



*Revue Numéro 48*  
*2<sup>ème</sup> Semestre*  
*Année 2011*

المجلات  
المغربية  
للتنظيم  
والسياسة  
والاقتصاد

***REVUE JURIDIQUE POLITIQUE  
ET ECONOMIQUE DU MAROC***

*Revue éditée par la Faculté des Sciences Juridiques  
Économiques et Sociales - Rabat - Agdal*

[www.fsjesr.ac.ma](http://www.fsjesr.ac.ma)

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

*Numéro du dépôt légal à la Bibliothèque Générale et Archives : 7/76*

# REVUE JURIDIQUE, POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

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

Directeur : *lahcen OULHAJ*

Comité de rédaction : *Latifa EL MAHDATI, Farid EL BACHA,  
Alhassan RHOU, Rajae NAJI, Abdelilah EL  
ABDI, Mohammed MADANI, Miloud  
LOUKILI, Afifa HAKAM, Mustapha  
BOULOUIZ, Hassan RAISS, Mohammed  
ABOUCHE, Abderrassoul LEHADIRI*

Secrétariat de rédaction: *Khadija OUAZZANI CHAHDI*

## ADMINISTRATION

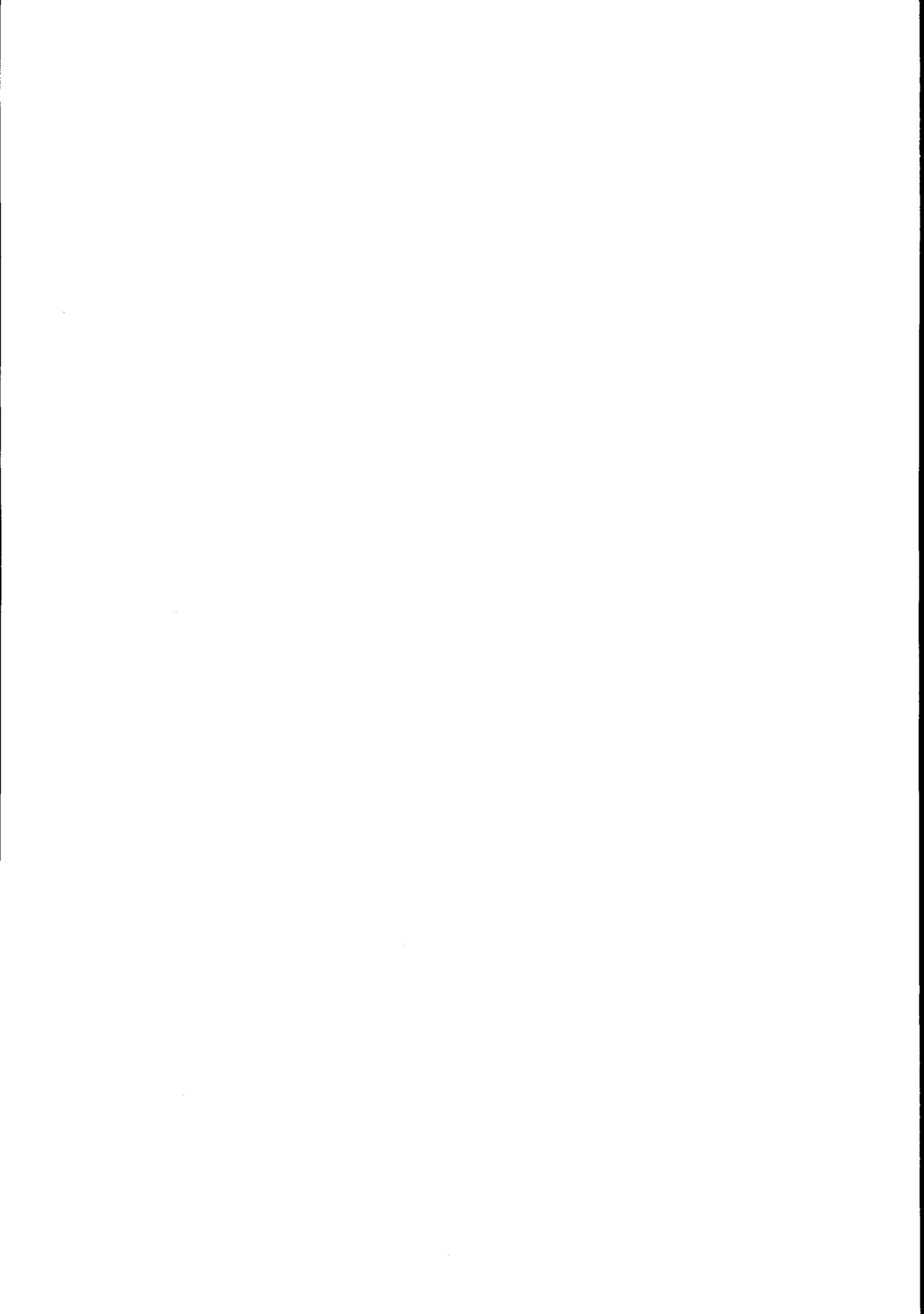
*B.P. 721, Boulevard des Nations Unies - Agdal - Rabat.*

### Abonnement annuel (2 numéros)

Maroc.....140 DH  
Etranger.....140 DH + port  
Vente directe, tarif étudiant.....30 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

|  |  |    |
|--|--|----|
| <b><i>-Mohammed Drissi ALAMI<br/>MACHICHI</i></b>        | -Missions du commissaire aux<br>comptes.   | 07 |
| <b><i>-Farid EL BACHA</i></b>                            | -La loi 31/08 édictant des mesures de<br>protection des consommateurs et la<br>théorie générale des obligations. | 27 |
| <b><i>-Idriss EL ABBASSI<br/>-El Mostafa HETTABI</i></b> | -Dépenses publiques et croissance<br>économique au Maroc :<br>Une approche en termes de causalité                | 37 |
| <b><i>-Mustapha BOULOUIZ</i></b>                         | -Néo-libéralisme : petite histoire d'un<br>grand concept.  | 59 |
| <b><i>-Nouzha LAMRANI</i></b>                            | -Genre et travail dans le secteur<br>industriel au Maroc : Etude de cas<br>dans l'industrie textile.             | 67 |
| <b><i>-Taoufiq YAHYAOUI</i></b>                          | -Le management des organisations<br>virtuelles : Conscience collective-E-<br>leadership- Compétence-Créativité.  | 91 |



# MISSIONS DU COMMISSAIRE AUX COMPTES.

*Mohammed DRISSI ALAMI MACHICHI \**

Suite à un jugement rendu par le tribunal de première instance d'Agadir sur la responsabilité pénale d'un commissaire aux comptes qui aurait sciemment, aux termes dudit jugement, fabriqué un aveu établissant des faits faux et présenté des informations mensongères sur la situation d'une société, délits prévus et sanctionnés par les articles 366 du code pénal et 405 de la loi n 17 – 95 sur les sociétés anonymes, on se pose à nouveau la question de la définition conceptuelle adoptée par le droit sur les missions<sup>1</sup>, les obligations et les responsabilités du commissaire aux comptes. Au-delà de cet incident relevant largement du détail d'un fait divers, la réflexion sur les missions et les responsabilités du commissaire aux comptes se justifie par l'attention qui se focalise sur ces professionnels à l'occasion des scandales qui entourent les difficultés de certaines grandes entreprises, ainsi qu'à chaque crise économique et financière<sup>2</sup>.

Les textes répressifs principaux restent l'article 366 du code pénal et l'article 405 de la loi relative aux sociétés anonymes. L'article 366 du code pénal punit le faux et l'usage de faux dans certains documents administratifs et certificats. Il comporte trois applications : le fait d'établir sciemment une attestation ou un certificat relatant des faits matériellement inexacts ; le fait de falsifier ou de modifier d'une façon quelconque une attestation ou un certificat originairement sincère ; l'acte de faire sciemment usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié. Le cas d'espèce visée qui

---

\* Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales - Université Mohammed V Agdal Rabat.

<sup>1</sup> A. Viandier, L'évolution du commissariat aux comptes, in Mélanges R. Roblot, LGDJ 1984, p. 385 ; D. Vidal, Le commissaire aux comptes dans la société anonyme, LGDJ 1985 ; Colloque CREDA, 1991, in JCP 1992, éd. E, I, 173 ; Du Pontavice, Les tâches du commissaire aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966, Rev des sociétés, 1968 ? P ; &. Wisner, Réflexion sur la mission des commissaires aux comptes, rev des sociétés, 1968, p. 371.

<sup>2</sup> P. Bézard, la mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés, Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 83 ; M. A. Frison-Roche, Les leçons d'Enron, capitalisme, la déchirure, éd. Autrement, 2003 ; D. Heurstel et J. Mougel, La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? rev. Des sociétés 2003, p. 13.

inquiète les experts comptable coïncide avec la première figure dans la mesure où le rapport d'un commissaire aux comptes relate des faits matériellement inexacts.

L'article 405 de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes punit tout commissaire aux comptes qui aura, sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé aux organes d'administration, de direction ou de gestion les faits qui lui paraissent délictueux dont il aura eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions<sup>3</sup>. Ce texte retient deux infractions, une par commission et une par omission. La première intéresse indistinctement les actionnaires, les associés et les dirigeants sociaux. Elle correspond à la première application du faux retenue par le code pénal. La seconde ne touche que les derniers et se traduit par un silence portant atteinte à l'ordre public et à l'intérêt de la société.

Les experts comptables constatent à cet égard que la mission essentielle du commissaire aux comptes se ramène à exprimer son opinion sur les états de synthèse relatifs à la comptabilité tenue par une société en vue de la certifier ou de refuser de la certifier ou de certifier et formuler des réserves précises et motivées. Cette opinion diffère de l'affirmation ferme d'une conclusion. Elle traduit naturellement un avis de l'expert, distinct des faits exposés.

Elle peut se révéler exacte, c'est-à-dire cohérente avec l'ensemble des actes accomplis par le commissaire aux comptes, comme elle peut être entachée d'erreur involontaire ou se caractériser par une faute. Une fois acceptée par l'assemblée générale, elle s'imposerait objectivement à tous les actionnaires, associés et dirigeants de la société. Elle ne peut faire l'objet de critique ou de discussion et engager la responsabilité du commissaire aux comptes par un dirigeant ou par un groupe d'actionnaires ou d'associés que pour faute ou erreur prouvée. La contestation ne peut se fonder uniquement sur la simple raison qu'elle ne donne pas satisfaction personnelle à un actionnaire ou un dirigeant.

---

<sup>3</sup> La loi n° 20-05 modifiant la loi n° 17-95, en date du 23 mai 2008 impose désormais aux commissaires aux comptes de communiquer au Conseil déontologique des valeurs mobilières, les anomalies constatées par eux à l'occasion de leur exercice. Ajoutée aux autres communications à faire à cette instance par les intéressés, cette obligation élargit le champ d'application de l'article 405 de la loi.

La mise en cause de la responsabilité du commissaire aux comptes doit alors se fonder sur une faute qu'il aurait commise dans l'exercice de sa mission, de ses fonctions légales, et non dans la simple formulation d'une opinion erronée dénuée de toute faute. L'erreur de l'opinion peut résulter de causes totalement étrangères aux diligences du commissaire aux comptes. Dans ces conditions, il importe de préciser d'abord les obligations et les diligences qui lui incombent en vue de l'élaboration de son opinion. Seuls les manquements à ces exigences engagent la responsabilité en la matière.

## **1 – Détermination des missions<sup>4</sup> du commissaire aux comptes.**

La mission du commissaire aux comptes se traduit par un grand nombre d'opérations ayant principalement trait au contrôle de la comptabilité, effectué par sondage conformément à la loi, à la protection de l'égalité entre les actionnaires et à l'élaboration de rapports à l'assemblée générale des actionnaires. Mais, la mission essentielle des commissaires aux comptes se caractérise par la permanence et figure à l'article 166 de la loi n° 17-95 : « le ou les commissaires aux comptes ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion<sup>5</sup>, de vérifier, les valeurs et les livres, les documents comptables de la société et de vérifier la conformité de sa comptabilité, aux règles en vigueur. Ils vérifient également la sincérité et la concordance, avec les états de synthèse, des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire et dans les documents adressés aux actionnaires sur le patrimoine de la société, sa situation financière et ses résultats ». Notons que la loi n° 20-05 du 23 mai 2008 n'apporte point de modification directe à cette énumération.

---

<sup>4</sup> Ces missions sont exposées avec plus ou moins de détail par les auteurs à l'occasion de leurs travaux sur les sociétés au Maroc. Parmi les universitaires, l'excellent développement du professeur A. Choukri Sébaï, *Traité en arabe, « Al wassit fi ashariat »*, tome 4, p. 275 ; P. Decroux, *les sociétés en droit marocain*, 5<sup>ème</sup> éd. La porte, 1988, p. 166 ; M'hamed Motik, *le droit marocain des sociétés commerciales*, 2005, p. 139 ; H. Cherkaoui, *la société anonyme*, 1997, p. 216. On peut aussi consulter les œuvres publiées par les experts comptables et notamment, PriceWaterhouse-Coopers, *Mémento, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, 1999, p. 291 ; M. Talab et M. Pabeun, *le droit marocain des sociétés commerciales*, éd. G2IG, 1997, p. 226 ; J. Celeste, *manuel pratique de la société anonyme*, 1997, p. 172.

<sup>5</sup> Du Pontavice, *Le principe de la non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits*, *rev des sociétés*, 1973, p. 599.

On doit relever que ces dispositions précisent expressément que la mission du commissaire aux comptes se distingue foncièrement de la gestion. Celle-ci relève des dirigeants sociaux et de leurs salariés. La tenue de la comptabilité incombe aux dirigeants sociaux et à leurs comptables salariés. Le commissaire aux comptes n'a que la mission de la vérifier. A cet égard, la loi lui impose deux types de vérification, le premier concerne un contrôle plutôt physique de l'élaboration effective des documents comptables et de l'existence des valeurs et des livres. Le second s'attache à la vérification technique de la conformité de la comptabilité aux règles en vigueur d'une part, et de la sincérité et de la concordance, avec les états de synthèse, des informations données par le rapport de gestion et les documents adressés aux actionnaires sur le patrimoine de la société, sa situation financière et ses résultats d'autre part.

Le caractère permanent de la mission du commissaire aux comptes est clarifié par l'article 167 de la loi qui ajoute que « A toute époque de l'année, le ou les commissaires aux comptes opèrent toutes les vérifications et tous les contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'il estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux. »

L'exercice de la mission permanente permet aux commissaires aux comptes de répondre convenablement à l'obligation d'établir les différents rapports, annuel, spécial et divers, et partant de certifier ou de refuser de certifier ou de certifier avec réserve comme le leur impose l'article 175 de la loi. Ce texte dispose que les commissaires aux comptes doivent, soit certifier que les états de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice ; soit assortir la certification de réserves ; soit refuser la certification des comptes.

Sur le plan de la comptabilité, la loi retient alors trois obligations caractéristiques des missions confiées aux commissaires aux comptes, le contrôle des comptes, la vérification de documents et la certification des états de synthèse. Les deux premières activités rentrent dans les obligations précises de contrôle par sondage, en raison de l'ampleur des opérations et des documents embrassés par la mission des commissaires aux comptes. La dernière exprime l'aboutissement ou la finalité d'information des dirigeants et des actionnaires et associés dans la société. C'est au niveau de cette dernière que l'opinion exprimée risque d'être critiquée à cause de l'erreur

ou de la faute du commissaire aux comptes et donner lieu à une mise en cause de sa responsabilité.

## **A - Contrôle et vérification.**

Ce sont les actes que le commissaire aux comptes effectue de manière permanente ou ponctuelle. L'exécution permanente ne signifie pas qu'elle soit menée de manière continue sans interruption. Elle veut dire tout simplement que le commissaire aux comptes est autorisé par la loi à l'effectuer pendant toute l'année, à tout moment et à toute occasion. La loi ne lui fixe ni périodicité, ni dates fixes.

### **1) - Vérification des comptes.**

Il s'agit de la mission permanente la plus importante. Elle consiste dans la vérification de la tenue des comptes, des modalités de cette tenue et des supports et documents utilisés. Ces opérations ne se confondent pas avec une élaboration ou une réfaction de la comptabilité. C'est là une obligation mise par la loi exclusivement à la charge des dirigeants sociaux. Les dirigeants sociaux établissent les comptes et les commissaires aux comptes les vérifient. Les opérations de vérification ne se ramènent pas non plus à un contrôle de l'opportunité des décisions des dirigeants sociaux et toute immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion est interdite par la loi, même si souvent leurs actes se répercutent sur le bilan final de la société.

### **2) - Buts de la vérification.**

Les différents aspects des vérifications sont destinés à permettre aux commissaires aux comptes de remplir les missions d'information des actionnaires, de révélation des irrégularités aux dirigeants sociaux et depuis 2008 au conseil déontologique des valeurs mobilières, et d'alerte en cas de menace des difficultés d'entreprise. Cette finalité explique la précision formulée par l'article 166 de la loi quant au caractère annuel des comptes vérifiés. En effet seuls ces derniers doivent faire l'objet de l'opinion sur la sincérité et la concordance avec les états de synthèse.

Le caractère permanent des fonctions du commissaire requiert souvent des contrôles provisoires, partiels spécifiques à certaines activités ou opérations ou limités à une période inférieure à la durée de l'exercice. Ces types de contrôle sont très souvent susceptibles de provoquer une opinion erronée incomplète ou circonscrite du commissaire aux comptes dans les

rapports subséquents. Ces erreurs n'engagent la responsabilité de ce dernier que si elles résultent d'un manquement à une obligation de diligence dans la vérification. Dans ce cas elles peuvent fonder la mise en cause de sa responsabilité civile ou pénale, si, dans ce dernier cas, la faute se confond avec les éléments d'une infraction. Seuls les états de synthèse doivent être retenus pour une formulation fondée de l'opinion du commissaire dans le rapport annuel qu'il présente à l'assemblée générale.

### **3) - Niveau du contrôle.**

Le contrôle de la régularité et de la sincérité des états de synthèse<sup>6</sup> en eux-mêmes doit être complété par la vérification de la sincérité et de la concordance de leur contenu avec les informations données aux actionnaires dans le rapport de gestion présenté par le conseil d'administration ou le directoire, ainsi que dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes de la société. Le commissaire aux comptes ne peut estimer qu'il a rempli son obligation en se limitant à contrôler et à vérifier l'existence des documents visés. Il ne peut, le cas échéant, dégager sa responsabilité et écarter sa faute en prétendant qu'il a raisonné et conclu en fonction des documents, des renseignements et des affirmations communiqués par les dirigeants sociaux. La loi lui impose d'aller plus loin dans l'exercice de ses fonctions en l'obligeant à procéder à des vérifications, en nombre et en qualité raisonnables, de la régularité et de la sincérité des informations recueillies. Pour la réussite et l'efficacité de cette mission, les dirigeants sociaux ont l'obligation de répondre favorablement aux demandes du commissaire aux comptes et mettre à sa disposition toutes les pièces justificatives requises par lui, sans pouvoir lui opposer de refus fondé notamment sur le secret professionnel. C'est lui qui est tenu par le secret professionnel qui protège leurs droits.

---

<sup>6</sup> J. Lacombe, Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ? in Mélanges R. Roblot, op. cit. p. 311.

## **B - Information des dirigeants sociaux.**

### **1) - Communication aux dirigeants sociaux.**

Les commissaires aux comptes doivent communiquer aux dirigeants sociaux, conseil d'administration, directoire et conseil de surveillance, les contrôles et vérifications qu'ils ont effectués et leur faire connaître les modifications qui leur semblent justifiées dans la tenue des comptes et la présentation du bilan. Ils doivent aussi leur révéler les irrégularités et les erreurs qu'ils ont constatées, leur exposer les conclusions déduites de leurs observations sur les résultats de l'exercice comparés à ceux du précédent.

Suivant cette conception, les commissaires aux comptes s'assurent de la tenue effective des comptes, des documents et des livres comptables. Ils vérifient la régularité des calculs effectués et celle des méthodes et procédures appliquées. Ils constatent l'existence ou l'absence ou l'irrégularité des pièces justificatives. Enfin ils relèvent les faits susceptibles de qualification pénale et en informent les dirigeants de la société. Sur ce point, il importe de reconnaître que la loi n'exige pas de qualification précise ou d'infraction déterminée. Ceci relève de la compétence judiciaire. Le commissaire aux comptes se limite à relever les faits anormaux qui lui semblent correspondre à des infractions. Les dirigeants sociaux restent seuls responsables de corriger les faits, de les clarifier ou de les maintenir. C'est là le sens qui se dégage du dernier alinéa de l'article 169 de la loi « tous faits leur apparaissant délictueux dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission ».

Cette obligation prend une force particulière à la fin de l'exercice. En cas d'anomalie constatée surtout en matière pénale, le commissaire aux comptes en informe les dirigeants, ou en dresse un rapport au conseil d'administration ou au directoire avant la réunion des organes de direction et d'administration qui arrête les comptes de la société. Ce document relate les contrôles et vérifications et les sondages qu'il a effectués ainsi que les résultats obtenus. Il indique aussi les postes des états de synthèse et des autres documents comptables qui nécessitent des modifications. Il contient les observations utiles sur les modes d'évaluation utilisés pour la confection desdits documents. Il relate les irrégularités et inexactitudes découvertes et formule les conclusions et modifications conséquentes sur les résultats de l'exercice comparés à ceux du précédent exercice. Il précise tous les faits qui lui paraissent de nature délictueuse dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission. En cas d'existence d'une expertise de minorité, le rapport en est annexé au rapport du commissaire aux comptes.

**2) - Modalités de l'information des dirigeants sociaux.**

L'information des dirigeants sociaux aboutit soit à la régularisation pure et simple de la situation soit à l'ouverture d'une discussion à cet effet. Elle doit prendre la forme d'un écrit, rapport particulier ou passage du rapport annuel, ou correspondance. Elle peut également avoir lieu verbalement lorsqu'elle s'impose à l'occasion des délibérations de l'organe dirigeant auxquelles le commissaire aux comptes est nécessairement présent. Dans cette hypothèse il est très important que les communications du commissaire aux comptes soient enregistrées au procès-verbal de la réunion. Seule cette mention fera preuve de sa diligence et dégagera sa responsabilité le cas échéant.

On doit ajouter que la loi ne fixe ni date ni périodicité pour l'accomplissement de cette mission. L'intéressé doit l'exercer de sa propre initiative ou à la demande des dirigeants. L'essentiel est qu'il doive y procéder en temps utile pour que les destinataires puissent en tenir compte et effectuer les rectifications requises.

**C - Information des actionnaires.**

La convocation des commissaires aux comptes aux assemblées générales des actionnaires et la présentation de leur rapport à celles-ci s'expliquent et se justifient par leur obligation légale de présenter le rapport général et les rapports spéciaux aux actionnaires où ils doivent leur communiquer leurs observations, avis et conclusions.

**1) - Rapport général annuel.**

**a) - Importance du rapport.**

Le commissaire aux comptes élabore un rapport général à l'intention de l'assemblée générale ordinaire annuelle appelée à se prononcer sur l'action des dirigeants sociaux pendant l'exercice écoulé. Ce rapport général consiste dans le compte rendu de l'exécution de sa mission présenté par le commissaire aux comptes à la société, dont il est un organe légalement institué. L'éventualité de discussion du rapport du commissaire implique l'obligation de présence de celui-ci à l'assemblée.

L'impact de ce document sur la sécurité des actionnaires donne à sa force juridique une importance particulière découlant du statut juridique de contrôleur légal de l'administration sociale. Le commissaire aux comptes

contrôle les organes d'administration et de gestion de la société conformément aux dispositions légales, non à un mandat des actionnaires.

L'importance du rapport annuel apparaît à travers son contenu obligatoire et la responsabilité qui en découle à la charge du commissaire aux comptes. Ce document informe nécessairement les actionnaires sur le rapport de gestion et les états de synthèse présentés par les organes de direction à l'assemblée générale d'une part, et les modifications dans la présentation des états de synthèse ou les modes d'évaluation éventuellement introduites par les dirigeants sociaux d'autre part.

Il importe alors que sa force légale se fonde sur la réunion de certaines conditions. Celles-ci se résument dans la présentation à l'assemblée générale, l'absence de contradiction interne ou avec d'autres rapports ou document, du contenu. Elles se concrétisent aussi par l'exposé obligatoire de l'opinion du commissaire aux comptes. En effet l'intéressé doit se prononcer explicitement sur le sens de la certification<sup>7</sup> suivant la régularité et la sincérité des comptes sociaux.

La certification signifie un engagement personnel déduit d'une certitude raisonnable fondée sur le résultat des opérations exécutées. La certification de la régularité des comptes veut dire leur conformité aux règles et aux normes en vigueur, quant à la tenue des comptes, leur présentation et leur évaluation. La sincérité correspond à l'expression claire de la situation sociale, établie avec transparence, loyauté et bonne foi, reflétée par les comptes. Le refus de certifier signifie que le commissaire aux comptes relève des anomalies suffisamment graves contre la régularité, la sincérité et le reflet de l'image de la situation de la société. Enfin la formulation de réserves tend à inviter les dirigeants sociaux à régulariser la situation en corrigeant les anomalies constatées par le commissaire aux comptes et dégager la responsabilité de ce dernier si lesdits dirigeants ne procèdent pas à la régularisation visée. Quelle que soit le sens l'attitude du commissaire aux comptes, il l'engage.

---

<sup>7</sup> Colloque CREDA, Au-delà de la certification : quels nouveaux progrès pour le commissariat aux comptes, JCP 1992, éd. E, 1, 173 ; Du Pontavice, les tâches du commissaire aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966, rev. Des sociétés, 1968, p. 1 ; Wisner, Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, rev. Des sociétés, 1968, p. 371.

**b) – Discussion du rapport annuel.**

Vu les conditions exigées pour la validité et la force juridique du rapport général annuel présenté par le commissaire aux comptes, on peut estimer qu'une fois adopté par l'assemblée générale des actionnaires, il acquiert un caractère définitif et ne permet plus de discussion. En somme, son adoption se traduirait par un quitus pour l'intéressé qui ne risque plus de se voir inquiété sur son fondement. En réalité, cette opinion demeure bien relative. En effet, rien n'interdit au commissaire aux comptes lui-même de revenir sur le contenu et les opinions exprimés dans ce rapport s'il découvre ultérieurement des informations différentes. La confrontation avec des rapports partiels portant sur un secteur d'activité ou avec des rapports temporaires se limitant à un laps de temps inférieur à celui de l'exercice ou enfin avec des rapports spéciaux concernant une opération déterminée, implique parfois la modification de certaines conclusions ou opinions formulées dans le rapport annuel. Il suffit qu'il le fasse avant l'expiration du délai de prescription. La même latitude appartient à la société qui découvrirait elle-même ou à l'occasion d'un audit externe ou d'une expertise judiciaire notamment, au cours du délai de prescription, une anomalie dans ledit rapport. La discussion spontanée ou provoquée reste possible tout au long du délai de prescription.

**2) – *Rapports particuliers.***

En plus du rapport annuel, les commissaires aux comptes présentent un certain nombre de rapports à l'occasion de certaines questions particulières importantes pour la régularité de la vie sociale. A cet égard, l'article 174 de la loi qualifie de « rapport spécial » celui qui doit être élaboré à l'occasion des conventions entre la société et ses dirigeants (article 58 et 97). Par ailleurs, le commissaire aux comptes présente d'autres rapports en cas de suppression du droit préférentiel de souscription à une augmentation du capital, (article 192), d'émission d'obligations avec bons de souscription d'actions, (article 194), d'émission d'obligations convertibles, (articles 319), d'émission de certificats d'investissement, (article 282), de réduction de capital, (article 211), de transformation de la société, (article 219 et 220) et d'achat par la société d'une partie de ses actions, (article 213).

Comme le rapport annuel, ces différents rapports obéissent aux mêmes règles de présentation, de rédaction et de discussion le cas échéant.

## **D - Information des autorités de régulation.**

Nous rappelons que le commissaire aux comptes constitue désormais une institution légale organique de la société. En conséquence, ses missions ne se limitent point à des relations avec les associés et les dirigeants sociaux. La loi les étend en dehors de la société. Elle le contraint à des obligations vis-à-vis des autorités appelées à assurer la régulation de la vie sociale, la justice et le CDVM.

Dans le cadre des relations avec la justice, en dehors de la nomination, la récusation et la révocation, la loi sur les SA ne prévoit rien. Mais le code de commerce va plus loin en obligeant le commissaire aux comptes d'informer le président du tribunal de l'apparition de faits ou de signes susceptibles de menacer la continuité de l'entreprise, (article 547). Il a certes la faculté de le faire dès que l'alerte qu'il aurait donnée aux dirigeants sociaux n'aurait pas abouti à la prise de mesures correctives. A notre sens, sa liberté d'agir disparaît en cas d'inertie du chef d'entreprise à s'adresser au président du tribunal. Malgré l'imprécision de la loi, le commissaire a l'obligation d'informer cette autorité si le responsable de l'entreprise ne le fait pas et si la continuité de l'entreprise reste menacée.

Concernant les rapports du commissaire aux comptes avec le conseil déontologique des valeurs mobilières, il faut reconnaître que la loi ne les prévoit pas directement ou expressément. Elle aboutit cependant à ce résultat par le moyen des communications audit conseil, imposées aux organes d'administration et de direction. Il en est ainsi notamment dans les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne, les établissements bancaires, les sociétés d'assurance et de capitalisation et les sociétés d'investissement. L'examen des documents transmis permet au conseil de prendre connaissance de la régularité des actes effectués par le commissaire aux comptes. C'est en conséquence de ceci que la loi n° 20-05 est venue consacrer le pouvoir de demander la récusation ou la révocation des commissaires aux comptes dans les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne, (articles 164 et 179 modifiés). C'est également dans cet esprit que le dernier alinéa de l'article 169 modifié impose aux commissaires aux comptes de porter à la connaissance du conseil déontologique des valeurs mobilières, les irrégularités et les inexactitudes qu'ils auraient relevées dans l'exercice de leurs fonctions.

## **2 – Responsabilité du commissaire aux comptes.**

La responsabilité du commissaire aux comptes peut être mise en cause sur les plans disciplinaire, civil et pénal. Elle ne doit être confondue ni avec celle des dirigeants et des comptables salariés de la société, ni avec celle des experts désignés par la justice à l'occasion d'un différend quelconque ou dans le cadre de l'expertise de gestion. Faute de compétence pratique et professionnelle, nous ne pouvons examiner ici la responsabilité disciplinaire. On s'attachera dans les présentes observations uniquement aux aspects civil et pénal.

### **A- Responsabilité civile.**

#### ***1) - Nature juridique de la responsabilité civile.***

La responsabilité civile du commissaire aux comptes obéit à des dispositions légales explicites et impératives. Elle constitue une application particulière de la responsabilité délictuelle régie par le code des obligations et contrats. La nomination de l'intéressé par la société ne signifie pas la création de rapport contractuel entre les parties. Elle se limite au respect d'une obligation légale mise à la charge de la société.

Le commissaire aux comptes est civilement responsable, à l'égard de la société et des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Il ne répond que des manquements aux obligations de contrôle, de vérification et de révélation que la loi met à sa charge personnelle et qui portent préjudice à la société et aux tiers. Les fautes sans conséquence dommageables restent en dehors de cette responsabilité civile, même si elles engagent le cas échéant la responsabilité disciplinaire ou pénale du commissaire. En matière civile, la loi ne retient que les conséquences dommageables des fautes et négligences. En d'autres termes, l'existence d'un dommage s'impose légalement pour l'engagement de la responsabilité civile. La faute seule ne suffit pas ; le dommage sans faute ne suffit pas non plus, sauf preuve d'imprudence ou de négligence.

#### ***2) – Eléments de la responsabilité civile.***

##### ***a) - Faits propres au commissaire aux comptes.***

La tenue proprement dite de la comptabilité, l'élaboration des livres et documents comptables, la constitution et la conservation de la

correspondance et des différentes pièces justificatives ne font pas partie des obligations et missions confiées au commissaire aux comptes. Elles incombent exclusivement aux dirigeants sociaux. Ces opérations n'interpellent le commissaire aux comptes que dans le cadre des investigations et vérifications de leur existence et de leur contenu, conformément à la loi.

Dans le sens de sa mission légale, il doit s'assurer de la tenue de la comptabilité, vérifier sa régularité à la lumière des normes en vigueur et des sondages qu'il effectue, sachant qu'il est dans l'impossibilité d'examiner la totalité des documents et des écritures. Sa mission doit rester tendue par le but de conclure à la régularité et à la conformité parfaite aux dispositions légales.

Le commissaire aux comptes s'assure de l'existence des valeurs, livres et documents comptables et vérifie la régularité des calculs et méthodes de leur élaboration. Il en fait de même pour la correspondance et les pièces justificatives dont il n'a pas à certifier l'authenticité et la validité juridique. Il ne doit relever que les anomalies flagrantes ou grossières, d'un point de vue professionnel, qui ne peuvent échapper à l'attention d'un commissaire aux comptes diligent placé dans les mêmes conditions.

Les faits propres aux dirigeants sociaux restent en dehors de cette responsabilité, sauf s'il en a connaissance et s'il ne les relève pas dans son rapport à l'assemblée générale. Mais cette exception demeure étroitement conçue et interprétée.

Seuls les défaillances à ces vérifications et investigations et les insuffisances de diligences dans leur exécution constituent des faits ou des fautes mettant en cause la responsabilité du commissaire aux comptes. Le caractère personnel desdits faits ne s'impose pas toujours. Lorsque l'intéressé exerce avec l'aide ou l'assistance d'un collaborateur salarié, sa responsabilité se fonde sur le fait des préposés même si celle de ces derniers existe. Quand il exerce au nom d'une société d'experts, il ne demeure pas moins signataire, en son nom propre, et partant passible de la responsabilité, même si celle de la société peut aussi être engagée.

**b) - Faute du commissaire aux comptes.**

En effet, il est admis que, sauf pour quelques missions accessoires précises, l'obligation du commissaire aux comptes est une obligation de moyen. La loi ne lui ordonne que d'apporter la diligence et l'effort nécessaire de l'expert moyen, dans l'accomplissement de ses obligations. En conséquence, la mise en cause de sa responsabilité civile est conditionnée par la preuve d'une faute à sa charge. Cette faute consiste dans le manquement à l'une des obligations de contrôle, de vérification et de révélation que la loi lui impose. Le retard dans le dépôt du rapport annuel, la non harmonisation des conclusions des rapports partiels avec celles du rapport général, le caractère très vague ou obscur des observations, l'imprécision ou l'inexactitude des chiffres, les lacunes d'informations légales obligatoires, etc. constituent autant de faits révélateurs de fautes susceptibles d'engager la responsabilité du commissaire aux comptes.

La faute retenue consiste dans la conscience chez le commissaire aux comptes de l'illégalité ou de l'irrégularité de son comportement. Elle ne se confond ni avec la mauvaise foi ni avec l'imprudance et la négligence. La mauvaise foi dépasse le stade de la simple conscience pour correspondre avec celui d'une connaissance claire du caractère anormal de l'acte commis, sans intention de nuire. Si une telle intention existe, l'aspect frauduleux et probablement pénal ne serait plus loin.

La faute doit être appréciée en comparaison avec la conduite d'un commissaire moyen, diligent et actif placé dans les mêmes conditions et circonstances. Sous cet angle, la présentation et éventuellement la discussion du rapport par les actionnaires réunis en assemblée générale doit être prise en considération dans l'évaluation de la responsabilité du commissaire. Un avis du conseil de l'ordre présenterait aussi une utilité certaine à l'appréciation.

Le caractère d'obligation de moyen affectant la mission du commissaire aux comptes n'entraîne pas uniquement la nécessité d'une faute à sa charge. Il implique aussi que la charge de la preuve de cette faute incombe à la société ou aux actionnaires qui l'invoquent.

**c) - Lien de causalité.**

La faute doit aussi avoir un lien de causalité avec le dommage. La preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage demeure nécessaire et incombe aussi à la partie qui poursuit l'intéressé. En pratique elle se révèle souvent difficile à établir car la faute du commissaire aux comptes n'est presque jamais la seule cause du dommage. Très fréquemment elle s'imbrique avec le fait des dirigeants sociaux ou avec d'autres faits émanant des services sociaux. La difficulté d'appréciation du lien de causalité amène le juge à estimer que le commissaire aux comptes ne pourrait être responsable, le cas échéant, que si sa conduite a empêché la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux, ou que si elle coïncide avec la perte d'une chance de mettre fin aux fautes des dirigeants sociaux.

**3) - L'action en responsabilité.**

Le commissaire aux comptes est un mandataire légal investi par la société. Il exerce sa mission légale pour le compte de la société sur ordre de la loi. C'est à elle qu'il rend compte dans son rapport général à travers l'assemblée des actionnaires et associés. Seule la société peut mettre en cause sa responsabilité. L'action en responsabilité appartient à la société et aux tiers. Le silence de la loi ne permet pas de la reconnaître aux dirigeants sociaux et aux actionnaires. Ceux-ci ne peuvent exercer que l'action sociale au nom et pour le compte de la société qui demeure seule fondée à poursuivre les commissaires aux comptes. Les actionnaires peuvent aussi exercer l'action sociale à titre individuel contre les dirigeants sociaux et non contre les commissaires aux comptes. Les dirigeants ne peuvent, en leur nom, être admis à mettre en cause la responsabilité des commissaires aux comptes que lorsque la faute de ces derniers leur cause un dommage personnel.

Cette limitation du droit d'exercer l'action en responsabilité contre le commissaire aux comptes s'explique par le fait que sa mission bénéficie à la société, personne morale. Son acceptation au profit des dirigeants et des actionnaires dénature cette finalité et permettrait à tout dirigeant et actionnaire, insatisfait ou lésé par les conclusions du commissaire de perturber sinon de bloquer l'activité de la société par des contestations individuelles du rapport du commissaire, étrangères à l'intérêt social.

#### **4) - Faute des dirigeants sociaux.**

Quand les dirigeants et les commissaires sont coupables de fautes, ils subissent des responsabilités distinctes qui ne peuvent se confondre. Chacun répond de ses fautes personnelles. La répartition légale impérative des attributions entre les organes dirigeants et les organes de contrôle ne permet pas de transfert ou de substitution ou de confusion. La loi interdit l'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société qu'il contrôle. Seule l'inobservation de cette interdiction peut le faire considérer comme un dirigeant de fait exposé aux sanctions des fautes de gestion et éventuellement des difficultés d'entreprise prononcées contre la société contrôlée, ainsi qu'aux sanctions personnelles encourues par les commerçants personnes physiques.

Un dirigeant n'échappe guère à sa responsabilité au motif que sa faute résulte de celle d'un commissaire. Par la force des choses, sa responsabilité personnelle doit être aggravée s'il entraîne le commissaire aux comptes à donner une opinion erronée en lui communiquant des informations ou une documentation inexacte dont il n'arrive pas à vérifier l'irrégularité. De même, le dirigeant social, connaissant la faute ou l'erreur du commissaire aux comptes, qui l'entérine ou en tire profit, engage sa responsabilité personnelle, quel que soit le sort réservé au commissaire aux comptes. C'est seulement si les fautes de l'un et de l'autre sont indissociables et causent de la même manière le dommage subi par la société, qu'ils encourent une condamnation commune et éventuellement avec solidarité.

#### **B - Responsabilité pénale.**

En dehors de l'exercice illégal de la profession, la responsabilité pénale du commissaire aux comptes ne peut se fonder que sur les infractions spécifiques prévues et sanctionnées par l'article 405 de la loi, ou sur des infractions de droit commun déterminées et punies par les dispositions du code pénal. Il s'agit d'infractions commises dans l'exercice des fonctions légales de l'intéressé. En se limitant à l'article 405 de la loi n° 17-95, on peut dire que le commissaire aux comptes qui aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé aux dirigeants sociaux les faits délictueux dont il aura eu connaissance, est passible d'un emprisonnement de six mois à deux ans et ou d'une amende de 10000 à 100000 dirhams. Le texte légal retient deux catégories d'infractions, les unes portent atteinte à l'information des actionnaires, les autres touchent celle des dirigeants sociaux. En somme, il

---

s'agit d'atteinte à l'information des actionnaires et de violation de l'obligation de révélation d'anomalies aux dirigeants sociaux.

**1) – *Eléments constitutifs.***

**a) - *Elément moral constitutif des infractions.***

Au niveau des éléments constitutifs, les deux groupes d'infractions comportent un élément moral assez net, la conscience de donner ou de confirmer des informations mensongères, ou la connaissance des faits délictueux non révélés. Dans les deux cas, la loi retient l'intention de commettre le délit. Agir sciemment suppose que l'auteur est conscient de son comportement ; il connaît son caractère pénal et malgré cette connaissance, il l'accomplit. La même situation psychologique anime celui qui agit en connaissance de cause. L'exigence de cet élément moral est une condition de l'existence et de la répression de l'infraction. Cette dernière disparaît quand ladite intention fait défaut.

L'imprudence et la négligence ne se confondent pas avec l'intention. La commission des faits incriminés, par imprudence ou par négligence, ne rentre pas dans le champ d'application des dispositions des articles 366 du code pénal et 405 de la loi relative aux sociétés anonymes. Elle ne peut éventuellement impliquer de sanction que si elle tombe sous le coup d'autres dispositions légales. Le respect de la légalité astreint absolument à cette interprétation.

Lorsque les faits portent préjudice à la société ou aux actionnaires, les victimes sont admises à exercer une action en responsabilité civile à l'effet de réparer le dommage qu'elles ont subi à cause de l'imprudence ou de la négligence du commissaire aux comptes.

L'exigence de l'intention entraîne l'obligation d'en établir la preuve par le ministère public. La charge de cette preuve ne doit pas être inversée et imposée au suspect. Le parquet reste libre d'apporter cette preuve par tout moyen dont notamment l'analyse des comportements du prévenu et leur comparaison, les documents fournis par la société, etc.. A cet égard rien ne s'oppose à ce que le ministère public retienne le retard dans l'élaboration d'un rapport, les raisons et fondements frauduleux d'un rapport partiel, la non harmonisation du contenu et des conclusions de rapports provisoires dans le rapport général annuel, la contradiction entre le contenu et les conclusions des rapports, la non concordance entre les états de synthèse élaborés par la société et ceux qui sont retenus dans le rapport du

commissaire aux comptes sans explication ou justification ou observation de ce dernier, etc.

***b) - Élément matériel de l'infraction***

Dans toutes les infractions retenues par la loi, l'élément matériel revient à un mensonge plus ou moins caractérisé, à une altération de la vérité. Il en est ainsi dans la formulation d'une opinion, dans la présentation d'une information, dans le fait de donner une information ou de la confirmer, bref du contenu de l'élément matériel. Les modalités de mise en œuvre de ce contenu restent sans effet sur l'existence de l'infraction et la probabilité de la sanction.

***(1) - Contenu de l'élément matériel.***

***L'opinion mensongère.***

Dans les deux catégories, communication aux dirigeants sociaux et aux actionnaires, la loi n'incrimine pas, en elle-même, l'opinion du commissaire aux comptes. Elle s'attache à sa formulation explicite qu'elle ne considère comme un élément matériel constitutif des infractions retenues que lorsqu'elle concorde avec une information mensongère. L'opinion du commissaire est un jugement de valeur portant sur l'ensemble de la comptabilité. Elle doit se fonder sur une appréciation globale rationnelle et objective de la comptabilité. Mais elle ne se confond pas avec la narration des faits accomplis par le commissaire ou par les dirigeants sociaux. Toutefois quand cette opinion s'avère étrangère ou en contradiction avec les éléments relatés ou ne découle pas rationnellement des opérations et constatations effectuées, elle devient suspecte. Elle risque d'être le résultat d'une incompétence ou d'une mauvaise foi. Elle implique alors soit la sanction de l'exercice illégal de la profession quand elle émane d'un intrus non qualifié, soit celle de l'information mensongère quand les autres éléments constitutifs de ces infractions se trouvent réunis.

***L'information mensongère.***

Tout en restant dans la première catégorie des infractions sanctionnées par l'article 405 de la loi sur les sociétés anonymes, on peut remarquer que l'incrimination a un champ d'application assez large, mais suppose toujours un dol, une conscience claire du caractère délictueux du manquement. En effet, l'information mensongère, donnée ou confirmée, sur la situation de la société embrasse l'acceptation pure et simple ou la certification d'un compte

déterminé erroné ou d'un bilan inexact ou d'une opération ou inscription factice, par le commissaire aux comptes.

L'information donnée correspond à un fait propre ajouté par le commissaire lui-même aux documents à travers ses dires sur la réalisation de sa mission ou à travers ses observations. Il reproduit une fabrication de faux. Elle consiste pour l'expert à prétendre avoir effectué des opérations relevant de ses fonctions alors qu'il ne les a point accomplies. Elle vise aussi des faits imputés aux dirigeants ou aux employés de la société quant à l'obligation comptable de celle-ci alors que lesdits faits sont matériellement faux car étrangers aux personnes visées.

Pour être légalement admissible sans violation du secret professionnel, l'information donnée doit se limiter strictement aux énonciations que la loi impose au commissaire aux comptes. Dans le cadre de l'assemblée générale des actionnaires, la divulgation de l'information légale obligatoire par le rapport du commissaire aux comptes ne constitue pas une violation du secret professionnel malgré la présence de tiers étrangers aux actionnaires. Cette présence signifie que les actionnaires acceptent eux-mêmes que l'information soit reçue par lesdits tiers. Il n'y a violation du secret professionnel que lorsque la communication a lieu d'une manière différente de celle de la lecture du rapport ou de son dépôt au greffe du tribunal, ou de la volonté des actionnaires.

L'information confirmée se trouve par contre dans les documents élaborés par les dirigeants. Le commissaire conscient de son inexactitude doit la relever et la communiquer aux dirigeants et aux actionnaires. Non seulement il ne se contente pas de la taire, mais n'hésite pas à la confirmer malgré son caractère inexact et malgré sa conscience de ce caractère.

### ***(2) - Modalités de commission de l'infraction.***

L'information donnée ou confirmée peut avoir lieu sous forme de formulation directe et explicite. Elle paraît plus souvent à travers le style et la rédaction des observations. Le raisonnement employé et l'argumentation utilisés par le commissaire aux comptes de manière générale, vague, obscure, contradictoire, laconique ou sans lien concret avec les faits relatés, risque souvent d'induire en erreur le destinataire. Lorsque cette erreur trouve sa cause dans une information mensongère, donnée ou confirmée, elle obéit à la même qualification pénale et fonde la même sanction.

L'infraction peut résulter enfin de l'initiative personnelle et exclusive de l'intéressé comme elle peut constituer un acte de complicité avec un dirigeant ou un employé de la société ou même un tiers étranger. La poursuite, la responsabilité et la répression pénale ne changent pas.

# LA LOI 31/08 ÉDICTANT DES MESURES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS\*

*Farid EL BACHA\**

La loi 31/08 du 18 février 2011<sup>8</sup> est une réponse aux limites de la théorie générale des obligations quant à la protection du consommateur face au professionnel.

Elle présente donc des rapports avec la théorie générale des obligations face à laquelle elle peut être vue comme dérogation ou comme complément comme le veut le législateur lui-même qui considère la loi 31/08 « un cadre complémentaire du système juridique en matière de protection du consommateur » (Préambule), qui renforce les droits des consommateurs.

Les règles classiques sont donc complétées par de nouvelles dispositions dont la loi 31/08 constitue aujourd'hui un maillon essentiel au côté d'autres textes avec lesquels il restera à préciser les corrélations: la loi 13/83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises, la loi 6/99 sur la liberté des prix et la concurrence, la loi 53/05 sur l'échange électronique des données juridiques, la loi 77/03 relative à la communication audiovisuelle. Des corrélations rendues moins aisées du fait de la technique d'application du texte le plus favorable retenue par la loi 31/08 dans son article 1er.

Le droit véhiculé par le nouveau dispositif est un droit pluridisciplinaire où évolue certes des règles qui peuvent être rattachées au droit des obligations ( clauses abusives, interprétation, nullités...) mais on y trouve

---

\* Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales - Université Mohammed V Agdal Rabat.

- Texte de l'intervention aux travaux de la rencontre organisée à la Faculté de droit de Rabat le 6 mai 2011 sur le nouveau dispositif de protection des consommateurs au Maroc.
- <sup>8</sup> Dahir n°1-11-03 du 18 Février 2011 portant promulgation de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, Bulletin Officiel n°5932 du 7-4-2011.

également des dispositions de droit pénal ( induire le consommateur en erreur, abuser de sa faiblesse sont des infractions), de procédure civile et pénale ( action des associations de consommateurs) de droit administratif (enquêteurs de l'administration compétente). Il s'agit d'une pluridisciplinarité au service d'un but précis: la protection du consommateur contre les abus dont ils risquent d'être victimes<sup>9</sup>. Le nouveau dispositif appartient à cette catégorie de disciplines qui s'assignent une fonction et des objectifs particuliers, souvent de protection de la partie faible: droit du travail par exemple. Face à l'évolution des relations contractuelles et au nouvel esprit qui les anime, la loi 31/08 marque une prise de conscience du législateur quant aux limites de la théorie classique du contrat et la nécessité d'apporter de règles nouvelles , plus protectrices des consommateurs.

La philosophie qui sous tend la théorie générale des obligations, ses applications juridiques ne lui permettent pas en effet d'assurer une protection adéquate des consommateurs. C'est ce que nous essayerons de montrer rapidement tout en présentant sur la base d'une première lecture du nouveau texte, les principales innovations apportées par la loi .

La théorie générale des obligations se fonde sur le principe de l'autonomie de la volonté qui part de l'idée que les hommes naissent libres et égaux, que l'Etat doit respecter cette liberté et cette égalité naturelles , qu'il n'y a d'obligation que volontaire et que le contrat réalise forcément la justice. Il n'y a donc théoriquement pas à protéger une partie contre une autre, un faible face à un puissant, , un contractant vulnérable face à un professionnel averti. Il n'y a pas théoriquement à craindre qu'une partie dicte ses conditions à une autre ni à se préoccuper de l'injustice ou du déséquilibre ..... Qui dit contractuel dit juste.<sup>10</sup>

Il n'a certes pas fallu la loi 31/08 pour que l'on prenne conscience des limites de ces postulats théoriques et de l'évolution des relations contractuelles. Mais la loi 31/08 , par l'ampleur de ses innovations souvent originales, constitue une réponse majeure et fondatrice à ces limites et à cette évolution. Elle montre bien qu'à l'égalité abstraite entre contractants succède une inégalité réelle, qu'une partie forte économiquement et socialement dicte ses conditions, que le contrat n'est pas toujours l'expression de volontés concordantes mais souvent d'une seule volonté,

---

<sup>9</sup> Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 2010. J. Calais-Auloy, l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1994 .

<sup>10</sup> Omar AZZIMAN, Droit des obligations, Le contrat, Edition le Fennec, 1995, pp.53 et sv.

que les contrats sont conclus sans possibilité réelle de discussion, qu'une partie forte dicte ses conditions parfois draconiennes déséquilibrant le contrat au détriment de la partie faible, isolée, inexpérimentée, souvent dans le besoin. L'adhésion succède au consentement et les contractants ne reçoivent plus l'équivalent de ce qu'ils donnent. C'est à quoi répond notamment le contrat d'adhésion, bien que le concept ne soit pas expressément reconnu par le nouveau dispositif.<sup>11</sup>

On ne concevait pas, dans l'optique de l'autonomie de la volonté, qu'il faille consacrer les droits fondamentaux d'une partie au contrat. C'est une des innovations originales de la loi 31/08: droit à l'information des consommateurs, à la protection de leurs droits économiques, à leur représentation, droit à la rétractation et à l'écoute.

On ne concevait pas en outre une partie faible ou ignorante face à une partie forte et expérimenté qui exploiterait cette faiblesse ou cette ignorance. On ne concevait pas, en tous cas, la nécessité de consacrer en principe général sanctionné, l'abus de faiblesse. L'une des rares situations légalement prévues se ramenait à celui qui abusant des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'une autre personne, se faisait promettre, pour consentir un prêt des intérêts ou autres avantages qui excèdent notablement le taux normal de l'intérêt<sup>12</sup>. Désormais en matière de pratiques commerciales, la loi consacre un principe général de sanction de l'abus de l'ignorance ou de la faiblesse du consommateur quelque soit l'engagement. Ainsi et selon les termes de l'Article 59 « est réputé nul par la force de la loi tout engagement né d'un abus de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se réserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis. » Il ne s'agit pas uniquement d'un délit civil mais également d'un délit pénal passible d'une amende de 1200 à 50000 dhs ( jusqu'à 1000 000 de dhs si le contrevenant est une personne morale) et d'un emprisonnement de 1 mois à 5 ans.

Cette consécration rend inutiles et dépassées les vaines tentatives doctrinales qui avaient essayé et voulu assimiler le consommateur en état de

---

<sup>11</sup> Le nouveau dispositif valorise cependant le concept de l'adhésion à celui du consentement. Voir par exemple les articles 19 et 119.

<sup>12</sup> Article 878 du Dahir des Obligations et Contrats du 12 Août 1913.(DOC).

faiblesse à un contractant dans une situation analogue à la maladie prévue à l'article 54 du DOC.<sup>13</sup>

### **De l'individuel au collectif, du curatif au préventif**

Par ailleurs, la théorie générale des obligations raisonne au singulier : le contractant victime d'un dol, d'une violence...et fournit des réponses curatives, a posteriori: le consentement est déjà altéré et on cherche à réparer souvent à annuler. Or la consommation est un phénomène de masse et la protection des consommateurs appelait des réponses collectives.C'est dans cet esprit que la loi 31/08 adopte une approche collective d'une part et préventive de l'autre .

L'objectif est alors de permettre au consommateur d'apprécier au mieux ses engagements et leur portée en faisant peser sur le professionnel une obligation générale d'information , fournir au consommateur les renseignements susceptibles de lui permettre , aux termes mêmes de la loi, de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens<sup>14</sup> . La loi consacre ainsi un titre à l'information du consommateur et un chapitre à l'obligation générale d'information.A l'obligation négative des professionnels ( ne pas tromper) s'ajoute désormais une obligation positive (informer)<sup>15</sup>. Comme il consacre une série d'obligations informatives, avec grand luxe de détail sur les caractéristiques des biens et services, sur les prix et les conditions de la vente, et valorise les mentions obligatoires des contrats .L'objectif étant, comme le précise la loi en matière d'endettement par exemple, de permettre à l'emprunteur d'apprécier la nature et la portée de l'engagement financier auquel il peut souscrire et les conditions d'exécution du contrat. Cette action du législateur sur le contenu du contrat , épaulée par la menace de la sanction pénale est plus utile, plus efficace , plus large et plus opportune que la traditionnelle obligation d'information qui avait été progressivement forgée par la jurisprudence.

La réflexion et encore plus la rétractation sont le complément de l'information.Il ne sert pas à grand chose d'informer si le consommateur n'a pas la possibilité de réfléchir sur les informations qui lui sont fournies et le cas échéant de se rétracter.La loi innove en ce domaine et autorise des distinctions. Dans certains cas, le délai de réflexion précède l'acceptation de

---

<sup>13</sup> Omar AZZIMAN, op.cit.p.138.

<sup>14</sup> Voir art.3 de la loi 31/08.

<sup>15</sup> Calais-Auloy, J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, op.cit.

l'offre. Ainsi en matière de crédit immobilier, l'emprunteur ne peut accepter l'offre que dix jours après qu'il l'ait reçu ( art 120) et un délai de réflexion de dix jours est accordé à l'emprunteur pour les prêts à taux variables et ce à compter de la réception des informations mentionnées à l'article 125.

En d'autres, le législateur a consacré le droit de rétractation, c'est à dire la possibilité pour le consommateur de revenir sur sa décision une fois le contrat formé et de manière unilatérale , après l'acceptation de l'offre sans avoir à se justifier ni à payer de pénalités, (article 36 contrat conclu à distance) ou dans les crédits à la consommation ou l'emprunteur peut , dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre revenir sur son engagement ( art 85) ou dans la pratique du démarchage où dans le même délai, le consommateur à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, peut se rétracter. ( art 49).

Bien que limitée et encadrée par la loi, cette faculté ,originale, ajoute au cas classiques de révocation unilatérale limitativement prévus par la théorie générale des obligations.<sup>16</sup>

### **Le législateur et l'équilibre contractuel**

Qui dit contractuel ne dit plus aujourd'hui forcément juste. On constate, avec la loi 31/08, que le législateur ne se contente pas de protéger le consentement, il agit directement sur le contenu du contrat; il réagit contre les risques d'abus de nature à perturber l'équilibre du contrat au détriment des consommateurs en proposant , pour la première fois, une réglementation d'ensemble des clauses abusives. Le contrat ne doit pas obliger uniquement parce qu'il a été voulu et encore moins parce qu'une « adhésion » a permis sa conclusion mais parce qu'il réalise un minimum de justice et d'équilibre. Le législateur agit sur le contenu du contrat de manière à veiller à ce que le contrat n'oblige que s'il est équilibré. Qui dit juste dit contractuel.

Le caractère abusif de la clause est à rapprocher de la notion d'abus de droit: le professionnel abuse de la liberté contractuelle en insérant unilatéralement dans le contrat des clauses défavorables au consommateur, et que celui-ci , bien que n'ayant pas été victime d'une altération de volonté

---

<sup>16</sup> Article 230 du DOC :

Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi.

répondant strictement aux vices classiques du consentement, n'aurait normalement pas accepté ou aurait accepté à des conditions différentes, s'il avait eu une réelle et entière capacité de discussion et de négociation. La loi 31/08 est une réaction du législateur pour dépasser les limites de la théorie des vices du consentement, les contraintes nées de la force obligatoire des conventions et conférer aux juges la possibilité d'agir sur les clauses abusives et rétablir ainsi l'équilibre rompu. Il ne l'a pas fait en consacrant le concept de contrat d'adhésion et en conférant au juge, à l'instar de nombreux droits, la possibilité de réviser les clauses abusives ou d'en dispenser les parties adhérentes sur la base de l'équité<sup>17</sup>. Il l'a fait en définissant la clause abusive et en dressant une liste indicative, en aménageant sur le plan probatoire et de l'interprétation, des règles en faveur du consommateur. Il l'a fait en comptant essentiellement sur l'intervention du juge.

**La loi 31/08 a en effet dans son article 15 défini la clause abusive et en a dressé une liste indicative.**

Dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs, est ainsi considérée comme abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Pouvoir est ainsi conféré au juge d'apprécier in concreto le caractère abusif d'une clause en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat.

Le législateur a fait confiance aux tribunaux et a mis à leur disposition à titre indicatif une liste de clauses pouvant être regardées comme abusives. ex dans les contrats de vente de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le fournisseur à l'une quelconque de ses obligations ; de réserver au fournisseur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit, du bien à livrer ou du service à fournir.

La loi 31/08 a fixé quelques éléments du régime juridique des clauses abusives qui présentent des originalités par rapport à la théorie classique du contrat. Avant de présenter ces éléments, il convient de souligner qu'aux termes de l'article 17, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant

---

<sup>17</sup> G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973

que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Cela implique notamment le maintien de l'exclusion de la lésion comme cause autonome de rescision des obligations. Le concept de clause abusive est, en droit des contrats, distinct de celui de lésion. La lésion est un déséquilibre global entre l'objet et le prix, une différence entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose. Une clause abusive révèle un déséquilibre inhérent à une clause particulière du contrat. On peut penser qu'en raison de la concurrence, les consommateurs sont en effet mieux protégés contre la lésion que contre les clauses abusives.<sup>18</sup>

Les solutions du droit civil font généralement reposer la charge de la preuve sur le consommateur. A l'occasion de litige entre consommateur et fournisseur et en maintes situations, c'est désormais sur le fournisseur qu'incombe la charge de la preuve. En cas de litige concernant en particulier un contrat comportant une clause abusive, c'est désormais au fournisseur d'apporter la preuve du caractère non abusif d'une clause. Mais cela signifie qu'il est toujours possible au professionnel de contester le caractère abusif de la clause qu'elle figure ou pas sur la liste indicative. En droit français, sur le terrain probatoire, le consommateur est dans une situation plus confortable. Depuis 2009, on distingue en effet deux listes : la liste noire des clauses abusives, clauses qui sont toujours abusives, et même interdites. En cas de conflit, le juge les déclarera automatiquement non écrites, sans contestation possible de la part du professionnel. Il s'agit de clauses présumées abusives de manière irréfragable.

La liste grise des clauses présumées abusives développe une présomption réfragable: juridiquement, cela signifie qu'elles sont abusives, à moins que le professionnel ne démontre le contraire<sup>19</sup>. En droit français par exemple, la clause de la liste indicative de la loi 31/08 qui autorise le fournisseur à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat et sans en informer le consommateur figure sur la liste noire. Au Maroc, le professionnel pourra donc toujours tenter de la déclarer non abusive. Une telle possibilité n'est pas permise en droit français.

Quant au sort des clauses abusives, l'article 19 considère nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs. Cependant, le contrat restera applicable

---

<sup>18</sup> Jean Calais Auloy, op.cit.

<sup>19</sup> François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, les obligations, Précis Dalloz, 10ème édition, 2009, pp.343 et sv.

dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Cette possibilité est originale car au regard de la théorie générale des obligations, la volonté a une puissance créatrice et cette puissance elle ne peut l'avoir que si elle est saine ; si elle altérée ou viciée, elle ne produira pas d'effet, on ne conçoit pas qu'un contrat puisse subsister à une volonté altérée. C'est la logique du tout ou rien, comme en témoigne notamment l'article 39 du DOC : Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence. Cette sanction traditionnelle de la nullité de tout le contrat était inopportune ; le consommateur a besoin du contrat mais ne veut pas se voir imposer des clauses léonines. C'est désormais possible.

Certaines clauses de la liste suscitent réflexion : celle par exemple qui impose au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé. Il s'agit de la clause pénale. Sera-t-il fait application de l'article 19 de la loi qui la considère nulle et de nul effet ou des dispositions du DOC qui autorisent sa révision et la diminution de son montant depuis la réforme de 1995 ? L'article 1er de la loi 31/08 conduit à retenir l'application de la disposition la plus favorable au consommateur, c'est à dire, en l'occurrence, l'annulation pure et simple de la clause abusive, de l'indemnité excessivement élevée avec maintien du contrat.

Enfin, en cas de doute, selon le droit commun, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé. Logiquement, en cas de doute, elle doit être interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur ou au professionnel si ce dernier est en situation d'obligé. Désormais en vertu de l'article 9 de la loi 31/08 en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

La protection judiciaire du consommateur repose traditionnellement et dans l'optique de l'approche individualiste, sur l'action du consommateur. « C'est à lui, s'il veut faire valoir ses droits, de prendre l'initiative d'une action judiciaire. Or, l'enjeu du litige, souvent très faible pour ce qui est des litiges de consommation, l'aléa judiciaire, la complexité procédurale, les lenteurs de la justice font hésiter le plaignant à intenter son action. »

L'objectif de rompre l'isolement des consommateurs et d'atténuer les déséquilibres a conduit le législateur à soutenir le développement de la culture consumériste et à envisager une intervention des associations dans la protection des consommateurs. Le contrat n'est plus uniquement l'affaire des parties, il est désormais l'affaire du législateur, du juge et de la société

civile. Ainsi aux termes de l'article 157, la fédération nationale et les associations de consommateurs reconnues d'utilité publique peuvent former de actions en justice, intervenir dans les actions en cours, se constituer partie civile devant le juge d'instruction pour la défense des intérêts du consommateur et exercer tous les droits reconnus à la partie civile relatifs aux faits et agissements qui portent préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs.

### **Du supplétif à l'impératif**

La place de la volonté dans la théorie des obligations marginalise, sur le plan théorique, la part des dispositions d'ordre public au profit de règles supplétives de volonté, que les parties peuvent écarter. Le contrat est affaire de parties, non de l'Etat ou même du juge. L'ordre public classique veillait à la défense des piliers de l'Etat et passait notamment, de manière timide et quelque peu subreptice, à travers l'objet ou la cause.<sup>20</sup> La finalité de la loi 31/08 consiste à rétablir un équilibre menacé par la puissance économique du professionnel au moyen de règles impératives, auxquels il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières, et limite ainsi le libre jeu des volontés dans l'intérêt du consommateur.

C'est pourquoi

- les dispositions de la loi 31/08 sont souvent d'ordre public et la sanction de la nullité pratiquement généralisée par des formules du type « toute convention contraire est réputée nulle et de nul effet », « toute clause du contrat par laquelle le consommateur abandonne son droit de se rétracter est nulle et non avenue » (article 49).

- c'est pourquoi demeurent applicables toutes dispositions législatives particulières relatives au même objet et plus favorables au consommateur, la loi ayant par ailleurs conféré un délai pour mise en conformité avec ses dispositions d'ordre public à moins que les clauses des contrats existants ne soient plus favorables au consommateur. Cette technique de l'application du texte le plus favorable rappelle celle intervenue avec le code du travail pour la protection des salariés et qui permet la remise en cause de la hiérarchie des normes juridiques si cela est dans l'intérêt du salarié<sup>21</sup>. C'est une

---

<sup>20</sup> Omar AZZIMAN, op.cit. pp. 168 et sv.

<sup>21</sup> Article 11 de la loi n° 65-99 relative au Code du travail :

conception nouvelle et originale de l'ordre public de protection même si son application ne va pas toujours sans difficulté.

C'est pourquoi enfin la loi est marquée par une charge pénale accrue à un moment où l'intervention du droit pénal en matière contractuel restait relativement limité<sup>22</sup>. La loi cherche à éclairer le consentement du consommateur, à veiller sur l'équilibre contractuel, la loyauté des transactions, le respect par le professionnel de ses obligations ( que la loi a renforcé ) au besoin sous la menace de la sanction pénale. La prévention est accrue par le pouvoir de contrôle attribué aux enquêteurs spécialement commissionnés par l'administration compétente.

En conclusion il est possible d'affirmer que la loi 31/08 procède d'une vision plus réaliste des relations contractuelles modernes et d'une approche plus objective du contrat où les éléments de loyauté, de justice et d'équilibre doivent désormais trouver leur place au côté de la volonté.<sup>23</sup> Ces éléments ne sont pas totalement étrangers à la théorie générale des obligations. L'article 231 exige bien en effet que „Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature.“

De plus, l'expression de volonté ou l'adhésion du consommateur n'implique pas que l'obligation est valablement formée, comme l'exige l'article 230 du DOC car le consommateur n'a pas toujours pleine connaissance de la portée de ses engagements et les conditions dans lesquels intervient son adhésion ne permettent pas de présumer la validité de l'obligation formée. C'est pourquoi il est permis de considérer la loi 31/08 non pas comme une atteinte ou une dérogation mais comme un développement du principe de l'autonomie de la volonté, un facteur d'évolution et un complément des dispositifs classiques de protection du consentement.

---

« Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application de dispositions plus favorables consenties aux salariés par les statuts, le contrat de travail, la convention collective de travail, le règlement intérieur ou les usages. »

<sup>22</sup> Farid EL BACHA, La pénalisation du droit des affaires, le débat relancé, L'Economiste, édition n°1728 du 18/03/2004.

<sup>23</sup> Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans le contrat », D. 1982

# DEPENSES PUBLIQUES ET CROISSANCE ECONOMIQUE AU MAROC :

## UNE APPROCHE EN TERMES DE CAUSALITÉ

*Idriss EL ABBASSI\**  
*EL Mostafa HETTABI\*\**

### **Résumé**

*Cette étude se fixe pour objectif une analyse de causalité entre les dépenses publiques et la croissance économique au Maroc pour dégager quelques enseignements en termes de politiques économiques. En ce sens, nous avons mené une série de tests de causalité suivant la méthodologie présentée par Toda et Yamamoto(1995). Les résultats des tests indiquent que les dépenses publiques effectuées par l'Etat marocain sur la période 1970-2007 n'ont pas eu, globalement, d'effet positif significatif sur la croissance économique. Pour ce qui est des dépenses publiques de consommation, elles ont un impact négatif sur la croissance. L'étude fait ressortir également un lien de Wagner entre la croissance économique et l'évolution des dépenses publiques totales.*

### **Introduction**

Le rôle des dépenses publiques dans la croissance économique avait toujours constitué une question largement débattue à la fois sur le plan théorique et empirique. Le sens et le signe de la causalité, entre l'évolution du PIB et le sentier des dépenses publiques, reste un sujet à controverse.

Les études menées sur les pays en développement affichent souvent des résultats ambivalents. Alors, au moment où les modèles empiriques de croissance associent un signe positif à certaines catégories de dépenses publiques, elles n'arrivent pas à prouver ces résultats pour d'autres pays même s'ils présentent un même niveau de développement.

---

\* Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales - Université Mohammed V Agdal Rabat.

\*\* Doctorant - Université Cadi Ayad - marrakech.

Depuis les années 70, le Maroc a connu des phases d'expansion et de contraction budgétaire conduisant à des changements de structures des dépenses publiques. En effet, trois sous-périodes sont donc à distinguer :

La période 1970-1982 : c'est la période qui précède l'application du programme d'ajustement structurel, elle fut connue par une croissance économique accélérée et une évolution de la part des dépenses publiques dans le PIB de 22% en 1970 à 34% en 1982.

La période 1983-1992 : laquelle période a vécu l'application du programme d'ajustement structurel qui visait le rétablissement des déséquilibres macroéconomiques apparus dans la fin des années 1970. Les dépenses publiques se sont retrouvées sérieusement affectées dans la plupart des secteurs et notamment le social.

La période allant de 1993 à 2007 débutant juste après la période d'ajustement structurel sera marquée par l'engagement du Maroc dans un programme de mise à niveau, d'ouverture et de libéralisation. La recherche de l'équilibre macroéconomique s'impose aux orientations de la politique économique.

### **1-La dépense publique : une source ou conséquence de la croissance ?**

Il a été pour longtemps admis, que les dépenses publiques constituaient une variable exogène sur laquelle l'Etat pouvait agir pour promouvoir l'activité économique. Toutefois, cette thèse d'obédience keynésienne n'a pas pu éclipser une autre vision initiée par Wagner (1883), pour laquelle, la dépense publique est une conséquence plutôt qu'une cause de la croissance économique.

Par ailleurs les travaux récents sur la croissance endogène, ont ravivé le débat sur la relation dépense publique-croissance économique. Un subtil regain d'intérêt s'est manifesté autour de la question de l'endogénéité des facteurs de croissance. La propriété essentielle des modèles de croissance endogène est l'absence de rendements décroissants du capital. Cette piste de recherche a permis d'identifier au moins trois canaux à travers lesquels les dépenses publiques peuvent influencer la croissance. En effet, elles peuvent être utilisées pour développer soit, le capital physique de l'Etat (dépenses d'investissements publics), soit le capital humain (dépenses d'éducation et de santé) ou encore le capital infrastructurel (dépenses de transport et de communication,...).

Au départ, Romer (1986) utilisa le cadre défini par Arrow (1962) pour éliminer la tendance aux rendements décroissants, en supposant que la création de connaissances est un coproduit fortuit de l'investissement. Une entreprise qui augmente son stock de capital physique apprend simultanément comment produire plus efficacement. C'est « l'apprentissage par la pratique » ou dans ce cas particulier « l'apprentissage par l'investissement ». Ce modèle implique un effet d'échelle : une augmentation de la force de travail agrégée  $L$ , augmente le taux de croissance par tête de l'économie décentralisée et l'économie planifiée. Partant, les pays qui ont le plus de travailleurs connaissent une croissance par habitant plus rapide<sup>24</sup>.

Pour Lucas (1988), les effets d'apprentissage et de diffusion reposent sur le capital humain et que chaque producteur bénéficie du niveau moyen du capital humain dans l'économie plutôt que du niveau agrégé de capital humain. La différence de résultat par rapport au modèle de Romer (1986) est que le produit moyen de capital et le produit marginal du capital ne dépendent plus de  $L$ .

D'autres économistes considèrent que les investissements publics en infrastructure rendent plus efficace l'activité productive des entreprises privées et favorisent l'apparition d'un processus de croissance endogène. En ce sens, Barro (1990) a élaboré un modèle où les dépenses publiques dans les services d'infrastructure sont financées par un impôt proportionnel au revenu. La structure formelle du modèle fait ressortir deux effets opposés de la dépense publique : d'une part, le capital public rend le capital privé plus productif et évite que sa productivité marginale s'annule quand son stock s'accroît, et d'autre part, l'impôt qui finance cette dépense a un effet dépressif sur la productivité du capital privé puisqu'il engendre un effet d'éviction en ôtant aux entreprises une part du revenu tiré de leur activité. Barro souligne que pour une petite taille de l'Etat (mesurée par la part des dépenses publiques dans le revenu), le premier effet l'emportera, puis diminue au fur et à mesure que les dépenses augmentent. Il existe donc pour l'auteur un niveau optimal de dépenses publiques permettant un taux maximal de croissance. Il a été démontré que la valeur optimale du taux d'imposition est égale à l'élasticité de production du capital public.

---

<sup>24</sup> Les résultats empiriques concernant un grand nombre de pays dans la période postérieure à la seconde guerre mondiale indiquent que le taux de croissance du PIB par tête n'a qu'une faible relation positive avec la taille de la population.

Néanmoins, les résultats des travaux empiriques de Barro(1991) n'étaient pas conformes à ses conclusions théoriques quant à l'effet des dépenses publiques productives sur la croissance. Les signes des différents coefficients qu'il a trouvés sont, dans la plupart des cas, contraires aux prédictions théoriques de son modèle.

## **2-Des résultats empiriques controversés**

Les résultats empiriques sur le lien entre les dépenses publiques et la croissance restent beaucoup plus controversés. En effet, le fait de faire valoir que les dépenses publiques sont à l'origine de la croissance ou vice versa constitue l'objet d'un débat animé et les résultats empiriques varient d'un pays à un autre. Alors que certaines études mettent en évidence une relation de causalité dans un seul sens, d'autres établissent au contraire une causalité réciproque. En outre, si certaines dépenses ont un effet de court terme, d'autres au contraire ont un effet de long terme et d'autres n'ont même pas d'effet.

Pour la catégorie d'études empiriques qui mettent en évidence une relation de causalité à double sens, on peut citer l'étude d'Ouattara(2007) portant sur les pays de l'UEMOA. Les tests de causalité effectués dans le cadre de cette étude ont fait ressortir une influence réciproque entre les dépenses publiques et croissance économique. Cette causalité à double sens a été aussi obtenue par Cheng et Wei (1997) dans le cas de la Corée du Sud sur la période (1954-1994).

Dans d'autres études, les résultats empiriques distinguent les relations de long et de court terme entre les dépenses publiques et croissance économique. Par exemple, Ben et Hassad (2006) ont montré que les dépenses publiques d'éducation et de santé sont porteuses de croissance économique si elles sont utilisées d'une manière efficace. Nubukpo (2003) a établi sur la base d'un modèle à correction d'erreur appliqué à chaque pays de l'UEMOA, qu'à court terme, les dépenses publiques totales n'ont pas d'impact significatif sur la croissance dans la majorité des économies. A long terme, la hausse des dépenses publiques a un impact sur la croissance nettement différencié par pays. Par ailleurs, il a montré que la prise en compte de la composition des dépenses publiques conduit à mettre en évidence l'effet négatif des dépenses de consommation publique sur la croissance à court et à long terme dans l'UEMOA. S'agissant des dépenses publiques d'investissement, leur impact était positif, essentiellement à long terme.

A l'aide d'un modèle à correction d'erreur, Morley et Perdakis (2000), ont conclu dans le cas de l'Égypte, à l'existence à long terme d'un effet positif des dépenses publiques totales sur la croissance. Cependant, à court terme aucun effet significatif n'a pu être mis en évidence. Les résultats auxquels ont abouti Ashipala et Haimbodi (2003) ont montré deux relations de long terme entre le niveau d'activité économique (mesuré par le PIB), l'investissement public et l'investissement privé pour le cas de la Namibie. Ces relations de long terme indiquent d'une part qu'une augmentation de l'investissement public a un effet positif sur la croissance économique en Namibie et d'autre part, l'existence d'une complémentarité entre investissement public et investissement privé.

Une troisième catégorie d'études empiriques a trait à l'hypothèse keynésienne. Kacou Kouamela (2004), par exemple, a utilisé le test de Granger pour tester la causalité entre les dépenses publiques et la croissance économique. Il est ressorti de son étude que c'est la vision keynésienne qui prévaut en Côte d'Ivoire et non la loi de Wagner. De même, Safa (1999) en utilisant la cointégration et la causalité au sens de Granger, a conclu au rejet de la loi de Wagner sur les données de la Turquie.

Abizadeh et Yousefi (1998) ont utilisé les données annuelles sur la Corée du Sud pour examiner la loi de Wagner pour la période de 1961-1992. Les auteurs ont conclu que les dépenses publiques ne contribuaient pas à la croissance économique de la Corée du Sud. Ben et Hassad (2006) dans leur analyse en coupe transversale sur l'efficacité du financement des services publics et croissance dans 45 pays en développement, sur la période 1990-2002, ont montré que les dépenses ne sont pas encore porteuses de croissance dans les Pays en Voie de Développement.

Une quatrième catégorie d'études empiriques rejoint l'hypothèse de Wagner. Islam (2001) a ainsi employé des données annuelles pour la période 1929-1996 pour examiner l'hypothèse de Wagner pour les États-Unis. Par ailleurs, cette hypothèse est fortement soutenue par le résultat de la méthode à correction d'erreurs d'Engle-Granger (1987). Les résultats obtenus par Aregbeyen (2008) à partir du test de causalité de Granger ont également montré une causalité unidirectionnelle du revenu national vers les dépenses publiques, indiquant que la loi de Wagner se tient pour le cas du Nigéria. Chimobi, O.P. (2009) a utilisé le test bivarié de cointégration de Johansen sur les données du Nigéria, les résultats trouvés ont indiqué qu'il n'y a aucun lien de long terme et le test de causalité de Granger indique que

la loi de Wagner est vérifiée. Tang (2010) a trouvé une causalité unilatérale fonctionnant du revenu réel vers les dépenses de santé, mais aucune évidence de la causalité en sens inverse. Ceci affirme que le revenu réel est une source des dépenses de santé en Malaisie plutôt que l'inverse.

Concernant l'investissement public et la croissance économique, Keho Yaya (2008), a montré que c'est la croissance qui cause l'investissement public en Côte d'Ivoire et non l'inverse. De même, Ghali (1997) en utilisant le test de causalité au sens de Granger pour le cas de la Tunisie, a montré que l'hypothèse selon laquelle les dépenses publiques causent la croissance économique était rejetée. Partant, la politique fiscale visant le contrôle des déficits budgétaires s'avérait inefficace.

Une cinquième catégorie d'études empiriques utilisant un échantillon de plusieurs pays, trouve des résultats soutenant l'une ou l'autre des deux hypothèses ou pas du tout. C'est le cas par exemple de l'étude d'Ansari et autres (1997) qui a essayé de déterminer la direction de la causalité entre les dépenses publiques et le revenu national pour trois pays africains : le Ghana, le Kenya, et l'Afrique du Sud, en utilisant la méthode de test standard de causalité de Granger et le test de causalité de Holmes et Hutton (1990). L'étude a constaté qu'au Ghana, au Kenya et en Afrique du Sud il n'y a pas de relation d'équilibre de long terme entre les dépenses publiques et le revenu national. Pour ces pays, il n'y a aucune évidence, à court terme de l'hypothèse de Wagner ou l'inverse, exception faite pour le Ghana où la loi de Wagner était vérifiée. Dogan, E. et Tang, T.C. (2006) ont visé à déterminer la direction de la causalité entre le revenu national et les dépenses publiques pour l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, le Singapour, et la Thaïlande. Les tests de causalité de Granger ont été employés pour étudier le lien causal entre les deux variables. La confirmation de l'hypothèse de la causalité des dépenses publiques vers le revenu national est soutenue seulement dans le cas de Philippines. Il n'y a aucune évidence de cette hypothèse ou son inverse pour les autres pays.

Les résultats trouvés par Dritsaki, C. et Dritsaki, M. (2010) qui ont essayé d'analyser le sens de causalité entre le revenu par habitant et les dépenses publiques par habitant au sein des douze pays de l'Europe de l'Est en utilisant le test de causalité de Granger, ont montré que la loi de Wagner est vérifiée pour la Chypre, la Pologne, et la Roumanie. Le test de causalité de Granger indique également que l'hypothèse inverse est soutenue seulement par la Bulgarie et la Chypre, suggérant que la direction de la causalité va des dépenses publiques au revenu national.

Hounkpodote, H. and Bationo, R. (2010) ont trouvé qu'il n'y a pas de causalité à double sens dans les pays de l'UEMOA. Pour la côte d'Ivoire, il est apparu une relation causale de court terme du PIB vers les dépenses publiques. Pour le Mali le sens de causalité allait des dépenses publiques vers le PIB et pour le Togo aucune causalité n'a été relevée.

### **3-Effets de causalité entre dépenses publiques et croissance économique au Maroc**

Le but que nous attacherons à ce paragraphe consiste à identifier le sens de la relation de causalité entre le PIB et les dépenses publiques. En effet, le problème de l'exogénéité des déterminants de la croissance reste entier, on peut toutefois penser que, si les dépenses publiques déterminent le produit, ce dernier peut aussi probablement influencer en retour les dépenses publiques. Nombreuses sont les explications théoriques qui peuvent être avancées pour la justification d'une telle relation, comme un effet de type Wagner<sup>25</sup> ; ainsi, il est tout à fait envisageable l'apparition d'une demande en dépenses d'infrastructures supplémentaires à mesure que la production du secteur privé augmente ; ou un effet revenu de la dépense publique. D'où la nécessité, dans ces conditions, de tester rigoureusement la causalité statistique entre le PIB et les dépenses publiques.

#### **3.1 Description et construction des données.**

Les données utilisées pour cette étude, dont l'évolution est retracée dans le tableau (1), portent sur la période 1970-2007 et proviennent de plusieurs sources à savoir la Banque Mondiale, le Ministère de l'Économie et des Finances du Maroc<sup>26</sup> ainsi que le Haut Commissariat au Plan (*HCP*). Les données relatives au PIB et à la consommation publique sont extraites directement de la base de données de la Banque mondiale (*WDI*). Les données relatives aux dépenses publiques totales sont construites par tranches à partir des données de la Banque Mondiale (*CD-ROM WDI 2002*) de 1970 à 1979 et à partir des tableaux de bord des finances publiques de

---

<sup>25</sup> Les investissements publics s'élargissent indépendamment de la volonté des pouvoirs publics avec l'amélioration du niveau de développement de l'économie (Singh et Sahni (1986), Ram (1986a, 1987), Rao (1989)), ce sujet est également évoqué dans les travaux de Tait et Heller (1982), Saunders et Klau (1985), Mueller (1987), Heller et Diamond (1990).

<sup>26</sup> Les documents sur lesquels nous nous sommes basés dans la collecte des données publiées par le Ministère de l'Économie et des Finances sont les tableaux de bord des finances publiques publiés en Avril 2003 et Décembre 2008.

1980 à 2007. Pour l'investissement public la série est extraite de la base de données de la Direction de la Statistique du Maroc.

On remarque que les dépenses publiques totales ont presque maintenu leur part constante dans le PIB, au alentour de 27%, à l'exception de la période 1978-82 où elles avaient atteint le plus grand niveau de la période 1970-2007. Par contre les dépenses publiques de consommation ont vu augmenter leur part dans le PIB au détriment des dépenses d'investissement qui ont été contractées pendant et après la période d'ajustement structurelle à cause, d'une part, de l'incompressibilité des dépenses de consommation qui se composent d'une grande partie de la masse salariale ce qui rend tout l'ajustement se baser sur la réduction des dépenses d'investissement et d'autre part, dû également au processus de désengagement de l'État à travers le processus de privatisation. Ces évolutions contrastent avec la tendance du produit intérieur brut réel. On peut aisément remarquer que lorsque les dépenses publiques totales ont augmenté entre les périodes 1970-77 et 1978-1982, passant de 28.76 à 34.12% du PIB, la croissance de l'économie a régressé de 5.92 à 3.73%. De même, lorsque les dépenses publiques totales ont baissé de 27.06 à 26.74% entre les 1993-2001 et 2002-2007, le PIB a augmenté de 3,70 à 4,9 %.

**Tableau 1 : Évolution des dépenses publiques et du PIB**

| <b>Variable</b>                            | <b>1970-77</b> | <b>1978-82</b> | <b>1983-1992</b> | <b>1993-2001</b> | <b>2002-2007</b> |
|--|----------------|----------------|------------------|------------------|------------------|
| Croissance du PIB réel                     | 5,92           | 3,73           | 3,91             | 3,70             | 4,90             |
| Dépenses publiques totales (%PIB)          | 28,76          | 34,12          | 27,43            | 27,06            | 26,74            |
| Dépenses publiques de consommation         | 14,87          | 19,57          | 15,82            | 18,59            | 19,74            |
| Dépenses publiques d'investissement (%PIB) | 10             | 12,24          | 6,78             | 5,45             | 4,46             |

Source : calculs effectués à partir des sources citées plus-haut.

Dans le cadre des estimations économétriques, les variables ont subi préalablement une transformation logarithmique, ainsi les notations suivantes seront utilisées le long de ce travail empirique.

- LPIBR : Le logarithme du PIB réel ;

- LDPT : Le logarithme des dépenses publiques totales ;
- LCONSM : Le logarithme des dépenses publiques de consommation ;
- LINVT : Le logarithme des dépenses d'investissement.

Il convient tout d'abord avant d'entamer les tests de causalité d'examiner la stationnarité de ces variables.

### **3.2 Tests de stationnarité et détermination de l'ordre d'intégration des séries.**

On rappelle que les séries temporelles observées sont des réalisations de processus stochastiques. Un processus stochastique peut être stationnaire, sous certaines conditions, ou non stationnaire<sup>27</sup> avec une tendance déterministe uniquement ou avec une tendance stochastique, on dit alors dans ce cas que le processus possède une racine unitaire, ou bien qu'il est intégré. Les tests de racine unitaire vérifient l'hypothèse de racine unitaire, contre l'hypothèse de stationnarité ou de non stationnarité avec uniquement une tendance déterministe. La classification des processus est ainsi importante en pratique : si l'on veut étudier une relation entre plusieurs variables, le type de méthode d'inférence statistique à utiliser dépend des propriétés de ces processus. Les tests de racine unitaire nous permettent également de déterminer une transformation stationnaire d'une série non stationnaire et déterminer ainsi l'ordre d'intégration des variables du modèle économétrique utilisé. En effet, il existe de nombreux tests de racine unitaire (voir notamment Lardic et Mignon (2002). Dans le cadre de cette étude nous recourons aux tests de Dickey-Fuller augmenté (ADF) et de Phillips- Perron (PP)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Pour plus de détails voir par exemple : Eric Dor, *Econométrie*, Collection Synthex, Edition PEARSON, 2004.

<sup>28</sup> De la même manière que les tests de Dickey et Fuller, les tests de Phillips et Perron sont calculés à partir d'une régression auxiliaire. Il s'agit en fait de la même régression que celle du test DF de Dickey et Fuller. La différence avec la méthode Dickey et Fuller est la suivante : au lieu d'ajouter les différences retardées à la régression, Phillips et Perron proposent une correction non paramétrique de la t-stat dans la régression de la variation de la variable sur son niveau retardé. En effet, puisqu'on n'ajoute pas de différences retardées au modèle jusqu'à ce que le terme d'erreur soit un bruit blanc, le terme d'erreur de la régression auxiliaire est susceptible d'être autocorrélé. Il est alors justifié d'estimer les variances des estimateurs par une méthode robuste à l'autocorrélation, du type de la méthode non paramétrique de Newey et West (1987). Le test PP considère en plus

Selon les résultats des tests de Dickey-Fuller et de Phillips-Perron (pp), présentés dans le tableau (2), il résulte que toutes les variables ne sont pas stationnaires au seuil de 5%. Les valeurs renvoyées par les tests ADF et PP sont supérieures aux valeurs critiques à un degré de significativité de 5%, ce qui plaide en faveur de ne pas rejeter l'hypothèse nulle de l'existence d'une racine unitaire. La transformation des séries par différence première, conduit à retrouver des statistiques inférieures aux valeurs critiques, permettant ainsi de rejeter l'hypothèse nulle de non stationnarité au seuil de 5%. Les séries sont donc intégrées d'ordre un I(1).

**Tableau 2 : Tests de stationnarité**

| Variables | En niveau          |                    | En différence première |                     | Ordre d'intégration |
|-----------|--------------------|--------------------|------------------------|---------------------|---------------------|
|           | ADF                | PP                 | ADF                    | PP                  |                     |
| LPIBR     | -3.219<br>(-3.546) | -2.953<br>(-3.534) | -4.835*<br>(-2.947)    | -9.776*<br>(-2.944) | I(1)                |
| LConsm    | -2.341<br>(-3.538) | -2.747<br>(-2.942) | -4.022*<br>(-3.542)    | -3.811*<br>(-3.538) | I(1)                |
| LDpt      | -2.939<br>(-3.538) | -1.997<br>(-3.534) | -3.855*<br>(-3.542)    | -6.085*<br>(-3.538) | I(1)                |
| Linv      | -2.777<br>(-3.538) | -2.318<br>(-3.534) | -4.239*<br>(-3.542)    | -4.860*<br>(-3.538) | I(1)                |

Note : (\*) montre le rejet de l'hypothèse nulle à 5%. Les nombres entre parenthèses correspondent aux valeurs critiques à 5%.

### **3.3 Analyse de la relation dépenses publiques-croissance économique par test de causalité.**

Afin d'analyser la relation de causalité entre les dépenses publiques et croissance économique, on fait appel à la notion de causalité au sens de Granger (1969). D'une façon heuristique, on dit qu'une variable Y1 cause une autre variable Y2 au sens de Granger si la prévision de Y2 fondée sur la

l'hypothèse de présence d'une dimension hétéroscédastique dans les séries contrairement au test ADF qui prend en compte uniquement la présence d'autocorrélation dans les séries.

connaissance des passés conjoints de Y1 et de Y2 est meilleure que la prévision fondée sur la seule connaissance du passé de Y2. Autrement dit, Y1 cause au sens de Granger la variable Y2 si les valeurs passées de la variable Y1 influencent significativement les valeurs futures de la variable Y2. Du point de vue pratique, le test de causalité au sens de Granger revient à un test de significativité globale des coefficients associés aux valeurs retardées de la variable causale dans l'équation de la variable causée.

Cependant, il faut souligner que le cadre économétrique dans lequel s'effectue le test de causalité suppose la stationnarité des séries retenues, or en règle générale, les séries économiques ne sont pas directement stationnaires. Elles doivent subir, dans la plupart des cas, une différenciation du premier ordre afin d'être rendues stationnaires (C. Tavera (1990)). Néanmoins, les développements récents de la théorie de la cointégration stipulent que de telles séries peuvent être reliées par une combinaison linéaire stationnaire (Engel-Granger(1987), Granger (1986)). Ces séries sont alors dites cointégrées. Or il est possible, selon Tavera (1990), de montrer que pour des séries effectivement cointégrées, les procédures usuelles d'analyse des causalités à partir de données stationnalisées peuvent aboutir à des conclusions erronées de non causalité. Il est dès lors recommandé que lorsque les séries sont intégrées du même ordre et cointégrées d'éviter l'estimation d'un VAR en différences premières ; il convient plutôt de reparamétriser le modèle sous la forme d'un modèle vectoriel à correction d'erreurs. En effet, l'existence d'une relation de cointégration suggère une causalité au moins unidirectionnelle. Ainsi ces approches dites séquentielles permettent d'effectuer des tests de causalité à court terme et à long terme<sup>29</sup>.

En revanche, le recours à de telles batteries de tests préliminaires peut conduire à des biais importants à chaque étape tels que l'inférence causale devienne incertaine. La puissance des tests de racines unitaires devient faible pour des petits échantillons et rien ne garanti que l'on élimine totalement les biais par une combinaison de tests de racines unitaires (Dejong et al. (1992)). Lorsque les variables sont non-stationnaires, l'approche standard du test de causalité recourt aux différences premières pour les rendre stationnaires. Or cette différenciation fait perdre aux séries en niveau un contenu important d'information qu'il serait judicieux de l'exploiter pour enrichir la dynamique du modèle plutôt que d'être ôtée. En

---

<sup>29</sup> Toda H. Y. et Phillips P.C.B. (1993), « Vector Autoregression and Causality : A Theoretical Overview and Simulatio Study », *Econometric Reviews*, Vol. 13, pp. 259-285.

outre, Toda (1995) et Cheung et Lai (1993), ont montré par simulations que le test de Johansen sur échantillon réduit n'est pas invariant à l'égard du choix des paramètres de nuisance, notamment le choix du nombre de retards et la présence ou non de tendances déterministes dans l'espace de cointégration et dans le VAR. La perte de degrés de liberté et le risque d'une sous-paramétrisation du VAR associé à la procédure de test introduisent des distorsions de niveau et porte atteinte à l'efficacité du test de cointégration. Il en découle que la statistique du test de Johansen souffre d'un autre biais qui vient s'ajouter à celui des tests de racines unitaires et qui rend robuste l'issue des tests de causalité (Toda et Yamamoto, 1995). La validité des résultats des études empiriques utilisant l'approche séquentielle peut être donc questionnée à la lumière de ces biais potentiels.

Ce qui serait intéressant pour un économiste c'est de tester des restrictions matérialisant des hypothèses théoriques et non de savoir si les variables sont intégrés ou cointégrés (Toda et Yamamoto 1995)). Dans cet ordre d'idées on peut concevoir que le test de causalité de Granger peut ignorer les tests préliminaires de cointégration. Une telle idée constitue l'épine dorsale des procédures non séquentielles des tests de causalité qui consistent à réaliser des estimations corrigées de VAR en niveau pour tenir compte d'une éventuelle relation de cointégration, sans qu'il soit nécessaire d'étudier directement cette cointégration. Ces procédures permettent, en effet, en un unique test, de valider l'existence d'une causalité globalement dans le court et long terme. C'est ainsi que l'approche du test de causalité proposée par Toda et Yamamoto (1995) permet d'étudier la causalité entre variables non stationnaires et éventuellement cointégrées. L'obligation d'étudier la cointégration semble être remplacée par une surparamétrisation du VAR associé.

Dans la pratique, la méthode de Toda et Yamamoto s'effectue en deux étapes. Dans un premier temps il est question de déterminer l'ordre d'intégration maximal ( $d_{\max}$ ) des séries et le nombre de retards optimal ( $k$ ) du processus VAR en niveau. Pour ce faire, on doit recourir aux tests de stationnarité et aux critères d'Akaike et de Schwartz<sup>30</sup>, et dans un second temps, il faut estimer un modèle VAR en niveau augmenté d'ordre  $p = k + d_{\max}$ . Si les séries sont stationnaires, l'ordre maximal d'intégration

---

<sup>30</sup> Ces deux critères sont utilisés pour déterminer le nombre de retards optimaux retenus dans le VAR

est égal à zéro ce qui signifie qu'aucun retard additionnel n'est introduit dans le VAR, et la procédure de test suit l'approche standard. Désignons par  $X^1$  et  $Y^1$  respectivement la variable dépenses publiques et le PIB, le modèle de référence pour le test de causalité doit être spécifié comme suit :

$$y_t = \beta_0 + \sum_{i=1}^k \beta_{1i} y_{t-i} + \sum_{j=k+1}^{k+d_{\max}} \beta_{2j} y_{t-j} + \sum_{i=1}^k \phi_{1i} x_{t-i} + \sum_{j=k+1}^{k+d_{\max}} \phi_{2j} x_{t-j} + \zeta_1 t + \mu_{1t} \quad (I)$$

$$x_t = \alpha_0 + \sum_{i=1}^k \alpha_{1i} y_{t-i} + \sum_{j=k+1}^{k+d_{\max}} \alpha_{2j} y_{t-j} + \sum_{i=1}^k \theta_{1i} x_{t-i} + \sum_{j=k+1}^{k+d_{\max}} \theta_{2j} x_{t-j} + \zeta_2 t + \mu_{2t} \quad (II)$$

Le test de causalité se réalise par application des tests de restrictions uniquement sur les  $k$  premiers coefficients. Le reste des coefficients sont effectivement nuls et constituent uniquement une surparamétrisation volontaire servant à incorporer dans le VAR la dimension potentiellement cointégrée des variables (KEHO yaya (2008)). Dans notre modèle on dit que  $x$  ne cause pas  $y$ , revient à tester dans l'équation (I) la nullité des coefficients  $\phi_{1i}$ . Idem tester l'hypothèse que  $y$  ne cause pas  $x$  revient à tester la nullité des coefficients  $\alpha_{1i}$ . La statistique dont la valeur est obtenue dans le test suit asymptotiquement une distribution de khi-deux et indépendante de l'ordre d'intégration des variables. Le test reste robuste même lorsque les variables sont intégrées d'ordres différents ou possiblement cointégrées<sup>31</sup>.

### 3.4 Résultats des tests de causalité

Les résultats des tests de racines unitaires, présentés dans le tableau(2), montrent que l'ordre d'intégration maximal des variables est égal à l'unité. Il en découle que l'on doit estimer des VAR en niveaux augmentés d'un seul retard supplémentaire.

---

<sup>31</sup> L'unique condition est que l'ordre maximal d'intégration possible des variables n'excède pas l'ordre AR du VAR.(KEHO yaya (2008)).

**Tableau 3 : synthèse des résultats des tests de causalité**

| Type de dépense publique   | Retards<br>k | $H_0$ : la dépense publique ne cause pas le PIB |          |       | $H_0$ : Le PIB ne cause pas la dépense publique |          |       |
|----------------------------|--------------|---|----------|-------|---|----------|-------|
|                            |              | $\sum_{i=1}^k \phi_i$                           | $\chi^2$ | Prob  | $\sum_{i=1}^k \phi_i$                           | $\chi^2$ | Prob  |
| Consommation publique      | 2            | -0,094  | 5.557*   | 0.062 | 0,426   | 5.525*   | 0.063 |
| Dépenses d'investissement  | 2            | -0,0089   | 2.304    | 0.315 | 0,067   | 0.0629   | 0.969 |
| Dépenses publiques Totales | 4            | -0,071  | 3.832    | 0.429 | 1,026   | 8.570*   | 0.072 |

(\*) : La statistique du test de Wald qui suit une loi de  $\chi^2$  indique le rejet de l'hypothèse nulle à 10%.

D'après les résultats des tests de causalité synthétisés dans le tableau (3), les dépenses publiques d'investissement total ne semblent avoir, dans leur forme agrégée, aucun impact significatif sur la croissance du produit intérieur brut. Tandis que la causalité entre les dépenses publiques de consommation et la croissance économique présente un aspect bidirectionnelle traduisant dans un sens un effet keynésien et dans un autre sens un effet de Wagner. Ce dernier effet semble prépondérant dans la relation de sorte qu'il apparaît dans la relation dépenses publiques totales-croissance économique.

La batterie des tests de causalités, ainsi menée, présente des résultats qui doivent être discutés à lumière des conclusions des études empiriques déjà effectuées sur la base des modèles de croissance endogène. En effet, la causalité bidirectionnelle retrouvée entre les dépenses publiques de consommation et le PIB semble corroborer, si l'on veut uniquement retenir l'effet négatif allant des dépenses de consommation au PIB, avec de nombreux résultats empiriques dégagés dans le cas des pays en développement tel est le cas des études de Karikari (1995), Guseh (1997), Barro(1997) et Grier et Tullock (1989).

## **Conclusion**

Nous avons essayé dans le cadre de ce travail de vérifier l'existence des liens de causalité entre les dépenses publiques et croissance économique au Maroc sur la période 1970-2007. Pour ce faire, nous avons utilisé une série de tests de causalité au sens de Granger suivant la méthodologie proposée par Toda et Yamamoto. Les résultats indiquent l'existence d'un lien causal allant du PIB aux dépenses publiques totales (effet Wagner) et une causalité bidirectionnelle entre les dépenses publiques de consommation et la croissance économique.

En outre, l'absence de lien entre l'évolution du PIB et l'investissement public est un résultat non familier. Pour démystifier les causes de ce résultat inattendu, il serait probablement plus pratique d'étudier les dépenses publiques dans leur relation avec la croissance non pas dans leur forme agrégée, mais d'essayer d'isoler l'effet de chaque composante des dépenses publiques dans les secteurs supposés influencés la croissance selon la littérature théorique et empirique, telles que les dépenses dans les domaines de formation de capital humain (éducation et santé), et d'infrastructure. L'absence d'effet keynésien des dépenses publiques pose alors le problème de l'inefficience de leur allocation et impose la nécessité d'une gestion saine et rigoureuse des finances publiques.

## Bibliographie

- Ashipala, J. et Haimbodi, N., 2003, « *The impact of public investment on economic growth in Namibia* », Working Paper N°88, NEPRU, Namibia.
- Abizadeh, Sohrab and Yousefi, Mahmood (1998) An Empirical Analysis of South Korea's Economic Development and Public Expenditures Growth, *Journal of Socio- Economics* 27, 687-700.
- Aregbeyen, O. (2008), « Cointegration, Causality and Wagner's Law: A Test for Nigeria », Central Bank of Nigeria *Economic and Financial Review*, Volume 44/2 June, pp.1-17.
- Ansari, M.I., Gordon, D.V. ; Akuamoah, C. (1997) : Keynes Versus Wagner : Public Expenditure and National Income for Three African Countries, *Applied Economics*, 29, 543-550.
- Ben, S. et Hassad, M., (2006), « *Efficience du financement des services publics et croissance économique dans les pays en développement : Analyse en coupe transversale* », Journées scientifiques du réseau « analyse économique et développement », 37p.
- Cheng, S. et Wei, T.(1997), « Government Expenditures and Economic Growth in South Korea: A VAR Approach »; *Journal of Economic Development*, Volume 22, Number 1, June 1997, pp. 11-24
- Chimobi, O.P. (2009), « Government Expenditure and National income: A Causality Test for Nigeria », *European Journal of Economic and Political Studies*, vol.2, No.2, pp. 1-11.
- Dejon D.N., J.C Nankervis et Savin N.E. (1992), « Integration Versus Trend Stationarity in Time Series », *Econometrica*, 60, pp.423-433.
- Dogan, E. et Tang, T.C. (2006), Government Expenditure And National Income: Causality Tests For Five South East Asian Countries, *International Business & Economics Research Journal*, Volume 5, Number 10, pp.49-58
- Dritsaki, C. et Dritsaki, M. (2010), Government Expenditure and National Income: Causality Tests for Twelve New Members of E.E., *The Romanian Economic Journal*, Year XIII, No. 38, pp.67-89.
- Ghali, K., (1997), « *Export growth and economic growth: The Tunisian experience* », Department of Economics, College of Business and economics. United Arab Emirates University, P.O. Box 17555 Al Ain. The United Arab Emirates.
- Granger C. W. (1969), « Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods », *Econometrica*, 37, pp.424-438.
- Holmes, J. M. et Hutton, P. A. (1990) "On the Causal Relationship Between Government Expenditures and National Income", *Review of Economics and Statistics*, No 72, pp. 87-95.
- Hounkpodote, H. et Bationo, R. (2010), « Hétérogénéité de la causalité entre dépenses publiques et croissance économique dans les pays de l'UEMOA : quelles implications pour la coordination des politiques budgétaires ? », Munich Personal RePEc Archive, pp.1-20.
- Islam, A., M. (2001). Wagner's Law Revisited: Cointegration and Exogeneity Tests for the USA, *Applied Economics Letters*, 8, 509-515.
- Kacou (2004), Dépenses publiques et croissance économique en Côte d'Ivoire : une analyse de causalité, Cellule d'Analyse de Politiques Economiques du CIRES (CAPEC). LPE N° 56, pp.1-4.
- KEHO Yaya (2008), « Dépenses publiques et croissance économique en COTE D'IVOIRE : une approche en terme de causalité », Cellule d'Analyse de Politiques Economiques du CIRES, E.N°138.

Lardic, S., et V. Mignon (2002), *Econométrie des séries temporelles macroéconomiques et financières*, Economica.

Morley, B. et Perdakis, N. (2000), "Trade Liberalisation, Government Expenditure and Economic Growth in Egypt", *Journal of Development Studies*, n° 36, vol. 4, p. 38-43.

Nubukpo, K. K. , (2003), « Dépenses publiques et croissance des économies de l'UEMOA » CIRAD, pp.1-29.

Ouattara, W., (2007), « Dépenses Publiques, Corruption et Croissance Économique dans les Pays de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) : une Analyse de la Causalité au Sens de Granger. », *Revue d'Intégration Africaine*, Vol.19 pp.481-500

Safa, D., (1999) « *Cointegration analysis-causality testing and wagner's law: the case of turkey, 1950-1990* »; Department of Economics, University of Leicester, 23p.

Tang, C.F. (2010), *Revisiting the Health–Income nexus in malaysia: ARDL Cointegration and Rao's F-Test for Causality*, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 27287, pp.1-9.

C. Tavera (1990), « Causalité VS cointégration : le cas des cours mondiaux des produits du soja », *Économie rurale*, Volume 198, Numéro 1, p. 54

Toda H. Y. et Phillips P.C.B. (1993), « Vector Autoregression and Causality : A Theoretical Overview and Simulatio Study ». *Econometric Reviews*, Vol. 13, pp. 259-285.

**Annexe (I) :** Détermination de l'ordre du VAR formé par le PIB et une catégorie de dépenses publiques.

**1. LPIBR et LCONSM**

| Ordre du VAR (k) | Critère d'Akaike | Critère de Schwartz |
|------------------|------------------|---------------------|
| 1                | -5.643572        | -5.382342           |
| <b>2</b>         | -6.138048        | <b>-5.698182</b>    |
| 3                | -6.045808        | -5.423668           |
| 4                | -6.358839        | -5.550765           |
| 5                | -6.167334        | -5.169662           |
| 6                | -6.030241        | -4.839330           |
| 7                | <b>-6.782171</b> | -5.394442           |
| 8                | -6.541414        | -4.953390           |

**2. LPIBR et LDPT**

| Ordre du VAR (k) | Critère d'Akaike | Critère de Schwartz |
|------------------|------------------|---------------------|
| 1                | -5.108909        | -4.847679           |
| 2                | -5.405828        | -4.965961           |
| 3                | -5.366379        | -4.744240           |
| <b>4</b>         | -6.077697        | <b>-5.269624</b>    |
| 5                | -5.855916        | -4.858244           |
| 6                | -5.883996        | -4.693085           |
| 7                | -6.167603        | -4.779874           |
| 8                | <b>-6.367231</b> | -4.779208           |

### 3. LPIBR et LINVT

| Ordre du VAR (k) | Critère d'Akaike | Critère de Schwartz |
|------------------|------------------|---------------------|
| 1                | -3.315162        | -3.053932           |
| <b>2</b>         | -3.599509        | <b>-3.159643</b>    |
| 3                | -3.520541        | -2.898402           |
| 4                | -3.728199        | -2.920125           |
| 5                | -3.807528        | -2.809856           |
| 6                | <b>-4.089415</b> | -2.898505           |
| 7                | -3.921652        | -2.533923           |
| 8                | -3.703576        | -2.115553           |

**Annexe (II) : tests de nullité des (k) premiers coefficients des retards dans les équations de causalité.**

#### 1) Sens de la causalité du LCONSM vers LPIBR

Test effectué :  $C(5)=C(6)=0$  (on teste la nullité des coefficients associés à LCONSM (-1) et LCONSM (-2)).

Wald Test:

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 2.778529 | (2, 28) | 0.0793      |
| Chi-square     | 5.557059 | 2       | 0.0621      |

Null Hypothesis Summary:

| Normalized Restriction (= 0) | Value     | Std. Err. |
|------------------------------|-----------|-----------|
| C(5)                         | 0.217752  | 0.094006  |
| C(6)                         | -0.311538 | 0.148762  |

## 2) Sens de la causalité du LPIBR vers LCONSM

Test effectué :  $C(5)=C(6)=0$  (on teste la nullité des coefficients associés à LPIBR (-1) et LPIBR (-2)).

Wald Test:

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 2.762665 | (2, 28) | 0.0804      |
| Chi-square     | 5.525329 | 2       | 0.0631      |

Null Hypothesis Summary:

| Normalized Restriction (= 0) | Value     | Std. Err. |
|------------------------------|-----------|-----------|
| C(5)                         | -0.427727 | 0.384387  |
| C(6)                         | 0.853292  | 0.364277  |

## 3) Sens de la causalité du LINVT vers LPIBR

Test effectué :  $C(5)=C(6)=0$  (on teste la nullité des coefficients associés à LINVT (-1) et LINVT (-2)).

Wald Test:

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 1.152190 | (2, 28) | 0.3305      |
| Chi-square     | 2.304380 | 2       | 0.3159      |

Null Hypothesis Summary:

| Normalized Restriction (= 0) | Value     | Std. Err. |
|------------------------------|-----------|-----------|
| C(5)                         | 0.041613  | 0.028711  |
| C(6)                         | -0.050562 | 0.038621  |

#### 4) Sens de la causalité du LPIBR vers LINVT

Test effectué :  $C(5)=C(6)=0$  (on teste la nullité des coefficients associés à LPIBR (-1) et LPIBR (-2))

**Wald Test:**

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 0.031471 | (2, 28) | 0.9691      |
| Chi-square     | 0.062942 | 2       | 0.9690      |

Null Hypothesis Summary:

| Normalized Restriction (= 0) | Value     | Std. Err. |
|------------------------------|-----------|-----------|
| C(5)                         | 0.263605  | 1.132986  |
| C(6)                         | -0.196570 | 1.031858  |

#### 5) Sens de la causalité du LDPT vers LPIBR

Test effectué :  $C(7)=C(8)=C(9)=C(10)=0$  (on teste la nullité des coefficients associés à LDPT (-1), LDPT (-2), LDPT (-3) et LDPT (-4)).

**Wald Test:**

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 0.958026 | (4, 22) | 0.4499      |
| Chi-square     | 3.832105 | 4       | 0.4292      |

Null Hypothesis Summary:

| Normalized Restriction (= 0) | Value | Std. Err. |
|------------------------------|-------|-----------|
|------------------------------|-------|-----------|

---

|       |           |          |
|-------|-----------|----------|
| C(7)  | 0.097042  | 0.132201 |
| C(8)  | -0.015813 | 0.098909 |
| C(9)  | -0.019574 | 0.098987 |
| C(10) | -0.133603 | 0.097709 |

---

**6) Sens de la causalité du LPIBR vers LDPT**

Test effectué :  $C(7)=C(8)=C(9)=C(10)=0$  (on teste la nullité des coefficients de LPIBR (-1), LPIBR (-2), LPIBR (-3) et LPIBR (-4).

Wald Test:

---

| Test Statistic | Value    | df      | Probability |
|----------------|----------|---------|-------------|
| F-statistic    | 2.142674 | (4, 22) | 0.1095      |
| Chi-square     | 8.570697 | 4       | 0.0728      |

---

Null Hypothesis Summary:

---

| Normalized Restriction (= 0) | Value    | Std. Err. |
|------------------------------|----------|-----------|
| C(7)                         | 0.173520 | 0.359931  |
| C(8)                         | 0.367589 | 0.346813  |
| C(9)                         | 0.277011 | 0.412427  |
| C(10)                        | 0.208268 | 0.374211  |

---

# NEOLIBERALISME : PETITE HISTOIRE D'UN GRAND CONCEPT.

*Mustapha BOULOUIZ\**

Le monde de l'économie, traverse depuis quelques années une zone de turbulence marquée à la fois par l'incertitude et la confusion.

Incertain quant à la possibilité de penser un projet social et économique alternatif au conservatisme et/ou néo-conservatisme ambiant.

Confusion semée par la littérature économique dominante et par un matraquage systématique tentant d'accréditer l'idée que les modèles théoriques qu'ils soient holistes ou construits sur l'individualisme méthodologique seraient devenus interchangeables, qu'il n'y aurait plus ni libéraux, ni conservateurs et encore moins de socialistes progressistes, bref que nous ayons atteint l'ère de la fin des idéologies et qu'en définitive nous soyons condamnés à une gestion docile de l'existant. C'est cette situation que « la dame de fer, Margaret Thatcher avait parfaitement résumé dans son célèbre « TINA », c'est-à-dire « There is no alternative ».

C'est pour tenter un premier décryptage de cette attitude, à l'origine d'un attentisme dévastateur, que cette contribution se propose de reverser au débat le concept de néolibéralisme, devenu trivial dans les analyses sous d'autres cieux, mais étrangement éludé chez nous.

L'absence quasi-totale de ce concept de la littérature économique marocaine de même que la sorte d'incompréhensible pudeur qui entoure l'analyse des formes contemporaines du capitalisme marocain et son ancrage dans le capitalisme mondial sont symptomatiques d'une véritable panne de la réflexion théorique.

Quelle est la genèse du néo-libéralisme, de son avatar la mondialisation contemporaine et de quel projet économique, social et politique sont-ils porteurs ? Trois questions sur lesquelles cet article voudrait relancer le débat.

---

\* Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales -  
Université Mohammed V Agdal Rabat.

## **I/ la petite histoire d'un concept**

« Ce qui pour les observateurs contemporains apparaît comme une bataille d'intérêts contradictoires tranchée par le vote des masses a généralement été décidé ; longtemps avant, par une bataille d'idées dans un cercle restreint. »

C'est en ces termes que Friedrich von Hayek (FVH), économiste autrichien nobélisé en 1974, avait en 1947 sonné le rassemblement des ultra-libéraux.

Objet de la réunion, qui se tient le premier avril de la même année à Mont-Pèlerin en Suisse : sortir les défenseurs du libéralisme et organiser la contre offensive contre le socialisme, le keynésianisme triomphant et de façon générale contre toute forme d'interventionnisme étatique dans l'économie. C'est dans le droit de fil de cette exigence que Von Hayek insistera sur la nécessité de créer « une structure internationale permanente, permettant à des intellectuels libéraux de s'engager, par leurs idées, contre toute intervention étatique ».

Présents à ce conclave, tout le gotha de la pensée économique, juridique et philosophique ultra-libérale : Milton Friedman (prix Nobel en 1976), Lionel Robbins, Georges Stigler (prix Nobel en 1982), Karl Popper, Eli Hecksher, Frank Knight, Ludwig von Mises, Walter Lippman, Maurice Allais (prix Nobel 1988), Bertrand de Jouvenel....

L'axiome de départ, qui constitue le vecteur de toutes les analyses que produira ou suscitera cette nouvelle Société du Mont-Pèlerin (SMP), c'est que au-delà d'un simple choix politique, le libéralisme est consubstantiel au fonctionnement social et à l'esprit humain. De ce fait, la compréhension rationnelle du fonctionnement du système capitaliste dans son ensemble est impossible. Le capitalisme et le marché constituent un ordre spontané (une catalaxie) c'est-à-dire pour FVH un ordre, qui tout en étant le produit de l'action humaine, n'a été ni pensé ni construit rationnellement.

Le capitalisme selon F.V.H. est « quelque chose de plus grand que nous tous pouvons comprendre pleinement... il est régi par un mécanisme de coordination naturelle, spontané et neutre qui est le marché. »

C'est parce que l'homme s'est soumis dans le passé aux forces impersonnelles du marché qui a été possible développement d'une civilisation. C'est par cette soumission que nous participons

quotidiennement à construire quelque chose de plus grand que nous tous pouvons comprendre pleinement.

De cet axiome, découlent les autres idées forces de la Société du Mont Pèlerin, qui faut-il le rappeler, deviendra co-organisatrice du célèbre Forum de Davos.

Nous en retiendrons quatre, en réservant l'analyse de la plus forte d'entre elles, celle qui dans « la Route de la Servitude » assimile le socialisme au nazisme et au fascisme, à un autre article.

1/ Toute velléité d'engager un changement de société est assimilable à une entreprise d'apprentis sorciers parce que personne ne peut saisir rationnellement la complexité du système et parce que la connaissance humaine est forcément parcellaire et subjective. Il est impossible à un seul esprit, si puissant soit-il de maîtriser l'ensemble des informations que seul le marché et les prix peuvent coordonner.

2/ La soumission à la « complexité » du réel et aux mécanismes de coordination naturels du capitalisme par définition neutre et spontanés a pour conséquence l'évacuation pure et simple de la conflictualité inhérente au système. Dès lors, la conflictualité sociale ne peut être vue que comme une régression historique et une réminiscence « des instincts primitifs » que les syndicats et les socialistes ne font qu'attiser.

Bien plus, FVH en arrive à considérer le terme « social » lui-même comme un terme ambigu (weased word) puisque « personne ne sait vraiment ce qu'il signifie ; en revanche ce que l'on ait c'est qu'une économie sociale de marché n'est pas une économie de marché, qu'un Etat social de droit n'est pas un Etat de droit, qu'une conscience sociale n'est pas une conscience, que la justice sociale n'est pas une justice et je crains aussi qu'une démocratie sociale ne soit pas une démocratie. »

3/ le socialisme, comme la social-démocratie et l'interventionnisme ne sont que la résultante d'une erreur intellectuelle qu'auraient commise tous les grands penseurs d'Aristote à Einstein en passant par Descartes ou Hegel.

C'est cette erreur que FYH appelle le scientisme ou le rationalisme constructiviste c'est-à-dire la croyance dans la possibilité de concevoir rationnellement les institutions sociales et de les transformer en s'appuyant sur une confiance totale dans les possibilités de la raison. En sciences sociales ajoute Von Hayek on ne peut ni expliquer totalement des événements ni les prédire. On ne peut ni connaître parfaitement des totalités

telles que l'économie, le capitalisme ou la société et encore moins les soumettre à de prétendues lois historiques comme le soutiennent Hegel, Marx ou Comte.

4/ Il faut reconnaître le primat du marché par ce qu'il n'a été ni imaginé ni construit mais il est simplement le fruit de l'évolution.

Refuser le marché et refuser de se soumettre à « ses forces impersonnelles » c'est refuser l'idée que le système des prix est la seule et unique référence à l'activité sociale, économique et politique. Toute action sur le prix, en particulier le prix du travail, est un prélude à la catastrophe : « jamais une classe ne fut plus exploitée d'une façon plus cruelle que ne le sont les couches les plus faibles de la classe ouvrière par leurs privilégiés, exploitation rendue possible par la réglementation de la concurrence. Peu de slogans ont fait tant de mal que celui de la stabilisation des prix et des salaires : en assurant les revenus des uns, on rend la situation des autres plus précaire, » (voir « la route de la servitude »)

Dans un système de concurrence la chance est aussi déterminante que l'intelligence et la prévoyance.

Le risque avec l'interventionnisme étatique, le socialisme et toute tentative de contrôle ou de redistribution des revenus, c'est que la chance de s'enrichir disparaît. Or les individus ont tendance à mieux accepter les inégalités qui naissent « des forces impersonnelles du marché ou du destin aveugle » que lorsqu'elle est le fait de l'autorité.

Il vaut mieux un monde où « le riche est puissant que celui dans lequel seul le puissant peut acquérir la richesse... le pouvoir sur moi d'un millionnaire, qu'il soit mon voisin ou même mon patron, est certainement moindre que celui du plus petit fonctionnaire représentant le pouvoir coercitif de l'Etat. »

## **II/ La mondialisation contemporaine : un avatar du néo-libéralisme**

De 1974 à 1973, l'impact de cette mouvance dans le champ politique restera tout fait insignifiant.

Il faudra attendre la fin des trente glorieuses, le premier choc pétrolier, l'apparition d'un chômage de masse combiné à une forte inflation et en somme l'essoufflement du keynésianisme, pour que le néo-libéralisme retrouve sa verve au Chili d'abord sous l'influence des Chicago boys de

Milton Friedman, aux Etats-Unis aux temps de la ergonomique et en Grande Bretagne où M.Thatcher n'hésita pas à affirma avec une grande clarté : « ce ne fut qu'au milieu années 70, quand les œuvres de Hayek figurèrent en haut des listes de lecture que me donna Keith Joseph, conseiller économique, que je saisis réellement les idées qu'il avançait. C'est alors seulement que je considérais ses arguments du point de vue du type d'Etat cher aux conservateurs- un gouvernement limité sous le règne de la loi- plutôt que du type d'Etat à éviter- un Etat socialiste où les bureaucraètes gouvernent sans freins. A ce stade, c'étaient des critiques, selon moi, irréfutables du socialisme contenues dans la Route de la Servitude qui avaient un impact. »

Il faut rappeler qu'avant son arrivée au pouvoir en 1979, la dame de fer s'était appuyée sur un réseau de think-thank composé de néolibéraux purs et durs, de quelques travaillistes et extrémistes en rupture de ban. On citera parmi ces instances de réflexion l'institute for Economics Affairs», le « Conservative Philosophy Group» le Center for Policy Studies»ou le « Adam Smith Institute ».

A l'échelle mondiale, la vision néolibérale se traduira-via les fameux trois D : dérégulation, décloisonnement et déréglementation- par une financiarisation croissante de l'économie dont la seule logique reposera désormais sur la rentabilité financière et le rendement des capitaux investis. En 2006 avec plus de 190 000 milliards de dollars, la finance représente l'équivalent de 400% du PIB mondial et le commerce international ne représente que 2% des transactions de change international. En 2007 le montant des échanges quotidiens de devises s'élève à 3210 milliards de dollars pour un montant d'exportations de 64,3 milliards.

La spécificité de cette phase de financiarisation, c'est que les flux de capitaux s'autonomisent et se déconnectent de ceux de l'économie réelle et répondent uniquement aux taux des marchés financiers et ceux des marchés de change. Des institutions financières privées telles que les fonds de pension, les fonds d'investissement, les compagnies d'assurance, les fonds spéculatifs-hedge funds-sont devenus les principaux acteurs de cette mondialisation financière qui a profité aux grandes puissances économiques telles que les USA qui ont bénéficié en 2006 de 60% de l'épargne mondiale ou le Royaume Uni qui s'impose comme premier offreur mondial de services financiers.

Dans « La nouvelle puissance américaine » Henry Kissinger affirme, à l'encontre de ceux qui douteraient encore de l'origine de la mondialisation,

que « ce sont les Etats-Unis qui ont enclenché la dynamique de la mondialisation ; ils ont également été les principaux bénéficiaires des forces que celle-ci a engendrées ».

C'est en concomitance avec ce mouvement, que sera dépoussiérée à l'échelle mondiale la vieille boîte à outils néolibérale : lutte contre les rigidités syndicales, libéralisation des prix et des salaires, réduction des dépenses publiques, dénationalisation et privatisation, déréglementation et décloisonnement des transactions financières, débridement du libre échange... et multiplication des entraves à la libre circulation des hommes.

Alain Touraine a parfaitement résumé cette situation dans les termes suivants : « la globalisation n'existe pas ! C'est une construction idéologique qui a l'air d'unifier cinq phénomènes importants qui sont parfaitement indépendants les uns des autres : société de l'information, augmentation du commerce international et des entreprises multinationales, développement des networks financiers, apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication, hégémonie militaire et culturelle américaine... Il est fondamental de comprendre que l'on emploie le mot globalisation uniquement parce que l'on défend cette vision proprement capitaliste : la globalisation ne signifie rien d'autre que le capitalisme au sens précis c'est-à-dire l'économie de marché en tant qu'elle refuse tout contrôle extérieur et n'accepte que les contrôles internes. » - Cahiers de la FAB n°25-

### **III/ Le néo-libéralisme, quel projet de société ?**

Nous ne reviendrons pas sur le projet économique, développé dans la première et deuxième partie de cette contribution. Nous esquisserons plutôt quelques idées sur le projet social et le projet politique néolibéral.

L'une des conditions de pérennisation du système c'est d'arriver à canaliser la conflictualité sociale inhérente à toute société humaine vers des objectifs partiels ou étroitement corporatistes. Le but étant évidemment d'empêcher l'émergence de tout macro projet alternatif. La prolifération des syndicats, souvent savamment entretenue, est l'un des symptômes les plus voyants de cette entreprise que des penseurs latino-américains ont judicieusement analysé en termes de « société fragmentée. » (Voir en particulier les écrits de Martha Harnecker.

La stratégie de la société fragmentée touche tout autant les travailleurs dont la force est déstructurée « en une somme d'acteurs ou de sujets

différenciés et séparés les uns des autres » que l'ensemble de la société en essayant d'isoler au maximum les groupes sociaux, d'individualiser leurs revendications en les orientant vers des objectifs exclusifs et partiels. En clair, il s'agit de faire en sorte qu'ils ne partagent plus aucun objectif socioéconomique commun. Dans ces conditions, la société ne sera plus analysée dans son ensemble et, du même coup, les utopies sociales qui permettent à différents groupes de se rencontrer disparaissent. »

Pierre Bourdieu voit dans ce « programme de destruction méthodique des collectifs » la simple mise en pratique du projet politique néo-libéral un projet d'autant plus pernicieux et redoutable qu'il avance drapé d'une prétendue description neutre et aseptisée des lois de l'économie agissant dans le cadre d'un marché pur et parfait.

Si cette déconstruction sociale est possible c'est parce que, ajoute Bourdieu, le programme néo-libéral prend appui sur des travaux d'économistes qui ont troqué les préoccupations de leur science sociale contre les mirages d'une vision abstraite et formalisée et des modèles « qu'ils n'ont jamais l'occasion de soumettre à l'épreuve de la vérification expérimentale. » De ce fait, ils sont parties agissantes et prenantes des changements économiques et sociaux que l'on observe aujourd'hui. Ils peuvent certes, sembler s'horripiler de certains des dégâts collatéraux de leur modèle mais il n'en reste pas moins conclut Bourdieu qu'il ne pourrait leur déplaire complètement puisque, « au péril de quelques ratés, imputables notamment à ce qu'ils appellent les bulles spéculatives, il tend à donner réalisation à l'utopie ultra-conséquente (comme certaines formes de folie) à laquelle ils consacrent leur vie. »

Quant au projet politique, il est condamné à naviguer entre deux exigences apparemment inconciliables : une exigence d'Etat minimal au plan économique et une exigence d'Etat fort qui puisse assurer le déploiement du modèle dans les meilleures conditions, en particulier dans les phases où la tolérance à ses retombées sociales s'étiole. Cela s'est traduit par la mise en place de systèmes où l'on combine un rituel électoral angélique à des institutions élues dépourvues de pouvoirs réels ; pouvoirs, réels qui, dans les faits, échoient à des instances permanentes « neutres », apolitiques, non élues et donc non concernées par les élections et leurs résultats. Cela se traduit également par le fait que les partis les plus conservateurs, défendant les intérêts d'une infime minorité de la population se métamorphosent en partis de masse recrutant dans les franges rurales et périurbaines c'est-à-dire les franges les plus pauvres de la société.

C'est à cette forme de démocratie que les Latino-américains ont attribué les qualificatifs de démocratie démobilisatrice, démocratie de basse intensité ou de démocratie sous tutelle.

### **Bibliographie :**

- Serge Audier : « le colloque Lippman- Aux origines du néo-libéralisme » BDL Editions. 2008.
- Friedrich Von Hayek : « La route de la servitude. » Paris, Médicis, 1946
- Dostaler Gilles et Ethier Diane. « Friedrich Hayek : philosophie, économie et politique. » Paris économique, 1989.
- Cahiers de la FAB. N° 25.
- Kissinger Henry : « La nouvelle puissance américaine. » Fayard, 2004.
- Harnecker Marta : « la gauche à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle : rendre possible l'impossible. » Lanctôt éditeur. 2002.
- Bourdieu Pierre : « le néo-libéralisme, utopie (en voie de réalisation) d'une exploitation sans limites. » Contre-feux, Paris 1998.

# GENRE ET TRAVAIL DANS LE SECTEUR INDUSTRIEL AU MAROC.

## ETUDE DE CAS DANS L'INDUSTRIE TEXTILE\*\*

*Nouzha LAMRANI\**

### **Introduction : Objectifs et méthodologie de l'étude**

Le Maroc a engagé depuis la fin des années 1990 de nombreuses réformes visant à affirmer la défense des droits de la personne et particulièrement les droits des femmes, des enfants et des catégories sociales les plus défavorisées. La réforme la plus importante a été celle du code de la famille, le 05 février 2004, qui garantit l'égalité entre les conjoints et la protection des droits des enfants, ce qui constitue une avancée majeure dans la réalisation des droits des femmes et fait du Maroc un exemple dans la région.

Si les avancées pour les droits des femmes sur le plan juridique et politique ont été relativement rapides durant la dernière décennie, les avancées sur le plan économique et social sont très lentes et insuffisantes.

L'ouverture commerciale et la perte de compétitivité des produits marocains face à ses concurrents ont affecté essentiellement l'industrie manufacturière à forte intensité de main d'œuvre principalement féminine. En 2003<sup>32</sup>, Le taux d'emploi des femmes dans le secteur industriel s'est élève à 17,6% contre 11,5% pour les hommes et le taux de féminisation a atteint 36%<sup>33</sup>. Le secteur textile et cuir emploie la moitié des effectifs dans ce secteur et les femmes représentent 75% de ces effectifs. Entre 2002 (224321 emplois) et 2003(22463 emplois) le nombre d'emplois a baissé de 1% soit

---

\* Enseignante chercheure à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales - Université Mohammed V Agdal Rabat.

\*\* Ce travail présente les résultats essentiels d'une étude effectuée en collaboration avec une équipe d'étudiant(e)s de la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Rabat Agdal, dans le cadre de leurs mémoires de licence durant 2 années consécutives 2004 et 2005. Equipe de travail : nouzha lamrani (coordinatrice), lalla amina Iyaacoubi, khalid lachir, khalid elhafidi, mohamed el ourad, mohamed el amrani, mostapha nakache, mouna abdou, mouncef zouhairi, moussa baloua.

<sup>32</sup> Les données nationales utilisées n'ont pas été actualisées afin de rester dans le contexte des études de cas effectués en 2004/2005. Les données des structures de l'emploi selon la branche d'activité et le sexe dans ce secteur sont les mêmes actuellement.

<sup>33</sup> Direction de la Statistique : Enquête « activité, emploi et chômage » 2003

1858 postes supprimés<sup>34</sup>. Cette baisse aura certainement tendance à s'accroître avec le démantèlement de l'Accord Multifibres depuis le 01 janvier 2005. Face à la concurrence asiatique, les exportations ont enregistré dans le secteur une baisse de 30% durant les 5 derniers mois et plusieurs unités ont dû fermer<sup>35</sup>.

Ainsi, l'ouverture commerciale du Maroc affecte plus les femmes que les hommes et les programmes de « mise à niveau » entrepris devraient prendre en compte cette différenciation de genre.

De nombreuses études récentes ont montré que l'accroissement de la productivité d'un secteur et une meilleure compétitivité doivent nécessairement passer par le développement de ses ressources humaines (éducation, formation...). Si le Maroc veut se mettre à niveau pour s'intégrer dans le cadre actuel de la globalisation et faire face à la concurrence, il doit mettre en place une stratégie spécifique de développement des ressources humaines dans les branches d'activité appelées à être compétitives.

Des données statistiques fiables et précises sur l'emploi féminin dans le secteur textile sont rares. Les données existantes sont globales (Direction de la Statistique et Ministère du Commerce et de l'Industrie) -ne précisant pas toutes les caractéristiques de l'emploi féminin et ses différences avec l'emploi masculin- et les études quantitatives et qualitatives concernant cet aspect restent peu nombreuses.

L'élaboration de stratégies spécifiques pour développer le niveau et la qualité de l'emploi féminin dans ce secteur nécessite en premier lieu la connaissance et la maîtrise de toutes les caractéristiques de cet emploi.

Dans le cadre de cette étude nous nous limiterons à la branche d'activité « textile, habillement » qui concentre 42% de l'emploi dans le secteur industriel (voir tableau : grandeurs économiques par branche en annexes p. 11)

#### Les objectifs recherchés :

A partir du constat ci-dessous, les objectifs recherchés sont de :

1) recenser et collecter les données existantes sur la situation et la promotion des femmes dans l'industrie de l'habillement et de l'industrie textile ;

2) établir un diagnostic sur la situation économique juridique et sociale des femmes travaillant dans cette branche : Lieu d'origine, situation de famille, niveau d'instruction et de formation, travail (condition, lieu, temps, salaire...), principaux

---

<sup>34</sup> Site du Ministère du Commerce et de l'Industrie

<sup>35</sup> Assemblée générale de l'AMITH (Association Marocaine de l'Industrie Textile et de l'Habillement) du 14 juillet 2005. Actuellement on sait que ce secteur est le premier à être affecté par la crise financière internationale (voir dossier du journal l'Economiste Mois d'octobre 2009)

problèmes identifiés et reconnus par les femmes et actions jugées prioritaires souhaitées par les femmes...Ce diagnostic permettra de proposer des actions précises.

3) proposer des actions spécifiques prioritaires après avoir identifié les besoins les plus urgents en matière d'alphabétisation, de formation, d'activités de sensibilisation (qualité, santé, mesures de protection...) et ce, dans tous les domaines jugés prioritaires par les femmes dans cette branche d'activité.

### **La méthodologie :**

Elle repose sur :

- l'analyse des données sur l'emploi et la formation des femmes dans les branches d'activité « textile et habillement » sur la base des données existantes, des études et recherches réalisées à ce sujet ;
- les entretiens par questionnaire auprès des responsables des entreprises choisies au hasard. (17entreprises)
- les entretiens par questionnaire sur le terrain auprès de 204 ouvrières et ouvriers choisis au hasard travaillant dans ces 17 entreprises
- la détermination des besoins les plus urgents en matière de formation, d'alphabétisation fonctionnelle, de statut... à partir de l'analyse des résultats des entretiens. Ceci permettra d'établir des programmes d'action spécifiques prioritaires qui devraient avoir les objectifs essentiels suivants : créer le plus d'emploi permanent et qualifié, accroître les compétences et améliorer les conditions et le milieu de travail en fonction des besoins des femmes ;
- l'analyse des résultats à partir de l'outil « genre », outil qui permet de ne pas se limiter au constat des inégalités mais tente de l'expliquer dans son environnement socio économique et culturel.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Voir pour la compréhension de ce concept et outil les références principales suivantes :

- Fatou Sarr : recensement des outils de formation en genre, UNIFEM-Ambassade Royale des Pays bas, Octobre 1999
- Conseil Canadien pour la Coopération Internationale : un autre genre de développement, un guide pratique pour les rapports femmes hommes dans le développement, Ottawa,1991.
- Collectif d'auteurs dirigé par Jeanne Bissiliat et Christine Vershuur: le genre : un outil nécessaire Introduction à une problématique Cahiers genre et développement Numéro 1, 2000 L'Harmattan
- Collectif d'auteurs : Sexe et genre, de la hiérarchie entre les sexes. Coordonné par Marie Claude Hurtig, Michel Kail et Hélène Rouch.CNRS Editions 2003

## **I - Importance de l'activité féminine dans le secteur industriel en milieu urbain :**

Les femmes marocaines jouent un rôle de plus en plus important dans l'activité économique nationale et plus particulièrement dans le secteur industriel.

Au Maroc, en 2003, une personne sur deux est active : 51,9%. Ce taux est de 77,4% pour les hommes et de 27,3 pour les femmes soit un écart de 50,1. Cette faiblesse du taux d'activité féminine est plus accentuée en milieu urbain où il est de 20,9% contre 72,6% pour les hommes qu'en milieu rural (37,3% contre 84,3% pour les hommes).

La part de la population active féminine dans la population active totale s'élève pour l'ensemble du pays en 2003 à 27,1%. Ce taux de féminisation est plus important en milieu rural 31,1% qu'en milieu urbain 23,5%. Ainsi près du tiers des actifs en milieu rural est constitué des femmes.

En milieu urbain les femmes actives sont essentiellement concentrées dans le secteur industriel comme il sera montré ci-dessous.

L'activité des femmes dans les différents secteurs se présente comme suit:

- La branche d'activité économique « Agriculture, forêt et pêche » regroupe 45,2% de la population active occupée. En 2003 cette branche continue à occuper la 1<sup>ère</sup> place dans la population active féminine avec 58,7% contre 40,3% pour les hommes. Le taux de féminisation dans ce secteur est de 34,9%. Le statut socio professionnel le plus important pour les femmes dans cette branche est celui d'« aides familiales » (travailleuses non rémunérées) : 54,5 contre 23,1% pour les hommes
- Le secteur de « l'industrie et l'artisanat » occupe la 2<sup>ème</sup> place dans l'activité féminine : La part des femmes actives dans ce secteur est plus importante que celle des hommes : 17,6% contre 11,5%. Le taux de féminisation est de 36%. En milieu urbain, le secteur occupe la première place dans l'activité féminine : 35,9% (contre 19% pour les hommes). La part des salariées est la plus importante (32,2%) alors que celle des femmes employeurs demeure très faible (0,42% contre 3,1% pour les hommes). La majorité de ces salariées travaillent dans les branches textile et agro-alimentaire. La part des femmes travaillant pour leur propre compte (11,4% contre 30,3% pour les hommes) et celles des apprenties non déclarées sont relativement importantes à cause des activités

---

- Sexe, genre et société, sous la direction de Ayesha.M .IMAN, Amina Mama et Fatou sow, Edition Codesria- Karthala. 2004.

artisanales classées dans ce secteur où les femmes travaillent à domicile (couture, broderie, tapisserie...)

- Le secteur des services occupe la 3<sup>ème</sup> place dans l'activité féminine : Cette branche d'activité regroupe 15,6% des femmes actives occupées contre (11%) pour les hommes. Le taux de féminisation est de 34,7%. Cette importance s'explique par la forte présence des femmes dans le secteur de l'éducation et par le travail salarié de nombreuses femmes dans les services « domestiques et personnels » (petites bonnes et femmes de ménage). Les femmes salariées dans ce secteur sont aussi nombreuses que celles travaillant dans le secteur industriel.
- l'administration générale occupe la 4<sup>ème</sup> place dans l'activité féminine : Ce secteur occupe 3,3% des femmes actives occupées contre 5,5% pour les hommes. Le taux de féminisation est de 18,1%. Les femmes sont surtout présentes dans les basses échelles.
- la très faible présence des femmes dans les autres branches : Dans le secteur commercial, les transports et communication, les BTP et réparation, les taux de féminisation sont insignifiants : 7,8% dans le commerce, 6,3% dans les transports et communications, 1,0% dans les BTP et 0,8% dans la réparation.

De manière générale, Les femmes sont plus menacées par la pauvreté, la vulnérabilité et l'exclusion sociale car elles connaissent encore d'importantes discriminations<sup>37</sup>: Les femmes actives sont concentrées dans les secteurs informels et précaires : main d'œuvre non rémunérée dans l'agriculture, main d'œuvre salariée souvent saisonnière dans les industries traditionnelles- textile et agro alimentaire-, travail à domicile et travail domestique

Le secteur industriel est le premier pourvoyeur d'emploi féminin en milieu urbain. Celles ci sont concentrées dans deux branches d'activité principales appelées à devenir plus compétitives: industrie textile (68%) et industries agro- alimentaires (16%) comme on va le constater ci dessous. Le travail présenté ici a porté sur

---

<sup>37</sup> Nouzha Lamrani : - Bilan : Femmes, Travail, Formation au Maroc. Collectif Maghreb Egalité 1994

- Emploi et formation des femmes dans le secteur des Pêches maritimes. Rapport pour SEAFOOD 1999
- Pauvreté au féminin: Bulletin Economique et Social du Maroc Rapport du Social 2002. Editions OKAD 2002

l'industrie « textile habillement ». La branche « industrie agro alimentaire a fait l'objet d'un autre travail avec la même méthodologie que le travail présenté dans ce cadre.<sup>38</sup>

## **II - Importance de l'emploi féminin dans le secteur « textile – habillement » :**

Le type d'emploi qui sera retenu dans le cadre de cette étude est l'emploi dans le secteur formel, c'est-à-dire la part des salariés travaillant dans cette branche et qui sont les seuls à être pris en considération par les enquêtes du Ministère du commerce et de l'industrie. Le secteur informel assure la part la plus importante de l'emploi avec une prédominance de l'emploi informel et du travail féminin à domicile<sup>39</sup>, mais sa prise en considération nécessite de nombreuses estimations ne pouvant être réalisées dans le cadre de cette étude.

### *1) Importance de l'emploi dans le secteur textile habillement (TH)*

Au Maroc le secteur textile habillement joue un rôle économique et social très important : En 2003, ce secteur représente 22% du nombre total d'entreprises, réalise 12% des ventes dans le secteur industriel, produit 13,6% du total de la production industrielle, participe à 34% des exportations industrielles et emploie 42% des effectifs dans le secteur. (Tableau : Grandeurs économiques par branche, annexe I p 11 ). Le secteur textile habillement est donc le secteur le plus pourvoyeur d'emplois dans les industries de transformation au Maroc.

La branche d'activité « industrie d'habillement et fourrures » est la plus utilisatrice de main d'œuvre (81% du total textile habillement).

### *2) Prépondérance de la main d'œuvre féminine*

La discrimination de genre prend souvent la forme d'une ségrégation, avec une concentration de femmes dans les emplois peu rémunérés, non qualifiés et des écarts de salaire défavorables<sup>40</sup>. Cette affirmation est valable dans le secteur textile –habillement. La féminisation de la main d'œuvre dans ce secteur est un fait historique à l'échelle nationale et internationale. Au Maroc la nécessité

---

<sup>38</sup> Etude coordonnée par Afifa Hakam et Nouzha Lamrani, GREGED : Genre et prise de décision dans la vie économique-Etude de cas dans l'industrie agro alimentaire au Maroc Juillet 2005

<sup>39</sup> Saâd Belghazi : Mise à niveau et compétitivité du secteur Textile-Habillement : l'importance d'une approche durable fondée sur le travail décent et l'efficacité économique. Working Paper , Département de l'intégration des politiques , groupe des politiques nationales, BIT, Genève, 2005.

<sup>40</sup> - Anker, R : Theories of occupational segregation by sex :an overview, International Labour Review, Vol.136, Numéro 3, 1997

- Birdall, N et R. Sabot : unfair advantage : labour market discrimination in developing countries, World Bank, 1991

économique (moyens pour contribuer aux besoins de la famille) et le manque de qualification des femmes (taux d'analphabétisme élevé...) les pousse à travailler dans le secteur textile. Les femmes sont aussi considérées comme étant « plus indiquées » que les hommes pour le travail dans l'industrie textile<sup>41</sup>. « Cette perception se fonde sur la division du travail entre les genres : le travail de filature, celui de tissage et de la couture constituaient par le passé un travail purement féminin et de tels points de vue ont été en grande partie responsables du fait que ces activités ont émergé au sein de l'industrie textile moderne, comme un métier dit féminin ». Les femmes ont toujours été considérées plus douées, plus habiles et possédant des qualités physiques correspondant à ce type de métier. La docilité des femmes constitue une autre raison de l'importance du travail féminin dans ce secteur puisqu'elles acceptent plus facilement toutes les conditions de travail.

Au Maroc les industries TH et cuir absorbent 68% de l'emploi féminin<sup>42</sup> dans le secteur industriel et les femmes occupent 74% des effectifs employés dans le TH.

### **Répartition de l'emploi féminin par secteur- Exercice 2003**

| Secteur          | Ind. agro-alimentaires | Ind. Du textile et du cuir | Ind. Chimique et para chimiques | Ind. Métalliques et mécaniques | Ind. Electriques et électroniques | Total   |
|------------------|------------------------|----------------------------|---------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|---------|
| Effectif féminin | 36 997                 | 158 456                    | 15 126                          | 5 474                          | 16 778                            | 232 831 |
| %                | 16%                    | 68%                        | 7%                              | 2%                             | 7%                                | 100%    |

Source : MCI, enquête 2003

### 3) Une main d'œuvre féminine non qualifiée

Le secteur le moins encadré comparativement à son poids dans l'emploi est celui des industries textile et cuir puisque la part des cadres (cadres administratifs et techniques) ne représente dans ce secteur que 7% de l'effectif total employé (Répartition de l'emploi permanent par catégorie socio-professionnelle)<sup>43</sup>. Les industries du textile et cuir regroupent 53 % des ouvriers qualifiés et manœuvres employés dans tout le secteur industriel alors que dans les autres secteurs cette part

<sup>41</sup> Rahma Bourquia : Genre et emploi dans l'industrie textile marocaine ; occasional Paper 11, novembre 1999, UNRISD

<sup>42</sup> Les données du MCI englobent 3 branches : le textile, l'habillement et fourrures et le cuir. Lorsque les informations disponibles le permettent nous fournissons les données pour les 2 premières branches. Les industries du cuir n'emploient que 7,3% des effectifs du secteur textile habillement et cuir, ce qui est négligeable pour le besoins de l'analyse.

<sup>43</sup> MCI : Enquête 2003

varie entre 7 et 17%. Par branche, l'industrie de l'habillement et fourrures est la plus utilisatrice de cette main d'œuvre avec 164 000 personnes, soit 34% de la main d'œuvre totale et 37 % de l'emploi permanent total suivie de l'industrie alimentaire employant 15% de cette main d'œuvre. Ceci montre que ce sont les femmes dans le secteur industriel qui appartiennent aux plus basses catégories socio professionnelles (80% de l'emploi permanent est féminin dans cette branche).

L'emploi saisonnier est très faible (1,8% du total) et concerne essentiellement les femmes (85,2% des effectifs saisonniers) comme le montre le tableau ci-dessous. Cette situation s'explique par la permanence de l'activité dans le secteur, situation différente du secteur agro-alimentaire où le travail saisonnier est beaucoup plus important.

#### Répartition de l'emploi selon le statut

|   | Effectif permanent | Dont féminin | Effectif saisonnier | Dont féminin | Total effectif | Dont féminin |
|---|--------------------|--------------|---------------------|--------------|----------------|--------------|
| Industrie textile                           | 38 490             | 16 878       | 830                 | 659          | 39 320         | 17 537       |
| Industrie de l'habillement et des fourrures | 163 880            | 131 853      | 2876                | 2451         | 166 756        | 134 304      |
| Total textile habillement                   | 202 370            | 148 731      | 3706                | 3110         | 206 076        | 151 841      |

Source : à partir des données de l'enquête 2003, MC

#### 4) Des conditions de travail défailtantes par rapport à d'autres secteurs

Les études réalisées sur l'emploi féminin au Maroc soulignent le constat de la discrimination salariale à l'égard des femmes<sup>44</sup> mais cette discrimination est relativement faible dans le secteur du TH comme il sera montré par la suite à partir de l'étude de cas réalisée dans le cadre de ce travail. La discrimination s'exprimerait plutôt dans ce secteur par des traitements différenciés, sexospécifiques sur le lieu de travail. La discrimination est ainsi identifiée dans les

<sup>44</sup> - Saad Belghazi : emploi féminin, compétitivité des industries de tapis, de la bonneterie et de la confection, Rapport du CERAB, mai 1996 et Mise à niveau et compétitivité du secteur Textile-Habillement opcit

- Mejjati Alami Rajaa : femmes et marché du travail au Maroc : vulnérabilité et régulations sociales, communications séminaire « marché du travail et genre dans les pays du Maghreb » CNRS-INSEA-DULBEA, 11 et 12 avril 2003

pratiques de travail<sup>45</sup> car les relations hommes-femmes dans la famille et la société sont reproduites dans l'entreprise.

Les salaires sont bas par rapport à d'autres secteurs et l'industrie textile a jusqu'à présent basé sa productivité et sa compétitivité sur l'emploi d'une main d'œuvre féminine recrutée dans les catégories sociales les plus défavorisées et faiblement rémunérée. L'étude réalisée par Saad Belghazi<sup>46</sup> pour le compte du BIT montre que le TH marocain offre des emplois dont une partie importante est caractérisée par des déficits de travail décent et ce principalement dans le secteur informel. L'étude a identifié entre autres des problèmes de non respect des formes légales de recrutement, d'instabilité et de précarité des emplois, de protection sociale insuffisante, des conditions de travail défaillantes ainsi que des pratiques de management et de dialogue social inefficaces. Sur la base des conclusions de cette étude les partenaires sociaux ont établi des recommandations pour la mise en œuvre d'un plan d'action de promotion de travail décent dans le secteur TH marocain.

Les résultats des entretiens réalisés auprès des chefs d'entreprise et des ouvriers (ers) vont permettre de préciser toutes les caractéristiques de l'emploi dans le secteur TH.

### **III - Etude de cas dans 17 entreprises du Textile**

#### *1) Méthodologie :*

Ce travail est basé sur des entretiens réalisés auprès de 17 chefs d'entreprises et 204 employé(es) dont 185 sont de sexe féminin. Il est à préciser que l'échantillon se limite pour certaines questions à 12 entreprises (132 employées) et que les taux de réponse n'atteignent pas 100% pour toutes les questions essentiellement pour celles relatives à la rémunération et aux relations dans l'entreprise. Les entreprises et les employés (es) ont été choisis au hasard pour des raisons strictement financières. Les résultats ne prétendent donc pas être représentatifs de tous les aspects relatifs à la situation socio-économique des femmes dans le secteur textile au Maroc mais confirment certaines données au niveau national et donnent des réponses précises à des questions non soulevées par celles-ci et qui sont importantes quant à l'élaboration de politiques dans ce domaine (âge de travail, niveau d'éducation, niveau des salaires..).

Les entretiens auprès des chefs d'entreprises ont été réalisés sur la base de fiches techniques et ceux des ouvriers à partir d'un questionnaire fermé

---

<sup>45</sup> Rahma Bourquia : Genre et emploi dans l'industrie textile marocaine ;occasional Paper 11, novembre 1999

<sup>46</sup> Saad Belghazi : Mise à niveau et compétitivité du secteur Textile-Habillement, op cit

comprenant 34 questions. Ces entretiens ont été effectués par une équipe d'étudiants de 4ème année sciences économiques de la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales (Rabat –Agdal ) encadrés par nous-mêmes et se sont déroulés à l'extérieur des entreprises pendant les heures de pause. L'exploitation des données a été faite à l'aide du logiciel « Spfinx Plus 2 ».

Les problèmes rencontrés pour la réalisation de ce travail concernent essentiellement la réticence des employeurs pour l'accès à leurs entreprises. Ce n'est qu'après plusieurs contacts (porte à porte, téléphones...) et souvent l'intervention de connaissances que les étudiants ont pu trouver des entreprises voulant les accueillir, et ce malgré une demande officielle de la Faculté. Les ouvrières et ouvriers ont été par contre accueillants, réceptifs et étaient très contents qu'on puisse s'intéresser à leur situation.

## 2) *Caractéristiques des entreprises observées :*

Toutes les entreprises observées se situent dans la zone Rabat Salé Temara sauf 2 (une à Aïn Sebaâ et l'autre dans la zone franche de Tanger). Sur 17 entreprises, 15 travaillent dans le domaine de la confection (fabrication de vêtements). Les domaines d'activité des 2 autres entreprises sont : le tapis et la broderie électronique.

La majorité des entreprises observées sont de très grande taille comme le montre le tableau ci-dessous et travaillent en sous traitance pour l'exportation.

### Taille des entreprises observées :

| Taille           | Nombre d'entreprises |
|------------------|----------------------|
| 60-160 salariés  | 4                    |
| 160-300 salariés | 4                    |
| 300-600 salariés | 7                    |
| Supérieur à 600  | 2                    |
| Total            | 17                   |

En général ce sont des entreprises récentes (12 ont été créés après 1990) dirigées par des hommes (une entreprise sur 17 est dirigée par une femme) relativement jeunes (moyenne d'âge : 54 ans) et qui sont des diplômés du supérieur pour la plupart. L'âge et le niveau d'études du chef d'entreprise peuvent constituer des facteurs de « modernité » pouvant aller dans le sens de bonnes relations avec les ouvrières.

Le taux de féminisation est en moyenne de 80%, taux très proche de la moyenne nationale dans le secteur habillement.

3) Résultats des entretiens avec les ouvrières<sup>47</sup> (Cf graphiques en annexes p 12 à 17) :

**a) Caractéristiques socio-démographiques :**

Sur 204 enquêtés 185 sont des femmes. Les ouvrières sont pour la plupart jeunes (61,5% ont moins de 25ans) et célibataires (et 65,2% de l'échantillon) comme le montrent les graphiques.

Elles ont commencé à travailler jeunes : 43% ont commencé leur premier travail entre 15 et 18 ans et 42% entre 18 et 21 ans. L'âge et le statut matrimonial sont les 2 principaux facteurs qui déterminent le recrutement : dans le secteur la préférence est donnée aux femmes jeunes et célibataires. Ces 2 facteurs « opèrent comme des facteurs discriminatoires au moment du recrutement et la production des entreprises repose sur une main d'œuvre féminine jeune et célibataire dont les exigences sont moindres par rapport à celles des femmes mariées et plus âgées. »<sup>48</sup> Ceci témoigne aussi des conditions très difficiles dans lesquelles se trouvent les ouvrières au moment de l'embauche : obligation de quitter l'école pour pourvoir aux besoins de la famille. Souvent les jeunes filles plus que les jeunes garçons sont « plus sensibles » à la situation de leur famille. La plupart d'entre elles vivent dans les quartiers pauvres des villes : 76,5% sont nées en milieu urbain.

**b) Niveau d'éducation**

La moitié des ouvrières a le niveau du secondaire (collège ou lycée). Celles ayant un niveau du primaire représentent une part relativement importante : 36,9%. Les analphabètes sont très peu nombreuses (6,4%) de l'échantillon. Ceci confirme les résultats obtenus ci-dessus : les ouvrières quittent l'école pour des contraintes familiales. Plus des trois quarts d'entre elles n'ont pas reçu de formation professionnelle (78,9%) ni à l'usine ni avant d'y accéder, ce qui montre qu'elles ont appris le travail sur le tas. La formation professionnelle et les diplômes ne sont pas pris en considération dans les pratiques de recrutement. Comme l'a si bien souligné Mme Rahma Bourquia, l'apprentissage et la formation sur le tas constituent un moyen de retarder le moment d'attribuer aux employés le salaire minimum statutaire et ceci a été confirmé par plusieurs ouvrières lors des entretiens.

---

<sup>47</sup> Les entretiens ont été réalisés pour les femmes et les hommes mais comme la proportion des hommes est insignifiante, nous avons opté pour plus de facilité dans la rédaction pour « ouvrières » ou « employées » ou « salariées ».

<sup>48</sup> Rahama Bourquia : Genre et emploi dans l'industrie textile marocaine op.cit p 12 et 13

*c) Statut socio-professionnel*

Malgré la grande taille des entreprises observées ainsi que leur type « moderne » (travaillant pour l'exportation et ayant pour la plupart des chefs d'entreprises diplômés et relativement jeunes), celles-ci ont des pratiques datant d'une autre époque. Plusieurs résultats des entretiens le confirment :

- elles n'ont pas recours pour la plupart d'entre elles aux intermédiaires officiels pour le recrutement. Le contact direct, pratique « traditionnelle » et pouvant être discriminatoire reste privilégié (73,5% des salariés).
- la majorité des salariés n'ont pas de contrat de travail écrit (63,2%). Celles qui ont un contrat de travail (36,8%) sont pour la plupart des nouvelles salariées contrairement à ce que l'on pourrait penser et ceci est dû aux contrôles effectués ces dernières années par les autorités publiques pour exiger l'application de la loi en matière de normalisation de contrat de travail.
- L'ancienneté n'est pas un facteur de promotion et la majorité des ouvrières enquêtées occupent le même poste qu'au moment du recrutement
- La majorité des ouvrières occupent des postes subalternes alors que les hommes même si ils sont très peu nombreux dans les entreprises occupent en général tous des postes de responsabilité (chef d'équipe, chef d'atelier ou chef du personnel). Malgré donc leur savoir faire ainsi que leur ancienneté les femmes dans l'entreprise n'accèdent pas aux postes de responsabilité et leur statut est précaire sans évolution. Les conditions de rémunération reflètent la précarité de ce statut

*d) Conditions de rémunération*

- *niveau des salaires* : l'application du salaire minimum garanti n'est pas encore la règle : parmi les 204 salariés 31,9% ont un salaire au dessous du SMIG. C'est une part relativement importante et ne doit pas concerner seulement les stagiaires (période d'essai). C'est en général un salaire mensuel (90,2%) payé pour 8 à 10 heures de travail par jour durant 6 jours par semaine. Les heures supplémentaires ne font pas en général l'objet d'un taux majoré : 66,9% des salariées sur 133 enquêtés travaillent au taux normal, 31,6% à un taux majoré et deux salariés déclarent ne pas être payées. Plus de la moitié de l'échantillon ne bénéficie pas de primes (53,4%) et pour celles qui en bénéficient, ce sont essentiellement des primes de rendement

- **repos hebdomadaire et congés annuels** : la majorité des ouvriers dispose d'un seul jour de repos par semaine (66,7%) , 18,2% dispose de 2 jours et 15,2%(20 sur 132 enquêtées) ne disposent d'aucun jour de repos. La plupart des ouvrières bénéficie d'un congé annuel (89,2%) de 20 jours en général répartis en 2 périodes.

- **CNSS et assurance contre accidents de travail** : la majorité des ouvrières en bénéficient : 82,4% pour la CNSS et 73,5% pour les accidents de travail parmi 204 salariés.

- la majorité des employées ne bénéficie pas de **transport** assuré par l'entreprise. En général elles se déplacent à pied ou en autobus. La distance entre leur lieu d'habitation et le lieu de travail ne dépasse pas en général 10 km.

Si les conditions de rémunération sont en général conformes à la loi pour la plupart des employés, il reste toutefois une partie relativement importante de ceux ci ne bénéficiant pas de ces conditions. Comme elles ne sont pas syndiquées pour la plupart (80,4%) le problème demeure entier quant à l'avenir de ces dernières.

#### *e) Participation au budget familial*

Comme nous l'avons déjà souligné la situation socio-économique des ouvrières se caractérise par la faiblesse des revenus de leurs familles et la plupart des jeunes filles ont été poussées par leurs parents à chercher un emploi pour les aider à subvenir leurs besoins quotidiens. Toutes les employées contribuent au budget familial selon la répartition suivante :

Ainsi 60% d'entre elles contribuent pour une part variant entre 50 et 100%. Les plus jeunes contribuent pour presque 100% de leur salaire aux dépenses familiales alors que les plus âgées gardent pour elles et clandestinement une partie de leur salaire pour l'achat de vêtements ou des bijoux.

*« Quand j'ai commencé à travailler ici, j'ai participé dans les dépenses de la famille par la totalité de mon salaire, après j'ai appris à garder pour moi une partie de plus en plus grande sans que mes parents le sachent ».*

#### *f) Perceptions des employées sur le travail et les relations dans le travail*

A la question « est ce que les conditions de travail sont favorables » plus de la moitié ont répondu « non » (53,9%). Une grande partie des ouvrières pense faire l'objet d'une « discrimination » quant à leurs rémunérations et à leurs relations avec le « supérieur immédiat ». Nous supposons que le comportement des « supérieurs immédiats » (chef d'équipe ou d'atelier) est autoritaire et non respectueux vis-à-vis des ouvrières. Cette hypothèse a été vérifiée dans les travaux

de Rahma Bourquia et Saad Belghazi. En effet, les relations de genre dans la famille se reproduisent dans l'entreprise.

#### **IV -Conclusions et recommandations**

L'analyse des données nationales sur l'emploi des femmes dans le secteur textile habillement ainsi que les résultats obtenus par entretiens auprès de 204 employés dans le secteur montre :

- le secteur TH au Maroc est le plus grand employeur dans l'industrie et les effectifs employés sont pour la plupart de sexe féminin (taux de féminisation : 75 à 80%)
- les femmes dans ce secteur sont pour la plupart jeunes, célibataires et travaillent pour contribuer aux besoins quotidiens de leurs familles
- les femmes employées dans le secteur sont en général peu qualifiées, n'ayant pas reçu de formation, et n'ayant aucune responsabilité au niveau de l'entreprise
- une proportion relativement importante de cette main d'œuvre travaille dans des mauvaises conditions (contrat de travail écrit inexistant, salaire inférieur au SMIG, heures supplémentaires non rémunérées au taux majoré...)
- les relations de genre dans la famille sont reproduites dans l'entreprise. Les pratiques observées par les responsables dans les entreprises touchent à la dignité des femmes.

Dans un tel contexte le développement et la compétitivité du secteur TH ne peut se réaliser que si les conditions sociales sont prises en considération. C'est dans cette optique que les partenaires sociaux au Maroc (associations des employeurs, syndicats et gouvernement) et le BIT ont convenu d'initier un programme pilote de « promotion du travail décent » dans la filière TH<sup>49</sup>. Ce programme est une composante d'un programme plus large qui est actif dans sept pays : Bangladesh, Bahrein, Danemark, Ghana, Maroc, Panama, Philippines.

Sous l'influence de nombreux groupes de pression, les consommateurs s'intéressent de plus en plus aux conditions dans lesquelles les vêtements qu'ils achètent ont été fabriqués. Le programme veut démontrer que la promotion du travail décent n'est pas seulement un objectif social, mais une approche du développement que les conditions actuelles de compétition sur le marché mondial rendent de plus en plus inéluctable.

---

<sup>49</sup> Site du BIT : un programme pilote pour promouvoir le travail décent dans le secteur textile habillement au Maroc, Janvier 2005

### **1) Recommandations du programme pilote**

Les recommandations principales de ce programme pilote élaborées à partir de l'étude réalisée par Saad Belghazi pour le compte du BIT sont :

- L'association Marocaine des Industries de l'Habillement (AMITH) représentant les employeurs dans le secteur s'est engagée dans le cadre du contrat programme du 27 août 2002 associant tous les partenaires à :
  - réaliser un plan de formation par l'apprentissage au profit de 30 000 apprentis sur la période de 2002-2010 et accompagner l'effort de l'Office de la Formation Professionnelle et de la Promotion du Travail (OFPPT) pour la formation de 45 000 lauréats durant la même période
  - assurer une alphabétisation fonctionnelle pour 50000 personnes entre 2002 et 2010
  - favoriser la motivation du personnel par des mesures d'incitation
  - sensibiliser les membres de l'AMITH aux normes d'hygiène, de sécurité et de santé de travail
- Les autres pistes d'action proposées dans le cadre de l'étude :
- mise en place d'indicateurs de mesure et de suivi des progrès en matière de travail décent et les moyens d'un dialogue social efficace
  - revalorisation du travail dans le secteur informel et notamment le travail artisanal et le travail à domicile
  - actions spécifiques liées à la dimension genre
  - valorisation des ressources humaines : alphabétisation, système de récompense pour les progrès réalisés...

### **2) Autres recommandations proposées sur la base de l'étude de cas réalisée dans le cadre de ce travail**

- réaliser une enquête nationale officielle représentative sur les conditions de travail dans le secteur TH
- prendre des mesures pour que les entreprises fassent appel à des intermédiaires officiels pour le recrutement et que les diplômés de l'OFPPT s'inscrivent à l'Agence Nationale Pour l'Emploi et les Compétences (ANAPEC)
- inciter les entreprises à recruter des diplômés

- réaliser des inspections de travail régulières pour respecter la législation du travail dans plusieurs domaines (contrats de travail, SMIG, heures supplémentaires, harcèlement sexuel, statut égal à compétence égale...) et prendre des sanctions si cela est nécessaire
- prendre des mesures pour encourager le dialogue au sein de l'entreprise entre représentants des entreprises, des autorités et des représentants des ouvriers et ouvrières
- encourager les entreprises à assurer le transport du personnel et l'ouverture de cantines, salles d'allaitement, crèches...dans les entreprises
- inciter les entreprises à adopter un quota pour une formation continue durant des horaires flexibles pour les employés
- sensibiliser les chefs d'entreprises et tous les responsables dans les ateliers aux principes d'égalité hommes-femmes afin que les comportements d'autorité et de non respect vis-à-vis des salariés puissent progressivement changer
- encourager la création d'associations de femmes dans le secteur TH qui offriraient un cadre plus adéquat que les syndicats pour les revendications des femmes.

## ANNEXES

### I - Grandeurs économiques du secteur TH

Secteur « industrie textile et cuir » Valeurs en millions de dirhams

| Branche                              | Nombre d'entreprises | Chiffre d'affaires | Exportation | Production | Investissement | Valeur ajoutée | Effectif employé |                       |
|--------------------------------------|----------------------|--------------------|-------------|------------|----------------|----------------|------------------|-----------------------|
|                                      |                      |                    |             |            |                |                | <b>Total</b>     | <b>en % industrie</b> |
| Industrie textile                    | 623                  | 9233               | 2889        | 9306       | 881            | 2871           | 39 320           | 8                     |
| Industrie d'habillement et fourrures | 1085                 | 14 964             | 13 539      | 14908      | 692            | 6628           | 166756           | 34                    |
| Industrie du cuir et de la chaussure | 339                  | 2233               | 1227        | 2243       | 100            | 817            | 16386            | 3                     |
| Total « textile et cuir »            | 2047                 | 26430              | 17655       | 26457      | 1673           | 10316          | 222 462          | 45                    |
| Total industrie                      | 7714                 | 198715             | 48391       | 178361     | 11172          | 56366          | 492748           |                       |

Source : à partir des données sur les Grandeurs économiques par branche, enquête annuelle sur les industries de transformation- Département du commerce et de l'Industrie Exercice 2003

## II - Résultats questionnaires

204 observations

questionnaire ouvrières

1

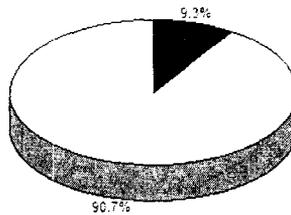
### 1. sexe

Taux de réponse : 100.0%

'femme' (185 observations)

2 valeurs différentes

|       |     |        |
|-------|-----|--------|
| homme | 19  | 9.3%   |
| femme | 185 | 90.7%  |
| Total | 204 | 100.0% |



### 2. classes d'âge

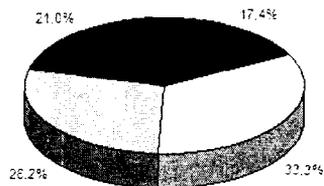
Taux de réponse : 95,6%

'20-25' (65 observations)

4 valeurs différentes

Moyenne = 2,53 (25-30)

|       |     |        |
|-------|-----|--------|
| 15-20 | 34  | 17.4%  |
| 20-25 | 65  | 33.3%  |
| 25-30 | 55  | 28.2%  |
| 30+   | 41  | 21.0%  |
| Total | 195 | 100.0% |



204 observations

questionnaire ouvrières

2

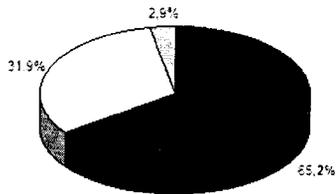
3. situation familiale

Taux de réponse : 100,0%

'célibataire' (133 observations);

3 valeurs différentes

|             |     |        |
|-------------|-----|--------|
| célibataire | 133 | 65,2%  |
| marlée      | 66  | 31,9%  |
| divorcé     | 6   | 2,9%   |
| veuve       | 0   | 0,0%   |
| Total       | 204 | 100,0% |



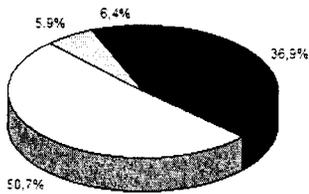
4. niveau d'étude

Taux de réponse : 99,5%

'secondaire' (103 observations);

4 valeurs différentes

|             |     |        |
|-------------|-----|--------|
| primaire    | 75  | 36,9%  |
| secondaire  | 103 | 50,7%  |
| supérieures | 12  | 5,9%   |
| aucune      | 13  | 6,4%   |
| Total       | 203 | 100,0% |



204 observations

questionnaire ouvrières

4

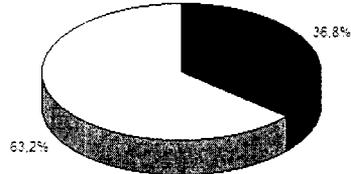
8. avez vous un contrat de travail

Taux de réponse : 100,0%

'non' (129 observations):

2 valeurs différentes

|       |     |        |
|-------|-----|--------|
| oui   | 75  | 36,8%  |
| non   | 129 | 63,2%  |
| Total | 204 | 100,0% |



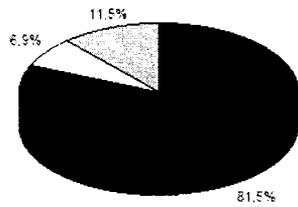
9. type de contrat

Taux de réponse : 63,7%

'permanant' (106 observations):

3 valeurs différentes

|             |     |        |
|-------------|-----|--------|
| permanant   | 106 | 81,5%  |
| saisonnier  | 9   | 6,9%   |
| interimaire | 15  | 11,5%  |
| Total       | 130 | 100,0% |



*Genre et travail dans le secteur industriel au maroc.  
étude de cas dans l'industrie textile*

204 observations

**questionnaire ouvrières**

5

**14. statut occupé au départ**

Taux de réponse : 65,2%

'ouvrière' (123 observations)

4 valeurs différentes

|                |     |        |
|----------------|-----|--------|
| ouvrière       | 123 | 92,5%  |
| chef d'équipe  | 4   | 3,0%   |
| chef d'atelier | 2   | 1,5%   |
| autre          | 4   | 3,0%   |
| Total          | 133 | 100,0% |



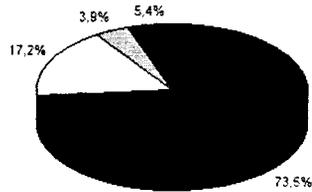
**15. statut occupé actuellement**

Taux de réponse : 100,0%

'ouvrière' (150 observations)

4 valeurs différentes

|                |     |        |
|----------------|-----|--------|
| ouvrière       | 150 | 73,6%  |
| chef d'équipe  | 35  | 17,2%  |
| chef d'atelier | 8   | 3,9%   |
| autre          | 11  | 5,4%   |
| Total          | 204 | 100,0% |



204 observations

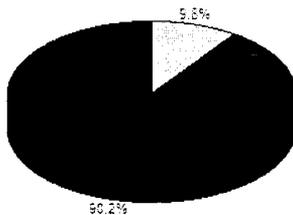
questionnaire ouvrières

7

16. si c'est au temps c'est par

Taux de réponse : 100.0%  
 'mois' : 184 observations ;  
 2 valeurs différentes

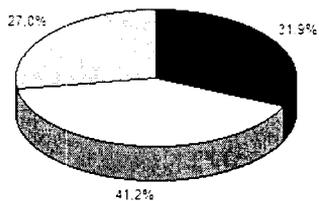
|           |     |        |
|-----------|-----|--------|
| journee   | 0   | 0.0%   |
| semaine   | 0   | 0.0%   |
| quinzaine | 20  | 9.8%   |
| mois      | 184 | 90.2%  |
| Total     | 204 | 100.0% |



15. niveau d salaire

Taux de réponse : 100.0%  
 'au SMIG' : 84 observations ;  
 3 valeurs différentes

|                    |     |        |
|--------------------|-----|--------|
| au dessous de SMIG | 65  | 31.9%  |
| au SMIG            | 84  | 41.2%  |
| au dessus de SMIG  | 55  | 27.0%  |
| Total              | 204 | 100.0% |



204 observations

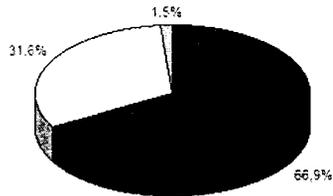
**questionnaire ouvrières**

8

**17. rémunération des heures supplémentaires**

Taux de réponse : 65,2%  
 'au taux normal' (89 observations)  
 3 valeurs différentes

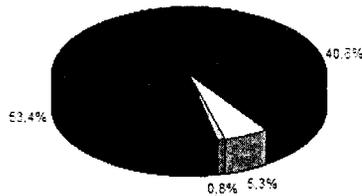
|                |            |               |
|----------------|------------|---------------|
| au taux normal | 89         | 66,9%         |
| au taux majoré | 42         | 31,6%         |
| non payé       | 2          | 1,5%          |
| <b>Total</b>   | <b>133</b> | <b>100,0%</b> |



**18. primes**

Taux de réponse : 65,2%  
 'aucune' (71 observations)  
 4 valeurs différentes

|              |            |               |
|--------------|------------|---------------|
| rendement    | 54         | 40,6%         |
| ancienneté   | 7          | 5,3%          |
| fêtes        | 1          | 0,8%          |
| aucune       | 71         | 53,4%         |
| <b>Total</b> | <b>133</b> | <b>100,0%</b> |



## **Bibliographie**

Anker, R : Theories of occupational segregation by sex :an overview, International Labour Review, Vol. 136, Numéro 3, 1997

Birdall, N et R. Sabot : un fair advantage : labour market discrimination in developing countries, World Bank, 1991

Belghazi Saad: Mise à niveau et compétitivité du secteur Textile-Habillement : l'importance d'une approche durable fondée sur le travail décent et l'efficacité économique. Working Paper , Département de l'intégration des politiques , groupe des politiques nationales, BIT, Genève, 2005.

Belghazi Saad : emploi féminin, compétitivité des industries de tapis, de la bonneterie et de la confection, Rapport du CERAB, et Mise à niveau et compétitivité du secteur Textile-Habillement, mai 1996

Bourquia Rahma: Genre et emploi dans l'industrie textile marocaine ; occasional Paper 11, novembre 1999, UNRISD

Conseil Canadien pour la Coopération Internationale : un autre genre de développement, un guide pratique pour les rapports femmes hommes dans le développement, Ottawa, 1991.

Collectif d'auteurs dirigé par Jeanne Bissiliat et Christine Vershuur: le genre : un outil nécessaire Introduction à une problématique Cahiers genre et développement Numéro 1, 2000 L'Harmattan

Collectif d'auteurs : Sexe et genre, de la hiérarchie entre les sexes. Coordonné par Marie Claude Hurtig, Michel Kail et Hélène Rouch. CNRS Editions 2003

Collectif d'auteurs : Sexe, genre et société, sous la direction de Ayesha.M .IMAN, Amina Mama et Fatou Sow, Edition Codesria- Karthala. 2004.

Fatou Sarr : recensement des outils de formation en genre, UNIFEM-Ambassade Royale des Pays bas, Octobre 1999

Hakam Afifa et Lamrani Nouzha : Genre et prise de décision dans la vie économique-Etude de cas dans l'industrie agro alimentaire au Maroc Juillet 2005

HCP : Direction de la Statistique : Enquête « activité, emploi et chômage » 2003

Lamrani Nouzha:

- Bilan : Femmes, Travail, Formation au Maroc. Collectif Maghreb Egalité 1994
- Emploi et formation des femmes dans le secteur des Pêches maritimes. Rapport pour SEAFOOD 1999
- Pauvreté au féminin: Bulletin Economique et Social du Maroc Rapport du Social 2002. Editions OKAD 2002
- Rapport Introductif in actes du Colloque organisé par le GREGED : comprendre les inégalités hommes-femmes : l'approche genre –théorie et pratiques – GREGED- Université Mohammed V- FSJES Agdal Rabat 2005

MCI : Enquête 2003

Mejjati Alami Rajaa : femmes et marché du travail au Maroc : vulnérabilité et régulations sociales, communications séminaire « marché du travail et genre dans les pays du Maghreb » CNRS-INSEA-DULBEA, 11 et 12 avril 2003

Site du BIT : un programme pilote pour promouvoir le travail décent dans le secteur textile habillement au Maroc, Janvier 2005

Site du Ministère du Commerce et de l'Industrie

# **LE MANAGEMENT DES ORGANISATIONS VIRTUELLES : CONSCIENCE COLLECTIVE - E-LEADERSHIP – COMPETENCE- CREATIVITE**

*Taoufiq YAHYAOUI\**

De nouvelles formes d'organisation sont mises en place pour assurer une réponse rapide et de haute qualité aux besoins des clients. Issus de pays différents et faisant partie d'entreprises différentes, les membres de ces organisations communiquent, collaborent et coordonnent leurs efforts lors de la réalisation de leurs projets communs grâce aux technologies de l'information et de la communication.

Ces organisations dites virtuelles doivent développer une conscience collective et comprendre les phénomènes d'E-leadership qui émergent. On examinera le processus de créativité dans ce type d'organisations, lorsqu'elles ont à faire émerger de nouvelles idées ou à développer des produits innovants. Nous présenterons, le concept de conscience collective qui tente de répondre à ces difficultés. Les nouveaux paramètres liés aux contextes virtuels introduisent des changements importants sur le concept de leadership. Nous tenterons de relier les différents rôles et les différentes fonctions d'un E-leader, en particulier dans le management par la confiance. Nous ferons émerger les phases du processus de créativité animé par leadership.

Mots clés : Organisations virtuelles, confiance, conscience collective, E-leader, créativité.

---

\* Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales - Université Mohammed V Agdal Rabat.

## **Introduction**

Pour répondre aux attentes globales et exigeantes des clients, les structures organisationnelles changent pour assurer une meilleure flexibilité. Les entreprises s'étendent et se mettent en réseaux pour maîtriser entre autre, coût, qualité et délais. De nouvelles formes d'organisation sont mises en place pour assurer une réponse rapide et de haute qualité aux besoins des clients. Issus de pays différents et faisant partie d'entreprises différentes, les membres de ces organisations communiquent, collaborent et coordonnent leurs efforts lors de la réalisation de leurs projets communs presque exclusivement grâce aux technologies de l'information et de la communication. Plus communément désignées comme des organisations virtuelles, leurs membres doivent développer une conscience collective et comprendre les phénomènes d'E-leadership qui émergent. On examinera le processus de créativité dans ce type d'organisations, lorsqu'elles ont à faire émerger de nouvelles idées ou à développer des produits innovants. La complexité du contexte dans lequel se déroulent la plupart des actions collectives, appelle le développement de compréhensions, d'interprétations, de représentations et de connaissances, partagées par les personnes qui participent à une même action collective. A la complexité des situations de travail collectif s'ajoute une autre complexité relative à la virtualité des échanges. En premier lieu, nous présenterons, le concept de conscience collective qui tente de répondre à ces difficultés. Les nouveaux paramètres liés aux contextes virtuels introduisent des changements importants dans le leadership. Les E-leaders ont à prendre en compte par exemple les distorsions dans les processus de communication, la diversité plus importante des membres, les problèmes technologiques, etc. La confiance devient un facteur essentiel pour assurer la cohésion, la coopération et des comportements citoyens parmi les membres. En second lieu, nous tenterons de relier les différents rôles et les différentes fonctions d'un E-leader, en particulier dans le management par la confiance. Les organisations virtuelles peuvent être impliquées dans de nombreuses tâches : prendre des décisions, partager des pratiques et des connaissances, mené à bien un projet, créer un nouveau produit, etc. Dans ce dernier cas, comment se construisent les processus de création et se développe la créativité ? En troisième lieu, nous ferons émerger les six phases dans le processus de création. Ces phases s'enchaînent, se bouclent et ont des « timings » différents selon le niveau de créativité des organisations virtuelles. Les TIC collaboratives modifient chacune des six phases.

## **I - La conscience de groupe dans les organisations virtuelles**

Dans un contexte de travail interactif et collaboratif, la perception et la compréhension des activités des partenaires sont primordiales pour ajuster sa propre activité dans le but de créer la synergie des compétences et des efforts. Ce besoin n'est pas facile à satisfaire dans un contexte distribué où les TIC sont plus ou moins capables de transmettre toute la richesse des interactions en face-à-face.

Les problèmes que rencontrent les organisations virtuelles sont souvent liés à un manque de visibilité sur les activités et les comportements des membres. Que font les autres membres à un moment donné ? Vont-ils accomplir leurs parts de travail à temps ? Vont-ils prêter attention à la qualité ? Seront-ils disponibles pour travailler à un moment donné ? Quels sont leurs états émotionnels ? ...

Les réponses à ces questions nécessitent un bon « dosage » de conscience collective au sein de l'organisation. La conscience collective joue un rôle important dans la gestion des relations interpersonnelles. Ces relations deviennent de plus en plus virtuelles grâce à la collaboration via les technologies. La conscience collective réduit les efforts requis pour la coordination des tâches et des comportements, et fournit un contexte permettant d'interpréter les expressions et d'anticiper les actions des autres (Gutwin et al. 1996a).

Depuis deux décennies, le concept de conscience collective suscite de multiples recherches dans le domaine de l'interaction homme-machine en se focalisant seulement sur les aspects techniques du développement des outils interactifs, et ignorent les aspects humains, contextuels et les caractéristiques de la tâche. C'est dans ce sens qu'un courant de recherche visant à réconcilier ce domaine et le management des Systèmes d'Information s'est mobilisé. C'est dans cette perspective que notre recherche s'est effectuée, à savoir décrire la construction d'un climat de conscience collective au sein d'une organisation virtuelle. Il s'agit de mesurer l'intensité de la conscience collective dans le temps mais aussi de déterminer l'ensemble des facteurs favorisant cette conscience collective. Comment se construit et évolue le niveau de la conscience collective au sein des organisations virtuelles ?

### **1-1- L'approche bidimensionnelle de la conscience collective**

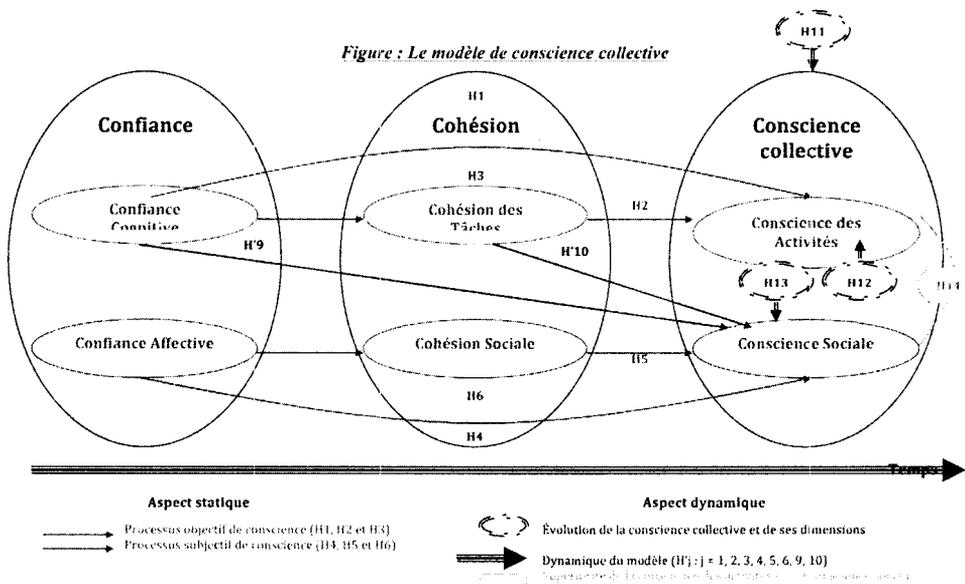
L'approche bidimensionnelle adoptée consiste à distinguer deux zones d'interactions au sein d'une organisation : une zone d'interaction socio-émotionnelle et une zone où l'interaction est centrée autour des tâches à réaliser. Ainsi, deux dimensions de conscience sont considérées. D'une part, la conscience sociale permet de pallier l'incertitude liée aux comportements et aux attitudes des membres d'une équipe virtuelle. D'autre part, la conscience des activités répond aux besoins en ajustement liés à l'incertitude des tâches à réaliser.

### 1-2- La vision dynamique de la conscience collective.

Dans une perspective d'analyse dynamique, le concept de conscience collective est situé par rapport aux cycles de vie des organisations virtuelles. La conscience collective ne se décrète pas, elle se crée tout au long du franchissement des étapes de la maturation de l'organisation. Le niveau de conscience collective grandit au travers de l'affinement des pratiques et de l'expérience. Le temps constitue un facteur essentiel pour comprendre la nature évolutive et la dynamique de la conscience collective et pour saisir son rythme d'évolution au sein des organisations virtuelles.

### 1-3- Le modèle de recherche et les hypothèses confirmées ou infirmées

Aborder le concept de conscience collective a exigé deux étapes mettre en évidence la dualité des processus objectif et subjectif lors de la création de la conscience collective au sein des organisations virtuelles mais aussi souligner l'importance du facteur temps dans la construction d'un climat de conscience collective partagée. La figure suivante présente le modèle.



Les hypothèses étudiées sont résumées dans le tableau suivant.

**Tableau : Récapitulatif des hypothèses du modèle.**

| Aspect statique H <sub>j</sub> |   | Aspect dynamique H' <sub>j</sub>                                 |      |
|--------------------------------|---|--|------|
| N° Hypothèse                   | Libellé   | N° Hypothèse   |      |
| H1                             | La confiance cognitive a un effet positif sur la conscience des activités.  | La dynamique des relations du modèle de la conscience collective | H'1  |
| H2                             | La cohésion des tâches a un effet positif sur la conscience des activités.  |  | H'2  |
| H3                             | La cohésion des tâches « médiate » partiellement l'effet de la confiance cognitive sur la conscience des activités. |  | H'3  |
| H4                             | La confiance affective a un effet positif sur la conscience sociale.  |  | H'4  |
| H5                             | La cohésion sociale a un effet positif sur la conscience sociale.   |  | H'5  |
| H6                             | La cohésion sociale « médiate » partiellement l'effet de la confiance affective sur la conscience sociale.          |  | H'6  |
| H7                             | La confiance affective a un effet positif sur la conscience des activités.  |  | H'7  |
| H8                             | La cohésion sociale a un effet positif sur la conscience des activités.   |  | H'8  |
| H9                             | La confiance cognitive a un effet positif sur la conscience sociale.  |  | H'9  |
| H10                            | La cohésion des tâches a un effet positif sur la conscience sociale.  |  | H'10 |

|  |     |  |
|--|-----|--|
| L'évolution du niveau de la conscience collective et de ses dimensions | H11 | Le niveau de la conscience collective augmente dans le temps.  |
|  | H12 | Le niveau de la conscience des activités augmente dans le temps.   |
|  | H13 | Le niveau de la conscience sociale augmente dans le temps.   |
|  | H14 | Le niveau de la conscience des activités est plus important que celui de la conscience sociale, durant la vie de l'équipe. |

En se référant à Daassi (2006) pour l'examen exhaustif des hypothèses confirmées ou infirmées. La recherche a mis en évidence un effet positif conjugué de la confiance et de la cohésion du groupe sur la conscience collective dans les organisations virtuelles. Elle a vérifié, également, la nature dynamique de développement de la conscience collective.

Notre étude va faire émerger le concept d'E-leadership comme étant un point clé du management des organisations virtuelles.

## **II- Le management par la confiance du E-leader.**

Les nouveaux paramètres du contexte virtuel introduisent des changements considérables sur le leadership. Les e-leaders sont confrontés à de nouveaux défis liés à la distorsion des processus de communication (Kalika, 2007), à la diversité culturelle des membres, aux problèmes technologiques, etc. Ils doivent, de ce fait, intégrer la virtualité dans leurs comportements et fonctions afin d'assurer la gestion de leurs équipes et garantir leurs succès. Ces changements concernent, entre autres, le développement des relations interpersonnelles et plus particulièrement la confiance. Cette variable devient un facteur permettant de résoudre les problèmes liés au contrôle et à la supervision qui deviennent inopérables dans le contexte des organisations virtuelles.

Le paradoxe de la confiance dans les organisations virtuelles pousse les e-leaders à développer de nouveaux mécanismes pour la construire et la gérer. D'un côté, elle est considérée comme un facteur important pour la coopération, la coordination et l'exécution du travail en l'absence des mécanismes de contrôle traditionnels. D'un autre côté, il devient difficile de l'instaurer et de la développer, étant données la dispersion géographique des membres des organisations virtuelles, leur diversité et la durée de vie de l'équipe parfois courte. Le rôle du E-leader dans

la gestion de la confiance est alors mis en relief puisque plusieurs études ont montré que les groupes ayant un leader arrivent à développer un niveau de confiance plus élevé que les groupes autodirigés (Jarvenpaa et al. 1998).

Comment un e-leader arrive-t-il à construire et maintenir la confiance dans les organisations virtuelles ? Nous tentons d'identifier les comportements et les fonctions du E-leadership permettant de gérer la confiance. D'autres interrogations découlant de cette problématique sont importantes à signaler : Quels changements la virtualité introduit-elle sur le travail collectif ? Quelles sont les spécificités de la confiance dans les organisations virtuelles ? Quelles sont les modifications vécues par le leadership dans les organisations virtuelles ? Etant donné les nouveaux paramètres du contexte virtuel, quels mécanismes, comportements et rôles permettent aux e-leaders de gérer la confiance dans leurs équipes ?

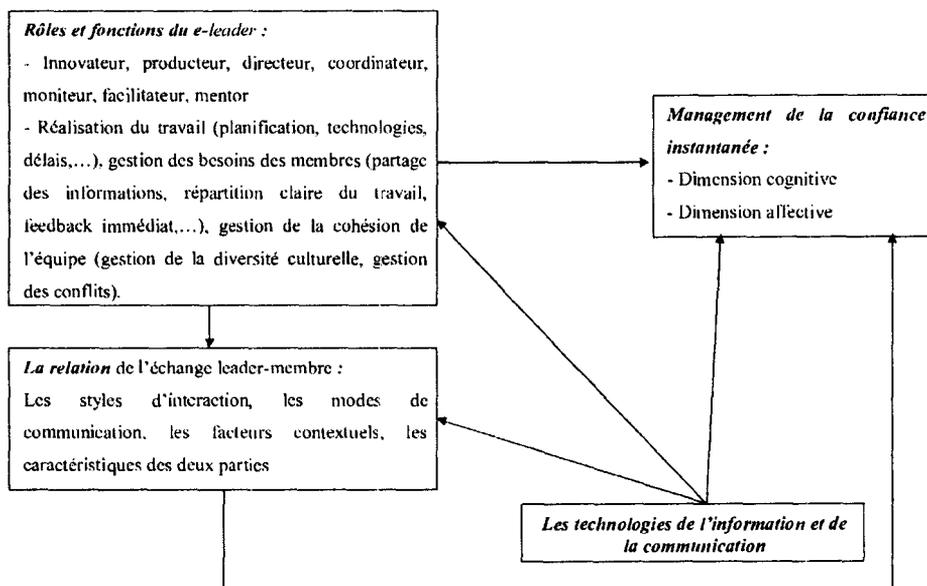
Les e-leaders doivent prendre en considération les spécificités de la confiance dans les organisations virtuelles, confiance qualifiée instantanée (Meyerson et al., 1996). De nouveaux facteurs autres que la proximité physique ou les similarités des membres, deviennent indispensables pour le développement de la « confiance instantanée ». Le E-leader doit favoriser la dimension cognitive de cette forme de confiance pour assurer ses effets sur les autres variables organisationnelles. Meyerson et al. (1996) l'ont qualifié de « forme d'action dépersonnalisée » pour expliquer la prédominance de la dimension cognitive sur la dimension affective. En effet, elle se développe sous l'effet des actions et des réalisations plutôt que les sentiments. C'est en ce sens qu'elle est plus influencée par les interactions focalisées sur le travail, que celles orientées vers les informations personnelles et sociales (Daassi et al. 2006 ; Iacono et Weisband, 1997).

Selon la théorie de la complexité comportementale, validée dans le contexte virtuel (Yoo et Alavi, 2004), le E-leader doit développer un portefeuille de comportements à la fois complémentaires et contradictoires pour assurer la gestion de son équipe et le développement des relations de confiance. L'étude a mis en relief les rôles de prise d'initiative, d'intégration et de direction. D'autres études ont montré que les E-leaders assurent l'accomplissement du travail, la gestion des besoins des membres et la cohésion de l'équipe. Pour ce faire, ils mettent en place des mécanismes de coordination adaptés aux échanges électroniques et à la dispersion des membres, et s'assurent de la disponibilité des outils technologiques et de leur accessibilité par tous les membres ainsi que de leur maîtrise par ces derniers. Ils doivent, également, favoriser les échanges d'informations personnelles pour faciliter la construction d'un contexte social partagé. Ils doivent aussi mettre en place des stratégies de résolution de conflit favorisant la cohésion de l'équipe et la construction de son identité.

Tous ces facteurs se conjuguent pour influencer la relation entre le leader et les membres de son équipe qui, selon la théorie de l'échange leader-membre, est influencée par d'autres variables telles que les styles d'interaction, les modes de communications, les facteurs contextuels et les caractéristiques des deux parties.

Les développements issus de la complexité comportementale, de l'échange leader-membre et de la confiance instantanée ont été mobilisés pour concevoir un modèle du rôle du leader dans la construction et le développement de la confiance dans les équipes virtuelles ( figure suivante).

**Figure : Un modèle du rôle de l'e-leader dans la construction et le développement de la confiance dans les équipes virtuelles**



Le modèle sur la confiance et le leadership dans les organisations virtuelles nous conduisent à considérer que le niveau de confiance est influencé par le style d'interaction, le contenu, les modes et la fréquence de communication. La confiance est plus favorisée par des messages orientés vers le travail que par les messages à orientation personnelle, par l'alternance entre différents moyens de communication variant dans leur richesse et par le maintien d'une fréquence régulière de communication et d'un feedback rapide. Notons que le fait que les membres de l'équipe se connaissent n'a pas d'effet sur le niveau de confiance.

Les leaders des équipes envoient plus de messages que les autres membres. Dans des équipes, les leaders essaient de garder un style dynamique et optimiste et ont des preneurs d'initiatives depuis la constitution de l'équipe jusqu'à l'achèvement du travail final, des coordinateurs, des directeurs et des facilitateurs dans la mesure où ils interviennent pour résoudre les problèmes et les malentendus.

Dans une équipe, le leader est sans subordonné. En effet, malgré ses efforts pour maintenir l'équipe et mettre en place des règles d'organisation du travail dès le début du projet, le E-leader ne trouve pas de réponse de la part des autres membres ; c'est ce qui aurait contribué à la destruction du climat de confiance et d'entente qui règne au départ dans l'équipe. Un résultat intéressant à creuser lors des prochaines étapes sera de vérifier l'importance de l'existence d'un e-leader. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir si seule l'existence d'un e-leader est suffisante pour construire des relations de confiance.

D'autres liens peuvent aussi être analysés concernant les effets du leadership et la gestion de la confiance sur la performance des équipes virtuelles. Cette performance peut être mesurée par plusieurs indicateurs tels que la satisfaction des membres, les processus de réalisation du travail ou encore la créativité dans l'équipe.

### **III - Le processus de création dans une organisation virtuelle.**

La créativité est un élément de plus en plus crucial pour les entreprises d'aujourd'hui. L'accroissement de la concurrence fait de la créativité un facteur déterminant pour la compétitivité, voire la survie de certaines entreprises. Le rythme des changements s'accélère, les entreprises qui persistent à offrir des produits et des services identiques selon des modalités inchangées ne peuvent pas survivre longtemps. En revanche, celles qui se préparent pour l'avenir en introduisant des idées nouvelles en phase avec notre monde changeant ont plus de chance de prospérer (Amabile, 1997).

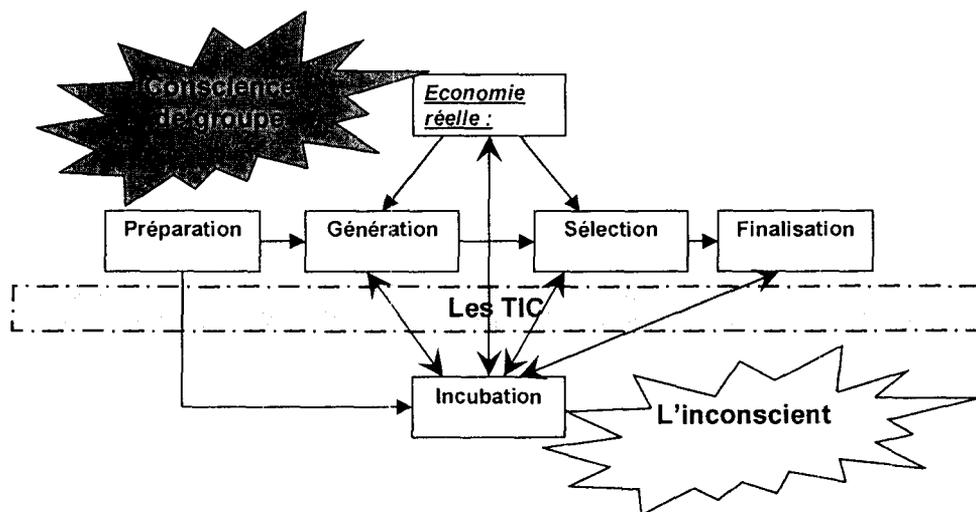
### 3-1-Notion de créativité

La créativité peut être définie comme le processus par lequel un individu, ou un groupe, placé dans une situation donnée, élabore un produit nouveau ou original adapté aux contraintes et à la finalité de la situation (Moscovici, 1984). Elle est l'oeuvre d'un acteur créatif (individu, groupe, organisation) qui au moyen du processus de création fournit un produit créatif en réponse à un micro/macro environnement dans lequel il se trouve (Rhodes, 1961).

A partir d'une étude qualitative, Nemiro (2002) a pu identifier quatre phases dans un processus de création mené par des équipes virtuelles classiques à savoir la génération d'idées, le développement, la finalisation et l'évaluation. Le processus est itératif et les étapes ne sont pas mutuellement exclusives.

Comment favoriser la créativité dans les équipes virtuelles ? Comment dépasser les difficultés dues à ce mode d'organisation ? Cette partie de la communication se propose de comprendre comment se construit le processus de création et se développe la créativité dans des équipes virtuelles. Il détermine ensuite les facteurs qui peuvent favoriser ou inhiber la créativité et ouvre des voies de recherche sur le Conscient et l'Inconscient dans les organisations virtuelles. Un tel processus de création en 6 phases et une suite d'interactions entre 2 sphères : le conscient et l'inconscient .

#### *Les phases du processus de créativité*



### **3-2-Les phases du processus de création dans les organisations virtuelles**

Le processus de création est découpé en six phases (figure ci dessus). Dans un souci de clarté, nous présentons ces différentes phases de manière linéaire. La réalité est plus complexe à cause des itérations et des chevauchements entre les différentes phases.

La première phase dit de préparation est la phase qui marque le début du processus de création. Pendant cette phase les membres des organisations virtuelles décident de se concentrer sur le projet d'élaboration de leur produit. Cette phase débouche généralement sur un planning et un engagement des membres à réfléchir et proposer des idées lors des prochaines rencontres virtuelles.

Une des particularités des équipes virtuelles réside dans la dispersion géographique des membres. La seconde phase d'incubation correspond à celle où des sous-groupes ou des individus travaillent d'une manière séparée et totalement invisible les uns des autres à trouver des idées. Ainsi, des idées émergent de sous-groupes et sont soumis au reste de l'équipe. C'est ce qui marque le début de la troisième phase dite de génération.

Au cours de cette phase les membres exposent leurs idées et brouillons sur le produit à créer. Au fur et à mesure des échanges, un thème central de création voit le jour. C'est la phase suivante d'émanation qui est une phase très brève du processus de création. Au cours de cette phase surgit une idée centrale qui vient organiser et structurer les idées ou les contributions des membres au tour d'un thème centrale.

La phase d'émanation et la phase de génération sont deux phases parallèles et inter-reliées. L'effet structurant de l'émanation est plus important lorsqu'il a lieu au début de la phase de génération. A la fin de celle-ci, les équipes se trouvent en général face à plusieurs produits. Un choix doit avoir lieu lors de la phase de sélection.

Selon le degré de finition du produit sélectionné, des modifications, des révisions et des retouches sont engagées lors de la finalisation par les membres jusqu'à l'obtention du produit final.

### **3-3- Dynamique de la création : la conscience de groupe (le conscient) et l'inconscient**

Le processus de création est une suite d'interactions entre deux sphères : le conscient et l'inconscient.

#### **Le conscient ou la conscience de groupe**

Lors de l'accomplissement d'une tâche collective, la co-présence des individus leur donne la possibilité de percevoir les signaux émis par les membres et de mieux comprendre leurs actions et leurs intentions. Cette connaissance résulte de la perception des signaux émis par les autres participants d'une tâche collective. Dans le cadre des équipes virtuelles, cette conscience se crée et se développe à travers les nouvelles technologies de communication.

#### **L'inconscient**

Selon Jung (1987) « la conscience n'est pas continue... la conscience est intermittente et interrompue ». Une large proportion du processus de création se fait dans la partie inconsciente de l'équipe, par exemple aux niveaux de sous-groupes ou des individus en dehors de leur participation effective au projet. La partie inconsciente renferme les informations, les conversations, les échanges hors de l'espace de travail partagé, qui ont lieu par exemple au niveau des sous-groupes locaux et qui ne sont pas transcrits. C'est ce que font apparaître les techniques d'analyse de contenu de l'espace de travail partagé (des éléments hors du champ formel). C'est la partie dont les membres ne connaissent ou ressentent que plus ou moins l'existence. Cette partie mystérieuse et difficilement accessible se dépose seulement pour partie sur l'espace de travail partagé. Ce sont, également, les réflexions individuelles ou personnelles de chacun des membres.

## **Conclusion**

Ce travail a cherché à montrer la nécessité d'adapter les concepts et les pratiques du management aux nouvelles formes d'organisation. Nous notons l'émergence du E-leadership, puis la conscience de groupe. Même si le champ des organisations virtuelles a déjà beaucoup été étudié toutes ces dernières années, il reste des variables peu ou pas analysées. Les nouvelles technologies d'information et de communication, support des équipes virtuelles, évoluent rapidement et profondément (plus de richesse, une diffusion croissante, des fonctionnalités de plus en plus nombreuses, de la mobilité accrue...). Si l'on croit à un certain déterminisme technologique, cela justifie alors de faire de nouvelles études et analyses suivant les nouvelles technologies collaboratives utilisées.

## **Bibliographie**

- Boukef Charki N., Kalika M.(2006), « La théorie du millefeuille, le rôle du contexte », **Système d'Information et Management**, vol 11, n°4, pp. 1-26.
- Daassi M. (2006), « La conscience collective au sein des équipes virtuelles : déterminants, mesure et nature dynamique », **Thèse de Doctorat en Sciences de Gestion**, EDSG-CERAG – Université Grenoble2.
- Favier M., Coat F., Courbon J.C. et Trahand J. (1998), **Le travail en groupe à l'âge des réseaux**, **Collection Gestion** – Economica.
- Favier M. (2005), « Les Systèmes d'information : la virtualisation du travail et la confiance », 1 chapitre (25 pages) dans **Management européen et mondialisation**, Dunod, pp 119-135.
- Huberman A., M. et Miles, M. (1991), **Analyse des données qualitatifs recueils de nouvelles méthodes**. De Boeck-Wesmael, Bruxelles.
- Jawadi N. (2008), « E-leadership dans les équipes virtuelles », **Thèse de Doctorat Sciences de Gestion**, CREPA – Université Paris Dauphine.
- Jung C. G. (1998), **La réalité de l'âme : structure et dynamique de l'inconscient**, Edition Librairie Générale de France, Paris.
- Kalika M, (2002), « Le défi du e-management », in Kalika M., **Les défis du management**, éditions Liaisons, pp.221-236.
- Kalika et al., (2003), **E-management, quelles transformations pour l'entreprise?**, Liaisons.
- Kalika M. (2006), **Management et TIC : 5 ans de e-management**, éditions Liaisons.
- Kalika M., Romelaer P. (Eds) (2006), **Recherches en Management et Organisation**, Economica,
- Kalika M, (2007), « Du choix des médias au management d'un portefeuille de médias :  
La théorie du millefeuille », in « **Connaissance et management** », **Hommage à Robert Reix**, Dubois P.L., Dupuy Y. (eds.).
- Letaief R. (2007) « Créativité et processus de création dans les équipes virtuelles globales », **Thèse de Doctorat Sciences de Gestion**, EDSG-CERAG – Université Grenoble2.
- Yahyaoui.T (2008), **Clusters et Organisations Virtuelles**, Communication présentée au colloque international à l'Université Ibnou Tofail Kenitra.

إلا أن هذا يطرح أكثر من تساؤل حول مدى توفيق المشرع المغربي في هذا التوجه، ففي الوقت التي يتم فيه منع إيراد شرط الموافقة بأنظمة الشركات المقيدة أسهمها ببورصة القيم، يمكن التساؤل حول الكيفية التي ستتعامل بها هذه الشركات مع هذا التعديل، وفي الوقت الذي هدف المشرع من خلال هذا التعديل تشجيع المدخرين على استثمار أموالهم بالسوق المالية، يمكن التساؤل أيضا عما إذا كان سيكون لهذا التعديل أثر على رغبة بعض الشركات في دخول بورصة القيم وترددها في ذلك مخافة من عدم قدرتها مستقبلا على منع التقويات التي يمكن أن تؤثر على موازين القوى بها، وعلى منع عروض الشراء غير الحبية أو الشرسة.

يرد في النظام الأساسي لشركة مقيدة أسهمها في بورصة القيم يخضع تداول الأسهم لموافقة الشركة."

وحسنا فعل المشرع المغربي عندما نص مباشرة على الجزاء المترتب على إيراد هذا النوع من الشروط بالأنظمة الأساسية لهذا النوع من الشركات، حسما لكل خلاف أو تأويل للأثر المترتب عن إيراد هذا الشرط خلافا للمنع، وتأكيذا للمبدأ المنصوص عليه بقانون 17.95 الذي يفرض أن يتم التصييص على البطلان بنص قانوني.

وخيرا فعل أيضا حينما لم يتبن موقف المشرع الفرنسي على حرفيته، حيث رغم أن هذا الأخير عمد بمقتضى الأمر عدد 604-2004 الصادر بتاريخ 24 يونيو 2004 إلى إلغاء المادة 228.25 من مدونة التجارة التي كانت تتضمن مقتضيات شبيهة بتلك التي كانت تنص عليها المادة 255 المغربية المنسوخة، فإنه لم ينظم مأل شرط الموافقة الذي يمكن أن يضمن بالنظام الأساسي لشركة مسعرة خرقا للمنع المنصوص عليه بالمادة 228.23. وهو ما جعل بعض الفقه ينتقد هذا القصور مؤكدا على أنه لا يمكن اعتبار هذا الشرط باطلا وعديم الأثر على اعتبار أن ذلك يتعين أن يكون بنص القانون وفقا للمادة 235.1 من مدونة التجارة، وأن هذا الشرط عند وجوده سيتم فقط شله بواسطة المنع المنصوص عليه بالمادة 228.23 بغض النظر عن العقوبات التي يمكن اتخاذها في مواجهة هذه الشركة من طرف سلطات السوق المالية<sup>247</sup>.

وبالرغم من أهمية هذا التعديل من الناحية العملية، فإننا نرى أن الكثير من الشركات المسعرة لن تقبل بكل سهولة بإلغاء هذا الشرط لما في ذلك من تأثير مباشر وقوي على تركيبها الداخلية وعلى التوازنات والتوافقات المبنية عليها. وبالتالي سوف يتم البحث عن وسائل جديدة ومبتكرة من طرف هذه الشركات من أجل الالتفاف حول منع هذا الشرط، وتبني تقنيات أخرى كفيلة بتحقيق الأهداف والغايات التي تدافع عنا الأجهزة المسيرة لها.

ينضح إذن أن المشرع المغربي بتبنيه لقانون 20.05 المعدل لقانون 17.95 حاول ما أمكن مجارة بعض التشريعات الغربية وخاصة المشرع الفرنسي فيما يتعلق بإعادة هيكلية شرط الموافقة بشكل يتماشى مع طبيعة شركات المساهمة من جهة، ومع الإكراهات التي تفرضها الوضعية الحالية للسوق المالية من جهة أخرى.

<sup>247</sup> Bruno Dondero, Les clauses art. préc., p. 48....

كما اعتبر البعض أيضا في نفس الإطار أن هذا الشرط لا يكون مقبولا في هذا النوع من الشركات لأنه لا يمكن في آن واحد توجيه الدعوة إلى مجموعة مجهولة من المساهمين المكتتبين ثم ممارسة اختيار بينهم استنادا إلى معايير ذاتية<sup>244</sup>.

وفي هذا الإطار أيضا فرضت Euronext Paris على جميع الشركات الراغبة في التقييد في أسواقها عدم اشتراط هذا الشرط بأنظمتها الأساسية، كما عبرت كل من لجنة عمليات البورصة وسلطة الأسواق المالية الفرنسية عن معارضتها لهذا النوع من الشروط<sup>245</sup>.

ولهذه الاعتبارات تدخل المشرع المغربي بواسطة قانون 26.03 المتعلق بالعروض العمومية في سوق البورصة من أجل التلطيف من إمكانية ورود هذا الشرط في أنظمة الشركات المقيدة بالبورصة، حيث نصت المادة 15 منه على أنه " لا يمكن للمساهمين في شركة مقصودة الاعتراض على المبادر لعرض عمومي بشرط الموافقة المنصوص عليها في المادة 253 من القانون رقم 17.95 المشار إليه أعلاه والمتعلقة بسندات الشركة المذكورة<sup>246</sup>". حيث أصبح شرط الموافقة غير نافذ اتجاه المبادر بتقديم عرض عمومي للشراء.

إلا أن التغيير الجذري جاء بمقتضى القانون رقم 20.05 المعدل والمتمم لقانون 17.95 الذي منع كلية النص على شرط الموافقة في الأنظمة الأساسية للشركات المقيدة أسهمها في بورصة القيم، كما وضع حدا لوضعية شبه شاذة كانت تعرفها بعض هذه الشركات من خلال مواجهتها لكثير من التقييدات التي يرغب في إجرائها بعض مساهميها بالرفض. حيث تم نسخ أحكام المادة 255 من قانون 17.95 وتعويضها بالمادة 255 الجديدة التي نصت على أنه "يعد باطلا كل شرط

**Yves Guyon**, Droits et obligations attachés à l'action, Clauses d'agrément et de préemption dans les sociétés anonymes. JC soc Fasc 97B n° 77, 1980. p 3.

**I.Pascual**, La prise en consideration de la personne physique dans le droit des sociétés. RTDcom.(51) 2. Avr-juin 1998, p 311.

**Yves Guyon**, Droits et obligations attachés à l'action, Clauses d'agrément. Art. préc. P 4.

**Bruno Dondero**, Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions. art. préc., p.

<sup>246</sup> يتعلق الأمر بالظهير الشريف رقم 1.04.21 الصادر في فاتح ربيع الأول 1425 (21 أبريل 2004) بتنفيذ القانون رقم 26.03 المتعلق بالعروض العمومية في سوق البورصة، والمنشور ج ر عدد 5207 الصادرة في 6 ربيع الأول 1425 الموافق ل 26 أبريل 2004، ص 1857.

ونعتقد أن أمر إسناد الاختصاص للشركة دون تحديد<sup>238</sup>، فيه منح لبعض الحرية للأنظمة الأساسية للشركات<sup>239</sup> في تحديد الجهة التي تراها أكثر قدرة وكفاءة على تقدير مصلحة الشركة وبما ستجنيه أو ستخسره من الموافقة على التفويت أو رفضه، وبالتالي يبقى لهذه الأنظمة صلاحية إسناد هذا الاختصاص إما للمجلس الإداري أو لمجلس الإدارة الجماعية أو لمجلس الرقابة أو للجمعية العامة العادية أو للجمعية العامة غير العادية بحسب نوعية هذه الشركة وطبيعة تكوينها وعدد المساهمين فيها والغايات المرجوة من كل عملية تفويت على حدة، كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يسند النظام الأساسي للشركة الاختصاص لعدة جهات بحسب قيمة وحجم عملية التفويت بحيث متى كان عدد الأسهم قليلا يمكن أن يسند الاختصاص للمجلس الإداري في حين يكون ضروريا تدخل الجمعية العامة العادية أو غير العادية من أجل الموافقة على عمليات التفويت المهمة والتي من شأنها التأثير على موازين السلطة داخل الشركة.

## 2- إلغاء شرط الموافقة في الشركات المسعرة بالبورصة

لم يكن القبول بوجود مثل هذا الشرط بالشركات المقيدة بالبورصة، يلاقي تأييدا سواء من طرف الفقه أو من طرف الأجهزة المكلفة بتسيير السوق المالية، حيث اعتبر بعض هؤلاء أن ذلك يشكل "خطأ ما كان ينبغي أن يقع لأنه يتنافى مع طبيعة ومرونة هذا السوق ويؤثر سلبا في الاستثمارات وانتقال الأسهم في سوق يتميز بحساسية كبرى<sup>240</sup>." وأنه يتعين على الشركة أن تختار بين الانفتاح أو الانغلاق، وأن التقييد ببورصة القيم إنما يعتبر تنازلا منها على كل قيد أو شرط للمشاركة في رأسمالها<sup>241</sup>، كما أنه غير منسجم مع إكراهات السوق المالية<sup>242</sup> ومن شأنه أن يعيق انسيابية المعاملات البورصوية<sup>243</sup>.

<sup>238</sup> على خلاف هذا التوجه، نصت المادة 14 من الظهير الشريف بشأن قانون الصحافة لسنة 1958 (المغبر سنة 1963 وسنة 1973 وسنة 2002) على أنه "يجب أن تكون الأسهم اسمية في حال وجود شركة مساهمة، ويجب أن يصادق على نقلها المجلس الإداري للشركة، ولا يجوز إحداث أي حصة للمؤسسين".

<sup>239</sup> خاصة وأن المادة 12 من ق ش م أوجبت في بندها الثالث أن يتضمن النظام الأساسي للشركة، الشروط الخاصة التي يخضع لها قبول المفوتة لهم الأسهم في حالة وضع قيود على حرية تداول الأسهم أو بيعها. ومن بين هذه الشروط بالطبع الجهاز الذي سيتولى البت في طلبات الموافقة.

<sup>240</sup> أحمد شكري السباعي، م س، ص 318.

<sup>241</sup> هشام بوخلفة، م س، ص 80.

<sup>242</sup> زهير بونعامية، م س، ص 179.

العلاقات فيما بينهم والحفاظ على الاستقرار داخل الشركة عن طريق تحديد دور كل واحد منهم فيها.

ونعتقد أنه لهذه الاعتبارات تدخل المشرع الفرنسي بواسطة الأمر رقم 604-2004 الصادر بتاريخ 24 يونيو 2004 بتعديل المادة 228.23 من مدونة التجارة بحيث تم حذف عبارة "الغير" منها، بشكل وسع من مجال أعمال شرط الموافقة ليشمل حتى التفويضات الداخلية التي تتم بين المساهمين أنفسهم.

ومن بين النقائص التي تضمنتها المادة 253 أيضا أن المشرع تحدث عن "الشركة" دون تحديد جهاز من أجهزتها ليتولى البت في طلبات الموافقة على التفويت المقدمة إليه من طرف المساهمين<sup>231</sup>، مما أثار أيضا خلافا فقها حول هذه النقطة أيضا<sup>232</sup>، حيث هناك من رجح كفة مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية<sup>233</sup> على اعتبار أنه هو الجهة التي يتم إسناد الاختصاص إليها غالبا في الواقع العملي<sup>234</sup>، وأنه يتضمن عددا قليلا من الأعضاء فقط مما يسهل اجتماعهم، كما أن لهم اطلاع تام على وضعية الشركة<sup>235</sup>.

في المقابل، اعتبر البعض أنه يتعين أن يسند الاختصاص للجمعية العامة العادية على اعتبار أن عملية التفويت تهم كافة المساهمين<sup>236</sup>، أو للجمعية العامة غير العادية لأن ذلك لا يخلو من فائدة بالنسبة للشركة وينسجم مع البنية القانونية لشرط الموافقة حيث الشركة مرشحة لشراء أسهمها الشيء الذي إذا تحقق سيترتب عنه لزوما تخفيض رأس المال<sup>237</sup>.

<sup>230</sup> والتي كانت تتضمن مقتضيات مشابهة لتلك المضمنة بالمادة 253 من قانون 17.95 المغربي.

<sup>231</sup> وهو نفس الأمر الذي يعرفه التشريع الفرنسي سواء في المادة 274 من قانون 24 يوليوز 1966 أو في المادة 228.23 من مدونة التجارة الحالية.

<sup>232</sup> Voir Bruno Dondero, Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme. Petites Affiches, 22 septembre 2005, n° 189, p.44.

<sup>233</sup> سمير أوكليفا، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة. الأطروحة، م س، ص 191.

<sup>234</sup> J.Bardoul, art. préc., p 139.

<sup>235</sup> R.Roblot, L'agrément des nouveaux actionnaires. In mélanges en l'honneur de D.Bastian, sous titre "droit des sociétés", Librairies techniques, Paris, 1973, p 293.

<sup>236</sup> أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، م س، ص 315.

<sup>237</sup> هشام بوخلفة، الأطروحة، ص 98.

ويجد هذا الموقف تبريره ربما في طبيعة شركات المساهمة المغربية التي تتميز بغلبة الطابع العائلي على معظمها بحيث لا يمكن أن تثير التفويطات داخل الشركة أية صعوبات أو مشاكل للجهاز المسير لها، على اعتبار أنها تتميز بسيطرة شبه مطلقة لمساهم أو مساهمين فقط على معظم رأسمالها، وبالتالي لا يكون لتغيير نسبة امتلاك باقي المساهمين من رأسمال الشركة أي تأثير على موازين القوى داخلها وعلى نواتها الصلبة.

إلا أن هذا لا يعني بأن التفويطات التي تتم بين المساهمين تكون غير ذات أهمية دائما فقد تكون في بعض الأحيان أكثر خطورة من الهجمات الخارجية<sup>225</sup>.

وقد أثارت كلمة "الغير" خلافا فقها وقضائيا حول مضمونها ومدلولها، هل المقصود بها الغرباء عن الشركة فقط من غير المساهمين، أم أنها تشمل كل الأشخاص الآخرين من دون الزوج والأصول والفروع، بحيث يدخل في إطارها المساهمون الآخرون أيضا. أو بمعنى آخر هل هو الغير بالنسبة للشركة؟ أم بالنسبة للبايع فقط؟<sup>226</sup>، إلا أنه تم التأكيد على أن المقصود بعبارة الغير، هم كل الأشخاص من غير المساهمين<sup>227</sup>، أي الغير بالنسبة للشركة وليس بالنسبة للبايع<sup>228</sup>. وهو ما لاقى انتقادا كبيرا من طرف بعض الفقه<sup>229</sup> الذي طالب بإعمال شرط الموافقة حتى على التفويطات التي تتم بين المساهمين من أجل تنظيم

---

أعطت للأنظمة الأساسية لشركات المسؤولية المحدودة إمكانية إخضاع هذه التفويطات لشرط الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في هذه الأنظمة وفقا للآجال المنصوص عليها في المادة 58 من نفس القانون.

<sup>225</sup> Alain Theimer, Les clauses d'agrément. La semaine juridique, édition entreprise et affaires, n°44-45, 3 novembre 2005, p 1882.

<sup>226</sup> للاطلاع على مجوع الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية التي تناولت هذه النقطة، أنظر، زهير بوعامية، الاعتبار الشخصي في شركات المساهمة. أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2006.2007، ص 51 ما يليها. وكذا هشام بوخلفة، شراء الشركة لأسهمها. أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2008.2009، ص 93 ما يليها.

أنظر أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 10 مارس 1976، (Rev. Sociétés 1976, p 332)

<sup>227</sup> قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 431 الصادر بتاريخ 2008/04/10 في الملف عدد 2007/1614 منشور بالموقع الإلكتروني لهذه المحكمة [www.cacmarrakech.ma](http://www.cacmarrakech.ma)

<sup>228</sup> وإن كنا نرى أنه ليس هناك ما يمنع أن يتفق المساهمون فيما بينهم على إخضاع عمليات الموافقة التي تتم بينهم لموافقة الشركة ما دام لا يوجد نص صريح يمنع هذا الشرط في هذه الحالة.

<sup>229</sup> سمير أوخليفة، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة. الأطروحة، م س، ص 189.

لفائدة أقاربه من غير الأصول والفروع إلى الدرجة الثانية، وبالأحرى تلك التي تتم لفائدة أصهاره.

ومن المبررات التي تمت سياقتها لإدخال هذا التعديل خلال مناقشته أمام اللجان البرلمانية المختصة هو أن مفهوم "الأقارب والأصهار" هو مفهوم غير واضح 220 ويوسع من نطاق الأشخاص غير الخاضعين لشرط موافقة الشركة على تفويت الأسهم للغير 221.

وبالرغم من أن نية المشرع اتجهت نحو توسيع مجال أعمال شرط الموافقة في شركات المساهمة غير المقيدة ببورصة القيم، بشكل يحافظ ما أمكن على التوازنات ومقاييد السلطة داخل هذا النوع من الشركات التي تتميز في غالبيتها بسيطرة الطابع العائلي عليها، وذلك في مواجهة كل اختراق أو تدخل خارجي من شأنه أن يعصف بمستقبلها ويجعلها تدخل دوامة الصراعات الداخلية التي تؤثر لا محالة على سير عملها وأنشطتها، فإن جراءة المشرع لم تصل من أجل بلوغ الأهداف المتوخاة من هذا النوع من الشروط، إلى الحد الذي يتم فيه إخضاع جميع عمليات التفويطات لموافقة الشركة بما فيها تلك التي تتم بين المساهمين أنفسهم 222، بحيث قصر مجال أعماله على التفويطات التي تتم للغير بأية صفة من الصفات، بالرغم من أنه تبنى نهج التعميم عند تنظيمه لشركة المساهمة المبسطة 223، وشركة المسؤولية المحدودة 224.

<sup>220</sup> لا زال المشرع مع ذلك محتفظا بهذه العبارة في المادة 56 من قانون 5.96 فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وذلك بالرغم من عدم وضوحها وعدم القدرة على تحديد دائرة الأشخاص المعنيين بها.

<sup>221</sup> تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب حول مشروع قانون 20.05 المغير والمتمم لقانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، دورة أبريل 2007، طبع مصلحة الطباعة والتوزيع بمجلس النواب، متوفر بالموقع الإلكتروني للوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان [www.mcrcp.gov.ma](http://www.mcrcp.gov.ma).

<sup>222</sup> على الرغم من أنه يمكن في هذه الحالة إعمال الشفعة أو التفضيل المنصوص عليها في الفصل 257 من ق ش م.

<sup>223</sup> نصت المادة 429 من قانون 17.95 على إمكانية أن يتضمن النظام الأساسي لهذا النوع من الشركات شرطا يتم بمقتضاه إخضاع كل تفويت للأسهم إلى القبول المسبق للشركة، وذلك دون تحديد لطبيعة الجهة المفوت إليها، كما جعلت من كل تفويت لم يحصل على هذا القبول باطلا.

<sup>224</sup> نصت الفقرة الثانية من المادة 60 من قانون 5.96 على إمكانية تضمين النظام الأساسي لشرط يحد من قابلية تفويت الأنصبة بين الشركاء. كما أنه بالرغم من أن المادة 56 نصت على حرية تنقل الأنصبة عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، إلا أنها مع ذلك

للتلطيف من حدة هذا الشرط. وقد اتخذ هذا التلطيف وجهين مختلفين بحيث تم من جهة منع إمكانية التنصيص عليه في الأنظمة الأساسية لشركات المساهمة المقيدة أسهما ببورصة القيم، وفي المقابل تم توسيع المجال الذي يمكن فيه إعماله بالنسبة لتلك لغير المقيدة من جهة أخرى.

## 1- توسيع المجال

كانت الصياغة القديمة للمادة 253 من قانون 17.95 تقصي مجموعة من حالات التفويتات من صور الخضوع لشرط الموافقة، بحيث يتم فيها التفويت أليا أوتوماتيكيا، كما في حالة الإرث، أو يكون فيها المفوت حرا في تفويت أسهمه لنوعية معينة من الأشخاص الذين تربطهم به علاقة زوجية أو قرابة أو مصاهرة، حيث نصت على أنه "عدا في حالة الإرث أو التفويت إما للزوج أو للأقارب أو للأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، يمكن التنصيص على إخضاع تفويت الأسهم بأية صفة من الصفات لموافقة الشركة."

وفي شرح مدلول هذا الاستثناء يقول سمير أوخليفة بأن المشرع أراد من خلاله "تمتين العلاقات الأسرية، وترسيخ دعائم الانسجام المجتمعي، وهذا ما يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالخصوص القواعد المتعلقة بالإرث. معنى هذا أن تطبيق المبادئ الليبرالية في هذا الإطار يظل محدودا. ففي حقيقة الأمر فالخطر الذي قد يشكله المفوت إليه لا يندثر متى تعلق الأمر بالأب أو الزوج...فانتقال المراقبة يمكن أن يحدث أيضا في هذه الحالة. لكن على الرغم من هذا، فنحن أمام قيم يختلف وزنها في النظام الاجتماعي القائم، وبالتالي ترجيح الكفة الأكثر أهمية في هذا البنيان، هذا يعني أن هناك مقارنة بين مسألة المراقبة بالبورصة التي هي مسألة جد خاصة، وانتقال الملكية عن طريق العلاقات العائلية كقيمة اجتماعية كبرى<sup>219</sup>."

وقد تم تغيير هذه المادة بموجب المادة الأولى من قانون 20.05 في اتجاه تقليص دائرة الأشخاص الذين يمكن تفويت الأسهم إليهم بكل حرية، بحيث تم استبدال عبارة "الأقارب والأصهار" بعبارة "الأصول والفروع" فقط، بحيث أصبح من الممكن إعمال شرط الموافقة حتى في مواجهة التفويتات التي تتم من طرف المساهم

<sup>219</sup> سمير أوخليفة، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة. أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2006.2007، ص 188 ما يليها.

وقد اعتبر M.Storck في تعليقه على هذا القرار أن الخبير المعين في هذه الحالة لا يعتبر خبيراً بالمفهوم المنصوص عليه بقانون المسطرة المدنية، والذي يقتصر دوره على إبداء رأيه في مسائل تقنية، كما لا يعد بمثابة محكم لحل النزاع بين الأطراف، بل يتدخل بصفته وكيلًا عامًا يحل محل المفوت والمفوت إليه في تحديد عنصر أساسي في عقد التفويت<sup>214</sup>. وبالتالي فإن التقييم الذي يقرره يكون نهائيًا ما دام لم يرتكب خطأ فادحًا أثناء قيامه بمهامه<sup>215</sup>.

وهو نفس ما ذهب إليه A.Viandier في تعليقه على قرار مشابه صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 4 نونبر 1987، حيث اعتبر أن اتفاق الأطراف على خبير معين عند اختلافهم على الثمن، يجعل من قرار هذا الخبير بمثابة قانون يتعين تطبيقه، ويحتج به في مواجهتهما، ولا مجال لتصحيحه لاحقًا، ما لم يتم ارتكاب خطأ فادح في عملية التقييم<sup>216</sup>.

وقد تم تعريف هذا الخطأ الفادح، بكونه الخطأ الذي لا يمكن لتقني مهتم بمهامه ومنشغل بها، أن يرتكبه<sup>217</sup>، وذلك سواء انصب على الوسيلة أو الطريقة المتبعة في التقييم، أو كان ناتجًا عن عدم احترام القانون<sup>218</sup>.

## ثانياً: إعادة هيكلة مجال التطبيق

سبقت الإشارة إلى أن التطبيق العملي لشرط الموافقة أفرز ممارسات تتعارض أحياناً مع طبيعة شركات المساهمة كشركات تقوم على الاعتبار المالي، مما استدعى تدخلاً تشريعياً بمقتضى قانون 20.05 المعدل والمتمم لقانون 17.95

<sup>214</sup> حول صفة الخبير في التدخل، وبما إذا كان الأمر يتعلق بخبرة أو بتحكيم، يرجى الرجوع إلى،

Jacques Moury, Des ventes et des cessions des droits sociaux à des tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil), Rev. soc., n°3, juillet-septembre 1997, p 445.

<sup>215</sup> Michel Storck, note sous Cass. com., 19 avril 2005, (Torlai c/ Société KPMGet autres), Rev. Banque et Droit, n°101 du mai-juin 2005, p 56.

<sup>216</sup> A.Viandier, obs. sous, Cass. com. 4 novembre 1987, JCP, éd. G, n° 29-30, 1988, 2. jurisprudence, n° 21050.

<sup>217</sup> Idem.

<sup>218</sup> M.Storck, note préc., sous Cass. com., 19 avril 2005, p 56.

ذلك، يعين هذا الخبير من طرف رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للمستعجلات.

ويتعين أن يعين هذا الخبير وأن ينجز مهمته داخل أجل 3 أشهر، وإلا اعتبرت الموافقة حاصلة، وذلك ما لم يتم تمديد هذا الأجل ولنفس المدة بواسطة أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية، بناء على طلب من الشركة 210.

وقد كانت طبيعة تقرير الخبير الذي يعمد فيه إلى تحديد ثمن الشراء موضوع نقاش فقهي وتطور قضائي جد هامين. حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية 211 أن تقرير الخبير يعتبر بمثابة قانون للطرفين الذين يتفقون على تعيينه، مما يجعل البيع تاما بينهم ولا يمكنهم سحب عرضهم بعد ذلك.

وتعليقا على هذا القرار اعتبر Saintourens أن قرار الخبير لا يكون ملزما للطرفين إلا في الحالة التي يكون تعيينه تم بناء على رضاهما، دون الحالة التي يتم فيها هذا التعيين بناء على أمر رئيس المحكمة، حيث يكون للمفوت في هذه الحالة الأخيرة حق العدول حتى بعد إبلاغه بنتيجة تقرير الخبير 212.

وجاء في قرار آخر عن نفس المحكمة بتاريخ 19 أبريل 2005، أن للخبير كامل الحرية في تحديد قيمة السهم، وذلك وفقا للمعايير التي يراها ملائمة ومناسبة، وأن التقييم المقترح من طرفه ذو طابع نهائي، ويلزم الأطراف بل وحتى على القاضي، ما لم يرتكب خطأ فادحا في التقدير 213.

<sup>210</sup> Cass. com. 3 avril 1973. Rec. D.S., 1973, jurisprudence, p 580, note **Jean Lacombe**

وقد طرح إشكال في هذا الإطار يتعلق بالوقت الذي يتعين فيه طلب التمديد، وبمدى قانونية القرار القاضي بالتمديد اللاحق على أجل الثلاثة أشهر إذا كان طلب التمديد قد أودع قبل نهاية هذا الأجل. وهو ما استدعى تدخل محكمة النقض الفرنسية التي أكدت بمقتضى قرار صادر عنها بتاريخ 13 يونيو 1984، قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 8 نونبر 1982، والقاضي بصحة هذا التمديد.

Cass. com. 13 juin 1984. JCP, éd. G. 1985. 2. jurisprudence. 20405, note de **A.Viandier**.

Cass. Com. 02 juillet 1996, Rev. Soc., avr-juin 1997, note de **B.Saintourens**, p. <sup>211</sup> 345.

**B.Saintourens**, note sous Cass. Com. 02 juillet 1996, Rev. Soc., avr-juin 1997, <sup>212</sup> p. 348.

<sup>213</sup> Cass. com. 19 avril 2005, (Torlai c/ Société KPMG et autres), Rev. Bq. et Dt., n° 101 du mai-juin 2005, chro. Droit des sociétés, p 56, note de **Michel Storck**.

ولعل أهم إشكال يطرح في تقنية الموافقة، هو سعر أو ثمن الشراء باعتباره أهم عناصر هذه العملية<sup>205</sup>، ولأنه غالبا ما يتم الاتفاق بين المفوت والمفوت إليه على ثمن عال ومبالغ فيه<sup>206</sup>، ويحاولان فرضه على الشركة لكي تتخلى عن شراء هذه الأسهم سواء كان ذلك من طرفها أو من أحد المساهمين أو أحد من الغير الذي تقترحه<sup>207</sup>.

ولتجنب هذه الوضعية ومنع لجوء أحد الطرفين أو هما معا للغش<sup>208</sup>، ألزم المشرع الأطراف في حالة عدم الاتفاق فيما بينهم على سعر الأسهم - أن يعينوا خبيرا لتحديد هذا السعر، كسلطة مستقلة للمراقبة<sup>209</sup>، وفي حالة عدم اتفاقهم على

16° cahier, chro., XVIII, p 137. \* Gérard Mazet, Les clauses statutaires d'agrément. RJCom, n°11, novembre 1990, n° spécial sous titre, *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*. p 66. \* Laurent Cotret, La négociabilité des instruments financiers. thèse de doctorat, Université de Reims, Champagne Ardenne, UFR, Droit et Sciences Politiques, 2005. p 155.

<sup>204</sup> وذلك وفقا لمقتضيات المادة 254 من ق ش م، ويكفي أن يتم داخل هذا الأجل، الاتفاق بين الأطراف على موضوع و ثمن الشراء، وأن تتم الموافقة عليه من طرف الجمعية العامة غير العادية للشركة التي رفضت عملية التفويت.

**Philippe Reigne**, Conditions de réalisation de l'achat par une société anonyme de ces propres actions en vue d'une réduction du capital à la suite du refus d'agrément d'un cessionnaire, cour de cassation (ch. com.) 17 octobre 1989, RFCComp. n° 210, mars 1990, p 54.

Cass. Com. 17 octobre 1989, Rev. soc., 1990, n° 2, p 270, note de Y. Chartier. <sup>205</sup> أميرة صدقي، النظام القانوني لشراء الأسهم من جانب الشركة المصدرة لها. مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص 49.

<sup>206</sup> Cozian (Maurice); Viandier (Alain); Deboissy (F), Droit des sociétés. édition, Litec, 14° édition, Paris, 2001., n° 893, p 320.

<sup>207</sup> أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث شركات المساهمة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2003، ص 316.

<sup>208</sup> Ph. Merle; A. Fauchon, Sociétés commerciales, Droit commercial. édition Dalloz, Paris, 8° édition, 2001. n° 324, p 349.

<sup>209</sup> Stéphanie Loisy, Prix et contrepartie dans les offres publiques. th. de doctorat, Université de Paris 5, René Descartes / Malakoff, Sciences juridiques, 1998, n°179, p 264.

ويعيب G. Mazet على المادة 275 من قانون 24 يوليوز 1966 (والتي تقابلها المادة 254 من ق ش م) - عن حق - عدم تطلبها لشروط خاصة في هذا الخبر كأن يكون خبيرا محاسبيا مثلا، أو أن تكون له دراية كافية بالنشاط الرئيسي للشركة المعنية، أو أن يكون ببنك من بنوك الأعمال، أو له مكتب استشارات...

Gérard Mazet, Les clauses statutaires d'agrément. art. préc., p69.

المؤسسين، خاصة بالنسبة للشركات العائلية. وحتى في الشركات الكبيرة التي تتوفر على عدد كبير جدا من المساهمين، فإن حرية التنقل تكون مكفولة فقط لصغار المساهمين، الذين لا يكون لخروجهم من الشركة، ولا لدخول آخرين لها، أي تأثير على موازين القوى داخل الشركة، بخلاف الحال بالنسبة للمساهمين المشكلين للأغلبية حيث يتم تفعيل الشروط النظامية التي تفرض ضرورة الموافقة المسبقة للشركة على كل عملية تفويت.

وبالتالي أجاز القانون لمؤسسي ومتصرفي الشركة 199، إمكانية إدراج شرط الموافقة في نظامها الأساسي، بشكل يحد من حرية تنقل المساهمين وحقهم في تفويت أسهمهم إلى أشخاص آخرين، بحيث تكون موافقة الشركة شرطا جوهريا لصحة عملية التفويت، ولدخول المساهم أو المساهمين الذين يرغب المفوت في تفويت أسهمه إليهم 200.

وفي حالة رفض الموافقة على المفوت إليه المقترح من طرف المفوت 201، يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية 202، أن يعمل على شراء الأسهم من طرف أحد المساهمين أو أحد الأغيار أو من طرف الشركة بعد موافقة المفوت لأجل تخفيض رأس المال 203، وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ الرفض 204.

<sup>199</sup> حيث نصت المادة 253 من قانون 17.95 المغربية بمقتضى المادة الأولى من قانون 20.05 على أنه "عدا في حالة الإرث أو التفويت إما للزوج أو للأصول أو الفروع إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، يمكن التصييص في النظام الأساسي على إخضاع تفويت الأسهم للغير بأية صفة من الصفات لموافقة الشركة.

لا يمكن التصييص على مثل هذا المقتضى إلا إذا كانت الأسهم اسمية حصريا، بموجب القانون أو النظام الأساسي."

<sup>200</sup> ويمكن أيضا للشركة إخضاع رهن الأسهم الاسمية رهنا حيازيا للموافقة المسبقة من طرفها، وذلك وفقا للمادة 256 من قانون 17.95.

<sup>201</sup> تكون الموافقة إما بشكل صريح عن طريق جواب إيجابي للشركة تبلغه للمفوت، أو بشكل ضمني غير مباشر عن طريق عدم الجواب على طلب الموافقة الموجه من طرف المفوت للشركة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب. ويستشف من خلال هذه المقتضيات المنصوص عليها بالمادة 254 من قانون 17.95 أنه يتعين أن يتم التعبير عن رفض الموافقة كتابة وأن يتم تبليغ ذلك للمفوت.

<sup>202</sup> وذلك بناء على ترخيص من الجمعية العامة غير العادية التي تبقى الوحيدة المؤهلة لاتخاذ هذا القرار لما يترتب عنه من تخفيض لرأس المال.

<sup>203</sup> على اعتبار أنه لا يمكن أن يبقى المساهم الراغب في التفويت، أسير سنده إلى ما لا نهاية.

Jacques Bardoul, Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires(Loi du 24 juillet 1966, art., 274, al. 1<sup>er</sup>). Recueil Dalloz Sirey, 1973,

وقد نتج عن التطبيق العملي لهذه المكنة الكثير من الممارسات التي تتعارض في كثير من الأحيان مع طبيعة شركات المساهمة وخاصة منها تلك المقيدة أسهمها ببورصة القيم 197، مما دفع المشرع المغربي إلى التدخل من أجل التلطيف من حدة هذه بعض الممارسات التي تلجأ إليها الأجهزة المسيرة لبعض الشركات من جهة، ومن جهة أخرى تشجيع الأشخاص والمدخرين على استثمار أموالهم في هذا النوع من الشركات دون إمكانية مواجهتهم بشرط الموافقة في حالة رغبتهم في تقويت أسهمهم. وذلك بمقتضى القانون رقم 20.05 المعدل والمتمم لقانون 19817.95، حيث شمل التعديل مجال ونطاق شرط الموافقة سواء بالشركات المقيدة أسهمها ببورصة القيم أو غير المقيدة بها. مما يفرض علينا تحليل أهمية هذه التعديلات وحدودها وآثارها على الوضعية الحالية التي تعرفها شركات المساهمة بنوعها، غير أنه يتعين قبل ذلك تحديد المقصود بشرط الموافقة والمساطر الواجب إتباعها والالتزام بها في حالة إعماله.

## أولاً: تقنيات الموافقة

لا ينبني مفهوم التشارك في شركات المساهمة على اعتبارات مالية فقط كما أريد لها أن تكون، وإنما يكون مستندا أيضا على علاقات شخصية وثقة متبادلة بين

إذا لم توافق الشركة على المشتري، تعين على مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية، داخل أجل ثلاثين يوما من أيام البورصة ابتداء من تاريخ تبليغ الرفض، العمل على شراء الأسهم إما من طرف أحد المساهمين أو أحد الأغيار أو من طرف الشركة لأجل تخفيض رأس المال؛  
يكون السعر المعتمد هو سعر التداول الأول، غير أنه لا يجوز أن يقل المبلغ المدفوع إلى المشتري غير الموافق عليه من المبلغ المسجل في بورصة القيم يوم رفض منح الموافقة أو إذا لم يكن هناك تسعير في ذلك اليوم، تم الأخذ بأخر تسعير في اليوم السابق على الرفض المذكور؛  
إذا انصرم الأجل المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه ولم يتحقق الشراء اعتبرت الموافقة حاصلة.<sup>197</sup>  
يتعلق الأمر بالقانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 14 من ربيع الأخير 1417 الموافق ل 30 غشت 1996، والمنشور ب، ج ر عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996،

<sup>197</sup> على اعتبار أن الاستثناء أصبح قاعدة من خلال اللجوء الأوتوماتيكي لإيراد هذا النوع من الشروط بأغلب الأنظمة الأساسية للشركات، وهو ما كان يعرقل الكثير من العمليات المالية التي تتم بالبورصة، وذلك على نحو ما سنرى ما سنرى لاحقا.

<sup>198</sup> يتعلق الأمر بالقانون رقم 20.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.18 الصادر في 17 من جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008)، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5639 المؤرخة في 16 يونيو 2008.

# هيكلة جديدة لشرط الموافقة على ضوء قانون 20.05

فالي علال \*

يعد مبدأ الاعتبار المالي كقاعدة عامة من أهم مميزات شركات الأموال والمحدد الرئيسي في العلاقات داخل الشركة، بحيث يتعين أن يتجاوز الشخص أو الأشخاص المالكين للمال الموظف الذين يمكن لهم البقاء أو مغادرة الشركة متى رغبوا في ذلك. وبمعنى آخر، فإن قوة المال تطغى على صفة مقدمه في هذا النوع من الشركات، وتجعل تعويضه بأخر عند رغبته في تقويت أسهمه أمرا غير ذي أهمية، ما دام المساهم الجديد سيحل محل المساهم المغادر في حقوقه والتزاماته.

إلا أن الرغبة في تجنب البيت الداخلي للشركة العديد من المؤثرات التي من شأنها زعزعة استقراره وتغيير موازين القوة فيه على نحو مفاجئ وغير متوقع، دفعت المشرع المغربي إلى إدماج العديد من المعطيات والحقائق الواقعية التي تعرفها حياة شركات المساهمة، وخاصة العائلية منها، في القانون الجديد المنظم لها.

ولعل أهم ميزة منحها هذا القانون للمؤسسين عند تأسيس شركات المساهمة أو للجمعية العامة غير العادية خلال حياة الشركة، هي إمكانية إخضاع أية عمليات لتقويت الأسهم التي يملكها المساهمون، لموافقة الشركة، وذلك بشكل يمكنها من اختيار الأشخاص الذين سيكونون مساهمين فيها، وتجنبها بذلك أي احتمال لقلب موازين القوى داخلها أو تغيير الهيئات المسيرة بها على نحو يخالف رغبات وأهداف المؤسسين لها أو الأغلبية المكونة لها 196.

---

\* أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط  
196 كانت المادة 253 من قانون شركات المساهمة تنص على أنه "عدا في حالة الإرث أو التقويت إما للزوج أو للأقارب أو للأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، يمكن التنصيب في النظام الأساسي على إخضاع تقويت الأسهم للغير بأية صفة من الصفات لموافقة الشركة..." كما كانت المادة 255 منه تنص على أنه "عند التداول عن طريق البورصة لأسهم مسعرة واستثناء من أحكام المادة 254، يتعين على الشركة ممارسة حقها في الموافقة داخل الأجل المنصوص عليه في النظام الأساسي والذي لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين يوما من أيام البورصة،

***Guardian ship of things in The Civil Law  
of The United Arab Emirates***

*this research deals with three related topics, namely: a- the doctrinal and legislative trends concerning the determination of the concept of guardian of things, the legal nature and basis of guardianship and its most salient characteristics;*

*b- the position of the UAE's legislator – inspired by Islamic Shariaa- on the subject, and c- that the expansion of the scope of the guarantee of the harmful consequences resulting from things is mainly due to the development of human technological activities.*

*The research consists of an introduction, three sections and a conclusion summarising the results and the recommendations of the tearch.*

*Its stresses the fact that according to the law of the UAE guardianship means actual and not legal guardianship; that its legal basis is the karm resulting from the thing itself and not an assumed fault of the guardian; and that the liability result from the activity and also the causality and not only activity as stated in the Civil Law of the UAE. Finally, that the expression "guardian of things" is more suitable than the expression "to was under its control things or mechanical machines" and that there is no need for the expression "which needs special care to prevent its harm" since the essence of the guarantee is the harm and not the fault.*

## ملخص بحث

يدور هذا البحث على ثلاثة محاور، أحدها ؛ بيان الاتجاهات الفقهية والتشريعية في تحديد مفهوم حارس الأشياء، والأساس القانوني لحراسة الأشياء، وطبيعتها القانونية، وأبرز أحكامها ..، والثاني؛ تحليل وتأسيس اتجاه المشرع الإماراتي المعروف بنزعه للفقه الإسلامي، موازنة بتلك الاتجاهات، والثالث؛ ما وقعت به الإشارة في أكثر من موطن في هذا البحث من أن توسع دائرة ضمان الأضرار الناشئة عن الأشياء مرتبط بتوسع دائرة النشاط الإنساني المقترن بالشئ والآلة.

ولاستغراق المحاور المذكورة وما يدور عليها من أحكام فرعية، مع عرض لاتجاهات المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية، وبدراسة نقدية مقارنة، تمّ تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة وردت فيها نتائج البحث والتوصيات. وقد تمّ تفصيل أن المراد بحراسة الأشياء في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الحراسة الفعلية دون الحراسة القانونية ، وأن أساسها القانوني اضطرب فيه بين الضرر الناشئ عن الشيء ذاته محل الحراسة والخطأ المفترض في فعل الحارس، وأن المسؤولية أو الضمان تثبت بالتسبب أكثر من ثبوتها بالمباشرة خلافا لتقييدها بالمباشرة بحسب ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقضاء المحكمة الاتحادية العليا، وأنه قد يجتمع المباشر مع المتسبب في تحمّل ضمان الضرر الناشئ عن فعل الشيء بل وقد يفرد المتسبب بذلك دون المباشر إعمالاً للقواعد العامة في هذا الشأن ، وهذا كله يرد حال التمسك بوصفي المباشرة والتسبب للفعل الضار، وإلا فبتقديرنا أن المصلحة الشرعية من خلال تطبيق مبدأ الاستحسان أولى ببناء مسؤولية أو ضمان حارس الأشياء عليها لخصوصية أحكام هذه الحراسة التي اقتضاها توسع نطاقها وتداخلها للضرورة لنشاط الإنسان، فكان في تطويع هذه الخصوصية في الأحكام لضابط المباشرة تكلف واضح. وأن اصطلاح ( حارس الأشياء ) أولى بالاعتبار من التعبير بـ ( من كان تحت تصرفه أشياء أو آلات ميكانيكية )، وأنه لا حاجة لإيراد عبارة ( تحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها ) لما كان أساس الضمان هو الضرر دون الخطأ، وأن اعتماد الضرر أساساً للضمان ولو صدر الفعل الضار من غير المميّز يوجب بتقديري تعميم حكم الحراسة على عموم الأشياء ورفع عبارة ( الآلات الميكانيكية )، فضلاً عن رفع قيد ( تحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها ) .

31. مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - دار الفكر - دمشق ط6 .
32. مصطفى محمد الجمال - القانون المدني في ثوبه الجديد مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية — الفتح للطباعة والنشر - الإسكندرية - ط1 / دون سنة نشر .
33. وهبة الزحيلي - نظرية الضمان - دار الفكر - دمشق - ط2 / 1998 م .
34. منير القاضي - شرح المجلة - مطبعة العاني - بغداد - 1949 م .  
قوانين مدنية :
35. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 م
36. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 م .
37. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 م .
38. القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975 م ، وتعديلاته إلى غاية 2005 م .
39. القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 م بشأن تنظيم علاقات العمل .

ثانياً- باللغة الفرنسية .

- 1- André Tunc, La responsabilité civile, éd Economica, 2è éd. 1989, P.153.
- 2- B.starck, Essai d'une théorie générale de La responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée , 1947.
- 3- B.starck , Droit civil, obligations, 1972 .
- 4- D.Mayer, La(garde) en commun, RTDC. 1975, p.197.
- 5- G.Durry, obs. Cass. Civ.20 nov.1968, RTDC. 1969, p.335.
- G.Ripert, s.1930,1, note sur L'affaireJand'heur, ch.réun.13 fev.
- 6- 1930 ,DP..
- 7- G.Ripert note DC 1942, p.25 .
- 8- H.Mazeau note S.1941, 1, p.217.
- 9- J.Mihura note , JCP 1942.2.p.1766 .
- 10- Josserand, Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident, DH,1936,chron.P.37 .
- 11- P.Esmein note sur L'affaireJand'heur, ch.réun.13 fev. 1930, S. 1930,1.

إشكالات مذهب مشرع قانون المعاملات المدنية  
في حراسة الأشياء دراسة نقدية مقارنة

18. عبد الخالق حسن أحمد - الوجيز في شرح القانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة / مصادر الالتزام - كلية شرطة دبي - ط3 / 1999م .
19. عز الدين بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - مؤسسة الريان - بيروت - 1990م .
20. فاضل إدريس - المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجزائرية - الجزائر .
21. يحيى أحمد موافي - المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية .
22. يحيى بن شرف النووي - المجموع في شرح المهذب - دار الفكر - بيروت
23. محمد سليمان الأحمد - البحث الموسوم ( أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص ) - منشور في مجلة الرافدين للحقوق - العدد 20 السنة التاسعة / ص 103 - 109 .
24. محمد بن علي الجرجاني - التعريفات - دار الكتاب العربي - بيروت - ط2 / 1992م
25. محمد سعيد الرحو - فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية دراسة مقارنة -الدار العلمية ودار الثقافة - عمان - ط1 - 2001م .
26. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي -مكتبة النهضة المصرية .
27. محمد نصر الدين - أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونية المصري والعراقي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - مصر - 1983م
28. محمود جلال حمزة - العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي - مطبعة الاتحاد - دمشق - 1985م .
29. مصطفى إبراهيم الزلمي و علي أحمد المهداوي - أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م - المركز القومي للنشر - الأردن - ط1 / 1999م ،
30. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي - وزارة العدل .
31. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ط2/ 1985م .
32. مجموعة الأحكام الصادرة عن الحكمة الاتحادية العليا دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشخصية - وزارة العدل - مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة :
- ❖ السنة السادسة والعشرين ( 2004 م ) - العدد الثالث - ط1 / 2006م .
- ❖ السنة التاسعة عشرة ( 1997م ) - العدد الأول - ط1 / 2000م .
- ❖ السنة السابعة عشرة ( 1996م ) - العدد الثالث - ط1 / 2000م .
- ❖ السنة السادسة عشرة ( 1994م ) - العدد الأول - ط1 / 2000م .

## مراجع البحث

أولاً - باللغة العربية :

1. ابن منظور : لسان العرب - دار صادر - بيروت .
2. أحمد بن إدريس القرافي - الفروق - عالم الكتب - بيروت .
3. أحمد بن محمد الحموي الحنفي - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية - بيروت - 1985 م .
4. أحمد بن محمد الفيومي - المصباح المنير - مكتبة لبنان - بيروت - 1987 م .
5. أحمد شحادة الزعبي - المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة " - رسالة دكتوراه - كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - 2005 م .
6. أمجد محمد منصور - مصادر الالتزام - الدار العلمية ودار الثقافة - عمان - ط1 - 2001 م .
7. أمير بادشاه ؛ محمد أمين - تيسير التحرير على كتاب التحرير لابن الهمام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر - 1351 هـ .
8. أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - منشورات الجامعة الأردنية - عمان - ط1 / 1987 م .
9. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء .. دراسة مقارنة - مطبعة بابل - بغداد - ط1 - 1980 م .
10. بدر جاسم اليعقوب - المسؤولية عن الأشياء الخطرة في القانون الكويتي - دار القرآن الكريم - الكويت - ط1 / 1980 م .
11. جابر صابر طه - إقامة المسؤولية المدنية على العمل غير المشروع على عنصر الضرر - منشورات جامعة صلاح الدين - العراق - 1984 م .
12. حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزام / مصادر الالتزام - المصادر غير الإرادية - بدون الإشارة إلى مكان ودار النشر - 1998 م .
13. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ط5 / 1992 م .
14. الشاطبي ؛ إبراهيم بن موسى - الموافقات في أصول الفقه - مطبعة محمد علي صبيح وأولاده - مصر - 1969 م .
15. عاطف النقيب - النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية - منشورات عويدات - بيروت ، باريس - ط2 / 1987 م .
16. عبد الباسط جميعي وآخرون - الوسيط في شرح القانون المدني الأردني - الدار العربية للموسوعات / 2001 م .
17. عبد الحكم فودة : التعويض المدني المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 998م

إعمال هذا المبدأ إلى تقييد الأشياء بوصف أنها خطيرة في ذاتها أو بسبب الظروف المحيطة بها، وهذا يقتضي رفع عبارة " تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها " ، لما قد يثيره تعبير ( تحت تصرفه، و تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ) من أنّ أساس الضمان أو المسؤولية في هذا القانون هو الخطأ المفترض وليس الضرر، فيسبق إلى الذهن تصوّر أنّ الحارس مسؤول عما كان تحت تصرفه من أشياء، وأنه أخلّ بما يجب عليه من التزام العناية الخاصة لدفع الضرر المحتمل من فعل الشيء، وهو على خلاف مقصود المشرع الإماراتي بحسب ما تقدم.

3. كذلك لا حاجة بالمشرع إلى الانصراف عن اصطلاح ( حراسة الأشياء ) إلى اصطلاح ( من كان تحت تصرفه أشياء ) لشيوع الاصطلاح الأول، فضلا عن أنّ تقييده بـ ( الأشياء ) يرفع احتمالية اشتراكه مع غيره بالمعنى.

4. واقتراح أن يكون نصّ المادة 316 الآتي؛ (يلزم حارس الشيء، وهو من كان الشيء تحت سلطته الفعلية، بضمان ضرره إلا ما لا يمكن التحرّز منه).

7. أن القيد الوارد في الفقرة السابقة ( تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ) يتصادم أيضاً مع قاعدة الضمان بالمباشرة كأساس لمسؤولية حارس الأشياء بحسب ما تقدم ذكره في الفقرتين 2 و 3 السابقتين، من حيث أن لازم اشتراط العناية الخاصة بالأشياء والآلات الخطرة بطبيعتها أو بطروفها المحيطة التكاليف بزيادة الحيطة والحذر في استعمال هذه الأشياء والآلات، والتكليف بذلك يجعل المتبادر إلى الذهن أن مسؤولية الحارس تقوم بسبب إخلاله بهذا الالتزام، وهذا يعيدنا إلى اشتراط الأهلية، وإلى القول بأن أساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ، وهو ما لم يعتمده المشرع الإماراتي أساساً لهذه المسؤولية بحسب ما تقدم، بل وفي عموم الضمان بحسب منطوق المادة 282، ونصّها: (كلّ إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميّز بضمان الضرر). هذا فضلاً عن أن المباشرة في وصف فعل الحارس أو العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر بخصوص هذه المسؤولية، بحسب ما اعتمده واضعوا المذكرة الإيضاحية وقضاء المحكمة الاتحادية، تتعارض وهذا القيد اعتباراً بأن الضمان بالمباشرة يثبت ولا شرط له، بحسب منطوق مطلع الفقرة 2 من المادة 283 من قانون المعاملات المدنية: (إذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له ..).

### ثانياً: التوصيات

1. لأهمية أحكام الحراسة في زمننا الحاضر والمستقبل أتمنى على المشرع الإماراتي النصّ صراحةً على تحديد ماهية الحراسة وأساسها القانوني، لتكون الحراسة فيه وبشكل قاطع هي الحراسة الفعلية التي أساسها الضرر، وأنّ موجب الحكم بها مراعاة المصلحة الشرعية في مواجهة خطر الأشياء والآلات التي باتت لازماً غير منفك عن الحياة العصرية، ومظهراً لها، وشرطاً في النشاط الإنساني. وبناءً على ذلك يكون مصدر أحكام الحراسة وأساسها القانوني وطبيعتها القانونية النص القانوني الذي جاء استثناءً من القواعد العامة في الضمان لمقتضي، هو مراعاة مصلحة معتبرة قانوناً.

2. وأتمنى عليه توسيع نطاقها بتعميم حكم الحراسة على جميع الأشياء سواء أكانت خطرة أم غير خطرة لينسجم الحكم مع المبدأ العام عنده والقاضي بتضمين محدث الضرر ولو كان غير مميز. فلا حاجة مع

وقتنا الحاضر فقهاً وتشريعاً إلى أن المراد بالحراسة الحراسة الفعلية، وعلى الاتجاه الأخير سار المشرع الإماراتي. والقول بالحراسة الفعلية يلزم منه الاعتداد بانتقال الحراسة من يد من له سلطة أو حق مشروع على هذا الشيء، ليكون الحارس بعده من له السلطة الفعلية على الشيء بحيث يكون له استعماله ورقابته وتوجيهه، سواء أكانت يده مشروعة على الشيء أم غير مشروعة، كيد الناصب والسارق، وكذلك الحكم حال خروج الشيء من يد غير مشروعة إلى أخرى غير مشروعة أيضاً.

5. كذلك اختلف فقهاء القانون وتبعتم التشريعات القانونية في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الحارس، فاتجاه ذهب إلى أن أساسها القانوني هو الخطأ المفترض، وهؤلاء هم أنصار المسؤولية الشخصية، واتجاه آخر ذهب إلى أن أساسها القانوني هو الضرر بغض النظر عن توفر الخطأ من عدم توفره، وهؤلاء هم أنصار المسؤولية الموضوعية التي عيّرت عنها نظرية تحمل التبعة. أما بخصوص اتجاه المشرع الإماراتي فقد ثبت بالمذكورة الإيضاحية واتجاه قضاء المحكمة الاتحادية العليا أن أساس مسؤولية حارس الأشياء عنده هو الضرر، تماشياً منه مع منهجه في الأخذ بمبدأ الضمان في الفقه الإسلامي، وإن كان ظاهر نص المادة 316 يفيد إقامة مسؤولية الحارس على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، فكان القول بالمباشرة مخرجاً للمشرع من الاعتراف بالخطأ المفترض.

6. وكما اختلف فقهاء القانون والتشريعات القانونية في تحديد ماهية حارس الأشياء وفي الأساس القانوني لحراسته اختلفوا في نطاقها، فاتجاه فقهي وتشريعي يرى أنها سارية على كل الأشياء إلا ما نظم منها بنصوص قانونية أخرى، ولم تحتج هذه التشريعات من ثم إلى النص على الآلات الميكانيكية لأنها داخلة في مفهوم الأشياء. بينما ذهب الاتجاه الآخر، تبعه المشرع الإماراتي، إلى أن الحراسة ترد على الأشياء التي تحتاج إلى عناية فائقة أو خاصة، سواء أكان هذا بسبب ذاتها الخطرة أم بسبب طبيعتها أو ظروفها المحيطة أو الملابس، وعلى ذلك كان النص على ذكر الآلات الميكانيكية زيادة في البيان على اعتبار أنها تحتاج دوماً إلى عناية خاصة في تحريكها وإدارتها ومتابعتها.

## خاتمة البحث

وذكر في الخاتمة أبرز نتائج البحث والتوصيات.

### أولاً: نتائج البحث

1. الحراسة مفهوم قانوني غير معروف قديماً، اقتضته ضرورة تغطية مستجدات التطور المتسارع في الواقع بحكم قانوني يحمي المتضرر، وتقتصر المسؤولية التقصيرية بمفهومها التقليدي عن تغطية أحكامه.
2. أنّ تغطية أحكامه بأحكام الضمان في الفقه الإسلامي بموجب المباشرة والتسبب قد يتعسر لخصوصية أحكام حراسة الأشياء في الفقه والتشريع القانونيين، اللذين اقتضيا إقامة مسؤولية حارس الأشياء عمّا يحدثه الشيء بفعله على خطأ مفترض بموجب النظرية الشخصية أو الضرر المجرّد عن النظر إلى وصف فعل الحارس أو العلاقة السببية بالمباشرة والتسبب بموجب النظرية الموضوعية. وهذا ما دفع المشرع الإماراتي بموجب رأي واضعي المذكرة الإيضاحية، وكذلك قضاء المحكمة الاتحادية إلى اعتماد أحكام هذه الحراسة مع محاولة بنائها على المباشرة، بغية تحصيل المناسبة بين أحكامها المقررة في الفقه والتشريع القانونيين المعاصرين والمحافظة على مبدأ الضمان في الفقه الإسلامي، وهذا أوقع اضطراباً في صياغة نصّ المادة 316 من قانون المعاملات المدنية، وتعارضاً مع المبدأ المذكور.
3. أنّ غالب حالات مسؤولية حارس الأشياء تخرّج على أنّ نسبتها إلى الحارس تسبباً وليس مباشرة، بحسب ما تمّ عرضه وبيانه في طيات البحث، وبالتالي كان الأولى بتقديرنا اعتماد المصلحة الشرعية سبباً لإيجاب الضمان بدلاً من التعسف في تخريجها على أساس المباشرة. والعمل بالمصلحة الشرعية معتبر في الفقه الإسلامي، وعلى تحقيقها تدور أحكام الشريعة الإسلامية.
4. أنّ الفقه القانوني اختلف في تحديد نطاق هذه الحراسة، وبالتالي اختلف فقهاء القانون في تحديد ماهية الحراسة، وتبع ذلك اختلاف الاتجاهات التشريعية في ذلك. وتقدم في أوراق هذا البحث أنّ من الفقهاء من رأى أنّ المراد بالحراسة الحراسة القانونية، وذهب الرأي الراجح والسائد في

التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية، مع مراعاة عدم التمييز بين الأشياء الخطرة التي تتطلب عناية خاصة والأشياء غير الخطرة.

المرحلة الرابعة: وفيها تمّ اعتماد قيام مسؤولية حارس الأشياء عن الضرر الذي لحق المضرور من جراء فعل شيء متى كان الشيء يتطلب عناية خاصة، ويلحق بهذا المعنى الآلات الميكانيكية لأنها دائماً بحاجة إلى رعاية أو عناية خاصة، ويعتبر الشيء مقتضياً لرعاية أو عناية خاصة إذا كان الشيء خطراً بذاته أو بسبب ما يلابسه من ظروف يقوم معها إمكان إضراره بالغير 195، ما لم يكن الشخص قد تعدد الحاق الضرر بالمضرور بواسطة هذا الشيء، لأننا نكون في هذه الحالة إزاء مسؤولية الشخص عن فعله الشخصي. وهذا هو اتجاه المشرع الإماراتي في المادة 316 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع الأردني في المادة 291 من القانون المدني الأردني. وهذا الاتجاه يفرق عن سابقه بقصره نطاق مسؤولية الحارس على الأشياء التي تحتاج الى عناية خاصة ومنها الآلات الميكانيكية وليس على عموم الأشياء التي تكون تحت سيطرة الحارس، فضلاً عن عدم اعتماده الخطأ المفترض الذي اعتمده الاتجاه السابق أساساً لقيام المسؤولية.

195 . يمكننا القول أنّ الكلام في وجوب مراعاة عناية بأمر ما هو أقرب إلى التسبب منه إلى المباشرة ، لأنّ الضرر يترتب على فعل الشيء حال تراجع فعل العناية عن القدر المطلوب ، فلا يكون فعل الحارس مباشراً إلا إذا استعمل الشيء بصورة يكون فيها فعل الشيء منسوباً إليه باعتباره جزءاً من حركته ، كاستعمال السيف بيد الضارب .

الشيء؟ وفي الجواب عن ذلك يلزمنا النظر الى التطور الذي لحق حكم هذه الجزئية، وقد ظهر لنا في هذا الجانب أن التطور مر عبر أربع مراحل، نوجزها في الآتي:

المرحلة الأولى: اعتمد القضاء الفرنسي أولاً مذهباً أن الضرر يعتبر عائداً إلى فعل الشيء في حالتين؛ إحداهما أن ينتج الضرر عن فعل ذاتي للشيء، وهذا يعني عدم تدخل الانسان في حركة أو ادارة هذا الشيء، والثانية أن يدير الانسان الشيء ويترتب الضرر عن الشيء لا لتدخل الانسان في تحريك أو ادارة الشيء ولكن لعيب ذاتي في الشيء كان السبب في حدوث الضرر، مثاله انحراف سيارة عن مسارها الطبيعي بسبب انفجار عجلة فيها، فترتب على ذلك ضرر لحق الغير. وظاهر مما تقدم أن المسؤولية لا تترتب على من يدير هذا الشيء، بموجب هذا الرأي، إلا إذا صدر منه خطأ يوجب مساءلته. وهذا الرأي لا يتناسب ومقتضيات تطور الواقع الذي أوجب توسيع نطاق المسؤولية.

المرحلة الثانية: ذهبت فيها محكمة النقض الفرنسية في سنة 1927م، إقراراً منها بوجود توسيع نطاق المسؤولية لتشمل الوقائع المستجدة التي تقصر المسؤولية التصويرية بمفهومها التقليدي أو الضيق عن شمولها، إلى أن المسؤولية الشبيهة تنشأ عندما يكون الشيء خطراً في ذاته. وانتقد هذا الرأي لقصوره في ذكر أو بيان المعيار الموضوعي الذي يكون الشيء بموجبه خطراً أو غير خطر بذاته، فالشيء الواحد قد يكون خطراً في حالة أو ظرف ولا يكون خطراً في حالة أخرى، بمعنى أن الخطورة ههنا لا تصح نسبتها الى ذات الشيء وانما تعود نسبتها الى الظروف المحيطة بالشيء أو الملابس له.

المرحلة الثالثة: وتمثل مرحلة انتقال القضاء الفرنسي لسد النقص الحاصل بالعمل بأحد الرأيين السابقين إلى بناء رأيه أو مذهبه على فكرة الحراسة، على أن المراد بها الحراسة المادية القائمة على السيطرة الفعلية على الشيء، ( ويذهب الشراح إلى أن الضرر يعتبر راجعاً الى فعل الشيء متى أفلت هذا الشيء من زمام حارسه، ويفترض أن الشيء قد أفلت من زمام الحارس متى وقع الضرر، ما لم يكن الحارس قد استخدم الشيء عمداً في ايقاع الضرر ) 194. ومفاد ذلك أن المسؤولية تكون عن الفعل الشخصي اذا استعمل الفاعل الشيء عمداً في الحاق الضرر بالمضروب، وما كان سوى ذلك فيعتبر مسؤولاً عنه باعتباره حارساً على الشيء، ومسؤوليته تقوم على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، لأنّ التزامه

<sup>194</sup>. أنور سلطان - المرجع السابق - ص 382-383.

هو خطأ مفترض، أنّ المسؤولية لا تقوم حال تدخل الشئ سلبياً وإنما تنحصر في الضرر الناشئ عن تدخل الشئ ايجابياً<sup>191</sup>. ويمكننا أن نخرج المسؤولية بحسب الرأي الآخر الذي يرى أنّ أساس مسؤولية الحارس هو الضرر، بمعنى أنّ مسؤوليته مسؤولية موضوعية، أنّ المسؤولية تقوم في الحالتين إلا ما استثناءه القانون، وذلك قاصر على حالة عدم إمكان التحرر من وقوع الضرر بالشئ<sup>192</sup>. ولكن يجب بتقديري حال التمسك بقواعد الضمان في الفقه الإسلامي في هذا الموطن أعمال القواعد العامة في اجتماع المباشر والمتسبب، والتي لا يلزم فيها دائماً تقديم المباشر على المتسبب فهناك حالات يتقدم فيها المتسبب على المباشر، وقد يجتمعان في المسؤولية في أحوال أخرى<sup>193</sup>. أما على افتراض نصّ القانون على تضمين حارس الأشياء مراعاةً للمصلحة، وهو ما اقترحناه، فلا حاجة لإعمال قواعد المباشرة والتسبب، وقواعد اجتماعهما، لأنّ حكم النصّ جاء استثناءً من حكم القاعدة العامة لمقتضي، وهي المصلحة.

#### تحرك الشئ بيد الانسان:

ويبحث في هذا الافتراض السبب في وقوع الضرر عن الشئ اذا كان الشئ يحركه الانسان أو يديره، بمعنى هل السبب في وقوع الضرر فعل الانسان ام

<sup>191</sup>. في هذا الاتجاه الدكتور أنور سلطان - المرجع السابق - ص 381-382. وهو ما يفهم من كلام الدكتور مصطفى الجمال - المرجع السابق، ص 587 - 589.

<sup>192</sup>. وممن يرى أنّ مسؤولية حارس الأشياء في القانون المدني الأردني مسؤولية موضوعية الدكتور عبد القادر الفار - انظر له مصادر الالتزام - ص 234.

<sup>193</sup>. جاء في المذكرة الإيضاحية، ص 283 - 284: (أما إذا كان السبب مما يفضي إلى التلف فيرتب الحكم على المتسبب، مثال ذلك؛ لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فانكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشراً، لأنّ السبب هنا أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل. كذلك لو شقّ شخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطع جبلاً معلقاً به قنديل الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً فقط، لأنّ فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة. وقد نصّت المادة 913 من المجلة أنه "إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن". .. كما نصّت المادة 915 من المجلة أنه "لو جرّ أحد ثياب غيره وشققها يضمن قيمتها كاملة، وأما لو تشبّث بها وانشقت بجرّ صاحبها يضمن نصف قيمتها. كذلك لو جلس أحد على أذيان ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك الشخص نصف قيمتها". أقول؛ في المثالين الأخيرين المذكورين في المادة 915 من المجلة اجتمع المباشر والمتسبب في إحداث الضرر فاشتركا في ضمانه، لأنّ فعل كلّ واحد منهما غير كافٍ في إحداث الضرر، وإنما ترتب الضرر باجتماع الفعلين. انظر في تلك القواعد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ج1/ 283-285، نظرية الضمان - وهبة الزحيلي - ص 41-46.

محدث الضرر بالمباشرة ولو كان غير مميز، فكان التأسيس على المباشرة مخرجا لهما من القول بالخطأ المفترض.

ولا يرد على هذا التسبب الاعتراض بأن مسؤولية حارس الأشياء بموجب النظرية الموضوعية تقام على الضرر دون البحث في نسبة الخطأ إلى فعل الحارس، لأن المسؤولية في النظرية الموضوعية تجاوز البحث فيها وصف الفعل أو العلاقة السببية بين الفعل والضرر بالمباشرة والتسبب اكتفاءً بجعل الضرر موجبا للمسؤولية على أي حال كان وصف الفعل والعلاقة السببية.

وبتقديره، كان الأولى بشرّاح المذكرة الإيضاحية التصريح بأن إلحاق فعل الشيء أو الآلة الذي أفضى إلى الضرر بالمباشرة، وبشكل مطلق، جاء استثناءً من حكم القاعدة العامة في التسبب، وذلك في الحالات التي يصدق على وصف فعل الحارس فيها بالتسبب بإحداث الضرر، مراعاةً لمصلحة المتضرر بفعل الشيء أو الآلة التي تعذر فصل عموم نشاط الإنسان عنها، وذلك استثناءً لهذه الجزئية من حكم مثيلاتها إلى حكم آخر لمقتضي، والمقتضي هنا هو كثرة الأضرار الواقعة بفعل الشيء أو الآلة والتي لا تعين قاعدة التسبب على تغطيتها بحكم الضمان، والعدل يقتضي إيجاب الضمان فيها مراعاةً لمصلحة المضرور، وهذا ما يُعرف في قواعد أصول الفقه الإسلامي بـ (الاستحسان) ، وجماع معناه فيما لا نص فيه أنه: عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة إذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي 190. فيكون دليل تضمين الحارس، ولو كان غير مميز، هو نص القانون، وليس القواعد العامة في الضمان التي تعتمد ضوابط المباشرة والتسبب، مراعاةً لمصلحة معتبرة قانوناً.

و بالرجوع إلى آراء شرّاح القانون نجد أن الأصل عند من يرى أن أساس مسؤولية الحارس في القانون المدني الأردني و قانون المعاملات المدنية الإماراتي،

190 . أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م - الأستاذ المتمرس مصطفى الزلمي و الباحث - المركز القومي للنشر - الأردن - ط1 / 1999م ، ص 156 . ومن أمثلة تطبيق الصحابة رضوان الله عليهم مبدأ الاستحسان؛ قضاء سيدنا عمر بن الخطاب بجواز وصية الصغير المميز والسفيه استثناءً من شروط أهلية التبرع ، وقضاء سيدنا عثمان بن عفان بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها استثناءً من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث بين الزوجين ، وقضاء سيدنا علي بن أبي طالب بتضمين الصانع استثناءً من القاعدة العامة التي ورد بها الحديث الشريف: ( لا ضمان على المؤمن ) . انظر المرجع نفسه ، ص 161 .

وإذا تبيننا نطاق التدخل الايجابي للشيء انكشف لنا نطاق التدخل السلبي للشيء، وهو يضمّ حالتين أيضاً؛ إحداهما تحقق الضرر عن الشيء الذي كان في وضعه الطبيعي فارتطم به شخص فأصيب بضرر 189، والثانية تحقق الضرر عن الشيء المتحرك، ولكن لم يكن تحركه هو العلة في حدوث الضرر بل أن وراء الضرر فعل غير فعل الشيء، كأن يكون فعل المضرور نفسه، مثال ذلك أن تدهس سيارة متحركة في مسارها الطبيعي وملترزم قائدها بالسرعة المحددة وبانظمة وقواعد السير شخصاً انزلق أمامها فجأة، هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

أقول؛ والتسبب في حالتي التدخل السلبي للشيء أوضح منه في حالتي التدخل الايجابي للشيء في إحداث الضرر، فوقوف السيارة في موضعها الطبيعي لا يلزم منه إلحاق ضرر بالمرتطم بها لولا فعله الذي توسط بين الوقوف في الموضع الطبيعي والضرر، وأن الدهس في الحالة الثانية ما كان ليحدث لولا توسط انزلاق المدهوس بين حركة السيارة والضرر الذي لحقه، بل أن ضابط تمييز التدخل السلبي عن التدخل الايجابي هو انتفاء صلة السببية بين الشيء والضرر لما كان ضابط التدخل الايجابي قيام صلة السببية بين الشيء والضرر، وانتفاء صلة السببية يناقض القول بالمباشرة. وأضيف إلى ما تقدم، أن الشيء أو الآلة في إحداثه الضرر قد توسط بين فعل الحارس والضرر الواقع بفعل الشيء، ففعل الشيء أو الآلة، اعتباراً بمراعاة قاعدة التسبب، سبب أضيف إلى فعل الحارس، وإن وقعت حركة الشيء والآلة بفعل الحارس حال كونه المحرك لهما بفعله، ما لم يكن الشيء ملحفاً بفعل الفاعل لانعدام الفصل بينهما عادة، كالجرح بألة حادة بيد الفاعل. وفي ضوء ما ذكر شكل اجتماع السببين علة إحداث الضرر، واللازم من هذا التخريج نسبة الضرر الناشئ بفعل الشيء إلى الحارس تسبباً وليس مباشرة كما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للقانونين الإماراتي والأردني، ومتابعة قضاء المحكمة الاتحادية الإماراتية لهذا الاتجاه.

وهذا التخريج يثير بالضرورة السؤال عن سبب تحديد المذكرة والقضاء المباشرة سبباً للضمان، وليس التسبب؟. وجوابه بتقديري إدراك واضعي المذكرة، وكذلك القضاء أن في تحديد التسبب سبباً للضمان الضرر الناشئ بفعل الشيء دون المباشرة يلزم منه اشتراط التعمد أو التعدي في فعل الحارس لإيجاب الضمان عليه، وهذا لا يتناسب وأحكام إقامة الضمان عن حراسة الأشياء والآلات التي اعتمدها مشرعا قانون المعاملات المدنية والقانون المدني الأردني في ضوء مبدأ الزام

189 . أنظر: عبد الخالق حسن - المرجع السابق - ص 349 .

التدخل السلبي والتدخل الايجابي : أما في التفرقة بين التدخل السلبي والتدخل الايجابي فقد قيل أن التدخل السلبي هو وقوع الضرر حالة كون الشيء ساكناً ( غير متحرك )، وبالتالي يكون التدخل الايجابي على عكس هذا المعنى، أي وقوع الضرر في حالة كون الشيء متحركاً. فيكون التقسيم بموجب هذا الرأي ثنائياً وليس رباعياً، بمعنى أن التدخل السلبي يرادف تدخل الشيء حال سكونه وأن التدخل الايجابي يرادف تدخل الشيء حال حركته.

وقد انتقد هذا الرأي بالرأي السائد الذي مفاده أن الشيء إذا رتب الضرر وهو في وضعه الطبيعي كوقوف السيارة في مكانها المخصص يكون تدخل الشيء سلبياً، وإذا كان الشيء في غير وضعه الطبيعي يكون الضرر ناشئاً عن تدخله إيجابياً، وفي الحالتين فإن الشيء في وضع غير متحرك (ساكن) ؟، ولذلك ساد فقهاً وتشريعاً التقسيم الرباعي الذي يرى أن التدخل الايجابي يتحقق عند قيام صلة السببية بين الشيء والضرر، بمعنى أن الشيء تدخل في إحداث الضرر، وتعتبر العلاقة السببية متحققة كلما كان الشيء في حالة تفضي عادة الى إمكان حدوث الضرر 184، وهذا يتحقق في حالتين 185؛ إحداهما أن يكون الشيء في حالة سكون ولكن في غير وضعه الطبيعي 186، والثانية أن يكون الشيء في وضع متحرك، كأن تكون السيارة تسير في الطريق المخصصة لها ومصابيحها مطفأة 187. ولا يشترط لذلك أن يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بالجسم الذي يصيبه الضرر، فإذا سارت سيارة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب، كان حارس السيارة مسؤولاً عن هذه الإصابة. وبالمثل إذا وقعت السيارة فجأة فاضطرت السيارة التي خلفها إلى الانحراف تقادياً للاصطدام بها فاصطدمت بشجرة، فإن حارس السيارة الأولى يكون مسؤولاً عن هذا الاصطدام 188. وواضح في المثالين المذكورين أن المسؤولية ترتبت على المتسبب دون المباشر، فزيادة سرعة السيارة لا يوجب سقوط احد المارة لولا توسط فزعه بين السرعة والسقوط، وأن وقوف السيارة المفاجئ لا يلزم منه اصطدام السيارة التي خلفها بشجرة لولا توسط انحراف السائق وفقدته سيطرته على قيادة السيارة.

184 . أنظر ؛ عبد الخالق حسن - مرجع سبق ذكره - ص 348 .

185 . أنظر ؛ مصطفى الجمال - مرجع سبق ذكره - ص 587 .

186 . وهنا يكون حارس الشيء متسبباً في إحداث الضرر وليس مباشراً له ، وهذا ظاهر .

187 . وهنا قد يكون حارس الشيء مباشراً أو متسبباً ، وقد يشترك الحارس مع المتضرر في إحداث

النتيجة ( الضرر ) ، بمعنى أن فعل كل واحد منهما غير كافٍ في إحداث النتيجة . أنظر ما سيرد في

الهامش 118 .

188 . مصطفى الجمال - مرجع سبق ذكره - ص 587 .

المتسبب في حادثة؛ هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة<sup>180</sup>. وهذا التعريف قاصر بطني، لاحتياجه إلى بيان معنى "يؤدي و يباشرها مباشرة". وقالوا في المتسبب أنه؛ الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة، إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار<sup>181</sup>.

أقول؛ ما جاء في التعريف الأخير من قيد الفعل بفعل فاعل مختار محل نظر بطني، اعتباراً بأن الفاصل بين المباشرة والتسبب قائم في أنّ المباشرة تشكل علة كافية بذاتها في إحداث التلف أو الضرر، بعكس التسبب فهو علة غير كافية بذاته في إحداث التلف أو الضرر إلا إذا انضم إليه ما يكون بهما التلف.

وقد فصلت المادة 888 من مجلة الأحكام العدلية بينهما بمثالين واضحين لم تشترط لقيام التسبب فيهما فعل مختار، بحسب الآتي: ( ... كما أنّ من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. وكذلك إذا شقّ أحد طرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن، يكون قد أتلف الطرف مباشرة والسمن تسبباً )، وجاء في شرحها: فإنّ انكسار القنديل لم يقع بفعل الفاعل مباشرة بل قد تخلل السقوط 182 بين القطع والانكسار... وكذلك إذا شقّ أحد طرفاً فيه سمن فتلف السمن بسبب سيلانه، فإنّ فعل الفاعل وهو شقّ الطرف لم يحدث إتلاف السمن مباشرةً بدليل أنّ السمن لو كان جامداً لما تلف منه شيء، بل قد تخلل بين فعل الفاعل وهو الشق وبين إتلاف السمن شيء آخر وهو قوة السيلان في السمن، ألا ترى أنه لو كان جامداً لم يتلف<sup>183</sup>.

وبعد؛ فأذكر حالات ترتب الضرر على فعل الشيء، وسيكون واضحاً ما كان منها مباشرةً وما كان منها تسببياً، مع ترتب الضمان في الحالتين ممّا دلّ على ضعف تخريج المذكورة: (فكان ما يحدث عنها - أي الآلة - من الضرر من قبيل المباشرة ..).

180 . الزرقا - المرجع السابق - 2 / 1045 .

181 . الزحيلي - المرجع السابق - 189 .

182 . أرى أنّ الأصح في التسبب بالانكسار هو الارتطام بجسم صلب وليس مجرد السقوط، فالسقوط على جسم غير صلب كالإسفنج أو شبكة معلقة بين القنديل والأرض لا يوجب الانكسار عادةً.

183 . منير القاضي - شرح المجلة - 2 / 271 .

السقوط يعتبر خطأ، وأنّ توسط اهتزاز القطار ( الفعل الايجابي ) بسبب عدم اتخاذ تلك الإجراءات، والذي أفضى إلى حدوث الضرر، بين الحارس والضرر، يعتبر تسبباً وليس مباشرة.

#### المباشرة والتسبب:

المباشرة في اللغة من البشرة، والبشرة؛ أعلى جلد الرأس والوجه والجسد من الإنسان، وباشر الأمر؛ وليّة نفسه. ومباشرة الأمر؛ أن تحضره بنفسك وتليه بنفسك. " وهو مثل بذلك، لأنه لا بشرة للأمر إذ ليس بعين " 172.

وقالوا في معناها اصطلاحاً أنها؛ كون الحركة بدون توسط فعل آخر 173. وفي هذا التعريف تمّ إطلاق الفعل، فلم يقيد بأنه إرادي أو غير إرادي، أو أنه فعل إنسان أو غيره. وقالوا في المباشرة أنها؛ إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر 174. أقول عبارة " بالذات " مجملة تحتاج إلى بيان . وعرفت المباشرة بـ؛ أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار 175. وفي هذا التعريف تمّ تقييد الفعل المتوسط بفعل مختار، على خلاف التعريف الأول. وقالوا في المباشر بأنه؛ الذي يحصل الأثر بفعله 176، وأنه الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار 177.

أقول ؛ وصف الفعل المتخلل بالاختيار محل نظر بظني ، بحسب ما سيأتي بيانه في تعريف التسبب .

أما التسبب فهو من السبب، والسبب في اللغة؛ كلّ شيء يتوصل به إلى شيء آخر. 178. والتسبب في الاصطلاح؛ إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب 179. وقالوا في هذا المعنى؛

172 . ابن منظور - لسان العرب - 4 / 59 .

173 . الجرجاني - التعريفات - 252 .

174 . المادة 887 من مجلة الأحكام العدلية .

175 . أحمد بن محمد الحموي الحنفي - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية

- بيروت - ط1 / 1985م - 1 / 465 .

176 . مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - دار الفكر - دمشق ط6 - 1 / 1044 .

177 . وهبة الزحيلي - نظرية الضمان - دار الفكر - دمشق - ط2 / 1998م - ص188 .

178 . ابن منظور - لسان العرب - 1 / 458 .

179 . المادة 888 من مجلة الأحكام العدلية .

168. ثم أنّ العلاقة السببية بين الفعل والضرر قد توصف بالمباشرة وقد توصف بالتسبب، ووصفها بالمباشرة هو اتجاه المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية بقولها: ( .. أما الآلة فليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من الضرر من قبيل المباشرة، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي .. ) (169، وجاء في قرارات لقضاء المحكمة الاتحادية العليا ما يؤيد هذا الاتجاه، منها: ( .. جواز درء هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن التحرّر منه بما يقطع رابطة السببية، خطأ الغير، لا يعدّ سبباً أجنبياً إلا إذا كان مباشراً، ذلك أنّ العبرة بالمباشرة دون التسبب .... أنّ كلّ ما يحدث عن هذه الأشياء من ضرر هو من قبيل الضرر المباشر، وهذه المباشرة لا يشترط فيها التعدي. والضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه ويكون ضامناً له تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم وليس تطبيقاً لفكرة الخطأ المفروض ... ) (170).

ولكن توصف العلاقة بالتسبب أيضاً بتقديرنا بل هو الغالب إن لم يكن هو الأصل في هذا الباب، وذلك لقصور المباشرة عن احتواء جميع جزئيات أو صور مسؤولية حارس الأشياء، ولتوسط فعل الشيء بين الحارس والضرر. وهذا ما أراه بحسب ما سأذكره قريباً لكن بعد بيان موجز لمعنى المباشرة والتسبب، وقد جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا ما يفيد اعتبار التسبب كافياً لقيام العلاقة السببية، وفيه: ( .. لما كان وكان البيّن من الحكم المطعون فيه الذي أيدّ حكم محكمة أول درجة أنه أقام قضاءه على أساس أنّ الطاعنة الأولى هي الحارسة على القطار والمسيطرة عليه استعمالاً وتوجيهاً ورقابة، وأنّ سقوط المطعون ضده كان بفعل إيجابي من القطار وهو اهتزازة أثناء سيره وليس بخطأ من المطعون ضده، وكان هذا الأساس موافقاً لما نصّت عليه المادة 316 من القانون، وله ما يؤيده في الأوراق، وكان من الممكن التحرّر من هذا السقوط باتخاذ الإجراءات الوقائية التي تحول دون هذا السقوط، ومن ثمّ فإنّ النعي عليه بما سلف بيانه يكون على غير أساس متعيّن الرفض .. ) (171، فعدم اتخاذ الإجراءات الوقائية التي تحول دون

<sup>168</sup> . انظر: أنور سلطان - مرجع سبق ذكره - ص 381 .

<sup>169</sup> . المذكرة الإيضاحية .. مرجع سبق ذكره - ص 320 . وانظر؛ عبد الخالق حسن - المرجع السابق - ص 350 .

<sup>170</sup> . الطعن رقم 621 لسنة 23 القضائية - مجموعة الأحكام .. - السنة السادسة والعشرون ( 2004م ) - العدد الثالث - ط 1 / 2006م - ص 1733 و 1735 .

<sup>171</sup> . الطعن رقم 113 لسنة 18 القضائية - مجموعة الأحكام .. مرجع سبق ذكره - السنة التاسعة عشرة ( 1997م ) - العدد الأول - ص 90 .

### المبحث الثالث

احكام الحراسة الفعلية للأشياء والآلات في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

يثبت حكم ضمان الضرر الناشئ عن فعل الشيء بتحقيق شروط ثلاثة  
166تضمنتها المادة 316 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي تقابل المادة  
291 من القانون المدني الاردني والمادة 178 من القانون المدني المصري، هي:

أن يكون الشيء خطراً بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به<sup>167</sup>.

أن يكون الشيء أو الآلة تحت سيطرة فعلية لشخص.

أن يقع الضرر بفعل الشيء أو الآلة .

أما بخصوص الشرط الثاني فقد تقدم الكلام في معنى حارس الأشياء والحراسة الفعلية بما أغنى عن بيانها مرة أخرى منعاً للتكرار والإطالة. ومن باب التذكير أقول أن الحراسة في قانون المعاملات المدنية هي الحراسة الفعلية لقول المشرع (كلّ من كان تحت تصرفه أشياء )، والحارس هو من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء أكانت يده مشروعة كالمالك والخلف الخاص والخلف العام أم غير مشروعة كالغاصب والسارق. بمعنى أن صاحب اليد على الشيء باعتبار الأصل هو مالكة ولكن قد تتبدل اليد من خلال انتقال الشيء الى يد أخرى بطريق مشروع كما في انتقاله الى يد الخلف الخاص أو الخلف العام، وقد ينتقل الشيء الى غير يد المالك بطريق غير مشروع كما في انتقاله الى يد الغاصب أو السارق . فكان عموم تبدل اليد في هذا القانون معتبراً في الحكم، بحسب ما تقدم.

وأجمع بيان الشرطين الأول والثالث في الآتي:

أنّ فعل الشيء قد يكون ايجابياً وقد يكون سلبياً، وقد يكون فعله عن وضع ساكن وقد يكون عن وضع متحرك، كما أنّ يد الانسان تكون عادة وراء الشيء في تحركه

<sup>166</sup> . سار الفقه على أنها شرطان، جامعا بين الشرطين الأول والثاني على أنهما شرط واحد، والحقيقة أنهما شرطان كما هو ظاهر أعلاه في متن البحث.

<sup>167</sup> . ( واعتبار الشيء من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو لا تحتاج إلى ذلك، تعد مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض ). عبد الخالق حسن - المرجع السابق - ص 348.

وبناءً على ما تقدم يعتبر حارساً " كل شخص تكون له على الشيء سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة، بحيث يستطيع استعمال الشيء مستقلاً به تمام الاستقلال لصالح نفسه" (162)

وقد تقدم أنّ المشرع الإماراتي تبنى هذا الاتجاه في المادة 316 من قانون المعاملات المدنية المتقدم ذكرها، وجاء التصريح بهذا الوصف في قرارات القضاء الإماراتي، وهي بدرجة التفسير القضائي لنصّ المادة المذكورة، ومنها: (إنّ مسؤولية حارس الأشياء طبقاً لنص المادة 316 من قانون المعاملات الإماراتي تتحقق إذا كان تحت تصرف الحارس شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره، وأنّ هذا الحارس يسيطر على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة سواء كان مالكا أو غير مالك ..) (163، و) قد استقرّ القضاء في إعماله لهذا النصّ على أنّ العبرة في الضمان بحراسة الشيء، وهي تتحقق متى ثبتت السيطرة الفعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة على ذلك الشيء، وأنه إذا تسلّم المشتري ذلك الشيء سنداً لعقد بيع وبنية استعماله والتصرف فيه تصرف المالك أصبح الحارس عليه ولو كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية، لأنّ العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية ..) (164. وقد نصّت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون على: (والتعبير بـ " كلّ من كان تحت يده أشياء .." فُصِدَ به من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء أكان مالكا أم غير مالك ... ) (165 .

واستدرك على هذا الاتجاه بالقول أنّ إعمال قيود؛ الاستعمال والتوجيه والرقابة، بحسب ما تقدم بيانه أنفاً، إذا كان يقتضي توفر أهلية فإنّ ذلك سيبعد من ليست له أهلية أداء عن إمكان وصفه بحارس الشيء الذي وقع الضرر بفعله، وهذا يتصادم مع اتجاه المشرع الإماراتي، بحسب مذهب المذكرة الإيضاحية وقضاء المحكمة الاتحادية العليا. فلزم لذلك التكلّف بتخريج ذلك بالقول أنّ القيود المذكورة تفيد القدرة الفعلية عليها وليس القدرة الإرادية، ليستقيم بهذا التخريج إيجاب الضمان على حارس الشيء الذي ترتب الضرر على فعله ولو كان غير مميز، وإلا فظاهر النصّ لا يعين على ذلك، بحسب ما تقدم بيانه.

(162) حمزة - مرجع سبق ذكره - ص 241 .

163 . الطعن رقم 113 لسنة 18 القضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا -

السنة التاسعة عشرة ( 1997م ) - ص 88 .

164 . الطعن رقم 209 لسنة 17 قضائية - المرجع السابق . ص 465 .

165 . المذكرة الإيضاحية للقانون الإماراتي - ص 320 .

إرادياً اشترط فيه ما يشترط في العقد من أحكام، غير أن انتقال الحراسة بموجب نظرية السلطة الفعلية قد يكون بسبب مشروع وقد يكون بسبب غير مشروع كما في السرقة والغصب(156)، على أن التابع الذي يستخدم الشيء لمصلحة متبوعه لا يكون حارساً لبقاء سلطة المتبوع في رقابة وتوجيه الشيء، بخلاف التابع الذي يستخدم الشيء لمصلحة نفسه خارج تعليمات متبوعه(157)، لوقوع هذه السلطات فعلياً بيده .

أما من حيث إثبات الحراسة فأقول؛ تستصحب حراسة مالك الشيء، للعلم بقيامها، حتى يقوم الدليل على انتقال الحراسة عنه بسبب مشروع أو خروج الشيء من تحت يده بسبب غير مشروع، بمعنى أن هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس(158)، وهذا يفيد أن السلطة القانونية لم تهمل بشكل كلي، فالحكم يبتدئ بها، ويستصحب حتى يقوم الدليل على خلافه، وعبء الإثبات يقع بالضرورة على من يدعي خروج الشيء من يده بسبب مشروع أو غير مشروع.

ولا يلزم لقيام السيطرة الفعلية اشتراط الحيازة المادية للشيء، فمن يترك السيارة التي يقودها في موقف غير مصرح به قانوناً، مع احتفاظه بسلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، يبقى هو الحارس(159). بل لا يشترط مباشرة الشخص لمظاهر السيطرة الفعلية على الشيء عند وقوع الضرر(160)، لأن شرط ثبوت الحراسة الفعلية القدرة على السيطرة وليس تحقق السيطرة بالفعل، فإذا كان بمقدوره أن يسيطر على الشيء فهو حارس له وهو مسؤول عن الضرر الناجم عنه. وهذا الشرط يدل على وجوب أن يكون للحارس حق توجيه الشيء بإرادته الحرة، فإذا ما انتفت إرادته في توجيهه كما في حالة الإكراه فلا مسؤولية عليه.(161).

(156) أنظر : الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 58 .

(157) أنظر في ذلك: عبد الخالق حسن أحمد - الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مصادر الالتزام- كلية شرطة دبي - ط3 / 1999م - ص 347 . حمزة - مرجع سبق ذكره - ص 241

(158) أنظر : شنب - مرجع سبق ذكره - ص 88 ، ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 138 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 50 ، عبد الخالق حسن - المرجع السابق - ص 346 .

(159) ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 135 .

(160) أنظر : ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 136 .

(161) بدر جاسم اليعقوب - المسؤولية عن الأشياء الخطرة في القانون الكويتي - دار القرآن الكريم - الكويت - ط 1 / 1980م - ص 72 .

القانونية (151)، وذلك بعدما تعرّس التمسك بنظرية الحراسة القانونية مع ما وجّه إليها من انتقادات. وقد بدأ هذا التوجّه وثبت بحكم لمحكمة النقض الفرنسية في 1941/12/2 بما عرف بقضية فرانك، وفيه أقرت مبدأ أن مالك الشيء المسروق لا يكون حارساً له لأنه يكون محروماً من استعماله ومن توجيهه ورقابته (152).

وقد أسندت القوانين المدنية العربية مصطلح حراسة الأشياء إلى المعنى الذي اعتمده هذه النظرية، أي الحراسة الفعلية، ومنها القانون المدني الأردني والمصري والعراقي والجزائري والسوري والكويتي والسوداني والليبي واللبناني (153). وكذلك الحكم في قانون المعاملات المدنية الإماراتي بموجب منطوق المادة 316 منه: (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة).

وتقدم تعريف محكمة النقض المصرية الحارس بأنه: " هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً " (154)، كما عرفت محكمة النقض المصرية الحارس، ولكن بقضية حراسة الحيوان، بأن: " حارس الحيوان هو من له السيطرة الفعلية على الحيوان، ويملك سلطة التصرف في أمره، والعبارة بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه " (155)، وهذا يفيد هجر نظرية السيطرة القانونية إلى نظرية السيطرة الفعلية.

والحراسة بموجب هذه النظرية تنتقل إلى غير المالك، ولكن نطاق انتقالها أوسع من نطاق انتقالها بموجب نظرية السلطة القانونية، فانتقال الحراسة إلى غير المالك بموجب نظرية السلطة القانونية لا يكون إلا بسبب مشروع، وإذا كان السبب

(151) شنب - مرجع سبق ذكره - ص 79 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 57 ، 71 ، ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 134 .

(152) شنب - مرجع سبق ذكره - ص 80 .

(153) راجع الهامش رقم 12 من هذا البحث ، وأنظر : معوض عبد التواب - مرجع سبق ذكره - ج 640/1 ، أمجد ، 333 ، شنب - مرجع سبق ذكره - 82 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 59 .

(154) فودة - مرجع سبق ذكره - ص 407 .

(155) أمجد - مرجع سبق ذكره - ص 325 ، وأنظر في التعريف بنظرية الحراسة الفعلية لـ: أنور سلطان - مرجع سبق ذكره - ص 373 ، 380 .

الأخيرين، السارق والغاصب، على الشيء ليست قانونية وإن كانت فعلية، فيبقى المالك مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن الشيء رغم خروجه من سيطرته الفعلية (148)، وأن هذا الاتجاه قد يشكل باعثاً على السرقة والغصب، بل قد تجعل السارق أو الغاصب غير مكترث وغير محتاط في استعمال الشيء المغصوب أو المسروق لعلمه أنه ليس حارساً عليه (149) .

وجاء في نقد النظرية أيضاً؛ أن الربط بين الحراسة والسلطة القانونية على الشيء ليس له سند قانوني، فالفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي لم تشر إلى هذا الشرط لتحقيق السلطة، والمادة 1385 التي لم تشترط الحيابة المادية للحيوان، لا يلزم منها القول بأن مناط الحراسة هو السلطة القانونية (150) .

أقول ؛ تقدم قريباً أن أنصار هذه النظرية اعتمدوا قياس مسؤولية حارس الأشياء على مسؤولية حارس الحيوان اعتباراً بأنّ علة الحكم غير منصوص عليها في نصّ المادة 1385 من القانون المدني الفرنسي، ولما كانت العلة مستنبطة فهي ليست بالضرورة محل اتفاق بل هي في الغالب محل اختلاف أنظار الفقهاء، وبالتالي يبعد بظني القول أن أنصار هذا الاتجاه لا سند لهم من القانون، بل سندهم الخطاب القانوني غير المنصوص عليه المتضمنّ التعليل المدرك بأفهام فريق ممن له اختصاص معرفي قانوني بأنه مناط الحكم المنصوص عليه، وإن كان لغيرهم من ذوي الاختصاص فهماً آخر مردّه إلى تفاوت العقول في مدى الإدراك، وفي مدى اتفاقها أو تطابقها في سبيل إدراك الأحكام مع مبادئ المشرع القانوني ومقاصد التشريع، وهذا يعني أن على المشرع القانوني رفع اللبس المفضي إلى اختلاف الاجتهاد بشأن بيان حكمه من خلال النص صراحة على تحديد نوع السلطة الموجبة للضمان أو قيام المسؤولية.

### ثانياً : نظرية الحراسة الفعلية

اتجه الفقه والقضاء الفرنسيان إلى تحديد المراد بحراسة الأشياء بالحراسة الفعلية ( أو المادية ) سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة، بدلاً من الحراسة

(148) أنظر : شنب - مرجع سبق ذكره - ص 78 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 54 ، 71 .

(149) أنظر : الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 56 .

(150) أنظر : ملوكي - مرجع سبق ذكره ص 132 ، وانظر في نقد نظرية الحراسة القانونية أيضاً : شنب

- مرجع سبق ذكره - ص 79 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 56 .

ويعتبر الفقيه الفرنسي ( هنري مازو ) من أوائل القائلين بفكرة الحراسة القانونية (141)، ثم انتشرت هذه الفكرة ولاقت قبولا في بعض الأوساط الفقهية والقضائية، وممن اعتنقها من الفقهاء الفرنسيين الفقيه جوسران (142) ، والتزمت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1930/12/15 بمنطوق قرارها؛ أن الحارس هو من له التوجيه والحراسة القانونية للشيء (143) .

وإذا كان الأصل بموجب هذه النظرية أن يكون مالك الشيء هو حارسه، إلا أنه يجوز انتقال الحراسة من المالك إلى غيره بسبب قانوني كالبيع أو الإيجار أو الإعارة أو التوارث (144) .

ويتخرج على هذه النظرية أنّ الحيازة المادية للشيء ليست كافية لثبوت الحراسة، إلا إذا نشأت عن سبب قانوني (145)، وأنّ التابع لا يكون حارساً للشيء الذي يستخدمه في أداء عمله لمصلحة المتبوع (146)، لأن الصفة القانونية بقيت للمتبوع فبقي حارساً للشيء، وأنه لا يشترط لثبوت صفة الحراسة مباشرة هذه السلطة القانونية فعلاً بل يكفي ثبوتها أو إمكانها، وعلى هذا فمالك المصنع هو الحارس، ولا يعفيه من المسؤولية سفره خارج البلاد أو عدم إمامه بالأصول الفنية لصيانة الآلات والمعدات، ما دام له الحق ( السلطة القانونية ) في الرقابة والتوجيه (147). فلزم هذا الاتجاه القول بأنّ أساس مسؤولية الحارس القانوني خطأ ( مفترض ) في رقابة الشيء وتوجيهه ومتابعته.

#### نقد نظرية الحراسة القانونية :

انتقدت هذه النظرية بانتقادات شديدة، أهمها أنه يترتب على القول بنظرية الحراسة القانونية للشيء نتائج غريبة، أبرزها أنّ مالك الشيء يبقى حارساً له حال سرقة أو غصبه، بحجة أنّ سلطته قانونية، وهي ما زالت قائمة، وأنّ سلطة

(141) أنظر : شنب - مرجع سبق ذكره - ص 77 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 53 .

(142) أنظر : ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 129 .

(143) أنظر : الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 53 ، شنب - مرجع سبق ذكره - ص 78 .

(144) أنظر : ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 131 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 50 .

(145) عاطف النقيب - النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية -

منشورات عويدات - بيروت ، باريس - ط 2 / 1987م - ص 18 .

(146) ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 131 .

(147) أنظر : الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 54 ، ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 130 .

والملاحظ في ذلك أنّ اختلاف الوصف نتيجة لازمة للاختلاف في وصف القانون للواقعة. ويبقى التنبية بعد ذلك إلى أنّ الجهد الذهني الذي يبذله الفقيه أو القاضي في الكشف عن الوصف القانوني للوقائع هو الذي يطلق عليه عملية الـ (التكييف). وبالتكييف يتمّ الكشف عن حقيقة الواقعة بنظر القانون، لتتصوي بعد ذلك في نظامها القانوني، وبالتعرف إلى نظامها القانوني يتمّ التعرف إلى حكم القانون فيها. وظاهر من ذلك أنّ التكييف يأتي بمرحلة لاحقة على تعيين الطبيعة القانونية للوقائع 138.

وقد تبنت الاتجاهين المذكورين النظريتان اللتان سبقت الإشارة إليهما، وهما؛ نظرية الحراسة القانونية، ونظرية الحراسة الفعلية، بحسب البيان الموجز الآتي:

#### أولاً : نظرية الحراسة القانونية

تقدّم أنّ مدار هذه النظرية على تعريف الحارس بأنه: كلّ من ثبتت له على الشيء سلطة قانونية في استعمال ورقابة وتوجيه الشيء، يستمدها من حق له متعلق بهذا الشيء، سواء أكان الحق عينياً أم شخصياً، وسواء أكان مصدر الحق إرادياً أم غير إرادي (139)، وأن لا عبرة بالسيطرة الفعلية على الشيء سواء أكانت سيطرة مشروعة أم غير مشروعة .

ومبدأ هذا الاتجاه الفقهي قياس أنصار النظرية مسؤولية حارس الأشياء على مسؤولية حارس الحيوان بجامع العلة المستنبطة ( السلطة القانونية ) من المادة 1385 من القانون المدني الفرنسي، ونصّها: ( أن حارس الحيوان يكون مسؤولاً عنه ولو ضلّ الحيوان أو تسرب )، فعملوا قيام مسؤولية حارس الحيوان حال تسربه ببقاء سلطته القانونية عليه (140).

138. أنظر في التفريق بين التكييف والطبيعة القانونية والتفسير بحثي الموسوم بـ: ( التكييف واثره في القانون دراسة في التفريق القضائي بين الزوجين للغييب ) منشور في مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات - المجلد الخامس ، العدد الثاني ، كانون أول 2003م ، ص 89 - 97 ، والبحث الموسوم ( أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص ) - محمد سليمان الأحمد - منشور في مجلة الرافدين للحقوق / تصدر عن جامعة الموصل - العراق - العدد 20 السنة التاسعة / ص 103 - 109 .

(139) شنب - مرجع سبق ذكره - ص 77 .

(140) أنظر في ذلك ؛ شنب - مرجع سبق ذكره - ص 78 ، ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 130 .

ثبت من تحقيقات السلطات المختصة أن العامل تعتمد إصابة نفسه بقصد الانتحار أو الحصول على تعويض أو إجازة مرضية أو لأي سبب آخر، أو كان العامل وقت الحادثة واقعا وبفعله تحت تأثير مخدر أو تحت تأثير الخمر، وكذلك إذا تعدد مخالفة تعليمات الوقاية المتعلقة في أمكنة ظاهرة من محل العمل أو كانت إصابته أو عجزه نتيجة سوء سلوك فاحش مقصود من جانبه أو رفض دون سبب جدي الكشف عليه أو اتباع العلاج الذي قرره اللجنة الطبية المشكلة وفقاً لأحكام المادة 148 ) لا يتناسب والقواعد العامة التي اعتمدها المشرع الإماراتي في إيجاب الضمان في قانون المعاملات المدنية.

وحتى يرتفع هذا الاضطراب ويستقيم النص، بتقديري، وما جاء به من حكم مع المبدأ العام المقرر في القانونيين المذكورين ينبغي صياغته بالآتي: ( يلزم حارس الشيء، وهو من كان الشيء تحت سلطته الفعلية، بضمان ضرره إلا ما لا يمكن التحرز منه ). على أن التعبير بحارس الأشياء وصف يرد على من كان تحت يده الشيء سواء أكانت يده مشروعة أم غير مشروعة، فهو كقولنا مالك الشيء لا يشترط لثبوت ملكه على الشيء توفر الأهلية، وذلك يدفع القول بأن التعبير بـ ( الحارس ) يفيد التكليف بالقيام بالحراسة لمنع ضرر الشيء، وقولي ( يلزم ) بمعنى يثبت، وثبوت التعويض في أمواله لا يلزم منه أن يؤديه بنفسه، بل يؤدي التعويض من أمواله بغيره ممن له صفة في ذلك، إذا لم يكن الحارس أهلاً للأداء.

**المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحراسة الأشياء واتجاه المشرع الإماراتي في**

**ذلك**

إذا كان المراد بالأساس القانوني بحسب ما تقدم من اتجاه النظريتين الشخصية والموضوعية في المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار هو الخطأ أو الضرر فإن المراد بالطبيعة القانونية هو ؛ الوصف القانوني الذي يضيفه القانون على واقعة معينة . وليس بالضرورة محاكاة أو مطابقة الوصف القانوني ما عليه الواقعة في واقع الأمر بحسب النظر العقلي المحكوم بالقواعد المنطقية. لكنها واقعة تصوّرت بحسب ما أضفاه القانون عليها من صورة اكتسبت بموجب هذا التصوير عناصرها القانونية التي بها وجودها بنظر القانون، بحيث إذا أخلّ منها أحد عناصرها فقدت هذا الوجود. وبخصوص موضوع البحث نجد اتجاهاً تشريعياً يذهب إلى أن مالك الشيء حارس عليه وإن لم يكن الشيء تحت يده وقت ترتب الضرر به، واتجاهاً آخر يذهب إلى أن صاحب اليد سواء كانت يده على الشيء مشروعة أو غير مشروعة هو الحارس عليه

أحكام خاصة )، فكان عمل المشرع الإماراتي في المادة 316 من قانون المعاملات المدنية، ومن قبله المشرع الأردني في المادة 291، هو استبدال عبارة ( كلّ من كان تحت تصرفه ) بعبارة ( كلّ من تولى حراسة أشياء )، واستبدال عبارة ( إلا ما لا يمكن التحرز منه ) بعبارة ( ما لم يثبت أنّ وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه )، مع تقديم وتأخير في عبارة نصّ المادة المذكورة من القانون المدني المصري، بحسب ما هو ظاهر من سياق النصوص المتقدمة.

ومعلوم أنّ المشرع المصري يقيم مسؤولية حارس الأشياء على الخطأ المفترض بخلاف المشرعين الأردني والإماراتي اللذين يقيمانها على الضرر، بحسب مذهب المذكرة الإيضاحية والمحكمة الاتحادية العليا، وبهذا أمكن القول أيضاً ببعده صحة القيد الوارد في المادة 316 ( تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ) لأنه ، فضلاً عما ذكرت قبل قليل، يفيد مفهوم المخالفة فيها أنّ ما لا يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره لا يدخل نطاق هذه المسؤولية، وهو غير مراد للمشرع الإماراتي أيضاً بتقديري، بل أنه يتعارض مع اتجاه المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية وجانب من قضاء المحكمة الاتحادية العليا القاضي بأنّ العلاقة السببية في هذه المسؤولية مبناها المباشرة، والمباشرة لا شرط لها 136، والأصل بموجب منطوق المادة 282 من قانون المعاملات المدنية أنّ: ( كلّ إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميّز بضمان الضرر )، فكان موجب الضمان الضرر، سواء وقع الضرر بفعل شيء يتطلب عناية خاصة أم بفعل شيء لا يتطلب عناية خاصة. وهذا يجزني إلى التحفظ على القيد المذكور في ذيل المادة 316؛ ( هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك في أحكام خاصة )، فهذا القيد الذي أورده المشرع المصري في ذيل المادة 178 من القانون المدني المصري أريد به إبعاد حالات عن حكم الحراسة الوارد فيها، ومنها ما قضى به قانون التأمين الاجتماعي بوجود إثبات العامل خطأ صاحب العمل لاستحقاق التعويض، وبه قضت محكمة النقض المصرية 137، وهذا يتناسب واتجاه المشرع المصري في اعتماده النظرية الشخصية في المسؤولية، وهو بتقديري لا يتناسب واتجاه المشرع الإماراتي في الأخذ بقواعد الضمان في الفقه الإسلامي التي تعتمد عنصر الضرر لقيام الضمان بصرف النظر عن توفر الخطأ، وبالتالي كان نصّ المادة 153 من القانون الاتحادي بشأن تنظيم علاقات العمل رقم 8 لسنة 1980م، ونصها: ( لا يستحق العامل المصاب تعويضاً عن الإصابة أو العجز التي لم تؤد إلى الوفاة إذا

136 . أنظر صفحة 34 و 36 وما بعدها من هذا البحث .

137 . أنظر ؛ حسام الدين الأهواني - مرجع سبق ذكره - ص 272 .

الأشياء أو الآلات من ضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه فضلا عن قاعدة الغرم بالغرم ونحوها، وأن هذا الأساس يجعل الحكم مقصورا على الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والأشياء الميكانيكية، ورؤي أن ينص صراحة على استثناء ما لا يمكن التحرر منه تطبيقا للقاعدة الشرعية أنه لا تكليف إلا بمقدور (133). وفي قرار آخر للمحكمة تنصّ فيه على أن هذا التوجّه أو التخرّيج هو توجّه الفقه الإسلامي، تقول فيه: (.. وبما أن الأساس القانوني الموجب لترتيب مسؤولية ضمان الضرر المدعى بشأنه هو حسب أحكام الشريعة الإسلامية التي قننها المشرع المبدأ المقرر؛ أنّ كلّ من كان تحت تصرفه أشياء تتطلّب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرر منه، بمفاد أنّ ما لا يمكن التحرر منه لا يستلزم التعويض..) (134)، وجاء في قرار آخر للمحكمة: (.. إذ أنّ مسؤوليته تتحقق ولو لم يقع منه خطأ لأنها مسؤولية ناشئة عن الشيء ذاته وليست ناشئة عن جريمة..) (135)، أي عن خطأ.

لكنني أستدرك على المشرع الإماراتي وكذلك الأردني بما تقدم من قلبي؛ أنّ التعبير بـ (تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها) تفيد معنى التكليف اعتبارا بأنّ اقتضاء الشيء لخطورته الذاتية أو بسبب ظروفه المحيطة به عناية خاصة يلزم منه أنّ على من كان الشيء تحت تصرفه بذل ما يمنع خطره عن الغير وجوبا، فكان وقوع الضرر بفعل الشيء دالا على خرق الحارس لهذا الإلزام القانوني، وهذا يجرّ إلى القول بأنّ أساس مسؤولية الحارس الخطأ وليس الضرر، وإذا كان ذلك غير مراد للمشرعين المذكورين اعتبارا بالمبدأ العام المعترف عندهما والقاضي بتضمين كلّ من ألحق بغيره ضررا ولو كان غير مميّز، فإنّ ذلك يعني الاضطراب في صياغة النص بسبب عدم تناسب ظاهره مع المبدأ المذكور. وسبب هذا الاضطراب بظني هو اعتماد نص المادة 178 من القانون المدني المصري، ونصّها: (كلّ من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أنّ وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك في

133. الطعن رقم 198 لسنة 18 القضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا - السنة السابعة عشرة (1996م) - العدد الثالث - ط1 / 2000م - ص 918. وأنظر بذات المرجع المعنى نفسه في الطعن رقم 113 لسنة 18 القضائية - ص 87.

134. الطعن رقم 169 لسنة 11 القضائية - مجموعة الأحكام.. مرجع سبق ذكره - ص 979.

135. الطعن رقم 70 لسنة 15 القضائية - مجموعة الأحكام.. مرجع سبق ذكره - السنة السادسة عشرة (1994م) - العدد الأول - ص 100.

أما الرأي الثاني فترجيحه يعتمد على حصر النظر بتوجهات المذكرة الإيضاحية والمحكمة الاتحادية العليا، وأنصاره مضطرون لتأويل العبارة التي استند إليها أصحاب الرأي الأول في اعتبار الخطأ مفترضاً، بالقول أنها تفيد معنى الاستثناء من عموم وجوب الضمان لعدم التكليف بغير مقدور، وليس لتحديد أساس مسؤولية حارس الأشياء، بدليل أنّ أساس الضمان الناشئ عن الفعل الضار في القانونين الإماراتي والأردني هو الضرر بحسب منطوق المادتين 282 و 256 فيهما، ونصّهما: (كلّ إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميّز بضمان الضرر) . فيقي هذا الحكم مستصحباً حتى يثبت خلافه. وقد سارت المذكرة الإيضاحية لهذين القانونين على هذا الاتجاه، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية: (... و يلاحظ أنّ الآلة والأشياء المنوّه عنها في المادة تختلف عن الحيوان إذ الحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه أو المسيطر عليه، فكان ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه أو صاحب السيطرة عليه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعدّي يسأل عنه صاحبه. أما الآلة فليس لها من حركة إلا بتحرك صاحبها فكان ما يحدث عنها من الضرر من قبيل المباشرة، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي ..... ورؤي أن يُنص بصراحة على استثناء ما لا يمكن التحرز عنه تطبيقاً للقاعدة الشرعية أنه لا تكليف إلا بمقدور) 130. والقول بأنّ ما يحدث عن الآلة من ضرر هو من قبيل المباشرة محل نظر، بحسب ما سيأتي بيانه في المبحث القادم.

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية المذكورة توجهها السابق بالقول: (.. صيغت هذه المادة دون الالتجاء إلى فكرة الخطأ المفروض التي بنى عليها القانون المدني المصري والسوري المسؤولية في هذه الحالة ) 131.

وجاء قاطعاً في تفسير اتجاه المشرع الإماراتي قول المحكمة الاتحادية العليا: (مسؤولية حارس الأشياء أساسها الغرم بالغنم وليس الخطأ المفترض) 132، بمعنى من كانت له مغنم الشيء فعليه مغارمه، فكان عليه تحمّل تبعه الأضرار الناشئة عن فعل الشيء. وجاء في قرار آخر للمحكمة: (.. أنّ ما يحدث من هذه

<sup>130</sup> . المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي - وزارة العدل - ص 320 ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ط2/1985م - ج1/ 325-326 .

<sup>131</sup> . المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي - ص 320 .

<sup>132</sup> . الطعن رقم 621 لسنة 23 القضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا - السنة السادسة والعشرين ( 2004 ) - الإمارات العربية المتحدة - ط1 / 2006م . ص 1733 و 1735

المدنية الإماراتي<sup>127</sup>. وقد اختلف النظر الفقهي في تحديد أساس مسؤولية حارس الأشياء في القانون المدني الأردني، فقيل فيه: أنّ أساس مسؤولية الحارس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس. أما كونه خطأ مفترضاً فلقول المشرع في نص المادة 291 من القانون المدني الأردني؛ ( ... يكون ضامناً لما تحدّته هذه الأشياء من ضرر ) ، وأما كونه خطأ مفترضاً قابلاً لإثبات العكس فلقول المشرع في المادة المذكورة؛ ( إلا ما لا يمكن التحرز منه )<sup>128</sup>.

وذهب رأي آخر إلى أنّ أساس مسؤولية الحارس هو أساس موضوعي مستند إلى قاعدة الغرم بالغنم، وهي من قواعد الفقه الإسلامي، والتي تقابل في القانون الوضعي نظرية تحمل التبعة<sup>129</sup>.

والترجيح بين الرأيين المتقدمين يتفاوت، بتقديري، بحسب جهة الاعتبار، فإذا كان المعيار هو النظر إلى النص مستقلاً عن اتجاه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور، وكذلك اتجاه المحكمة الاتحادية العليا، ترجح القول بأنّ الأساس هو خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، سنداً للترجيح المتقدم، يؤيد ذلك ما تقدم ذكره أنّ النص في القانونين الأردني والإماراتي مأخوذ حقيقة من نص المادة 178 من القانون المدني المصري، والقانون الأخير يعتمد النظرية الشخصية في إقامة المسؤولية المدنية، والخطأ المفترض في إقامة مسؤولية حارس الأشياء والآلات، فضلاً عن أنّ تقييد الأشياء بأنها تحتاج لعناية خاصة لخطورتها الذاتية أو بسبب الظروف المحيطة بها دليل على التكليف، والتكليف لا يتوجّه إلا لمن كان أهلاً للخطاب القانوني، وذلك يفترض أهلية معينة فيه، تجعل من وقوع الضرر بالمضروب بفعل الشيء أو الآلة نتيجة لانعدام العناية الخاصة التي اشترطها النص، حقيقة أو حكماً، وشمل الأخير مفهوم الخطأ المفترض.

<sup>127</sup> . وقد دفعني إلى ذلك ندرة الكتب في شرح قانون المعاملات المدنية، بحيث أنّ الإقتصار عليها لا يفي بغرض البحث بتقديري.

<sup>128</sup> - أنظر في ذلك : أنور سلطان - مرجع سبق ذكره - ص 383-384 . وأرى أنه يذهب بهذا الاتجاه عبد الخالق حسن، فهو يقول في شرحه لقانون المعاملات المدنية الإماراتي - المرجع السابق - ص 349؛ ( .. ينسب الضرر إلى الشيء مادام الشيء يحتاج إلى عناية خاصة، لأنّ معنى حدوث الضرر من الشيء معناه أنّ الحارس قد قصر في بذل العناية اللازمة للحراسة ) .

<sup>129</sup> - أنظر في ذلك : عبد الباسط جمبيعي - مرجع سبق ذكره - ج4/1585-1586 ، مصادر الالتزام - عبد القادر الفار - ص 234 . وبهذا الاتجاه محمد لبيب شنب وحسام الدين الأهواني ، ولذلك لم يربط ضرورة اشتراط التمييز في الحارس - الأهواني .. المرجع السابق - ص 263 .

في جانبه، ولا يعفيه أنه قام ببذل كل جهد لمنع الشيء من الإضرار بالغير فلم يفلح، أو أنّ سلوكه كان في هذا الشأن متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد ( 125، وهذا يفيد أنّ التزام الحارس بالتزام بتحقيق غاية تتمثل بعدم الحاق ضرر بالغير بفعل الأشياء محل الحراسة.

ويترتب على ما ذكر أنّ النظرية الشخصية ذهبت إلى إثبات الخطأ، ولكنّ أنصارها تفرقوا إلى اتجاهين، أحدهما يرى أنّ الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس، والثاني يرى أنّ الخطأ غير قابل لإثبات العكس 126. وهذا يعني أنّ أنصار الاتجاه الأول يرون أنّ التزام حارس الأشياء هو التزام ببذل عناية، وبالتالي يستطيع الحارس التخلص من المسؤولية بإثبات عدم خطئه من خلال إثباته أنه قام بما يلزم من التدابير لمنع الإضرار بالغير. أما أنصار الاتجاه الثاني فإنهم جعلوا من التزام حارس الأشياء التزاماً بتحقيق نتيجة أو غاية، وهذا لمنع الحارس من التخلص من المسؤولية بغير إثباته انقطاع العلاقة السببية بالسبب الأجنبي.

وبحسب ما تقدم كان أساس مسؤولية حارس الأشياء والآلات واحداً من الآتي:

الضرر، وهو اتجاه نظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان.

الخطأ المفترض قانوناً، وهو اتجاه النظرية الشخصية بإثبات الخطأ إثباتاً قابلاً لإثبات العكس.

الخطأ في الحراسة، وهو اتجاه النظرية الشخصية في إثبات الخطأ إثباتاً غير قابل لإثبات العكس

### الفرع الثالث : اتجاه المشرع الإماراتي

إذا اعتمدنا ضابط أنّ مشرع قانون المعاملات المدنية الإماراتي اقتبس المادة 316 المتقدم ذكرها من المادة 291 من القانون المدني الأردني، فضلاً عن نزوعهما إلى الفقه الإسلامي، أمكن القول بسحب الخلاف الفقهي في تحديد أساس مسؤولية حارس الأشياء في القانون المدني الأردني إلى ميدان قانون المعاملات

(125). عبد الباسط جمعي وآخرون - الوسيط في شرح القانون المدني الأردني - الدار العربية

للموسوعات / 2001م - ج4/1587

126 . ذكر احمد الزعبي في رسالته، مرجع سابق، ص 155 - 159 أنهما نظريتان، وهما في الحقيقة اتجاهان ضمن النظرية الشخصية.

دائرة النظرية الموضوعية، وأنها وجه من وجوها لاعتمادها نفس الأساس القانوني الذي اعتمده النظرية الموضوعية في قيام المسؤولية (124).

أقول؛ لا يخفى اعتماد النظرية الموضوعية ونظرية الضمان الضرر أساساً لإيجاب التعويض، إلا أنّ تخريج نظرية الضمان الحكم على الضمان لا على المسؤولية أولى بالاعتبار بطني، وذلك لدفع ما يتسارع إلى الذهن من اشتقاق المسؤولية من المساءلة، والمساءلة يلزم فيها الأهلية، وهذا يعيدنا إلى نطاق النظرية الشخصية وأساسها القانوني. ولذلك أجد منطق نظرية الضمان وتعليلها لحكم وجوب التعويض متوافقاً إن لم يكن متطابقاً مع منهج الفقه الإسلامي في إيجابه ضمان الضرر، وليس المسؤولية، الناشيء عن الفعل الضار.

#### الفرع الثاني : أساس ثبوت التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل الشيء

إنّ الباعث وراء استبدال الضرر بالخطأ أساساً للمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار هو كثرة الحوادث والإصابات التي يصعب على المضرور معها إثبات خطأ المدين، وبالضرورة شمل هذا التأسيس مسؤولية حارس الأشياء والآلات، مع ملاحظة أنّ النظرية الشخصية اضطرت إلى تغطية هذه الوقائع مراعاةً لقواعد العدالة القانونية مع احتفاظها ببنائها القانوني من خلال تخريج مفاده؛ كلما تعدّر أو تعسّر إثبات المضرور (الدائن) وصف الخطأ للفعل الضار في وقائع، وكلما تعدّر أو تعسّر عليه إثبات العلاقة السببية... فإنّ القانون يقوم بهذا الدور تحقيقاً للعدالة من خلال إعفاء الدائن من تحمل عبء إثبات الخطأ من جهة، وافترض وقوعه وإفضائه إلى الضرر (العلاقة السببية) بواسطة القرينة القانونية من جهة أخرى. وقد دخل نطاق هذا التخريج الخطأ المفترض لحارس الأشياء والآلات والعلاقة السببية بين خطأ المفترض والضرر، فلم يبق على الدائن إلا إثبات الضرر الذي لحقه وهذا متيسر له عادةً.

وقد ظهرت نظرية لا تخرج عن نطاق الخطأ المفترض إلا أنها تخصّ الخطأ في الحراسة دون سواها، مقتضاها: (إنّ المشرع يضع التزاماً بحراسة الشيء على عاتق صاحب السلطة عليه، وهو التزام محدد أو هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، هي منع إفلات الشيء من سيطرته والإضرار بالغير وإلا اعتبر الحارس مخلًا بالتزامه بالحراسة بمجرد حصول هذا الإفلات، دون حاجة إلى إثبات أي تقصير

(124) انظر: طه - المرجع السابق - ص 150.

فـ " الضرر هو المحور الذي تدور عليه المسؤولية بوجه عام وجوداً وعدمًا ... فهو الذي يعطي الحق في التعويض، وهو الذي يبرر الحكم به لا الخطأ " (118)

وسميت هذه النظرية بنظرية تحمل التبعة لأنّ على الإنسان تحمل تبعه أعماله سواء أكان هناك خطأ أم لا ، وبالتالي لا حاجة للبحث عن وجود خطأ ، فضلاً عن إثباته (119) ، لأنّ مناط المسؤولية الضرر الواجب جبره بالتعويض، بمعنى أنّ هذه النظرية لا تغلب معاقبة مرتكب الفعل الضار مدنياً على جانب جبر الضرر الحاصل بهذا الفعل، فمحل النظر هو المضرور وليس مرتكب الفعل الضار. وسميت هذه النظرية أيضاً بالنظرية الموضوعية لأن القاضي بموجبها لا يحتاج إلى البحث في الطبيعة القانونية للفعل الضار(120). فموضوعات المسؤولية مجرد قضايا أو إجراءات موضوعية ، تتلخص في البحث عن العلاقة السببية بين العلة والمعلول (121) .

وقد ظهرت نظرية ثالثة عرفت بنظرية الضمان، نادى بها بعض فقهاء القانون الفرنسي، منهم " ستارك " و " موريس بيكار " ، وهي لا تجانب في حقيقتها النظرية الموضوعية في أساسها ومنطقها القانوني إلا في إحلال مفهوم الضمان محل مفهوم المسؤولية، لأن مطالبة المدعى عليه بتعويض الضرر ليس لأنه مسؤول عن هذه الأضرار بل لأنه ضامن لهذه الأضرار (122) .

ولم يعتبر غالب الفقه القانوني هذه النظرية نظرية مستقلة، لأنّ فكرة الضمان فيها لا تعدو كونها تطبيقاً لنظرية الضرر أو تحمل التبعة مع اختلاف في أسلوب الطرح (123) ، وأنّ تعليل أصحاب هذه النظرية بأن نظرية تحمل التبعة تعالج القضية من خلال وجهة نظر مرتكب الفعل الضار وأن نظرية الضمان تعالجها من وجهة نظر المتضرر لم يخرجها بحسب غالب نظر الفقه القانوني من

<sup>(118)</sup> طه - المرجع السابق - ص 104 .

<sup>(119)</sup> طه - مرجع سبق ذكره - 138 .

<sup>(120)</sup> في النظرية الشخصية يجب على القاضي أن يبحث في الفعل الضار ويقارنه بسلوك الرجل المعتاد أو بوجود التعمد لأحداث الضرر ، وبأهلية مرتكب هذا الفعل ، قبل إحقاق وصف الخطأ بالفعل ؛ فالقضية لذلك شخصية .

<sup>(121)</sup> طه - مرجع سبق ذكره - ص 139 .

<sup>(122)</sup> B.starck, Essai d'une théorie générale de La responsabilité civile considéré en sa double fonction de garantie et de peine privéé , 1947, Droit civil, obligations, 1972.

<sup>(123)</sup> في عرض هذه النظرية وتقييمها، انظر André Tunc, La responsabilité civile, Economica, 2è éd. 1989, P.153. éd

يكون أثرها الرئيس إعفاء الدائن من عبء إثبات الخطأ ليقع عبء نفي هذا الخطأ على المدين حيثما كانت القرينة بسيطة، وقد كان الأصل أنّ عبء إثبات خطأ المدين واقع على الدائن، فإذا تعذر عليه إثباته أو فشل في ذلك امتنع مساءلة المدين(115)، فلا مسؤولية بدون إثبات الخطأ، وفي ذلك إضعاف لجانب المضرور يقابله غلو في مراعاة مصلحة مرتكب الفعل الضار(116)، وزاد في ذلك تحييد النظرية للعلاقة السببية من خلال منح مرتكب الفعل الضار مكنة دفع المسؤولية عن نفسه بنفي وصف الخطأ عن فعله أو عدم إمكان التحرز منه أو لوجود السبب الأجنبي ... (117).

ثم تطورت المسؤولية الى مدى قارب المسؤولية الموضوعية (تحمل التبعة) التي تقيم الضمان على عنصر الضرر من خلال استحداث ما يعرف بالمسؤولية القانونية، وهي مسؤولية يقيّمها القانون على وقائع دون النظر الى الخطأ وافترضه.

وبتقديره إن كل مسؤولية أقامها القانون على أساس افتراض الخطأ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس تدخل نطاق المسؤولية القانونية ويصدق عليها مفهومها، وذلك أنّ افتراض صدور الخطأ من المدين دون منحه فرصة دفع ذلك عنه بإثبات العكس يُخرج هذا الافتراض من مفهوم القرينة القانونية إلى مفهوم الحكم القانوني، بل أنه يصدق عليه مفهوم القاعدة الأمرة لعدم جواز الاتفاق على خلاف مقتضى هذا الحكم، وسنداً لهذا التوجّه الأخير قاربت بالفعل النظرية الشخصية اتجاه الفقه الاسلامي في إقامته الضمان على عنصر الضرر، وإن لم يصرّح فيها بإقامة المسؤولية على عنصر الضرر.

وقد اعتمد المشرع الإماراتي منهج الفقه الإسلامي مبدأ عاماً في إقامته الضمان على الضرر، بنصّه في المادة 281 من قانون المعاملات المدنية على أن: (كلّ إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميّز بضمان الضرر)، وهو مبدأ تكاد تطابقه النظرية الموضوعية في المسؤولية، والتي تقيّمها على عنصر الضرر لا الخطأ،

(115) أنظر : طه - المرجع السابق - ص 113 .

(116) . تعبيره بمرتكب الفعل الضار اصح من التعبير بالمدين، لأنه لا يكون مدنياً إلا إذا انشغلت ذمته بحق لدائنه، وقبل ثبوت مسؤوليته ووجوب تعويضه المضرور لا قيام للالتزام، الرابطة القانونية بينهما، فلم يكن بموجب ذلك مدنياً.

(117) أنظر : طه - مرجع سبق ذكره - ص 141 .

وإذا كان لابد في قيام وصف الخطأ من توفر أهلية أداء يحددها القانون إلا أنّ القوانين قد تختلف في تعيين سنّ هذه الأهلية وإن اتفقت على وجوب توفرها لقيام المسؤولية التقصيرية .

ولمّا كان الخطأ وصفاً قانونياً يلحق الفعل الضار لزم تحديد مفهومه وفق ذلك، فلزم أن يشكل الفعل خرقاً لإلزام قانوني مفاده وجوب الامتناع عن إلحاق ضرر بالغير. ولكن هذا التحديد المجمل بحاجة إلى بيان، فكان أن توزع البيان في نصوص قانونية متفرقة باعتبار اختلاف متعلقها من الوقائع، وهي تدور على تحديد معيار أو أكثر يصلح بموجبه إلحاق وصف الخطأ بالفعل الضار، منها ما يعتبر الخطأ انحرفاً عن السلوك المألوف، وهذا يدخل نطاق مفهوم التعدي في الفعل بغض النظر عن القصد، والتعدي هو ما لا يفعله الرجل المعتاد المتوسط الحرص (112). وقد يشكل الفعل تجاوزاً ظاهراً محسوساً، وقد يكون سلبياً بالامتناع عن فعل ما يلزم. وقد يكون الفعل صادراً عن قصد إحداث الضرر ( التعمّد )، وعندها يكون الفعل موجباً لإقامة المسؤولية على الفاعل إذا ترتب الضرر على فعله، سواء أكان الفعل في نفسه يشكل تعدياً أم لم يكن كذلك، والحالة الأخيرة يصلح تخريجها على قاعدة ( الأمور بمقاصدها ) .

وقد تعرضت هذه المسؤولية الى تحديات أساسها ظهور وقائع جديدة يصعب تغطيتها بأحكام هذه المسؤولية مع التمسك بالمفهوم التقليدي للخطأ، كما في إصابات العمل (113) ، لذلك اضطر أنصار المسؤولية الشخصية ( المسؤولية التقصيرية ) الى توسيع نطاقها من خلال توسيع مفهوم الخطأ، فافتراضوا صدور الخطأ من المدين افتراضاً قابلاً لإثبات العكس في وقائع ينص عليها القانون، وافتراضاً غير قابل لإثبات العكس 114 في وقائع أخرى ينص عليها القانون أيضاً. ويعتبر عادة عن الافتراض القانوني بالقرينة القانونية، ولابدّ من ورود نصّ القانون لإعمالها. ويكاد

(112) أنظر: جابر صابر طه - إقامة المسؤولية المدنية على العمل غير المشروع على عنصر الضرر - منشورات جامعة صلاح الدين - العراق - 1984م - ص 47 .

(113) أنظر: محمد نصر الدين - أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - مصر - 1983م - ص 81 .

114 . ويرى جانب من الفقه أنّ: افتراض الخطأ على هذا النحو بصفة قطعية ليس إلا حيلة للإبقاء على الخطأ أساساً للمسؤولية عن الشيء ، ولذلك يفضل هذا البعض إسناد هذه المسؤولية إلى فكرة تحمل التبعية ، باعتبار أنّ الحارس أو المالك يستخدم الشيء لصالحه ويفيد منه على نحو يستوجب بالمقابل لذلك تحمل ما يحدثه من أضرار بالغير ) ، مصطفى الجمال - مرجع سبق ذكره - ص 589 . ويقول الأهواني في المرجع السابق ، ص 264 ؛ ( وأياً كانت الانتقادات التي توجه لفكرة الخطأ المفترض، والتي تعتبر في الفقه المقارن من النظريات المهجورة ، فإنها أصبحت تمثل النظرية السائدة في القانون المصري ) .

وإذا اتفقت النظريتان على أنّ العناصر القانونية اللازم توفرها في الواقعة حتى يرتب القانون عليها الأثر المذكور هي؛ فعل ضار، وضرر، وعلاقة سببية تربط هذا الضرر بالفعل الضار، إلا أنهما اختلفتا في جوانب أبرزها تحديد الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بجبر الضرر، هل هو الفعل الذي يوصف قانوناً بأنه خطأ والذي أفضى إلى ضرر لحقّ بالمضرور، أم هو الضرر الذي ترتب على فعل وصف قانوناً بأنه ضار سواء صدق عليه وصف الخطأ أم لم يصدق؟

ولذلك وجب تحديد أهلية مرتكب الفعل الضار في نطاق المسؤولية المعبرة عن منطق النظرية الشخصية، وعلّة ذلك أنه ارتكب خطأً ألحقّ بالغير ضرراً فنشأ التزامه بتعويض الضرر، بمعنى صحّت مساءلته قانوناً عن فعله هذا. وظاهر أنه لا يصحّ في فعله وصف الخطأ إلا إذا كان صالحاً، بنظر القانون، لتوجيه الخطاب القانوني له بوجوب الامتناع عن إلحاق ضرر بالغير. وكذا الحكم في صحة وصفه بأنه مدين ملتزم بأداء التعويض. وهذان وصفان لا يصدقان إلا على من كان ذا أهلية أداء، وإن لم يلزم فيها أن تكون كاملة. وبناءً على ما تقدم سميت هذه المسؤولية بالمسؤولية التقصيرية.

ومعلوم أنّ أهلية الأداء مناطها العقل، وأول مراتب ظهوره أو وجوده بالنظر القانوني هو التمييز، وهذا بخلاف أهلية الوجوب التي مناطها الحياة III، فكل من توفرت فيه الحياة حقيقةً أو حكماً يكون صالحاً لثبوت الحقوق المالية له وعليه إلا إذا كان ذا أهلية وجوب ناقصة، كالجنين، على الراجح بظننا، فلا تثبت الالتزامات المالية عليه، ولكن تثبت الحقوق المالية له كما في صحة الوصية له والاشتراط لمصلحته وتوقف تقسيم الإرث على ولادته أو الاحتياط في إخراج حصته. والمترتب على ذلك أنّ النظرية الشخصية تعتمد لزماً أهلية الأداء عند البحث في قيام عناصر المسؤولية بخلاف النظرية الموضوعية فيكتفى بشأنها التحقق من أهلية الوجوب في مرتكب الفعل الضار، من حيث أنّ أهليته هذه شرط لترتب الحقوق المالية عليه، ومنها التعويض، وهو حق ترتب في أمواله بصرف النظر عن أهليته لأداء هذا الحق إلى المتضرر بفعله.

111 . انظر في عرض الاتجاهات الفقهية في اشتراط الإدراك لإيجاب الضمان، احمد الزعبي، مرجع سابق، ص 215-220.

بالأشياء الأشياء التي لا تدخل فيها الطاقة الدافعة أو المحركة، اعتباراً بأن الأخيرة وإن كانت أشياء إلا أنها صناعية في وجودها وفي وظيفتها الإنتاجية، وبالتالي يكون ذلك مظنة الاجتهاد والاختلاف في شمولها بأحكام الحراسة، فقطع المشرع الإماراتي ومن سار على هذا النحو الطريق على كل من يريد الاجتهاد بشأنها. ولكن قد يكون أفرادها بالذكر للدلالة، بظني، على إخضاع إصابات العمل للمسؤولية الشئبية حيثما تعذر أو تعسر إدخالها ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية حال مراعاة قيودها، ومنها ضرورة إثبات الدائن خطأ المدين، وأن النصّ عليها في المادة 178 من القانون المدني المصري قد أبعد حالة الاضطرار إلى اللجوء إلى المسؤولية بموجب النظرية الموضوعية في هذا الموطن ونحوه مع اعتماد المشرع القانوني المصري النظرية الشخصية في المسؤولية كأصل عام. ولكن مع غلبة الظن بأن ذلك مقصود المشرع المصري من النصّ على الآلات الميكانيكية إلا أنه لا يلزم المشرع الإماراتي والأردني النصّ عليها اعتباراً باعتمادها نظرية الضمان في الفقه الإسلامي القائمة على الضرر بدلاً من النظرية الشخصية في المسؤولية القائمة على عنصر الخطأ.

### المبحث الثاني

أساس مسؤولية حارس الأشياء، وطبيعتها القانونية

البحث في الأساس القانوني والطبيعة القانونية لمسؤولية حارس الأشياء فرع من البحث في الأساس والطبيعة القانونيين للمسؤولية المدنية عموماً، وبناءً عليه أوزع البحث على المطلبين الآتيين.

#### المطلب الأول: الأساس القانوني في الحراسة

وأوزع البحث في الأساس المذكور على ثلاثة فروع، هي:

#### الفرع الأول: تمهيد موجز في بيان أساس ثبوت التعويض

تنازعت الوقائع التي يرتب القانون والفقه القانوني عليها التزاماً بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق المضرور نظريتان رئيستان، هما؛ النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية. وتفرعت عن النظرية الموضوعية بحسب الراجح من النظر نظرية ثالثة عُرفت بنظرية الضمان.

الاتجاه لم يعتد بالمخصص ( الأشياء الخطرة بطبيعتها أو بسبب الظروف المحيطة بها ) فشمّل عموم حكم حراسة الأشياء الأشياء الخطرة وغير الخطرة 105.

أما الآلة لغة؛ فهي الوساطة بين الفاعل والمنفعل في وصول أثره إليه، كالمنشار للنجار 106. ولا يراد بها اصطلاحاً عموم الآلة لاقتصار النص على ذكر ما كان منها ميكانيكياً فقط، وهي كلّ ما يتعلّق بقوانين الحركة والتوازن 107. وقيل فيها أيضاً، زيادة في التحديد، أنّ الآلات الميكانيكية يقصد بها: الآلة المزوّدة بمحرك أو قوة دافعة، باستثناء يد الإنسان، سواء أكانت تلك القوة هي البخار أو الكهرباء أو البطاريات أو البترول أو المياه أو الهواء أو غيرها 108. وقريب من ذلك تعريفها بأنها: كلّ ما يدار بمحرك ذاتي أيّ كان نوعها وأياً كان مصدر الطاقة التي تحركها، كالكهرباء أو الماء أو البخار أو الهواء أو البترول أو الطاقة الشمسية. وعرفت أيضاً بأنها؛ الأجسام الصلبة التي تستخدم لتحويل عمل إلى عمل آخر، وهي تستمد حركتها من محرك 109.

أقول؛ ظاهر مما ذكر أنّ معنى الآلات لا يخرج عن المعنى المحدد للأشياء، فهي إما داخلة تحت عموم الأشياء، سواء الخطرة وغير الخطرة، وبالتالي لا حاجة إلى إفرادها بلفظ مستقل، وعلى هذا سار المشرعان الفرنسي والجزائري في النصين القانونيين السابقين، أو أنها داخلة تحت عموم المعنى المراد بالأشياء الخطرة فقط 110، فيكون ذكرها بلفظ مستقل زيادة بيان لئلا يظن أنّ المراد

105 . يقول الدكتور فاضلي إدريس في كتابه المسؤولية عن الأشياء غي الحية في القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 65: ( وحسناً فعل المشرع الجزائري عندما عمم مفهوم الشيء، فهو ينصرف إلى الشيء الخطر وغير الخطر، عقاراً كان أو منقولاً، معيباً أو غير معيب، لهذا يصبح عدم التمييز بين الأشياء مصدر الضرر طبقاً لنص المادة 138 مدني جزائري نصراً لصالح المضرور ) .

106 . الجرجاني - مرجع سبق ذكره - ص 50 .

107 . أنظر: شنب - مرجع سبق ذكره - ص 54 .

108 . الأهواني - مرجع سبق ذكره - ص 235 .

109 . موافي - مرجع سبق ذكره - ص 30 .

110 . يقول الأهواني في المرجع السابق، ص 235؛ ( ولم يكن المشرع - المصري - موفقاً في القطع بأن الآلة الميكانيكية تعتبر دائماً من الأشياء الخطرة بطبيعتها ومن ثمّ تحتاج إلى حراستها لعناية خاصة، فلعلم الأطفال أصبحت الآن في معظمها تسيّر بمحرك بل ويتم التحكم فيها أحياناً عن بُعد، ولكن لا يمكن أن تعتبر من الأشياء الخطرة في ذاتها كالمصاعد أو السيارات، فالتقدم العلمي قد تجاوز نظرة المشرع ) . أقول: فضلاً عن استدراكه الأخير فإنّ العرف يعتبر أحد المخصصات لعموم الآلات الميكانيكية الواردة بالنص القانوني، وقد سار الفقه على ذلك، بحسب ما تبين أعلاه، أنها الخطرة بطبيعتها أو بسبب الظروف المحيطة بها. كما أنّ هذا التخوف لا محل له بتقديره مع إعمال النظرية الموضوعية للمسؤولية أو قواعد الضمان في الفقه الإسلامي المبني على عنصر الضرر بثبوت وقوعه مباشرة أو تسبباً.

ثمّ أورد التعريف مخصصاً آخر منصوباً عليه هو؛ (إذا كان بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به بحاجة إلى عناية خاصة للوقاية من ضرره) ، فخرج به من عموم حكم حراسة الأشياء ما لم يكن خطراً من الأشياء بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به .

وإذا كانت المخصّصات المذكورة منصوباً عليها فإنّ تخصيصاً آخر لحقّ عموم حكم حراسة الأشياء غير منصوب عليه، وهو أن يكون الشئ المادي غير الحي الخطر بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به من ( غير البناء )، وذلك لأنّ أحكام حراسة البناء منظمة بنصوص قانونية مستقلة عن النصوص القانونية المنظمة لأحكام حراسة الأشياء فكان ذلك وجهاً آخر من وجوه التخصيص 102.

أما المعنى العام للشئ، الأقل تخصيصاً، فقد تبناه المشرع الفرنسي وتبعه المشرع الجزائري، تكون فيه مخصصات العموم أقلّ وبالتالي يكون حكم عموم حراسة الأشياء أوسع نطاقاً، فكان معنى الشئ بموجب هذا الاتجاه كلّ ما له وجود مادي غير حي ولم يدخل في تنظيم قانوني خاص، وذلك هو المخصص الوحيد لعموم حكم حراسة الشئ، فقدت نصت المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على: ( لا يسأل المرء عن الأضرار الناشئة عن فعله الشخصي فقط، بل عن الأشياء الموجودة في حراسته ) 103، ونصت المادة 138 من القانون المدني الجزائري على: ( كلّ من تولى حراسة شئ وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشئ، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشئ إذا أثبت أنّ ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة ) 104 . فالشئ بموجب هذا الاتجاه أعم من معناه في الاتجاه الأول الذي يخصص الأشياء بالموجودات المادية الخطرة لأنه يشملها ويشمل غير الخطرة معها، بمعنى أنّ هذا

102 . أنظر بهذا المعنى: مصطفى محمد الجمال - القانون المدني في ثوبه الجديد مصادر الالتزام .. - الفتح للطباعة والنشر - الإسكندرية - ط 1 / دون سنة نشر - ص 586 . الأهواني - مرجع سبق ذكره - ص 234.

103 . أنظر: L'affaire Jand'heur, ch.réun.13 fev. 1930 ,DP. 1930,1,p.57,note, G.ripert, s.1930,1, note P.Esmein . sur le sujet en général v. Terré,simler et lequette,op.cit,p.549.

وأنظر في ذلك ؛ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ط 5 / 1992م - 1056/2، و شنب - مرجع سبق ذكره - ص 51 .

104 . القانون المدني الجزائري ( رقم 75 - 58 لسنة 1975 م وتعديلاته إلى غاية 2005م ) في ضوء الممارسة القضائية - منشورات بيرتي - طبعة 2006 / 2007م .

أما معنى الشيء اصطلاحاً 100 ففيه اتجاهان، بتقديري، أحدهما عام أكثر تخصيصاً، والثاني عام أقل تخصيصاً، بمعنى أنّ الشيء في الاتجاه الثاني أوسع نطاقاً منه في الاتجاه الأول. أما العام الأكثر تخصيصاً فهو اتجاه المشرع الإماراتي، وكذلك المصري والأردني، فسنبدأ إلى نصّ المادة 316 من قانون المعاملات المدنية نجد أنّ مراد المشرع بالأشياء والآلات الوارد ذكرهما فيها ليس عموم الأشياء والآلات بل مراده ما كان منها خطراً بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به، فكان الحكم بحراستها للوقاية من خطرهما المحتمل. فالنصّ على أنّ الأشياء (تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها) قيد أو مخصص، متصل، لعموم حكم الحراسة الوارد على الأشياء، خرج به ما لم يتطلب منها عناية خاصة للوقاية من ضرره.

فالشيء في ضوء ما ذكر؛ "كلّ ما هو مادي غير حي إذا كان بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به بحاجة إلى عناية خاصة للوقاية من ضرره" 101.

وإذا أردت تطبيق بعض القواعد الأصولية (دلالة العام وتخصيص حكمه) على التعريف المذكور أقول؛ الشيء لفظ عام شمل كلّ ما هو موجود، مادياً كان أو غير مادي. أما لفظ المادي فجاء لقصر هذا العموم عليه، وإخراج غير المادي من الأشياء، لئلا يشملها عموم حكم الحراسة، بمعنى أنّ ورود هذا اللفظ أفاد تخصيص عموم حكم الحراسة بإخراج الأشياء غير المادية من أفرادها، وقصر حكمه على الأشياء المادية فقط.

ثمّ خرج من عموم حكم حراسة الأشياء أيضاً أفراد (أشياء) أخرى بالمخصص (غير الحي) لأنّ الأشياء الحية وإن كانت مادية إلا أنها قد نظمت بأحكام خاصة بالمسؤولية عن حراسة الحيوان.

100 . يقول الأهواني في المرجع السابق ، ص 233 ؛ ( ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنّ كلمة الشيء تعتبر من أكثر الكلمات غموضاً في القانون ) . أقول قد يكون ذلك لعموم معنى الشيء المستغرق لكل موجود، ولكن مع كثرة التخصيصات الواردة أحكامها بنصوص مستقلة، بحسب ما سيذكر أعلاه، أو مع النصّ على المخصص المتصل باللفظ العام، كما في تخصيص الأشياء بالخطرة والتي تحتاج إلى عناية خاصة وبالالات الميكانيكية، يترجع هذا الغموض كثيراً إن لم يتلاشى .

101 . أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - منشورات الجامعة الأردنية - عمان - ط1 / 1987م - ص 380 .

لذلك فوجب الحكم بتضمين حارس الشيء الضرر الناشئ عن فعل الشيء، وذلك ليس بمستغرب حتى على صعيد التشريع القانوني الفرنسي لمسؤولية حارس الأشياء، والذي يعدّ أول قانون يكشف عن هذه المسؤولية تشريعاً وقضائياً، بحسب ما اشتهر بين أهل القانون. فهذا القانون لم يصل إلى تنظيم هذه المسؤولية بشكلها النهائي إلا في 13/2/1930م عندما ساوى في الحكم بين الأشياء الخطرة وغير الخطرة في وجوب التعويض على حارسها عن الضرر الناشئ بفعالها<sup>96</sup>، حماية لمصلحة معتبرة بنظر القضاء والتشريع.

ترجيح : ولما تقدم، ولاستعمال القضاء الإماراتي مصطلح (حراسة الأشياء) 97، ولعدم معارضة المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات الإماراتي استعمال هذا المصطلح معارضة حقيقية، ولشروع استعماله في عرف الخطاب القانوني؛ تشريعاً وفقهاً وقضائياً... ترجّح عندي استعماله في عنوان وطبّات هذا البحث .

### المطلب الثاني : ماهية الأشياء والآلات

الشيء في اللغة عبارة عن كلّ موجود إما حسّاً كالأجسام وإما حكماً كالأقوال، نحو: قلت شيئاً<sup>98</sup>. وبعبارة أخرى : هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج<sup>99</sup>.

بادشاه - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر - 1351هـ - 3/206. ويقول الإمام الشاطبي في المصالح في موافقاته، 2/35: (ولا يرتاب في ثبوتها شرعاً أحد ممن ينتمي إلى الاجتهاد من أهل الشرع، وأنّ اعتبارها مقصود للشارع).

<sup>96</sup> . أنظر في ذلك مفصلاً : المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري - فاضلي

إبريس - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2006م - ص 43-44 و 64-70 .

<sup>97</sup> . وذلك شأن استعماله في القرارات القضائية، من ذلك ما جاء في الطعن 209 لسنة 17 القضائية،

مجموعة الأحكام .. مرجع سبق ذكره ، ص463 ؛ (مسؤولية حارس الأشياء ، مناطقها ... ) ، وفي

الطعن رقم 113 لسنة 18 القضائية، مجموعة الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 88 ؛ (إنّ مسؤولية حارس

الأشياء طبقاً لنصّ المادة 316 من قانون المعاملات المدنية تتحقق .. )، وفي الطعن رقم 621 لسنة 23

القضائية، مجموعة الأحكام .. ، السنة السادسة والعشرون 2004م ، العدد الثالث ، ط1/2006م،

ص1733 ؛ (مسؤولية حارس الأشياء أساسها ... )

<sup>98</sup> . المصباح المنير - ص 126 .

<sup>99</sup> . محمد بن علي الجرجاني - التعريفات - دار الكتاب العربي - بيروت - ط2 / 1992م - ص 170

معياراً أو ضابطاً في تعيين جهة تحمل المسؤولية عن الضرر الذي لحق المضرور بفعل الشيء.

وظاهر أنّ المعنى المذكور للتصرف ووضع اليد غير متطابق مع المعنى المراد من استعمال مصطلح حراسة الأشياء، وإن كان عموم معنى وضع اليد لغة يجعله الأقرب لمعنى الحراسة، ولكن بمعناها العام الجامع للحراسة القانونية والحراسة الفعلية، اعتباراً بأنّ المتبادر إلى الذهن من العلم بوضع اليد هو السيطرة، والسيطرة هي القاسم المشترك بين الحراستين؛ القانونية والفعلية .

وأضيف إلى ما ذكر أنّ تقييد الحراسة بـ(الأشياء) أخرج منها مفهوم عقد الحراسة والحراسة القضائية الذي قد يخشى بعض الفقه سبق الفهم إلى اشتراكهما في المعنى مع حراسة الأشياء<sup>93</sup>.

وبعد؛ فأقول أنّ ما سار عليه كثير من الباحثين من ضرورة البحث عن مرادف لاصطلاح حراسة الأشياء في الفقه الإسلامي لفظاً ومعنى وأحكاماً قد يكون فيه نوع تكلف 94، اعتباراً بأنّ موضوع حراسة الأشياء وما تميّز به من أحكام هو من مقتضيات واقع التطور الصناعي الذي شهدته النشاط الإنساني إبان الثورة الصناعية في أوروبا، وانتقال ذلك التطور إلى باقي بقاع العالم، فهو لذلك مستحدث ليس بالضرورة أن نجد له مماثلاً في الفقه الإسلامي المدوّن، مثله مثل المستجدات في كلّ زمان، وبالتالي فالأصل في حكمه النظر إلى المصلحة التي دعت إلى تنظيمه، فإن كانت المصلحة مشروعة حكمنا بما يفضي إلى تحقيقها للعلم اليقيني بأنّ أحكام الشريعة الإسلامية معللة بمصالح العباد<sup>95</sup>. والفرض أنّ المصلحة تدعوا

<sup>93</sup> . بل جاء التخوّف من لبس الاشتراك اللفظي في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، في الصفحة 321، بقولها: (والتعبير بـ "كلّ من كان تحت تصرفه أشياء... " فُصدّ به من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء أكان مالكا أم غير مالك كمتساجر للالات مثلا. وقد عبّر القانون المدني المصري والسوري عن هذا المعنى بعبارة "كلّ من تولى حراسة أشياء" قاصداً بالحراسة نفس المعنى وهو السيطرة الفعلية على الشيء. واستعمل المشرع العراقي للتعبير عن نفس المعنى عبارة "كلّ من كان تحت تصرفه...". وقد أثر المشرع استعمال عبارة القانون المدني العراقي وعدم استعمال عبارة القانون المدني المصري والسوري توكيلاً لما تنيره هذه من لبس).

<sup>94</sup> . أنظر في ترجيح مصطلح وضع اليد على مصطلح الحراسة، وأسبابه، رسالة الدكتوراه، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والالات في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة - أحمد شحادة الزعبي - كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - 2005م، ص 114-116.

<sup>95</sup> . أنظر بهذا المعنى: الموافقات في أصول الفقه - للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي - مطبعة محمد صبيح وأولاده - مصر - 1969م - 2/3-4، وتيسير التحرير على كتاب التحرير - للعلامة محمد أمين

السابق بـ: ( والمراد بالتصرف تصرف المالك هو أن يتصرف الشخص في المال تصرفاً لا يقوم به حسب العادة إلا المالك كزراعة الأرض وإجارة الدار وبنائها وهدهما ) . فكان اصطلاح ( واضع اليد ) أعمّ مطلقاً في معناه من ( المتصرف )، والمتصرف أخص مطلقاً من واضع اليد، فكل متصرف واضع يد، وليس كلّ واضع يد متصرفاً. فالمتصرف صورة من صورتَي واضع اليد. ويراعى في ذلك كله حالة إطلاق اصطلاح ( واضع اليد )، فإذا قيّد بقيد خرج عن المعنى المذكور إلى ما يوجب القيد، مثل قولهم ( اليد العادية ) من الاعتداء، والتي تقابل اليد المستأمنة في ما تقدم من قولهم آنفاً .

ويثبت وضع اليد على المال وقت الظهور بالحيازة الفعلية للمال أو التصرف به تصرفات المالك وليس وقت رفع الدعوى القضائية، بحسب ما تقدم في شرح المجلة، وأنّ من لم تثبت يده على الشيء في ذلك الوقت يعتبر ( خارجاً ) . وفائدة هذا التمييز تظهر باعتبار أنّ الظاهر أصل مستصحب يفيد ملك واضع اليد للمال الذي تحت حيازته أو تصرفه حتى يقوم الدليل على خلافه، ومراعاة الظاهر توجب إعفاء من إثبات مشروعية وضع يده على المال، وتنقل عبء إثبات العكس على من يدعي خلاف ذلك. وهذا هو المعهود في القوانين، فعبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف ما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً. فكان الأصل بحسب ما تقدم مشروعية يد الواضع حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك .

واعتماداً على ما تقدم أمكن القول أنّ استعمال المشرع الإماراتي لمصطلح ( التصرف ) في المادة 316 من قانون المعاملات المدنية: ( كلّ من كان تحت تصرفه أشياء .. ) لا يفيد المطابقة مع المعنى المتقدم ذكره لـ ( التصرف )، اعتباراً بأنّ التصرف بالمعنى المتقدم أقرب إلى الحراسة القانونية منه إلى الحراسة الفعلية، لأنّ التصرف جعل قرينة على مشروعية اليد على المال، كما هو حكم اليد في ظهور صاحبها على المال بالحيازة. والبحث عن مناط أو علة تحديد الحراسة الفعلية ليس مشروعية اليد على الشيء بل السيطرة الفعلية عليه بصرف النظر عن مشروعية اليد، كما أنّ البحث في وضع اليد وتمييزها من الخارج كان مراداً لبيان حجية الظاهر وتحديد جهة تحمل عبء الإثبات بحسب ما تقدم، وذلك ليس مقصود القائلين بالحراسة الفعلية، لثبوت هذا الوصف على سارق الشيء محدث الضرر وغاصبه، حتى مع حصول علم المضرور بكون حارس الشيء سارقاً أو غاصباً. فإيراد قيد ( الفعلية ) على الحراسة لم يكن المراد منه عند أنصار نظرية الحراسة الفعلية مراعاة الظاهر في ثبوت حكم اليد على المال حتى يقوم الدليل على خلافه بل جعل هذه السيطرة الفعلية على الشيء، وإن كان العلم بعدم مشروعيتها حاصلًا،

ووضع ميزان للتفريق بينهما هو معرفة توجيه البيّنة. فإنّ واضع اليد لا يكلف بإثبات ملكيته بيّنة، وإنما يكلف بذلك الخارج (... )88

وجاء في اعتبار وضع اليد سبباً للضمان قول الفقهاء: ( وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان )89 ، و( وثالثها - أي من موجبات الضمان - وضع اليد التي ليست بمؤتمنة ، وقولي ليست بمؤتمنة خير من قولي اليد العادية، فإن اليد العادية تختص بالسرق والغصّاب ونحوهم، وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبضٌ بغير عدوان بل بإذن المالك؛ كقبض المبيع ، أو بقاء يد البائع، فإنه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان ، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً .... )90 ، و ( جهات ضمان الصيد في حق المُحرم ثلاث ؛ المباشرة واليد والتسبب .... ، وأما اليد فيحرم على المُحرم وضع يده على الصيد، ولا يملكه بذلك، ويضمنه أن تُلَف )91، وقوله ( ولا يملكه بذلك ) يريد أنه لا يصدق عليه حكم إحراز المباحات لأنه ليس بمباح على المحرم.

### الفرع الثالث : موازنة وترجيح

فباعتبار الموازنة أقول: الملاحظ فيما تقدم التمييز في المعنى أو النطاق بين وضع اليد والتصرف والخارج، من حيث أنّ وضع اليد أعم من التصرف. فواضع اليد هو من كان المال تحت يده، أي حيازته له فعلياً سواء أكان هو المالك له حقيقة أو لم يكن كذلك، لكنه ظاهر عليه بمظهر المالك مراعاةً للظاهر الثابت بأحد وجهين؛ أحدهما الحيازة الفعلية للشيء واستعماله، والمعبر عنه بما تقدم من شرح المادة 1679 من المجلة: (حيازة الشيء حيازة فعلية ، كأن يمسك الشخص كتاباً بيده أو ساعة أو نحو ذلك من المنقولات . ويثبت هذا بالمشاهدة والبيّنة، وكذلك في العقار فالساكن يعتبر واضع اليد عليه فعلاً )، والثاني ظهور واضع اليد على المال بتصرفات المالك، سواء كانت تصرفات قولية أو فعلية92 ، والمعبر عنه بالشرح

88 . منير القاضي - شرح المجلة - مطبعة العاني - بغداد - 1949م - ج 4 / 72 - 73 .

89 . الإمام عز الدين بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - مؤسسة الريان - بيروت - 1990م - 1 / 79 .

90 . الإمام أحمد بن إدريس القرافي - الفروق - عالم الكتب - بيروت - 2 / 207 .

91 . الإمام يحيى بن شرف النووي - المجموع في شرح المهذب - دار الفكر - بيروت - 7 / 298 .

92 . من المعلوم أنّ اصطلاح ( التصرفات ) في استعمال فقهاء المسلمين أعم نطاقاً من نطاق استعماله في التشريع والفقهاء القانونيين ، لأنه يشمل ما يصدر عن المالك أو نائبه من تصرفات قولية أو فعلية ، وذلك بخلاف قصره على التصرفات القولية ( العقد والإرادة المنفردة ) دون الفعلية في الاستعمال القانوني .

الأشخاص بقصد تحقيق هدف ما. وهو يختلف عن النشاط المشترك الذي يقوم به عدة أشخاص بصورة متوازية مثل لعب التنس) 85.

### الفرع الثاني : ماهية وضع اليد والتصرف في الفقه الإسلامي

لليد في اللغة معان كثيرة، منها ؛ الملك والتصرف، يقال: الأمر بيد فلان، أي في تصرفه ، ويده عليه : أي سلطانه عليه ..86.

أما معنى اليد في الاصطلاح فلا يبعد عن المعنى اللغوي المذكور 87. فصاحب اليد في المادة 1679 من مجلة الأحكام العدلية: ( هو الذي وضع يده على عين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك ).

وجاء في شرح ذلك: ( المراد بوضع اليد حيازة الشيء حيازة فعلية، كأن يمسك الشخص كتاباً بيده أو ساعة أو نحو ذلك من المنقولات، ويثبت هذا بالمشاهدة والبيّنة، وكذلك في العقار فالساكن يعتبر واضع اليد عليه فعلاً. والمراد بالتصرف تصرف الملاك هو أن يتصرف الشخص في المال تصرفاً لا يقوم به حسب العادة إلا المالك كزراعة الأرض وإجارة الدار وبنائها وهدمها. فواضع اليد هو من توافر فيه أحد هذين المعنيين. ويجب أن يلاحظ أنّ المراد بوضع اليد المفسر بما قدمناه ليس وضع اليد وقت إقامة الدعوى فقط بل إذا ثبت أنّ يد المدعى عليه حادثة وأنّ المدعى هو الذي كان يتصرف تصرف الملاك في الشيء قبل إقامة الدعوى، فإنه هو الذي يعتبر واضع اليد، فلو ادّعى شخص على آخر بأنّ المال كان تحت يده وأنّ المدعى عليه يده حادثة بسبب الغصب، وأثبت ذلك فإنّ المدعى في هذه الدعوى، أي في دعوى الغصب، يعتبر هو واضع اليد، والغاصب الذي ثبت حدوث يده يعتبر خارجاً ... والخارج : هو من لم يكن واضع اليد على الشيء فعلاً، ولم يكن متصرفاً فيه تصرف الملاك . والفائدة من التفريق بين واضع اليد والخارج

<sup>85</sup> حسام الدين الأهواني ، مرجع سبق ذكره ، ص 261-262 . وبذات الموضوع أنظر :

Cass. Civ.20 nov.1968, Bull. Civ,n°277, P.194.,2.RTDC. 1969, p.335,obs.Durry .

D.Mayer, La(garde) en commun, RTDC. 1975, p. 197, :

Terré, simler et lequette,op.cit, p.570.

<sup>86</sup> . أحمد بن محمد الفيومي - المصباح المنير - مكتبة لبنان - بيروت - 1987 م .

<sup>87</sup> . أنظر في ذلك ؛ تهذيب الأسماء واللغات - الإمام النووي - 4 / 199 ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير - 2 / 406 ، مغني المحتاج - الخطيب الشربيني - 1 / 52 ، رد المحتار - ابن عابدين 3 / 256

الشيء سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة ، بحيث يستطيع استعمال الشيء مستقلاً به تمام الاستقلال لصالح نفسه (83).

وموجب هذه النظرية انتقال الحراسة سواء بسبب مشروع أم بسبب غير مشروع، كما في السرقة والغصب، بمعنى أنّ نطاق انتقالها أوسع من نطاق انتقالها بموجب نظرية الحراسة القانونية، وذلك ما أوجبه عموم الحكم في المواد القانونية المذكورة، فإذا وقع الشيء تحت سلطة فعلية ثانية زالت الحراسة بالضرورة عن الحارس السابق لغياب سلطته الفعلية عنه، " فالسيارة التي تسرق تنتقل حراستها إلى السارق، وتزول الحراسة عن المالك 84 " أو حتى عن السارق الأول أو الغاصب لها، بناءً على ما تقدم من دوران الحكم مع علته وجوداً وعدمًا، والعلة هنا هي السلطة أو السيطرة الفعلية.

وفي توسيع مفهوم الحراسة الفعلية ظهر في الفقه والقضاء الفرنسيين ما يعرف بالحراسة المشتركة، ( ففي مجال حوادث الصيد، وحيث يشترك في الصيد عدد كبير من الصيادين، ويصاب شخص من رصاصة دون إمكان تحديد من أطلق الرصاصة، فقد يتضارب الرأي حول قواعد المسؤولية. فهل يسأل كل من اشترك في الصيد، وهذا يؤدي إلى مسؤولية عدد من الأشخاص الأبرياء، لأنّ الإصابة لم تقع إلا من شخص واحد؟ وهل يستحيل على المضرور رفع دعوى التعويض لعدم تحديد علاقة السببية بين الإصابة وخطأ أو فعل شخص محدد، وهذا لا يتفق مع العدالة وضرورات حماية المضرور؟ . ولمواجهة ذلك الموقف ذهب البعض إلى أنّ هناك خطأ مشترك بين كل من اشترك في الصيد. ولكن يؤخذ على ذلك أنّ الخطأ فكرة فردية، ولهذا ظهرت فكرة الحراسة المشتركة . فالاستخدام الجماعي لبنادق الصيد يجعل كل من اشترك في الصيد حارساً للشيء الخطر الذي نشأ عنه الضرر، ويسألون مسؤولية تضامنية. ويرى أنصار تلك الفكرة امتدادها إلى كافة صور النشاط الجماعي مثل ممارسة الألعاب الرياضية الجماعية ككرة القدم أو الكرة الطائرة. ويقصد بالنشاط الجماعي النشاط الذي يقوم به مجموعة من

<sup>83</sup> محمود جلال حمزة - العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام " دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي " - مطبعة الاتحاد - دمشق - 1985م - ص 241 .

<sup>84</sup> . الأهواني - المرجع السابق ، ص 256 - 257 .

المدنية الاتحادي بموجب منطوق المادة 316 منه؛ (كلّ من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة). — (كلّ) و (من) من صيغ العموم، فعَمَّ الحكم من كان تحت تصرفه الشيء، سواء أكانت سلطته الفعلية عليه مشروعة أم غير مشروعة.

وقد جاء للمحكمة الاتحادية العليا قولها؛ (وقد استقر القضاء في أعماله لهذا النص على أن العبرة في الضمان بحراسة الشيء، وهي تتحقق متى ثبتت السيطرة الفعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة ... )80.

وكذلك الحكم في المادة 291 من القانون المدني الأردني التي أقتبست منها نصّاً المادة 316 من قانون المعاملات المدنية، وهو المستفاد من ظاهر عموم (كلّ من تولى من تولى) في المادة 178 من القانون المدني المصري، ونصّها: (كلّ من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك في أحكام خاصة)، وهو مذهب محكمة النقض المصرية بتعريفها الحارس بأنه: (ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً) (81)، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند 82. وكذلك هو عموم الحكم، بل وبيانه المنصوص عليه بعبارة؛ (وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة) في المادة 138 من القانون المدني الجزائري، ونصّها: (كلّ من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة). وفي ضوء ذلك يعدّ حارساً للشيء: (كل شخص تكون له على

80 . الطعن رقم 209 لسنة 17 قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا - وزارة

العدل - السنة التاسعة عشر / 1997م - العدد الأول - ط1 / 2000م - ص 465 .

(81) عبد الحكم فودة : التعويض المدني المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام

محكمة النقض - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 998م - ص 407 .

82 . الأهواني - المصادر غير الإرادية .. مرجع سبق ذكره - ص 251 .

عن طريق وفاة المالك، كما في الميراث والوصية(76) ، وقد تنتقل بغير ذلك، كما في الحيازة المقترنة بحسن نية، فهي واقعة قانونية وليست تصرفاً إرادياً. وكلّ ما ذكر آنفاً يصدق عليه وصف الحارس، لقيام سلطته القانونية في استعمال وتوجيه ورقابة الشيء، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، بمعنى أنّ وصف الحارس ينتفي عن تنفي منه السلطة القانونية في استعمال ورقابة وتوجيه الشيء، لتثبت بحق من انتقلت إليه هذه السلطة على الشيء.

#### ثانياً : نظرية الحراسة الفعلية

اتجه الفقه والقضاء الفرنسيان إلى تحديد معنى حراسة الأشياء بالحراسة الفعلية ( أو المادية )، وهي السلطة الفعلية للشخص على الشيء، سواء أكانت سلطته مشروعة أم غير مشروعة ، بدلاً من الحراسة القانونية (77) ، وذلك بعد تعمّر التمسك بنظرية الحراسة القانونية مع ما وجّه إليها من انتقادات، والتي سيأتي بيانها لاحقاً. وقد بدأ هذا التوجّه وثبت بحكم محكمة النقض الفرنسية في 2/1941/12 بما عرف بقضية فرانك. وفيه أقرّت المحكمة مبدأ أنّ مالك الشيء المسروق لا يكون حارساً له، لانعدام سلطته الفعلية في استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته(78).

وقد أسندت القوانين المدنية العربية مصطلح حراسة الأشياء إلى المعنى الذي اعتمده هذه النظرية، أي الحراسة الفعلية، ومنها القانون المدني المصري والعراقي والأردني والسوري والجزائري (79)، وكذلك الحكم في قانون المعاملات

(76) انظر بهذا المعنى: ملوكي - مرجع سبق ذكره - ص 131 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 50 .

(77) انظر: Sur ce sujet v.f. Terré , Ph.simler et Y.Lequette, Droit civil, Les obligation, Éd Dalloz, 5e édition, 1993, p.569.

Josserand, Le gardien de l'automobile, le voleur et la

، أنظر أيضاً: شنب - مرجع سبق ذكره - ص 79 ، الرحو: مرجع سبق ذكره - ص 57 و 71 ، ملوكي

- مرجع سبق ذكره - ص 134 .

(78) . أنظر: DC 1942, p.25,note G.Ripert , S.1941,1, p.217,note H.Mazeau, JCP

1942.2.p.1766,note J.Mihura,Grands arrêts,no127.

وأنظر ؛ شنب - المرجع السابق - ص 80 .

(79) راجع المواد القانونية : 78مدني مصري، و 231 مدني عراقي، و 291 مدني أردني، و 179 مدني

سوري ، و 138 مدني جزائري . وأنظر في البيان والتعليق : معروض عبد التواب - المرجع في التعليق

على نصوص القانون المدني - ج/1/640 ، شنب - مرجع سبق ذكره - 82 ، الرحو - مرجع سبق ذكره

- 59 .

التشريعات القانونية من تعريفها (73). وقد اشتهر في الفقه القانوني نظريتان رئيستان تحددان مفهوم الحراسة (74) أعقبت ثانيتهما الأولى تبعاً لمقتضيات تطور الواقع من جانب، ولقصور وضعف البناء المنطقي للنظرية الأولى، ومجانبتها للعدالة القانونية، بحسب ما اتهمها به معارضوها أنصار النظرية الثانية، من جانب آخر، وبحسب ما سيأتي بيانه قريباً. وقد تابع هذا التوجّه الفقهي وتطوره التشريع القانوني. وهاتان النظريتان هما: نظرية الحراسة القانونية ونظرية الحراسة الفعلية.

#### أولاً : نظرية الحراسة القانونية

يعدّ حارساً للشيء بموجب هذه النظرية كلّ من ثبتت له على الشيء سلطة قانونية في استعماله ورقابته وتوجيهه، وهي سلطة معبرة عن حقه المتعلق بالشيء، فالحق سبب هذه السلطة، سواء أكان الحق عينياً أم شخصياً، وسواء أكان مصدر الحق إرادياً أم غير إرادي (75). ووصف السلطة بالقانونية يدفع الاعتداد بالسلطة الفعلية على الشيء، لإمكان التباين بين السلطتين من حيث المشروعية، فقد تكون السلطة الفعلية مشروعة أو غير مشروعة، كيد الغاصب والسارق على الشيء، على سبيل المثال.

وهذه النظرية تفترض أنّ حارس الشيء هو مالكة، اعتباراً بأنّ حق الملكية وحده يمنح السلطات الثلاث؛ الاستعمال والاستغلال والتصرف، واللازم من سلطته في استعمال الشيء رقابته وتوجيهه، واللازم من سلطته في استغلال الشيء انتقال الحراسة منه إلى غيره بسبب قانوني، كالإيجار والإعارة في الحقوق الشخصية، والانتفاع مثلاً في الحقوق العينية، واللازم من سلطته في التصرف برقبة الشيء انتقال الحراسة إلى غيره بأحد الأسباب الناقلة للملكية، كالبيع والصلح، وقد تنتقل

(72) أنظر : أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء .. دراسة مقارنة - مطبعة بابل - بغداد - ط 1 - 1980م، ص 129 .

(73) يحيى أحمد موافي - المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 38 ، الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 48 .

(74) وهناك نظرية ثالثة تبناها الفقيه الفرنسي سافاتييه، وهي نظرية الحراسة الاقتصادية التي تقرر بأن حارس الشيء هو المستفيد منه اقتصادياً ، وعليه فالمسؤول عن الضرر الناتج عن الشيء هو الذي تعود منفعة الشيء له ، ولكن هذه النظرية ووجهت بانتقادات عديدة وتلاشت ؛ لأنها عجزت عن إيجاد معيار منضبط لتحديد مدلول الحارس . انظر هذه النظرية والانتقادات الموجهة إليها في: الرحو - مرجع سبق ذكره - ص 72 .

(75) شنب - مرجع سبق ذكره - ص 77، وأنظر في القضاء الفرنسي الذي تبني الحراسة القانونية:

Cass. Civ. 3 mars 1936, DP., 1936, I, p.81.

## المبحث الأول

تعريف بالحراسة وبوضع اليد والتصرف، وبالأشياء والآلات

لا شك أنّ الماهية عبارة جامعة لذاتيات الشيء التي يكون بها وجوده ، ولوازمه غير المنفكة التي يُعرف بها ويتميّز بها من غيره. وهذه الماهية تتحدد بحسب جهة الاعتبار، فماهية المادة القانونية عند القانونيين غير ماهية المادة عند الفيزيائيين مثلاً. ومعلوم أنّ الاصطلاحات التي تبحث في مجال المعارف القانونية تدور بين دلالتها اللغوية و العرفية العامة وبين دلالتها العرفية الخاصة، أي معناها عند أهل الاختصاص بالعلوم القانونية، فكان معنى ( الاصطلاح ) هو ما اصطلاح على معناه أهل علم أو فن خاص.

وقد أثرت تقسيم المبحث إلى مطلبين، خصصت أولهما في التعريف بماهية الحراسة ووضع اليد والتصرف، مع ذكر موازنة وترجيح بخصوصها، وخصصت الثاني في التعريف بماهية الأشياء والآلات.

### المطلب الأول : ماهية الحراسة ووضع اليد والتصرف

وأذكرها في ثلاثة فروع، أخصص أولها للبحث في ماهية حراسة الأشياء والآلات وحارسها، والثاني للبحث في معنى وضع اليد والتصرف في الفقه الإسلامي، والثالث للموازنة والترجيح.

### الفرع الأول : ماهية حراسة الأشياء والآلات، وحارسها

الحراسة لغة (70) من حَرَسَ الشَّيْءَ، أي حفظه.

أما الحراسة اصطلاحاً (71) فقد تعددت الاتجاهات الفقهية في تعريفها تبعاً للاختلاف في تحديد نطاقها، وفي تعيين أساس مسؤولية الحارس فيها(72)، وخلو

70 . ابن منظور : لسان العرب - دار صادر - بيروت - 6 / 48 .

(71) انظر في ذلك: محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي - مكتبة النهضة المصرية - ص 65 ، محمد سعيد الرحو - فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحيّة دراسة مقارنة - الدار العلمية ودار الثقافة - عمّان - ط 1 - 2001م. ص. 48، أمجد محمد منصور - مصادر الالتزام - الدار العلمية ودار الثقافة - عمّان - ط 1 - 2001م . ص 333.

5. البحث في مناسبة القيد الوارد في المادة 316 من قانون المعاملات المدنية بوصف الأشياء خطرة بطبيعتها أو بسبب الظروف المحيطة بها من خلال النصّ على أنها؛ (تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها)، مع التصريح بأنّ أساس المسؤولية أو إيجاب الضمان على حارس الأشياء هو الضرر وليس الخطأ، ومع القاعدة العامة في الضمان بأنه يثبت بالضرر ولو صدر الفعل الضار من غير مميّز، بحسب ما نصّت عليها المادة 282 من القانون المذكور.

6. البحث في حكم القيد الوارد بذيل المادة 316؛ (وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة)، والذي أثار إشكالا آخر بتقديري نتيجته في موضعه من هذا البحث .

### أهداف البحث :

الكشف عن التعارض الذي وقع فيه المشرع الإماراتي، بطني، في جمعه بين منهجه في اعتماده قاعدة الضمان في الفقه الإسلامي، وتمسكه بوصف الفعل الضار بالمباشرة والتسبب، وما أخذه عن المشرعين الأردني والمصري.

رفع التعارض المذكور من خلال اقتراح تعديل المادة 316 من قانون المعاملات المدنية بما يتناسب ومنهج المشرع الإماراتي في اعتماده قاعدة الضمان في الفقه الإسلامي، ولكن على أساس المصلحة الشرعية من خلال إعمال مبدأ الاستحسان. وهو أحد قواعد أصول الفقه الإسلامي.

### خطة البحث :

ولتغطية ما تقدم ونحوه قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، وبحسب الآتي:

المبحث الأول : تعريف بالحراسة وبوضع اليد والتصرف، وبالأشياء والآلات.

المبحث الثاني : أساس مسؤولية حارس الأشياء، وطبيعتها القانونية.

المبحث الثالث: أحكام الحراسة الفعلية للأشياء في قانون المعاملات المدنية.

الخاتمة: واذكر فيها أبرز نتائج البحث والتوصيات.

اتجاه مشرع قانون المعاملات المدنية الاتحادي، فإنه يصدق بالضرورة على اتجاه مشرع القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، اعتباراً بأن أصل قانون المعاملات المدنية هو القانون المدني الأردني.

## محاور البحث :

وأجملها في الآتي:

1. عرض عام للاتجاهات التشريعية والفقهية في بيان ماهية حراسة الأشياء وطبيعتها القانونية وأساس مسؤولية الحارس وأبرز آثارها، مع متابعة اتجاهات المشرع الإماراتي في ذلك، والذي اعتمد بشكل عام غالب نصوص القانون المدني الأردني 69، فضلاً عما عُرف به من نزوع إلى الفقه الإسلامي.
2. البحث في جدوى إعراض المشرع الإماراتي عن اصطلاح ( حارس الأشياء ) إلى اصطلاح ( من كان تحت تصرفه أشياء أو آلات ).
3. البحث في اقتباس المشرعين الإماراتي والأردني نصّ المادة 178 من القانون المدني المصري، مع تغيير لفظ، وتقديم وتأخير عبارة، والذي أثار بتقديري لبساً وتعارضاً مع المبدأ العام المقرر في التشريعين المذكورين من وجوب ضمان الضرر الناشئ عن الفعل الضار، ولو صدر الفعل من غير مميز.
4. البحث في اتجاه المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وجانب من توجه قضاء المحكمة الاتحادية العليا، القاضي بأن ما يحدث عن الشيء من ضرر هو من قبيل المباشرة، والذي أثار إشكالات أخرى بتقديري تعيّن بحثه.

<sup>69</sup> . ومن ذلك نصّ المادة 316 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي تقابل المادة 291 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م، ونصّها؛ ( كلّ من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة ) .

## منهجية البحث :

وهذا البحث دراسة نقدية في مذهب المشرع الإماراتي بخصوص إيجاب الضمان على حارس الأشياء عن الضرر الناشئ بفعلها، في ضوء اعتماده الفقه الإسلامي مصدراً عاماً لقانون المعاملات المدنية، وفي ضوء اقتباسه نص المادة 291 من القانون المدني الأردني، مع متابعة التأثير، غير المعلن، للقانونين المذكورين، بتقديري، بالقانون المدني المصري المعروف بتأثره بالقانون المدني الفرنسي.

وهذه الدراسة غير معنية بالدرجة الأولى بتفصيل أحكام حراسة الأشياء ومسؤولية حارسها، بقدر تسليط الضوء على منهج المشرع الإماراتي في تنظيمه أحكام حراسة الأشياء من خلال مزاجته بين القانونين، الأردني والمصري، وما التزم به المشرع الإماراتي من التمسك بالقاعدة العامة في الضمان في الفقه الإسلامي.

وهذا اقتضى ذلك مني الاعتماد على؛

المنهج الوصفي في حدود عرض ماهية حراسة الأشياء، ونطاقها، وأساسها القانوني، وأبرز الآثار المترتبة عليها. على أن يقتصر الأمر على ما يصدق عليه وصف العرض، دون إسهاب فيه، لأنه ليس المقصود الرئيس للبحث، وإن كان يصلح بياناً لازماً للتوصل إلى تبين اتجاه مشرع قانون المعاملات المدنية في أحكام حراسة الأشياء، ومدى توافقه أو تباينه مع توجه التشريعات القانونية التي كان لها سبق تنظيم أحكام الحراسة بعد اعتبار أو اعتماد الأضرار الناشئة عن أفعالها سبباً لتعويض المضرور بها، ومن هذه القوانين؛ القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري، والذي اعتمد القانون المدني الفرنسي أساساً لبناء النظام القانوني لحراسة الأشياء، مع مفارقتها له في مواطن قليلة. فكان لهذا البيان حكم المقدمة للنتيجة المرجو الوصول إليها.

المنهج التاريخي في حدود بيان التطور التاريخي لنظرية حراسة الأشياء، وبشكل موجز، لأنه ليس مقصود البحث أيضاً.

المنهج التحليلي في حدود اكتشاف مدى انسجام المشرع الإماراتي مع دعواه اعتماد الفقه الإسلامي أساساً لبناء النظام القانوني لحراسة الأشياء، أو (من كان تحت تصرفه أشياء أو آلات..)، بحسب تعبيره. وما يصدق في هذا المواطن على

# إشكالات مذهب مشرع قانون المعاملات المدنية في حراسة الأشياء دراسة نقدية مقارنة

علي احمد صالح المهداوي \*

مقدمة :

ترتبط الحاجة في توسيع دائرة الضمان أو المسؤولية بتطور العلاقات القائمة في المجتمع وتشابكها واتساع ميدانها. وقد وصل هذا التطور في زماننا المعاصر إلى الحد الذي يعسر إن لم يتعدّر فصل غالب النشاط الإنساني عن الأشياء والآلات، مما أوجب بيان أحكام الضمان أو المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن فعلها تشريعاً وفقها 68، ولكن تأسيساً على القاعدة أو الحكم الكلي الذي يحكم المسؤولية أو الضمان في هذا التشريع أو ذلك، بمعنى أن لا يفضي اعتماد مسؤولية حارس الأشياء عن الأضرار الناشئة عن فعلها إلى تبني أكثر من منهج فلسفي، وحكم كلي، في نظامها القانوني.

وقد كان، وما زال، الحكم الكلي في الشرائع القانونية الرئيسية، الذي يحكم المسؤولية أو الضمان، هو أحد ثلاثة؛ مسؤولية تقوم على عنصر الخطأ ( النظرية الشخصية )، ومسؤولية تقوم على أساس الضرر ( النظرية الموضوعية أو نظرية تحمل التبعة )، وضمان يقوم على الضرر، يوصف الفعل الضار فيها بالمباشرة أو التسبب ( الفقه الإسلامي )، ويثبت الضمان فيها بلا شرط إذا وصف الفعل بالمباشرة، ويثبت فيها بشرط التعمد أو التعدي، إذا وصف الفعل بالتسبب.

---

\*أستاذ القانون المدني المشارك جامعة الشارقة / كلية القانون

68 . و( لقد كان موضوع المسؤولية عن فعل الشيء من أوائل الموضوعات التي أظهرت أهمية تطور القانون لمواجهة التقدم العلمي والصناعي الذي أفرز مخاطر تهدد الإنسان في حياته وسلامة جسده . . . ) . حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية - بدون الإشارة إلى دار النشر والطبعة - 1998م - ص 231.



تُعصُّ بالمفاهيم والمصطلحات التي صيغت لحل مشكلات اجتماعية لبلدان مخصوصة، ويقتضي فهمها وضعها في سياقها الأصلي. وأثناء نقلها لمجتمع آخر ذي ثقافة ونمط حياة مختلفين، من الواجب إعادة استنبات المفاهيم في بيئة حضارية مغايرة، وهو ما يعرف بـ«جغرافيا الكلام» أو التبيئة (أي تقريب المفاهيم من البيئة التي ستستنبت فيها).

وأما محاولة التتميط Standardisation أو العولمة المطلقة، فتؤدي إلى إنتاج نسخة مقلدة أو مشوهة. وتقتضي تبيئة المفاهيم والاصطلاحات القيام بأمرين: تحريرها أولاً مما علق بها من معان تخالف حقيقتها، وثانيهما استحضار المفاهيم والقيم المحلية الخاصة ببلد الاستقبال (الإسلامية)، التي تشكل منظومة أو نسقا مفهوميًا متراسماً ووحدة متكاملة، يؤدي تجزيئها إلى تشويهها. وبهاتين العمليتين يمكن التوفيق بين تحقيق الهوية والتمايز والتعامل مع الإنسان بمفاهيم تنبع من عمق تكوينه وهويته.

وللبيان نشير مثلاً إلى كون مبادئ الاتفاقية يوطرها الفكر الفردي، الذي يجعل الفرد (ولا شيء غير الفرد) المحور الأساسي والوحيد للمجتمع، وأما الفكر المستقبل (الإسلامي) فيجعل "الأسرة" محور المجتمع. لذلك فالحاجة ماسة لتبيئة المفاهيم والاصطلاحات وتقريبها من واقع الحال. والعبرة هنا بفهوم الرأي الغالب الذي يعبر عن الأغلبية، أي الإرادة العامة للأمة التي تعهد أمير المؤمنين بتجسيدها في كل القوانين والتعديلات: "وبصفتنا ملكا لكل المغاربة، فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة، وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة، التي نعتبرها أسرتنا الكبرى" (الخطاب الشهير لـ 10 أكتوبر 2003).

الاتفاقيات المصادق عليها مع النظام العام، والمطالبة بإلغائها. من بين هذه الآليات: المبادرة، وتقديم العرائض والدفع بعدم الدستورية<sup>67</sup>.

إن الضوابط العشرة السالفة لها ما يماثلها أو يقترب منها في جل المجتمعات والأنظمة القانونية. وقد أدرك المجتمع الدولي يقينا أن إرغام الدول على تبني كافة ما جاء في الأوفاق الدولية كثيرا ما يصطدم بصعوبات متعددة، منها ما هو اقتصادي، وسياسي، واجتماعي، وثقافي... ومعلوم أن هذه الصعوبات عادة ما تعرقل تنفيذ الأوفاق الدولية في البلدان النامية عموما، حتى لو اعترفت لها بالأفضلية على النصوص الداخلي... وهو ما يحصل في أكثر من قطر. من أجل ذلك فُتح المجال للتحفظ، ولذلك أصبح الخطاب الراجح في المنظمات الدولية يراهن على ضرورة ملاءمة الجهود والاتفاقيات مع الواقع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي المحلي، ويفضّل أن يحصل التغيير من الداخل وبالأدوات الثقافية المحلية، لا أن يفرض من الخارج. وللوصول لهذه الغاية تراهن المنظمات الدولية على توظيف المجتمع المدني المحلي الذي يناضل من أجل القطع مع كل ما هو هوياتي خصوصي ومع الثوابت والقيم الأسرية!!!

والمجتمع المدني المحلي الذي يتوق للتسوية المطلقة يصطدم بكل الضوابط الدستورية التي أسلفناها، وأهمها أن المشرع المغربي لا يشرّع لفئة قليلة من المجتمع، رغم كون صوتها يرتفع عاليا، وإنما لمجتمع، يضم عشرات الملايين، يتشبه حتى النخاع بهويته وأصوله ومقدساته وثوابته.

وختاماً لا غنى عن ملاءمة مبادئ القانون الدولي مع الخصوصية

بقي أن نشير إلى أن عددا من مبادئ السيداو صيغت من أجل الجواب على خصوصيات مجتمع مختلف وللاستجابة لحاجيات معلومة وللوصول إلى غايات محددة، هي ليست بالضرورة خصوصيات ولا حاجيات ولا غايات المجتمعات المستقبلية لمضامينها.

فالمصطلح "وعاء" يحتضن "مضمونا" محددًا، ويُشحنُ برسائل فكرية تختلف بحسب الأنساق الفكرية لكل حضارة. والاتفاقيات الدولية، ومنها الخاصة بالمرأة،

<sup>67</sup> الفصل 15: للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية.

الفصل 133: تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

فكل هذه الضمانات تتكاتف فيما بينها من أجل الحيلولة دون الانزلاق مع بعض المبادئ التي يسعى المنتظم الدولي، بدعم أو إيعاز من الجمعيات المحلية، لإقامتها في القوانين الداخلية لبلدان تقوم ثقافتها ونظامها العام المحلي على فلسفة مغايرة للمنطق الذي يحكم الثقافات المهيمنة على المنظمات الدولية وعبرها على الاتفاقيات.

وتوسع الضمانات يستشف من التحفظ المتبقي على المادة 2 والذي تربط بمقتضاه المملكة المغربية تطبيق «أحكامها بشرط عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مع التأكيد على أن بعض الأحكام الواردة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي تعطي للمرأة حقوقا تختلف عن الحقوق المخولة للرجل لا يمكن تجاوزها أو إلغاؤها وذلك نظرا لكونها منبثقة أساسا من الشريعة الإسلامية التي تسعى، من جملة ما تسعى إليه، إلى تحقيق التوازن بين الزوجين حفاظا على تماسك كيان الأسرة».

وأسلمنا أن المشرع أوّماً هنا إلى أحكام الأسرة برمتها ومنها اقتسام الأعباء المالية وغيرها بين الزوجين على أساس التكافؤ والكفاءة لا المساواة الرياضية. وبما أن قانون الأسرة يشمل في البلاد الإسلامية دون غيرها أحكام الإرث أيضا، فقد ذهبت التأويلات إلى شمولها بالتحفظ ويرفعه.

وعاشرها يستقى من "النظام العام" (L'Ordre Public) الذي يقيمه ويرعاه الدستور نفسه، والذي يتشكل من مبادئ القانون المكتوب وأيضا من مبادئ القانون غير المكتوب، أي "العرف" وأيضا من القواعد الشرعية المستقاة من الإسلام. هذه المبادئ المجتمعة والراسخة في الذاكرة الجمعية تعتبر مركزية وتعتبر المرجعية الأساسية في النظام القضائي (بحيث يلتزم القاضي بالاحتكام إليها)، ولقوتها الملزمة، فهي تستطيع إلغاء الإرادة الفردية (للقاضي، أو لفئات من المجتمع تريد الخروج عن النظام العام الجمعي، وإلغاء مفعول القوانين الأجنبية، وحتى مقتضيات الاتفاقيات الدولية المصادق عليها المتعارضة مع النظام العام الداخلي. وقد أوجد الدستور الجديد عدة أدوات وآليات ومكّن بمقتضاها المواطن العادي والمجتمع المدني والمؤسسات الدستورية من إثارة تعارض القوانين الداخلية أو

الذي يرأسه الملك الضامن للثوابت وحامي حمى الملة والدين، ويخضع لمراقبة المحكمة الدستورية، التي تضم في عضويتها ممثلا عن المجلس العلمي الأعلى<sup>66</sup>.

وسابعها: أن المجلس العلمي الأعلى، الذي يرأسه الملك، أمير المؤمنين، "وحده يملك صلاحية دراسة مثل هذه القضايا، وهو يعتبر الجهة الوحيدة المؤهلة لإصدار الفتاوى المعتمدة رسميا، استنادا إلى مبادئ وأحكام الدين الإسلامي الحنيف، ومقاصده السمحة". هذا الكلام ليس مجرد تخمين أو وجهة نظر، إنه مقتضى دستوري (ف. 55). فالمجلس العلمي الأعلى هو المؤهل لتحديد ما إذا كان رفع التحفظ لا يتنافى مع الشرع، والمؤهل لبيان ما إذا كانت التحفظات المرفوعة لا تخرق الشرع، والمؤهل لإصدار الفتاوى والاستشارة في الموضوع. وبحكم العضوية التي أصبحت لممثلي هذا المجلس في عدد من الهيئات (المحكمة الدستورية، المجلس الأعلى للسلطة القضائية...)، فقد أصبح أكثر حضورا وفاعلية في مراقبة دستورية القوانين ومدى ملاءمة مضامين الاتفاقيات الدولية مع الدستور، أي مع الشرع الإسلامي.

وثانها، كون المصادقة على الاتفاقيات الدولية لا تستطيع خرق بنود الدستور، وهذا المقتضى أيضا دستوري ومنصوص عليه أكثر من مرة في دستور 2011، بدءً من التصدير الذي يُشكل جزءا لا يتجزأ من الدستور، من أمثلة ذلك:

\* ... إن المملكة المغربية، الدولة الموحدة، ذات السيادة الكاملة... تؤكد وتلتزم "بـ... تعميق أواصر الانتماء إلى الأمة العربية والإسلامية" (فقرة 6).

\* ربط المصادقة على الاتفاقيات الدولية بمراعاة أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة (تصدير الدستور فقرة 13).

\* انسجاما مع نفس المبدأ الملزم، وبعد أن سوّى الفصل 19 بين الرجل والمرأة في الحقوق كلها، أكد على أنه يتم "كل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها" (في إشارة إلى قانون الأسرة).

<sup>66</sup> الفصل 92: يتداول مجلس الحكومة، تحت رئاسة رئيس الحكومة، في القضايا والنصوص التالية:

المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل عرضها على المجلس الوزاري

الفصل 132: تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية، وبتب بالإضافة إلى ذلك في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء.

يمكن... أن يحيلوا القوانين أو الاتفاقيات الدولية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، أو قبل المصادقة عليها، إلى المحكمة الدستورية، لتبث في مطابقتها للدستور.

(Compétences)، ولم يكلفوا أنفسهم عناء استشارة أهل المعرفة! (فاسألوا أهل  
الدُّر إن كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ النحل 43).

وثالثها أن تعديل الدستور يخضع لولاية الشعب، ولا يمكن إقراره إلا بالاستفتاء.  
وبالتالي لا يمن التفكير في رفع التحفظات التي تمس بالهوية الثابتة، إلا بعد  
استشارة إرادة الشعب، وليس حفنة من الناس تجتهد ليل نهار للقطع مع كل ما هو  
هوياتي.

ورابعها أن ما يتعلق بالثوابت، أي المرجعية الإسلامية لا يمكن أن يكون محل  
أي تعديل. وهذا لا تأويل فيه ولا جدال، فالفصل 175 من الدستور الحالي وعلى  
منوال الدساتير السالفة حسم أنه "لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة  
بالدين الإسلامي...".

صحيح أنه أصبح بالإمكان تعديل الدستور من دون حاجة للاستفتاء65، إنما  
تُحصر هذه الإمكانية في مبادرة يتخذها الملك. وبصفته أمير المؤمنين، لا يتصور  
سماحه بأي تعديل تُخرق فيه الثوابت.

وخامسها على صلة بإمارة المؤمنين، التي تعتبر الضامن للثوابت وحامية حمى  
الملة والدين (الفصل 41). واعتبارا لهذا الالتزام، صرح جلالة الملك في خطابه  
الشهير لـ10 أكتوبر 2003 "لا يمكنني بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم  
الله وأحرم ما أحله". ثم أضاف "وبصفتنا ملكا لكل المغاربة، فإننا لا نشرع لفئة أو  
جهة معينة، وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة، التي نعتبرها أسرتنا الكبرى".

وسادسها، أن التصديق أو الانضمام إلى المعاهدات الدولية يمر عبر مسطرة  
دقيقة. ومشروع التصديق يُتدارس من قبل مجلس الحكومة، ثم المجلس الوزاري

وضعه، أو تعلق الأمر بظهير أو بقواعد قانونية صادرة عن البرلمان فلا يمكن أن تعدل إلا بقانون صادر عن  
نفس الهيئة وتبعاً لنفس شكليات وإجراءات الإصدار؛ أو بنص تنظيمي (مرسوم، قرار وزاري) صادر عن  
الحكومة، فلا يمكن تعديله إلا من قبل الحكومة (وليس حتى من البرلمان) مع إتباع نفس إجراءات وشكليات  
الإصدار الأول للنص.

<sup>65</sup> الفصل 17: ... للملك، بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، أن يعرض بظهير، على البرلمان، مشروع  
مراجعة بعض مقتضيات الدستور. ويصادق البرلمان، المنعقد، باستدعاء من الملك، في اجتماع مشترك  
لمجلسيه، على مشروع هذه المراجعة، بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتكون منهم.

وفي الوقت الذي تعالت مطالب بتعديل الدستور (سنة 2011) في اتجاه القطع مع كل ما هو هوياتي وإعمال الاتفاقيات الدولية بدون أدنى قيد أو تحفظ، والانتصار للائكية والفرسانية ونبذ كل فكر يتعلق بالقيم الأصيلة للمجتمع المسلم، إذا بتعديل الدستور يعلن عن مزيد من الضوابط الصارمة ويضيف ممارس أخرى تحفظ الهوية والثوابت.

### عشر ضمانات دستورية تمنع مخالفة الشرع وتضبط رفع التحفظ

بناء على ما سلف وبناء على مقتضيات الدستور، فما بقي من تحفظ على بنود السيدا، بفعل تعارضه مع الدستور لا يمكن التفكير في رفعه عنها إلا بعد تعديل الدستور، وتعديل الدستور في هذه المسألة بالذات يخضع لعدة ضوابط هامة:

أولها: ينص القانون الأساسي أن المغرب دولة إسلامية، ثم تكرر ذكر الإسلام وثوابته أزيد من عشر مرات. وفي هذا تقييداً للقواعد القانونية الأدنى درجة من الدستور وفرض التزامها بقواعده، ومنها الاتفاقيات الدولية. بالتالي فكل نص لا ينسجم تمام الانسجام مع القواعد الدستورية المكرسة للإسلام يتعرض للإلغاء بسبب عدم دستوريته. ولا حاجة لكثير اجتهاد ليفهم من مضامين الدستور أن الشرع الإسلامي وثوابته تحتل نفس مكانة الدستور، وأنها بالتالي أرقى من القانون التنظيمي ومن الاتفاقيات الدولية ومن القانون العادي...

وثانيها: أن كل اتفاقية دولية تتعارض مع الدستور لا يمكن التصديق عليها إلا عن طريق الاستفتاء، أي نفس طريقة سن وتعديل الدستور، وأنه إذا اختارت الحكومة المغربية المصادقة على اتفاقية تخالف الدستور، وجب تعديل الدستور قبل مصادقة عليها<sup>63</sup>. ولم يَنْتِيهِ من أخذتهم الحماسة إثر الرسالة الملكية (لـ 10 ديسمبر 2008) أو بعد الإعلان عن رفع التحفظات، لم ينتبهوا إلى أقل شيء كان يجب المعرفة به وهي التراتبية القانونية وإجراءات ومساطر تعديل القوانين، ولا إلى مبدأ توازي الشكل والاختصاص<sup>64</sup> (Parallélisme des Formes et des

<sup>63</sup> الفصل 55: ... للملك أن يعرض على البرلمان كل معاهدة أو اتفاقية أخرى قبل المصادقة عليها. إذا صرحت المحكمة الدستورية، إثر إحالة الملك أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين، أو سدس أعضاء المجلس الأول، أو ربع أعضاء المجلس الثاني، الأمر إليها، أن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف الدستور، فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور.

<sup>64</sup> ويعني أنه لا يمكن تعديل أي قانون إلا بقانون من نفس درجته وإلا إذا انتهجت نفس المسطرة ونفس الإجراءات التي اتبعت في سنه، وإلا إذا صدر عن نفس الجهة التي أصدرته أول مرة (الهيئة صاحبة الاختصاص). فإذا تعلق الأمر بقاعدة دستورية، فلا يمكن تعديلها إلا بانتهاج ذات الإجراءات التي اتبعت عند

لم يرد في أي شرع آخر، والتي تتحدث إلى المرأة أو عن المرأة بكل رفعة وسمو وتشريف وتسوية في الحقوق بل وتمييز تفضيلي، لعله مصدر التمييز الإيجابي الموجود في الاتفاقيات الدولية. ويكفي الرجوع للنصوص في مصادرها وللكتابات الغنية في الموضوع لاكتشاف مكانة المرأة في الإسلام.

وعوض أن نباهي الآخرين بكوننا نملك تشريعا ضبط الميراث ووثق حق المرأة (منذ قرون طويلة كانت المرأة تعتبر فيها شيئا، ثمك ولا تملك، فأحرى أن تراث) بشكل لا يبقى معه مكان لحرمانها منه أو الالتفاف على حقها في الإرث (sa successibilité) وعلى نصيبها...

وعوض أن نبرهن على حكمة الشرع والغايات السامية وراء تضمين وتوثيق ميراث المرأة وتحديد نصيبها في القرآن والحديث، وكيف أنه حماها ضد الأهواء والزيغ والشطط، وعوض أن نظهر للعالم تميز بل تفرّد الشرع الإسلامي عن باقي الشرائع التي لا تضمن أي حق لأقرب الأقرباء على تركة المتوفى ولا تقر إلا بحق وحيد هو حق هذا الأخير المطلق للتصرف في مآل تركته بعد مماته، بل أن يتصرف بمطلق الحرية ولو في مرض الموت أو الحرف أو السقه... تجد الكثيرين من مثقفينا أو مناظرينا يتاجرون بالورقة الوحيدة المتبقية ويؤولونها على أنها مساسّ بحقوق المرأة وتكريس لدونيتها وإقراراً من الشرع بأنها ليست تساوي إلا نصف الرجل.

وللأسف كثيرا ما تستعمل هذه الورقة كأصل تجاري يُدرّ من الأرباح ما لم يعد خافيا. بل أكثر من ذلك تذهب تيارات كثيرة باتجاه تقبيح صورة البلد والثقافة والدين لغايات في نفسها، ولا يههما أن تمس بسيادة بلد أو شرف أو عرض، أو عقيدة أو ثوابت، بل يُغميها الجري وراء الفئات عن كونها تلحق أكبر الأذى بهويتها وبغزة نفسها وبكرامتها هي، وبكون الثقافات الأخرى لا تحترم إلا من يحترم نفسه وهويته ويصونها عن المزايدات وعن استغلالها لأغراض أو مصالح ضيقة تافهة (ومن لم يُكرم نفسه لم يُكرم)..

الانخراط المبكر للمغرب في المجتمع الدولي الذي لم يمنع حفظ خصوصيته

إن تطلع المغرب نحو المجتمع الدولي والرغبة في الاندماج فيه ليس بالأمر الحديث، بل انخرط المغرب فيه مبكرا وأثبت التزامه بمبادئه القانونية وبالشرعية الدولية، وأبان من خلال تجربته أن الاندماج في هذا المجتمع لا يمنع حفظ الخصوصية.

التمييز بين الأقارب أو بين الأبناء، وما يترتب عنه من شأن بين الورثة، لم يسمح الشرع الإسلامي بالوصية للوارث (حديث "لا وصية لوارث")، إلا إذا أجاز الورثة هذه الوصية عن طيب خاطر. وفي الحالتين معا، إذا اختلفت الورثة في شأن الإيصاء لوارث، أو فيما تجاوز الثلث، لم يَجْزُ من الوصية إلا النسبة المئوية التي تعود لمن جَوَّزها، أما من عارض فلا يُنْتَقَص من نصيبه شيء.

والمشرع المغربي حينما صادق على السيداو التزم بتطبيق مقتضيات المادة 2 التي تكرس المساواة المطلقة (السياسية والاجتماعية والقانونية والإدارية...) بين الرجل والمرأة، شرط ألا تُنتهك أحكام الدستور المتعلقة بقواعد وراثته العرش، وألا تنافي أحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في مدونة الأسرة. ولعل المشرع أوما في الصيغة التي استعملها في تحفظه إلى أحكام الأسرة برمتها ومنها اقتسام الأعباء المالية وغيرها بين الزوجين على أساس التكافؤ والعدل والكفاءة وتكامل الأدوار لا المساواة الرياضية. وبما أن قانون الأسرة يشمل، في البلاد الإسلامية دون غيرها، أحكام الإرث أيضا، فقد فهم الكثيرون بوعي أو دونه، عن صواب أو خطأ، أن التحفظ المُقَيَّد لا يتعلق إلا بأحكام الإرث، دون المساواة في أعباء الزوجين المالية التي لا يزعم اختلافها مناصلي المساواة المطلقة.

### الإرث ليس يشكل حقا إلا في التشريع الإسلامي

يستفاد مما سلف أن الشرع الإسلامي هو التشريع الوحيد الذي نظم بإحكام حقوق المالك وحقوق الورثة، بما يضمن التكافؤ والتوازن بين حرية التصرف وبين حقوق الأغيار (الورثة). بل هو التشريع الوحيد الذي جعل الإرث حقا وهو التشريع الوحيد الذي ضمن الحق في الإرث لفئات كانت تحرم منه ولا زالت، وعلى رأس هؤلاء المرأة، والعاجز عن حمل السلاح (أطفال، شيوخ...). فجاء توثيق حق المرأة في الإرث بكثير من القوة والتأكيد. ولعله سببُ تخصيصها بفروض تعتبر حدا أدنى لا يمكن النزول عنه، في جميع الوضعيات وأيا كان منافسوها في الميراث. هذا إلى أن نصيب المرأة ليس يعادل دائما نصف نصيب الرجل، بل ترث، في حالات كثيرة، أكثر منه. ومعيار تقسيم التركة ليس الأنوثة والذكورة وحسب، وإنما معايير أخرى، يجمُلُ المعرفة بها قبل الحكم على عدالة أو ظلم الشرع!!!

وعليه فنحن بحاجة لقراءة غير القراءة "الشعبوية" السطحية التي يبني عليها الكثيرون ليلصقوا الدونية بالمرأة المسلمة، ويرددون أن المرأة في الإسلام تساوي نصف الرجل، فهذا افتراء وعنوان للجهل والجهالة أو توظيف أيديولوجي غير بريئ إطلاقا. ومن يروج لمثل هذا ينسى أو يتناسى الكم الهائل من الآيات والأحاديث، بما

والالتزامات المالية المختلفة التي تعفى منها الزوجة والأم...، فإن أحدا لم ولا يحرك ساكنا، ولم ولا ينتقد، ولم ولا ينزعج من هذا التمييز التفضيلي.

والرفع الكلي للتحفظ عن المادة 16 يقتضي أن تصبح الالتزامات بين الزوجين والأبوين متماثلة. فتقسم الأعباء المالية وغيرها بين الزوجين فيما بينهما وبينهما وبين أبنائهما بالتساوي الرياضي الذي لا إعفاء فيه ولا مراعاة لظروف المرأة العاملة وغير العاملة. هذا هو منطق المساواة، لا أن يؤخذ ببعض وجوه المساواة ويُكفر ببعض.

عدم التسوية في الإرث والسيداو ورفع التحفظ !!!

اتفاقية عدم التمييز لا تتضمن أي حق يمكن تسميته حق الإرث: الذي تكاد تجهله الغالبية العظمى ممن يشتغلون على حقوق الإنسان وحقوق المرأة ويناضلون من أجل المساواة في الإرث والتزام ما جاء في الاتفاقيات الدولية، لهو كون الإرث لا يعتبر حقا، ولا يندرج بالتالي في أية لائحة من لوائح حقوق الإنسان الطويلة. والذين يطالبون برفع ما بقي من تحفظ على اتفاقية السيداو من أجل تحقيق المساواة في الإرث، لم يتنبهوا إلى الآن إلى كون هذه الاتفاقية التي يستجدون بها لهذه الغاية بالذات، لا تتضمن أي بند عن الإرث، ولا تعتبره حقا للمرأة ولا للرجل. وحينما سوت المادة 16 بين الرجل والمرأة في "الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه"، فيستبعد كلية أن يكون الإرث (الذي لا يشكل حقا) حاضرا في ذهن محرري النصوص.

إن الذين ساهموا في صياغة الاتفاقية لا تتضمن تشريعاتهم ولا ثقافتهم شيئا اسمه الحق في الإرث، بل تُطلقُ مجملُ تلك التشريعات يَدَ المالك ليتصرف في ماله حال حياته وبعد مماته كيفما شاء، دون أدنى قيد أو إقرار بحقوق لأقربانه (الورثة المحتملين) على ما سيخلفه من أموال. لذلك نجد الواحد منهم يوصي بتركته لمن يشاء ويحرم منها من أبنائه ووالديه وأقربانه من يشاء، بل يستطيع أن يوصي بها لأحد أبنائه دون الآخرين أو لشخص أجنبي، أو خلية (عوض أقرب المقربين)... وله أن يوصي بها بكاملها لجهة خيرية أو سواها، بل له أن يوصي بها لحيوان واحد (كلبه...) أو جمعية للحيوان...

وهنا يظهر تميُّز التشريع الإسلامي، الذي اعتبر ثلثي التركة حقا للورثة، ولم يُبق للمورث من حرية التصرف إلا فيما لا يتجاوز الثلث (حديث "والثلث كثير")، اللهم إلا إذا جوَّز الورثة ما فوق ذلك. وحتى فيما يخص المستفيدين من الوصية، ولتفادي

تلك إذن أهم المقترضات التي يثار الشك بشأن انسجامها مع الشريعة، وقد ظهر جليا كيف أنها توجد في مدونة الأسرة إما في صيغتها القديمة أو الحديثة، وكيف أنها استقيت من الشريعة الإسلامية مباشرة. أما ما تعارض مع الشريعة من مبادئ السيداو فلم يطله رفع التحفظ، وبالتالي لا داعي للقلق.

وتلك مجمل التحفظات التي أضحت ملغاة ومتجاوزة بمجرد تعديل التشريع الداخلي، وتحديدًا في 3 فبراير 2004، تاريخ تعديل مدونة الأسرة والقوانين الإجرائية المرتبطة بها، وفي 2 أبريل 2007 بمجرد تعديل قانون الجنسية وتمكين الأم المغربية من نقل جنسيتها المغربية إلى أبنائها في مختلف الظروف<sup>62</sup>.

هذا الكلام قلناه بتاريخ 29 يونيو 2010 تحت قبة البرلمان، وأعلنا إذًا أن التحفظات المنوه بها أعلاه والمثيرة للجدال، ارتفعت تلقائيًا ومن دون حاجة لأي إجراء إضافي بمجرد تعديل مدونة الأسرة وتعديل قانون الجنسية. ودعمنا كل ذلك بحجج دستورية وقانونية. واليوم نعاود المقابلة بين ما أعلنت وثيقة رفع التحفظ عنه وبين القانون الداخلي المقابل.

ويجدر التنويه بأن المواطن المغربي تعب من كثرة السجلات التي تثار في كل مرة من هذا الطرف أو ذلك، مرة بتأويل الخطاب الملكي انطلاقًا من أيديولوجية تريد الذهاب إلى أبعد مدى في القطع مع الثوابت، والادعاء بأن الخطاب الملكي لـ 10 ديسمبر 2008 رفع كافة التحفظات بما يشمل المقترضات المتعلقة بالإرث، ومرة (وبعد سنتين) للاحتجاج على نفس التحفظات التي أعلن الخطاب الملكي يومها عن ارتفاعها!!! دون أن ينتبه المحتجون والمنددون أنهم كانوا من أكثر من صفقوا لتعديلات مدونة الأسرة وأن رفع التحفظات هو مجرد تقريب بين مضامين مدونة الأسرة التي دعمتها ورحبت بضامينها كل أطراف المجتمع المغربي وبين اتفاقية عدم التمييز.

التحفظ الذي لم يرفع عن المادة 16 ولا يثير أي جدال

مع أن التحفظ لم يرفع بشكل كامل عن المادة 16 (في تعديل 3 فبراير 2003)، ما دامت مدونة الأسرة لا تفرض الالتزامات بشكل تماثلي بين الزوجين (في الإنفاق

<sup>62</sup> غير وتمم بقانون رقم 62-06 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1-80-07 بتاريخ 3 ربيع الأول 1428 (23 مارس 2007): ج. ر. عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل 2007).

فهل وصلت المادة 16 (فقرة ج التي اكدت بالإقرار بنفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وعند فسخه) هذا المستوى من تكريس حظوظ المرأة؟

وبخصوص الجنسية: جاءت المادة 9 حاملة لخلفيات معاناة النساء في أوروبا واللائي كنَّ يرغمن على اكتساب جنسية الزوج الأجنبي كرهاً، بحثها الدول الأطراف على منح المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها. وتركز بوجه خاص على ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج وهذا بالذات هو الدافع لإدراج هذا المقتضى في الاتفاقية. وهو الحق الذي لم تقتلعه المرأة في الغرب إلا بعد صراع مرير.

أما في المغرب، فالمشكل الذي ظل مطروحاً لعقود طويلة، ليس إرغام الزوجة الأجنبية على حمل جنسية زوجها المغربي، وإنما هو مشكل الأطفال المزدادين من أم مغربية وأب أجنبي، والذين طالما حرّموا من الجنسية المغربية، مما عقد حياة الكثيرين منهم، خصوصاً عند هجرهم من قبل الأب. وهذا ضداً على الأبناء المزدادين من أم مغربية وأب مجهول، والذين كانوا يكتسبون الجنسية المغربية بقوة القانون. وكان يكفي المشرع أن يلحق هؤلاء بالأبناء المزدادين من أب مجهول كي يُمنعوا مثلهم بجنسية الأم؟

وهو عين ما فعله المشرع لما عدّل قانون الجنسية (لـ6-09-1958) بمقتضى ظهير 23 مارس 2007 (07-08) 61. فارتفع تلقائياً التحفظ في موضوع نقل الجنسية من الأم لأبنائها منذئذٍ (وليس ابتداء من 18 أبريل 2011 ولا 2 أغسطس 2011).

على إثر هذه التعديلات اكتمل البناء القانوني في المغرب وأعيدت قراءة النصوص المتعلقة بالأسرة والمرأة على ضوء الشريعة الإسلامية فتحقق الإنصاف والعدل.

تأكيد: التحفظات ارتفعت منذ تعديل مدونة الأسرة وقانون الجنسية

<sup>61</sup> الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1458 (2 أبريل 2007).

وعلى صلة بـتوثيق الزواج حثت المادة 15/2 (سيداو) على ضرورة اتخاذ "جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع... لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا". وقبل هذا التاريخ بكثير كانت مدونة الأحوال الشخصية القديمة (م6) لا تعترف بأي شكلية أخرى لإثبات الزواج غير العقد العدلي المحدد قانونا. وهو ما أكدته المدونة الجديدة بمزيد من التوضيح والبيان<sup>59</sup>. فهل من داع للتدبير؟

وبخصوص الذمة المالية المستقلة للزوجة كان الشرع الإسلامي السباق للاعتراف لها بذمة مستقلة عن زوجها وأقرت مدونة 1957 حق الزوجة في التصرف في أموالها بكل استقلالية وبأنه لا سلطة للزوج على أموال زوجته (ف. 35) وهو ما عززته مدونة 2004 60، بل وتنتصيصها على أن الزوجة، ولو كانت غنية لا تلزم بالإنفاق على بيت الزوجية، اللهم إلا في حالة إفسار الزوج أو إفلاسه، فتلزم بالإنفاق على الأبناء دون البيت والزوج. فهل تصل اتفاقية السيداو إلى ما تتضمنه مدونة الأسرة القديمة والحالية ليس من تسوية المرأة بالرجل، بل من تمييز إيجابي لفائدتها؟

إن المنطق المؤطر للاتفاقيات الدولية مختلف، وفيه تصدير وعولمة لبعض المشاكل التي عانت منها المرأة في الغرب، حيث كان لا يعترف لها بالأهلية (ولا حتى بالطبيعة الإنسانية)، فأحرى بالذمة المالية. ولما حصلت (حديثا) على إقرار بالذمة المالية، أدمجت ذمتها مع ذمة زوجها، فأصبحت تلزم الزوجة بالإنفاق، تماما كالزوج، بل، وفي حالة إفسار الزوج، تتحمل معه الديون بالتضامن، ليس تجاه البيت الأسري وحسب، بل واتجاه الدائنين الأغيار. وهذا هو مبرر إدراج استقلال الذمة المالية للمرأة في السيداو!!

وفي موضوع انفصام الزوجية، كانت الزوجة في ظل المدونة القديمة تملك أكثر من وسيلة لإنهاء العلاقة (التمليك، والخلع، والتطليق)، وأضافت المدونة الحالية إليها الشقاق (المواد 78 و79) بما يحقق ليس المساواة بين الزوجين في فسخ عقد الزواج فحسب، بل ويعطي الزوجة مخارج أكثر وإعفاءات من الأداء (تمييز تفضيلي لفائدة المرأة وغبن أحيانا للرجل). فيما المنطق المؤطر للاتفاقيات الدولية يقتضي المساواة في الأعباء أيضا وتحمل تبعات الخطأ والتعويض عن الضرر.

<sup>59</sup> المادة 16: تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

<sup>60</sup> المادة 49: لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...

سليمة متوازنة . وهو السقف الذي لم تصله المادة 16 من السيداو، التي اكتفت في الفقرة 2 بالتصيص على المساواة فيما يخص الزواج، من دون تحديد لسن معينة، ولا لأية تفاصيل أخرى.

في موضوع الحضانة والمسؤولية عن الأبناء والإنجاب لم تتجاوز اتفاقية السيداو في المادة 16 (فقرة "د"، "هـ"، و"و") الإقرار للزوجين بنفس الحقوق. أما مدونة الأسرة فتقر بحق الأم في التشاور والمشاورة في موضوع الإنجاب، وبأولويتها في الحضانة، دون أن يفوتها التنويه بضرورة رعاية مصالح الطفل في كل قرار يتخذه الوالدان أو يحكم به القضاء، مع التأكيد على أن كل الأمور التي تهم الطفل من حضانة ورعاية وسواها ليست حقوقا وامتيازات يتصارع الوالدان من أجل الاستئثار بها، وإنما التزامات وواجبات تقع عليهما كل في المجال الذي يتقنه، وهذا هو المعنى الحقيقي للقوامة (أي القيام على الأسرة ورعايتها) وليس ما ألصق بها من معاني التفضيل وهيمنة طرف على آخر. فهل بقي من تعارض؟

وفي شأن الخطوبة، نصت المادة 15/2 على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني. وبغض النظر عما أورده عن تحديد سن أدنى للزواج (18 سنة)، فمدونة الأسرة ذهبت أبعد من ذلك، بنصها مبكرا (سنة 1957) على أن الخطبة تواعد على الزواج وليست بزواج. وهو ما عضدته مدونة 2004 بمبادئ أخرى جديدة تتصدى للمشاكل التي تنور في حالة العدول عن الخطبة، وتتصدى لظاهرة انتشار الأطفال المستولدين خلال فترة الخطوبة، والذين كانوا يحرمون من الحماية، بحيث سوّغت إلحاق نسبهم بالخاطب إذا توفرت شروط خاصة تحددتها المادة 156 58، وهو السقف الذي لم تصله السيداو.

وفي موضوع تسوية حقوق ومسؤوليات الأم تجاه أبنائها الشرعيين وغير الشرعيين، الذي أقرته السيداو (م. 15/د) والذي يثير كثيرا من الجدل والتحفظ، ننوه بأن مدونة الأحوال الشخصية على نهج الشريعة الإسلامية، أقرت سنة 1957 (أي أزيد من 20 سنة قبل السيداو)، هذه التسوية وأكدت ذلك مدونة 2004 بتصميمها على أنه "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية" (المادة 146). فما مبعث كل هذا القلق؟

<sup>58</sup> إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية: ...

ونستعرض بعض ما جاء في مدونة الأسرة:

المادة 10: ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بالفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً...

المادة 11: يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: شفويين...

المادة 12: تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام...

المادة 13: يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج والزوجة... سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه...

المادة 24: الولاية حق للمرأة، تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصحتها.

المادة 25: للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقربائها.

وباستقراء المواد، وجلها كان موجوداً في مدونة 1957، يبين كيف حرص المشرع، على هدي الشرع الإسلامي الذي جعل من "الرضى" الركن الوحيد للزواج، وكيف شددت (المواد 24 و 25) على شرط الإيجاب والقبول لانعقاد الزواج، وكيف ركزت بالتفصيل الزائد على كيفية التعبير عن الرضى (المواد من 10 إلى 13 المأخوذة من مدونة 1957)، وكيف قامت مدونة الأسرة بتنقية أصول الشرع من الممارسات والأعراف الغربية على الإسلام... فأين التعارض مع المادة 16 (فقرة أ و ب) من السيداؤ؟

المادة 4: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة". وبما لا مزيد على وضوحه، تبين المادة الرابعة القيمة القانونية والاجتماعية... للزواج، وتختم بجعل البيت الأسري تحت رعاية الزوجين معا وتبين مواد أخرى مسؤوليات والتزامات الزوجين معا في الإشراف على البيت وتربية الأبناء والقيام عليهم... فأين التعارض مع المادة 16 (فقرات من "د" إلى "ز") من السيداؤ؟

المادة 19: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية 18 سنة شمسية". وفي هذا مساواة، بل وإقرار بواقع اجتماعي ارتفع بمقتضاه سن الزواج، ووعي بخطورة وثقل المسؤوليات التي يضعها الزواج على كلا طرفيه، بما يقتضي توفيرهما على القدرات العقلية والجسدية والنفسية لتحملها وإنشاء أسرة

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

وبمقابلة هذه المضامين مع الشريعة الإسلامية يلاحظ أن هذه الأخيرة كانت الأسبق لتقرير جل هذه المبادئ والقيم، بل لعل الاتفاقيات استقت منها كل ذلك. وبمقابلتها مع التشريع المغربي الداخلي (مدونة الأسرة وغيرها) لا نعثر في المادة 16 على أي جديد أو شيء مما يزعم معارضوه. رفع التحفظ أنه يخالف القانون الداخلي، أو يعارض أحكام الشريعة أو الدستور.

سبب التحفظ على المادة 16: تكرر هذه المادة تساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات في ما يتعلق بعقد الزواج وفسخه. وكان المشرع المغربي، في تأويله القديم للنصوص الشرعية يعتبر هذه المساواة منافية للشريعة الإسلامية التي تضمن لكل من الزوجين حقوقاً ومسؤوليات، لكن ليس بمنطق المساواة التنافسية وإنما وفق فقه العدل والتوازن والتكامل، من أجل الغاية الأعلى: حفظ تماسك الأسرة وقدسية الرباط الأسري. على أن مصادر الشريعة خضعت لقراءات مكنت من تنقيتها مما علق بها من أعراف وتقاليد. حصل هذا أثناء تعديل مدونة الأسرة وقانون الجنسية.

ارتفاع التحفظات بمجرد تعديل مدونة الأسرة وقانون الجنسية.

كرّست مدونة الأسرة، المستقاة من الشرع الإسلامي، بما لا يترك أي مجال للمزايدة، وذلك منذ صيغة 1957 وأيضاً وبشكل أكبر في النسخة المعدلة في 2004، كرّست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بما يفوق ما حملته المادتان 9 و16 اللتين تعرضتا لكثير من الانتقاد بل والتنديد.

فمبادئ مدونة الأسرة، المأخوذة مباشرة من الشريعة، تضمن المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج وفي حلّه، وبين الزوجين والأبوين في تدبير شؤون الأسرة وتربية الأبناء أثناء الزواج وبعده... بل لعلها تتجاوز السقف الذي وضعته اتفاقية السيداو وتقر بامتيازات وحظوظ لفائدة المرأة، دون أن تلزمها قبالة ذلك بواجبات، وتضع أعباء إضافية على الرجل، دون مقابل.

مقابلة بين المواد موضوع رفع التحفظ ومضامين قانون الأسرة

2- تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها (وهذا التحفظ أصبح متجاوزا)؛

\* المادة 16:

1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات السرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة:

أ - نفس الحق في عقد الزواج.

ب - نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج - نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.

د - نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

هـ - نفس الحقوق في أن تقر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

و - نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حيث توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

ز - نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة والوظيفة.

ح - نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة.

## عرض مكنم الجدل

أثار موضوع رفع التحفظات عن اتفاقية السيداو وخاصة المادتين 9 و16 كثيرا من الجدل غير المتخصص وخلق خصومة نحن في غنى عنها، وتزامن كل ذلك للأسف مع مرحلة الإعداد للاستحقاقات والظرفية الدقيقة التي يمر منها العالم، مما يشي ببعض التوظيفات غير الموضوعية للمسألة. فذهب جانب من المنددين حد اعتبار مقتضيات المادتين معارضة لأحكام الإسلام ومناقضة لأحكام الدستور ومخالفة لمدونة الأسرة... فيما ركب البعض الآخر على مثل هذه التصريحات لخلق سجل وفتنة فكرية لدى شرائح واسعة من المجتمع.

وإذ نحيل على تفاصيل أكبر في المحاضرة التي قدمناها في هذا الموضوع داخل البرلمان يوم 29 يونيو 2010، في أوج السجال المثار على هامش الخطاب الملكي المعلن عن رفع التحفظات عن السيداو، أو بالأحرى على بعض التأويلات المزايدة على الخطاب الملكي، نعاود الوقوف عند المسألة للتوضيح ولبيان مدى صحة تعارض رفع التحفظ مع الثوابت ومع الدستور ومع قانون الأسرة.

\* المادة 2: إذ تعرب حكومة المملكة المغربية عن استعدادها لتطبيق أحكام هذه المادة بشرط:

ألا تمس متطلبات الدستور التي تنظم قواعد وراثه عرش مملكة المغرب.

ألا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، علما بأن بعض الأحكام الواردة في مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي تعطي للمرأة حقوقا تختلف عن الحقوق المخولة للرجل لا يمكن تجاوزها أو إلغاؤها وذلك نظرا لكونها منبثقة أساسا من الشريعة الإسلامية التي تسعى، من جملة ما تسعى إليه، إلى تحقيق التوازن بين الزوجين حفاظا على تماسك كيان الأسرة".

\* المادة 9:

1- تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

الأولى من المادة 29. ثم اكتملت الصورة بنشر ظهير 2 أغسطس 2011، المعلن عن رفع التحفظ بما يشمل المادة 16 كذلك 57.

### التحفظات المتبقية

اكتفى ظهير 2 أغسطس 2011 بالتنصيص على رفع التحفظات المضمنة في البندين 1 و 2 من الفقرة "ب". وعليه، فالتحفظات المتبقية هي "أ" (وتخص الملاحظات) و 3 من "ب" (وتخص التحفظات)، ويتعلق الأمر بالمواد التالية:

\* المادة 2 التي تكرس المساواة المطلقة (السياسية والاجتماعية والقانونية والإدارية...) بين الرجل والمرأة والتي التزم المغرب بتطبيق مقتضياتها "شرط ألا تنتهك أحكام الدستور المتعلقة بقواعد وراثية العرش، وألا تكون منافية لأحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في مدونة الأسرة". ولعل المشرع يومئ هنا إلى أحكام الأسرة برمتها ومنها اقتسام الأعباء المالية وغيرها بين الزوجين على أساس التكافؤ والكفاءة لا المساواة الرياضية. وبما أن قانون الأسرة يشمل في البلاد الإسلامية دون غيرها أحكام الإرث أيضا، فقد ذهبت التأويلات إلى شمولها بالتحفظ ويرفعه؛

\* الفقرة 4 من المادة 15: "تصرح حكومة المملكة المغربية بأنه لا يمكن لها الالتزام بمقتضيات هذه الفقرة، وبالخصوص تلك المتعلقة بحق المرأة في اختيار محل إقامتها وسكنها إلا بقدر ما تكون هذه المقتضيات غير منافية للمادتين 34 و 36 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية"، واللتين تبنتهما مدونة 2004 (م. 51 : الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين : المساكنة الشرعية بما تستوجب من معايشة زوجية...);

\* المادة 29: "لا تعتبر حكومة المملكة المغربية نفسها ملزمة بالفقرة الأولى من هذه المادة التي تنص على أن يعرض على التحكيم أي خلاف بشأن تأويل أو تطبيق الاتفاقية ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف ولا يسوى عن طريق المفاوضات، بناء على طلب أحد الأطراف في النزاع.

"إذ أن حكومة المملكة المغربية ترى أن أي خلاف من هذا القبيل لا يمكن أن يعرض على التحكيم إلا بموافقة جميع الأطراف في النزاع".

<sup>57</sup> الجريدة الرسمية عدد 5.974 لـ 2 شوال 1432 (فاتح سبتمبر 2011)

ومع أن التحفظات زالت تلقائيا بتعديل النصوص الداخلية سنة 2004 و 2008،  
لم تودع وثائق المملكة المغربية لرفع التحفظات إلا في 18 أبريل 2011.

ولم ينشر الإعلان عن رفع التحفظات في الجريدة الرسمية إلا في 2 أغسطس  
2011.

### مضمون السيداو وحقيقة التحفظات

مع أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) تكاد تكون  
معلومة من الجميع، إلا أن قلة من المغاربة اطلعوا أو تعرّفوا على بنودها، فأحرى  
أن يكونوا على وعي تامّ بمضامينها والجوانب المستشكلة منها وكنه التحفظات  
وأبعاد رفعها، وهذا بسبب كون جل الكتابات تركز على صراعات المواقع وعلى  
المصلحية الضيقة والأيديولوجيات، وتنتأى بالنقاش عن التحسيس وعن خدمة  
الصالح العام... لأجل كل ذلك وجب أن نعرّف ولو في عجلة بأهم البنود المثيرة  
للجدال.

فالاتفاقية تدور حول التسوية المطلقة للمرأة بالرجل في الحقوق المدنية  
والسياسية والاقتصادية والثقافية، داخل الأسرة أو في المجتمع أو المواقع الوظيفية  
والسياسية وغيرها، ونظرا لكون المنطق المؤطر للاتفاقية والمرجعية المُسندة لها  
تروم الفردانية و"الانعتاق" من القيم والالتزامات الأسرية، فقد عُيِّبَت القيم الأسرية  
وما تحتاجه من حماية. والمغرب تحفظ (على عهد حكومة اليوسفي)، كباقي الدول  
العربية والإسلامية ودول أخرى، على عدد من المواد سنبينها بعده.

### رفع التحفظات المثير للجدال

فالمغرب رفع جزءا من التحفظات (1 و 2 من "ب"). وذلك بمقتضى رسالة، لم  
تُدع إعلاميا، وُجّهت في أبريل 2011 إلى الأمين العام للأمم المتحدة لإخباره  
بالرفع الجزئي للتحفظات المغربية. ونشرتها الكتابة العامة لهيأة الأمم المتحدة في  
قائمها الشهرية (18 أبريل 2011، ص. 43)، مع التأكيد على أن المغرب أبقى  
على تحفظاته بخصوص المادة 2، والفقرة الرابعة من المادة 15، وكذا الفقرة

من وثائق انضمام المملكة المغربية إلى الاتفاقية. وصدر الظهير المنوّه به حوالي أربعة أشهر على تاريخ محضر إيداع وثائق المملكة المغربية لرفع التحفظات، والموقع بنيويورك في 18 أبريل 2011.

عود على بدء: نعاود التذكير بمحطات تسمح بأخذ صورة عن تأني المغرب واحتياطه الشديد في التعامل مع هذه الاتفاقية بالذات:

صدرت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في 18 ديسمبر 1979،

وقّع المغرب عليها بعد حوالي أربع سنوات، سنة 1983.

لم يصادق المغرب إلا في 21 يونيو 1993 (بمعية اتفاقية حقوق الطفل) بمناسبة مؤتمر فيينا العالمي لحقوق الإنسان.

ولم تنشر المصادقة في الجريدة الرسمية إلا بعد حوالي 8 سنوات (في 26 ديسمبر 2000)،

ولم تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ إلا سنة 2003 (أي 20 سنة بعد التوقيع عليها و 10 سنوات بعد المصادقة).

ولم يُشرَع في التفكير في تدارس رفع التحفظات إلا سنة 2005، بمناسبة ترشّح المغرب لعضوية مجلس حقوق الإنسان.

في مارس 2006 عبرت الحكومة المغربية عن عزمها مراجعة بعض التحفظات وكذا الانضمام إلى البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية، مع تعويض بعضها بأخرى (تحت اسم "الإعلانات التفسيرية"). كما عبر المغرب عن نيته الانضمام إلى البروتوكول الاختياري المرتبط بالاتفاقية. حصل هذا عند انضمام المغرب لمجلس حقوق الإنسان في 9 أبريل 2006.

وأعرب المغرب، مرتين متتاليتين في جنيف، عن نية رفع تلك التحفظات الجزئية عند مناقشة التقرير الحكومي حول تفعيل سيداو (يناير 2008) ومناقشة التقرير الحكومي في إطار الاستعراض الدوري الشامل (أبريل 2008).

2- وتتعلق بالمادة السادسة عشرة: وتخص التسوية بين الزوجين أثناء الزواج وأثناء الحياة الزوجية في تحمل الأعباء الأسرية وأثناء الطلاق.

# كفى مزايدات بشأن "رفع" التحفظات عن السيداو (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)

رجاء ناجي المكاوي\*

قبل حوالي سنتين من إعلان رفع التحفظ (18 أبريل 2011)، كان جلالة الملك أعلن، في الرسالة الملكية الموجهة للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان بمناسبة الذكرى الستينية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان (يوم 10 ديسمبر 2008)، عن سحب المغرب تحفظاته عن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو CEDAW 55)، فاحتد الجدل وفتح الباب واسعا أمام التأويلات والمزايدات والتوظيفات السياسية وغيرها. فتدخلنا يومها من أجل التوضيح والبيان، وتلطيف الجدل.

واليوم، وعلى إثر السجال الساخن، المثار بمبرر أو دونه، على هامش مبادرة المغرب إلى رفع بعض تحفظاته عن اتفاقية السيداو، وبعد تكرار الدعوات للمحاضرة في الموضوع، واعتبارا لكون المواطن المغربي له حق في المعلومة الصحيحة الموضوعية المنزهة عن كل تأويل تغلب عليه أيديولوجية أو أخرى، ارتأيت من واجبي المساهمة في تنوير القارئ الكريم.

فبمقتضى ظهير 1-11-51 الصادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011)، نُشرَ في الجريدة الرسمية الإعلان عن رفع المملكة المغربية تحفظاتها المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وجاء فيه: "ينشر بالجريدة الرسمية ظهيرنا الشريف هذا المتعلق بالإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في البندين 1 و2 من الفقرة "ب" 56

\* أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط.

<sup>55</sup> CEDAW: Convention of Elimination of discriminations Against Women.

<sup>56</sup> ب - التحفظات:

1- وتعلق بالفقرة الثانية من المادة التاسعة: وتخص منح الجنسية للأبناء.

5- كما وأن مقتضيات الدستور الجديد بشأن الجهوية المتقدمة، سنمح فرصة لوضع حد للمعانات التي يعيشها المحتجزون في تندوف.

6- كما وأن الإصلاحات التي جاء بها الدستور الجديد في مجالاته المتعددة والمتنوعة، تشكل فرصة سانحة للصحراويين بتندوف للعودة إلى الوطن الأم من أجل أن يعيشوا هذا التحول التاريخي الذي تشهده المملكة، وللمشاركة إلى جانب إخوانهم في تنمية الأقاليم الصحراوية.

الأمر الذي يتطلب تعبئة الصحراويين المقيمين بالخارج من أجل دعم مقترح الحكم الذاتي وتأييده لدى بلدان الاستقبال، وتشبثهم به، لأن هذا المقترح يشكل الطريق الأكثر مصداقية للتسوية النهائية لهذا النزاع المفتعل حول قضية الصحراء المغربية، والذي عمر طويلا. ورغم ذلك، فإن عزم المملكة المغربية أكيد في مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن وطنيا ودوليا.

### ثالثا- الآليات الدستورية المدعمة لمقتضيات وثيقة المبادرة المغربية بشأن الحكم الذاتي

1- في الحقيقة، فإن الدستور الجديد الغني بمقتضياته الستطلعية، الحداثية في بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، يعكس منهجية المشاركة، ويتميز بمضمونه الذي استجاب لانتظارات الشعب المغربي بمختلف شرائحه ومكوناته من أحزاب ونقابات وهيئات المجتمع المدني والمرأة والشباب، لاسيما وأن وضعه قد تم من قبل خبراء مغاربة، وأن الشعب المغربي يعرف أن المراجعة كانت نتيجة حوار واسع أجرته اللجنة مع منظمات سياسية ونقابية وشبابية ومدنية، فهو مطبوع بالروح الوطنية.

وهذه المراجعة الشمولية قد جعلت منه دستورا جديدا، والذي يحمل عدة خصائص تجعل منه رائدا في الحركة الدستورية العالمية؛ فهو نموذج لدولة قادرة على التكيف مع التحديات الجديدة التي يطرحها النظام الدولي، وبالتالي فإنه يشكل دعما حقيقيا لوثيقة الحكم الذاتي، ومن ثمة أضحى على إثره لإخواننا الصحراويين أن يفتخروا بهذا الدستور وأن يكون لهم دعما وسندا في بناء جهتهم التي ستحظى بنظام الحكم الذاتي.

2 - كما وأن الخطاب التاريخي لجلالة الملك يوم 17 يوليوز 2011 بشأن تقديم مشروع الدستور الجديد، يبدن لعهد جديد حافل بالوعود لكافة مكونات المجتمع المدني المغربي، بما فيهم سكان الأقاليم الصحراوية، وذلك نابغ من ترسيخ سياسة التنوع وروح التسامح التي تعد السمة المميزة للمملكة المغربية. كما شدد جلاله الملك في خطابه السامي على المهمة التحسيسية المواطنة التي يتعين على الجميع الاطلاع بها سواء داخل أو خارج المغرب.

3- ويعد الدستور الجديد تجسيدا قويا لوفاء جلاله الملك بالالتزامات التي قطعها مع الشعب المغربي من خلال المرتكزات السبع التي نص عليها في خطابه ليوم 9 مارس 2011، وهي بالتالي تعكس مدى التزام جلاله الملك بمقتضيات المبادرة المغربية لنظام الحكم الذاتي لجهة الصحراء، فهو بمثابة تعاهد تاريخي يؤسس لمغرب متطور ومتقدم وعصري وحدائي.

4- ويعد إدراج مجلس الجالية المغربية بالخارج في الدستور الجديد طفرة نوعية في تمكين مغاربة العالم، الذين يوجد ضمنهم الصحراويون المقيمون بالخارج من المشاركة بفعالية في التنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية لبلدهم.

ب - ويمارس السلطة التنفيذية في جهة الحكم الذاتي للصحراء رئيس حكومة ينتخبه البرلمان الجهوي وينصبه جلاله الملك، ويعد رئيس الحكومة ممثل الدولة في الجهة (البند 20 من الوثيقة).

ولإغناء صلاحيات السلطة التنفيذية لنظام الحكم الذاتي فإنه أصبح من الأجدر الاقتباس بمقتضيات الدستور بهذا الشأن بحيث جاء حكيمًا عند نهجه لأسلوب الوسطية والتوازن بنصه في الفصل 47 على أن: "يعين الملك رئيس الحكومة من الحزب السياسي الذي تصدر انتخابات أعضاء مجلس النواب، وعلى أساس نتائجها. ويعين أعضاء الحكومة باقتراح من رئيسها"...

إن عبارة تصدر لها دلالتها العميقة في المحافظة على التعددية الحزبية في البرلمان. لأن الأغلبية المطلقة لحزب من الأحزاب صعبة التحقيق في غياب الثنائية القطبية للأحزاب.

وتدعيما للسلطة التنفيذية في مبادرة الحكم الذاتي للصحراء، فإن الدستور الجديد - الذي يعد المرجع الأساسي في هذا المجال - غني بمقتضياته المتطورة بهذا الشأن مما يتعين الإقتداء به في مجال الحكم الذاتي. وفي إطار اللامركزية الإدارية لجهة الحكم الذاتي، فإن الدستور الجديد قد تبنى نظام الجهوية المتقدمة (الفصل 1 في فقرته 3)، الذي يركز على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، ويؤمن مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم. فهي بذلك عبارة عن آلية دستورية كفيلة بتحقيق لامركزية إدارية لجهة الصحراء.

ج - أما عن السلطة القضائية فإن وثيقة الحكم الذاتي قد حولت للبرلمان الجهوي إحداث محاكم تتولى البت في المنازعات الناشئة عن تطبيق الضوابط التي تضعها الهيئات المختصة لجهة الحكم الذاتي للصحراء. وتتولى هذه المحاكم إصدار أحكامها بكامل الاستقلالية وباسم الملك ( البند 21 من الوثيقة ).

والجدير بالذكر، أن وثيقة الحكم الذاتي قد أوجبت أن تكون القوانين التشريعية والتنظيمية والأحكام القضائية الصادرة عن هيئات جهة الحكم الذاتي للصحراء مطابقة لنظام الحكم الذاتي في الجهة، وكذا لدستور المملكة. الأمر الذي يتطلب خاصة بالنسبة للسلطة القضائية الرجوع إلى مقتضيات الدستورية بشأن السلطة القضائية المنصوص عليها في الباب السابع من الدستور والتي جاءت بضوابط وقواعد جد مهمة، تضمن استقلال القضاء ونزاهته.

## 1- الاختصاصات

لقد حددت وثيقة المبادرة المغربية بشأن الحكم الذاتي مجموعة من الميادين تمارس بمقتضاها جهة الحكم الذاتي صلاحياتها وذلك داخل الحدود الترابية للجهة، ومن خلال هيئات تنفيذية وتشريعية وقضائية ووفق المبادئ والقواعد الديمقراطية. وحتى لا يجعل من الحكم الذاتي دويلة داخل الدولة، فإن الوثيقة قد بينت بعض المقومات الدستورية الأساسية والتي يتعين على جهة الحكم الذاتي للصحراء مراعاتها، مما يلزم بشأنها استحضار المرجعيات النصية لمقتضيات الدستور، منها مثلا: ما جاء في تصديره، الأحكام العامة له، بابه الثالث بشأن المؤسسة الملكية، والباب السابع بشأن السلطة القضائية...إلخ.

والجدير بالذكر أن وثيقة نظام الحكم الذاتي لا تمنع ساكنة جهة الحكم الذاتي للصحراء من تمثيليتهم في البرلمان وبقاقي المؤسسات الوطنية ومشاركتها في كافة الانتخابات الوطنية (البند 18 من الوثيقة). بمعنى أن الإطار العام والأساسي لمرجعيات مشروعية أعمال هيئات جهة الحكم الذاتي هو دستور البلاد.

## 2 - هيئات الجهة

لقد جاء في نص وثيقة نظام الحكم الذاتي، أن هيئات جهة الحكم الذاتي تكمن في:

أ - برلمان الحكم الذاتي للصحراء الذي يتكون من أعضاء منتخبين من طرف مختلف القبائل الصحراوية، وكذا من أعضاء منتخبين بالاقتراع العام المباشر من طرف مجموع سكان الجهة. كما يتعين تضمين نسبة ملائمة للنساء في تشكيل البرلمان المذكور.

وللزيادة في التفاصيل فإن الأمر يحتاج إلى الاستعانة بالأحكام العامة والأساسية المنصوص عليها في الدستور الجديد بهذا الشأن ولاسيما ما يخص المقتضيات التي تهم مجلس النواب، ومسألة التجريد من صفة العضوية ببرلمان جهة الحكم الذاتي، خاصة عند تخلي العضو عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات (ف.61 من الدستور الجديد).

- الآليات الدستورية المدعمة لمقتضيات وثيقة المبادرة المغربية بشأن الحكم الذاتي؛
- الآثار الإيجابية للدستور الجديد على المبادرة المغربية بشأن الحكم الذاتي.

وذلك كالاتي بيانه :

### أولاً- مدى انعكاس مبادئ تصدير الدستور على وثيقة الحكم الذاتي

بما أن المجتمع الصحراوي، يعد جزءا لا يتجزأ عن كيان الوحدة الوطنية والترايبية فإن الدستور الجديد في إطار تلاحم مقومات الهوية الوطنية الموحدة عمل على التأكيد على انصهار كل مكونات المملكة باعتبارها دولة إسلامية ذات سيادة كاملة بالنص على: العربية- الإسلامية، الأمازيغية، الصحراوية الحسانية، والغنية بروافدها الإفريقية والأندلسية والعبرية والمتوسطية.

وهذا يعني أن اعتراف الدستور بأحد مقومات الهوية الوطنية المتمثلة في اللهجة الصحراوية الحسانية، قد جعل منها حقا دستوريا ومكونا من مكونات الإنسان المغربي. كما أن الدستور لم يقتصر على النص على هذا الحق بل عمل على تكريسه بموجب الفصل 5 منه، الذي يقضي بأن: "تعمل الدولة على صيانة الحسانية، باعتبارها جزءا لا يتجزأ من الهوية الثقافية المغربية الموحدة، وعلى حماية اللهجات والتعبيرات الثقافية المستعملة في المغرب"...

كما عمل الدستور على إحداث مجلس وطني للغات والثقافة المغربية، مهمته على وجه الخصوص، حماية وتنمية اللغات والتعبيرات الثقافية المغربية، تراثا أصيلا وإبداعا معاصرا. وهذا يعد مكسبا جد مهم لإخواننا الصحراويين.

### ثانيا - الآليات الدستورية المدعمة لمقتضيات وثيقة المبادرة المغربية بشأن الحكم الذاتي

تقوم المبادرة المغربية بشأن نظام الحكم الذاتي ، استلهاما من مقترحات الأمم المتحدة ذات الصلة ومن الأحكام الدستورية المعمول بها في الدول القريبة من المغرب جغرافيا وثقافيا، وهو مشروع يقوم على ضوابط ومعايير معترف بها دوليا. ولقد جاءت الوثيقة جد مقتضية بنصوص وقواعد عامة تبين اختصاصات جهة الحكم الذاتي للصحراء وهيئات الجهة. وذلك كالاتي :

# الدستور الجديد وعلاقته بوثيقة المبادرة المغربية لنظام الحكم الذاتي

## ملیكة الصروخ\*

لقد جاء الدستور الجديد لسنة 2011 في إطار الإصلاحات — السياسية والاقتصادية والاجتماعية — التي يقتضيها النهج الديمقراطي الذي تبناه وكرسه جلالة الملك منذ اعتلائه عرش أسلافه الميامين، ليجعل من المغرب دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، وإقامة مؤسسات حديثة، مرتكزاتها المشاركة والتعددية والحكمة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والمساواة، وتكافئ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة.

من منطلق هذه المبادئ الهادفة التي تصدرها الدستور، كان لهذا الأخير الوقع الجيد على وثيقة نظام الحكم الذاتي ودعمه بالآليات الدستورية التي تجعل منه نظاما مؤهلا للتسريع بوثيقة التفاوض بشأنه، وخلق فرص للصحراويين — سواء داخل الوطن أو خارجه — للتفكير في إيجابياته التي تضمن حقوقهم وترفع من مستواهم لاسيما في مرحلة العولمة التي يطغى عليها التوترات والصراعات السياسية والاقتصادية.

ولتحديد هذه الإيجابيات المدعمة للمبادرة المغربية للتفاوض بشأن نظام الحكم الذاتي لجهة الصحراء، تقتضي الضرورة تناول النقاط التالية:

- مدى انعكاس مبادئ تصدير الدستور على وثيقة الحكم الذاتي؛

\* \* أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط<sup>54</sup> — أنظر ظهير شريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور. منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليو 2011 ص.3600.



## خلاصة

إن قطاع التعمير والإسكان يعرف العديد من المنازعات الإدارية الناتجة عن التصادم المستمر بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد. وتقع على عاتق القضاء الإداري مهمات جسيمة فيما يتعلق بمراقبة أعمال الإدارة واحترام مبدأ الشرعية وحماية حقوق الأفراد في مجال حق الملكية وحرية التصرف طبقا لما تنص عليه قوانين التعمير.

وتبين مختلف الأحكام والقرارات التي تم التعرض لها أن مجرد التذرع بوازع المنفعة العامة لا يعفي الإدارة من احترام مبدأ الشرعية أثناء ممارستها لمهامها الضبطية والتدخلية في مجال التعمير والإسكان؛ فالمنفعة العامة لا تسمح للإدارة بمخالفة القانون أو الخروج عنه، ولا تسمح أيضا باتخاذ قرارات تجاه الخواص في غياب النص القانوني أو المسطرة القانونية المطلوبة. ثم إنه في مقابل ذلك لا يعفي ضعف الدراية القانونية أو سوء فهم بعض النصوص المنظمة للقطاع الخواص من الامتثال لتوجهات وضوابط التعمير بغية التحكم في نمو وتطور التجمعات العمرانية.

وقد ساهم خلق محاكم إدارية حديثة، مختصة في مراقبة أعمال الإدارة، في ازدهار الاجتهاد القضائي وتحفيز المواطنين على مقاضاة السلطات الإدارية أمام هذا النوع الحديث من المحاكم المحدثة على امتداد التراب الوطني. وحاول القضاء الإداري من خلال المنازعات المعروضة عليه تطوير الرقابة القضائية في مجال تطبيق نصوص وضوابط قانون التعمير من جهة، ومن جهة أخرى كرس المنطق القانوني المعمول به في مجال الشرعية، وطور بعض المبادئ الضابطة لقطاع التعمير، وذلك بهدف التقليل من حدة التصادم وضمان نوع من التعايش بين الدولة والأفراد في هذا القطاع الحيوي والحساس.

أما بخصوص تراجع الإدارة عن نزع الملكية، فقد بين القضاء الإداري في نازلة نزع ملكية أرض مخصصة لإقامة تجزئة مرجان بمكناس، أنه يمكن للجهة نازعة الملكية التراجع عن ذلك قبل صدور الحكم بنقل الملكية؛ أما بعد صدور هذا الحكم، فيصبح قرار نقل الملكية نهائياً، ويحوز على قوة الشيء المقضي به بصفة نهائية، فلا يمكن الطعن فيه أمام المجلس الأعلى، ولا يمكن التراجع عنه<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 1373 بتاريخ 4 نونبر 1999، الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق ضد بناصر بن احمد بنعيسى (تجزئة مرجان بمكناس).

وسار الاجتهاد القضاء المغربي على نهج الاجتهاد الفرنسي في مجال البث في المنازعات المتعلقة بتقدير المنفعة العامة. ويعتبر قرار المجلس الأعلى في قضية عبد العزيز طاك طاك من أهم الاجتهادات في هذا الباب، حيث راقب المجلس مرسوم الإعلان عن المنفعة العامة، وأقر أنه غير مشوب بالشطط لكون المرأب المخصص لنقلات الجماعة يحقق المنفعة العامة التي يتطلبها القانون لتبرير نزع الملكية<sup>49</sup>. ثم جاء بعد ذلك قرار إلغاء مرسوم نزع الملكية في قضية الشركة العقارية ميموزا الذي أسس لما يعرف بمبدأ الموازنة؛ وهو مبدأ يسمح للقاضي الإداري بالموازنة بين فوائد المشروع والأضرار التي يلحقها بالخواص و بإعطاء الأولوية لمن يحقق أكبر قدر من النفع العام<sup>50</sup>. ففي قضية ميموزا، بينت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أن قيام هذه الشركة بمشروعها السكني بمدينة القنيطرة من شأنه تحقيق منفعة عامة تعفي الإدارة من الإعلان عن نزع الملكية<sup>51</sup>.

وفي مجال التعويض عن نزع الملكية، وبعد أن تعودنا على تحديد القضاء لمبالغ لا تشفي غليل المنزوعة ملكياتهم، شرع القاضي الإداري في الحكم بتعويضات تسائر ما هو معمول به في السوق العقارية، مما أصبح يخلق مشاكل مالية للإدارات نازعة الملكية، فتتلكأ في أداء التعويض لأصحابه أو تفكر في التراجع عن نزع الملكية. وقد ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط في إحدى أحكامها الجريئة إلى الحجز على أموال الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق في قضية شركة حي الله لتمكين الشركة من الحصول على مستحقاتها في التعويض. واعترضت الوكالة على الحجز على اعتبار أنه لايمكن الحجز على الأموال العمومية؛ بينما بينت المحكمة أن الوكالة شركة مجهولة الإسم، وأن ذمتها المالية مستقلة عن الذمة المالية للدولة، وأموالها مخصصة لتسديد مستحقات التعويض عن نزع الملكية<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 217 بتاريخ 1 أكتوبر 1987، طاك طاك عبد العزيز ضد رئيس المجلي الجماعي ومن معه. أورده أحمد البخاري وأمينة جبران في مؤلفهما: "اجتهادات المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية"، الطبعة الأولى، المنشورات الجامعية المغربية، مراكش، 1996، ص. 336.

<sup>50</sup> الهادي مقداد، المرجع السابق، ص. 165.

انظر كذلك دراسة عبد العزيز اليعكوبي، "تطور الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية من خلال نظرية الموازنة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 14-15، 1996، ص. 101.

انظر كذلك مؤلف الأستاذ عبدالقادر باينة، "مدخل لدراسة القانون الإداري والعلوم الإدارية"، الطبعة الثالثة، دار النشر المغربية، 2005، ص. 96.

<sup>51</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 378 بتاريخ 10 دجنبر 1992، الشركة العقارية ميموزا ضد الوزير الأول.

<sup>52</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 10/96 بتاريخ 30 ماي 1996.

والتدبير لا يعفي الجهة نازعة الملكية من اللجوء إلى القضاء لنزع الملكية داخل أجل سنتين ابتداء من نشر قرار التخلي. وأكد أن أجل تقييد الدعوى القضائية تعتبر من النظام العام، وتعمل المحكمة على مراقبتها للتأكد من مشروعية القرار الإداري<sup>45</sup>.

ولم يكن القضاء الإداري يقبل في بداية الأمر بالاختصاص في النظر في المنازعات الإدارية المتعلقة باعتداء الإدارة على أملاك الخواص باسم المنفعة العامة<sup>46</sup>. فاعتبر أن إزالة الاعتداء المادي للإدارة على الملكية الخاصة يظل من اختصاص القضاء العادي (الدعوى الموازية) باعتباره الحامي للحريات، ولكون الفصل الثامن من القانون المحدث للمحاكم الإدارية عدد اختصاص هذه الأخيرة على سبيل الحصر، ولم يمنحها الولاية العامة للبحث في جميع المنازعات الإدارية<sup>47</sup>. وقد كان القاضي الإداري المغربي متأثراً في ذلك بالاجتهاد القضائي الفرنسي. إلا أنه سيتراجع عن هذا الموقف في نازلة عمر أكوح ضد الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق، حيث أقرت المحكمة الإدارية بالرباط "التراجع عن هذا الاجتهاد"، وأعلنت أن "الهدف من إحداث المحاكم الإدارية حماية حقوق الأشخاص من تعسف الدولة والسلطة والإدارة كيفما كان نوع هذا التعسف"؛ وأن المادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية لم تستثن قضايا رفع الاعتداء المادي<sup>48</sup>.

وصدرت بعد ذلك عدة أحكام تسير في هذا الاتجاه، فاعتبر استيلاء الإدارة على ملك الخواص بدعوى الاستناد على مقتضيات تصميم التهيئة أو قرار التصنيف أو مرسوم الإعلان المنفعة العامة، دون اتباع مسطرة نزع الملكية بمراحلتيها الإدارية والقضائية، يمثل اعتداء مادياً يندرج في اختصاص القاضي الإداري. وقضت المحاكم الإدارية في عدة منازعات بين الخواص والإدارة بمسؤولية هذه الأخيرة عن الأضرار التي تتسبب فيها من جراء اعتدائها على حق الملكية دون سند قانوني.

<sup>45</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 82 بتاريخ 19 مارس 1995، وزير الأشغال العمومية ضد علي بن محمد الخمال. وحكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 02 بتاريخ 3 يناير 2001، الشركة العقارية كاريناس ضد الجماعة الحضرية لعين السبع.

<sup>46</sup> عبد الله حداد، "تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي"، منشورات عكاظ، الرباط، 2001، ص. 35.

<sup>47</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 393 بتاريخ 12 أكتوبر 1995، المؤيد لحكم المحكمة الإدارية بأكادير في قضية مايوخل الحاج بلقاسم ضد الدولة المغربية.

<sup>48</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 87 بتاريخ 9 ماي 1996، عمر أكوح ضد الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق.

في قرار الإعلان عن المنفعة العامة، أو بسبب مؤاخذة الإدارة نازعة الملكية على سوء تطبيقها لمسطرة نزع الملكية المنظمة بظهير 6 ماي 1982.

وقد عرف مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة عدة اجتهادات قضائية انطلقت من الحرص على مراقبة الإجراءات واعتبارها من النظام العام، لكونها تتعلق بتقييد حق دستوري، لتصل إلى حد مراقبة السلطة التقديرية للإدارة في مجال تحديد المنفعة العامة.

ففي بداية الأمر انصب الاجتهاد القضائي على مراقبة مسطرة نزع الملكية، فأكد على احترام الاختصاص، وإشراك المصالح المعنية لضمان الشفافية، ومراعاة الأجل القانونية خاصة فيما يتعلق بإصدار مقرر التخلي واللجوء إلى القضاء لنزع الملكية. فلا يمكن للإدارة الاستيلاء على أرض الخواص باسم المنفعة العامة دون تطبيق المسطرة القانونية لنزع الملكية. ولا يمكن في المقابل لصاحب الأرض المقرر نزع ملكيتها بمقتضى مرسوم المطالبة بالتعويض قبل إنهاء عملية نقل الملكية من طرف القضاء.

وهكذا بينت المحكمة الإدارية بالرباط في قضية جمعية الوفاق للسكن أن مجرد تعيين الأرض لإقامة مشروع عمومي (مؤسسة تعليمية) بمقتضى تصميم التهيئة لا يخول لصاحب الملكية المطالبة بالتعويض ما لم يفعل التصميم بمسطرة نزع الملكية<sup>42</sup>. وقضت في المقابل، في نازلة أحمد زفري، أن وضع اليد على العقار المنزوعة ملكيته لإحداث حديقة عمومية، بناء على المرسوم المعلن للمنفعة العامة، دون احترام مسطرة نزع الملكية، ودون استئذان القضاء في ذلك، يشكل غصبا واعتداء ماديا يرتب الحق في التعويض<sup>43</sup>.

وسار القضاء الإداري على نفس النهج في قضايا مماثلة، فاعتبر أن تصاميم التعمير لو حدها، رغم إعلانها عن المنفعة العامة، لا تبرر حيازة الإدارة للعقارات بمعزل عن اللجوء للإجراءات القانونية الموالية<sup>44</sup>، واعتبر كذلك أن انعقاد لجنة التقويم، وتحديد قيمة العقار، وإيداع مبلغ التعويض المؤقت بصندوق الإيداع

<sup>42</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 1438 بتاريخ 11 دجنبر 2003، جمعية الوفاق للسكن ضد وزير التربية ومن معه. أورده محمد المحجوبي، المرجع السابق، ص. 352.

<sup>43</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 145 بتاريخ 20 يونيو 1996، أحمد زفري ضد رئيس المجلس البلدي لجماعة المعمورة بالقنيطرة.

<sup>44</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 87/00 بتاريخ 7 يونيو 2000، محمد أوقير ضد المجلس البلدي بالعيون (وجدة).

المخالفة تتطلب اتباع المسطرة العادية لזجر المخالفات<sup>37</sup>. وهي مسطرة تبدأ بمعاينة المخالفة وضبطها، وتنتهي باتخاذ القرار المناسب إما من طرف الإدارة، ممثلة في السلطة الجماعية أو السلطة المحلية حسب الاختصاص، أو بواسطة اللجوء إلى القضاء<sup>38</sup>.

وتعتبر عملية ضبط المخالفات وتدوينها في محاضر مضبوطة وواضحة، تحت طائلة إلغاء القرار الإداري بعبء تجاوز السلطة، من أهم الشكليات التي يراقبها القاضي الإداري لحماية حقوق الأشخاص في مجال زجر المخالفات؛ لذلك يؤكد هذا الأخير على أن محضر المخالفة يشكل "حجر الزاوية في الطريق الموصل إلى تطبيق العقوبة الإدارية على المخالف"، ويعتبر أن عدم احتوائه على كافة البيانات الكفيلة ببسط رقابة القاضي يجعله مخالفا لأحكام قانون التعمير، ومشوبا بعبء تجاوز السلطة<sup>39</sup>.

#### 4- الإعلان عن المنفعة العامة

لعله من الجدير بالذكر أن تحقيق المنفعة العامة يظل الباعث الأساسي لتدخل الدولة للنهوض بقطاع التعمير، والسند القانوني الذي يسمح لها بتقييد استعمال الأراضي أو نزع ملكيتها لفائدة البرامج العمومية. وتعتبر عملية نزع الملكية من الأدوات الأساسية، إن لم تكن الأولى، التي تعتمد عليها السلطات العمومية لتوفير ما يكفي من الأراضي اللازمة لعمليات التعمير<sup>40</sup>. لذلك أعطى المشرع لتصاميم التعمير صفة المنفعة العامة، ونص على أن الموافقة عليها تعتبر بمثابة إعلان عن المنفعة العامة لإنجاز التجهيزات والمرافق العمومية<sup>41</sup>. غير أن اللجوء إلى هذه الأداة وتطبيق الإجراءات المتعلقة بها يثير عدة منازعات قانونية إما بسبب الطعن

<sup>37</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 194 بتاريخ 16 يوليوز 1996، محمد بناني ضد والي الرباط- سلا.

<sup>38</sup> هناك في الواقع عدة قرارات تتخذ لوقف المخالفات أو زجرها وهي: وقف الأشغال، سحب الرخصة، الهدم، رفض تسليم رخصة السكن، رفض تسلم أشغال التجزئة، المتابعة أمام القضاء.

<sup>39</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 54/96 بتاريخ 13 مارس 1996، ميلود غزال ضد رئيس الجماعة الحضرية لفاس المدينة. أوردته زهور أبو الخير في رسالتها: "اختصاص القضاء في حل منازعات التعمير والإسكان"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة العقار والتعمير والإسكان، كلية الحقوق، الرباط- أكدال، 2003-2004، ص. 173.

<sup>40</sup> انظر: الهادي مقداد، "السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000، ص. 151.

<sup>41</sup> انظر المواد 28 و 32 و 34 من قانون التعمير 12.90 والفصلين الثالث والخامس من قانون 25 يونيو 1960 المتعلق بتنمية الكتل العمرانية القروية.

لتوقيف أشغال تجزئة النصيري، حيث بينت المحكمة أن هذه الرسالة لا تعدو أن تكون عملا تحضيريا لا يمكن الطعن فيه.

وتكتسي عملية إعداد ومراجعة تصاميم التعمير أهمية بالغة، حيث تنص قوانين التعمير (قانون 1960 وقانون 1992) على مساطر محددة لوضعها، ويعد إصدارها بمثابة إعلان عن المنفعة العامة، مما يجعلها تؤثر في الوضعية القانونية لحقوق الخواص. وقد حرص القاضي الإداري على مراعاة ذلك، فنص على أن هذه التصاميم لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها أو تمديد مضمونها إلا بمقتضى قرار من نفس الدرجة ومن لدن السلطة المختصة قانونا عملا بمبدأ توازي الأشكال. وهو ما تم التصريح به في قضية الشركة العقارية زيمانيا ضد والي الدار البيضاء<sup>35</sup>، وقضية عبد الحميد المرنيسي ضد رئيس الجماعة الحضرية لفاس. ففي القضية الأولى، اعتبر المجلس الأعلى أن تعديل الوالي لمقتضيات تصميم الإعداد وتمديد مفعوله لمدة عشرين سنة يعد خرقا لمبدأ موازاة الاختصاصات. أما في القضية الثانية، فأشارت المحكمة الإدارية بفاس إلى أنه طبقا للبند 1 و 9 و 11 من المادة 19 من قانون التعمير 12.90، لا يوجد ما يدل على أن تصميم التهيئة يسمح بإلغاء قرار التصيف (تغيير عرض الطريق) بمجرد قرار للمجلس البلدي، مما يعني أن تعديل التصميم يجب أن يتم في ظل مرسوم للوزير الأول<sup>36</sup>.

أما فيما يتعلق بتطبيق القرارات الإدارية، فقد حرص القاضي على مراقبة ملاءمتها للوقائع المضبوطة من طرف الإدارة المختصة. واعتبر الغلو أو عدم الملاءمة في تطبيق القرارات من العيوب التي تترتب عنها مسؤولية الإدارة عن الأخطاء المرتكبة أو عدم مشروعية قراراتها. وهكذا أثبتت إدارية فاس مسؤولية عامل إقليم تاوانات عن الخطأ المرفقي بعلة أن قرار الهدم الذي أمر به تجاوز الحدود المرسومة له، وبالغ في الهدم، فكان قرارا غير ملائم وغير صحيح. وفي نزلة محمد بناني بالرباط، صرحت المحكمة الإدارية أن تدخل الوالي لهدم غرفة بفناء العمارة كان قرارا غير صحيح، لكون هذه المخالفة لا تعتبر عملا خطيرا يستدعي تدخل العامل، طبقا للمادة 65 وما يليها من قانون التعمير، وأن هذه

<sup>35</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 453 بتاريخ 5 يوليوز 1984، الشركة العقارية زيمانيا ضد والي الدار البيضاء.

<sup>36</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 887/2000 بتاريخ 5 دجنبر 2000، عبد الحميد المرنيسي ضد الجماعة الحضرية لفاس.

وتنص المادة 43 من قانون التعمير 12.90 على وجوب تسليم رخص البناء دون الإخلال بوجوب إحراز الرخص الإدارية الأخرى، وأخذ الآراء والحصول على التأشيرات المقررة بموجب القوانين الجاري بها العمل. ففي قضية كهوف الريف، اشترط القاضي تواجد الطاعن في وضعية نظامية للتمسك بحقه في الاستفادة من رخصة البناء؛ واعتبر قرار وزير الثقافة بتوقيف مشروع البناء مطابقاً للقانون مادامت الرخصة المسلمة للطاعن لم تقترن بالأذن المقررة في نصوص خاصة، ولم تراعى مراقبة السلطة المكلفة بحماية المآثر التاريخية المصنفة. غير أن المجلس الأعلى قضى بإلغاء هذا الحكم، مبيناً أن قرار وزير الثقافة مجرد ادعاء مادامت الإدارة لم تسلك مسطرة التصنيف المنصوص عليها في قانون 25 دجنبر 1980 المنظم للمآثر التاريخية<sup>32</sup>. أما في قضية ختيمة بن ابراهيم، فاعتبر قرار قائد الموقع العسكري بمنع الطاعنة من البناء، رغم توفرها على رخصة إدارية، قراراً مشروعاً مادام الترخيص لا يحول دون تطبيق الأنظمة والقوانين الخاصة، ومنها ظهير 7 غشت 1934 المتعلق بالحرمان الدفاعية، حيث إن تواجد المشروع بمنطقة منقطة بارتفاق عدم البناء يجعل قرار المنع صادراً عن جهة مختصة وغير مشوب بتجاوز السلطة<sup>33</sup>.

ويميز القضاء الإداري بين الجهات التي تتخذ القرارات إدارية والجهات التي تساهم في أعمالها التحضيرية؛ كما يفرق بين القرارات النهائية والإجراءات التمهيدية. فقرار المطابقة الذي تبديه الوكالة الحضرية في المشاريع قبل الترخيص لأصحابها يعد عملاً تحضيرياً؛ وبطاقة المعلومات التي تسلمها مصالح الوكالة لأصحاب المشاريع لا تقوم مقام الرخصة الإدارية، على اعتبار أن الوكالة، رغم وجوب إبدائها لرأي المطابقة خلال دراسة المشاريع من الناحية القانونية والتقنية، ليست هي الجهة التي تسلم الرخص الإدارية<sup>34</sup>.

ويعتبر القضاء الإنذارات التي لا تؤثر على وضعية من وجهت له، وكذلك المراسلات فيما بين المصالح الإدارية، مجرد أعمال تحضيرية لا يمكن الطعن فيها؛ وهو الموقف الذي اتخذته المحكمة الإدارية في قضية الرسالة الموجهة من عامل الصخيرات إلى رئيس المجلس البلدي لحثه على اتخاذ الإجراءات القانونية

<sup>32</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 202 بتاريخ 8 فبراير 1998، كمال بنحدو ضد وزير الثقافة.

<sup>33</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 553 بتاريخ 30 أكتوبر 2002، ختيمة بن ابراهيم ضد قائد الموقع العسكري بوجدة.

<sup>34</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 69 بتاريخ 3 أبريل 1996، عبد السلام الودغيري ومن معه ضد الجماعة الحضرية لفاس المدينة.

جاء في قضية عبد الحميد النقموشي أمام إدارية الرباط (طلب إلغاء قرار هدم البناء)<sup>28</sup>، والشركة الفلاحية والتجارية بالمغرب أمام المجلس الأعلى (طلب إلغاء قرار توقيف أشغال البناء). وقد صرح المجلس في هذه النازلة الأخيرة أن إصدار القرار دون الإدلاء بما يفيد أن الطاعنة خالفت تصميم البناء أو أخلت بالتنظيمات الجاري بها العمل يجعله قرارا غير معلل<sup>29</sup>.

### 3- احترام مساطر وشكل القرار الإداري

تنصب المنازعات الإدارية فيما يتعلق باحترام المساطر الإدارية والإجراءات القانونية الواجب مراعاتها في اتخاذ القرارات الإدارية بمجال التعمير على ثلاثة مواضيع أساسية:

- احترام شكليات إعداد القرار الإداري،
- إحراز الرخص الإدارية الأخرى المنصوص عليها في تشريعات خاصة،
- احترام شكليات تطبيق القرار الإداري.

وتعتبر الشكليات والمساطر الإدارية ذات أهمية قصوى في اتخاذ القرار الإداري. ويعتبرها القضاء الإداري ضمانات أساسية لاحترام الاختصاص وإعداد القرارات الإدارية بشكل شفاف، فتلزم الإدارة بمراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون عند تحضيرها لقراراتها الإدارية<sup>30</sup>. لذلك مثلا، أشارت المحكمة الإدارية إلى أن مراقبة الإجراءات في مجال نزاع الملكية تعد من النظام العام، ويقوم بها القضاء ولو لم يتمسك بها الأطراف مادامت تقيد الملكية الخاصة التي تعتبر حقا دستوريا<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 348 بتاريخ 23 مارس 2000، عبد الحميد النقموشي ضد والي عمالة أصيلة.

<sup>29</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 118 بتاريخ 25 يناير 1991، الشركة الفلاحية والتجارية بالمغرب ضد رئيس المجلس البلدي بمراكش.

<sup>30</sup> عبد القدر باينة، "تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب"، سلسلة توصيل المعرفة، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 1988، ص. 74.

<sup>31</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 149/2000 بتاريخ 27 شتنبر 2000، وزارة الأوقاف ضد المجلس البلدي لواد الناشف بوجدة.

- توقيف أشغال البناء بدعوى وجود طريق تخترق الأرض المخصصة للمشروع (الناظور)<sup>21</sup>،
- رفض منح الترخيص بدعوى كون الأرض محل نزاع الملكية لإقامة مشاريع عمومية (الدار البيضاء)<sup>22</sup>،
- سحب رخصة التجزئة بدعوى أن الإدارة بصدد التفكير في تغيير تصميم التهيئة (أصيلا)<sup>23</sup>.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه إلى غاية صدور القانون 03.01 المتعلق بإلزامية تعليل القرارات الإدارية<sup>24</sup>، لم تكن الإدارة ملزمة بتعليل قراراتها إلا في بعض الحالات التي ينص عليها القانون<sup>25</sup>. فكان القاضي الإداري يطلب من الطاعن في القرار الإداري إثبات انعدام الأسباب أو مخالفتها للقانون لتبرير دعوى الإلغاء. كما كان يطلب من الإدارة بيان الأسباب القانونية المعتمدة في اتخاذ قراراتها للتأكد من مشروعيتها. وأكد في عدة مناسبات على وجوب قيام كل قرار إداري على سبب ولو لم تكن الإدارة ملزمة بتعليل قرارها عند إصداره<sup>26</sup>. لذلك حرص باستمرار، كما رأينا أعلاه، على إلغاء القرارات غير المستندة على أسباب قانونية مشروعة باعتبارها شططا في استعمال السلطة لانعدام السبب<sup>27</sup>. وذهب إلى حد اعتبار تخلف الإدارة أو امتناعها عن الإدلاء بالأسباب بمثابة موافقة على وقائع المقال المقدم من طرف الطاعن طبقا لمقتضيات الفصل 366 من قانون المسطرة المدنية. وهو ما

<sup>21</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 8 بتاريخ 17 يناير 2001، أحمد لقويري ضد عامل الناظور.  
<sup>22</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 351 بتاريخ 14 نونبر 1991، البير لايوز ومن معه رئيس المجلس الحضري لسيدي مومن بالدار البيضاء. أوردته عبد الله حداد في دراسته: "دعوى الإلغاء: ضمانات لترسيخ الديمقراطية المحلية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد الأول، أكتوبر-جنبر 1992، ص. 42.

<sup>23</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 180 بتاريخ 25 مارس 1999، محمد قيسي ضد رئيس المجلس البلدي لجماعة أصيلا.

<sup>24</sup> ظهير شريف المتعلق بتنفيذ القانون رقم 03.01 بشأن التزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، صادر بتاريخ 23 يونيو 2002، الجريدة الرسمية عدد 5029، بتاريخ 12 غشت 2002، ص. 2252.

<sup>25</sup> مثلا، تنص المادة 45 من قانون التعمير على وجوب تعليل قرارات تأجيل البث في طلبات رخص البناء؛ وتنص المادة 7 من قانون التجزئات على أن قرار رفض الإن في القيام بالتجزئة يجب أن يكون معللا بالأسباب التي تبرره.

<sup>26</sup> حكم المحكمة الإدارية، حكم عدد 603 بتاريخ 10 يوليوز 1997، شركة الغصن 3 للاستثمار

العقاري ضد رئيس المجلس البلدي لأصيلا. أوردته محمد المحجوبي، المرجع السابق ذكره، ص. 328.  
<sup>27</sup> انظر عبد الله إدريسي، "تظرات في تعليل القرارات الإدارية شكلا ومضمونا: حصيلة قضائية وفاق"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 6، يناير-مارس 1994، ص. 9.

الرخص الإدارية داخل الأجال المحددة موافقة ضمنية، تظل الاستفادة من هذا المقتضى، الذي أراد به المشرع حماية حقوق الأشخاص وحث الإدارة على البث في طلباتهم داخل الأجل، "رهينة بتواجد صاحب المشروع في وضعية نظامية حيال ضوابط التعمير وتصميم التهيئة"، حيث إن مخالفة المشروع للمقتضيات القانونية ولوثائق وضوابط التعمير لا تجعل صاحبه في وضعية مشروعة تؤهله للتمسك بالترخيص الضمني مهما طالّت مدة سكوت الإدارة<sup>18</sup>.

وبموازاة مع ذلك، تم الحرص كذلك على إلغاء قرارات الإدارة المخالفة لمقتضيات تصاميم التعمير. فقد قضت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار رئيس المجلس البلدي لجماعة سوق الأربعاء بالترخيص لبناء مزدوج بمنطقة خصصها تصميم التهيئة للسكن الممتاز. واعتبرت أن ادعاء رئيس المجلس المذكور بأن المنطقة ستنتقل إلى منطقة مخصصة للبناء المزدوج لا يوجد له أثر في تصميم التعمير. وهو نفس الموقف الذي اتخذته المجلس الأعلى في قضية رفض الترخيص بالبناء للسيد أحمد صبحي بدعوى تواجد المشروع بمنطقة ممنوع فيها البناء، والحال أن تصميم التهيئة لبلدية المضيق لا يشير إلى هذا المنع<sup>19</sup>.

ويحرص القضاء الإداري هنا على وجوب التزام الإدارة، مثلها مثل الخواص، بمقتضيات وثائق التعمير؛ ويتأكد من صحة الأسباب التي تعتمدها الإدارة لتعليل قراراتها على اعتبار أن انعدامها أو عدم مشروعيتها يعتبر كافيا لإلغاء القرارات الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة. وهناك عدة اجتهادات قضائية ألغت قرارات الإدارة لكونها تقدم أسبابا أو تعليلات لا تتماشى مع تصميم التعمير الخاص بالمنطقة، مثل الحالات التالية:

- ادعاء الإدارة بتواجد المشروع في منطقة ممنوع فيها البناء (طنجة)<sup>20</sup>،

<sup>18</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 887/2000 بتاريخ 5 دجنبر 2000، عبد الحميد المرنيسي ضد الجماعة الحضرية لفاس سايس.

<sup>19</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 998 بتاريخ 22 يوليوز 1999، أحمد صبحي ضد رئيس المجلس البلدي للمضيق.

<sup>20</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 429 بتاريخ 27 دجنبر 1990، الطاهر الريفي عبد الرحمن ضد رئيس المجلس البلدي لطنجة. منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد الأول، أكتوبر-دجنبر 1992، ص. 61.

أورده محمد المحجوبي في مؤلفه قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية، الطبعة الأولى، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2006، ص. 121.

## 2- أعمال الترخيص والمراقبة في مجال التعمير

منح المشرع لرؤساء المجالس الجماعية، في إطار الشرطة الإدارية، سلطة مراقبة أعمال التعمير وجعلها تتماشى مع توجهات وثائق التعمير وتحترم مقتضيات التشريعية والتنظيمية. وفي المقابل حرص على جعل عملية الترخيص الإداري مشروطة بمطابقتها للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل. فوثائق التعمير تحدث أثارها حيال الإدارة والأشخاص على السواء. وتعتبر محتوياتها قيوداً قانونية على الأراضي الواقعة ضمن نفوذها، فيجب مراعاتها حين تقديم طلبات رخص التعمير مثل احترام التطبيق والارتفاقات وضوابط البناء؛ كما يجب أن تلتزم الإدارة كذلك بالتقيد بها، والعمل على عدم الإخلال بها، أثناء منح الرخص أو ممارسة أعمال الشرطة الإدارية.

وهذا ما يؤكد عليه القضاء الإداري أثناء بثه في النزاعات الإدارية المتعلقة باحترام مقتضيات القانون وضوابط التعمير. فقد اعتبر أن قرار الإدارة برفض منح رخص البناء فوق أراضي خصصها تصميم التهيئة لإحداث مناطق خضراء يعد قراراً مشروعاً، ولا يمكن إلغاؤه مادام طلب الرخصة يتعارض وأثار مخطط التعمير<sup>15</sup>. وهو نفس الموقف الذي اتخذته فيما يتعلق برفض الترخيص بإقامة تجزئات عقارية فوق أراضي صدر فيها قرار لنزع الملكية لإنجاز مشاريع سكنية تحقق المنفعة العامة (مشروع صهريج اكناوة)<sup>16</sup>، وكذلك رفض منح رخص البناء بالتجزئات العقارية التي تفتقر للتجهيزات الأساسية المنصوص عليها في قانون التجزئات. فقد أكدت المحكمة الإدارية في هذه النازلة الأخيرة على مشروعية قرار رفض الترخيص بالبناء بتجزئة "الصيد 2" بجماعة المعمورة بسبب افتقارها للتجهيزات الأساسية التي ينص عليها قانون التجزئات؛ وصرحت المحكمة في حكمها هذا أن التجزئة العقارية لا يمكن تفويتها ولا البناء فيها "ما لم تكن وضعيتها مطابقة للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل"<sup>17</sup>.

ويؤكد القضاء الإداري على هذا المبدأ حتى في حالات سكوت الإدارة. فعلى الرغم من أن قانون التعمير يعتبر سكوت الإدارة عن إبداء رأيها في طلبات

<sup>15</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 163 بتاريخ 4 يوليوز 2000، ورثة محمد بوبشر ضد الجماعة الحضرية لسدي إبريس القاضي.

<sup>16</sup> حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 69 بتاريخ 3 أبريل 1996، عبد السلام بن محمد الدباغ ومن معه ضد رئيس الجماعة الحضرية لفاس المدينة والوكالة الحضرية لإنقاذ مدينة فاس.

<sup>17</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 1427 بتاريخ 5 نونبر 1997، ودادية "الصيد 2" ضد رئيس المجلس البلدي لجماعة المعمورة بإقليم القنيطرة.

وإذا كانت قوانين التعمير تغطي نظريا كافة التراب الوطني، فإن تطبيقها يرتبط بوضع وثائق التعمير كأدوات تعتمد عليها الإدارة لممارسة اختصاصاتها في مجال الشرطة الإدارية الخاصة بالتعمير. ونظرا لعدم إمكانية تعميم وثائق التعمير على كافة التراب الوطني لأسباب مادية وتقنية، ترك المشرع للإدارة السلطة التقديرية في مجال المبادرة لتغطية مجال معين بوثيقة تعميمية (تصميم التهيئة أو تصميم التنمية). ولعل هذا ما يثير بعض المشاكل من حيث تحديد نطاق تطبيق قوانين التعمير، وكذا مراقبة الإدارة لأعمال التعمير، لأننا نوجد في الواقع أمام ثلاثة أنواع من المناطق خاضعة لمقتضيات قانون 12.90 (بالمجالين الحضري والقروي)، ومناطق خاضعة لمقتضيات قانون 25 يونيو 1960 (فقط بالمجال القروي)، ومناطق لا تغطيها وثائق التعمير ولا تخضع لشرطة التعمير إلا إذا بادرت الإدارة، بواسطة مرسوم، بفرض الحصول على رخصة البناء فيها كما تنص على ذلك المادة 42 من قانون التعمير 12.90.

ففي قضية الحاج محمد البراق ضد عامل الناظور، تقدم الطاعن بطلب إلغاء قرار العامل بمنعه من البناء لعدم توفره على رخصة إدارية، مدعيا أن مشروع البناء لا يحتاج إلى ترخيص إداري بسبب تواجده خارج نطاق تصميم التنمية. غير أن المحكمة الإدارية قضت برفض الطعن، وبيّنت أن قرار العامل مشروعاً باعتبار موقع المشروع يدخل في نطاق "مركز قروي محدد" بمقتضى مرسوم، مما يجعله خاضعاً لمقتضيات قانون التعمير 12.90، ويتوجب معه التوجه إلى الإدارة المعنية للحصول على رخصة إدارية من أجل البناء. أما في نازلة أخرى، فأكدت المحكمة الإدارية بوجده أن الإذن بالبناء لا ينطبق على كافة المناطق القروية؛ بل يسري على مجال تطبيق تصميم التنمية. واعتبرت قرار رئيس المجلس القروي بإيقاف الطاعن عن البناء بمنطقة لا تشملها قوانين التعمير قراراً مشوباً بالتجاوز في استعمال السلطة. وهو نفس الموقف الذي اتخذته في قضية "معصرة الزيتون" حين اعتبرت أن قرار رئيس المجلس القروي بإيقاف أشغال البناء لا يستند على القانون، ولا يوجد ما يجيز اتخاذه، نظراً لكون المنطقة لا تخضع لمقتضيات قانون 1960 ولا لقانون 1992، ولكون الطريق الجماعية المحاذية للمشروع لا تستوجب التوفر على رخصة إدارية<sup>14</sup>.

مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة العقار والتعمير والإسكان، كلية الحقوق، الرباط-أكادال، 2002-2003، ص. 107-108.

<sup>14</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجده، عدد 121/98 بتاريخ 23 يونيو 1998، أحمد لبخيت ضد رئيس المجلس القروي لجماعة كفايت.

قضايا التعمير بشكل شمولي. وهذا ما جعل القضاء الإداري يبيث في عدة منازعات بين الإدارة والخواص لرفع اللبس حول هذا الموضوع. ذلك أن قانون 1960 لازال يسري على المناطق القروية التي لم تشملها مقتضيات إصلاح 1992. ثم إن المسطرة المعتمدة لإعداد مخططات التعمير بالمجال الحضري (تصميم التطبيق وتصميم التهيئة) تختلف عن تلك المعمول بها لإعداد تصميم التنمية بالمجال القروي. كما أن تنظيم عمليات تجزئ وتقسيم الأراضي القروية يختلف عنه في الأراضي الحضرية<sup>11</sup>؛ ويعتبر سكوت الإدارة داخل الأجل القانوني لمنح رخص التجزئات العقارية بمثابة موافقة ضمنية في المناطق الحضرية، بينما يعد رفضا ضمنا في المجال القروي.

ففي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس في قضية الطعن في قرار قائد المهاية بمنع إنجاز أشغال تجزئة عقارية لفائدة تعاونية موسى بن نصير بمنطقة سيدي جلول، اعتبرت المحكمة أن سكوت المجلس القروي بخصوص طلب رخصة إحداث التجزئة المذكورة لا يمكن اعتباره قبولا ضمنا، بل هو رفض ضمني تطبقا لمقتضيات الفصل العاشر من ظهير 1960 المتعلق بتنمية المناطق القروية؛ وهو الفصل الواجب تطبيقه على النازلة بدل الفصل 48 من قانون التعمير 12.90 الذي تمسك به الطرف المدعي<sup>12</sup>. وفي نازلة أخرى، ألغى المجلس الأعلى حكما صادرا عن المحكمة الإدارية بالرباط لاستناده على مقتضيات قانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية، والحال أن مشروع التجزئة يوجد بمركز قروي يتوفر على تصميم للتنمية تم إعداده وفق مقتضيات الفصل الثالث من قانون 1960. واعتبر المجلس الأعلى أن حكم المحكمة الإدارية خالف مقتضيات الفصل 77 من قانون التجزئات 25.90 الذي ينص صراحة على أن مقتضياته لا تطبق على التجزئات العقارية المراد إنجازها في المناطق القروية التي تكون مزودة بتصميم التنمية الذي تسري عليه أحكام قانون 25 يونيو 1960<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> تطبق على التجزئات العقارية القروية مقتضيات الفصل العاشر من قانون 1960 المتعلق بتنمية

التكتلات العمرانية القروية، بينما تسري على التجزئات الحضرية مقتضيات قانون 25.90 بتاريخ 17 يونيو 1992 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم الأراضي.

<sup>12</sup> حكم المحكمة الإدارية بمكناس، عدد 95 بتاريخ 30 شتنبر 1999، تعاونية موسى بن نصير ضد قائد المهاية بأحواز مكناس. منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 32، ص. 201.

<sup>13</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 461/95 بتاريخ 12 نونبر 1995، عبد الله المرابط ضد المجلس القروي لجماعة واد ملحة بإقليم شفشاون. أورده الشريف البقالي في رسالته: "رقابة القاضي الإداري على

العمرائية القروية<sup>5</sup>، وأحدث بمقتضى ذلك تصميم التنمية لتوجيه ومراقبة توسع المناطق القروية (الفصل الثاني)، كما نظم عمليات تجزئة وتقسيم الأراضي المعدة للبناء بهذه المناطق (الفصل العاشر).

وفي بداية التسعينات، أقدم المشرع على إصلاح قانون التعمير، فعمل على إصدار قانونين جديدين في هذا المجال: القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير<sup>6</sup>، الذي تم بمقتضاه إلغاء قانون 30 يوليوز 1952، والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية الذي حل محل قانون 30 شتنبر 1953<sup>7</sup>. غير أن هذين القانونين الجديدين لم ينسخا قانون 25 يونيو 1960 المنظم لقضايا التعمير بالمجال القروي، رغم أنهما وسعا مجال نفوذ قانون التعمير الجديد ليشمل مجالات قروية معينة. فقد نص قانون 12.90 على تمديد نطاق تطبيقه ليشمل بعض المناطق القروية وهي: المناطق القروية المحاذية للمدن أو المتواجدة بالمجموعات العمرانية<sup>8</sup>، ومناطق المراكز المحددة<sup>9</sup>، والمناطق القروية التي تكتسي صبغة خاصة<sup>10</sup>. ونصت المادة 41 على تسليم رخصة البناء من طرف رئيس الجماعة، في مثل هذه الحالات، دون حصرها في الجماعات الحضرية مادام رؤساء المجالس القروية يتمتعون بنفس الاختصاص في حالة خضوع مجال نفوذهم لتصميم التهيئة. كما نصت المادة 3 من قانون التجزئات 25.90 على تسليم رخص التجزئات وتقسيم الأراضي من طرف رئيس مجلس الجماعة الحضرية أو القروية دون تمييز.

غير أن محتوى المادتين 41 و 3 من القانونين الجديدين ظل يخلق بعض الخلل في العديد من الجماعات القروية؛ ذلك أن العديد من رؤساء المجالس القروية، وكذلك الخواص، يستندون على مقتضيات القانونين الجديدين باعتبارهما ينظمان

<sup>5</sup> ظهير رقم 1.60.063 المتعلق بتنمية العمارات القروية، صادر بتاريخ 25 يونيو 1960، الجريدة الرسمية عدد 1489 بتاريخ 8 يوليوز 1960.

<sup>6</sup> ظهير رقم 1.92.31 المتعلق بقانون التعمير رقم 12.90، صادر بتاريخ 17 يونيو 1992، الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليوز 1992.

<sup>7</sup> ظهير رقم 1.92.7 المتعلق بقانون التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، صادر بتاريخ 17 يونيو 1992، الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليوز 1992.

<sup>8</sup> المادة الأولى من قانون التعمير 12.90.

<sup>9</sup> تعرفه المادة الأولى من قانون التعمير كما يلي: "أجزاء من جماعات قروية تعين حدودها السلطة التنظيمية".

<sup>10</sup> بعض المناطق القروية التي تكتسي صبغة صناعية أو سياحية أو منجمية فتحددها الإدارة باقتراح من المجالس القروية المعنية أو عامل العمالة أو الإقليم (المادة 18 من قانون التعمير 12.90).

وحاول القضاء الإداري تعريف النزاعات الإدارية في مجال التعمير في عدة مناسبات، فاعتبرها من اختصاصه مادامت ناتجة عن قرار إداري أو وليدة نشاط إداري يتعلق بمرفق عمومي<sup>2</sup>؛ ولأنها منازعات "تتعلق بأعمال إدارية لتحقيق مرفق عام"، وتثار حول "نشاط من نشاطات أشخاص القانون العام"<sup>3</sup>، مما يجعلها تدخل ضمن النزاعات الموضوعية الموجهة ضد القرار الإداري، لا ضد أشخاص ذاتية أو معنوية، والمتعلقة "بمخاصمة للقرار الإداري ذي الطابع العام والموضوعي يستفيد منه كل من له علاقة به"<sup>4</sup>.

ومن خلال رصد متآني للمنازعات الإدارية في مجال التعمير، يلاحظ أنها مرت بمرحلتين: مرحلة ما قبل إحداث المحاكم الإدارية، وهي مرحلة شهدت إقبالا ضعيفا على القضاء الإداري، مما جعلها تتميز بضعف الاجتهاد القضائي؛ ومرحلة ما بعد إحداث المحاكم الإدارية، حيث عرفت هذه المرحلة طفرة كمية ونوعية في مجال مراقبة مشروعية القرارات الإدارية.

وقد انصببت المنازعات الإدارية بالخصوص على مجالات تطبيق وتكييف مقتضيات وثائق التعمير، ومنح رخص التعمير أو سحبها، وانقضاء السند القانوني لعمل الإدارة، وعدم استشارة المصالح المعنية المنصوص عليها في القانون، ثم بمناسبة اتخاذ الإدارة لبعض القرارات أو ممارستها لبعض الأنشطة باسم المنفعة العامة.

### 1- تطبيق وتكييف مقتضيات وثائق التعمير

مباشرة بعد الحصول على الاستقلال، تنبه المشرع المغربي إلى أن قانون 30 يوليوز 1952 المتعلق بشؤون التعمير لم يكن يغطي المجالات القروية المؤهلة للتوسع العمراني، فبادر إلى وضع قانون 25 يونيو 1960 المتعلق بتنمية التكتلات

تجميعها من طرف طلبة وحدة العقار والتعمير والإسكان بكلية الحقوق بالرباط، وتم نشرها بالخصوص في إطار أبحاثهم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في نفس الوحدة.

<sup>2</sup> حكم المحكمة الإدارية بمكناس، عدد 9-99-س بتاريخ 2 مارس 1999، محمد بوشكورت ضد عامل عمالة الإسماعيلية.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 493 بتاريخ 29 أبريل 1999، المؤيد لحكم المحكمة الإدارية بالرباط في قضية عمر أروح ضد الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق.

<sup>4</sup> حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 106/2000 بتاريخ 24 ماي 2000، الحسن بوزرايب ومن معه ضد رئيس الجماعة القروية لأولاد ستوت بإقليم الناظور.

# المنازعات الإدارية في مجال التعمير

الهادي مقداد\*

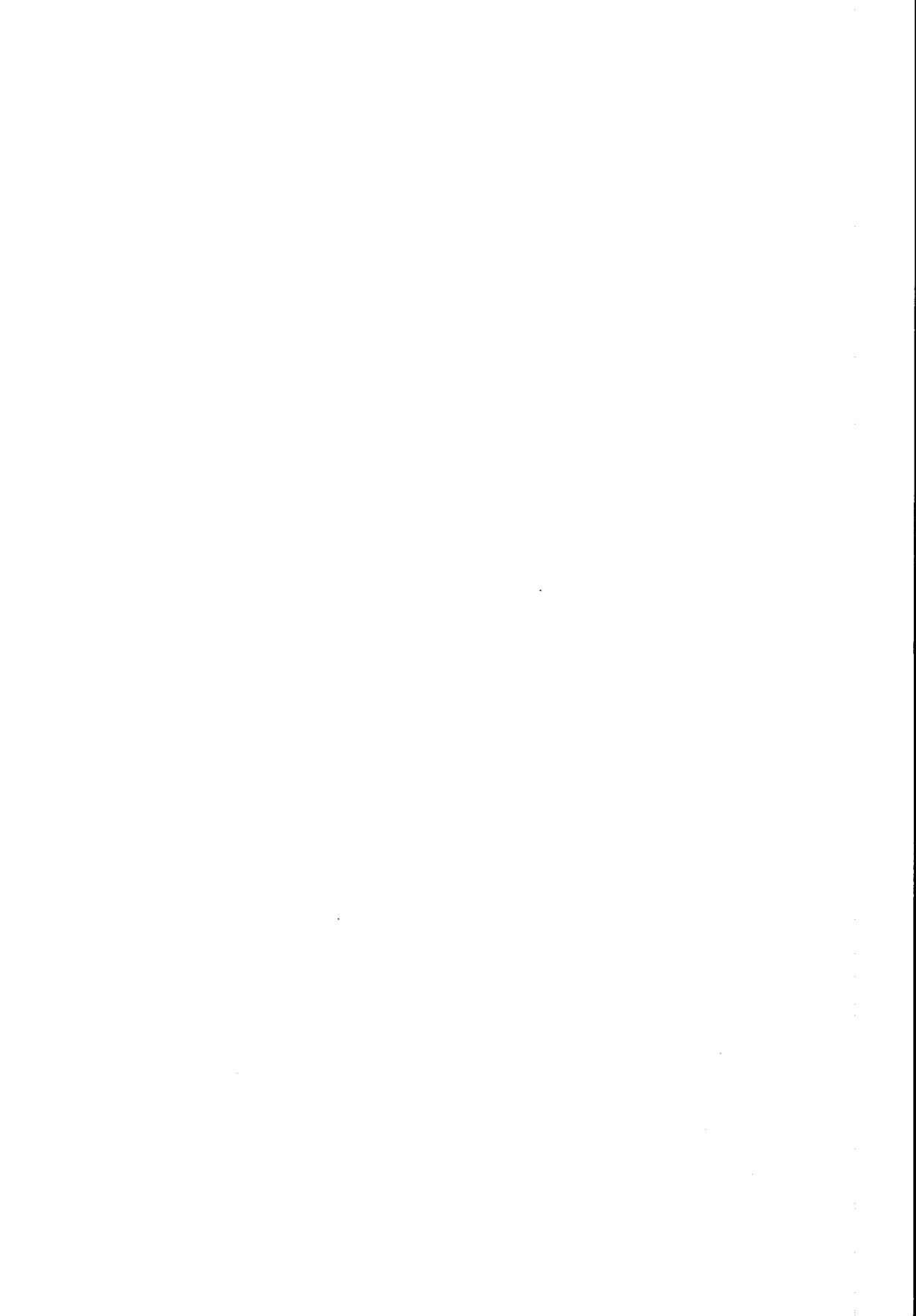
يقوم قانون التعمير على مجموعة من التدخلات والإجراءات القانونية والتقنية والاقتصادية التي تهدف الدولة من ورائها إلى تنظيم حياة المجتمع فوق مجال ترابي معين، وتدبير هذا المجال بشكل يضمن ممارسة الأفراد لأنشطتهم المختلفة. وتحرص الدولة على تكثيف تدخلاتها في هذا المجال إما عن طريق إنجاز المشاريع والبرامج العمرانية التي لا يعول فيها على الخواص، أو عن طريق وضع المخططات وتصاميم التعمير، أو بواسطة الشرطة الإدارية التي تضمن للإدارة تفعيل عملية المراقبة وضبط التصرفات والتدخلات المرتبطة بالبناء واستعمال الأراضي.

وعمل قانون التعمير في وقت مبكر على تطوير النشاط الإداري، وفق مجموعة من التوجهات والضوابط والارتفاقات، وبلورته في إطار وثائق التعمير باعتبارها مخططات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة في مواجهة المنفعة الخاصة أحيانا، مما يؤدي في الواقع إلى ظهور عدة منازعات قانونية بين الإدارة، الساهرة على احترام كل المخططات والضوابط المتعلقة بالتعمير، وبين الخواص المتمسكين بحق الملكية وحرية التصرف كما يضمنهما الدستور.

ويعرف قطاع التعمير العديد من المنازعات الإدارية التي استطاع من خلالها القضاء الإداري إقرار عدة مبادئ أساسية واجتهادات قضائية سواء على مستوى مراقبة مشروعية القرارات الإدارية وشفافيتها، وحماية حقوق الخواص في مواجهة الإدارة، أو على مستوى الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة<sup>1</sup>.

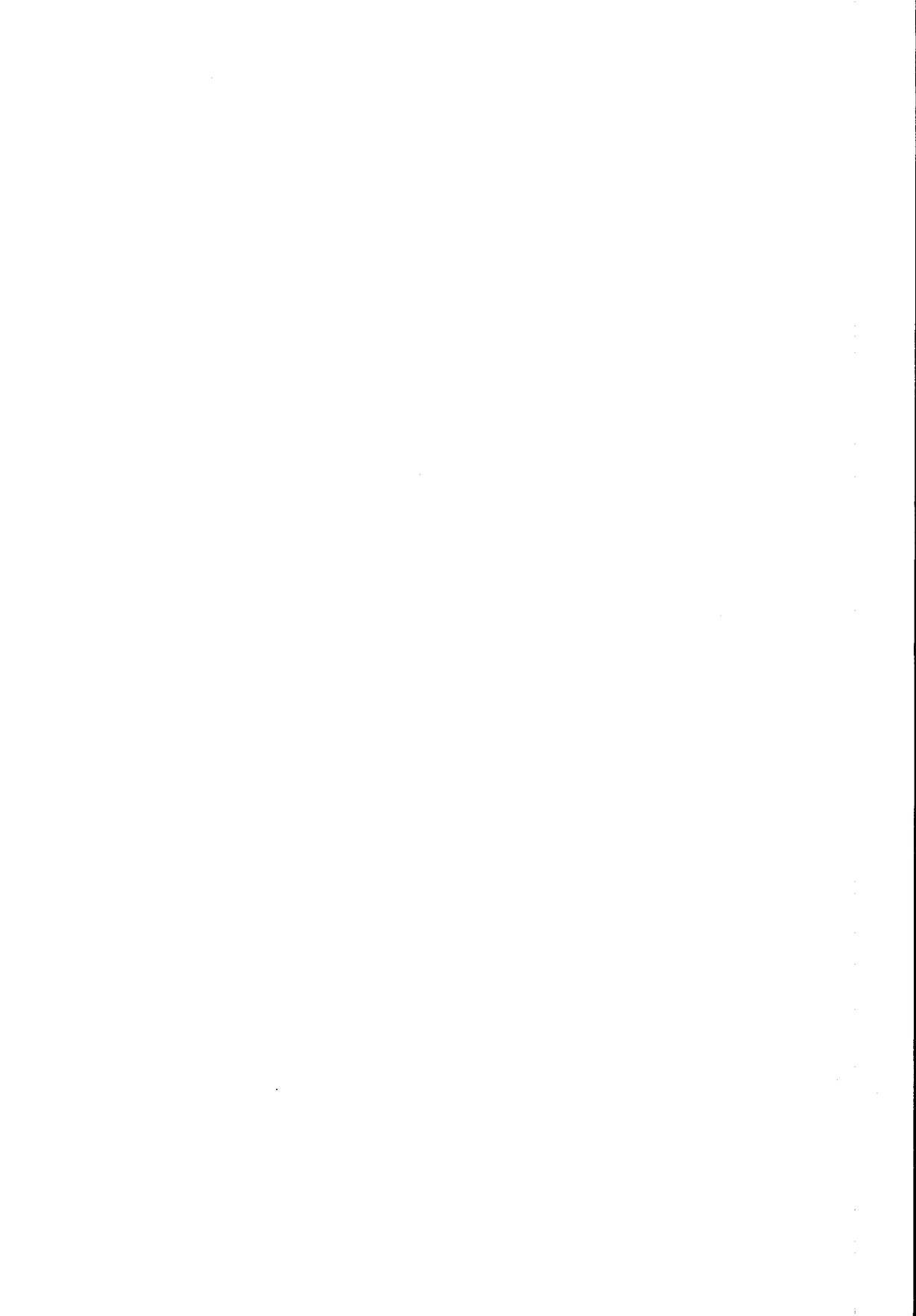
---

\* أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط  
<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال الكتاب القيم الذي ألفه الباحثان جان بيير جيلي و هير شارل حول أهم القرارات المتعلقة بقانون التعمير، وقد تم طبعه عدة مرات نظرا لأهميته : Jean Pierre GILLI et Hubert CHARLES, « Les grands arrêts du droit de l'urbanisme », éd. Sirey, Paris, 1974. أما بخصوص المغرب فهناك مجموعة من القرارات والأحكام تم نشرها في إطار الاجتهاد القضائي في عدة دراسات ومجلات متخصصة. وهناك مجموعة من القرارات والأحكام الحديثة للمحاكم الإدارية تم



## الفهرس

- 07 المنازعات الإدارية في مجال التعمير الهادي مقداد
25. الدستور الجديد وعلاقته بوثيقة المبادرة المغربية لنظام الحكم الذاتي مليكة الصروخ
- 31 كفي مزايدات بشأن "رفع" التحفظات عن السيدا واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رجاء ناجي المكاوي
- 53 إشكالات مذهب مشرع قانون المعاملات المدنية في حراسة الأشياء: دراسة نقدية مقارنة علي احمد صالح المهداوي
- 107 هيكلية جديدة لشرط الموافقة على ضوء قانون 20.05 فالي علال



**المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد**  
**تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية**  
**-أكداال الرباط-**

المدير : الحسن والحاج

لجنة التحرير : لطيفة المهداثي، فريد الباشا، الحسن رحو  
رجاء الناجي، عبد الإلاه العبدي، محمد مدني  
ميلود الوكيلى، عفيفة حكم، مصطفى بولويز  
حسن رئيس، محمد عبوش، عبد الرسول الحاضري

كتابة التحرير: خديجة وزاني شاهدي

الإدارة والتحرير

صندوق البريد 721، شارع الأمم المتحدة - أكداال - الرباط

الاشتراك السنوي (عدداان) :

المغرب : ..... 140 درهما

الخارج : ..... 140 درهما + مصاريف النقل

البيع المباشر للطلبة : ..... 30 درهما للعدد

كيفية الأداء :

تدفع قيمة الاشتراك نقدا أو في حساب الكلية رقم 40220 بالخرزينة العامة للمملكة.

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

صندوق البريد رقم 721 - أكداال - الرباط

إن الأراء المعبر عنها في هذه المجلة هي آراء شخصية لكتابها

رقم الإيداع القانوني : 7176

مطبعة طوب بريس - الرباط  
[toppress2@gmail.com](mailto:toppress2@gmail.com)

عدد 48  
الفصل الثاني  
سنة 2011



# المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد

## المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد

مجلة تصدرها مرتين في السنة كلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - أكادال

[www.fsjesr.ac.ma](http://www.fsjesr.ac.ma)