011.
- Farid EL BACHA, « Le droit au travail », thèse de Doctorat d'Etat en Droit, Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal, Novembre 2001.
- Mohamed MAMOUNI, « Le contrôle judiciaire du licenciement droit marocain et comparé », thèse de Doctorat en Droit, Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal 1993.

Thèses en arabe :

- يونس العياشي – استقرار علاقات الشغل في القانون الاجتماعي المغربي والمقارن - أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص - جامعة محمد الخامس الرباط/ أكدال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2011/2012.

Mémoire en français :

- Claire Maigne, « Les Entreprises en Difficulté : Réagir Avant La Défaillance », Mémoire Master 2 CCA, Université de Poitiers, Institut d'Administration des Entreprises, Année 2012-2013.
- Sébastien Ranc, « Les licenciements pour motif économique dans les entreprises en difficulté », Mémoire Master 2 Recherche mention droit du travail et de la protection sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Année 2012-2013

Mémoires en arabe :

- محمد الوريثي – دور السلطة المحلية في استقرار علاقات الشغل - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص - جامعة محمد الخامس الرباط/ أكدال - كلية العلوم القانونية والعلوم الاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2007/2006
- يونس العياشي – دور التشريع والقضاء في حماية حق الشغل في أفق 2010 - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص - جامعة محمد الخامس الرباط/ أكدال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2006/2005

Reuves en arabe :

- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 46
- مجلة قضاء المجلس الأعلى - العدد 47 يوليوز 1995
- مجلة قضاء المجلس الأعلى- العدد المزدوج 60/59 – يناير / يوليوز 2002
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 67
- مجلة القضاء والقانون عدد 142
- مجلة القضاء والقانون العدد 27 – 1978
- مجلة المحاكم المغربية عدد 149
- مجلة المحاكم المغربية عدد 5

Rapports :

- Publication trimestrielle du Haut-Commissariat au plan, « Activité, Emploi et Chômage », troisième trimestre 2013.
- Rapport du Ministère de l'emploi et des affaires sociales « bilan social 2015 » accessible sur www.emploi.gov.ma
- Publication du Ministère du travail et de l'insertion professionnelle, Direction de l'observatoire du Marché de travail, le marché de travail en 2017, édition 2018

Textes de lois :

- La constitution Marocaine de 2011
- Dahir des obligations et des contrats
- Code de procédure civile ; Code pénal ; Code de commerce ; Code de Travail.
- Loi 17-02 Promulguée par le dahir n°1-04-127 du 21 ramadan 1425 (4 novembre 2004), BO n°5266 du 18 Novembre 2004 sur la sécurité sociale.
- Loi 39-89 promulguée par le Dahir n° 1-90-01 du 11 Avril 1990 publiée au BO n°4042 en date du 18 Avril 1990 sur la privatisation.
- Loi n° 03-14 modifiant et complétant le Dahir n°1-72-184 du 27 Juillet 1972 relatif au régime de sécurité sociale publiée au BO n°6292 en date du 18 septembre 2014
- Loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1-14-116 du 30 Juin 2014 publiée au BO n°6280 en date du 07 Août 2014.
- Loi n° 73-17 abrogeant le livre V de la loi n°15-95 formant le code de commerce et qui concerne les difficultés de l'entreprise, publiée au BO n°6667 en date du 23 Avril 2018 (version arabe)
- Loi 18-95 promulguée par le Dahir n°1-95-213 du 08 Novembre 1995 publiée au BO n° 4336 en date du 06 Décembre 1995 formant la charte de l'investissement.
- Loi 16-12 portant probation de la convention n°187 adoptée à Genève par l'Assemblée Générale de l'ONU le 15 juin 2006 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail publiée au BO n° 6166 en date du 04 Juillet 2013.

Site WEB :

- www.cnss.ma, www.hcp.gov.ma, www.jurisprudence.ma, www.usaid.org.ma, www.ilo.org , www.calssiques.uqac.ca, www.emploi.gov.ma



Adhésion du Maroc à l'OHADA : Entre Réalité, Défis et Perspectives

EL KHATTABI Fatima Ezzahra

BAHLOULA Rachid

KOURAICHI Abdollah

Doctorants, UM5-Rabat, FSJES-Souissi,

Résumé :

Cette étude entend questionner l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et plus particulièrement son rôle dans la stimulation des IDE dans le continent africain. Au niveau de l'OHADA, nous relevons une évolution progressive du cadre juridique et judiciaire qui s'inscrit dans une perspective de promotion de l'unité africaine, en vue de développer l'activité économique, aussi bien sur le plan interne que communautaire. Il est aussi question du climat des affaires au Maroc et des perspectives d'adhésion à l'OHADA, notamment de cette intégration. Il s'agit, en somme, d'évaluer le poids géostratégique de l'intégration et de son apport à l'accroissement des investissements directs étrangers sur le continent africain.

Mots clés : Harmonisation, disposition, réforme, droit des affaires, actes uniformes, climat des affaires, sécurité juridique et judiciaire, cadre institutionnel, la cour commune de justice et d'arbitrage, systèmes comptables.

Abstract :

This study aims at raising the question of the role of the harmonization of business law in Africa in stimulating direct foreign investment in the African continent. At the level of the organization of cooperate law in Africa, we highlighted the progressive development of the legal framework as a basic mechanism for business development and also economic growth in the continent. This article indicates the prospects for Morocco's accession to this organization and also its impact on the business climate in Africa as well as its contribution to the increase of foreign direct investment on the African continent.

Keywords: Harmonization, provision, reform, business law, uniform acts, business climate, legal and judicial certainty, institutional framework, the common court of justice and arbitration, accounting systems.

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى طرح التساؤل حول تنسيق قانون الأعمال في إفريقيا وتحديد دورها في تحفيز الإستثمار الأجنبي المباشر في القارة الإفريقية. على مستوى منظمة تنسيق قانون الأعمال في إفريقيا، نبرز أيضا التطور التدريجي للإطار القانوني كآلية أساسية لتنمية الأعمال وتزايد النشاط الإقتصادي بالقارة، كما تسلط الضوء هذه المقالة أيضا على آفاق إنضمام المغرب لهذه المنظمة وأثره على مناخ الأعمال بإفريقيا بهدف تقييم القيمة الجيوستراتيجية لهذا الإنخراط القاري ومساهمته في زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر في القارة الإفريقية.

Introduction

Dans le cadre de l'amélioration du climat des affaires et la multiplication des flux des IDE et des échanges commerciaux entre les pays africains. Le cadre institutionnel de l'OHADA procure un système juridique d'harmonisation du droit des affaires, Il a mis en pratique plusieurs lois pour établir la confiance entre les investisseurs nationaux et internationaux, dynamiser le secteur privé et accompagner les entreprises dans leurs diversifications géographiques sur le continent africain.

Dans cette perspective, les relations économiques entre le Maroc et les pays membres de l'OHADA enregistraient un rythme croissant sur la dernière décennie, les exportations marocaines vers l'Afrique se sont accrues (de 7%) les investissements directs à l'étrangers marocains vers l'Afrique s'élevaient à 37 milliards de dirhams. A cet effet l'adhésion du Maroc à l'OHADA devrait garantir la sécurité juridique et judiciaire aux entreprises marocaines et leur permet de comprendre et traiter les besoins et les spécificités du marché africain.

Partant de ce constat général, quelques interrogations méritent d'être soulevées :

- Quel est le cadre juridique de l'OHADA ? Quel est son rôle dans l'amélioration du climat des affaires ? quel est leur impact sur l'intégration Africaine ?
- L'adhésion du Maroc à l'OHADA est-il un outil pour les investisseurs marocains d'intégrer les marchés africains ?

Pour répondre aux questions de recherche nous avons adopté le plan suivant : le premier point constitue le profil détaillé de l'organisation voire son historique et ses objectifs, le deuxième point représente l'axe juridique de l'OHADA, son cadre institutionnel ainsi son arsenal normatif, en suite nous étudions les contraintes et les opportunités de l'adhésion du Maroc à l'OHADA.

1-Historiques et Objectifs :

Dans une économie globalisée, marquée par une grande fluidité des mouvements de capitaux, la sécurité juridique et judiciaire d'un pays joue, désormais, un rôle majeur dans l'attractivité économique, notamment, en matière des investissements domestiques et étrangers.

Pour attirer les capitaux nécessaires à la dynamisation de leurs économies, tout en faisant face à la chute des investissements, de nombreux Etats africains francophones ont fait le pari, dès la fin des années 1980 et au début des années 1990, d'assainir l'environnement juridique et judiciaire des entreprises¹, via la création d'une nouvelle institution, qui entend harmoniser le droit des affaires en Afrique : l'OHADA est née. Il s'agit, en effet, d'une organisation intergouvernementale d'intégration juridique, qui a vu le jour à la suite du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique de 1993². Elle regroupe, au total, 17 pays et poursuit trois objectifs majeurs :

- Restaurer durablement la confiance des investisseurs nationaux et internationaux ;
- Intervenir activement en vue de faciliter les échanges entre les Etats membres ;
- Développer le secteur privé de manière à dynamiser et stimuler les économies des Etats membres.

Pour ce faire, le traité d'OHADA s'est doté de cinq institutions :

- La Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements qui constitue l'organe politique de l'OHADA ;
- Le Conseil des ministres qui délibère et prend les décisions au sein de l'organisation. Il est composé des ministres de justice et des finances des Etats membres ;

¹M. DIAKHATÉ, « OHADA : un nouveau droit des affaires pour sécuriser l'investissement en Afrique »

²Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est entré en vigueur le 18 septembre 1995. L'OHADA regroupe actuellement 16 États membres (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo).

- Le Secrétariat permanent, qui est l'organe exécutif de l'OHADA. Il assure, quant à lui, la coordination et le bon fonctionnement des institutions.
- La Cour commune de justice et d'arbitrage, considérée comme l'organe juridictionnel de l'OHADA. Elle se compose de 13 juges élus pour un mandat de trois ans, renouvelable. Elle assure une triple fonction : consultation, arbitrale et judiciaire en tant que cour de cassation de l'OHADA.
- L'Ecole régionale supérieure de la magistrature, qui constitue l'organe de formation, de perfection et de recherche en droit l'OHADA et droit des affaires.

Pour ce qui est des modalités d'adhésion à l'OHADA, **l'article 53** stipule que l'organisation est ouverte à tout Etat, membre ou non de l'UA qui accepterait de transférer, voire abandonner une partie de ses compétences en matière de droit des affaires.

Signalons, par ailleurs, que le droit marocain est pleinement compatible avec le droit l'OHADA, ce qui, *de facto*, facilite son adhésion à cette institution, d'autant plus qu'il bénéficie aussi bien à son système juridique que judiciaire, améliorant ainsi son fonctionnement. Ceci profite également aux entreprises marocaines qui, désormais, peuvent accéder à un marché de plus de 300M de consommateurs et un taux moyen de croissance qui avoisinerait les 5%, voire plus. Elles bénéficieront également de la performance du cadre juridique grâce à l'arsenal normatif de l'OHADA.

2-Actes uniformes de l'OHADA

Avant d'aborder plus en détails les avantages et les contraintes de l'adhésion du Maroc à l'OHADA, et afin de mieux en saisir la portée et comprendre pourquoi le Maroc est appelé à harmoniser son droit avec celui de l'OHADA, nous devons, d'abord, détailler les actes uniformes qui regissent le travail de cette organisation et construisent son arsenal normatif .

Les Actes uniformes³ sont préparés par le Secrétariat Permanent qui en communique le projet aux États membres pour recueillir leurs observations. Une fois celles-ci reçues et synthétisées, le Secrétariat Permanent met au point le projet d'Acte uniforme et le transmet pour avis à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, qui doit se prononcer dans un délai de 60 jours. Ensuite, le projet est inscrit pour adoption à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres .

Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

L'arsenal normatif de l'OHADA, A ce jour riche en 10 actes uniformes⁴ : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le droit des sociétéscoopératives, le droit des sûretés, le droit des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, le droit des procédures collectives d'apurement du passif, le droit comptable, le droit du transport des marchandises par route, le droit de l'arbitrage et le droit de la médiation.

³Sur les actes uniformes, J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT-Rome, 1999, p.5.

⁴Les textes relatifs à ces actes uniformes sont disponibles sur le site de l'OHADA, sur le lien [http:// www.Ohada.com/textes.php](http://www.Ohada.com/textes.php). D'autres actes uniformes sont aussi en cours d'élaboration, notamment celui relatif au droit du travail.

Nous ne parlerons que des cinq Actes Uniformes principales:

1. Droit commercial général⁵

Avant l'intervention du législateur OHADA, la matière était soumise à des règles souvent anciennes et extrêmement diversifiées, tant dans leurs sources (lois, décrets, ordonnances....) que dans leur objet. Afin de faciliter et de sécuriser les échanges entre les opérateurs économiques, le Conseil des Ministres a adopté, le 17 avril 1997, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG). Ce texte de 289 articles a été remplacé, après plus d'une décennie d'application, par un nouvel Acte uniforme du 15 décembre 2010

l'AUDCG du 15 décembre 2010 régleme : :

- le statut du commerçant et celui, nouveau, de l'entrepreneur, institué pour favoriser le passage des acteurs de l'économie informelle vers le secteur formel;
- le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) qui reçoit les immatriculations des personnes physiques et personnes morales commerçantes, mais aussi les inscriptions de sûretés mobilières, et dont l'informatisation permettra d'accéder, en temps réel, à une information fiable sur les agents économiques de l'espace OHADA;
- le fonds de commerce, constitué de l'ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ;
- l'intermédiaire de commerce (commissionnaire, courtier ou agent de commerce), personne physique ou morale agissant professionnellement pour le compte d'une autre personne afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial ;
- la vente commerciale, contrat de vente de marchandises entre commerçants, y compris les contrats de fournitures de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production.

Date d'entrée en vigueur: 16/05/2011

⁵adopté le 17 avril 1997 (Journal Officiel de l'OHADA n°1 du 01/10/1997, p.1)

2. Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

Le 30 janvier 2014, le Conseil des Ministres a adopté un nouvel Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), en substitution à celui du 17 avril 1997.

dirigeants, liens de droit entre sociétés, transformation, fusion, scission, apports partiels d'actifs, dissolution, liquidation, nullité de la société et des actes sociaux, formalités diverses et règles de publicité.

Outre les importantes clarifications apportées, le nouvel AUSCGIE consacre les conventions extrastatutaires, devenues d'usage courant dans la vie des affaires, de même qu'il prévoit la nomination d'un administrateur provisoire, en cas de crise entre associés rendant impossible le fonctionnement normal de la société.

La deuxième partie régleme les diverses formes de sociétés commerciales : société en nom collectif (SNC), société en commandite simple (SCS), société à responsabilité limitée (SARL), société anonyme (SA), Société en participation, société de fait, groupement d'intérêt économique (GIE) et, innovation majeure, société par actions simplifiée (SAS). Le nouveau texte introduit également d'importantes dispositions de droit boursier, de même qu'il améliore le traitement des conventions réglementées afin d'améliorer la gouvernance des sociétés. Par ailleurs, la possibilité pour les actionnaires et les administrateurs de participer par visioconférence aux réunions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration est instituée.

Date d'entrée en vigueur: 05/05/2014

Adopté à Libreville le 10 avril 1998, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) organise, en matière de recouvrement, deux procédures judiciaires simples à mettre en œuvre par un créancier, afin de contraindre son débiteur à exécuter ses engagements : l'injonction de payer et l'injonction de délivrer ou de restituer

un bien, cette dernière étant assortie de deux saisies correspondantes que sont la saisie-appréhension et la saisie-revendication.

Dans le domaine des voies d'exécution, l'AUVE aménage les données de base de l'exécution forcée, et régleme les différents procédés de contrainte : les saisies conservatoires (de biens meubles corporels, de créances, de droits d'associé et valeurs mobilières), et les saisies exécutoires (saisie-vente, saisie-attribution de créances, saisie des rémunérations, saisie immobilière).

Date d'entrée en vigueur: 10/07/1998

3. Organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises

L'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, auquel est annexé le système

comptable OHADA, établit les normes comptables, le plan des comptes, les règles de tenue des comptes, de présentation des états financiers et de l'information financière. Il vise les comptes personnels des entreprises, personnes physiques et morales, les comptes consolidés et comptes combinés, et comporte, en outre, des dispositions pénales¹¹.

Cet Acte uniforme est en cours d'actualisation.

Date et lieu d'adoption : 24 mars 2000 à Yaoundé (Cameroun)

- Date de publication au Journal Officiel de l'OHADA : J.O. N° 10
- Date d'entrée en vigueur : 1er janvier 2001 pour les comptes personnels des entreprises, et 1er janvier 2002 pour les comptes consolidés et les comptes combinés.

4. Contrats de transport de marchandises par route

Cet Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un Etat partie à l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA ; à l'exclusion des des transports de marchandises dangereuses, des transports funéraires, des transports de déménagement, ou des transports effectués en vertu de conventions postales internationales.

L'AUTM s'applique indépendamment du domicile et de la nationalité des parties au contrat de transport. Il règle la conclusion, l'exécution, la responsabilité et le contentieux découlant du transport.

Date d'entrée en vigueur: 01/01/2004

3-Opportunités et Contraintes de l'adhésion à l'OHADA:

Les relations économiques entre le Maroc et les pays membres de l'OHADA se sont renforcées, dans le cadre du partenariat sud-sud. Sur la décennie (2007-2017), le volume des échanges entre le Maroc et les pays africains a enregistré une progression annuelle de 5% en moyenne pour atteindre 37.2 milliards de dirhams en 2017. Les exportations marocaines vers l'Afrique subsaharienne ont accumulé, quant à elles, une progression de 1% en 2017 passant de 6% en 2014 à 7.2 % en 2017.

Sur le plan des investissements directs à l'étranger, 37 milliards de dirhams constitue la valeur cumulée entre 2003 et 2017 des IDE marocains orientés vers l'Afrique. Par pays, la Côte d'Ivoire et le Mali arrivent en tête des pays membres de l'OHADA récipiendaires des IDE marocains avec une part respective de 19% et de 13% des flux en moyenne entre 2003 et 2017, suivi du Sénégal, du Burkina Faso (avec 7% chacun) et du Gabon (6%), dans une moindre mesure du Togo,

du Tchad et du Benin. Ainsi, le Maroc investit dans des secteurs comme les banques et les télécommunications, avec une part de 53% et de 17% respectivement au cours de la même période, suivi de l'industrie avec 11% et les Holding 5%.

Il convient de souligner à ce propos que l'Afrique subsaharienne a connu une présence remarquable des banques marocaines qui s'est accélérée depuis la moitié des années 2000, les trois banques marocaines à savoir Attijariwafabank, BMCE BoA et la Banque centrale populaire (BCP), sont présents dans plus de 25 pays africains, en 2018 ils ont concentré 27,8% de la part de marché dans l'UEMOA, et plus de 30% de la part du résultat net global dans la région, leur part dans les crédits fournis au sein de l'UEMOA est évaluée à 29,6% en 2017, contre 11% en 2007.

Ces différentes péripéties montrent, chiffres à l'appui, que l'adhésion du Maroc à l'OHADA s'inscrit dans une nouvelle orientation du pays, qui entend dépasser les relations développées jusque là avec les Etats membres à travers la signature des accords bilatéraux, pour se déployer autrement par le biais de la réglementation communautaire. De même, elle devrait contribuer favorablement au renforcement de son dispositif pour une meilleure consolidation de sa position dans tous les compartiments de partenariat avec les autres pays africains. (harakat .M , 2015)

Ensuite, une telle intégration devrait sans doute redresser, à la fois, la structure des échanges commerciaux et la répartition des IDE marocains destinés aux pays membres. Autrement dit, elle représente, désormais, une locomotive essentielle pour la conquête de nouveaux marchés, principalement ceux des pays de l'Afrique centrale qui connaissent une forte présence des pays émergents. Par contre, le Maroc réalise des résultats assez modestes dans cette région d'Afrique ; sa part dans le total des stocks des IDE destinés à l'Afrique ne dépassant pas 15%¹³ sur la période (2003-2017).

En termes des échanges commerciaux, le droit de l'OHADA offre une opportunité de consolider le potentiel des échanges entre le Maroc et les pays

membres de l'organisation sur un marché de plus de 1.2 milliard de consommateurs via le ciblage des nouveaux secteurs et branches que le Maroc peut exporter à ses pays. En renforçant la compétitivité externes des entreprises marocaines. (Ouvrage collectif, Harakat. M, 2018)

Conclusion

Le Maroc devrait relancer l'adhésion à l'OHADA vu son rôle dans l'amélioration du climat des affaires et ses retombées positives sur les flux des IDE inter africain, elle permet aux opérateurs économiques de développer davantage des soubassements favorables pour comprendre les besoins et les spécificités du marché africain, garantir leurs sécurité juridique et judiciaire. Afin d'avoir la capacité à faire mieux que leurs concurrents dans les pays hôtes, et de drainer un effet positif sur l'économie nationale.

le Maroc ambitionne à assurer la sécurité énergétique en Afrique de l'Ouest à travers des grands projets tel que le Gazoduc Nigeria-Maroc, qui constitue un projet stratégique important pour l'avenir de l'Afrique et favorisera, à coup sur, l'émergence des pays de l'Ouest à travers la satisfaction de leurs besoins en matière de développement économique social et environnemental.

Il s'agit d'un projet qui sera construit sur une période de 25 ans et prendra en compte les besoins d'une douzaine de pays traversés, l'idée est d'aller dans la mesure du possible vers des projets qu'on appelle communément *Gazo to Power*. Il permettra de transformer le secteur énergétique de l'Afrique de l'ouest et de fournir de l'électricité aux pays de sous région (Afrique de l'ouest) tout en renforçant les bases de l'industrie des fertilisants. La majorité des pays concernés par le projet font partie de l'OHADA comme le Benin, Togo, Sénégal, Guinée, Guinée Bissau et la Côte d'Ivoire, cette convergence des opérateurs de projet facilitera sa concrétisation et faire en sorte que la coopération entre le Maroc et le reste du continent soit effective et aboutisse à des projets concrets.

Dans cette perspective, le cadre institutionnel de l'OHADA dispose d'un système juridique solide qui procure la sécurité judiciaire aux entreprises qui opèrent en Afrique, selon un processus d'harmonisation des principaux éléments de leurs comptabilités, avec l'introduction de règles communes aux sociétés pour établir leurs états financiers. De plus, en cas de litiges, la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) constitue l'organe compétent qui gère la procédure de règlement des différends des pays membres.

L'Article 18 du traité de l'OHADA prévoit que les textes juridiques de l'OHADA s'appliquent aux affaires et insiste sur le caractère supranational de l'institution qui s'exerce automatiquement.

Par conséquent, le Maroc devrait transposer, avec les adaptations nécessaires, les actes uniformes de l'organisation, sur le plan juridiques, avec l'harmonisation globale des textes nationaux, la réforme des dispositions de droit des affaires internes, il suppose également l'acceptation de nouveaux statuts et systèmes comptables en vigueur.

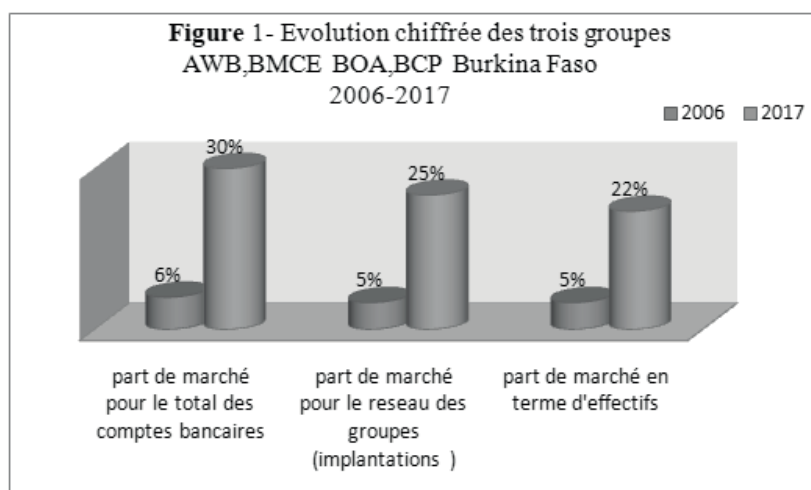
Toutefois, il existe un certain nombre de contraintes qui pèsent sur l'adhésion du Maroc à l'OHADA. Principalement ;

- L'incompatibilité linguistique des textes juridiques marocains avec la loi de la communauté qui ne prévoit pas l'adoption des textes juridiques en langue arabe
- Les tribunaux nationaux des pays membres dominés par les jugements de la CCJA, ce qui affecte leur souveraineté.
- Les économies africaines sont affaiblies par le secteur informel qui n'est pas inséré dans la régulation de l'OHADA.

Annexes

Figure 1- Evolution chiffrée des trois groupes AWB, BMCE BOA, BCP Burkina Faso 2006-2017

	2006	2017
part de marché pour le total des comptes bancaires	6%	30%
part de marché pour le réseau des groupes (implantations)	5%	25%
part de marché en termes d'effectifs	5%	22%

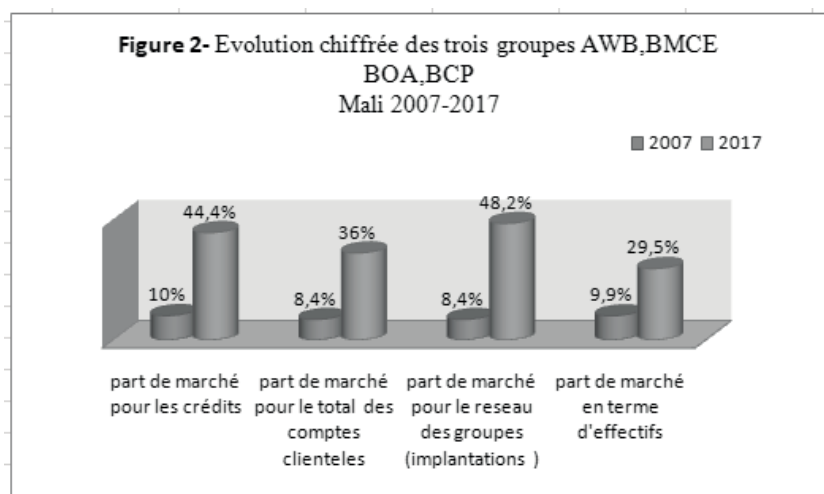


Source : élaboré par l'auteur

Sur la période 2006 -2017 dans la zone UEMOA au Burkina Faso l'analyse chiffrée démontre la montée en puissance des 3 groupes, selon les données collectées à partir de la base de données de la Commission bancaire des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), le réseau d'implantation est passé de 5% à 25% , Parallèlement, les banques marocaines, qui ont détenu 6% du total des comptes bancaires en 2006, réalisent 29,96% en 2017, tandis qu'en termes d'effectifs employé a quant à lui progressé à 22% du total des salariés du secteur bancaire burkinabé, contre 5% seulement en 2006.

Figure 2- Evolution chiffrée des trois groupes AWB, BMCE BOA, BCP Mali
2007-2017

	2007	2017
part de marché pour les crédits	10%	44,4%
part de marché pour le total des comptes clientèles	8,4%	36%
part de marché pour le réseau des groupes (implantations)	8,4%	48,2%
part de marché en termes d'effectifs	9,9%	29,5%



Source : élaboré par l'auteur

Au Mali, d'après la même source, les trois groupes ont couvert 48,21% des implantations (réseaux) en 2017 contre 8,4% en 2007, ont totalisé 44,42% des crédits en 2017, contre 10% en 2007. Elles ne détenaient que 8,4% des comptes de la clientèle en 2007 affichent 36% en 2017, Ces banques ont employé 29,5% des effectifs en 2017 contre 9,96% en 2007

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages

- HARAKAT .M, *Diplomatie économique en Afrique ; quelle gouvernance en période de crise et d'instabilité ?* 2015, REMA- Rabat
- Stéphane Mortier, *Au cœur de l'unité africaine, Le droit OHADA. Harmonisation du droit des affaires et intelligence économique*, Uppr Éditions, 2017, 40 p.
- Victor KalungaTshikala et Stéphane Mortier, *Précis de droit OHADA des sociétés*, VA Éditions, 2020, 260p.
- *La nouvelle géopolitique Marocain en Afrique en Afrique à l'heure de l'adhésion à la CEDEAO*, Ouvrage collectif, REMA, Rabat, 2018

Rapport

- ICPC, *Bonne Gouvernance ; entre la situation actuelle et les dispositions de la nouvelle Constitution de 2011*, Juin 2011
- Institut Amadeus, *Etude partenariat Maroc-Afrique*, juillet 2014
- Bad, Organisation de coopération et de développement économiques, Programme des Nations Unies pour le développement (2017), *Perspectives économiques en Afrique 2017*
- Banque africaine de développement, fond africaine de développement ; *Document de la stratégie pays du groupe de la banque au Mali 2015-2019*
- Commission bancaire UMOA ; *Rapports annuels 2015-2016-2018-2017*
- Le conseil des ministres de l'OHADA « *Actes Uniformes relatif au droit de l'arbitrage* », 2002
- René Bourdin « *Règlement de l'arbitrage de la cour de justice et d'arbitrage, juin 1999* »
- Direction des Etudes et Prévisions Financières ; « *rapport économique et financier* », 2019, Pages n° 28-30-31-33-40
- BAD, *Perspective économiques en Afrique*, 2019-10-05
- Direction des Etudes et Prévisions Financières ; « *Rapport économique et financier* » 2018,2017

- Direction des Etudes et Prévisions Financières ; « *Opportunités du développement de la distribution marocaine en Afrique Subsaharienne* » Juin 2017, Pages n° 16-20-23-24
- Office des changes : « *Indicateur des échanges extérieurs* » Février 2018
- OCP Policy Center « *Relations Maroc-Afrique Subsaharienne : Quel bilan pour 15 dernières années ?* », novembre 2019 ; Moubarak LO, Mouhamadou Bamba, Kotounnou, Hamidou BOCAR
- Institut Royal des Etudes Stratégiques, *Les relations Maroc-Afrique, 2014*

Sites Web:

www.ohada.com

www.ohada.org

http://www.actualite-ouest-africaine.org/sites/default/files/241-West-Africa-Brief-24-30%20January2017_fr_0.pdf

<https://www.trombinoentreprises.com/skins/trombinoentreprises/pdf/gazoduc.pdf>

<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>

De la durabilité à la co-viabilité des systèmes socio-écologiques : vers l'invention d'un droit post-moderne dans l'espace collectif au Maroc

Bourhim Rabiaa

Doctorant au Laboratoire de recherche en droit, FSJES, Université Ibnou Zohr d'Agadir

Résumé

L'espace collectif marocain est régi par une multitude de normes émanant de différentes sources (coutume, usage, droit musulman, droit positif...) caractérisées par la complémentarité ou le chevauchement. C'est ainsi qu'à l'occasion de chaque tension, chaque partie se réfère aux normes qui lui conviennent, d'où la difficulté de la médiation et de l'arbitrage, ce qui nous pousse à concevoir un droit légitimisé par les acteurs locaux et légalisé par le pouvoir central qu'une simple redéfinition d'un droit endogène, et une revendication d'un retour à la tradition, afin d'assurer la conciliation entre l'Homme et la biosphère ou plutôt la Co-viabilité des systèmes socio-écologiques.

Mots clés Conflit • Co-viabilité • Droit endogène • Droit positif • Droit post-moderne • Foncier collectif.

I- Introduction

Depuis toujours, la terre a été objet de conflits, pour cette raison, les communautés, ou les groupes ethniques ont élaboré des règles généralement orales spécifiant l'usage, le partage et la transmission de ce bien sacré parmi tous ses membres. A cet effet, l'analyse du système juridique marocain relatif au foncier collectif, à savoir la loi 62-17 portant sur la tutelle administrative et la gestion des terres des communautés Soulalyates ou la loi du 27 avril 1919 portant sur les terres collectives, même la loi de 1917¹ sur la conservation forestière, ou même la doctrine islamique, et les normes endogènes révèle l'existence de plusieurs ordres de droit. Or, cette coexistence est-elle une compétition, une rivalité ?

En effet, l'espace collectif marocain est régi par une multitude de normes émanant de différentes sources (coutume, usage, droit musulman, droit positif...) caractérisées par la complémentarité ou le chevauchement. C'est ainsi qu'à l'occasion de chaque tension, chaque partie se réfère aux normes qui lui conviennent, d'où la difficulté de la médiation et de l'arbitrage².

Historiquement, jusqu'au début du 20e siècle, la société marocaine était organisée en groupes ethniques disposant d'un territoire exploité collectivement. L'usage de l'espace collectif à cette époque était confondu avec les droits de propriété. Par conséquent, les grandes mutations qu'a

1 B.O n°29 octobre 1917.

2 Paul DECROUX affirme que « *Le plus souvent, l'ancien droit s'applique dans tel domaine, et le moderne dans tel autre, ainsi le droit musulman régit les immeubles non immatriculés, et la législation des livres fonciers celui des immeubles immatriculés. Mais il peut arriver que l'ancien continue à s'appliquer à côté du moderne, et ce dans un même domaine ; il peut y avoir ainsi interférence entre ces deux séries de règles et le balancier juridique peut osciller, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, notamment sous la poussée d'une jurisprudence parfois inconstante.* » DECROUX(Paul), Droit Foncier Marocain, Rabat, Editions La Porte, 1977, p.12.

connu notre environnement ont fortement contribué à l'instauration d'un équilibre précaire entre tradition et modernité ; ce qui exige un dialogue entre la légitimité locale et la légalité nationale, entre savoirs scientifiques et savoirs traditionnels et endogènes, entre droit positif et règles coutumières, pour assurer une connexion entre l'Homme et son environnement , réunir les conditions d'une gouvernance de la biodiversité à travers la gestion patrimoniale de l'environnement, et intégrer la pluralité culturelle et la notion d'interculturalité au centre de toute gestion environnementale .

À cette fin, la question centrale qui sera traitée dans cet article peut être formulée comme suit : Dans quelle mesure le cadre normatif régissant le foncier collectif au Maroc, dans ses dimensions positives et endogènes, est susceptible d'assurer la résilience et la co-viabilité des systèmes socio écologiques face aux changements globaux ?

Partant d'une approche analytique du droit positif au droit endogène, l'analyse se penchera sur les articulations entre légitimités locales et légalité nationale, afin d'examiner la possibilité d'émergence d'une nouvelle gouvernance locale efficace du foncier collectif, capable d'affronter les tensions et conflits dans la perspective d'une coproduction de normes juridicisées.

II- Le cadre normatif régissant le foncier collectif au Maroc

A l'époque coloniale, les autorités avaient institué un régime de tutelle sur les territoires tribaux par l'institution du Dahir du 27 avril 1919 organisant la tutelle administrative des collectivités ethniques et réglementant la gestion et l'aliénation des terres collectives. Cependant, ces tribus n'ont qu'un droit d'usage sous couvert de l'État qui assure la tutelle politique et légale sur l'ensemble du territoire. La mise en application du Dahir de 1919 a donc indirectement permis l'accaparement individuel des territoires en privilégiant la négation de l'intérêt collectif au profit des individus, et l'affaiblissement des pouvoirs des institutions locales classiques telles que *Jmaa*, les *Nouabs*, mais aussi l'affaiblissement des capacités de la régulation traditionnelle des ressources et des territoires communs³.

Dans ce sens, l'article premier du Dahir du 27 avril 1919 dispose que les terres collectives constituent la propriété des collectivités ethniques, ce droit de propriété sur les terres collectives de culture ou de parcours est un droit appartenant aux tribus, fractions, douars ou autres groupements ; les membres de ces groupements ne possèdent qu'un droit de jouissance qui peut être exercé sous la tutelle de l'État. Les pouvoirs d'intervention des groupements ethniques⁴ sont de ce fait très encadrés. Observons toutefois que le Dahir du 27 avril 1919 ne donne pas une définition claire de la notion d'ayant droit dans les terres collectives ; cette ambiguïté est source de conflits d'usages entre les membres du groupement ethnique.

3 BARRIERE (Olivier), « Nature juridique de l'Agdal : de la propriété collective au patrimoine commun », in Auclair Laurent (dir.), Alifriqui M. (dir.) Agdal : patrimoine socio-écologique de l'Atlas marocain, Rabat, Publications de l'Institut Royal de la Culture Amazighe, N°29,2012, p.211.

4 Voir article 2 du Dahir du 27 avril 1919 organisant la tutelle administrative des collectivités ethniques et réglementant la gestion et l'aliénation des terres collectives.

Dans ces conditions, le critère imprescriptible, insaisissable et inaliénable des terres collectives nous pousse à nous interroger si le législateur vise à protéger ce patrimoine au profit des collectivités ethniques, ou à le partager ? À cet effet, l'article 4 du Dahir de 1919 autorise l'assemblée des *Nouabs* des collectivités ethniques à démembrer le droit de propriété sous forme de droit de jouissance entre les chefs de famille en tant que droit réel et transmissible ou échangeable entre collectivistes sans pouvoir être aliéné.

Dans ce contexte, Michaux-Bellaire estime que le Dahir du 27 avril 1919 considérait que « la meilleure voie pour une saine colonisation » dont l'objectif d'autorité coloniale est multiple : retirer les terres collectives des marchés, les mettre à disposition des colons, et assurer également un contrôle politique des communautés.

Dans ces conditions, l'adoption du statut des terres collectives du Dahir de 1919 avait comme objectifs de fixer le sol des tribus en « *les enfermant dans les bornes de la délimitation administrative, cette loi vint mettre opportunément un terme à leur divagation qui menaçait la sécurité de la propriété coloniale ; mais en même temps, elle entourait ces "réserves" d'un cordon sanitaire juridique (inaliénabilité, insaisissabilité, imprescriptibilité) dont l'efficacité se mesure, au moins, aux campagnes incessantes des colons contre cette loi*⁵ ». Ce Dahir n'était certes pas destiné à rationaliser l'exploitation des terres tribales par l'instauration d'un statut juridique, mais uniquement à établir un contrôle administratif des communautés tribales ; les *Jmaa* étant aussi dépourvus de tout droit de décision sans l'autorisation de l'autorité coloniale.

5 BOUDERBALA (Négib), « Les systèmes de propriété foncière au Maghreb », Cahiers Options Méditerranéennes, N° 36, 1999, p.52.

Toujours, dans cette perspective, le Dahir du 6 février 1963 modifiant le Dahir du 1919 a autorisé le partage en jouissance perpétuelle⁶ des terres collectives de culture ; en revanche, ce partage pourrait s'effectuer de manière inégalitaire en concentrant ce droit entre les mains d'une minorité en formant une nouvelle oligarchie⁷ et un déclencheur de conflit.

Dans cet ordre d'idées, en 2019, l'État marocain a adopté une nouvelle loi qui a abrogé celle du 27 avril 1919. Cependant cette nouvelle loi a soulevé de nombreuses objections en matière de droits collectifs. Dans ce cadre l'article 3 de la loi 62-17⁸ portant sur la tutelle administrative et la gestion des terres des communautés Soualalyates stipule que les listes des membres des collectivités ethniques, hommes et femmes, seront réactualisées dans les trois mois suivants la date de l'invitation adressée par la province aux *Nouabs*, sous le contrôle de l'autorité locale. Cependant, les représentants des collectivités ethniques (*Nouabs*) ont procédé à l'inscription d'étrangers de la tribu sur les listes des ayants droit, de sorte que ces listes comprennent plus de 50 % des étrangers de la tribu ; facteur aggravé, car les autorités locales ne surveillent pas ces listes⁹.

6 « Juridiquement, la jouissance se définit dans l'exercice d'un droit sur les fruits du bien. On ne dispose pas d'un droit de jouissance, mais on est titulaire d'un droit personnel de culture, de cueillette, de pâture, etc., sur une propriété qui est la sienne (privativement ou collectivement). La jouissance se démarque ainsi du droit d'usage qui porte, quant à lui, sur la propriété d'autrui. ». BARRIERE (Olivier), « Nature juridique de l'Agdal : de la propriété collective au patrimoine commun », in Auclair Laurent (dir.), Alifriqui M. (dir.) Agdal : patrimoine socio-écologique de l'Atlas marocain, Rabat, Publications de l'Institut Royal de la Culture Amazighe, N°29,2012, op.cit., p.213.

7 On peut citer l'exemple de l'accaparement des terres collectives par le colonisateur.

8 Promulguée par le Dahir n°1-19-115 du 9 août 2019 qui a abrogé le Dahir du 27 avril 1919.B.O n°6807 du 26/08/2019.

9 رافع (عبد الوهاب)، « أراضي الجماعات السلالية في المنظومة العقارية المغربية »، سلسلة المكتبة القانونية المعاصرة 6، مراكش، 2020، ص31.

L'article 6 de la loi 62-17 prévoit que les membres des collectivités ethniques, hommes et femmes, jouissent du droit d'usage selon la répartition faite par les *Nouabs* ; ce droit d'usage leur permet uniquement l'exploitation personnelle et directe des biens collectifs. En revanche, cet article complique la gestion de l'espace collectif, car il précise que les membres de la communauté ethnique ont un droit d'usage personnel sur la gestion et l'exploitation de ces territoires qui sont collectives.

En contradiction avec les droits des populations autochtones et locales sur leur patrimoine, et avec les droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus, l'article 8 de la présente loi stipule qu'un membre de la communauté ethnique peut être privé du droit d'usage sur le territoire collectif pendant un à cinq ans. Néanmoins, ce n'est ni possible ni réaliste, étant donné l'appartenance du membre à son territoire, à son patrimoine ; une telle disposition menacerait le fonctionnement des collectivités ethniques et contribuerait à aggraver les crises et les différends.

À vrai dire, la loi actuelle abrogeant celle du 27 avril 1919, n'a apporté aucune nouvelle en matière d'exploitation et de règlement des conflits dans les terres collectives, et ce, malgré les deux congrès sur les terres collectives organisés par le ministère de l'intérieur en 1995 et 1990, et le discours royal du 12 octobre 2018 qui insistait sur l'instauration d'une loi équitable. Cette loi n'a fait que renforcer la tutelle sur les terres collectives en excluant les acteurs concernés et leur normes coutumières de la gestion de leur patrimoine collectif.

Certes, Au Maroc, la population locale, depuis des temps immémoriaux, a développé des formes d'adaptation à son environnement dont la gestion de la rareté constitue une des manifestations de ce génie civilisationnel. Dans ce cadre, les normes coutumières, l'honneur, la Baraka, les saints... constituent le jargon qui illustrent la gestion

communautaire des espaces collectifs, et qui donnent sens à l'interdit et les mis en défens¹⁰. Les normes coutumières représentent un aspect important de l'identité des communautés locales. Elles définissent les droits, les obligations ainsi que les responsabilités des membres de la communauté, à savoir les modes de gestion et d'accès, la conduite de la vie spirituelle, culturelle et patrimoniale.

À cet effet, le droit coutumier peut servir de base juridique pour l'ensemble des droits juridiques d'une communauté, sur la base de ses savoirs traditionnels en matière de partage et de gestion de la régulation des conflits et des litiges. Son originalité réside dans sa composition d'un ensemble de coutumes, de croyances, de savoirs traditionnels et de modes d'usage acceptés comme des règles de conduite obligatoire de modes de vie des communautés traditionnelles faisant partie intégrante des systèmes socioéconomiques.

Cependant, l'objectif n'est pas de transformer les coutumes en droit ; ce serait extrêmement difficile, voire regrettable, vu la diversité des coutumes, l'oralité qui les caractérise, et leur dépendance vis-à-vis des environnements de production. S'inscrivant dans cette vision, Négib Bouderbala affirme que « *Par nature, la coutume est orale et très locale, donc d'une infinie diversité. En la séparant de son milieu et en la fixant, on lui fait perdre toute son efficacité sociale. Dans ces conditions, l'opération de codification ne peut conduire qu'à des impasses. Soit dans un premier cas, à créer des dizaines sinon des centaines de coutumes à travers le territoire, garanti par l'État et consacré par la loi, ce qui constitue une solution dangereuse pour l'unité ; soit dans un second cas, si l'on retient l'option de choisir une des coutumes considérées comme la meilleure,*

10 AUCLAIR (Laurent) & ROMAIN (Simenel) et al., Agdal : Les voies imazighen de la patrimonialisation du territoire, Rabat, Editions Hespéris Tamuda, 2010, p. 133.

d'imposer à toutes les collines du pays la coutume d'une seule d'entre elles. » .

Aussi, il faut comprendre que la transformation de la coutume en loi peut ébranler l'unité nationale de l'État, car les fondements spirituels des coutumes, le concept du sacré sont tous des principes qui contredisent la nature générale et impersonnelle de la loi. La solution relève en effet de la volonté du législateur de négocier avec le local, la gestion et la régulation. Notons bien que le succès de toutes les politiques publiques implique nécessairement l'acceptation, la consultation, la concertation, l'implication, la participation et la collaboration des populations locales. Certes, les communautés locales ont développé au fil du temps des règles de régulation complexes. C'est donc le renforcement des capacités décisionnelles consensuelles des communautés locales qui constitue une assurance d'une régulation optimale de la régulation des droits collectifs sur le territoire. Bien sûr, le but n'est pas la codification des savoirs locaux, mais ces savoirs locaux qui constituent un génie civilisationnel des communautés locales doivent inspirer le législateur dans la production du droit, car ce droit s'applique à l'Homme, il doit donc émaner de l'Homme.

Le droit doit refléter les enjeux socio-écologiques globaux. Il est fondé sur des principes et objectifs liés à la protection de la biodiversité et à la conservation de l'environnement, ainsi qu'à la durabilité, ou plus précisément la viabilité entre les systèmes socio-écologiques ou la Co-viabilité qui exprime l'équilibre entre les besoins des sociétés et le maintien des processus écologiques. Ce droit basé sur une régulation dépasse la conception positiviste du droit pour « s'ouvrir sur une endogénéité juridique¹¹ » ainsi que sur la négociation et la participation et

11 BARRIERE(Olivier), « Introduction générale : les régulations juridiques foncières et environnementales, clefs de voûte du développement durable », in Barrière Olivier (dir.), Rochegude A. (dir.), Foncier et environnement en Afrique : des acteurs au(x) droit(s), Paris, Karthala, 2007, p.8

la promotion des capacités des acteurs clés avec pour finalité la mise en place d'un droit post-moderne, souple, flexible et négocié. Ce droit prend en compte les besoins réels des groupes sociaux sur la base de principes de concertation et de consensus autour des enjeux écologiques, contribuant ainsi à la cohésion et à la Co-viabilité socioécologique. Il permet aux acteurs concernés de véritablement s'approprier les droits de gestion de la régulation des droits d'usage. Ce droit illustre l'expression d'un droit post-moderne souple, flexible, réflexif et pragmatique, car il doit désormais remplir un objectif d'efficacité. Sa réussite passe par la concertation, la négociation entre les différents acteurs, ainsi que par la contractualisation de l'action publique¹² il est co-produit par les acteurs multiples concernés. Ainsi, ce droit négocié basé sur l'arbitrage résulte d'une délibération collective. Le droit de la régulation assure le passage d'un droit monologique basé sur la génération des normes à un droit dialogique fondé sur le principe de l'intransitivité¹³.

12 CHEVALIER(Jacques), « La régulation juridique en question », **Droit et société**, N°49,2001, op.cit., p. 834.

13 Ibid., p. 835.

III De la co-viabilité des systèmes socio-écologique au droit post-moderne

Le droit est un produit de la société. Il régit les relations entre les individus, les groupes, les communautés et les institutions. Ses prérogatives sont générales, abstraites et exécutoires. Selon Montesquieu, le droit dépend des interdépendances des populations, l'environnement et l'histoire¹⁴ ; il constitue aussi une réponse à un besoin d'organisation formelle de la société. Le droit évolue en fonction de la société et de son système politique. Cette évolution résulte de facteurs endogènes et/ou exogènes. À cet effet, inventer un nouveau droit légitimé¹⁵ par les acteurs locaux et légalisé par le pouvoir central _qu'une simple redéfinition d'un droit endogène, et une revendication d'un retour à la tradition_ assure la Co-viabilité¹⁶ des systèmes socioécologique.

La viabilité dépasse donc la notion de développement durable dans la mesure où elle peut combiner des impératifs socio-écologiques ainsi que le changement climatique sur un territoire donné. Nous pouvons donc estimer que *« La viabilité peut être définie comme la capacité de reproduction, à diverses échelles de temps, des principaux éléments qui les constituent et des fonctionnalités qui les structurent. Ces éléments sont les ressources exploitées, les écosystèmes qui les accueillent, les*

14 OTT-DUCLAUX-MONTEIL(Cécile), Exploitation forestière et droits des populations en Afrique centrale, Paris, L'Harmattan,2013, p.40

15 « La légitimation est la procédure par laquelle un agrément entre un nombre donné de personnes est accepté comme engageant l'ensemble des acteurs, présents et absents ». CHAUVEAU(Jean-Pierre), « La logique des systèmes coutumiers », in Lavigne Delville P. (dir.) Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? : réconcilier pratiques, légitimité et légalité, Paris, Karthala,1998, pp. 66-75.

16 Cette notion de Co-viabilité a été traitée pour la première fois dans une publication par Paul Bourguine se référant à la notion de viabilité. Cet auteur précise que « l'autonomie d'un système n'est autre que sa capacité à maintenir, au moyen de ses processus auto-organisateur, sa viabilité dans des environnements variés et changeants.

*éléments économiques (unités de production, structures de commercialisation et marchés), techniques (technologie, savoir-faire), et de nature sociale (communautés de pêcheurs, familles, organisations communautaires et professionnelles)*¹⁷.

La viabilité de tout système dépend de sa capacité à s'autoproduire. Cette autoproduction dépend à son tour des relations de coproduction et de codéveloppement. Certes, la viabilité des systèmes socioécologique dépend de l'état écologique du milieu et de l'état de l'accessibilité des ressources. C'est-à-dire la relation existant entre le niveau de la ressource et celui de la biodiversité, l'interdépendance des viabilités des systèmes socioécologique produit la Co-viabilité. Cette dernière peut dès lors être envisagée comme étant un équilibre *"entre les besoins des sociétés pour leur reproduction et le maintien des processus écologiques, biotiques et abiotiques, et de ses composants (biotopes et biocénose). En quelque sorte, la Co-viabilité définit l'union des mondes culturels (les systèmes sociaux) et naturels (les écosystèmes), en d'autres termes une (ré) conciliation entre l'homme et la biosphère*¹⁸". La Co-viabilité dépend du système de rapports entre les acteurs, de leurs stratégies, de leur mode de gestion, de l'accès et de l'exploitation des ressources. L'implication et la responsabilisation des acteurs clés constituent certainement la pierre angulaire de la coproduction de droit. La Co-viabilité passe également par l'adoption de la démocratie participative, l'écoute des citoyens, la concertation et la co-construction de normes. Ces approches facilitent la prise de décision consensuelle rassemblant des acteurs aux logiques

17 LE FUR(JEAN) & CURY(PHILIPPE) et al., « Co-viabilité des systèmes halieutiques », **Natures Sciences Sociétés**, N°7, 1999, p.20

18 OLIVIER(Barrière),L'intégration du droit dans la dialectique sociétés-écosystèmes, le droit d'une "socio-écologie". In : Barrière Olivier (dir.), Rochegude A. (dir.) Foncier et environnement en Afrique : des acteurs au(x) droit(s). Paris (FRA) ; Paris : Karthala ; Laboratoire d'Anthropologie Juridique, 2007,p.41.

conflictuelles autour d'une gestion patrimoniale collective et négociée. L'évolution et la complexité du monde actuel influencent également le domaine juridique, ce qui nécessite par la suite de repenser et de redéfinir la nature de la norme juridique, sa place, sa légitimité et son efficacité face aux changements globaux.

Traditionnellement, le droit se caractérise par une pluralité juridique, juxtaposée et enchevêtrée. Avec l'avènement de l'État, le pouvoir s'est concentré entre les mains de l'État seul producteur de la norme juridique qui impose sa suprématie à l'ensemble de la communauté¹⁹. Ce droit moderne se base essentiellement depuis l'ère des lumières sur des critères à savoir la raison, la généralité et la stabilité. Ces critères semblent avoir été perdus²⁰.

Le droit est en effet l'expression de la volonté générale, mais il « *peut être considéré, non plus comme le garant nécessaire du progrès, mais aussi comme un frein et un obstacle, entravant le dynamisme de l'économie et de la société, voire comme un instrument d'intervention dans les rapports sociaux immoral et injuste*²¹ ». Le droit moderne est basé sur une conception moniste grâce à laquelle l'État devient seul producteur de la norme. L'État détient une force normative intrinsèque contraignante. Or la puissance de la règle de droit ne devrait-elle pas « *parvenir du consensus dont elle est entourée*²² », et d'une participation, d'une concertation et d'une négociation dont il serait le produit légitime coproduit d'une délibération collective.

19 CHEVALIER(Jacques), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, N°3, 1998, p.829

20 Ibid., p. 829.

21 Ibid., p. 829.

22 Ibid., p. 829.

En effet, le droit moderne est basé sur une conception moniste selon laquelle l'État est conçu comme le seul centre de normativité juridique et le seul ordre juridique, mais les normes juridiques formant le droit moderne ne prennent pas toujours en considération toute la réalité. Aujourd'hui, le droit n'est pas moniste, il est pluriel.

Aujourd'hui, le droit est le résultat de multiples acteurs, soit au niveau supra-étatique (ONG) ou au niveau sous-étatique par l'autorégulation de groupes sociaux organisés en communautés de sang (clans, tribus, lignages) ou de résidence (douars, villages) à travers la négociation collective.

L'enjeu implique donc de restaurer la confiance dans le droit en améliorant la qualité des textes, mais aussi de le soumettre à un processus d'évaluation afin de restaurer sa légitimité et sa pertinence. Le droit ne saurait être limité à des textes adoptés par l'organe législatif ou exécutif. Il doit englober toutes les dimensions et les valeurs qui entourent la réalité. Il doit combiner deux perspectives énoncées d'en haut et vécues d'en bas. Le droit selon le système rationnel est la norme établie par une institution, mais pour le système empirique, le droit est d'une part intrinsèque à l'individu et, d'autre part, émane d'un groupe²³.

Dans cet ordre d'idées, les systèmes collectifs de propriété foncière au Maroc sont pluralistes, ils sont basés sur le droit musulman, le droit positif précolonial et postcolonial et aussi sur la coutume ; ce sont en effet des systèmes pluralistes complexes²⁴. À cet effet, la production du droit constitue un défi majeur dans les territoires collectifs qui se caractérisent

23 BARRIERE(Olivier), « Pluralisme juridique et patrimonialisation : entre paradigmes de l 'appropriation' et du 'patrimoine commun', in Mam Lam Fouck S. (dir.), Hidair I. (dir.) La question du patrimoine en Guyane : diversité culturelle et patrimonialisation : processus et dynamiques des constructions identitaires, Matoury(France), Ibis Rouge,2011, op.cit., pp. 44-75.

24 BERQUE(Jacques), « Droit des terres et intégration sociale au Maghreb », **Cahiers internationaux de sociologie**, N°25, Paris,1958, pp. 38-74.

par une grande diversité culturelle, ethnique et un pluralisme juridique complexe des régimes fonciers coexistant et se chevauchant parfois.

Aussi, face aux défis démographiques la fonction du droit positif évolue. Mais dans une situation de pluralités juridiques, chaque norme évolue dans sa propre sphère, ce qui rend la conformité de la norme positive légale incompatible avec d'autres normes. Dès lors, l'objectif n'est certainement pas la négation de la norme positive, mais plutôt de trouver des ponts qui ne conduisent pas au syncrétisme. S'inscrivant dans cette perspective, Denys de Béchillon explique que « *l'époque de la souveraineté législative est révolue, la part autonome de la loi dans la construction du droit se rétrécit quotidiennement*²⁵ ». Ainsi, la pluralité juridique constitue une réalité qui s'impose, et doit être reconnue comme un fait original capable de mettre en œuvre une régulation juridique concertée, négociée et non imposée.

En effet, la crise du droit moderne annonce la transition vers un nouveau droit post-moderne flexible qui entend assumer la complexité de la réalité et dont les normes sont flexibles en fonction du pluralisme, de la réglementation, de la concertation, de la négociation, du compromis et de la participation. La transition entre le droit moderne et le droit post-moderne n'implique pas une substitution, mais au contraire, une coexistence, dans la quête d'une plus grande efficacité et légitimité de la norme juridique. La règle de droit est confrontée à des problèmes liés aux principes de légitimité, de rationalité et d'efficacité. Aussi, est-il donc urgent de rechercher de nouveaux paradigmes post-modernes qui puissent établir une rupture épistémologique entre la règle de droit et la complexité du réel qui l'entoure, dans la perspective d'une légitimation et d'une démocratisation du droit.

25 DE BECHILLON (Denys), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p.26.

Le droit post-moderne serait à même d'assurer le passage vers une norme juridique relative, plus accessible, démocratisée, et donc vers une réflexion dans laquelle la souveraineté de l'État serait refondée dans des ordres sociaux de plus en plus fragmentés²⁶. Des auteurs comme De Sousa Santos²⁷ ont contesté la conception moderne de la règle de droit. Ainsi, De Sousa Santos nous précise que le droit post-moderne est la promesse d'une démocratisation politique et sociale. Pour des chercheurs, l'État éprouve de nombreuses difficultés en termes de régulation, et la règle de droit elle-même souffre d'une crise de rationalité et de légitimité qui s'illustre par son incapacité à rendre compte de la réalité²⁸. Le droit post-moderne est également basé sur le principe de la pluralité juridique, la coexistence de différents ordres juridiques, la négociation, et la participation des acteurs intéressés dans le but de démocratiser la règle de droit, et d'assurer ainsi la mise en place d'un droit souple, pluriel et légitime, et une régulation sociojuridique par le bas.

En effet, associer la question du droit aux exigences de la Co-viabilité, de protection de la biodiversité et de rationalisation de la gestion de la régulation des droits d'usage, nécessite une marge de manœuvre

26 MAISANI (Pauline) & WIENER (Florence), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », **Droit et société**, N°27, 1994, pp.443-464.

27 « *La disparition progressive de l'aura symbolique du droit va créer un vide dans notre imaginaire social. Après un siècle de réformisme juridique par petites touches, il est cependant impossible de remplir ce vide en usant du vieux concept de révolution sociale à grande échelle. Une révolution sociale post-réformiste ne peut être qu'un réseau de microrévolutions, opérées localement, au sein des communautés politiques, où qu'elles soient créées.* » écrit SANTOS. SANTOS (Bonaventura de Sousa), « La transition post-moderne : droit et politique », **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, N°1, Vol.24, 1990, p.116.

28 « Dans le champ juridique, on constate en réalité que de nouvelles sources de droit ont émergé, qui ont porté atteinte au monopole étatique en la matière ; et sur le plan institutionnel, il est désormais classique de noter la double concurrence que subit l'État dans l'exercice de la production normative, de la part d'autorités infraétatiques (collectivités locales) et supra-étatiques ». MAISANI (Pauline) & WIENER (Florence), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », **Droit et société**, N°27, 1994, pp.443-464., op.cit., p. 446.

pour les acteurs clés et une capacité de coproduction de normes conjuguant légalité nationale et légitimités locales.

De ce fait, la production du droit doit s'appuyer sur la pluralité juridique, en tenant compte des normes officielles, positives et formalisées, ainsi que des modèles de comportements sociaux non formalisés, à savoir le droit endogène. C'est-à-dire, un droit innovant basé sur la participation collective, les impératifs écologiques, les représentations sociales des groupes concernés et la gouvernance concertée. L'enjeu du droit est sa capacité à concilier les intérêts divergents à travers un mécanisme juridique adéquat jouissant d'une légitimité acceptée par tous les acteurs concernés.

Dans la théorie du droit, le pluralisme juridique est « *la coexistence de plusieurs ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit*²⁹ ». Dans le contexte marocain, le pluralisme juridique se compose de plusieurs ordres juridiques englobant le droit moderne hérité des droits coloniaux, le droit coutumier et le droit musulman, qui illustrent le droit endogène. Dans ce contexte, nous sommes confrontés à une situation normative de sources étatiques et non-étatiques multiples, qui forment un pluralisme juridique complexe. En effet, les pratiques traditionnelles et coutumières relatives à l'accès, et à l'exploitation de l'espace collectif ne sont pas un lieu de non-droit, car l'essentiel de la règle de droit réside dans son efficacité voire son efficacité normative. Dans ce cadre, Jean Guy Belley (1996) dispose que « *la coexistence pacifique de deux ordres peut résulter d'un ordre négocié plutôt qu'imposé* ». Cette coexistence pourrait être constituée selon une

29 BELLEY(Jean-Guy), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » in Jean Kellerhals, Dominique Manai et Robert Roth (dir.), développement rural en Méditerranée Pour un droit pluriel, Collection genevoise, Genève, 2002, p.446.

approche horizontale et non hiérarchique ou verticale. À cet effet, « *les rapports de droit peuvent s'établir sur la base du contrat* »³⁰.

Dans cet ordre d'idées, la problématique du foncier collectif présuppose une approche multidimensionnelle et multidisciplinaire, car elle résulte d'une approche systémique interdisciplinaire. L'objectif demeure donc la rationalisation de la gestion, de l'usage et de l'exploitation collectifs de régulation des droits d'usage dans la perspective de la gestion du patrimoine, la durabilité et la Co-viabilité des systèmes socioécologique. En effet, l'inefficacité du droit positif comme mode ultime de régulation face à une pluralité de systèmes juridiques (coutume, droit musulman, pratiques et savoirs locaux) est de nature de mettre en péril toute action institutionnelle de régulation juridique. Il est donc essentiel de rechercher des conditions de coproduction d'un droit négocié, accepté par le pouvoir central et par les acteurs locaux.

Le passage de la modernité à la postmodernité résulte du fait que les modes de gouvernance et de régulation des institutions traditionnelles et modernes sont en crise. D'où le rôle et l'importance de la négociation dans la mise en place d'une nouvelle gestion souple et flexible susceptible d'engendrer un climat de cohésion, de stabilité et de durabilité. L'espace normatif ne suffisant plus à définir les contours du droit, il convient d'aller plus loin aux confins de la juridicité. En effet, l'État considère que la production de normes juridiques positives est légitime puisqu'elle émane d'organes représentatifs des populations (Parlement, collectivités). Dans la réalité, ces normes ne représentent que la volonté du gouvernement. Ainsi, les normes positives ne reflètent guère la volonté populaire. C'est le cas des revendications des acteurs locaux qui recherchent une légitimité

30 BELLEY (Jean-Guy), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, p. 279.

en dehors du droit positif en recourant aux normes coutumières ou au droit musulman.

Le système juridique moderne est essentiellement basé sur le positivisme juridique et le monisme juridique. A contrario du pluralisme juridique qui constitue le fondement du droit postmoderne qui permet de mieux saisir et refléter les réalités normatives dans le cadre d'un droit postmoderne global. Dans la théorie moderne, l'État demeure l'unique producteur du droit à travers ses organes habilités ; ce monopole étatique reste le critère principal de la souveraineté s'exerçant sur le territoire³¹. De nos jours, le droit se désétatise, s'internationalise, et se globalise, et il est possible donc d'évoquer l'idée de l'existence du « droit sans l'État³² ». Il est certain que la conception moniste du droit s'avère incapable de prendre en considération les exigences de la réalité. À cet effet, nous ne pouvons que constater que *« l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il a toujours été pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation³³ »*.

Dans son ouvrage, Karim Benyekhlef³⁴ introduit les concepts d'internormativité et du pluralisme en tant que fondements de la postmodernité juridique ; pareillement, il fait également appel aux concepts de la gouvernance globale et la souveraineté collective³⁵. Contrairement à la conception moderne du droit, le paradigme

31 BARRAUD(Boris), « Le droit sans le territoire-Globalisation et postmodernité juridiques », in Michel Troper et al., Le territoire, Jurisdoctoria, N°10, 2013, p.6, consultable sur le site : www.jurisdoctoria.net/, consulté le 05/01/2019.

32 COHEN-TANUGI(Laurent), Le droit sans l'État, Paris, Presses universitaires de France, Collection Quadriga, 2007,p.207.

33 CHEVALIER(Jacques), L'État post-moderne, Paris, LGDJ, 2017, p.123.

34 BENYEKHELF (Karim), Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p.715.

35 Ibid., p. 715.

postmoderne permet d'évoquer « *les liens normatifs qui se tissent entre des acteurs multiples souvent inégaux et des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions*³⁶ », car la conception du droit moderne à l'échelle de l'ordre juridique étatique reste dépassée notamment lorsque de multiples systèmes juridiques entretiennent des rapports complexes et inégalitaires.

Le droit postmoderne est un droit négocié, non imposé, qui est constamment renouvelé, et prend en compte la pluralité et la complexité des systèmes juridiques qui sont à la fois hétérogènes et dispersés. En effet, le droit postmoderne s'articule sur un nouveau paradigme dans lequel « *l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté [...]; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme [...]; les frontières du fait et du droit se brouillent; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi [...]); les systèmes juridiques [...] s'enchevêtrent; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique [...], se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée que d'axiomes a priori; la justice enfin [...] s'appréhende en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables*³⁷ ».

Les critères impersonnels et impératifs de la règle de droit, ainsi que la théorie du contrat social de Jean-Jacques Rousseau ouvre la voie à une forme juridique horizontale dans laquelle les sujets de droit eux-mêmes produiraient les normes auxquelles ils obéissent volontairement et sans subordination. La participation et la négociation conduisent ainsi à une prise de décision qui nécessite l'acceptation mutuelle des acteurs concernés. Le produit de la négociation ne représente ni une norme

36 Ibid., p. 716.

37 OST(François) &VAN DE KERCOVE(Michel), « De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? », **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, N°44,2000,p.14.

illégitime reflétant à peine les réalités locales imposées par l'État, ni une norme issue de pratiques endogènes, mais plutôt une norme produite entre l'acceptabilité sociale des collectivités ou des groupes sociaux et le droit positif de l'État. Ce produit équivaldrait à une régulation coproduite entre l'imposition de la légalité nationale et la flexibilité et l'autonomie endogènes.

Il est évident que le droit en tant que produit social est appelé à évoluer en fonction des changements sociaux et doit exprimer les réalités locales. En effet, la crise du droit moderne est liée à l'avènement de l'État providence. Cette crise est avant tout, une crise de raison juridique, car la loi n'est plus l'incarnation de la raison³⁸, aussi la fameuse idée qui prétend que la loi est l'expression de la volonté générale a perdu beaucoup de sa crédibilité. Du contrat social au contrat naturel (en relation avec les droits de l'Homme et le rôle de l'individu dans la production du droit), le passage du droit moderne au droit post-moderne de l'État au sens actuel vers l'État post-moderne implique « *une redéfinition de la nature du lien politique, c'est-à-dire du rapport entre gouvernants et gouvernés et plus généralement de la consistance du lien social*³⁹ ». Certes, le droit étatique constitue une source majeure de normativité, mais cette normativité n'est pas contraire à l'avènement d'un droit négocié visant à réguler des activités qui ne peuvent être régies par le droit étatique.

Le nouveau droit doit pouvoir allier à la fois la légitimité populaire et institutionnelle, en impliquant les acteurs locaux dans les projets afin de les respecter, et en mettant en place une charte socioécologique locale qui sera intégrée dans une charte nationale tout en inspirant les méthodes réglementaires traditionnelles, et normes coutumières patrimoniales et

38 CHEVALIER(Jacques), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, N°3, 1998, op.cit., p. 671.

39 Ibid., p.671.

locales, en matière de préservation de l'environnement. Il s'agit de se projeter au-delà du cadre ethnique ou socialement étroit, et de transformer l'alliance de la collectivité ethnique ou du groupe social local en une charte locale et environnementale.

IV Conclusion

En guise de conclusion, l'État est appelé à passer d'un rôle de contrôle à un rôle de conseil, et d'une culture directive à une culture d'accompagnement et de négociation, pour une gestion globale des territoires⁴⁰, tout en substituant la verticalité des relations entre l'État et les acteurs locaux par une gouvernance négociée, et de passer du droit imposé au droit négocié, du droit imposé au contrat, du jugement à l'arbitrage et à la consultation, et du contrat au consensus social.

En effet, l'émergence d'un droit négocié dans le contexte marocain passe d'abord par la prise en compte du rapport foncier environnemental, dans toutes les politiques et approches publiques développementalistes, ainsi que par la prise en considération de la pluralité juridique selon une approche multidisciplinaire et multidimensionnelle l'espace. Cela doit conduire à la recherche d'une légitimité institutionnelle et populaire, et à l'acceptation d'un nouveau droit conciliant les directives nationales, internationales, ainsi que les pratiques et les méthodes locales de protection de l'environnement et de régulation patrimoniale et durable des systèmes socio-écologiques. L'État croit posséder le droit en raison de la violence légitime dont il dispose. Ce droit doit apporter des réponses aux questions de dégradation des espaces et des ressources ; il doit également s'adapter à l'écologie, promouvoir les négociations sociales locales, et valoriser les institutions et pratiques traditionnelles qui ont

40 LAZAREV(Grigori), « La gestion participative des terroirs de montagne au Maroc, condition d'une maîtrise de la "production d'eau" », Critique Economique, N°15, 2005, pp.141-154.

exprimé leurs capacités de résilience et de durabilité. L'État est obligé de repenser ses fonctions régaliennes et son champ d'intervention. Il est certainement appelé à cogérer le tout dans une logique de partenariat et de coopération avec les autres acteurs. L'État n'étant plus le seul régulateur, il doit prouver son efficacité à travers la mise en place d'un nouveau management public.

Bibliographie

I-Références générales :

- BARRAUD(Boris), « Le droit sans le territoire-Globalisation et postmodernité juridiques », in Michel Troper et al., Le territoire, Jurisdoctoria, N°10, 2013, pp.47-68, consultable sur le site : www.jurisdoctoria.net/, consulté le 05/01/2019.
- BELLEY (Jean-Guy), Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité, Paris, LGDJ, 1996.
- BELLEY(Jean-Guy), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » in Jean Kellerhals, Dominique Manai et Robert Roth (dir.), développement rural en Méditerranée Pour un droit pluriel, Collection genevoise, Genève, 2002, pp. 135-165.
- BENYEKHFLEF (Karim), Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation, Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- BERQUE(Jacques), « Droit des terres et intégration sociale au Maghreb », Cahiers internationaux de sociologie, N°25, Paris,1958, pp. 38-74.
- BOUDERBALA (Négib), « Les systèmes de propriété foncière au Maghreb », Cahiers Options Méditerranéennes, N° 36, 1999.
- CHAUVEAU(Jean-Pierre), « La logique des systèmes coutumiers », in Lavigne Delville P. (dir.) Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? : réconcilier pratiques, légitimité et légalité, Paris, Karthala,1998, pp. 66-75.
- CHEVALIER(Jacques), « La régulation juridique en question », Droit et société, N°49,2001, pp.827.846.
- CHEVALIER(Jacques), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, N°3, 1998, pp.659-90.
- CHEVALIER(Jacques), L'État post-moderne, Paris, LGDJ, 2017, 328 p.
- COHEN-TANUGI(Laurent), Le droit sans l'État, Paris, Presses universitaires de France, Collection Quadrige, 2007,p288.
- DE BECHILLON (Denys), Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 291p.
- DECROUX(Paul), Droit Foncier Marocain, Rabat, Editions La Porte, 1977,508p.
- LAZAREV(Grigori), « La gestion participative des terroirs de montagne au Maroc, condition d'une maîtrise de la "production d'eau" », Critique Economique, N°15, 2005, pp.141-154.
- LE FUR(JEAN) & CURY(PHILIPPE) et al., « Co-viabilité des systèmes halieutiques », Natures Sciences Sociétés, N°7, 1999, pp.19-32.
- MAISANI (Pauline) & WIENER (Florence), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », Droit et société, N°27, 1994, pp.443-464.

- OST(François) &VAN DE KERCOVE(Michel), « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, N°44,2000, pp.1-82.
- OTT-DUCLAUX-MONTEIL(Cécile), Exploitation forestière et droits des populations en Afrique centrale, Paris, L'Harmattan,2013, 434 p.
- PASCON(Paul) & BERQUE(Jacques), Structures sociales du Haut-Atlas, Paris, Presses Universitaires de France, 1978.
- SANTOS (Bonaventura de Sousa), « La transition post-moderne : droit et politique », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, N°1, vol.24, 1990

II-Références Spécialisées :

1- Références en langues étrangères :

- AUCLAIR (Laurent) & ROMAIN (Simenel) et al., Agdal : Les voies imazighen de la patrimonialisation du territoire, Rabat, Editions Hespéris Tamuda, 2010, pp.129-150.
- BARRIERE (Olivier), « L'intégration du droit dans la dialectique sociétés-écosystèmes, le droit d'une "socio-écologie" », in : Barrière Olivier (dir.), Rochegude A. (dir.) Foncier et environnement en Afrique : des acteurs au(x) droit(s), Paris, Karthala,2007, pp.39-127.
- BARRIERE (Olivier), « Nature juridique de l'Agdal : de la propriété collective au patrimoine commun », in Auclair Laurent (dir.), Alifriqui M. (dir.) Agdal : patrimoine socio-écologique de l'Atlas marocain, Rabat, Publications de l'Institut Royal de la Culture Amazighe, N°29,2012, pp.209-244.
- BARRIERE(Olivier), « Introduction générale : les régulations juridiques foncières et environnementales, clefs de voûte du développement durable », in Barrière Olivier (dir.), Rochegude A. (dir.), Foncier et environnement en Afrique : des acteurs au(x) droit(s), Paris, Karthala, 2007, pp.7-22.
- BARRIERE(Olivier), « Pluralisme juridique et patrimonialisation : entre paradigmes de l' 'appropriation' et du 'patrimoine commun', in Mam Lam Fouck S. (dir.), Hidair I. (dir.) La question du patrimoine en Guyane : diversité culturelle et patrimonialisation : processus et dynamiques des constructions identitaires, Matoury(France), Ibis Rouge,2011, pp.44-75.

2 - مراجع باللغة العربية

رافع (عبد الوهاب)، «أراضي الجماعات السلالية في المنظومة العقارية المغربية»، سلسلة المكتبة القانونية المعاصرة 6، 2020.

البَيْتُ
الْمَقَامُ

État, Gestion des risques et développement

Soukaina BERKCHI, Doctorante, UM5-Rabat, FSJES-Agdal

Résumé

Le concept de risque dont l'origine remonte au Moyen Âge, constitue une menace constante pour notre vie humaine.

Avec le développement des États démocratiques modernes, la gestion des risques, en tant que responsabilité de l'État, a bénéficié de bases juridiques.

Depuis, les différentes autorités responsables luttent pour assurer et maintenir un niveau de sécurité suffisant pour les personnes, protéger les infrastructures et, plus généralement, réduire les risques afin de ne pas affecter le développement territorial et assurer une bonne gouvernance.

Le principe de bonne gouvernance constitue une approche proactive permettant à l'Etat de développer des solutions nécessaires à des problèmes notamment la gestion des risques majeurs auxquels l'Etat peut être amené à gérer. Ces risques peuvent donner lieu à des situations d'instabilité et de précarité très préoccupantes affectant négativement le développement durable du pays.

Par conséquent, dans la présente contribution, notre objectif a été d'identifier les aléas dans le cadre de la prévention en adoptant le mécanisme de cartographie des risques mais aussi s'ouvrir sur les solutions nécessaires à l'évolution des politiques de la gestion des catastrophes à travers le processus de management des risques .

Mots-clés : « Etat », « Développement », « Risques majeurs », « Bonne gouvernance », « Management et Cartographie des risques ».

Abstract

The concept of risk, which dates from the Middle Ages, posed a constant threat to our human life.

Risk management became the state responsibility and benefited from the legal foundations.

Since, the various responsible authorities struggle to ensure and maintain a sufficient level of safety for people, protect infrastructure and, more generally, reduce risks so as not to affect territorial development and ensure good governance.

The principle of good governance constitutes a proactive approach allowing the State to develop the necessary solutions to problems, in particular the management of major risks which the State may have to manage. These risks can give rise to very worrying instability and precarious situations that negatively affect the sustainable development of the country.

Therefore, in this contribution, our goals were based on an: identification, prevention, and adopting the legal management risk by using the mapping mechanism.

Keywords: « State », « Development », « Global Risk », « Good Governance », «Management and Mapping Risk ».

Introduction

Le concept de risque trouve son fondement dans les discours et pratiques qui s'appuient sur une connaissance plus ou moins formalisée de ce qui pourrait advenir.

Si son origine remonte au Moyen Âge, c'est au cours de la période moderne que certains groupes sociaux ont commencé à interpréter des expériences en se réclamant d'un nouveau discours sur l'avenir, le risque.

En effet, l'ampleur des catastrophes naturelles ainsi que leurs conséquences économiques et sociales s'accroissent à l'échelle mondiale.

L'efficacité des actions visant à protéger les personnes et les biens est une question d'importance croissante. La sécurité civile est une compétence partagée entre, d'une part, l'Etat, représenté dans les régions et départements et d'autre part les collectivités territoriales, surtout départements et communes.

Face à des événements de grande ampleur, le rôle de l'Etat demeure primordial pour édicter des normes de préventions, conformément à sa mission de garant du long terme et de l'intérêt général et d'organiser le système de lutte et de secours.

En effet, partant du principe que réduire les risques revient à augmenter la sécurité, puis convenant que les pouvoirs publics sont les garants de la sécurité. L'Etat doit prévenir des mécanismes susceptibles de faire face aux risques qui concernent l'ensemble du territoire. Ce principe repose en fait sur une bonne gouvernance qui offre à la société civile organisée des possibilités de contestation et d'intervention sociale.

Le concept de gouvernance des risques vise à favoriser la coopération et la coordination entre les acteurs officiels et les parties concernées confrontées aux mêmes risques.

Au Maroc, la gouvernance des risques majeurs en est peut-être encore à ses débuts, mais elle évolue rapidement comme le montrent les exemples de

bonnes pratiques avec l'adoption de la politique ambitieuse de gestion des risques majeurs pour un objectif gagnant- gagnant.

Cette initiative trouve son fondement au niveau des recommandations du conseil de l'Organisation de la Coopération et Développement Economique (OCDE) sur la gouvernance des risques majeurs dans le but est de faire de la gestion des risques au Maroc une priorité en vue d'une croissance durable à court, moyen et long terme.

Partons de l'idée suivant laquelle l'Etat est garant de la sécurité, il serait opportun de se demander comme parviendra-t-il à gérer les risques majeurs afin de garantir la continuité du développement économique, social et politique du pays ?

Pour parvenir à l'éclaircissement de cette problématique, nous avons estimé opportun d'analyser avec précision le rôle de la bonne gouvernance dans la prise de décision étatique **(1)** avant d'examiner son impact sur le développement économique et social du pays **(2)**.

1- La gouvernance et la prise de décision étatique

La gouvernance est un mot qui a surgi dans le vocabulaire administratif, dans le vocabulaire de la gestion publique il y a une vingtaine d'années. Mais quelques fois on se demande qu'est-ce que ça apporte de plus ?

On peut alors dire qu'il s'agit bien d'un ensemble de mesures, des règles, des organes de décision, d'information et de surveillance qui permettent d'assurer le bon fonctionnement et le contrôle d'un Etat, d'une institution ou d'une organisation qu'elle soit publique ou privé, régionale, nationale ou internationale.

L'objectif principal de la gouvernance consiste à octroyer une orientation stratégique, de s'assurer que les objectifs sont atteints, que les risques sont

responsable.

Mais pour donner à la gouvernance une réelle substance, il faut commencer par se demander d'où s'est venu, qui l'a imposé (1-1) et aujourd'hui qu'est ce qu'on peut en faire (1-2).

1-1- L'historique de la gouvernance

1-1-1 : Au niveau international

❖ L'époque préhistorique :

Le processus d'émergence de cette nouvelle mode est assez bien daté, il faut remarquer que la gouvernance n'est pas un mot nouveau, dès le moyen âge, la gouvernance s'appuie sur le territoire. Elle trouve ses origines dans la notion du risque.

Cette notion existait depuis des siècles avec la création de l'humanité. Et on atteste à travers l'histoire que le risque naturel remonte à l'époque d'ADAM et HAWAA. Ceci trouve son fondement dans notre Sacré CORAN :

«﴿34﴾ وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الْخَالِمِينَ ﴿35﴾ فَلَزَلْنَا الشَّيْطَانَ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ»
«سورة البقرة»

Après leur descente du paradis, l'être humain était confronté au risque de la nature qui s'est développé par la suite à travers le temps dans les civilisations.

Avant J-C et depuis le peuple des MAYAS, l'être humain avait toujours peur, d'où il a commencé à détecter la notion du risque. Pour qu'il soit à l'abri et se prévenir contre ce risque, ils ont commencé à créer les temples et en même

temps à créer tout ce qui est oracle puis ils ont procédé à la création des KAHANAS qui jouaient le rôle de préventeurs contre les risques.

Egalement la culture de l’Egypte Pharaonique dans le cadre de la prévention contre les risques par la création des pyramides à travers leurs formes géométriques de telle sorte à se protéger. De plus les anciens Egyptiens croyaient à la résurrection, de ce fait, et pour se protéger contre les risques qui peuvent survenir après la mort, ils procédaient à la momification des corps et les placés dans une tombe où l’on avait déposé tout ce qui était nécessaire à la vie dans l’au-delà.

Le concept du risque s’est bien développé à travers le temps et ce qui a donné naissance aux sciences de l’astronomie, des sciences de l’astrologie, les sciences de santé...

Ainsi, le risque a commencé à occuper une phase prépondérante dans la vie de l’être humain. Et on commence à se demander qu’en est-il de ce risque-là ?

L’être humain a commencé à chercher les moyens de prévention contre tout risque lié par exemple aux maladies, aux catastrophes naturels, aux inondations et à la sécheresse etc.

Le besoin de protection naissant du progrès de l’histoire fait alors naître la nécessité de création d’une nation puis un état espace et par la suite un Etat de pouvoir afin d’acquérir de la force et de l’unité. C’est donc à ce stade là qu’apparaît la notion de l’Etat.

❖ **De l’Etat traditionnel à l’Etat moderne**

La notion d’Etat est née d’une évolution séculaire à partir de l’ordre social fortement hiérarchisé du moyen âge.

La centralisation croissante et la politisation du pouvoir constituent le premier facteur de naissance de l’Etat. En effet, dans la structure du moyen âge, le pouvoir signifiait un rapport de droit privé et une dépendance personnelle envers le possesseur des biens ou le maître d’une corporation. Les serfs appartenaient

au propriétaire de la terre pour lequel ils devaient travailler, tandis que celui-ci devait, de son côté, veiller sur eux. L'apprenti dépendait très largement de son maître d'apprentissage. Cette relation de dépendance privée ressemblait à la dépendance qui liait le possesseur des terres à ses comtes ou ducs auxquels il devait fidélité, allégeance et service militaire, alors qu'en contrepartie ces seigneurs protégeaient ses terres et reconnaissaient sa domination.

Ce pouvoir dominateur s'est alors centralisé dans les mains des Princes et Rois. Le pouvoir royal ne reposait plus seulement sur des dépendances personnelles provenant de la propriété, de la naissance, de l'achat ou de la vente mais aussi sur sa puissance militaire et sa police. Le souverain ne représentait plus ses seuls princes ou comtes ; il incarnait les intérêts du peuple tout entier qu'il avait soumis à son pouvoir. Reste à savoir qui fait partie de cette nouvelle entité.

Les sujets qui sont placés sous le pouvoir du Roi constituent le peuple. Comme cette structure de l'autorité ne repose plus sur des dépendances personnelles, ses limites ne sont plus tracées par les origines et traditions mais au contraire par une certaine extension géographique, autrement dit par un territoire.

L'Etat moderne est de ce fait constitué par un peuple et un territoire au sein duquel le pouvoir politique s'exerce de façon rationnelle et centralisée sous forme de souveraineté à l'intérieur et d'indépendance à l'extérieur.

1-1-2 : Au niveau marocain

L'Etat marocain a dépeuplé le processus de réunification territoriale et administrative juste après son indépendance. En effet, suite à la conférence d'ALJAZIRAS de 1906 puis au traité de Fès de 1912, le Maroc avait été scindé en trois zones pendant près d'un demi-siècle : un protectorat Français, un protectorat Espagnol et un espace sous administration internationale (La Zone internationale de Tanger). C'est sur le socle de ces divisions qu'il a fallu bâtir, à partir du printemps 1956, un nouvel État indépendant dont la souveraineté allait devoir être reconnue aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays. Cette édification d'un État centralisé sous l'égide des Alaouites ne pouvait être menée

à bien que si elle était accompagnée d'un véritable processus de construction nationale.

La nation repose alors sur la notion de communauté et sur un socle de valeurs politiques et culturelles. Le Maroc concordait peu avec ce qu'était au milieu des années 1950. Il était en effet particulièrement difficile de générer une identification nationale au sein de cette société, car elle était profondément divisée ce qui entraînait une inégalité en termes d'infrastructures ou encore d'éducation

A cette époque, le souverain s'est engagé à réunifier le royaume tout en veillant à assurer la paix et la stabilité politique, la promotion de la démocratie à travers la création des coalitions, la décentralisation et le dialogue avec la société, l'amélioration de la gestion de l'économie, la mise en application du concept de démocratie économique et enfin, l'adoption du principe de la bonne gouvernance.

En effet, au cours des dernières années, le Royaume du Maroc a lancé une vaste réforme de l'administration publique tendant à moderniser et à améliorer la gouvernance de la gestion publique. Cette réforme s'inscrit dans un contexte national et international.

On atteste le discours de sa Majesté le Roi Mohamed 6 à l'occasion de la fête de l'indépendance du 18 novembre 2010 : « Nous procédons aujourd'hui à l'installation de la Commission Consultative de la Régionalisation. C'est un moment fort et solennel. Nous considérons qu'il marque le lancement d'un chantier structurant, dont Nous voulons qu'il constitue un tournant majeur dans les modes de gouvernance territoriale. Nous entendons également en faire un prélude à une nouvelle dynamique de réforme institutionnelle profonde. De ce fait, la régionalisation élargie escomptée n'est pas un simple aménagement technique ou administratif. Elle traduit, plutôt, une option résolue pour la rénovation et la modernisation des structures de l'Etat, et pour la consolidation du développement intégré ».

La « bonne gouvernance » est même inscrite dans la nouvelle Constitution; un code de bonne gouvernance des entreprises privées et des entreprises publiques a été publié

Ceci s'inscrit dans le besoin croissant du Maroc visant à assurer un processus de démocratisation de la société, de moralisation et de transparence dans la gestion des secteurs publics, la nécessité de poursuivre les efforts pour dynamiser la croissance économique du pays en vue de faire face aux besoins de plus en plus croissants de la population.

Le défi majeur du Maroc consiste à maîtriser les risques sous toutes leurs formes dans un contexte tripolaire constitué par le changement, la complexité et l'incertitude. Il consiste également à s'adapter à un environnement extérieur émetteur de flux excessifs qui enregistrent en permanence des changements accélérés dans le temps et dans l'espace.

1-2 – La gouvernance au service de l'Etat

La bonne gouvernance constitue aujourd'hui une référence en termes de conduite de l'action publique. Instaurée dans le but de garantir à tous les citoyens de participer au processus de décisions, on la retrouve invoquée dans les pays qui entendent s'engager sur la voie d'un développement respectueux de l'intérêt général ancré dans la politique de gestion des risques et des affaires publiques. Les profondes mutations économiques, politiques et sociales (1-2-1), également la concrétisation de la pratique de la bonne gouvernance grâce à l'adoption du concept du développement territoriale basé sur la politique régionale et le développement humain (1-2-2) font du Maroc un exemple emblématique.

1-2-1 : L'évaluation de la situation de la gouvernance au Maroc

La mondialisation offre la possibilité aux pays de bénéficier de la libéralisation des échanges, des investissements, des flux de capitaux et des mutations techniques afin de poursuivre le développement économique mondial.

Mais elle expose la majorité des pays en développement (y compris le Maroc) à des contraintes dus à des lacunes manifestes au niveau de la gouvernance qui les empêchent de profiter de façon égale de ses opportunités.

En effet, il existe une étroite liaison entre la gouvernance et le développement. La bonne gouvernance constitue un principal moyen pour un développement durable.

Il faudra se référer la définition de la bonne gouvernance énoncée par les Nations unies comme « une approche participative de gouvernement et de gestion des affaires publiques, basée sur la mobilisation des acteurs publics, économiques et sociaux, secteur public ou privé ainsi que la société civile dans le but de garantir le bien-être durable de tous les citoyens ».

La bonne gouvernance repose sur quatre principaux piliers à savoir l'intégrité, la transparence, l'intégralité et la responsabilisation.

Si le Maroc a pris l'initiative d'engager des réformes visant à promouvoir la bonne gouvernance, l'efficacité des efforts consentis n'a malheureusement pas pu être confirmée, dans la mesure où des écarts persistent entre d'une part la législation et les dispositions prises et d'autre part la pratique et les résultats atteints.

Pour surmonter ces lacunes, le Maroc doit donner la priorité à l'amélioration de la gouvernance à travers le renouvellement des approches de planification, la rationalisation et interactivité du système de prise de décision en orientant les efforts vers plus de transparence pour les acteurs politiques, économiques et sociaux, la mise en place d'une administration citoyenne moderne, se caractérisant par des structures administratives stable mais aussi promouvoir l'intégrité, l'indépendance et l'efficacité du système judiciaire.

1-2-2 : Les bases constitutionnelles des règles de bonne gouvernance

Selon la nouvelle Constitution de 2011, le Maroc est une monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire, et sociale, fondée sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes, en mettant l'accent sur le fait que l'organisation territoriale du royaume est décentralisée basée sur la régionalisation avancée.

En effet, les dispositions de la constitution permettent d'appréhender la question de la bonne gouvernance. Parmi ses principaux aspects on peut citer la politique régionale et le développement humain comme deux piliers majeurs pour assurer le développement démocratique du royaume.

❖ La politique régionale

La politique régionale est considérée comme l'un des piliers majeurs de la concrétisation et de la pratique de la bonne gouvernance dans la gestion des risques et des affaires publiques. Bien que le développement territorial représente un concept évolué pour l'opérationnalisation de la régionalisation, il fait néanmoins face à des problématiques complexes liées aux multiples niveaux d'intervention (national, régional ou local), dans lesquelles interfèrent des considérations d'ordre conceptuel et méthodologique, mais également par le cadre institutionnel (politique de décentralisation, de déconcentration et de régionalisation), des acteurs de développement et des parties prenantes (l'Etat, les collectivités territoriales, les privés et les composantes de la société civile). Cette situation appelle à des perceptions nouvelles et à des approches de gestion innovantes.

Le développement économique régional constitue la pièce angulaire du développement durable de la nation et un moyen équitable pour la répartition des richesses nationales et l'agencement de la croissance économique globale entre les différentes franges socioéconomiques et régionales du pays. Il permet

de satisfaire les besoins des régions les plus démunies, en tenant compte de leurs particularités, sans compromettre celles des autres régions dans une stratégie intégrée pour la prospérité de la nation toute entière.

A la lumière de ces défis, le paradigme du développement régional consiste à créer un équilibre territorial en fonction des potentialités et des richesses régionales. La promotion de ce projet s'appuie sur deux principes fondamentaux à savoir l'efficacité du système productif dans chaque espace et l'adaptation en fonction des besoins sociaux notamment l'éducation, la formation, l'emploi et la santé.

❖ **Le développement humain :**

Dans le cadre de la stratégie politique développée par le Maroc afin d'instaurer une dynamique en faveur du développement humain, sa Majesté le Roi Mohamed IV a procédé en 2005 au lancement de l'initiative national pour le développement humain afin de réduire les inégalités et les disparités sociaux-économique, de réduire la pauvreté et de combler le retard que le Maroc affiche dans la réalisation des objectifs du millénaire tracés par les Nations unies et auxquels le pays adhère entièrement.

L'INDH représente un processus de vision et d'approche des droits de l'Homme et des procédures qui se basent sur une philosophie de développement. Son but est d'ajouter aux actions contenues dans les programmes mis en œuvre par les divers services, des actions complémentaires choisies de façon participative par les populations concernées des zones les plus pauvres.

2- Modernisation de la gouvernance Etatique grâce à la gestion des risques majeurs

La gouvernance qui semble être omniprésente dans les débats politiques des différents secteurs, est employée de façon récente dans le contexte international des risques majeurs. En effet, la société se trouve face à des risques sociaux, économiques et environnementaux complexes, que les procédures hiérarchiques de l'administration publique ne peuvent résoudre.

La gouvernance est souvent perçue comme une stratégie de résolution des conflits, mais c'est en tant qu'approche proactive pour développer des solutions intégrées et acceptées à des problèmes tels que la gestion des risques naturels que son efficacité s'exprime le mieux.

En effet, le terme risque est omniprésent dans les débats sur les aléas naturels. Nous pouvons considérer le risque comme un produit des probabilités d'aléas par le dommage potentiel.

Lorsqu'on évoque la gestion des risques, il ne s'agit pas d'un terme utilisé de façon vague, mais plutôt d'un concept qui peut être compris au travers des questions simples : quels sont les aléas potentiels, Quel risque sommes-nous disposés à prendre (2-1) ? Et quelles mesures devant nous adopter (2- 2) ?

2-1 – La gouvernance face aux risques majeurs

Les risques majeurs constituent l'ensemble des phénomènes pouvant menacer l'environnement territorial et dont la gravité est calculée à base d'enjeux humains, économiques et environnementaux importants. Ces risques présentent un défi majeur pour l'avenir et sont actuellement au cœur des problèmes du développement.

Mais avant d'étudier l'impact des risques majeurs sur le développement (2-1-2), il serait judicieux de mettre la lumière sur les différents types de risques auxquels l'Etat peut être amené à gérer (2-1-1).

2-1-1 : Les différents types de risques en liaisons avec l'Etat

Il existe deux familles de risques majeurs à savoir les risques naturels liés aux inondations, séismes, tempêtes, cyclones, mouvements de terrain, avalanches, feux de forêts, volcanismes et les risques technologiques liés aux accidents industriels, accidents nucléaires, transports de matières dangereuses, ruptures de barrages etc.

La croissance de ces risques résulte de l'industrialisation et de l'accroissement de la densité d'occupation des zones à risque, sujettes à des aléas ou évènements dangereux¹.

En matière de risques naturels, et de par sa situation géographique, le Maroc se trouve exposé aux phénomènes climatiques, météorologiques, géologiques ou biologiques qui peuvent manifester des risques majeurs tels les inondations, des crues torrentielles, les séismes et les glissements de terrains. L'impact de ces phénomènes naturels peut conduire à des dommages importants voire compromettre le développement socio-économique des régions exposées aux catastrophes naturelles.

De plus, et durant ces dernières années, on constate un développement croissant en matière des risques technologiques résultant d'une augmentation des industries polluantes dont le fonctionnement peut avoir des incidences sur la santé humaine et l'environnement.

S'agissant des risques bactériologiques, dans quelle mesure ces derniers peuvent être considérés comme des risques majeurs ?

On entend par risque biologique, la manipulation d'organismes biologiques ou de microorganismes naturellement pathogènes (bactéries, virus, champignons, parasites, ou animaux infectés) ainsi que de la manipulation de (micro)-organisme génétiquement modifiés (pathogène ou non). Les microorganismes

¹ EL FOUNTI. L (2003), Gestion des risques naturels au Maroc, 2nd FIG Regional Conference Marrakech. Page. 4

ont des effets pathogènes et des virulences très différentes et sont susceptibles d'entraîner des désagréments, voire des maladies graves.

Pour qualifier le risque biologique de risques majeurs il est primordial d'étudier la crise engendrée dans sa totalité en suivant la grille établie : avant, pendant, après, afin de mesurer son impact sur la situation économique, sociale et environnemental du pays.

2-1-2 : L'impact des risques majeurs sur le développement durable territorial : cas du covid-19

Les risques majeurs et développement occupent aujourd'hui une place prédominante dans les discours des politiques publiques.

En effet, la gestion du croisement d'un aléa et d'enjeux socio-économiques, et la prise en compte de l'avenir environnemental, économique et social d'un territoire constituent les deux préoccupations contiguës et se présentent en tant que priorité dans les discours nationaux.

Il est primordial de se demander sur le lien possible entre risque majeur et développement durable.

En effet, les risques majeurs peuvent présenter un Etat de crise de grande ampleur capable de donner lieu à des situations d'instabilité et de précarité très préoccupantes.

Si on prend comme exemple le covid-19, cette pandémie a eu des répercussions économiques, sociales et juridiques très négatives que ce soit au niveau national qu'international.

En quelques semaines, le monde a enregistré des millions de travailleurs inscrits au chômage, des entreprises en difficulté, des investissements gelés dans la plupart des secteurs, des compagnies aériennes en crise, des chaînes de productions perturbées avec aussi le système de sécurité sociale déstabilisé, le secteur touristique paralysé, l'industrie pétrolière prise au piège du coronavirus...

D'où la nécessité des approches multidisciplinaires susceptibles de traiter tous les niveaux et tous les aspects de cette pandémie qui nous interpelle individuellement et collectivement et qui vient bousculer l'ordre du monde et interroger les fondements de notre vivre-ensemble.

Du point de vue juridique, la pandémie Covid-19 a des répercussions négatives qui peuvent avoir un impact sur les relations juridiques en général et sur les relations contractuelles en particulier.

Croiser les regards, dans une approche transdisciplinaire, est de nature à saisir cette crise sans précédent dans ses différentes manifestations et à suggérer des pistes de recherche et de réflexion sur la pertinence des réponses qui peuvent lui être apportées.

Par conséquent, les pouvoirs publics au Maroc ont opté pour la sécurité juridique afin de faciliter la prise de décision et assurer une meilleure gestion de cette crise à différentes échelles. Notamment l'adoption des décrets lois à partir du 23 mars 2020 portant annonce sur l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national pour faire face à la propagation du coronavirus.

2-2 - Recommandations « la gouvernance des risques grâce à la prévention et la protection »

En effet, l'évaluation de l'impact social, économique et environnemental du risque encouru suppose une identification du risque sous ses diverses natures et particulièrement juridique et financière.

Cette étude ambitionne de passer non seulement au côté du diagnostic des nombreux problèmes qui entravent la bonne marche des actions de préventions mais aussi chercher à s'ouvrir sur les solutions nécessaires à l'évolution des politiques de la gestion des risques.

2-2-1 : Cartographie des risques majeurs

La cartographie est un mécanisme et moyen de prévention permettant la réussite du processus de contrôle et de gestion des risques majeurs.

Rappelons que le terme contrôle signifie pour **Mme AMMGAAD. M** l'ensemble des dispositifs ayant pour but d'un côté d'assurer la protection, la sauvegarde du patrimoine et la qualité de l'information, de l'autre d'assurer l'application des instructions de la direction et de favoriser l'amélioration des performances.

Le contrôle se traduit dans les faits par deux aspects complémentaires d'un côté un état d'esprit dont la responsabilité incombe à toute personne exerçant une autorité dans l'organisation par la planification des tâches, l'organisations des responsabilités, conduire les opérations et en contrôler la bonne marche. Et d'un côté un ensemble de moyens, mesures et méthodes pour y parvenir.

La mise en œuvre du contrôle du risque nécessite l'adoption d'un ensemble de mécanismes dont notamment la cartographie.

L'intérêt porté aux risques majeurs devient de plus en plus croissant et pouvant dégrader la valeur économique, financière, juridique et politique d'un Etat.

De ce fait, pour renforcer le contrôle interne, et prévenir les risques, la cartographie se relève comme un mécanisme indispensable.

La cartographie des alés a en fait une longue tradition, elle consiste a évalué la connaissance des risques existants avant de déterminer les caractéristiques, les qualités et les capacités des mécanismes de gouvernance du risque.

C'est une démarche cruciale pour une conception efficace des mesures préventives et des décisions de planification.

Elle permet une évaluation des risques basée sur une identification des enjeux exposés et calculer leur vulnérabilité par une définition des principales caractéristiques physiques et humaines du territoire.

La cartographie du risque permet de :

- Recenser les risques de la manière la plus exhaustive possible et les classer ;
- Identifier les risques critiques « impact moyen ou fort et niveau de maîtrise faible » pour la mise en place de plans d’actions de maîtrise et de suivi ;
- Décrire les risques majeurs auxquels un Etat est confronté, le plus précisément possible ;
- Intégrer l’analyse approfondie des processus et capitaliser l’expertise opérationnelle ;
- Adapter les actions de réduction des risques les plus efficaces : Prévention et protection ;
- Initier une démarche de quantification des besoins de financement après action de réduction des risques ;
- Utiliser un dispositif participatif d’échanges sur les risques à des niveaux décisionnels différents ;

La réalisation du mécanisme de la cartographie passe par plusieurs étapes à savoir :

- L’identification des risques en précisant l’objet du risque, son origine et ses conséquences ;
- La hiérarchisation des risques à travers la sélection des risques majeurs pour une évaluation approfondie ;
- L’évaluation du risque selon sa nature, ses conséquences et ses effets économiques, juridiques et politiques ;
- Moyens de maîtrise du risque à travers la sélection des actions de réduction des risques ;
- Préparation du livrable de la cartographie.

2-2-2 : Management des risques majeurs

Comme nous l'avons déjà évoqué, la gouvernance est une notion objective qui comprend les mécanismes, les processus, les relations et les institutions complexes au moyen desquels les citoyens et les groupes articulent leurs intérêts, exercent leurs droits et assument leurs obligations et auxquels ils s'adressent afin de régler leurs différends.

Qu'est-ce que cette définition implique alors en termes de management des risques majeurs ?

Nous pouvons considérer que la responsabilité sociale des pouvoirs publics s'inscrit à tous les niveaux de gouvernance (du local au global) sur un territoire politico-juridique donné.

Théoriquement, d'après **M. Raffestin** le management des risques majeurs consiste à gérer la catastrophe. Depuis quelques décennies, un effort important a été effectué pratiquement pour la prévention des catastrophes. Aujourd'hui, sous l'effet de la démocratisation des sociétés et de l'augmentation de la sensibilité aux risques, il s'agit bel et bien d'ouvrir un nouveau champ de politiques publiques en amont, dans le domaine de l'identification des risques autrement dit, l'anticipation.

En effet, anticiper une situation d'urgence c'est avant tout identifier les risques qui nous entourent et donc prévoir des scénarios alternatifs.

Après un inventaire de ces risques, il est nécessaire de les étudier et d'évaluer leur gravité potentielle avant de décider des actions préventives à mettre en place.

Cette politique de prévention vise d'abord à réduire les conséquences des dommages potentiels en amont ; elle s'adapte et s'enrichit en analysant les crises passées et en anticipant les crises futures.

Afin de diminuer les risques majeurs, quelle que soit leur origine, via un management intégré, revient à œuvrer pour accroître la sécurité des populations concernées. C'est pourquoi, pour parvenir à une approche intégrée

des risques majeurs, nous avons mis l'accent sur le concept de « sécurité humaine »².

La sécurité a toujours signifié deux choses essentielles, se libérer de la peur et se prémunir contre le besoin (freedom from fear and freedom from want). Les Nations unies l'ont reconnu dès leur création. Mais au fil du temps, la première composante a pris le pas sur la seconde. Le moment est venu de passer du concept restreint de sécurité nationale au concept global de sécurité humaine.

À notre sens, c'est notamment parce qu'il permet une appréhension globale du risque que le concept de sécurité est prometteur, non seulement dans ses caractéristiques heuristiques, mais également dans ses potentialités pratiques, c'est-à-dire pour un management effectivement intégré du risque majeur.

Par ailleurs, le PNUD³ met en lumière la finalité de la relation entre la sécurité humaine et le risque. Cette relation passe par l'idée de menace. La liste des menaces qui pèsent sur la sécurité humaine est longue, selon qu'il s'agisse de menaces d'ordre économique, alimentaire, sanitaire, environnemental, personnel, communautaire ou politique.

La sécurité humaine vise à réunir à la fois les dimensions individuelles et collectives de la sécurité. Elle prévoit la nécessité d'intégrations des trois générations des droits humains qui ont pour finalité de protéger d'un côté la liberté des individus, puis la garantie de l'égalité des citoyens quant à l'exercice de cette liberté mais aussi la mise en œuvre des politiques publiques visant à favoriser la solidarité notamment en matière de développement, de la protection et de la paix.

L'intérêt de cette approche, qui est fondée sur les droits, en matière de sécurité humaine et donc de risques majeurs, est qu'elle offre aux acteurs impliqués dans le management des risques un droit commun légitime pour défendre leurs intérêts et leurs valeurs, dans le domaine des politiques publiques d'identification des risques, de prévention et de gestion des catastrophes.

² *Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine. Rapport mondial sur le développement humain*, Genève, 1994, Pages. 23-49.

³ Programme des nations unies pour le développement.

Conclusion

Pour conclure, nous pouvons dire que les concepts de risque et de gouvernance étatique sont des concepts complexes qui augmentent encore la gestion des aléas. Ceci nécessite une gestion des risques à travers une bonne gouvernance, permettant à l'Etat de développer progressivement des solutions nécessaires à des problèmes donnés.

Notre travail consiste à identifier les risques majeurs auxquels l'Etat pourra être amené à gérer et qui peuvent donner lieu à des situations d'instabilité et de précarité pouvant affecter le développement du pays, tout en proposant des solutions nécessaires à l'évolution des politiques de gouvernance et de la gestion des catastrophes à travers le processus de management des risques.

En effet, la réussite du processus de la gouvernance des risques exige un cadre avec un objectif clair et des participants tant publics que privés sur la base du partage d'un risque commun dans le but de créer une vision plus large et à développer mutuellement une combinaison de mesures pour une solution intégrée dans une certaine situation d'aléa.

Pour se faire, nous proposons, par le biais de notre travail, d'intégrer des initiatives locales dans le développement des solutions engagées par n'importe quelle partie concernée et les autorités publiques doivent être capables de travailler avec toutes les parties prenantes sur un plan d'égalité.

Il est de même opportun de fournir des mesures financières d'incitation pour promouvoir les approches participatives dans les différentes étapes de développement des systèmes de protection et de prévention.

Il faudra également mobiliser l'évaluation pour mieux estimer les besoins financiers futurs afin de garantir une répartition optimale entre les différentes ressources budgétaires et d'autres sources.

Bibliographie

« Ouvrages »

- **BELY. L (2009)**, *La France au XVII siècle, puissance de l'Etat, contrôle de la société*, édition Presses universitaires de France.
- **BUNET. R & TACNET. J-M (2007)**, *Risques Naturels : Organisation de la prévention et de la gestion en France*, Edition CEMAGREF.
- **EL BACHA. F, KRUGER. S, LAAROUSSI. A (2020)**, *Coronavirus : regards croisés*, Rabat- Maroc.
- **EL FOUNTI. L (2003)**, *Gestion des risques naturels au Maroc*, 2nd FIG Regional Conference Marrakech, Morocco, December 2-5.
- **Fleiner Gerster. T**, *La théorie générale de l'Etat*, Nouvelle édition internationale.
- **Heller, H (1927)**, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts (Souveraineté, une contribution à la théorie du droit constitutionnel et international)*, Berlin.
- **Niget. D & Petitclerc. M (2012)**, *Pour une histoire du risque*, Edition Presses universitaires de Rennes.
- Rossiaud. J (1998)**, « Management du risque majeur et Modernité. Les espaces-temps de la catastrophe de Tchernobyl », dans J.-J. Wagner, *Risques majeurs : perception, globalisation et management*.
- **Veret, Cathrine, Mekouar & Richard (2005)**, *Fonction Risk Manager*, Edition Dunod3.

« Travaux de recherches et Articles »

- **AMMAR M (2016)**, Regard sur le projet de réforme et de gouvernance au Maroc, Travail de recherche, Reims.
- **AMGAAD M (2016)**, *l'efficacité de la fonction juridique au sein de la Société Anonyme dans le renforcement du contrôle interne et la prévention du risque juridique*, Revue Maroc Droit.
- **Andres. L & Strappazzon. G (2007)**, Article sur La Gestion des risques naturels et prise en compte du développement durable : un lien équivoque, Version électronique.
- **Cretièneau. A-M (2010)**, Economie sociale et solidaire et développement durable : Pensée et actions en conjonction, Edition L'HARMATTAN, 2010.
- **Cantat. E (2018)**, *la construction nationale marocaine après l'indépendance*, ILCEA Revue de l'Institut des langues et cultures d'Europe, Amérique, Afrique, Asie et Australie, Imaginaire national et territoire, Edition électronique.
- **Donsimoni. M & Chavanon. O (2016)**, *La gouvernance entre incantation et application (deux exemples marocains)*, CNRST- IMIST.
- **-Groupe de recherche Management des risques majeurs (MRM) (2002)**, "Des conséquences d'une éthique de la gouvernance sur le management des risques majeurs", *Éthique publique* [Online], vol. 4, n° 2.
- **Giardinelli. A (2018)**, *Régionalisation, gouvernance et développement territorial au Maroc*, Calendrier des sciences humaines et sociales, Revue électronique.
- **-MAALLA M. N (2010)**, *L'initiative nationale pour le développement humain : une initiative novatrice et ambitieuse pour lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale au Maroc*.

- **Raffestin. C (1993)**, *Histoire de la notion de risque et de catastrophe*, dans CUEH, *Risques et catastrophes : des événements aux représentations*, bulletin d'information no 15, université de Genève.
- **Richarda. S & Rieu. T** , Une approche historique de la gouvernance pour éclairer la gestion concertée de l'eau en France.
- **-Zadi. J (2014)**, La question de la bonne gouvernance et des réalités sociopolitiques en Afrique : Le cas de la cote d'ivoire, Thèse d Doctorat, Paris Est.

« **Rapports** »

- **COLLARD. C (2012)**, *La cartographie des risques juridiques : un outil de management au service de la stratégie*, centre de recherche Legal Edhec, Rencontre organisée par l'Anvie en collaboration avec l'association française des juristes d'entreprise " AFJE" et l'association pour le management des risques et des assurances des entreprises.

- **Schindelegge. A (2019)**, *La gouvernance des risques naturels*, Rapport sur l'Etat des Alpes, Edition speciale.

-**Connaitre et évaluer les catastrophes et risques naturels au Maroc (2018)**, Guide pratique, Ministère de l'intérieur, OCDE.

-Rapport sur le développement régional de la direction des études et des prévisions financières, Mai 2006.

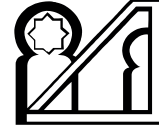
-Rapport sur les principaux résultats de **l'étude de l'OCDE sur la gestion des risques Maroc**, Mai 2018.

Rapport mondial sur le développement humain, **Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine**, Genève, 1994.



جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والإقتصادية
والاجتماعية أكدال - الرباط



دفاتر البحث

٢٤٣٢٠٠٤١١
٠٠٤٣٣٣٣

سلسلة
القانون العام والعلوم السياسية
والقانون الخاص

N° 05 / 2022

fsjes-agdal.um5.ac.ma

إن الآراء المعبر عنها في هذه المجلة هي آراء شخصية لمؤلفيها

دفاثر البحث :	عنوان المجلة
2022 :	الطبعة
2022PE0024 :	الإيداع القانوني
2820-705X :	ISSN

Communication de la ville :	الطبع
com2ville@gmail.com :	البريد الإلكتروني

دقاتر البحت

مجة تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال-الرباط

المدير : الأستاذ فريد الباشا، عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال-الرباط

المنسق : الأستاذ عبد العزيز لعروسي، نائب العميد المكلف بالبحث العلمي والشراكة والتعاون

لجان القراءة والتقييم

شعبة القانون العام والعلوم السياسية

- ذ. بوجمعة بوعزاوي ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة . أمينة المسعودي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. أجمد بوجداد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. عبد الرحيم المنار السليمي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. حسن العرفي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. عبد الإله العبيدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. نوال بنسليمان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. جواد النزحي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذ. عبد العزيز لعروسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال

شعبة القانون الخاص

- ذ. علال فالي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. لطيفة المهداتي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. سميرة كميلى، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. سلمى الحسنى السباعي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. عابدة الفركلي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال
- ذة. زهيرة فونتير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكمال

الإدارة والتحرير

صندوق البريد 721 ، شارع الأمم المتحدة – أكداال- الرباط

الاشترك السنوي (عدداال)

المغرب	140 درهما
الخارج.....	140 درهما + مصاريف النقل
البيع المباشر للطلبة.....	50 درهما للعدد
كيفية الأءاء: ءءفع قيمة الاشارك نقءا أوفى حساب الكلية بالءزينة العامة للمملكة	

رقم حساب 40220

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

صندوق البريد رقم 721- أكداال- الرباط

القانون العام والعلوم السياسية

مفهوم نظرية المخاطر في القضاء الإداري

عبد الخالق أمغاري 11

قراءة في منهجية بلورة برنامج التنمية الجهوية: حالة جهة فاس مكناس

ياسر عاجل 17

مخاطر التمويل العقاري - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية و البنوك
التشاركية -

مروان القرصي 37

القانون الخاص

المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

د. المختار عبد الدائم 69

تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة
- جائحة كوفيد-19- نموذجا -

فاطمة الزهراء القرحوني 83

تعويض ضحايا الجرائم بناء على أساس اجتماعي

ذ. رشيد البقالي 99

الإجراءات التقنية لتداول الأسهم في بورصة القيم

ياسين بنيحيى 129

القانون العام والعلوم السياسية

مفهوم نظرية المخاطر في القضاء الإداري

عبد الخالق امغاري

باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، سلا.

أدى ازدياد خطورة وسائل الدولة في إدارة وتسيير المرافق العامة، وما ينتج عنها من مخاطر تهدد سلامة الأفراد، الذين يتعاملون باستمرار مع هذه المرافق، إلى ظهور فكرة أساسية مؤداها ضرورة إزالة الضرر عن المتضررين وحمايتهم في كل الأحوال. فقد أثبت التطور في استخدام الدولة لوسائل خطرة بمناسبة إدارة مرافقها العامة، سيما الاقتصادية منها، ظهور حالات من الضرر غدا معها التمسك بفكرة الخطأ غير قادر على تحقيق التعويض الذي يتم به جبر هذا الضرر، الأمر الذي ساعد على نشأة فكرة مسؤولية الإدارة بدون خطأ.

وهكذا، فإلى جانب المسؤولية الإدارية المبنية على الخطأ، أنشأ مجلس الدولة الفرنسي نوعاً آخر من مسؤولية الإدارة لا علاقة له بفكرة الخطأ إطلاقاً؛ بمعنى أنه قرر التعويض عن أضرار ناتجة عن تصرف مشروع وخطر من جانب الإدارة، لكنه تعويض يقتصر على حالات محددة وخاصة، يكون فيها تطبيق قواعد المسؤولية الخطئية مجحفاً بالأفراد، ومتنافياً بصورة صارخة مع مبادئ العدالة².

ويرجع السبب الرئيس وراء إقرار القاضي الإداري لنظام المسؤولية بدون خطأ إلى محاولة إقامة نوع من التوازن، بين المزايا الناجمة عن وجود المرافق العامة وبين الأضرار المترتبة عنها، فغالبا ما يلجأ القاضي الإداري إلى هذا الحل، قصد تكريس مبدأ العدالة والإنصاف تجاه المتضررين من جهة، وتحسين علاقة الإدارة بالأفراد من جهة أخرى. وبالتالي، تشكل " المسؤولية بدون خطأ عنصر توازن وتنغيس للعداوات والأحقاد في التعامل الإداري مع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المعنيين بهذا التعامل. كما أن ميزات واستقلال مسؤولية السلطة العامة تجاه المسؤولية المدنية في القانون الخاص، تتجلى خاصة في رحاب المسؤولية بدون خطأ³.

هذا، وتعتبر المسؤولية الإدارية في المغرب من صنع المشرع، فهو الذي وضع الأسس القانونية المنظمة لها في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، الذي نص فيه على أن " الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وعن الأخطاء المصلحية

1 - د. ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقا للأحكام والفتاوى حتى عام 2005، الجزء الثاني: التعويض عن أعمال السلطات العامة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، بدون سنة النشر، ص: 788-792.

2 - د. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص: 1

3 - د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الثاني: القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العامة، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998، ص: 430.

لمستخدميها⁴، والمادة 8 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، التي تنص على اختصاص هذه الأخيرة بالبت ابتدائياً في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام⁵.

ويقوم نظام المسؤولية الإدارية بدون خطأ في الوقت الراهن على ثلاثة أسس⁶، وهي: نظرية المخاطر، ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهما الأساسين الرئيسيين لهذا النظام من المسؤولية، وأخيراً مبدأ التضامن الوطني الذي يعد أساساً حديثاً أضافه القضاء الإداري المغربي، وسبقه في ذلك المشرع والقضاء الإداري الفرنسيين. وينتج عن ذلك، أن المخاطر ليست هي المسؤولية الإدارية بدون خطأ كما يظن بعض الفقه العربي على وجه الخصوص من جهة، كما أن المخاطر ليس أساسها هو مبدأ المساواة أمام التكاليف العمومية، بل إن كل واحد منهما - أي نظرية المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة - يشكل أساساً مستقلاً بذاته من أسس وقواعد المسؤولية الموضوعية من جهة أخرى⁷.

ونظراً لأهمية المجالات التي أصبحت تثار بشأنها مسؤولية الدولة بدون خطأ، ولاسيما على أساس المخاطر، حيث عرفت بناء على هذا الأساس تطوراً كبيراً في القضاء الإداري الفرنسي والمغربي، يطرح التساؤل حول مفهوم نظرية المخاطر، التي يرتبط تطبيقها، كأبرز أساس لأهم تطبيقات مسؤولية الإدارة بدون خطأ، بالأعمال المادية الخطرة والمشروعة للإدارة كالأشغال العمومية والأشياء الخطرة وغيرها، ولا يرتبط تطبيقها إطلاقاً بالأعمال القانونية للإدارة، التي قد تتسبب في حدوث أضرار لبعض المواطنين في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

ولهذا كله، يقتضي الأمر التعريف بنظرية المخاطر (**الفقرة الأولى**)، وتمييزها عن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، الذي يشكل بدوره أساساً من أسس المسؤولية الإدارية بدون خطأ (**الفقرة الثانية**).

4 - قانون الائتلافات والعهود الصادر بمقتضى ظهير 9 رمضان 1331 هـ (12 غشت 1913) حسبما تم تغييره و تنميته.

5 - القانون رقم 41.90 المحدث بموجب محاكم إدارية، الصادر الأمر بتنفيذه ظهير رقم: 225-91-1 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 هـ (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993، ص: 2168.

6 - يجب التمييز بين أساس المسؤولية الإدارية، سواء الخطئية أو الموضوعية، وبين الحالات التي تتبني على هذا الأساس أو ذلك. فالأساس لغة: هو أصل البناء، أو أصل كل شيء. واصطلاحاً يقصد به "المصدر الذي تتبني عليه المسؤولية والتي تستوجب التعويض عن الأضرار الحاصلة، وهذا الأساس قد يتجلى بتوفر شروط، وفي ظروف معينة تعرف عادة بحالات المسؤولية الإدارية، التي تظهر في حالات الخطأ أو في حالات أخرى غير الخطأ".

ويعني أيضاً: " معرفة السبب الذي من أجله يضع القاضي عبء تعويض الضرر غير العادي الذي أصاب المتضرر " انظر بهذا الخصوص على التوالي: - د. جبران مسعود الرائد: معجم لغوي عصري، المجلد الأول، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة، يناير 1978، ص: 96.

- د. عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار توبقال للنشر، مطبعة سيو، الطبعة الأولى، الدار البيضاء 1988، ص: 131.

- د. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، المرجع السابق، ص: 335.

7 - للتوسع انظر: **عبد الخالق امغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"**، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، تخصص القضاء الإداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 14 وما بعدها.

الفقرة الأولى

تعريف نظرية المخاطر⁸

يبدو أن مسؤولية الدولة على أساس المخاطر ترتبط، وجودا وعلما، بفكرة النشاط المشروع والخطر للإدارة، والذي تتحدد ماهيته من خلال الأخذ بالمعيار الواسع الذي يعتبر النشاط الإداري خطرا، إما لطبيعته أو أن الخطورة ناتجة عن الظروف التي يستخدم فيها النشاط الضار⁹.

والمقصود بنظرية المخاطر "أن من أنشأ مخاطرا ينتفع منها، فعليه تحمل تبعات الأضرار الناتجة عنها"¹⁰، حيث أن مجموعة من الأنشطة الإدارية المادية والمشروعة قد تتضمن بعض المخاطر، التي من الممكن أن تحدث أضرارا خطيرة ببعض أفراد المجتمع، مرتفقين كانوا أو أعيارا أو معاونين للمرفق العام، الشيء الذي يلزم الإدارة بتعويضهم ولو في غياب الخطأ¹¹.

إن نظرية المخاطر كأهم أساس لمسؤولية الإدارة بدون خطأ تعني تلك الفكرة التي تقيم المسؤولية - غير التعاقدية - على عنصر الضرر، ولا تعدد بالخطأ كركن من أركان المسؤولية، ولاسيما في مجال نشاط الإدارة الضار، فبموجبها تنعقد مسؤولية من أتى بهذا النشاط لمجرد حدوث الضرر، وما على المتضرر سوى إثبات الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وبين النشاط الإداري الضار¹².

فمقتضى فكرة المخاطر إذن، أنه إذا أحدث نشاط الإدارة خطرا لأحد الأفراد، ولو دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها، فإنها تتحمل المسؤولية وبالتالي تلتزم بتعويض المتضررين، إذا كان الضرر جسيما وخاصا¹³.

ومعلوم أن نظرية المخاطر قد نشأت وتطورت بفضل اجتهادات القاضي الإداري الفرنسي، حيث لاحظ مجلس الدولة الفرنسي أن ثمة أضرارا يسببها نشاط الإدارة دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، وإن اشتراط ركن الخطأ للتعويض في مثل هذه الحالات يتعارض مع أبسط قواعد العدالة، لذلك اتجه مجلس الدولة إلى التوسع في أساس المسؤولية الإدارية؛ فلم يقف عند حد

⁸ - المخاطر: من الخطر ج. أخطار ومخاطر، وتعني لغة: "الإشراف على الهلاك"، انظر د. جبران مسعود، الرائد: معجم لغوي عصري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص: 232.

⁹ - د. ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص: 806.

¹⁰ - د. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص: 4.

¹¹ - د. عبد الله حارسي، الوجيز في القضاء الإداري، السنة الجامعية 1996-1997، ص: 132.

¹² - د. شبيب أحمد سليمان، "المسؤولية المبنية على تحمل التبعة"، مجلة القنون المقارن، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة 1983، تصدرها جمعية القنون المقارن العراقية، ص: 368 134.

¹³ - دة. ثورية لعيوني، القضاء الإداري ورقبته على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، دار النشر الجصور، وجدة، الطبعة الأولى، 2005، ص: 213 و 214.

تقرير هذه المسؤولية على أساس الخطأ فقط، بل أقرها ولو في غياب الخطأ بناء على أساس جديد وتكميلي يتمثل في نظرية المخاطر¹⁴.

ويمكن أن يبرر لجوء القضاء الإداري إلى هذا الأساس بتزايد عدد المتضررين الناتج عن اتساع حجم النشاط الإداري وما قد يخلفه من مخاطر في بعض الأحيان، تولد أضراراً غير عادية لبعض الأفراد دون تسجيل أي خطأ من جانب الإدارة، أو حتى تسجيله ولكن يصعب على المتضرر إثباته، مما يستلزم تعويضه على أساس المخاطر وليس الخطأ؛ لأن هذا الأساس الأخير لا يسعف في تعويض المتضررين من جراء نشاط الإدارة المتمسم بالخطورة، وهذا ما يتنافى مع اعتبارات العدالة وما تقتضيه من ضرورة تعويض هؤلاء المتضررين¹⁵.

يتبين إذن، أنه لم يكن في وسع القاضي الإداري الفرنسي على وجه الخصوص، باعتباره قاضياً مبدعاً ومنشئاً، إلا التخلي عن الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية الإدارية كلما تعذر تلمسه وإثباته، وتعويض المتضررين بناء على نظام المسؤولية الإدارية غير المبني على الخطأ، الذي يعد بحق **نظاماً تكميلياً** للنظام والأصل العام للمسؤولية الإدارية وهو الخطأ، وهذا لا يعتبر انتقاصاً من هذا الأخير أو تراجعاً عنه، بقدر ما يعتبر أساساً تكميلياً للنواقص التي تعترى الارتكان والارتكاز عليه كأساس وحيد لتبرير مسؤولية الدولة عن أنشطتها الإدارية المتعددة والمتنوعة.

و جدير بالذكر أن المسؤولية الإدارية بدون خطأ القائمة على أساس **المخاطر**، ترتبط بالمنازعات المتصلة **بالأعمال المادية الخطرة والمشروعة للإدارة**؛ ومعنى ذلك أن فكرة المخاطر أو الخطر تصلح كأساس لهذا النوع من المسؤولية حينما يتولد الضرر من نشاط إداري خطر بطبيعته ومشروع في حد ذاته، **ولا تصلح** — أي نظرية المخاطر — كأساس لمسؤولية الدولة عن الأضرار التي تولدها **بعض تصرفاتها القانونية المشروعة**، والتي تقوم والحالة هذه على أساس مبدأ **المساواة أمام الأعباء العامة**، باعتباره كذلك أساساً مهماً لمسؤولية الإدارة بدون خطأ؛ لأن كل أساس يتعلق بنشاط إداري مشروع له صفات مميزة¹⁶، مما يستوجب تمييز مفهوم نظرية المخاطر عن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساسين رئيسيين للمسؤولية السالفة الذكر.

14 - د. محمد الوزاني، القضاء الإداري، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى، 2000، ص: 209.

15 - د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 354.

16 - د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 346.

الفقرة الثانية

تمييز نظرية المخاطر عن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

لقد تطورت مسؤولية الإدارة بدون خطأ تطوراً معتبراً، وحققت توسعاً هائلاً، فبعد أن كانت هذه المسؤولية تستند إلى أساس وحيد، يتجلى في نظرية المخاطر، أضحت فيما بعد تستند إلى أساس آخر، يتمثل في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

ويعني هذا المبدأ "المساواة بين أفراد المجتمع في تحمل التكاليف العامة، مثل تكاليف إدارة المرافق العامة وغيرها، فهو يقتضي حين تلقي الإدارة على عاتق بعض المواطنين عبئاً يجاوز ذلك الذي يتحمله باقي المواطنين في المجتمع، وجوب تحمل هؤلاء المواطنين هذه الأعباء الإضافية مقابل المزايا التي يستفيدون منها، وينطبق ذلك المبدأ على جميع المواطنين بصفة عامة ومجردة"¹⁷.

إن الغاية من مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة هو تحقيق العدالة، والإسهام في إقامة التوازن بين حقوق الأفراد وبين الأنشطة التي تمارسها الدولة بقصد تحقيق الصالح العام¹⁸. فهو إذن أساس تكميلي للأساس الأول للمسؤولية الإدارية غير الخطئية، المتمثل في نظرية المخاطر، فكلهما يكمل الآخر، و لكل أساس تطبيقاته وحالاته الخاصة به دون سواه، والتي تعرف تطوراً يوماً بعد يوم، وتتوسع هذه الحالات بتعدد وتنوع أنشطة الإدارة، وهذا ما سنلاحظه من خلال توسع حالات وتطبيقات المسؤولية الإدارية القائمة على أساس المخاطر، والتي سنتطرق إليها في مقال آخر.

ويبدو أن آراء الفقهاء والسراخ قد تباينت بشأن القيمة القانونية لهذا المبدأ، حول مدى اعتباره أساساً للمسؤولية الإدارية. وانقسم الفقه حوله إلى أربعة آراء¹⁹: **الرأي الأول** يعتبر أن هذا المبدأ ليس أساساً لأي نوع من أنواع المسؤولية الإدارية، ولا هو شرط من شروطها²⁰، **والرأي الثاني** يعتبره أساساً عاماً لجميع نظم وأنواع المسؤولية الإدارية، سواء في ذلك المسؤولية الخطئية أو المسؤولية بدون خطأ²¹، **والرأي الثالث** جعل منه أساساً عاماً للمسؤولية دون خطأ فقط²²، **والرأي**

17 - د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 318.

18 - د. حمدي عمر، المرجع السابق، ص: 318.

19 - انظر عبد الخالق مغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، المرجع السابق، ص: 20 .

20 - ومنهم الأستاذة سعاد الشرقاوي، والفقيه Chapus الخ، انظر بهذا الصدد: دة. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، 1972، ص: 194. وانظر أيضاً: د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 321 و 322.

21 - من بين هؤلاء الفقهاء نذكر: «Lefèvre، De laubadère، Benoit ، Paul Duez وغيرهم، انظر د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 322 - 324، ود. مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2000، ص: 5 و 6.

22 - منهم الأستاذ ماهر أبو العينين، انظر د. ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص: 836.

الأخير - وهو الرأي المعترف والراجح والذي يميل إليه أغلب الفقه الفرنسي والعربي - جعل من المبدأ المذكور أساسا مباشرا لبعض، وليس كل، حالات وتطبيقات المسؤولية الإدارية غير الخطئية²³.

يلاحظ إذن، أن الاختلاف في الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الإدارة بدون خطأ راجع، من جهة، إلى **نوع النشاط الإداري** الذي يرتبط به كل أساس من أسس هذه المسؤولية والواردين أعلاه؛ فبينما ترتبط نظرية المخاطر بالأعمال المادية الخطرة و المشروعة للإدارة، نجد بأن مبدأ المساواة أمام الأعباء يعتبر الأساس الموجب لمسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية المشروعة. ومن جهة أخرى، يبرر هذا الاختلاف **من حيث الضرر**؛ ففي المسؤولية القائمة على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يكون الضرر متوقعا على وجه التأكيد في سبيل تحقيق الصالح العام، فهو إذن ضرر طبيعي وضروري ومتوقع بصورة أكيدة *Prévisible à coup sûr et même nécessaire*. من جراء بعض الإجراءات المتخذة باسم المصلحة العامة²⁴. وفي الجانب الآخر، يكتسي الضرر في المسؤولية القائمة على أساس المخاطر طابع المفاجأة، مع أن احتمال حدوث الضرر غير مستبعد بالنظر لطبيعة نشاط الإدارة، لكنه غير متوقع بصورة أكيدة وحتمية في ذات الوقت²⁵.

إجمالا، تشكل نظرية المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أساسين رئيسيين لمسؤولية الإدارة بدون خطأ، ولكل منهما حالاته وتطبيقاته الخاصة به، غير أن مسؤوليتها القائمة على المخاطر قد عرفت، يوما بعد يوم، تطورا كبيرا ومعتبرا، من حيث ظهور تطبيقات قضائية جديدة مبنية على هذا الأساس القانوني، وهو ما كان له كبير الأثر على مستوى موقف الفقه وأحكام وقرارات القضاء الإداريين.

²³ - من الفقه الفرنسي نذكر : Eisenmann, Rivéro, Delvolvé, Waline انظر بهذا الشأن د. حمدي علي عمر، المرجع السابق ص: 325 و 326 ومن الفقه العربي: د. مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة و تطبيقاتها في القانون الإداري، المرجع السابق، ص: 8. وأيضا، د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 332 و 333.

²⁴ - د. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص: 204. وانظر كذلك: د. فتحي فكري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص: 309 وتجدر الملاحظة إلى أن الأستاذين معا ينتميان إلى الرأي الفقهي الراجح، الذي يجعل من مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أساسا مباشرا لبعض تطبيقات المسؤولية الموضوعية وليس كلها.

²⁵ - انظر عبد الخالق امغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، المرجع السابق، ص: 21 وما بعدها.

قراءة في منهجية بلورة برنامج التنمية الجهوية: حالة جهة فاس مكناس

ياسر عاجل

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال،

جامعة محمد الخامس الرباط

تقديم :

يكتسي رهان إصلاح الترسانة القانونية أهمية اقتصادية واجتماعية وسياسية، على اعتبار أن الاصلاحات القانونية على المستوى اللامركزي هي القاعدة الأساسية التي تقوم عليها دينامية المجالات في إطار الدولة الموحدة. فكما هو معلوم أن التنمية الجهوية يجب أن تتم في إطار التنمية الوطنية العامة، ويجب أن تسعى إلى تحقيق أهدافها الأمر الذي يقضي أن ألا تخرج وألا تتعارض آليات ومقومات التنمية الجهوية مع الوسائل المعتمدة لتحقيق التنمية على الصعيد الوطني.

وتماشيا مع **مقتضيات** دستور 2011 الذي بوأ الجهة مركز الصدارة عن باقي الجماعات الترابية في إعداد برامج التنمية وتنفيذها وتتبعها، وتنفيذا للمواد 81 و82 و83 و84 و85 و86 و87 من القانون التنظيمي رقم 14.111⁽¹⁾

واعتبارا لأهمية وقيمة إعداد برنامج التنمية الجهوية كآلية لتحقيق تنمية مندمجة ومستدامة كفيلة بتحسين جاذبية المجال الترابي الجهوي وتقوية فعاليته الاقتصادية، صدر بتاريخ 14 يوليوز 2016 مرسوم رقم 16.299⁽²⁾.

فبرنامج التنمية الجهوية آلية قانونية تمكن الجهات من ممارسة سلطاتها حيث يمكنها من بلورة رؤية واضحة على المدى القصير والمتوسط حول استعمال مواردها، ويشكل إطارا داعما للتعاون والتشارك بين كافة الفاعلين الترابين قصد تحقيق التنمية الترابية.

وعليه يعد برنامج التنمية الجهوية وثيقة متعددة الأهداف حيث أنه يضمن انجاز مندمج للمشاريع في إطار رؤية شمولية ومتناسقة للتنمية، كما يجسد الإلتقائية بين جميع المتدخلين والفاعلين

¹ الظهير الشريف رقم 1.15.83، صادر في 20 من رمضان الموافق ل 7 يوليوز بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14، المتعلق بالجهات، جريدة رسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015).

² مرسوم رقم 2.16.299 المتعلق بمسطرة إعداد برنامج التنمية الجهوية وتتبعه وتحسينه وتقييمه، وآليات الحوار والتشاور لإعداده صادر في 23 من رمضان (29 يوليوز 1437 يونيو، 2016) الجريدة الرسمية عدد 6482 بتاريخ 14 يوليوز 2016، الصفحة 5341.

وذلك من خلال التوفيق الذي يسمح به بين التوجهات الاستراتيجية للدولة وبرامج الجماعات الترابية الأخرى. ويساهم أيضا في التنزيل الترابي للبرامج القطاعية للدولة، كما يضمن ترشيد النفقات والاستعمال الأمثل للموارد.

وجدير بالذكر أن برنامج التنمية الجهوية يعتبر وثيقة مرجعية لبرمجة المشاريع والأنشطة ذات أولوية المقرر أو المزمع إنجازها بتراب الجهة بهدف تحقيق تنمية مندمجة ومستدامة تهم على وجه الخصوص، تحسين جاذبية المجال الترابي للجهة وتقوية تنافسية الاقتصادية، حيث يحدد هذا البرنامج لمدة 6 سنوات المشاريع المقرر برمجتها أو إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجهة، اعتبارا لنوعيتها وتوطينها وكلفتها مع مراعاة ما يلي :

- ✓ تحديد برنامج التنمية الجهوية للأولويات التنموية بالجهة.
- ✓ مواكبة برنامج التنمية الجهوية للتوجهات الاستراتيجية لسياسة الدولة والعمل على بلورتها على المستوى الجهوي، مع إدماج التوجهات الواردة في التصميم الجهوي لإعداد التراب إذ كان موجود.
- ✓ اعتماد البعد البيئي لتحقيق التنمية المستدامة.

✓ الأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات المادية المتوفرة للجهة أو التي يمكن لها تعبئتها، وكذا

الالتزامات المتفق بشأنها بين الجهة والجماعات الترابية الأخرى وهيئاتها والمقاولات العمومية والقطاعات الاقتصادية والاجتماعية بالجهة.

وانطلاقا مما سبق سنحاول الاجابة على الاشكالية التالية : **إلى أي حد سيؤثر النص التنظيمي المتعلق بإعداد برنامج التنمية الجهوية على دينامية الجهة، ويساهم في تحقيق التنمية الترابية؟**

وبالتالي، سوف نعمل على توضيح المراحل التي يمر منها إعداد برنامج التنمية الجهوية بالمغرب، بداية من اتخاذ قرار اعداد مشروع برنامج التنمية الجهوية⁽³⁾ الذي يمر عبر مجموعة من المراحل بدءا من مرحلة التشخيص (أولا) تحديد أولويات تدبير المجال الجهوي (ثانيا) ثم توطيق المشاريع المراد إنجازها بتراب الجهة (ثالثا) وتقييم مواردها ونفقاتها برسم ثلاث سنوات الأولى

³ المادة 4 من مرسوم رقم 2.16.299 ، يتخذ رئيس مجلس الجهة، خلال السنة الأولى من مدة انتداب المجلس، قرار اعداد مشروع برنامج التنمية الجهوية. بعد اجتماع إخباري وتشاوري يدعو له أعضاء المكتب ورؤساء اللجان الدائمة ونوابهم وكاتب لمجلس. يحضر والي الجهة أو من يمثله هذا الاجتماع. كما يمكن لرئيس مجلس الجهة أن يدعو، عن طريق الوالي، مسؤولي المصالح المركزية للإدارة المركزية لحضور الاجتماع، كما يمكن له بمبادرة منه، أن يدعو لهذا الاجتماع كل شخص آخر يرى فائدة في حضوره. والمادة 5 نصت على أنه يعلق بمقر الجهة قرار اعداد مشروع برنامج التنمية الجهوية داخل أجل 15 يوما الموالية لانعقاد الاجتماع الإخباري والتشاوري المشار إليه، كما يبلغ هذا القرار الى والي الجهة داخل الجل نفسه ويتضمن هذا القرار، بصفة خاصة، الجدولة الزمنية لعملية اعداد مشروع برنامج التنمية الجهوية، ولاسيما تاريخ بداية انطلق عملية اعداده.

لبرنامج التنمية الجهوية (رابعاً). وأخيراً بلورة وثيقة مشروع برنامج التنمية الجهوية مقابل وضع منظومة لتتبع المشاريع والأهداف المراد بلوغها وفق مؤشرات الفعالية المرتبطة بها (خامساً).⁽⁴⁾

أولاً : تشخيص التراب الجهوي⁵.

مبدئياً من أجل بلورة رؤية استراتيجية حول المجال الترابي لآبد من انجاز تشخيص يبرز الإمكانيات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية للجهة، ومقومات واكراهات التنمية بها، وحاجياتها الضرورية فيما يخص البنيات التحتية الأساسية. ويتضمن هذا التشخيص، علاوة على ذلك جردا للمشاريع المبرمجة او المتوقع برمجتها من قبل الدولة والهيئات العمومية الأخرى داخل النفوذ الترابي للجهة.

وبما أن برنامج التنمية الجهوية، له بعد شمولي عملت جهة فاس مكناس من خلاله على وضع تشخيص ترابي للجهة، خاصة على المستوى الديموغرافي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي والبيئي.

وعليه فالمخرجات الرئيسية للتشخيص الترابي لجهة فاس مكناس المعد من قبل مكتب الدراسات KPMG الذي من خلاله تم تحديد الرهانات المطروحة على صعيد تراب الجهة، والتي تتمثل في وجود قطاعات اقتصادية ضعيفة الأداء وموارد طبيعية غير مثمرة بالشكل الكافي، ثم تفشي التفاوتات المجالية بين المناطق الحضرية والقروية، إضافة إلى العجز الاجتماعي الذي تعاني منه الجهة خاصة على مستوى الخدمات الأساسية المقدمة والفقر الهشاشة، وكذلك البيئة المهددة بالتهور. وعليه فهاته المخاطر يستوجب احتوائها⁽⁶⁾. وتتمثل مخرجات هذا التشخيص الترابي قصد وضع سياسة عمومية جهوية في المجال الاقتصادي وفق الجدول التالي :

⁴ فهذه المراحل هي نفس مراحل إعداد برنامج التنمية للعمالة أو الاقليم وبرنامج عمل الجماعة، وكل مرحلة يتم تقديمها وفق خمس طرق : الأهداف، الأنشطة، الشروط المسبقة، طريقة الإنجاز، النتائج المنتظرة والأدوات والدعمات الواجب استعمالها، للمزيد من المعلومات أنظر الدليل المنهجي الصادر عن وزارة الداخلية في إعداد برنامج عمل الجماعة سنة 2019 في إطار سلسلة المنتخب.

⁵ الفقرة الأولى من المادة 6، من مرسوم رقم 2.16.299 المتعلق بإعداد وتتبع وتقييم برنامج التنمية الجهوية.

⁶ الوثيقة التشخيصية المتعلقة بإعداد برنامج التنمية الجهوية لجهة فاس مكناس 2016-2021، غير منشور، الصفحة 4 و5 و6 و7 و8.

الجدول رقم 1 التشخيص الترابي لجهة فاس مكناس

المخاطر	الفرص المتاحة	مواطن الضعف	الإمكانات و مواطن القوة
<ul style="list-style-type: none"> • تراجع في قطاع الصناعة • إصرار التراجع الاقتصادي • تراجع مساهمة الجهة في الناتج الخام الاجمالي الوطني • تطور القطاع غير المهيكل • ضعف جاذبية الجهة للمستثمرين و للكفاءات 	<ul style="list-style-type: none"> • سياسات عمومية وقطاعات و برامج عمومية (المخطط الأخضر، رؤية 2020 مخطط إقلاع) • إمكانيات جامعية مشجعة للاقتصاد و لاقتصاد المعرفة. • عوامل مشجعة لتطوير السياحة (تراث ، صناعة تقليدية ، بيئة طبيعية) • استثمارات صناعية في أقطاب للنمو كطنجة والقنيطرة و الناظور، والتي يمكن ان تشكل روابط لتنمية الجهة. 	<ul style="list-style-type: none"> • فلاحية في مواجهة لإشكالية الموارد المائية • إنتاج فلاحى غير مثن • مسار للتسويق غير متناسب مع تطلعات المنتجين المحليين • قدرة على الإيواء غير كافية ومشتتة • مناطق صناعية ناقصة التجهيز • الوزن المهم لقطاع غير المهيكل في مجال التجارة والخدمات • صعوبة تعبئة العقار في المشاريع الاستثمارية 	<ul style="list-style-type: none"> • ذو بعد فلاحى • بنية تحتية ومعرفة في المجال الصناعي • صناعة تقليدية متجدرة محليا • إمكانيات سياحية مهمة في حاجة للتنمين • سوق استهلاكية مهمة • عرض مهم لمناطق الأنشطة يجب افتاحها

المصدر : برنامج التنمية الجهوي لجهة فاس مكناس.

لمقاربة وضعية اقتصاد جهة فاس-مكناس لا بد من تحليل تشخيص الإقتصاد الترابي للجهة، على الأقل لكل من قطاعي الفلاحة و المعادن بالجهة كنماذج، باعتبارهم الأدوات الأساسية لتحقيق إقلاع الإقتصادي بجهة فاس مكناس.

أ: الفلاحة قطاع بإمكانات واعدة على مستوى جهة فاس مكناس.

يشكل القطاع الفلاحي بجهة فاس مكناس أحد أهم مجالات النشاط الاقتصادي. في السنوات الأخيرة، ارتفعت الإنتاجية بكل أنواعها، خصوصا بالنسبة للأشجار المثمرة: فقد تضاعفت المساحة المسقية والرعي المكثف والعصري وتمت تنميته. واعتمادا على هذه المؤهلات الملحوظة، هناك عامل مصيري يتمثل في التدخل المتعدد الأشكال للدولة لمواكبة القطاع الخاص.

حسب المديرية الجهوية للفلاحة بفاس، فإن المساحة الإجمالية للأراضي الفلاحية الصالحة حددت في 826.340 هكتار، بمعدل %32 من المساحة الإجمالية للأراضي الفلاحية بالجهة التي تصل إلى 4 104 582 هكتار وتمثل المساحة الفلاحية الصالحة على مستوى جهة فاس-مكناس %15 من المساحة الفلاحية الوطنية الصالحة للزراعة. حيث تتوقف الفلاحة بجهة فاس مكناس كثيرا على التساقطات المطرية حيث أن أهم الأراضي مزروعة بمناطق مطرية. وهكذا تحتل الحبوب لوحدها ما يناهز 850 ألف هكتار بالإضافة إلى القطن التي تصل إلى ما يقارب 200 ألف هكتار، الشيء الذي يمثل في مجمله ما يناهز %75 من المساحة الفلاحية الصالحة للزراعة لجهة

فاس مكناس وطبقا للمعطيات الأخيرة لسنة 2016، تمثل الحبوب % 53 من المساحات المزروعة، متبوعة بالتشجير % 31 والقطاني % 9، ثم الزراعات العلفية % 5 والخضروات % 2. وتبعاً لما سبق تشكل الحبوب أهم زراعة بالجهة. الإنتاج الزراعي الذي كان يشكل % 15 من الإنتاج الفلاحي الوطني خلال 2010-2009 شكل % 19 خلال 2012-2013 بمساحة تقدر ب % 16 من المساحة الخاصة بزراعة الحبوب على المستوى الوطني. كما يعد إقليمي تونات وتازة المناطق الرئيسية المنتجة للحبوب لجهة فاس-مكناس⁽⁷⁾.

الجدول رقم 2 تطور قيمة الإنتاج ما بين سنة 2008 و 2015

TAIM	2015 (2)	2008(1)	
3,84%	9330,2	12150,2	رقم المعاملات بملايين الدراهم
4,07%	6916,2	9146,2	القيمة المضافة بملايين الدراهم
1,06%	19,7	18,3	العمل (MJT)

المصدر: دراسة لجهة فاس-مكناس من قبل المركز الجهوي للاستثمار يوليوز 2016.

انطلاقاً مما سبق، فهذا القطاع يخضع لإكراهات سوسيواقتصادية، برغم من توفر جهة فاس مكناس على إمكانيات فلاحيّة هائلة، تشكل منها الزراعة النشاط الرئيسي فهناك العديد من الإكراهات التي تعيق تنمية هذا القطاع، وهي إكراهات متواجدة في باقي مناطق المغرب.

أولاً، على المستوى العقاري توجد العديد من الأنظمة التقليدية المتعايشة: إذ نجد أراضي الملك بجانب أراضي الكيش وأراضي الجموع، والأراضي التابعة للملك العام والملك الخاص للدولة إضافة إلى أراضي الحبوب. حيث أن تعدد هذه الأنظمة التقليدية لا يشجع على الاستثمار ولا في تحديث نموذج استغلالها بما يسمح بتنمية إنتاجية الأراضي. في المقابل أغلبية الأراضي المستغلة من الملك الخاص الذي يشكل قاعدة كبيرة للأراضي الفلاحية لجهة فاس مكناس غير مسجلة وغير محفظة بالرغم من التحفيزات التي تمنحها الدولة من خلال دعم رسوم التسجيل.

ثانياً، تعد مشكلة التسويق من الإكراهات والعوائق التي تحول دون تحسين وتطوير الإنتاجية في جهة فاس مكناس. إذ يتعدد الوسطاء بين المنتج والمستهلك إضافة إلى تواجد قنوات تجارية معقدة. وفي المقابل لا يمتلك الفلاحون أي قوة أو تأثير على المضاربين لأنهم غير منظمين في إطار تجمعات مهنية لها وزنها في السوق. حيث إنهم تحت رحمة الوسطاء الذين يحددون ثمن بيع المنتجات الزراعية. فعلى سبيل المثال، يشكل التسويق خاصة بالنسبة

لمنتجي التفاح في إقليم إفران وبولمان أكبر عائق أمام تطوير الإنتاج. وهذا الواقع ينطبق على باقي المنتجات.

مما لا شك فيه ان أجراً السياسات العمومية الترابية في قالب الإلتقائية بين المخططات الوطنية و المخططات الترابية، يتضح في تدخل الدولة بكل ثقلها من أجل تنمية القطاع الفلاحي على المستوى الجهوي انطلاقاً من انبثاق مخططات فلاحية جهوية عن مخطط المغرب الأخضر الذي يهدف إلى توجه فلاحى جهوي، في احترام تام للتوازن بين الدعامتين من أجل ضمان انخراط وزارة الفلاحة و الصيد البحري و شركائها على مستوى الجهات حول أهداف مشتركة و تجنيد الموارد الجهوية و المستثمرين من أجل تنفيذ مخطط المغرب الأخضر على تراب جهة فاس-مكناس. وذلك ما سنوضحه في الجدول التالي الذي يبين كلفة المشاريع في دعامتين بالنسبة لمخطط المغرب الأخضر على المستوى الجهوي بفاس - مكناس.

الجدول رقم 4 المشاريع كلفتها و عدد الفالحين المنخرطين في

المخطط الأخضر بجهة فاس مكناس توقعات 2020

المجموع	الدعامة الثانية	الدعامة الأولى	
196	147	49	عدد المشاريع
150	106	44	الإنتاج النباتي
46	41	5	الإنتاج الحيواني
4,91	2,73	2,18	الاستثمار في مشاريع بملايير الدراهم
110919	99509	11410	عدد الفلاحين

المصدر : المديرية الجهوية للفلاحة بجهة فاس مكناس.

وفق ما خلصنا إليه في فترة التدريب بمجلس جهة فاس مكناس نلاحظ أن قطاع الفلاحة يعتبر اللبنة أساسية في انعاش الإقتصاد الترابي للجهة، قصد تحقيق فعالية السياسات التنموية وذلك من خلال مأسسة وظائف الجهة التي لازلت تعاني من نقص الكفاءات البشرية. بغية بلوغ النجاحة في تدبير السياسات العمومية الترابية.

ب- المعادن : قطاع أقل جاذبية.

تعرف جهة فاس-مكناس بأهمية القطاع المعدني. بنيتها الجيولوجية المتنوعة تجعلها تزخر بعدة معادن مثل الرصاص، الزنك، الفضة، المنغنيز، الباريت، الأنتيمون والتلك. وهذا بالإضافة إلى مقالع الغاسول، الملح، الكلس... تتموقع مقالع الغاسول قرب للدائرة الجهوية قصابي ' إقليم بولمان' على مساحة 25.000 هكتار وتنتج سنويا 2830طنا % 75منها موجهة للتصدير. وفيما يتعلق بمواد الأوراش، حوالي 326مقلع مستغلة بالجهة 'سنة 2015'من أجل إنتاج أدوات بناء مختلفة، مواد أولوية من أجل صناعة الفخار، الأجر والرخام. ويتعلق الأمر ب 76مقلع استغلال بعمالة صفرو، 55بعمالة تاونات و 52بنظيرتها تازة، والمبيان التالي يبين توزيع هذه المراكز بجهة فاس - مكناس، كما تعد الجهة مقالعا متعددة للملح، مستغلة كذلك بين فاس وتيسا بالقرب من عين كنسارة. أما بخصوص الكلس، فإن هناك مقالع متركزة في الجنوب الشرقي لبولمان بجبل مهدي، أشغال تنقيب أبانت عن وجود مخزونات تقدر ب 15مليون طن مهيأة من أجل استعمالها في صناعة الصباغة، البلاستيك، كما يتعين عدم نسيان مقالع المعدنية التالية⁽⁸⁾ :

- مقلعي الرصاص المتمركزة في إقليم الحاجب ' ضرورة، جبل حيانو تويدليت-مشرع نزالي.
- مقلع الرصاص والنحاس بإقليم بولمان ' وطاق الحاج.
- مقلع الفلوريت بإقليم الحاجب ' تيزرة،
- مقلع المنغنيز المتواجد بإقليم إفران ' جبل إرهان.
- مقلع الباريتين بإقليم تازة ' باب مرزوقة.
- مقالع إقليم بولمان على مستوى جبل مهدي " الجنوب الشرقي لبولمان.

⁸ تقرير عن التشخيص التراي لجهة فاس مكناس سنة 2017 صفحة 37 غير منشور.

وعليه، فالإنتاج المعدني يبقى نسبيا ضعيفا باستثناء الملح كما يبين الجدول التالي الذي يعطي عدد المهنيين المعتمدين عن طريق المقالع ، بالإقليم ومتوسط الإنتاج السنوي.

الجدول رقم 5 الإنتاج المعدني المتوسط

المادة/المقالع	العمالة	عدد المتدخلين	الإنتاج السنوي المتوسط بالطن
الرصاص	لحاجب	2	101,34
الملح	تازة	2	22433,67
	تاوانات	1	
	مولاي يعقوب	4	
الرصاص والنحاس	بولمان	1	743,34
الفلوريت	الحاجب	1	445
المنغنيز	إفران	1	290
الباريتين	تازة	1	4000

المصدر: وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة ، قطاع الطاقة والمعادن 2016.

بالرغم من كل هذه الإحصائيات و المؤهلات التي تزخر بها جهة فاس-مكناس إلا أن هذا القطاع على المستوى الجهوي يعرقله العديد من المعوقات خاصة في تشجيع أو انعاش الإستثمار في مجال التعدين، و بما أن قطاع التعدين بالجهة غني جدا بإمكاناته الطبيعية والجيولوجية وحتى الاقتصادية إذ يمكنه المساهمة في الحفاظ على التوازنات الماكرو الاقتصادية للمغرب. كما يمكن أن يكون له تأثير مضاعف مفيد على جميع الصناعات والخدمات لضمان التنمية الاقتصادية الإقليمية، مما يساعد على تقليص الفوارق بين المركز والمناطق الأخرى.

وبالتالي ومن حيث الإنجازات، نجد بأنه لم يتم الاستفادة من إمكاناته. إن النتائج الضعيفة تعكس واقع البيئة التنظيمية، التي أصبحت متجاوزة و قديمة لا تأخذ بعين الاعتبار الدور الحيوي الذي يجب أن يلعبه هذا القطاع في التنمية الاقتصادية الشاملة للمغرب، علاوة على أن مسألة تحفيز الاستثمارات (القانونية والضريبية والمحاسبية والمالية) غير كافية وغالبا غير مناسبة للخصوصيات الاقتصادية لهذا القطاع. فمن المعوقات الرئيسية التي تحول دون تطور قطاع التعدين ويمكن ذكر المعوقات المالية:

السوق المالي غير جذاب بالشكل الكافي لجلب مصادر التمويل لدعم المستثمرين المحتملين. والمعوقات الثانية تكمن في أن بعض التدابير لتشجيع الاستثمار في هذا القطاع لا تزال غير

كافية وغير منسجمة بشكل كاف. ونفس الشيء بالنسبة لبعض الإصلاحات الخاصة بتنفيذ الإجراءات القانونية المتعلقة بمعالجة الصعوبات الأعمال الواردة في القانون الجديد للتجارة، وكذا الحاجة إلى تقييم منظم للمخاطر القانونية والمحاسبية المتعلقة بالقطاع. كما ان الأحكام الضريبية المخصصة لقطاع التعدين (الإحتياطيات) تثير معضلة مزدوجة: أولاً قانونية بسبب الحظر المفروض على هذه الإحتياطيات واستعمالها بانتظام. و الثانية محاسبية بسبب أهمية هذه الإحتياطيات التي لا يمكن تبريرها في القواعد المحاسبية المعمول بها في المغرب مما يؤثر سلباً على نتائج شركات التعدين.⁽⁹⁾

وعلى الرغم من أن عددا ملحوظا من المعادن تستخرج من جهة فاس مكناس، إلا أنها لا يمكن أن تعتبر حالياً بأنها جهة تعدينية حتى وإن كانت الدراسات الحالية تظهر بعض الإمكانيات. غير أن هذا القطاع لا يمكن عده من بين قطاعات النمو في الاقتصاد الجهوي بجهة فاس مكناس.

ومن ثمة حدد المجلس الجهوي لجهة فاس مكناس الاختيارات اللازمة لمجابهة كافة الاشكالات المطروحة بناء على التشخيص المعد من قبل الجهة، حيث خلصت عملية التشخيص إلى أن الجهة تتوفر على امكانات عالية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. إذ تتوفر على قطاعات واعدة (الصناعة، السياحة، الزراعة) وتراث ثقافي مادي وغير مادي، إضافة إلى جودة البنية التحتية التي ستساعد الجهة بشكل أو بآخر في الدفع بعجلة التنمية الجهوية. مقابل تنوع هياكل التكوين الجامعي والمهني الذي من شأنه أن يؤسس لاقتصاد المعرفة على صعيد الجهة.

وفي الأخير يمكن القول أن مرحلة التشخيص التشاركي على صعيد جهة فاس مكناس انطلقت يوم 13 نونبر 2016، وطبع أشغالها منهاجاً تشاركياً معمقاً مع كافة الفاعلين والشركاء، تخللته مجموعة من اللقاءات التشاورية والتشاركية، يمكن تلخيص أهمها فيما يلي⁽¹⁰⁾:

- لقاءات تشاورية مشتركة ما بين مكثبي الدراسات المكلفان بإعداد برنامج التنمية الجهوية والتصميم الجهوي لإعداد التراب في كل من مكناس، فاس، تازة، والحاجب
- اجتماع الهيئة الاستشارية الاقتصادية حول "وضعية القطاعات الإنتاجية والتجهيزات الكبرى والبيئة والنقل بالجهة، والرؤية المستقبلية لتنميتها"¹¹.
- اجتماع تشاركي للهيئة الاستشارية المكلفة بالشباب حول "وضعية قطاعات الثقافة، التكوين، التشغيل والرياضة والرؤية المستقبلية لتنميتها".

⁹ دورة تكوينية مع عبد الله غوان رئيس قسم شؤون التنمية الجهوية بجهة فاس مكناس لفائدة المتصرفين الجدد من الدرجة الثانية والثالثة يوم 12 مارس 2018 بمقر الجهة فاس.

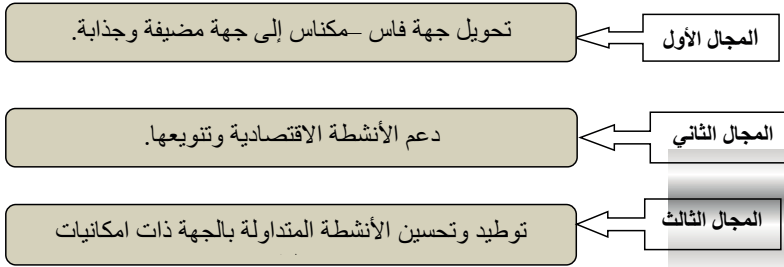
¹⁰ تقديم برنامج التنمية الجهوية من قبل رئيس مجلس جهة فاس-مكناس خلال دورته الاستثنائية بتاريخ 28 دجنبر 2017 غير منشور.

¹¹ المادة 7 من مرسوم 2.16.299 المتعلق بتحديد مسطرة إعداد برنامج التنمية الجهوية وتتبعه وتقييمه وآليات الحوار والتشاور لإعداده.

- اجتماع هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع حول " وضعية القطاعات الاجتماعية والتنمية البشرية والولوج للخدمات الأساسية ، والرؤية المستقبلية لتنميتها .

ثانيا : تحديد الأولويات التنموية للجهة.

تعتبر هذه المرحلة عن وضع تراتبية للمشاكل المطروحة والمراد معالجتها ضمن أجندة الجهة، مقابل إعداد بدائل وتوقعات بخصوص جدوى هذه البدائل وتحديد تكلفتها للتمكن من اختيار البديل الأفضل⁽¹²⁾، **أخذا بعين الاعتبار** وضعية وموقع الجهة وحجمها الديموغرافي والتفاوت الحاصل داخل مجالها الترابي و بين جهات المملكة، واعتمادا على التشخيص الوارد سابقا، فإن تنمية الجهة تستوجب اعتماد استراتيجية تنموية تتمحور حول ثلاث مجالات للتدخل :



وعليه، يمكن القول أن الجهة بهذه المجالات المحددة يمكن لها الانفتاح على المحيط الخارجي من أجل بلورة مشاريع وبرامج من شأنها أن تحقق التنمية الجهوية.

رغبة منه في تنزيل رؤيته الاستراتيجية على ارض الواقع، وتوفير الشروط الملائمة لإنجاح مهام إعداد برنامج التنمية، وضع المجلس لجان رئيسية لمواكبة لمراحل إعداد البرنامج وهي:

- اللجنة التقنية لتتبع برنامج التنمية الجهوية ومهمتها السهر على تتبع سير الأشغال وفحص مختلف وثائق الإنجاز ومصادر ومعطيات ومحتويات الدراسة. هنا قام رئيس مجلس الجهة بتاريخ 08 أكتوبر 2017 خلال إعداد برنامج التنمية الجهوية بطلب المساعدة التقنية عن طريق والي الجهة من المصالح اللاممركزة للدولة والجماعات الترابية الأخرى والمؤسسات العمومية و المقاولات، خاصة فيما يتعلق بإمكانية مد الجهة بالمعلومات والمعطيات

¹² منية بنمليح، المقاربة التشاركية وأهميتها في تدبير السياسات العمومية الجهوية - برنامج التنمية الجهوية نموذجاً-، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 17، أكتوبر 2019، الصفحة 33.

والمؤشرات والوثائق المتوفرة حول المشاريع المنجزة أو المزمع إنجازها بتراب الجهة من قبل الإدارة والجماعات الترابية الأخرى⁽¹³⁾.

- لجنة القيادة، ومهمتها المصادقة على مختلف التقارير والوثائق والعمليات المنجزة ويعد رئيس المجلس الجهوي وأعضائه إضافة إلى السيد الوالي والسادة عمال عمالة وأقاليم الجهة أعضاء في لجنة القيادة الموكول لها طبقا لمقتضيات كناش التحملات المصادقة على تقارير هذا المشروع في مختلف مراحلها⁽¹⁴⁾.

ثالثا : توطين المشاريع بتراب الجهة.

في هذه المرحلة يتم استهداف المشاريع التي تدخل في نطاق اختصاصات الجهة، والمشاريع التي تدخل في نطاق اختصاصات الفاعلين وتساهم في تحقيق أهداف الجهة، بالإضافة إلى المشاريع التي هي موضوع اتفاقيات.

وعلى صعيد جهة فاس مكناس تم تحديد أربع أهداف تقابلها مشاريع محددة الكلفة المزمع تنفيذها على مستوى التراب الجهوي، وهي كالتالي⁽¹⁵⁾:

مشاريع ذات تكلفة محددة	الهدف الأول: تحسين الجاذبية الاقتصادية للجهة
<ul style="list-style-type: none">• البرنامج الجهوي لتطوير المناطق الحضرية للمدن والمراكز في جهة فاس مكناس (2834 م.د)• البرنامج الجهوي لفك العزلة عن الوسط القروي (1700 م.د)• البرنامج الجهوي لتحسين المستوى للمراكز القروية الناشئة في منطقة فاس مكناس (487 م.د)	

¹³ تقرير حول مدى ملائمة منهجية إعداد برنامج التنمية الجهوية مع مرسوم 2.16.299 المتعلق بإعداد وتبعية وتقييم برنامج التنمية الجهوية، للمزيد من التفاصيل أنظر الرابط التالي : http://www.region-fes-meknes.ma/wp-content/uploads/2018/02/PDR-RFM_Decret_299-16-02.pdf

¹⁴ تقرير حول مدى ملائمة منهجية إعداد برنامج التنمية الجهوية مع مرسوم 2.16.299 المتعلق بإعداد وتبعية وتقييم برنامج التنمية الجهوية، مرجع سابق.

¹⁵ دورة تكوينية مع عبد الله غوان رئيس قسم شؤون التنمية الجهوية بجهة فاس مكناس لفائدة المتصرفين الجدد من الدرجة الثانية والثالثة يوم 12 مارس 2018 بمقر الجهة فاس.

- تطوير ونقل المياه من سد مدز إلى سهل سايس على مساحة 30 ألف هكتار(4000 م.د)
- برنامج إطالة الري للمناطق المروية سيدي عبو بمساحة 4000 هكتار (800 م.د)
- برنامج إطالة الري للمناطق المروية أورغا بمساحة 4300 هكتار (581 م.د)
- برنامج إطالة الري للمناطق المروية أزغار بمساحة 2000 هكتار (400 م.د)
- برنامج تعزيز التكوين المهني في جهة فاس مكناس(400 م.د)
- برنامج دعم تطوير المعرفة والبحث(300 م.د)
- برنامج دعم القطاعات الفلاحية في إقليم تاونات(260 م.د)

الهدف الثاني: دعم القطاعات الإنتاجية وإنعاش الشغل

- إعادة تأهيل موقع الماكينة في فاس (651 م.د)
- برنامج الصرف الصحي للسائل للمدن الناشئة والمراكز القروية في إقليم تاونات (452 م.د)
- برنامج دعم مجموعات الجماعات لمعالجة النفايات(300 م.د)
- برنامج مكافحة الفيضانات بفاس (221 م.د)

الهدف الثالث: الحفاظ على الموارد البيئية والتراث

- فاس مكناس (2834 م.د)
- برنامج إمدادات مياه الشرب في الوسط القروي بإقليم بولمان (2626 م.د)
- البرنامج الجهوي لفك العزلة عن الوسط القروي (1700 م.د)
- البرنامج الجهوي لتحسين المستوى للمراكز القروية الناشئة في منطقة فاس مكناس (487 م.د)

الهدف الرابع: تخفيض العجز المستمر والتفاوتات الترابية

المصدر : برنامج التنمية الجهوية لجهة فاس -مكناس.

بعد توضيح المشاريع المراد إنجازها بتراب الجهة، توضح الخطاطة الأهداف المراد بلوغها من خلال المشاريع المبرمجة والمحددة التكلفة، إذ خصصت 33.180 مليون درهم، وزعت على جميع البرامج المرتبطة بكل هدف استراتيجي. ما يعني أن هدف تحسين الجاذبية الاقتصادية للجهة خصصت له 13.352 مليون درهم والهدف الثاني حددت له 7.776 مليون درهم، أما الهدف الثالث برمجت له ميزانية قدرها 3.364 مليون درهم ، والهدف الأخير المتعلق بتخفيض العجز المستمر والتفاوتات الترايبية حددت له 8.688 مليون درهم⁽¹⁶⁾.

رابعا : تقييم الموارد المرتبطة بإعداد برنامج التنمية الجهوية .

إن آلية برنامج التنمية الجهوية باعتبارها أداة مهمة للتدبير الترابي الحديث، تلعب دورا محوريا في ما يتعلق بتدبير الموارد المتاحة للجهات، وهنا يكمن تقاطع هذه النقطة مع موضوع الإمكانيات المالية الجهوية، حيث بواسطة البرنامج التنموي أصبحت الجهة تقوم بتخطيط مسبق، يقوم على تقدير الأولويات التنموية للجهة، وذلك وفقا للإمكانيات المادية التي تتوفر عليها الجهة أو يمكن تعبئتها في إطار علاقتها مع الدولة وباقي الأطراف الخارجية، زيادة على ذلك، إن الجهة أصبحت تقييم مواردها التقديرية الخاصة بالسنوات الثلاث الأولى⁽¹⁷⁾.

فالنظام المالي للجهة نظام مستقل ومختلف عن باقي الجماعات الترابية الأخرى، وقد خصص المشرع الفصل الثاني من القانون التنظيمي 111.14 من المادة 186 الى المادة 191 لموارد الجهة، بحيث تم التنصيص عليها بشكل حصري، فسطر في هذا الباب العديد من الموارد المالية التي تندرج في الجزء المتعلق بالمداخيل من ميزانية الجهة⁽¹⁸⁾. وسنحاول توضيح ذلك على مستوى جهة فاس مكناس من خلال الجدول التالي :

¹⁶ برنامج التنمية الجهوية لجهة فاس مكناس 2016-2021، الصفحة 34.

¹⁷ ياسين بلال، التخطيط المالي الجهوي أساسي للتدبير الجيد، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي بتاريخ 07-07-2019. <https://alkanounia.info/2019/07/07/> تاريخ المشاهدة 20-01-2020.

¹⁸ عدنان عماري " تدبير الموارد المالية للجهات : جهة فاس مكناس نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام والعلوم السياسية، تخصص التدبير الإداري والمالي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية-أكاد-، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2018-2019، الصفحة 18.

جدول رقم 6 : أهم الموارد المالية لجهة فاس مكناس برسم السنة المالية 2018.

المقبولة 2018 بمليون درهم	المقترحة 2019 بمليون درهم	نوع المداخل
6 000 000.00	4 000 000.00	الرسم المفروض على رخص الصيد البري
300 000.00	300 000.00	الرسم المفروض على استغلال المناجم
0.00	0.00	الرسم المفروض على الخدمات المقدمة بالموانئ
50 000.00	0.00	منتوج بيع أثاث وأدوات استغني عنها
10 000.00	0.00	عائدات الاملاك
0.00	0.00	الاقتراض
167 102 008.00	167 000 000.00	حصة من منتوج الضريبة على الدخل
167 102 008.00	167 000 000.00	حصة من منتوج الضريبة على الشركات
56 008 784.00	60 000 000.00	حصة من الرسم على عقود التأمين
2 030 000.00	2 000 000.00	حصة من منتوج الرسم على استخراج مواد المقالع
12 000 000.00	12 000 000.00	حصة من الرسم على الخدمات الجماعية
301 787 200.00	305 400 000.00	إمدادات ممنوحة من طرف الدولة

تتشكل الموارد الجبائية الترابية على المستوى الجهوي من صنفين، الأول يتمثل في المداخل المتأتية من محاصيل الرسوم المفروضة لفائدة الجهة، و الثاني يتكون من مداخل حصص ضرائب الدولة المخصصة لفائدة الجهات.

موارد مالية ذاتية⁽¹⁹⁾:

- ✓ الضرائب و الرسوم المأدون للجهة في تحصيلها.
- ✓ الرسوم المستحقة لفائدة الجهات بموجب القانون رقم 06-47.
- ✓ الرسم على استغلال المناجم، بعد تشخيص القطاع المعدني لجهة فاس مكناس نجد أن الجهة تستفيد من الرسم على استغلال المناجم بمبلغ 300 000.00 درهم برسم ميزانية 2018.
- ✓ حصة من الرسم على الخدمات الجماعية، الذي حدد بموجب مداخل جهة فاس مكناس برسم سنة 2018 إلى 12000000 مليون درهم، و يوزع هذا الرسم كما يلي : 95 في المائة لفائدة الجماعات و5 في المائة لفائدة الجهات.

¹⁹ مداخل ميزانية جهة فاس مكناس سنة 2018.

✓ حصة من الرسم على استخراج مواد المقالع، الذي وصل برسم مداخيل التسيير بجهة فاس مكناس إلى مليوني درهم 2000000 في سنة 2018 و يوزع عائد الرسم كما يلي :

90 % لفائدة ميزانيات الجماعات المعنية.

10% لفائدة مزانية الجهات المعنية.

الموارد مالية التي ترصدها الدولة :

طبقا لمقتضيات الفصل 141 من دستور 2011، و بموجب قوانين المالية فإنه يتعين على الدولة أن تعمل على رصد موارد قارة وكافية للجهات حتى تتمكن هذه الأخيرة من ممارسة اختصاصاتها الذاتية التي نصت عليها المادة 81 إلى المادة 90 من القانون التنظيمي للجهات رقم 111.14، وكذا تحويل الموارد المالية المطابقة لممارسة الاختصاصات المنقولة إليه⁽²⁰⁾.

وينص القانون التنظيمي للجهات على تعزيز الموارد المخولة من طرف الدولة لفائدة الجهات حتى تتمكن هاته الأخيرة من أداء مهامها الجديدة وذلك بموجب قوانين المالية بصفة تدريجية نسبا محددة في 5% من حصة الضريبة على الشركات و5% من حصة الضريبة على الدخل و20% من حصة الرسم على عقود التأمين، وتضاف إليها اعتمادات مالية من الميزانية العامة للدولة في أفق بلوغ سقف 10 ملايين درهم سنة 2021²¹.

وصلت حصة جهة فاس مكناس من منتج الضريبة على الشركات في سنة 2018 إلى 167 102 008.00 م.د كما حددت حصة منتج الرسم على عقود التأمين ب 56 008 784.00 م.د أما بالنسبة لحصة رسم الضريبة العامة على الدخل هي نفس حصة الضريبة على الشركات برسم مداخيل التسيير لميزانية جهة فاس مكناس سنة 2018. إضافة إلى ذلك فإن الإمدادات الممنوحة من قبل الدولة حددت في 301 787 200.00 م.د.

وعليه، فإن الموارد المالية حجر الزاوية في كل التنظيمات اللامركزية المحلية والجهوية²²، ومهما تعددت اختصاصات الجماعات الترابية، وصلاحياتها، فإن عدم توفرها على الوسائل المالية اللازمة للنهوض باختصاصاتها يفرغ الاستقلال المالي المعترف به لها من المحتوى، ويجردها من أي دور تنموي في مجال التنمية، فالعبرة ليست بتحويل الجماعات الترابية اختصاصات وصلاحيات بل إن مسألة استقلالية الجهة مرهونة بمدى توفرها على الوسائل المادية.

20 المادة 187 من القانون التنظيمي للجهات 111.14.

21 المادة 188 من القانون التنظيمي للجهات 111.14.

22 المصطفى القرشي " الجهوية المتقدمة ورش مفتوح للحكومة الترابية" مجلة مسالك في الفكر و السياسة و الإقتصاد عدد مزدوج 29-30 سنة 2015، صفحة 48.

و بالرغم من أن القانون رقم 06-47⁽²³⁾ المتعلق بجبايات الجماعات الترابية، شكل قفزة نوعية على مستوى اللامركزية المالية، التي تتوفر على ما يقارب 17 رسماً محلياً مفروضاً لفائدة الجماعات الترابية، منها 11 مخصصاً لفائدة الجماعات و 3 للعمليات و الأقاليم و 3 للجهات⁽²⁴⁾، و عليه نلاحظ أن الإمكانيات المالية التي حظيت بها الجهة ظلت غير كافية على مستوى الموارد الذاتية، فهذه الوسائل المالية تعتبر ضعيفة بطبيعتها، كون أغلبها قد تستفيد منها بعض الجهات في حين أن جهات أخرى لن تستفيد إلا من بعضها، مثلاً رسم استغلال المناجم يمكن أن يكون مصدر دخل بالنسبة لجهة معينة. ولكن هناك جهات لا تتوفر على المعادن، و هناك الخدمات المقدمة عن الموانئ مقابل جهات لا موانئ لها (جهة فاس مكناس وجهة درعة تافيلالت، وجهة بني ملال خنيفرة)⁽²⁵⁾.

وبالتالي نستخلص غياب التوزيع العقلاني للموارد الجبائية بين المستويات الترابية، إضافة إلى غياب التضريب على الملك الغابوي و الملك البحري، و من القطاعات غير المضربة كذلك نجد غياب الجباية المحلية على البيئة، و غياب التضريب على النقل الحضري للخواص، فعدم تضريب هذه القطاعات الحيوية قد يفوت على الجهات و باقي الوحدات الترابية مداخل مهمة تعزز رصيدها المالي و تزيد من قوة برامجها التنموية.

و من خلال التقارير الوطنية في الفترة الممتدة ما بين سنة 2011- و 2015، يتبين جلياً أن مالية الجماعات الترابية بصفة عامة ما زالت دون الهدف المنشود، حيث أن نسبة مداخل الجماعات الترابية للمملكة لم تتجاوز 17% من مجموع مداخل الدولة، في حين أن الوضعية الأكثر سوء فيما يتعلق بحصة الجهة من مجموع المداخل العادية للجماعات الترابية حيث لا تتجاوز نسبة مداخلها 5% من مجموع مداخل باقي الجماعات الترابية⁽²⁶⁾.

فالإشكال الأساسي إذن، يتعلق بمدى قدرة الجهات على تمويل برامجها التنموية، فإذا كانت قدرتها محدودة في تمويل تكاليف التدبير و السير العادي للجهات، فلا يمكن بالتالي تصور قدرة حقيقية لها في مجال اعداد مشاريع استراتيجية و تنفيذها بمواردها الذاتية، لأن الموارد المالية تشكل الرأس المال الذي يتحرك بواسطته مجلس الجهة في تدبير السياسات العمومية الترابية. كما أن البحث عن مصادر جديدة لتمويل الجهوية بالمغرب يتطلب إعادة النظر في قواعد توزيع الموارد المالية بين الدولة من جهة، و الجهات و العمليات و الأقاليم

²³ قانون رقم 47.06 يتعلق بجبايات الجماعات المحلية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.195 بتاريخ نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية عدد 5583، بتاريخ 3 ديسمبر 2007، الصفحة 3734.

²⁴ عصام القرني " التدبير الجبائي الترابي بين محدودية الحصيلة و ثقل الرهانات" المجلة المغربية للقانون الإداري و العلوم الإدارية، عدد مزدوج 2-3 سنة 2017، صفحة 217.

²⁵ فتحة بشتاوي " التسويق الترابي و دينامية المجال" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون عام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية المحمدية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 2014-2015، الصفحة 345.

²⁶ التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات سنة 2015، صفحة 37.

والجماعات من جهة ثانية²⁷. وذلك بناء على مخرجات أو نتائج السياسيات العمومية الترابية، التي تعد بمثابة عناصر أساسية تستعمل في عمليات التقييم، وتصلح لقياس ما إذا كانت البرامج والخطط قد أنتجت فعلا ما كان متوقعا منها من نتائج وأهداف وآثار. وعلى هذا الأساس تعتبر عملية التقييم كأداة لقياس مردودية برنامج التنمية الجهوية وتحليل كلفته ونجاعته. ولعل أبرز عناصر التقييم هي كالتالي :

- ✓ الحاجة التي تم تحديدها من قبل واضعي البرامج.
- ✓ الأهداف التي تم وضعها حسب نوعية كل حاجة على حدة.
- ✓ الكلفة المالية المخصصة لكل برنامج.
- ✓ التدابير والإجراءات المتبعة في تنفيذ أهداف برنامج التنمية الجهوية.
- ✓ أثر مخرجات البرنامج على الفئات المعنية.

خامسا : بلورة وثيقة مشروع برنامج التنمية الجهوية،⁽²⁸⁾.

يحيل المرسوم (المادة 6) على ضرورة وضع منظومة لتتبع المشاريع والبرامج تحدد فيها الأهداف المراد بلوغها ومؤشرات الفعالية المتعلقة بها ، وهي الآلية لقياس خطوات سير المشروع ، وإخضاعه لأدوات التصحيح والتوجيه حتى يشكل هذا البرنامج في المستقبل وثيقة مرجعية لقياس مؤشرات التنمية، ونسبة توطين المشاريع، ومدى وفاء الشركاء لالتزاماتهم التنموية .

يتم اعداد مشروع برنامج التنمية الجهوية وفق منهج تشاركي، ولهذه الغاية، يقوم رئيس الجهة بإجراء مشاورات مع المواطنين والمواطنات والجمعيات وفق الآليات التشاركية للحوار والتشاور المحدثة لدى مجلس الجهة وأيضا يشرك الهيئات الاستشارية⁽²⁹⁾ في اعداد هذا المشروع، كما يتم التنسيق مع والي الجهة بصفته مكلفا بتنسيق أنشطة المصالح اللامركزية للإدارة المركزية⁽³⁰⁾.

وسعيا منه إلى إنجاح هذا المشروع ، أطلق مجلس جهة فاس-مكناس مسلسلا من المشاورات المكثفة انطلقت مع عقد عدة لقاءات مباشرة مع المصالح اللامركزية ، و توجهت باجتماعات قطاعية مع مجموعة من السادة الوزراء ، كما بادر إلى التفعيل المبكر لمبدأ الديمقراطية التشاركية من خلال إحداث الهيئات الاستشارية الثلاث المنصوص عليها في القانون التنظيمي

27 نظن أن المشكلة المفتاح تكمن في الطابع العام لمعايير توزيع مساهمة الميزانية العامة المرصدة للجهات، و هي المعايير المنصوص عليها في المادة 1 من المرسوم رقم 2.15.997 الصادر في 30 دجنبر 2015: 50% بالتساوي بين كافة الجهات، 37,5% بناءا على عدد سكان الجهة، 12,5% بناءا على مساحة الجهة، لكن من الأجدر تجاوز هذه المعايير و اعتماد معايير أكثر دقة من قبيل تحديد مؤشرات الفقر، نسبة تجهيز البنية التحتية... إلخ قصد إعانة الجهات الفقيرة في تدبير مشاريعها التنموية.

28 المادة 6 من المرسوم السابق.

29 المادة 7 من المرسوم السابق.

30 المادة 8 من المرسوم السابق.

وتحويلها إلى أداة حقيقية في الاقتراح والتشاور والتقييم طيلة مسار هذه الدراسة ، إذ عقدت لوحدها 07 لقاءات تشاورية في إطار الإعداد لبرنامج التنمية الجهوية عبر مختلف مراحلها. و التزاما بأهداف المنهج التشاركي في إعداد مشروع برنامج التنمية ، حرصت الجهة على توسيع قاعدة المشاركة في إعداد الدراسة وجعلها شأنا مفتوحا في وجه كافة الفاعلين وفي مقدمتهم الجماعات الترابية ، وتحقيقا لهذه الغاية قامت الجهة بعدة لقاءات ترابية داخل عمالات وأقاليم الجهة ، و حرصت على حضور لقاءات الجماعات الترابية تحقيقا للانسجام والتناغم المنشودين ما بين برنامج التنمية الجهوية وبرنامج العمل الجماعي كما هو منصوص عليهما في القوانين المنظمة للمشروعين معا⁽³¹⁾.

إذا كان القانون رقم 14.111 قد حدد اختصاصات مجالس الجهات في ميدان إعداد وتتبع برنامج التنمية الجهوية (المواد 81-82-83-84-85-86 و87). فالمرسوم جاء ليدقق مهام كافة أجهزة المجلس في تعاملها وتفاعلها مع برنامج التنمية الجهوية : وكذا الآجال و الإجراءات القانونية قصد المصادقة عليه كما يلي :

- عرض مشروع برنامج التنمية الجهوية من لذن رئيس المجلس على اللجان الدائمة لدراسته ثلاثين يوما على الأقل قبل تاريخ انعقاد الدورة العادية او الاستثنائية المخصصة للمصادقة عليه.
- عرض الرئيس لمشروع برنامج التنمية الجهوية مرفوقا بمنظومة تتبع البرامج والمشاريع وتقارير اللجان الدائمة على المجلس قصد اتخاذ مقرر في شأنه،
- تولي الرئيس مهام تنفيذ البرنامج مع إعطاء الأولوية للمشاريع المبرمجة في برنامج التنمية الجهوية عند وضع ميزانية الجهة في الجزء المتعلق بالتجهيز.
- إعداد رئاسة المجلس لتقرير سنوي يتضمن الإشارة لنسبة انجاز المشاريع المبرمجة في برنامج التنمية الجهوية مع قياس مؤشرات الفعالية المتعلقة بها والمضمنة في منظومة التقييم والتتبع،
- استعراض الإمكانيات المادية المرصودة للمشاريع والبرامج والاكراهات المحتملة التي قد تعترضها واقتراح الحلول الكفيلة بتجاوزها.
- عرض تقييم تنفيذ البرنامج على اللجان الدائمة للمجلس التي تحيل تقريرها على هذا الأخير قصد دراسته وإبداء الرأي حوله في أول دورة بعد التوصل به.
- و يمكن تحيين برنامج التنمية الجهوية في غضون السنة الثالثة من دخوله حيز التنفيذ وفق المسطرة المتبعة في إعداده في المرسوم رقم 2.16.299 .

31 تقديم برنامج التنمية الجهوية من قبل رئيس مجلس جهة فاس-مكناس خلال دورته الاستثنائية بتاريخ 28 دجنبر 2017.

وفي هذا السياق، يمكن إعتبار أن عمق إعداد برنامج التنمية الجهوية يتمثل أساسا في بناء نموذج تنموي خاص بكل جهة تماشيا مع خصوصيات ومميزات التراب الجهوي، ذلك أن هذه القراءة تنطوي على مدى قدرة الجهة في بلورة برنامج التنمية الجهوي مستقبلا بدون الإعتماد على المكاتب الدراسات، حيث أبانت هاته التجربة على ضعف الرؤية التنموية والاستشرافية للمجال الترابي.

على سبيل الختم :

يمكن القول، أن محاولة تجاوز مظاهر أزمة تدبير المجال الترابي من قبل الجهة، لا تتأتى بمجرد إصدار القوانين أو المراسيم الخاصة، وإنما لابد من ضرورة مراعاة انسجام ما تقدمه القوانين مع ظروف و واقع الجهة، على اعتبار أن نجاح تجربة الجهوية في تحقيق التنمية الترابية، يرجع بالأساس إلى مدى توفرها على الموارد المالية الضرورية دون أن ننسى أهمية الرأسمال اللامادي في ترجمة الخيارات والاستراتيجيات التنموية إلى حقيقة ملموسة.

كما أن ضمان إعداد وتنفيذ برنامج جهوي للتنمية، رهين بتوفير الأرضية المناسبة والشروط الموضوعية لتنزيل المقاربة التشاركية وأجراًة مختلف الآليات والوسائل التي نص عليها المشرع دستوريا وقانونيا، حتى يتسنى للمستوى الجهوي بلورة البرامج والمشاريع التنموية وتنفيذها، تماشيا مع حاجيات الساكنة الجهوية ومع متطلبات التنمية الشاملة والمندمجة⁽³²⁾.

إن أكبر رهان يواجه المجلس الجهوي اليوم، يتمثل في بلورة نموذج التنموي القائم على استغلال الثروات والطاقات والموارد الترابية إضافة إلى إشراك كل الفاعلين الترابيين، وتوحيد تدخلاتهم وفق غايات وأسس النموذج التنموي الجهوي والوطني.

³² منية بلمليح، مرجع سابق، الصفحة 47.

البينة
التي
فلا
تتر

مخاطر التمويل العقاري

- دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية و البنوك التشاركية -

مروان القرقي ، باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - جامعة محمد الخامس - الرباط

تقديم:

إن تطور المجتمع من ناحية تنشيط الحياة الاقتصادية يتطلب توفير التمويل اللازم لممارسة الأنشطة الاقتصادية، كما أنه يتطلب من ناحية أخرى تنمية العنصر البشري، وذلك من خلال توفير حد أدنى من الحياة الآدمية الكريمة، حيث توفير المسكن¹ المناسب والملائم للفرد وأسرته، خاصة أن الحياة الاقتصادية يحكمها في ظل سيطرة رأس المال الحر، مبدأ المنافسة المتكافئ في اقتصاد السوق، وذلك يحكمه قانون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين².

ولما كان الإنسان هو دائما الهدف والوسيلة لتحقيق أي تقدم، فإنه يلزم توفير المسكن الملائم له ولأسرته حتى يكون حقا الوسيلة الفعالة لتحقيق التقدم المنشود³، باعتباره من المتطلبات الهامة بالنسبة لأي مجتمع، فإنه عندما نتكلم عن المجتمع المغربي فالحاجة إليه تعتبر من الأولويات والأساسيات التي يسعى الفرد إلى تحقيقها، حيث عدم التوفر على سكن لدى المواطن المغربي يحدث نوعا من عدم الاستقرار والاضطراب⁴، والسكن المقصود هنا لا يعني توفر الفرد على منزل يقطنه بل الأهم من ذلك تملكه لهذا المسكن وهو الأمر الذي قد يكون صعبا أحيانا خاصة عندما يتعلق الأمر بالطبقة ذات الدخل المحدود أو الضعيف لمجموعة من الأسباب ترجع بالأساس للأزمة الخانقة التي عرفها قطاع الإسكان⁵ والتي تداخلت

1- يعتبر الحق في السكن من الحقوق الأساسية التي كرسها دستور 2011، حيث نص في الفصل 31 من الدستور " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة من الحق في: السكن اللائق..."

كما تنص الفقرة الثانية من الفصل 32 من الدستور « تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها».

2- الصغير محمد مهدي، النظام القانوني للتمويل العقاري - دراسة مقارنة في القانون المدني - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة 2012، ص 1.

3- نفس المرجع، ص 1.

4- إدريس الفاخوري، السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة، مجلة الأملاك، العدد السابع، السنة 2010، ص 13.

5- حول أزمة الإسكان بالمغرب راجع: إدريس الفاخوري، الأسس القانونية لتحديد أجره المساكن، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، السنة الجامعية 1986 1987 ص 16 وما بعدها.

عدة عوامل أدت إلى تفاقمها كالنمو الديموغرافي وارتفاع أسعار العقارات وقلة المداخل، فالقلة القليلة من الناس من يستطيع شراء مسكن جاهز أو شراء قطعة أرض والبناء عليها اعتمادا على مدخراته الخاصة، ومن ثم كان الهاجس الذي يقض مضجع المواطن المغربي وهو البحث عن تمويل يتوافق مع إمكانيته الخاصة وهو ما يطلق عليه بالتمويل العقاري الذي تعددت تعريفاته في غياب تعريف قانوني له من قبل المشرع المغربي مقارنة ببعض التشريعات مثل التشريع المصري الذي عرفه في المادة الأولى من قانون التمويل العقاري المصري لعام 2001 بأنه هو " تمويل مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري، وذلك بضمان حق الامتياز على العقار أو رهنه رهنا رسميا أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها الممول طبقا للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" وعليه يمكن أن نعرف التمويل العقاري بأنه إمداد الأفراد والمقاولات بالوسائل المالية الضرورية لشراء الأراضي أو بنائها أو اقتناء الشقق والمساكن وغيرها من البنايات وفق ضوابط معينة⁶ تختلف حسب الجهات الممولة التي تعد المؤسسات البنكية التقليدية والتشاركية واحدة منها والتي تعد أهم العوامل المساعدة في بناء الحياة الاقتصادية وتطورها، من خلال الخدمات التي توفرها لمختلف المؤسسات والأفراد المحتاجة لتغطية احتياجاتهم التمويلية، ذلك أن المؤسسة البنكية لا يقتصر دورها على جمع الأموال والمدخرات فقط، إنما يدخل في باب اهتماماتها أيضا، البحث والتنقيب عن أساليب وطرق جديدة لتصرف وإعادة استخدام تلك الأموال بهدف تنشيط دورتها الاقتصادية⁷.

واقصر هذا التمويل في بدايته على الأبنك التقليدية التي فرضت التعامل بالفوائد والتي تعد كأحد المعايير التي تعتمد عليها في سياستها الائتمانية، بحكم أن فكرة العمل البنكي منذ ظهورها بعد فرض الحماية على المغرب ارتكزت على أعمال الوساطة بين المودعين وأصحاب الأعمال المحتاجين للأموال⁸، نتيجة التأثير بالدولة المستعمرة آنذاك التي كانت تنهج نفس السياسة الاقتصادية على المستعمرات التابعة لها. مما نجم عنه رفض

⁶ عبد القادر بوعصبية، آليات التمويل العقاري في ضوء قواعد المصرفية الإسلامية والمستجدات التشريعية، مجلة كلية الشريعة أكادير، العدد السادس، السنة 2016، ص 329.

⁷ يوسف حمومي، التمويل العقاري من القروض بفائدة إلى المنتجات التشاركية أية بدائل، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يوم 26، 25 نوفمبر 2016 بعنوان العقار والتعمير والاستثمار، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ص 1.

⁸ محمد العروصي، الحق في السكن بين المعاملات البنكية الجديدة والمعاملات التقليدية، مجلة الأملك، العدد الثامن، السنة 2010، ص 115.

تعامل المغاربة مع معاملاتها القائمة على الفائدة المحرمة شرعا والتي لا تتناسب مع مرجعيتهم الإسلامية السمة، لكن بفعل التطور المتزايد الذي عرفه المجتمع وبفعل الحاجة إلى العقار أصبح تقريبا النشاط الذي تزاوله المؤسسات البنكية التقليدية من الضروريات للعديد من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، الذين يجدون في الخدمات والتسهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك، حلا لجملة من المشاكل التي تواجههم في حياتهم⁹، وفي هذا السياق برز هذا النوع من البنوك ليقوم بالتمويل العقاري بواسطة القرض العقاري المشروط بالفائدة الذي يخضع في تنظيمه القانوني للمرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ 17 دجنبر 1968 المتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي¹⁰، الذي يظل قانونا غير مواكب لواقع هذه القروض، فضلا عن عدم شموله للعديد من المقترضات ذات صلة، مثل تلك المتعلقة بحماية المستهلك المقترض، لكن هذا الوضع تغير بعد 43 سنة وذلك بصور القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك¹¹ الذي تصدى للحماية القانونية لمستهلك القرض العقاري وخصص له بابا مستقلا بعنوان القرض العقاري في القسم السادس المتعلق بالاستدانة وذلك في حوالي 29 مادة، بدأ من المادة 112 وصولا إلى المادة 141. دون أن ننسى التنظيم الوارد في القواعد العامة¹².

و بالرغم من هذا التنظيم القانوني للتمويل العقاري في البنوك التقليدية فإنه يعرف بعض المشاكل منها عدم قبول تعاملاته من قبل شريحة من المجتمع بسبب عدة أسباب منها، الأسباب المرتبطة بالعجز عن مسايرة ضغط التمويل خصوصا المشاريع العقارية الضخمة¹³، وذلك بسبب توحيد آلياتها التمويلية في صيغة القروض، وبسبب مشكل الاستدانة المفرطة الذي أصبح يشكل اليوم إحدى الظواهر السلبية التي تعيق نشاط لأبنائك كفاعل أساسي في الاقتصاد الوطني كما تساهم في إضعاف القروض السكنية وتقليل عدد المستفيدين منها، وبالتالي تضيق الخناق على أحد الموارد المالية المعتمدة للامتلاك

⁹امحمد لفروحي، القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة 1997، ص1.

¹⁰المرسوم الملكي المتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي، بتاريخ 12 شوال 1388، الموافق لفتح يناير 1969، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 2931، ص 2.

¹¹القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.03، صادر في 14 من ربيع الأول 1432 الموافق ل 18 فبراير 2011، المنشور في الجريدة الرسمية عدد، ص 1072.

¹²الظهير الشريف رقم 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود، المنشور بالجريدة الرسمية في نسختها باللغة الفرنسية، عدد 46، ص 78 كما تم تغييره وتنميته.

¹³الصدقي لعلو، التمويل العقاري - دراسة قانونية ومالية في الجدوى والبدائل - طبع ونشر دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 11.

السكن¹⁴. فضلا عن الأسباب الدينية الراجعة إلى تعامل البنوك التقليدية بالفوائد المحرمة شرعا والغير المنسجمة مع مرجعية المجتمع المغربي. في وقت أصبحت فيه شريحة من المجتمع تفضل العيش في كنف الحاجة إلى المسكن على طلب قروض ربوية من أجل تلبية هذه الحاجة¹⁵. وتجاوز هذه المعوقات وللاستجابة لمطالب تلك الفئات تم إعداد توصية من طرف بنك المغرب لفتح الباب أمام التمويلات الإسلامية تحت مسمى التمويلات البديلة لتدخل هذه الأخيرة بشكل رسمي في السوق المالية المغربية منذ فاتح أكتوبر 2007، وسمحت بتداول ثلاث منتجات بديلة، غير أن هذه التجربة لم تلقى النجاح المأمول منها نظرا لعدة صعوبات قانونية وتطبيقية ترجع لعدم نضج الإطار التشريعي للقيام بهذه التجربة.

وهذا ما حاول المشرع المغربي الأخذ به ولو بشكل متأخر من خلال إقراره لعدة إصلاحات همت جوانب متعددة ذات صلة بمجال المالية الإسلامية، بغية تهيئ بيئة مناسبة لعمل البنوك التشاركية، توجت بإصدار القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الأئتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها¹⁶، وصدور قوانين أخرى مرتبطة مثل القانون رقم 59.13 الذي نظم التأمين التكافلي¹⁷ والقانون رقم 119.12 الذي نظم شهادات الصكوك¹⁸ والقانون المحدث للجنة الشرعية للمالية التشاركية¹⁹، فضلا عن المناشير المنشورة من قبل بنك المغرب التي همت ثلاث مناشير منها المنشور رقم 1/و/17²⁰ والمنشور رقم 2/و/17²¹ والمنشور رقم 3/و/17²².

14- عبد المهيمن حمزة، النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن - دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2012/2013، ص 6.

15- عبد المهيمن حمزة، النظام القانوني للمرابحة العقارية كمنتوج جديد في العمل البنكي بالمغرب، مقال منشور ضمن سلسلة " الأنظمة والمنازعات العقارية" منشورات مجلة الحقوق، العدد السابع، السنة 2013، ص 219.

16- القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.

17- القانون رقم 59.13 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.16.129 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6649.

18- القانون رقم 119.12 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.13.47 صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6184 شوال 1434 (5 سبتمبر 2013)، ص 5920.

19- ظهير شريف رقم 1.15.02 صادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) بتنظيم الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية.

20- منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 الصادر بتاريخ 27 يناير 2017 المتعلق بالوصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلام وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء، الصادر بموجب قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 339.77 صادر في جمادى الأولى 1438 (17 فبراير 2017) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6548، 3 جمادى الأخيرة 1438 (2 مارس 2017)، ص 579.

21- منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/17 الصادر بتاريخ 27 يناير 2017 المتعلق بشروط وكفاءات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الصادر بموجب قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 340.77 صادر في جمادى الأولى 1438 (17 فبراير 2017)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6548، 3 جمادى الأخيرة 1438 (2 مارس 2017) ص 597.

22- منشور والي بنك المغرب رقم 3/و/17 الصادر بتاريخ 27 يناير 2017، المتعلق بتحديد شروط وكفاءات مزاولة البنوك للأنشطة والعمليات التي تقوم بها البنوك التشاركية، الصادرة بموجب قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 341.77 صادر في جمادى الأولى 1438 (17 فبراير 2017)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6548، 3 جمادى الأخيرة 1438 (2 مارس 2017)، ص 607.

وكل هذا وعيا بأهمية التمويل التشاركي في مجال الإسكان بالمغرب، حيث الحاجة ملحة لهذا النوع من الاستثمارات لتغطية وسد النقص الحاد الذي يعرفه هذا القطاع من جهة، وللإجابة عن انتظارات شخصية لفئة عريضة من الشعب المغربي التي تحاول أن تتأى بنفسها عن طرق التمويل التقليدي من جهة أخرى. حيث أن هناك جزء كبير من السكان بالمغرب تعطي أهمية خاصة للمنتوجات التشاركية المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية²³، ناهيك عن تكيف آليات التمويل التشاركي بشكل خاص مع احتياجات الشركات المغربية الصغرى والمتوسطة²⁴.

لكن بالرغم من أهمية التمويلات البنكية فإنها لا تخلو من المخاطر، حيث تاريخ البشرية وتاريخ المخاطر لا ينفصلان، وحيث كلما يتعرض البشر دائما للمخاطر بفعل الأنشطة البشرية²⁵ يتعرض القطاع البنكي بدوره للعديد من المخاطر التي تكون ناتجة عن المتغيرات الصناعة البنكية والتداخل الشديد بين الأسواق المالية للدول المتقدمة فما بينها من جهة، وباقي دول العالم من جهة أخرى، في إطار العولمة الحديثة، مما يؤثر على الاقتصاد العالمي ككل²⁶، وتتنوع هذه المخاطر وتختلف باختلاف الأنشطة البنكية الممارسة من طرف البنوك في المغرب والتي يعتبر التمويل العقاري في مقدمتها نظرا لجذواه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية...

غير أنه إن كانت مخاطر التمويل العقاري مسألة متجددة ومصاحبة للعمل البنكي التقليدي، فإن ذلك لا يعني خلو التمويل العقاري التشاركي من ذلك، بل بدوره يتعرض لمجموعة من المخاطر منها مخاطر مشتركة مع البنوك التقليدية ومنها مخاطر خاصة بها فقط نظرا لخصوصياتها المتميزة.

إذن ما هي تمثلات مخاطر التمويل العقاري في البنوك التقليدية والبنوك التشاركية؟ وما هي الخصائص المميزة لمخاطر للتمويل العقاري التشاركي؟

²³ - Adil Cherkaoui, L'arrivé de la finance Islamique: Quels apports au développement socio-économique du Maroc, Revue Almanar pour les études juridiques et Administratives, centre Almanar pour les études et des recherches, N°1, 2016, p 27

²⁴ - Sanaa Rezk, Bale III: pourra- t-il renforcer la résilience des banques participatives en période de tentions financières, Maroc, Revue Almanar pour les études juridiques et Administratives, centre Almanar pour les études et des recherches, N°1, 2016, p 35

²⁵ -Maha Amgaard, **le controle exercé par la fonction juridique au sein de la banque**, Revue Almanar pour les études juridiques et Administratives, centre Almanar pour les études et des recherches, N°1, 2016, p 68

²⁶ - وردة الوردي، مخاطر التمويل في البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية تطوان، جامعة عبد الملك السعدي، السنة الجامعية 2017/2018، ص 2.

للإجابة عن هذه الأسئلة سيكون لزاما إتباع التصميم التالي:

المطلب الأول : المخاطر المشتركة بين التمويل العقاري التقليدي والتشاركي

المطلب الثاني : المخاطر الخاصة بالتمويل العقاري التشاركي

المطلب الأول: المخاطر المشتركة بين التمويل العقاري التقليدي والتشاركي

يعتبر التمويل البنكي للعقار من أكثر المجالات تعرضا للمخاطر، ويلاحظ ارتفاع هذه المخاطر وتنوعها بحسب تغير طبيعتها وتغير الظروف المحيطة بها، بحيث لم تعد المخاطر الائتمانية لوحدها العنصر الوحيد المهدد لعمل هذه الأبنك، إنما أضيفت إليها مخاطر أخرى بما فيها مخاطر السيولة ومخاطر السوق وأسعار الفائدة وغيرها... ونتيجة لهذا التنوع اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة المخاطر، بين من ينفي²⁷ تحديدها بعلة التنوع والارتباط فما بينها إلى حد يصعب التمييز، وبين اتجاه آخر²⁸ يسمح بتصنيفها إلى مخاطر عامة تتعرض لها جميع التمويلات البنكية العقارية بما فيها القرض العقاري والمنتجات التشاركية، بصرف النظر عن طبيعة وظروف المؤسسة البنكية، ومخاطر خاصة ترتبط بنشاط العميل أو الصناعة التي ينتمي إليها ومدى تأثر ذلك على قدرته في سداد ما عليه من التزامات، بينما الاتجاه الأخير²⁹ الذي نؤيده في تصنيفه للمخاطر، يقسمها إلى مخاطر ذات طبيعة مالية وأخرى غير مالية أو عملياتية.

وسيرا على نفس منوال الاتجاه الأخير، باعتباره الأكثر تأييدا من طرف الفقه، سنبرز مخاطر التمويل العقاري لدى كل من البنوك التقليدية والتشاركية من حيث طبيعتها المالية(الفقرة الأولى) وغير المالية(الفقرة الثانية)، بالرغم من بعض الاختلافات القائمة بينهما، والتي نبينها في حينها.

27 - تريكي كرين، الاستعلام المصرفي والتسيير الوقائي لخطر القرض في المصرف الجزائري، حوليات عدد 2005/6، منشورات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب العربي والبحر الأبيض المتوسط، ص 47.
28 - منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية، مدخل اتخاذ القرارات، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة 1996، الإسكندرية بمصر، ص 224 وما بعدها.
29 - محمد صبري، الأخطاء البنكية - أساس مسؤولية البنكي عن عدم ملائمة الانتماء مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2007، ص 214.

الفقرة الأولى: مخاطر التمويل العقاري ذات الطبيعة المالية

إذا كانت القاعدة السائدة في عمليات الائتمان البنكي تقضي بأن كل عملية ائتمان لا بد أن تكون محفوفة بمجموعة من المخاطر، فإن القروض البنكية لم تخرج بدورها عن هذه القاعدة رغم بساطة تكوينها، ويأتي على رأس المخاطر التي تُوْرَق بال العديد من المؤسسات البنكية، المخاطر ذات الطبيعة المالية وذلك على اعتبار أنها مخاطر تتصل مباشرة بإدارة أصول وموجودات البنك³⁰، وتتمثل أساسا في مخاطر السيولة والائتمان (أولا) ومخاطر السوق(ثانيا).

أولا: مخاطر السيولة والائتمان

تعتبر مخاطر السيولة ومخاطر الائتمان من المخاطر ذات الطبيعة المالية التي تواجه مختلف التمويلات البنكية بما فيها التمويلات العقارية المقدمة من طرف البنوك، ونظرا لما لها من تأثير كبير على التمويل البنكي فإننا سنبرز كل خطر على حدا وذلك بالتطرق لمخاطر السيولة أولا ليليها مخاطر الائتمان.

1: مخاطر السيولة

مما لا شك فيه أن السيولة هي عماد أي نشاط اقتصادي، وحولها تدور كل الاستثمارات التي تساهم من قريب أو بعيد في التنمية الاقتصادية والاجتماعية³¹، ويشترط فيها لتحقيق الهدف المنشود أن تكون متوازنة، حيث كلما كانت زائدة الحجم عن ما هو مطلوب كلما انعكس ذلك سلبا على سمعة البنك وأدى إلى تعيل المال وعدم استثماره، وكلما انخفضت عن الحد الأدنى إلا نتج عنه إعساره سواء البنوك التقليدية والتشاركية.

ويقصد بمخاطر السيولة التي ينتمي تصنيفها إلى المخاطر ذات الطبيعة المالية، عدم قدرة البنك على احترام التزاماته وتسديد ما عليه من مستحقات لأنه ولو كان مليء فممتلكاته بعيدة عن السيولة³²، ومن ثم يستشف أن هذا النوع من المخاطر يكون نتيجة حتمية لعجز سيولة البنك عن سد متطلبات التشغيل العادية وبالتالي الوفاء بالتزاماته تجاه الزبناء، مما

30 - سهيلة بن حمو، منح القروض البنكية بين المخاطر والضمانات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، الكلية المتعددة التخصصات - تطوان - جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2015/2015، ص 28.

31 - إدريس المانع، إدارة السيولة في المصارف الإسلامية، مجلة كلية الشريعة أكاد ير، العدد السادس - 2016، ص93.

32 - سعيد العماري، تدبير المخاطر والمراقبة الداخلية بين القوانين الائتمانية والممارسة البنكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، السنة الجامعية، 2008، ص 129.

يفرض تجاوزها بإتباع الطرق المناسبة التي في مقدمتها اللجوء إلى الاقتراض بالفائدة، والذي لا يمكن تصوره إلا في البنوك التقليدية دون التشاركية، لقيامه على الفائدة المحرمة، لكن إن كانت هذه الإمكانية متوفرة للبنوك التقليدية، فما مصير البنوك التشاركية من مخاطر السيولة؟

لا يبقى للبنوك التشاركية في هذا المقام سوى الاحتفاظ بنسبة سيولة مرتفعة لتغطية متطلبات الزبون المتوقعة والمفاجئة، إما في شكل موارد ومذخولات نقدية غير مستثمرة أو في صورة استثمارات قصيرة الأجل مرتفعة السيولة، مما يؤدي إلى ضياع كثير من الفرص الاستثمارية أمامها، ومن ثم انخفاض أرباح المودعين أو على العموم ضعف دور هذه الأبنك ذات الصبغة التشاركية في تحقيق التنمية الاقتصادية³³.

لكن إن كانت هذه هي الاحتياطات المطلوب اتخاذها من طرف البنوك حماية لها من مخاطر السيولة، فأى حماية للزبون من خطر السيولة؟ وأي حماية للبنك عند تحقق الخطر؟

حماية للمودعين وحماية للبنوك في وضعية صعبة، حاول المشرع المغربي بموجب القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، إحداث صناديق خاصة بالودائع في كل من البنوك التقليدية والتشاركية.

فالصندوق الخاص بالبنوك التشاركية نصت عليه المادة 67 من القانون البنكي التي جاء فيها " يحدث صندوق يسمى صندوق ضمان الودائع في البنوك التشاركية، وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة لإرجاع.

علوة على ذلك لا يجوز لهذا الصندوق على وجه الاحتياط والاستثناء أن يقدم لبنك تشاركي في وضعية صعبة وفي حدود موارده مساعدات قابلة للإرجاع أو يأخذ مساهمة في رأس ماله".

أما في ما يخص الصندوق الخاص بالبنوك التقليدية والخاص بضمان الودائع، نصت عليه المادة 128 من القانون البنكي بتنصيصها أنه " علوة على صندوق ضمان ودائع البنوك

³³ - يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية، منشورات مجلة الحقوق، القانون والأعمال - الخصوصيات والإشكالات، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2017، ص 33.

التشاركية المنصوص عليه في المادة 67 أعلاه، يحدث صندوق جماعي لضمان الودائع لأجل حماية المودعين".

ويخصص الصندوق لتعويض المودعين في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع.

علاوة على ذلك، يجوز للصندوق، على وجه الاحتياط والاستثناء، أن يقدم لمؤسسة ائتمان في وضعية صعبة مساعدات قابلة للإرجاع أو أن يساهم في رأس ماله.

2: مخاطر الائتمان

تعددت التعريفات الفقهية لخطر الائتمان³⁴، لكن ما ينبغي الإشارة إليه أنها لا تختلف كثيرا فيما بينها، حيث تركز دائما وبشكل أساسي على الطرف المقابل في العقد وهو طالب التمويل ومدى قدرته على الوفاء بالتزاماته التعاقدية داخل الأجل المحدد³⁵.

ويرجع سبب هذا النوع من المخاطر لأسباب متعددة منها تلك المشتركة بين البنوك التقليدية والتشاركية³⁶ التي قد تكون مرتبطة بالبنك كالتقشير في إعداد الدراسات الائتمانية، إغفال دراسة الغرض من طلب الائتمان، عدم التأكد من صحة الوثائق المقدمة من طرف طالب الائتمان الخاصة بتحديد ممتلكاته ومصادر دخله، التهاون في أخذ الضمانات... كما قد تكون مرتبطة بالزبون البنكي كانهدام الأهلية، غياب السمعة الائتمانية، عدم سلامة المركز المالي لطالب الائتمان... كما قد تكون أسباب مخاطر الائتمان غير مرتبطة بأطراف العقد بل مرتبطة بظروف عامة كحدوث تغييرات سياسية و أمنية و طبيعية، و تغييرات اقتصادية و قانونية، أو ظروف خاصة ذات طبيعة تقنية كعدم كفاية الأجهزة التقنية المستخدمة من طرف البنك، أو تعرضها لعطب تكون نتيجته خلل في عمليات الإيداع والسحب، أو ظهور خلل بإحدى البرامج التقنية...

34 - تعددت التعريفات الفقهية لخطر أو مخاطر الائتمان، منها:
- عدم قدرة العميل أو التزامه برد أصل الدين أو فوائده أو الاثنيين معا عند موعد استحقاقه.
- هي تلك المخاطر التي تنشأ نتيجة عدم قيام العملاء أو الأطراف الآخرين بالوفاء بالتزاماتهم اتجاه المصرف، وذلك عند استحقاقها أو بعد ذلك، أو عدم السداد حسب الشروط المتفق عليها.
- مخاطر الائتمان هي الخسائر الناتجة عن نكوص أحد الأطراف عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن أحد عقود المشتقات.
35 - Alain Cauvin, **Droit des dérives de crédit**, revue banque, édition jouve, paris, 2003, p 65
36 - حليلة بن حفو، تدبير مخاطر الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، مجلة القضاء التجاري، العدد 5، الصادر سنة 2015، ص 35-36-37.

لكن بالرغم من هذه القواسم المشتركة بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية على مستوى خطر الائتمان، فإن هناك خصوصيات خاصة بالتمويل العقاري التشاركي بمختلف صيغه، سنبرزها لاحقاً.

ثانياً: مخاطر السوق

يتعرض السوق المالي نتيجة لتغير الأسباب الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الأمنية لمجموعة من المخاطر.

ويقصد بمخاطر السوق تلك الخسائر الناتجة أو المترتبة عن التقلبات في أسعار القرض، وفي أسعار الفائدة، وتقلبات الأوراق المالية، وكذلك في تغيير الأسعار خاصة بالنسبة لبعض الصيغ الاستثمارية³⁷، ومن أبرز مخاطر السوق، مخاطر سعر المرجعي ومخاطر سعر الصرف.

1: مخاطر سعر المرجعي

تعتبر مخاطر أسعار الفائدة جزء لا يتجزأ من العمليات البنكية، إلا أن تعرض البنك لها بصورة مفرطة، أو إذا لم يقع التحكم بها بشكل جيد أو في حالة تدبير سعر الفائدة بشكل ضعيف قد يشكل خطراً كبيراً على أرباحه وعلى قاعدته الرأسمالية، مما يعرض توازنه المالي للخطر، وتزداد أهمية إدارة هذه المخاطر في الأسواق المالية المتطورة، لذلك يجب على البلدان التي تقوم بتحريز نظم أسعار الفائدة إيلاء اهتمام كبير بهذه المخاطر³⁸.

وعرفت مخاطر سعر الفائدة بتعاريف متعددة من قبل الباحثين، حيث منهم³⁹ من عرفها بأنها تلك الخسارة المحتملة للبنك في حالة حدوث تغيير سلبي لأسعار الفائدة، في حين البعض الآخر⁴⁰ عرفها بأنها ذلك الخطر الناتج عن التغيير المحتمل في صافي الدخل من أسعار

37 - إدريس المانع، إدارة السيولة في المصارف الإسلامية، مجلة كلية الشريعة أكادير، مرجع سابق، ص 99، 100.
38 - عبد القادر محمد أحمد عقيبة، دور البنك المركزي في حماية النظام البنكي - دراسة قانونية مقارنة بين المغرب واليمن - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية لكندال، جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية 2016/2017، ص 257.

39 - said nouhi, l'évaluation du risque de crédit et le positionnement du client, balle 2 nouveaux enjeux pour les établissements bancaire, mémoire pour l' obtention du diplôme d' étude supérieures approfondies, université Mohammed V, souissi- Rabat, décembre 2005, p 24

40 - رمضان الشراح، تركي الشمري، محمد العسكر، البنوك التجارية، منشورات دار السلاسل، الكويت، طبعة 2006، ص 247.

الفائدة أي الفرق بين عائد الفائدة من الأصول وتكلفة الفائدة على الخصوم، وذلك نتيجة للتغير في أسعار الفائدة في السوق.

وينشأ هذا النوع من مخاطر السوق نتيجة أربع مصادر وهي مراجعة سعر الفائدة، وخطر تغير منحى سعر الفائدة، والخطر الأساسي، والخطر المرتبط بالبنود الاختيارية أو الخيارات المخفية⁴¹.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه وهو أن تغير أسعار الفائدة في السوق قد لا يشكل دائما خطرا على الأبنك بل يمكن أن يكون سببا للربح، وذلك حينما تتغير هذه الأسعار بشكل يتلائم مع مصلحة مؤسسات الائتمان، وبالتالي فإن تأثير خطر سعر الفائدة على المحفظة المالية للبنك يختلف تبعا لنوعية القروض التي يقوم البنك بمنحها لعملائه وتبعاً للتوقعات المحتملة لسعر الفائدة في السوق، وحسب ما إذا كان السعر مرتفعا⁴² أو منخفضا⁴³، وتبعاً لذلك فخطر سعر الفائدة يتمثل في تعرض الموقف المالي للبنك للخطر نتيجة تغيرات سلبية غير مواتية في أسعار الفائدة تؤدي إلى تراجع في الإيرادات بسبب عدم اتساق أجال تسعير كل من الالتزامات والأصول، وهذا التغير لا يؤثر فقط على أرباح البنك، بل أيضا على القيمة الاقتصادية لموجوداته والتزاماته والأدوات المالية الخارجة عن ميزانيته⁴⁴.

كما تواجه البنوك التقليدية مخاطر السعر المرجعي المتجلي في الفائدة، فالبنوك التشاركية تواجه نفس الخطر، وإن كانت لا تتعامل بالفوائد أخذا وعطاء، لكن مقابل ذلك نجد في معاملاتها الاستثمارية التكلفة والعائد والفرق بينهما يسمى هامش الربح، وبالتالي يمكن الخطر في تحقيق هامش الربح في هذه المعاملات⁴⁵.

وتتفاوت مخاطر هامش الربح في البنوك التشاركية من منتج تشاركي لآخر، فهي أكثر شدة في عقود الإست صنع والسلم لطول أجلها وعدم إمكانية تغيير أسعارها، وأقل حدة في

41 - عبد القادر محمد أحمد عقيبة، دور البنك المركزي في حماية النظام البنكي - دراسة قانونية مقارنة بين المغرب واليمن - مرجع سابق، ص 257.

42 - ارتفاع أسعار الفائدة في السوق قد يكون له تأثير سلبي على البنك متى قام هذا الأخير بمنح قروض طويلة الأجل بسعر فائدة ثابت، ففي هذه الحالة تكون تكلفة الأموال التي يحصل عليها البنك من مصادره المختلفة من أجل تمويل هذه القروض تفوق بكثير المردودية التي يجنيها من الفوائد المطبقة عليها.

43 - انخفاض أسعار الفائدة غالبا ما يرتبط بالقروض قصيرة الأجل، على اعتبار أن البنك حينما يقوم بتوظيف الأموال المحصل عليها بفوائد مرتفعة في قروض قصيرة الأجل بسعر فائدة منخفض فإن ذلك ينعكس سلبا على مداخله، لكون تكلفة الأموال لا تتلائم والمردودية المتوقعة منها.

44 - عبد القادر محمد أحمد عقيبة، دور البنك المركزي في حماية النظام البنكي - دراسة قانونية مقارنة بين المغرب واليمن - مرجع سابق، ص 258.

45 - وردة الورد، مخاطر التمويل في البنوك التشاركية، مرجع سابق، ص 60.

المرابحة. كما تؤثر الأسعار المرجعية على العائد الموزع على المودعين والمستثمرين. وكذلك أسعار صرف العملات، مما يؤثر على أصول وخصوم البنك ومن ثم على ربحيته⁴⁶.

2: مخاطر سعر الصرف

تعرف مخاطر سعر الصرف بأنها تلك الخسارة المحتملة عن التحركات غير المواتية في أسعار الصرف، نتيجة تباين وتغير سعر الصرف بين العملات الأجنبية والعملية الوطنية، والتي تتضح عندما يحتفظ البنك بمراكز مفتوحة للعملات الأجنبية سواء بالنسبة لكل عملة على حدة، أو بالنسبة لإجمالي مراكز العملات⁴⁷.

وتنشأ مخاطر سعر الصرف من التغيرات الحاصلة في أسعار العملة الصعبة مقارنة مع العملة الوطنية، فكل ارتفاع في سعرها يولد له ربحا وكل انخفاض يولد له خسارة⁴⁸.

وهذا الخطر كما يواجه التمويل العقاري التقليدي قد يواجه التمويل التشاركي، هذا الأخير الذي يلاحظ أيضا في إطاره أن تغير أسعار الصرف يؤثر في بنود ميزانيته كلها، ويقف عائقا في وجه تطور تمويلاته الاستثمارية من بدايتها إلى نهايتها⁴⁹. وهو ما يفرض عليه تكوين احتياطي خاص لمواجهة مخاطر سعر الصرف وكذلك إنشاء صندوق مشترك بين البنوك لمواجهة مخاطر تغيرات سعر الصرف للعملات الأجنبية، وهذا ما يطرح مشكل يتعلق بالكيفية التي سيتم بها تكوين هذا الاحتياطي الإضافي أي من أين وعلى أي أساس، وأيضا كيفية إنشاء الصندوق المشترك وتخصيص موارده⁵⁰.

46 - نفس المرجع، ص 62.
47 - عبد القادر محمد أحمد عفية، دور البنك المركزي في حماية النظام البنكي - دراسة قانونية مقارنة بين المغرب واليمن - مرجع سابق، ص 258.

48 - نفس المرجع، ص 258.

49 - عائشة الشرفاوي الملقبي، تجربة البنوك الإسلامية - النظرية والتطبيق - المركز الثقافي العربي، طبعة 2000، ص 321.

50 - نفس المرجع، ص 332.

الفقرة الثانية: مخاطر التمويل العقاري ذات الطبيعة غير المالية

إلى جانب مخاطر التمويل العقاري ذات الطبيعة المالية، نجد التصنيف الآخر للمخاطر الذي لا يقل أهمية عن الأول وهو المخاطر ذات الطبيعة غير المالية، التي تواجه المؤسسات البنكية عند تقديمها للتمويلات البنكية ومنها تلك المرتبطة بالأنظمة والقوانين (أولا) وأخرى مرتبطة بالرقابة والتشغيل (ثانيا).

أولا: مخاطر الأنظمة والقوانين

تعد مخاطر الأنظمة والقوانين مجموع المخاطر التي تتعلق بالوضع القانوني للعقار محل التمويل العقاري وبالنشاط الذي يزاوله طالب التمويل العقاري ووضعيته القانونية.

ويعد من أبرز المخاطر التي تواجه البنوك لاسيما البنوك التشاركية، التي تظل خاضعة في العديد من مقتضياتها للنصوص القانونية المؤسسة للبنوك التقليدية بالرغم من الخصائص المميزة لمعاملاتها وتمويلاتها، بخلاف بعض الدول المقارنة التي أخضت نظامها البنكي في مجال التمويل الإسلامي للمقتضيات الشرعية⁵¹، ومنها من أخضعتها لقوانين خاصة⁵²، مما تكون معه قيمة نسبة المخاطر منخفضة إذا ما قرنت مع الدول التي تعرف توحيد على مستوى أنظمة عملها البنكي⁵³، التي تعرف مجموعة من المخاطر القانونية⁵⁴ منها مخاطر الرهن ومخاطر عدم السداد.

1: مخاطر الرهن

يعتبر الرهن من الضمانات البنكية العينية التي تفرضها الأبنك على زبائنها من أجل التمويل العقاري لما في ذلك من حماية لها من خطر عدم السداد وغيرها وهو يتصدر على مختلف أنواع الضمانات الأخرى في مجال التمويل العقاري، لكن بالرغم من هذه الدرجة من الأهمية، فإنه أيضا يمكن أن يشكل خطرا قانونيا على البنوك وذلك عند قبولها ضمانة الرهن

51 - من بين الدول التي عملت على جعل نظامها البنكي خاضعا للمقتضيات الشرعية والإسلامية المحضة نجد، باكستان، إيران، والسودان. ينظر في هذا الشأن :

- عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، المركز الثقافي العربي، المغرب، طبعة 2000، ص 86 وما يليها.

52 - من بين الدول التي جعلت نظامها البنكي الإسلامي خاضعا لقوانين خاصة، نجد كل من الإمارات العربية المتحدة و الأردن.

53 - من الدول التي تعرف توحيد على مستوى أنظمة عملها البنكي نجد، المغرب.

54 - تتعدد المخاطر القانونية التي يمكن أن تواجه التمويل العقاري، لكن ما سيتم التركيز عليه هما مخاطر الرهن ومخاطر عدم السداد باعتبارهما أكثر المخاطر القانونية انتشارا مقارنة بباقي المخاطر القانونية الأخرى.

دون التأكد أو أخذ الإحتيطات اللازمة من صحته، ومن هذه المخاطر التي يمكن أن تقع فيها البنوك:

- قبول الشيء محل الرهن دون قابليته للرهن
- خضوع الشيء محل الرهن لرهن سابق
- عدم توثيق الرهن بصورة قانونية كأن يتم توثيقه من غير الجهة المخولة توثيق التصرفات العقارية.

لكن إن كان من الناحية العملية من الصعب تصور وقوع البنوك في أحد مخاطر الرهن المشار إليها، فإنه ليس كذلك بالنسبة لقبوله محلا للرهن ذو قيمة ضخمة عن قيمة التمويل، وهو ما يسمى بضخامة الضمانات، الذي يشكل أكبر الأخطار التي يمكن أن تقع فيها البنوك، لأنه كلما كانت ضمانات أكبر كلما صعب على البنك تحقيقها، حيث مثلا إذا أعطى البنك التقليدي قرضا عقاريا يصل إلى 15 مليون درهم مضمون برهن رسمي على منزل فخم، ثمنه يفوق 25 مليون درهم، ولم يسترجع البنك الدين، فمن ياترى سيشترى هذا المنزل؟ والأمثلة كثيرة في هذا الصدد زيادة على تشاؤم الناس من شراء المحجوزات، وتضامن السماسر المحترفين في الشراء بأقل ثمن، ويكون أكبر خاسر في هذه العملية هو البنك ثم الزبون⁵⁵.

وتجدر الإشارة إلا أن مخاطر الرهن غير مقتصرة فقط على البنوك التقليدية بل تشمل حتى البنوك التشاركية، لأن كلاهما يفرضان على طالب التمويل ضمانات الرهن سواء كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ضمانات لهم من المخاطر.

2: مخاطر عدم السداد

يعد خطر عدم السداد من المخاطر المرتبطة بالعميل أو الزبون البنكي المتوقعة وقوعها في حالة عدم القدرة على سداد قيمة التمويل عند تاريخ الاستحقاق.

وتعتبر هذه الظاهرة أكثر حدوثا في العمل البنكي، حيث يساهم فيها بالإضافة للزبون والعاملين بالمؤسسات الائتمانية، بعض المتغيرات الاقتصادية الأخرى التي لا يمكن للبنك

⁵⁵ - سعيد العماري، تدبير المخاطر والمراقبة الداخلية بين القوانين الائتمانية والممارسة البنكية، مرجع سابق، ص 146.

تجنبها، في وقت أصبحت فيه المعيشة صعبة للغاية، وارتفعت فيه تكاليف التمويل وبالأحرى العقار محل التمويل.

ويظهر هذا الخطر من خلال تلك الخسارة التي يتحملها البنك التقليدي أو البنك التشاركي طيلة فترة عدم سداد الزبون، التي خلالها يستفيد طالب التمويل من مهلة لأداء إذا تبث عدم قدرته عن الأداء بسبب عسره أو تقاعسه عن الأداء لمدة مؤقتة لظروف قاهرة حالت دون ذلك، وتمنح له هذه المهلة إما تلقائياً كما هو الحال في البنوك التشاركية، أو عن طريق القضاء في البنوك التقليدية، ومن حالات هذه الأخيرة، نازلة صدر فيها أمر رئاسي عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، أمر رقم 3580 بتاريخ 23.05.2017، في ملف رقم 17/1101/3137، الذي قضى بإيقاف تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن القرض إلى حين انتهاء مسطرة الشغل أو انتهاء عطالة الطالب قبل هذا الانتهاء.

ثانياً: مخاطر الرقابة والتشغيل

تعد مخاطر الرقابة ومخاطر التشغيل من المخاطر ذات الطبيعة غير المالية التي تواجه التمويل البنكي، ونظرا للاختلاف القائم بينهما فإننا سنتطرق لمخاطر الرقابة أولاً وبعده لمخاطر التشغيل.

1: مخاطر الرقابة البنكية

إن كانت الرقابة البنكية⁵⁶ آلية لضبط المخاطر عامة وخاصة مخاطر التمويل العقاري التقليدي والتشاركي، فإنها في حد ذاتها تشكل خطراً على تطور البنوك وتقديمها خاصة في البنوك التشاركية التي تخضع لرقابة مزدوجة⁵⁷، مما يترتب عنه خطر عدم التناسب بين آليات الرقابة المركزية وطبيعة عمل البنك التشاركي، هذا الخطر الذي يشكل تحدياً عملياً يعيق تطور عمل البنوك التشاركية في مجال التمويل العقاري.

⁵⁶ - مفهوم الرقابة هو مفهوم واسع وشامل وله عدة تعاريف، لكن يمكن تعريفها بأنها مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها أجهزة معينة بغية الحفاظ على الأموال وضمان حسن تحصيلها وإنفاقها بدقة وفعالية ذلك وفق ما تقره الإدارة والتأكد من سلامة نتائج الأعمال والمراكز المالية وتحسين معدلات الأداء والكشف عن المخالفات والانحرافات والبحث عن الأسباب التي أدت إلى حدوثها ووضع الحلول المناسبة لتلافي الوقوع بها مستقبلاً.

⁵⁷ - علاوة على إلزام القانون رقم 103.12 البنوك التشاركية بالخضوع لرقابة البنك المركزي مثل البنوك التقليدية، أخضعها أيضاً القانون المشار إليه لرقابة أخرى أطلق عليها بهيئات المطابقة تتولى الرقابة الشرعية من خلال إحداث لجنة الشريعة المالية المحدثة استناداً لأحكام المادة 7 و8 من الظهير الشريف المتعلق بإعادة تنظيم المجالس العلمية.

وتتمظهر أهم معالم عدم التناسب من خلال بعض أساليب التأثير على الائتمان⁵⁸، مثل أسلوب الاحتياطي النقدي الذي يمثل أسلوباً رقابياً لا يتلاءم مع طبيعة البنوك التشاركية، خاصة في مجال الودائع المصرفية الاستثمارية التي يتم توظيفها بناء على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، مما يجعلها غير مضمونة الرد.

وأسلوب السيولة النقدية، الذي يلاحظ في إطاره من خلال المقارنة بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية تبيان على مستوى العناصر القابلة للتسييل، مما يدفع إلى التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق نظام السيولة النقدية على البنوك التشاركية، ذلك أن العناصر السائلة لدى هذه البنوك أقل بكثير من مثيلتها في البنوك التقليدية.

أما بخصوص سياسة سعر الخصم، فإن كان مقبولاً من طرف البنوك التقليدية خصم الأوراق التجارية، أو إعادة خصمها لدى البنك المركزي، فإن ذلك غير مستساغ لدى البنوك التشاركية، لأن ذلك يعتبر ربا وهو محرم شرعاً، ونفس الأمر ينطبق على مسألة عدم استفادة البنك التشاركي الموجود في وضعية صعبة من الاقتراض من طرف البنك المركزي.

وما يزيد من المخاطر المتعلقة بالرقابة، نجد تلك المتعلقة بالرقابة الشرعية الواردة على البنوك التشاركية، حيث ألزم المشرع المغربي هذه البنوك من خلال المادة 64 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، بضرورة إحداث وظيفة للتقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى، الذي يعد بمثابة الهيئة الوحيدة المخولة بإبداء الرأي بالمطابقة المتعلقة بأنشطة البنوك التشاركية، ويستشف ذلك بصريح العبارة من خلال تنصيص المشرع في المادة المومأ إليها بأنه " يجب على البنوك التشاركية أن تحدث وظيفة للتقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى تقوم بما يلي:

- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة التي يصدرها المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات المادة 62 أعلاه والوقاية منها.

- ضمان تتبع وتطبيق الآراء بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى المذكور ومراقبة احترامها.

⁵⁸ - محمد الوردي، التمويل التشاركي في المصارف الإسلامية بين المقصد التنموي المنشود وواقع التحديات المشهود، منشورات الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي، العدد الثالث، الطبعة الأولى، الرباط، سنة 2014، ص 177-176-175.

- السهر على وضع واحترام الدليل والمساطر الواجب احترامها.

التوصية باعتماد التدابير المطلوبة في حالة عدم احترام مؤكّد للشروط المفروضة عند تقديم منتج للجمهور صدر في شأنه عن المجلس العلمي الأعلى السالف الذكر رأي بالمطابقة.

تطبق أحكام الفقرة أعلاه على كل المؤسسات والهيئات المرخص لها بمزاولة العمليات المقررة في هذا القسم طبقاً لمقتضيات المادة 61 أعلاه في الشق المتعلق بهذه العمليات. وتحدد شروط وكيفيات سير وظيفته التقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى السالفة الذكر بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان".

2: مخاطر التشغيل

تعرف مخاطر التشغيل بأنها المخاطر الناتجة عن ممارسة البنك لأنشطته المختلفة التي ينتج عنها أنواعاً مختلفة من الأخطاء البشرية التي تكون بسبب عدم الكفاءة والتدريب على أساليب العمل، ومنها الفنية التي تحدث نتيجة لأعطاب أجهزة الحاسوب وأجهزة الاتصالات المختلفة، ومنها الأخطاء المتعلقة بالعمليات التي تحدث في المواصفات، وعدم الدقة في تنفيذ العمليات⁵⁹. وعرفتها لجنة بازل الثانية بأنها مخاطر الخسارة المباشرة وغير المباشرة الناشئة عن العمليات الداخلية وأداء الأفراد والنظم غير السليمة أو الفاشلة أو عند الحوادث الخارجية⁶⁰، وهو نفس التعريف مع اختلاف في الصياغة أورده المرسوم رقم 40/ق/2007 في

⁵⁹ فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، بحث منشور في الموقع : www.kantakji.com ص: 10.

⁶⁰ - معيار بازل : هو معيار قياس كفاية رأس المال (أي نسبة رأس المال إلى الأصول) الذي قررته لجنة خبراء السلطات النقدية والبنوك المركزية في مجموعة الدول الصناعية العشرة الكبرى، والتي تجتمع عادة بمقر بنك التسويات الدولية بمدينة بازل السويسرية، وعرفت توصياتها بمقررات لجنة بازل، أو اتفاقية بازل الأولى في يونيو 1988، وتم تعديل هذه الاتفاقية وإجازتها بصفة نهائية في يونيو 2004، فعرفت باتفاقية بازل الثانية، لتصبح جاهزة للتنفيذ خلال فترة انتقالية امتدت إلى نهاية 2006.

وقد جاءت معايير لجنة بازل وتوصياتها... لما كانت المؤسسات المالية تشكل القاعدة الأساسية في النسيج الاقتصادي، وتعتبر الخزان المالي والعصب الحيوي للتشغيل، وغيرها يمكن توجيه الاقتصاد والإنتاج، لأن البنوك بنوعها تقليدية وتشاركية، ما هي إلا مؤسسات مالية موضوعها الأساسي العمل على استثمار الأموال التي تتلقاها من الجمهور، وحتى بداية التسعينات كانت أدوات الاستثمار في هذه البنوك حرة وطيقة، فنتج عن ذلك في كثير من الأحيان انحرافات في الإدارات وفي القرارات أدت إلى خسارة أموال المودعين، فانخرست الأموال عن المؤسسات المالية بسبب خوف المودعين من خسارة أموالهم ومخزراتهم، وانعكس سلبيًا على حجم أموال البنوك، وللخروج من هذا المازق اجتمعت في مدينة بازل في سويسرا عشر دول، أطلق عليها الدول الأعضاء، في المكتب الدولي للتسويات، انضمت إليها سويسرا فيما بعد، ولكن التسمية بقيت مجموعة الدول العشر، وضعت هذه الدول معايير دولية، بشكل توصيات سميت بمقررات بازل، ومنها بازل الأولى وبازل الثانية، فأصبحت توصياتها شبه إلزامية للمؤسسات المالية المتعاملة مع المصارف الدولية. يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 40.

مادته 77 الذي عرف بدوره مخاطر التشغيل بأنها " مخاطر الخسارة الناجمة عن وجود قصور أو عيوب تعزى إلى المساطر أو المستخدمين أو الأنظمة الداخلية، أو أحداث خارجية.

من خلال هذه التعريفات المقررة لمخاطر التشغيل يتضح أن أسباب نشوء مخاطر التشغيل في البنوك التقليدية والبنوك التشاركية واحدة، إما لعدم كفاية التجهيزات أو الموارد البشرية أو التكنولوجيا، والتقنية وأنظمة المعلومات، إضافة إلى مخاطر الأعطال الفنية في الأجهزة الإلكترونية والاتصالات ومنها مخاطر العمليات جراء عدم حفظ السجلات والدفاتر، وعدم الإلتزام بالضوابط الرقابية⁶¹.

المطلب الثاني: المخاطر الخاصة بالتمويل العقاري التشاركي

يواجه التمويل العقاري التشاركي ثلة من المخاطر، منها ما هو شبيهه بمخاطر التمويل العقاري التقليدي المشار إليها سلفا، ومنها ما هو حامل لنفس عنوانها لكن مخالف لها تمام الاختلاف، وأهم ما سيتم التركيز عليه في هذا المطلب وهي تلك المخاطر المميزة للتمويل التشاركي في جميع آلياته التمويلية، سواء الآليات التمويلية الأكثر تداولاً (الفقرة الأولى) أو الأقل تداولاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مخاطر التمويل العقاري بصيغ التمويل التشاركي الأكثر تداولاً

إن كانت المرابحة العقارية والإجارة المنتهية بالتملك تعد من أكثر الصيغ طلبا للتمويل العقاري في المصارف الإسلامية، نظرا لما يتميزان به من امتيازات بموجبها يتمكن العملاء من تحقيق أهدافهم المسطرة لتملك العقار وفق الطرق الصحيحة شرعا والخالية من الربا المحرمة التي تؤرق شريحة كبيرة من المجتمع الإسلامي وخاصة المجتمع المغربي، إلا أنه بالرغم من هذه الامتيازات فإنها تتعرض لمخاطر عديدة يأتي بيانها من خلال الحديث عن مخاطر كل من التمويل بالمرابحة العقارية (أولا) و مخاطر الإجارة المنتهية بالتملك (ثانيا).

⁶¹ - يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 41.

أولاً: مخاطر التمويل بالمرابحة العقارية

إذا كانت صيغة التمويل بالمرابحة تستخدم عند حاجة المشروع لشراء بضاعة قد تتعلق بمنقولات كآلات أو معدات وغيرها لبدء النشاط، كما قد تستخدم هذه الصيغة في تمويل العقارات، وبالمقابل لا تستخدم في الحصول على الأموال لأغراض أخرى، تجنباً لعدة مخاطر، فإنه عادة ما تقوم بنوك الدول الأجنبية التي تتعامل بهذه الصيغة التمويلية مع التاجر أو الشركة وتتفق معه على المشروع أن يقوم البنك بشراء السلعة وتتملكها فعلياً، لتتحمل مخاطر امتلاك السلعة، ثم تبيعها بعد ذلك للزبون أو العميل⁶²، لكن رغم أهميتها لتجنب المخاطر كما أثبتت التجارب في العديد من الدول فإن ذلك لا يعني غياب مخاطر المرابحة بل تظل قائمة بنسبة كبيرة في مختلف المعاملات العقارية، متخذة أصناف عديدة بعض منها شبيهة بمخاطر التمويل العقاري التقليدي، و تأتي نتيجة لأسباب مختلفة.

1: تصنيف مخاطر التمويل بالمرابحة العقارية

بالرغم من أهمية التمويل بالمرابحة فإنه لا يخلو من المخاطر التي لم تحدها المادة 58 وإنما تستشف من خلال الممارسة العملية واستناداً إلى التجارب السابقة في مجال التمويل الإسلامي، وإن كان بالإمكان أن تكون مخاطر التمويل بالمرابحة قريبة من مخاطر التمويل التقليدي الربوي⁶³، فإنها لها خصوصيات مميزة يمكن إبرازها من خلال بعض المخاطر مثل المخاطر التشغيلية التي تعود لموظفي البنك التشاركي، أو أنظمتها، أو العمليات، حيث قد يكون هناك إخفاق للبنك في مرحلة الدراسة كإخفاق البنك في الوصول إلى أحسن الشروط لاقتناء العين، وتحديد هامش الربح، أو عدم التوقيع على العقود من قبل العميل، أو عدم السيطرة على الضمانات...⁶⁴ ناهيك عن عدم الإقبال أصلاً على هذا النوع من التمويلات لما يتضمنه من معيقات تحد من الإقبال عليه، كارتفاع التكاليف وكثرة الضمانات⁶⁵.

تم خطر عدم الأداء، الذي يواجه حتى التمويل العقاري التقليدي، إلا أن هناك فروقات بينهم تكمن في كون تأخر العميل لدى البنوك التشاركية عن الأداء لا يترتب عليه الزيادة في

62 - محمد العروصي، مخاطر التمويل بعقد المرابحة، منشورات المجلة المغربية للأظمة القانونية والسياسية، العدد 13، الصادر بتاريخ دجنبر 2017، ص 33.

63 - حسين بلعوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية - دراسة مقارنة - د ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر 2014، ص 44.

64 - محمود محمود المكاري، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون المنصورة بمصر 2015، ص 368.

65 - فضلاً عن معيقات أخرى مثل غياب التأمين التكافلي، الازدواجية على مستوى نظام التحفيظ العقاري والضريبي ...

مبلغ الدين، عكس التمويل العقاري التقليدي، لكن هذا لا يعني غياب الخطر بل يظل واردا في مختلف مراحل عدم الأداء بل حتى في مرحلة تنفيذ الضمانات، حيث يصعب خلال هذه المرحلة التنفيذ في وقت مبكر لأنه يستغرق مدة طويلة قد تصل إلى أكثر من سنة.

أما مخاطر السوق في المرابحة تتعلق بالموجودات التي بحوزة البنك القيمي والمتاحة للبيع على أساس المرابحة، لكن يمكن للمرابحة للأمر بالشراء أن تقلل من هذه المخاطر، ولكن تبقى قائمة في حالة إلغاء وعد الشراء مما ينتج عن ذلك قيام البنك القيمي ببيع الموجود لطرف ثالث بسعر بيع قد يكون أقل من سعر الشراء⁶⁶.

بينما المخاطر القانونية للمرابحة تتخذ شكلين وهما الشكل الخارجي والشكل الداخلي، فالأول تكون مخاطره مرتبطة بطبيعة النظام الاقتصادي المتبع في السياسة الجبائية والقطاعات التي تهتم بها الدولة. ثم التغيرات التي تحدث في الاقتصاد مثل: الكساد والذي يؤثر على نشاط المؤسسة، وقدرتها على الوفاء بما لديها من التزامات تجاه البنك المركزي، أو صدور قوانين استثمار جديدة، أو حدوث أزمات تضخمية مما يؤدي إلى انخفاض القدرة الشرائية⁶⁷. بينما الشكل الثاني من المخاطر يشمل الخسائر المترتبة عن الغرامات والعقوبات ومختلف الجزاءات الموقعة على البنك التشاركي في حالة عدم التطبيق للمقتضيات القانونية أو مخالفة التطبيق السليم للمقتضيات القانونية نتيجة لعدم صياغة الحقوق والالتزامات التعاقدية بين البنك والطرف المقابل بطريقة سليمة⁶⁸. كما أن هناك مخاطر أخرى كخطر السيولة والائتمان والسمعة...

2: أسباب مخاطر التمويل بالمرابحة العقارية

لا تأتي مخاطر التمويل العقاري بالمرابحة من فراغ، بل تأتي بسبب مجموعة من الأسباب التي تكون غالبا عائدة إما للبنك التشاركي أو العميل البنكي، ويمكن تمثيل أهمها بما يلي⁶⁹:

- الأسباب المرتبطة بالبنك التشاركي: أهم أسباب مخاطر التمويل العقاري العائدة أسبابها إلى البنك التشاركي، ضعف الخبرة أو عدم كفاءة موظفي البنك، مما ينعكس سلبا على أداء

66 - حسين بلعجز، مرجع سابق، ص 44.

67 - محمد العروصي، مخاطر التمويل بعقد المرابحة، مرجع سابق، ص 41.

68 - محمود محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص 371.

69 - محمد العروصي، مخاطر التمويل بعقد المرابحة، مرجع سابق، ص 42، 43.

العمل، وخدمة المتعاملين، وبالتالي عدم تحقيق أهداف البنك، الإفراط في تقدير حاجيات العميل بمنحه البنك عمليات مرابحة أكثر من حاجياته، أو امتناع البنك عن تقديم تمويل إضافي دون مسوغ، فيتعثّر العميل ويتوقف عن الوفاء بالتزاماته، اتسام البنك التشاركي بانطباع سلبي، مخاطر عدم الدراسات الدقيقة من خلال عدم إعداد الدراسات قبل الخسائر أو بعد حدوثها بغرض المنع لحدوثها أو تكرارها...

- الأسباب المرتبطة بالعميل البنكي: من أهم الأسباب التي يمكن تصورها لنشوء مخاطر التمويل بالمرابحة والمرتبطة بالعميل، وهي وفاته أو عدم كفاية الضمانات المقدمة وفي ظل غياب صندوق التأمين التكافلي، تراجع العميل عن الوعد بالشراء، دخول العميل في أكثر من عملية مرابحة...

ورغم هذه المخاطر التي تحدد بالمرابحة، فإن البنك يمكنه تفاديها عن طريق نهج سياسة الحكامة ودراسة الجدوى من المرابحة، والعمل على تكوين الأطر في مجال معاملات البنوك التشاركية وفي ميدان الاقتصاد الإسلامي، وتشجيع البنوك لعملائها على باقي الخدمات والمعاملات البنكية وعدم التركيز على المرابحة فقط، واعتماد نظام التأمين ضد مخاطر المرابحة في حدود ما تبيحه الشريعة الإسلامية، ومراعاة البنك لوضعية العميل عند تحديد هامش الربح، وذلك بكيفية تتلائم مع نسبة المخاطر المحتملة في المرابحة⁷⁰.

ثانياً: مخاطر التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك

يعتبر عقد الإجارة من العقود الإسلامية التي لها دور كبير في التنمية الاقتصادية وبشكل خاص في مجال التمويل العقاري، لكن بالرغم من أهمية هذه الصيغة التمويلية فإنها لا تخلوا من المخاطر التي يمكن أن نوجزها كما يلي:

- المخاطر الائتمانية: وذلك بعدم سداد أقساط الإجارة كاملة في مواعيدها، أو رد الموجودات المؤجرة في نهاية مدة الإجارة، أو عدم دفعها بانتظام، مما يترتب عنه تعطيل رأس المال العامل للمصرف سواء من حيث تشغيله أو من حيث إعادة استثمار الأموال السائلة لديه⁷¹.

⁷⁰ - حليلة بن حفو، المرابحة في البنوك التشاركية، مجلة المنبر القانوني، العدد التاسع، أكتوبر 2015، ص 32.
⁷¹ - حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية - دراسة مقارنة - مرجع سابق، ص 52

- المخاطر السوقية: من المخاطر السوقية التي يمكن أن يعرفها التمويل بالإجارة وهو ارتفاع قيمة الموجودات في السوق عن القيمة المتعاقد عليها، وكذا تلف العين، وتحمل عبء الإصلاح والصيانة⁷².

- المخاطر القانونية: تتم بعدم شراء العميل العين المؤجرة في الإجارة التمويلية

بالإضافة إلى مخاطر أخرى، كمخاطر التغيير في الأساليب التكنولوجية⁷³ وخاصة في عصر يشهد تسارعا متزايدا في التقدم التكنولوجي والعلمي، وخاصة ما نشاهده ونلمسه هذه الأيام من التقدم التكنولوجي المتسارع في أجهزة الحاسوب الذي تطالعنا الصحف اليومية كل يوم بشيء جديد في هذا المضمار، الأمر الذي يستوجب أن يتم اختبار مواد التأجير بعناية فائقة وبحرص شديد خوفا من تعريض المصرف لمخاطر كبيرة.

الفقرة الثانية: مخاطر التمويل العقاري بصيغ التمويل التشاركي الأقل تداول

إلى جانب صيغ التمويل العقاري الأكثر تداول، هناك صيغ أخرى أقل تداول لا تعرف إقبالا كبيرا من طرف الزبناء، كما أنها لا تعرف تطبيقا في الوقت الراهن، لكن بدورها لا تخلوا من المخاطر، التي سنحاول إبرازها من خلال التطرق لمخاطر المشاركة والمضاربة (أولا) ومخاطر الإستصناع والسلم (ثانيا). دون الغوص في مخاطر باقي المنتجات الأخرى غير المحددة بشكل صريح في مقتضيات المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

⁷² - يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 45.
⁷³ - حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية - دراسة مقارنة - مرجع سابق، ص 52.

أولاً: مخاطر التمويل بالمشاركة والمضاربة

تعتبر صيغتي المشاركة والمضاربة من الصيغ التمويلية الأقل تداولاً، ويقومان بدور تمويلي في غاية الأهمية رغمًا لبعض المخاطر التي تواجههم التي يتعين تحديدها من أجل البحث عن طرق مواجهتها، وبيان ذلك مرتبط بتحديد مخاطر كل من صيغة المشاركة والمضاربة.

1: مخاطر التمويل بالمشاركة

تقوم العلاقة بين البنوك التشاركية وشركائها على تحمل المخاطر فيما بينهم، فأصحاب الودائع لا يحصلون منها على دخل محدد مقدماً، والممولين لا يقدمون لها دخلاً محددًا مسبقاً، وإنما تتحمل البنوك مخاطر العمليات بالمشاركة معهم جميعاً فتبتعد البنوك عن الاستغلال الناتج عن الإقراض بالفوائد وتقترب أكثر من العدالة، سواء في التمويل أو التوزيع⁷⁴، ومن هذه المخاطر التي يمكن أن تعترض التمويل بالمشاركة في مجال الاستثمار العقاري ما يلي:

- المخاطر الأخلاقية: تعد المخاطر الأخلاقية من أهم التحديات وأشدّها خطورة على مسيرة التمويل الإسلامي خصوصاً في شقه التشاركي⁷⁵ ممثلاً في أكثر من صيغة منها المشاركة، لأنه لقيام التمويل العقاري بالمشاركة على أساس سليم، يتعين على الشريك إمساك حسابات سليمة وموثوقة بحيث تكشف النتائج الحقيقية لعمل المشاريع المشتركة، إلا أن الواقع يبين أن كثيراً من الشركاء لا يمسكون حسابات منتظمة وسليمة أو أنهم يحتفظون بمجموعات مختلفة من الدفاتر لأغراض مختلفة كتقليص الأرباح، وتضخيم الخسائر، وإظهار خسائر مزيفة⁷⁶ من خلال بعض التصرفات غير الأخلاقية⁷⁷ من قبيل إخفاء الشريك بعض التعاملات المتعلقة بالمشروع للاستئثار بالأرباح، الإدعاء من جانب الشريك بحدوث خسائر وهمية أو مبالغ فيها وتحميلها على حصة البنك من رأس المال، تقويم الأصول العقارية بأكثر

⁷⁴ - عبد اللطيف ركبك، التمويل التشاركي في المغرب، بين الفقه والقانون والواقع، مرجع سابق، ص 55.

⁷⁵ - محمد الورد، التمويل التشاركي في المصارف الإسلامية، سلسلة رسائل جامعية، طبعة 2017، ص 163.

⁷⁶ - عبد اللطيف ركبك، التمويل التشاركي في المغرب بين الفقه والقانون والواقع، مرجع سابق، ص 97.

⁷⁷ - عبد الرحيم المودن، القانون البنكي المغربي والعمليات البنكية، مطبعة سجماسة مكناس، طبعة 2016، ص 250.

من قيمتها، لتخفيض الأرباح أو ربما إلغائها، المبالغة في رواتب المدراء والموظفين القائمين على أمر المشروع ...

- مخاطر الإنتقاء الخاطئ للعملاء: حيث أن نجاح التمويل العقاري عن طريق المشاركة رهين بالشريك الذي ينبغي أن يتسم بصفات وخصائص مميزة منها حسن الخلق كما تم الإشارة إليها سابقا، والسمعة الطيبة، وكذا الخبرة والكفاءة في النشاط الاستثماري والخبرة الإدارية والعلمية والعملية الكفيلة بنجاح المشروع العقاري.

- مخاطر احتمالية فقدان رأس المال ذاته: إذ أن المؤسسة البنكية تدخل كشريك أو مساهم يقدم حصته في رأسمال الشركة مقابل عدد من الأسهم، وتنتقل ملكية الحصة إلى الشركة ويقتصر حق المؤسسة على نصيب محتمل في الربح أو الخسارة.⁷⁸

- مخاطر أخرى مرتبطة بالموارد البشرية في البنك ومصادر الأموال المستثمرة وطريقة التمويل وكيفية إدارة المشروع...

ولمعالجة هذه المخاطر لابد من إتباع بعض الضوابط والتدابير، من أهمها⁷⁹:

1. ضرورة مراعاة توافر الأحكام الشرعية في المشروع المطلوب من البنك المشاركة فيه بالتمويل، سواء فيما يتعلق بالمشروع نفسه أو بعقد المشاركة.
2. ضرورة أن تكون أولويات البنك التشاركي في الاستثمار متوافقة مع الأولويات الاقتصادية للمجتمع، بحيث يراعي البنك - في حدود إمكانياته المتاحة - المصالح الاقتصادية للمجتمع.
3. مراعاة جانب الربح المناسب عند تمويل المشروع، لأن الربحية مؤشر أساسي للحكم على الجدوى الاقتصادية لأي استثمار في مشروع ما، وفي حال عدم وجود ربح مناسب للمشروع فلا يصح تمويل البنك التشاركي له، لأن الإسلام يأمرنا بحفظ المال كأحد مقاصد الشريعة الإسلامية.
4. مراعاة مجموعة من السمات والخصائص في شخصية طالب التمويل، منها الخلق الحسن، والسمعة الطيبة، والدراية بمجال التمويل.
5. توافر مجموعة من الضمانات من جانب شريك المؤسسة البنكية التشاركية في عملية المشاركة بالتمويل، وذلك كتعويض لهذه المؤسسة في حال تقصير الشريك وعدم

⁷⁸ - وردة الوردي، مخاطر التمويل في البنوك التشاركية، مرجع سابق، ص 72.

⁷⁹ - نفس المرجع، ص 252، 251.

التزامه بنود العقد أو إهماله. وعند ذلك يكون من حق البنك التشاركي أن يرجع على الشريك بالتعويض عن الضرر الذي وقع عليه، جراء هذا الإهمال أو التقصير من جانب الشريك، وتكون هذه الضمانات متناسبة مع طبيعة المشروع ومدته، من حيث القيمة والنوع، وبما يتفق ومقدرة المشارك.

2: مخاطر التمويل بالمضاربة

لما كانت المضاربة الشرعية من أمثل آليات التمويل العقاري في تحقيق التنمية من خلال الجمع بين كل عناصر الإنتاج والتضافر فما بينها، وباعتبار تفعيل المضاربة مرتبط أساساً بالأشخاص سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين فإن تصرفاتهم وأفعالهم لا تخلوا من المخاطر والتي قد تعترض أرباب المال والمضاربين أو هما معاً، ومن أهم هذه المخاطر ما يلي:

- بالنسبة للمخاطر المرتبطة بالمودعين: تتجلى هذه المخاطر في عدم الاستعداد الكافي والرغبة في المشاركة على أساس اقتسام الربح وتحمل الخسارة، وقد ترتبط بضعف خبرة العميل في النشاط الممول وسوء إدارته، أو استعمال التمويل في غير الغرض المخصص له، بالإضافة إلى أن التجربة العملية للدول للمصارف الإسلامية المقارنة أثبتت سيطرت العقلية الربوية على سلوك المودعين بالمصارف الإسلامية وتأثرها بما هو عليه الأمر في البنوك التقليدية من ناحية ضمان الوديعة والفائدة⁸⁰. زيادة على خطر نقصان الأمانة لدى المضاربين والاحتياط على المصارف الإسلامية مما يجعل عنصر المخاطر مرتفعاً ويعرقل عملية الاستثمار العقاري فيها، وكذلك افتقار الفهم الصحيح للقاعدة الشرعية الغنم بالغرم، والتي تقضي المخاطرة أثناء الاشتراك في رأس المال المضاربة ولا يضمن المال إلا في حالة التعدي أو التقصير⁸¹. وخطر ممانعة المضارب في تصفية العملية وما ينتج عنه من مخاطر عديدة للبنك التشاركي منها مخاطر تعطيل رأس المال عن العمل⁸².

- بالنسبة للمخاطر المرتبطة بالبنك التشاركي: تعتبر صيغتي المشاركة والمضاربة من الصيغ التي تحاول البنوك اجتناب التعامل بها نظراً لما تعرفانه من تزايد في المخاطر، منها عدم وجود مطلب الضمان مع احتمالات الخطر الأخلاقي، وخطر الانتقاء الجيد للزبائن، وبسبب

⁸⁰ - فاطمة شأوف، عقد المضاربة بين التاصيل الفقهي والتمويل البنكي التشاركي، مجلة العرائض، العدد السادس، 2016، ص 89.

⁸¹ - نفس المرجع، ص 89.

⁸² - حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية، مرجع سابق، ص 25.

ضعف الكفاءة في البنك في مجال تقييم المشروعات وتقنياتها⁸³، وطغيان العلاقات الشخصية في منح التمويل على حساب المصالح الاقتصادية للمجتمع وذلك بسبب ضعف الرقابة الشرعية وعدم التطبيق القانوني السليم.

ثانيا: مخاطر التمويل بالإست صنع والسلم

لا يسلم التمويل العقاري عن طريق الإستصناع والسلم من المخاطر، فبدورها يواجهان مجموعة من المخاطر المتنوعة والمختلفة والتي يأتي بيانها كما يلي.

1: مخاطر التمويل بالإست صنع

تتعدد المخاطر المرتبطة بتوظيف عقد الإستصناع كأداة تمويلية في المصارف الإسلامية، وذلك لخصوصيته من حيث تعدد أطرافه إنعدام محله أثناء العقد، وامتداد أجله في حالات كثيرة (تمويل متوسط، وطويل الأجل)، واعتماد المصرف على مقاولين من الباطن لتنفيذ التزامه كصانع⁸⁴. ومن هذه المخاطر التي يوجهها عقد الإستصناع⁸⁵:

- مخاطر الطرف الآخر في عقد الإستصناع التي تواجهها البنوك، والخاصة بتسليم السلع المباعة إستصناعا تشبه مخاطر عقد السلم تقريبا، بحيث يمكن أن يفشل الطرف الآخر في تسليم السلعة في موعدها أو يسلم سلعة رديئة، إلا أن السلعة محل العقد في حالة الإستصناع تكون تحت سيطرة الطرف الآخر، وأقل تعرضا للهلاك أو التلف، مقارنة بالسلع المباعة سلما، وبناء على ذلك يمكن أن تكون مخاطر الطرف الآخر(المقاول) في عقد الإست صنع أقل خطورة بكثير مقارنة بمخاطر العميل في عقد السلم.

- مخاطر العجز عن السداد من جانب المشتري ذات طبيعة عامة، أي فشله في السداد بالكامل في الموعد المتفق عليه مع البنك
- مخاطر عدم تمكن البنك من تصريف الإنتاج لظروف منافسة السوق مثلا

⁸³ - طارق الله خان نجيب أحمد، إدارة المخاطر - تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية - ترجمة ومراجعة عثمان أبا بكر ورضا سعد الله، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، الطبعة الأولى 2003، ص 70.

⁸⁴ - فاطمة ايت الغازي، عقد الإستصناع في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، مجلة الأبحاث في القانون، الاقتصاد والتدبير، العدد الثالث، 2017، ص 236، 237.

⁸⁵ - أنظر يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 46، 47.

- مخاطر تراجع الطرف الآخر عن إتمام العقد بالنسبة للأبنك التي تعتمد تأخذ بالوعد غير الملزم.

وقد تنشأ هذه المخاطر كلها لكون البنك التشاركي عندما يبرم عقد الإست صنع يأخذ دور الصانع والمنشئ والبناء والمورد، وبما أنه لا يتخصص في هذه المهن كلها، فإنه يلجأ إلى التعاقد من كثير من المقاولين عن طريق التعاقد من الباطن.

- مخاطر متعلقة بمدة العقد، حيث كلما كان العقد طويل المدة (مدة التصنيع أو مدة السداد) فهناك مخاطر تنشأ من تغير الظروف المحيطة التي قد تؤثر على التزامات المتعاقدين⁸⁶.

ولمواجهة هذه المخاطر لا بد من إتباع مجموعة من التدابير والإجراءات يمكن إجمالها في النقاط التالية⁸⁷:

1. التأكد من الالتزام الكامل بمعايير التمويل بالإست صنع
2. اشتراط تقديم ضمانات مادية من قبل الصانع أو المستصنع للتأكد من جديتها في التعامل مع المصرف وقد أشرنا إلى هذه الضمانات من قبل.
3. تضمين العقد مع الصانع شرطا جزائيا يستحقه المصرف تعويضا عن الضرر الناتج عن عدم وفاء الصانع بالمواصفات أو النوعية أو أجال التسليم.
4. من أجل التأكد من حسن تنفيذ الصانع للمشروع، يمكن الاتفاق على تسديد القيمة على مراحل مختلفة تبعا لتقدم مراحل الإنجاز، بدلا عن السداد دفعة واحدة عند بداية التنفيذ.
5. بسبب صعوبة إجراءات التقاضي وتعقدها عند حدوث النزاع أو الخلاف بين الأطراف المتعاقدة، يمكن الاتفاق على آلية لتسوية النزعات كالتحكيم مثلا.
6. الاتفاق أثناء التعاقد على الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة الإعسار أو المماطلة من قبل المستصنع.
7. تحديد معدلات الربح وفقا لتصنيف المخاطر المتعلقة بالأطراف المتعامل معها.

⁸⁶ - أنظر فاطمة ايت الغازي، عقد الإستهناص في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعبرة في حكمها، مرجع سابق، ص 237.
⁸⁷ - نفس المرجع، ص"ص 241، 240.

8. في عمليات الإست صنع الموازي على المؤسسات المالية الإسلامية أن تقوم بتقييم وضع سياسات وإجراءات ملائمة لمواجهة المخاطر المرتبطة بمثل تلك العمليات، فمثلا للتأكد من وفاء الصانع أو المقاول بتسليم السلع المصنعة وفق المواصفات المتعاقد عليها يمكن اللجوء إلى إنشاء إدارة هندسية منفصلة تهتم بهذه القضايا، توظيف خبير خارجي لتقييم واعتماد ومراقبة النواحي الفنية، وإشراك العميل في معاينة السلع المصنعة من وقت لآخر خلال مراحل الإنتاج للتأكد بنفسه من الالتزام بالمواصفات.

9. من الإجراءات العامة التي تطبقها المصارف في هذا المجال إنشاء إحتياطي لتغطية خسائر الديون، وهذا الإحتياطي يساهم فيه أصحاب المصرف والمودعون المستثمرون.

2: مخاطر التمويل بالسلم

عقد السلم هو بيع في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم⁸⁸، وإن كان يمكن استخدامه في الإنشاءات العقارية فإنه بدوره تواجه جملة من المخاطر نذكر منها ما يلي:

- عدم تسليم أحد أطرف العقد المسلم فيه في حينه أو عدم تسليمه تماما، أو تسليم نوعية مختلفة عما إتفق عليه في عقد السلم، وبما أن هذا العقد يقوم على بيع المنتجات الزراعية، فإن مخاطر الطرف الآخر قد تكون بسبب عوامل ليس لها صلة بالملاءة المالية للزبون⁸⁹.

وعليه إذا كان قد تعذر تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، يجب أن يدرس البنك أولا، الأسباب التي أدت إلى تعذر تسليم السلعة في الوقت المتفق عليه، حيث يمكن أن يكون ذلك راجعا إلى أحد الأسباب مثل ماطلة العميل وتعمره في إضاعة حقوق البنك...⁹⁰

- لا يتم تداول عقود السلم في الأسواق المنظمة أو خارجها، فهي إتفاق بين طرفين ينتهي بتسليم سلع عينية وتحويل ملكيتها، وهذه السلع تحتاج إلى تخزين، وبذلك تكون هناك تكلفة إضافية ومخاطر أسعار تقع على المصرف الذي يملك هذه السلع بموجب عقد السلم. هذا بالإضافة إلى ما سيتحمله المصرف من تكاليف باهضة لإعداد المخازن والمستودعات التي تناسب أنواعا مختلفة من هذه السلع⁹¹.

⁸⁸ - عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، دار نشر المعرفة، طبعة 2016، ص 74.

⁸⁹ - يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 45.

⁹⁰ - حسين بلعجوز، مخاطر صيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية. دراسة مقارنة - مرجع سابق، ص 58.

⁹¹ - يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي - دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والتشاركية - مرجع سابق، ص 46.

خاتمة:

تشكل المخاطر البنكية بصفة عامة إحدى أهم الإشكالات التي تعرقل النشاط الطبيعي لمؤسسات الائتمان، وذلك على اعتبار أن هذه الأخيرة مهددة في عملها بالعديد من المخاطر التي تتدرج من احتمال ضياع حقوقها بفعل تعرض عملائها لصعوبات مالية، إلى احتمال مساءلتها عند تدخلها لدعم وتمويل عملاء لا تتوفر فيهم شروط الائتمان، فضلا عن المخاطر الخاصة فقط بالتمويلات العقارية الناجمة عن التمويل بالقرض والمنتجات التشاركية.

وما يلاحظ وهو أن المخاطر التي تواجه التمويل العقاري التقليدي والتمويل العقاري التشاركي تنقسم إلى صنفين حيث الأولى مشتركة بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية، وأخرى خاصة فقط بهذه الأخيرة، ليتضح أن البنوك التشاركية تقوم على العدالة التوزيعية للمنافع والمخاطر بين أطراف التمويل العقاري وذلك على أساس قاعدتي الغنم بالغرم والخراج بالضمان، وهذا ما لا نجده في المعاملات التي تقوم بها البنوك التقليدية، حيث في إطارها يتحمل طالب التمويل (المقترض) لوحده جميع المخاطر والتبعات.

كما يلاحظ توحيد على مستوى النظام البنكي بالمغرب، مما يكون سببا في ارتفاع العديد من المخاطر البنكية فضلا عن غياب تطبيق التأمين التكافلي على أرض الواقع، بالرغم من شروع لأبنائك (التشاركية) في تقديم تمويلاتها.

كل هذه الملاحظات تفرض ضرورة تقديم بعض الاقتراحات والتي منها:

- **ضرورة الإسراع في تطبيق التأمين التكافلي** على أرض الواقع نظرا للحاجة الملحة له من طرف المواطنين ولما له من حماية لحقوق الزبناء في حالة وقوع أخطار غير متوقعة أو بسبب قوة قاهرة تمنع الزبون من تسديد ما بذمته من دين لفائدة هذه الأبنائك.
- **الاستفادة من تجارب بعض الدول المقارنة** التي أخضعت نظامها البنكي في مجال التمويل الإسلامي للمقتضيات الشرعية أو لمقتضيات خاصة بدل توحيدها مع التمويل التقليدي، وذلك للحد من نسبة كبيرة من المخاطر المتوقعة.

القانون الخاص

المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

د. المختار عبدالدائم

اهتم المغرب بتنظيم المحاسبة العمومية وعمل على تحديث وتطوير طرق تدبير المال العمومي وأساليب المساءلة والمراقبة المالية لكيفية استعمال وصرف هذا المال، وقد عرف عبر تاريخه نظاما للمسؤولية في المجال المالي يقوم على الأعراف والتقاليد وكذا القواعد والضوابط المستمدة من الشريعة الإسلامية.

شهدت أحكام المسؤولية في هذا الصدد تطورا هاما خلال هذه المرحلة، بدءا من الأحكام التي تضمنها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي نظم مسزولية الدولة والمسؤولية المدنية لموظفي الدولة والبلديات (الفصلان 79 و 80 من ق.ل.ع) إلى غاية صدور ظهير 2 أبريل 1955 بشأن مسؤولية المحاسبين العموميين.

وغداة الاستقلال صدر أول قانون للمحاسبة العمومية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.58.041 الصادر في 20 محرم 1378 الموافق ليوم 6 غشت 1958 بسن نظام المحاسبة العمومية بالمملكة المغربية، كما نص مرسوم 21 أبريل 1967 لأول مرة في تاريخ المحاسبة العمومية على مبدأ الفصل بين الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، وتحديد الالتزامات والمسؤولية التي يتحملها الطرفان، وهو ما شكل تطورا مهما في تحديث وتنظيم المحاسبة العمومية في اتجاه تعزيز نظام مسؤولية المحاسبين العموميين.

واعتبارا لجوانب القصور التي عرفت هذه القوانين وتطبيقاتها العملية، قام المشرع المغربي بمراجعة نظام المسؤولية المالية بمقتضى ظهير 3 أبريل 2002 المتعلق بمسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين الماليين والمحاسبين العموميين.

كما تم إصدار مدونة للمحاكم المالية باعتماد تعديلات استهدفت إعادة التوازن لأحكام المسؤولية المالية بين الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، وكذا تحديد المسؤوليات بكيفية دقيقة.

يخضع، بناء على ذلك، المحاسبون العموميون للنظام العام للمسؤولية المطبق على جميع الموظفين وخاصة مقتضيات الفصل 80 من ظهير الالتزامات والعقود، علاوة على نظام المسزولية الخاص بالمحاسبين العموميين.

وقد ارتأى المشرع تشديد مسؤولية المحاسب العمومي اعتبارا لدوره الهام والخطير في مجال تدبير المال العمومي، بل إن مسؤولية المحاسب العمومي تفوق مسؤولية باقي العاملين بالإدارات العامة للدولة.

وتتنوع حالات مسؤولية المحاسب العمومي بحسب المهام والصلاحيات الموكولة إليه، فعلاوة على المسؤولية الجنائية، يمكن أن تتقرر المسؤولية المدنية للمحاسب عن كل تقصير في إجراء عمليات المراقبة المتعلقة بصحة الاستخلاص.

كما يتحمل المحاسب العمومي مسؤولية شخصية ومالية في مجال تحصيل الديون العمومية، إذ يمكن أن يؤدي عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحصيل إلى إثارة مسؤولية المحاسب ففي حالة التعسف أو الخطأ في تنفيذ إجراءات التحصيل يمكن مساءلته مدنيا عن ذلك.

يتحمل المحاسبون العموميون شأنهم في ذلك شأن باقي المواطنين مسؤولية جنائية عن الجرائم والجنایات والجنح التي يرتكبونها، ويخضعون في ذلك للعقوبات العامة المنصوص عليها في التشريع الجنائي المغربي، لكن كونهم حائزين للسلطة العمومية وحاملين لصفة موظف عمومي في ممارسة المهام الموكولة إليهم فهم يتحملون، بصفتهم تلك، مسؤولية جنائية عن الأخطاء المالية التي يرتكبونها وتشكل جرائم في التشريع الجنائي.

- ومن تم فما هو المقصود بالمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي؟ وماهي شروط انعقاد هذه المسؤولية؟ وماهي الجرائم المستوجبة لها؟ وما مدى إمكانية المحافظة على المال العام من خلال تحديد مسؤولية المحاسب العمومي، وفي نفس الوقت ضمان التوازن بين حقوق ومصالح كافة الأطراف؟ وما مدى تأثير خصوصية مهام المحاسب العمومي على تطبيق قواعد المسؤولية؟

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا اتباع التقسيم التالي:

المبحث الأول : الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

المبحث الثاني : الجرائم المستوجبة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

المبحث الأول: الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يتحمل المحاسب العمومي مسؤولية جنائية عن الجرائم والجنايات والجنح التي يرتكبها بعيدا عن صفته كموظف او محاسب عمومي، كما يتحمل بصفته تلك مسؤولية جنائية عن الأخطاء المالية التي يرتكبها وتشكل جرائم في التشريع الجنائي. وللإحاطة بالأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي، لابد من التطرق إلى المقصود بهذه المسؤولية (المطلب الأول)، وكذا توضيح شروط انعقاد المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

تحظى مسألة تحديد المقصود بالمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي بأهمية جد بالغة، باعتبارها الوسيلة التي تيسر لنا معرفة أحكام هذه المسؤولية وتحديد نطاقها، وهو ما يحتم علينا إعطاء تعريف بسيط ودقيق لها (الفقرة الأولى) وتمييزها عن غيرها من المسؤوليات الأخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يقصد بالمسؤولية الجنائية بصفة عامة ذلك الأثر القانوني المترتب عن الجريمة كواقعة قانونية، أي يعتد بها القانون وتقوم على أساسا تحمل الفاعل للجزاء الذي تفرضه القواعد القانونية الجنائية بسبب خرقه للأحكام التي تقررها هذه القواعد. والمسؤولية الجنائية تترتب عن العمل أو الامتناع الذي جرمه المشرع الجنائي وعاقب عليه في نصوص القانون الجنائي، على أن الإمساك عن العمل أو إثباته يلحق الضرر بالمجتمع بكامله¹، ويترتب عن ثبوته قيام المسؤولية الجنائية للفاعل وتعرضه للعقوبة الحبسية أو الغرامة المالية، بناء على دعوى تقام أمام المحكمة المختصة.

وتتم مساءلة المحاسب العمومي جنائيا في حالة ارتكابه لفعل مجرم أثناء مزاولته لواجباته الوظيفية أو بمناسبةها، وعلى خلاف كل من المسؤولية التأديبية والمسؤولية المدنية فإن المسؤولية الجنائية المنسوبة للمحاسب العمومي محددة في نصوص القانون الجنائي إعمالا لقاعدة شرعية العقوبة أو مبدأ النصية، أي لاجرمية ولعقوبة إلا بنص.

¹ - عبدالواحد العلمي: "شرح القانون الجنائي المغربي"، القسم العام، مطبعة الناح الجديد الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2013، ص: 326.

ويسأل المحاسب العمومي كسائر المواطنين بصفة عامة عند ارتكابه المخالفة خارج المصلحة التي يعمل بها.

الفقرة الثانية: تمييز المسؤولية الجنائية عن بعض المسؤوليات الأخرى

تتنوع الأخطاء التي يرتكبها المحاسب العمومي، مما يجعل المسؤولية الجنائية تختلط مع باقي المسؤوليات الأخرى، مما وجب معه التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية والمسؤولية التأديبية.

فهناك اختلاف كبير بين المسؤولية المدنية للمحاسب العمومي والمسؤولية الجنائية، التي يكون الهدف منها هو الحفاظ على النظام العام للبلاد من خلال الردع الخاص الذي يتمثل في توقيع الجزاء على مسؤول جنائياً بغية زجره وتخويف غيره من مجرد التفكير في إتيان ذات الفعل أو الامتناع المجرم، وبين المسؤولية المدنية التي يكون الهدف منه ورائها تعويض وإصلاح الأضرار التي لحقت بالغير نتيجة الأفعال المرتكبة من طرف المحاسب العمومي².

أما بالنسبة للمسؤولية التأديبية فما يميزها أنها تتحقق عند إخلال بواجبات مهنية. ومن تم محاسبة المحاسب العمومي أمام الإدارة باعتبارها الجهة المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة بالإضافة إلى تخليق الإدارة والعمل كذلك على تطهيرها من كل العناصر التي قد تسبب إليها، وبالتالي تمس بصورتها، مما قد يؤدي بالإدارة إلى فقدان هبتها وقوتها داخل المجتمع، وهذا بخلاف المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية اللتان يتم المساءلة فيهما أمام القضاء.

² - صالح لمزوعي: " المسؤولية المدنية الشخصية للموظف"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس الرباط- كدال، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 72.

المطلب الثاني: شروط انعقاد المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

لا تقوم المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي إلا إذا توافرت أربعة شروط أساسية وهي: صفة المحاسب العمومي (الفقرة الأولى)، والركن القانوني والركن المادي والركن المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صفة المحاسب العمومي

يعرف المحاسب العمومي غموضا نسبيا في تعريفه وذلك لتعدد فئاته وتنوع اختصاصاته، لذلك سنعاول التطرق إلى بعض التعاريف التي أعطيت للمحاسب العمومي وكذا فئات المحاسبين العموميين.

يراد بالمحاسب العمومي، حسب الفصل الثاني من القانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين، كل موظف أو عون مؤهل لأن ينفذ باسم إحدى الهيئات (الدولة والجماعات الترابية وهيئاتها، وكذا المؤسسات والمقاولات العمومية الخاضعة للمراقبة المالية للدولة) عمليات المداخل أو النفقات أو التصرف في السندات إما بواسطة أموال وقيم يتولى حراستها وإما بتحويلات داخلية للحسابات وإما بواسطة محاسبين عموميين آخرين أو حسابات خارجية للأموال المتوفرة التي يراقب حركاتها أو يأمر بها.³

يتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع تناول تعريف المناسب العمومي انطلاقا من الوظائف الموكولة إليه، حيث إكتفى فقط بتعداد وظائف وصلاحيات من يعتبرهم المشرع محاسبين وكذا طرق ممارستها دون أن يعطي تعريفا محددًا. وقد برر بعض الباحثين هذه المسألة بالصعوبة التي تطرحها محاولة إيجاد تعريف كامل للمحاسب.⁴

ينقسم المحاسبين العموميين لعدة أصناف أهمهم محاسبي الخزينة العامة للمملكة، سواء من حيث العدد أو من حيث الوظائف، وهذا الصنف من المحاسبين هم موظفون عامون ينتمون إلى الخزينة العامة للمملكة ويخضعون للنظام العام للوظيفة العمومية وللنظام الخاص بموظفي وزارة المالية، اعتبارا لصفتهن المحاسبية فهم، على خلاف باقي الموظفين، يخضعون أيضا لقواعد خاصة تميز نظام المسؤولية التي يتحملونها. ويتدرج ترتيبهم حسب التسلسل الإداري التالي: الخازن العام للمملكة، الخزنة

³ - عز الدين مسكي: "إشكالية المحافظة على المال العام من خلال تحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 94

⁴ - الحسين الصفاوي: "مسؤولية الأمر بالصرف والمحاسب العمومي في مجال تنفيذ الميزانية"، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة الجامعية: 2003-2004، ص: 46

(ومنهم الخزنة الجهويين والخزنة الوزاريين، ثم الخزنة الإقليميين والعمالاتيين)، والقباض، ثم محاسبوا المؤسسات العمومية ومحاسبوا السفارات والوكالات القنصلية.

وبالإضافة إلى محاسبي الخزينة تضم وزارة المالية محاسبين تابعين للإدارات المالية، وهم محاسبي التسجيل والتبرير ومحاسبي الجمارك والضرائب غير المباشرة. كما أن هناك موظفين في قطاعات أخرى قد يحملون صفة محاسب عمومي في مجال ممارسة مهمة التحصيل مثل كتاب الضبط وكذا المحافظين التابعين للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في بعض الحالات.

يخضع المحاسب العمومي على غرار باقي الموظفين العموميين، للالتزامات المنصوص عليها في النظام العام للوظيفة العمومية، ويخضع أيضا لالتزامات خاصة تجد تبريرها وأساسها الواقعي في محتوى وجسامة وظيفة المحاسب نفسها.

الفقرة الثانية: أركان المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

لإعتبار المحاسب العمومي مسؤولا جنائيا، لا يكفي أن يرتكب أخطاء أو مخالفات مالية، وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن تشكل تلك المخالفات والأخطاء المالية جرائم يعاقب عليها التشريع الجنائي. وذلك استنادا إلى المبدأ الجنائي القائل: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وهو ما يعرف في القانون الجنائي بمبدأ شرعية التجريم والعقاب. ويترتب على الأخذ بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أن يلتزم القاضي بتطبيق النص الجنائي دون التوسع في تفسيره، حتى لا ينتج عن ذلك تجريم أفعال أو الحكم بعقوبات لم ينص عليها التشريع الجنائي.⁵

لا يكفي لإعتبار الأخطاء المالية جرائم جنائية تستوجب المسؤولية، أن ينص عليها المشرع ويعاقب على ارتكابها، وإنما ينبغي أن تتحقق تلك الأخطاء وتنفذ من الناحية المادية، حيث تأخذ مظهرا خارجيا. وهنا نكون أمام الركن المادي والذي يمكن أن يتحقق بفعل إيجابي إذ يكفي أن يطلب المحاسب العمومي مثلا مقابلا لصرف نفقة لفائدة أحد دائني الأجهزة العمومية لكي يتحقق الركن المادي في جريمة الرشوة.

كما قد يتحقق الركن المادي بفعل سلبي، كأن يرفض المحاسب العمومي تحصيل دين عمومي، فيكون قد ارتكب جريمة غدر بمنح إعفاء من غير أن يسمح به القانون. ولكي يتحقق هذا الركن ينبغي أن يترتب عن ارتكاب المخالفة أثر نتيجة مادية مع قيام

⁵ - عبدالسلام بنحدو: "الوجيز في القانون الجنائي المغربي"، منشورات إيزيس، الدار البيضاء 1992، ص: 164.

علاقة السببية بينهما، فمثلا في جريمة استغلال النفوذ لا يتحقق الركن المادي لمجرد أن يمد المحاسب العمومي أحد المرشحين بمعلومات عن العروض المنافسة، ولكن يتحقق إذا ترتب عن المعلومات حصول المرشح على الصفقة، وكانت المعلومات التي حصل عليها هي السبب في فوزه بتلك الصفقة.

ينبغي بالإضافة إلى الأركان السالف ذكرها، أن يكون المحاسب العمومي على علم باتجاه إرادته إلى ارتكاب فعل مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه، والعلم بارتكاب الجريمة يأتي بعد أن يقرر القيام بها، وهو ما يعرف بالنية الإجرامية. وهو ما يطلق عليه الركن المعنوي والذي أصبح من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، حيث أنه لقيام المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي لا يكفي قيام الجريمة بوجود نص تشريعي يجرم الفعل وقيام الركن المادي لها، وإنما يشترط قيام الركن المعنوي وكذا توفر صفة المحاسب العمومي.

المبحث الثاني: الجرائم المستوجبة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يواجه المحاسب العمومي مجموعة من الجنايات والجنح، وذلك عند ارتكابه لأحد الجرائم التي حددها المشرع وقيام مسؤوليته الجنائية. ويتعلق الأمر أساسا بجرائم الغدر واختلاس الأموال العمومية والرشوة واستغلال النفوذ.

المطلب الأول: جريمة الغدر والاختلاس

يأخذ الإعتداء على المال العام صور عدة، أهمها تلك التي تطرق إليها المشرع المغربي في الفرع الثالث من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي، تحت عنوان: في الإختلاس والغدر الذي يرتكبه الموظفون العموميون.

الفقرة الأولى: جريمة الغدر

نص الفصل 243 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "يعد مرتكبا للغدر، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم، كل قاض أو موظف عمومي طلب أو تلقى أو فرض أو أمر بتحصيل مايعلم أنه غير مستحق أو أنه يتجاوز المستحق، سواء للإدارة العامة أو الأفراد الذين يحصل لحسابهم أو لنفسه خاصة..". وعليه، فجريمة الغدر لا تتحقق إلا بتوافر ثلاثة عناصر هي صفة الموظف العمومي (المحاسب العمومي مثلا) في الجاني، ارتكاب الفعل المادي و القصد الجنائي.

- **صفة الموظف العمومي:** لكي يتحقق هذا الركن فيتعين أن يكون المحاسب العمومي قد طلب أو تلقى أوامر بتحصيل مالم يعلم أنه غير مستحق بصفته موظفاً عمومياً مكلفاً بالاستخلاص، أما إذا لم ترد تلك الصفة عند ارتكاب الجريمة فلا يعتبر الشخص الذي قام بها مرتكباً لجريمة الغدر، وإن كانت متابعته ممكنة بجرائم أخرى كالرشوة واستغلال النفوذ والمنصب إذا توافرت العناصر الأخرى لقيامها.⁶

- **الفعل المادي:** يتحقق الركن المادي لجريمة الغدر بطلب أو تلقي أو فرض أو أمر بتحصيل ما يعلم المحاسب العمومي أنه غير مستحق أو يتجاوز المستحق، فبمجرد الطلب أو التلقي أو الأمر تتحقق به الجريمة التامة سواء استجاب الأفراد لطلبهم أو رفضوا تسليمهم شيئاً.

ولم يقتصر المشرع على تجريم الطلب والأمر، بل أضاف إليهما "تلقي" غير المستحق، والواقع أن مجرد التلقي أو التوصل بشيء غير مستحق لا يكون جريمة الغدر مالم يتوافر القصد الجنائي.

- **القصد الجنائي:** يتحقق هذا الركن بتوفر العلم لدى المحاسب العمومي بأن ما يطلبه أو يتلقاه ويأمر أو يقوم بتحصيله غير مستحق ولا يسمح به القانون، وينتفي القصد الجنائي بانتفاء هذا العلم لديه. فلا يكون مرتكباً لجريمة الغدر المحاسب العمومي الذي تلقى مبلغاً مجهول مصدره أو يعتقد أنه يستحقه، أو يطلب أو يأخذ من إدارة أو أحد الأفراد مبلغاً غير مستحق نتيجة غلط في الحساب أو خطأ في تفسير القانون. وهذا الخطأ في التفسير أو الجهل بالنصوص لا ينصب على التشريع الجنائي، وإنما على القواعد والقوانين الأخرى المتعلقة بالتعويضات المستحقة أو بالضرائب والرسوم. أما الخطأ أو الجهل المتعلق بالقانون الجنائي فلا ينفي القصد الجنائي.⁷

الفقرة الثانية: جريمة الاختلاس

نظم المشرع المغربي جريمة الاختلاس في الفصولين 241 و 242 من القانون الجنائي، حيث نص على أنه يمكن أن تتحقق هذه الجريمة إما بتبديد الأشياء كاستهلاكها أو إعارتها أو بيعها، أو اختلاسها أي الاستيلاء على الشيء بقصد تملكه أو إتلافه، أو احتجازها بدون حق أي إيقاؤها تحت تصرف الموظف عوض دفعها إلى أصحابها، أو إخفاؤها على المالك الحقيقي لها بغية الاستيلاء عليها. ويستوي أن تكون هذه الأشياء في ملكية الدولة أو الهيئات العامة

⁶ - أحمد الخليلي: "القسم الخاص في القانون الجنائي"، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 1991، ص: 107.

⁷ - أحمد الخليلي: "جريمة الغدر من الجرائم الماسة بالنظام العام"، مجلة الأمن الوطني، عدد 210، السنة: 2001، ص: 17.

التابعة لها أو في ملكية الخواص فالأمر سيان بين أن يباشر الاختلاس على أموال عامة أو خاصة توضع تحت يد المحاسب العمومي بحكم وظيفته أو بسببها. فجريمة الاختلاس تعد من الجرائم المخلة بالثقة العامة، لأن جوهرها ينطوي على استغلال السلطة المرتبطة بالوظيفة العمومية.⁸

ويمكن القول أن التوسع في تحديد عناصر المال العام تضيي نوعا من الحماية على هذا المال، وتحقق فكرة الردع الخاص الذي يحصل من خلال توقيع عقوبات أصلية وتيعية أو إضافية على الجناة، وكذا فكرة الردع العام الذي يتولد لدى كل من تسول له نفسه المساس بهذا المال، مما يؤدي إلى مزيد من الاستقرار، كما يمكن الدولة من تنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية.

يتضح من خلال ما سبق أن لجريمة الاختلاس ثلاثة أركان، الأول يتمثل في صفة الموظف العمومي⁹، أما الركن الثاني وهو الركن المادي فهو يتجلى في وقوع اختلاس أو تبيذير أو احتجاز بدون وجه حق أموالا عامة أو خاصة، أما الركن الثالث لجريمة الاختلاس هو الركن المعنوي فهذه الجريمة تعتبر جريمة عمدية في جميع صورها، من تم يجب أن يكون المحاسب العمومي على علم بأن المال عام أو خاص ومع ذلك اتجهت إرادته إلى اختلاسه أو حجزه أو تبيذيره.

المطلب الثاني: جريمة الرشوة واستغلال النفوذ

تعد جرائم الرشوة واستغلال النفوذ من أكثر الجرائم انتشارا في الكثير من المجتمعات، لذلك اهتم بها المشرع المغربي ونظم كل منها بنصوص خاصة، فنظم جريمة الرشوة في الفصول من 248 إلى 256 من القانون الجنائي، وأفرد لجريمة استغلال النفوذ الفصل 257 ق.ج.

8 - أحمد أجويد: "جريمة رشوة الموظف العمومي في التشريع الجنائي المغربي"، دار الرشاد الحديثة، مراكش، الطبعة الأولى 1983، ص: 40.
9 - يعرف الفصل 224 من القانون الجنائي المغربي كما يلي: "الموظف العمومي في تطبيق أحكام التشريع الجنائي هو كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية...، ولذلك يسري على المحاسب العمومي ما يسري على الموظف العمومي في هذا المجال."

الفقرة الأولى: جريمة الرشوة

نظم المشرع المغربي جريمة الرشوة في الفصول 248 و 249 من القانون الجنائي، وتعريف جريمة الرشوة على أنها جريمة الصفة ولا يمكن تصورهما بدون صفة الجاني فلا بد أن يكون المرتشي موظفا، فحسب الفصول السالفة الذكر يكون المحاسب العمومي مرتكبا لجريمة الرشوة إذا استغل اختصاصاته الوظيفية وسلطاته المالية فقبل عرضا أو وعدا أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة لأجل القيام أو الإمتناع عن الأعمال غير مشروطة بأجر، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.¹⁰

يشترط لمسائلة المحاسب العمومي على جريمة الرشوة توافر ثلاثة شروط وهي كالتالي:

▪ **الركن الأول:** أن تكون الخدمة المقدمة مقبل رشوة من اختصاص المحاسب العمومي أو أن تكون مهمته هي التي سهلتها أو من الممكن أن تسهلها، وهذا الركن هو الذي يميز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ ، حيث إذا كانت الخدمة المقدم عنها الرشوة خارجة عن اختصاص المحاسب العمومي نكون أمام جريمة استغلال النفوذ وليس جريمة الرشوة.

▪ **الركن الثاني:** وهو الركن المادي، ويتمثل في الفعل المادي الذي يقوم به المحاسب العمومي كطلب هبة أو هدية أو فائدة كمقابل عن خدماته الوظيفية، وذلك بغض النظر عن استجابة صاحب الشأن للطلب أو إتمام المحاسب العمومي للعمل المطلوب منه.¹¹ ليس لشكل طلب الرشوة أو قبولها أو تسلمها أهمية بالغة في قيام الفعل المادي للرشوة، فيستوي أن يتم ذلك عن طريق الكتابة أو شفاهة، مباشرة بين صاحب الحاجة والمرتشي أو عن طريق وسيط، وليس ضروريا أن يتم الطلب بألفاظ معينة

¹⁰ - الفصل 248 من القانون الجنائي: "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم من طلب أو قبل عرضا أو وعدا أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى من أجل:

1 - القيام بعمل من أعمال وظيفته بصفته قاضيا أو موظفا عموميا أو متوليا مركزا نيابيا أو الإمتناع عن هذا العمل، سواء كان عملا مشروعا أو غير مشروع، طالما أنه غير مشروط بأجر. وكذلك القيام أو الإمتناع عن أي عمل ولو أنه خارج عن اختصاصاته الشخصية إلا أن وظيفته سهلته أو كان من الممكن أن تسهله.

2 - إصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضده، وذلك بصفته حكما أو خبيرا عينته السلطة الإدارية أو القضائية أو اختاره الأطراف.

3 - الانحياز لصالح أحد الأطراف أو ضده، وذلك بصفته أحد رجال القضاء أو المحلفين أو أحد أعضاء هيئة المحكمة.

4 - إعطاء شهادة كاذبة بوجود أو عدم وجود مرض أو عاهة أو حالة حمل أو تقديم بيانات كاذبة عن أصل مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة وذلك بصفته طبيبا أو جراحا أو طبيب أسنان أو مولدة.

إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون العقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة."

-الفصل 249 من القانون الجنائي: "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة، ويعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم؛ كل عامل أو مستخدم أو موكل بأجر أو بمقابل، من أي نوع كان طلب أو قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو عمولة أو خصما أو مكافأة، مباشرة أو عن طريق وسيط، دون موافقة مخدومه وبدون علمه، وذلك من أجل القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل من أعمال خدمته أو عمل خارج عن اختصاصاته الشخصية ولكن خدمته سهلته أو كان من الممكن أن تسهله.

إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون عقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة."

11 - أحمد اجويد: "جريمة رشوة الموظف العمومي في التشريع الجنائي المغربي"، م.س، ص: 128.

أو بعبارات صحيحة وإنما تتحقق الرشوة حتى ولو تم الطلب صراحة أو بإشارات وألفاظ غير صريحة كعض الأمتلة الشعبية (اذهن السير يسير، شي فهيوة...). كما أن الركن المادي يتحقق إذا قبل المحاسب العمومي العرض أو الوعد الصادر عن صاحب الحاجة بصرف النظر عن حصوله فعلا على المقابل أم لا.

▪ **الركن الثالث:** ويتمثل هذا الركن في القصد الجنائي، فجريمة الرشوة تعد من الجرائم العمدية فهي تتحقق بانصراف نية المحاسب العمومي إلى أن ما طلبه أو قبله أو تسلمه هو من أجل الخدمة التي قدمها لصاحب الحاجة، وذلك مع العلم أن نية الاتجار بأعمال الوظيفة تشكل القصد الجنائي سواء تزامن القصد مع ارتكاب الجريمة أو سبق ارتكابها.¹²

الفقرة الثانية: جريمة استغلال النفوذ

جرم المشرع المغربي استغلال النفوذ بموجب الفصل 250 من القانون الجنائي، الذي نص على مايلي: "يعد مرتكبا لجريمة استغلال النفوذ، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم، من طلب قبل عرض أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى، من أجل تمكين شخص أو محاولة تمكينه، من الحصول على وسام أو نيشان أو رتبة شرفية أو مكافأة أو مركز أو وظيفة أو خدمة أو أية مزية أخرى تمنحها السلطة العمومية أو صفقة أو مشروع أو أي ربح ناتج عن اتفاق يعقد مع السلطة العمومية أو مع إدارة موضوعة تحت إشرافها، وبصفة عامة الحصول على قرار لصالحه من تلك السلطة أو الإدارة، مستغلا بذلك نفوذه الحقيقي أو المفترض.

وإذا كان الجاني قاضيا أو موظفا عاما أو متوليا مركزا نيابيا، فإن العقوبة ترفع إلى الضعف."

ولا يشترط لتحقيق جريمة استغلال النفوذ تمكين الشخص من الحاجة التي يطلبها بتقديم الفائدة أو المزية، بل بمجرد محاولة تمكينه من الخدمة أو المزية أو الصفقة أو المشروع بعد استغلاله للنفوذ، حتى إذا لم يحصل الطالب على حاجته¹³. فتجريم استغلال النفوذ يرجع إلى ما يمثله فعل الجاني من إخلال بالثقة.

12 - أحمد الخليلي: "القسم الخاص في القانون الجنائي"، م.م. ص: 100.

13 - الحسين الصفراوي: "مسؤولية الأمر بالصراف والمحاسب العمومي في مجال تنفيذ الميزانية"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2003-2004، ص: 150.

ترتكز جريمة استغلال النفوذ على ركنين مادي و معنوي، يسبقها شرط مفترض هو التمتع بنفوذ حقيقي أو مزعوم لدى سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها، وذلك ما هو متوفر في حالة المحاسب العمومي.

تقوم جريمة استغلال النفوذ على نفس العناصر و الصور المكون لجريمة الرشوة، إذ ينحصر في طلب الفاعل لنفسه أو لغيره مقابل أو فائدة أو يقبل أو يأخذ وعداً أو عطية، مباشرة أو عن طريق وسيط، كما لا تستلزم أن يكون الفاعل فى مقدوره القيام بالعمل الذي وعد به كل ما هو مطلوب أن يزعم الفاعل أنه له نفوذ. والواقع أن مجرد الطلب أو الوعد يشكل ركنا ماديا لجرائم الرشوة واستغلال النفوذ، فكون المشرع قد استعمل في جميع النصوص الخاصة بتلك الجرائم لفظ طلب أو وعد فذلك دليل قاطع على أنه يعتد بمجرد الطلب أو الوعد.

أما بالنسبة للركن المعنوي، فجريمة استغلال النفوذ تعد من الجرائم العمدية التي تشترط لقيامها توافر القصد الجنائي لدى الجاني، وهو يتوافر بالإرادة و العلم، أي اتجاه إرادة الفاعل إلى القيام بجميع عناصر الفعل المادي المكون لجريمة استغلال النفوذ كما وصفه القانون، مع العلم بأن ما يتلقاه من عطية أو وعد بها هو مقابل استعمال نفوذه لمصلحة طالب المصلحة. ويتوفر هذا القصد إذا كان غرضه من تقديم العطية حمل صاحب النفوذ على استعماله لصالحه.

خاتمة:

كشفت لنا دراسة المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي الأهمية الكبرى التي يكتسبها هذا النوع من المسؤولية، وذلك راجع بالأساس إلى تنوع القواعد المطبقة عليها بحسب نظام المسؤولية الذي يحكم هذه الفئة من جهة، ومن جهة أخرى طبيعة المهمة أو الوظيفة التي يزاؤها المحاسب العمومي وكذا الالتزامات التي تفرضها خصوصية المهام الإدارية التي يقوم بها تتحكم بشكل كبير في حدود المسؤولية الملقاة على عاتقه.

وبهذا الصدد نعتقد أنه لإعطاء مدلول حقيقي لمفهوم المسؤولية لابد للإدارة أن تعمل على نشر ثقافة المسؤولية لدى جميع الأطراف رؤساء ومرؤوسين، على أن يتم القضاء على بعض مظاهر الإخلال بهذه المسؤولية في مجال التدبير المالي والتي من شأنها التلثير سلبا على مالية الدولة وكذا على مصالح الأفراد دون أن يتحدد مصدر اتخاذ القرار الحقيقي، المتمثلة أساسا في التعليمات الشفهية التي وإن كان لا يمكن الاستغناء عنها إلا أنه لا ينبغي العمل بها في الحالات التي يمكن أن تترتب بموجبها المسؤولية، وذلك حتى لا يتم توظيفها للتهرب من المسؤولية بتوريط آخرين تحت مبرر واجب الطاعة الرئاسية.

البَيْتُ وَالْقَوْمُ

تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة

- جائحة كوفيد19- نموذجاً -

فاطمة الزهراء القرحوني

باحثة في سلك الدكتوراه - أكدال

جامعة محمد الخامس - الرباط

إن الأزمة الصحية التي شهدتها العالم بسبب تفشي فيروس كورونا- كوفيد19 و الذي أقرت منظمة الصحة العالمية في 11 مارس 2020 بأنه جائحة عالمية، وما واكبه من إجراءات احترازية و تدابير وقائية من لدن مختلف دول العالم للحد من سرعة انتشار الفيروس، بإعلان حالة الطوارئ الصحية و فرض مجموعة من القيود التي أثرت على جميع مناحي الحياة، مما أثر سلباً على الالتزامات و العقود المبرمة بين الأفراد، لكون فيروس كورونا أحد الظواهر التي أوقعت خلافاً في العقود باعتباره سبب أجنبي عن العقد و خارج عن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية وحدث غير متوقع من قبل كافة الناس، الشيء الذي أدى إلى الإخلال بقاعدة العقد شرعية المتعاقدين و التي تفيد أن الإرادة هي التي تنشأ العقد و الإرادة هي التي تعدله أو تلغيه، فكل ما اتفق عليه الأطراف يجب أن يلتزموا به ولا يجوز العدول عنه إلا بتوافق إرادتهم أو إذا أقر القانون ذلك، كما ليس للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد أو إلغائه إلا برضى المتعاقدين.

ولكون جائحة كوفيد-19 سبب خارج عن إرادة المتعاقدين جعلت من المستحيل ومن الصعب الوفاء بالالتزامات أو تأخير تنفيذها. لهذا أثير جدال قانوني حول مدى الطبيعة القانونية للجائحة على مستوى تأثيرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين إمكانية اعتبارها قوة القاهرة و بين اعتماد الجائحة كدفع موجب لانتهاء العلاقة السببية التي تعتبر ركن لقيام المسؤولية العقدية، أو إدخاله مصاف الظروف الطارئة التي أخذت بها بعض التشريعات كسبب لتعديل و تخفيف الالتزامات الموضوعية على عاتق المدين .

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة في وقتنا الراهن نظراً للتأثير الذي خلفته الجائحة على الوضعية الاقتصادية و الاجتماعية في سائر دول العالم، مما قد يجعل البعض يتهرب من مسؤولية تنفيذ الالتزامات التعاقدية تجاه المتعاقدين و تجاه الغير .

و لدراسة هذا الموضوع سننطلق بفرضيتين، الفرضية الأولى نعتبر من خلالها الجائحة قوة قاهرة شكلت سببا يبرر التحلل من مسؤولية تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والفرضية الثانية تقوم على أساس توفر الجائحة على صفة الظروف الطارئة مما يجعل تنفيذ الالتزام صعبا .

سنعتمد في هذه الدراسة على مقارنة قانونية قضائية للإجابة على الإشكال المحوري للموضوع، المتمثل في مدى تأثير مبدأ القوة الملزمة للعقد بكل من نظرية القوة القاهرة و نظرية الظروف الطارئة ؟ وكيف أثرت جائحة كوفيد-19 على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ؟

و للإجابة على هذا الإشكال سنقسم الموضوع إلى محورين:

المحور الأول : القوة الملزمة للعقد بين نظريتي القوة القاهرة و الظروف الطارئة

المحور الثاني : تأثير جائحة كوفيد-19 على تنفيذ الالتزامات التعاقدية

المحور الأول : القوة الملزمة للعقد بين نظريتي القوة القاهرة و الظروف

الطارئة

مما لا شك فيه أن العقد المبرم بين كل من الدائن والمدين يكتسب قوة ملزمة يستمدتها بقوة القانون من إرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى ترتيب أثاره، وفق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" و التي نص عليها الفصل 230¹ من قانون الالتزامات و العقود المغربي. لهذا فالالتزامات التعاقدية التي تمخضت من إرادة المتعاقدين تكون واجبة التنفيذ و من الضروري تنفيذها بحسن نية كما هو الحال في مرحلة التكوين .

لكن إذا حل بأحد المتعاقدين عذر أو تغيرت الظروف كما الوضع حاليا في ظل تفشي جائحة كوفيد 19 ، وهو الأمر الذي نتج عنه اختلال التوازن العقدي الشيء الذي انعكس سلبا على الإلتزامات التعاقدية بما يجعل المدين من الصعب عليه أن ينفذ الإلتزامات التعاقدية التي على عاتقه أو يضطر إلى تأخير تنفيذها. ولمعرفة التكييف القانوني لجائحة كوفيد-19 لابد أن نعرض لكل من نظرية القوة القاهرة (أولا) و نظرية الظروف الطارئة (ثانيا) باعتبارهما

1 - الفصل 230 من قانون الالتزامات و العقود المغربي:
" الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، و لا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون "

نظريتان تهدفان إلى معالجة الحالات التي يصبح فيها الإلتزام التعاقدي مستحيل أو صعب التنفيذ.

أولا : نظرية القوة القاهرة

تجد نظرية القوة القاهرة أساسها القانوني في مقتضيات الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي نص على : "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه (كالظواهر الطبيعية الفيضانات، الجفاف، الحرائق، الجراد) وغارات العدو و فعل الأمير، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه مالم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين" .

فالقوة القاهرة حدث أجنبي عن المدين غير متوقع و غير مستطاع دفعه أو معجوز عن دفعه، يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدين مما يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، مما يترتب على القوة القاهرة إعفائه من تنفيذ التزامه كما قد تؤدي إلى وقف تنفيذه لحين زوال الحادث. ويبقى السؤال مطروحا حول جائحة كورونا التي تجتاح العالم، هل تشكل قوة قاهرة أم لا؟ و لتحقق واقعة القوة القاهرة و جعلها من تطبيقات جائحة كورونا لابد من أن تتوفر في الفيروس مجموعة من الشروط حددها المشرع بمقتضى الفصل 269 من قانون الالتزامات و العقود، كما حددها أيضا المشرع الفرنسي بمقتضى الفصل 1218 من القانون المدني الفرنسي²، الذي نص في فقرتها الأولى على أن القوة القاهرة هي حدث خارج عن سيطرة المدين ولم يكن يمكن توقعه بشكل معقول وقت إبرام العقد ولا توقع آثاره التي لا يمكن تجنبها من خلال التدابير المناسبة.

² - Code civil Français, Article 1218(modifié par ordonnance n°131-2016 du 10 Février 2016 art 2) :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors e de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.... ».

و في ما يلي سنعرض للشروط التي يجب توفرها في القوة القاهرة.

أ - عدم التوقع:

يعتبر من قبيل القوة القاهرة ما لا يمكن توقعه في حدود المألوف لا يخطر في الحسبان و أن لا يكون في الإمكان توقع حدوثه بمعنى أن الحدث يأتي بصفة مفاجئة بحيث لا يترك للأطراف الفرصة و الوقت لمجاهته، يعني ألا يخطر في الحسبان حصول مثله عند وقوع الفعل الضار³، لهذا لا يعتبر قوة القاهرة ما كان يمكن توقع حدوثه، كما هو الحال في فيروس كورونا الذي لم يكن لأي شخص توقعه في العالم و ما يؤكد هذا القول هو سرعة انتشاره و كثرة ضحاياه .

ب - عدم إمكانية الدفع :

لكي يشكل الحادث قوة القاهرة معفية من المسؤولية لابد أن يكون مستحيل الدفع و المقاومة بمعنى أن المدين لا قدرة له على منع نشوء الواقعة المكونة للقوة القاهرة، كما يتعذر عليه التصدي للآثار المترتبة عنها، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 269 من ق.ل.ع التي جاء فيها: "لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، مالم يقيم المدين الدليل على أنه بذل العناية لدرئه عن نفسه".

المدين وفق هذا الشرط لا يستطيع التخلص من نتائج القوة القاهرة و بالتالي يجعل تنافي الإلتزام مستحيلا، ويشترط في تلك الإستحالة أن تكون مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين⁴. اشتراط المشرع الفرنسي في عدم التوقع أن يكون وقت إبرام العقد و أن لا يكون من الممكن توقعه، كما نص على هذا في الفصل 1218 من القانون المدني الفرنسي المحدد للقوة القاهرة.

ج - أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا لا دخل للمدين فيه :

بمقتضى هذا الشرط يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا ومتى ما أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا فإنه لا محالة ينقضي، وهذا ما تقتضيه طبيعة الأشياء إذ لا التزام بما هو مستحيل⁵،

فريدة البرموكي، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه و موقف القضاء-دراسة مقارنة الطبعة الأولى، 2009، ص 252³

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المغربي نظرية الإلتزام بوجه عام، آثار العقد ص 737.
- عبد الحق الصافي، آثار العقد، المصدر الإرادي للإلتزامات، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، 2007، ص 322

5 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 3، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 2011، ص 981.

ومتى ما أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا فإنه لا محالة ينقضي حسب ما نص عليه المشرع في الفصل 335 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي⁶، وهو نفس المقتضى الذي جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 1218 من القانون المدني الفرنسي⁷، كما يجب أن يكون الحدث مستقلا عن إرادة المدين و خارجا عنها ولا يتسبب في حدوثه ولا يسبقه أو يقترب به خطأ المدين ولا ينجم عن إهمال أو تقصير وفق ما تم التنصيص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 269 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي ". لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي نتج عن خطأ سابق للمدين"، نفس الأمر ينطبق على فيروس كورونا الذي كان خارجا عن إرادة الجميع.

يمكن القول من خلال ما سبق أن جميع شروط القوة القاهرة تتحقق في فيروس كورونا و يمكننا أن تؤدي إلى انقضاء الإلتزام التعاقدي لاستحالة تنفيذه، لكن هناك من الإلتزام الذي لم يغدو بعد مستحيلا لكنه صعب التنفيذ باعتبار فيروس كورونا ظرف طارئ.

ثانيا : نظرية الظروف الطارئة

يعرف الظرف الطارئ بأنه كل حدث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن العقد و يتراخى تنفيذه إلى أجل قد يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف و قد يحدد بتدخل القاضي، ووفق هذا الظرف الطارئ يصبح تنفيذ المدين للإلتزام يرهقه إرهابا شديدا ينذر به خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في الخسائر⁸.

فهي إذن ظروف جديدة جعلت تنفيذ العقد أكثر إرهابا لأحد المتعاقدين يقتضي الأمر بموجبها معالجة الآثار التي تضر أحد المتعاقدين نتيجة تغيير للظروف التي بني العقد من خلالها، هذا الظرف الذي يعطي للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد أو فسخه، والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينص تشريعيًا على نظرية الظروف الطارئة ولم يطبقها قضائياً⁹. عكس بعض التشريعات التي نصت على هذه النظرية كالقانون المصري من خلال تنصيصه على

6 - الفصل 335 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي ينص على :

" ينقضي الإلتزام إذا نشأ و أصبح محله مستحيلا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطابه و قبل أن يصير في حالة مطل "

7 - جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 1218 : "...إذا كان المانع نهائيا يفسخ العقد تلقائيا و يتحرر الأطراف من الإلتزاماتهم ..."

8 - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث، ج 1 ص 631.

9 - لكن هناك من الباحثين من يعتبرون أن المشرع نص على قواعد نظرية الظروف الطارئة عند معرض التنصيص على منح مهلة الميسرة في الفصل 243 من ق.ل.ع. محمد الكشور، المرجع السابق، ص 171.

نظرية الظروف الطارئة في المادة 147¹⁰. والمادة 1195¹¹ من القانون المدني الفرنسي التي أضافت حماية خاصة للعلاقة التعاقدية، والمستحدثة بمقتضى المرسوم رقم 131 لسنة 2016. بناء على ما سبق يمكن أن نستخرج الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جائحو كوفيد-19 والتي تتمثل في :

أ - وجوب وقوع حادث استثنائي:

يقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الحدث المكون للظرف الطارئ والذي يجب أن يكون نادر الوقوع وغير مألوف، بمعنى خارج عما ألفه الناس واعتادوا عليه، كما هو الحال في فيروس كورونا حيث أنه غي مألوف بحيث استطاع أن يغزو العالم و يفرض حجرا صحيا على الكافة مما انعكس سلبا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

ب - أن يكون هذا الظرف عام وغير ممكن الدفع:

لابد أن يكون هذا الشرط عاما غير مرتبط بالمدين فقط بل يجب أن يكون الظرف شاملا للعديد من الأفراد كما هو الحال في جائحة كوفيد التي شكلت ظرفا عاما و شاملا لكل دول العالم.

ج - أن يصبح تنفيذ الإلتزام بعد وقوع هذا الحادث مرهقا للمتعاقد المدين:

العبرة في هذا الشرط بما يتحملة المدين من خسارة فادحة و غير طبيعية، كما أن معيار تطبيق الخسارة معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى شخص المدين بالذات حتى و لو كان ثريا¹²، فالعبرة وفق هذا الشرط بما يتحملة المدين من خسارة.

بعد كل ما سبق ذكره في كل من القوة القاهرة ، و الظروف الطارئة يتبين لنا أن هاتين النظريتين لكي تنطبقا على جائحة كوفيد-19 لابد أن تتوفر فيهما الشروط والمقومات التي

10 - الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني المصري:

"...ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

11 - Elsa HADDAD ,La coronavirus et ses conséquences sur les contrats, cas de force majeure ou cause d imprévision ?

Adresse de l'article : <http://www.village-justice.com,34373.html> 07/12/2020 page : 2

- المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي تنص على : " إذا كان هناك تغيير في الظروف بشكل غير متوقع يجعل التنفيذ مرهق للغاية لأحد الأطراف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع متعاقد، مع مواصلة أداء التزماته أثناء التفاوض، وفي حالة الرفض أو عدم إعادة التفاوض، يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في التايخ وفقا للشروط التي يحدونها، أو أن يطلب من القاضي الموافقة على إعادة تعديل العقد، في حالة عدم وجود اتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل العقد أو يضع له حد في التاريخ و بالشرط التي يحددها "

12 - جيلالي بن عيسى، نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الإلتزامات التعاقدية، مجلة العيار، المجلد التاسع، العدد الثاني 2018، ص 134

تجعل منهما تطبيقا لفيروس كورونا. كما يعلم الجميع فيروس كورونا شكل حادث استثنائي غير عادي في تاريخ البشرية ولم يسبق أن ألفه عامة الناس و المتعاقدين خاصة، كما أن فيروس كورونا لم يكن من الممكن توقعه ولا إدراكه من قبل المتعاقدين بحيث استعصى على الجميع دفعه أو القيام بما يلزم لدفعه، لهذا فقد شكل فيروس كورونا حدثا استثنائيا أثر سلبا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بشكل يجعل تنفيذ الإلتزام من قبل المدين مستحيل التنفيذ كما هو الحال في القوة القاهرة أو جد مرهق كما في الظروف الطارئة.

و لكل هذا نقول على أنه يمكن اعتبار جائحة كوفيد من تطبيقات القوة القاهرة متى ما أرهقت كاهل المدين في الوقت الذي يكون فيه المدين في وضعية صعبة يستحيل معها تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، نتيجة تحقق شروط القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه.

كما يمكن كذلك إعمال نظرية الظروف الطارئة للقول بأن جائحة كوفيد-19 ظرفا طارئا في حالة ما بقي العقد قائما متسما بالقوة الملزمة للعقد بحيث لا يمكن تعديله أو نقضه إلا باتفاق أطراف العقد أو لأسباب يقرها القانون. واعتبار الجائحة وفق تحقق شروط الظروف الطارئة التي تجعل من العقد قائما حتى لو كان المدين مرهقا عن التنفيذ، باعتبار العقد يستمد قوته من اتفاق الطرفين و هنا فالجائحة باعتبارها من الأوبئة ليست مبررا لفسخ العقد أو التحلل من تنفيذه إذ لا حرج في تنفيذه لاحقا.

المحور الثاني : تأثير جائحة كوفيد-19- على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يحق لأي طرف من أطراف العقد التحلل من إلتزاماته بإرادة منفردة أو تعديله أو إلغائه من قبل القضاء دون رضا الطرفين، لكن في ظل جائحة كوفيد-19 ومتى ما تواجد عذر قهري أو تغيرت الظروف التي أبرم فيها العقد بحيث أصبحت تؤدي إلى اختلال في التوازن الإقتصادي بين الطرفين أو تجعل تنفيذه مستحيلا أو مرهقا. حيث يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد إلى الحد الذي يرفع به الضرر بما فيه اللجوء إلى فسخ العقد.

أولاً : التكييف القانوني لتنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل الجائحة

باعتبار كل من القوة القاهرة و الظروف الطارئة أسباباً أجنبية عن العقد فإنهما لا محالة يؤثران سلباً على تنفيذ الالتزامات التعاقدية متى ما اجتمع فيهما جميع الشروط التي ينبغي توافرها. كما أنه لابد للمدين أن يثبت أنه عند قيامه بإبرام العقد لم يكن يتوقع أن الحادثة المتمثلة في الانتشار السريع للفيروس ممكنة الوقوع، ويتم تقدير ذلك وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي مما لا يمكن أن يتوقعه الرجل العادي عندما يكون في الظروف نفسها و لا يأخذ بالمعيار الشخصي للفرد المدين.

إذا تسببت جائحة كوفيد-19 في استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية كأن يصبح الوفاء بالإلتزام مستحيلاً استحالة مطلقة أو جزئية، بفعل ما اتخذته السلطات من فرض حالة الطوارئ الصحية و ما رافقها من إجراءات صارمة كفرض الحجر المنزلي و غلق جميع المحلات وغيرها من التدابير، فإن جائحة كوفيد-19 تغدو قوة القاهرة. كما هو الحال في الصين التي أعلنت من خلال "مجلس الصين لتعزيز التجارة الدولية-CCPIT" أنها ستمنح شهادات القوة القاهرة للشركات الصينية التي يتأثر نشاطها من الوباء¹³، كما أعلن وزير الاقتصاد و المالية الفرنسي Bruno Le Maire بتاريخ 28 فبراير 2020 أن وباء كورونا هو قوة القاهرة للمقاولات والأشخاص الذاتية، لتبرير عدم تطبيق غرامات التأخير ضدها، والتعويضات في حالة عدم الإلتزام بتنفيذ العقود¹⁴.

و سنتطرق في ما يلي إلى الحالات التي يكون فيها الإلتزام مستحيل التنفيذ و الحالات التي نكون أمام صعوبة في تنفيذ الإلتزامات .

أ: استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية

باعتبار جائحة كوفيد-19 قوة القاهرة فإنها تؤدي لا محالة إلى استحالة تنفيذ الإلتزام سواء كانت استحالة مطلقة أو جزئية و من ثمة تكون جائحة كوفيد-19 سبباً لانقضاء الإلتزامات التعاقدية، حيث تعتبر استحالة التنفيذ من أسباب انقضاء الإلتزام كما جاء في الفصل 319 من ق.ل.ع. فالإلتزام ينقضي إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة مطلقة أو جزئية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل حسب الفصل 335 من ق.ل.ع. ومن أجل أن

¹³ - Aymeric DISCOURS/ Shurrong QU/ Jacques BUHART, L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats, Etude comparative droit chinois / droit français, LA SEMAINE DU DROIT LIBRES PROPOS, N° 12 -23 MARS 2020, LEXISNEXIS SA, Page559

¹⁴ - Ludovic Landivaux , Contrats et Coronavirus un cas de force majeure ? Ca dépend. Le droit en débat , Dalloz 2020.

يدفع بالقوة القاهرة عليه أن يثبت أنه عند قيامه بإبرام العقد لم يكن يتوقع انتشار فيروس كورونا.

- الاستحالة المطلقة:

إذ استحالة على المدين في التزام تعاقدية تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته يعزى إلى قوة القاهرة كما الحال في جائحة كوفيد-19، فإن هذا يشفع له في التحلل من مسؤوليته العقدية و من الالتزام بالتعويض و يشترط في هذه الاستحالة أن تكون مطلقة. طبقا للفصل 268 من قانون الالتزامات و العقود وينتج عن الاستحالة المطلقة تحلل الملتزم من جميع الإلتزام إذ لا يحق للدائن أن يجبره على تنفيذ الإلتزام الذي أثبت المدين أن الإستحالة المطلقة ناتجة عن القوة القاهرة و أن لا دخل له في الاستحالة .

- الاستحالة الجزئية:

في حالة استحالة تنفيذ الإلتزام العقدي استحالة جزئية بسبب جائحة كوفيد-19 فلا ينقضي الإلتزام ولا تبرأ ذمة المدين من التزامه كليا، وإنما يلزم بالوفاء بما يكون صالحا لذلك بحيث يبقى المدين ملزما بتنفيذ الجزء الذي لم تشمله الإستحالة، أما إذا كانت طبيعة الإلتزام لا تقبل الإنقسام أو كان ما استحال تنفيذه هو الجزء الأهم في الإلتزام كان للدائن الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي و بين أن يفسخ الإلتزام في مجموعه¹⁵.

وفق ما سبق يتبين لنا أن القوة القاهرة تؤدي دورها المعفي من الإلتزام و المسؤولية باعتبارها واقعة تنشأ مستقلة عن إرادة المدين و لا يكون باستطاعته توقعها و لا دفعها، الشيء الذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا استحالة مطلقة كهلاك الشيء موضوع الإلتزام أو يجعل استحالة تنفيذ الإلتزام مؤقتة فإنها لا توقف تنفيذ الإلتزام مالم تستغرق مدة الوقف مدة التنفيذ و يترتب على تحقق اثار القوة القاهرة إعفاء المدين من تنفيذ التزامه. كون هذا التنفيذ أصبح مرهقا و صعبا ، كما قد يؤدي إلى وقف التنفيذ إلى حين زوال الحادث الذي يعيق تنفيذ الإلتزام.

ب : الصعوبة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

في حالة عدم قابلية القوة القاهرة للتطبيق بكون تنفيذ الإلتزام ليس مستحيلا، وإنما مرهقا للمدين، يمكن اللجوء إلى مقتضيات نظرية الظروف الطارئة، إذ من خلالها يمكن للأطراف

¹⁵ - راجع مقتضيات الفصل 336 من قانون الإلتزامات و العقود المغربي.

إعادة التفاوض على الإتفاق الأصلي في إطار المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي¹⁶. و باعتبار جائحة كوفيد-19 تقوم مقام الظروف الطارئة متى ما أصبح تنفيذ في ظل وجود فيروس كورونا أصبح أمرا مرهقا و معسرا دون أن يصل إلى درجة الإستحالة. لكون محل الإلتزام لم يهلك لكن تنفيذه مرهقا و باهظ التكلفة.

إذا فضل الأطراف التفاوض على اللجوء إلى القضاء ، فلا يحق للمتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا بدرجة كبيرة نتيجة لتغير ظروف العقد أن يلجأ إلى القضاء بشكل مباشر من دون أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض بشأنه، فإن رفض المتعاقد الآخر التفاوض أو فشلت المفاوضات جاز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد او اللجوء للقضاء بغية تطويعه خلال مدة معقولة و خلق الموازنة بين مصلحة الطرفين برد الإلتزام المرهق إلى حده المعقول، فإن غاب الاتفاق على هذه المدة جاز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين تعديل العقد أو إنهائه وفقا للتاريخ و الشروط التي يحددها¹⁷.

لكن يطرح التساؤل حول الإطار القانوني الذي يلجأ إليه المدين في وضعية إرهاب حال دون تنفيذ التزامه في التشريعات التي لم تولي تنظيما قانونيا لنظرية الظروف الطارئة، كما هو الحال في التشريع المغربي الذي لم ينظم هذه النظرية.

يمكن القول أن المدين الذي يصبح تنفيذ التزامه مستحيلا و مرهقا بإمكانه اللجوء لبعض القواعد القانونية التي من شأنها أن توفر له الحماية تجاه الأثار السلبية لجائحة كوفيد-19، و نذكر بهذا الخصوص مهلة الميسرة، المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 243 من ق.ل.ع المغربي، التي خولت للقضاة السلطة في أن يمنحوا المدين أجلا معتدلة للوفاء و أن يوقفوا إجراءات مطالبة الدائن بدينه لتعديل الإلتزامات التعاقدية بما يضمن إرجاع مبدأ التوازن العقدي .

¹⁶ - COVID-19 ET FORCE MAJEURE EN DROIT FRANÇAIS, ALEXANDER BBAILLY et XAVIER HARANGER PARTNER, Publication - Morgan Lewis, April 06/2020, P : 4

¹⁷ - حيدر قليح حسن، أثر جائحة كورونا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون-جامعة بغداد، العدد الأول 2020 ص 442

ثانيا: المقاربة القضائية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين القوة القاهرة و الظروف

الطارئة

كان لابد لنا في هذه الدراسة أن نعرض للمقاربة القضائية للأوبئة باعتبارها أحداثا تؤثر على أطراف العلاقة التعاقدية كما الحال في جائحة كوفيد-19 الذي يصعب معه القول أو الحكم بانعدام توفره على شروط كل من القوة القاهرة أو الظرف الطارئ لا سيما أمام انعكاسه السلبي على اقتصاديات الدول وعلى مجتمعاته. لهذا كان لابد من المقاربة القضائية للأوبئة في كل من القضاء المغربي و القضاء الفرنسي، ومدى اعتبارها ظروفًا مؤثرة من عدمها في العلاقة التعاقدية. لإعادة التوازن العقدي و إرجاع الإلتزام المرهق لحده المعقول.

فمتى ما توفرت شروط الظرف الطارئ جاز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في حدود مهمته برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لإعادة التوازن إلى العقد و توزيع تبعات الحادث الطارئ على الطرفين. فالتشريعات التي نظمت نظرية الظروف الطارئة تركت للقضاء السلطة التقديرية لإثباتها مقيدة إذ تفرض عليه التيقن من توفر شروط هذه النظرية¹⁸. وفي غياب هذه النظرية في التشريع المغربي نجد أنه من الصعب على القاضي تكييف جائحة كوفيد-19 على أنها ظرف طارئ لتعديل العقد لما يتناسب من الإرهاق الذي أصاب المدين. لكن يجوز للقاضي أعمال الفصل 243 من ق.ل.ع لتمتع المدين بمهلة الميسرة التي يمكن من خلالها للقاضي وخصوصا في الظروف الحالية للموازنة بين استقرار المعاملات التعاقدية. كما يمكن للمدين في حالة الإستعجال أن يقدم طلبا لرئيس المحكمة الابتدائية لوقف إجراءات التنفيذ و منحه مهلة قضائية للوفاء، وفي هذا السياق منح نائب رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسات للمدعية أجلا استرحاميا مدة شهر قبل إفراغها من المنزل مراعاة للظرفية الحالية¹⁹.

لإعمال نظرية القوة القاهرة من قبل القضاء المغربي لابد من تقديم طلب ممن له مصلحة في الدفع بها إذا ما توفرت شروطها، ويبقى على عاتق المدين إثبات توافر هذه الشروط، إثبات يكون على سبيل اليقين لا الشك والاحتمال، حيث تتشدد عادة المحاكم العليا في

18 - محمد الكشور، نظام التعاقد و نظريتا القوة القاهرة و الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص 137.

19 - أمر استعجالي رقم 318 في الملف عدد 318/09/11/20 بتاريخ 2020/03/16 و الذي جاء فيه " وحيث إنه أمام الوضعية الإستثنائية التي تمر بها المملكة المغربية و المتمثلة في انتشار وباء كورونا المستجد و ما يمكن أن ينتج عنه من مساس الوضعية الصحية للمواطنين خاصة أمام قار الدولة المتمثل في التزام المواطنين بمسكنهم و عدم الإختلاط فإن إفاغ المنفذ عليها من مسكنها هي و ابناتها الصغار في الوقت الراهن من شأنه الإضرار و المساس بالصحة العامة، مما يكون معه الطلب وجبها و مبررا و يتعين الاستجابة إليه و ذلك بمنحها أجلا مناسباً لكلا الطرفين و عملا بمقتضيات الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية و تطبيقا للفصل 440 من نفس القانون . و لأجله تم منح أجل شهر مهلة استرحامية على أن تستأنف عملية التنفيذ مباشرة بعد انتهاء الأجل "

مراقبتها لقضاة الموضوع أثناء تعليهم لسلطتهم التقديرية، وهو ما أكدته محكمة النقض المغربية في عدد من قراراتها و منها قرار عدد 54/7 بتاريخ 2014/2/4 و قرارها 1/24 بتاريخ 2019/01/10²⁰

أما في تونس فقد تدخل المجلس الأعلى للقضاء التونسي بمذكرة في تاريخ 15/03/2020 اعتبر فيها أن الوضع الاستثنائي الذي تمر به البلاد بسبب فيروس كورونا يدعو إلى اعتبار هذا الوضع الصحي العام من قبيل القوة القاهرة²¹، كما اعتبر القضاء الفرنسي في قراراته عن محكمة الإستئناف بكولمار Colmar بتاريخ 12/03/2020 أن استحالة حضور المستأنف للجلسة لاحتمال إصابته بفيروس كورونا يعتبر قوة القاهرة يسمح بغيابه²².

و في ما يلي سنعرض لبعض القرارات القضائية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الالتزامات في زمن الأوبئة قصد معرفة تكييفها القضائي الذي سينعكس لا محالة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية وهل يمكن إسقاطها على جائحة كوفيد-19. فالقضاء الفرنسي يأخذ بمعيار زمن و مكان وقوع الوباء و مدى توفر شروط إحدى النظريتين. فلقد استبعدت السوابق القضائية الفرنسية حالة القوة القاهرة في عدة قرارات.

أكدت محكمة بداية باريس سنة 2006 على وجوب توفر شرطي عدم المقاومة و عدم التوقع لوصف الوباء بالقوة القاهرة حيث جاء في حكمها أن "انتشار فيروس التهاب الدماغ الياباني في دولة نيبال يسقط شرط عدم التوقع... و هذا المرض متكرر خلال الرياح الموسمية في هذه المنطقة، و لم يسجل سوى 43 حالة وفاة في البلاد"²³.

وفي سنة 2014 اعتبرت محكمة استئناف بينساسون Besançon الفرنسية في حكمها أن "فيروس H1N1 لا يشكل بذاته قوة القاهرة في وقت إبرام العقد محل النزاع لسهولة تنبؤه لكثرة الإعلانات الصادرة قبل بداية الإجراءات الصحية"²⁴. وفي 2016 جاء في قرار محكمة استئناف

²⁰ - Mohamed KHADRAOUI, coronavirus : les rapports contractuels face au cas de force majeure, <http://www.Medias24.com-2-8463-html> le 17/mars/2020.

²¹ - الموقع الإلكتروني أنباء تونس KAPITALIS <http://www.kapitalis.com/anbaa-tounes/2020/03/15> /كورونا-المجلس-الأعلى-للحضاء- في 15 مارس 2020 على الساعة 20:57.

²² - قرار محكمة الاستئناف كولمار Colmar رقم 01098/20 في تاريخ 12 مارس 2020.

²³ - T. Grande Instance Paris, 12 Décembre 2006, no. 05/03905, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualité.fr.

²⁴ - C A Besançon, 8 janvier 2014, RG 12/02291, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualité.fr.

باريس أن ضعف الصلة السببية بين فيروس إيبولا Ebola وتأخر الشركات الأفريقية عن سداد المنتوجات المالية لصندوق الضمان الاجتماعي²⁵.

كما اعتبرت محكمة استئناف تولوز في سنة 2019 أن الدفع بانتشار وباء إنفلونزا الطيور لا يكفي لتبرير التأخر عن الأداء طالما أنه لا يجعل تنفيذ مستحيلا، طالما لم يتم الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية²⁶.

استبعدت القرارات القضائية السالفة الذكر توفر حالة القوة القاهرة بسبب قدرتها على التنبؤ و لكونها كانت متوقعة و كذا مخاطر انتشارها واثارها على الصحة أي أن عواقبها لم تكن كبيرة بما يكفي و استبعدت التذرع بها لرفض أداء التزام أو طلب إنهاء العقد لكن فيروس كورونا المستجد جديد وغير معروف سابقا لدى البشر و أن سرعته ومدى انتشاره غير مسبوق و إعلان حالة الطوارئ الصحية في المغرب من خلال المراسيم يشكل حالة غير مسبوقه من شأنها أن تبرر معيار عدم القدرة على الدفع و التنبؤ.

المكان و الظرف هما من يجعلان من أوبئة معينة قوة القاهرة، مثل ما جعل من أحد الأوبئة الأخرى مجرد أزمات صحية مؤقتة لا تصل إلى درجة القوة القاهرة من تم استحالة التحلل من الالتزامات التعاقدية و ما يترتب عنها لأن الظروف نفسها لا تؤدي بالضرورة الى النتائج نفسها.

²⁵ -C A Paris,17 Mars 2016, R G n° 15/04263, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualité.fr.

²⁶ C A. Toulouse, 3 Octobre Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualité.frobre 2019, n°19/01579

خاتمة:

إن انتشار فيروس كورونا، و ما واكبه من تدابير احترازية و وقائية لتفادي انتشار عدوى الفيروس، شكل بلا شك حدثا استثنائيا أثر سلبا على الالتزامات التعاقدية. إذ لا يمكن الجزم أن إحدى النظريتين أولى بالتطبيق من الأخرى، بل يتعين النظر في كل حالة على حدى حسب ما إذا أدى الفيروس إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية أنه جعل تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين .

و الملاحظ من خلال هذه الدراسة أن مقتضيات كلا النظريتين ظلت جامدة منذ إصدار قانون الالتزامات و العقود و لا تراعي للتحويلات الاجتماعية و الاقتصادية الحاصلة مما يستوجب بالضرورة تدخل المشرع المغربي من أجل إضفاء تعديلات على أحكام النظريتين لمواكبة التطورات و لمواكبة مختلف أنواع الأوبئة و الجوائح قصد حماية المنظومة التعاقدية و احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و ضمان الحماية الممكنة لتنفيذ الالتزامات العقدية.

و يبقى للقاضي السلطة التقديرية لتكييف الواقعة حسب طبيعة الالتزام ، بالاعتماد على عنصري الزمان والمكان وعلى مدى توفر الشروط القانونية للقوة القاهرة التي تقضي بانفساخ العقد و انقضاء الالتزام إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما إذا رأى القاضي أن هناك إرهاقا للمدين يقوم برد الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول لضمان حسن تنفيذ العقود. في انتظار تقنين المشرع المغربي لنظرية الظروف الطارئة إسوة بالمشرع الفرنسي.

لأئحة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

1. جيلالي بن عيسى، نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية، مجلة العيار، المجلد التاسع، العدد الثاني 2018.
2. حيدر قليح حسن، أثر جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون-جامعة بغداد، العدد الأول 2020 .
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار إحياء التراث، ج1 .
4. عبد الحق الصافي، آثار العقد، المصدر الإرادي للالتزامات ، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، 2007.
5. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 3، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان- الطبعة الثالثة 2011.
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المغربي نظرية الإلتزام بوجه عام، آثار العقد.
7. فريدة اليرموكي، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه و موقف القضاء-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، 2009.
8. محمد الكشور، نظام التعاقد و نظريتا القوة القاهرة و الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة .

الموقع الإلكتروني أنباء تونس - KAPITALIS [http://www.kapitalis.com/anbaa-](http://www.kapitalis.com/anbaa-tounes/2020/03/15) [tounes/2020/03/15](http://www.kapitalis.com/anbaa-tounes/2020/03/15) /كورونا-المجلس-الاعلى-لل قضاء- في 15 مارس 2020 على الساعة 20:57.

المراجع باللغة الفرنسية :

1. Aymeric DISCOURS/ Shurrong QU/ Jacques BUHART, L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats, Etude comparative droit chinois / droit français, LA SEMAINE DU DROIT LIBRES PROPOS, N° 12 -23 MARS 2020, LEXISNEXIS SA.
2. C A Besançon, 8 janvier 2014, RG 12/02291, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualite.fr.
3. C A Paris, 17 Mars 2016, R G n° 15/04263, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualite.fr.
4. C A. Toulouse, 3 Octobre Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualite.fr. frobre 2019, n°19/01579
5. COVID-19 ET FORCE MAJEURE EN DROIT FRANÇAIS, ALEXANDER BBAILLY et XAVIER HARANGER PARTNER, Publication - Morgan Lewis, April 06/2020.

6. Elsa HADDAD, La coronavirus et ses conséquences sur les contrats, cas de force majeure ou cause d'imprévisions ? Adresse de l'article : <http://www.village-justice.com> ,34373.html 07/12/2020
7. Ludovic Landivaux , Contrats et Coronavirus un cas de force majeure ? Ca dépend. Le droit en débat, Dalloz 2020.
8. Mohamed KHADRAOUI, coronavirus : les rapports contractuels face au cas de force majeure, <http://www.Medias24.com>-2-8463-html le 17/mars/2020
9. T. Grande Instance Paris, 12 Décembre 2006, no. 05/03905, Dalloz actualité, 4 Mars 2020 ; La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, www.dalloz-aactualite.fr.



تعويض ضحايا الجرائم بناء على أساس اجتماعي دراسة مقارنة

د. رشيد البقالي

دكتور في القانون العام

إطار تابع لوزارة الداخلية

مقدمة:

إن من أخص واجبات الدولة، كفالة حماية مواطنيها بدفع التعدي عنهم، باتخاذ الوسائل التي تحول دون وقوع فعل الإيذاء أيا كانت صورته أو وسيلته، سواء بفعل من جانب الغير أو من جانب الدولة ذاتها عن طريق موظفيها، إذ بدون هذه الحماية تعم الفوضى، ويضطرب الأمن، ويشعر المواطن بعدم الطمأنينة¹.

وقد تتمكن الدولة من دفع هذا التعدي بتوقيع العقوبة على مرتكب الفعل أو إزالة تصرفها الضار، إلا أن ذلك قد لا يكون كافيا لجبر الضرر، وهنا ثارت مدى إلزامية الدولة عن تعويض المجني عليه أو المتضرر عما لحق به من ضرر.

وفي ظل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه مجموعة من الدول، المرتبط بإقرار مبدأ التزام الدولة بالتعويض عن أضرار الجرائم، لا ملجأ إلا للقضاء للمطالبة بالتعويض، إلا أن الملاحظ هو ندرة الأحكام القضائية في هذا الجانب، الشيء الذي يمكن إرجاعه إلى عدم تبني الكثير من المؤسسات التشريعية لهذه الفكرة.

ويعتبر مؤتمر "بودابست" أهم وأكثر المؤتمرات تعرضا لمبدأ التزام الدولة بتعويض المتضرر من الجريمة²، إلا أنه رغم توالي الندوات والمؤتمرات إلا أنها لم تصل حتى الآن إلى الحد المطلوب حتى تلفت نظر التشريعات بضرورة إرساء مبدأ التزام الدولة بتعويض الضحايا³.

وتتمثل أهم الدوافع التي تساند فكرة التزام الدولة بالتعويض، في مساوئ نظام الادعاء المدني في إطار الدعوى الجنائية، والتي لا حصر لها حتى أصبح هذا النظام يوصف بأنه نظام صوري صورية مطلقة، نظرا لما يواجهه المتضرر من صعوبات تتمثل في ضياع الوقت لهثا خلف

¹- محسن العبودي، أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم في القانون الجنائي والاداري والشرعية الاسلامية، دار النهضة العربية، طبعة 1990، ص. 1.

²- انعقد مؤتمر "بودابست" في هنغاريا في عاصمتها بودابست في الفترة ما بين 9-15/9/1974 لمناقشة موضوع تعويض المجني عليهم.

³- دنون يونس صالح المحمدي، تعويض الأضرار الواقعة على حياة الإنسان، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2013، ص. 523.

الدعوى الجنائية، أو كثرة النفقات في الأوجه المختلفة لمواصلة التقاضي، أو كانت حول النتيجة اللدشئ - في أغلب الأحيان- التي تصدم حق المتضرر في الحصول على التعويض.

لقد أصبح التعويض في مفهومه الحديث مسؤولية الدولة والمجتمع، فمن واجبهما أن يتضامنا لحماية المتضرر⁽⁴⁾، فإزاء القصور في الوسائل التي تؤدي إلى إشباع رغبة الضحايا في الحصول على التعويض المناسب الذي يساهم في إزالة بعض الآثار الناجمة عن الجرائم وبعض الآفات الاجتماعية والطبيعية، نشأ اتجاه يرمي إلى تقرير حقه في اقتضاء تعويض من الدولة في حالة فشله في الحصول على التعويض المناسب من الجاني أو من جهات المساعدات الاجتماعية الأخرى.

وقد تباينت التشريعات الحديثة حول مبدأ تعويض الدولة للمتضررين من الجرائم ومدى الالتزام به، فمنها من رفضه من الأساس وهي تمثل الأكثرية، ومن التشريعات ما تبنى حلا وسطا بحيث قرر التعويض عن بعض الجرائم ويقدر محدد، ومنها من أخذ بمبدأ أن تلتزم الدولة بتعويض المتضرر من - أية جريمة- ما دام قد تضرر منها⁵.

فالدولة يجب عليها أن تتدخل لتقديم التعويضات للمتضررين في الحالات التي يتعذر فيها على المتضرر الحصول على تعويض بسبب عدم التعرف على المسؤول في إحداث الضرر أو بسبب إعساره، ويمكن أن يدخل ضمنهم أيضا ضحايا الكوارث التي تحدث بفعل إنساني كجرائم الإرهاب وأعمال العنف الناتجة عن الاضطرابات والتجمهرات باعتبار أنه في حالات كثيرة لا يعرف المسؤول عنها، والعللة هي أن المتضرر لا يمكنه مطالبة أحد بالتعويض رغم فداحة ما أصيب به من أضرار⁶.

وفي هذا الإطار، فالقول بأن إلزام الدولة بدفع هذه التعويضات يشكل عبئا ماليا جديدا يثقل كاهلها، مردود عليه بأن هذا العبء المالي هو من واجباتها الأساسية، فتقديم العون والمساعدة في مثل هذه الحالات هو واجب تلتزم به الدولة على اعتبار أنها ممثلة للجماعة.

(4)- حمدي أبو النور السيد عويس، "مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الكوارث"، دار الفكر الجامعي. الاسكندرية، الطبعة الأولى 2016، ص. 25.

⁵- ذنون يونس صلاح المحمدي، مرجع سابق، ص. 501.

⁶- حمدي أبو النور السيد عويس، مرجع سابق، ص. 28.

وللإشارة فإن الدستور المغربي⁷ قد أشار في بعض مقتضياته (الفصل 40) إلى واجب تحمل التكاليف الناتجة عن الأعباء العامة، كما أن التصدير أكد على أن المملكة المغربية وفيه لاختيارها في بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، لتواصل بعزم إرساء دعائم مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة وتكافؤ الفرص والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة، زيادة على حماية منظومة حقوق الإنسان والإسهام في تطويرها مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة.

ويعتبر الاهتمام بحقوق الضحية جزء لا يتجزأ من حقوق الانسان، وفي هذا الإطار أكدت مبادئ "ماستريخت"⁸ التوجيهية على ترابط حقوق الانسان، بكونها غير قابلة للتجزئة ومتداخلة ومترابطة ومتساوية في الأهمية بالنسبة إلى الكرامة الإنسانية، وبالتالي لا يمكن التجزئة أو التفريق بين المسؤولية عن انتهاك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ويتبنى جانب من الفقه الفرنسي فكرة تعويض المتضررين عن طريق صناديق الضمان الاجتماعي⁹، ويرى البعض الآخر أن التضامن الاجتماعي يبقى مجرد آلية ووسيلة لإلزام الدولة بجبر الضرر ومنح التعويض خارج نظام المسؤولية الإدارية التقليدية، فالتعويض يمكن طلبه عن طريق نظام المسؤولية الإدارية أو عن طريق نظام الضمان وهما نظامان متكاملان ولا تعارض بينهما¹⁰.

إن إحداث صناديق الضمان الاجتماعي، يقوم على أساس مبدأ التضامن الوطني الذي يوجب تعويض الأشخاص المتضررين من الجرائم والكوارث التي تحدث بفعل إنساني على اعتبار أنه يجب التضامن بين جميع المواطنين أمام الأعباء العامة في مثل هذه الحالات¹¹.

فالنقاش حول مدى وجوب تدخل الدولة لتعويض المتضررين وحدود هذا التدخل، دفع بعض الأنظمة المتقدمة إلى تأسيس صناديق الضمان الاجتماعي، وإن كان البعض لا يرى في

⁷- دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليوز 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليوز 2011.

⁸- يمكن اعتبار مبادئ "ماستريخت" التوجيهية المتعلقة بإعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مرجعية أساسية للمعايير الدولية ذات الصلة، فهي اعتمدت من قبل مجموعة من الخبراء في القانون الدولي في ورشة عمل حول مضمون الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمسؤولية في حالة الانتهاكات وسبل الانصاف، عقدت في "ماستريخت" بهولندا خلال الفترة من 22 الى 26 يناير 1997.

⁹- J.M, Pontier « Le sida, de la responsabilité à la garantie sociale », RFDA, 1992, P. 564.

¹⁰-V.T.Trenoux, un nouveau cas de garantie sociale , RFDA, 1987, p. 909.

¹¹- تحيل مقدمة الدستور الفرنسي لسنة 1958 على مقدمة دستور 1946 التي تنص على ما يلي: "المساواة والتضامن لكل الفرنسيين أمام الأعباء الناتجة عن الكوارث العامة".

-G .Durry, Responsabilité médicale et solidarité nationale » risques 2002, n° 49, p. 113

هذه الصناديق سوى مساعدات للمتضررين لا تقدم للمتضرر ما يغطي كل الأضرار التي أصابته كما أنها لا توجد سوى في بعض الدول دون غيرها¹².

ففي أوروبا عرف ضمان المسؤولية تطورا متصاعدا في اتجاه التعويض عن مجموعة من المخاطر الاجتماعية حيث لجأت تشريعات هذه الدول إلى إنشاء صناديق تعويض أو ضمان¹³، بخلاف ذلك لم يعرف إقرار مثل هذه الصناديق في المغرب تطورا مماثلا حيث اقتصر فقط على تغيير وتتميم القانون رقم 147.99¹⁴ المتعلق بمدونة التأمينات بصور قانون رقم 110.14¹⁵ بتاريخ 25 غشت 2016 المتعلق بإحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية.

ويكتسي موضوع تعويض ضحايا الجرائم أهمية نظرية تتمثل في توفير الإطار النظري لجبر أضرار ضحايا الجرائم في ظل واقع تطبعه ندرة في عدد المؤسسات والتشريعات التي تقرر مسؤولية الدولة عن أضرار الجرائم، بسبب قلة الدراسات الفقهية التي لا زالت تسيطر عليها الحادثة أو عدم النضج الكافي لتشكّل أرضية ودافعا قويا سواء للتدخل التشريعي لإقرار مبدأ التزام الدولة بالتعويض في مثل هذه الحالات، أو الإقرار القضائي لهذا النوع من الالتزام الذي لا زال لم يحظ من قبل القاضي بالقبول مثلما حظي به موضوع المسؤولية عن المخاطر الناجمة مباشرة عن أنشطة السلطات الإدارية. كما تتمثل الأهمية العملية في حاجة المتضررين من الجرائم إلى الدراسات الميدانية الخاصة بالمقاربات والتوجهات الواقعية التي تشكل الأرضية القانونية لجبر ضررهم.

أما الإشكالية الأساسية لهذا الموضوع تتجلى فيما يلي: ما مدى التزام الدولة بتعويض المجني عليه أو المتضرر من الجريمة بناء على أساس اجتماعي؟

في هذا الإطار اعتبر جانب من الفقه¹⁶ تعويض الضحايا يقوم على أساس اجتماعي حيث ساهمت بعض الدراسات والأبحاث في ظهور مقاربات دافعت عن الاتجاه الاجتماعي في بناء

¹²- حمدي أبو النور السيد عويس، مرجع سابق، ص. 29.

- R. Garnier, « les fonds publics de socialisation des risques », JCP 2003.1.143, p. 1133 et s.¹³
Rapport public du conseil d'Etat pour 2005, responsabilité et socialisation du risque, Etudes et documents, n° 56, pp. 247. 323. 347.

¹⁴- ظهير شريف رقم 1-02-238 صادر بتاريخ 25 رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات، جريدة رسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق 7 نونبر 2002، ص. 3105.

¹⁵- قانون رقم 110.14 صدر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.16.152 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 غشت 2016) المتعلق بإحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية وتغيير وتتميم القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات، جريدة رسمية عدد 6502 بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 الموافق 22 شتنبر 2016، ص. 6830.

¹⁶ - وفي هذا الإطار ثار خلاف بين الفقهاء بشأن هذه المسؤولية حيث وجد اتجاهين، الأول يرجع هذه المسؤولية إلى أساس قانوني، إذ ثمة التزام قانوني من قبل الدولة تجاه المجني عليهم حيث أن الدولة منوط بها حماية كافة الأفراد من مخاطر الجريمة، الأمر الذي يثير مسؤوليتها عند إخفاقها في منع وقوعها، في حين يرجع الاتجاه الثاني هذه المسؤولية إلى أساس اجتماعي، إذ أن الدولة حينما تبادر بصرف تعويض للمجني عليهم، فإنما تفعل ذلك بدافع من نفسها بناء على قواعد التضامن الاجتماعي.

التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم، مما أثر بشكل إيجابي في مكانة الضحية، وجعلت منها موضوع مطالبة بضرورة إنصافها وتعويضها (المبحث الأول)، ليتبلور هذا التوجه في استجابة بعض الدول بإنشاء صناديق حكومية لتعويض المتضررين من الجرائم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاتجاه الفقهي الاجتماعي في تعويض ضحايا الجرائم

يذهب أنصار الاتجاه الفقهي الذي يرجع مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم على أساس اجتماعي، إلى أن الدولة حينما تبادر بصرف التعويض للمجني عليهم، فإنها تفعل ذلك بدافع من نفسها بناء على قواعد التضامن الاجتماعي، إذ أنها تلتزم أدبيا بالمشاركة في تخفيف الآلام والمعاناة التي يقاسي منها المجني عليهم بسبب الجريمة.

إن بداية الاهتمام الفقهي بمدى التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم (المطلب الثاني)، لم يتبلور إلا بعد تنامي الدراسات المهتمة بضحايا الجرائم والتي رغم أنها لم تصل إلى المستوى المطلوب إلا أنها عززت من مكانة الضحية في الفكر القانوني، كما أن إقرار تعويض الضمان الذي يقوم على أساس اجتماعي استوجبت أسباب متعددة (المطلب الأول).

المطلب الأول: تصاعد أهمية تعويض الضحية في الفكر القانوني

إضافة إلى مجموعة من احتياجات ضحايا الجريمة كالحاجة إلى الرعاية الطبية، بما في ذلك المساعدة في مواجهة المشاكل النفسية ومختلف أشكال الحماية والمساعدة الخاصة، يشكل تعويض الضحية عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها من أبرز الإشكالات التي لم تأخذ حقيها سواء على مستوى الاهتمام الفقهي أو على مستوى الفعل والعمل القضائي. لذلك سوف نحاول في هذا المطلب رصد مكانة الضحية في الفكر القانوني (الفقرة الأولى) قبل أن نتحدث عن المبررات لإحداث صناديق الضمان لتعويض ضحايا الجريمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : رصد مكانة الضحية في الفكر القانوني

إذا كان مولد علم الإجرام سنة 1876 بظهور كتاب "الإنسان المجرم" "للمبروزو"، فإنه يمكن القول بالبداية الحقيقية لعلم الضحية من خلال كتاب "هنسفن هانتك" عن الجاني والضحية سنة 1948.

وعموما ورغم مرور حوالي قرن من الزمان على ظهور الدراسات التي لفتت الأنظار نحو ضحايا الجرائم وطالبت بالاهتمام بهم وحمايتهم القانونية، ما زال هناك خلاف قائم حول مفهوم علم الضحايا ونطاقه نظرا لصعوبة حصر أسباب الضرر التي تلحق بالأفراد في هذا العصر، مهما كان سببها سواء الإنسان أو الطبيعة¹⁷.

ولم يعرف المشرع المغربي الضحية - على غرار التشريعات العربية - رغم أنه وظف مصطلح الضحية في القانون الجنائي¹⁸ وقانون المسطرة الجنائية¹⁹، حيث استعمل مصطلح المجني عليه في العديد من القواعد الموضوعية، ولعل هذا راجع إلى متطلبات تحديد المركز القانوني للضحية في مسار الإجراءات كمدع أو طرف متضرر.

كما أكدت المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²⁰ على أنه: "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون"، ونصت المادة 9 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية²¹ على أن: "لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني حق الحصول على تعويض".

وكانت الأمم المتحدة قد بدأت الاهتمام بعلم الضحايا سنة 1985²² حيث أصدرت إعلان حقوق ضحايا الجريمة وسوء استخدام السلطة²³، ليصدر بعد ذلك مرشد العدل للضحايا ودليل

17- ذهب الفقيه "بنيامين مندلسون" إلى إعطاء تعريف واسع لعلم الضحية على أساس أنه يعني بدراسة جميع أنواع الضحايا بشكل عام سواء كانوا ضحايا الإجرام أم ضحايا الكوارث الطبيعية أو غير ذلك من الأسباب والعوامل التي تكون وراء تضرر الضحية:

B. Mendelsohn, "Victimology and contemporary society's trends", Cited in victimology an international-vole 1- spring, visage press-U.S.A. 1976, p.8

18- ظهير شريف رقم 1-59-413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق لـ 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 الموافق لـ 5 يونيو 1963، ص. 1953.

19- ظهير شريف رقم 01-255-11 الصادر في 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 01 - 22 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 الموافق لـ 23 يناير 2009، ص. 315.

20- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد وتشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في دجنبر 1948.

21 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار رقم الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 دجنبر 1966، تاريخ بدئ النفاذ 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49.

22-Robert. Cario, «La victime définition et enjeux», www.dalloz/(www.dalloz)visite le 0 5-01-2019.

23- إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا إبادة استعمال السلطة الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 40/34 في 11 دجنبر 1985.

صناع السياسات بشأن تطبيق إعلان الأمم المتحدة للمبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإرساء استعمال السلطة وذلك في سنة 1999.

وجاء في إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة على أن الضحايا هم: "الأشخاص اللذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الإنسانية عن طريق أفعال أو حالات اهتمام تشكل انتهاكات للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما في ذلك القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

كما أقر إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا إساءة استعمال السلطة²⁴ على أن يتلقى الضحايا ما يلزم من مساعدة مادية وطبية ونفسية واجتماعية من خلال الوسائل الحكومية والطوعية والمجتمعية والمحلية، وعلى نفس النحو أكدت مجموعة من القرارات الصادرة عن لجنة حقوق الإنسان على إجراءات وتدابير تلزم الدول باتخاذها من أجل توفير سبل تظلم فعالة للضحايا وضمان تلقيهم تعويضات عما لحقهم من ضرر.

وينطوي مفهوم جبر الضرر على معاني متعددة، من بينها التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وضياع الفرص ورد الاعتبار لمساعدة الضحايا معنويًا، كما يستدعي ضمان الحق الغير القابل للتصرف في معرفة الحقيقة المتعلقة بالانتهاكات واتخاذ خطوات ضرورية لمنع وقوع تكرارها.

كما أن لجنة حقوق الإنسان أصدرت القرار 41/2000 في الدورة 56 بشأن التزام الدول بالمعايير الدولية المتعلقة بالحق في الاسترداد والتعويض ورد الاعتبار لضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث أكدت على أنه من اللازم أن يحصل الضحايا على الحق في الاسترداد والتعويض ورد الاعتبار في الحالات المناسبة، عملاً بمبادئ حقوق الإنسان المعلنة دولياً²⁵.

²⁴- إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا إساءة استعمال السلطة الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 40/34 في 11 دجنبر 1985، السالف الذكر.

²⁵- يوسف البحري، "حقوق الإنسان. المعايير الدولية وآليات الرقابة"، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، الطبعة الثانية، 2012، ص.ص.183-184.

والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على غرار الحقوق المدنية والسياسية تفرض ثلاث التزامات على الدول : الالتزام بالاحترام، الالتزام بالحماية والالتزام بالأداء، ويشكل عدم الوفاء بأحد هذه الالتزامات الثلاثة انتهاكا لهذه الحقوق.

إن الدولة تتحمل المسؤولية في حالة وقوع الانتهاكات في إطار ولايتها، وعليها بناء على ذلك وضع آليات لمعالجة الانتهاكات، بما في ذلك الرصد والتحقيق والمقاضاة وتعويض الضحايا، فهي تضمن لجميع الأشخاص والجماعات ضحايا الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إمكانية الوصول الى سبل الإنصاف القضائي أو غيره من سبل الإنصاف المناسبة على المستويين الوطني والدولي، حيث يتمتع جميع ضحايا انتهاك هذه الحقوق بالحق في جبر الضرر، الذي يتخذ شكل استرداد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار والترضية وتقديم ضمانات بعدم تكرار الانتهاكات²⁶.

وبذلك فإن الهدف من الدراسات المهمة بعلم الضحايا تتمثل في التعرية عن معاناة هذه الفئة، بغرض التخفيف عنهم وضمان حقوقهم التي أهدرتها الجريمة، مما يؤدي إلى تطور مسارها من الاهتمام ببيان دور الضحية في مسلسل الجريمة إلى الدفاع عن حقوق المجني عليهم التي يبقى من أهمها الحق في التعويض الذي تم تبريره بمجموعة من الأسباب.

الفقرة الثانية: مبررات مسؤولية الضمان في تعويض ضحايا الجريمة

يعد ظهور نظام تعويض الضمان حدثا هاما في مجال تعويض المتضررين، فهو تحول من نظام المسؤولية الفردية إلى نظام المسؤولية الجماعية للمجتمع، كما يتميز عن نظام المسؤولية الإدارية بكونه لا يعتمد على إثبات الخطأ، خاصة في ظل الظروف الراهنة التي تميزت بكثرة ضحايا الحوادث التي لا يد للإدارة فيها في كثير من الأحيان، كما هو الحال في ضحايا التجمهرات والحوادث الإرهابية.

إن من شأن تطبيق القواعد العادية للمسؤولية الإدارية أن يصعب على المتضررين الحصول على تعويضات عما أصابهم رغم فداحته، بسبب ما يمكن أن تشكله السلطة التقديرية للقاضي في بعض الحالات من عائق سلبي أمام إقرار تعويض الضحايا في غياب تام

²⁶- يوسف البحري، مرجع سابق، ص.ص. 202-203.

لأية علاقة سببية بين الفعل وبين الأضرار الناتجة عنه والتي لا يد للدولة فيها، ولذلك فمن العدالة اللجوء إلى نظام تعويض الضمان لمواجهة مثل هذه الأحداث.

وبناء على ذلك، وإضافة إلى التطور الملحوظ والمتجسد في الاهتمام بالمجني عليهم في إطار القانون الجنائي منذ الحرب العالمية الثانية، والذي كان من الطبيعي أن ينتقل إلى مجال القانون الإداري، يمكن إيجاز الأسباب التي أدت إلى ظهور نظام تعويض الضمان لتعويض ضحايا الجريمة فيما يلي²⁷ :

- انتشار الجرائم الجماعية إلى جانب الأحداث الطبيعية وكثرة ضحاياها، ففي العصر الحالي انتشرت الجرائم الإرهابية بشكل غير مسبوق في دول العالم الثالث، كإفراز للنظم غير الديمقراطية فيها والفقر والكبت الذي يعانيه أفرادها، كما انتشرت هذه الجرائم في الدول المتقدمة أيضا كرد فعل عن تدخلاتها في شؤون الدول، مما أدى إلى كثرة الأحداث الإرهابية في السنوات الأخيرة بشكل غير مسبوق، مع كثرة عدد ضحاياها من قتلى ومصابين ومشردين. كل ذلك تطلب نظاما يكفل سرعة تعويض هؤلاء الضحايا وأسرههم، دون البحث فيمن وراء هذه الأحداث، لأنه في الغالب يبقى بحثا عن مجهول، ناهيك عن الأحداث الطبيعية (كالزلازل والفيضانات) التي تحصد أرواحا عديدة، ويكون من العدل أن يتضامن المجتمع مع المتضررين في مثل هذه الأحداث.

-محدودية قواعد المسؤولية الفردية في توفير الحماية الكافية لضحايا الجريمة، فالقضاء العادي والإداري من حيث المبدأ يقيمون المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الغير على أساس الخطأ، وإن كان القضاء الفرنسي قد خطا خطوات واسعة في مجال المسؤولية بدون خطأ وتبعه في ذلك القضاء الإداري المغربي، ولكن بخطوات أقل.

ورغم هذا الجهد المشكور للقضاء الإداري، إلا أن التطور الذي حققه في مجال المسؤولية الإدارية يبقى محدود الأثر في التعويض عن بعض الأضرار المترتبة عن بعض الحوادث (كتعويض ضحايا الجرائم سواء الفردية منها أو الجماعية) حيث لا تسعف الأسس التقليدية للمسؤولية الإدارية كالخطأ والمخاطر في جبرها، لما تتطلبه من شروط معينة، فضلا عن صعوبة إثبات بعض الجرائم²⁸.

²⁷- حمدي أبو النور السيد عويس، "مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية"، دار الفكر الجامعي. الاسكندرية، 2011، ص.ص.234.235.
²⁸- حمدي أبو النور السيد عويس، مرجع سابق، ص.ص.234.235.

ولذلك جاءت مسؤولية الضمان كنظام يمكن هذه الفئة من تدارك النقص الذي قد يعتري نظام المسؤولية بناء على خطأ أو بدون خطأ .

- تعذر تحديد المسؤولية عن الضرر في بعض الحالات : فمع ظهور التقنيات الحديثة في بعض الجرائم وانتشار جرائم جماعية كالأعمال الإرهابية وأعمال العنف الناتجة عن الاضطرابات والتجمهرات، أصبح من الصعب في كثير من الحالات تحديد المسؤول عنها وعن أضرارها، وبالتالي فمن غير العدل أن يترك الضحايا بدون تعويضات، ولذلك جاء نظام تعويض الضمان لجبر مثل هذه الأضرار كنوع من التكافل الاجتماعي مع المتضررين في هذه الأحداث.

-جسامة الأضرار التي تصيب البعض في مثل هذه الحوادث والتي يمكن أن تصيب الإنسان في نفسه أو أهله أو ماله، ناهيك عن ما تخلفه من أضرار نفسية خطيرة يمكن أن تؤثر سلبا على حياة الإنسان برمتها.

لذلك فإن إقرار تعويض الضمان لجبر مثل هذه الأضرار الجسيمة - دون بحث عن المسؤول عن إحداثها أو إثبات الخطأ في جانبه - يمكن أن يخفف من حدتها (ولو جزئياً) ويساهم بالتالي في نوع من التكافل الاجتماعي وتحقيق الاستقرار المجتمعي.

المطلب الثاني: مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا الجرائم

إن دراسة حقوق الضحية أو المجني عليه تعني المساهمة بصورة مباشرة في تطور علم الضحية الذي لم يعد قاصرا على الاهتمام بدراسات أسباب وقوع الفرد ضحية للجريمة والدور الذي تلعبه الضحية في خلق فكرة الجريمة لدى الجاني، بل إن هذا العلم تطور كثيرا في مناهجه وموضوعاته.

لقد أصبح علم الضحية يهتم بحقوق هذه الأخيرة ودراسة آثار الجريمة والعمل على تخليصها منها، وبالتالي الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المجني عليه في الدعوى الجنائية وفي الفترة التي تليها حتى زوال الأضرار التي لحقت به وحصوله على تعويض عادل²⁹.

²⁹ محمود محمود حنفي، "الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجنائية. دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006، ص.ص. 7-8.

إن أهم حق يمكن أن يخفف ولو نسبيا من آثار الجريمة وأضرارها على الضحية، هو الحق في التعويض، الذي حظي باهتمام من لدن مدارس علم الإجرام (الفقرة الأولى)، وكذلك استجابة في بعض الأنظمة القانونية المقارنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزام الدولة بالتعويض على مستوى مدارس علم الإجرام

إذا كانت القاعدة تقول أن كل فعل يسبب ضررا للإنسان يجب على فاعله التعويض³⁰، فإن أمورا قد تحرم الضحية من الحق في جبر ضررها، كموت الجاني أو إيساره أو حتى عدم معرفة مرتكب الجرم.

إن هذا الأمر هو الذي جعل من فكرة تعويض الدولة للمجني عليه في مثل هذه الحالات هو الحل الوحيد، بحيث نشأ اتجاه يرمي إلى تقرير حق المجني عليه في اقتضاء تعويض من الدولة في حالة فشله في الحصول على التعويض المناسب من الجاني أو من جهات المساعدات الاجتماعية الأخرى.

إن فكرة التزام الدولة بتعويض المتضرر تجسدت في القرن 18 عندما نادى بها الفيلسوف الإنجليزي "جيرمي بنتام"، الذي يعتبر أحد رواد المدرسة التقليدية، والذي يؤسس التزام الدولة بالتعويض على أساس التزامها بتوفير الحماية والأمن لأفراد المجتمع، فإذا عجزت عن ذلك وجب عليها أن تعوض المتضررين من الجرائم³¹.

وكرس "بنتام" في كتابه "أصول الشرائع" فصلا خصه للحديث عن تعويض المتضررين من خزينة الدولة، يقول فيه: "إذا كان من الأفضل جعل تعويض ضحية الجريمة من مال الجاني حتى يؤدي وظيفته العقابية، فإن ذلك مرهون ببسر الجاني ومقدرته على الوفاء بالتعويض المحكوم عليه به لصالح ضحية الجريمة، وليس من العدل أن يترك أمر هذا التعويض وقفا على وضع الجاني وحظه من الثراء، بل يتعين في حالة إيساره تعويض ضحية الجريمة من خزينة الدولة، فهذا أمر غايته الخير العام وأمن ينتفع الكل به، وحكمة تقرير التزام الدولة بالتعويض تكمن في أن تعدد الملتزمين بالدين هو أكثر ضمانا لاستيفائه"³².

³⁰ حسن صادق المرصفاوي، "الدعوى التعويض أمام المحاكم الجنائية"، منشور في مجموعة أعمال مؤتمر حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 1989، إصدارات دار النهضة العربية، مصر 1990، ص. 287.

³¹ D. Martin, "Livre blanc sur l'indemnisation des victimes d'infractions", Huy, A.S.B.L. Aide et Reclassement, Bruxelles, Fondation. Roi Baudouin, 1983, p.17.

³² جيرمي بنتام، ترجمة أحمد فتحي، "أصول التشريع"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، 1309 هجرية، ص. 334.226.

إضافة إلى ذلك فإن: "الهيئة الاجتماعية يقع عليها واجب حماية ضحية الجريمة، ومن ثم فهي ملزمة بتعويضه إذا لحق به ضرر الجريمة، لأن ذلك ينهض دليلاً على أنها لم تحكمه كما ينبغي"³³.

كما نادى رواد المدرسة الوضعية الإيطالية، بفكرة إنشاء صندوق حكومي بغرض تعويض المتضررين من الجرائم، حيث دافع "جاروفالو" على هذه الفكرة ونادى بإنشاء صندوق للغرامات تصرف منه تعويضات ضحايا الجريمة اللذين لا يتمكنون من الحصول على تعويض من الجاني³⁴.

وقد تعجب "فييري" من عجز الدولة في منع الجرائم وعدم قدرتها على ملاحقة الجناة ومعاقبتهم عن جرائمهم إلا في عدد قليل منها وتقصيرها في النهوض بواجبها الذي تتقاضى في لقاءه الضرائب من الأفراد، ومع ذلك تحصل على مكافأة عن ذلك تتمثل في الغرامة، وخلص "فييري" إلى أن التزام الدولة بتعويض ضحية الجريمة من شأنه أن يجعلها أكثر اهتماماً بمنع الجرائم، وأشد حرصاً على ضبط الجناة، وبهذا يؤيد دعوة "جاروفالو" في فكرة تخصيص صندوق الغرامات للتعويض³⁵.

إن الدولة يجب أن تبادر بتعويض المجني عليهم من الخزينة العامة، عندما يكون الجاني معسراً لا يملك من الأموال شيئاً يستطيع بواسطته تعويض ضحيته، بحجة أن المجتمع قد تقاعس في حماية الأفراد، فعليه أن يبادر بجبر ذلك الضرر ويسعى لتعويضهم كنتيجة طبيعية لعجزه عن وقايتهم من أخطار الجريمة.

الفقرة الثانية : التزام الدولة بالتعويض على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة

إن الأصل العام أن كل جريمة مهما كان نوعها جنائية أو جنحة تعد لمصلحتين، الأولى المصلحة الجماعية في شخص المجتمع، والثانية مصلحة خاصة وتخص الشخص المتضرر³⁶.

وتمنح كثير من التشريعات للمجني عليه الحق في طلب تعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب الجريمة، وذلك برفع دعوى مدنية أمام القضاء المدني أو القضاء الجنائي في إطار الدعوى المدنية التابعة، وفي هذا الإطار، فإن المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية

³³- جيرمي بنتام، نفس المرجع، ص. 226.

³⁴- نقلاً عن : ذنون يونس صالح المحمدي، مرجع سابق، ص. 600.

³⁵- ذنون يونس صالح المحمدي، نفس المرجع، ص. 601.

³⁶- هاني يحي الجعدي، "حقوق المجني عليه في التشريع الجنائي المغربي واليمني. دراسة مقارنة"، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2018، ص. 105.

المغربي منحت للمتضرر الحقيقي إقامة الدعوى المدنية التابعة للمطالبة بالتعويض عن الضرر³⁷.

إلا أنه من الناحية العملية، ورغم حصول المجني عليه على حكم يقضي بتعويضه عن الضرر اللاحق به قلما يتحقق ذلك، لأن إعمال حق اقتضاء تعويض من الجاني يتطلب معرفة هذا الأخير وقدرته على دفع التعويض.

إن فكرة التزام الدولة بالتعويض، شأنها شأن أية فكرة جديدة تهدف إلى إصلاح وضع قائم بشأن أوضاع ضحايا المشكلات التي يصعب تعويضها أو تلك التي لا يغطي تعويضها الضرر الحاصل، إما لمجهولية الفاعل محدث الضرر أو لصعوبة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية من جانب المتضرر أو لتأخر حصول المتضرر على التعويض أو بسبب سلطة القاضي التقديرية في المسألة المعروضة، وهي مسألة ثار حولها الخلاف الفقهي واختلفت حولها التشريعات بين مدافع عنها ومعارض لها، ومؤيد بوجود مشروط.

إن الدوافع التي تساند المؤيد لفكرة التزام الدولة بالتعويض، تتمثل في مساوئ نظام الادعاء المدني في إطار الدعوى الجنائية، وما يجده المتضرر (الضحية) من معاناة بسبب طول الدعوى الجنائية وكثرة النفقات والنتيجة اللاشيء في أغلب الأحيان المتمثلة في عدم اقتضائه للتعويض المحكوم له به.

ففي إحصائية أجريت في "اوتاريو" في كندا ثبت أن 3 من بين 167 مجني عليهم في جرائم العنف قام الجناة بتعويضهم، أضاف إلى ذلك أن هذا العدد يقتصر على الجرائم التي عرف مرتكبوها، فإذا زيد عليه عدد الجرائم التي لا يعرف فاعلوها، لتبين العدد الهائل من جرائم العنف في كل الدول التي يضيع فيها حق المتضررين في جبر ضررهم³⁸، ويمكن الجزم - وفي ظل غياب إحصائيات في الموضوع - على أن الوضع في المغرب هو أكثر سوءا على غرار باقي بلدان العالم الثالث.

إن تعويض ضحايا الجريمة بصفة عامة يجب أن يمثل الهم الأساسي للدولة ومؤسساتها التي عليها بذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون وقوع الجريمة بتوفير الوسائل اللازمة

³⁷- تنص المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :
"يترتب على كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة".

³⁸- دنون يونس صالح المحمدي، مرجع سابق، ص. 489.

للاستقرار الاجتماعي، وعند وقوع الجريمة بتوفير الوسائل اللازمة للمحاكمة العادلة التي تشمل حقوق الجاني من جهة أولى وحقوق الضحية من جهة ثانية، لذلك ينبغي العمل على تأمين حقوق المتهم والمجني عليه وفي نفس الوقت ضمان حسن سير العدالة.

إن مسؤولية الدولة في تعويض ضحايا الجرائم -في نظر أنصار الاتجاه الاجتماعي- تقوم بناء على قواعد التضامن الاجتماعي، إذ أنها تلتزم أدبيا بالمشاركة في تخفيف الآلام والمعاناة التي يقاسي منها المجني عليهم بسبب الجريمة.

إن التزام الدولة في هذه الحالة مبني على مبدأ التكافل الاجتماعي، وفي هذه الحالة يدفع التعويض بالقدر الذي تقرره الدولة لا بقدر الضرر الذي أصاب المتضرر، فهو نوع من أنواع المساعدة الاجتماعية تضطلع بها الدولة عن طريق إنشاء صناديق عامة لتعويض ضحايا الجريمة، وهي حين تفعل ذلك لا تفعله بموجب مسؤولية قانونية بل بمقتضى إحساسها الاجتماعي في مواجهة الأخطار ومنها الجريمة³⁹.

وفي هذا الإطار يرى "ماروين والفكانك"⁴⁰ أن الأساس الذي تقوم عليه الدولة بدفع تعويض للمجني عليهم هو أساس اجتماعي لا قانوني، فالأفراد الذين يقعون ضحايا للجرائم شأنهم شأن غيرهم من الطوائف الأخرى (كالعمال والعجزة والمرضى والشيوخ) يحتاجون إلى رعاية خاصة ومتميزة من الدولة التي يقع عليها التزام اجتماعي يتجسد في وجوب وضرورة إصدار تشريع من نوع خاص يتضمن الحماية التامة للمجني عليهم في صورة إنشاء نظام عام لجبر ضررهم عن طريق تعويضهم نقداً.

والدولة حينما تضطلع بهذه المهمة فإنها تجسد الواجب الاجتماعي العام، لأن الحكمة من وراء مسؤوليتها من خلال إصدار مثل هذه التشريعات هي وقاية الإنسان من الأخطار وتأمينه من الأضرار أياً كان مصدرها وأياً كان سبب نشأتها، سواء نجمت عن الأخطار الطبيعية كالكوارث والزلازل أو نجمت عن الأخطار المهنية كحوادث العمل وإصابات العمال أو وقعت بفعل من الإنسان كالجرائم.

³⁹- الحبيب بيهي، "شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد. الجزء الأول"، الطبعة الأولى، 2004، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 56، ص. 19.

⁴⁰- M. Walfgang, "Social responsibility for violent behavior", Southern california law review, Vol 43, No.1,1970, p.5.

للاستقرار الاجتماعي، وعند وقوع الجريمة بتوفير الوسائل اللازمة للمحاكمة العادلة التي تشمل حقوق الجاني من جهة أولى وحقوق الضحية من جهة ثانية، لذلك ينبغي العمل على تأمين حقوق المتهم والمجني عليه وفي نفس الوقت ضمان حسن سير العدالة.

إن مسؤولية الدولة في تعويض ضحايا الجرائم -في نظر أنصار الاتجاه الاجتماعي- تقوم بناء على قواعد التضامن الاجتماعي، إذ أنها تلتزم أدبيا بالمشاركة في تخفيف الآلام والمعاناة التي يقاسي منها المجني عليهم بسبب الجريمة.

إن التزام الدولة في هذه الحالة مبني على مبدأ التكافل الاجتماعي، وفي هذه الحالة يدفع التعويض بالقدر الذي تقرره الدولة لا بقدر الضرر الذي أصاب المتضرر، فهو نوع من أنواع المساعدة الاجتماعية تضطلع بها الدولة عن طريق إنشاء صناديق عامة لتعويض ضحايا الجريمة، وهي حين تفعل ذلك لا تفعله بموجب مسؤولية قانونية بل بمقتضى إحساسها الاجتماعي في مواجهة الأخطار ومنها الجريمة³⁹.

وفي هذا الإطار يرى "ماروين والفكانك"⁴⁰ أن الأساس الذي تقوم عليه الدولة بدفع تعويض للمجني عليهم هو أساس اجتماعي لا قانوني، فالأفراد الذين يقعون ضحايا للجرائم شأنهم شأن غيرهم من الطوائف الأخرى (كالعمال والعجزة والمرضى والشيوخ) يحتاجون إلى رعاية خاصة وتمييزة من الدولة التي يقع عليها التزام اجتماعي يتجسد في وجوب وضرورة إصدار تشريع من نوع خاص يتضمن الحماية التامة للمجني عليهم في صورة إنشاء نظام عام لجبر ضررهم عن طريق تعويضهم نقداً.

والدولة حينما تضطلع بهذه المهمة فإنها تجسد الواجب الاجتماعي العام، لأن الحكمة من وراء مسؤوليتها من خلال إصدار مثل هذه التشريعات هي وقاية الإنسان من الأخطار وتأمينه من الأضرار أي كان مصدرها وأياً كان سبب نشأتها، سواء نجمت عن الأخطار الطبيعية كالكوارث والزلازل أو نجمت عن الأخطار المهنية كحوادث العمل وإصابات العمال أو وقعت بفعل من الإنسان كالجرائم.

³⁹ الحبيب بيهي، "شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد. الجزء الأول"، الطبعة الأولى، 2004، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 56، ص. 19.

⁴⁰ M. Wolfgang, "Social responsibility for violent behavior", Southern California law review, Vol 43, No.1,1970, p.5.

إن أنصار هذا الاتجاه الفقهي يؤسسون مسؤولية الدولة في التعويض على أساس اجتماعي، فيرون أنها مسؤولة من الناحية الاجتماعية عن مكافحة الجريمة بكافة صورها وآثارها، فإذا أخفقت فإنها تكون ملزمة بواجب اجتماعي عن تعويض ضحايا الجريمة⁴¹.

وقد جاء في مشروع الحكومة البريطانية الذي قدمته إلى مجلس العموم أن الدولة مسؤولة عن التعويض على أساس اجتماعي بحث وأن الحكومة : "لا تعتقد أن عليها واجب مطلق لحماية كل مواطن في كل وقت من الأوقات من مواطن آخر، فهناك فرق بين مسؤوليتها عن نتائج الإخلال بالنظام الذي يقع على الدولة منعه بقوة القانون والنظام، وبين مسؤوليتها عن تعويض الأضرار التي يسببها أحد الأفراد لآخر والتي لن يتسنى أبدا منعها كلية، لذلك وجب التعبير عن شعور الجماعة بالمسؤولية والعطف نحو المجني عليهم الأبرياء، ومن الواجب أن يجد هذا الشعور تعبيراً عملياً في تقديم التعويض من جانب المجتمع"⁴².

وقد أيدت اللجنة العامة الإنجليزية⁴³ التي وضعت نظام تعويض المجني عليه (المتضرر من الجريمة) هذا الاتجاه بشدة إذ ذكرت أنه : "لا يوجد أي مبدأ دستوري أو نص قانوني يلزم الدولة بتعويض المتضررين، ويبرر من ثم إصدار تشريع ينص على هذا التعويض، وعلى الرغم من ذلك فإن القائمين بواجب الدولة القانوني يتوهمون على غير حقيقة بأن الدولة توجه جل اهتمامها إلى ضحايا الحوادث الأخرى من خلال البرامج ذات الأهداف الاجتماعية، بينما لا تعير المتضررين أية عناية وهم الذين حرّموا من كل وسيلة لحماية النفس علوة على حرمانهم من أي علاج قانوني ناجح".

"ولكن يرد على ذلك - قول اللجنة- بأن التزام الدولة نحو المتضررين قام على اعتبارات من العطف والرأفة نحو هذه الفئة اليبائسة، وهي نوع من الاعتبارات الاجتماعية أدعى إلى التجاوب مع إحساس الرأي العام وأقرب إلى التفاعل مع شعوره وأكثر واقعية من أية اعتبارات مجردة أخرى يمكن أن تعرض في شأن القول بمسؤولية الدولة، مثل القول بالواجب القانوني أو الالتزام القانوني الواقع على عاتق الدولة في شأن تعويض المجني عليهم"⁴⁴.

⁴¹- محسن العبودي، مرجع سابق، ص. 3.

⁴²- نقلا عن: محمود محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1975، ص. 131.

⁴³- نقلا عن: يعقوب حياتي، "تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص"، مطبعة صوت الخليج. الشارقة، الطبعة الأولى 1978، ص. 129.

⁴⁴- يعقوب حياتي، نفس المرجع، ص. 129.

المبحث الثاني: إحداه صناديق الضمان لتعويض ضحايا الجرائم

رغم اتساع نطاق التعويض في إطار المسؤولية كأداة لجبر الأضرار، فإنه - مع النزعة الفردانية- لا يمكن مواجهة سوى مسؤولية الأشخاص العاديين، الشيء الذي تبقى معه كثير من الأضرار دون تعويض، فالأضرار الناجمة عن النشاطات الجماعية أو التي تحدث بفعل غير إنساني بل حتى الأضرار التي تترتب عن فعل إنساني محدد، فإن المسؤولية تبقى غير قادرة على تأمين التعويض بفعالية إذا تجاوزت حدا معيناً⁴⁵.

وفي هذا الإطار تأتي صناديق الضمان كمكمل لقواعد المسؤولية المدنية أو الإدارية وليس بديلاً عنها، وهي عبارة عن نظام يتولى عمليات تأمين ضد الأخطار التي لا تقبلها عادة شركات التأمين أو تلك التي ترى الحكومة مزاولتها بنفسها⁴⁶.

إن هذه الصناديق تتمتع بالصفة الاحتياطية لتدخلها، فعندما يكون نظامي المسؤولية والتأمين عاجزين عن تعويض عادل للمتضرر⁴⁷، عمدت مجموعة من التشريعات المقارنة إلى إنشائها (المطلب الثاني) بغرض تغطية مجموعة من الأخطار من أجل الوصول إلى العدالة التعويضية وإنصاف المتضررين، وبالنسبة للمغرب يبقى صدور القانون الخاص بتغطية الوقائع الكارثية تجربة مهمة رغم محدوديتها (المطلب الأول).

المطلب الأول: تعويض ضحايا الجرائم بناء على قانون الوقائع الكارثية بالمغرب

التزم المشرع الدستوري في تصدير دستور 2011 بإرساء دعائم مجتمع متضامن تسود فيه العدالة الاجتماعية، كما نص الفصل 40 على أن الجميع يقع عليه واجب تحمل التكاليف الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات التي تصيب البلاد وذلك بصفة تضامنية وبشكل يتناسب مع الوسائل المتوفرة.

فمن خلال هذه المقترضات الدستورية يمكن القول بأن المغرب يتوفر على مجموعة من المقترضات التشريعية التي تجعل من مبدأ التضامن الوطني أساساً لحالات التعويض خارج

⁴⁵ - G. Viney, "Introduction à la responsabilité de droit", LGDJ, 3e édition. 2008, p.46.

⁴⁶ - خالد مصطفى فهمي، "الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. مصر، الطبعة الأولى. 2011، ص. 553.

⁴⁷ - واعلي جمال، "الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث - دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2007، ص. 310.

نظام المسؤولية الإدارية باعتباره من ضمانات التماسك الاجتماعي وتحقيق العدالة الاجتماعية.

وفي هذا الإطار صدر بتاريخ 25 غشت 2016 قانون رقم 110.14⁴⁸ الذي يتعلق بإحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية بتغيير وتميم القانون رقم 17.99⁴⁹ المتعلق بمدونة التأمينات.

وحسب المادة 3 من هذا القانون فالواقعة الكارثية هي كل حادث تنجم عنه أضرار مباشرة في المغرب، والذي يرجع السبب الحاسم فيه إلى فعل قوة غير عادية لعامل طبيعي أو إلى الفعل العنيف للإنسان، ف القانون 110.14 فرق فيما يخص الوقائع الكارثية بين تلك التي تنجم عن العوامل الطبيعية وتلك التي يتسبب فيها الإنسان.

واشترطت المادة 3 في الواقعة التي تنجم عن عامل طبيعي، أن تتوفر في وقوع الحادث المسبب لها شرط الفجائية أو عدم إمكانية التوقع، وفي حالة إمكانية توقع الحادث يشترط ألا تمكن التدابير الاعتيادية المتخذة من تفاديه أو أن يتعذر اتخاذ هذه التدابير.

كما اعتبرت نفس المادة الفعل العنيف للإنسان واقعة كارثية إذا كان يشكل فعلا إرهابيا أو كان نتيجة مباشرة لوقوع فتن أو اضطرابات شعبية عندما تشكل أثارها خطورة شديدة بالنسبة للعموم.

واعتبر نفس القانون في حكم الأضرار الناجمة عن الوقائع الكارثية الأضرار المترتبة مباشرة على أعمال وتدابير الإغاثة والإنقاذ واستتباب الأمن، إذا كانت هذه الأعمال والتدابير مرتبطة بهذه الواقعة.

ويستنتج من نص المادة 6 من هذا القانون أن المشرع قيد استفادة ضحايا المخاطر الاجتماعية والطبيعية بإعلان من جانب الإدارة بموجب قرار إداري عن حدوث الواقعة الكارثية، يتخذ بعد استطلاع رأي لجنة تتبع الوقائع الكارثية المحدثه بموجب المادة 50⁵⁰ من نفس

⁴⁸- قانون رقم 110.14 صدر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.16.152 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 غشت 2016) المتعلق بإحداث نظام لتغطية عواقب الوقائع الكارثية وتغيير وتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، جريدة رسمية عدد 6502 بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 الموافق 22 شتنبر 2016، ص. 6830.

⁴⁹- ظهير شريف رقم 1-02-238 صادر بتاريخ 25 رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 17-99 المتعلق بمدونة التأمينات، جريدة رسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق 7 نونبر 2002، ص. 3105.

⁵⁰- نصت المادة 9 من قانون 110.14 على ما يلي: تحدث لجنة لتتبع الوقائع الكارثية تتطابق بها مهمة تتبع تنفيذ النظام، ويشار إليها بعده بلجنة التتبع. ويعهد لهذه اللجنة بما يلي :

- جمع كل المعلومات لدى الإدارات أو مصالح الدولة أو الجماعات الترابية أو أي هيئة أخرى عامة أو خاصة والعمل على إنجاز كل دراسة تتعلق بظروف وحجم آثار واقعة معروضة على أنظارها.

- إبداء الرأي للحكومة بشأن الطابع الكارثي للواقعة المعروضة على أنظارها.

- مساعدة صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية المحدث بموجب المادة 15 من هذا القانون، في تقييم الأضرار اللاحقة بضحايا واقعة كارثية.

القانون، هذا الاعلان يتم نشره في الجريدة الرسمية داخل أجل 3 أشهر ابتداء من تاريخ حدوث الكارثة، غير أنه يمكن تقليص هذا الأجل بنص تنظيمي.

لا شك أن إحداث صندوق التضامن⁵¹ ضد الوقائع الكارثية بالمغرب يمنح ضمانة جديدة للضحايا، فهو عمل على إحداث نظام مزدوج للتعويض، من خلال الجمع بين نظام تأميني لفائدة الأشخاص الذين يتوفرون على عقد تأمين من جهة ونظام تضامني لفائدة الأشخاص الذاتيين غير المتوفرين على أي تغطية من جهة أخرى⁵²، ويمكن هذا القانون جميع الأفراد الموجودين فوق التراب الوطني من الحد الأدنى في التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم جراء حادثة كارثية والتي ينجم عنها أضرار بدنية أو فقدان استعمال المسكن الرئيسي أو فقدان للأهالي في العمليات الإرهابية، وكذا توفير عرض يشمل تغطية العواقب الناجمة عن الوقائع الكارثية التي قد يتعرض لها الأشخاص المتوفرين على عقد تأمين⁵³.

إن قانون 110.14 جاء متمما لقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، فقوانين التأمين وحدها تعطي فقط حلا جزئيا للمشكلة، ففي توصية مؤتمر بودابست وفيما يتعلق بتقرير البرازيل يوجد ما يؤيد هذا الاتجاه حيث ورد ما يلي :

"ولعل الصحيح هو ما جاء في تقرير البرازيل من أن التأمين يقدم مجرد حل جزئي، فالإنسان قد يفكر في التأمين عن حياته أو سلامة جسمه ضد مخاطر معينة، كحوادث الطيران أو غرق السفن أو كوارث السكك الحديدية، ولكنه لا يفكر في التأمين على نفسه ضد الجريمة... وفي حلقة "فريبورج" ثم في مؤتمر "بودابست" رأت الأغلبية إنشاء نظام لتعويض المجني عليهم ولو في حدود معينة، وقد أدخلت التوصية الأولى للمؤتمر في الاعتبار رأي المعارضين، فنصت على أن يترك للمشرع في كل دولة أن يختار الوسيلة المناسبة لذلك..."⁵⁴.

إن استقراء مقتضيات قانون 110.14 الخاص بتغطية الوقائع الكارثية بالمغرب المحدث لصندوق التضامن يبين أنه تبنى مبدأ التزام الدولة بتعويض المتضررين على أساس اجتماعي أساسه الإنصاف والتكافل الاجتماعي.

- تقديم اقتراحات إلى الإدارة بشأن جميع التدابير الهادفة إلى تحسين النظام.
⁵¹ - جاء في المادة 15 من قانون 110.14 ما يلي : "يحدث تحت تسمية صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية شخص اعتباري خاضع للقانون العام يتمتع بالاستقلال المالي، ويشار إليه بعده بصندوق التضامن".
⁵² - جاء قانون 110.14 مغيرا ومتمما للقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات.
⁵³ - تتعلق مواد الفرع الرابع من الباب الثالث من قانون 110.14 بشروط وكيفية اللجوء إلى صندوق التضامن.
⁵⁴ - محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص. 16.

كما أن التعويض يعتبر في مثل هذه الحالة نوع من المساعدة الإنسانية والاجتماعية ينطوي على معنى الخير والإحسان نحو ضحايا الوقائع الكارثية، وبالتالي فهو يجسد الالتزام الاجتماعي للدولة اتجاه مواطنيها وليس التزامها القانوني.

ويمكن القول كذلك أنه ورغم القيمة الحقوقية للقانون 110.14 إلا أن تبنيه للأساس الاجتماعي تمخضت عنه بعض النتائج من قبيل :

-قصر التعويض على بعض الوقائع المحددة على سبيل الحصر، فبمقتضى المادة 3 من قانون 110.14 فإن التعويض مقصور على الأضرار التي تسببها عوامل طبيعية غير متوقعة ذات خطورة شديدة ومفاجئة، والتي تعمل الإدارة على تحديد لأحقتها باقتراح من هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي التابعة لوزارة المالية، وكذلك الأضرار الناجمة عن الفعل العنيف للإنسان الذي يكون ذا طبيعة إرهابية أو عبارة عن فتنة أو اضطراب شعبي، عندما تشكل آثاره خطورة شديدة بالنسبة للعموم.

وتم استثناء الأضرار أو الخسائر المترتبة عن استعمال المواد أو الأسلحة الكيماوية أو البيولوجية أو الجرثومية أو النووية وكذلك أضرار الحرب المدنية والخارجية أو أعمال العدوان المشابهة، وذلك سواء كانت الحرب معلنة أم لا، إضافة إلى أضرار الجريمة الإلكترونية⁵⁵ وباقي الجرائم الأخرى ذات الطابع الفردي كالقتل والاعتصاب وغيرها.

وإذا كانت المادة 3 قد قصرت التعويض على وقائع معينة سواء طبيعية أو بفعل الإنسان وأحاطتها بمجموعة من الشروط (منها الفجائية وعدم التوقع والخطورة الشديدة بالنسبة للواقعة الكارثية للعامل الطبيعي والفعل الإرهابي والفتن والاضطرابات الشعبية ذات الخطورة الشديدة بالنسبة للعموم) فإن ما يزيد من حالات تضيق هذه الحالات هو أن الاعلان عن حدوث الواقعة الكارثية لا يتم إلا بمقتضى قرار إداري⁵⁶، الشيء الذي يعطي للحكومة سلطة تقديرية لا حدود لها في اتخاذ قرار الإعلان عن واقعة كارثية تتدخل فيه حتما العوامل السياسية.

فإذا كان مؤتمر "بوادابست"، قد أصدر توصية بشأن الجهة التي تقدر التعويض حيث جاء في نص هذه التوصية أنه: (يترك للمشرع الوطني تقدير ما اذا كان اقتضاء التعويض يحصل بناء على إجراءات قضائية أو إدارية ...) فإن قانون 110.14 أسند هذه المهمة لجهة إدارية، وحبذا

⁵⁵- المادة 5 من قانون 110.14، السابق الذكر، ص.6830.
⁵⁶- المادة 6 من قانون 110.14، السابق الذكر، ص.6830.

لو كان مهندس قانون تغطية الوقائع الكارثية بالمغرب، قد قام بإسناد مثل هذه المهمة إلى لجنة قضائية إسوة ببعض التشريعات المقارنة والتي ورغم تبنيها لأساس اجتماعي في منح التعويض إلا أنها أسندت مهمة الفصل في طلبات التعويض لجهة قضائية⁵⁷.

ورغم أهمية الأساس الاجتماعي، فإن القول بأنه لا يوجد نص دستوري أو قانوني يلزم الدولة بسن قانون لتعويض المتضرر على أساس قانوني ليس صحيحا، لأن الدولة يجب أن تنصاع لأحكام الدستور والقانون، فالقانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة وعلى القاضي أن يعمل على التطبيق السليم للقانون بأن يعطيه طابعا حمائيا من خلال تعويض المتضررين من الجرائم.

وعموما وإذا كان الوضع في المغرب بدأ يتغير مع المصادقة على دستور 2011، فإن الحال بالنسبة لمجموعة من الدول الغربية هو أكثر تقدما.

المطلب الثاني: صناديق الضمان في التشريعات المقارنة

يعد ظهور نظام تعويض الضمان حدثا هاما في مجال تعويض المتضررين، فهو تحول من نظام المسؤولية الفردية إلى نظام المسؤولية الجماعية للمجتمع، كما يتميز عن نظام المسؤولية الإدارية بكونه لا يعتمد على إثبات الخطأ في جانب الإدارة أو موظفيها، خاصة في ظل الظروف الراهنة والتي كثر فيها عدد الضحايا في حوادث لا يد للإدارة فيها في كثير من الأحيان، على أن إحداث صناديق الضمان يعود إلى أسباب معينة، كما أن انتشارها كان في الأنظمة التشريعية للدول المتقدمة التي تولي للكائن البشري مكانة مهمة.

فمنذ انعقاد مؤتمر بودابست سنة 1973 أوصى بعد مناقشات فكرة التزام الدولة بالتعويض بالتوصية الآتية: "إن أغلبية المشتركين على الأقل في حدود معينة ترى إنشاء نظام يكفل تعويض المتضرر من الأموال العامة بمعرفة الدولة أو الهيئات العامة على أن يترك للمشرع الوطني أن يقرر ما يراه في هذا الشأن بإنشاء صندوق خاص أو هيئة معينة أو في نطاق الهيئات القائمة (كهيئة التأمينات الاجتماعية أو الضمان الاجتماعي أو المساعدات العامة)"⁵⁸.

⁵⁷ - في فرنسا ثبت في طلبات التعويض لجنة مكونة من كل دائرة محكمة استئناف من ثلاث قضاة، وتكون قراراتها نهائية، وذلك طبقا لنص المادة 4.706/ من قانون 1981.

⁵⁸ - ومع التسليم بذلك لاحظت أقلية من المشتركين أن المسؤول الأصلي عن التعويض هو فاعل الجريمة، وأن المساعدات المقدمة للمتضرر من الدولة يجب أن تكون بصفة احتياطية.

إن أهم التزام لدولة الحق والقانون يتمثل في ضمان حماية المواطنين المقيمين فوق إقليمها، وهذا الواجب هو ما يطلق عليه واجب الأمانة والحماية الذي تقوم به الدولة بمختلف سلطاتها وأجهزتها، والذي من شأنه أن يحول دون وقوع الاعتداء على الأفراد، أيًا كانت صورته وأيًا كان مرتكبه.⁵⁹

وتضيف فكرة التزام الدولة بتعويض المتضرر ضمانة جديدة إلى ضمانات ضحايا الجريمة فضلا عن أنها مؤيدة من مجموعة من المؤتمرات الدولية، كالمؤتمر الأول لعلم المجني عليه الذي انعقد في القدس في شتنبر 1973، والمؤتمر الحادي عشر لقانون العقوبات الذي انعقد في بودابست في شتنبر 1974، كما أوصت بذلك اللجنة الوزارية بالمجلس الأوروبي⁶⁰، وكذلك إعلان الأمم المتحدة الصادر سنة 1985 بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة في البند الثاني عشر منه⁶¹.

وقد تأثرت بعض التشريعات الوضعية الحديثة بفكرة التزام الدولة بالتعويض عن أضرار الجرائم على أساس تضامني، والملاحظ أن التشريعات الأنجلوسكسونية تفوقت على نظيراتها اللاتينية في الأخذ بالموضوع، حيث خطت خطوات أسرع وفي زمن مبكر نسبيا نحو تعويض ضحايا الجريمة، مقارنة مع التشريعات اللاتينية.

فقد جاء في قانون "نيوزيلاندا" لتعويض المجني عليهم أن هذا القانون يهدف إلى دفع التعويض إلى الأشخاص الذين أصيبوا في أبدانهم من بعض الجرائم الجنائية، وبجوار ذلك فإن هذا القانون يسعى إلى دفع التعويض إلى أقارب المجني عليهم - المتضررين من الجريمة - الذين قتلوا بسبب بعض الأفعال الإجرامية⁶².

وجاء النظام الإنجليزي ليكرس نفس الفكرة سنة 1964 لتعويض المجني عليهم حين نص على أن الحكومة تعتنق ذلك المبدأ الذي يقر تعويض المتضرر من الجريمة، أو بتعويض المجني عليهم من جرائم العنف عن الإصابات التي تلحق الجسم وذلك من أموال الدولة، وفي "كاليفورنيا" أورد المشرع في مقدمة التشريع الذي ينص على التزام الدولة بأنه في ضوء ما

⁵⁹ علاء الذين نكتري، مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا، فقه القضاء الجنائي. منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني 2017، مطبعة الأمنية. الرباط، ص. 156.

⁶⁰ المجلس الأوروبي هو قمة لرؤساء الدول ورؤساء الحكومات الثمانية والعشرين في الاتحاد الأوروبي، يعقد المجلس اجتماعين على الأقل كل سنة في شهري يوليوز ودجنبر، وفي نهاية كل رئاسة دورية لمجلس الوزراء.

⁶¹ إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة المعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34/40 المؤرخ في 29 نونبر 1985.

⁶² دنون يونس صلاح المحمدي، مرجع سابق، ص. 526.

تقرره المصلحة العامة، فإن هذا القانون ينص على تعويض كل من يقيم في الولاية ويعاني من ضائقة مالية كنتيجة مباشرة لارتكاب الجريمة عليه وإعانتته بشرط أن يثبت حاجته إلى مثل هذا التعويض⁶³.

وفي تشريع ولاية "ساسكونان" الكندية استهل القانون بالإعلان عن أن هذا التشريع يسعى إلى منح المجني عليهم الذين أصيبوا أو لورثتهم -المتضررين من الجريمة- في حالة القتل تعويضا بسبب حدوث بعض الأفعال الإجرامية، إيجابية كانت هذه الأفعال أم سلبية⁶⁴.

أما في فرنسا فقد عرف ضمان المسؤولية تطورا في اتجاه التعويض عن مجموعة من المخاطر الاجتماعية حيث أسس المشرع الفرنسي صناديق تعويض أو ضمان تمويل بطرق مختلفة⁶⁵، بعضها (وهو الأساسي) من الصناديق العامة التي تمويل بالضرائب أو من فروع خاصة للضمان الاجتماعي (كالصندوق الذي يعوض عن الحوادث الطبية تطبيقا لقانون 4 مارس 2002⁶⁶ الذي يمول أساسا من التأمين على المرض).

في حين تمويل صناديق أخرى من الاشتراكات المدفوعة من قبل المستفيدين المفترضين⁶⁷، أو من الذين يشتركون في الخطر، كصندوق ضمان حوادث السير والصيد الممول من اشتراكات شركات التأمين والمضمونين ومن المسؤولين عن حوادث السير الجسمانية غير المضمونة، وهو الأقدم، حيث أنشأ هذا الصندوق بتاريخ 31 دجنبر 1957⁶⁸، لمصلحة ضحايا حوادث السير الجسمانية في الطرق التي لم تعرف هوية المسؤول عنها أو غير المؤمنة، وامتدت صلاحية الصندوق لتشمل أضرارا أخرى، منها تلك الناجمة عن حوادث الصيد.

⁶³- نقلا عن: محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص.193.

⁶⁴- محمود محمود مصطفى، نفس المرجع، ص.193.

- R. Garnier, op.cit, p. 1133 et s.⁶⁵

Rapport public du conseil d'Etat pour 2005, responsabilité et socialisation du risque, Etudes et documents, n° 56, pp. 247. 323. 347.

- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, aussi appelée loi "Kouchner", JORF du 5 mars 2002, p. 4118.

⁶⁷- مثال ذلك الصندوق الوطني للتعويض ضد النكبات الزراعية بفرنسا.

⁶⁸- Loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public, JORF du 5 janvier 1958, p. 196.

ويوازي هذا الصندوق في المغرب صندوق ضمان حوادث السير⁶⁹ الذي يعتبر مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية تتكون من جميع المقاولات المعتمدة في المغرب لممارسة عملية التأمين.

وحسب مقتضيات المادة 140 من قانون 99-17 المتعلق بالتأمينات يمول الصندوق من مصادر متعددة يتمثل أهمها في المساهمات الإجبارية التي تدفعها شركات التأمين على السيارات والمساهمات التي يدفعها المؤمن لهم والتي تحدد بنسبة من حجم الأقساط والاشتراكات.

ويتحمل الصندوق حسب المادة 134 التعويض الكلي أو الجزئي للأضرار البدنية الناتجة عن جرائم السير التي تسببت فيها عربة برية ذات محرك غير مرتبط بسكة حديدية أو بواسطة مقطوراتها أو شبه مقطوراتها وذلك في الحالات التي يكون فيها الأشخاص المسؤولون عن هذه الحوادث مجهولين أو غير مؤمنين وغير قادرين على تعويض الضحايا بسبب عسرهم.

والجدير بالذكر هو أن المشرع المغربي لم يواكب نظيره الفرنسي في سياسة إحداث مثل هذه الصناديق لتشمل مجالات أخرى، حيث أنشأ المشرع الفرنسي صندوقا لضمان المتضررين من الأعمال الإرهابية وغيرها من الجرائم بمقتضى المادة 9 من قانون 9 شتمبر 1986⁷⁰ المتعلق بمكافحة الإرهاب لصالح ضحايا الهجمات⁷¹.

بعد ذلك وسع قانون 6 يوليوز من اختصاص هذا الصندوق الذي عدل تماما من وضع المتضررين من الجرائم ضد الأشخاص، ليشمل إضافة إلى جرائم الإرهاب الجرائم ضد الأشخاص وحتى بعض جرائم الأموال⁷²، ويمول هذا الصندوق بمساهمة مفروضة على الاشتراكات في عقود الضمان على الأموال تمدد في كل سنة بمرسوم.

⁶⁹ - ظهير شريف رقم 1-02-238 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات، جريدة رسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق 7 نونبر 2002، ص. 3105.

⁷⁰ - Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, journal officiel du 10 septembre 1986, version consolidé au 30 novembre 2019, JORF du 10/09/1986, N° 210 , pp. 10956-10958.

⁷¹ - J. F. Renucci, « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme » Dalloz, 1982 ch, p. 197.

⁷² - A.D Haut cville , « L'indemnisation des victimes d'infractions pénales commentaire de la loi du 6 juillet 1990 », RGAT 1991, p. 291.

كذلك ومن أجل مواجهة المخاطر الاجتماعية في فرنسا تم إنشاء صندوق تعويض حاملي جرثومة السيدا المنقولة، وكان الصندوق ممولا أساسا بمساعدة من الدولة وتبعيا بمساهمة اختيارية من مؤسسات الضمان، وأنشأ بناء على مقتضى المادة 47 من القانون رقم 91-1406 بتاريخ 31 دجنبر 1991⁷³ والذي نص على حق الضحايا المصابين بالسيدا نتيجة عملية نقل دم جرت في فرنسا.

حيث أدمج هذا القانون في مدونة الصحة العمومية⁷⁴ لتحول صلاحياته فيما بعد للمكتب الوطني لتعويض المتضررين من الحوادث الطبية (ONIAM) بمقتضى قانون 9 غشت 2004⁷⁵، هذا الصندوق الأخير الذي جاء به قانون 4 مارس 2002⁷⁶ المتعلق "بحقوق المرض وخصوصية نظام الصحة" هذه المؤسسة التي يعتبر إنشاؤها أحد الأهداف الأساسية لإصلاح كامل لتعويض مخاطر صحية ناجمة عن سير عمل النظام الصحي⁷⁷، وتعتمد في تمويلها على مخصصات فرع ضمان المرض في النظام العام للضمان الاجتماعي⁷⁸.

إذن عرف أسلوب صناديق الضمان أو التعويض في فرنسا نجاحا متزايدا حيث تم الاتجاه نحو إحداث صناديق جديدة لتغطية مجموعة من المخاطر الاجتماعية، فنظام تعويض الضمان يعتبر حدثا هاما في مجال تعويض المتضررين، فهو تحول من نظام المسؤولية الفردية إلى نظام المسؤولية الجماعية للمجتمع، كما أنه يتميز عن نظام المسؤولية الإدارية في كونه لا يشترط إثبات الخطأ خاصة في ظل تنامي الضحايا في حوادث لا يد للإدارة فيها كضحايا الحوادث الإرهابية وضحايا الأمراض الخطيرة وضحايا الكوارث وغيرها، خاصة إذا سجلنا تميز هذا النظام عن نظام المسؤولية فيما يتعلق بإثبات العلاقة السببية.

⁷³ - Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, Journal officiel 1992-01-04, No3, pp. 178-186.

⁷⁴ - Y. Lambert-Faivre, « L'indemnisation des victimes post- transfusionnelles du sida » D. 1993 Chron, p.67.

⁷⁵ - Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, Journal officiel n°185 du 11 août, p. 14277, texte n° 4.

⁷⁶ - Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal officiel Lois et Décrets du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

⁷⁷ - Y. Lambert- Faivre, « La loi du 4 mars 2002 et l'indemnisation des accidents médicaux », D. 2002, p.1367.

⁷⁸ - G. Viney, " L'indemnisation des risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé ", Revu Lamy droit des affaires, octobre 2002,p. 9.

وكمثال على ذلك ما ورد في المادة 6 من المرسوم رقم 1111 الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1986⁷⁹ بفرنسا بخصوص تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية التي تلزم طالب التعويض إثبات أن الأضرار التي أصابته ناجمة عن عمل إرهابي، وفي حالات أخرى قد لا يتطلب المشرع إثبات العلاقة السببية، وإنما يشترط فقط إثبات الضرر والفعل الضار، ومثال ذلك المادة 47 من قانون رقم 91-1406 بتاريخ 31 ديسمبر 1991⁸⁰ المتعلق بتعويض ضحايا الإيدز التي تتطلب من طالب التعويض أن يثبت إصابته بالمرض عن طريق نقل الدم أو حقنه بمنتجات مشتقة من الدم.

من جهة أخرى فإن التكريس التشريعي لصناديق الضمان أو التعويض والاتجاه نحو نظام تعويض الضمان عرف تطورا كبيرا خاصة في البلدان الاسكندنافية (كنيوزيلندا، استراليا، الكيبك والسويد)، حيث أصبح دور المسؤولية إن لم يكن مهملًا على الأقل ثانويًا جدًا بالنسبة لتعويض الأضرار الجسدية، لأن الضمان الاجتماعي بدأ يأخذ على عاتقه - بدون الادعاء على المسؤول المحتمل - مجموع النتائج الاقتصادية للإصابات الصحية مهما كان مصدرها⁸¹.

⁷⁹ - Décret n° 86-1111 du 15 octobre 1986 relatif à l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, *Journal officiel* du 16 octobre 1986, p. 12469.

⁸⁰ - Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, *op.cit.*

⁸¹ - أوصت اللجنة الأوربية في المجلس الأوروبي سنة 1977 حكومات الدول الأعضاء في المجلس أن تأخذ في الاعتبار في الحالات التي يتعذر فيها حصول المجني عليهم على التعويض من أي مصدر، أو تعويض الذين أصيبوا بأضرار جسمية من جراء جريمة، وكذلك الذين كانوا يعتمدون في إعالتهم على أشخاص قتلوا في الجريمة.

- يعقوب حياتي، "تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 1977، مطبعة صوت الخليج. الشارقة، الطبعة الأولى. 1978، ص.45.

خاتمة :

تبرر النظرية التضامنية ضرورة ما يسمى في الوقت الراهن بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية للأفراد، باعتبار أن روابط التضامن الوطني بين الأفراد توجب هذه الحقوق وتسمح بقيامها جنباً إلى جنب مع الحريات الفردية، ومن ثم توسع النظرية التضامنية دائرة حقوق الأفراد قبل الدولة.

ففي نظام صناديق الضمان يتم الاستعاضة على نظام المسؤولية بإهمال الوظيفة الجزائية لصالح وظيفة التعويض، فالمهم في مثل هذه الحالات هو حقيقة حدوث الأضرار، كأن يكون مثلاً الضرر ناتج عن عمل إرهابي أو عن التجمهرات والتجمعات.

ومن هنا يبدو أننا انتقلنا من المسؤولية البحتة إلى البحث عن التعويض، حيث يتهياً وكأننا أمام تطبيق لنظرية الدولة المؤمنة، ليس فقط بمقتضى أفساط الضرائب التي يدفعها المواطنون، وإنما أيضاً بسبب واجب الدولة في ضمانها بعض المخاطر الاجتماعية التي تبقى بدون تعويض.

وعليه، يستنتج أن التضامن الوطني في مثل هذه الحالات هو التزام اجتماعي يمكن أن يتحول في حالات استثنائية إلى التزام قانوني يولد مسؤولية قانونية اتجاه الدولة، وهو مبدأ يفرض وجوده على الدولة بفضل فلسفته القائمة على التكافل والتضامن والتعاون بين أفراد المجتمع، وذلك بقصد إلزامها بالتدخل لإصلاح الأضرار التي أصابت المتضررين عن طريق تقديم تعويض إليهم وجبر ضررهم، وهذا ما دفع بالتشريع والقضاء في كثير من الدول المتقدمة إلى إقرار التعويض بناء على المبدأ المذكور.

البَيْتُ
الْمَدِينَةُ

الإجراءات التقنية لتداول الأسهم في بورصة القيم

ياسين بن يحيى

باحث بسلك الدكتوراه: كلية العلوم القانونية

والإقتصادية والإجتماعية - أكادال

جامعة محمد الخامس - الرباط

مقدمة

تعرف البورصة مبدئياً، بأنها: "مكان تعقد فيه إجتماعات في مواعيد دورية محددة، لتنفيذ عروض العمليات النشيطة المرتبطة بالبيع، والشراء للأوراق المالية، والبضائع، والمنتجات الزراعية، والعملات سواء كانت الأسعار تتحرك صعوداً أو هبوطاً، كما يمكن النظر إليها أنها: " عبارة عن سوق يتم فيها تداول الأسهم والسندات التي سبق إصدارها، ويجتمع فيها المتعاملون في الأوراق المالية في أوقات محددة، ويحكم التعامل فيها مجموعة من الأنظمة والقواعد التي تحكم وتنظم سلوك المتعاملين وطرق التبادل القانونية¹. إلا أن هذه التعاريف التي بنيت على عنصر المكان لتعريف البورصة تنقصها الدقة، لأن السوق قد ينصرف مدلولها إلى معاملات وصفقات قد تجرى بين بعض المتعاملين بصورة علنية أي دون المرور بأجهزة السوق، ودون الركون إلى الأسعار المسجلة في جداول البورصة، كما هو الحال بالنسبة للبيوعات المباشرة التي تتم بين البائع والمشتري ويكتفى بتسجيلها لدى الشركة المسيرة من طرف إحدى شركات البورصة"².

وتجدر الإشارة إلى أن لغة البورصة هي لغة إمتصاص الأموال، حيث تطرح هذه المؤسسة أسلوباً يتجاوز أنماط التمويل التقليدية في عملية التداول³، ويقصد بها تداول الأسهم.

1- محمد الصيرفي، "البورصات"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2007، ص: 78 و79.
2- أحمد أيت الطالب، التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2006، ص: 48.
3- سمير أولخيفا، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، السنة الجامعية 2001/2002، ص: 5.

بحيث نصت المادة 2 من قانون 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الإستثمار المالي⁴ على أن: "البورصة سوق منظمة"⁵ يخضع تنظيمها لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه، وتكون فيها الأدوات المالية محل تداول علني."

ولهذا فقد أحدث المشرع شركات البورصة لتسهيل عمليات بيع وشراء أو توزيع أسهم الشركات المصدرة التي تتداول في السوق المالية، وجعل منها الوسيط في المعاملات داخل البورصة.

وعلى هذا الأساس، تتلقى شركات البورصة من عملائها مجموعة من الأوامر المتعلقة ببيع أو شراء أسهم داخل سوق البورصة.

والملاحظ، أن جميع الأدوات المالية، لا يمكن أن تتداول إلا بتحويل من حساب إلى حساب، يتولى الوديع المركزي حفظ هذه الأسهم وتسهيل انتقالها وتبسيط إدارتها.

ومن هذا المنطلق سنتناول موضوع الإجراءات التقنية والقانونية لتداول الأسهم في بورصة القيم وفق التصميم التالي:

المطلب الأول : دور شركات البورصة في تداول الأسهم

المطلب الثاني : دور الوديع المركزي في تداول الأسهم

⁴ القانون رقم 19.14، المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الإستثمار المالي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.151، صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501، بتاريخ 19 سبتمبر 2016.

⁵ السوق في اللغة، بضم السين، هي موضوع البيوعات والأسواق جمع سوق وهي التي يتعامل فيها، ويقال: تسوق القوم، إذ باعوا واشتروا، وهي تذكر وتؤنث، إلا أن التأنيث أفصح أصح، قال صاحب المصباح، والسوق يذكر ويؤنث، وقال أبو إسحاق: السوق الي يباع فيها مؤنثة، وهو أفصح وأصح، وتصغيرها، سويقة، والتذكير خطأ، إذ أنه قيل: سوق نافقة، ولم يسمع نافق بغير هاء، والنسبة إليها سوقي على لفظها، وهي مأخوذة من ساق يسوق سوقا، وسميت بذلك لأن التجارة تجلب إليها، وتساق المبيعات نحوها. السوق اصطلاحا: هو اسم لكل مكان وقع فيه التبايع بين من يتعاطى البيع.

-أنظر: محمد الله النشار، التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية، م.س، ص: 11 و12.
وقصد التعمق في مفهوم السوق لغة، يراجع: لسان العرب، لابن منظور، طبعة دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي بيروت، الطبعة الثالثة، 1419هـ/1999م. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، طبعة مكتبة لبنان، بيروت، القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشرازي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
وفي الإصطلاح: يراجع، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، طبعة دار المعرفة، بيروت 1379 هجرية .

المطلب الأول : دور شركات البورصة في تداول الأسهم

بالنظر إلى قيد الأسهم في جدول أسعار بورصة القيم، ولضرورة تأمين المعاملات داخل هذا السوق، فإن ذلك يقتضي تخصيص تداول الأسهم والعمليات المنصبة عليها، بأحكام خاصة تهم شكل التصرف القانوني وطرق إبرامه وتنفيذه، وهو ما يتجلى في منح المشرع المغربي لشركات البورصة المعتمدة، وحدها الحق في احتكار إبرام المعاملات الواردة على الأسهم المقيدة في جدول أسعار البورصة، وعليه لا يتم التداول هنا في السوق، إلا عن طريق التحويل من حساب إلى حساب، فإبرام مختلف العمليات يتم عن طريق الوسطاء الماليين المعتمدين من طرف السلطات العامة والذين يتلقوا الأوامر بالبيع والشراء، ويقومون بنقل الأوامر إلى سوق البورصة وتداولها داخل هذه الأخيرة.

عملياً، يتم بيع الأسهم في سوق البورصة عن طريق صدور أوامر من العملاء إلى الوسطاء الماليين الذين يقومون بتنفيذها في سوق البورصة. إذ تعتبر أوامر البورصة هذه بمثابة الإيجاب والقبول في عقد التفويت الوارد على الأسهم⁶، حيث تمثل إرادة البائع -بأمر البيع- والذي يعتبر بمثابة الإيجاب، وتمثل إرادة المشتري -بأمر الشراء-، والتي تعتبر بمثابة القبول، وتلادقي الإرادتين ينعقد العقد، ولأن قانون البورصة لا يسمح للعملاء بأن يتولوا بأنفسهم عقد بيع الأسهم، بل إشتراط بموجب المادة 38 من القانون 19.14، أن يتم ذلك عن طريق شركات البورصة لوحدها دون غيرها لكونها هي التي تتولى تنفيذ كل المعاملات المتعلقة بالأدوات المالية المقيدة في جدول أسعار بورصة القيم، لأن الضرورة تقتضي تدخلها لإتمام عملية التداول المنصبة على الأسهم.

ويمكن أن تتم عملية البيع بواسطة وسيط مالي واحد، عندما يتلقى أمر بيع سهم بسعر محدد⁷، ويتلقى أيضاً أمر شراء وارد على ذات السهم، وبنفس السعر المحدد من البائع، وهنا يلاقى الأوامر ببعضها البعض، وقد يقوم بعملية البيع الواردة على الأسهم وسيطان ماليان، وذلك حين يتلقى أحدهما أمراً بالبيع، ويتلقى الوسيط الآخر أمراً بالشراء.

⁶- طاهر شوقي مؤمن: "عقد بيع الأوراق المالية في البورصة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 86.
⁷- محمد يوسف ياسين: "البورصة، عمليات البورصة، تنازع القوانين، اختصاص المحاكم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004، بيروت، ص53.

بناء على ذلك، سنتعرض هنا إلى تعريف أوامر البورصة، مع بيان المضمون والشروط الواجب توافرها لإصدار هذه الأوامر، ومن ثم نتطرق إلى أشكال هذه الأوامر وخطوات تنفيذها.

الفقرة الأولى: تعريف أوامر البورصة

بالنظر إلى أن جل التشريعات، بما فيها التشريع المغربي، لم تعرف أوامر البورصة، فقد تدخل بعض الفقه من أجل ذلك، حيث تم تعريفها بأنها: "تفويض من العميل للوسيط المالي في إجراء عمليات البيع والشراء بالبورصة بقيمة محددة". وبناء عليه، فإن إصدار الأوامر يمثل تعبيراً عن إرادة العميل، سواء كان بائعاً أو مشترياً، في التعاقد على أسهم معينة، فقد يكون بالكتابة أو شفاهة، إذ أن عقد البيع الوارد على أسهم مقيدة في سوق البورصة، مثل سائر البيوع التجارية الأخرى، يعد من العقود الرضائية التي تتم بمجرد إقتران الإيجاب للقبول.

فأمر البورصة إذن هو عبارة عن إذن من العميل إلى شركة البورصة لبيع أو شراء أداة مالية معينة، ولا يمكن للوسيط رفض هذا الأمر، وإنما تنفيذه فقط وفقاً لشروط عمليات البورصة⁸.

وعلى ذلك يتضح أن أمر البورصة هو أمر محدد لاليس فيه بما يسمح بسهولة تنفيذه دون أخطاء، ولتحقيق ذلك يجب أن يتحدد نوع العملية سواء أكانت شراء أم بيعاً وبيان نوع العملية من حيث كونها عاجلة أم أجلية، ونوع الأداة المالية المطلوب التعامل بشأنها وتحديد البورصة كمكان للتعامل، وحتى يكون أمر البورصة واجب التنفيذ، يجب أن يكون قابلاً للتنفيذ وفقاً للظروف والأسعار السارية وقتها⁹.

ويطرح السؤال هنا في أي شكل يمكن للآمر بالسحب إصدار أمره إلى شركة البورصة؟ هل في شكل تحريري أو شفهي أو غيرها من الأشكال الحديثة التي تستخدم في الكتابة والتخاطب كالفاكس والحاسوب؟

لم يفرض المشرع المغربي على مصدري الأوامر شكلاً معيناً يتعين التقيد به فيما يخص الأوامر المصدرة للوسيط المالي، من أجل التداول بالبيع أو الشراء، على الأسهم المدرجة في سوق البورصة، وإنما ترك للعميل حرية إختيار الطريقة التي يراها مناسبة في

⁸ - G.Riprt/ R.Bobot, Traité de droit commercial, librairie générale de droit de jurisprudence.E.J.A. Paris 2000,p :83.

⁹ - عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص: 374.

ذلك، وعليه يجوز للشخص أن يقوم بتبليغ الأمر، إما عن طريق محرر مكتوب، أو عن طريق الفاكس أو برقية، أو حتى عن طريق البريد الإلكتروني أو الهاتف¹⁰، مع ضرورة تقييد شركة الوساطة بالإلتزام الملحق عليها والمتعلق، بالأوامر المتلقاة من عملائها بواسطة الهاتف، فيجب أن تكون هذه الأوامر محل تسجيل صوتي من طرف شركات الوساطة¹¹.

أما المشرع المصري على سبيل المثال، فرض ضرورة أن تكون الأوامر الصادرة من قبل العملاء للوسطاء الماليين مكتوبة، حيث ورد في المادة 45 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 أنه: " لايجوز للوسيط المالي إجراء عمليات في السوق لحساب عملائه، إلا إذا كان مفوضا في إجراءاتها من العميل بموجب تفويض خاص مكتوب، فإذا أجرى الوسيط العملية دون هذا التفويض جاز للعميل قبولها أو رفضها"¹². وبالتالي يتعين أن يصدر الأمر من قبل مالك الأسهم - أوامر البيع والشراء - سواء كان المالك الحقيقي لها أو المالك المجازي، مثل شركة إدارة المحافظ المالية، والتي تحل قانونيا محل المالك الحقيقي في إدارة الأوراق للعميل، سواء بالبيع أو الشراء، إضافة إلى ذلك، يجب أن يتم إصدار الأوامر إلى من له الصفة القانونية، أي إلى شركات الوساطة المعتمدة وفقا للأصول.

وبالنظر إلى أنه يجب أن تكون أوامر البورصة محددة بكل وضوح، منعا لأي إلتباس قد يحصل، فإن المشرع المغربي نظم الكيفية التي يجب على شركات الوساطة التعامل بها عند تلقي الأوامر، حيث أوجب أن تتضمن هذه الأخيرة جميع الإيضاحات اللازمة لتنفيذها على أحسن وجه، ولاسيما طبيعة العملية من حيث البيع أو الشراء، وبيان القيم التي تجري بشأنها المعاملات¹³. وتماشيا مع هذا، يقوم المدخر حامل الأدوات المالية، بإرسال الأمر إلى الوسيط المالي، والذي يكون موضوعه إما شراء أو بيع، أما في الحالة التي يكون المدخر متوفرا على حساب بنكي، فإنه يرسل الأمر إلى مؤسسته البنكية، لتقوم بدورها بتحويل الأمر نفسه، إلى شركة البورصة المعنية بالعملية¹⁴.

¹⁰- زكارياء العمري، تداول القيم المنقولة في البورصة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 16، ماي 2009، ص: 81.

¹¹- المادة 23 من قانون 19.14.

¹²- طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص90.

¹³ - وذلك طبقا لما ورد في المادة 23 من قانون البورصة.

¹⁴- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات التجارية والمجموعات ذات النفع الإقتصادي، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى 2003، ص102.

الفقرة الثانية: مضمون وشروط إصدار الأوامر

يتعين إصدار الأوامر من العملاء إلى الوسيط المالي، تعبيرا عن إرادة العملاء في تداول الأسهم، سواء كان بالبيع أو بالشراء، والذي يترتب عليه، إنعقاد البيع الوارد على هذه الأسهم، متى تمت مقابلة الأوامر مع بعضها البعض، لذلك يجب أن تتضمن هذه الأوامر مجموعة من البيانات، وأن تتوفر على شروط قانونية معينة .

أولا: مضمون الأوامر

يجب أن تتضمن أوامر العملاء جميع الإيضاحات اللازمة لتنفيذها على أحسن وجه، ولاسيما نوع الأمر من حيث بيع أم شراء وبيان القيم التي تجري في شأنها المعاملات والسعر والكمية.¹⁵ إضافة إلى بيانات أخرى تطلبها الممارسات العملية ويمكن إجمال هذه البيانات عموما فيما يلي:

1. اتجاه الأمر "شراء أو بيع";
2. اسم مصدر الأمر؛
3. اسم شركة البورصة أو الوسيط المالي الذي سيتولى إبرام الصفقة؛
4. رقم حساب العميل الموجب تحريكه والمؤسسة المفتوح لديها؛
5. تاريخ صدور الامر:¹⁶
6. مواصفات السندات موضوع الأمر، وذلك بتحديد الجهة المصدرة لها من ناحية وتحديد طبيعتها فإن كانت أسهم وجب تعيين صنفها (أسهم رأس المال أو أسهم تمتع، أسهم عادية أو أسهم ممتازة). وإن كانت سندات قرض يجب أن يتضمن الأمر قيمتها الإسمية وفائدتها وسنة إصدارها، وإذا كانت عبارة عن حقوق فيتعين تصنيفها أهى حقوق الأرباح أم حق الأفضلية في الإكتتاب.¹⁷

¹⁵ - المادة 23 من قانون 19.14.

¹⁶ - Karima Benhamadi, Intermédiation Boursière et Dynamisation du marché boursier marocain, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies en sciences économique, Casablanca 1999, p : 41-24.

¹⁷ - Yves Flornoy, Gaston Défausse, la bourse des valeurs et les opérations de bourse, Presse Universitaire de Formation, Paris 1984, p : 24-25.

7. كمية السندات، ويقصد بها عدد السندات المراد شراؤها أو بيعها وعلى ضوء هذا العدد يتحدد مكان تداولها في السوق الرئيسي أو السوق البديل.¹⁸
8. تحديد السعر، فقد يعمل العميل على تحديد السعر وقد يعطي فقط إشارات حوله.
9. تحديد مدة صلاحية الأمر، وترتبط بمدة الصلاحية الأحكام التالية:
- أ- هناك إمكانية دائما لتحديد وقت إنتهاء صلاحية الأمر بيوم أو أسبوع أو غير ذلك.
- ب- الأمر المتعلق بالتنازل عن حق الأفضلية في الإكتتاب يبقى صالحا لغاية إنتهاء فترة الإكتتاب.
- ج- الأمر الصادر بالسعر الإفتتاحي يسقط فور تغير هذا السعر ارتفاعا و انخفاضاً.¹⁹

ثانيا: شروط إصدار الأوامر

يشترط في مصدر الامر شرطين أساسيين:

1- أن يكون العميل متمتعا بالأهلية القانونية

تنص القوانين المتعلقة بأسواق البورصة في أغلب التشريعات ومنها التشريع المغربي، صراحة على ضرورة توفر الأهلية في الشخص الذي يرغب في تداول أسهمه، سواء بالشراء أو بالبيع داخل سوق البورصة، الامر الذي يقتضي معه الرجوع إلى القواعد المتعلقة بالأهلية الواردة في قانون الأسرة . ولاسيما تلك المتعلقة بأهلية الشخص لإبرام التصرفات القانونية.²⁰

¹⁸- الفقرة الثانية من المادة 2 من قانون 19.14.

¹⁹- محمد يوسف ياسين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص:90.

²⁰- إن الشخص لكي يكون صالحا لأن يملك عددا من الأسهم، يفترض أن يكون متوفرا على أهلية الوجوب، ولكن إذا افترضنا أن الشخص لكي يكون صالحا لأن يشتري بنفسه عددا من الأسهم حتى يصبح مالكا لها، فهذا يتطلب توفره على أهلية الأداء بالنسبة للشراء، وبالتالي، أهلية الأداء يفترض لقيامها بالضرورة أهلية الوجوب، لأنها تعني: "صلاحية الشخص لأن يباشر التصرف القانوني الذي من شأنه أن يرتب له الحق، أو أن يحمل له التزام"، وعليه فإذا لم يكن الشخص صالحا لأن يكون صاحب حق أو مدينا بالتزام، كان التصرف الذي من شأنه أن يرتبها له غير ذي موضوع، وعليه لا يكفي في مصدر الأمر أهلية الوجوب، حتى يتمكن من إصدار الأمر، بل لابد من توافره على أهلية الأداء".

- للمزيد من الإيضاح، راجع: - عصام عبد الله ملحم: "البورصة وعمليات تداول الأسهم"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في قانون المقاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص97.

2- أن يصدر الأمر من العميل برضاه خاليا من عيوب الإرادة

تتم عمليات تفويت الاسهم داخل سوق، بإجراءات يتم بموجبها، عقد صفقات بيع وشراء واردة عليها، وقائمة على أركان العقد، فالمتعاقدان هما البائع والمشتري، اللذان قد يصدران أوامر للوسطاء الماليين، من أجل إبرام الصفقات الواردة على الأسهم في سوق البورصة. وبالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإلتزامات والعقود، نلاحظ أنها توفر ضمانات قانونية مهمة لمصدري الاوامر داخل سوق البورصة، من أجل تدعيم الثقة بين المتعاملين وتوفير الحماية القانونية للمفوتة الأسهم إليهم، ومن هذه الضمانات، إبطال عملية تفويت الاسهم بين المتعاقدين، لوجود عيب من عيوب الرضا، كما هو الحال في حالة وجود تدليس أو غلط²¹ في العملية المبرمة والواردة على الأسهم، أن تكون هذه الاساليب هي الدافع إلى التعاقد، وأن يتم ارتكاب المناورات التدليسية، من طرف أحد المتعاقدين، أو أن يعمل بالتواطؤ معهم، مع العلم أن الوسائل الإحتيالية التي يتم أخذها بعين الإعتبار²² لا يمكن أن تكون إلتك التي تم إرتكابها قبل تاريخ التفويت، وليس التي مورست بعد هذا التاريخ، على أن يتم إثبات الوسائل التي دفعت الطرف الاخر إلى الإلتزام.

الفقرة الثالثة: أشكال أوامر البورصة وخطوات تنفيذها

يستطيع مصدر الأمر تحديد السعر الذي يرغب أن تتم به الصفقة، بأشكال مختلفة، وتبقى هذه الاوامر صالحة طيلة الجلسة التي أعطيت من اجلها، ما لم يكن هنالك إتفاق أو تعليمات تخالف ذلك، كما أن هنالك مجموعة من الخطوات المصاحبة لتنفيذ هذه الأوامر.

²¹- التدليس: "هو عبارة عن مجموعة من الوسائل الإحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الاخر، الذي يقبل التعاقد".

- إدريس العبدلاوي- شرح القانون المدني - النظرية العامة للإلتزام - نظرية العقد، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 369.

²²- للمزيد من التوسع حول موضوع البطلان، راجع:- أحمد شكري السباعي- ، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987، ص 257 ومابعدها.

أولاً: أشكال أوامر البورصة

قد يربط الأمر بالسحب بتنفيذ البيع أو الشراء بمدة معينة، وقد يربطه بسعر محدد أو قابل للتحديد، وقد يحدده بهما معاً، لذلك فإن الأوامر تصنف إلى أوامر مرتبطة بالمدة وأوامر مرتبطة بالسعر وأوامر تجمع بينهما، كما أن هناك عبارات ترافق جميع أنواع الأوامر، وهي كالتالي:

1- أوامر مرتبطة بالمدة بالسعر

تتمثل هذه الأوامر فيما يلي:

أ- الأمر بأفضل سعر (A tout prix أو Au mieux)

وهو لا ينطوي على أي تحديد للسعر، ويحظى بأولوية في التنفيذ مقارنة مع باقي الأوامر، فإذا توصل به الوسيط قبل إفتتاح حصة العمل وجب تنفيذه في أول جلسة بسعر الإفتتاح، وإلا في أقرب مناسبة، لكن هذا النوع يستحسن تجنبه خوفاً من إنهيار الأسعار.²³

ب- الأمر بسعر محدد (à cours limité)

يتولى معطي الأمر تحديد السعر الذي يريده لإتمام المعاملة، فإن كان بائعاً حدد السقف الأدنى للبيع وإن كان مشترياً حدد السقف الأعلى للشراء، ويؤمن هذا الأمر المشروط بؤمن حماية ملائمة ضد تقلبات الاسعار في السوق.

ج- الأمر بسعر السوق (Au cours du marché)

وهو الذي يعطي للوسيط من دون تحديد السعر وينفذ وفقاً لشروط السوق، فالأمر بسعر السوق لا ترافقه أي إشارة للسعر سواء تعلق الأمر بعملية بيع أو شراء، وبعد بدء التداول يتم تحويل هذا الأمر إلى أمر محدد بأفضل الاسعار في السوق ولهذه الطريقة مزايا عديدة، فهي تمكن الوسيط من تنفيذ عملية البيع أو الشراء بأفضل الاسعار، ففي عملية الشراء يقتني الأمر

✓ ²³- Karima Benhammadi : Intermédiation boursière et dynamisation du marché boursier marocain, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies en sciences économique, casablanca 1999, op.cit.p :43.

بأدنى تمن مسجل في جلسة وفي حالة البيع يتم التفويت بأعلى سعر معروض وفي حالة ما إذا كان عدد الأسهم الخاصة، بالسعر الأفضل المسجل في جلسة التداول غير كاف لتلبية طلبات الاوامر بتمن السوق، فإنه يتم تنفيذ هذه الأخيرة في حدود العرض المتوفر ويتم الإحتفاظ بالباقي إلى جلسة تداول أخرى مع تحويلها إلى أوامر بتمن محدد مساو للسعر الذي تم به التنفيذ الاولي.²⁴

د- الأمر بسعر الإفتتاح (Au premier cours)

حيث يجب أن ينفذ بمجرد افتتاح جلسة التداول بالسعر الأول فإذا تغير ذلك السعر سقط الامر وعد لاغيا.

هـ- الأمر بسعر الإغلاق (Au dernier cours)

ينفذ انطلاقا من آخر سعر قبل إغلاق جلسة التداول.

2- أوامر مرتبطة بالمدة

ترتبط هذه الأوامر بمدة صلاحية معينة وهي:

أ- أمر صالح ليوم واحد

وهو عبارة عن توجيه من صاحب الامر للوسيط بتنفيذ الصفقة يكون ساري المفعول من لحظة الطلب حتى نهاية الساعات الرسمية للعمل في السوق، فإما أن يلغى تلقائيا بعدم تنفيذه أو يتم إلغاؤه من قبل صاحب الأمر قبل تنفيذه.²⁵

ب- أمر صالح لمدة معينة

يقوم فيه المصدر بتحديد مدة زمنية يكون من خلالها الأمر قابلا للتنفيذ، ويبقى هذا الأمر صالحا إلى حين حلول الأجل المقرر له، غير أن هذا الأجل يجب ألا يتعدى اليوم الاخير من الشهر الذي تم إصداره فيه إلا فإنه يصبح ملغى.

✓ 24 زكرياء العماري، تداول القيم المنقولة في البورصة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 16 ماي 2009، ص:

83.

25- زكرياء العماري، م.س، ص:82.

ج- أمر صالح لمدة غير محددة

وفي هذه الحالة لا يعين المصدر مدة معينة يجب أن ينفذ فيها الأمر، وبالتالي فإنه يبقى في السوق إلى آخر يوم في الشهر الجاري الذي تم إصداره فيه.²⁶

3- أوامر تجمع بين السعر والمدة

يجمع الأمر أحيانا بين سعر ووقت التنفيذ وله صورتان:

أ- أوامر محددة للسعر خلال فترة معينة

ويقصد بها الأوامر التي تحدد سعرا معيناً للتنفيذ، وتقترن بشرط إتمام الصفقة خلال فترة زمنية معينة.

ب- أمر مفتوح في حدود سعر معين

ويقصد به، الأمر الذي لا يحدد فيه فترة معينة للتنفيذ، غير أنه يشترط إتمام الصفقة حينما يصل سعر السوق إلى السعر الذي يحدده المستثمر أو سعر أفضل منه.²⁷

ولأن أمر البورصة هو عقد وكالة من نوع خاص، فليس هناك ما يحول دون قيام المصدر بإلغاء أو تعديل هذا الأمر بعد صدوره منه، كأن يرى زيادة في عدد السندات المراد بيعها أو تعديل المدة التي يجب من خلالها التنفيذ أو إلغاء الأمر برمته، كل ما هنالك أنه يجب إخطار الوسيط في حالة الإلغاء قبل إفتتاح جلسة البورصة بوقت معقول وليس للوسيط أن يقوم بتعديل أمر البورصة من تلقاء نفسه، وإلا يكون قد تجاوز حدود وكالته وإلتزم بتعويض العميل من جراء الضرر الذي لحقه من هذا التعديل.

²⁶- زكرياء العماري، م.س، ص: 82.

²⁷- عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص: 390.

4- بعض العبارات المصاحبة لأوامر البورصة

هناك بعض العبارات مشتركة بين مختلف أنواع الأوامر والتي قد يستعملها الأمر بالسحب بالموازاة مع صدور أمره، وهي عديدة منها:

أ- عبارة بدون إلزام: (Sans Force)

وهي مرافقة عادة للأمر بالسعر الأفضل، ويعني للوسيط ذلك، أن البحث عن المقابل للصفقة يجب أن لايجره لإحداث تغييرات كبيرة في الاسعار، وهذا الامر مهم خاصة في حال عرض كمية كبيرة من السندات التي يمكن أن تؤثر على مستوى الاسعار.²⁸

ب- عبارة للتقدير (A appréciation)

في هذه الحالة تكون لشركة البورصة الوسيطة كامل الصلاحية لإختيار أحسن ظروف وشروط البيع والشراء حسب ما يراه²⁹، وتكون حريته مطلقة فهو الذي يختار الورقة محل التعامل وعددها وسعرها، وتوقيت تنفيذها.³⁰ ومن مزايا الأمر التقديري، إعطاء قدر كبير من المرونة للوسيط، بما يمكنه من التصرف بسرعة لإغتنام الفرص المواتية دون إنتظار لأوامر محددة من المستثمر، على الرغم من أن الكثير من الوسطاء لايرحبون بهذا النوع من الاوامر لأنها تزيد من عبء العمل الواقع عليهم فضلا عن خشيتهم من ان تنفيذ بعض الأوامر قد يأتي بنتائج غير مرضية للمستثمرين³¹، وبمجرد تنفيذ العملية ترسل شركة البورصة إلى العميل تفاصيل تنفيذ العملية.

ج- عبارة الحد الأدنى

يعني أن الزبون لايرغب في شراء أو بيع إلا نسبة محددة من السندات أو أن هذا الزبون لايهمه إلا العمليات الكبيرة من حجم معين.³²

²⁸- محمد يوسف ياسين، م.س، ص: 102.

²⁹- Karima Benhammedi : op. cit. p : 43.

³⁰- Yves flornoy : op. cit , p : 28.

³¹- عبد الباسط كريم مولود، م.س، ص: 191-392.

³²- محمد يوسف ياسين، م.س، ص: 102.

د- عبارة الكل أو لا شيء (Tout ou rien)

وهي غالبا ما تصاحب الأمر بتمن محدد، حيث يلزم تنفيذ الصفقة في مجموعها لمشتري واحد، دون تجزئتها على عدة مشتريين (أو العكس)، وهذا ما يتطلب وجود أمر مقابل أو موازي في السوق من طرف وسيط المشتري، وتهدف هاته العبارة إلى تفادي تجزئ التحويل في عملية التنفيذ³³، وفي حالة عدم وجود طلب بتمن ومواصفات العرض فإنه يعد لاغيا ولا ينفذ.³⁴

ه- عبارة إيقاف (Stop)

وتشمل على نوعين وقف الشراء ووقف البيع **فوقف الشراء**، هو عبارة عن طلب شراء بسعر أعلى من السعر السائد في السوق، لأن السعر السائد في السوق لإيقابله عرض بالبيع، حيث أن البائع يتوقع انخفاض أسعار الاوراق المالية التي في حوزته إن عرضها للبيع، ومن أجل أن يحمي نفسه إزاء مخاطر انخفاض الاسعار إلى مستوى متدن فإنه يضع حدا إذا وصل له سعر تلك الاوراق التي قام ببيعها. أما **وقف البيع** ، فهو عبارة عن طلب بيع بسعر أقل من السعر السائد في السوق، لأن السعر السائد في السوق وبمجرد أن يصل السعر إلى المستوى الذي حدده البائع تتم الصفقة.³⁵

و- عبارة مرتبط (Ordre liés)

يسمى مرتبطا الامر المتكون من عنصرين: شراء وبيع يتعين تنفيذهما في نفس الجلسة أو الحصة.³⁶

ز- عبارة متدرج (A échelle)

وهو عبارة عن طلب لبيع أو شراء عدد معين من الاوراق المالية بالتدرج بأسعار متفاوتة.³⁷

³³- Olivier coispeau , dictionnaire de la bourse et des termes financiers bibliothèque national du Canad, Quebec, 2001, Op.cit. 348.

³⁴- Karima Benhammadi : op ; cit , p :43.

³⁵- مختار محمد بلول، م.س، ص: 161.

³⁶- Yves flornoy, op, cit, p : 28.

³⁷- مختار محمد بلول: م.س، ص: 161.

ح- عبارة الآن وفيما بعد (D'abord et ensuite)

وهي مركبة أيضا من شراء وبيع بشرط أسبقية إحداهما على الأخرى، فقد تكون عملية البيع لتأمين المبالغ التي سيتم بها الشراء فيما بعد.³⁸

ثانيا: تنفيذ أوامر البيع والشراء

تتمثل الخطوات الأولى للتنفيذ في تجميع وإعلان الأوامر بطرق مختلفة، تم إبرام الصفقة وفق سعر معين .

1-تجميع وإعلان الأوامر في البورصة

تعتمد أنشطة البورصة في مختلف عملياتها على وسطاء ماليين مؤهلين حاصلين على رخصة من وزير الإقتصاد و المالية لمزاولة هذه المهام، وتنقسم إلى وساطة مباشرة تمارسها شركات البورصة التي تتمتع وحدها بإمتياز الإبرام المباشر لجميع المعاملات المتعلقة بالأسهم في جدول أسعار بورصة القيم، كما تختص بتلقي وتحويل أوامر البيع والشراء الخاصة بزبائنها والسهر على تنفيذها وتحصيل حقوق ذويها.³⁹ ووساطة غير مباشرة تمارسها مجموعة من الهيئات والمؤسسات التي خولها المشرع صلاحية تلقي الأوامر وتحويلها إلى شركات البورصة، ففي هذه الحالة، يقوم المصدر بتبليغ أوامره إلى إحدى هيئات تجميع الأوامر التي ستقوم بدورها بتبليغ مجموع الأوامر التي توصلت بها من زبائنها إلى إحدى شركات البورصة لتنفيذها لحساب هؤلاء العملاء.⁴⁰

ومن بين المؤسسات التي تتولى الوساطة غير المباشرة، هناك مؤسسات الإئتمان كالأبنك التي تتوفر على خبرة وتجربة في هذا المجال وشبكة من الوكالات موزعة على مجموع التراب الوطني، وبالتالي فإن الامر قد يصدر مباشرة إلى شركة من شركات البورصة أو يصدر إلى وسيط مالي خاصة الأبنك التي تلعب دور مجمع الأوامر.⁴¹ وفي جميع الأحوال وبمجرد وصول الأمر إلى شركة البورصة المعتمدة تقوم هاته الاخيرة بتحويله إلى مندوبها ليقوم بإعلانه في السوق فور توصله به ويتم ذلك بطريقتين وهما :

³⁸- Yves flornoy : op, cit , p : 29.

³⁹- زكرياء العماري، م.س، ص: 85.

⁴⁰ زكرياء العماري، م.س، ص: 86.

⁴¹- Karima Benhammadi : op. cit. p :45.

• أسلوب المناذاة أو "الدلالة"

كانت بورصة الدار البيضاء تعتمد هذا الاسلوب قبل سنة 1998⁴² ، وهو الأسلوب التقليدي لتداول الأوراق المالية، إذ يقوم الوسيط بإعلان الأمر الصادر إليه بالمناذاة بصوت مرتفع حتى يسمعه السماسرة الاخرون، فإذا ما تقدم أحدهم إلى المقصورة الرئيسية دار بينهما التفاوض حول إتمام الصفقة، وعلى الوسيط اختيار أفضل الاسعار التي تناسبه من بين المتقدمين (وهو أشبه بالمزاد العلني). ويتم التسعير بأسلوب المناذاة عن طريق المزايذة⁴³، فإذا لم يلق الطلب أو العرض مجيبا إلى نهاية الجلسة كانت الأسعار المدونة هي أسعار الإقفال⁴⁴.

ورغم أن هذا الأسلوب يتسم بالبطء إلا أنه أكثر دقة وفعالية، لأن ممثل كل شركة من شركات البورصة يشرع في الإجتماع من أجل العثور على الأطراف الأخرى اللازمة لإتمام الصفقات الموكول إليها تنفيذها،⁴⁵ كما يتميز هذا الاسلوب في أنه يعطي السمسار الحرية الكافية في التفاوض على السعر وحرية العدول عن عرضه السابق قبل تنفيذ العملية،⁴⁶ كما أنه يزيد من التنافس بين شركات السمسرة في صورة مزاد مفتوح للوصول للسعر العادل.

• أسلوب التداول الإلكتروني

يتم هذا التداول بإستخدام الحاسوب الألي، وهو المعتمد في فرنسا منذ سنة 1991، وفي مصر منذ سنة 1994⁴⁷، وفي بورصة الدار البيضاء منذ سنة 1998⁴⁸ حيث يقوم مندوب شركة البورصة، بعد تلقي الأوامر، بإدراجها وتسجيلها على شاشة الحاسب الالي، وبدلا من قيام موظف المقصورة بتوصيل العروض بالطلبات التي تطابقها، فإن الحاسوب هو الذي يتولى بطريقة آلية التوفيق بين العروض والطلبات، أما من حيث السعر فإنه يختار سعر الإفتتاح في النقطة التي تتلاقى عندها أعلى كمية معروضة مع أعلى عروض للأسعار للوقوف على السعر العادل لفتح جلسة التداول، ويسمى هذا السعر بالسعر الإستكشافي أو سعر الإفتتاح، وبعد تحديد هذا السعر، يقوم برنامج القبول الألي بالتوفيق بين الطلبات والعروض المسجلة

⁴² - Karima Benhammedi : op, cit, p : 45.

⁴³ عبد الباسط كريم مولود، م.س، ص: 369.

⁴⁴ - أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 2004/2005، ص: 799.

⁴⁵ - أحمد مخلوف، م.س، ص: 800.

⁴⁶ - عبد الباسط كريم مولود، م.س، ص: 398.

⁴⁷ - هشام زوين، الموسوعة العلمية في تأسيس الشركات التجارية والمدنية، المجلد الرابع، البورصة وهيئة سوق المال ومشكلات غسل الأموال، مركز محمود للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2008، القاهرة، م.س، ص: 400.

⁴⁸ - Karima Benhammedi : op, cit, p : 47.

لتحويلها إلى عمليات فعلية، ويتم القبول بأولوية السعر الأفضل، وفي حالة تساوي السعر يتم الترتيب بأسبغية التسجيل، ويقتصر دور الوسيط هنا في مد البورصة بأقراص تحتوي على أسماء المستثمرين الجدد حتى يتم ترجمة الرمز بشكل فوري عقب العملية لإستخراج شهادة إتمام الصفقة ونقل الملكية من البائع إلى المشتري الجديد بعد ترجمة الرمز.⁴⁹

1- إبرام الصفقة

تختلف مراحل إبرام الصفقات حسب نظام التسعير الذي تخضع له القيمة المراد شراؤها أو بيعها، فإذا الأسهم خاضعة لنظام التسعير المستقر أو المحدد، تقوم الشركة المسيرة بإستقبال الأوامر، وتحديد فترة زمنية لإدخالها، بالإضافة إلى تعيين سعر محدد يمثل سعر التوازن في حصة التداول، ويتم ذلك من خلال مرحلتين وهما⁵⁰:

• مرحلة ما قبل الإفتتاح

تمتد من التاسعة صباحا إلى حدود الحادية عشر، يتم خلالها إدخال الأوامر من طرف الوسطاء في أجهزة الحاسوب، ويتم تسجيلها في لأحة السوق بدون إنجاز أية معاملة عليها، بعد ذلك يتم إحتساب سعر نظري للإفتتاح، ويكون سعر أقرب من السعر المرجعي أي سعر إغلاق آخر حصة بورصوية للتداول.

• مرحلة الإفتتاح أو الإستقرار

وتبتدئ بعد الحادية عشر صباحا إلى حين إغلاق الجلسة، ويتم خلالها تحديد سعر الإفتتاح لمختلف الأسهم المدخلة، كما يمنع على الوسطاء، خلال هذه المرحلة إدخال أي أوامر جديدة أو إلغاؤها أو كذا تعديها، مالم يثبت هناك خطأ مؤكداً في عملية إدخال الأوامر.

أما إذا كانت الأسهم خاضعة لنظام التسعير المستمر أو المتواصل، فإن هناك ثلاثة مراحل:

- مرحلة ما قبل الإفتتاح: تبتدئ من الساعة التاسعة إلى العاشرة والنصف صباحا، يتم خلالها إدخال الأوامر من طرف الوسطاء دون إنجاز المعاملات أو تداول الأسهم أثناءها.

تم تبتدئ الإفتتاح من العاشرة والنصف، يتم أثناءها مقابلة أوامر البيع والشراء حيث يتم تداولها بتمن محدد أو بتمن السوق.

⁴⁹- أحمد مخلوف، م.س، ص: 802.

-عبد الباسط كريم مولود، م.س، ص: 400.

⁵⁰- عمر العسري، دليل مصفق الدار البيضاء، مطبعة الجديدة الدار البيضاء، ص: 52 إلى 57.

- مرحلة الحصة: يتم من خلالها تنفيذ الأوامر بشكل مستمر ومتواصل عبر مقابلة الأوامر الجديدة تدريجيا بتسجيلها من طرف الشركة المسيرة، حيث إذا حصل توافق فوري فإنه يتم تنفيذ الصفقة، وتعتمد عملية مقابلة أمر أو عدة أوامر بالبيع مع أمر أو عدة أوامر بالشراء وفقا للشروط التي حددها العميل من كمية وسعر، وكل ذلك إلكترونيا.

وبعد لحظات من تنفيذ الصفقة، يخطر نظام التداول من وسيط المشتري ووسيط البائع بالنتيجة، كما يرسل النظام بعد ذلك تفاصيل الصفقة إلكترونيا إلى الشركة المسيرة من جهة، التي تتولى تسليم كل شركة بورصة كشفا بالعمليات المنفذة في حصة التداول، وإلى شركة الوديع المركزي "ماروك لير MARO CLEAR" التي تتولى عملية المقاصة من جهة أخرى.⁵¹ وتقوم شركة البورصة في نفس يوم إتمام العملية بإرسال إخطار كتابي إلى عميلها بشأن تفاصيل العملية.⁵²

المطلب الثاني: دور الوديع المركزي في تداول الأسهم

تعد عملية إدارة السندات والأدوات المالية بمختلف أشكالها من العمليات التي تعرف تطورا مهما كانت نتيجة تزايد الإقبال على هذه الأدوات وظهور أشكال جديدة منها فرضتها حاجيات المدخرين، وهو ما جعل مختلف التشريعات تبحث عن تنظيم متكامل تسند إليه عملية إدارة هذه الأدوات وتبسيط عمليات تداولها وإنتقالها، والمشرع المغربي كان دائم التحيين والتطوير لقوانينه خاصة في مجال الأعمال، والإقتصاد وهو ما جعله في 1 يوليوز 1997 يقوم بإحداث مؤسسة الوديع المركزي⁵³، وتأسيس نظام القيد في حساب قيم معينة وذلك

⁵¹ هشام زوين، م.س، ص: 22.

⁵² G.Riipert./ R. Robbot. Op, cit, p : 89.

⁵³ "يتخذ الوديع المركزي شركة مساهمة، ويبلغ رأس مالها عشرون مليون درهم، وهو مملوك من قبل المستفيدين من خدماته، وهم الدولة بنسبة 25 % وبنك المغرب بنسبة 20 % وشركات التامين بنسبة 15 %، وصندوق الإيداع والتدبير بنسبة 10 % وبورصة الدار البيضاء بنسبة 5 %،

ويقوم الوديع المركزي على تنظيم إداري محكم يسمح له بتسيير وتتبع كل العمليات، التي يقوم بها أو يشرف عليها، ويخضع لمراقبة وزارة المالية ويعهد إلى وزير المالية صلاحية المصادقة على الأنظمة الأساسية للوديع وتعيين رئيس مجلس الإدارة عند الإقتضاء، والموافقة على تعيين المدراء العامين، ويتم تعيين مندوب الحكومة من طرف وزير المالية بالوديع المركزي؛ وهو مسؤول عن ضمان احترام هذه الهيئة لأحكام الأنظمة الأساسية، التي يجب أن يضعها الوديع المركزي، والنظام العام، ووفقا للقانون المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل فإن هذه الأخيرة تقوم بمراقبة إحتزام الوديع المركزي للقواعد العملية، عبر تقديمه لجميع الوثائق والمعلومات الضرورية لإنجاز مهمته إلى هذه الهيئة بشكل دوري، بالإضافة إلى ذلك، يراقب مجلس الهيئة المغربية لسوق الرساميل مدى احترام الوديع المركزي لمقتضيات الدوريات القابلة للتطبيق عليه، كما يلتزم الوديع المركزي بنشر الحصيلة والميزانية العمومية وحسابات المنتجات وقوائم أرصدة التدبير للسنة المالية المقفلة بإحدى الجرائد

المحول لها نشر الإعلانات القانونية وذلك داخل أجل لا يتعدى ستة أشهر بعد إقفال كل سنة مالية".

وفق أحكام القانون 35.96 والذي تم تعديله وتتميمه بالقانون 43.02 . فهو نقطة إلتقاء كل المعاملات التي تعرفها الأدوات المالية بالشكل الذي يتيح للمتعاملين والوسطاء من هيئات مصدرة أو وسطاء ماليين أن يعهدوا إليه ببعض المهام الموكولة إليهم من طرف عملائهم عبر حفظ السندات لحساب المنتسبين إليها وتدابير نظام تسديد وتسليم السندات فهو مكون أساسي في تنظيم تدفق السندات في السوق المالي ويوفر الأمان والسهولة الضرورية لحسن سير العمليات، لذلك فإن العمليات المتعلقة بالوديع المركزي وإجراءاته، تعتبر إجراءات تنفيذية لعملية البيع ذاتها، وبمفهوم المخالفة للمادة 12 من القانون القانون السالف الذكر، فإنه وبعدم مرور تداول الأسهم عبر مؤسسة الوديع المركزي، عن طريق التحويل في مابين الحسابات، يترتب على ذلك، بطلان عقد البيع الوارد على الأسهم، وبالتالي عدم نقل ملكية الأسهم، وبذلك فإن الإجراءات التي تتم لدى الوديع، هي إجراءات تنفيذية لعملية البيع ذات طبيعة خاصة .

الفقرة الأولى: القيد الإجباري

يكون النظام العام⁵⁴ للقيد في الحساب، إلزاميا بالنسبة لبعض القيم، وإختياريا بالنسبة لقيم أخرى، بحسب نصت المادة 17 من القانون 35.96. على أنه: "إستثناء من أحكام القانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة، يؤسس وفقا لأحكام الباب الأول من المادة 19 أدناه، وإختياريا بالنسبة إلى القيم المشار إليها في المادة 20 أدناه"، وبالتالي فإن القيد في الحساب يكون إجباريا، قبل أي تداول في بورصة القيم بالنسبة لسندات معينة هي:

- ❖ القيم المنقولة المقيدة في جدول أسعار بورصة القيم؛
- ❖ السندات التي تصدرها الخزينة العامة عن طريق الدعوة للمنافسة؛
- ❖ أسهم شركات الإستثمار ذات رأسمال المال المتغير؛
- ❖ حصص صناديق التوظيف المشتركة؛
- ❖ الحصص المملوكة لصناديق التوظيف الجماعي للتسديد؛
- ❖ الحصص أو الأسهم المملوكة لهيئات توظيف الأموال بالمجازفة؛
- ❖ سندات الديون القابلة للتداول؛
- ❖ كذلك القيم المصدرة في إطار دعوة الجمهور للإكتتاب.

⁵⁴- يقوم النظام العام للقيد في الحساب على عدم التجسيد المادي إلا في شكل قيد السند في الحساب باسم مالكه إما لدى المصدر (في السند الاسمي) أو لدى الوسيط المالي المؤهل (في السند للحامل)..

حدد المشرع المغربي أيضا الطريقة التي يمسك الحساب بها لدى الوديع المركزي، والتي تختلف بحسب نوع السندات، فإذا كانت السندات إسمية، فيمسك الحساب في إسم المالك المصدر، في حين إذا كانت السندات للحامل، فيمسك لدى وسيط مالي مؤهل.

والملاحظ أنه، ومن أجل الإنتماء إلى أحد أصناف الوسطاء الماليين المحددين في المقطع (ج) من المادة (1) من القانون 35.96، والمخولين بقوة القانون حق مسك حسابات السندات المقبولة، في عمليات الوديع المركزي، وبالتالي الإنتساب إلى هذا الأخير، والتوفر على حق فتح حساب جار للسندات المقيدة لديه، في شكل حساب للبناء، فلا بد من الحصول على ترخيص مسبق بهذه العمليات، وفقا لما ورد في المادة 24 من القانون 35.96، والتي جاء فيها أنه: "يجب على الوسطاء الماليين، لأجل مسك حسابات السندات، أن يكونوا مؤهلين لذلك، بقرار من الوزير المكلف بالمالية، بعد إستطلاع رأي الوديع المركزي"⁵⁵.

خلافًا للوسطاء الماليين المؤهلين وفقا لمقتضيات المادة 24 من القانون 35.95، فإنه يجب على الأشخاص المعنويين المصدرين للقيم المنقولة، الخاضعة للقيود في الحساب، فيما يخص القيم التي أصدرها، أن يفتحوا حسابات بالسندات الإسمية بإسم كل مالك لتلك السندات، لكل من يطلب ذلك، في حدود التأهيل الممنوح لكل منهم. ذلك أن التأهيل المنصوص عليه في المادة (24)، يمكن أن يشمل كل أو بعض القيم المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 19 أو في المادة 20، وذلك على حسب الوسائل المادية والبشرية، التي يتوفر عليها الوسيط المالي. وتماشيا مع هذا، فقد صدر قرار من قبل وزير الإقتصاد والمالية، في 26 مارس 2001 تم بموجبه تأهيل الوسطاء الماليين الآتي ذكرهم:

1. الوسطاء الماليون الذين تم تحديدهم في القانون 35.96.
2. الأشخاص المعنويين المصدرون لإحدى القيم المشار إليها في المادة (19) والمادة (20).
3. الهيئات الأجنبية ذات غرض مماثل لغرض الوديع المركزي.

إن الجديد الذي جاء به القانون رقم 43.02 لسنة 2004، هو أنه فرض على الأشخاص المعنويين المصدرين للقيم، وعلى مؤسسات تدبير القيم الواردة في الفقرة الأولى (1_19)،

⁵⁵- تنص المادة (1) مقطع (ج) من القانون رقم 35.96، كما غيرت وتمت بموجب أحكام المادة الثانية من القانون رقم 43-02، على أنه لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بمصطلح الوسطاء الماليين مايلي: " بنك المغرب، الخزينة العامة للمملكة، البنوك المعتمدة وفقا للأحكام التشريعية المنظمة لها، شركات البورصة المعتمدة وفقا للأحكام التشريعية المنظمة لها، الشركة المسيرة لبورصة القيم المشار إليها في المادة 7...، صندوق الإيداع والتدبير، المؤسسات الوديعية...، وكذا الهيئات التي يكون غرضها الإيداع أو القرض أو الضمان أو تسيير الأموال والمدرجة في قائمة بحصرها الوزير المكلف بالمالية".

العمل على إدراج هذه القيم في عمليات الوديع المركزي، بعد موافقة الوزير المكلف بالمالية، وبعد إستطلاع رأي الهيئة المغربية لسوق الرساميل (المادة الثانية من القانون 43-02 لسنة 2004).

بناء على ماتقدم، فإن الهيئات المصدرة للقيم المنقولة الخاضعة للنظام العام للقيود في الحساب، وكذلك الوسطاء الماليون الوارد ذكرهم في المادة (1 فقرة ج) والمؤهلون، ملزمون بفتح حسابات لدى الوديع المركزي، ضمن الشروط والمواصفات، وبما يتفق مع النظام العام، مع العلم أنه يبقى لهاته الهيئات من ماسكي حسابات السندات، أن تقوم بهذه المهمة بنفسها، أو أن تكلف شخصا آخر أو هيئة أخرى مؤهلة، لمسك حسابات السندات، للقيام بالمهام المكلفة بها بموجب القانون.

وبالرجوع لأحكام المادة 27 من القانون 35.96 التي جاء فيها: "يمكن لكل ماسك حسابات أن يعين وكيلًا واحدًا لمسك حسابات أصحاب السندات المقيدة لديه، إلا أنه لايجوز لوسيط مالي مؤهل أن يختار كوكيل، إلا وسيطا ماليًا آخر، ويجب أن يوافق الوديع المركزي مسبقًا على إختيار الوكيل، وعلى مدى صحة الوكالة الممنوحة، على أن تنشر تسمية الشركة وعنوان الوكيل في صحيفة للإعلانات القانونية، بمبادرة من الموكل"، ولذلك نجد بأن هذه الصلاحية التي منحها المشرع المغربي من خلال هذه المادة تمكن ماسكي الحسابات لدى الوديع المركزي، من إختيار وكلاء عنهم، لمسك حساباتهم، وذلك مراعاة للوضعية القانونية لبعض الأشخاص المعنويين غير المؤهلين لإدارة الحسابات الجارية المفتوحة لدى الوديع المركزي. علما بأن التوكيل هنا لايعطى من طرف وسيط مالي مؤهل من المذكورين على سبيل الحصر في المادة (1) من القانون 35.96، إلا لوسيط مالي مؤهل آخر، وذلك من أجل بقاء فعالية الرقابة الممارسة من طرف الوديع المركزي، قائمة، مع ضرورة التقييد بأخذ موافقة هذا الأخير على التوكيل، فضلا عن أن المشرع المغربي، لم يكتفي بمنح ماسكي الحسابات لدى الوديع المركزي صلاحية تعيين وكيل واحد عنهم لمسك حساباتهم لدى الوديع المركزي، بل مكن كذلك أصحاب الحسابات الجارية لدى هذا الأخير، من إختيار صاحبي حساب آخر يمنحه توكيلا يحل محله في تسيير الحساب.

الفقرة الثانية: القيد الإختياري

وفقا لمقتضيات المادة 20 من القانون 35.96، فإنه يجوز لأي شخص معنوي يسمح له القانون بإصدار القيم المنقولة - أسهم - ، بغض النظر عن القيم المسعرة أو غير المسعرة، وسواء هذا الشخص المعنوي إتخذ شكل مساهمة أم لا، أن يطلب إخضاع القيم المنقولة التي يصدرها للنظام العام للقيد في الحساب لدى الوديع المركزي، شريطة أن يحصل على موافقة هذا الأخير، حيث ورد في المادة (20) من نفس القانون، على أنه: "يمكن أيضا أن تخضع القيم المنقولة غير الواردة في الفقرة الأولى من المادة 19 أعلاه، للنظام العام للقيد في الحساب، المنصوص عليه في هذا الباب، وذلك بطلب من الشخص المعنوي المصدر مع مراعاة موافقة الوديع المركزي".

يتبين لنا مما تقدم، أنه يمكن إخضاع بعض الأدوات المالية، الصادرة عن شخص معنوي، للإيداع المركزي، وذلك بعد أن يقدم طلبا للحصول على موافقة الوديع المركزي على قيد القيم الصادرة عنه لدى هذا الأخير، ولكن السؤال المطروح هنا، يتعلق فيما إذا كانت هناك من بين القيم أسهما لحاملها، فهل يملك الشخص المعنوي إمكانية إلزام المساهمين الحاملين لتلك الأسهم، بتسليمها من أجل قيدها في الحساب لدى الوديع المركزي؟.

بالرجوع إلى المقتضيات القانونية الواردة في القانون 35.96، نجد أنه يتطلب من الشخص المعنوي الراغب في تقييد القيم المنقولة الصادرة عنه لدى الوديع المركزي، أن يتقدم بطلب بذلك لهذا الأخير وبعد الحصول على موافقته، يحدد موعدا للشخص المعنوي، من أجل دخول النظام العام للقيد في الحساب حيز التنفيذ، ذلك أنه على كل مالك للقيم المنقولة وبمجرد تحديد الأجل من قبل الوديع المركزي، وحصوله على الموافقة على طلب الإنضمام، يكون والحالة هاته، كل مالك لأسهم إسمية كانت أو للحامل، ملزم بالإمتثال إلى القرار الصادر عن الوديع المركزي، بناء على طلب الشخص المعنوي للقيم، وذلك وفقا للمقتضيات القانونية الواردة في المادة 63 من نفس القانون.

يتبين مما تقدم، أن الأسهم لحاملها، إما تكون محفوظة لدى وسيط مالي مؤهل، حين ذلك، يتعين على هذا الأخير، أن يقوم بتسليم الأسهم المحفوظة لديه للوديع المركزي، في حين إذا كانت الأسهم لحاملها غير مودعة ومحفوظة لدى الوسيط المالي المؤهل، عندها يجب على حاملها أن يقوم بتقديمها إلى وسيط مالي مؤهل، والذي يختاره قصد قيدها في

الحساب، وذلك إلى غاية اليوم السابق للتاريخ المنصوص عليه في المادة 66 من نفس القانون. وبالوقوف على المادة 66 نجدها قد نصت على أنه: "يقوم الشخص المصدر للأسهم بعد مرور إثني عشر شهرا على التاريخ الذي يحدده الوديع المركزي لدخول النظام العام للقيود في الحساب حيز التنفيذ، بالنسبة إلى قيمة معينة، ببيع الحقوق المتعلقة بالسندات لحاملها غير المقيدة في الحساب، وذلك داخل أجل سنة واحدة، ويتم هذا البيع بحسب روزمانة يشترك الشخص المصدر والوديع المركزي في إعدادها، وفق الكيفية المحددة بقرار للوزير المكلف بالمالية". والملاحظ هنا، أن المادة 57 من القانون 35.96 كذلك، نصت على أن أحكام المواد (48)⁵⁶ و (50)⁵⁷ من هذا قانون الوديع المركزي، تطبق على القيم المشار إليها في هذا الباب، ومن ضمن القيم المنقولة بهذا الباب، نجد تلك القيم المنقولة المشمولة بالقيود الإختياري في الحساب، أي الواردة في المادة 20 من نفس القانون.

نستنتج مما سبق، أن مالك الأسهم لحاملها⁵⁸، لا يوجد له خيار، إلا الإمتثال للقرار الصادر من قبل الوديع المركزي، بناء على الطلب المقدم من طرف الشخص المعنوي المصدر للأسهم، وإلا تم بيع الحقوق المرتبطة بالأسهم المعنية.

56 - ورد في المادة (48) من القانون رقم 35.96 أنه: "تعتبر السندات لحاملها المجسدة موضوع البيع المشار إليه في المادة 47 أعلاه، باطلة ابتداء من تاريخ البيع المذكور، ويودع صافي ناتج الحقوق المتعلقة بهذه السندات، فوراً في صندوق الإيداع والتدبير من طرف الشخص المعنوي المصدر، ...".

57 - ورد في المادة (50) من القانون 35.96 على أنه: "يحدد بمرسوم تاريخ وأجال وشروط إتلاف السندات لحاملها المسلمة إلى الوديع المركزي، تطبيقاً لأحكام المادة 44 وأحكام الفقرة الأولى من المادة 46 أعلاه، ويتحمل الأشخاص المصدرون مصاريف هذا الإتلاف".

58 - من الملاحظ أن المشرع المغربي، إقتصر من خلال المادة 60 من القانون 35.96، الحديث عن القيم المنقولة لحاملها، دون القيم الإسمية، وذلك يرجع إلى كون الشخص المعنوي المصدر للقيم المنقولة، هو الذي ألزمه المشرع بالأساس بقيدها في الحساب، إضافة إلى ذلك، فإن القيم الإسمية غير المجسمة، تكون مقيدة في سجل التحويلات الذي يمسه الشخص المعنوي".

خاتمة

لايسعنا إلا أن نقول أنه بالرغم من ديناميكية الإصلاحات التي ميزت الإطار القانوني والمؤسساتي لتداول الأسهم، ومامنحته من ضمانات لإذكاء ثقة المتعاملين في البورصة المغربية في مقدمتها تجريم لمجموعة من السلوكات الأخلاقية، فإنه لايزال تطوير حجم تداول الأسهم في حاجة إلى العديد من الآليات والوسائل القانونية لإنعاشه والرفع منه، وذلك يرجع إلى عدة محددات:

✓ أن الإصلاحات المتعلقة بالتشريعات المالية، التي إنصبت على السوق المالي، بالرغم أنها كانت تقتبس آخر ما جد في قوانين الدول المتقدمة في تنظيم المؤسسات الاقتصادية والمالية، سواء في مجال الهيكله أو في مجال إبرام المعاملات وتقنيات التداول داخل سوق القيم، إلا أن هذه التشريعات المتعلقة بسوق الدار البيضاء، بقيت تفتقر إلى النصوص القانونية الواضحة والصرحة المنظمة لإشهار المعلومات المتعلقة بالشركات وسير أعمالها وكشف موازنتها وحساب الأرباح والخسائر لديها، الأمر الذي نتج عنه تفشي سلوكات وممارسات غير سليمة، ومخالفة لأصول وقواعد التجارة، القائمة أساسا على الثقة والشفافية في التعامل، الأمر الذي إنعكس سلبا على الشركات المقدمة على إدراج أسهمها في جدول أسعار بورصة القيم، وزاد بالتالي من حجم الصعوبات التي ستواجهها الشركة، لعدم ثقة المدخرين والمستثمرين في هذه الأخيرة.

وعلى هذا الأساس، لابد من أجل تطوير سوق القيم، أن تكون هذه الإصلاحات شاملة لمختلف الجوانب التي لها علاقة بسوق القيم.

وفي المحيط القانوني لهذه السوق، وبإصدار قوانين جديدة لشركات المساهمة، ومدونة التجارة وتنظيم مهنة المحاسبة وإصلاح سوق الصرف، والعمل على تسريع وتيرة برامج الخوصصة كل ذلك من أجل تحقيق التكامل في الإصلاح وبالتالي تحقيق الأهداف المرجوة منه.

✓ الملاحظ من خلال دراستنا للقوانين المنظمة لعملية تداول الأسهم، بأنها لم تواكب طرق تداولها، وفي هذا الإطار يمكن طرح مشكلة الفراغ القانوني في مجال التنفيذ الجبري على الأسهم التي تصدرها شركات المساهمة، والتي يتم فيها اللجوء إلى القواعد العامة في

ق.م.م، من أجل سد الفراغ التشريعي القائم، إلا أنها تبقى بعيدة عن خصوصيات العمليات في سوق البورصة، إضافة إلى ذلك، يمكن طرح مشكلة الفراغ القانوني في تنظيم مسطرة العروض العمومية، وذلك أن المشرع المغربي رغم تنظيمه القانوني لمسطرة العروض العمومية في سوق البورصة، فإننا نلاحظ فيها ضعف الوسائل القانونية المتاحة لحماية المساهمين القدامى من مخاطر فقدان مراقبتهم للشركة المدرجة أسهمها في سوق البورصة، وهذا الأمر يستدعي الإنتباه إليه، عندما نعلم أن أغلب المقاولات المغربية مقاولات عائلية، لذلك كان على المشرع المغربي أن يوفر الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها توفير الحماية القانونية للمساهمين القدامى، من مخاطر فقدان مراقبتهم للشركة المدرجة أسهمها في جدول أسعار البورصة، وأن يعمل على تقنين هذه العملية، بما يتلاءم مع طبيعة الإقتصاد المغربي.

✓ غياب شبه تام للمبادرات المدروسة، التي تعمل على تعميق الوعي الإستثماري خاصة لدى صغار المدخرين، وتعريفهم بفرص إمكانيات ومزايا الإستثمار في الأسهم، فالملحوظ في هذا السياق، أن أغلب الفاعلين الإقتصاديين يحملون نظرة سلبية وغامضة عن سوق البورصة، ولا يوجد لديهم إلمام بطرق الولوج والإستفادة من المزايا التي توفرها هذه السوق، وبالتالي لابد من إيجاد آليات للتوعية، وذلك عن طريق وضع خطط مدروسة للقدرة على التواصل مع الجمهور وتأطيره في هذا المجال ونشر ثقافة البورصة بين المدخرين، إضافة إلى ذلك، لابد من تفعيل دور الإعلام سواء المتئي أو المكتوب، والذي سيلعب دورا فعلا ومهما في نشر هذه التوعية، لدى مختلف المدخرين من ساكنة الدولة، وتجدر الإشارة إلى وجوب إعتناء اللغة العربية، كلفة رسمية داخل سوق القيم، وذلك من أجل القدرة على الوصول إلى المدخر العربي، وإشعاره بالطمأنينة والشفافية في التعامل.

✓ يعتبر الدور الذي تلعبه شركات البورصة في أدائهم لوظيفة الوساطة بين المدخرين العاديين وبين الشركات المسعرة لأسهمها في جدول أسعار البورصة، دورا تقليديا لا يرقى إلى المستوى المطلوب، ففي أغلب البورصات العالمية، يلعب الوسطاء الماليون دورا حيويا داخل السوق المالي ككل، وذلك لموقعهم القريب من المدخرين الصغار والمستثمرين النظاميين والمواطنين والأجانب، لذلك لابد من التركيز على دور مقدمي الخدمات والإستثمار في هذه السوق، وحثهم على تفعيل تدخلاتهم في سوق القيم، ورفع مستوى أعمال الوساطة المالية وتفعيلها، والتفكير في إنشاء مؤسسات عربية مشتركة للوساطة المالية، تكون لها

فروع في جميع الدول العربية، من أجل إستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، الأمر الذي سيؤثر على حجم التداول داخل السوق.

تلك أهم الملاحظات التي يمكننا تسجيلها على التنظيم القانوني لتداول الأسهم وممارسة الرقابة عليها داخل البورصة، وهي في الحقيقة نواقص وثغرات تؤثر بشكل جلي في الحماية التي يقررها المشرع للمتعاملين، وهكذا ومن أجل تدارك هذه العيوب التي تعترى هذا التنظيم فإننا نقترح مجموعة من المقترحات لمعالجة مختلف الإشكالات التي قد تطرح على المستوى العملي، وهي كالتالي:

✓ تقوية سلطات الرقابة للهيئة المغربية لسوق الرساميل، وذلك من خلال توسيع سلطاتها لتشمل كل الفاعلين في سوق البورصة الذين يمر عبرهم تداول الأسهم.

✓ توسيع سلطات العقاب بالنسبة للهيئة، لتشمل كل الفاعلين المتدخلين في مجال الأسهم، وليس فقط شركات البورصة، مع وضع جزاءات صارمة في حالة عدم إحترام الإلتزامات المنصوص عليها في دوريتها.

✓ ضرورة إستقلالية الهيئة المغربية لسوق الرساميل، فإذا كانت تبعية مجلس القيم المنقولة سابقا والهيئة حاليا للسلطة التنفيذية ممثلة في وزارة المالية، مبررة في بداياتها الأولى، فإنه اليوم بعد أن تراكمت خبراتها في مجال ضبط السوق المالية واتسع مجال الرقابة التي تمارسها، أصبحت إستقلاليته تطرح بإلحاح، خصوصا أن هذه العلاقة تتعدى مجرد سلطة وصاية لتصل إلى حد التدخل في المقررات التي تصدرها الهيئة، وإن كانت هذه الأخيرة منحت نوعا من الإستقلالية على مستوى تسيير وإدارة المجلس، بأن منحت رئاسته إلى مديرها بدل الوزير المكلف بالمالية ممثلة في وزيرها، فإن هذه الأخيرة لازالت تستأثر بإتخاذ قرار إعتقاد شركات تسيير هيئات التوظيف الجماعي وكذا سحبه.

✓ التفكير في هندسة للنصوص التشريعية والتنظيمية في المجال المالي عموما ومجال البورصة خصوصا، تقوم على صياغة المقتضيات التشريعية في شكل مبادئ عامة، والإحالة بخصوص تفاصيلها وشروط تطبيقها على النصوص التنظيمية ودوريات الهيئة المغربية، مع إعطاء صلاحيات واسعة لهذه الأخيرة في تنظيم الأشخاص والهيئات التي تراقبها، بإعتبارها الجهاز الأقرب من مختلف الفاعلين والمتدخلين في السوق المالية، صاحب الخبرة

في المجال المالي والرقابي، ولأن عجلة التشريع في المغرب لاتسير بنفس السرعة التي تتطور بها السوق المالية. وينبغي جمع هذه النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالسوق المالية في مدونة على غرار المدونة النقدية والمالية الفرنسية، يتم فيها تجميع شتات هذه النصوص، قصد تسهيل الرجوع إليها من طرف المهنيين ورجال القانون والجمهور.

✓ ينبغي إعادة صياغة نص النظام العام للهيئة، ليشمل جميع الدوريات التي تصدرها هذه الأخيرة، وذلك في هندسة مرنة تمكن من تعديل مقتضياتها وتتميمها مع المحافظة على هيكلتها العامة.

✓ إحداث لجنة للعقوبات مستقلة عن الجهاز الإداري للهيئة المغربية، تتولى دراسة الملفات وإصدار الجزاءات الإدارية، في حين يقتصر دور الهيئة الإداري على تحريك المتابعة فقط، وذلك لفصل مرحلة البحث عن مرحلة التحقيق والمحاكمة، قصد ضمان نوع الإستقلالية في إتخاذ القرارات التأديبية تجاه الجهاز الإداري، وإحترام مبادئ المحاكمة العادلة .

✓ منح الهيئة إمكانية ممارسة الوساطة بين المستثمرين والوسطاء الماليين والمصدرين، قصد فض النزاعات التي تنشأ بينهم بشكل ودي، مستفدين من المميزات التي تمنحها هذه المسطرة من السرعة، والسرية، والمجانية، وتجنب بقاء المساطر والإجراءات الإدارية والقضائية. إضافة إلى منح الهيئة سلطة إبرام الصلح، في بعض المخالفات المحددة في النصوص التشريعية أو التنظيمية أو دوريات الهيئة المغربية لسوق الرساميل، على غرار ما تقوم به إدارة الجمارك بخصوص المخالفات الجمركية، أو المصالحة في بعض قانون حرية الأسعار والمنافسة، وغيرها من القوانين الجنائية الخاصة.

✓ منح الهيئة سلطة الرقابة على البيانات التي تنشرها الأشخاص المعنوية التي تدعو الجمهور للإكتتاب على مواقعها الإلكترونية.

هذه إذن جملة من الإقتراحات التي يبدو ضرورة تفعيلها، من أجل الرفع من فعالية التداول و الرقابة التي تمارسها الهيئة عليه، حتى نرقى بهذا الأخير إلى مصاف الهيئات الأجنبية في الدول المتقدمة، وتشجيع المستثمرين المغاربة والأجانب على ولوج السوق المالية المغربية بكل ثقة وطمأنينة.

الْبَيْتُ
وَالْقَوْمُ