

2^e l'appréciation des jugements
des infirmités naturelles
des troubles passagers des facultés mentales
الاختلافات الطبيعية
الاختلافات العقلية
البيع المطبوع باللغة الفرنسية

YOUSSEF
DARIF



العقود التجارية



عنوان الكتاب : العقود التجارية

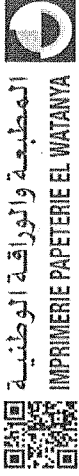
المؤلف : الدكتور بوعبيد عباسي

الطبعة : الأولى 2013

رقم الإيداع القانوني: 2013 MO 3420

ردمك : 1 - 823 - 32 - 9954 - 978

الطبع :



المطبعة والوراقة الوطنية

IMPRIMERIE PAPETERIE EL WATANYA

زينة أبو عبيدة الحي الحمدي الداوديات

مراكش - الهاتف : 05 24 30 37 74 - 05 24 30 25 91

الفاكس : 05 24 30 49 23 e-mail: iwatanya@gmail.com

المملكة المغربية - مراكش

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الدكتور بوعبيد عباسي

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق

مراكش

العقود التجارية

- الرهن الحيازي التجاري
- الإيداع بالمخازن العامة
- رهن أدوات ومعدات التجهيز
- رهن بعض المنتجات والمواد
- الوكالة التجارية
- الوكالة بالعمولة
- السمسرة

مقدمة

ستتولى في المقدمة تعريف العقود التجارية وبيان نظامها القانوني الخاص بها والذي يميزها عن العقود المدنية، ثم أخيراً سنحدد نطاق البحث والمنهج والخطة المتبعة في تحليله.

أولاً: تعريف العقود التجارية

الظروف والمعطيات الخاصة بالبيئة التجارية، التي أدت إلى إنشاء قانون تجاري متكامل يحكم النشاط التجاري، هي ذاتها التي أدت إلى إنشاء عقود تجارية متميزة في بعض الجوانب عن العقود المدنية.

ويلاحظ على أرض الواقع أن هناك عقوداً تجارية تنتشر في المجال التجاري بصفة خاصة وتكون عادة موضوع تنظيم خاص في القانون التجاري. بمعظم الدول، وهناك، على العكس من ذلك، عقود تنشأ وفقاً للقواعد المدنية العامة، فهي ليست تجارية بطبيعتها، ولكنها تكتسب الصفة التجارية نتيجة لتنظيمها بواسطة القانون التجاري أو نتيجة لتعلقها بالنشاط التجاري للتاجر.

ومنذ زمن طويل بدأت تتضح معالم التمييز بين القانونين التجاري والمدني إلى حد إنشاء محاكم خاصة بالفصل في المنازعات التجارية⁽¹⁾. ويمكن إجمال الظروف والعناصر التي أدت إلى إبراز ذاتية القانون التجاري واستقلاله عن فروع القانون الأخرى في السرعة والاثتمان.

⁽¹⁾ ولكن لا يجب أن يعني هذا قطع الجذور الممتدة بين القانون المدني والقانون التجاري، فالعلاقة بينهما لازالت وطيدة، والقول بالفصل القاطع بينهما يصطلم بحقيقة قائمة وهي أن القانون التجاري، مهما قيل عن استقلاله، لازال في حاجة إلى قواعد لتحكم المسائل التجارية المطروحة أمامه.

وبالفعل، تعتبر السرعة⁽¹⁾ والائتمان⁽²⁾ من الدعامات الأساسية للقانون التجاري، وهي التي ساهمت في بلورة قانون خاص بتنظيم النشاط التجاري متميز عن القانون المنظم للعلاقات المدنية، وهي التي ساهمت كذلك في خلق مجموعة من العقود التجارية تتلاءم مع متطلبات الأنشطة التجارية وتنسجم مع طموحات رجال الأعمال.

وتعتبر العقود التجارية ترجمة أو قوالب تتم في إطارها الأعمال والأنشطة التجارية، ومن ثم فالعقود التجارية ترتبط بالأعمال التجارية، وتخضع للأحكام الخاصة بها من قبيل الاختصاص القضائي النوعي والمكاني، وقواعد الإثبات والأحكام الخاصة بالالتزامات التجارية من حيث التضامن بين المدينين والفوائد والمهل القضائية⁽³⁾.

لم يعرف المشرع المغربي العقود التجارية في مدونة التجارة تاركا ذلك للفقه والقضاء، واكتفى بتعداد وتنظيم مجموعة من العقود التجارية في الكتاب الرابع، ولم يكن هذا التعداد على سبيل الحصر⁽⁴⁾.

وبلاحظ على التنظيم التشريعي الجديد للعقد ما يلي:

(1) تعد السرعة صفة لازمة للحياة التجارية. فالطور الهائل في مجال الإنتاج وطرق التوزيع وتقنيات التسويق وكذا اتساع نطاق الأسواق، واحتدام المنافسة بين التجار على اجتذاب أكبر عدد من الزبائن وعلى بيع أكبر كمية من البضائع، والثغافت على الأرباح، وشيوع المضاربة والوساطة والتداول، كل ذلك جعل الأعمال التجارية تنقسم بسرعة فائقة وبصفة متكررة في اليوم الواحد.

(2) تجب الإشارة إلى أن الحياة التجارية لا تستقيم إلا إذا سادها الائتمان المبني على الثقة بين التجار. فالثقة تنفع التاجر إلى التنازل عن جزء من ماله إلى أجل معين، وتجعل التاجر يحصل أو يمنح قرضا أو يحصل على بضاعة دون أن يسد شئها فورا، وحفاظا على الائتمان ونظم المشرع الكمبيالة والسند لأمر وأقر نظام معالجة صعوبات المقايضة دون الخطي عن نظام الإفلاس الذي يسلط على التجار المتوقفين عن دفع ديونهم ويتواجدون في وضعية مختلة.

(3) هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعصليات المصرية، الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1994 ص: 9.

(4) خصصت مدونة التجارة للعقود التجارية الفصول من: 334 إلى 544.

أولاً: أعاد المشرع تنظيم بعض العقود التجارية التي كانت منظمة بمقتضى القانون التجاري القديم (كعقد السمسرة وعقد النقل والرهن الحيازي) أو بمقتضى نصوص خاصة (كالرهن الذي يتخذ شكل الإيداع بالمخازن العامة، ورهن أدوات ومعدات التجهيز، وكذا رهن بعض المتوجات والمولا).

ثانياً: ويلاحظ كذلك أن التنظيم الجديد للعقود لم يكن شاملاً لجميع العقود التي يمكن أن تتخذ الصفة التجارية، فعلى الرغم من شيوع بعض العقود في الحياة التجارية فإن المشرع لم يضع لها قواعد خاصة كعقد الوكالة من الباطن، وبعض عقود التوزيع كعقد الامتياز التجاري، ولم ينظم كذلك وضعية الممثلين التجاريين السائحين أو المتقنين، كما أغفل معالجة أهم العقود التجارية وهو عقد البيع، فلم يشر إليه إلا بصفة عابرة في مجال معالجة صعوبات المناقولة وبمناسبة معالجته للعقود المتعلقة بالأصل التجاري، وبالتالي لم ينظم بعض أصناف عقود البيع، كالبيع بالمنازل والبيع عن طريق الهاتف والبيع بالتصفية أو التخفيض وترك ذلك إلى نصوص خاصة.

ثالثاً: كما نظم المشرع عقوداً تجارية جديدة لم تكن معروفة في القانون القديم كالعقود البنكية بمختلف أنواعها، وعقد الوكالة التجارية، وعقد الائتمان التجاري.

وعلى الرغم من أن مصطلح العقود التجارية ذائع الاستعمال بمقتضى العرف والقوانين التجارية، فإن أغلب الفقه الذي عالج موضوع العقود التجارية انتقد هذه التسمية معتبراً إياها تفتقر إلى الدقة والتحديد طالما أن العقد المسمى يكون إما مدنياً أو تجارياً بحسب الأشخاص الذين أبرموه وبحسب الغرض منه، وخلص من ذلك إلى الاعتراف بصعوبة تعريف العقود التجارية⁽¹⁾.

(1) أنظر:

G.Ripert et R.Roblot: Traité de droit commercial. T.II, Effets de commerce, Banque et Bourse, contrats commerciaux, Procédures collectives, 16^e édition, L.G.D.J, Paris, 2000, Par : Delebecque (Ph) et Germain (M), n°2483, p.532.

وتفسر غالبية الفقه هذه الصعوبة في تعريف العقود التجارية بعدم وجود عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح؛ وبعبارة أخرى، فالقول بهذه التسمية يوحى بوجود نوعين من العقود: عقود مدنية وعقود تجارية، وهو ما يخالف الواقع، ذلك أن العقود التي ينظمها القانون المدني - قانون الالتزامات والعقود في المغرب - قد تكون عقودا تجارية إذا اندرجت في عداد الأعمال التجارية الأصلية أو بالتبعية⁽¹⁾.

وبذلك، فوصف العقد بالصفة التجارية إنما يرتبط بصفة القائم به وبالنظر إلى موضوع العقد الذي يجب أن يكون عملا تجاريا أصليا أو تبعا، وبذلك يجب التمييز في إطار العقود المبرمة من طرف التاجر بين ثلاثة أصناف من العقود: العقود التي يبرمها التاجر مع تاجر آخر لأغراض تجارته، والعقود التي يبرمها مع زبناء غير تجار⁽²⁾، والعقود التي لا علاقة لها بتجارته. وفي نفس الإطار وجدت عديد من مقتضيات القانونية الحديثة فميزت بين العلاقات التعاقدية التي تبرم بين المهنيين؛ والعلاقات التعاقدية التي تبرم بين المهنيين والمستهلكين من أجل تدعيم حماية المستهلكين، ومثال ذلك القانون المغربي رقم: 31.08 الذي يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁽³⁾، وقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993⁽⁴⁾.

= وأنظر في نفس الاتجاه:
(1) سميحة القليوبي: شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1992، ص: 5؛
(2) محمد السيد الفقي: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص: 201؛ مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، سنة 2006، ص: 7.

(3) فالعقد لا يتغير أركانه تبعاً لما إذا كان تجارياً أم مدنياً، والنظرية العامة للاتزام تطبق على كافة العقود دون تفرقة.

(4) هذا الصنف من العقود هو الذي يتضمن الأعمال المسماة الأعمال التجارية المختلفة.

(5) صدر بتنقيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011).

(6) القانون رقم: 93-949 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 1993، والمرسوم التطبيقي رقم: 97-298 الصادر بتاريخ 27 مارس 1997.

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول إن العقد التجاري هو العقد الذي يكون موضوعه أحد الأعمال التجارية الأصلية أو بالتبعية متى اتخذت الشكل القانوني للعقد، ولا يهم بعد ذلك أكان العقد منظماً بمقتضى القانون المدني أو القانون التجاري أو العرف⁽¹⁾.

ومع ذلك، فصعوبة التمييز بين العقود المدنية والعقود التجارية لا يجب أن تحجب عنا أمرين أساسيين: من جهة، هناك عقود تجارية أصيلة تنتشر في المجال التجاري، وتقوم معظم التشريعات التجارية بتنظيمها، ومن هذه العقود عقد الوكالة التجارية، وعقد الوكالة بالعمولة، وعقد النقل، وعقد السمسرة، والعقود البنكية بصفة عامة، والرهن التجاري.

ومن جهة ثانية، عندما تدعو الضرورة إلى تنظيم العقود التجارية، فإن التشريعات تضع لها أحكاماً خاصة بها، وهو ما يميزها عن العقود المدنية بكل تأكيد.

ثانياً: النظام القانوني الخاص بالعقود التجارية

الأصل أن العقود التجارية لا تختلف عن العقود المدنية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بانعقادها ونفاذها وانقضاءها، فالعقود التجارية، كالعقود المدنية، تخضع للأحكام المقررة للعقد في قانون الالتزامات والعقود وهو ما نصت عليه صراحة المادة 2 من م.ت حينما حددت مصادر القانون التجاري في تشريعات وأعراف وعادات التجارة وقواعد القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري⁽²⁾.

⁽¹⁾ بوعبيد عياشي: العقود التجارية والتجديدات الطارئة عليها، مقال منشور بمجلة المحامون، ج. 6، س. 1998، ص. 145.

⁽²⁾ مفهوم أو مصطلح "القانون المدني" كمجموعة من القواعد القانونية المنظمة لأحوال العينية والشخصية غير موجود في المنظومة القانونية المغربية، على خلاف ما هو معمول به في قوانين أخرى كالقانون الفرنسي، ذلك أن موضوعات هذا القانون مقسمة في المغرب إلى قانونين: قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة.

ومع ذلك، فهناك قواعد خاصة تنطبق على القواعد التجارية وتميزها عن العقود المدنية⁽¹⁾، منها ما يتصل بالإثبات، ومنها ما يتصل بالتقادم، ومنها ما يتعلق بالوفاء، ومنها ما يتصل بإبرام وتنفيذ العقود التجارية.

1- حرية الإثبات في الماحدة التجارية

بالرجوع إلى الفصل 443 من ق.ل.ع يتبين أن المشرع فرض قيوداً على إثبات العقود المدنية إذ اشترط الكتابة لإثبات الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل الالتزامات أو الحقوق، والتي تتجاوز قيمتها 10.000,00 درهم، وذلك بأن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرقية⁽²⁾.

وتم التمييز كذلك في نفس الفصل على عدم جواز اعتماد شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الدليل المكتوب ولو كان المبلغ يقل عن 10.000,00 درهم.

أما إثبات العقود التجارية فهو حر وغير مقيد بأي قيد، ومن ثم يمكن، مبدئياً، إثبات العقود التجارية، مهما كانت قيمتها بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، والدفاتر التجارية وقوائم الحساب وغيرها⁽³⁾.

⁽¹⁾ يمكن اعتبارها أحكاماً عامة للعقود التجارية.

⁽²⁾ عدل المشرع الفصل 443 من ق.ل.ع فيما يتعلق بالمبلغ موضوع التصرف الذي لا يجوز إثباته بغير الكتابة، فرفعه من 250 درهماً إلى 10.000 درهم، وذلك بمقتضى المادة 5 من القانون رقم: 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2008) ج.ر. عدد 5584 الصادر بتاريخ 6 دجنبر 2007.

⁽³⁾ ينص الفصل 19 من م.ت على أنه: "يتعين على التاجر أن يمسك محاسبة طبقاً لأحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.138 بتاريخ 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 دجنبر 1992).

إذا كانت تلك المحاسبة ممسوة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارهم".

وقد نصت على مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية الجملة الأولى من المادة 334 م.ت التي جاء فيها ما يلي: " تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات"، ويجوز أيضا إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد تجاري مكتوب بشهادة الشهود أو القرائن وغيرها من طرق الإثبات.

ومعظم التشريعات تأخذ بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية⁽¹⁾. ويعتبر مبدأ حرية الإثبات تكريسا لما جاء في الشريعة الإسلامية التي بعدما فرضت الكتابة كوسيلة لإثبات الدين المؤجل سمحت بإثبات الدين التجاري، بجميع وسائل الإثبات لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تدايتمت بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه" وقوله تعالى: "ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله"، إلى أن قال عز من قائل: "إلّا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها"⁽²⁾.

ويرجع السبب في جعل المشرع حرية الإثبات هي الأصل في المادة التجارية إلى أن مبدأ الإثبات المقيد المعمول به في المادة المدنية لا يتلاءم مع العمل التجاري المتميز بالسرعة والبساطة من جهة، ومع الحياة التجارية وما تتميز به من ثقة واثتمان من جهة ثانية، فانطلاقا من هذه المميزات يلدو من الصعب بل ومن غير المنطقي تقييد الإثبات بالكتابة في الميدان التجاري⁽³⁾. وإذا كان العقد التجاري مختلطا، فإن الطرف الذي يعتبر العقد مدنيا بالنسبة إليه يجوز له استعمال جميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة

⁽¹⁾ كالمشرع الأردني في المادة 51 من القانون التجاري، والمشرع اللبناني في المادة 254 من قانون التجارة، والمشرع التونسي في المادة 598 من المجلة التجارية التونسية، والمشرع الجزائري في المادة

⁽²⁾ 30 من قانون التجارة .

⁽³⁾ سورة البقرة، الآية 281.

عبد الطيف هداية الله، القانون التجاري، محاضرات مطبوعة على سنا نسيل أقيمت على طلبه الإجازة في الحقوق، بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية 1984/83، ص: 45.

الشهود والقرائن في مواجهة الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا من جانبه وذلك مهما كان مبلغ الدعوى.

أما بالنسبة لمن يعتبر العقد تجاريا من جانبه، فنطبق في مواجهته مقتضيات المادة 443 من ق.ل.ع، وبالتالي يتوجب عليه إقامة الدليل الكتابي على مديونية الطرف الآخر كلما كان مبلغ الدعوى يتجاوز ما قدره: 10.000,00 درهم.

وقد كرس القضاء الفرنسي هذه المقتضيات ⁽¹⁾ قبل أن ينص عليها المشرع المغربي صراحة في المادة 4 من م.ت، وحسم الخلاف الفقهي حول مسألة حرية الإثبات في العقود المختلطة ⁽²⁾.

ويمكن أن نلاحظ على نظام الإثبات الحر المعمول به في العقود التجارية ملاحظتين اثنتين: تكمن الأولى في كون مبدأ حرية الإثبات ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الإثبات في المادة التجارية بالكتابة، وفي هذه الحالة لا يجوز الإثبات بغير الكتابة.

وتكمن الملاحظة الثانية في كون مبدأ حرية الإثبات ليس مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي استوجب فيها المشرع الكتابة خروجا على القاعدة العامة، من ذلك مثلا أن عقد بيع السفينة يجب أن يقع كتابة ⁽³⁾، وعقد الشركة التجارية يجب أن يكون ثابتا بالكتابة ⁽⁴⁾، وكذلك جميع

(1) انظر:

Cass .Com. 20 mai 1980, Bull.civ.1980.4,n°210 ; Cass.Com. 12oct.1982,Bull. Civ. n°313 ; Cass .Com.25avril 1982, Dolloz Sirey 134,n°1, Bull. Civ.1,n°134.

(2) بشار عبد الرحيم، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المظومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد، 8، فبراير 2008، ص: 278.

(3) تنص المادة 71 من القانون التجاري على ما يلي: "إن البيع الاختياري يجب أن يقع كتابة، ويمكن أن يتم بواسطة عقد رسمي أو عقد عرفي".

(4) فإن القانون رقم 5.96 المنظم للشركات التجارية غير شركة الأسهم يشترط الكتابة لإثبات تأسيس الشركات التجارية (المادة 5 بالنسبة لشركة التضامن، والمادة 23 بالنسبة لشركة التوصية البسيطة، والمادة 50 بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، أما بالنسبة لشركة المحاصة فيمكن إثبات وجودها بكافة الوسائل (المادة 88 من القانون رقم 5.96).

العقود الواردة على الأصل التجاري⁽¹⁾، ورهن أدوات ومعدات التجهيز⁽²⁾، ورهن بعض المتوجات والمواد⁽³⁾، وكذا عقد الوكالة التجارية⁽⁴⁾، وعقد الائتمان الإيجاري بجميع أنواعه⁽⁵⁾.

2- قواعد خاصة بإبرام العقود التجارية

إذا كانت العقود التجارية، كالعقود المدنية، تتطلب لإبرامها تحقق الإيجاب والقبول ورضاء الطرفين، فقد ساد الاعتقاد لدى أغلب الفقه خلال النصف الأول من القرن العشرين أن مجال الرضائية في العقود التجارية أوسع منه في العقود المدنية، إذ أن المشرع في العقود المدنية يجد مصلحة في اشتراط شكل معين لصحة انعقاد العقد، أو لزوم توفر شروط معينة بالنسبة لطرفي العقد، أو فرض نظام خاص يجب إتباعه عند إتمام بعض العقود وذلك بقصد حماية المتعاقدين في بعض العقود ذات الأهمية كعقود الهبة والعقود التي ترد على العقارات، بينما في مجال العقود التجارية تكاد تنعدم مثل هذه القيود والاشتراطات الشكلية نظرا لطبيعة هذه العقود وسرعة إجرائها علاوة على كثرتها في الحياة اليومية للتاجر⁽⁶⁾.

ومع ذلك، إذا كان هذا الرأي يبدو سليما ومنسجما مع الحياة التجارية منذ أواسط القرن 15 إلى حين منتصف القرن العشرين، فإن مجال

(1) اشترط المشرع في المادة 81 من م.ت أن يكون بيع الأصل التجاري محررا بعقد عرفي أو رسمي، ونصت المادة 108 من م.ت على نفس الإجراء بالنسبة لرهن الأصل التجاري، أما بالنسبة لعقد التسيير الحر للأصل التجاري، فإن المشرع وإن لم يشترط كتابة العقد صراحة فإن هذا الشرط ضروري لأجل التقييد في السجل التجاري المفروض بمقتضى المادتين 104 و 153 إذ لا يمكن أن يتم التقييد بدون أن يكون العقد مكتوبا.

(2) المادة 356 من م.ت.

(3) المادة 379 من م.ت.

(4) المادة 397 من م.ت.

(5) المادة 433 من م.ت.

(6) سمجة القليوبي، م.س، ص. 8.

الرضائية في العقود التجارية الأساسية أصبح ضيقا إلى أبعد الحدود، وتراجعت حرية الإرادة بشكل ملحوظ بفعل التدخلات التشريعية المتزايدة لأجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية أو لتوجيه الاقتصاد بما يتفق والمصلحة العامة.

وهكذا، بدأ المشرع يتدخل من حين لآخر ليفرض على المتعاقدين قواعد تشريعية آمرة يلزمون باحترامها، فيفرض عليهم مثلا شكلا خاصا يتعين احترامه لصحة انعقاد العقد، أو يفرض عليهم نظاما معيناً يجب الانصياع له عند إبرام بعض العقود، وبذلك أصبحت العقود التجارية محكومة بنظام قانوني ملزم يشكل قيـدا على مبدأ سلطان الإرادة.

ومثال ذلك أن المشرع أوجب بمقتضى الفصلين 81 و82 من م.ت تحرير عقد بيع الأصل التجاري كتابة وتضمنيه مجموعة من البيانات تحت طائلة البطلان؛ كما فرض المشرع لصحة رهن أدوات ومعدات التجهيز بمقتضى المادة 356 من م.ت أن يتم الرهن بموجب محرر رسمي أو عرفي، واستلزم الإشارة في العقد إلى مجموعة من البيانات تحت طائلة البطلان، وفرض كذلك تقييد الرهن خلال أجل قدره عشرون يوما من تاريخ التحرر المنشئ في سجل خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة التي تستغل الأدوات المرهونة بدائلها⁽¹⁾.

وكذلك الحال بالنسبة لرهن بعض المتوجات والبضائع إذ اشترط المشرع بمقتضى المادة 379 إثبات العقد بمقتضى محرر رسمي أو عرفي يشار فيه إلى أن المتعاقدين سيتبعان مقتضيات المنظمة لهذا العقد.

(1) المادة 357 من م.ت.

ويمكن القول، عموماً، إن التشريعات التجارية أصبحت تأخذ بالشكلية. بمفهومها الواسع ومنظورها المعاصر، أي الشكلية بجميع صورها سواء كانت مطلوبة كركن جوهري لوجود العقد وصحته، أو كانت ترمي إلى حماية حقوق الأغيار مثل شكلية الإشهار، أو كانت مطلوبة لإثبات التصرفات، أو إعلام التعاقد وتنوير رضائه⁽¹⁾.

ومع ذلك، يرى بعض الفقهاء أن الإفراط في الشكلية في الشركات يعد مرادفاً للبيروقراطية الإدارية، والأفضل إظهار نوع من المرونة وإعادة رد الاعتبار لحرية التعاقد⁽²⁾.

ومن جهة أخرى، إذا كان السكوت كقاعدة عامة لا يعتبر قبولا، فإنه في بعض العقود التجارية يعتبر بمثابة قبول إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وبالتالي لا يحتاج الأمر إلى قبول صريح.

وكذلك، إذا كانت العقود التجارية كالعقود المدنية تخضع للقواعد المتعلقة بالإيجاب والقبول، فإن هناك بعض القواعد التي يغلب تطبيقها على العقود التجارية؛ وفعلاً، فالإيجاب في العقود التجارية يكون عاماً ويخاطب كل من يرغب في الشراء من خلال عرض البضائع في المتاجر مع بيان الثمن، والغالب كذلك أن تتم العقود التجارية بطريق المراسلة بالخطابات أو البرقيات أو التلكس أو الفاكس أو بالهاتف أو بمختلف وسائل الاتصال الحديثة فتثار مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد⁽³⁾.

⁽¹⁾ لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005 صفحات من : 11 إلى 15.

⁽²⁾ نفس المرجع السابق، ص. 154.

⁽³⁾ مصطفى كمال طه، م.س. ص. 10.

وانظر كذلك:

R.Rodière et B.O. petit :Droit commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, Dolloz, 8^{ed}. Paris. 1978, p :124.

وكذلك، فالقانون التجاري، وخاصة القانون المعاصر منه، وضع قواعد جديدة للحلول القانونية التقليدية، ويمكن تفسيرها بالميزات الحالية التي أصبحت تطبع العلاقات التعاقدية؛ فالعقود التجارية تعتبر، عموماً، عقود إذعان، وغالباً ما تتخذ شكل عقود نموذجية يفرضها التجار على زبائنهم، ولا تخضع شروطها للمناقشة الحرة ما بين المتعاقدين، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم التوازن بين المتعاقدين إن على المستوى التقني أو القانوني أو الاقتصادي، ومثال ذلك ضعف المستهلكين - سواء من الناحية المعرفية أو الاقتصادية - أمام المهنيين، وعدم استقلالية الموزعين عن المنتجين. ومن أجل تجنب التعسف التي يمكن أن تلحق المتعاقدين المذعنين والضعفاء اقتصادياً أو معرفياً، يتعين فرض المزيد من المقننات المتصلة بالنظام العام التوجيهي والحماي.

وهكذا، فالتحليل الذي يرجع دائماً إلى مفهوم العقد لتوضيح ضرورة احترام الإرادة التي يتم التعبير عنها من طرف المتعاقدين، قد دخل في منافسة شديدة مع مفاهيم أكثر موضوعية واجتماعية، مفاهيم تتجاهل من أجل إنشاء علاقات تعاقدية بناء على مفهومي المنفعة والعدالة⁽¹⁾. وقد لاحظ بعض الفقه، عن حق، إن الحرية التعاقدية غير المقننة قد تؤدي في المجال الاقتصادي إلى الفوضى في الإنتاج والتوزيع⁽²⁾، ومن ثم كان لا بد من تدخل الدولة ووضع قواعد تحد من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة وتوجيهه نحو تحقيق المصلحة العامة دون التضحية بمصلحة الفرد⁽³⁾.

G. Ripert et R. Roblot, op.cit.n°2484, p. 532.

(1) انظر:

(2) لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005، ص: 145.

(3) Le Tournieu (PH): Quelque aspects de l'évolution des contrats, Mel. Reynaud, 1985, P:340 ets.

3- تضامن المدينين بديون ناشئة عن حقوق تجارية

من أجل دعم الثقة والائتمان اللذان يطبعان المعاملات التجارية، ومن أجل تمكين الدائنين من استخلاص ديونهم التجارية في تاريخ استحقاقها، وضع المشرع لفائدتهم ضمانة أساسية تكمن في قاعدة افتراض تضامن المدينين بديون ناشئة عن عقود تجارية وذلك بمقتضى المادة 335 من م.م التي جاء فيها ما يلي: "يفترض التضامن في الالتزامات التجارية". أما بالنسبة للأعمال المدنية فالتضامن لا يفترض بين المدينين، بل يلزم أن ينتج صراحة عن العقد المنشئ للالتزام أو القانون أو أن يكون هو النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة كما تنص على ذلك المادة 164 من ق.ل.ع. وبالنظر إلى أهمية التضامن بين المدينين في العقود التجارية نص المشرع على هذه القاعدة في الكتاب الرابع المتعلق بالعقود التجارية⁽¹⁾ وم يضعها إلى جانب الأحكام العامة الواردة في القسم الأول من الكتاب الأول الخاص بالتاجر.

وبذلك، يمكن للدائن بدين تجاري استيفاء دينه بكامله من أي واحد من المدينين حالة تعددهم أو مطالبتهم به مجتمعين، وبذلك يتجنب خطر إفلاس أحد المدينين أو تعرضه لصعوبات مالية.

وقد كان الفصل 165 من ق.ل.ع سباقا في التنصيص على هذه القاعدة إذ ورد فيه ما يلي: "يقوم التضامن بحكم القانون في الالتزامات المتعاقد عليها بين التجار لأغراض المعاملات التجارية، وذلك ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام أو القانون بعكسه".

⁽¹⁾ يشار عبد الرحيم، م.س.ص: 338.

ولاحظ أن هناك فرقا بين نص المادة 335 من م.ت ونص المادة 165 من ق.ل.ع التي أجازت الاتفاق بين المعنيين بالأمر على مخالفة قاعدة التضامن بين المدينين بديون تجارية، وهو ما يطرح إشكالا قانونيا يتعلق بتحديد المادة المرجحة على الأخرى.

يرى بعض الفقه وجوب إعمال مقتضيات المادة 335 من م.ت بدل مقتضيات الفصل 165 من ق.ل.ع، وبالتالي وجوب عدم الاعتداد باتفاق الأطراف على استبعاد التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية، ويكون المشرع اكتفى بالتنصيص في المادة 335 من م.ت على ما يلي: "يفترض التضامن في المادة التجارية"، وهو ما يعني أن إرادة المشرع لم تنصرف إلى الاعتداد بمثل هذا الاتفاق في العقود التجارية⁽¹⁾.

ويمكن أن يضاف إلى هذه المبررات مبرر آخر لترجيح المادة 335 من م.ت على المادة 165 من ق.ل.ع وهو أن المادة 335 من م.ت قاعدة خاصة ولا حقة زمنية للمادة 165.

إضافة إلى الحكم العام الوارد في المادة 335 من م.ت فإن التضامن مقرر كذلك بين الشركاء في عقد شركة التضامن⁽²⁾، وبين الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة⁽³⁾، والشركاء المتضامنين في شركة التوصية بالأسهم⁽⁴⁾، وبين الموقعين على الورقة التجارية⁽⁵⁾ وبين الكفلاء إذا كانت الكفالة تعتبر عملا تجاريا بالنسبة للكفلاء⁽⁶⁾.

(1) محمد لفروجي: التاجر وقانون التجارة بالمغرب، سلسلة الدراسات القانونية رقم 1، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط.1، س. 1997، ص.364.

(2) المادة 3 من القانون رقم 5.96 المتعلق بشركات التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة.

(3) المادة 20 من القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة.

(4) المادة 31 من القانون رقم 5.96.

(5) المادة 196 و 201 من م.ت بالنسبة للكبيالة، والمادة 234 بالنسبة للسند لأمر، والمادة 283 من م.ت.

(6) الفصل 1138 من ق.ل.ع.

4- التشدد في نظرة الميسرة

الأصل أن يتم تنفيذ الالتزامات في الآجال المحددة له سواء كانت مدنية أو تجارية، ولا يحق للقاضي أن يعدل أجل الوفاء بالالتزامات ما لم يمنحه القانون أو الاتفاق هذا الحق.

وقد نص المشرع على هذا الأصل بالنسبة للالتزامات المدنية في المادة 128 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "لا يسوغ للقاضي أن يمنح أجلا أو أن ينظر إلى ميسرة ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون، وإذا كان أجل محمدا بمقتضى الاتفاق أو القانون لم يسع للقاضي أن يمدده، ما لم يسمح له القانون بذلك".

وقد أورد المشرع استثناء على هذه القاعدة بمقتضى الفصل 243 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "مع ذلك يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجلا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المتابعة مع إبقاء الأشياء على حالها".

إلا أن هذه القاعدة المنصوص عليها في الفصل 128 من ق.ل.ع لا يمكن تطبيقها على الالتزامات التجارية لأن طبيعة هذه الالتزامات تختلف عن طبيعة الالتزامات المدنية، فهي تقوم على السرعة والائتمان وأن كل توقف عن الدفع يؤدي إلى الإخلال بهذه السرعة وهذا الائتمان، ويؤدي بالتالي إلى اضطراب المعاملات التجارية وركودها، فكل تاجر يرتب مواعيد وفائه بالتزاماته اعتمادا على قيام مدينه بالوفاء له في الأوقات المحددة للتنفيذ، فإذا تخلف واحد منهم عن تنفيذ التزامه خلال الأجل المحدد له فانه يحدث بذلك نوعا من الاضطراب في الحياة التجارية⁽¹⁾.

(1) عبد الطيف هداية الله، م.س.ص: 49؛ بحر عبد الرحيم، م.س. ص: 340؛ محمد لقروجي، م.س.ص: 358.

وعلى هذا الأساس منع المشرع القاضي بمقتضى المادة 231 من م.ت، من منح اجل لوفاء الديون المستحقة في الكمبيالة يتجاوز الميعاد المعين للاستحقاق⁽¹⁾، وتم تأكيد نفس القاعدة بمقتضى المادة 304 من م.ت في مجال التعامل بالشيخ⁽²⁾، ولنفس الاعتبار كان المشرع قاسيا على التجار، حيث سلط نظام التصفية القضائية على كل تاجر توقف عن دفع ديونه في تاريخ استحقاقها بمقتضى المادتين 568 و 619 من م.ت⁽³⁾ .

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة التشدد في منح مهلة الميسرة في العقود التجارية، لا تتنافى مع قاعدة إيقاف المتابعات الفردية⁽⁴⁾ المنصوص عليها في المادة 653 من م.ت⁽⁵⁾ .

وعلى خلاف التشريع المغربي، تضمنت بعض التشريعات نصا عاما منعت بمقتضاه القاضي أن ينظر نظرة ميسرة، كالتشريع السوري في المادة 343 من القانون التجاري، والتشريع الأردني في المادة 56 من القانون التجاري، لكن هذه التشريعات لطفت من هذه القاعدة إذ سمحت بإعطاء مهل للوفاء في الظروف الاستثنائية.

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 231 من م.ت على أنه: "لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207".

(2) تنص المادة 304 من م.ت على أنه: "لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 291".

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة 619 من م.ت على أنه: "تفتتح مسطرة التصفية القضائية، إذا تبين أن وضعيئة المقاولة مختلفة بشكل لا رجعة فيه".

(4) محمد لغروجي: م.س، ص. 358.

(5) فتاويل الوفاء بديون المدين الذي يعيش صعوبات مالية أو اقتصادية أو إدارية إنما تم تقريره في إطار المساطر الجماعية وبشروط وفي ظروف خاصة، ولغايات يحكمها الكتاب الخامس من مدونة التجارة. فتأجيل الوفاء بالديون في إطار المساطر الجماعية إنما يهدف إلى حماية المقاولة من الانهيار وإنعاشها من جديد، وحماية الدائنين أنفسهم في مواجهة بعضهم البعض.

5- تفصيل آجال التقادم في الالتزامات التجارية

الأصل، وفقا للفصل 387 من ق.ل.ع، أن جميع الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقدم بخمس عشرة سنة سواء كان الالتزام مدنيا أو تجاريا لكون لفظ الالتزام ورد عاما.

وترد على هذا الأصل عدة استثناءات قرر فيها المشرع للتقدم مددا قصيرة، أهمها الدعاوى الناشئة عن الالتزامات التجارية التي تتقدم بمرور خمس سنوات بينما تتقدم بعض الدعاوى الأخرى بمرور سنتين أو سنة واحدة فقط.

وقد تم تكريس التقادم الخمسي كمبدأ عام في الالتزامات التجارية بمقتضى المادة 5 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "تتقدم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار بمضي خمس سنوات ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة".

ويجد هذا المبدأ تطبيقا قويا له في القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة⁽¹⁾، ذلك انه باستثناء دعاوى بطلان الشركة أو عقودها أو مداولاتها اللاحقة لتأسيسها، التي تتقدم بناء على المادة 345 من هذا القانون بمرور ثلاث سنوات ابتداء من يوم سريان البطلان، فان كثيرا من الدعاوى التي يمكن أن ترفع في نطاق شركات المساهمة تتقدم بمضي خمس سنوات، ومثال ذلك دعوى المسؤولية المرتكزة على بطلان الشركة المنصوص عليها في المادة 351 من نفس القانون، ودعوى المسؤولية ضد المتصرفين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة المنصوص عليها في المادة 355 من نفس القانون.

⁽¹⁾ صدر بتنقيح الظهير الشريف رقم 1.96.124 في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996).

وتطبق مقتضيات التقادم الخمسي الخاصة بشركات المساهمة على الشركات الأخرى على اعتبار الإحالة التي تمت إلى هذه المقتضيات بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 5.96⁽¹⁾.

ويرجع السبب في تقصير مدة التقادم في العقود التجارية إلى ما تقتضيه التجارة من سرعة في المعاملات، فهذه الأخيرة تختم على التجار المطالبة بالديون أو الوفاء بها في أسرع وقت، كما تقتضي التخفيف عليهم بما يتلاءم مع هذه السرعة حتى لا تظل ذمتهم مشغولة بالالتزام طيلة مدة التقادم العادية وهي خمس عشرة سنة.

ويرد على المبدأ العام للتقادم المحدد في خمس سنوات المعمول به في العقود التجارية عدة استثناءات منها ما ورد في مدونة التجارة، ومنها ما ورد في قوانين خاصة.

وهكذا، تقضي المادة 228 من م.ت بأنه: "تتقادم جميع الدعوى الناتجة عن الكميالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق.

تتقادم دعاوى الخامل على المظهرين والساحب بمضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ الاحتجاج اخرج ضمن أجل القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف.

تتقادم دعاوى المظهرين بعضهم في مواجهة البعض الآخر وضد الساحب بمضي ستة أشهر ابتداء من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكميالة أو من يوم رفع الدعوى ضده".

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 5.96 على أنه: "تطبق أحكام المواد 2 و 3 و 8 و 11 و 12 و 27 و 31 و 33 و 136 إلى 148، ومن 222 إلى 229 ومن 337 إلى 348 ومن 361 إلى 372 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة على الشركات موضوع هذا القانون فيما إذا كانت متلائمة والأحكام الخاصة بها".

وقرر المشرع بالنسبة للشيك مدة تقادم أقصر إذ نص في المادة 295 من م.ت.ع. أنه: "تتقادم دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب والمتزيمين الآخرين بمضي ستة أشهر ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم.

تتقادم دعاوى مختلف المتزيمين بوفاء شيك بعضهم في مواجهة البعض الآخر بمضي ستة أشهر ابتداء من يوم قيام المتزم برد مبلغ الشيك أو من يوم رفع الدعوى ضده.

تتقادم دعوى حامل الشيك ضد المسحوب عليه بمضي ستة أشهر ابتداء من انقضاء أجل التقديم."

ولا يعتبر الدفع بالتقادم من النظام العام، لذلك لا تلزم المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها وإنما ينبغي على المتقاضين ذوي المصلحة أن يتسكوا به أمامها استنادا للمادة 372 من ق.ل.ع التي تنص على أنه: "التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يمتنع به.

وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه". ومع ذلك، ورغبة من المشرع في حماية الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي، فقد منع بمقتضى الفصل 379 من ق.ل.ع التنازل مقدما عن التقادم وأجاز التنازل عنه بعد حصوله، ومنع بمقتضى المادة 375 من نفس القانون الاتفاق بين المتعاقدين على تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

وتتقادم الدعاوى الناتجة عن عقد التأمين بمرور سنتين وفقا لمقتضيات المادة 36 من مدونة التأمينات التي جاء فيها ما يلي: "تتقادم كل

الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمرور سنتين ابتداء من وقوع حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى".

وقد أكد المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ 20 يناير 1984 بأن أمد التقادم المذكور بالنسبة لدعاوى المطالبة بأقساط التأمين تبتدئ من تاريخ حلول أجل الدين ⁽¹⁾.

6- نظام الفوائد في مجال العقود التجارية

تجب الإشارة في البداية إلى أن المشرع جعل اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل بمقتضى الفصل 870 ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي:
"اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقروض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له".

وهذا ينسجم مع مقصد الشريعة الإسلامية التي حرمت التعامل بالفائدة، وأباححت للناس أن يكسبوا من جهدهم وليس من إقراض المال، إذ المال لا ينتج مالا مصداقا لقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" ⁽²⁾؛ وقد اعتمد القرآن الكريم في تحريم الربا منهج التدرج ⁽³⁾.

⁽¹⁾ القرار رقم 922 صدر عن المجلس الأعلى في الملف المدني عدد: 4744. منشور في كتاب "قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة لكتابه الأستاذين عبد العزيز توفيق ومحمد أفراموس، مطبعة التجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1999، ص: 201.

⁽²⁾ سورة البقرة، الآية 275.

⁽³⁾ وبذلك يقول عزوجل في أول آية نزلت في موضوع الربا في سورة الروم المكية: "وما آتيتم من ربا لتربوا في أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة ترديدون وجه الله فأولئك هم المضعفون (سورة الروم الآية 39).

ثم جاءت المرحلة الثانية مع نزول الآية الثانية في سورة آل عمران المدنية الآية 130 التي يقول فيها عزوجل: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعنكم الله إن كنتم تعلمون".

وقبل وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشهر نزلت آخر آيات الربا في سورة البقرة تبين بصفة واضحة الحكم الشرعي في الربا بقوله تعالى: "الذين ياكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى، فله ما سلف وأمره إلى الله. ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون. يمحى الله الربا =

وقد تضاربت الآراء بين التحريم المطلق والتحليل المطلق للربا، واعتبر رجال الدين والعلماء والفقهاء كل زيادة يفرضها صاحب رأس المال على المدين تعد بمثابة ربا محرم مهما كان مبلغها، ومن ثم لم يميزوا بين الربا والفائدة اعتقاداً منهم أنهما وجهان لعملة واحدة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لغير المسلمين، فقد نص الفصل 871 من ق.ل.ع على أن اشتراط الفائدة جائز، إنما يجب أن يتم ذلك كتابة وإلا اعتبر القرض بلا فائدة اللهم إلا إذا تعلق الأمر بتجارة أو كان أحد الطرفين تاجراً إذ يفترض اشتراط الفائدة في هذه الحالة.

وتحريم الفائدة بين المسلمين لا يقتصر على المجال المدني بل يسري هذا التحريم حتى على المجال التجاري، وإن ما جاء من إجازة للتعامل بالفائدة في الفصل 871 ق.ل.ع إنما يتعلق دائماً بغير المسلمين⁽²⁾.

وقد حول الفصل 875 ق.ل.ع للظهير صلاحية تحديد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية، وقد انتهى المشرع في إطار هذا الفصل إلى التسوية بين سعر الفائدة في العمل المدني والعمل التجاري بمقتضى ظهير 16 يونيو 1950 الذي حدد السعر القانوني للفائدة الاتفاقية في 10% وحدد الفائدة القانونية في 6%⁽³⁾.

=ويربي الصفقات والله لا يجب كل كفار أثم. إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون. يأبها الذين آمنوا اتقوا الله وذكروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تغطوا فأنذوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون". (الآيات من 275 إلى 279).

(1) عبد الطيف الحاتمي: الفوائد التأخيرية وشرعيتها، مطبعة النجاح الجديد بالدار البيضاء، 2008، ص. 718 وما بعدها.

(2) هداية الله عبد الطيف، م.س.ص: 52، نفس المؤلف: مقابلة بين الفصل 870 من ق.ل.ع والفصل 130 من القانون التجاري، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، ع. 34، ص. 27.

(3) يقصد بالفوائد القانونية تلك التي تستحق دون اتفاق عليها في حالة تأخر المدين في الوفاء بالتزامه. كان المشرع يودع بين سعر الفائدة المدنية والفائدة التجارية بمقتضى ظهير 9 أكتوبر 1943 إذ جدها في 6%، ثم ميز بينهما بمقتضى ظهير 20 مارس 1926 إذ حدد الفائدة المدنية في 7% والتجارية في 8% إلى أن صدر ظهير 19 مارس 1945 الذي وحد من جديد نوعي الفائدة المعدل بظهير 20 مارس 1948 وظهير 16 يونيو 1950 الذي حدد سعر الفائدة الاتفاقية في 10% وسقف الفائدة القانونية في 6%.

وإذا كان سعر الفائدة لا يختلف بين ما إذا كان الأمر يتعلق بعمل مدني أو عمل تجاري على نحو ما سبق بيانه، فإن هناك اختلافا في الأحكام بحسبما إذا كان القرض مدنيا أو تجاريا ويتجلى ذلك فيما يلي:

أ- يتبين من الفصل 873 من ق.ل.ع أن الفوائد في الشؤون المدنية تحتسب على أساس سعر يعين كل سنة كاملة، أما في الشؤون التجارية فيسوغ احتساب الفوائد بالشهر، ولكن لا يسوغ اعتبارها من رأس المال المنتج للفوائد حتى في الحسابات الجارية إلا بعد انتهاء كل نصف سنة.

ب- بحسب الفصل 874 من ق.ل.ع لا يجوز في الشؤون المدنية اشتراط كون الفائدة مركبة، أي تقاضي فوائد على متحمل الفوائد بعد إضافة هذه الفوائد إلى رأس المال⁽¹⁾، أما في الديون التجارية، فيسوغ اشتراط إضافة الفوائد إلى رأس المال بحيث تصبح بدورها منتجة للفوائد، إلا أنه لا يسوغ في هذه الحالة اعتبارها من رأس المال إلا بعد انتهاء كل نصف سنة كما هو واضح من الفقرة الأخيرة من الفصل 873 من ق.ل.ع.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء غير موحد حول ميعاد سريان هذه الفوائد، فالمحكمة التجارية بأكادير اعتمدت تاريخ استحقاق الدين في بدء احتساب الفوائد القانونية⁽²⁾، أما المحاكم التجارية بالدار البيضاء فقد اعتمدت تاريخ صدور الحكم⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه، عن حق، إن سبب اختلاف نظام الفوائد في المادة المدنية عنه في المادة التجارية يرجع إلى رغبة المشرع في تشجيع

⁽¹⁾ وهو ما يسمى بـ "رسملة الفوائد".

⁽²⁾ حكم عدد: 587 صدر بتاريخ 2000/6/26 في الملف عدد: 98/89، غير منشور، أشار إليه الأستاذ بشار عبد الرحيم، م.س. ص: 346.

⁽³⁾ حكم تحت رقم 2000/9561 صدر بتاريخ 2000/12/20 في الملف رقم: 2000/3688، وفي عدة أحكام أخرى أشار إليها الأستاذ بشار عبد الرحيم، م.س. ص: 345 هامش رقم 748.

الائتمان التجاري وحمايته⁽¹⁾، وبعبارة أخرى، فالاختلاف في نظام الفوائد ما بين الديون التجارية والديون المدنية يعد مظهرا من مظاهر التشدد في اقتضاء الديون الناشئة عن عقود تجارية مراعاة لمصلحة الدائن وحماية للائتمان التجاري⁽²⁾.

ومما يؤكد هذا الطرح أن الفوائد البنكية، سواء من حيث سعرها أو من حيث كيفية احتسابها، لا تخضع لظهير 16 يونيو 1950 التي تخضع له الفوائد القانونية والاتفاقية بالنسبة للمجالين التجاري والمدني، وإنما تخضع لمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استشارة رأي لجنة مؤسسات الائتمان⁽³⁾.

وقد تعزز استقلال الفائدة البنكية بقواعد قانونية خاصة تهدف إلى تشجيع الائتمان بصدور ملةونة التجارة لسنة 1996 التي تنص في المادة 497 على أنه: "يسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة لبنك المخصص كل ثلاثة أشهر، ويساهم، احتمالا، في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد".

(1) محمد لفروجي، م.س.، ص: 265.

(2) سميحة القلوبوي، م.س.، ص: 14 و 15.

(3) تنص المادة 115 من القانون رقم 34.03 المعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها الذي ألفي قانون 6 يوليوز 1993 على ما يلي: "لا تطبق على عمليات الإيداع والائتمان التي تقوم بها المؤسسات الائتمانية أحكام الظهير الشريف بتاريخ 8 ذي القعدة 1331 (9 أكتوبر 1913) المحدد بموجب في المائتين المدنية والتجارية، السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية كما وقع تغييره". وتنص المادة 116 من نفس القانون على أنه: "يجب أن يخبر الجمهور وفق الشروط المحددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي مؤسسات الائتمان بالشروط التي تطبقها مؤسسات الائتمان على عملياتها ولاسيما فيما يتعلق بسعر الفائدة المدنية والدائنة والصعولة ونظام تواريخ القيمة".

7- خضوع التجار لنظام معالجة معوقات المقاولات

يلتصق التجار آمالا كبيرة على الوفاء بالالتزامات التجارية خلال الأجل المتفق عليها، كما أن التجارة، بصفة عامة، تستلزم ذلك لما يطبعها من ائتمان وثقة وسرعة.

وبناء عليه، فإذا لم يستطع التاجر أو الحرفي الوفاء بديونه التجارية المستحقة عليه عند الحلول، فإن القانون التجاري القديم أجاز للدائن أن يطلب شهر إفلاسه؛ ويتميز نظام الإفلاس هذا بصرامة أحكامه وتشدده نحو المدين، إذ يترتب عليه غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وسقوط بعض الحقوق السياسية والمدنية، وهذا التشدد يدفع المدين إلى الحرص على الوفاء بديونه عند استحقاقها، وعلى العناية بالثقة والسرعة الواجب توفرهما وحمايتهما في المعاملات التجارية.

إلا أن المشرع المغربي، بمقتضى مدونة التجارة لسنة 1996 التي ألغت القانون التجاري القديم، غير فلسفة نظريته إلى المقاولاتية المتوقفة عن دفع ديونها المستحقة، ذلك أنه، وإن لم يتخل عن نظام الإفلاس، فإنه بقدر ما يفكر في حماية الدائنين الذين لم يستوفوا ديونهم خلال آجالها، بقدر ما يفكر في ضرورة إنقاذ المقاولات المديونة من الصعوبات التي تعيشها وضمان استمرارها في النسيج الاقتصادي باعتبارها موردا اقتصاديا واجتماعيا وماليا.

ورغم ذلك، فإن المشرع لم يتخل عن تشدده في مواجهة التاجر المتوقف عن دفع ديونه إذ أحيانا يمنعه من التسيير الكلي أو الجزئي لمقاولته، وأحيانا يشرك معه السنديك في التسيير، أو يحول للسنديك صلاحية مراقبة أعمال التسيير وأحيانا يعاقب التاجر بعقوبات مالية أو حبسية، وقد يتم تجريده من أهليته التجارية.

وهكذا، طبقا للمواد 560 و 561 و 562 و 563 من م.ت يمكن الحكم بفتح مسطرة المعالجة في مواجهة التاجر أو الحرفي أو الشركة التجارية المتوقفة عن دفع ديونها المستحقة، وذلك إما بناء على طلب من رئيس المحاولة نفسه أو أحد الدائنين أو المحكمة تلقائيا، أو بطلب من النيابة العامة⁽¹⁾.

وبعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المحاولة، تستمر هذه الأخيرة في مزاوله نشاطها تحت إشراف القاضي المنتدب والسندنيك وبمساعدة رئيسها إن اقتضى الحال لمدة أقصاها أربعة أشهر قابلة للتمديد مدة واحدة بطلب من السندنيك.

ويتولى السندنيك مهام مراقبة أعمال التسيير أو مساعدة رئيس المحاولة في جميع أو بعض أعمال التسيير، كما يمكن أن تكلفه المحكمة بالتسيير الكلي أو الجزئي للمحاولة⁽²⁾.

ويقوم السندنيك في هذه المرحلة بإعداد تقرير عن الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمحاولة بمساعدة رئيس المحاولة أو خبير أو عدة خبراء؛ ويقترح السندنيك في هذا التقرير إما مخططا للتسوية يتضمن استمرارية المحاولة أو تفويتها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية⁽³⁾.

ويمكن للمحكمة، وفقا للمادة 584 من م.ت، أن تحكم باستبدال مسير أو عدة مسيرين إذا كان مخطط التسوية يستلزم ذلك.

(1) مع العلم أن المحاولة قد تخضع لنظام الوفاية الداخلية أو الخارجية لتصحيح الخلل الذي يهدد استمرارها في استغلال نشاطها (المواد من 546 إلى 559 من م.ت).

(2) استغلال نشاطها (المواد من 546 إلى 559 من م.ت).

(3) المادة 579 من م.ت.

إذا تبين للمحكمة من خلال تقرير السنديك، وبعد الاستماع لأقوال رئيس المفاوضة، والمراقبين ومندوبي العمال، إن وضعية المفاوضة تقبل التسوية وتسديد الخصوم أمكنها أن تقضي إما باستمرارية المفاوضة⁽¹⁾، أو تفويتها حسب الحالات⁽²⁾، وإذا تبين أن وضعية المفاوضة مختلة بشكل لا رجعة فيه، تقضي المحكمة بفتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهتها⁽³⁾، ويؤدي الحكم بالتصفية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها، وحتى تلك التي امتلكها بأي وجه من الوجوه، مادامت التصفية لم تقفل بعد، ويقوم السنديك بممارسة حقوق المدين وإقامة دعاوى بشأن ذمته طيلة فترة التصفية القضائية.

وتقضي المادة 650 من م.ت بأنه ابتداء من حكم فتح المسطرة لا يمكن للمسيرين القانونيين أو الفعليين، مأجورين كانوا أم لا، تحت طائلة البطالان، أن يفوتوا الحصص في الشركة أو الأسهم أو شهادات الاستثمار أو شهادات حق التصويت التي تمثل حقوقهم داخل الشركة التي كانت موضوع حكم فتح المسطرة.

ويوقف حكم فتح المسطرة جميع المتابعات الفردية التي يقيمها الدائنون إذا كانت ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال⁽⁴⁾، كما يمنع، بقوة القانون، أداء كل دين نشأ قبل صدوره⁽⁵⁾، ويوقف كذلك سريان الفوائد القانونية والاتفاقية وكذا فوائد التأخير وكل زيادة⁽⁶⁾.

(1) المادتان 590 و 592 من م.ت.

(2) المادة 603 من م.ت.

(3) المادتان 568 و 619 من م.ت.

(4) المادة 653 من م.ت.

(5) المادة 657 من م.ت.

(6) المادة 659 من م.ت.

وإن ظهر من خلال سير المسطرة في مواجهة شركة تجارية نقص في باب الأصول، يمكن للمحكمة، في حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في هذا النقص، أن تقرر تحميله، كلياً أو جزئياً تضامياً أم لا ، لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط⁽¹⁾.

والأكثر من ذلك، يتعين على المحكمة، في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما، فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يتبين أنه تصرف في أموال المقاوله كما لو كانت أمواله الخاصة، أو أبرم عقوداً تجارية لأجل مصلحته الخاصة تحت ستار الشركة قصد إخفاء تصرفاته، أو استعمل أموال الشركة بشكل يتنافى مع مصالحها⁽²⁾.

ويمكن الحكم على المدين بسقوط الأهلية التجارية إذا توفرت في حقه الشروط المنصوص عليها في المواد 706 أو 712 أو 713 أو 714 وما بعدها من م.ت.

ويتضح من كل ما سبق أن نظام معالجة صعوبات المقاوله وإن كان يهدف إلى ضمان استمرارية المقاوله في نشاطها التجاري، فإنه لم يتخل عن التشدد في مواجهتها وعن الصرامة في مواجهة مسيريهها.

8- الاختصاص القضائي

بما أن الفصل في المنازعات التجارية يجب أن يكون على وجه السرعة وخلال آجال قصيرة⁽³⁾، وطبقاً لإجراءات خاصة مطبوعة بالمرونة وعدم التعقيد، فإن المشرع أحدث جهازاً قضائياً تجارياً مستقلاً عن القضاء المدني بمقتضى القانون رقم 53.95 لسنة 1997⁽⁴⁾ المعدل والنتم بمقتضى القانون

(1) المادة 704 من م.ت.

(2) المادة 706 من م.ت.

(3) عبد الجبار بهم: الآجال وفق قانون إحداث المحاكم التجارية، مقال منشور بمجلة المحامي، ع.47، لون سنة النشر، ص: 43.

(4) صدر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417 الموافق 12 فبراير 1997، ج.ر. عدد: 4482 وتاريخ 15 ماي 1997، ص: 1141.

رقم 18.02 لسنة 2002⁽¹⁾، وجعل من اختصاصه النظر في القضايا التجارية بينما بقي النظر في القضايا المدنية من اختصاص المحاكم المدنية⁽²⁾.

وهكذا أصبح الفصل نوعياً في المنازعات المتصلة بالعقود التجارية من اختصاص المحاكم التجارية وفقاً للمادة 5 من القانون رقم 53.95 التي جاء فيها ما يلي:

"تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

- 1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛
 - 2- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛
 - 3- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛
 - 4- التزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية؛
 - 5- التزاعات المتعلقة بالأصول التجارية.
- وتستثنى من اختصاص المحاكم التجارية قضايا حوادث السير.
- يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر.

يجوز للأطراف الاتفاق على عرض التزاعات الميئة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية⁽³⁾.

⁽¹⁾ منشور بالجريدة الرسمية عدد : 5029 بتاريخ 12 غشت 2002.

⁽²⁾ ومن باب نفس الرغبة الهادفة إلى إنشاء قضاء متخصص تم العمل بالمحاكم الإدارية منذ سنة 1993 بمقتضى القانون رقم 41.90 صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.91.225 في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق 09/10/1993.

⁽³⁾ تم إلغاء المقضيات المنظمة للتحكيم في قانون المسطرة المدنية بمقتضى القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 منشور بالجريدة الرسمية عدد : 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007. ص. 3894، وأضاف المشرع 70 فصلاً إلى عدد الفصول التي ألغيت.

ويندخل كذلك في إطار الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية دعاوى الشركات، والصعوبات التي تعترض المفاوضة وإجراءاتها التحفظية ولو تم التنصيص عليها في الفصل 11 الخاص بالاختصاص المكاني، وبالتالي فمكانها الطبيعي هو الفصل 5 وليس الفصل 10⁽¹⁾.

وما تجدر ملاحظته؛ إنه لا يكفي إنشاء بنائات خاصة بالنظر في المنازعات التجارية، وإنما يجب كذلك إعداد قضاة متخصصين ومتكئين في المادة التجارية وفي قانون الأعمال بصفة عامة، ومتوفرين على الإمكانيات المطلوبة، وهذه النظرة المتكاملة يمكن تحقيق قضاء مستقل ومختص ومتخصص في المجال التجاري، وهذا هو القضاء الذي يمكنه التدقيق والتعمق في المنازعات التجارية وأخذ خصوصياتها في الاعتبار، والبت فيها بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية، وخلق بيئة صالحة لجلب وتأمين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، ومواكبة ما تفرضه التجارة الحالية من تطورات وتحديات إن على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

ويلاحظ عمليا أن القضاء التجاري أبان فعلا عن قدرته في تصفية الملفات في أقصر الآجال، وخلق اجتهدات فعالة⁽²⁾ كما هو الحال في حماية الأقلية من تعسف الأغلبية في الشركات⁽³⁾، أو حماية الأغلبية من تعسف الأقلية في استعمال حق التصويت⁽⁴⁾، أو استفادة الكفيل من مخطط

(1) أحمد شكري السباعي: مدخل عام أو تمهيد في العقود التجارية، مقال منشور ضمن أشغال "الدورة التخصصية في المادة التجارية" سلسلة الندوات والأيام الدراسية، ع. 4، تحت إشراف المعهد العالي للقضاء، يونيو 2004، ص: 157.

(2) عز الدين بنسني: تقييم تجربة القضاء التجاري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم التجارية (دراسة تحليلية بين النص والتطبيق)، مقال منشور بمجلة الإشعاع، ع. 32، ص: 2007، ص: 11 وما يليها.

(3) القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/01/04 في الملف رقم 2000/04-ع.م.

(4) حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش تحت رقم 720 بتاريخ 5-7-2001، في الملف رقم 2000/817، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع. 91، ص: 2001، ص: 171.

الاستمرارية المفروض في مواجهة المدين الأصلي⁽¹⁾، أو في مادة الكراء التجاري، إذ حسم المجلس الأعلى التضارب الذي كان حاصلًا على مستوى محاكم الموضوع⁽²⁾، وجعل التزاعات المتعلقة بالكراء التجاري من اختصاص المحاكم التجارية بدل المحاكم المدنية⁽³⁾.

ومع ذلك فإن المجلس الأعلى أوصى في تقريره السنوي لسنة 2004 بإعادة منح اختصاص البت في قضايا الأكرية التجارية للمحاكم العادية دون المحاكم التجارية حتى تتوفر هذه الأخيرة للقضايا التجارية المحضة من جهة، وحتى يعود التوازن لعملية توزيع القضايا بين النوعين من المحاكم من جهة ثانية، إذ انخفض عدد القضايا المدنية المعروضة على المحاكم العادية بسبب كثرة التزاعات المتعلقة بظهير 24 ماي 1955 المتعلق بالكراء التجاري⁽⁴⁾.

ومع ذلك فإن هذا التوجه يقبل المناقشة لأن أساس التمييز بين الاختصاص في المادة التجارية والاختصاص في المادة المدنية هو طبيعة أو موضوع المنازعة ذاتها وليس عدد القضايا المعروضة على كل محكمة،

=إيئته محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بمقتضى القرار عدد: 597 بتاريخ 2002/07/02 في الملف التجاري عدد 01/705 غ.م،

انظر التعليق على هذا القرار في: محمد كرام، تصنف الأقلية في استعمال حق التصويت في الشركات التجارية، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 4 يناير 2004، ص. 11.

⁽¹⁾ قرار صادر عن الغرفة التجارية بالمجلس الأعلى تحت عدد: 121 بتاريخ 2005/2/9 في الملف التجاري عدد: 2004/3/166 غ.م؛ حكم المحكمة التجارية بمراكش تحت عدد: 2005 بتاريخ 2010/2/22 في الملف رقم 09/7/907، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 3، ماي 2010، ص. 369.

⁽²⁾ بوعبيد عباسي: تضارب الاجتهاد القضائي التجاري بشأن الاختصاص في مادة الكراء التجاري، مقال منشور بمجلة المنتدى، ع. 1، أكتوبر 1999، ص. 162 وما بعدها.

⁽³⁾ قرار المجلس الأعلى عدد: 292 بتاريخ 2010/1/20 في الملف المدني عدد: 2009/3/1/529، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 3، س 2010، ص. 292، قرار رقم 2248 بتاريخ 2001/1/14، ملف تجاري عدد 2227، أشار إليه الأستاذ بنسفي عز الدين، م. ص. 14.

⁽⁴⁾ المجلس الأعلى، في تقريره السنوي لسنة 2004، مركز النشر والتوثيق القضائي مطبعة الأمنية بالرباط ط. 1، س. 2006، ص. 9.

أو الرغبة في تحقيق التوازن على مستوى عدد القضايا المعروضة على أنظار المحاكم بغض النظر عن طبيعة النزاع.

ومن دون الدخول في التفاصيل التي تثيرها الإشكالات المرتبطة بالاختصاص النوعي في المادة التجارية لأن الحال هنا لا يتسع لهذا الموضوع، يمكن الإشارة إلى الانتقاد الموجه لكيفية توزيع المحاكم التجارية، ذلك أن المشرع أحدثها في ثماني مدن فقط هي: مراكش والدار البيضاء والرباط وأكادير وفاس وطنجة ووجدة ومكناس، وهو ما يمس بمبدأ المجانية، ومن ثم وجب تعميم القضاء التجاري⁽¹⁾ بجميع المدن المغربية مادامت التجربة الحالية ناجحة.

وفي إطار اختصاص القضاء التجاري بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية يتعين التمييز بين العقد الذي يكون طرفاه معا تاجرين وبين العقد التجاري المختلط أي العقد الذي يكون أحد طرفيه مدنيا والطرف الآخر تاجرا⁽²⁾.

لا يثار أي إشكال بالنسبة للعقد التجاري الصرف الذي يكون طرفاه معا تاجرين إذ يسند الاختصاص إلى المحاكم التجارية بدون منازع، وبالتالي لا يمكن لأي طرف أن يقاضي الطرف الآخر إلا أمام المحكمة التجارية ما لم يتفق الطرفان على عرض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهما على التحكيم التجاري⁽³⁾ وفق أحكام الفصول من 306 إلى 327-3 من ق.م.م بعد التعديل الأخير، ومثال ذلك عقد البيع الذي يبرم بين الناقل وتاجر معين لحاجات تجارتها، أو العقد المبرم بين مؤسسة النقل وشركة التأمين تؤمن بمقتضاه مخاطر النقل.

⁽¹⁾ يتكون القضاء التجاري في المغرب من محاكم تجارية (ابتدائية) ومحاكم استئناف تجارية، وغرفة تجارية بمحكمة النقض، وبذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ التقاضي على درجتين في المادة التجارية.

⁽²⁾ يحار عبد الرحيم، م.س. ص: 297.

⁽³⁾ الفقرة الأخيرة من المادة 5 من القانون رقم 53.95.

أما بالنسبة للعقود المختلطة- أي العقود التي يرمها التجار بمناسبة أنشطتهم التجارية مع غير التجار- فهي عقود تعرف عدة تطبيقات على أرض الواقع كذلك المبرمة بين المستهلكين وبائعي السلع والبضائع، أو بينهم وبين الأبنك، أو بين الناقل والمسافرين.

فالعمل في هذه الحالة يعتبر تجاريا بالنسبة للبائع والبنك والناقل، بينما يعتبر نفس العمل مدنيا بالنسبة للمستهلك أو المسافر أو المقرض⁽¹⁾؛ هذه العقود وما يمثّلها تثير بعض الصعوبات أهمّها تلك المتعلقة بالاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، ذلك أن الرأي لم يتوحد بشأنها على مستوى الفقه والقضاء.

وبالفعل، فالرأي مستقر على منح الخيار والحرية لغير التاجر في عرض النزاع أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية حسب ما يراه أصلح، في حين لم يجز ذلك لمن كان العمل تجاريا من جانبه، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير رفع دعواه على الطرف الآخر إلا أمام المحاكم المدنية، لأن هذا الأخير يعد غريبا عن التجارة وطرق ممارستها⁽²⁾.

وقد كرس الفقه والقضاء الفرنسيان هذا الاتجاه في غياب التنصيص عليه صراحة من طرف المشرع⁽³⁾.

(1) مع العلم أن صفة العمل التجاري المختلط يستمدّها ليس فقط من وقوعه بين تاجر وغير تاجر، وإنما من الصفة التي يكتسبها العمل المختلط بالنسبة لكل واحد من الطرفين المتعاقدين.

(2) أحمد محمد محرز: القانون التجاري، سنة 1994، غير مشار إلى باقي البيانات، ص. 144؛ عز الدين بنسنتي، دراسات في القانون التجاري المغربي، ج. 1، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998، ص. 78؛ عبد السلام زوير، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وأشكالها العملية، مكتبة دار السلام بالرباط، يونيو 2004، ص 62؛ محمد لفروجي، م.س.ص 371؛ هداية الله عبد الطيف، م.س.ص: 128.

(3) أنظر الاجتهادات الفقهية والقضائية التي أشار إليها الأستاذ بحار عبد الرحيم في المرجع السابق ص: 299 هامش رقم 632.

ويسير بعض القضاء المغربي في هذا الاتجاه كما هو الحال بالنسبة للمحكمة التجارية بوجدة في حكمها الصادر بتاريخ 2001/11/01⁽¹⁾، ومحكمة الاستئناف بالدار البيضاء في عدة قرارات منها القرار الصادر بتاريخ 1999/9/28⁽²⁾؛ والقرار الصادر بتاريخ 1999/10/26⁽³⁾، وكذا المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 2003/03/19⁽⁴⁾.

وهناك قلة قليلة من الفقه⁽⁵⁾ وبعض القرارات القضائية⁽⁶⁾، ترفض قاعدة الخيار الممنوح لمن كان العمل مدنيا من جانبه وتجعل الاختصاص بشأن النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية منعقدا للمحكمة التجارية بغض النظر عن صفة أطرافها.

وبرر بعض الفقه هذا التوجه بالقول إنه "لو كان المشرع قصد حصر ذلك الاختصاص في العقود التي تجمع بين تاجرين لاكتفى بالنص على البند الثاني من الفقرة الأولى من المادة 5 المتعلق بالدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية، فهذا البند يستغرق ذلك الاختصاص،

⁽¹⁾ حكم عدد: 01/35 ملف عدد: 04/2001/99، مجلة القصر ج. 9، ص. 2004، ص. 212.

⁽²⁾ قرار عدد: 99/1360 ملف عدد: 13/99/1754، غير منشور.

⁽³⁾ قرار عدد: 99/1603 ملف عدد: 13/99/11942 غير منشور؛ وقرار رقم: 99/262 بتاريخ 99/3/4 ملف عدد: 7/99/221

أشار إليه الأستاذ البوعيسي الحسن في مجلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية، عدد 4 السنة 2004، ص: 65؛ وقرار رقم 09/1232 بتاريخ 99/8/19 في الملف 13/99/1515 أشار إليه الأستاذ الحسن البوعيسي، م.س.ص: 67.

⁽⁴⁾ القرار رقم 339 في الملف عدد: 2001/391، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 62 السنة 25 يوليوز 2003 ص: 145، جاء فيه ما يلي: " بالنسبة للعقود المختلفة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدينة بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن يفرض منح من أجل السكن، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية، بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة الابتدائية، وهو ما اختاره المدعي المطلوب في هذه الخصومة. والمحكمة التي اعتبرت الخصومة مدنية واستبعدت الدفع بعدم الاختصاص تكون قد ساورت المبدأ المذكور."

⁽⁵⁾ فواد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، ج. 1، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، ط. 3، ص. 2009، ص: 54؛ جمال السنوسي، م.س.ص. 209.

⁽⁶⁾ انظر الاجتهادات القضائية المذكورة في الصفحات الموالية.

ومن ثم إذا اختار تخصيص بند مستقل للعقود التجارية فذلك لأنه يسعى إلى أن يجعل الاختصاص العام بشأنها للمحاكم التجارية رغبة في تحقيق الانسجام في النظام القانوني المنظم لها سعياً وراء استقرار أعمال التاجر⁽¹⁾.

ومن بين قرارات المجلس الأعلى الحديثة التي سارت في هذا الاتجاه نشير إلى القرار الصادر بتاريخ 2009/9/30 الذي قضى صراحة بأن "الحساب البنكي يعتبر عقداً تجارياً حسب الكتاب الرابع من مدونة التجارة، والأطراف الذين يستخدمونه يقبلون الخضوع لأحكامه مهما كانت صفة العميل وكيفما كانت طبيعة العقد بالنسبة إليه، وبالتالي فالحكمة المختصة نوعياً بنظر هذا النوع من النزاعات هي المحكمة التجارية"⁽²⁾.

وسار المجلس الأعلى في نفس الاتجاه في نزاع آخر يتعلق بالقرض والتشطيب على الرهن العقاري. نشأ هذا النزاع بين شركة القرض العقاري والسياحي وإحدى المقرضات التي اقترضت مبلغاً مالياً لاقتناء شقة لغرض سكني، ذلك أن المقرضة سددت جميع الأقساط فطالبت من البنك تسليمها رفع اليد والتشطيب على الرهن ورفض، فسجلت ضده دعوى أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ملتمسة منها الحكم برفع اليد والتشطيب على الرهن المقيد على شقتها.

استجابت المحكمة الابتدائية للطلب رغم أن البنك دفع بعدم الاختصاص النوعي، وأيدت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الحكم

(1) فؤاد معال، م.س.ص: 54.

(2) القرار رقم 1385 في الملف عدد 2008/1/3/912 منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 2 فبراير 2010.

الابتدائي بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 2005/03/24 الذي جاء فيه ما يلي: "إن المستأنف عليها باعتبارها طرفا مدنيا يحق لها مقاضاة المستأنف أمام القضاء العادي ولو كان هذا الأخير طرفا تاجرا عملا بالمادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية، بالإضافة لطبيعة موضوع الدعوى الذي هو رفع اليد والنشيط على الرهن المنصب على عقار المستأنف عليها، ولو كان ذلك مترتبا على عقد قرض، لأن هذا الأخير غير مبرم بين تاجرين: فيكون الدفع بعدم الاختصاص النوعي مردودا"⁽¹⁾.

طعن البنك بالنقض في القرار الاستئنافي على أساس أن المحكمة الابتدائية غير مختصة للبت في هذا النزاع المتعلق بعقد من العقود البنكية، لكون المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية منحت الاختصاص للمحكمة التجارية في العقود البنكية دون أن تحدد صفة أطراف العقد البنكي، ففضى المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2009 بنقض القرار المطعون ضده على أساس أن "الدعوى تتعلق بالنشيط على رهن عقاري، وهو نزاع انبثق عن عقد القرض والرهن الرابط بين الطرفين، الذي هو عقد تجاري بطبيعته، بصرف النظر عن صفة طرفيه عملا بأحكام المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية التي نصت على أنه تختص المحاكم التجارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية، لذلك ينعقد الاختصاص للبت في النزاع للمحكمة التجارية ولو كان أحد الطرفين مدنيا"⁽²⁾.

⁽¹⁾ القرار رقم: 1/1313، ملف عدد: 2004/1/3276، غير منشور.

⁽²⁾ القرار عدد: 289، ملف عدد: 2006/1/3/351، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، السلسلة 2، 5.ع، س. 2010، ص: 12.

وهو نفس الاتجاه الذي سارت فيه محكمة الاستئناف التجارية بفاس في القرار الصادر بتاريخ **2006/7/13** الذي جاء فيه ما يلي: " تعاقدا شخص مع البنك على إقراضه مبلغا معيناً يؤدي على شكل أقساط يعد عقداً بنكياً تخصص المحاكم التجارية بالبالت في أي خلاف وقع حوله وذلك بغض النظر عن صفة الطرف المتعاقد مع البنك"⁽¹⁾، مؤكدة بذلك ما سبق أن قضت به في عدة قرارات وما قضت به بعض المحاكم الأخرى⁽²⁾.

يتضح إذن من هذا الاتجاه أنه يمنح الاختصاص حصراً للمحاكم التجارية بالبالت في النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية المنظمة بمقتضى مدونة التجارة حتى ولو كان أحد أطرافها غير تاجر استناداً إلى حرفية وعمومية البند الأول من المادة 5 من القانون رقم **53.95** التي جاء فيها أن المحاكم التجارية تختص بالنظر " في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية"، وذلك بمعزل تام عن باقي فقرات وبند المادة 5 المذكورة.

بل إن هذا الاتجاه وسع من اختصاص المحاكم التجارية ليشمل حتى الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية التي يجري بها العمل ولو لم تكن منظمة بمقتضى مدونة التجارة أو نص خاص مثل عقد البيع والامتياز التجاري والمقاولة من الباطن والاعتماد المستندي⁽³⁾.

⁽¹⁾ قرار عدد: **1175** ملف تجاري عدد: **2006/1291**، منشور بمجلة المعيار عدد **37** يوليوز **2007**، ص: **269**.

⁽²⁾ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس تحت رقم **99/125** بتاريخ **1998/11/2** في الملف التجاري عدد: **98/205**، منشور بمجلة المنتدى، ع.1، أكتوبر **1999**، ص: **259** الذي اعتبر المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر في عقود القرض المبرمة مع البنك بغض النظر عن صفة المتعاقد هل هو تاجر أم لا؛ قرار صادر عن نفس المحكمة تحت رقم **240** بتاريخ **1998/12/14** في الملف رقم: **98/340** منشور بمجلة المعيار عدد: **24** أكتوبر **1999**، ص: **173**؛ قرار صادر عن نفس المحكمة تحت رقم **99/19** في الملف رقم: **98/371** منشور بمجلة المنتدى، ع.1، **1999**، ص: **279**، حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة تحت عدد: **01-32** ملف تجاري عدد: **98/2001/90** (بخصوص عقد قرض، المقرض فيه غير تاجر)، منشور بمجلة القصر، ع.3، شتبر **2002**، ص: **155**؛ حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ **1999/9/9** في الملف عدد: **98/881**، منشور بمجلة الإشعاع، ع.19، يونيو **1999**، ص: **249**.

⁽³⁾ فؤاد معلال، م.س.ص. **54**.

لكن هذا الاتجاه يبدو مجانباً للصواب للأسباب الآتية:

أ- لو أن المشرع كان يقصد من البند الأول من المادة 5 من قانون حصر الاختصاص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود المختلطة في المحاكم التجارية لما نص في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 5 على إمكانية الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر.

فهذه الفقرة تؤكد أن التاجر الذي يبرم، لحاجات تجارته، عقداً مع غير تاجر لا يمكنه مقاضاة هذا الأخير أمام المحكمة التجارية⁽¹⁾ ما لم يتفقا على خلاف ذلك، أما غير التاجر فله الخيار في مقاضاة التاجر أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية⁽²⁾.

فالعقود التجارية يمكن أن تبرم بين تاجر في إطار تجارته وبين غير تاجر حتى ولو كانت هذه العقود منظمة بمقتضى مدونة التجارة، وهذا هو الشأن، مثلاً، بالنسبة لعمليات الصرف وعمليات الأبنك. يختلف أنواعها إذ تعتبر عمليات تجارية، بالنسبة للبنك، سواء تمت مع تاجر أو غير تاجر، أما الزبون الذي تعامل مع البنك فلا تعتبر العملية بالنسبة له تجارية، ما لم يكن تاجراً وتعلقت بأعماله التجارية.

وكذلك السمسرة فهي تعد عملاً تجارياً بالنسبة للسمسار، وعملاً مدنياً بالنسبة للطرف المتعامل معه، إلا إذا كان هذا الطرف تاجراً وتعلقت السمسرة بأعماله التجارية، فيكون عقد السمسرة من جانبه تجارياً تأسيساً على نظرية التبعية.

⁽¹⁾ على أن المشرع استثنى من اختصاص المحاكم التجارية قضايا حوادث السير (المادة 5 من قانون 53.95).

⁽²⁾ ومعنى ذلك أن الخيار الممنوح لغير التاجر بين اللجوء إلى المحكمة المدنية أو المحكمة التجارية ليس من النظام العام بقدر ما يستند إلى اعتبارات راجعة إلى الرغبة في تجنب الشخص الذي يكون العمل مدنياً من جانبته مشاق اللجوء إلى قضاء غريب عنه وتمييز بأجل قصيرة.

ب- ويعاب على هذا الاتجاه كذلك أنه يبدو مختلفا لنظرية الأعمال المختلطة التي أقرها المشرع المغربي في المادة 4 من مدونة التجارة، ومقتضاها تطبيق قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.

فانسجاما مع هذه القواعد التي لا تفرض تطبيق قواعد القانون التجاري على غير التاجر، فانه لا ينبغي كذلك أن يفرض عليه اللجوء إلى المحكمة التجارية واعتماد مساطرها وآجالها.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أنه مادام المشرع لم يستلزم تطبيق قواعد القانون التجاري على غير التاجر حينما يفضل اللجوء إلى المحكمة التجارية، فهذا دليل على أنه لا معنى للإلزام غير التاجر باللجوء إلى المحكمة التجارية والتقيد بمساطرها وآجالها بخصوص النزاعات التي تنشأ بينه وبين التاجر خاصة وأن القضاء التجاري وجد في الأصل للبت في النزاعات بين التجار وليس بين التاجر وغير التاجر.

ج- ويعاب على هذا الاتجاه كذلك أنه لم يأخذ في الاعتبار الإمكانية الممنوحة للتاجر في إلزام غير التاجر باللجوء إلى المحكمة التجارية بمقتضى اتفاق بينهما كما تنص على ذلك المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية.

لاشك أن هذا الاتفاق يعتبر وسيلة لمقاضاة غير التاجر أمام المحكمة التجارية بدل المحكمة المدنية، ومعنى ذلك أن إعطاء الخيار لغير التاجر في اختيار القضاء المدني أو القضاء التجاري، لا يعني حرمان غير التاجر من التقاضي أمام المحكمة التجارية.

وأخيراً، تجب الإشارة إلى إشكال آخر يثيره الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، ويتعلق بما إذا كانت المحكمة الإدارية أو المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود المبرمة بين المرافق العامة ذات الطابع التجاري أو الصناعي مع الزبناء من قبيل عقود التوريد بالماء والكهرباء أو الهاتف.

مما لا شك فيه، إن الدولة أو المؤسسات العمومية التابعة لها قد تزاوَل أنشطة تجارية أو صناعية كالحواص تماماً، وبالتالي فالتراعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها مع زبائنها تدخل في إطار القانون الخاص وينعقد الاختصاص بشأنها إلى المحكمة التجارية، فالدولة في مثل هذه العقود تتصرف باعتبارها شخصاً عادياً، و، من ثم، تخضع لما يخضع له الأشخاص العاديون من قواعد قانونية.

ومع ذلك فإن وجهات النظر اختلفت ما بين القضاء الإداري والقضاء التجاري، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها الصادر بتاريخ 1995/10/19 بأن عقد الاشتراك في الهاتف يعد من العقود الإدارية، وبالتالي فالاختصاص منعقد للمحكمة الإدارية بالبت في التراعات المرتبطة به⁽¹⁾.

لكن المحكمة الإدارية بالرباط ذهبت في اتجاه مخالف في حكمها الصادر بتاريخ 1995/4/02 إذ اعتبرت الاشتراك في الهاتف يدخل ضمن عقود الإذعان الخاصة⁽²⁾، وقضت بعد ذلك في الحكم الصادر بتاريخ

(1) حكم عدد: 95/593 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، ع.9، ص.169.

(2) حكم عدد: 62، منشور بالمجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، سلسلة مواضيع الساعة، ع.9، ص.162.

1998/3/26 بأن قطع الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء عن المتعاقد بدون مبرر وبدون سابق إعلام يرتب مسؤوليتها عن الضرر اللاحق به وتلزم بأدائها له التعويض المناسب⁽¹⁾.

وذهبت المحكمة التجارية بفاس في حكمها الصادر بتاريخ 1999/7/29 إلى أن الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء مؤسسة عمومية ومن أشخاص القانون العام، وبالتالي لا يمكنها اكتساب صفة تاجر بالمزاولة الاعتيادية لتوزيع الماء والكهرباء، ولو أن المدعية كانت شركة تجارية⁽²⁾، وقد ألغت محكمة الاستئناف التجارية بفاس هذا الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 2000/03/21 وقضت من جديد باختصاص المحكمة التجارية نوعيا بالنظر في الطلب⁽³⁾.

وأكدت المحكمة التجارية بالدار البيضاء هذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 1999/02/02 حينما اعتبرت صراحة أن المكتب الوطني للكهرباء يعتبر تاجرا بالرغم من أنه مؤسسة عمومية⁽⁴⁾، وأن توزيع الماء والكهرباء يعتبر عملا تجاريا.

⁽¹⁾ حكم عدد: 365 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 24، يوليوز، شتنبر 1998.

⁽²⁾ حكم رقم: 99/697 ملف تجاري عدد: 04/99/270، غير منشور، ذكره الأستاذ عبد السلام زوير، الاختصاص التوعى للمحاكم التجارية وإشكالياته العملية، مكتبة دار السلام، الرباط، يونيو 2004، ص. 67.

⁽³⁾ قرار عدد: 175 ملف عدد: 200/287، غير منشور، أشار إليه الأستاذ عبد السلام زوير، م.س.ص. 68.

⁽⁴⁾ ملف عدد: 98/1146 منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع. 80، ص. 210.

ثالثاً: منهج وخطة البحث

ستم دراسة العقود التجارية موضوع البحث دراسة تحليلية نقدية، تناول الجانب النظري مع تطعيمه باجتهادات قضائية وآراء فقهية لتكتمل الرؤية وتوضح صعوبات التطبيق وثغرات ومزايا النص القانوني.

ولن يتم الرجوع إلى القواعد العامة إلا في حدود ما يخدم الموضوع، وحينما تدعو الضرورة إلى ذلك؛ كما سيتم إرجاع بعض الأفكار إلى أصلها التاريخي، وإذ نركز هنا على التحليل القانوني فلن نغفل الجانب الاقتصادي لأهميته الراهنة.

وستنصب هذه الدراسة على أربعة عقود تجارية فقط من بين العقود المنظمة بمقتضى الكتاب الرابع من مدونة التجارة وهي: عقود الرهن التجاري، وعقد الوكالة التجارية، وعقد الوكالة بالعمولة وعقد السمسرة، أما باقي العقود الأخرى فسوف تكون موضوع دراسة لاحقة إن شاء الله. وبذلك ستكون خطة هذه الدراسة على الشكل التالي:

الباب الأول: عقود الرهن الباب الثاني: عقود الوساطة

حقود الرحمن البراه الأول

على الرغم من أن التجارة تتركز في الأصل على الثقة و الائتمان التجاري الشخصي، فإن التجار أصبحوا يطلبون من مدينتهم تقديم ضمانات عينية للوفاء بالديون، ذلك أن التاجر الدائن قد يخشى عدم وفاء مدينه بالدين الذي له عليه خلال أجل الاستحقاق، وقد يخشى تعرضه للمراجعة باقي دائني نفس المدين وخضوعه، من ثم، لقاعدة المساواة بين الدائنين، و بذلك يبدو منطقيا بالنسبة إليه أن يشترط على المدين تقديم رهن لصالحه يسمح له باستيفاء حقه من ثمن بيع الشيء المرهون بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين في حالة عدم وفاء المدين بالدين، و بذلك فوظيفة الرهن التجاري هي تأمين الدائن في استيفاء حقه.

وقد جاءت مدونة التجارة بأحكام خاصة بتنظيم الرهن التجاري في القسم الأول من الكتاب الرابع الخاص بالعقود التجارية، وذلك في المواد من 336 إلى 392، وبذلك فالرهن التجاري للمنقولات يخضع للأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود بالإضافة إلى مقتضيات الخاصة بالرهن التجاري المنصوص عليها في مدونة التجارة.

ولعل غاية المشرع من التخصيص على هذه المقتضيات الخاصة هي مجارة مركات التجارة من ائتمان وسرعة و ثقة، وسوف لن نعالج في هذه الدراسة إلا الأحكام الخاصة بالرهن التجاري للمنقول المنصوص عليها في مدونة التجارة.

ويتطلب الرهن التجاري في الأصل انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان لإعلام

الغير بالرهن⁽¹⁾، ومع ذلك في كثير من الحالات يكون من الصعب على المدين التخلي عن حيازة الشيء المرهون لأنه من أدوات الإنتاج الضرورية لنشاطه الاقتصادي كالأصول التجارية والسفن والطائرات وأدوات ومعدات التجهيز، كما أن انتقالها إلى الدائن المرهن يحمله عبء المحافظة عليها و استغلالها، و لذلك ظهر نظام رهن المنقول دون انتقال الحيازة. ولذلك كله يتعين معالجة الرهن التجاري الحيازي، ثم معالجة الرهن التجاري دون التخلي عن الحيازة وذلك كما يلي:

الفصل الأول: الرهن الحيازي المنقول

الفصل الثاني: الرهن التجاري دون التخلي عن الحيازة

(1) تنص المادة 336 من م.م.ت على أن: "الرهن نوعان، رهن يفترض معه تخلي المدين عن الحيازة و رهن لا يفترض فيه ذلك".

الفصل الأول الرهن الحيازي التجاري للمنقول

نظم المشرع الرهن الحيازي للمنقول والعقار بأحكام مشتركة في الفصول من 1170 إلى 1183 من ق.ل.ع ونظم الرهن الحيازي للمنقول بأحكام خاصة إضافية في الفصول من 1184 إلى 1240 من نفس القانون، ووضع للرهن الحيازي التجاري للمنقول تنظيماً خاصاً يتناسب مع أعمال التجارة وذلك في المواد من 337 إلى 340 من م.ت، وأحال إلى مقتضيات قانون الالتزامات والعقود فيما يتعلق بالرهن الحيازي المنصب على المنقول، وأضاف إلى هذه المقتضيات شكلاً جديداً من الرهن الحيازي التجاري وهو الإيداع بالمخازن العامة وذلك بمقتضى المواد من 341 إلى 354 من م.ت. ولذلك يتعين في البداية معالجة الرهن الحيازي التجاري العادي (المبحث الأول) ثم بعد ذلك معالجة الرهن الذي يتخذ شكل الإيداع بالمخازن العامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الرهن الحيازي التجاري العادي

ينبغي هنا معالجة مقتضيات المتعلقة بإنشاء الرهن الحيازي التجاري العادي، و كل ما يتعلق بتعريفه و تحديد خصائصه و طبيعته التجارية و إثباته (المطلب الأول)، ثم معالجة آثار الرهن الحيازي التجاري العادي وإجراءات التنفيذ على الشيء المرهون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الرهن الحيازي التجاري و إثباته

يتعين بداية تحديد ماهية الرهن الحيازي التجاري العادي و بيان كيفية انعقاده (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك، معالجة كيفية إثباته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الرهن الحيازي التجاري وانعقاده

تحدد ماهية الرهن الحيازي التجاري من خلال تعريفه وتحديد خصائصه وبيان طبيعته التجارية (أولاً)، وبعدما يتم ذلك يتعين في مرحلة ثانية معالجة انعقاد الرهن الحيازي التجاري (ثانياً).

أولاً- ماهية الرهن الحيازي التجاري و خصائصه و طبيعته التجارية

كان الرهن الحيازي التجاري منظماً بمقتضى ثلاثة فصول من القانون التجاري القديم، وهي الفصول 61 و 62 و 63، وأعيد تنظيمه بمقتضى أربع مواد هي التالية: 337 و 338 و 339 و 340، ولم يطرأ أي تعديل على طبيعته أو كيفية إنشائه ولا على كيفية إثباته أو شروط نفاذه في حق الغير.

1- تعريف الرهن الحيازي التجاري العادي

يمكن تعريف الرهن الحيازي التجاري بأنه عقد يضع بمقتضاه المدين مالا منقولاً في حيازة دائته أو حيازة شخص آخر ضماناً للوفاء بدين تجاري، ويمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا المال بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين⁽¹⁾.

يتضح من هذا التعريف أن الرهن الحيازي التجاري لا يتقرر إلا على المنقول، وبذلك يخرج رهن العقار من أحكام مدونة التجارة و يخضع لأحكام رهن العقار المنصوص عليها في الفصول من 1170 إلى 1183 من ق.ل.ع.

الغاية إذن من الرهن الحيازي التجاري هي ضمان استيفاء الدائن للدائن، ذلك أن المدين قد لا يتمكن أو قد لا يرغب في أداء ما عليه من ديون إلى الدائن رغم حلول أجل الاستحقاق، في هذه الحالة يبادر الدائن المرهن إلى متابعة إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون الذي يوجد بحيازته أو حيازة شخص متفق عليه، ويستوفي دينه من ثمن بيعه بالتراد العلني بالأسبقية على باقي الدائنين.

الدائن الذي يطلب تأميناً لضمان استيفاء حقه عند حلول الأجل، لا يعول على قاعدة "أموال المدين ضمان عام لدائنيه" لأن هذه الأموال قد لا تكفي لأداء جميع الديون خاصة وأن الدائنين العاديين يخضعون لقاعدة أخرى في توزيع ناتج البيع عليهم وهي قاعدة "المساواة بين الدائنين"، والدائن المرهن لا تطلاله هذه القاعدة لأنه يستوفي دينه بالأولوية على باقي الدائنين من ثمن بيع الشيء المرهون.

(1) عرف المشرع المغربي الرهن الحيازي في المادة 1170 من ق.ل.ع كما يلي: "الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير رهول لمصلحته شيئاً منقولاً أو عقارياً أو حقاً مضموناً، لضمان الالتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين".

2- خصائص الرهن الحيازي التجاري العادي

لا تختلف خصائص الرهن الحيازي التجاري عن خصائص الرهن المدني، ذلك أن كلا منهما يعتبر حقا عينيا لأنه يجوز لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المرهون يمكنه بمقتضاها حبس الشيء بيده حتى تنفيذ الالتزام بأكمله، أو التنفيذ عليه و استيفاء دينه من ثمته بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين في تاريخ الاستحقاق.

كما أنه يعتبر حقا عينيا تبعا لأنه لا يوجد لذاته وإنما لضمان التزام أصلي، و بالتالي فهو يتبع الالتزام المضمون في وجوده و عدمه.

و يجوز الرهن الحيازي التجاري للدائن تتبع الشيء المرهون في حالة انتقال الحيازة إلى الغير خفية عنه أو برغم معارضته؛ ولا يقبل الرهن التجاري التجزئة، فكل جزء من الشيء المرهون رهنا حيازيا يضمن كل الدين.

3- تجارية عقد الرهن الحيازي

يتضح كذلك من التعريف المتقدم أن الرهن التجاري هو الرهن الذي يعقد ضمانا لدين تجاري، و هو ما تم التنصيص عليه في الجملة الأولى من المادة 337 من م.ت.م التي جاء فيها ما يلي: "يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري"، وهو ما تم التأكيد عليه في الفقرة الأولى من المادة 338 من نفس القانون التي جاء فيها أن الرهن التجاري "يثبت طبقا لأحكام المادة 334 بالنسبة للمتعاقدين والغير، سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية"، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية⁽¹⁾.

(1) جاء في المادة 60 من قانون التجارة الأردني أن: "الرهن الحيازي الخاضع للقواعد المحددة فيما يلي يؤمن بموجبيه الدين التجاري"، و جاء في المادة 119 من القانون التجاري المصري الجديد أنه: "... تسري أحكام هذا الفصل على كل رهن ينقذ على مال منقول ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين".

ومعنى ذلك أن العبرة في تحديد صفة الرهن هي طبيعة الدين المضمون، وهذا أمر منطقي لأن الرهن تابع للدين المضمون، والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل⁽¹⁾، فلو اشترى أحد الأشخاص مالا منقولا بنية بيعه بربح، ومن أجل الاستفادة من أجل معين لأداء الثمن، قام برهن شيء من أمواله ضمنا لسداد الدين الناتج عن عقد البيع، فإن هذا الرهن يعتبر تجاريا لأنه يضمن الوفاء بدين ناتج عن عمل تجاري.

أما لو قام شخص ما بشراء عقار أو سيارة قصد الاستعمال الشخصي، وقام برهن شيء من أمواله لضمان تسديد الثمن أو باقي الثمن، فإن الرهن في هذه الحالة يعتبر مدنيا لأنه يضمن الوفاء بدين مدني.

انطلاقا مما سبق، وانطلاقا كذلك من المادتين 337 و 338 من م.ت، يتضح أنه لا عبرة في الرهن التجاري بصفة الدائن أو بصفة المدين، فالرهن يكون تجاريا مهما كانت صفة الشخص الذي أنشأه، أي سواء كان تاجرا أم غير تاجر، ويكفي أن يتقرر الرهن لضمان الوفاء بدين تجاري حتى يوصف بالتجاري، وهكذا فالرهن الذي يعقله تاجر لمصلحة تاجر آخر ضمنا للوفاء بثمن أثاث اشتراه لمتره يعتبر رهنا مدنيا لأن الدين المضمون من طبيعة مدنية، وكذلك الحال بالنسبة للرهن الذي يعقله تاجر ضمنا لقرض ليس له صلة بتجارته وإنما لأجل بناء مسكن له، بينما يعتبر الرهن تجاريا، سواء أنشأه تاجر أو غير تاجر، إذا كان يرمي إلى ضمان الوفاء بدين ناتج عن بضائع اشتراها بنية بيعها بذاتها أو بعد تقيئتها بهيئة أخرى، وذلك لأن الدين المضمون في هذه الحالة يعد من طبيعة تجارية.

(1) مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 49.

ولو قام التاجر بإجراء الرهن بمناسبة عمل تجاري أو لحاجات تجارية، فإن الرهن في هذه الحالة يوصف بالصفة التجارية بالتبعية وذلك بمقتضى المادة 10 من م.ت، وهذه قرينة يمكن إثبات عكسها⁽¹⁾.

وإذا كان الدين مختلطاً، أي تجارياً بالنسبة إلى أحد الطرفين ومدينياً بالنسبة إلى الطرف الآخر، فإن صفة الرهن، حسب الرأي الراجح⁽²⁾، تتحدد بطبيعة الدين المضمون بالنسبة إلى المدين، فإذا كان الدين المضمون تجارياً بالنسبة للمدين فإن الرهن يعتبر تجارياً وإن كان الدين مدينياً بالنسبة للدائن، ذلك لأن المدين هو الذي يقدم المال المرهون، وأن تنفيذ الرهن يكون على الشيء المرهون عند عدم سداد الدين من طرف المدين الراهن، أضف إلى ذلك أنه لا محل لاعتبار الرهن تجارياً بالنسبة لطرف ومدينياً بالنسبة لطرف آخر، إذ من الضروري أن يخضع الرهن لقواعد واحدة وأن تكون له صفة واحدة تتحدد بطبيعة الدين المضمون بالنسبة إلى المدين⁽³⁾.

ثانياً - إنشاء الرهن الحيازى التجارى العاדי

يعتبر عقد الرهن التجارى في القانون التجارى المغربى عقدا رضائياً يكفي لانعقاده تطابق الإيجاب والقبول، وهو ما أخذت به صراحة بعض التشريعات العربية⁽⁴⁾، وبذلك لم يشترط المشرع المغربى شكلاً معيناً لإتمام

(1) تنص المادة 10 من م.ت على أنه: "تعتبر تجارية كذلك الوقائع والأعمال التي يقوم بها التاجر بمناسبة تجارته ما لم يثبت خلاف ذلك".

(2) مصطفى كمال طه، م.س، ص. 50، فوزي محمد سامي، م.س، ص. 213، سميحة القليوبي، م.س، ص. 257.

(3) مصطفى كمال طه، م.س، ص. 50، بند: 36.

(4) تنص المادة 1096 من القانون المدني المصري على أن عقد الرهن الحيازى للمنفول "عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم الدائنون العاديين والدائنون المتتاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون".

العقد، ومن ثم، فانعقاد الرهن يستوجب أن يكون محل الرهن مما يجوز التعامل فيه، وأن تتوفر في المدين الراهن أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون⁽¹⁾، و مالكا له⁽²⁾، و أن تكون إرادة كلا الطرفين حرة و خالية من العيوب.

ومع ذلك، أضاف المشرع إلى عنصر الرضائية عنصرا آخر ضروريا في الرهن ألا وهو التسليم إذ نص في الفقرة الأولى من المادة 339 من م.ت على أنه: " في جميع الحالات، لا يستمر الامتياز قائما على الشيء المرهون إلا إذا وضع هذا الشيء وبقي في حيازة الدائن أو في حيازة شخص آخر تم اتفاق المتعاقدين عليه"، وهو ما سبق التنصيص عليه في الفصل 1188 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "يتم الرهن الحيازي:

أولاً: بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن؛

ثانياً: وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون"، وبذلك يعتبر عقد الرهن عقدا عينيا لأن تسليم المال المرهون يعتبر في هذه الحالة ركنا لانعقاد العقد⁽³⁾، و يجب أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن أو إلى من يقوم مقامه كوكيله، كما يجوز طبقا للفقرة الأولى من المادة 339 من م.ت وضع المرهون في حيازة شخص آخر يتم الاتفاق عليه.

والحكمة المتوخاة من ضرورة انتقال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن هي إظهار حق هذا الأخير على المال المرهون أمام الجميع أي شهره⁽⁴⁾، وفي

⁽¹⁾ المادة 1171 من ق.ل.ع.

⁽²⁾ ينص الفصل 1173 من ق.ل.ع في الفقرة الأخيرة على أن رهن ملك الغير لا يكون له أي أثر إذا رفض مالك الشيء المرهون إقراره.

⁽³⁾ أكد المشرع الأردني نفس القاعدة في الفقرة الأولى من المادة 22 من قانون التجارة.

⁽⁴⁾ سميحة القليوبي، م.س، ص 260، بند 184.

ذلك إحاطة فعالة وحقيقية للغير بتعلق حق المرتهن بالرهون، بينما إذا بقي الشيء المرهون بيد المدين الراهن فقد يتورط الغير في إقراضه رغم أن مركزه المالي لا يسمح له بالإقراض.

إضافة إلى ذلك، فإن حيازة الدائن للمرهون مفيدة له لأنه يكون في مأمن من الحصول على دينه الذي هو مقابل الرهن عند الاستحقاق، وإذا لم يقوم المدين بسداد الدين في تاريخ الاستحقاق يمكنه التنفيذ على الشيء المرهون طبقا لإجراءات القانونية، فيحصل على مبلغ الدين من ثمن بيع المرهون، كما أن انتقال الحيازة إلى الدائن يجعل المرهون بمنأى عن الراهن فلا يستطيع هذا الأخير إخفائه أو التصرف فيه لشخص حسن النية يستطيع أن يحتمي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽¹⁾.

وتختلف طريقة انتقال الحيازة بحسب ما إذا كان الشيء المرهون ماديا أو معنويا، وهو ما يتضح مما يلي:

1- انتقال حيازة المنقول المادي

تنتقل حيازة المنقول المادي إلى الدائن المرتهن بتسليمه هذا الشيء تسليميا فعليا وحقيقيا، كما قد يكون التسليم رمزيا و ذلك حينما تكون البضاعة تحت تصرف الدائن في مخازنه أو سفنه أو في الجمرك، أو مودعة في مخزن عام، أو كان بيده قبل وصولها، سند شحنها أو أي سند آخر للنقل⁽²⁾، ويعني ذلك أنه لا يشترط انتقال الحيازة انتقالا فعليا إلى الدائن المرتهن، بل يكفي أن تكون تحت تصرفه سواء احتفظ بها ذاتها أو احتفظ بسند يمثل الشيء المرهون ويعطي حائزه دون غيره حق تسلمه.

(1) فوزي محمد سامي، م.س، ص.215.

(2) الفقرة الثانية من المادة 339 من م.ت.

وهناك ما يسمى بالتسليم الحكمي للشيء المرهون، ويتحقق حينما يكون الشيء المرهون في حيازة الدائن المرهّن قبل الرهن على سبيل الوديعة أو الإيجار مثلاً، و عندما يرم الرهن يصبح ذلك الشيء مرهوناً لدى الشخص نفسه، ومن ثم يعتبر التسليم قد تم حكماً.

2- انتقال حيازة المنقول المعنوي

قد ينصب الرهن على حق أو منقول معنوي، وفي هذه الحالة تنتقل حيازته إلى الدائن المرهّن بتسليمه السندات الثابتة فيها أو بتسليم إيصال الإيداع إذا كان السند مودعاً لدى الغير.

ويتم رهن الحقوق الثابتة في السندات المحررة للأمر كالكمبيالات والسندات لأمر بتظهير هذه الأخيرة بتظهيراً تأميبياً⁽¹⁾ يتضمن عبارة "مبلغ على وجه الضمان" أو "مبلغ على وجه الرهن" أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن⁽²⁾، وفي هذه الحالة يعتبر المظهر إليه هو الدائن المرهّن، ويجوز له أن يمارس جميع الحقوق المتفرقة عن الكمبيالة أو السند لأمر، ولكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي⁽³⁾، ولا يجوز للمتزمين أن يتمسكوا في مواجهة الحامل بالدفع المبنية على علاقتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد تعمد بتسلمه الكمبيالة الإضرار بالمدين.

وهكذا يتبين أن رهن السند لأمر و الكمبيالة يتم بتدوين عبارة تدل على أن قيمة السند هي للضمان أو للرهن، وعندئذ يسلم السند إلى الدائن

⁽¹⁾ تنص الفقرة 2 من المادة 338 من م.ت على أنه: "يثبت رهن القيم القابلة للتداول بواسطة تظهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم سلمت على وجه الضمان".

⁽²⁾ تنص الفقرة 4 من المادة 172 من م.ت على أنه: "يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة" مبلغ على وجه الضمان" أو "مبلغ على وجه الرهن" أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن أن يمارس جميع الحقوق المتفرقة عن الكمبيالة، لكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي".

⁽³⁾ أنظر المواد 172 و 234 من م.ت.

المرهن الذي يعتبر حاملا للورقة التجارية، ويستطيع أن يقوم بكل ما يقوم به الحامل لكي يقبض قيمة السند عند حلول تاريخ استحقاقه، وبالتالي يستوفي منها دينه ما لم يكن المدين قد سدده له قبل ذلك.

أما الحقوق الثابتة في الأسهم و حصص الاستفادة والأسهم التي تصدرها الشركات التجارية أو المدنية فيحري رهنها بحالة يذكر فيها أنها على وجه الضمان ويقيّد في سجلات الشركات التي أصدرتها⁽¹⁾، وبعد ذلك يتسلم الدائن المرهن الصك المثبت للحق كحائز له، ويترتب على هذا القيد تحديد مرتبة الرهن بالنسبة للغير.

أما الديون العادية المترتبة على شخص معين، فإن رهنها رهنا حيازيا يخضع لإجراءات الرهن المدني وفقا لما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة 338 من م.ت، وهكذا يجري رهن الديون العادية بتسليم السند المثبت للدائن إلى الدائن المرهن حتى يسري الرهن في مواجهة الغير، ومن ثم، فالمشرع لم يشترط الكتابة في الرهن المذكور على عكس بعض التشريعات العربية⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، اشترط المشرع ضرورة إعلام المدين في الدين المرهون إعلاما رسميا⁽³⁾ أو قبوله بهذا الرهن في محرر ثابت التاريخ، كما هو الأمر في حوالة الدين وذلك لكي يعتبر الرهن نافذا في مواجهته، و يلزم أن يقع الإعلام الرسمي من الدائن في الدين المرهون أو من الدائن المرهن إذا أذن له الدائن الأول بذلك؛ والرهن غير الثابت في محرر لا يصح أن يكون محلا للرهن⁽⁴⁾.

والدين

(1) الفقرة 3 من المادة 338 من م.ت.

(2) كالمشرع الأجنبي الذي اشترط في المادة 61 من قانون التجارة أن يجري رهن الديون العادية بسند مكتوب ذي تاريخ ثابت.

(3) يعني الإعلام الرسمي تلك الإعلام الذي يتم بواسطة عون قضائي.

(4) الفصل 1195 من ق.د.ع.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أحقية المدين في التمسك تجاه الدائن المرتهن بالدفع التي يمكن له التمسك بها قبل الدائن الأصلي (المدين الراهن)، لكن هذه القاعدة تسري فقط على رهن الديون العادية، أما بالنسبة لرهن الأوراق التجارية فيعمل بالقاعدة المعروفة بقاعدة تطهير الدفع التي أخذت بها مدونة التجارة في المادة 171 بالنسبة لعلاقة حامل الكميالة بالمسؤولين عنها ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكميالة الإضرار بالمدين، وهو ما أكدته المادة 234 من م.ت بالنسبة للسند لأمر.

الفقرة الثانية: إثباته الرهن البحازي التجاري العادي

يعتبر الرهن التجاري عقداً عينياً لا بد فيه من تسليم المقول إلى الدائن المرتهن كما سبق توضيح ذلك.

وقد سبقت الإشارة عند بحثنا في الأحكام العامة للعقود التجارية أن المادة 334 من م.ت أخذت بمبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية مع الاحتفاظ بالاستثناءات التي يقررها القانون أو الاتفاق، وبذلك فالأصل جواز إثبات الرهن بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، ومهما كانت قيمة الشيء المرهون، وهو ما أكدته المشرع من جديد بمقتضى المادة 338 من م.ت التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يثبت الرهن طبقاً لأحكام المادة 334 بالنسبة للمتعاقدين والغير، سواء قام به تاجر أو غير تاجر، من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية".

وتضيف المادة 338 من م.ت أن رهن القيم القابلة للتداول يثبت بواسطة تطهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم سلمت على وجه الضمان، وأن رهن الأسهم وحصل الاستفادة والسندات الاسمية للشركات التجارية

أو المدنية التي يتم انتقالها بتحويل في سجلات الشركة يثبت رهنها أيضا بواسطة تحويل على وجه الضمان يقيد في السجلات المذكورة، هذه قيود قررها المشرع في ذات المادة التي قررت مبدأ حرية الإثبات في الرهن التجاري.

المطلب الثاني: آثار الرهن العياري التجاري و التنفيذ على الشيء المرهون

يجب في البداية البحث في آثار الرهن الحيازي التجاري و خاصة التزامات الدائن و المدين (الفقرة الأولى) ثم البحث في التنفيذ على الشيء المرهون حالة عدم وفاء المدين بالمدين المضمون خلال أجل الاستحقاق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار الرهن العياري

يتعين البحث في آثار الرهن الحيازي التجاري بالنسبة للمدين ثم بعد ذلك البحث في آثار الرهن بالنسبة للدائن.

أولا: آثار الرهن العياري التجاري بالنسبة للمدين

محرد إنشاء الرهن، يلتزم المدين ألا يقوم بأي فعل من شأنه أن ينقص من قيمة المرهون عما كانت عليه عند إبرام الرهن، كما لا يحق أن يمنع الدائن عن مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن المرهّن.

وإذا كان المرهون عبارة عن دين أو أي حق آخر مقرر في ذمة الغير، فلا يجوز للمدين الراهن - إضرارا بالدائن المرهّن - إلغاء أو تعديل الحقوق الناشئة من الدين أو الحق المرهون بمقتضى اتفاقات مبرمة بينه وبين الغير، وكل شرط مخالف يكون عدم الأثر في مواجهة الدائن ما لم يرتضيه ⁽¹⁾.

(1) الفصل 1209 من ق.ل.ع.

ثانياً: آثار الرهن الحيازي التجاري بالنسبة للدائن

لم تعمل مدونة التجارة على تفصيل التزامات الدائن المرهّن، و إنما أحالت إلى مقتضيات العامة الواردة في الفصول من 1184 إلى 1230 من ق.ل.ع.

وبالرجوع إلى المادة 1190 من ق.ل.ع يتبين أن الدائن المرهّن ملزم بأن يسلم إلى المدين توصيلاً مؤرخاً وموقعاً عليه إذا طلب منه ذلك، ويبين في هذا التوصيل نوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصفها، ووزنها، وقياسها وغير ذلك من الصفات المميزة لها، وإذا كان المرهون عبارة عن سندات لحاملها وجب أيضاً أن يتضمن التوصيل أرقامها و قيمتها الاسمية.

ويمكن للمدين استخدام هذا التوصيل عند الضرورة كأداة للإثبات إذا أحل الدائن بالتزامه بالمحافظة على الشيء المرهون ورده.

ويلتزم الدائن كذلك بالسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ بها على الأشياء التي يملكها⁽¹⁾.

وإذا كان المرهون أوراقاً تجارية، أو غيرها من السندات التي تتضمن ديوناً يحل أجلها في تاريخ محدد، وجب على الدائن أن يستوفيها بالنسبة إلى أصلها و توابعها كلما حل أجل الوفاء بها، و أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية التي يتعذر على المدين القيام بها بنفسه بسبب عدم حيازته للسند⁽²⁾.

(1) الفصل 1204 من ق.ل.ع.

(2) الفقرة الأولى من الفصل 1205 من ق.ل.ع.

ويلتزم الدائن، تحت طائلة تحميله المسؤولية و مطالبته بالتعويض، ألا يستعمل الشيء المرهون أو يرهنه للغير أو أن يتصرف فيه بأية طريقة أخرى لمصلحته الشخصية ما لم يأذن له المدين في ذلك صراحة⁽¹⁾.

وإذا لاحظ المرهن أن الشيء المرهون أو ثماره تندر بالعيب أو الهلاك، وجب عليه إعلام المدين بذلك فوراً، ولهذا الأخير أن يسترد المرهون ويستبدل به شيئاً آخر يساويه في القيمة، وإذا كان هناك خطر في التأخير، وجب على الدائن المرهن أن يطلب الترخيص له من السلطة القضائية في بيع المرهون و ذلك بعد إثبات حالته وتقدير قيمته بواسطة خبير يعين لهذا الغرض، و يمكن أن تأمر المحكمة بالإجراءات اللازمة للمحافظة على مصالح الطرفين⁽²⁾، و في حالة بيع الشيء المرهون يحل الثمن الناتج عن البيع محل الشيء المرهون، ومع ذلك يجوز للمدين أن يطلب إيداع هذا الثمن في خزانة عامة أو أن يأخذه لنفسه في مقابل أن يسلم للدائن على وجه الرهن شيئاً آخر تساوي قيمته قيمة الشيء الذي كان موضوع الرهن في الأصل⁽³⁾.

ويلتزم الدائن المرهن من جهة أخرى بمحرد انقضاء الرهن برد المرهون مع توابعه إما إلى المدين وإما إلى الغير المالك للمرهون، كما يلتزم بتقديم حساب له عما قبضه من ثماره⁽⁴⁾.

(1) الفصل 1207 من ق.د.ع.

(2) الفصل 1206 من ق.د.ع.

(3) الفصل 1206 من ق.د.ع.

(4) الفصل 1206 من ق.د.ع.

الفقرة الثانية: تحقيق الرهن الحيازي التجاري

حينما لا ينفذ المدين التزامه بالوفاء خلال أجل يبادر المرهن إلى التنفيذ على الشيء المرهون، ومع ذلك لا يجوز له أن يشترط على المدين إمكانية تملكه للمرهون في حالة عدم الوفاء.

أولاً: الحق في تحقيق الرهن وإجراءاته

1- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون

حدد المشرع المغربي في المادة 340 من م.ت إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون إذا لم يف المدين بالدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه، و يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع بسط إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون بما يضمن للدائن المرهن الحصول على حقه بسرعة، وهو ما قررته معظم التشريعات العربية⁽¹⁾.

تضمنت معظم التشريعات العربية نصوصاً ترمي إلى تبسيط إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون في الرهن الحيازي التجاري، ولم تشترط رفع دعوى أمام المحاكم أو الحصول على حكم وأتباع إجراءات تنفيذ لأن مثل هذه الإجراءات تستوجب وقتاً طويلاً، وهو الشيء الذي لا يتسجم مع متطلبات المعاملات التجارية من سرعة وتبسيط في الإجراءات.

ونذكر من هذه التشريعات قانون التجارة العراقي الذي ينص في الفقرة الأولى من المادة 193 على أنه إذا لم يف المدين بالالتزام المضمون بالرهن خلال أجله أمكن للدائن بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ إنذار المدين بالوفاء أن يطلب من المحكمة الإنان له في بيع المال المرهون بطريق الاستعجال طبقاً لقانون المرافعات المدنية وفقاً للطريقة التي تعينها المحكمة.

وينص قانون التجارة المصري في المادة 87 على أنه: "إذا حل ميعاد دفع الدين ولم يوفه المدين جاز للدائن بعد ثلاثة أيام من تاريخ التنبيه على مدينه بالوفاء خلاف مواعيد المسافة أن يقدم عرضة للقاضي المعين لأموال الوقفية في المحكمة الكائن محله في دائرتها ليتحصل منه على الإنان ببيع جميع الأشياء المرهونة أو بعضها بالمزايدة العمومية على يد سمسار يعين لذلك في الإنان المذكور."

وقد ذهب المشرع اللبناني إلى أبعد من ذلك إذ لم يستوجب طلب الإنان من القاضي، وهو ما يتضح من المادة 271 من قانون التجارة التي تنص على أنه: "وعند عدم الدفع في الاستحقاق يحق للدائن بعد مرور ثمانية أيام على بلاغ بسيط يرسله إلى المدين، وإلى الشخص الثالث مقدم المال المرهون أن وجد أن يرجع إلى رئيس دائرة الإجراء فيعين ببيع الأشياء المرهونة بالمزايدة العلنية، ويستوفي الدائن دينه من الثمن بوجه الامتياز."

ويختلف موقف التشريع الأردني عن التشريعات العربية السابقة لأنه استلزم بمقتضى المادة 67 من قانون التجارة ضرورة تقديم الدائن طلباً إلى المحكمة مطالباً وفاء دينه، وبعد حصوله على حكم بذلك يتقدم بطلب إلى المصلحة المكلفة بالتنفيذ طالباً منها تنفيذه وفقاً لقانون الإجراءات الأردني رقم 31 لسنة 1953. وقد يعرض المدين على التنفيذ لدى رئيس مصلحة إجراءات التنفيذ بعد سبعة أيام من تاريخ تنبيهه بتنفيذ الحكم، ولا شك أن هذه الإجراءات الطويلة تمس بالأهمية الكبيرة التي يكتسبها الوفاء بالدين التجارية في مواعيد استحقاقها.

وبالفعل ينص المشرع في المادة 340 من م.ت على أنه: " في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق، يمكن للدائن داخل أجل سبعة أيام و بعد تبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون، إن وجد، أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمراد العلني.

يقوم بالبيع كاتب الضبط لدى المحكمة الموجود بمقرها موطن الدائن أو الشخص المنفق عليه و ذلك وفق مقتضيات قانون المسطرة المدنية الخاصة بالبيوعات الناتجة عن الحجز التنفيذي.

يعتبر باطلا كل شرط يسمح للدائن بتملك الشيء المرهون أو بالتصرف فيه دون مراعاة مقتضيات المشرع إليها أعلاه".

وفيما يلي بعض الملاحظات حول إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون.

2- إشعار المدين بالوفاء

يجب على الدائن المرهّن، قبل ممارسة إجراءات بيع الشيء المرهون بالمراد العلني، توجيه إشعار للمدين ولمالك الشيء المرهون إن وجد، ينبهه فيه إلى حلول أجل الاستحقاق وضرورة الوفاء بالدين، ويتم هذا التنبيه إما بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي.

لقد أدخل المشرع الجديد تعديلا على الفصل 63 من القانون التجاري الملغى بمقتضى المادة 340 من م.ت يتعلق بأجل سبعة أيام.

فالفصل 63 كان ينص على أنه: " في حالة عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله يمكن للدائن أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمراد العلني بعد مجرد تبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون إن وجد".

أما الفصل 340 الجديد فقد جاء فيه أنه: " في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق يمكن للدائن داخل أجل سبعة أيام، وبعد تبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون إن وجد أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمراد العلني". وهكذا فلم يعد من حق الدائن في حالة عدم الوفاء إجراء بيع الأشياء المرهونة بعد مجرد تبليغ للمدين، بل إن ذلك يكون "داخل أجل سبعة أيام بعد التبليغ" بحسب الصياغة الواردة بالمادة 340، وهي صياغة معيبة.

لاشك أن عبارة "يمكن للدائن داخل أجل سبعة أيام وبعد تبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون، إن وجد، أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمراد العلني" واضحة التركيب والمعنى، ولكنها غامضة المقصود. وتحمل تناقضا يؤثر على سلامتها، ويتضح ذلك من خلال طرح السؤال الآتي:

هل يعني هذا الأجل أنه إذا مرت سبعة أيام بعد التبليغ للمدين ولم يقم الدائن بإجراء البيع داخلها يفقد حقه في ذلك وفي المطالبة بالوفاء؟ الجواب ببساطة، بالنفي لأن النص عبر "بالإمكان" ولذلك يمكنه القيام بالبيع سواء في اليوم الأول أو الثاني أو السابع أو الثامن بعد التبليغ للمدين، فالشرط الوحيد الذي يقيد به هو التبليغ للمدين.

وهذا التفسير منطقي، كما أنه يؤدي إلى طرح سؤال آخر مترتب على السؤال الأول هو: ما الفائدة إذن من النص على هذا الأجل بهذه الكيفية؟ الحقيقة أنه لا فائدة منه بالصياغة التي جاء بها، وبالتالي يمكن اعتباره تجديدا وجوده كعدمه.

وتتضح أكثر عيوب النص الصادر باللغة العربية من خلال مقارنة النص الصادر باللغة الفرنسية الذي جاء فيه ما يلي:

"...dans les sept jours après."

ومع ذلك، ووفقاً لمبدأ أعمال النص خير من إهماله، فإنه يجب تفسير هذا النص بالبحث عن الغاية التي يهدف إليها المشرع منه، كما يمكن الاستعانة بنصوص أخرى تقرر نفس الأجل.

أعتقد أن المشرع يهدف إلى تقييد حق الدائن في بيع البضاعة بمرور سبعة أيام على تاريخ التبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون إن وجد، وبالتالي إعطاء المدين فرصة سبعة أيام لتدبر أمره والوفاء بالدين دون اللجوء إلى بيع الشيء المرهون، ولذلك فليس المقصود من المادة 340 أن يجري البائع البيع داخل السبعة أيام الموالية ليوم التبليغ - المعنى الذي يبدو واضحاً من النص - بل يجب أن ينتظر مرور هذا الأجل بعد التبليغ وحينذاك يمكنه أن يمارس إجراءات البيع، كما يمكنه ألا يقوم بإجراء البيع بعد مرور هذا الأجل، فالمهم أن يعطى للمدين أجل سبعة أيام بعد التبليغ، ولا يقيد به في ممارسة إجراءات البيع إلا أجل التقادم.

إضافة إلى هذا التبرير المنطقي، يمكن المقارنة كذلك بين الرهن الحيازي التجاري والرهن الذي يتخذ شكل الإيداع بالمخازن العامة: بالنسبة لهذا الأخير فإن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 347 من م.ت على أنه: "إذا لم يدفع المبلغ المذكور عند حلول الأجل، يمكن لحامل بطاقة الرهن منفصلة عن التوصيل أن يبيع البضاعة المرهونة بدون إجراءات قضائية وذلك بعد ثمانية أيام من الاحتجاج". وهكذا فإن البيع لا يتم إلا بعد مرور ثمانية أيام من تاريخ الاحتجاج (وليس داخل ثمانية أيام بعد الاحتجاج) وهذا هو المقصود من نص المادة 340 من م.ت المتعلق بأجل سبعة أيام.

وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي والموضوعي للقانون المغربي نجد أنه ينحى هذا المنحى إذ جاء في الفصل 93 من مدونة التجارة الفرنسية: أنه في حالة عدم الوفاء عند حلول تاريخ الاستحقاق يمكن للدائن بعد مرور ثمانية أيام على مجرد تبليغ للمدين أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمراد العلني.

ويبدو أن التشابه واضح بين المادة 340 من مدونة التجارة المغربية⁽¹⁾ والمادة 93 من مدونة التجارة الفرنسية باستثناء زيادة يوم في أجل النسبة للقانون الفرنسي، ولذلك يجب فهم النص المغربي على شاكلة النص الفرنسي.

3- المبيع بالمزاد العلني

تنظم المشرع الحجز التنفيذي على المنقول في الفرع الثاني من الباب الرابع المعنون بالحجز التنفيذي، وما يلاحظ من خلال هذا الفرع هو أن المشرع المغربي لم يعرف الحجز التنفيذي على المنقول، وبالتالي يتعين علينا الرجوع إلى التصورات الفقهية التي قيل بها تعريفا لهذه المؤسسة، وهكذا، فقد عرفه البعض بأنه وضع الدائن تحت يد القضاء عقارا مملوكا للمدين، وذلك من أجل بيعه واستيفاء حقه من ثمن البيع، وتسري إجراءات هذا الحجز على العقارات سواء كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص⁽²⁾.

⁽¹⁾ أخذ بعين الاعتبار، بطبيعة الحال، التفسير الذي انتهينا إليه.

⁽²⁾ -أحمد السيد صلاوي وأسامة روبي وعبد العزيز الروبي : التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 303.
وفي نفس السياق عرفه عبد محمد القصاص بما يلي : "الحجز التنفيذي هو وضع مال معين تحت سيطرة القضاء بناء على طلب الحاجز وذلك بقصد بيعه لأقضاء حق الحاجز"، عبد محمد القصاص : إجراءات التنفيذ الجبري ومنازعاته، الحجز التنفيذي والتحفطية، منازعات التنفيذ ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 - 1999، ص. 191.

ومن بين التعاريف التي أعطتها الفقه الفرنسي لهذه المؤسسة نورد تعريف كلود بريني الذي عرف الحجز التنفيذي العقاري بأنه طريق من طرق التنفيذ الجبري بواسطتها يضع الدائن تحت يد القضاء عقارا أو عدة عقارات مملوكة لمدينه، ويملك عليها حق التسبع وذلك بهدف استيفاء دينه من ثمنها⁽¹⁾.

وأول ملاحظة يمكن الوقوف عليها من خلال قراءة مجموع هذه النصوص هو أن المشرع قد نص في هذا الفرع على الأحكام المشتركة بين الحجز التنفيذي للمنقول و الحجز التنفيذي على العقار، ومنها عدم جواز حجز على حجز، وعدم إمكانية تمديد الحجز لأكثر مما هو ضروري لأداء الدين، وعدم تمديد الحجز إذا لم ينتظر من بيع الأشياء المحجوزة استيفاء مبلغ مصاريف التنفيذ الجبري⁽²⁾، وهي مسألة منطقية، ذلك أن مصاريف التنفيذ هي مصاريف امتيازية تستوفي من منتج البيع قبل أداء السديون المحجوز لأجلها، وبالتالي يكون من العبث إجراء حجز لا ترجى منه نتيجة سوى استخلاص مصاريف الإشهار والبيع.

والقاعدة العامة في مجال المحجوز التنفيذية أنه لا يمكن بيع عقار المنفذ عليه جبرا إلا عند عدم كفاية المنقول، وتعرف هذه القاعدة استثناء وحيدا وهو المتعلق بالحالة التي يخصص فيها ضمان عيني لأداء الدين، حيث

(1) - أنظر:

- Claude Brenner : Voies d'exécution, dalloz, Paris, 1998, p. 126.

« la saisie exécutoire est une voie d'exécution par laquelle un créancier fait placer sous la main de la justice un ou plusieurs biens de son débiteur, puis provoque leur vente afin de se payer sur leur prix, il s'agit donc d'une procédure ayant pour objet la vente forcée biens saisis ».

- Jean Vincent et Jacques Prévaut : Voies d'exécution et procédures de distribution- 19 éme, éd. Dalloz, Paris, 1999, p 234.

(2) - جاء في الفصل 459 من ق.م.م. يلي : "لا يمكن تمديد الحجز التنفيذي إلى أكثر مما هو لازم لأداء ما وجب للدائن وتغطية مصاريف التنفيذ الجبري."

لا يقع هذا التمديد إذا لم ينتظر من بيع الأشياء المحجوزة ثمن يتجاوز مبلغ مصاريف التنفيذ الجبري ."

يلزم والحالة هذه احترام الإرادة التعاقدية للطرفين، ما دام قد خصصا للوفاء بالدين ضمانا بعينه. وهذه القاعدة أقرتها الفقرة الأولى من الفصل 469 من ق.م.م التي نصت على ما يلي :

" لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان المدين مستفيدا من ضمان عيني (1) .

ومع ذلك، فإنه يدق أحيانا فيصل التميز بخصوص تحديد طريق الحجز الواجب الإلتباع، إذ يتم حجز بعض المنقولات وفقا لأحكام الحجز التنفيذي العقاري، أو العكس حيث يحجز العقار بطريق الحجز التنفيذي على المنقول. وهكذا فإن الثمار الطبيعية للأشجار رغم أنها تعتبر عقارات فإنه يتم حجزها بطريق حجز المنقولات متى أوشكت على النضج، نظرا لما تقول إليه من أخذها لصفة المنقول بالمآل تطبيقا لمقتضيات الفصل 465 من ق.م.م (2)، وبالمقابل، فإن المنقولات المملوكة للمالك عقار معين، والمرصدة لخدمته، تأخذ وصف العقار بالتخصيص، وبالتالي تحجز بالتبعية إليه وفق نفس ضوابط الحجز التنفيذي العقاري (3) .

(1) - يلاحظ أن صياغة الفصل 469 من ق.م.م تختلف عن صياغة الفصل 445 من نفس القانون، فالأولى تمنع بيع العقار جبرا قبل المنقول، مما يفيد جواز حجزها وتأخير البيع، أما الثانية فتمنع التنفيذ كلية على العقار قبل المنقول، مما يعني عدم جواز حجزها، وبالتالي فهناك تناقض بين الفصلين. وخلافا لموقف التشريع المغربي، فإن القانون المصري، أعطى للدائن حرية حجز أموال المدين من غير اشتراط البدء بالتنفيذ على المنقول قبل العقار.

(2) - ينص الفصل 465 من ق.م.م على ما يلي :

"يمكن حجز المحاصيل والثمار التي أوشكت على النضج قبل انفصالها عن الأصول. يتضمن محضر الحجز بيان العقار الكائنة به المحاصيل والثمار المحجوزة وحالتها ونوعها مع أهميتها ولو على وجه التقريب، وتوضع إن كان ذلك ضروريا تحت مراقبة حارس.

يُجز بيعها بعد قطعها عدا إذا اعتبر المدين أن بيعها قبل انفصالها أكثر فائدة له " (3). انظر ابراهيم أططاب : الحجز التنفيذي في قانون المسطرة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق مراكش، 1998-1999 - ص. 95.

- يوسف نعم جبران : طرق الاحتياط والتنفيذ، منشورات عويدات، بيروت، ط 1، 1980، ص. 469 . وفي نفس السياق، جاء في حكم للمحكمة التجارية بأكادير :

"حيث إن الدعوى تهدف إلى الحكم ببطال محضري الحجز التنفيذي العقاري عدد 2003/48 و 2003/49 لكونه انصب على عقار دون إتمام التنفيذ على المنقول والتأكد من عدم كفايته لأداء المبلغ المحكوم به .

وتمر إجراءات الحجز التنفيذي على الموقوف بالمرحل التالية :

أولاً : تحرير محضر الحجز :

تبدأ أولاً بتحرير محضر الحجز الذي يجب أن تحترم فيه مجموعة من البيانات الجوهرية التي من شأنها التعريف بمحل الحجز وتحديد تحديدات نافيا للجهالة، ذلك أن الفصل 460 من ق.م.م المنظم لحجز الموقوف أحوال على الفصلين 455 و456 من نفس القانون، وبالرجوع إليهما يتبين أن عون التنفيذ الذي أجرى الحجز يقوم بحصر الموقوفات المحجوزة وترقيمهما في محضر، وإذا تعلق الأمر بحلي أو أشياء ثمينة تضمن الحضر بقدر الإمكان وصفها وتقدير قيمتها⁽¹⁾، وإذا كان الموقوف مسجلاً بالسجل التجاري أو سفينة أو سيارة فإنه يتم تحديده بذكر رقمه.

ثانياً : من حيث إجراءات التبليغ والشهر

بعد توقيع العون المكلف بالتنفيذ الحجز على الأموال الموقولة المملوكة للمدين، يحرر محضراً بذلك ويبلغه للمدين ويعبئ به بالوفاء بالإلتزامات المترتبة في ذمته⁽²⁾، ويترتب على عدم تبليغ محضر الحجز للمنفذ عليه، اعتباره باطلاً⁽³⁾، وهذا لا يعني أنه يلزم استدعاء المدين المنفذ عليه

=وحيث أن آلات ضخ الماء والصهريرج المشار إليه بالمحضر المطلوب إبطاله لا تعتبر موقوفات بطبيعتها كما يدعي المدعي بل هي عقارات بالتخصيص لأنها تابعة للعقار ومخصصة لخدمته مما يتعين معه رفض الطلب"

(1) أنظر الفقرة الأولى والثانية من الفصل 455 من ق.م.م.

للمزيد من الإيضاح راجع : أدولف ريوط : قانون المسطرة المدنية في شروح - دار النشر المعرفة، الرباط، 1996، ص. 371-372، مصطفى مفتاح : النظام القانوني للحجز التنفيذي على الموقوف في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، 2000، ص. 91.

(2) جاء في الفصل 460 من ق.م.م : "يجري العون المكلف بالتنفيذ حجزاً على أموال المدين وفقاً لمقتضيات الفصلين 455 و456 إذا امتنع المدين بعد التبليغ المقرر طبقاً لمقتضيات الفصل 440 من إبراء ذمته أو لم ينفذ التزامه المنطوق بتأدية ما يذمه سواء كان هناك حجز تحفظي أم لا " .

(3) - أدولف ريوط، م. س. ص 371-372.

لعملية البيع، خلافا لما عليه الأمر بالنسبة للحجز التنفيذي العقاري، بحيث نجد المشرع قد تشدد بخصوص تبليغ المنفذ عليه بهذا الحجز الأخير، حيث يتم تبليغ المدين المنفذ عليه مباشرة بعد إيقاع الحجز ويبلغ مرة ثانية قبل إجراء السمسرة ليعلم بتاريخها وينذر بالحضور⁽¹⁾.

ولضمان حضور أكبر عدد من المترادين لعملية البيع الجبري للمنقول، فإنه يتم إشهار ذلك، ولم يحدد المشرع طريقة الشهر الواجبة متى تتعلق الأمر بحجز منقول، خلافا لما عليه الأمر بالنسبة للعقار، بل ترك للمحكمة والأجهزة التنفيذ السلطة التقديرية في تحديد طريقة الشهر الملائمة لقيمة المحجوز، إذ لا يعقل أن تشهر عملية بيع المنقول بتكلفة تفوق قيمته.

وهكذا نص الفصل 463 من ق.م.ق. على أنه :

"يقع الشراء في أقرب سوق عمومي، أو في أي مكان آخر يتوقع الحصول فيه على أحسن نتيجة ويحاط العموم علما بتاريخ ومكان المزااد بكل وسائل الإشهار الملائمة لأهمية الحجز."

ثالثا : من حيث مسطرة وآثار البيع بالمزاد العلني

نصت الفقرة الثانية من الفصل 462 من ق.م.ق. على ما يلي :

"يقع البيع بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم الحجز ما لم يتفق الدائن والمدين على تحديد أجل آخر أو إذا كان تغيير الأجل ضروريا لتجنب أخطار انخفاض ملموس في ثمن الأمتعة المحجوزة أو صوائر حراسة غير متناسبة مع قيمة الشيء المحجوز"⁽²⁾.

(1) - أنظر الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 476 من ق.م.ق.

(2) - يقابل هذا الفصل المادة 376 من قانون المرافعات المصري التي جاء في فقرتها الأولى ما يلي : "لا يجوز إجراء البيع إلا بطل مضي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين أو إعلانه به".

قرر هذا النص قاعدة مضمونها أن البيع الجبري للمقولات المحجوزة لا يتم إلا بعد انصرام أجل ثمانية أيام من تاريخ إيقاع الحجز، والحكمة من تطلب هذا الأجل هي إتاحة الفرصة للمدين للوفاء بما هو مطلوب منه ليتجنب البيع، من خلال اتخاذ إجراءات العرض والإيداع تحاشياً لذلك، وتمكينه هو أو غيره من الاعتراض على الحجز إذا كان لذلك موجب وجه، فضلاً عن أن هذه المهلة تؤدي إلى عدم التسرع في إجراء البيع، فهي تسمح بتنظيم إجراءات الإعلان عن هذا البيع، وجلب العدد الأكبر ممن يرغبون في الشراء، فيرتفع الثمن عند البيع في المزاد، حيث يستفيد من ذلك المدين ودائنه، وأخيراً فإن هذه المهلة تسمح لباقي الدائنين الآخرين غير الحاجز بالتدخل في الحجز⁽¹⁾.

وأجل الثمانية أيام المذكورة أعلاه لا يتعلق بالنظام العام، طالما أن المشرع نفسه قد أعطى للطرفين إمكانية تعديله إما بتأجيله أو تقريبه، فقد يرى الطرفان أن الأجل المذكور غير كاف لسداد الدين اختياراً، أو لتحقيق عملية الشهر على نطاق واسع، فيفتقان على تأجيل البيع، وقد يتبين لهما أن الأجل المذكور يخاف منه نقص قيمة المقولات المحجوزة أو أداء مصاريف الحراسة على نحو لا يتلاءم وقيمة الشيء المحجوز، فيفتقان على تقصير الأجل.

وقد ترك المشرع لعون التنفيذ كامل الصلاحيات في تحديد مكان بيع المقول المحجوز إذ له أن يجري عملية البيع في أقرب سوق عمومي أو أي مكان آخر يتوقع الحصول فيه على أحسن نتيجة، وهو يقوم بذلك تحت مراقبة رئيس المحكمة بصفته مشرفاً على عملية التنفيذ.

(1) محمد عزمي البكري : الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء، شركة ناس للطباعة، الإسكندرية، ط 2، 1999، ص. 213-214.

وبعد إجراء المزايدة و رسو المزا، فإن الراسي عليه المزا يلتزم بأداء الثمن فور انتهاء المزايدة، وإلا أعيدت السمسة حالا على نفقة ومسؤولية الراسي عليه المزا (1) وهذا خلافا لما عليه الأمر في حالة بيع العقار، بحيث إن الراسي عليه المزا لا يلتزم بأداء الثمن حالا، بل له أجل عشرة أيام للقيام بذلك (2)، وإذا لم يبادر إلى إيداع الثمن فإنه لا تعاد السمسة إلا بعد انصرام أجل عشرة أيام من توجيه إنذار إليه يبقى بدون جدوى (3)، واختلاف الأجلين يجد تبريره في أن المشرع قدر أن مشتري العقار يكون ملزما بتوفير مبلغ كبير، وهو ما يتطلب نسيا بعض الوقت، خلافا لثمن بيع المنقول الذي هو منخفض نسبيا، مما لا يتطلب معه أي وقت لتجهيزه.

وقد تنبه المشرع وهو يعالج البيع الجبري للمنقول إلى إشكالية عدم تسلم الراسي عليه المزا للشيء المباع، إذ أن هذا الأخير قد يعمد إلى أداء الثمن، وبالمقابل يستكشف عن تسلم المباع، والحال أن بقاء المنقول لدى الحارس القضائي قد يكبده مصاريف إضافية أو يؤدي إلى تلفه، لذلك كله نص المشرع على إعادة البيع دون توجيه إنذار للراسي عليه المزا، ويتم إيداع الثمن بصندوق كتابة الضبط لفائدة المشتري الأول، طبقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 464 من ق.م.م الذي نصت على أنه:

(1) - ينص الفصل 464 من ق.م.م على ما يلي :

"يرسو الشيء المباع على من قدم أعلى عرض ولا يسلم إليه إلا بعد تأديته لشئنه حالا.
إذا لم يؤد المشتري الثمن أعيد بيع الأشياء المحجوزة فورا على نفقته وتحت مسؤوليته ويتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزا عليه والثمن الذي وقفت به المزايدة الجديدة إذا كان أقل من الأول دون أن يكون له حق الاستفادة من الزيادة إن كانت".

(2) - الفقرة الثانية من الفصل 477 من ق.م.م.

(3) - الفصل 485 من ق.م.م.

"يعاد البيع أيضا إذا لم يتسلم المشتري الذي أدى الثمن الشيء المباع داخل أجل المحدد طبقا لشروط البيع غير أن ثمن المزايدة الجديدة يوضع بكتابة الضبط لصالح المشتري الأول"⁽¹⁾.

وفي الأخير نشير إلى أنه أثناء سريان إجراءات الحجز فإنه قد يسدعي أحد من الغير ملكيته للمنقول المحجوز، و عليه فإنه لإخراج المنقول من الحجز يلزمه تقديم دعوى الاستحقاق الفرعية للمنقول، و يترتب على رفعها الوقف التلقائي لإجراءات التنفيذ إذا كانت مصحوبة بوثائق مثبتة للملكية⁽²⁾، حيث يتعين على عون التنفيذ في هذه الحالة أن يوقف عملية البيع، وإذا وقع نزاع في المسألة أحيل الأمر على السيد رئيس المحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ ليقرر تأجيل البيع أو مواصلته، فإذا قرّر مواصلة إجراءات البيع فلا إشكال، أما إذا قرر الرئيس تأجيل إجراءات البيع، فإنه يتعين على مدع الاستحقاق أن يتقدم بدعواه أمام محكمة الموضوع داخل أجل ثمانية أيام تحت طائلة سقوط حقه ومواصلة إجراءات البيع، في حين

(1) - يلاحظ أحيانا أن بيع المنقولات المحجوزة قد يمتد لسنوات، بحيث تنبع في النهاية بضمن بخص لانتشار مقوماتها، وتلافيا لهذا الإشكال فإن المشرع المصري حدد أجل البيع في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الحجز، وهذا الحكم قرّره المادة 375 من قانون المرافعات المصري التي جاء فيها :

"يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه إلا إذا كان تأجيل البيع قد وقع باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون، ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الاتفاق.

ولغاضي التنفيذ عند الاقتضاء أن يأمر بمد الميعاد لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر"؛ انظر حول التعليق على هذه المادة وكيفية احتساب أجل الثلاثة أشهر: محمد عزمي البكري: م.س. ص. 218.

(2) - انظر في هذا الخصوص : أحمد النويضي : القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للأحكام ، مطبعة وراق الساحة، فاس، ط1-1995، ص.133-134؛ محمد التجاري : تأملات في الفصل 468 من قانون المسطرة المدنية، مجلة الملحق القضائي، ع 20، ص 198 وما يليها، عبد الإله المصري : مقتطفات من مسطرة الحجز في التشريع المغربي - مجلة الملحق القضائي ع 1992-25- ص 54.

-Garssonet et Cezarbm : traité théorique et pratique de procédure civile et commercial, 3^{ème} éd. 1943 N160.

يترتب على رفعها داخل الأجل المذكور وقف إجراءات البيع إلى حين الفصل في جوهرها⁽¹⁾.

فدعوى الاستحقاق الفرعية ترفع إلى محكمة الموضوع داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ الأمر بتأجيل البيع⁽²⁾، بمقال وفق الإجراءات العادية المنصوص عليها في الفصل 31 من ق.م.م، أما إذا رفعت بعد البيع فإنها تصبح غير ذات موضوع⁽³⁾. والمحكمة المعروضة عليها دعوى الاستحقاق الفرعية تنطلق من قرينة بسيطة وهي أن الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁴⁾،

(1) - ينص الفصل 468 من ق.م.م على الآتي :

" إذا ادعى الأخيار ملكية المنقولات المحجوزة فإن العون المكاف بالتفويض يوقف بعد الحجز البيع إذا كان طلب الإخراج مرفقا بحجج كافية وبيت الرئيس في كل نزاع يقع حول ذلك .

إذا أمر الرئيس بالتأجيل وجب على طالب الإخراج أن يقدم طلب الاستحقاق إلى محكمة مكان التنفيذ داخل ثمانية أيام ابتداء من يوم صدور الأمر والا فتواصل الإجراءات .

(2) - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش :

"حيث أن المستأنف يركز استئنافه على أن الأمر المستأنف صدر خرقا لمقتضيات الفصل 468 من ق.م.م ذلك أن المستأنف عليه كان عليه عوض تقديم هذه الدعوى الالتجاء إلى رئيس المحكمة الابتدائية لطلب الإخراج مرفقا بحجج كافية للبت فيه وبعد ذلك إذا أمر الرئيس بالتأجيل وجب على الطالب أن يتقدم بطلب الاستحقاق إلى محكمة مكان التنفيذ داخل أجل ثمانية أيام من يوم صدور الأمر والا فتواصل الإجراءات .

وحيث إنه حقا بالرجوع لوثائق الملف وللمقتضيات الفصل المذكور يتضح صحة ما يدعيه المستأنف ويعتبر أن رئيس المحكمة الابتدائية غير مختص للنظر في دعوى الاستحقاق المرفوعة إليه الشيء الذي يتعين معه إلغاء الأمر المستأنف الذي قضى بعكس ذلك والتصريح من جديد بعدم الاختصاص" ، قرار عدد 2484 بتاريخ 2001/09/17 في الملف عدد 2000/1498 غير منشور .

(3) - جاء في قرار لمحكمة تلا الجزئية بمصر :

"... إنه من المستقر عليه قانونا أن دعوى الاسترداد هي الدعوى الموضوعية التي يرفعها مدعي ملكية الأشياء المحجوزة طالبا فيها بملكية هذه الأشياء وإلغاء الحجز الموقع عليها ويجوز رفعها ممن له حق على الأشياء المحجوزة يخول لصاحبه الانتفاع بها واستبقاء حيازتها مما يتعارض مع الحجز عليها وبيعها ويتعين رفعها بعد توقيف الحجز ولو كان حجزا تحفظيا وقبل إجراء البيع " ، قرار صادر بتاريخ 1994/01/30 في الملف المدني رقم 551 لسنة 1993 أورده محمد عزمي البكري م. س. ص 331 .

(4) - أقرت محكمة الاستئناف بمراكش قاعدة مفادها أن المنقولات الموجودة في محل ملكيته مشتركة تقع

مباشرة في قرينة الشراكة بين المالكين للمحل الذي تم فيه الحجز، فقد جاء في أحد قراراتها :

"حيث أن السلع المحجوزة بالمحل لفائدة المستأنف عليه هي من موجودات المحل الذي للمحكوم عليه مع المستأنف على وجه الشراكة، وأن ادعاء المستأنف ملكيته للمنقولات الموجودة بالمحل المذكور لا ينفي ملكية المحكوم عليه لها بموجب عقد الاشتراك، ويبقى لذلك طلب رفع الحجز الذي تم إيقاعه على المنقولات موضوع النزاع طالبا غير وجهي" . قرار عدد 1508 صادر بتاريخ 2000/05/08 في الملف

عدد 99/3492 غير منشور .

إذ يفترض في المحجوز عليه أنه المالك للمنقولات المحجوزة بين يديه، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

وقد أثير أمام القضاء إشكال قانوني لا بد من الإشارة إليه، ويتعلق بتحقيق رهن سندات الخزينة وبيان ما إذا كان التنفيذ عليها يتطلب سلوك الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 63 من القانون التجاري القديم، المقابل للمادة 340 من م.ت، أي بيعها بالمراد العلني بعد توجيه إنذار للمدين، أم أن تصفية هذه السندات تتم مباشرة دون إتباع الشروط والإجراءات المنصوص عليها في الفصل 63 من القانون التجاري القديم المقابل للمادة 340 من م.ت.

ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/07/26 في الملف عدد: 9/01/976 إلى أن رهن سندات الخزينة يتعلق برهن قيم منقولة تخضع في أحكامها لمتنضيات الفصل 61 من القانون التجاري الملقى والمقابل للمادة 338 من م.ت التي تنص في فقرتها الأخيرة

(1) - تطبيقاً لهذا المبدأ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش :

"... إن المحكمة يرجعها لعقد المعاملة المحتج به من طرف المستأففين ولمحضر الحجز يتضح لها أن موضوع الدعوى تم حجزه بيد المنفذ عليه المدين ويمتزله، بينما عقد المعاملة المحتج به لإثبات ملكية المستأففين لمحل الحجز لا يخص المحجوز عليه المدين بل يخص طرفيه المستأففين، وأن هذين الأخيرين لم يشبأا أنهما أودعا موضوع المعاملة بحوزة المحجوز لديه وأن الحجز تم عليها. وإنما أكد أن محل الحجز سلم للمحجوز لديه لحراسته دون أن يشير إلى أنهما سلماها للمحجوز عليه وأن الحجز وقع عليها، مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب الاستحقاق". قرار عدد 1857 بتاريخ 2000/06/05 في الملف عدد 99-2630 - غير منشور .

وفي نفس السياق جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي: "... إن عقود البيع المملى بها أنجزت في تاريخ سابق لتاريخ الحجز وتعتبر حجة تامة على تملك المدعي للمنقولات التي انصب عليها والتي تم تعيينها بذكر نوعها ضمن هذه العقود وهو نفس النوع المذكور بمحضر الحجز وأن هذا التحديد بالنوع يعتبر كافياً في تعيين محل الإلتزام طبقاً للفصل 58 من ق.د.ع.

وحيث أن قرينة الحياة في المنقول سند للملكية تعتبر مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ومادام العكس ثابتاً بالملف فقد وجب الحكم لقاعدة المدعي باستحقاق المنقولات المذكورة صدره " . حكم عدد 2972 بتاريخ 2003/07/07 في الملف عدد 2003/1/462 - غير منشور .

على أنه "يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي قيمة الأوراق التجارية المسلمة على وجه الرهن" بدون تحديد أي شرط لذلك؛ أما الفصل 63 من القانون التجاري، المقابل للمادة 340 من م.ت، الذي حدد إجراءات البيع بالمراد العلني، فهو يتعلق برهن الأشياء والمنقولات لا برهن القيم.

وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد سايرت البنك الذي باع السندات الموهونة لديه من دون أن يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 340 من م.ت⁽¹⁾.

يلاحظ إذن على هذا القرار أنه طبق على السندات المذكورة الفقرة الأخيرة من المادة 338 من م.ت، بينما إذا تمعنا في هذه الفقرة يتبين بكل وضوح أنها تتعلق برهن الأوراق التجارية كما هي منظمة بمقتضى الكتاب الثالث من م.ت، أي الكميالية والسند لأمر، أما الأسهم وسندات القرض فلا تعتبر من الأوراق التجارية، وبذلك فإن تصنيفها لا تخضع للفقرة الأخيرة من المادة 338 من م.ت الخاصة بتصنيف الأوراق التجارية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الأوراق التجارية وإن كانت سندات قابلة للتداول والرهن، فهي ليست قيما منقولة، ذاك أنه إذا كانت كل القيم المنقولة⁽²⁾ سندات قابلة للرهن والتداول، فالعكس غير صحيح، بمعنى

⁽¹⁾ يتعلق الأمر في هذه النازلة برهن انصب على عدة قيم منقولة تتجلى في ستة سندات للخرينة بمبلغ 5000.000 درهم لكل سند و 6678 سهما من رأس مال بنك الوفاء، ولما حل أجل الوفاء بالدين باذر الدائن المرتتهن إلى بيع هذه القيم بدون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 63 من القانون التجاري القديم المقابل للمادة 340 من م.ت.

ولهذه الأسباب رفع المدين دعوى ضد الدائن المرتتهن للمطالبة ببطالان الإجراءات التي قام بها وتقرير مسؤوليته عن عدم احترامه الإجراءات المنصوص عليها قانونا، والأمر بإجراء خبرة لتحديد قدر التعويض المستحق.

⁽²⁾ راجع رهن القيم المنقولة في المواد من 537 إلى 544 من مدونة التجارة.

ليست كل السندات القابلة للتداول والرهن تعتبر قيما منقولة بالضرورة،
فالكيميالة سند قابل للتداول بطبيعته ولكنه لا يعتبر قيمة منقولة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن المشرع حينما نظم رهن القيم المنقولة بمقتضى
المواد من 537 إلى 544 من م.م، أحوال إلى أحكام الرهن الحيازي للمنقول،
وأخضع صراحة رهن القيم للأحكام التي يخضع لها الرهن الحيازي للمنقول
المادي والمعنوي⁽²⁾.

ولهذه الأسباب قبل المجلس الأعلى الطعن بالنقض وقضى بنقض
القرار الاستئنافي المذكور أعلاه وذلك بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 3 يونيو
2009⁽³⁾.

ثانيا - عدم جواز تملك الدائن المرتهن الشيء المرهون

عدم عدم الوفاء

كان القانون الروماني يجيز للدائن المرتهن الذي يوجد بمجازته الشيء
المرهون حبس هذا الشيء ضمانا لدينه لحين الاستحقاق، وإذا تخلف المدين
عن الوفاء كان للدائن الحق في تملك هذا الشيء⁽⁴⁾.

ظل هذا الشرط ساري المفعول لزمن طويل ثم ألغي نظرا لما يمثله من
إجحاف في حق المدين، ذلك أن قيمة الشيء المرهون تفوق غالبا قيمة
الدين المضمون، فتم استبداله بإمكانية الاتفاق بين الطرفين على منح الدائن

(1) محمد سعيد الراضي، تداول القيم المنقولة في القانون المغربي التجاري، مقال منشور بمجلة القانون
المغربي، ع. 13، مارس 2009، ص. 31.

(2) تنص المادة 537 من م.م على أنه: " يمكن رهن القيم المنقولة مهما كان شكلها وتكون خاضعة
للمقتضيات المتعلقة برهن حيازي مع مراعاة مقتضيات بعده".

(3) القرار عدد 931، ملف عدد: 2007/13/815، منشور بمجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى
المتخصصة، الفرقة التجارية، السلسلة، ع: 5، ص. 2010، ص. 70 وما يليها.

(4) محمد فوزي سامي، م.م، ص. 230.

الحق في بيع الشيء المرهون بغير تدخل القضاء و بدون إتباع الإجراءات القانونية، وهذا ما يسمى شرط "الطريق المهد".

ومع ذلك، فسواء تعلق الأمر بشرط التملك أو شرط "الطريق المهد"، فإن الشبهة تظل قائمة، ذلك أن الشك يبقى سائدا حول تقدير القيمة التي يملك أو يبيع بها الدائن المال المرهون، كما أن الدائن قد يستغل حاجة المدين إلى الائتمان فيشترط عليه مثل هذه الشروط، يضاف إلى ذلك ما يشعر به المدين من ألم في نفسه حينما يجد أن الدائن تملك المال المرهون مباشرة بسبب عدم تمكنه من سداد الدين، ولهذا الأسباب قرر المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 340 من م.ت بطلان كل شرط يسمح للدائن بتملك الشيء المرهون أو بالتصرف فيه دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى و الثانية من نفس المادة، وهذا ما تقضي به أيضا القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾.

وقد روعي في إقرار هذه مقتضيات أن الإجراءات المحددة قانونا في التنفيذ على الشيء المرهون وضعت من أجل ضمان حق كل من الدائن المرتهن و المدين الراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، فالقانون لايجيز الإخلال بهذه الإجراءات حتى ولو ارتضاه المتعاقدان إذ يخشى أن يستغل الدائن حاجة الراهن فينتزع منه رضاه ويقدر الشيء المرهون بأقل من قيمته⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن شرط التملك نظير ثمن معلوم، وشرط البيع دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانونا يكونان باطلين سواء تم الاتفاق عليهما في عقد الرهن ذاته أو بعد العقد ما دام هذا الاتفاق حصل قبل حلول

⁽¹⁾ الفصل 1226 من ق.ل.ع. وتنص التشريعات العربية على نفس المقتضى مثل قانون التجارة اللبناني في المادة 271، وقانون التجارة العراقي في المادة 196، وقانون التجارة المصري في المادة 78، وقانون التجارة الأردني في المادة 67.

⁽²⁾ مصطفى كمال طه، العقود التجارية، م.س، ص. 57.

أجل الدين المضمون بالرهن، ويستتج من ذلك أن مثل هذا الاتفاق يصبح جائزا عندما يتم بعد حلول أجل استحقاق الدين المضمون لأنه في هذه الحالة تنتفي شبهة استغلال الدائن لحاجة المدين للائتمان، وأصبح المدين على بينة من الأمور، ولا يتصور انتزاع رضاه بخصوص هذا الاتفاق.

المبحث الثاني

الإيداع بالمخازن العامة

نظم عقد الإيداع أو الوديعة لأول مرة بالمغرب في قانون الائتمانات والعقود، ويتطلب نقلا للحيازة، ومن ثم، فإن هذا العقد في شكله التقليدي لا يتلاءم مع الحياة التجارية، لأن الصانع أو التاجر لا يقبل بسهولة انتقال حيازة البضائع أو الآليات التي يملكها إلى الدائن المرهّن، وبذلك أظهرت الممارسة العملية طريقة مناسبة للحياة التجارية بصفة عامة ولللائتمان بصفة خاصة، تتحلى في تقنية إيداع البضائع بالمخازن العامة، وتكون هذه البضائع ممثلة بسندات تسهل على التاجر القيام بالتصرفات القانونية التي يمكن أن تكون تلك البضائع محلا لها كالبيع أو الرهن.

ولإحاطة بالرهن الذي يتخذ شكل الإيداع بالمخازن العامة لا بد من توضيح مفهوم المخزن العام و الصكوك أو السندات التي يصدرها (الطلب الأول)، ثم التطرق بعد ذلك إلى إنشاء الرهن من خلال الإيداع بالمخازن العامة، و أداء الدين المضمون في أجل الاستحقاق أو قبله أو بعده (الطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المخزن العام والسندات التي يصدرها

إذا كان الرهن الذي يتخذ شكل الإيداع بالمخازن العامة يتطلب تظهير بطاقة الرهن لفائدة الدائن، فإن هذه الوثيقة يصدرها في الأصل المخزن العام نفسه، ولذلك يتعين التعريف بالمخزن العام وتحديد الغاية منه وفوائده (الفقرة الأولى) قبل معالجة الصكوك التي يصدرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم المخزن العام وإنشائه

يتعين بداية تحديد مفهوم المخزن العام (1) وبيان كيفية نشأته (2).

أولاً- مفهوم المخزن العام

المخزن العام أو المستودع العام عبارة عن مؤسسة خاصة يودع بها الأشخاص المعينون قانوناً بضائعهم أو متوجاتهم بمقابل لأجل تخزينها والحفاظ عليها لفائدة المودع أو الشخص الذي ينتقل إليه سند الإيداع، إنها مؤسسة تجارية تختص بتخزين البضائع إلى أن تسلمها لمن يستحقها قانوناً.

ويبدو من الناحية العملية أن الشركات التجارية هي التي تستثمر المخازن العامة، وبذلك فالطابع التجاري لهذه المؤسسات يستمد من شكل الشركة غالباً.

ونفضل استعمال مصطلح المخزن العام بدل المخزن العمومي الوارد بمدونة التجارة، لأن ملكية هذا المخزن لا تعود إلى الدولة وإنما للخواص الذين ينشؤون ويستثمرون المخازن العامة بناء على ترخيص من الدولة، أما دور هذه الأخيرة فيقتصر على ممارسة نوع من الرقابة على هذه المخازن. ولذلك فالنص الفرنسي أطلق على المخزن عبارة: Magasin général وليس: Magasin public.

ويقصر الحق في إيداع البضائع بالمخازن العامة على التجار والصناع والفلاحين والحرفيين، ولا يمكنهم أن يودعوا إلا البضائع

والمنتجات التي تدخل في نطاق تخصصهم المهني، ومعنى ذلك أن باب الإيداع بالمخازن العامة لا يفتح أمام كل شيء يمكن تداوله، بل يجب أن يرتبط بالمواد الأولية والبضائع والمواد الغذائية والمنتجات الصناعية⁽¹⁾.

وغالبا ما ينصب الإيداع على البضائع التي لا يكون التجار عادة في حاجة إلى استعمالها فوراً، و يثبت الإيداع بالمخازن العامة بمقتضى سند الإيداع الذي يسلمه مستمر المخزن إلى التاجر كما سيتم شرحه لاحقا.

ولا تخلو عملية الإيداع بالمخزن العام من فوائد أهمها ما يلي: إنها تسهل على التجار والصناع عملية التصرف في البضائع وانتقالها إلى الغير، إذ يتم انتقالها من خلال تظهير سند الإيداع، كما أنها تسهل عليهم عملية الائتمان عن طريق رهن تلك البضائع. بمجرد تظهير بطاقة الرهن.

ثانياً - تنظيم وإنشاء المخازن العامة

ظهرت المخازن لأول مرة في إنجلترا حينما قامت إحدى الشركات ببناء أول مخزن بلندن سنة 1799 يسمى "مخزن شرق الهد"، كانت تودع به أساساً وابتداء من سنة 1802 كل البضائع والسلع القادمة من بلاد الهند الغربية والتي كانت تباع عن طريق عينات⁽²⁾.

وبالنظر إلى الأزمة الاقتصادية التي عرفتها فرنسا بعد سنة 1848 وما صاحبها من تراكم في المنتجات لدى الصناع، رأى المشرع الفرنسي في تقنية الإيداع بالمخازن العامة إبداعاً مناسباً للائتمان، فأصدر المرسوم المؤرخ في 21 مارس 1848 و قانون 13 غشت 1848 مستوحياً من إنجلترا عبارة "بطاقة الرهن" (Warrant)، ونظم المخازن العامة على شاكلة تلك التي

(1) الفصل الأول من ظهير 6 يوليوز 1915 المتعلق بتأسيس وتنظيم المستودعات العمومية (ج. د. ع: 116).

(2) محمد الشافعي، سند الخزن، مقال منشور بمجلة المحامي، ع. 34 يناير 1999، ص. 56.

كانت موجودة بهذه الدولة لأجل إيداع البضائع بها، واستلزم المشرع الفرنسي أن تكون البضاعة المودعة موضوع محضر يحدد قيمتها لأجل تحديد الائتمان بدقة، و بذلك نشأت عدة مخازن عامة بفرنسا، فتدخل المشرع من جديد لتعديل القوانين السابقة بمقتضى قانون 28 مايو 1858 المتمم بمرسوم 12 مارس 1859، كل هذه القوانين ألغيت اليوم. بموجب القانون الصادر في تاريخ 6 غشت 1945 المتعلق بالمخازن العامة، و تمّ تتميم هذا الأمر بموجب القانون التنظيمي الصادر بنفس التاريخ⁽¹⁾.

ويهدف تنظيم المخازن العامة إلى توفير الضمانات الكافية لحفظ البضاعة المودعة و صيانتها حماية لمصالح المودعين و المتعاملين معهم على حد سواء، وفي هذا الصدد ألزم المشرع مستمر المستودع بالتأمين على البضاعة من أخطار الحريق.

و لم ينظم المشرع المغربي الإيداع بالمخازن العامة في القانون التجاري الصادر في 12 غشت 1913، و إنما نظمها لاحقا. بموجب ظهير 6 يوليوز 1915 المستوحى من القانون الفرنسي، و تمّ تعديل هذا الظهير بالظهير الصادر بتاريخ 15 يونيو 1954⁽²⁾، وأعادت مدونة التجارة رقم 95/5 لسنة 1996 تنظيم هذا الموضوع بعد أن ألغت المواد من 13 إلى 26 من ظهير 6 يوليوز 1915.

وقد يكون المخزن العام مخصصا لإيداع جميع أنواع البضائع الممكن إيداعها، وقد يكون مخصصا لاستقبال نوع معين من البضائع والمنتجات، ولا يمكن إنشاء مخزن عام إلا بترخيص من الوزارة المعنية بعد استشارة غرفة الفلاحة أو الصناعة أو التجارة المعنية، وتصدر هذه الرخصة في شكل قرار

G. Ripet et R. Roblot, op. cit, p. 646, n° 2584.

⁽¹⁾ راجع ذلك تفصيل في:

⁽²⁾ ج. ن. ع. 2176.

وزيرى بعد تقديم كفالة مالية يقدر مبلغها عادة بحسب المساحة المستثمرة
في المخزن.⁽¹⁾

ولا يجوز لأرباب المخازن العامة أو لمستغليها أن يتخلوا عنها للغير
بدون رخصة تمنح لهم وفق الشروط المطلوبة لاستصدار قرار بإنشائها⁽²⁾.
ويجب على إدارة المخزن العام أن تملك، علاوة على الدفاتر
التجارية العادية والسجل ذي الأرومات للتواصل وبطاقات الرهن، سجلا
ذا أرومات مخصصة لإثبات عمليات الإيداع التي يمكن أن تقوم بها بموجب
المادتين 346 و 348، ترقم هذه السجلات وتوقع صفحتها الأولى والأخيرة
وفق المادة 8 من القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على
التجار العمل بها⁽³⁾.

الفقرة الثانية: السندات التي يصدرها المخزن العام

يتسلم المودع بمجرد إيداع بضائعه بالمخزن العام إيصالا يثبت
الإيداع مرفقا ببطاقة الرهن (أولا)، وقد تتعدد هذه السندات حينما تتم
تجزئة البضائع المودعة إلى مجموعات متعددة (ثانيا).

أولا: إيصال الإيداع و بطاقة الرهن

ينص المشرع في الفقرة الأولى من المادة 341 من م.ت على أن
الإثبات الفعلي لإيداعات البضائع بالمخازن العامة، يتم بواسطة إيصالات⁽⁴⁾
تسلم للمودع، و تكون هذه الإيصالات مؤرخة وموقعة ومستخرجة من
سجل ذي أرومات تملكه المخازن العامة.

⁽¹⁾ الفصلان 2 و3 من ظهير 6 يوليوز 1915.

⁽²⁾ الفصل 4 من ظهير 6 يوليوز 1915.

⁽³⁾ المادة 354 من م.ت.

⁽⁴⁾ le récépissé

إضافة إلى ذلك يجب أن يتضمن إيصال الإيداع مجموعة من البيانات اللازمة لتحديد شخص المودع و البضاعة المودعة و المخزن العام، وهكذا يجب أن يشير الإيصال إلى اسم و مهنة وموطن المودع وكذا طبيعة البضائع المودعة و كل البيانات الخاصة التي من شأنها تحديد نوعيتها و حصر قيمتها، وكذلك اسم المخزن العام، والشركة المؤمنة على المشروع، وتقاديا للخلاف الذي يمكن أن يحصل بين المودعين و المخزن العام يجب أن يحتفظ هذا الأخير بنسخة طبق الأصل من إيصال الإيداع.

وينص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 341 م.ت على أنه يلحق بكل إيصال، تحت تسمية الرهن، بطاقة الرهن⁽¹⁾، تحمل نفس المعلومات المضمنة بإيصال الإيداع.

هاتان الوثيقتان تمثلان البضائع المودعة في المخزن العام، و بذلك، يمكن للمودع من خلالهما بيع هذه البضائع أو رهنها دون حاجة إلى نقلها فعليا من مكان إلى آخر.

ثانياً: تمديد السندات بتجزئة البضائع

يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة 342 م.ت، على المودع أو حامل توصيل الإيداع وبطاقة الرهن أن يطلب تجزئة البضائع المودعة بالمخزن العام إلى عدد ملائم من المجموعات، فيحصل على تواريخ و بطائق رهن موازية لعدد المجموعات.

ونلاحظ أنه ما كان ينبغي أن يستعمل المشرع عبارة "يجب"، التي تعني الوجوب، في الفقرة الثانية من المادة 342 م.ت التي جاء فيها ما

Warrant⁽¹⁾

يلي: "يجب أن تجزأ البضائع المودعة إلى عدد ملائم من الأحمال بطلب من حامل التوصيل و بطاقة الرهن معا، ويعوضان بتوصيل وبطاقن رهن موازية لعدد الأحمال". لكن الشيء الذي يبدو غير مبرر هو أن المشرع استعمل عبارة "يجب" أن تجزأ البضائع المودعة بطلب من حامل التوصيل وبطاقة الرهن معا، ذلك أن عملية التجزئة تعد في مصلحة المودع أو حامل الوثيقتين معا لأنها تسهل عليه التصرف في البضاعة المودعة، و قد يرى المودع أنه ليس من مصلحته أو أنه ليس في حاجة إلى المطالبة بتجزئة البضاعة، فلماذا إذن يلزمه المشرع بذلك؟ وبذلك نعتقد أن الجهة التي يقصد المشرع إلزامها بالاستجابة لطلب التجزئة هي الجهة التي تستثمر المخزن العام حينما يطلب منها ذلك حامل التوصيل وبطاقة الرهن الذي قد يرى في ذلك تسهلا عليه في التصرف في البضاعة المودعة، ولذلك فالأفضل أن يعبر المشرع على طلب التجزئة بالإمكان وليس بالوجوب، أما الإنزام فيجب التخصيص عليه في مواجهة مستثمر المخزن العام الذي يجب عليه الاستجابة لطلب التجزئة إذا ما قدم له.

ثالثا: ضياع إيصال الإيداع وبطاقة الرهن

إذا فقد إيصال الإيداع يجوز لمن فقدته أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار أمر في إطار المادة 148 من ق.م.م بتسليمه نظيرا ثانيا بشرط أن يثبت ملكيته للوثيقة المفقودة مع تقديم ضمان على ذلك⁽¹⁾.

وإذا فقدت بطاقة الرهن، يجوز لمن ضاعته منه أن يستصدر أمرا من رئيس المحكمة يقضي باستخلاص الدين المضمون بالرهن عند حلول أجله بشرط أن يثبت ملكيته لها وأن يقدم ضمنا على ذلك⁽²⁾.

(1) المادة 352 من م.ت.

(2) المادة 352 من م.ت.

المطلب الثاني: إنشاء الرهن على البضائع المودعة

تقبل إيصالات الإيداع وبطاقات الرهن التي تصدرها المستودعات العامة التداول والانتقال إلى الغير عن طريق التظهير، وقد يتم تظهير الإيصال والبطاقة مجتمعين أو تظهير الإيصال منفصلا عن البطاقة (الفقرة الأولى)، ويمكن أداء الدين المضمون خلال أجل الاستحقاق أو قبله، وفي حالة عدم الأداء يستوفي الدائن حقه من ثمن بيع البضاعة المرهونة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تظهير السندات الصادرة من المخزن

العام

يجوز تظهير كل من إيصال الإيداع وبطاقة الرهن، ويترتب على تظهيرهما آثار قانونية هامة، وقد يتم تظهيرهما مجتمعين، أو تظهير وثيقة دون الأخرى⁽¹⁾، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: تظهير إيصال الإيداع متصلاً ببطاقة الرهن

عندما يقوم المودع بتظهير إيصال الإيداع متصلاً بصك الرهن دون فصلهما، فمعنى ذلك أن ملكية البضاعة انتقلت إلى المظهر إليه، وغالبا ما يكون هذا الأخير مشترياً، ذلك أن إيصال الإيداع يمثل البضاعة المودعة بالمخزن العام، وأن اتصال بطاقة الرهن بإيصال الإيداع يعني أن المودع لم يسبق له أن رهن البضاعة، ويصبح للمشتري حق مباشر في مواجهة المستودع العام.

ثانياً: تظهير بطاقة الرهن منفصلة عن إيصال الإيداع

عندما يقوم المودع بتظهير بطاقة الرهن منفصلة عن إيصال الإيداع، فذلك يعني أنه أنشأ حق رهن على البضاعة المودعة لفائدة حامل بطاقة الرهن، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 343 من م.ت.ع على

⁽¹⁾ تنص الفقرة الأولى من المادة 342 من م.ت.ع على أنه: "تكون التواصيل وبطاقات الرهن قابلة للتداول بالتظهير إما مجموعة أو منفردة".

أنه: " يعدّ تظهير بطاقة الرهن بانفصال عن التوصليل رهنا للبضاعة لفائدة المفوت إليه الرهن."

وبعبارة أخرى، إن التظهير الأول الذي ينصب على بطاقة الرهن يؤدي إلى خلق سند لأمر⁽¹⁾، أي ورقة تجارية قابلة للتداول عن طريق التظهير لأنه يمثل حقاً⁽²⁾، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يؤدي التظهير الأول إلى تأسيس رهن حيازي على البضاعة المودعة بالمخزن العام، ولذلك يجب أن يكون تظهير بطاقة الرهن مؤرخاً، وأن يتضمن مبلغ الدين المضمون بالرهن من رأس مال وفوائد وتاريخ استحقاقه واسم و موطن ومهنة الدائن المرهن⁽³⁾.

وقد نص المشرع صراحة في المادة 353 من م.م على أنه يمكن لمؤسسات الائتمان أن تقبل بطاقات الرهن كأوراق تجارية مع إعفاء من أحد التوقعات المطلوبة بمقتضى أنظمتها الأساسية.

ويرى بعض الفقه، عن حق، أن توقيع المدين المظهر يكون ضروريا ولو أن ملونة التجارة لم تنص عليه، وكما هو الأمر بالنسبة للكمبيالة والسند لأمر والشيك، يجب أن يكون هذا التوقيع باليد كتابة لأن المشرع المغربي استبعد أساليب التوقيع الأخرى (الختم الميكانيكي وبصمة الإجمام)⁽⁴⁾.

ويجب كذلك على المظهر إليه الأول تقييد التظهير بجميع بياناته حالا في سجل المخزن العام، ويشار إلى هذا التقييد في بطاقة الرهن⁽⁵⁾،

⁽¹⁾ Billet à ordre
⁽²⁾ عكس إيصال الإيداع الذي لا يعتبر ورقة تجارية لأنه يمثل بضائع.

⁽³⁾ المادة 344 من م.م.

⁽⁴⁾ محمد الشافعي، م.س، ص. 59.

⁽⁵⁾ الفقرة الأولى من المادة 345 من م.م، وينص المشرع المصري على نفس المقترضيات في الفقرة الثانية من المادة 139 من القانون التجاري، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 25 من قانون 1945.

والهدف من ذلك هو إعلام الغير بوجود الرهن، ولا يمكن لأية وسيلة أخرى للإشهار أن تغني عن هذا التقييد.

وينص المشرع في المادة 345 من م.ت على أن هذا التقييد يجب أن يتم "حالا"، وبما أنه ليس هناك أجلا إلزاميا، فإن المظهر له يمكنه إجراء القيد في أي وقت، ولا يتعرض المقتوة إليه بطاقة الرهن لخطر كبير طالما أن المودع لا يتوفر إلا على إيصال للإيداع لا يخوله إمكانية سحب البضاعة ما لم يدفع الدين المضمون بالرهن، كما أن بطاقة الرهن تكتسب وظيفة الورقة التجارية ابتداء من تاريخ التظهير⁽¹⁾، ويمكن تداولها طبقا لقواعد الصرف⁽²⁾.

ونرى مع بعض الفقه أن المحكمة من قيد تظهير بطاقة الرهن في دفاتر المخزن هي تمكين حامل إيصال الإيداع، باعتباره مالكا للبضاعة المودعة، من معرفة قيمة الدين المضمون بالرهن على وجه الدقة حتى يستطيع استخدام حقه في سحب البضاعة المودعة بعد دفع الدين المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء⁽³⁾، بل حتى قبل أن يصبح مستحق الأداء. أما بالنسبة للتظهير اللاحقة للتظهير الأول لبطاقة الرهن، فلا تستوجب التقييد، ولكن يمكن للمظهر إليهم التاليين أن يطلبوا إجراء هذا التقييد⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ بانتقال السند إلى المظهر إليه ينتقل الرهن ومعه الحائزة التي تبقى بيد المخزن الذي يلزم بالمحافظة على الرهن لمصلحة حامل السند، وهو ما يسمى تقليديا "الغير الحائز"، ويتمتع الحامل بامتيازات الدائن المرتتهن.

⁽²⁾ ذلك أن بطاقة الرهن قد تصدر باسم المودع أو لأمر، وإذا كان إيصال الإيداع أو بطاقة الرهن لأمر، أي إنذيا، جاز للمودع أن يتنازل عنهما متصلين أو منفصلين.

⁽³⁾ مصطفى كمال طه، م.س، ص. 89، بند 78، وانظر كذلك:

G. Ripert et R. Roblot, op.cit. p 2589.

⁽⁴⁾ الفقرة الثانية من المادة 345 من م.ت.

ومن خلال التظهيرات المسالية يتحقق انتقال الضمان من دائن لآخر، ويترتب على هذه التظهيرات نفس الآثار المعتادة المترتبة على تظهير الأوراق التجارية مثل تضامن المظهرين وتطهير الدفوع⁽¹⁾.

وبذلك يمكن للمظهر إليهم المتتاليين تداول السند لأمر على الحالة التي أنشئ عليها، ويكتفون إذن بالإشارة إلى اسم الحامل الجديد وتاريخ التظهير وتوقيع المظهر⁽²⁾.

ثالثاً: تطهير إيصال الإيداع منفصلاً عن بطاقة الرهن

حينما يقوم المودع بتظهير إيصال الإيداع فمعنى ذلك أنه باع البضاعة المودعة، وأن هناك رهناً تأسس على البضاعة المودعة؛ في هذه الحالة يصبح المفوت إليه مالكا للبضاعة، ومع ذلك، يقوم على عاتقه التزام باحترام الرهن المنشأ على البضاعة.

مر معنا أن المشرع أعطى الحق لحامل إيصال الإيداع دون بطاقة الرهن في أداء الدين المضمون بورقة الرهن ولو قبل حلول الأجل. أما إذا كان حامل بطاقة الرهن مجهولاً، أو كان معروفاً ولكنه لم يتفق مع المدين على الشروط الخاصة بالدفع قبل انقضاء الأجل، فإنه يودع مبلغ الدين وتوابعه لدى إدارة المخزن من أجل تحرير البضائع⁽³⁾.

ومن أجل تمكين المفوت إليه إيصال الإيداع من ممارسة هذا الحق، قررت المادة 344 من م.ت أن تظهير بطاقة الرهن منفصلة عن إيصال الإيداع يجب أن يتضمن المبلغ المضمون من رأس مال وفوائد وتاريخ

(1) المواد 171 و 172 من م.ت.

(2) انظر:

G. Ripert et R. Roblot, op. cit, p.234, n° 2122.

(3) المادة 346 من م.ت.

الاستحقاق واسم ومهنة وموطن الدائن⁽¹⁾، وأن هذا التظهير الأول يجب أن يقيد في سجل المخزن كما سبق تفصيله.

ويتضح من ذلك أن حامل الإيصال يتمتع بحق مباشر في مواجهة المخزن العام. ويذهب بعض القضاء الفرنسي إلى عدم التخوف من الحجز الذي قد يمارسه دائنو المظهر⁽²⁾، لأن التظهير يظهر الإيصال من الدفوعات التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المظهر. ولكن إيصال الإيداع لا يعتبر ورقة تجارية حتى يخضع تظهيره لقاعدة تطهير الدفع، لأنه سند يمثل البضاعة ولا يمثل حقاً⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الأداء والرجوع

يتعين التطرق أولاً لعملية أداء الدين (أولاً) ثم التطرق بعد ذلك لرجوع الدائن على المقرض والمظهرين (ثانياً).

أولاً: أداء الدين المضمون بالرهن

يتعين على المدين الراهن أداء الدين المضمون ببطاقة الرهن، في تاريخ الاستحقاق المبين عليها، إلى حامل بطاقة الرهن باعتباره دائناً مرتكباً، وذلك من دون استفادته من أي أجل⁽⁴⁾، ومع ذلك، فعلى خلاف باقي الأوراق التجارية، فإن تاريخ الاستحقاق يعتبر وكأنه جاء لمصلحة المدين فقط، وبالفعل، يمكن لحامل التوصيل منفصلاً عن الرهن، باعتباره مالكا للبضاعة، أداء الدين المضمون على بطاقة الرهن ولو قبل حلول الأجل، وإذا كان حامل بطاقة الرهن غير معروف، أو كان معروفاً ولم يتفق مع المدين على

(1) المادة 344 من م.ت.

(2) أنظر القرار القضائي الفرنسي:

Cass.Civ 3 juin 1891.D.1894.S.1891.1.296.

(3) أنظر القضاء الفرنسي:

Paris 22 déc.1934. Gaz.Pal. 1935. 1. 353.

(4) أنظر الحكم الفرنسي:

Rouen, 1^{er} juin 1950, D. 1951, Som.8.

شروط الدفع قبل انقضاء أجل الاستحقاق، فإنه يقوم بإيداع المبلغ المستحق مع الفوائد الواجبة حتى حلول أجل لدى إدارة المخزن، ويستطيع بذلك تحرير البضاعة المرهونة⁽¹⁾.

هذه القاعدة، التي أملتتها الرغبة في السماح بتداول البضائع المرهونة، أصبحت سهلة التطبيق بوجود المخازن العامة التي تقع تحت مراقبة الدولة.

ويدفع الدين المضمون ببطاقة الرهن في موطن المخزن العام ما عدا إذا تضمن التظهير الأول الإشارة إلى موطن آخر، وفي هذه الحالة الأخيرة تجب الإشارة إلى اسم الموطن في التوصيل وفي سجلات المخزن العام⁽²⁾.

وإذا حل ميعاد الاستحقاق دون دفع الدين المضمون بالرهن، وجب على حامل بطاقة الرهن منفصلة عن التوصيل أن يقيم احتجاجا بعدم الوفاء⁽³⁾، وبعد مرور ثمانية أيام من تاريخ الاحتجاج المذكور، يمكنه أن يطلب بيع البضاعة المرهونة عن طريق المزاد العلني دون القيام بالإجراءات القضائية⁽⁴⁾، وهي طريقة سهلة وسريعة التنفيذ.

وإذا قام المتعهد الأصلي ببطاقة الرهن بأداء المبلغ المضمون، أمكنه أن يعتمد إلى بيع البضاعة من غير التفاتة إلى حامل إيصال الإيداع ودون حاجة إلى إنذاره، وذلك بعد مرور ثمانية أيام على ميعاد الاستحقاق⁽⁵⁾.

وعندما يتم تقديم بطاقة الرهن موضوع الاحتجاج إلى إدارة المخزن العام، يتعين عليها أن تقدم للموظف العمومي المكلف بالبيع كل التسهيلات

(1) الفقرة الأولى من المادة 346 من م.ت.

(2) الفقرة الأولى من المادة 347 من م.ت.

(3) أشارت الفقرة الثانية من المادة 347 من م.ت إلى وجوب تحرير احتجاج بعدم الأداء، لكنها لم تنظم شكل وأجل هذا الاحتجاج، ولذلك نعتقد أنه يجب تطبيق القواعد الواجبة التطبيق على السند لأمر.

(4) المادة 347 و المادة 349 من م.ت.

(5) الفقرة الأخيرة من المادة 347 من م.ت.

لإتمامه، ولا تسلم البضاعة موضوع البيع إلى المشتري إلا بناء على محضر وشرطية:

أولاً: إثبات أداء الحقوق والمصاريف الامتيازية، وكذا مجموع مبلغ القرض المضمن في بطاقة الرهن؛

ثانياً: إيداع الفائض، إن وجد، لفائدة حامل التوصيل في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 350 من م.ت.⁽¹⁾

ويستوفي الدائن المرهّن حقه مباشرة من ثمن البضاعة، دون حاجة لسلوك إجراءات قضائية، بالامتياز والأولوية على جميع الدائنين بعد خصم المبالغ الآتية:

أولاً: الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم البحرية المدفوعة عن البضائع؛

ثانياً: صوائر استيلاء البضائع والبيع والتخزين وأقساط التأمين وغيرها من مصاريف الحفظ⁽²⁾.

ويستنتج من ذلك أن مستمر المستودع له حق أولوية في اقتضاء مصاريف التخزين والحفظ على حامل بطاقة الرهن؛ وإذا لم يكن حامل إيصال الإيداع حاضراً أثناء بيع البضاعة، وكانت حصيلة البيع تزيد عما يستحقه حامل بطاقة الرهن، يودع المبلغ الزائد لدى إدارة المخزن العام، ويتعين على هذه الأخيرة أن تقوم في أي وقت كان، بناء على طلب من حامل توصيل الإيداع أو بطاقة الرهن، بتصفية الديون والمصاريف المشار إليها أعلاه مع تسبيق المستحقات ذات الامتياز على الدين المضمون على

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 350 من م.ت على أنه: "وفي كل الأحوال، يفقد حامل بطاقة الرهن حق الرجوع على مظهرها إن لم يتم بإجراء البيع في الشهر الموالي ليوم الاحتجاج بعدم الدفع".

(2) المادة 349 من م.ت.

بطاقة الرهن، كما يتعين على إدارة المخزن العام أن تبين في جدول تصفية حساب الصوائر المسلم من طرفها إلى حامل الإيصال أو بطاقة الرهن رقم التوصيل ورقم بطاقة الرهن المتعلقين بالحساب⁽¹⁾.

ثانياً: رجوع الحامل

في حالة عدم كفاية ثمن بيع البضاعة لأداء مبلغ الدين المضمون بكامله، يمكن لحامل بطاقة الرهن الرجوع على المقرض و المظهرين. رجوع الحامل منظم بمقتضى نصوص خاصة، ويشترط لممارسة حق الرجوع الشروط التالية:

أ- يجب على حامل بطاقة الرهن التنفيذ أولاً على البضاعة المرهونة، وهو غير ملزم بإتباع إجراءات قضائية محددة، ويجب كذلك التحقق من عدم كفاية حصيلة البيع للوفاء بدينه؛

ب- يجب على الحامل الرجوع على المقرض والمظهرين خلال الآجال المحددة في المادة 196 من م.ت والتي تبدئ من يوم تحقق البيع؛

ج- وفي جميع الأحوال، يجب على الحامل أن يتقدم بإجراء البيع خلال الشهر الموالي لتاريخ الاحتجاج بعدم الدفع تحت طائلة سقوط حقه في الرجوع على المظهرين⁽²⁾.

وفي حالة هلاك البضاعة المودعة أو تلفها، يكون لحاملي تواصليل الإيداع وبطاقة الرهن على تعويضات التأمين المستحقة، جميع الحقوق والامتيازات المقررة لهم على البضائع المؤمنة⁽³⁾.

(1) المادة 349 من م.ت.

(2) المادة 350 من م.ت.

(3) المادة 351 من م.ت.

الفصل الثاني الرهن التجاري، دون التخلي عن الحيازة

رأينا سابقا أن الرهن العادي أو التقليدي يتطلب انتقال حيازة الشيء المرهون من يد المدين الراهن إلى يد الدائن المرهن، وهو ما يوفر الحماية اللازمة للدائن والغير معا: حماية الدائن المرهن من خطر تصرف المدين في الشيء المرهون لشخص آخر حسن النية، وحماية الغير كذلك إذ أن حيازة الدائن المرهن للشيء المرهون يشكل إعلاما للغير بتعلق حق الدائن المرهن بهذا الشيء.

ولكن، في أحيان كثيرة لا يستطيع التاجر أن يتخلى عن حيازة منقولاته مقابل الحصول على الائتمان لأنها من أدوات الإنتاج الضرورية لنشاطه الاقتصادي⁽¹⁾، ولذلك فالأفضل له أن يرهنها دون التجرد من حيازتها، ومع ذلك، فهذا النوع الأخير من الرهن يجعل مسألة استقرار المعاملات على المحك، لأن بقاء المنقولات بيد صاحبها، مع وجود رهن عليها، يمكنه من التصرف فيها إلى الغير حسن النية الذي يعتقد بأن هذه المنقولات غير مثقلة بحقوق تعود لأشخاص آخرين، وهو ما يمس في النهاية بحقوق الدائن المرهن.

غير أنه قد تم التغلب على هذه المشاكل في الرهن التجاري دون انتقال الحيازة من خلال العمل بتقنيات أخرى، أهمها ضرورة شهر الرهن في سجلات خاصة بحماية للغير؛ وتقرير عقوبات زجرية تجاه المدين الراهن عندما يتصرف في الشيء المرهون دون رضا المدين أو دون إتباع الإجراءات القانونية، وبالتالي تمكين الدائن المرهن من معابة حالة المنقولات المرهونة

واستصدار أمر قضائي بالاستحقاق الفوري للدين إذا ثبت أن هذه المنقولات لحقها تلف أو وقع اختلاسها، وإلى غير ذلك من القواعد الهادفة إلى تأمين حقوق الدائن المرتهن وحماية الغير.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليست كل المنقولات تصلح أن تكون محلا للرهن دون انتقال الحيازة، "إذ أنه من الصعب تنظيم شهر فعال لجميع المنقولات نظرا لكثرتها وتماثلها وسرعة انتقالها من يد إلى أخرى، ومن مكان إلى آخر، ولذلك فلا مناص من أن يقتصر هذا النوع من الرهن على المنقولات التي يقل تداولها وتمتع بذاتية خاصة تسمح بشهر التصرفات الواردة عليها، وهذا هو الشأن في السفن والمراكب النهرية والطائرات والحوال التجارية، وهي منقولات ذات قيمة اقتصادية كبيرة وليست محلا للتداول السريع، ولها خصائص ذاتية تميزها عن غيرها"⁽¹⁾.

ومن تطبيقات الرهن دون التحلي عن الحيازة في التشريع المغربي نجد رهن الأصل التجاري ورهن السفينة ورهن الطائرات ورهن السيارات، ورهن أدوات ومعدات التجهيز، ورهن بعض المنتجات والمواد، ولذا سنتنصر في هذه الدراسة على معالجة رهن أدوات ومعدات التجهيز من جهة (المبحث الأول) ورهن بعض المنتجات والمواد من جهة ثانية (المبحث الثاني).

(1) مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص. 60، بند 48.

المبحث الأول رهن أدوات ومعدات التجهيز

رهن أدوات ومعدات التجهيز عبارة عن ضمان ينصب على أدوات ومعدات التجهيز دون التخلي عن حيازتها، يقدمه مشتريها إلى البائع أو المقرض الذي دفع الثمن إلى البائع، تأميناً لاستيفاء الدين عند تاريخ الاستحقاق تحت طائلة التنفيذ على الشيء المرهون عند الاقتضاء، ولقد كان المشرع الفرنسي من بين السابقين إلى تنظيم رهن أدوات ومعدات التجهيز تحت الحاجة الملحة إلى تجديد وعصrone الصناعة الفرنسية التي تأكلت وتقدمت بعد الحرب العالمية الثانية، حيث صدر قانون 18 يناير 1951 لمساعدة التجار والصناع في الحصول على الائتمان التجاري، فسمح لهم بالاقتناء والتسلم الفوري لأدوات ومعدات التجهيز مؤجلة الأداء مقابل إنشاء رهن على هذه الأدوات دون تجريدهم من حيازتها لفائدة البائع أو المقرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع⁽¹⁾.

ومن هذا القانون، استقى المشرع المغربي الأحكام المنظمة لرهن أدوات ومعدات التجهيز، المنصوص عليها في المواد من 355 إلى 377 من م.ت.

وكما هو الشأن بالنسبة لرهن السيارات والطائرات والسفن، فإن رهن أدوات ومعدات التجهيز لا يتطلب تخلي المدين عن الحيازة. إنه تأمين يوحد في مرتبة وسطى بين الرهن الرسمي الذي يبقى الحيازة بين يدي المدين، والرهن الحيازي الذي يمنع المدين الراهن من

⁽¹⁾ عرف هذا القانون عدة تعديلات تتمثل في مرسوم 30 شتنبر 1953، و 20 ماي 1955، وقانون 23 شتنبر 1958، وقانون 19 دجنبر 1969.

التصرف في المال الموهون، ولا ينعقد الرهن إلا بإتباع شكيلات تتجلى في الكتابة والإشهار الذي يتم عن طريق القيد في سجل خاص تمسكه المحكمة التجارية التي تستغل الأدوات الموهونة بدائرتها، وبمجرد القيد ينشأ الامتياز لفائدة الدائن المرهّن وما يترتب عليه من حق الأفضلية وحق التتبع.

وبناء عليه، تقتضي دراسة هذا الموضوع معالجة الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لإبرام عقد الرهن (المطلب الأول) ثم بيان الآثار المترتبة على الرهن، سواء ما يتعلق منها بالضمانات الخاصة التي يتمتع بها الدائن قبل أو عند استحقاق الدين المضمون، أو ما يتعلق بحق الأولوية أو حق التتبع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان إنشاء الرهن

يتطلب إبرام عقد الرهن توفر أركان موضوعية (الفقرة الأولى) وأخرى شكلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأركان الموضوعية

ينشأ رهن أدوات ومعدات التجهيز بمقتضى عقد، لذلك يجب أن يخضع للأحكام العامة كسائر العقود إلى جانب الأحكام الخاصة الواردة بمدونة التجارة، وهكذا، ومن دون الدخول في تفاصيل الأحكام العامة، ينبغي توضيح بعض مقتضيات كما يلي:

أولاً: خضوع عقد الرهن للأحكام العامة للعقود

يعتبر رضا الطرفين الركن الأساسي أو الدعامية التي يبنى عليها عقد رهن أدوات ومعدات التجهيز، فالعقد لا ينعقد إلا بتراضي الطرفين على الرهن أي تطابق الإيجاب والقبول؛ ويشترط أن يكون الرضا خالياً من أية شائبة يمكن أن تهدد العقد في وجوده أو في صحته.

إضافة إلى ذلك، يتعين أن تتوفر في مانح الرهن أهلية الأداء وليس أهلية الإدارة أو أهلية التبرع فقط، وإذا لم يكن أهلا للتصرف في ماله، فالعقد يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحته، أما بالنسبة للدائن المرهن، فلا تلزم فيه أهلية التصرف، وكفي فيه التمييز أو أهلية التعاقد ما دام الرهن يعد من الأعمال النافعة له نفعا محضا.

أما سبب عقد الرهن، فهو تأمين استيفاء الدين المضمون في أجل الاستحقاق، فما قبل مالك الأدوات والمعدات الرهن إلا من أجل الوفاء بالدين المضمون في تاريخ الاستحقاق، وسيتبين من النقطة الموالية طبيعة هذا الدين ومحتواه.

ثانيا: الديون المضمونة

الحقوق أو الديون التي يعقد الرهن دون التجرد من الحياة لأجل ضمانها محدودة في نوعها، فلا ينبغي أن يوفر الرهن فرص الحصول على الانتماء إلا بالنسبة للبيوعات التي يعقدها المهنيون أو التجار⁽¹⁾.

وبالفعل، فالرهن يتقرر لضمان نوعين من الحقوق هما:

- أ- حق البائع على الثمن الذي بيعت به الأدوات أو معدات التجهيز المهني، وقد وسع القضاء الفرنسي من نطاق الدين المضمون ليشمل ثمن شراء أدوات أو معدات التجهيز المهنية بنية بيعها⁽²⁾.
- ب- حق المقرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع، وفي ذلك تنص المادة 355 من م.ت على أنه: "إن أداء ثمن اقتناء أدوات

⁽¹⁾ ورت عبارة "المهنيين" بالجملة الأولى من المادة 355 من م.ت.
⁽²⁾ انظر:

ومعدات التجهيز المهنية يمكن أن يضمن سواء فيما يخص البائع أو فيما يخص المقرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع، وذلك برهن يقتصر على الأدوات أو على المعدات المشتراة".

ويضمن الرهن كذلك حقوق من يوجد في وضعية مماثلة لوضعية المقرض وفقا لما تنص عليه الفقرة 6 من المادة 356 من م ت التي جاء فيها ما يلي: "يعتبر بمثابة مقرضي الأموال الضامنون الذين يتدخلون بصفة كفلاء أو مانحين لضمان احتياطي أو مظهرين عند منح قروض التجهيز، ويجلون محل الدائنين بقوة القانون، ويجري نفس الحكم على كل من يظهر أو يخصم أو يضمن احتياطيا أو يقبل الأوراق المنشأة مقابل الديون المذكورة"⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المادة 355 من م ت تعطي انطبعا على أن الرهن المنصوص عليه في هذه المادة لا يقبل التطبيق على الأدوات والمعدات التي تستخدم في النشاط التجاري أو الصناعي، وأن مجال تطبيقها يقتصر على أدوات ومعدات التجهيز المهني كأدوات اللازمة لتجهيز مكاتب المحامي وعيادات الأطباء وغيرها من المهن الحرة.

لكن، ولو أن المادة 355 من م ت وصفت المعدات والأدوات بصفة "المهنية"، فإن هذه العبارة تؤخذ بالمفهوم الواسع إذ تنطبق حتى على أدوات ومعدات التجهيز التي تستخدم في المتاجر أو المصانع، وما يدل على ذلك هو ما ورد بالمادة 357 من م ت التي - في إطار حديثها عن تقييد الرهن في السجل التجاري- ألزمت، بمقتضى الفقرة الأخيرة، المشتري الذي يكون مقيدا في السجل التجاري بصفته ممارسا لنشاط صناعي أو تجاري، أن يقوم بتقييد هذا الرهن في السجل التجاري الذي تمسكه المحكمة المقيمة فيه مقاولته؛ وهو ما أكدته المادة 360 من م ت التي تنص على أنه: "إذا كان المشتري مقيدا في السجل التجاري قيد الرهن كذلك في السجل

⁽¹⁾ يرجع أصل هذه المادة إلى الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 18 يناير 1951.

التجاري ...؟" يضاف إلى ذلك أن أصحاب المهن الحرة غير ملزمين بمبدئياً بالتقييد في السجل التجاري.

عندما يقوم صاحب الحق المضمون بالرهن بتحويل حقه في الانتفاع بالرهن إلى الغير، يجب أن يجري هذا الحلول، مبدئياً، بواسطة اتفاق صريح، وتجب الإشارة كذلك إلى هذا الحلول "بطرة التقييد أو التقييدات، إذا كان المشتري تاجراً، خلال العشرين يوماً من تاريخ التحرر الرسمي أو العرفي المثبت لذلك عند تسليم نظير من التحرر المذكور أو نسخة منه إلى كتابة الضبط"⁽¹⁾، وفي هذه الحالة، تتحول الكفالات بقوة القانون إلى الدائنين، وكذلك الحال بالنسبة لكل من يظهر أو يخصم أو يقبل الكمبيالات المنشأة مقابل الدين المذكور.

وإذا ما نشأت نزاعات بين أصحاب التقييدات المتتابعة وجبت تسويتها طبقاً لمقتضيات الفصل 215 من ق.ل.ع، ومعنى ذلك أنه في الحالة التي لا يستوفي فيها الدائن إلا جزءاً من دينه، يشترك مع الغير الذي وفاه له في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته.

ويمكن إنشاء أوراق قابلة للتداول في مقابل الدين المضمون، ومن أجل تسهيل تداولها، وجد المشرع نفسه ملزماً بالأخذ في الاعتبار الحلول المقررة في مجال الأوراق التجارية، وبذلك نص في المادة 362 من م.ت.ع على أن الاستفادة من منافع الرهن تنتقل بقوة القانون إلى الحملة المتابعين للأوراق المذكورة، ومع ذلك لا يجوز إنشاء هذه الأوراق إلا إذا تم التنصيص على ذلك في محرر الرهن وتمت الإشارة إليه في الجداول المعدة لتقييد الرهن، وإذا أنشئت عدة أوراق في مقابل الدين المضمون، وجبت ممارسة الامتياز المرتبط بهذا الدين من طرف المتابع الأول لحساب جميع الدائنين وبالنسبة لمجموع الدين⁽²⁾.

(1) المادة 361 من م.ت.

(2) الفقرة الأخيرة من المادة 362 من م.ت. وهي مأخوذة من المادة 6 من القانون الفرنسي المؤرخ في 18 يناير 1951 المعاملة بمرسوم 30 شتبر 1953.

ثالثا: محل الرهن

إذا كان الرهن محدودا فيما يتعلق بالديون المضمونة، فإنه محدود كذلك فيما يتعلق بالأموال القابلة للرهن، إذ لا يمكن أن يقع إلا على أدوات أو معدات التجهيز المهني الجديدة أو المستعملة، ومعنى ذلك أن الرهن يجب أن ينصب على الأموال المخصصة للإنتاج وليس للاستهلاك⁽¹⁾. وتجدر الإشارة، من جهة، إلى أن المال المخصص للتجهيز المهني ليس كذلك بطبيعته، إذ أن نفس المال يمكن أن يدخل أو لا يدخل في مجال الأدوات أو المعدات المخصصة للتجهيز المهني، وذلك بحسب المجال الذي استخدم فيه، ومثال ذلك آلة كهربائية منزلية، فهي ليست أداة للتجهيز المهني في حد ذاتها، وإن وصفها يتحدد بالغرض من استعمالها، ومن ثم، عندما يقتنيها شخص ما بهدف استعمالها لأغراض منزله، فهي لا تعتبر أداة للتجهيز المهني، ولكنها تعتبر كذلك بالنسبة لصاحب الفندق.

ومن جهة ثانية، لا يقتصر مفهوم أدوات ومعدات التجهيز المهني على كل ما يتعلق بالصناعة أو التجارة فقط، وإنما يشمل كذلك كل ما يرتبط بالفلاحة والحرف والمهن الحرة، وفي هذا الصدد اعتبر القضاء الفرنسي الجرار الذي يقتنيه المكاول في البناء من بين أدوات الورش التي يجوز رهنها دون التخلي عن حيازتها⁽²⁾.

(1) أنظر:

Claude Morel, Nantissement de l'outillage et du matériel, Encyclopédie DALLOZ, Com.1984, n°17; G. Cornu, Le gage Commercial, sous la direction de HAMEL, 1953, p.457.

(2) أنظر في القضاء الفرنسي:

Trib. Com. Montpellier, 8 déc.1960, D.1961. 52.

لقد استثنى المشرع المغربي صراحة، بمقتضى المادة 376 من م.م، من نطاق تطبيق أحكام رهن أدوات ومعدات التجهيز المهني ما يلي: السيارات المنظمة بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 27 ربيع الآخر 1355 (17 يوليوز 1936) المتعلق ببيع السيارات بالسلف؛ والسفن البحرية المنظمة بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 28 من جمادى الآخرة 1337 (31 مارس 1919) المعتبر بمثابة قانون للملاحة التجارية وكذا المراكب المخصصة للملاحة النهرية⁽¹⁾؛ والطائرات المشار إليها في المرسوم رقم 2.61.161 الصادر في فاتح صفر 1384 (10 يوليوز 1962) بشأن تنظيم الطيران المدني⁽²⁾.

وبخصوص هذه المسألة في فرنسا، استنتج بعض الفقه من هذه الاستثناءات التي تم التنصيص عليها في التشريع الفرنسي⁽³⁾ أن المقترض لا يمكنه أن يمنح لمقرضه رهنا غير حيازي على أدوات أو معدات التجهيز حينما يقتنيها بقرض ويخصصها للسفينة⁽⁴⁾، ومع ذلك، فالأمر ليس بهذه السهولة، لأن التساؤل يظل مطروحا حول الأدوات أو المعدات التي تشتري لتجهيز السفينة ويتم إلحاقها أو إدماجها بها، فلاشك أن هذه الأدوات أو المعدات لو بقيت منفصلة عن السفينة ولم يتم إلحاقها أو إدماجها بها، لأمكن أن تكون موضوعا للرهن دون التخلي عن الحيازة؛ فهل يمكن

⁽¹⁾ اعتمد المشرع في تقنين هذه مقتضيات على الاجتهادات الفرنسية القارة في الموضوع، ومن بينها:

Cass.Com.1^{er} juin 1970, 681, note Rodière et, sur renvoi, Rouen, 9 mai 1972, D. 1972, 462, note CHAUVEAU.

⁽²⁾ قطن المشرع الفرنسي هذه المقتضيات قبل أن يقتنها المشرع المغربي، راجع في ذلك: بالنسبة للسيارات فهي منظمة بقانون 29 دجنبر 1934 وقانون 2 نونبر 1941؛ وبالنسبة للطائرات فهي منظمة بمقتضى قانون 31 ماي 1924، أما السفن والمراكب المخصصة للملاحة النهرية فهي منظمة بمقتضى قانون 5 يوليوز 1917.

⁽³⁾ أنظر:

CLAUDE MOREL, op.cit.p.2, n°21.

⁽⁴⁾ عرف المشرع الفرنسي نفس الاستثناءات التي ذكرها المشرع المغربي، أنظر ما سبقت الإشارة إليه في الهامش ما قبل الهامش السابق.

اعتبارها قابلة للرهن غير الحيازي ولو ألحقت بالسفينة؟ ماذا لو تم رهنها، هل يمكن الاحتجاج بهذا الرهن في مواجهة دائني مجهزة السفينة؟

بيدو، على ما نعتقد، أن هناك تمييزاً يمكن القيام به بين المعدات التي يتم دمجها بالسفينة (وتكون ضرورية لتشغيلها وانطلاقها في رحلاتها لممارسة أنشطتها)، والمعدات التي تعتبر مجرد ملحقات بالسفينة وغير ضرورية لتشغيلها مثل مجمد المياه، ومن ثم، فالنوع الأول لا يمكن رهنه منفصلاً عن السفينة. أما النوع الثاني، فيمكن رهنه.

الفقرة الثانية : الأركان الشكلية

إضافة إلى الأركان الموضوعية المتطلبية في انعقاد رهن أدوات ومعدات التجهيز، يجب توافر شروط شكلية تتجلى في الكتابة (أولاً) والتقييد (ثانياً) الذي ينتهي مفعوله بخمسة سنوات مما يجعل تجديده ضرورياً (ثالثاً).

أولاً. الكتابة

إذا كان الأصل في إبرام العقود هو الرضائية، والاكتفاء بتطابق الإيجاب والقبول، فإن المشرع اشترط الكتابة في رهن أدوات ومعدات التجهيز كشرط يجب أن يفرغ فيه الرضا حتى يربط آثاره القانونية، ولا يهم إن اتخذت الكتابة صورة رسمية أو عرفية وفقاً للفقرة الأولى من المادة 355 من م.م. التي جاء فيها ما يلي: "يتم الرهن بموجب محرر رسمي أو عرفي"، والكتابة ليست شرطاً للإثبات فحسب، بل هي شرط لانعقاد العقد، أو هي ركن لانعقاده يترتب البطلان على تخلفه، وقد استعمل المشرع مصطلح "المحرر" كمرادف لعبارة "الورقة" التي تستعمل كأداة لانعقاد أو إثبات العقد تمييزاً لها عن العقد ذاته الذي هو اتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني⁽¹⁾.

(1) غالباً ما يستعمل البعض عبارة "العقد" ليعبر بها عن الورقة أو المحرر المثبت لاتفاق من الاتفاقات كالرهن أو غيره، فيقال مثلاً: إن عقد البيع ثابت في عقد رسمي أو عرفي، ولكن هذه الممارسة غير سليمة.

وترجع أهمية الكتابة إلى أنها ضرورية في غياب نقل الحياة إلى الدائن المرهن، فهي تحمي الدائن لأنها تجعله متأكدا من ملكية المدين الراهن للأدوات أو المعدات موضوع الرهن ومن أهليته، وتساعده على إثبات كل ما يتعلق بنطاق الرهن في حالة حدوث نزاع بينه وبين المدين الراهن.

وتمثل قاعدة كتابة عقد رهن أدوات ومعدات التجهيز خروجاً على القاعدة العامة في الرهن التجاري الذي يثبت بكافة طرق الإثبات سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن؛ ويمكن تفسير ذلك برغبة المشرع في تفادي النزاعات المحتملة وقوعها حول نطاق الرهن، إضافة إلى أن تقييد الرهن في السجل التجاري يستوجب أن يكون العقد مكتوباً، فالكتابة هي الخطوة الأولى في سبيل الشهر.

ويجب أن يضمن الرهن في محرر البيع إذا تم لفائدة البائع، أو في محرر القرض إذا تم لفائدة القرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع⁽¹⁾.

ويجب أن يشير العقد، تحت طائلة البطلان، إلى أن المبالغ التي دفعها القرض كان موضوعها أداء ثمن الأدوات المشتراة.

كما يجب أن يتضمن المحرر جرداً بالأدوات المشتراة، وإعطاء وصف دقيق لكل منها من أجل تمييزها عن الأدوات الأخرى التي قد تكون من نفس الطبيعة وفي ملك المفاوضة المدنية.

=ولا يصح استعمال مصطلح "العقد" في الدلالة على شيء مادي مختلف عن جوهر العقد الذي هو اتفاق بين الإرادتين لإحداث أثر قانوني، وهذا الشيء المادي هو الورقة التي يثبت بها مثل هذا التصرف، ولذلك يجب أن نطلق على أداة الإثبات الكتابي، أو أداة العقد العقد، تسمية أخرى تميزها عن العقد ذاته، وهي: "المحرر أو الورقة"، وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به الفصول من 416 إلى 442 من ق.ل.ع.

(1) الفقرتان الأولى والثانية من المادة 356 من م.ب.

ويتعين الإشارة في الحرر كذلك إلى المكان الذي يجب أن توضع فيه تلك الأدوات بصفة ثابتة، وإذا كانت قابلة للانتقال من مكان إلى آخر وجبت الإشارة إلى ذلك أيضا في الحرر⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن العقد يجب أن يتضمن اسم الدائن واسم المدين، وموطنهما وعناوينهما، وبيان مقدار الدين المضمون بالرهن، وأجل استحقاقه، وما إذا كان متتعا للفوائد وسعرها وتاريخ سريانها.

ويرجع سبب اعتماد المشرع تقنية وجوب تضمين الحرر مجموعة من البيانات المتعلقة بمختلف جوانب التعاقد إلى رغبته في التأكيد على التزامات الطرفين وتوضيحها، وحماية كل منهما في مواجهة الآخر وفي مواجهة الغير، وتمكين كل طرف من إدراك طبيعة تصرفه وآثاره.

ثانياً: الأجل

اشترط المشرع أن يرم عقد الرهن، تحت طائلة البطلان، في أجل أقصاه ثلاثون يوماً تحسب من يوم تسليم الأدوات أو المعدات بالأماكن التي يجب أن تنصب بها⁽²⁾، ومعنى ذلك أن إبرام العقد يأتي بعد تسليم المعدات، كما أن التسليم الذي يتم بمكان آخر غير المكان المتفق عليه من شأنه أن يسقط أجل الثلاثين يوماً الذي يصبح غير إلزامي ما لم يتفق الطرفان معاً على تغيير مكان التسليم، وهنا يسري أجل الثلاثين يوماً من يوم التسليم الذي تم بالمكان الجديد المتفق عليه، ولاشك أن البطلان المترتب على عدم احترام الأجل المذكور يصيب الرهن دون عقد القرض وعقد البيع.

(1) الفقرة الخامسة من المادة 356 من م.ب.

(2) الفقرة الأخيرة من المادة 356 من م.ب.

وعلى خلاف التشريع المغربي، كان التشريع الفرنسي يشترط في المادة 3 من قانون 18 يناير 1951 أن يبرم عقد الرهن على أقصى تقدير في تاريخ تسليم المعدات، ولكن بالنظر لما أثاره هذا المقتضى من انتقادات، تم تعديل المادة 3 بواسطة المرسوم الصادر في 30 سبتمبر 1953، فأصبح الأجل محددًا في شهر واحد يتبدى من تاريخ تسليم المعدات بالمكان الذي يجب أن تنصب به؛ وتدخل المشرع من جديد بمقتضى القانون رقم 60-1129 الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1969 فحدد الأجل في شهرين⁽¹⁾.

ويبدو أن أجل الشهر الموالي لتسليم المعدات كاف لإبرام الرهن، خاصة وأن التسليم لا يتم عادة إلا بعد التغلب على جميع العقبات وتسوية جميع أوجه الاختلاف المحتملة بين الطرفين، ولذلك لا ينبغي إبقاء سيف الأجل الطويل مسلطًا على عنق المشتري يتحكم فيه الدائن وقت ما شاء، إضافة إلى ذلك، فإن الرهن يضمن في محرر البيع إذا تم لفائدة البائع، كما أنه يضمن بمحرر القرض إذا تم لفائدة القرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع، وأن هذا المحرر يجب أن يتضمن جميع المواصفات الخاصة بالمعدات المرهونة، وبيان المكان الذي ستوضع فيه، وتاريخ التسليم وغيره من البيانات؛ ولذلك فالمبدأ هو أن يبرم الرهن وقت إبرام عقد البيع أو عقد القرض، وبالتالي لا ينبغي إطالة أمد إبرام الرهن في الفرضية التي يبرم فيها بعد تسليم المعدات.

ومهما كان الأمر، فإن المشرع وضع حلا للحالة التي يتم فيها إبرام الرهن في تاريخ لاحق لتاريخ تسليم المعدات، ولكن ماذا لو تم إبرام الرهن قبل تسليم المعدات، وهي فرضية غير مستبعدة بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 356 من م.ت.

بالفعل، تثار صعوبة من الناحية العملية إذ غالبا ما يمنح الرهن للمؤسسة المقرضة التي ترضي الائتمان من أجل شراء المعدات قبل تسليمها، بل أحيانا قبل صنعها، من الصعب إذن إن لم يكن من المستحيل الإشارة في المحرر إلى مواصفات المعدات، إضافة إلى ذلك يمكن وضع المعدات في مكان أو تسليمها في تاريخ مختلفين عن المكان والتاريخ اللذان تم الاتفاق عليهما أصلا؛ في هذه الفرضية يقع التسليم بعد محرر الرهن.

لا تسعفنا الفقرة الأخيرة من المادة 356 من م.ت في إعطاء حل لهذه الصعوبة لأنها تتكلم فقط عن الرهن الذي يبرم بعد تسليم المعدات. ولذلك، يثار التساؤل التالي: هل يقع الرهن باطلا على أساس أن التسليم تم في مكان مخالف للمكان المحدد في العقد، أم على أساس أن التسليم حصل بعد التاريخ المحدد في العقد؟ هل يمكن أن تصبح الديون حالة الأجل بقوة القانون، أم يمكن إبرام رهن جديد على المعدات بالمواصفات والشروط الجديدة، أم يمكن إجراء تعديل على هامش التقييد الأصلي؟

جوابا على هذه الأسئلة، يمكن القول، بصفة عامة، ما دام المدين والدائن قبلا بالتغيرات التي حصلت فلا سبيل لإبطال العقد، أما فرضية إبرام عقد جديد فهي مستبعدة كذلك، بقيت إذن إمكانية انجاز قيد معدل للتقيد الأصلي.

وهكذا، نعتقد أنه ما دام المشرع أجاز إمكانية إبرام الرهن بعد التسليم، واشترط أن يتم إبرامه خلال أجل أقصاه ثلاثون يوما من يوم التسليم، فإنه في حالة وقوع التسليم بعد الرهن، يجب تمكين الطرفين من تسوية الوضعية ومنحهما أجلا لذلك، ومن ثم وجب إلزام المدين بإعلام الدائنتين المرتهنتين بتاريخ ومكان التسليم من جهة، وإلزام الدائن المرتهن، من جهة ثانية، بالقيام داخل أجل مماثل من يوم التوصل بالإشعار بإجراء قيد تكميلي على هامش القيد الأصلي، تحت طائلة عدم الاحتجاج بالرهن على الغير.

ثالثا: الإشهار

الإشهار إجراء ضروري لانعقاد العقد، ويتم عن طريق التقييد الذي يجب أن تتبع بشأنه إجراءات محددة ويجب تجديده كذلك.

1- التقييد

يجب، تحت طائلة البطلان، تقييد الرهن خلال أجل أقصاه عشرون يوما من تاريخ تحرير النسيء في سجل خاص بكتابة ضبط المحكمة التي تستغل الأدوات الموهونة بدائرتها⁽¹⁾؛ وللمقارنة، حدد المشرع الفرنسي أجل التقييد في خمسة عشر يوما⁽²⁾.

وإذا كان أجل التقييد قصيرا فهو أمر مبرر بضرورة المحافظة على مصالح طرفي الرهن والغير على حد سواء، فما بين تاريخ إنشاء الرهن وتاريخ التقييد في السجل الخاص قد تقع بعض الحوادث التي تؤثر سلبا على حقوق البعض، وقد يبادر المدين إلى التصرف في المعدات أو استبدالها

⁽¹⁾ الفقرة الأولى من المادة 357 من م.ت.

⁽²⁾ المادتان 10 و 11 من قانون 17 مارس 1909 المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري، والمادة 3 من قانون 18 يناير 1951 المعدل بمقتضى مرسوم 30 شنتبر 1953، أما القانون رقم 69-1129 الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1969 فإنه اكفى بتكريس هذا المقتضى في الفقرة 2 من المادة 3.

بأخرى أقل منها جودة، وقد يرتب عليها حقوقاً لفائدة الغير؛ وبما أن أموال المدين تشكل ضماناً عاماً للدائنين، فقد يبادر أحد الدائنين - ولو نشأ دينه قبل اقتناء المعدات المذكورة - بالتنفيذ على هذه المعدات.

وفي هذا الأجل القصير حماية أكيدة للغير الذي يتعامل مع المدين بعد الرهن ويتفاجأ برهن سابق غير مقيد، كما قد يتواطؤ المدين الراهن والدائن المرهن على تأخير إجراء القيد لإيهام الغير بأن المعدات غير مرهونة لتيسير سبل الاقتراض على المدين، ولذلك؛ فالأفضل للجميع الإسراع بشهر الرهن من خلال قيده في السجل الخاص بذلك تحت طائلة البطالان.

وإذا كان المشرع يقصد، عند سن مدونة التجارة، بالحكمة الابتدائية التي تستغل بدائلها المعدات المرهونة بالحكمة الابتدائية، فالمقصود بها الآن المحكمة التجارية بعد صدور القانون رقم 53.95 لحدث للمحاكم التجارية.

فمكان إجراء القيد بصفة عامة هو المكان الذي توجد به المعدات، وإذا تعلق الأمر بشركة، فالإشهار يتم كذلك بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد بدائلها المقر الاجتماعي للشركة⁽¹⁾؛ وينص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 357 من مدونة التجارة على أن المشتري إذا كان مقيداً في السجل التجاري بصفته ممارساً لنشاط صناعي أو تجاري، يجب أن يقيد الرهن في السجل التجاري الذي تمسكه المحكمة المقيدة فيه المقابلة.

ويتضح من المادة 358 من م.م.ت أن الدائن المرهن هو الذي يلزم بالمبادرة بإجراء التقييد لأنه هو المعني بالدرجة الأولى بالرهن، وبالتالي من

(1) انظر في القضاء الفرنسي:

مصلحته الإسراع بالقيد، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع المدين من اتخاذ المبادرة بإجراء التقيد.

ولا ينبغي الجمع أو الخلط بين أجل عشرين يوما الخاص بالتقيد وأجل الثلاثين يوما المحتسب من تاريخ التسليم والخاص بتحرير العقد المنشئ للرهن.

إن التقيد بالسجل الخاص المسوك لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي تستغل الأموال المرهونة بدائرتها، يعطي إذن قوة وفعالية للضمان، ويحفظ للدائن المرهن حق الأفضلية على غيره من الدائنين، ويحول له مزية الاحتجاج بحقوقه في مواجهة المدين والأغيار على السواء، ويلعب دور الحيازة في الرهن الحيازي، ويحمي كذلك حقوق الأغيار⁽¹⁾، مما يعني أن الامتياز الناشئ عن الرهن لا يرتب مفعوله إلا بالتقيد، فالتقيد له أثر منشيء للحق، ومتى تم تقيد الرهن أصبح الامتياز موجودا وثابتا، وإذا لم يتم تقيدته خلال أجل المحدد اعتبر الرهن باطلا من أساسه، وهو أثر قانوني خطير يضيع معه امتياز الدائن المرهن الذي لا يمكنه الاحتجاج بهذا الامتياز في مواجهة الغير، ولن يكون له في مواجهة المتعاقد معه على الرهن إلا حقا شخصيا.

ولذلك يكون من الضروري بالنسبة للدائن المرهن أو من ينوب عنه الإسراع بتقيد الرهن ليتفادى بذلك جميع المخاطر وخاصة فقدان الامتياز على باقي الدائنين.

⁽¹⁾ من خصائص رهن أدوات ومعدات التجهيز أنه لا يمنح للدائن المرتهن الحق في حيازة المعدات المرهونة.

إضافة إلى ذلك، فإن نظام الشهر المرتكز على التقييد، يحمي حقوق الأغيار أيضا، لأنه فيه إعلام لهم بتعلق حق الدائن المرهن بالمعدات المرهونة، وأن هذه المعدات لم تعد جزء من أموال الدائن الحرة تصرف فيها كما يشاء. ولكن على الرغم من مزايا التقييد، وعلى الرغم أيضا من أن المدين يمنع من التصرف في المعدات المرهونة، فإن الغير حسن النية قد يتعامل مع مالك المعدات، كأن يقرضه مبلغا معيناً من المال، أو أن يبيع له بأجل بضائع أو مواد أولية أو غيرها مما هو لازم لنشاطه التجاري معتقدا ملاءته بفعل ما يتوفر عليه من معدات وتجهيزات وغيرها، ناهيك على أن هذا الغير يمكن أن يشتري المعدات من مالكها معتقدا أنها جزء من أمواله الحرة، لأنه يصعب عليه أن يعرف أن المعدات أو الأدوات المستغلة في الأصل التجاري مرهونة للمقرض أو البائع ما دامت هذه المعدات لا تحمل أية علامة تدل على أنها مرهونة في إطار رهن أدوات ومعدات التجهيز.

وحماية لحقوق الدائن، يستحسن لو مكن المشرع، على غرار التشريع الفرنسي، الدائن المرهن من مطالبة المدين بوضع لوحة معدنية صغيرة على المعدات المرهونة تبين بكل وضوح تاريخ ورقم تقييد الامتياز الذي ينقل تلك الأموال، والتنصيص على عقوبات زجرية تطبق على المدين الذي يمتنع عن تعليق هذه اللوحة بالمعدات أو يقوم بإزالتها أو إخفائها قبل انقضاء الرهن أو التشطيب عليه، وبالتالي سيكون المشتري المحتمل لهذه المعدات المرهونة سيء النية، أو يفترض فيه على الأقل سوء النية عندما يشتريها وهي تحمل العلامة الدالة على الرهن المقيد⁽¹⁾.

(1) وبالفعل، فالمشرع الفرنسي، بمقتضى المادة 7 من قانون 18 يناير 1951، نص على تدبير مهم إذ أعطى للدائن الحق في مطالبة المدين بتعليق لوحة معدنية صغيرة plaque على المعدات تفيد أنها مقلقة بالرهن، والزم المدين بالاستجابة لطلب تعليق اللوحة على المعدات وعدم إتلافها أو إخفائها تحت طائلة تعرضه لعقوبات زجرية.

2- إجراءات التقييد

توجب المادة 358 من م.ت على الدائن المرهّن عند طلب التقييد أن يبدلي، شخصيا أو بواسطة الغير، بنسخة من محضر البيع أو القرض المنشئ للرهن إذا كان عرفيا أو بنظير منه إذا كان رسميا، إلى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي تستغل بدائلها الأدوات المثقلة بالرهن داخل أجل عشرين يوما من تاريخ المحرر المنشئ.

ويبدلي كذلك الدائن المرهّن بجدولين محررين على ورق عادي، ويمكن تعويض أحدهما بمحرد إشارة بذلك على نسخة أو نظير المحرر؛ ويشتمل الجدولان على البيانات التالية:

1- الاسم الشخصي والعائلي والموطن لكل من الدائن والمدين

ومهنتهما؛

2- تاريخ العقد وطبيعته؛

3- مبلغ الدين المصرح به في السند والشروط المتعلقة بالفوائد

والاستحقاق؛

4- الميزات الأساسية للمعدات (العلامة - الصنف - رقم السلسلة ...

الخ)؛

5- المكان الذي يجب أن تنصب به المعدات أو الإشارة، عند الاقتضاء، بأن هذه المعدات قابلة للانتقال؛

6- الوطن المختار من طرف الدائن المرهّن في دائرة المحكمة المطلوب التقييد في كتابة ضبطها⁽¹⁾.

(1) المادة 359 من م.ت.

ولقد أشارت المادة 358 من م.ت، في صياغة معيبة⁽¹⁾، إلى أن إيداع هذه الوثائق بكتابة ضبط المحكمة بقصد التقييد يتم بعد التسجيل بالحكمة، لكن المقصود بالسجيل هنا هو ذلك الإجراء الذي يتم لدى إدارة التسجيل، ولعل السبب في هذه الصياغة المعيبة هو عدم وجود فواصل ونقط بين الجمل وفي المكان المناسب، خاصة وأن هذه المادة تشتمل على مقتضيات كثيرة ودقيقة، فعبارة "التسجيل" مثلاً اختلطت بعبارة "التقييد"، فبدأ وكأن الإجراءين معا ينجزان بكتابة ضبط المحكمة، وأن التسجيل يسبق الإيداع بالحكمة، أضف إلى ذلك إقحام عبارة "الرهن الحيازي" ضمن مقتضيات المادة 358 من م.ت التي لا علاقة لها بالرهن الحيازي.

أما فيما يتعلق بالمصاريف التي يجب أدائها لانجاز التقييد، فإنه استنادا إلى المادة 62 من الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1984، المتعلق بالرسوم القضائية في المجالات المدنية والتجارية والإدارية، يتبين أن من يقوم بإيداع عقد رهن أدوات ومعدات التجهيز، يجب أن يؤدي رسماً قضائياً ثابتاً محددًا في مبلغ 150 درهماً، إضافة إلى مبلغ نسبي قدره 0,50% من مبلغ القرض، وتسري نفس الأحكام على كل تعديل يلحق العقد المودع.

وبمجرد ما يتلقى كاتب الضبط الوثائق المشار إليها، ينقل مضمون الجدولين في سجل خاص، ويسلم لطالب التقييد نظير العقد مع أحد الجدولين بعد أن يشهد في أسفله على إتمام إجراءات التقييد.

وبمارس كاتب الضبط، قبل إتمام التقييد، نوعاً من الرقابة للتأكد من مختلف البيانات مثل: العنوان وصفة الموقع على عقد الرهن، ومدى مطابقة

(1) المهدي شبو، الدليل العملي في السجل التجاري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط.1 س. 1430-2009، ص.312.

رسم السجل التجاري لاسم المدين الراهن، والتحقق من تاريخ العقد للتأكد من أن الإيداع تم داخل أجل العشرين يوما من تاريخ العقد، والتأكد كذلك من البيانات العامة للعقد، ومن أداء الدائن المرهن للرسوم القضائية⁽¹⁾.

ويجوز لأي شخص أن يحصل من كتابة الضبط بالحكمة المختصة إما على لائحة التقييدات الموجودة بشأن أدوات ومعدات التجهيز مع البيانات المتعلقة بالأسبقية وبالنشيط الجزئي أو الكلي، أو بحلول بعض الدائنين محل البعض في الدين كله أو بعضه، وإما شهادة تقتصر على إثبات وجود أو عدم وجود تقييدات اتخذت على الأصل التجاري أو على أدوات ومعدات التجهيز⁽²⁾.

ولم يكن المشرع دقيقا حينما نص في المادة 368 من م.ت. على أن لائحة التقييدات المسجلة لمن يطلبها تتضمن التقييدات المتخذة على المال المرهون "بمقتضى هذا الباب"، فالباب المشار إليه في هذه المادة ينظم نوعين من الرهن غير الحيازي: رهن أدوات ومعدات التجهيز ثم رهن بعض المتوجات والمواد المينة في قائمة تضعها الإدارة؛ وهو ما يثير التساؤل حول مدى وجوب تضمين اللائحة، المسجلة لمن يطلبها، ليس فقط التقييدات المحدثة بموجب المادة 355 من م.ت، أي التقييدات المتعلقة بأدوات ومعدات التجهيز، وإنما كذلك التقييدات المحدثة بموجب المادة 378 من م.ت، أي التقييدات المتعلقة بالمتوجات والمواد المينة في القائمة التي تضعها الإدارة.

(1) المهدي شوب، م.س.ص. 312.

(2) المادة 368 من م.ت.

ويؤدي التفسير الحرفي لعبارة "هذا الباب" أخذها بمعناها الواسع، ولكننا نعتقد أن هذا المعنى لا ينسجم مع سياق النصوص المنظمة للرهن أدوات ومعدات التجهيز، ذلك أن من يعنيه أمر هذه المعدات يجب تسليمه لائحة بالتقييدات المتخذة بشأنها، أو شهادة بعدم وجود تقييد عليها أو أنها منقولة فقط، وذلك بناء على طلبه، أما قائمة الرهون المقيدة على البضائع والمتوجات فهي لا تعنيه، وبالتالي بإمكان كاتب الضبط عدم الاستجابة لطلب الحصول على لائحة بالتقييدات التي تهم الأدوات ومعدات التجهيز إلى جانب التقييدات التي تهم المتوجات والمواد، هذا طبعاً في إطار المادة 368 من م.ت، خاصة وأنه في باب رهن بعض المتوجات والمواد، تنص المادة 382 من م.ت على أنه: "يسلم كاتب الضبط لكل طالب قائمة الرهون المقيدة منذ أقل من سنة وثلاثة أشهر في اسم المقترض، أو شهادة تثبت عدم وجود أي تقييد".

وحتى بمنطق أن هذه المتوجات والمواد قد تدخل ضمن عناصر الأصل التجاري، فإن المشرع نص في المادة 368 من م.ت على أن لائحة التقييدات تشمل ما يتعلق بالأدوات والمعدات ثم ما يتعلق بالأصل التجاري، مما يعني وجوب تضمين اللائحة حتى المتوجات والمواد.

ولكن هذا دليل إضافي على عدم الحاجة إلى التنصيص على وجوب تضمين اللائحة جميع التقييدات سواء ما تعلق منها بالأصل التجاري أو بالأدوات والمعدات أو بالمتوجات والمواد، فهذه الأخيرة، على فرض اعتبارها عنصراً ضمن عناصر الأصل التجاري، فإن تسليم لائحة التقييدات المنسوبة على الأصل التجاري يعني عن التنصيص في المادة 368 من م.ت على وجوب تضمين اللائحة حتى الرهون المقيدة على المتوجات والمواد.

ولذلك، فالأسلم على ما نرى استبدال عبارة "هذا الباب" بعبارة "هذا الفصل"، وهو الفصل الأول (المتعلق برهن أدوات ومعدات التحفيز) من الباب الثاني من الكتاب الرابع المتعلق بالعقود التجارية.

3- تجديد التقييد

تقييد الرهن في السجل الخاص بكتابة المحكمة التجارية التي تستغل الأموال المثقلة بالرهن بدائلها لا يحفظ الرهن سوى لمدة خمس سنوات من تاريخ التقييد بدل عشر سنوات التي كان معمولا في ظل ظهور 22 نونبر 1956 المتعلق برهن أدوات ومعدات التحفيز والملغى. بمقتضى المادة 733 من م.ت، ومن ثم يعتبر القيد الأصلي لاغيا إذا لم يجدد خلال الخمس سنوات⁽¹⁾؛ ويضمن التقييد إلى جانب الدين الأصلي فوائد سنتين، وينتهي مفعوله إذا لم يتم تجديده قبل انصرام أجل المذكور.

والحكمة من حصر مدة سريان التقييد في خمس سنوات فقط أن الائتمان التجاري يتصف بقصر أجل بصفة عامة؛ وبلا حظ، فيما يتعلق بالمدة التي ينبغي أن يتحدد بها القيد، أن المشرع عبر عنها بالجواز، إذ تنص الجملة الأخيرة من المادة 367 من م.ت على أنه: "ويجوز تجديده بخمس سنوات أخرى"، ومعنى ذلك، على ما نعتقد، جواز تجديد القيد إما بخمس سنوات أو أقل أو أكثر؛ أما فيما يتعلق بعدد مرات التجديد فالمشرع ساكت على عكس التشريع الفرنسي الذي حصر التجديد في مرتين⁽²⁾، وهو ما يعني جواز التجديد في القانون المغربي ولو لمرة واحدة، ولا يشترط في ذلك إلا مراعاة إجراء التجديد قبل انصرام أجل خمس سنوات وتاريخ استحقاق الدين المضمون.

(1) المادة 367 من م.ت.

(2) المادة 11 من قانون 18 يناير 1951 المعدلة بمرسوم 20 ماي 1955.

ويتعين على كاتب الضبط، عندما يتلقى طلب التجديد، أن يتأكد من أن التجديد تم قبل انصرام أجل خمس سنوات من تاريخ التقييد الأول، ويشير في طرة التقييد الأول للرهن إلى تاريخ التجديد، ومدة التجديد، ثم يسلم إلى الدائن المرهن أحد جدولي تجديد الرهن يشهد في أسفله على إجراء التجديد ويحفظ الجدول الآخر الذي يحمل ذات البيانات بكتابة الضبط.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 367 من م.ت لم تحدد ما إذا كان انتهاء مفعول التقييد لعدم التجديد يؤدي إلى التشطيط التلقائي أو لا بد من تقديم طلب من لدن صاحب المصلحة، ويرى بعض الفقه، عن حق، أن التشطيط من لدن كاتب الضبط هو الذي ينسجم مع فلسفة المشرع في جعل التشطيط التلقائي وسيلة لتنقية السجل التجاري من مختلف الشوائب⁽¹⁾، وهذا لا يمنع صاحب المصلحة طبعاً من المطالبة بالتشطيط على التقييد الذي لم يتم تجديده قبل انصرام أجل الخمس سنوات.

وبلاحظ أن المادة 355 من م.ت تعطي الانطباع بأن الرهن المنصوص عليه في هذه المادة لا يقبل التطبيق على الأدوات والمعدات التي تستخدم في النشاط التجاري أو الصناعي، وأن مجال تطبيقها ينحصر في مجال أدوات ومعدات التجهيز المهنية كأدوات اللازمة لتجهيز مكاتب المحامين وعيادات الأطباء وغيرها من المهن الحرة.

لكن، ولو أن المادة 355 من م.ت ذكرت عبارة " المهنية "⁽²⁾، فإن هذه العبارة تستخدم بالمفهوم الواسع، كما سبق الذكر إذ تنطبق حتى على

(1) المهدي شيو، م.س. ص. 314.

(2) Professionnel

أدوات ومعدات التجهيز التي تستخدم في المتاجر أو المصانع، وما يدل على ذلك هو المادة 357 من نفس القانون التي، في إطار حديثها عن تقييد الرهن في السجل التجاري، ألزمت، بمقتضى الفقرة الثانية، المشتري الذي يكون مقيدا في السجل التجاري بصفته ممارسا لنشاط تجاري أو صناعي، أن يقوم بتقييد هذا الرهن في السجل التجاري الذي تمسكه المحكمة المقيدة فيه مقاولته؛ وهو ما أكدته المادة 360 من م.ت التي تنص على أنه: "إذا كان المشتري مقيدا في السجل التجاري قيد الرهن كذلك في السجل التجاري وفقا لنفس الشروط الواجبة لتقييد رهون الأصل التجاري"، أضف إلى ذلك أن أصحاب المهن الحرة غير ملزمين بالتقييد في السجل التجاري.

المطلب الثاني: آثار الرهن والتشطيب عليه

عندما يرم الرهن وينشأ عنه امتياز لفائدة الدائن المرتهن، يمنع على المدين القيام بالتصرفات التي من شأنها إنقاص ضمان الدائن المرتهن، كما أن هذا الأخير يستفيد من حق الأفضلية وحق التبع (الفقرة الأولى)، وفي حالة عدم أداء المدين للمدين المضمون في أجل الاستحقاق، أمكن للدائن المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون واقتضاء حقه من ثمن بيعه، ويقول الرهن في النهاية إلى التشطيب إذا تحققت شروطه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار رهن أدوات ومعدات التجهيز

ينشأ الرهن باستجماعه لجميع أركانه الموضوعية والشكلية، ويرتب عليه منع المدين من القيام بالتصرفات الضارة بالدائن المرتهن أو المساس بالأشياء موضوع الرهن (أولا)، كما يترتب على الرهن نشوء امتياز لفائدة الدائن المرتهن (ثانيا) .

أولاً: الأعمال الممنوعة على المدين القيام بها

1- إضعاف امتياز الدائن المرتهن

بما أن حيازة الأدوات أو المعدات المرهونة تبقى بيد الراهن مما يسمح له بالاستمرار في الاستغلال رغم الرهن، فإنه يخشى أن يأتي بعض الأعمال التي من شأنها إنقاص ضمان الدائن المرتهن بشكل كبير من قبيل إساءة الاستغلال أو تبديد الأشياء المرهونة أو إتلافها أو تغييرها أو نقلها، ولذلك وضع المشرع بعض الأحكام التي ترمي إلى إلزام الراهن بالحفاظ على الأدوات والمعدات المرهونة، فنص في المادة 377 من م.ت على عقاب المدين أو حائز الأموال المرهونة الذي يقوم عمداً بإتلافها أو محاولة إتلافها، أو بتبديدها أو يحاول تغييرها بأي وجه من الوجوه، وقصد بذلك حرمان الدائن من التمتع بحقوقه، وذلك بعقوبة جسيمة تتراوح بين ستة أشهر وستين وبغرامة يتراوح قدرها بين 2000 درهم و 10.000 درهم.

ويعاقب بنفس العقوبة كل من أتى عملاً تدليسياً من شأنه حرمان الدائن من الامتياز المخول له على الأشياء المرهونة، أو إضعاف هذا الامتياز.

ويمكن إثبات التغيير الذي يصيب الشيء المرهون، أمام القضاء الجزري، بجميع وسائل الإثبات⁽¹⁾.
ويمكن كذلك مساءلة المدين الذي يقبل إنشاء رهن على ما اشتراه من أدوات ومعدات، ويقوم بتسليمها للغير بدون علم البائع أو رضائه.

Cass. Crim 26 mars 1963, J.C.P. 1963. IV, 62.

⁽¹⁾ أنظر في القضاء الفرنسي:

فضلا عن ذلك، فقد منح المشرع للدائن المرهّن ضمانات خاصة في حالة نقل الأشياء المرهونة كما سيأتي بيانه فيما بعد.

2- بيع الأموال المرهونة بدون رضا الدائن المرهّن

يقتضى المدين في رهن أدوات ومعدات التجهيز حائزا لهذه الأشياء المرهونة، وبالتالي يستمر في استغلالها فيما أعدت له، ومع ذلك لا يجوز له بيعها كلها أو بيع بعضها قبل الوفاء بالددين المضمون أو استرداد المبالغ المضمونة إلا إذا وافق الدائن المرهّن على البيع، وإذا تعذر ذلك، وجب الحصول على إذن من قاضي الأمور المستعجلة بالحكمة التجارية، وإذا خالف المدين هذه الشروط فباع الأموال الثقيلة بالرهن كلها أو باع بعضها، فإنه يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 377 من م.م.⁽¹⁾

3- نقل المعدات المرهونة بدون إجماع الدائن

يؤدي قيام المدين بنقل المعدات أو الأدوات المرهونة بدون إعلام المدين إلى مخاطر كبيرة، فقد يترتب على هذا النقل نقصان قيمة المعدات، وبالتالي إضعاف التأمينات المقررة لصالح الدائن المرهّن، كما أن هذا الأخير يهيمه معرفة المكان الذي توجد به المعدات المرهونة حتى يتمكن، عند الاقتضاء، من التنفيذ عليها أو معاناة حالتها وما قد يكون لحقها من تلف أو اختلاس أو غيره، ولذلك فرضت المادة 366 من م.م على المدين الذي يرغب في نقل المعدات المرهونة من المكان الذي وضعت فيه لأول مرة بصفة ثابتة إلى مكان آخر، أن يعلم الدائنين المقيدين، قبل خمسة عشر يوما على الأقل، بنيتة نقل المعدات وبالعنوان الجديد الذي يعتزم استغلالها به، وإذا أخل المدين بالتزامه بالإعلام تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء فورا.

(1) المادة 363 من م.م.

وكذلك الحال، إذا قام المدين بنقل المعدات بدون موافقة الدائن المرهق، ونشأ عن النقل نقصان في قيمة المعدات، يصبح الدين المضمون مستحق الأداء فوراً وفقاً لما تنص عليه الفقرة 4 من المادة 111 م.ت التي أحالت عليها المادة 366 من نفس المدونة.

وتفرض المادة 366 م.م على الدائنين المرهقين في خلال الخمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلام المبلغ إليهم، أو الخمسة عشر يوماً المالية لعلمهم بالنقل، أن يقوموا بتقييد العنوان الجديد على هامش التقييد الموجود، ويجب عليهم أيضاً، إذا نقلت المعدات لتستغل بدائرة محكمة أخرى، أن يطلبوا إعادة التقييد الأول إلى تاريخه الأصلي مع الإشارة إلى العنوان الجديد في سجل هذه المحكمة⁽¹⁾؛ ويكون للتقيد المذكور نفس الأثر القانوني للتقيد الأول حتى لا يضر الدائن بنقل المعدات، لأنه لا دخل لإرادته في هذا الإجراء.

ورغم أن المادة 366 لا تشير إلى أي جزاء بالنسبة للدائن الذي أغفل القيام بهذه الإجراءات، فإنها أحالت إلى المادة 111 م.ت، وبناء على هذه المادة الأخيرة، يسقط حق الدائن الذي أغفل القيام بتلك الإجراءات وتسبب بتقصيره هذا في إلحاق الضرر بالأغيار الذين وقع تغليطهم بشأن المركز القانوني للمدين⁽²⁾.

ومعنى ذلك، إن إغفال تقييد العنوان الجديد على هامش التقييد الموجود، أو عدم إعادة التقييد الأول بتاريخه الأصلي مع الإشارة إلى العنوان الجديد بكتابة ضبط المحكمة التي تستغل بدائلها المعدات بعد نقلها، لا يترتب عليه بطلان التقيد.

⁽¹⁾ المادة 366 م.ت.

⁽²⁾ يرجع أصل هذه المقترضات إلى ما استقر عليه القضاء الفرنسي منذ سنة 1943، راجع في ذلك على سبيل المثال:

Cass.com.19 nov.1943, Sirey Dalloz, 1944-1.22.

وغني عن البيان أن الدائن المرهّن لا يلتزم بالقيام بهذه الإجراءات إلا إذا أعلم بالنقل من طرف المدين أو علم به، ومن ثم فإن الدائن الذي لم يتم إعلامه بالنقل أو لم يعلم به لا يتعرض لأي جزاء، ولا يفقد حق الامتياز بسبب إغفال تقييد العنوان الجديد على هامش التقييد الموجود.

إذن، وفقا للمادة 366 من م.ت، يصبح الدين المضمون برهن أدوات ومعدات التجهيز مستحق الأداء فورا، ومن ثم يسقط حق المدين الراهن في الأجل، وذلك في حالتين اثنتين هما: حالة نقل المعدات المثقلة بالرهن من المكان الذي وضعت فيه بصفة ثابتة دون إعلام الدائنين المقيدين، ثم حالة نقل المعدات المثقلة بالرهن بدون موافقة الدائنين المرهّنين، شريطة أن يترتب على النقل في هذه الحالة الأخيرة نقصان في قيمة المعدات.

سقوط الأجل في هاتين الحالتين مبرر لأن النقل يؤثر في حقوق الدائن المرهّن وينتقص من ضمانه الخاص المقرر على مال معين هو المعدات أو الأدوات، ومع ذلك هناك اختلافات بين الحالتين.

في الحالة الأولى، محل أجل الديون بقوة القانون، أما في الحالة الثانية فالأجل لا يسقط بحكم القانون بل يتعين رفع الأمر إلى القضاء للحكم بسقوط الأجل.

وقد راعى المشرع في هذه مقتضيات مصالح الطرفين معا، وتحقيق التوازن بينهما، ذلك أن مصلحة المدين قد تقتضي نقل المعدات إلى مكان آخر، وقد لا تتضرر مصلحة الدائن المرهّن من هذا النقل، ففي هذه الحالة لا يكون رضا الدائن ضروريا، ويكفي إعلامه بالنقل، وعلى العكس من ذلك إذا تضررت مصالح الدائن المرهّن من إجراء نقل البضائع من مكانها الأصلي إلى مكان آخر، كأن يترتب على النقل نقصان قيمة المعدات، ولم يوافق على

النقل، فشيء طبيعي أن يترتب على ذلك كجزاء تمكين الدائن من المطالبة بسداد الدين قبل موعد استحقاقه، لكن التصريح بسقوط الأجل في هذه الحالة يحتاج إلى استصدار حكم قضائي على أساس أن الخلاف بين الطرفين قد يكون جديا حول تحقق أو عدم تحقق الضرر بسبب نقل المعدات.

أما إذا حصل النقل بدون سابق إعلام - وكان الاتفاق المبرم بين الدائن والمدين ينص على المكان الذي تستغل فيه المعدات المثقلة بالرهن بصفة ثابتة، وأن هذه المعدات غير قابلة للانتقال - فإن الجزاء الذي يبدو مناسباً في هذه الحالة هو حلول أجل الدين بقوة القانون، ومن دون حاجة لمراجعة القضاء لاستصدار حكم بسقوط الأجل.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالة أخرى يسقط فيها حق المدين في مزية الأجل، وهي حالة وقوع الحجز التنفيذي على المعدات المرهونة المنصوص عليها في المادة 369 م.م، وفرض المشرع في هذه الحالة تبليغ الحجز إلى الدائنين المتنفعين بالامتياز الناشئ عن رهن أدوات التجهيز في أجل خمسة عشر يوماً على الأقل قبل التاريخ المعين للبيع، ويستوفي الدائن المرهّن حقوقه بالأولوية على باقي الدائنين من ناتج البيع.

ثانياً: امتيازات الدائن المرهّن

يترتب على الرهن المستجمع لكافة الأركان والشروط الموضوعية والشكلية امتيازات لفائدة الدائن المرهّن لضمان استيفاء حقه عند حلول الأجل، تتمثل هذه الامتيازات في حق الأولوية (1) وحق التبع (2).

1- حق الأولوية⁽¹⁾

1- رتبة الامتياز

عندما يحل أجل الدين دون أن يؤديه المدين، ويمارس البائع إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون لاستيفاء حقه، كما سيأتي بيانه لاحقاً، فإنه يستوفي حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المقيدين، ذلك أن الرهن يرتب لفائدة الدائن المرتهن حقاً عينياً على الشيء المرهون هو حق الرهن، وهذا الحق يعطي للدائن حق امتياز على الشيء المرهون هو حق الأولوية.

ورغبة من المشرع في تقوية حقوق بائعي أدوات ومعدات التجهيز، جعل من حق الأولوية وسيلة جد فعالة لأنه ضحى، في سبيل تعزيز امتياز بائع الأدوات والمعدات، بعدة امتيازات لها مرتبة مفضلة في إطار القواعد العامة من قبيل: الدائن المرتهن برهن رسمي، وامتياز الخزينة وامتياز الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وصناديق القرض الفلاحي، وامتياز بائع الأصل التجاري الذي يدخل المال المتقل في استغلاله، وكذا امتياز الدائن المرتهن على مجموع الأصل المذكور⁽²⁾، المقيد قبل تقييد رهن أدوات ومعدات التجهيز.

وعلى العكس من ذلك، فإن امتياز الدائن المرتهن لمعدات وأدوات التجهيز تسبقه في المرتبة: امتيازات المصاريف القضائية، وامتياز مصاريف

⁽¹⁾ غني عن البيان أن حق الأولوية لا معنى له إلا إذا كان للمدين دائنان أو أكثر يتنازعان توزيع المبلغ الناتج عن بيع الشيء المرهون، في هذه الحالة فقط تثار مسألة تحديد من من الدائنين تكون له الأسبقية في استيفاء دينه بالأولوية على الدائنين الآخرين، وقد يفضل المشرع دائناً على آخر كما هو الشأن بالنسبة للدائن المرتهن برهن مقرر على معدات التجهيز مقارنة بالدائن المرتهن برهن رسمي على عقار، فالدائن الأول يتمتع بحق امتياز قرره القانون، ولذلك فهو مقدم في استيفاء دينه على عدة دائنين ورد تعدادهم في المادة 365 من م.ب.
⁽²⁾ المادة 365 من م.ب.

الحفاظة على الشيء، والامتياز الممنوح للمأجورين بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل 1248⁽¹⁾ من ق.ل.ع.

(1) تنص الفقرة الرابعة من المادة 1248 من ق.ل.ع على ما يلي: "الأجور، والتعويضات عن الفصل المستحقة الأجرة، والتعويضات المستحقة بسبب الإخلال بوجوب الإعلام بفسخ العقد داخل المهلة القانونية، والتعويضات المستحقة إما عن الفسخ التصفيي لعقد اجارة الخدمات، وإما عن الإنهاء السابق لأوانه لعقد محدد المدة متى كانت مستحقة:

أ- للخادم.

ب- للعامل المستخدمين مباشرة من المدين.

ج- للكتبة والمستخدمين والمكافئين، سواء كانت لهم رواتب محددة أو كانت أجورهم محددة بصورة نسبية.

د- للقاتلين الدراماتيكيين الممثلين وغيرهم من الأشخاص المستخدمين في محلات إنتاج الأفلام السينمائية.

هـ- للقاتلين وغيرهم من الأشخاص المستحقة لهم عن السنة أشهر السابقة على الوفاة أو الإفلاس أو التوزيع، أو إذا

والكل بالنسبة إلى الأجور المستحقة لهم عن السنة أشهر السابقة على الوفاة أو الإفلاس أو التوزيع، بالنسبة إلى ما

كان الأجراء قد باشروا المطالبة القضائية ضد رب العمل قبل الوفاة أو الإفلاس أو التوزيع، بالنسبة إلى ما

عساه أن يكون مستحقاً لهم من أجور عن السنة أشهر الأخيرة، ويطبق نفس الحكم على توريدات المواد

الغذائية للمدين أو لعائلته.

غير أنه يطبق ما يأتي في دفع الحصة الغير القابلة للحجز عليها من التعويضات المذكورة في الفقرة الأولى

من هذا البند ومن المبالغ التي لازالت مستحقة:

عن الأجور المكتسبة فعلاً للعامل المستخدمين مباشرة، من المدين، أو للخدم عن الثلاثين يوما الأخيرة؛

عن العمولة المستحقة للمتجولين والممثلين التجاريين عن التسعين يوما الأخيرة من العمل ؛

عن الأجور المستحقة للبحارة عن فترة الوفاء الأخيرة .

والحصة غير قابلة للحجز عليها من التعويضات المذكورة آنفا، تحسب مستقلة عن الحصة الغير القابلة

للحجز عليها من الأجور.

وان وفاء تلك الحصة الغير القابلة للحجز عليها، والتي تمثل الفرق بين الأجور والعمولات والتعويضات

المستحقة وبين الحصة القابلة للحجز عليها منها، يجب أن يتم بالرغم من وجود أي دين ممتاز آخر أو لمرتبة.

أيام التالية لحكم شهر الإفلاس أو التصفية القضائية، بناء على مجرد الأمر من قاضي التفليسة، بشرط واحد

هو أن يوجد في يد السنديك أو المصفي النقود اللازمة.

فإن لم يتوافر هذا الشرط تلازم دفع الحصص السابقة من الأجور والعمولات والتعويضات من أول نقود

تدخل في يد السنديك أو المصفي، دون اعتبار لوجود أي دين ممتاز آخر أو لمرتبة.

وفي حالة الإفلاس أو التصفية القضائية، إذا دفعت الحصة الغير القابلة للحجز عليها من الأجور والعمولات

والتعويضات التي ما زالت مستحقة على المدين للعامل والمستخدمين والمتجولين والممثلين التجاريين،

وفقاً للأسس المبينة فيما سبق، من نقود سبقها وكيل الدائن (السنديك) أو المصفي أو أي شخص آخر

غيرهما، فإن المقرض يحل في الأجور المدفوعة محل مستحقها، ويحق له استيفائها بمجرد وجود النقود

اللزامة من غير أن يكون لأي دائن آخر أن يتعرض لذلك؛

خاصة: الدين المستحق للمصاحب في حادثة شغل أو إخلاله والمتعلق بالمصروفات الطبية والجراحية

والصيدلية ومصروفات الحجازة وكذلك التعويضات المستحقة له نتيجة العجز الموقت عن العمل؛

سائلاً: التعويضات المدفوعة للعامل والمستخدمين إما من صندوق الإسعاف الاجتماعي أو أية مؤسسة أخرى

تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشاركين فيها، وإما من أرباب الأعمال الذين يقومون مباشرة بتقديم

التعويضات العائلية لموظفيهم؛

سائلاً: الديون المستحقة لصندوق الإسعاف الاجتماعي وغيره من المؤسسات التي تقوم بتقديم

التعويضات العائلية للمشاركين فيها، من أجل رسوم العضوية والإشتراكات التي يلتزم هؤلاء المشاركون

بداؤها بالمنظمات السابقة، وكذلك من أجل الإضافات التي تقتضيها تلك الاشتراكات ورسوم العضوية.

ب- شروط الاحتياج بالامتياز الناشئ عن الرهن

لكي يتمكن الدائن المرهن من الاحتجاج بالرهن النصب على أدوات ومعدات التجهيز تجاه كل من الدائن المرهن رهنا رسميا وبائع الأصل التجاري والدائن المرهن على مجموع الأصل التجاري الذين سبق تقييدهم، يجب عليه أن يبلغ هؤلاء الدائنين، وفق قانون المسطرة المدنية⁽¹⁾، نسخة من الحرر المنشيء للرهن، ويتعين إنجاز هذا التبليغ، تحت طائلة البطالان، خلال الشهرين الماليين لإبرام الرهن⁽²⁾.

وهكذا، إذا كان وعاء الأولوية في عقد رهن أدوات ومعدات التجهيز هو هذه الأدوات ذاتها التي يستطيع الدائن المرهن التنفيذ عليها بمقتضى حق الرهن، فإنها قد تخصص لخدمة عقار فتصبح عقارا بالتخصيص⁽³⁾، وفي هذه الحالة يستمر امتياز الدائن المرهن قائما عليها⁽⁴⁾.

وبالفعل، استبعد المشرع بمقتضى المادة 364 من م.ت، تطبيق المادة 159 من ظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) على الأدوات والمعدات المرهونة

⁽¹⁾ بعد التعديلات الأخيرة التي عرفتها المواد 32 و37 و38 و63 و431 من قانون المسطرة المدنية، بمقتضى القانون رقم 33.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.153 الصادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، يتبين أن تبليغ المحرر المنشيء للرهن للدائنين يتم بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط أو أحد الأعوان القضائيين، أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.

وإذا كان الدائن المبلغ إليه يسكن خارج المغرب، يتم تبليغه بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية، أو بواسطة البريد المضمون عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقتضي بغير ذلك (المادة 37 من ق.م.م).

ويتغير التبليغ صحيحا إذا سلم الغلاف المغفوم إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو في محل عمله أو في مكان آخر يوجد فيه، ويجوز أن يتم التبليغ في الموطن المختار (المادة 38 من ق.م.م).

وإذا تعذر على المكلف بالتبليغ أو السلطة الإدارية إجراء التبليغ لعدم العثور على المقضي بالأمر أو على أي شخص في موطنه أو محل إقامته، انصق في الحين إشعارا بذلك في موضوع ظاهر، مكان التبليغ (المادة 39 من ق.م.م).

⁽²⁾ الفقرة الأخيرة من المادة 365 من م.ت.

⁽³⁾ ينص الفصل 7 من ظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) المنطوق بالتشريع المطبق على العقارات المحفلة على ما يلي: "تعتبر عقارات بالتخصيص الأشياء التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها، وكذا الشأن في جميع الأشياء المنقولة الملحقة بالملك بصفة دائمة".

⁽⁴⁾ المادة 364 من م.ت. أخذ المشرع الفرنسي بنفس مقتضيات في قانون 18 يناير 1951.

التي ترصد لخدمة العقار⁽¹⁾، ومعنى ذلك أن تحول هذه الأدوات إلى عقارات بالتخصيص لا يعني فقدان الدائن المرهن لامتيازهِ عليها، ثم إن الرهن الرسمي المنصب على العقار لا يشملها استثناء من أحكام الفصل 159 المذكور والذي حلت محله المادة 167 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية⁽²⁾ وكذلك الحال في حالة التراجع بين الدائن المرهن لأدوات أو معدات التجهيز وبائع الأصل التجاري الذي تدخل تلك المعدات المرهونة في استغلاله، فالدائن الأول له امتياز على الدائن الثاني الذي يمارس إجراءات بيع الأصل التجاري، وقد اشترط المشرع، كما سبق الذكر، للاحتجاج بحق الرهن تبليغه إلى بائع الأصل التجاري خلال الشهرين المواليين لإبرام الرهن تحت طائلة البطالان، أي أن الدائن المرهن لا يمكنه الاحتجاج بحق الرهن وبامتيازهِ في مواجهة بائع الأصل التجاري ما لم يبلغه إليه خلال الأجل المذكور.

ونفس القواعد تسري على التراجع بين الدائن المرهن لأدوات ومعدات التجهيز والدائن المرهن على مجموع الأصل التجاري الذي تدخل تلك المعدات في استغلاله.

وتجدر الإشارة إلى أنه، إلى جانب إمكانية اعتبار أدوات ومعدات التجهيز عقارا بالتخصيص، فإن مالك العقار قد يضع هذه المعدات في عقاره الذي يستغل به التجارة أو الصناعة، فلا تكون تلك المعدات مخصصة لخدمة العقار في حد ذاته، وإنما مخصصة لخدمة نشاط تجاري أو صناعي، وبالتالي تقبل الرهن في استقلال عن العقار وتعتبر عنصرا ضمن عناصر الأصل التجاري.

(1) ينص الفصل 159 على ما يلي: "إن الرهن الرسمي المكتسب يمتد إلى التحسينات المحدثّة بالملك المرتهن".

(2) صدر بتنقيح الظهير الشريف رقم 1.11.178 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22) نونبر 2011، ج.د.ع. 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011.

وغني عن البيان أن الاحتجاج بحق الرهن يستوجب تقييد الرهن في السجل المسوك لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي تستغل بدائرتها الأموال الموهونة كما سبق توضيحه.

وتتخصر مدة الامتياز في خمس سنوات فقط تبدأ من تاريخ الجاز التقييد، وينتهي مفعول الامتياز إذا لم يتم تجديد القيد قبل انتهاء الخمس سنوات المذكورة كما سبق تفصيله ؛ ويضمن الامتياز إلى جانب الدين الأصلي فوائد سنتين.

2- حق التتبع

للدائن المرهن، كقاعدة عامة، حق تتبع الشيء المرهون والتنفيذ عليه في أي يد انتقل إليها إذ لا يستلزم حق التتبع بقاء الشيء المرهون في ملكية أو في حيازة الراهن، ولا يثار حق التتبع أصلا إلا إذا انتقل الشيء المرهون إلى يد الغير؛ وبذلك، فحق التتبع مسخر في واقع الأمر لحماية حق الأولوية الذي هو جوهر حق الرهن⁽¹⁾، وحق الأولوية يظل مهيدا إذا لم يعضد بحق التتبع⁽²⁾.

تسري هذه الأحكام على الدائن المرهن لأدوات ومعدات التجهيز بالرغم من أن المشرع لم ينص على حق التتبع صراحة ضمن مقتضيات المنظمة لرهن أدوات ومعدات التجهيز بخلاف لما سلكه بالنسبة للدائن المرهن للعقار⁽³⁾.

Claud Morel, op.cit.p.4 n° 66.

(1) انظر:

(2) يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط1، س 2011، ص.234.

(3) وبالفعل، ينص المشرع في الفصل 157 من ظهير 2 يونيو 1915 المنطوق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة على ما يلي: "الرهن الرسمي حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام =

ويرى بعض الفقه أن حق التبعية ليس أثرا عاديا من آثار الرهن والتقييد ما دام المدين ممنوعا من التصرف في المعدات المثقلة بالرهن، وأن هذا المنع مقرون بإجراء زجري، وأضاف قائلا بأن حق التبعية ليس إلا استثناء تجوز إثارته فقط في حالة وجود لوحة معلقة على المعدات بما يفيد الرهن⁽¹⁾. ولكن، بإلقاء نظرة سريعة على مختلف التشريعات المنظمة للرهن يتبين أنها تؤمن بخصائص هذه الرهون وأهمها حق الأولوية وحق التبعية لأن التصرف في الشيء المثقل بالرهن أمر محتمل الوقوع رغم المنع التشريعي المصحوب بإجراءات زجرية أحيانا؛ وبذلك يمكن القول إن حق التبعية يعتبر أثرا احتياطيا من الآثار اللازمة للرهن يتم تفعيله عندما تدعو الضرورة إلى ذلك، وكثيرا ما تتم ترجمة هذا الحق على أرض الواقع في المنازعات المرتبطة بالتصرف في الشيء المرهون؛ وبذلك يمكن للدائن المرهن للمعدات الاحتجاج بحق التبعية لحماية حق الأولوية.

ولكن المشكل الذي يثار عمليا هو أن الغير يصعب عليه معرفة ما إذا كانت هذه المعدات مرهونة أو غير مرهونة من جهة، ويصعب على الدائن المرهن نفسه معرفة اليد التي انتقلت إليها الأشياء المثقلة بالرهن من جهة ثانية، وهو ما يعرقل تفعيل حق التبعية واقتضاء الدين المرهون بالأولوية على باقي الدائنين.

وتفاديا لمثل هذه الصعوبات، فرض المشرع الفرنسي، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون 18 يناير 1951، إضافة إلى إشهار الرهن، تثبيت

= وهو بطبيعته لا يتجزأ، ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له، وعلى كل جزء منها، ويتبناها في أي يد انتقلت إليها؛ وأكد على نفس المقضييات في المادة 185 من نفس القانون.

(1) أنظر:

Claud Morel, op.cit.p.4. n°66 .

لوحة معدنية على المعدات الموهونة في مكان بارز تفيد كونهما موهونة، فهذه الإشارة تشيء قرينة قوية على سوء نية الغير الحائر، ومن ثم تشيء صنفا خاصا من المنقولات المادية تنفلت من تطبيق القاعدة العامة النصوص عليها في المادة 2279 من مدونة القانون المدني الفرنسي، أي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ومع ذلك إذا كان تثبيت اللوحة على المعدات الثقلة بالرهن مفيدا للغير والدائن المرهن على حد سواء - ويستحسن لو أن المشرع أخذ بهذه الفكرة لمزاياها - فإن عدم وجود هذه اللوحة على المعدات لا يعني عدم الاعتراف بحق الأولوية كأثر من آثار الرهن، وبإمكانية الدائن إثارة هذا الحق في مواجهة الغير سبيء النية أو الذي ثبت تواطؤه مع المدين الراهن، والحيولة، من ثم، دون استفادته من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ثالثا: التذنيذ على الشيء الموهون

في حالة عدم وفاء المدين بالدين في تاريخ الاستحقاق أو في حالة حلول الدين، يحق للدائن المرهن التنفيذ على الشيء الموهون واستيفاء حقه من ثمن البيع (1)، وتختلف صور تحقيق الرهن بحسب الغرض الذي خصصت له المعدات (2).

1- حالات المطالبة بالتذنيذ على الشيء الموهون

تثار مسألة التنفيذ على الشيء الموهون في عدة حالات يمكن إجمالها

فيما يلي:

- عندما يحل أجل الدين المضمون بالرهن على معدات وأدوات التجهيز دون أن يتم الوفاء به من قبل المدين الراهن، ومعنى ذلك أنه

لا يمكن للدائن المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون إلا إذا حل أجل الدين المضمون ولم يؤديه المدين⁽¹⁾؛

- عندما يقوم المدين بنقل المعدات من المكان الذي وضعت فيه بصفة ثابتة إلى مكان آخر دون توجيه إعلام إلى الدائن المرتهن، ففي هذه الحالة يحل أجل الدين المقيّد بقوة القانون⁽²⁾؛

- عندما يتقرر حجز تنفيذي على المعدات المثقلة بالرهن؛ فلا شك أن حقوق الدائن المرتهن لأدوات ومعدات التجهيز ستتضرر بسبب الحجز التنفيذي الواقع على هذه المعدات، ولذلك فمصلحة الدائن تقتضي اعتبار الدين حالاً⁽³⁾؛

- عندما تتعرض المعدات أو الأدوات المرهونة للتلف أو السرقة، ففي هذه الحالة كذلك يصبح الدين مستحق الأداء فوراً ويفقد المدين مزية الأجل بعد استصدار الدائن المرتهن أمراً بذلك من قاضي المستعجلات⁽⁴⁾.

2- صور وإجراءات تحقيق الرهن

إذا لم يتوصل الدائن المرتهن بمبلغ الدين المضمون في تاريخ الاستحقاق أو تحققت إحدى حالات حلول الدين المشار إليها أعلاه، أمكنه متابعة إجراءات تحقيق الشيء المرهون حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 370 و 371 و 372 من م.ت، وتختلف صور وإجراءات تحقيق الرهن باختلاف الغرض الذي خصصت له المعدات المرهونة، أي

(1) المادتان 370 و 371 من م.ت .

(2) المادة 366 من م.ت.

(3) المادة 369 من م.ت.

(4) المادة 373 من م.ت.

بحسبما إذا أعدت لغرض صناعي (أ) أو فلاحي (ب) أو بحسبما إذا بيعت مع عناصر أخرى للأصل التجاري (ج).

أ- إجراءات تنفيذ رهن الممتلكات المنقولة لاستعمال

صناعي

من أجل إضفاء فعالية أكثر على رهن ومعدات التجهيز، وتحقيقاً لعوامل السرعة والثقة التي يركز عليها عالم الأعمال، ومن أجل تيسير سبل اقتضاء الحقوق المضمونة بالرهن التجاري غير الحيازي، عمل المشرع على تبسيط إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون.

وبالعمل، إذا تعلق الرهن بأدوات أو معدات مخصصة للاستعمال الصناعي وحل أجل الدين ولم يوفيه المدين، أو تحققت إحدى حالات حلول الدين المنصوص عليها في المواد 366 و 369 و 373 من م.ت، أمكن للبائع أو المقرض الذي قدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع، أن ينفذ على الشيء المرهون عن طريق بيعه بالمزاد العلني، وكل شرط مخالف لهذا المسعى يكون عديم الأثر⁽¹⁾.

ولهذه الغاية، يرفع الدائن المرهّن دعوى إلى قاضي المستعجلات لإصدار أمر يعاين فيه عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تحقق إحدى حالات حلول الدين، ويأذن بالتالي بيع الأموال المرهونة عن طريق المزاد العلني. وينم تنصيب المشرع على عرض التزاع على قاضي المستعجلات عن رغبته في تبسيط الإجراءات قصد تمكين الدائن المرهّن من اقتضاء حقه بسرعة، ولهذا السبب أيضاً لم ينص على إمكانية استئناف الأمر الصادر عن

⁽¹⁾ كان يشترط الدائن المرتهن على المدين، في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول الأجل، إمكانية تمكك الشيء المرهون أو بيعه دون مراعات الإجراءات المنصوص عليها في المادة 370 من م.ت.

قاضي المستعجلات، وبذلك يكون المشرع قد تجاوز الاختلاف الذي كان سائداً على مستوى الأحكام القضائية بشأن تطبيق الفصلين 13 و 14 من الظهير الصادر بتاريخ 22 نونبر 1956 - الملقى بالمادة 733 من م.ت - اللذان كانا يسندان الاختصاص للحاكم دون أن ينصا صراحة على إسناد الاختصاص لقاضي المستعجلات.

وعندما تباع المعدات بالمراد العلني يستوفي الدائن حقوقه مباشرة من محصول البيع بعد خصم المصاريف، وإذا كان محصول البيع يفوق المبالغ المستحقة للدائن المرهن، يودع الفرق بكتابة ضبط المحكمة لفائدة كل من له الحق في ذلك؛ وفي حالة العكس، يبقى المشتري، أي المدين الراهن، مديناً بالباقي.

ويمكن للدائن المرهن خلال ثلاثين يوماً تحتسب من تاريخ انجاز البيع، وبعد إثبات حقوقه على ثمن الأموال المرهونة، أن يقيم دعوى ضد المقترض أو المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين لمطالبتهم بباقي الدين، وإذا لم يرفع الدعوى داخل الأجل المذكور يسقط حقه في الرجوع عليهم ⁽¹⁾.

ب- إجراءات تحقيق رهن المعدات المخصصة لاستعمال

فلاحي

إذا ورد الرهن على معدات مخصصة لاستعمال فلاحي، ولم يؤد المدين مبلغ الدين عند تاريخ الاستحقاق، أو تحققت إحدى حالات حلول الدين كما هي منصوص عليها في المواد 366 و 369 و 373 من م.ت، أمكن للدائن المرهن، مقرضاً كان أو بائعاً، في إطار المادة 371 من م.ت، أن يتقدم بطلب إلى قاضي المستعجلات من أجل معايمة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته،

⁽¹⁾ عبد المجيد غصيبة، رهن أدوات ومعدات التجهيز، مقال منشور بسلسلة الندوات رقم: 2، سن. 1997 حول موضوع "مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاولات المغربية"، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، ص. 245.

وكل اتفاق يقضي بالتنفيذ على الشيء الموهون دون إتباع هذه الإجراءات يقع باطلا لما في ذلك من حماية للمدين.

وعندما يعاين قاضي المستعجلات عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، أو تحقق إحدى حالات حلول الدين، يأمر باسترجاع الدائن للمعدات الموهونة، ويعين بمقتضى نفس الأمر خبيرا أو عدة خبراء ليحددوا قيمة المعدات بتاريخ استردادها.

وبالرغم من أن الدائن المرهن لا يمكنه ممارسة حق الحبس لأن المعدات الموهونة لا توجد بحوزته، فإن المشرع سمح له بالاستئثار بهذه المعدات كمقابل لدينه بالقيمة التي يحددها الخبراء؛ يمكنه إذن أن يحتفظ بالمعدات لنفسه إذا قبل المبلغ الذي حدده الخبير أو الخبراء فيتفادى بذلك مشاركة من يمكنه أن يقدم عطاء أكبر كضمن لهذه المعدات حالة بيعها بالمزاد العلني، وفي هذه الحالة تخصم تلك القيمة من مبلغ الدين؛ ومع ذلك فطلب الاستئثار هذا ليس إلا مجرد إمكانية لأنه يتوقف على قبول المدين الراهن.

وإذا لم يقبل أحد الأطراف المبلغ الذي حدده الخبير أو الخبراء، يتم عندئذ بيع الأشياء الموهونة بالمزاد العلني⁽¹⁾؛ ويلاحظ بهذا الصدد أن المشرع لم يحدد الجهة التي يمكن التصريح أمامها بقبول أو عدم قبول المبلغ الذي حدده الخبير أو الخبراء⁽²⁾، ولم يحدد كذلك أجل وكيفية إتمام التصريح، وكذا الجهة التي تقرر البيع بالمزاد العلني، وما إذا أمكن الطعن بالاستئناف ضد أمر قاضي المستعجلات أم لا.

نعتقد أنه من أجل تسهيل وتسريع الإجراءات، يستحسن أن ينص الأمر القاضي بإجراء خبرة لتقييم المعدات - طبقا لما يجري به العمل في

(1) الفقرة 3 من المادة 371 من م.ت.

(2) عبد المجيد غصيبة، م.س. ص. 247.

الحاكم- على أجل معين يدي كل طرف خلاله .مستتجاته على ضوء الخبرة يضمنها في ذات الوقت تصرّحه بقبول أو عدم قبول الثمن المحدد في تقرير الخبر، وعلى ضوء هذه المستتجات يصدر قاضي المستعجلات أمرا ثانيا إما بتخصيص المعدات للدائن المرتهن بالقيمة المحددة في الخبرة أو بالبيع بالمزاد العلني للمعدات المرهونة.

وإذا كانت قيمة المعدات المحددة بواسطة الخبرة والمقبولة من قبل الطرفين، أو كان ثمن البيع بالمزاد العلني يفوق مبلغ الدين، ينتفع المدين الراهن بالفرق، ما لم يتعرض دائن آخر على دفعه، وإذا لم يكن الحصول كافيا لتغطية الدين المضمون بالرهن يبقى المدين الراهن مدينا بالفرق⁽¹⁾، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للدائن المرتهن الرجوع على المقترض أو المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين بعد إثبات حقوقه على الأموال المرهونة⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد أجلا للدائن المرتهن للمطالبة بباقي الدين خلافا لما فعله في حالة الرهن النصب على المعدات المخصصة للاستعمال الصناعي إذ حدد أجل الرجوع في ثلاثين يوما تحتسب من تاريخ انجاز البيع⁽³⁾.

ج- بيع المعدات المرهونة مع عناصر أخرى للأصل التجاري

يتعين على الدائن المرتهن لأدوات ومعدات التجهيز، الذي يتابع إجراءات تحقيق الرهن، الامتنال قبل البيع لمقتضيات المادة 113 من م.ت. التي تجيز لكل دائن يباشر إجراء حجز تنفيذي على الأصل التجاري، وكذا للمدين المتخذ ضده هذا الإجراء، أن يطلب من المحكمة التي يقع بدائرتها

(1) الفقرة الرابعة من المادة 371 من م.ت.

(2) الفقرة الخامسة من المادة 371 من م.ت.

(3) الفقرة الخامسة من المادة 370 من م.ت.

الأصل التجاري بيع أصل المدين المحجوز عليه جملة مع المعدات والبضائع التابعة له⁽¹⁾؛ ومعنى ذلك أنه عندما يتبين للدائن الذي يباشر إجراء حجز تنفيذي أو للمدين نفسه إمكانية الحصول على ثمن أكبر إذا بيع الأصل التجاري برمته مقارنة بثمن البيع الذي يمكن أن ينتج عن التحقيق الجزئي لمختلف عناصر الأصل التجاري، أمكنه المطالبة بالتحقيق الشامل، أي بيع الأصل التجاري جملة مع المعدات التابعة له⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي وسع من نطاق هذه الإمكانية حينما سمح بها لفائدة كل دائن له قيد على الأصل التجاري⁽³⁾.

وهكذا، فإن المعدات المثقلة بالرهن، عندما يراد بيعها مع عناصر أخرى للأصل التجاري، يعين لها ثمن خاص عند افتتاح المزايدة أو ثمن خاص إذا ألزم دفتر التحملات المشتري بأخذ تلك الأموال بعد تقرير الخبراء⁽⁴⁾، أكد المشرع على نفس مقتضيات في الفقرة الثالثة من المادة 120 من م.ت.⁽⁵⁾

ويجب أن يبلغ البيع إلى صاحب الامتياز في موطنه المعين في التقييد خلال الخمسة عشر يوما قبل التاريخ المعين للبيع حيث يمكنه أن يطلب إخراج الأشياء الموهونة لفائدته لإقامة دعوى الفسخ إذا تعلق الأمر بالبائع أو صاحب الامتياز أو من حل محلهم، أو يمكنه في جميع الحالات المطالبة بمتابعة البيع طبقا لأحكام المادتين 370 و 371 من م.ت.

(1) أخذ المشرع الفرنسي بنفس الأحكام بمقتضى المادة 20 من قانون 17 مارس 1909 المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري.

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من م.ت على ما يلي: "يجوز لكل دائن يباشر إجراء حجز تنفيذي وللمدين المتخذ ضده هذا الإجراء أن يطلب من المحكمة التي يقع بذاتها الأصل التجاري بيع أصل المدين المحجوز عليه جملة مع المعدات والبضائع التابعة له".

(3) المادة 20 من قانون 17 مارس 1909 المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري.

(4) الفقرة الأولى من المادة 372 من م.ت.

(5) تنص الفقرة الثالثة من المادة 120 من م.ت على ما يلي: "يتم بيع المعدات والبضائع مع الأصل التجاري في وقت واحد إما بتعيين ثمن افتتاحي لكل منها أو باتّمان متمايزة إذا كان الحكم القاضي بالبيع يلزم الراعي عليه المزاة بتسليم العناصر بالثمن الذي يقدّره الخبراء".

وإذا لم يطلب إخراج تلك الأموال المرهونة، تخصص المبالغ المحصلة من بيعها قبل كل توزيع للمستفيدين من التقييدات في حدود مبلغ أصل الدين والمصاريف والفوائد التي تضمنها التقييدات، مقابل وصل بذلك من طرف الدائن المنفع من الامتياز⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: التشطيط على الرهن

انطلاقاً من نص المادة 374 من م.ت، يتبين أن التشطيط على الرهن يتم بإحدى الوسيلتين الآتيتين: إما برضا الطرفين (أولاً) أو بواسطة حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به (ثانياً).

أولاً: التشطيط المبيني على رضاء الطرفين

يتم التشطيط على رهن أدوات ومعدات التجهيز برضا الطرفين وذلك بواسطة شهادة رفع اليد يدلي بها الدائن المرهن لقسم السجل بالحكمة التي تم تقييد الرهن بدائرتها، وبناء على هذه الوثيقة يقوم كاتب الضبط بالتشطيط الكلي أو الجزئي على القيد.

ويستوفى على التشطيط رسم قضائي حدد في 50 درهما طبقاً لما تم التنصيص عليه في الفصل 63 من الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر بتاريخ 27 ابريل 1984 المتعلق بالرسوم القضائية في المجالات المدنية والتجارية والإدارية.

ثانياً: التشطيط المبيني على حكم قضائي

قد يكون هناك موجب قانوني للتشطيط على الرهن، كأن يؤدي المدين كامل الدين المضمون بالرهن في تاريخ الاستحقاق، ومع ذلك يرفض الدائن المرهن التشطيط على الرهن، ففي هذه الحالة سمح المشرع للمدين

(1) المادة 372 من م.ت.

الراهن، بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 374 من م.ت، برفع دعوى أصلية بالتشطيب على الرهن أمام المحكمة التي تم التقييد بدائرتها، ولا يشطب كاتب الضبط على القيد إلا بجائزة الحكم القاضي بالتشطيب لقوة الشيء المقضي به.

يتم التشطيب على الرهن عن طريق التنصيص عليه من طرف كاتب الضبط في طرة التقييد، ويسلم شهادة التشطيب لمن يطلبها من الأطراف.

المبحث الثاني

رهن بعض المنتوجات والمواد

رغبة من المشرع في توسيع دائرة رهن النقول دون التخلي عن الحيازة لما في ذلك من فائدة للمدين، نظم بأحكام خاصة ما يسمى "رهن بعض المنتوجات والمواد"؛ وبما أن الحيازة تبقى بيد المدين الراهن، فإن المشرع راعى مصلحة الدائن المرهن أيضاً، فقرر حمايته من أعمال المدين التي قد تضعف الضمان المخصص له، وفرض عقوبات زجرية على المدين إذا ما بدد أو أتلف محل الرهن أو أدلى بتصريح كاذب.

تقتضي دراسة موضوع رهن بعض المنتوجات والمواد بحث الشروط الواجب توافرها في هذا الرهن وبحث آثاره (الفقرة الأولى) ثم بحث إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون والتشطيب على الرهن (الفقرة الثانية).

المطلب الأول: إنشاء الرهن وآثاره

يتطلب الرهن توفر أركان موضوعية وأخرى شكلية (الفقرة الأولى)، وإذا ما تحققت هذه الشروط يربط الرهن آثاره سواء في مواجهة المدين الراهن أو الدائن المرهن أو الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أركان إنشاء الرهن

بما أن الحيازة في رهن المنقول، وفقا للقواعد العامة، تنتقل إلى الدائن المرهن لما في ذلك من حماية لحقوقه، فإن المشرع لما أخرج عن هذه القاعدة وسمح بوقوع الرهن على بعض المنتجات والمواد مع بقاء الحيازة بيد المدين الراهن، فإنه اشترط لإبرام الرهن شروطا موضوعية (أولا) و أخرى شكلية (ثانيا) وهو ما يوفر الحماية القانونية للطرفين معا.

أولا: الأركان الموضوعية

باعتبار رهن أدوات ومعدات التجهيز عقدا فهو يخضع للأركان والشروط العامة للعقد (1)، ويجب أن يرد على المنتجات المحددة بقرار وزيري (2).

1- وجوب توافر الشروط الموضوعية العامة

رهن المنتجات والمواد عبارة عن عقد يخصص بمقتضاه المقرض المنتجات والمواد المحددة بقرار وزيري كضمان لأداء مبلغ القرض للمقرض في تاريخ الاستحقاق دون أن يتخلى عن حيازتها له (1).

يتضح من هذا التعريف أن رهن المنتجات والمواد يتم بعقد بين المقرض، وهو الدائن المرهن، والمقرض، وهو المدين الراهن، وباعتباره عقدا من العقود يجب أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة اللازمة لانعقاد العقد من رضا صحيح ومحل وسبب وأهلية.

(1) تنص المادة 378 من م.ت. على أنه: "يجوز لمالك المنتجات والمواد المبنية في قائمة تضعها الإدارة أن يرهنها وفق الشروط المحددة في هذا الباب من غير أن تنتقل حيازتها إلى الدائن.
يمكن بقاء هذه المنتجات والمواد إما بين يدي المقرض الذي يصبح حارسا لها وإما أن تسلم للغير قصد حراستها بموجب اتفاق صريح.
لا يلزم الحارس بفصل المنتجات المرهونة ماديا عن المنتجات الأخرى المماثلة لها والتي هي ملك للمقرض".

وهكذا، يجب أن تتوفر في القترض مانح الرهن أهلية الأداء، وأن يكون مالكا للمواد والمنتجات المرهونة لأن رهن ملك الغير لا يجوز إلا إذا تم في إطار النيابة أو أقره مالك الشيء المرهون أو اكتسب الراهن في تاريخ لاحق ملكية المرهون.

ويجوز أن تسحب سندات لأمر أو كميالات، وفق الأحكام المتعلقة بالسندات لأمر والكميالات، مقابلة للمبلغ القترض كله أو بعضه؛ ويشار في محرر القرض إلى هذه الأوراق، كما يشار أيضا في الأوراق إلى محرر القرض؛ ويجب ألا يكون تاريخ استحقاق هذه الأوراق أبعد من التاريخ المحدد في العقد؛ تظهر هذه الأوراق ينقل إلى المظهر إليه الانتفاع من ضمانات الدين⁽¹⁾.

ولا يصح الرهن إلا إذا ورد على المنتجات والمواد المحددة من طرف الإدارة، و كل رهن وقع خارج هذه المواد لا يعتد به في هذا النطاق. ولما كان محل الرهن هو المنتجات والمواد المحددة من طرف الإدارة وليس كل المنتجات والمواد، فإنه يجب توضيح محل الرهن وترك باقي الشروط الموضوعية للقواعد العامة.

2- العمل

يتضح من المادة 378 من م. ت أن رهن المنتجات والمواد لا يقع صحيحا إلا إذا ورد على المنتجات أو المواد المبينة في القائمة المحصورة من طرف الإدارة، و بالتالي، كل رهن وقع على إحدى المواد غير المذكورة في هذه القائمة لا يخضع لأحكام رهن بعض المنتجات والمواد المنصوص عليه

(1) المادة 391 من م.ت.

في المواد من 378 إلى 392 من م.ت، وإنما يخضع لأحكام الرهن الحيازي التجاري العادي.

وضعت أول لائحة للمواد والمتوجات القابلة للرهن- الذي يتم في إطار الفصل الثاني من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة- بموجب قرار مدير المالية الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1951 المتمم عدة مرات كان آخرها القرار الصادر بتاريخ 2 يوليوز 1972⁽¹⁾.

وفيما يلي لائحة المواد والمتوجات القابلة للرهن كما تم تحديدها من طرف الإدارة:

- السكر الخام Sucre brut

- الحديد الأبيض Fer blanc

- معجون السيليلوز Pâte cellulose

- الجلود الخام للأبقار Peaux brutes de bovins

- القطن الخام Coton brut

- الصوف و نسيج الصوف Laine en masse et filés de laine

- نبتة الجوتة الخام (ألياف تصنع منها الحبال والأكياس) Jute brut

- قنب ليفيني وورايون (حرير يصنع من السيليلوز) خام ونسيجه

Chanvre Fibre et rayonne brutes et filées

- الكاكاو Cacao

⁽¹⁾ تم تعديل قرار مدير المالية الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1951 عدة مرات وذلك بمقتضى القرارات التالية: قرار 17-12-1951؛ وقرار 20-04-1952؛ وقرار 01-31-1953؛ وقرار 04-07-1958؛ وقرار 30-07-1958؛ وقرار 23-07-1959؛ وقرار 25-08-1962؛ وقرار 24-09-1963؛ وقرار 17-02-1966؛ وقرار 09-07-1970.

- حلفاء (نبات يصنع منه الورق) Alfa
- المواد المعدنية Produits miniers
- المواد النفطية و مواد التشحيم Produits pétroliers et lubrifiants
- مواد معدلة لصناعة الحديد و المعادن غير المحتوية على الحديد مواد معدلة لصناعة الحديد و المعادن غير المحتوية على الحديد
- Produits sidérurgiques et métaux non ferreux
- المطاط الخام Caoutchouc brut
- ملدن (مادة تضاف إلى أخرى لزيادة لدونتها أو ليوتتها)

Plastifiants

- تربة مشبعة Terres Réfractaires
- معلبات غذائية من السمك أو الفواكه

Conserves Alimentaires, de poisson ou de fruits

- الأسمدة الأزوتية Engrais azotés
- فحم البوتاس أو الحرض Carbone de potasse
- كلورور البوتاس أو الحرض Chlorure de potasse
- باهرة ليفية (نبات زراعي من الفصيلة النرجسية تصنع من الجبال باهرة ليفية (نبات زراعي من الفصيلة النرجسية تصنع من الجبال (fibre de Sisal)

- خشب مصقول معد لعجن و صناعة الأدوات على شكل قوالب أو أقراص

Bois en rondins destinés au défibrage et à la fabrication de matériaux agglomérés ou comprimés

- دقيق السمك Farine de poisson

- ذكر الفلين (الفلين من الجودة الثالثة، فلين اللقط، الفلين ذو دباغ

لرج)

Lièges mâles (lièges de 3eme qualité, liège de ramassage,
liège à tanin adhérent)

- الفلين الصناعي على (شكل ألواح، قطع، فضالة الفلين الصناعي
و الفلين المعد كسدادات)

Lièges de reproduction (liège en planche, liège en
morceaux, déchets de reproduction et de bouchonnerie)

- خشب مسنن معد لصناعة صناديق نقل الحوامض

Bois sciés destinés à la confection de caisses à agrumes

- عناصر قطع الغيار وهياكل السيارات المعدة للتجميع في سلاسل
تركيب السيارات.

Éléments de pièces mécaniques et de carrosserie
automobile destinés à l'assemblage par les chaînes de
montage

- جلود المعز و الضأن الخامة

Peaux brutes de caprins et d'ovins

- المواد المصنعة من الأمينيت المتين

Produits à base d'amiant-ciment

- عصير و مركز عصير الفواكه و الخضضر

Jus et Concentrés de jus de fruit et légumes

- الكبريت المعد للإستعمال في الصناعة الكيماوية الثقيلة

Souffre à usage industriel de chimie lourde

- سولفات السوديوم
- صودا كاوية⁽¹⁾
- Soude caustique

3- مدة الرهن

تنص الفقرة الأولى من المادة 380 م.ت على عدم جواز منح القرض المثبت والمضمون برهن بعض المتوجات والمواد لمدة تفوق سنة، ويجوز تجديده داخل أجل ثلاثة أشهر تبتدئ من يوم استحقاقه.

وإذا كانت المادة 380 تتحدث عن مدة القرض وحصرتها في سنة واحدة قابلة للتجديد داخل ثلاثة أشهر من يوم استحقاق الدين، فمعنى ذلك أن مدة الرهن ذاته لا ينبغي أن تفوق سنة، وأن استمرار امتياز الدائن المرهن يستوجب تجديد الرهن داخل نفس أجل المذكور.

وبالفعل نصت المادة 384 م.ت على أن الرهن المقيّد الذي لم يتم تجديده قبل انقضاء سنة و ثلاثة أشهر يشطب عليه تلقائياً، وفي حالة تجديده داخل هذا الأجل يحتفظ الدائن بدرجة امتيازهِ الأصلية، وبذلك فمدة القرض هي ذاتها مدة الرهن التي يجب ألا تتجاوز سنة.

ثانياً: الأركان الشكلية

تتعلّى الأركان الشكلية للرهن في الكتابة⁽¹⁾ والقيد⁽²⁾.

1- طابعية الكتابة

تنص المادة 379 م.ت على أنه: "يجب أن يثبت الرهن بمحرر رسمي أو عرقي يبين فيه اتفاق المتعاقدين على اتباع مقتضيات النصوص عليها في هذا الباب".

⁽¹⁾ المهدي شبو، م.س، ص 317 وما بعدها.

ويجب أن يتضمن محرر الرهن "الأسماء الشخصية والعائلية، وصفة وموطن كل من المقرض والمقترض، ومبلغ ومدة القرض، وسعر الفائدة المتفق عليه ونوعية ومواصفة ومقدار وقيمة المتوجات المرهونة، والتحديد الدقيق لمكان إيداعها، وكذا إسم وعنوان المومن في حالة ما إذا كان المنتج مؤمنا عليه"⁽¹⁾.

"وتعين على المقرض أن يبين في محرر الرهن ذاته الرهون السابقة التي ترتبت على ذات المتوجات"⁽²⁾؛ وإذا أدلى بتصريح كاذب أو رهن سلعا كان قد وقع رهنها من قبل دون سابق إشعار للمقرض الجديد يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 389 من م.ت.

ويلاحظ من نص المادة 379 أن المشرع يتطلب كتابة عقد الرهن، ويبدو أن الكتابة ضرورية لشهر عقد رهن المتوجات والمواد، مما يوحي بأنها شرط لانعقاد العقد، ولا تقوم لهذا الأخير قائمة إلا إذا كان مكتوبا لأنه يصعب الاعتماد على اتفاق شفوي لإتمام إجراءات الشهر.

ومع ذلك، فالمشرع استعمل عبارة تفيد صراحة أن الكتابة مطلوبة للإثبات وليس للانعقاد: "يجب أن يثبت الرهن بمحرر رسمي أو عرفي"، فلو أراد المشرع أن يجعل من عقد رهن المتوجات والمواد عقدا شكليا لا يتعقد صحيحا إلا بالكتابة لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة لرهن أدوات ومعدات التجهيز⁽³⁾ أو بيع الأصل التجاري⁽⁴⁾.

(1) الفقرة الثانية من المادة 379 من م.ت.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 379 من م.ت.

(3) انظر المادة 356 من م.ت.

(4) المادة 82 من م.ت.

وبذلك ليس صحيحا أن نستنتج من كون الكتابة ضرورية لشهر العقد، أن هذه الكتابة شرط لانعقاد العقد، وأن عقد الرهن عقد شكلي⁽¹⁾؛ ولو قصد المشرع ذلك لنص صراحة على أن عقد رهن المتتجات والمواد من العقود الشكلية، نعتقد إذن أن الكتابة هنا ليست إلا شرطا لازما لجواز قيد الرهن، أي شرطا لسريانه على الغير.

وهكذا، فإن عدم كتابة عقد الرهن، و تعذر تقييده، لا يؤثر على الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة طرفيه، وإنما يتعذر على الدائن المرتهن التمسك بحقه في مواجهة الغير، كما يحق للغير التمسك في مواجهته بالقوائم والتصرفات التي لم يقع قيدها في السجل الخاص بالتقييدات.

والكتابة التي يفرغ فيها العقد قد تكون رسمية أو عرفية، ولم يشترط المشرع الحرر الرسمي لزما لأنه قدر أن المدين الراهن سيكون على بينة من طبيعة تصرفه وآثاره ومخاطر الرهن.

2- تقييد الرهن

يتم شهر رهن المتتجات والمواد بقيده في سجل خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرتها المتتجات والمواد المرهونة، وهو ما تم النصيص عليه في المادة 381 من م.ت: "يقيد كل عقد أبرم وفق الشروط المبينة في هذا الباب في سجل خاص يمسك بكتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرتها المتتجات والمواد المرهونة".

ويلاحظ أن المشرع لم يقيد الدائن المرتهن بأجل معين لإنجاز التقييد خلافا لما عليه الوضع في رهن الأصل التجاري ورهن أدوات ومعدات التجهيز، كما لم ينص على من يلزم بالتخاذ المبادرة لإجراء التقييد، ولذلك يمكن لكل طرف القيام بإجراء التقييد، ولعل صاحب المصلحة الملحة في

(1) فالأصل في العقود الرضائية. ولا يمكن الخروج عن هذا الأصل إلا بنص صريح في القانون أو الاتفاق. وفي هذا الصدد ينص الفصل 402 من ق.ل.ع على أنه: "إذا لم يكن العقد خاضعا لمشكل خاص، وانفق عقاذه صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاما إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجودا إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العقدان".

إنجاز التقييد هو الدائن المرهن طالما أن التقييد يحفظ له درجة امتيازاه ويمكنه من الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير.

لإنجاز التقييد، يتعين الإدلاء بكتابة الضبط بنسخة من محرر الرهن إذا كان عرفيا أو نظيرا منه إذا كان رسميا، ويرفق العقد بجدولين محررين على ورق عادي يمكن تعويض أحدهما بإشارة على نسخة أو نظير المحرر بجسما يجري به العمل بكتابة الضبط ولو في غياب نص صريح مماثل للمادة 358 من م.ت الخاصة بتقييد رهن أدوات ومعدات التجهيز.

يستوفى عن الإيداع القانوني لححر الرهن رسم قضائي محدد في مبلغ 150 درهما، يضاف إلى ذلك مبلغ نسبي قدره 0,5 في المائة من مبلغ القرض ⁽¹⁾.

وتطبق نفس الأحكام على كل تقييد لكل ملحق تكميلي يتضمن زيادة في الرهن، وإذا تضمن الملحق مجرد تعديلات في بنود العقد الأخرى، واحتفظ بالمبلغ المضمون بالرهن كما هو، فيكفي استيفاء المبلغ الثابت المحدد في 150 درهما، بينما لا يستوفى عن القيد بكتابة ضبط المحكمة التابع لها موطن الغير الحائز إلا رسما ثابتا قدره 50 درهما إذا سبق أداء الرسم النسبي المذكور أعلاه.

قبل أن يجري كاتب الضبط التقييد يتأكد من مطابقة رقم السجل التجاري لاسم المدين الراهن، ويتأكد من صفة وعنوان موقع الرهن، والبيانات العامة لعقد الرهن، ويتحقق كذلك من أداء الرسوم القضائية، وقابلية المتوجحات والمواد للرهن في إطار الرهن الخاص بالمتوجحات والمواد.

⁽¹⁾ الفصلان 62 و 63 من الظهير رقم 1.84.54 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1984 المتعلق بالرسوم القضائية في المجال المدني والتجاري والإداري.

بعدما يتأكد كاتب الضبط من هذه المعطيات، يقوم بنقل مضمون جدولي الرهن بالسجل الخاص بالرهن، ويسلم للطالب نظير العقد مع أحد الجدولين يشهد بأسفله على إجراء التقييد على غرار ما يجري به العمل بالنسبة لرهن أدوات ومعدات التجهيز⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع لم يترتب جزاء البطالان على عدم إنجاز التقييد، وهو ما يشكل سببا إضافيا للتأكد على أن الكتابة المطلوبة مجرد وسيلة للإثبات وليست وسيلة لانعقاد العقد، وهي بذلك إذن وسيلة لإنجاز القيد كما سبق توضيحه، ومن ثم، إذا تخلف القيد بتخلف أو عدم تخلف الكتابة فإن الدائن المرهن يفقد درجة امتيازهِ الأصلية في مواجهة الغير، وبالتالي إذا ما تم إبرام رهن جديد على نفس المتوجات والمواد الخاضعة لرهن سابق، وتم تقييد الرهن الجديد، فإن امتياز الرهن يتقرر لفائدة الدائن المرهن الجديد، وإن كان الدائن المرهن القديم لا يفقد كدائنه مرهّن حتى في غياب التقييد أو تجديد التقييد.

هذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 18 مارس 2010 الذي جاء فيه أن عقد الرهن المنصب على بعض المواد والمتوجات الذي لم يتم تقييده بالسجل الخاص المعد لذلك أو لم يتم تجديد تقييده، لا يصبح معدوماً، وإنما يترتب عن ذلك فقط فقدان الدائن المرهن لرتبته في الامتياز مع بقائه محتفظا بصفته كدائن مرهّن⁽²⁾.

(1) المادة 359 من م.ت.

(2) القرار عدد: 422 الصادر في الملف عدد: 2009/3/3/946، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع.5، السلسلة 2، س.2010، ص.62.

ومع ذلك، تجب الإشارة إلى أن احتفاظ الدائن المرهن بصفته كدائن مرهن في غياب تقييد الرهن أو تجديد التقييد، لا تقيده هذه الصفة في مواجهة الدائنين المرهنين المقيدين لأن رهنه في هذه الحالة يصبح في حكم المعلوم طالما لم يحقق له الامتياز المطلوب، ولا يعتبر بالتالي إلا دائنا عاديا بالنسبة لهؤلاء الدائنين.

وهكذا، للحفاظ على امتياز الدائن المرهن بدرجة الأصلية، يتعين تجديد تقييد الرهن داخل أجل سنة و ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ توقيع العقد، ذلك أن القرض المثبت والمضمون برهن بعض المتوجات والمواد لا يجوز أن تتجاوز مدته سنة، وبالتالي فالرهن ذاته المنصب على هذه المتوجات والمواد لا يجوز أن يتجاوز نفس المدة، ومع ذلك أجاز المشرع تجديد الرهن حسب نفس الشكليات داخل أجل ثلاثة أشهر من يوم الاستحقاق⁽¹⁾ كما سبق بيانه.

وتتبع في التجديد نفس الشكليات والإجراءات المتبعة في إنجاز التقييد الأصلي فيما يتعلق بالإيداع و الوثائق المطلوبة والمصاريف الواجب دفعها لانجاز التقييد؛ وبعدما يتأكد كاتب الضبط من أن التجديد ثم داخل الأجل، يشير في طرة التقييد الأصلي إلى إجراء التجديد وتاريخه، ثم يسلم للدائن المرهن أحد جداولي التجديد يشهد في أسفله على إجراء التجديد، ويحفظ الجدول الآخر الذي يحمل نفس البيانات بكتابة الضبط.

رتبت المادة 384 من م.ت على عدم التجديد داخل الأجل المذكور

جزءا خطيرا هو التشطيب التلقائي على الرهن.

(1) المادة 380 من م.ت.

الفقرة الثانية: آثار الرهن

يترتب على رهن المتوجات والمواد آثار هامة سواء في مواجهة المدين الرهن (أولا) أو الدائن (ثانيا).

أولاً: آثار الرهن بالنسبة إلى المدين الرهن

1- الإبقاء على الحيازة

رهن المتوجات والمواد من الرهون التي لا يتخلى فيها المدين عن الحيازة، وبالتالي يمكن للرهن أن يستقي حيازته للمتوجات والمواد المرهونة فيصبح حارسا لها، كما يمكن الاتفاق مع الدائن على تسليمها للغير قصد حراستها، وهو ما تم التخصيص عليه في الفقرة الثانية من المادة 378 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "يمكن بقاء هذه المتوجات والمواد إما بين يدي المقرض الذي يصبح حارسا لها وإما أن تسلم للغير قصد حراستها. بموجب اتفاق صريح".

وقد يكون بيد حارس المتوجات المرهونة متوجات أخرى مماثلة لها، ففي هذه الحالة لا يلزم الحارس بفصل المتوجات والمواد المرهونة ماديا عن المتوجات الأخرى الماثلة لها والتي هي ملك للمقرض⁽¹⁾.

2- المحافظة على الشيء المرهون

بما أن حيازة المتوجات المرهونة تبقى بيد المدين الرهن أو بيد الغير الحارس لها والمعين بموافقة الدائن المرهن، وبما أن المدين له الحق في استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، فإنه يجزى أن يأتي من الأعمال ما من شأنه أن ينقص من قيمة ضمان الدائن المرهن سواء بإساءة استعماله أو بتبديده.

(1) الفقرة الأخيرة من المادة 378 من م.ت.

ولذلك عاقب المشرع المدين الذي يحتلس أو يبدد أو يتلف الأشياء المرهونة عمدا قصد الإضرار بالدائن المرهّن بعقوبة حبسية تتراوح مدتها بين ستة أشهر وستين وبغرامة مالية من 2.000 درهم إلى 10.000 درهم.

ويعني ذلك التزام المدين بالحفاظ على الشيء المرهون في حالة جيدة دون أن يكون له الحق في الرجوع على الدائن المرهّن بما أنفقه من مصاريف في هذا الشأن، كما يلزم ألا يقوم بالأعمال التي من شأنها أن تنقص من قيمة المنتجات المرهونة.

وفضلا عن ذلك، إذا أحل المدين بالتزامه بالحفاظ على الشيء المرهون يتعرض لسقوط مزية الأجل تطبيقا للمادة 390 من م.ت.

3- الحق في استعمال المرهون والتصرف فيه

بما أن المدين يظل محتفظا بحيازة المتوجات والمواد المرهونة، يمكنه استعمالها فيما أعدت له، وفي كل ما يمكن أن تستعمل فيه دون أن يتعسف في استعمالها، وذلك كأن يستعمل الصوف أو نسيج الصوف أو المعلبات الغذائية أو السكر الخام أو المواد المعدة لصناعة الحديد أو غيرها فيما أعدت له.

كما يجوز للمدين استغلال المتوجات والمواد المرهونة وذلك بالحصول على الثمار التي تنتجها بصفة دورية؛ ويلاحظ أن المشرع اكتفى، في المادة 385 من م.ت، بالإشارة إلى الاستعمال دون الاستغلال⁽¹⁾، ومرد ذلك فيما نعتقد أن الاستعمال في هذه الحالة يشكل استغلالا، وأن

⁽¹⁾ تنص المادة 385 من م.ت على أنه: "يحفظ المقرض بالحق في استعمال المنتجات المرهونة أو بيعها بالتراضي قبل أداء الدين ولو بدون تدخل المقرض. و في حالة استعمال المنتجات ينتقل الرهن بقوة القانون إلى المنتج المترتب عن هذا الاستعمال في حدود اتفاق الأطراف، ما لم يكن هناك شرط يقضي بخلاف ذلك. ولا يتم التسليم إلى المشتري، إن لم يوافق الدائن على البيع، إلا بعد استيفاء هذا الأخير دينه".

الاستعمال يستغرق الاستغلال، وما يؤكد ذلك هو ما ورد بالمادة 385 من م.ت: "وفي حالة استعمال المتوجات ينتقل الرهن بقوة القانون إلى المنتج المترتب عن هذا الاستعمال"، علماً أن انتقال الرهن إلى المنتج المترتب على الاستعمال يقتضي وجود اتفاق بين طرفي الرهن.

ويجوز للمدين أيضاً بيع المتوجات المرهونة قبل أداء الدين ولو بدون تدخل المقرض، ومع ذلك لا يجوز تسليم المتوجات والمواد المبعة إلى المشتري إلا إذا وافق الدائن المرهن على البيع، ما لم يستوف دينه قبل البيع.

4- رد الدين المضمون قبل أجل الاستحقاق

استحقاق الدين المضمون مقرون بأجل، وهو ما يعتبر مقررًا لفائدة المدين، ذلك أن هذا الأخير يمكنه أن يرد مبلغ الدين المضمون بالمتوجات المرهونة ولو قبل أجل الاستحقاق، ولا يلزم في هذه الحالة إلا برد مبلغ الدين الأصلي دون الفوائد التي كانت سترتب إلى تاريخ انتهاء القرض ما عدا ما يستحق منها عن عشرة أيام⁽¹⁾.

وبهذه الأحكام يتم قطع الطريق على المقرض الذي يفضل الإبقاء على عقد الرهن إلى حين تاريخ الاستحقاق مادام يوجد في وضعية دائن مرهن وحقه مضمون بالرهن من جهة، وأن استمرار العقد من شأنه أن يكسبه المزيد من المداخل في شكل فوائد من جهة أخرى، وقد يفرض على المدين الذي يريد رد الدين المضمون قبل تاريخ الاستحقاق أداء الدين الأصلي والفوائد عن المدة المتبقية من مدة القرض.

⁽¹⁾ الفقرة الأخيرة من المادة 385 من م.ت.

يبدوا إذن من خلال السماح للمدين برد الدين قبل أجل الاستحقاق أن المشرع راعى مصلحته باعتباره مدينا التحا إلى الاقتراض نظرا لحاجته إلى السيولة النقدية، وقد يكون أو لا يكون في حاجة ماسة لفك الرهن، فيعبر عن استعداده لرد الدين دون انتظار حلول الأجل، فيظهر بمظهر الناجر الحريص على شئون تجارتهم، وبالتالي يتعين تمكينه من رد الدين دون مطالبته بكافة الفوائد المتبقية لأن مطالبته بأدائها يعتبر إجحافا في حقه، وقد يفضل معه الإبقاء على القرض إلى أن تنتهي مدته رغم عدم حاجته إليه.

ومع ذلك فالمشرع حافظ على نوع من التوازن بين الطرفين حينما ألزم المدين الراغب في رد الدين قبل حلول الأجل بأداء الفائدة عن عشرة أيام فقط من المدة المتبقية من الرهن.

ثانيا- آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن

1- الحق في الإجماع

إذا كانت المنتجات والمواد خاضعة لرهن سابق، وجب على المقرض إعلام الدائن المرهن الجديد بهذا الرهن، وإذا أدلى له بتصريحات كاذبة حول الرهون السابقة، أو لم يشعره بهذه الرهون قبل إبرام الرهن الجديد، تعرض للجزاءات المنصوص عليها في المادة 389 من م.ت.و التي تتمثل في عقوبة حبسية تتراوح ما بين ستة أشهر وستين وغرامة من 2000 درهم إلى 10.000 درهم.

ويتعين كذلك على المدين إعلام الدائن المرهن بالبيع الذي قد تكون المنتجات والمواد المرهونة موضوعا له، وبعد توصل الدائن بالإشعار يكون له الخيار بين قبول أو رفض البيع، وإذا سلم المدين الشيء المرهون إلى المشتري دون قبول الدائن المرهن بالبيع، فإن المدين يفقد مزية الأجل إذ

يعتبر الدين حالا، يضاف إلى ذلك إمكانية متابعته بجنحة تبديد الشيء المرهون ومعاقبته بالعقوبات المذكورة أعلاه.

2- الحق في معاينة الشيء المرهون

من بين الآليات التشريعية لحماية حقوق الدائن المرتهن، ما تم النصيص عليه في المادة 390 من م.ت التي تجيز للدائن في كل وقت أن يتقدم بمقال إلى رئيس المحكمة لمكان حفظ الأشياء المرهونة يطلب بمقتضاه الحكم له بتعيين وكيل قضائي من أجل معاينة حالة المخزون محل الرهن.

وإذا تبين من خلال المعاينة التي يجريها الوكيل القضائي أن المخزون من البضائع المرهونة قد تعرض للنقص، جاز للدائن المرتهن أن يقيم دعوى أمام القاضي ذاته بصفته قاضي المستعجلات قصد الأمر بالاستحقاق الفوري للدين.

ولا يغني الحكم بالاستحقاق الفوري للدين عن إمكانية تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 389 من م.ت.

3- الحق في التنفيذ على الشيء المرهون

ينشأ أيضاً عن رهن المتوجات والمواد حق الدائن المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون إذا لم يف المقترض بالدين المضمون في تاريخ الاستحقاق أو إذا تحققت حالة حلول الدين استناداً إلى المادتين 389 و 390 من م.ت.

وبما أن الرهن مقيد في سجل خاص بكتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرتها المتوجات والمواد المرهونة، فإنه ينشئ لفائدة المرتهن الحق في تتبع الشيء المرهون في يد من انتقل إليه لاستيفاء دينه، فإذا تصرف المدين الراهن في المتوجات الواقع عليها الرهن دون قبول الدائن المرتهن أو دون استيفاء

هذا الأخير لدينه، ثم تخلف عن الوفاء بالدين عند حلول أجله، كان للدائن المرهن الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة حائز المتوجات.

وسوف نرى بشيء من التفصيل إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: تحقيق الرهن والتشطيع عليه

تضمنت المادة 386 من م.ت إجراءات خاصة للتنفيذ على المتوجات والمواد المرهونة بناء على طلب الدائن المرهن عند عدم الوفاء بالدين وإذا لم يكف ثمن البيع لسداد الدين أمكن للدائن المرهن الرجوع على المقرض أو المظهرين أو الضامنين الاحتياطين.

الفقرة الأولى: إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون

تبدأ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون باستصدار أمر قضائي يقضي ببيع السلع المرهونة (أولاً)، واستلزم المشرع إعلام المدين والعموم بالبيع (ثانياً)، وبعد تمام البيع يستوفي الدائن المرهن دينه من ثمن البيع (ثالثاً)، وإذا لم يكف ثمن البيع لسداد الدين يكون من حق الدائن الرجوع على المدين (رابعاً).

أولاً: استصدار أمر قضائي بالبيع

يختلف الرهن التجاري عن الرهن المدني في إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون لاستيفاء الدائن المرهن حقه، ويتجلى هذا الاختلاف واضحاً في تبسيط إجراءات التنفيذ بالنسبة للرهن التجاري، ذلك أن الدائن في الرهن المدني ملزم برفع دعوى بالطرق العادية على المدين والحصول على حكم واجب النفاذ حتى يمكنه التنفيذ على الشيء المرهون، بينما يكفي الدائن في الرهن التجاري للمتوجات والمواد، إذا حل ميعاد الوفاء بالدين

الذي خصص له الرهن ولم يتم المدين بالوفاء، باللجوء مباشرة إلى رئيس المحكمة بعد مرور 10 أيام من تاريخ الاستحقاق لاستصدار أمر بالبيع بالزاد العلني للسلع المرهونة.

وهكذا، يصدر الرئيس أمرا بعد انتهاء أجل خمسة عشر يوما من يوم رفع المقال يحدد فيه اليوم والمكان والساعة التي ستباع فيها عموما السلع المرهونة، وعلاوة على ذلك، يأذن الأمر القضائي بهذا البيع في حالة عدم توفر الدائن على سند تنفيذي⁽¹⁾.

ولا يلزم الدائن، قبل عرض الأمر على رئيس المحكمة، بإشعار المدين بحلول أجل وبضرورة الأداء تفاديا للجوء إلى المحكمة، فبمجرد حلول تاريخ الوفاء يمكن للدائن التوجه إلى رئيس المحكمة للمطالبة بالتنفيذ على الشيء المرهون، والشرط الوحيد في هذا المجال هو مرور 10 أيام من تاريخ الإستحقاق.

ولا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على تملك الأول للأشياء المرهونة إذا ما امتنع المدين عن الوفاء بالدين في ميعاد الاستحقاق؛ كما يتمتع عليهما الاتفاق على إعفاء الدائن المرهّن من إتباع الإجراءات المحددة قانونا لتحقيق الرهن، وذلك حماية للمدين الراهن في مواجهة الدائن المرهّن، ويعاد هذا المقتضى تطبيقا للقواعد العامة⁽²⁾.

ثانياً: إغلام المدين والعموم بالبيع

استلزمت الفقرة الثانية من المادة 386 من م.ت إحاطة المدين علما بأمر رئيس المحكمة برسالة مضمونة قبل تاريخ البيع بخمسة عشرة يوما على الأقل دون أن تبين على عاتق من يقع هذا الإغلام، كما استلزمت نفس

(1) الفقرة الأولى من المادة 386 من م.ت.

(2) المادة 1226 من ق.ل.ع.

الفقرة إحاطة العموم علما بهذا الأمر عن طريق ملصقات تعلق في الأماكن التي يعينها الرئيس، وأجازت لهذا الأخير الأمر بنشر الأمر في الجرائد أيضاً، وأوجبت معاية إتمام الشهر بالإشارة إليه في محضر بيع المتوجات الموهونة، كما يشار في المحضر ذاته إلى حضور المدين أو غيابه⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بإجراءات البيع بالمزاد العلني فهي تخضع لقواعد قانون المسطرة المدنية⁽²⁾.

ثالثاً: استيفاء مبلغ الدين من ثمن البيع

يستوفي المقرض دينه من ثمن البيع بعد طرح المصاريف. بمجرد أمر رئيس المحكمة⁽³⁾؛ فمصرفات بيع الموهون تقع على عاتق المدين طبقاً للقواعد العامة⁽⁴⁾؛ والمقصود بالمصاريف تلك المرتبطة بالبيع بالمزاد العلني والنشر في الجرائد وغيرها مما ينفق لإتمام البيع، أما مصاريف حفظ الأشياء التي يكون المدين قد أنفقها فلا تؤدي من محصول البيع، وبذلك فالمصاريف تؤدي من ثمن البيع بالأولوية على مبلغ الدين.

ويلاحظ أن المشرع استلزم استصدار أمر ثان يسمح للدائن باستيفاء دينه من ثمن بيع المتوجات الموهونة ولم يكتف بالأمر الأول القاضي بالبيع بالمزاد العلني، ولكن الشيء الذي يخفف من وقع هذا التوجه على الدائن المرهن هو تقصير المشرع لآجال تحقيق الرهن. بما يسمح للدائن باقتضاء حقه بسرعة، ومنح الاختصاص في هذا الشأن لرئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات يسير في نفس الاتجاه، كما أن الحكم يكون واجب النفاذ فوراً.

(1) الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة 386 من م.ت.

(2) الفقرة الرابعة من المادة 386 من م.ت.

(3) المادة 387 من م.ت.

(4) الفصل 1227 من ق.د.ع.

وتجدر الإشارة إلى إشكال قانوني يمكن أن يثار بشأن ما إذا كان الدائن المرهن مجبرا على إتباع أحكام مدونة التجارة المحددة في المادة 386 دون أن يكون بإمكانه الالتجاء إلى الاختصاص الأصلي، أم يمكنه الخيار بين إجراءات المادة 386 وسلوك طريق الاختصاص الأصلي.

نعتقد أن إجراءات المادة 386 تتميز بالسرعة والبساطة، وبذلك فالمشرع يقصد من هذه الإجراءات تمكين الدائن من استيفاء حقه بسرعة؛ ومعنى ذلك أن هذه الإجراءات أتت لفائدة الدائن المرهن، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من إعطاء الخيار للدائن في سلوك إجراءات المادة 386 أو سلوك الطريق الأصلي خاصة وأن المشرع استعمل عبارة "يجوز" في مستهل المادة 386 من م.ت التي تتحدث عن مسطرة تحقيق الرهن.

رابعا: الرجوع

1- ثبوته الحق في الرجوع

إذا لم يكف منتج البيع لسداد الدين، يمكن للبائع الرجوع بما تبقى من الدين على المقرض والمظهرين أو الضامنين الاحتياطيين، ويجب أن يثبت الدائن حقوقه على ثمن المتوجات المرهونة، وأن يستنفذ حقوقه على البضاعة، وألا يكفي محصول البيع للوفاء بالدين وأن يتم الرجوع على من يجب خلال الأجل الوارد أدناه.

2- أجل الرجوع

إضافة إلى الشروط الواردة أعلاه، يتعين على الدائن المرهن الرجوع على المقرض والمظهرين والضامنين الاحتياطيين خلال أجل ثلاثين يوما يحسب من يوم بيع المنتج والمواد المرهونة، ويتربط على عدم احترام هذا الأجل سقوط حق الدائن في الرجوع على المدينين المذكورين أعلاه.

الفقرة الثانية: التشطيط على الرهن

بعدما تستنفد جميع إجراءات تحقيق الرهن، ويستوفي المقرض الدين المضمون لا يبقى إلا التشطيط على الرهن، ويمكن أن يتم التشطيط على الرهن تلقائياً (أولاً) أو بناء على إثبات رد الدين المضمون (ثانياً) أو بمقتضى رفع اليد أي برضا الطرفين (ثالثاً) أو بناء على حكم قضائي (رابعاً).

أولاً: التشطيط التلقائي

نص المشرع على حالة واحدة يقع فيها التشطيط تلقائياً على التقييد من طرف كاتب الضبط، وهو ما تم التنصيص عليه في المادة 384 من م.ت: "يشطب تلقائياً على التقييد بعض مضي سنة وثلاثة أشهر إذا لم يقع تجديده قبل انقضاء الأجل المذكور"، ومعنى ذلك أن كاتب الضبط ملزم بتتبع التقييدات التي يجريها في السجل الخاص برهن بعض المتوجات والمواد، والتشطيط على كل التقييدات التي لم يتم تجديدها داخل أجل سنة وثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ العقد.

ثانياً: التشطيط بناء على إثباته رد الدين

من أجل تيسير سبل التشطيط على الرهن سمح المشرع للمدين بأن يطلبه بناء على أية وثيقة تثبت رد الدين المضمون، فطالما أن الرهن أنشئ من أجل ضمان الوفاء بدين معين، فانه عندما يتم الوفاء بهذا الدين، يصبح من حق المدين طلب التشطيط على التقييد.

ينتقد بعض الفقه هذه الطريقة في التشطيط على التقييد بالقول إنها "تثير إشكالا قانونيا لكاتب الضبط حين يقدم المقرض وثائق تثبت الأداء، فقد يتحول كاتب الضبط إلى جهة قضائية حين يعمد إلى التشطيط خاصة عندما ينازع الدائن المرحن في مبدأ الأداء"، ويتابع هذا الرأي قائلاً بأن

الصواب هو أن " يتقدم الدين الراهن بدعوى أصلية إلى المحكمة من أجل التشطيب على غرار ما يجري به العمل بالنسبة لرهن الأصل التجاري ورهن أدوات ومعدات التجهيز، ولا يشطب كاتب الضبط على التقييد إلا بعد حيازة الحكم القاضي بالتشطيب لقوة الشيء المقضي به"⁽¹⁾.

صحيح، إن التشطيب يمكن أن يتم بمقتضى حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به كما سيأتي بعده، ومع ذلك قد لا يتطلب الأمر اللجوء إلى القضاء لما في ذلك من إطالة للتراخ خاصة عندما تكون الأمور واضحة ولا يستشكل فيها الأمر على كاتب الضبط، ولذلك يستحسن أن نأخذ بالمرونة والبساطة التي عبر عنها التشريع حينما سمح بالتشطيب بناء على الإدلاء بما يثبت رد الدين المضمون، فقد يتوفر المدين على وثائق تثبت بصفة قطعية أداء الدين المضمون بكل ملحقاته، وبالتالي لن يكون هناك داع للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، ثم الإدلاء به إلى كاتب الضبط لإتمام التشطيب على التقييد.

حينما سمح المشرع بالتشطيب على التقييد بناء على الإدلاء بما يفيد إثبات رد الدين، كان يتصور الحالة التي لا تثير إشكالا حول براءة ذمة المدين من الدين المضمون، ولم يبق إلا التشطيب على هذا الدين دون حاجة لانتظار صدور حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به.

ثالثا: التشطيب برضا الطرفين

قد يتم التشطيب على التقييد برضاء الطرفين و ذلك عن طريق تقديم شهادة رفع اليد المسلمة بصفة صحيحة من طرف الدائن المرهّن وقد يسلمها إلى كاتب الضبط مباشرة، ولكن غالبا ما يسلمها إلى المدين الراهن

(1) المهدي شوب، م.س، ص. 326.

الذي يدلي بها بدوره إلى كاتب الضبط كسند يعتمد عليه في التشطيب الكلي أو الجزئي، ويتعين أن تكون شهادة رفع اليد مصادقا عليها ومسجلة.

رابعا: التشطيب بناء على حكم قضائي

لم ينص المشرع على إمكانية التشطيب على التقييد بمقتضى حكم قضائي كما فعل بالنسبة لرهن أدوات ومعدات التجهيز ورهن الأصل التجاري، ومع ذلك فاللجوء إلى القضاء حق دستوري، وبالتالي يمكن للمدين اللجوء إليه للمطالبة بالتشطيب، وهو ما يحدث حينما يكون هناك موجب قانوني للتشطيب على التقييد كوفاء المدين بالتزامه الأصلي كاملا وامتناع الدائن المرهّن عن تسليمه رفع اليد، أو عدم توفر المدين على الوثائق الكاملة المثبتة لوفائه بالالتزام الأصلي كاملا، في هذه الحالة يمكن للمدين الراهن رفع دعوى أصلية أمام المحكمة التي تم التقييد بدائرتها، ولا يشطب كاتب الضبط على التقييد إلا بعد حيازة الحكم القاضي بالتشطيب لقوة الشيء المقضي به.

الباحث الثاني حق الوصاية

لاشك أن كل تاجر يحاول أن يبرم أكبر عدد ممكن من العقود التجارية المتكررة يوميا، ولكنه لا يستطيع أن يتعامل بنفسه مع جميع زبائنه من موردين أو تجار أو مستهلكين، وقد لا تمكنه وسائله الذاتية من تحقيق طموحاته في التعاقد مع اكبر عدد ممكن من الزبائن، وخاصة من يقيم منهم في أماكن بعيدة عنه، بل حتى لو سمحت له إمكانياته المادية والتقنية بالتعامل معهم بنفسه، فانه قد يجهل حقيقة مركزهم المالي ويخشى من المفاجآت والدخول معهم في نزاعات، فلا يجد مناصا للقيام بعملياته التجارية من الالتجاء إلى الوساطة.

حدد المشرع أعمال الوساطة على سبيل المثال حينما نص في البند 9 من المادة 6 من مدونة التجارة الجديدة على ما يلي: "السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة" فأشار في الفقرة الأولى من نفس المادة إلى أن صفة تاجر تكتسب بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لأنشطة الوساطة. ولعل الشكل القانوني الرئيسي الذي تتخذه الوساطة في الأعمال التجارية هو عقد الوكالة التجارية الذي عاجله المشرع في القسم الثاني من الكتاب الرابع من مدونة التجارة واعتبر وكيلا تجاريا كل من يقوم - بصورة منتظمة ومستمرة وبكل استقلالية - بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة على معاملات تجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو صانع أو وكيل تجاري آخر مقابل أجر.

يقصد بالوسيط التجاري كذلك الوكيل بالعمولة الذي يقوم باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر، وقد يتخصص في نوع أو أكثر من التصرفات كالتخصص في النقل أو بيع أو شراء سلع معينة.

عاج المشرع الوكالة بالعمولة في القسم الرابع من الكتاب الثاني من مدونة التجارة في باين:خصص الأول منهما لحقوق الوكيل بالعمولة (المواد من 423 إلى 426) ونظم في الباب الثاني التزامات الوكيل بالعمولة (المواد من 427 إلى 430).

وكذلك، يدخل في نطاق الوسطاء، السمسار الذي يكتسب صفة تاجر من خلال مزاولته لمهته الأساسية المتمثلة في التقريب بين شخصين أو أكثر لإبرام عقد معين لقاء أجر، دون أن يكون تابعا لأحدهم، وهو ما يتضح من القسم الثالث من الكتاب الرابع من مدونة التجارة.

لائحة الوسطاء طويلة إذ تشمل إلى جانب من ذكر أعلاه المثلون التجاريون ووكلاء الأعمال وغيرهم.

وسندرس فيما يلي الأحكام الخاصة بالوكالة التجارية والسمسرة والوكالة بالعمولة وذلك كما يلي:

الفصل الأول: عقد الوكالة التجارية

الفصل الثاني: السمسرة والوكالة بالعمولة

الفصل الأول مقدمة الوكالة التجارية

تصور واضعو قانون الالتزامات والعقود الوكالة كعقد إحسان وثقة، ولهذا الاعتبار كانت الوكالة بحماية ونيابية وتمنح في مصلحة الموكل حصريا، لكن الممارسات التي عرفها مجال الأعمال فيما بعد أدت إلى خلق مجموعة من الاستثناءات أو النماذج التي انفصلت عن النموذج الأصلي الذي احتفظ مع ذلك بقيمته كمرجع يهتدى إليه عند الحاجة⁽¹⁾.

وهكذا نشأت وكالات توحد وتشارك أكثر ما بين الموكل والوكيل، وهو ما أدى إلى ظهور ما يسمى بالوكالات " ذات المصلحة المشتركة"، وهي وكالات تعاون تجعل الوكيل يتصرف لمصلحة موكله ولمصلحته هو كذلك⁽²⁾، ومن بين الوكالات ذات المصلحة المشتركة هناك الوكالة التجارية موضوع هذه الدراسة.

تعتبر الوكالة التجارية من بين العقود التي نظمها المشرع لأول مرة في تاريخ القانون التجاري المغربي وذلك بمقتضى المواد من 393 إلى 404 من مدونة التجارة لسنة 1996، وقد استوحت هذه الأخيرة جل الأحكام المنظمة لعقد الوكالة التجارية من التشريع الفرنسي رقم 593-91 المؤرخ في 25 يونيو 1991⁽³⁾ والمرسوم المؤرخ في 10 يونيو 1992⁽⁴⁾، وقد تأثر التشريع

⁽¹⁾ كالوكالة المجاورة، والوكالة غير النيابية، والوكالة التجارية.

⁽²⁾ يتعلق الأمر أساسا بالوكالة المنوطة للمؤمن بمقتضى شرط الدفاع المضمن ببوليصة التأمين من أجل إدارة الدعوى، والوكالة المنوطة للبنكي لأجل تحصيل المبالغ المالية مع إمكانية اقتطاع عمولة عن المبلغ الذي تم تحصيله، وتوسع بعد ذلك مفهوم المصلحة المشتركة ليشمل الوسيط وخاصة وكلاء التجار الذين تكمن مصلحتهم في مضاعفة بيوعات المقاولات التي يشتغلوا لحسابها.

⁽³⁾ انظر :

J.O.27 juin 1991, p.8871-8872.

⁽⁴⁾ انظر : Decrét n 92-506. 10 juin 1992, J.O. 12 juin 1992, p.7719-7720.

الفرنسي بدوره بالتوجيه الأوروبي الصادر في 18 دجنبر 1986 وبالأعراف السائدة في فرنسا منذ ما يزيد على قرن من الزمن⁽¹⁾، وقد بدت هذه الأحكام واضحة في التشريع المغربي⁽²⁾.

ويهدف المشرع، بدون شك، من خلال تنظيم مهنة الوكالة التجارية إلى خلق نظام يوفر الحماية القانونية للوكيل التجاري، ذلك أن هذا الأخير، وعلى الرغم من تمتعه بنوع من الاستقلالية، يوجد في وضعية ضعف اقتصادي في الغالب تجاه موكله، فالوكيل التجاري لا يتصرف لحسابه وإنما لحساب موكله حيث يقدم لهم المساعدة بواسطة مقاولته، وهكذا فعندما تنتهي أو تفسخ الوكالة، فإنه يفقد نشاطه واستثماره السابق، ويتحمل بالتالي ضررا كبيرا، ولذلك فإن وضعية أطراف عقد الوكالة تستدعي ضرورة توفير حماية خاصة للوكيل سواء أثناء تنفيذ عقد الوكالة أو بعد انقضائها أو فسخها، ولا شك أن إقرار المشرع لمفهوم المصلحة المشتركة في مجال الوكالة التجارية ليس إلا تأكيداً لهذه الحماية⁽³⁾.

وبما أن الوكيل التجاري، حسب المادة 393 من م.ت، يعد نائباً عن الموكل يمارس مهامه على وجه الاستقلال والاعتياد من أجل التفاوض، وعند الاقتضاء، إبرام العقود باسم ولحساب التجار أو المنتجين أو الصناع أو غيرهم من الوكلاء التجاريين، وبما أن المشرع لم يجعل صراحة من الوكالة التجارية عملاً تجارياً إلى جانب الأنشطة التجارية المذكورة في

(1) انظر : CASS.civ.13 mai 1885. S.1887.1.220 ; Civ 11 fév.1891.S.

(2) يجد التنظيم الأول لهذه المهنة مصدره في مدونة حمورابي التي اتخذت أصلها من القانون الروماني ، انظر في هذا الصدد :

J.L.HERZOG ,Les agents commerciaux dans la Rome antique
.Rev.Trim.drt.com.1963. P.61 .

(3) المادة 395 من م.ت .

المادتين 6 و7 من م.ت، فإن التنظيم الحالي للوكالة التجارية يشتر إشكالا أساسيا يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للوكالة التجارية وتحديد خصائصها وموضوعها وكيفية إبرامها.

وباعتبار الوكيل التجاري يمارس نشاطه باسم وحساب الموكل كما سبق الذكر، فهو يختلف عن الوكيل بالعمولة وعن الممثل التجاري والسمسار وصاحب الامتياز، مما يستوجب تمييز الوكيل التجاري عن هؤلاء.

ومن جهة أخرى، فرغبة من المشرع في إضفاء التزعة الأخلاقية على العلاقات بين المتعاقدين في المادة التجارية، فإنه أقر بضرورة الالتزام بالإعلام ومراعاة قواعد الصدق والتعاون في إبرام وتنفيذ عقد الوكالة التجارية، وهذا يفرض ضرورة تحديد هذه الالتزامات المتبادلة وكذا الالتزامات المنصوص عليها في القواعد العامة.

ولعالجة هذه النقط وغيرها، يتعين في البداية تعريف الوكالة التجارية من أجل تحديد طبيعتها القانونية وخصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود القريبة منها، وكذا تحديد التزامات وحقوق أطراف الوكالة التجارية، وكيفية إنهاء الوكالة والآثار المترتبة على ذلك، وسيكون ذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول : مفهوم الوكالة التجارية

المبحث الثاني : تنفيذ وإنهاء عقد الوكالة التجارية

المبحث الأول مفهوم الوكالة التجارية

كانت الممارسات العملية ⁽¹⁾ والاجتهادات القضائية ⁽²⁾ والفقهية في فرنسا ⁽³⁾ وراء تثبيت دعائم مفهوم الوكالة التجارية، وذلك من خلال تطبيق قواعد الوكالة المعمول بها في القانون المدني على النشاط التجاري، وبذلك تعتبر الوكالة التجارية تطورا نوعيا للوكالة المدنية.

وقد تم الحسم في القطيعة بين وكالة القواعد العامة والوكالة التجارية بمقتضى التنظيم التشريعي الحالي الذي حدد مفهوم الوكالة التجارية، وخصها ببعض المميزات، واستبعد من شروط إبرامها أية شكلية خاصة مكتفيا بالشروط الموضوعية.

المطلب الأول : ماهية الوكالة التجارية

الوكيل التجاري عبارة عن مقاول مهني مستقل، ولكنه يتصرف باسم ولحساب الغير الذي هو الموكل، فهذه الازدواجية أثارت نقاشات واختلافات حول ماهية الوكالة التجارية، وهو ما يستلزم، في مرحلة أولى،

⁽¹⁾ انظر :

FOURNIER (F) : L'AGENCE COMMERCIALE, Litec, Paris 1998, p.7, n°2 ; J-L.

HERZOG (J.L.), op. cit. p. 61 ; Y.GUYON , droit des affaires , T.1. Droit commercial général et sociétés , 9° éd .

⁽²⁾ انظر على سبيل المثال :

Cass.Civ.13 mai.1885.S.1887,précitée ;Cass.Soc.28 oct. 1992, Bull.civ .1992 ; Cass. Com .10 nov.1959 ,Bull .civ. III, n°384 .

⁽³⁾ انظر :

FOURNIER (F) ,op. cit. n° 5 et 6 , p 9 et 10 ; HERZOG (J.L) ,art .préc.p. 62.

إعطاء تعريف دقيق للوكالة التجارية وتحديد طبيعتها القانونية (أولاً)، ثم، في مرحلة لاحقة، تحديد خصائصها (ثانياً).

المفكرة الأولى : تعريف الوكالة التجارية وبيان طبيعتها

يتعين تعريف الوكالة التجارية قبل بيان طبيعتها القانونية.

أولاً: تعريف الوكالة التجارية

إذا كان مشرع قانون الالتزامات والعقود قد عرف الوكالة بأنها عقد يكلف بمقتضاه شخص شخصاً آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، فإن الفقرة الأولى من المادة 393 من م.ت.ع. على العكس من ذلك، عرفت الوكالة التجارية تعريفاً دقيقاً ومختلفاً إذ جاء فيها ما يلي: "الوكالة التجارية عقد يلتزم بمقتضاه شخص، ودون أن يكون مرتبطاً بعقد عمل، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة، بشأن عمليات هم أشرية أو ببيعوات، وبصفة عامة جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك"، وهو نفس التعريف الوارد بالمادة الأولى من القانون الفرنسي لسنة 1991⁽¹⁾.

وبذلك فعلاقة الوكالة بين الموكل والوكيل علاقة تعاقدية يحترف بمقتضاها الوكيل التجاري إجراء المعاملات التجارية لحساب الموكل وفي استقلال عنه مقابل أجر، فالوكيل إذن عبارة عن وسيط يتفاوض ويرم

⁽¹⁾ ولا تعتبر هذه أول مرة نظم فيها المشرع الفرنسي مهنة الوكالة التجارية، بل سبق أن نظمها بمقتضى مرسوم 23 دجنبر 1941، ثم بمقتضى القرار المؤرخ في 5 نونبر 1946 الذي تم إلغاؤه من طرف مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 أبريل 1948، وبعد تقديم عدة مشاريع لتنظيم مهنة الوكالة التجارية تم في الأخير تبني مرسوم رقم 1345-58 بتاريخ 23 دجنبر 1958 لسد الفراغ القانوني الذي تركه إلغاء مجلس الدولة للقرار السابق ذكره، وقد ركز هذا المرسوم على حماية الوكيل التجاري بأن جعل هذه الحماية من النظام العام وقد صدرت بعد ذلك عدة نصوص تنظيمية مخصصة كلها لمهنة الوكالة التجارية، ولكنها لم تدخل تغييرات جذرية على مرسوم 1958 ما عدا ما يتعلق مثلاً باستبعاد الكتابة كركن شكلي لاستبعاد الوكالة.

عقود البيع أو عقوداً أخرى باسم وحساب المقاولة التي ينوب عنها، وبالتالي عندما ينمي نشاطه ويضاعف زبناؤه، فإنه يساهم بذلك في الرفع من رقم معاملات المقاولة التي يشتغل لحسابها.

ولاشك أن الوكالة التجارية تحقق منفعة اقتصادية أكيدة للطرفين معا: بالنسبة للموكل، فالوكيل التجاري لا يحصل على الأجر إلا بالنظر لرقم المعاملات الذي ساعد على تحقيقه لفائدة الموكل، وبذلك فالموكل لا يتحمل أية توابع في الحدود التي يتقاضى فيها الوكيل أجره بحسب البيوعات المنجزة، وبالنسبة للوكيل التجاري نفسه، فإن المخاطر محصورة كذلك في الحدود التي لم يتلق فيها أي تكليف لشراء كمية من البضائع لفائدة الموكل.

وقد نشأت الوكالة التجارية بهذا المعنى بفعل المهنيين داخل البيئة التجارية المعروفة بالثقة والائتمان والاحتراف، ولم يعترف بها المشرع المغربي إلا سنة 1996. بمناسبة صدور مدونة التجارة التي نظمتها بقواعد خاصة مستقلة عن قانون الالتزامات والعقود من قبيل منع الرجوع الإرادي في الوكالة، واحترام مقتضيات الصديق والإعلام والمصلحة المشتركة للطرفين، واستقلال الوكيل عن الموكل، ناهيك أن الوكالة التجارية تستمد بعض الأحكام من قانون الالتزامات والعقود.

ثانيا : طبيعة عقد الوكالة التجارية

تعتبر مسألة الطبيعة القانونية للوكالة التجارية - مدنية أو تجارية- من الأمور التي لم يتوحد بشأنها الفقه والقضاء والتشريعات، فمادام الوكيل التجاري يمارس التصرفات المنوطة به بمقتضى الوكالة التجارية باسم وحساب موكله، وأن آثار هذه التصرفات تنصرف إلى ذمة موكله، فإنه يتواجد في وضعية تشبه - ظاهريا على الأقل- وضعية الوكيل بالمفهوم

الوارد ضمن مقتضيات القانون المدني، ومن هنا طرح التساؤل التالي: هل للوكيل صفة تجارية أم صفة مدنية ؟.

على مستوى التشريع المغربي، تجدر الإشارة بداية إلى ملاحظة أولية وهي أن المشرع لم يجعل صراحة من الوكالة التجارية عملا تجاريا إلى جانب الأنشطة التجارية المذكورة في المادة 6 من م.ت، ومع ذلك فإن عمل الوكيل التجاري المتمثل في احتراف إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير، يعتبر عملا تجاريا يكتسب من خلاله صفة تاجر، لأنه يقوم بأعمال الوساطة شأنه في ذلك شأن السمسار والوكيل بالعمولة مع بعض الاختلافات كما سيأتي توضيحه.

كما أن البند 9 من المادة 6 من م.ت لا يقتصر على السمسرة والوكالة بالعمولة كأنشطة تجارية فحسب، بل تستغرق جميع أعمال الوساطة بما فيها الوكالة التجارية لأن ما ذكر به إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾، ويضاف إلى ذلك أن المشرع نظم عقد الوكالة التجارية⁽²⁾ ضمن الكتاب الرابع من مدونة التجارة الخاص بالعقود التجارية⁽³⁾.

وبصرف النظر عن هذه المقتضيات التشريعية، فإن الوكالة التجارية ذات طبيعة تجارية، ومن ثم، يكتسب الوكيل التجاري الصفة التجارية لأنه إنما يجتاز مزاوله نشاط الوكالة التجارية، وبعبارة أخرى، فهو يعتاد ويجتاز إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير، وصفة الاعتقاد هذه أشارت إليها المادة 393 من م.ت صراحة⁽⁴⁾، وبذلك فالوكالة التجارية

(1) جاء في البند 9 من المادة 6 من م.ت ما يلي : " 9- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة".

(2) في المواد من 393 إلى 404 من م.ت .

(3) في المواد من 336 إلى 486 من م.ت .

(4) جاء في المادة 393 من م.ت أن " الوكالة التجارية عقد يلتزم بمقتضاه شخص ، ودون أن يكون مرتبطا بعقد عمل ، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة ، " .

تختلف عن الوكالة المدنية من حيث الموضوع، فإذا كان العمل الموكل به الوكيل مدنيا كانت الوكالة مدنية، وإذا كان العمل تجاريا كانت الوكالة تجارية.⁽¹⁾

وعلى خلاف الفقه الفرنسي، كما سيتم توضيحه فيما بعد، فإن الفقه العربي أكد على الطبيعة التجارية للوكالة التجارية على أساس أن الوكيل التجاري يمارس، بصفة اعتيادية، إجراء المعاملات التجارية لفائدة موكله⁽¹⁾.

ولقد نصت بعض التشريعات العربية صراحة على الطبيعة التجارية للوكالة التجارية، كالشريع الأردني⁽²⁾، والشريع الكويتي⁽³⁾، والشريع المصري⁽⁴⁾، والشريع العراقي⁽⁵⁾.

أما على مستوى التشريع الفرنسي الذي يعتبر المصدر المادي للقواعد القانونية المغربية المنظمة للوكالة التجارية، فإن النصوص القانونية ساكنة، ولم تحسم في الطبيعة القانونية للوكالة التجارية، وهو ما تولاه الفقه والقضاء معتبرا إياها من طبيعة مدنية.

فمحكمة النقض الفرنسية، في عديد من القرارات، أضفت صراحة الطابع المدني على الوكالة التجارية بالنسبة للوكيل، معللة ذلك بكون الوكيل لا يتصرف لحسابه وإنما يتصرف باسم ولحساب موكله، وتنفيذه للوكالة لا يعتبر قد مارس عملا تجاريا مادامت العقود التي يبرمها

(1) سحر رشيد حميد النعمي : الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص: 21 ؛ منير قرمان : الوكالة التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص: 17 ؛ عصام الشربيني، القانون التجاري الجديد لسنة 1999، ج1، الالتزامات والعقود التجارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص: 191 ؛ عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج. 1، عمان، 1997، بند 252، ص: 368 ؛ عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، باقي البيانات غير مشار إليها، ص: 241.

(2) الفقرة الأولى من المادة 80 من قانون التجارة الأردني.

(3) المادة 5 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

(4) الفقرة "د" من المادة 5 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999.

(5) المادة 5 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

أو يتفاوض بشأنها تنتج آثارها، ليس في ذمته، وإنما في ذمة موكله⁽¹⁾،
ودُهبت محكمة الاستئناف بأميان Amiens في نفس الاتجاه⁽²⁾.

ساير الفقه الفرنسي وجهة نظر القضاء معتبرا أن عقد الوكالة
التجارية في حد ذاته يعد عملا مدنيا بالنسبة للوكيل التجاري⁽³⁾، واستند
الفقه إلى نفس التعليل المعتمد من طرف القضاء، بل أضاف بعض الفقه
أسانيد أخرى استخرجها من خلال إجراء مقارنة بين الوكالة التجارية
والوكالة المدنية⁽⁴⁾، أو من بعض النصوص القانونية التي تنص صراحة على
تسجيل الوكيل التجاري بسجل خاص وليس بالسجل التجاري⁽⁵⁾.

(1) انظر :

Cass. com. 28 oct.1980 . D. 1981. inf. rap. 126 ; Cass. com. 29 oct.
1979 . D.1980 , 69 ; Cass. com. 24 oct.1995 , Bull . civ. 4 , n° 248 .

(2) انظر :

C. A. Amiens 4 juin 1975 , D. 1975 , 694 ; C. A. Amiens 14 juin 1978
 , Gaz Pal . 1978 , II , Somm.469 .

(3) انظر :

SANTOS . (A. P) et TOE (J.Y) : Droit commercial général ,
BRUYLANT , Bruxelles , 2002 , p.310 , n°497 ; Michel Pédamon : Droit
commercial , commerçants et fonds de commerce , concurrence et
contrats de commerce , 2^e éd , Dalloz , 2000 , p . 594 , n° 638 ; Ripert
 . G et Roblot R , op . cit . p 673 , n° 2622 .

(4) انظر :

FOURNIER (F) , op . cit . p . 42 , n° 51 .

الأستاذ فورني حاول التقريب بين الوكالتين ، واعتبر أن الوكالة التجارية لا تخالف الوكالة المدنية
الكلاسيكية في طبيعتها طالما أن المادة 1986 من القانون المدني تسمح بإمكانية الانفتاح على الأجر ،
وأن المادة 1996 من نفس القانون تعطي الحق للوكيل في التعويض وفي استرجاع المصاريف التي
أنفقها ، وكذلك فالوكيل في الوكالة العادية ملزم بالتقيد بالمهمة الممندة إليه وتقديم تقرير إلى الموكل
حول تنفيذ المهمة .

(5) انظر :

LELOUP(J.M) : les agents commerciaux, Delmas, 1998, 4^e
éd. 1998 , P.66, n°207.

من بين النصوص القانونية التي أشار إليها للقول بالطبيعة المدنية للوكالة التجارية هناك مرسوم
23 جابر 1958 الذي أنشأ سجلا خاصا يسجل به الوكلاء التجاريون (المادة 4) ، ومن ثم فلو أن
المشرع اعتبر الوكيل التجاري تاجرا لاكتفى بالسجل التجاري ، وكذلك قرار 8 يناير 1993 الذي
استلزم تسجيل الشركات المدنية بسجل خاص (المادة 3) .

فهذه النصوص ، في نظر البعض ، تستبعد فكرة الصفة التجارية عن الوكيل .

يرى بعض الفقه إمكانية اعتبار النشاط المدني للوكيل التجاري نشاطا تجاريا وذلك عندما يمارس نشاطه بواسطة شركة تتخذ الشكل التجاري⁽¹⁾.

كما أن الأعمال التحضيرية لقانون 25 يونيو 1991 تثبت تمسك الجمعية الوطنية الفرنسية بالصفة المدنية للوكالة التجارية إذ رفضت صراحة مقترحا تعديليا يهدف إلى منح الصفة التجارية للوكيل التجاري⁽²⁾.

وبذلك أصبحت المسألة محسومة، فالاتفاق حاصل على مستوى التقليد والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية بشأن الطبيعة المدنية لمهنة الوكالة التجارية⁽³⁾.

الفقرة الثانية: خصائص الوكالة التجارية وتمييزها عما يشبهها

حتى يسهل تمييز الوكالة التجارية عما يشبهها من أعمال، يتعين في البداية تحليل خصائصها.

أولا : خصائص الوكالة التجارية

تتميز الوكالة التجارية بمجموعة من الخصائص، فهي مهنة مستقلة وتمارس بانتظام، ولها طابع مهني وترمي إلى تحقيق غاية مشتركة.

1- الاستقلال المهني للوكيل التجاري

أ- مفهوم الاستقلال المهني للوكيل التجاري
يعد الاستقلال المهني، الذي يستفيد منه الوكيل التجاري في منزلة⁽⁴⁾، إحدى الخصائص الأساسية والملازمة لنظام الوكالة التجارية⁽⁴⁾،

Ripert (G) et Roblot (R) , op.cit . p . 674 , n° 2622 .

(1) أنظر :

(2) أنظر :

Cass. com. 28 oct.1980 . D. 1981 . inf . rap. 126 ; Cass. com. 29 oct.

1979 . D.1980 , 69 ; Cass. com. 24 oct. 1995 , Bull . civ. 4 , n° 248 .

(3) أنظر :

(4) بوعبيد عباسي : الوكالة التجارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ع. 38 ، س. 2002، ص.

144.

ويتم التعبير عنها عادة في العقود بعبارة: "بصفته وكيلًا، يتمتع الوكيل التجاري بالاستقلال في تنظيم نشاطه"⁽¹⁾، الوكيل التجاري مستقل إذن في حياته التجارية، ويتحمل مخاطر نشاطه ليحتفظ بالنفع الذي يجنيه منه.

وبالفعل، أشار المشرع في الفقرة 1 من المادة 393 م.م.ت إلى استقلال الوكيل كما يلي: "دون أن يكون مرتبطًا بعقد عمل"، ولقد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة ووضوحًا إذ نص على مبدأ الاستقلال صراحة في الفقرة 1 من المادة 1 من قانون 25 يونيو 1991⁽²⁾.

ويعني مبدأ الاستقلال عدم ارتباط الوكيل التجاري بعقد عمل، وممارسته لمهامه في استقلال عن التاجر الذي وكله، ويتربط على صفة الاستقلال هذه عدة آثار نذكر منها ما يلي:

- حق الوكيل التجاري في تنظيم أنشطته ومقاولته بالطريقة التي

تبدو له أفضل من غيرها، ويملك الحرية الكاملة في التصرف في وقته؛

- بإمكانه كذلك أن يعين أو يشغل بعض العمال ليستعين بهم في ممارسة عمله؛

- ومن حقه أيضًا أن يكون وكيلًا لعدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم، غير أنه لا يجوز له أن يمثل عدة مقاولات متنافسة؛

- يمكنه أن يمارس أعمالًا تجارية أخرى لمصلحته إلى جانب أشغال الوكالة التجارية وذلك دون أن يفقد صفته كوكيل تجاري⁽³⁾.

= وللتوسع أكثر في مفهوم الاستقلال المهني يمكن الرجوع إلى :
FOURNIER (F) , op .cit. p . 141 à 195 , n° 253 à 366.

⁽¹⁾ انظر :

⁽²⁾ جاء في الفقرة 1 من المادة 1 من قانون 1991 ما يلي :

"A titre de profession indépendante , sans être lié par un contrat de louage de services".

⁽³⁾ بوعبيد عباسي ، م.س . ص . 144 .

ويمكن أن يكون الوكيل التجاري شخصا طبيعيا أو معنويا، ويستفاد هذا من عبارة "شخص" الواردة في الفقرة الأولى من المادة 393 م.ت، وهي عبارة عامة تستغرق الشخص الطبيعي والشخص المعنوي على السواء، كما أن النصوص المتعلقة بالقيود في السجل التجاري حددت الشروط الخاصة بالشخص الطبيعي وتلك الخاصة بالشخص المعنوي، وهكذا فإن المشكل الذي كان مطروحا في القانون الفرنسي قبل التعديل الأخير المتخذ بمقتضى تشريع 1991 لا يطرح في ظل القانون التجاري المغربي ⁽¹⁾.

ب- حدود الاستقلال المهني للوكيل التجاري ⁽²⁾

سبق القول إن مهنة الوكالة التجارية تتميز بالاستقلال المهني الذي يسمح بتعيين وكلاء من الباطن وتمثيل عدة موكلين غير متنافسين، واحتراف أنشطة أخرى، لكن هذا الاستقلال يعرف بعض الحدود التي بينها المشرع بدقة .

ب-1- الحق في توظيفه وكلاء من الباطن

حينما نص المشرع في الفصل 393 من م.ت على أن الوكيل التجاري يتصرف باسم ولحساب تجار أو منتجين أو وكلاء تجاريين آخرين فإنه أكد بذلك على حق الوكيل التجاري في تعيين وكلاء من الباطن، ويترتب هذا الحق في حقيقته على الاستقلال الذي يميز الوكالة التجارية. والوكيل من الباطن يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا أو حتى زوج الوكيل ⁽³⁾، كما يمكنه أن يشتغل لفائدة عدة وكلاء تجاريين،

⁽¹⁾ نأخذ أن بعض الفقه ومعه بعض القضاء كان يفسر القرار الوزيري المؤرخ في 19 يونيو 1959 المتعلق بتسجيل الوكلاء التجاريين في سجل خاص تفسيرا حرفيا ، يشترط هذا النص أن يولي الوكيل التجاري بوثيقة السوابق الحالية من أجل التسجيل في السجل الخاص بالوكلاء التجاريين ، وهو ما أدى بال بعض إلى القول إن الشخص الطبيعي هو المعنى الوحيد بهذا التسجيل وبالتالي فإن الشخص المعنوي لا يمكن أن يكون وكلا تجاريا ، أنظر في هذا الصدد :

Nasreddine EL HAGE , la nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale. Rev.Trim.dr.Com .1994 , p. 201 .

⁽²⁾ بوعبيد عباسي ، م.س. ص : 157 و 158 و 159 .

⁽³⁾ وهذا ما أقره القضاء الفرنسي ، ولا يوجد ما يمنع من السير عليه في القانون المغربي .

ولاشك أن من شأن هذه الإمكانية أن تسهل التعاون بين الوكالات المحلية، ومن شأنها كذلك أن تستجيب بشيء من المرونة إلى حاجيات التخصص الذي أصبح يفرضه السوق الآن⁽¹⁾.

وعندما يستعين الوكيل التجاري بوكلاء من الباطن فإنه يتحمل بكل التزاماتهم تجاه الموكل، فالعلاقات بين الطرفين، وخاصة منها مراعاة قواعد الإعلام، وتقدم الحساب عن القضايا المنحزة وأداء العمليات، تظل قائمة بشكل مباشر وفي استقلال تام عن الوكلاء من الباطن⁽²⁾.

كما أن محاولة الموكل استبعاد الوكيل بحرمانه من شبكة البيع التي تم الاتفاق عليها يعد خطأ جسيماً من شأنه الإحلال بالوكالة، وهكذا يعد الموكل مرتكباً لخطأ جسيم عندما يغري أو يصرف الوكلاء من الباطن عن الوكيل الأصلي أو يحاول التعامل معهم مباشرة⁽³⁾.

وفيما يتعلق بالعلاقة بين الوكيل التجاري والوكيل من الباطن، فإن حقوق والتزامات الوكيل وكذا شروط إبرام عقد الوكالة تطبق على الوكيل من الباطن وعلى عقد الوكالة من الباطن، غير أن هذه الوكالة باعتبارها تابعة للوكالة الرئيسية فإنها تظل تحت تأثيرها، ويترتب على ذلك التزام الوكيل الرئيسي بأن ينتهي إلى علم الوكيل من الباطن طرق تنفيذ الوكالة الرئيسية لكي يتقيد بها⁽⁴⁾.

Paris 29 janvier 1986 , B.R.D.A . 15 mai 1986 .

⁽¹⁾ أنظر :

⁽²⁾ أنظر :

⁽³⁾ نفس المرجع السابق ، ونفس الصفحة .

⁽⁴⁾ أنظر :

N. EL HAGE, art.pre. p.215 .

Cass. Civ. 10 jan . 1979 . Bull . civ. n° 17 , p.13 ; M. PEDAMON , op.cit.p. 593. n°637.

وإضافة إلى حق الوكيل في الاعتماد على وكلاء من الباطن، يمكنه أن يمثل عدة موكلين في نفس الوقت، كما يمكنه أن يمارس أنشطة أخرى إلى جانب الوكالة.

ب/2- الحق في تمثيل موكلين آخرين غير متنافسين وممارسة أنشطة أخرى

حول المشرع للوكيل التجاري الحق في تمثيل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم ⁽¹⁾، ولكنه قيد هذا الحق ببعض الشروط حيث يجب على الوكيل التجاري ألا يقبل تمثيل عدة مقاولات متنافسة إلا إذا وافق على ذلك الموكلون.

ويحقق تعدد الموكلين - وهو تعدد يرتبط بطبيعة النشاط المستقل الذي يمارسه الوكيل التجاري- مزايا هامة سواء بالنسبة للموكل أو الوكيل، ذلك أن معرفة الوكيل للزبناء تسهل عليه مهمة إبرام العقود وتقلل من مصاريفها ⁽²⁾، ويتوسع نشاطه ⁽³⁾ وتزداد مداخيله.

تدخل القيود المفروضة على حرية تمثيل موكلين جدد في إطار الالتزام بالصدق والنزاهة الذي يميز العلاقات ما بين الوكيل وموكله، فمداونة التجارة، التي أقرت بهذا الالتزام الجوهري، نصت في الفقرة الثانية من المادة 395 على أنه: " يلتزم الأطراف بصفة متبادلة بمراعاة قواعد الصدق والإعلام ⁽⁴⁾".

⁽¹⁾ الفقرة الثانية من المادة 393 من م.ت، وهو نفسه ما نصت عليه المادة 3 من القانون الفرنسي لسنة 1991.

⁽²⁾ انظر :

LELOUP (J.M), La loi du 25 jan 1991 relatif aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, J.C.P 1992, DOCT. P. 79 ; SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit .p. 313 ,n° 500 .

⁽³⁾ انظر : 154 n° , C2 , op.cit , Les agents commerciaux ,

⁽⁴⁾ ففي الإطار المهني الضيق ، نجد أن الالتزام بالصدق يتطلب إقامة علاقات مستمرة بين الوكيل وموكله الذين يتقنون به ويتكلمون عليه بدون تحفظ وبدون إخفاء للبيانات .

وفيما يتعلق بالجمع بين عدة حروف، فإن الوكيل التجاري يمكنه أن يقوم بإنجاز عمليات تجارية لحسابه الخاص، فالمادة 393 م.ت اقتصرت على القول إن الوكالة التجارية يجب أن تمارس بصفة معتادة أي على وجه الاعتياد والاحتراف ولم تشترط مزاولتها لا على سبيل الحصر ولا حتى بصفة رئيسية، وهكذا يمكن إذن للوكيل التجاري ألا يمارس أعمال الوكالة التجارية إلا بصفة تبعية لمهنة أخرى.

ونجد في إطار التنظيم الحالي للوكالة التجارية أن إمكانية الوكيل التجاري مزاوله أنشطة أخرى إلى جانب الوكالة التجارية تطرح إشكالية صفته كوكيل تجاري لأن هذه الصفة تختلف بحسب ما إذا كان يمارس نشاطه بصفة رئيسية أو بصفة تبعية.

وقد نصت فعلا الفقرة الأولى من المادة 394 م.ت على أنه: "يمكن للأطراف أن يقرروا عدم تطبيق مقتضيات هذا القسم (القسم الخاص بالوكالة التجارية) بالنسبة للجزء من العقد المتعلق بالوكالة التجارية وذلك حينما يزول الوكيل التجاري نشاطه التجاري بصفة تبعية لعقد آخر ذي موضوع رئيسي مختلف"، وتطبيق هذا المقتضى غير ممكن إلا إذا تعلق الأمر بنشاط تبعي لأنشطة أخرى وفي إطار نفس العقد⁽¹⁾، وهكذا، فإن نشاط الوكالة التجارية، حتى ولو كان الوكيل يزاوله بصفة ثانوية، لا يمكن اعتباره تابعا عندما يشكل موضوع عقد مستقل.

⁽¹⁾ بمعنى أن نشاط الوكيل التجاري يكون تابعا لنشاط آخر يمارسه مع نفس المتعاقد .
للتوسع أكثر في أسباب وشروط استبعاد تطبيق المقتضيات المنظمة للوكالة التجارية في هذه الحالة يمكن الرجوع إلى :

LELOUP (J.M) , op.cit , n°5 , p. 49 et 50 , n° 163 , 164 , 165 et 166 .

وتجب الإشارة إلى أن الفقرة الأخيرة من المادة 394 م.ت اعتبرت مثل هذا الشرط باطلا إذا تبين من تنفيذ العقد أن موضوعه الرئيسي هو في الواقع الوكالة التجارية.

وأخيرا يجب التذكير بأنه يجب على الوكيل التجاري - الذي يمكنه مزاوله جميع الأنشطة التجارية - ألا ينافس موكله من خلال العمليات التي ينفذها وذلك تحت طائلة الحكم عليه بتعويضهم عن الضرر الذي لحق بهم من جراء ذلك.

✓ 2- الوكالة التجارية ذات مصلحة مشتركة

ينص المشرع صراحة في الجملة الأولى من المادة 395 م.ت على أن الوكالة التجارية ذات مصلحة مشتركة وذلك كما يلي: "يرم عقد الوكالة التجارية لتحقيق الغاية المشتركة للأطراف".

ويرجع مصدر الوكالة التجارية ذات المصلحة المشتركة إلى ما كان يجري به العرف وما أقره القضاء والفقه في فرنسا⁽¹⁾، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في المادة 4 من قانون 25 يونيو 1991.

كان الأمر في الأصل يتعلق أساسا بوكالات تابعة تستمد من العقد الرئيسي ثباته واستقراره كالوكالة المنوحة إلى المؤمن بمقتضى شرط الدفاع والرجوع المضمن في وثيقة التأمين، من أجل تسيير الدعوى في مكانها ووقتها بسبب الخطر المؤمن منه، أو الوكالة المنوحة للبنكي من أجل قبض مبلغ مالي مع إمكانية اقتطاع عمولة من المبلغ المحصل⁽²⁾.

(1) ستم الإشارة في الوقت المناسب إلى المراجع الفقهية والقرارات الموضوعية المتعلقة بالموضوع.

(2) بوعبيد عباسي ، مفهوم المصلحة المشتركة في الوكالة التجارية وأثرها على العلاقات بين الوكيل والموكل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن ، ع. 31 ، س ، 1999 ، ص. 102 .

فالوكالات التجارية اشتهرت في جميع الفرضيات التي يتوجب فيها استمرار الوكالة بالنظر إلى أنها ملحقة أو تابعة للعقد الرئيسي ومفيدة في تنفيذ العلاقات السابقة الوجود أو التي تم إنشاؤها فيما بعد، ومثال ذلك عندما يوكل الشركاء في الشياخ شريكا منهم في إدارة المال الشائع، فهذه وكالة ليست في صالح الموكلين فحسب بل في صالح الوكيل أيضا⁽¹⁾، أو الحالة التي يوكل فيها المدين الدائن، في حالة عدم أداء الدين في تاريخ الاستحقاق، لبيع مال معين يعود للمدين من أجل تسديد الدين للدائن عن طريق المقاصة، في مثل هذه الظروف، لا يمكن نقض الوكالة بالإرادة المنفردة.

وقد اتسع مفهوم المصلحة المشتركة ليشمل الوسطاء وخاصة الوكلاء التجاريين حيث تكمن مصلحتهم في مضاعفة بيعات المقاولات التي يتوبون عنها⁽²⁾، وأصبحت الوكالة التجارية نموذجا للوكالات ذات المصلحة المشتركة، بل في أحضانها اتضح هذا المفهوم أكثر فأكثر⁽³⁾.

وبتحليل دقيق للوكالة ذات المصلحة المشتركة يتبين أن هذا المفهوم يتركز على عنصرين أساسيين هما: استمرار التعاون بين الوكيل والموكل من جهة، وسعي الطرفين معا إلى تحقيق غاية موحدة من جهة ثانية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج.7 ، المجلد 1، المقابلة والوكالة ، دار النهضة العربية ، 1964 ، ص.666 .

⁽²⁾ انظر :

COLLART DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (ph) :contras civils et commerciaux ,3° éd. 1996 , Dalloz-Delta , P. 532 .

⁽³⁾ انظر :

GHESTIN (J) et HUET (J) ,Traité de droit civil ,Les principaux Contrats Spéciaux. LG.D.J ;E.J.A 1996 ,p.1076 ,n° 31278 .

⁽⁴⁾ انظر : LELOUP (J.M) , op.cit, C15 , p. 59 , n° 191 .

ويعد استمرار التعاون بين الطرفين عنصرا أساسيا في الوكالة التجارية، ويرتكز على تضافر الجهود المستمرة بين الموكل والوكيل الذي ينوب عنه، ويجعل من مقاولته، المستقلة قانونيا واقتصاديا، أداة لتحقيق السياسة الاقتصادية للموكل، ومن ثم يتوجب عليه رعاية مصالح موكله والتقييد بتعليماته المعقولة⁽¹⁾.

ويؤدي هذا التعاون المستمر إلى بلوغ العنصر الثاني المكون للمصلحة المشتركة وهو الغاية المشتركة أو الغاية الموحدة التي يسعى إليها الطرفان معا، وتمثل في تكوين فئة واسعة من الزبناء هم: الزبناء المشتركون (بفتح الراء)، وتلك هي المصلحة المشتركة بذاتها الناتجة عن التعاون المستمر بين أطراف الوكالة التجارية.

وبالفعل، فالوكيل التجاري عندما يتصرف باسم ولحساب موكله، فإنه سيساعده في تنفيذ سياسته الاقتصادية⁽²⁾، كما أن الطرف الذي يساهم في تطوير مقاولته يساهم في نفس الوقت في تطوير النشاط المشترك⁽³⁾، وهكذا يستفيد كل طرف من ثمار مجهودات الطرف الآخر⁽⁴⁾.

وبذلك فالوكيل الذي يوزع منتجات منافسة لمنتجات موكله يكون قد أضر بالمصلحة المشتركة، تماما كما هو الشأن بالنسبة للصانع ذاته الذي ينافس الوكيل في الجزء من السوق مكان تنفيذ التصرفات موضوع الوكالة.

(1) يوعيب عياشي، المقال السابق، ص. 106 وما بعدها.
(2) أنظر:

C.A. Paris, 14 jan. 1942, DR. SOC. 1946 ; CA. Douai 27 sept. 1963,
Gaz. Pal. 1964, I, 128 ; Cass. Com. 8 oct 1969, D.1970, 143.
C.A. Aix 2 mai 1975, D. 1976, 344, note Hénard.

(3) أنظر:

(4) يوعيب عياشي، م.س. ص. 150.

ويمكن القول، إن الزبون، بالمفهوم التجاري، هو القيمة المالية التي تكون عبر انجاز التصرفات بشأن منتج معين وفي سوق معين⁽¹⁾، ومن ثم فالزبون، كقيمة مالية مشتركة، يعد جزء من السوق تعمل الوكالة التجارية على المحافظة عليه وتوسيعه، ولا يمكن إنهاء عقد الوكالة التجارية - مع ما يستتبع ذلك من فقدان الوكيل لهذه القيمة المالية، وعدم تملكه لثمار مجهوداته وحصته - دون تعويضه، فالمرشح لما كيف الوكالة بأنها ذات مصلحة مشتركة إنما ينبغي من وراء ذلك تحقيق التوازن التعاقدى بين الطرفين عن طريق تقنية التعويض عن إنهاء العقد⁽²⁾، ومن ثم التلطيف من مبدأ حرية الرجوع في الوكالة⁽³⁾.

وقد اعتبر القضاء الفرنسي وكالة ذات مصلحة مشتركة العقد الرابط بين شركة تستغل جريدة يومية وأحد مراسليها الذي كلفته، مقابل عمولة، بالبحث عن معلنين لإحدى نشراتها، وثبت فعلا أنه تمكن من تكوين شبكة من الزبناء المعلنين عن الجريدة⁽⁴⁾.

ولاشك أن مفهوم المصلحة المشتركة سيدفع بالحاكم إلى التركيز على ما تقتضيه العدالة لتحديد التعويض الذي يستحقه الوكيل التجاري عن حصته في القيمة المشتركة في حالة إنهاء عقد الوكالة التجارية⁽⁵⁾.

LELOUP (J.M) , op . cit. C16 , p. 60 , n° 192 .

(1) أنظر :

(2) أنظر :

MALAURIE et AYNES , Les contrats spéciaux , Cujas , 10^e éd , 1997 , n° 557.

(3) أنظر : SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op. cit. p. 314 , n° 501 .

(4) أنظر : Cass. Com. 17 mai 1989 . Bull . civ. IV. n° 157.

(5) بوعبيد عباسي ، م.س. ص 150 .

✓ 3- الوكالة التجارية مستمرة ومنظمة

من خصائص الوكالة التجارية أنها تتم بصورة منتظمة ومستمرة، ويلعب فيها عنصر الزمن دورا مهما، فوجودها في الواقع يعني أن نشاط الوكيل يجب أن يتم لمدة طويلة وأن ينصب على عمليات متعددة، فالوكيل الذي لا ينجز سوى عمليات معزولة باسم والحساب شخص آخر لا يمكن وصفه بالوكيل التجاري⁽¹⁾.

ولا يعني ذلك أن الوكيل التجاري يجب أن يمارس نشاطه بطريقة حصرية، إذ له الحق في انجاز عمليات تجارية لمصلحته الخاصة، كأن يبيع قطع غيار تدخل في تصنيع الأجهزة موضوع الوكالة.

أكدت على هذه الخاصة المادة 393 م.ت حينما نصت على أن الوكيل يقوم بالتفاوض أو إبرام العقد "بصفة معتادة"، وعبرت المادة 396 من م.ت على عنصر جوهري في الوكالة هو عنصر الزمن حينما نصت على أن عقد الوكالة يمكن أن يبرم لمدة محددة أو غير محددة، ومعنى ذلك أن تعاون أطراف الوكالة يتم عبر الزمن وبشكل مستمر، وأن الوكيل يشغل بصفة مستمرة لتنفيذ الأعمال التي كلف بها بمقتضى عقد الوكالة في منطقة جغرافية معينة أو مع مجموعة محددة من الزبناء.

وبالفعل، فنطاق التفويض التجاري المتفق عليه واسع جدا، ويفرض على الوكيل بالخصوص ما يلي:التفاوض على العقود وإعطاء الموكل مراجع عنها، وعند الاقتضاء إبرام المعاملات التي تعهد بها، ويجب أن يفضي إلى الموكل بجميع المعلومات الضرورية التي يتوفر عليها من أجل تمكينه من تقييم حاجيات الزبون، ومعرفة وضع السوق، والمواد المنافسة للمواد موضوع الوكالة كما يجب عليه متابعة تنفيذ البيوعات، وأن يقوم بزيارة وإعلام الزبون.

(1) انظر :

Cass. Com. 16 jan. 1968, J.C.P. 1968, II. 15551 . cité par M. Pedamon ,op. cit. p. 593 , n°636.

ولا يمكن إنجاز هذه المهام إلا إذا كانت الوكالة مستمرة، فالوكيل التجاري مكلف بإنجاز أعمال في منطقة جغرافية معينة أو مع مجموعة معينة من الزبناء حسب موضوع الوكالة، وعليه أن يجري المفاوضات وأن يبرم، عند الاقتضاء، الصفقات التي كلف بها، وأن ينهي إلى علم الموكل كل المعلومات الضرورية التي يتوفر عليها، وهذا كله لا يمكن فهمه إلا في إطار مدة العقد⁽¹⁾، وبعبارة أخرى فالوكيل يجب أن يشتغل بشكل متصل، وأن يتوفر له الوقت، والوسائل والأجهزة⁽²⁾.

ويشكل استمرار الوكالة كذلك خاصية من خصائص المصلحة المشتركة، وعنصرا من العناصر المكونة لها، فالوكالة الدقيقة التي تبرم لأجل عملية واحدة لا تنشأ عنها مجموعة من المصالح المستمرة، فالوكالة ذات المصلحة المشتركة تفترض وجود مصالح موحدة مستمرة تهدف إلى تحقيق غاية مشتركة.

ولاستمرار الوكالة معنى آخر، خارج المعنى السابق الذي يفترض وجود وكالة، وهو أن الوكيل نظرا لتخصصه ودرايته بالسوق، فهو يجعل خدمات الوكالة في متناول أي موكل يطلبها، إنه يقدم عرضا قانونيا مستمرا للموكل، ومن ثم فالوكيل له وجود قانوني واقتصادي حتى خارج عقد الوكالة ذاته⁽³⁾، والسبب في ذلك أن الوكيل التجاري مهني ويتوفر على مقابلة مستقلة، وبذلك فهو مدعو لممارسة مهنته بطريقة منتظمة، ومدعو أيضا لإنجاز عدة وكالات لفائدة موكلين محتملين⁽⁴⁾.

(1) أنظر :

LELOUP (J.M) , agent commercial.Rep.com . Dalloz,oct. 2003 , p, 6, n° 25.

(2) أنظر :

LELOUP (J.M) , Les agents commerciaux , op.cit. , n°14 , p. 58, n° 187 .

(3) وفي ذلك تختلف الوكالة التجارية عن الوكالة المدنية التقليدية .

راجع في ذلك :

(4) أنظر :

FOURNIER (F) , op.cit. p.189 , n° 356 .

4- الطابع المهني للوكالة التجارية

تتميز الوكالة التجارية بطابع مهني، وهو ما يتضح من خلال صفة الموكل والوكيل، وطبيعة التصرفات التي يجريها هذا الأخير باسم ولحساب الموكل.

فالموكل محترف يدخل في نطاق التعداد الوارد بالمادة 393 من م.ت: فهو إما "تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر"؛ فهذه اللائحة تضمنت مصطلحات قانونية (التاجر والوكيل التجاري) ومصطلحا اقتصاديا (المنتج).

فالمقصود "بالوكيل التجاري"، الذي يوكل عنه وكيلا تجاريا آخر، الوكيل موضوع هذه الدراسة؛ أما مصطلح "التاجر" فهو يطلق على كل أولئك الذين يصفهم القانون بهذه الصفة بما في ذلك المقاولات العامة ذات الطابع الصناعي أو التجاري، أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي، وبذلك فمصطلح "التاجر" يشمل "الصانع"، ولذلك فالمرجع لم يذكر الصانع إلى جانب التاجر عكس ما عليه الأمر في التشريع الفرنسي لسنة 1991؛ لكن "المنتج" يمكن أن يكون غير تاجر كالزراع والتعاونية المدنية.

ويلاحظ أن الطابع المهني لنشاط الموكل هو الخط المشترك لعناصر هذه اللائحة، فالوكيل يقوم بانجاز التصرفات التي تدخل في مهنة الموكل.

أما بالنسبة للوكيل التجاري، فهو كذلك شخص محترف في التجارة يجتري إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير، ويعتبر نشاطه هذا تجاريا يكتسب من خلاله صفة تاجر، ويؤثر على الطبيعة القانونية لعقد الوكالة التجارية و يضيف عليها الطابع التجاري كما سبق توضيحه⁽¹⁾.

(1) انظر ما سبق، ص 175.

كما أن الطابع التجاري لنشاط الوكيل يؤثر على: "تبعيته القانونية"⁽¹⁾ لموكله، ويطبّعها بالمرونة مقارنة مع الوكيل التقليدي .

وتتصف الوكالة التجارية بالطابع المهني من خلال موضوعها كذلك، وقد حدد المشرع موضوع الوكالة في البيوعات والأشربة وجميع العمليات التجارية بدون استثناء، بينما حدده قانون 1991 الفرنسي في "عقود البيع أو الشراء أو الكراء أو تقديم الخدمات".

ويرى بعض الفقه، عن حق، إن الوكالة التجارية تتصف بالطابع المهني من جانبين: من جانب الوكيل الذي يمتحن الوكالة التجارية ويجعلها مهنة له، ومن جانب كون الوكيل يتصرف تلبية لحاجات الموكل المهنية⁽²⁾.

ثانيا: تمييز الوكالة التجارية عن بعض العقود

بناء على الخصائص السابق تحليلها، وبناء كذلك على المعايير الواردة بالمادة 393 من م.ت، يمكن التمييز بين الوكيل التجاري ووسطاء آخرين خاصة الوكيل بالعمولة والسمسار والممثل التجاري المتنقل ثم صاحب الامتياز.

1- الوكيل بالعمولة

يختلف الوكيل التجاري عن الوكيل بالعمولة في كونه يتعامل مع الزبناء باسم ولحساب الموكل، وبذلك يتحمل هذا الأخير جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقود التي يوقعها الوكيل، في حين يتعامل الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي ولكن لحساب موكله، فالوكيل بالعمولة يعتبر

FOURNIE (F), op . cit. p . 103 , n° 177 .

⁽¹⁾ انظر :

⁽²⁾ انظر :

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y), op. cit. p . 311, n° 497 ; LELOUP (J.M), La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants , art .prec P.79 , n° 11 .

طرفا في العقود التي يبرمها، وهذه الخاصية تنصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه حقوقا كانت أو التزامات ، ويسأل عن نتائج ما يجريه من تصرفات. ولا تتوفر في الوكالة بالعمولة خاصية الاعتقاد والاستمرار وهي الخاصية المميزة للوكالة التجارية، ونتيجة لذلك ليس لها طابع المصلحة المشتركة.

2- السمسار

يقتصر عمل السمسار على التقريب بين وجهات نظر المتعاقدين (البائع والمشتري مثلا) من أجل التعاقد من دون أن يمثل أحدهم؛ إن مهمته، التي ليس لها طابع الديمومة المميزة لمهمة الوكيل التجاري، تنتهي منذ الوقت الذي يتم فيه التقريب بين عروض الطرفين ويصبحا قابليين للتعاقد، فهو لا يتدخل في إبرام العقد ولا يعد طرفا فيه ولا يسأل عن تنفيذ العقد الذي توسط فيه ⁽¹⁾.

3- الممثل التجاري

يرتبط الفرق الجوهرى بين الوكيل التجاري والممثل التجاري بالطبيعة القانونية لمهنتي الوكالة التجارية والتمثيل التجاري، فالوكيل التجاري يمارس نشاطه على وجه الاستقلال ودون أن يكون مرتبطا بعقد عمل، في حين يرتبط الممثل التجاري بالمنتج أو التاجر الذي يعمل لحسابه، أو المقاوله التي تشغله بعقد عمل وما يترتب عليه من خضوع للالتزامات الأجراء ولرابطه التبعية نحو المشغل، كما يستفيد من كل التدابير التي تطبق على كل من يحمل عقد عمل ⁽²⁾.

⁽¹⁾ - محمد بهجت عبد الله قايد : العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، ط 1. 1995 ، ص. 103 ، بند 147.

⁽²⁾ ويختزل الفقه الفرنسي تسمية ممثلي التجارة المتقلبين في : VRP

4- صاحب الامتياز

إن معيار التمييز بين الوكيل التجاري وصاحب الامتياز يكمن أساسا في كون هذا الأخير تاجرا يشتري ويبيع باسمه وحسابه، في حين يتصرف الوكيل التجاري باسم وحساب الغير.

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن الوكالة التجارية تعتبر عملا تجاريا في القانون المغربي، ويترتب على ذلك أن الوكيل التجاري الذي يزاول بشكل اعتيادي أو احترافي التفاوض أو التعاقد باسم وحساب غيره يكتسب صفة تاجر⁽¹⁾.

المطلب الثاني : شكل ومضمون الوكالة التجارية

الوكالة التجارية عقد، والعقد يتطلب وجود موافقة متبادلة بين طرفيه على مضمونه وشروطه، وقد يشترط القانون الكتابة لإتمام العقد أو لإثباته فقط، ولذلك تظل العلاقة بين الاتفاق والكتابة موضوعا صعبا دائما.

وسنعالج تبعا كيفية انعقاد الوكالة التجارية ومحتواها.

الفقرة الثانية: انعقاد الوكالة التجارية

يهدف المشرع من تنظيم الوكالة التجارية حماية الوكلاء التجاريين، ومن باب التيسير على المتعاقدين اكتفى بالرضاء المتبادل بينهما لإتمام العقد، أما الكتابة فهي مطلوبة للإثبات وليس للانعقاد.

(1) سابقا ، ص 175.

أولاً: رضائية عقد الوكالة التجارية

لم يعن المشرع ببيان كيفية انعقاد الوكالة التجارية تأسيساً على أن الأحكام الواردة بهذا الخصوص في قانون الالتزامات والعقود وافية بالغرض، ولذلك فهذه الأحكام تعتبر أحكاماً عامة تسري على الوكالة المدنية والوكالة التجارية.

وعلى هذا الأساس، فإن عقد الوكالة التجارية يعقد بتوافر الأركان الموضوعية المطلوبة طبقاً للقواعد العامة: تراضي الطرفين الخالي من عيوب الرضا والحل والسبب المشروعين.

وبذلك يكفي لانعقاد الوكالة التجارية صدور إيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر دون حاجة للكتابة أو لإتباع أية شكلية أخرى⁽¹⁾، فالمرسوع، على غرار نظيره الفرنسي، لم يشترط لانعقاد الوكالة التجارية أي شكل معين، وإن كان المشرع الفرنسي بمقتضى مرسوم 1958 الملغى يشترط وجود عقد مكتوب يحدد صفة المتعاقدين، وهو ما أدى في الواقع إلى وجود عدد من الوكلاء التجاريين لا يطبق عليهم نظام الوكالة التجارية نظراً لعدم توافر الشروط المطلوبة قديماً لإتمام عقد الوكالة التجارية.

أما أطراف العقد، فهما طبعاً الموكل والوكيل، فالموكل حسب الفقرة الأولى من المادة 393 من م.ت. يجب أن ينتمي إلى فئة التجار³⁹³ أو المنتجين أو الوكلاء التجاريين¹⁹⁷؛ أما الطرف الثاني في عقد الوكالة، أي الوكيل التجاري، فهو شخص مختص مستقل يكلف بصفة اعتيادية، ودون أن يكون مرتبطاً بعقد عمل، بالتفاوض أو إبرام العقود باسم ولحساب الموكل³⁹⁷ (3).

(1) هناك تمييز سائد ومعروف بين العقود الرضائية والعقود الشكلية، فالعقود الرضائية هي العقود التي تنشأ بمجرد تراضي الطرفين، أما العقود الشكلية فهي تلك التي لا تكون صحيحة ولا تقوم لها قائمة إلا إذا اتخذت الشكل الذي استلزمه القانون، ويدون هذا الشكل لا يترتب على اتفاق الطرفين أي أثر، وغالباً ما يتجلى هذا الشكل في وثيقة رسمية أو عرفية.

(2) بوعبيد عياشي، م.س. ص. 143.

(3) بوعبيد عياشي، م.س. ص. 144 و 145.

أما التصرفات محل عقد الوكالة، فهي كل البيوعات أو الأشرية أو الأكرية أو غيرها من العمليات التجارية، ويشترط فيها أن تكون مشروعة، كما يشترط في سبب عقد الوكالة أن يكون مشروعاً بدوره.

ثانياً : العناية المطلوبة للإثبات

يتضح من الشروط المنظمة للوكالة التجارية أن المشرع لم يشترط شكلية معينة لصحة عقد الوكالة التجارية، وبذلك يكفي منح الوكالة شفوية، كما يمكن استنتاجها ضمناً أو من خلال تنفيذها من طرف الوكيل التجاري.

ولكن بالرجوع إلى المادة 397 من م.ت، يتبين أن المشرع استلزم الكتابة لإثبات عقد الوكالة التجارية و، عند الاقتضاء، تعديلاته⁽¹⁾.

ويعتبر هذا المقتضى استثناء من قاعدة حرية الإثبات في المادة التجارية المنصوص عليها في المادة 334 من م.ت.

ولا يخفى ما للكتابة من فوائد بالنسبة للطرفين ذلك أن التعاون المستمر بينهما يفترض الدقة والوضوح حول بعض المواضيع كالربناء والبضائع موضوع البيع، والسياسة الاقتصادية الواجب إتباعها، وبذلك يكون، من مصلحة كل طرف التعبير كتابة عن حقوقه وواجباته⁽²⁾.

ولم يشترط المشرع شكلاً كتابياً معيناً⁽³⁾، فالكتابة مقبولة سواء كانت رسمية أو عرفية، ولاشك أن حماية الوكيل التجاري تستلزم تفسير شرط الكتابة تفسيراً واسعاً، ومن ثم فالرسائل الموقعة والمتبادلة بين الأطراف

⁽¹⁾ تنص المادة 397 من م.ت على أنه : " يثبت عقد الوكالة التجارية ، وعند الاقتضاء ، تعديلاته بالكتابة " .

⁽²⁾ انظر : LELOUP (J.M) , op.cit , p.111, n° 456 .

⁽³⁾ بوعبيد عباسي ، م.س . ص . 149 .

تكفي لإتمام الالتزام القانوني، وكذا كل كتابة تم التوقيع عليها من طرف الموكل ويكون من شأنها توضيح طبيعة العقد ومحتواه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي - كنظيره المغربي - اعتبر الوكالة التجارية عقدا رضائيا، لكنه تعامل مع الكتابة كوسيلة للإثبات بطريقة مغايرة ذلك أنه أجاز لكل طرف أن يطلب من الطرف الآخر إقامة دليل مكتوب على اتفاقهما أو على التعديلات التي قد ترد عليه⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: موضوع ومحتوى عقد الوكالة التجارية

الخط المشترك ما بين موضوع ومحتوى عقد الوكالة التجارية هو ما للطرفين من حرية في تحديدتهما، لكن هذه الحرية مقيدة بقواعد النظام العام.

أولا: موضوع الوكالة التجارية

وفقا للمادة 393 من م.ت، فإن مهمة الوكيل التجاري تتجلى إما في المفاوضات مع الزبناء دون التعاقد معهم، أو في التعاقد معهم في مجال الشراء أو البيع أو أية عملية تجارية أخرى باسم ولحساب الموكل كالكراء مثلا⁽²⁾.

ويلاحظ أن هذه المادة جاءت مخالفة في صياغتها وفي مضمونها للمادة الأولى من القانون الفرنسي لسنة 1991: فالمادة الأولى حددت

(1) المادة الثانية من قانون 1991 .
انظر في ذلك :
LELOUP (J.M) , op. cit, p.112, n° 457 .

(2) كان التجار، في كل زمان، ولا زالوا، في حاجة إلى تكليف غيرهم، من ذوي الخبرة والمهارة، لتمثيل مصالحهم في الأسواق البعيدة أو لدى مجموعة معينة من الزبناء لأنهم لا يستطيعون بمفردهم النهوض بتجاريتهم، ولعب الوكالة التجارية دورا هاما في الحياة التجارية الداخلية أو الوطنية إذ تبند صعوبات التعاقد الناتجة عن بعد المسافة بين المتعاقدين ، أو عدم معرفة أحدهما بالآخر ، أو عدم وجود الوقت الكافي لدى أحد المتعاقدين لإبرام العقد بنفسه .

موضوع الوكالة في إطار مبدأ واستثناء، يتمثل المبدأ في المهمة الرئيسية للوكيل التجاري وهي التفاوض مع الزبناء حول العقود ، باسم وحساب الموكل، ولا يتحمل هذا الأخير أي التزام ما لم يقبل إبرام العقد المقترح عليه؛ أما الاستثناء فهو المهمة المتمثلة إما في إبرام عقود الشراء أو البيع أو الكراء أو تقديم الخدمات، وبذلك فالموكل قد يمنح الوكيل سلطة التفاوض فقط.

ترتيب مهام الوكيل التجاري واضح من خلال المادة الأولى من قانون 1991 التي جاء فيها أن الوكيل التجاري يقوم: " بالتفاوض و، عند الاقتضاء، بإبرام عقود أشرية أو بيوعات أو أكرية أو تقديم الخدمات"(1) . كما يلاحظ أن المشرع المغربي لم يجعل صراحة "الأكرية وتقدم الخدمات" من بين المهام التي يمكن أن تسند إلى الوكيل، لكن المادة 393 من م.ت تستغرق هذه المهام إذ جاء فيها ما يلي: "أو أية عملية تجارية أخرى"، وبذلك يبدو أن المهام المذكورة صراحة في المادة 393 من م.ت مذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

إذا كانت البيوعات والأشرية والأكرية أو العمليات الأخرى - باعتبارها تصرفات قانونية تحدث أثراً قانونياً - يمكن أن تشكل موضوعاً للوكالة التجارية بدون منازع، فإن التفاوض أو عملية البحث عن الزبناء المحتملين وإقناعهم بموكل آخر، وخلق حاجيات في السوق، تعتبر أعمالاً أو خدمات مادية تجعل من التفاوض خدمة يؤديها الوكيل لمصلحة الموكل. وبالفعل، فالمفاوضات في حد ذاتها لا تعتبر تصرفات قانونية، ولا تؤدي إلى إجراء تصرف قانوني - ما لم تنجح ويوافق الموكل على إبرام

(1) أشارت المادة 1 من قانون 1991 إلى ما يلي :

« ... négocié et , éventuellement , conclu des achats , des ventes , des locations ou des prestations de services » .

التصرف - وإنما تهدف إلى خلق بيئة مناسبة لتدخل الموكل وإجراء التصرف؛ وبعبارة أخرى، فالتفاوض نشاط أولي لتصرف قانوني محتمل⁽¹⁾، ويتكون من جميع الأعمال التحضيرية التي يجب أن تنتهي وتكتمل باتفاق الطرفين لتصبح تصرفا قانونيا.

طبيعة المفاوضات هذه جعلت بعض الفقه يرفض إخضاع الوكيل لمفاوض لنظام الوكالة التجارية، واعتبر أن مهمة التفاوض في حد ذاتها لا تعتبر تصرفا قانونيا، فالوكيل متفاوض وليس متعاقد⁽²⁾.

وخارج النقاشات الفقهية، فالتفاوض يعتبر وكيلا تجاريا بنص القانون، وبالتالي فالمشرع جعل المفاوضات موضوعا للوكالة التجارية بغض النظر عن كونها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا، وسواء فشلت أو نجحت فأدت إلى إبرام التصرف القانوني المقصود.

وما دام الوكيل التجاري، المكلف بمهام التفاوض، لا يتوفر على سلطة إبرام العقد، فإن تبعيته القانونية للموكل تكون مخففة إن لم تقل منعدمة، فالمفاوضات يمكن أن تتم بدون تدخل حقيقي من الموكل، فهذا الأخير يحدد الغاية، والوكيل التجاري يحدد لوحده الوسيلة الأفضل لبلوغ تلك الغاية.

إضافة إلى وكالة التفاوض أو البيع أو الشراء، يمكن للموكل أن يعهد إلى الوكيل بالبضائع لتودع لديه، ويتصرف في هذه الحالة كمودع

FOURNIER (F), op .cit.ps.107 et 108 , n° 188 , 189 et 190 .

(1) أنظر :

FOURNIER (F) , op.cit.p.112, n° 196 .

(2) أنظر :

لديه، ويتحمل المسؤولية عن البضائع المودعة، ويحافظ عليها في حالة جيدة إلى أن يسلمها إلى الزبون بعد إبرام العقد⁽¹⁾.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن هذا التمييز بين الوكالات التجارية القائم على أساس موضوع الوكالة، ليس له أثر قانوني، فالتمييز هنا يتعلق بنطاق تطبيق مقتضيات الوكالة التجارية فقط.

ثانياً : مضمون العقد

يقصد بمحتوى العقد ما يشمل من شروط ومقتضيات ترمي إلى توضيح كيفية التعاون بين الطرفين طيلة مراحل تنفيذ العقد وما بعد إنجائه. أعطى المشرع للطرفين الحرية في هذا المجال، ومع ذلك فالنظام العام يحد من هذه الحرية ويرسم ما يجب وما لا يجب أن يدرج بالعقد.

1- شروط لا يجب إدراجها بالعقد

لا يمكن إحصاء الشروط التي لا يجب أن يشملها عقد الوكالة، ولذلك سنكتفي بإعطاء أمثلة عنها لتوضيح الصورة، من هذه الشروط ما يتعلق بتنفيذ العقد، ومنها ما يتعلق بإنهاء العقد، وإذا ما أدرجت هذه الشروط في العقد كانت باطلة.

الشروط الباطلة المتعلقة بتنفيذ العقد هي الشروط التي تخرف عقد الوكالة التجارية وتخرجها من إطارها القانوني، ومثال ذلك الشرط الذي يتعارض مع الواجب المتبادل بالصدق والإعلام، أو يتعارض مع التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة كرحل حرفة كفف، أو يتعارض مع التزام الموكل بتسكين الوكيل بسبل انجاز مهمته، أو الشرط الذي يحرم الوكيل من حقه في الأجرة.

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op.cit.p.311, n° 498 .

(1) انظر :

وكذلك الحال بالنسبة للشروط التي تمنع الوكيل من تنظيم مقاولته، كمنعه من تشغيل أجراء أو الاستعانة بوكلاء من الباطن، أو عدم القيام بنشاط معين ولو أنه غير منافس لنشاط الموكل، أو مخالفة المدة القصوى لشروط عدم المنافسة، أو عدم تجديده بمنطقة جغرافية معينة أو مجموعة من الأشخاص المعينين، أو إعفاء الموكل من تعويض الوكيل حالة إنهاء الوكالة، أو تقصير أجل الإشعار بإنهاء العقد، أو منح أجل للموكل يقل عن الأجل المفروض للوكيل التجاري.

2- شروط يجب أن يتضمنها العقد

لطرفي عقد الوكالة التجارية سلطة واسعة في أن يدرجا بالعقد كل ما يبدو لهما ضروريا ومفيدا لتحقيق التعاون بينهما بشكل أفضل.

صحيح، إن المشرع لم يشترط لإتمام العقد أن يكون مكتوبا وإنما جعل الكتابة شرطا للإثبات فقط، ومع ذلك فالأفضل تدوين ما يتم الاتفاق عليه تفاديا للتراع حول صفة الوكيل.

وهكذا، يجب أن يشير العقد أساسا إلى ما يفيد أن العقد الرابط بينهما عقد وكالة، وهو ما يمكن أن يتم عن طريق الإشارة إلى مقتضيات المنظمة له في مدونة التجارة، أو عن طريق الإشارة إلى كل طرف، أو عن طريق عنوان العقد.

والأفضل أن يقوم الطرفان بإعداد العقد بجميع تفاصيله، التي يتم التفاوض حولها بدقة، قبل بدئهما في التعاون، ذلك أن سرعة النشاط التجاري قد تؤدي إلى بداية تنفيذ عقد الوكالة، والحال أن تفاصيله لا تزال غير محددة، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى حدوث مفاجآت في حالة وجود صعوبة ناتجة عن غياب الدقة والوضوح⁽¹⁾.

(1) أنظر :

LELOUP (J.M), Les agents commerciaux, op.cit p.119,n°481 et 482.

المبحث الثاني

تنفيذ وإنهاء عقد الوكالة التجارية

بعد مرحلة إبرام العقد تأتي مرحلة تنفيذه ثم مرحلة إنجازه أو ما بعد إنجازه، ويخضع تنفيذ العقد في جزء منه للقواعد العامة وفي الجزء الباقي لمقتضيات مدونة التجارة المنظمة للوكالة التجارية، وبذلك هناك التزامات تقع على عاتق الطرفين بمقتضى قانون الالتزامات والعقود، وهناك التزامات أخرى تجدد مصدرها في مدونة التجارة (المطلب الأول).

سواء كان عقد الوكالة التجارية محددًا أو غير محدد المدة، فإنه قد لا يستمر في النفاذ على الدوام، وإنما قد ينتهي وفقا للنظام المحدد في مدونة التجارة، وفي ذلك تختلف الوكالة التجارية عن الوكالة المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنفيذ عقد الوكالة التجارية

حددت المادة 395 من م.ت المبادئ الموجهة لتنفيذ الوكالة التجارية وذلك حينما نصت في الجملة الأولى على أن الوكالة تبرم " لتحقيق الغاية المشتركة للأطراف"، وأعقب المشرع ذلك بالتخصيص على التزامات متبادلة تتمثل في ضرورة مراعاة قواعد الصدق والإعلام (أولاً)، يضاف إلى هذه الالتزامات المتبادلة التزامات أخرى خاصة بكل طرف كالالتزام الوكيل بالتنفيذ الاحترافي للوكالة التجارية والتزام الموكل بأداء الأجر (ثانياً).

الفقرة الأولى: الالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد الوكالة

ينص المشرع على هذه الالتزامات في المادة 395 من م.ت، فالعلاقات بين الطرفين يحكمها الالتزام بالصدق والإعلام.

أولاً: الالتزام بالصدق

الصدق خصلة أخلاقية ودينية، انتقلت من مجال الأخلاق والدين إلى المجال القانوني، ويقصد بالصدق التزام الطرفين بالزهادة والإخلاص في معاملتهما المستمرة، أي إحجام كل متعاقد عن القيام بأي عمل ليس في مصلحة الطرف الآخر ولو كان هذا العمل في مصلحته هو، وإذا قام بمثل هذا العمل يتعين عليه التصريح بذلك إلى الطرف الآخر، ويبدو هذا الالتزام كأثر من آثار المصلحة المشتركة، ويتحلى، بالنسبة للوكيل التجاري، في الالتزام بعدم المنافسة (1)، ويتحلى، بالنسبة للموكل في الالتزام باحترام شرط الحصر الممنوح للوكيل (2).

1- التزام الوكيل التجاري بعدم المنافسة

تم التنصيص على هذا الالتزام في المادة 393 من م.ت التي منعت من تمثيل "عدة مقاولات متنافسة"، وهو أثر طبيعي للمصلحة المشتركة (1)، وإذا ما تم خرقه من قبل الوكيل فانه قد يقلص من القيمة المشتركة للموكل والوكيل، وبذلك يعد الوكيل مرتكباً لخطأ إذا ما قام بتمثيل موكل منافس لموكله (2)، وإذا كانت نفس المادة قد خولت للوكيل صلاحية تمثيل عدة موكلين فذلك مشروط باحترام الالتزام بعدم المنافسة.

ولقضاء الموضوع السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان العمل التمثيلي الذي أقدم عليه الوكيل التجاري يشكل منافسة لموكله أم لا (3).

LELOUP (J.M) , agent commercial ,art .prec.p.11 , n° 35 .

(1) انظر :

(2) انظر :

Cass. Com. 24juin 1967, Bull .Civ. III ,n° 259 ; CA Grenoble, 4 fév.1991.

LELOUP (J.M) , agent commercial ,art .prec.p.11 , n° 35 .

(3) انظر :

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op.cit . p . 315, n° 505 .

ولكن ماذا لو أن الوكيل التجاري زاول لمصلحته الخاصة نشاطا منافسا لنشاط موكله ؟ المادة 393 من م.ت لم تجعل ذلك منافسة ممنوعة، غير أنه يمكن القول إن مثل هذا الفعل يمس بالغاية المشتركة التي هي صميم الوكالة ذات المصلحة المشتركة، وبذلك فهذا الفعل يشكل خرقا للالتزام بالصدق ما لم يقبل به الموكل صراحة، أو يمارسه الوكيل على مرأى وسماع من الموكل الذي لم يقل شيئا.

ولقد أجاز المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 3-134، اتفاق الطرفين على مخالفة الالتزام بعدم المنافسة والسماح من ثم للوكيل بتمثيل وكيل منافس، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بنفس الحل في ظل التشريع المغربي الذي يهدف أساسا إلى حماية الوكيل التجاري.

2- التزاه الموكل باحترام شرط المصدر⁽¹⁾

غالبا ما يتفق الموكل والوكيل، بمقتضى شرط عدم المنافسة، على حصر نشاط الوكيل في منطقة جغرافية معينة، أو ربطه بمجموعة من الزبناء المحددين أو هما معا، ويجب على الموكل احترام هذا الشرط الذي يعتبر امتيازاً للوكيل التجاري، وذلك بامتناعه عن البيع المباشر، أو منح توكيل لوكيل تجاري آخر داخل منطقة نشاط الوكيل الأول أو القيام بزيارة الزبناء في غيبة الوكيل⁽²⁾؛ وإذا خالف الموكل هذا الشرط كان مسؤولا عن تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر ناتج عن هذا الإخلال.

⁽¹⁾ Clause d'exclusivité

⁽²⁾ أنظر : . 61 n° , art.prec.p.12 (J.M) LELOUP

ويعني شرط الحصر أن العمليات الواجبة عن كل العمليات التي أنجزت في هذه المنطقة تكون من نصيب الوكيل التجاري ولو تمت بدون تدخل منه .

وفي غياب شرط الحصر، يحتفظ الموكل بحقه في التعامل مع زبائنه الذين اجتذبتهم قبل إبرام عقد الوكالة⁽¹⁾، أو منح توكيل لوكيل آخر أو أكثر، ولا يمكن للموكل في هذه الحالة أن "يلتزم للوكيل التجاري بضمان حماية مطلقة للزبائن المهود بهم إليه ضد المنافسة السلبية لباقي وكلائه التجاريين"⁽²⁾.

وعلى كل حال، فالالترام بالصدق يفرض على المتعاقد اطلاع المتعاقد الآخر بكل ما يمكن أن يشكل منافسة لمصلحه⁽³⁾.

ثانياً : الالتزام بالإعلام

يلتزم الوكيل التجاري، بمقتضى الوكالة التجارية، بإعلام الموكل، كما يلزم الموكل بدوره بتزويد الوكيل بمختلف التعليمات والوثائق الضرورية لممارسة نشاطه.

1- التزام الوكيل بالإعلام الموكل

ينتج التزام الوكيل التجاري بإعلام الموكل عن الالتزام بتقديم الحساب الواقع على عاتق كل وسيط تجاري وعلى كل وكيل بصفة عامة⁽⁴⁾، إنه يعد نتيجة حتمية للالتزام بالصدق الواقع على عاتق الوكيل.

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op.cit . p . 316, n° 506 .

(1) انظر :

(2) المادة 393 من م.ت .

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op.cit . p . 316, n° 506 .

(3) انظر :

(4) نفس المرجع السابق ، نفس المكان .

لم تحدد المادة 395 من م.ت مضمون المعلومات التي يجب على الوكيل الإفضاء بها للموكل، لكن تحقيقا للصدق والنزاهة في المعاملات بين الطرفين، يمكن القول إن الالتزام بالإعلام يشمل جميع البيانات التي يكون الموكل في حاجة إليها لتقدم تعليمات دقيقة ومفيدة للوكيل تساعد على حسن تنفيذ الوكالة التجارية⁽¹⁾، وهكذا، فالوكيل ملزم بالإدلاء للموكل بملاحظات الزبناء على البضاعة، ومدى إقبالهم عليها، وما يجب إدخاله عليها من تحسينات لإرضاء الزبناء والرفع من قدر المبيعات⁽²⁾، والأنشطة المنافسة وحالة السوق وغير ذلك.

وبما أن عقد الوكالة يتميز بالاستمرار والانتظام، والوكيل يعمل لحساب موكله، فإن مصلحة هذا الأخير تقتضي عدم إبقائه جاهلا بمحريات الأمور خلال مدة سريان عقد الوكالة وبعد انتهائه⁽³⁾، وبذلك فإن التزام الوكيل بالإعلام بمفهومه الواسع يشمل الالتزام بتقدم الحسابات؛ وفي هذا الصدد، فالوكيل ملزم بتقديم نوعين من الحساب:

الأول: يتمثل في الحسابات الجزئية والدورية التي يتعين عليه اطلاع الموكل عليها طيلة تنفيذه لمهمته، ويحقق هذا الالتزام مزايًا للطرفين معا؛ فالموكل يستطيع، من خلال المعلومات والحسابات التي يحصل عليها، مواصلة الرقابة على الصلاحية المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة، وحماية

(1) انظر :

LELOUP (J.M) ,art.prec.p.11,n° 55 ;SANTOS (A.P) et TOE (J.Y),op.cit.p.316, n° 508.

(2) محمد بهجت عبد الله قايد ، م.س . ص. 106 ، بند 151 .
وانظر كذلك :

EL HAGE (N) art .préc.P.210 .

(3) سحر رشيد حميد التميمي ، م.س . ص. 108 .

مصلحه في الوقت المناسب⁽¹⁾، ويستطيع كذلك " تقييم كل مرحلة في حينها ومراجعة تعليماته أو إصدار تعليمات جديدة للوكيل إن وجد ذلك ضروريا"⁽²⁾.

يتعين على الوكيل إعلام الموكل أساسا، وبدون تأخير، بما يصل إلى علمه من أحداث مهمة تتطلب إجراء تقييم من الموكل قبل مواصلة الوكيل لمهمته، ويجب تنفيذ هذا الالتزام بصفة تلقائية ولو لم يطلب الموكل منه ذلك، وهذا هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي⁽³⁾.

فإعلام الموكل مفيد كذلك للوكيل لأنه يجعله يتفادى اتخاذ قرارات يفضل الموكل عدم اتخاذها، أو يفضل اتخاذها لاحقا؛ كما يجنيه من الابتعاد عن صلاحيته المحددة بالرضا المتبادل.

الثاني: عبارة عن تقرير مفصل ينجزه الوكيل بعد إنهائه لمهمته، يضمه وصفا أميناً وواضحاً ودقيقاً وكاملاً حول ما توصل إليه من نتائج في تنفيذه للوكالة⁽⁴⁾، وبذلك يستطيع الموكل تقييم حسن أو سوء تصرفات الوكيل.

2- التزام الموكل بإعلام الوكيل

يتحمل الموكل بدوره الالتزام بالإفضاء للوكيل بمعلومات مكتملة، نطاق هذا الالتزام واسع جداً، فهو يشمل كل الوقائع والبيانات والمعلومات التي تسهل على الوكيل إبرام العمليات موضوع الوكالة التجارية.

FOURNIER (F) , op.cit. p . 69, n° 112 .

(1) أنظر :

(2) سحر رشيد حميد النعيمي ، م.س. ص. 108 .

(3) أنظر :

Com . 11 mai 1982 , Bull . IV , n° 177 ; Rep.13 déc. 1881 , D.P. 1882 , 1 , 222 ; Civ.2 juin 1969 , Bull. I , n° 206 .

(4) سحر رشيد، م.س. ص.108.

وهكذا، يتعين على الموكل تزويد الوكيل بكل البيانات المتعلقة بالبضاعة أو الخدمة موضوع عقد الوكالة حتى تكتمل لديه المعرفة حولها ويستطيع التعامل مع الزبناء وهو على بينة من أمره، ويتعين عليه كذلك تمكينه من كل الوثائق المفيدة المتعلقة بالبضاعة.

ويفرض عليه هذا الالتزام كذلك التصرف بما لا يتعارض مع نشاط الوكيل، فلو عزم مثلاً على وقف تزويد الوكيل ببضاعة معينة ، يتعين عليه إعلامه بقراره هذا خلال أجل معقول⁽¹⁾؛ كما يجب عليه أن يعلم الوكيل، خلال أجل معقول، بقبوله أو رفضه تنفيذ عملية من العمليات التي قام بها⁽²⁾. وعندما يتعلق الأمر ببضائع ذات تكنولوجيا عالية ، يتعين على الموكل تمكين الوكيل من كل الوسائل المعرفية اللازمة ، كأن يعطيه تكويناً مناسباً حتى يتأقلم مع هذه البضائع⁽³⁾ ، ويستطيع الجواب عن أسئلة الزبناء.

الفقرة الثانية: الالتزامات الخاصة بكل طرفه في عقد الوكالة

إضافة إلى الالتزامات المتبادلة بين الطرفين كما سبق توضيحه، تقع على عاتق كل طرف مجموعة من الالتزامات الخاصة: فالوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة وتقديم الحساب، والموكل ملزم بتمكين الوكيل التجاري بسبل إنجاز مهمته وأجرته.

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y), op.cit.p.317, n° 509 .

⁽¹⁾ انظر :

⁽²⁾ من مصلحة الموكل نفسه تزويد الوكيل التجاري بكل المعلومات التي يمكن أن تسهل عليه القيام بمهمته، خاصة أجل الصنع والتسليم ، وأثمنة البضائع ولأدلة الزبناء الحقيقيين أو الاحتماليين .

⁽³⁾ انظر :

SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit.p.317, n° 509 ; LELOUP (J.M), art. prec. p. 11, n° 58.

أولاً: الالتزامات الخاصة بالوكيل التجاري

يلتزم الوكيل التجاري بتنفيذ الوكالة التجارية كرجل حرفة كفاء

(1)، وتقدم حساب عن مهامه (2) والحفاظة على السر المهني (3).

1- التنفيذ الاحترافي للوكالة التجارية

يعد تنفيذ الالتزامات الناشئة عن الوكالة التجارية من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الوكيل التجاري، ويرتبط هذا الالتزام في الواقع بمدى السلطات والمهام المنوطة بالوكيل بمقتضى عقد الوكالة⁽¹⁾، وبذلك فقد ألزمته المادة 395 من م.ت بتنفيذ مهمته كرجل حرفة كفاء.

وعلى الرغم من أن الوكيل التجاري يتصرف باسم ولحساب الموكل، فإنه بالنظر إلى استقلاله المهني يتمتع بالحرية في اختيار وسائل تنفيذ مهمته، ولذلك فهو ينظم نشاطه بشكل مستقل عن الموكل، ويعد المعارض والمكاتب اللازمة لعرض المنتجات والسلع على المستهلكين، ويستعين بوسائل الدعاية والإعلان لترويج منتجات التجار الذين وكلوه عنهم، وبصفة عامة فهو يبدل أقصى جهده ويستخدم كل الوسائل الضرورية لإتمام موضوع الوكالة⁽²⁾.

ويسأل الوكيل عن التدليس الصادر عنه وعن الأخطاء التي يرتكبها في تنفيذ الوكالة، فالوكيل يسأل ليس باعتباره نائباً فقط بل باعتباره محترفاً أيضاً، وبالتالي فإن مسؤوليته تكون مشددة.

وقد يحدث ألا يستطيع الوكيل إنجاز التصرفات موضوع الوكالة على الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلها، فالوكيل التجاري لا يتحمل إلا التزاما

(1) راجع ما سبق، ص 197.

(2) محمد بهجت عبد الله قايد، م.س. ص. 106، بند 151.

بوسيلة، وبالتالي لا يمكن إثارة مسؤوليته إلا إذا ارتكب خطأ في تنفيذ مهمته⁽¹⁾، ويكون الأمر خلاف ذلك إذا التزم الوكيل صراحة بضمان تنفيذ الغير - المتعاقد معه - لالتزاماته الناشئة عن العقد. بمقتضى "شرط الضمان"⁽²⁾.

2- الالتزام بالمحافظة على السر

يعتبر الالتزام بالمحافظة على السر من بين الالتزامات المفروضة على الوكيل التجاري، حتى في غياب نص قانوني صريح، وأساس ذلك علاقة الثقة التي تطبع عقد الوكالة وما تتميز به من اعتبار شخصي⁽³⁾، وكونها من عقود حسن النية التي تستلزم الصدق والإخلاص وتجميع الجهودات قصد تحقيق المصلحة المشتركة.

وبذلك فالوكالة التجارية تفرض على الوكيل التجاري المحافظة على الأسرار التي تتكون لديه أثناء تنفيذ الوكالة، ولا حرق في ذلك بين المعلومات التي أدلى بها إليه الموكل على سبيل السرية والمعلومات التي حصل عليها بسبب العقد⁽⁴⁾.

وبالفعل، إفشاء الأسرار المحصل عليها خلال تنفيذ العقد يمكن أن يضر بمصلحة الموكل، كإفشاء الأسرار المتعلقة بالتصنيع أو الإنتاج، أو المعلومات ذات الطابع التقني أو المالي، فعالم الأعمال له أسرارته التي إذا ما تم إفشاؤها يمكن أن تستغل من طرف التجار أو الصناع المنافسين لأصحاب هذه الأسرار قصد الإضرار بهم.

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op. cit. p. 318, n° 512 .

⁽¹⁾ أنظر :

⁽²⁾ بوعبيد عباسي ، الوكالة التجارية ، م.س . ص . 152 .

⁽³⁾ على الرغم من التطورات التي عرفتها الوكالة بصفة عامة ، فالاعتبار الشخصي لازال يحافظ على مكانته في العلاقة بين الطرفين ، وأصبح ، في الوكالة التجارية ، يرتبط باختصاصات الوكيل وصفاته المهنية، وتنظيمه للمقايمة وأساليب ممارسته لنشاطه ، أكثر من ارتباطه بشخص الوكيل .

⁽⁴⁾ يغطي الالتزام بالمحافظة على السر ليس فقط المرحلة التعاقدية وإنما كذلك مرحلة ما بعد نهاية العقد .

وقد يتفق الطرفان، بمقتضى شرط السرية، على وجوب المحافظة على سرية بعض المعلومات ذات الطابع التقني أو المالي، ويشكل كشف هذه المعلومات للغير خرقاً للالتزام بالمحافظة على السر.

وفي غياب مثل هذا الاتفاق، يطرح مشكل تحديد الالتزام بالمحافظة على السر، وما إذا كان يشمل جميع المعلومات المكتسبة خلال تنفيذ العقد؛ ذهب بعض الفقه، عن حق، إلى أن هذا الالتزام يشمل كل المعلومات والوقائع المكتسبة أثناء مدة عقد الوكالة التجارية والتي يجب أن تبقى خفية وسرية ومنها الأسرار المتعلقة بالإنتاج والصنع، أو المعلومات المتعلقة بالاستراتيجية التجارية للموكل، والمعطيات المتعلقة بالزبناء (كهويتهم وعناوينهم) وخصوصيات البضائع والخدمات، ومن ثم فالمعلومات أو الوقائع المملوكة لعموم الناس تستبعد أصلاً من نطاق هذا الالتزام كال معلومات التي سبق للموكل أن أذاعها⁽¹⁾.

ويشكل خرق هذا الالتزام خطأً فسي جانب الوكيل يرتب مسؤوليته المدنية أمام الموكل الذي له حق مطالبته بالتعويض جبراً للضرر الذي لحقه؛ ويمكن إثارة مسؤوليته الجنائية التي تعاقب على خرق السر المهني.

ثانياً: الالتزامات الخاصة بالموكل

ويمكن إجمال الالتزامات الخاصة بالموكل في صنفين اثنين : يجب على الموكل توفير وسائل تنفيذ الوكالة التجارية (1) وأن يؤدي للوكيل أجرته (2).

SANTOS (A.K) et TOE (J.Y), op. cit. p . 319, n° 513.

(1) انظر :

1- التزام الموكل بتمكين الوكيل بسبل انجاز مهمته

بهذه الصياغة الموجزة لخصت الفقرة الأخيرة من المادة 395 م.ت التزامات الموكل⁽¹⁾، وتشمل هذه الصياغة عدة مظاهر متعلقة بتنفيذ العقد، ونصت نفس المادة على الالتزام المتبادل بالإعلام، وهو ما يطرح التساؤل حول ما إذا أمكن أن يستغرق التزام الموكل بإعلام الوكيل التزامه بتمكين الوكيل بالوسائل الضرورية لحسن تنفيذ مهمته.

يتبين من خلال دراسة التزام الموكل بإعلام الوكيل أن هذا الالتزام يساعد الوكيل فعلا في تنفيذ الوكالة، ويسهل عليه إبرام العمليات موضوع الوكالة التجارية، ويشمل التعليمات والوثائق والحسابات التي يتعين على الموكل الإفضاء بها إلى الوكيل.

ولكن التزام الموكل بتزويد الوكيل بالوسائل اللازمة لتنفيذ الوكالة أوسع وأشمل من التزامه بالإعلام، وهو ما يبرر النصيص عليهما معا في نفس المادة، ومن ثم دراسة كل التزام منهما على حدة؛ ومع ذلك لن نعيد هنا دراسة ما يتعلق بالالتزام بالإعلام مكتفين بما سبق⁽²⁾.

وبالفعل، حتى يتمكن الوكيل من حسن تنفيذ مهمته، لا يجب أن يكتفي الموكل بالإدلاء إليه بالمعلومات الضرورية لتنفيذ عقد الوكالة، وإحاطته علما بالمعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات محل عقد الوكالة، أو تزويده بالوثائق المعرفة بالبضائع والخدمات فقط، وإنما ينبغي أن يقوم، إضافة إلى ذلك، بما يلي:

⁽¹⁾ نص الفصل 913 من ق.ل.ع على نفس المقتضى بصياغة مختلفة.

⁽²⁾ أنظر ما سبق، ص 207.

يجب عليه أن يرد للوكيل المصاريف التي أنفقها في تنفيذ الوكالة، ومثال ذلك أجور النقل والاتصالات أو التنقلات أو التخزين أو التأمين أو الضرائب وغيرها من المصاريف التي يتعذر تنفيذ الوكالة بدونها، على أن تكون هذه المصاريف لازمة ومعقولة ودون خطأ⁽¹⁾.

وتضاف إلى هذه المصاريف مبالغ التسيقات التي أداها الوكيل من ماله الخاص من أجل تنفيذ الوكالة.

كذلك يلتزم الموكل بتعويض وكيله عما يلحقه من أضرار أو خسائر بسبب تنفيذه لمهمته أو بمناستها ما لم تكن هذه الخسائر نتيجة فعله أو خطئه أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة⁽²⁾.

ولكن الوكيل لا يستحق استرداد هذه المبالغ من موكله إلا إذا كانت واقعية ومدعمة بمستندات؛ ويجب أن تكون قد أنفقت في سبيل إنجاز المهمة الموكولة إليه من طرف الموكل.

كما يجب على الموكل أن ينفذ العقود التي أبرمها الوكيل مع الغير في إطار تنفيذه لمهمته أو بمناستها، إذا لم ينفذ هذا الالتزام، أو تأخر في تنفيذه، أو نفذه بشكل سيء، يتحمل المسؤولية العقدية تجاه الزبناء وتجاه الوكيل مادام هذا الأخير - وهو الذي كان في اتصال مستمر مع الزبناء - يرى الثقة الموضوعية فيه محاطة بخيبة أمل لسبب يرجع إلى الموكل⁽³⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط 7 ، المجلد الأول ، بند 286 ، ص. 551 .

⁽²⁾ هذه الالتزامات منصوص عليها في الفصل 914 من ق.ل.ع كما يلي : " على الموكل :

أولا : أن يدفع للوكيل ما اضطر إلى تسبيقه من ماله وإلى إنفاقه من المصروفات من أجل تنفيذ الوكالة ، في حدود ما كان لازما لهذا الغرض ، وأن يدفع له أجره عندما يكون مستحقا ، أيا ما كانت نتيجة المعاملة ، ما لم يكن هناك فعل أو خطأ يعزى إليه .

ثانيا : تخفيض الوكيل من الالتزامات التي اضطر إلى التعاقد عليها نتيجة تنفيذه لمهمته أو بمناستها ، وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة " .

⁽³⁾ انظر :

LELOUP (J.M) , art. préc.p.12 , n° 60.

ويتعين على الموكل عدم تغيير شروط عقد الوكالة بإرادته المنفردة، وإذا غيرها وفرضها على الوكيل يعد فعله هذا سعيًا وراء فسخ العقد⁽¹⁾.

2- التزام الموكل بدفع أجره للوكيل

تعتبر الأجرة التزامًا أساسيًا يقع على عاتق الموكل، وإن كان المشرع لا يمنع من الاتفاق بين الوكيل والموكل على أجره قارة، فالعمل يجري بالعمولة باعتبارها الأكثر ملائمة لعلاقتهما؛ ولذلك فمدونة التجارة كرسست للعمولة المواد من 398 إلى 401.

ولذا سندرس بالتتابع مبلغ العمولة، والحق في العمولة ثم أداء العمولة.

أ- تحديد مبلغ العمولة

يعتبر تحديد مبلغ العمولة عنصرًا أساسيًا في العقد، ويتم تحديده بكل حرية من طرف الموكل والوكيل، ومع ذلك لا يعتبر العقد باطلا لعدم تحديد مبلغ العمولة، ففي غياب مثل هذا الاتفاق يتقاضى الوكيل العمولة وفقًا لأعراف المهنة، وفي حالة انعدامها يستحق الوكيل أجرًا معقولًا تحدده المحكمة - في حالة وجود نزاع - آخذة في الاعتبار مجمل العناصر المفيدة في العملية⁽²⁾، من قبيل مبلغ العملية، وطبيعة وثن البضائع والخدمات المبعة، ورقم المعاملات، وصعوبات ولوج السوق، وحجم المبيعات والخدمات المقدمة من طرف الوكيل⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر :

Cass. Com . 22 oct. 1996 , JCP, 1996 , éd. E , n° 1333 ; CA Rennes 1^{er} déc. 1993 , D. 1994 , IR , 127 ; C. DUTILEUL et Ph . Delebecque, op.cit . n° 651.

⁽²⁾ المادة 398 من م.ت .

⁽³⁾ أنظر :

LELOUP (J.M) , Les agents commerciaux , op.cit , p . 126 et 127 , ns de 6 au 610 ; SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op. cit. p . 320 , n° 516 .

وبصفة عامة، يحدد طرفا عقد الوكالة كيفية احتساب أجرة الوكيل، ويمكن أن يحدد الأجرة بحسب النسبة المئوية للعروض المقبولة من طرف الموكل بدون اعتبار لتنفيذها من طرفه⁽¹⁾، أو الاتفاق على نسبة عمولة قارة أو متغيرة، أو على مبلغ قار وهو الحالة النادرة.

ب- مبدأ الحق في العمولة

أعلن المشرع عن حق الوكيل في الأجرة بمقتضى المادتين 393 و 398 من م.ت، مستبعدا بذلك مسألة مجانية الوكالة ؛ وبعد أن أوضح في هذه المادة الأخيرة بأن الأجرة يمكن أن تنصب، كليا أو جزئيا، على عمولة، فإنه عرف هذه الأخيرة باعتبار وعائها يتكون "من عدد أو قيمة القضايا المتولدة من الوكيل"؛ وبذلك فالحق في العمولة مرتبط بالعمليات التي ينجزها الوكيل في إطار عقد الوكالة التجارية، ويجب التمييز في هذا الصدد - لتوضيح الصورة - بين العمليات المبرمة خلال سريان العقد وتلك المبرمة بعد انقضاء العقد.

بالنسبة للعمليات التي تتم خلال سريان العقد، يستحق الوكيل التجاري عمولة عنها إذا أبرمها مع شخص ينتمي إلى المنطقة الجغرافية أو إلى مجموعة الأشخاص الذين كلفه الموكل بالتعامل معهم⁽²⁾، ولا يهم إن لم يتدخل الوكيل في هذه العملية وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الأوروبي⁽³⁾؛ كما لا يهم إن تمت العملية بواسطة وكيل آخر أو من طرف

SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op. cit. p . 622, n° 518 .

(1) انظر :

(2) الفقرة الأخيرة من المادة 399 من م.ت .

(3) انظر : CJCE . 12 déc. 1996 , D. 1997 . 438 , note J-M . LELOUP .

الموكل نفسه⁽¹⁾، ولا شك أن الأخذ بحل مخالف من شأنه أن يؤدي إلى فشل الالتزام بعدم المنافسة، ويسمح لمتدخلين آخرين في التعامل مع نفس الزبون فيقتروا حوا عليه نفس الخدمة أو البضاعة.

وتعتبر هذه القاعدة نتيجة طبيعية لما تقتضيه الوكالة من استمرار وانتظام، وما تتميز به من مصلحة مشتركة⁽²⁾، فالوكيل باعتباره نائباً مستمراً لموكله في منطقة جغرافية معينة فهو يتحمل المسؤولية فيها⁽³⁾، وبذلك فشرط الحصر يعتبر ضرورة عملية، ولكنه يجب أن يكون مكتوباً، والحال أن المشرع لا يستلزم كتابة عقد الوكالة⁽⁴⁾.

إضافة إلى الحالة التي يكلف فيها الوكيل بمنطقة جغرافية معينة أو مجموعة معينة من الأشخاص، له الحق في العمولة كذلك "عند إبرام العملية بفعل تدخله"؛ "أو عند إبرامها بمساعدة أحد من الأغيار ممن سبق أن حصل سابقاً على زبائن لأجل عمليات مماثلة"⁽⁵⁾.

أما بعد انقضاء عقد الوكالة التجارية، فإن السؤال يطرح حول حق الوكيل في العمولة عن العمليات التي يعقدها وكيل جديد في مرحلة ما بعد انقضاء العقد، ولكن المفاوضات بشأنها تمت خلال سريان العقد على يد الوكيل السابق.

يستحق الوكيل العمولة عن هذه العمليات إذا توفرت الشروط الثلاثة المنصوص عليها في المادة 400 من م.ت، وهي:

SANTOS (A. P) et TOE (J.Y) , op.cit . p. 321, n° 516 .

(1) انظر :

(2) سابقاً ، ص 185 وما بعدها.

(3) انظر :

LELOUP (J.M) , Agent commercial ,art .préc.p.12 , n° 65 .

هذه حماية خاصة قررها المشرع لفائدة الوكيل التجاري المستفيد من شرط القصر .

(4) سابقاً ، ص 195.

(5) الفقرة الأولى من المادة 399 من م.ت .

- إذا "كان أمر الزبون تم تسلمه من طرف الموكل أو الوكيل قبل توقف العقد" ؛
- أو كذلك "إذا كانت العملية مترتبة أساسا عن النشاط الذي بذله خلال تنفيذ العقد، وأبرمت خلال أجل سنة من تاريخ وقف العقد"، خلافا للتشريع الفرنسي الذي كان أقل دقة حينما اشترط أن تبرم العملية "خلال أجل معقول" من يوم توقف العقد⁽¹⁾.
ولا يكفي تحديد العمليات التي تعطي الحق في العمولة للوكيل التجاري، وإنما يتعين كذلك تحديد الواقعة المنشئة لحق الوكيل في العمولة بمعنى تحديد وقت اكتسابه للحق في العمولة.

حسب المادة 401 من م.ت، ينشأ حق الوكيل في العمولة "بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل" ؛ "أو من التاريخ المفترض لتنفيذها تطبيقا للاتفاق الحاصل مع الزبون" ؛ "أو أيضا بمجرد قيام الزبون من جهته بتنفيذ العملية"، والغاية من هذه القواعد هي حماية حق الوكيل في العمولة أمام التهاون المحتمل للموكل.

وبالمقابل، يفقد الوكيل حقه في العمولة "إذا ثبت أن العقد المبرم بين الموكل والزبون سوف لا ينفذ دون أن يعزى ذلك لهذا الأخير"⁽²⁾ ؛ و"يرجع الوكيل التجاري التسيبقات التي سبق أن توصل بها في حالة فقدان الحق في العمولة"⁽³⁾.

وبذلك، وحدها القوة القاهرة تضع حدا للحق في العمولة وتعفي الموكل من أدائها، ومفهوم المخالفة، يظل الحق في العمولة قائما لفائدة الوكيل التجاري إذا كان الموكل هو المسؤول عن عدم التنفيذ.

(1) المادة 7 من قانون 25 يونيو 1991 .

(2) الفقرة 3 من المادة 401 من م.ت .

(3) الفقرة الرابعة من المادة 398 من م.ت .

ومع ذلك، فالمرشع يحمي الوكيل التجاري من التأخير في الأداء كما سيتبين في النقطة الموالية.

ج- كيفية أداء العمولة

"تؤدى العمولة على الأكثر، في اليوم الأخير من الشهر الموالي للأشهر الثلاثة التي استحققت فيها؛" تعد هذه القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 401 من م.ت من النظام العام لكونها تحمي الوكيل التجاري كطرف ضعيف في عقد الوكالة التجارية، وبالتالي لا يمكن مخالفتها في اتجاه إطالة أجل الأداء.

ولقد كان المشرع الفرنسي أكثر حرصا من نظيره المغربي على حماية الوكيل التجاري إذ وفر للوكيل مجموعة من الآليات لضمان أداء العمولة في الوقت المناسب⁽¹⁾.

وإذا لم يؤد الموكل العمولات للوكيل في التاريخ المحدد، فإن الوكيل يتوفر على عدة خيارات منها إخطار الموكل بالأداء لتسري في مواجعتها فوائده التأخير، واللجوء إلى القضاء للمطالبة بالعمولات وحدها،

⁽¹⁾ وبالفعل، فالمرشع الفرنسي منع صراحة الاتفاق على مخالفة التاريخ المحدد قانونا لأداء العمولة للوكيل ما لم يكن هذا الاتفاق في مصلحة الوكيل (الفقرة 2 من المادة 9 من قانون 25 يونيو 1991).
وانزم كذلك الموكل بتعيين الوكيل التجاري بكشف خاص بالعمولات على الأكثر في اليوم الأخير من الشهر الموالي للأشهر الثلاثة التي استحققت فيها (الفقرة الأولى من المادة 3 من المرسوم رقم 58-1345 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 1958 المعدل بمقتضى المرسوم رقم 92-506 بتاريخ 10 يونيو 1992).
وأكمل المشرع الفرنسي هذا الالتزام الجديد بالإعلام بحق جديد لفائدة الوكيل يتجلى في إمكانية الوكيل مطالبة الموكل بتزويده بكل المعلومات، وخاصة نسخة من الوثائق المحاسبية، الضرورية للتحقق من مبلغ العمولات المستحقة (الفقرة 2 من المادة 3 الجديدة من نفس المرسوم السابق ذكره)، وكل شرط مخالف يكون عديم الأثر (المادة 1-3 من نفس المرسوم السابق ذكره).
وبالمقابل يلزم الوكيل بدوره بإصدار فاتورة تتضمن العمولات والمصاريف التي وافق عليها الموكل، والبيانات المتعلقة بالأطراف وعقد الوكالة وغيرها.
وفي التشريع المغربي، يمكن الرجوع إلى المادة 395 من م.ت للتأسيس لالتزام الطرفين بالإعلام حول العمولات كما سبق توضيحه أعلاه.

أو العمولات والمصادقة على الفسخ الذي تسبب فيه الموكل لعدم تنفيذه لالتزامه التعاقدى، والمطالبة، من ثم، بالتعويض عن إنهاء العقد.

المطلب الثاني : إنهاء عقد الوكالة التجارية

يمكن أن ينتهي عقد الوكالة التجارية بنفس أسباب انتهاء الوكالة المدنية بصفة عامة، ومع ذلك فالوكالة التجارية تخضع لقواعد خاصة فرضتها المصلحة المشتركة التي عطلت الحق في الرجوع المنصوص عليه في الفصل 931 من ق.ل.ع (أولا)، وجعلت إنهاء الوكالة التجارية مطبوعا بالتعويض الواجب منحه للوكيل نظرا لفقدانه لخصته في القيمة المشتركة بينه وبين الموكل (ثانيا).

الفقرة الأولى : القواعد المنظمة لإنهاء الوكالة التجارية

لا تكفي الإرادة المنفردة لإنهاء الوكالة التجارية، وإنما لابد من تعويض الوكيل عن الضرر الذي يلحقه من جراء الإنهاء سواء تعلق الأمر بعقد محدد المدة أو غير محدد المدة، ويتطلب إنهاء العقد توجيه إشعار بذلك إلى الطرف الآخر.

أولا - مدة نهاية الإبرادة المنفردة لإنهاء الوكالة

التجارية دون تعويض الوكيل

وفقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 931 من ق.ل.ع يمكن للموكل أن يلغي الوكالة متى شاء ، وهو ما يطلق عليه باللغة اللاتينية (ad nutum) أي (d'un geste)، وهذه قاعدة من النظام العام.

ولكن الوكالة التجارية باعتبارها تبرم من أجل تحقيق مصلحة مشتركة للطرفين⁽¹⁾، لا يمكن إلغاؤها بالإرادة المنفردة للموكل، بل لابد من

(1) انظر ما سبق ، ص 185 وما بعدها.

الرضا المتبادل للطرفين أو توفر إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون، أو إجبار الموكل بمنح تعويض عن ذلك إلى الوكيل؛ فالرجوع في الوكالة لم يعد حراً، وهو ما يهدف إلى حماية الوكيل التجاري⁽¹⁾.

فمصلحة الوكيل التجاري تتحلى في تمسكه بالاستمرار في الوكالة التجارية لأنها تشكل دعامة للنشاط الذي يمارسه، وما دام يتقاضى أجراً عن عمله فهو يكرس مجهودات كبيرة ومكلفة من أجل اجتذاب الزبناء وإقناعهم بالثقة في بضائع الموكل، ولاشك أنه سيكون مهتدا بالحرمان من موارده، بفعل إلغاء العقد من طرف الموكل، وسيحرم من حصته في السوق ومن نصيبه في القيمة المشتركة بينه وبين الموكل.

ومراعاة من المشرع لهذه الوضعية غير بل قلب القاعدة المنصوص عليها في المادة 931 من ق.ل.ع، فتمنع الوكيل بنوع من الاستقرار في نشاطه وفي علاقاته التعاقدية مع موكله إذ منحه حقاً في الزبناء، وحماه من عدم الاستقرار الذي يترتب على التطبيق الجرد للقواعد العامة⁽²⁾.

ولكن، في الواقع، عقد الوكالة التجارية ليس نهائياً لا يقبل الرجوع فيه بالمرة، والقول بخلاف هذا غير سليم، فالطرفان يحتفظان دائماً بإمكانية الرجوع في الوكالة، كل ما في الأمر أنه رجوع غير حر إذ يقابله حق الوكيل في التعويض: عدول الموكل عن الوكالة ينشئ حق الوكيل في التعويض.

ويكون من غير المنطقي كذلك منح الوكيل إمكانية إلغاء الوكالة بالإرادة المنفردة وعدم منح نفس الإمكانية للموكل، وهذا ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 396 م.ت: "يمكن لكل طرف وضع حد لعقد غير

⁽¹⁾ يوعيد عياشي، مفهوم المصلحة المشتركة، م.س. ص. 105.

⁽²⁾ يوعيد عياشي، م.س. ص. 106، الوكالة التجارية م.س. ص. 164.

محدد المدة"، واشترطت نفس المادة توجيه إشعار إلى الطرف الآخر، إلا أن إلغاء العقد بالإرادة المفردة للوكيل التجاري يفقده حقه في التعويض كما سنرى.

فاستحقاق الوكيل التجاري للتعويض في حالة إنهاء العقد من قبل الموكل يعد نتيجة طبيعية تتطلبها مقتضيات العدالة والإنصاف في عقد الوكالة، والغاية المشتركة للطرفين التي هي عماد المصلحة المشتركة وفقا لما نصت عليه المادة 395 م.ت التي جاء فيها ما يلي: "يرم عقد الوكالة التجارية لتحقيق الغاية المشتركة للأطراف".

ثانياً : **الاتزام التهادلي بالإشعار**

يرم العقد لمدة محددة أو غير محددة، كما يمكن أن يرم لمدة محددة ويتحول إلى عقد غير محدد المدة عندما يستمر أطرافه في تنفيذه بعد انصرام مدته، ومن يريد وضع حد لعقد غير محدد المدة ملزم بتوجيه إشعار إلى الطرف الآخر (1) تحت طائلة أدائه تعويضا للطرف الآخر (2).

1- **النظام القانوني للإشعار بالإلغاء**

الإشعار بالإلغاء إجراء ملزم حدد المشرع أجله ولم يحدد شكله.

أ- **الإشعار بالإلغاء إجراء إلزامي في العقود غير**

محددة المدة

استوجب المشرع، بالنسبة لعقود الوكالة التجارية غير محددة المدة، إشعاراً متبادلاً لإنهاء العقد كما يتضح من الفقرة الثانية من المادة 396 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "يمكن لكل طرف وضع حد لعقد غير محدد المدة بتوجيه إشعار للطرف الآخر"، يتخذ هذا الإشعار من قبل الطرف الذي يادر إلى إنهاء العقد، فهو الذي يتعين عليه إعلام الطرف الآخر بنيه في إنهاء العقد الرابط بينهما.

ويعتمد الإشعار كذلك في إنهاء العقود محددة المدة التي تتحول إلى عقود غير محددة المدة باستمرار أطرافها في تنفيذها بعدم انصرام مدتها⁽¹⁾، لكن قرينة التحول هذه مجرد قرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات العكس، فالأفراد لهم الحرية في إبرام عقدين أو عدة عقود محددة المدة متتالية، ولكن يجب التمييز على ذلك صراحة في العقد لتفادي قرينة التحول إلى عقد غير محددة المدة⁽²⁾؛ ولا يعتبر الإشعار ملوما في حالة الخطأ الجسيم أو القوة القاهرة.

ب- أجل الإشعار وشكله

حدد المشرع الأجل الأدنى للإشعار في الفقرة الأولى من المادة 396 من م.ت. التي جاء فيها ما يلي: "إن أجل الإشعار شهر واحد بالنسبة للسنة الأولى من العقد، وشهران بالنسبة للسنة الثانية منه، وثلاثة أشهر ابتداء من السنة الثالثة"؛ ولا يمكن اشتراط أجل أقل، بينما يمكن اشتراط أجل أطول، وبشرط ألا يكون الأجل المفروض للموكل أقل من مدة الأجل المفروض للوكيل التجاري.

وفي حالة تحول عقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة، فإن احتساب مدة الإشعار تراعي المدة المحددة للعقد المنصرمة⁽³⁾، أما بخصوص تاريخ انتهاء الأجل فهو يوافق "نهاية شهر ميلادي"⁽⁴⁾. وخلال مدة الإشعار، يستمر تنفيذ عقد الوكالة التجارية بجميع مقتضياته وينوده دون تغيير، وتستمر التزامات وحقوق الأطراف كما

⁽¹⁾ الفقرة الأولى من المادة 395 من م.ت.
⁽²⁾ أنظر :

LELOUP (J.M) , Les agents commerciaux , op.cit . n° 808 , p 174 ;
SANTOS (A.P) et TOE (J.Y) , op. cit. p. 523, n° 324 .

⁽³⁾ الفقرة 4 من المادة 396 من م.ت .

⁽⁴⁾ الفقرة 4 من المادة 396 من م.ت .

كانت في السابق، وخاصة شرط الحصر الممنوح للوكيل إذا كان قد تم اشتراطه، وكذلك التزام الوكيل بعدم المنافسة؛ وتكمن أهمية الإشعار في كونه ينبه الوكيل إلى عدم إنفاق مصاريف في بيوعات مستقبلية⁽¹⁾.

غير أن مدونة التجارة لم تحدد شكل الإشعار، ويمكن القول إن مصلحة الطرف الذي يبادر بالإهداء تقتضي توجيه رسالة مضمونة إلى الطرف الآخر مع إشعار بالتوصل أو إشعاره بواسطة مفوض قضائي.

2- عدم احترام الالتزام بالإشعار

قد يكون عدم تنفيذ الإشعار بالإهداء مبرراً وقد يكون غير مبرر، ويتعين على الطرف الذي لم يحترم الإشعار تعويض الطرف الآخر إذا كان لذلك مبرر.

أ- التمييز بين عدم التنفيذ المبرر وغير المبرر

لا يكون الإشعار إجبارياً، ولا يشكل عدم احترامه خطأ عندما ينتهي العقد بسبب خطأ جسيم ارتكبه "الوكيل التجاري"⁽²⁾ أو بسبب قوة قاهرة⁽³⁾.

ويلاحظ أن المشرع أعفى الموكل وحده من الإشعار في حالة ارتكاب الوكيل خطأ جسيماً، ولم يعف الوكيل منه في حالة ارتكاب الموكل خطأ جسيماً، لكن العدالة والمنطق يقتضيان التسوية بين الطرفين في هذه الحالة، وهو ما فعله المشرع الفرنسي حينما نص في الفقرة 5 من المادة 11 من قانون 1991 على ما يلي: "بسبب ارتكاب أحد الطرفين خطأ جسيماً".

LELOUP (J.M) , Agent commercial, art. préc. n° 74, p. 14.

(1) انظر :

(2) الفقرتان 6 و 7 من المادة 396 من م.ت.

(3) الفقرتان 6 و 7 من المادة 396 من م.ت.

المحددة، وبالتالي فالتعويض يشمل حالة الإنهاء الانفرادي لعقد غير محدد المدة، وكذا حالة عدم تجديد عقد محدد المدة، وحالة إنجائه قبل حلول أجله. فالعناصر المكونة للمصلحة المشتركة من قبيل النيابة، واستمرار التعاون بين الطرفين، والغاية المشتركة للنشاط التعاقدي، توجد في العقود محددة المدة كما توجد في العقود غير محددة المدة، وبانتهاء هذا العقد أو ذاك، فإن الحصة في السوق، التي شكلت موضوع اهتمام مشترك بين الموكل والوكيل، تؤول إلى الطرف الأول.

ويستحق الوكيل التجاري التعويض كذلك في جميع الحالات التي ينهي فيها الموكل العقد، كأن ينهي نشاطه الصناعي موضوع الوكالة التجارية، أو يضع حدا لكافة أنشطته التجارية، أو يصاب بعجز مالي يؤدي إلى افتتاح مسطرة المعالجة في مواجتهه⁽¹⁾.

ويستحق التعويض كذلك في جميع الحالات التي يخالف فيها الموكل مقتضيات العقد أو يخل بالتوازن التعاقدي، كأن يرتكب خطأ جسيماً يؤدي إلى إنهاء العقد، أو يغير بإرادته المفردة مقتضيات العقد⁽²⁾؛ ويستحق الوكيل التعويض كذلك حتى ولو أنهى الموكل العقد بسبب وفاة الوكيل أو تدهور صحته بفعل السن أو المرض.

يكرس الحق في التعويض مفهوم المصلحة المشتركة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 395 من م.ت، وبالتالي فهو يجد تبريره في كون واقعة الإنهاء تؤدي إلى حصول خسارة أكيدة بالنسبة للوكيل التجاري

LELOUP (J.M), op. cit. n° 859 , p.184 , K4 .

⁽¹⁾ أنظر :

⁽²⁾ كان يغير المنطق الجغرافية المخصصة لتوكيل التجاري ، أو يغير نسبة عمولة الوكيل ، أو البضائع موضوع العقد.

تتحلى في حرمانه من نصيبه في الاستثمارات الناتجة عن الجهود المشتركة بينه وبين الموكل⁽¹⁾، وفقدانه لحصته في السوق التي كونها أو طورها ونماها بتضافر جهوده وجهود موكله، ولا يعقل أن يؤول كل ذلك في النهاية إلى الموكل دون تعويض الوكيل.

2- انقضاء الحق في التعويض

حينما نصت الفقرة الأولى من المادة 402 من م.ت.م على حق الوكيل التجاري في التعويض عن إنهاء العقد، أعقبت ذلك بفرض التزام عليه يتحلى في "توجيه إشعار إلى الموكل يخبره بنته في المطالبة بحقوقه في التعويض داخل أجل سنة من تاريخ إنهاء العقد.

يتعلق الأمر إذن بسقوط الحق؛ فالوكيل يفقد حقه في التعويض عن إنهاء العقد لعدم إفصاحه عن نيته في المطالبة بهذا التعويض، لكن سقوط حقه لا ينصب إلا على التعويض عن الإنهاء وليس على باقي الحقوق الأخرى التي يمكنه المطالبة بها عند نهاية العقد، كالعمليات غير المؤداة، أو التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام بالإشعار.

3- مبلغ التعويض

التعويض عبارة عن مبلغ مالي يتعين على الموكل دفعه للوكيل التجاري بمناسبة إنهاء عقد الوكالة التجارية؛ فالإنهاء يحرمه من نصيبه في تسويق بضائع الموكل؛ ويفقده أحد أصول مقاولته وأحد دعائم نشاطه، بينما يحتفظ الموكل بكامل الحصة، ولذلك فإنهاء العقد يشكل في حد ذاته ضررا.

اكتفى المشرع بالتعويض على حق الوكيل التجاري في التعويض دون أن يحدد مبلغه أو طريقة احتسابه؛ أمام سكوت المشرع، وما لم يتفق

(1) بوعبيد عباسي، الوكالة التجارية، م.س. ص. 166.

الطرفان على المبلغ المستحق، فالمؤكد أن لحاكم الموضوع السلطة التقديرية في هذا الشأن.

وبحسب التعويض على أساس العمولة المستحقة وليس على أساس العمولة المؤداة إلى الوكيل، فإذا كان الموكل قد احتفظ ببعض العمولة وجب أخذها في الاعتبار من جديد وقت تحديد التعويض⁽¹⁾.

كما يجب أن يشمل التعويض عدة عناصر منها: المصروفات التي أنفقها الوكيل على مكاتبه ومحلاته التي أنشأها من أجل مباشرة نشاطه، ونفقات الدعاية وما يعادل فقلده للزبناء⁽²⁾.

وبالنظر إلى أن التعويض الذي يستحقه الوكيل يقبل الأداء في حقيقته منذ الوقت التي تم فيه وضع حد للتعاون بين الطرفين، فإن الضرر الذي يلحق الوكيل التجاري يعتبر متحققا منذ تاريخ إنهاء العقد، لذلك ليس للأحداث التي تقع لاحقا (مثل إنهاء الموكل لنشاطه المهني، أو إمكانية الوكيل في التعامل مع نفس الزبناء ...) أي تأثير على مبلغ التعويض⁽³⁾.

ويعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الإطار يعرف مهني ثابت في تحديد مبلغ التعويض المترتب على الإنهاء، انه يساوي قيمة السنتين الأخيرتين من العمولة الإجمالية؛ وتجد هذه القاعدة تبريرها بكون مرحلة السنتين ضرورية للوكيل التجاري لإعادة اجتذاب زبناء آخرين عوض الزبناء الذين فقدهم من جراء إنهاء العقد⁽⁴⁾، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 25 يونيو 1991.

⁽¹⁾ بوعبيد عباسي ، مفهوم المصلحة المشتركة في الوكالة التجارية ، م.س. ص. 108 .

⁽²⁾ سميحة القليوبي ، م.س. ص. 146 .

⁽³⁾ انظر :

⁽⁴⁾ انظر على سبيل المثال :

ثانها : الاستثناءات

إذا كان التعويض المستحق للوكيل التجاري ينتج عن جميع حالات الإنهاء ، فإن الأمر على خلاف ذلك في بعض الفرضيات المنصوص عليها في مدونة التجارة؛ وهكذا، فنحارج القوة القاهرة هناك ثلاث حالات فقط يمكن أن تحول دون استحقاق التعويض هي : خطأ جسيم ارتكبه الوكيل التجاري (1) واستقالته غير المبررة (2)، وتقويته للعقد (3).

1- الخطأ الجسيم

ينص المشرع في البند الأول من الفقرة 3 من المادة 402 من م.ت على أن الوكيل التجاري لا يستحق أي تعويض "إذا ما تم إنهاء العقد بسبب خطئه الجسيم" (1)؛ ويعد خطأ جسيما كل ما يمس بالغاية المشتركة للوكالة ذات المصلحة المشتركة، ولا يمكن معه الإبقاء على الرابطة التعاقدية.

يذهب بعض الفقه، عن حق، إلى أن عبء إقامة الحجة على توافر الخطأ الجسيم يقع على الموكل لأن التزام الوكيل التجاري التزم بوسيلة وليس التزما بتحقيق نتيجة (2).

ولا يكفي لإقامة الدليل على صدور خطأ جسيم من الوكيل التجاري أن يثبت الموكل انخفاض رقم المعاملات مثلا أو النقص في عدد

=Cass. Com . 8 oct. 1978 , J.C.P. 1978.2.18941 ; CA AIX, 2 mai 1975 et CA Paris 6 nov. 1975, D, 1975. 344 ; Com. 26 fév. 1958, Gaz. Pal. 1958. 1. 348; Com . 14 oct. 1974 , Bull. civ. IV, n° 244 ; CA . Paris , 17 janv. 1995 .

(1) كرس المشرع هنا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي ، وما اقره المشرع الفرنسي لسنة 1991، انظر مثلا :

Cass.Com . 24 jan . 1989, Bull . civ.1990 , IV . n° 30 .

(2) انظر :

EL HAGE(N), art.préc.p.229 ; COLLAR (F) et DELEBEQUE (Ph) .op .cit. p. 540.

الزبناء، بل يجب تقديم الدليل على أن الوكيل يمس فعلا بالمصلحة المشتركة كأن يكون وكيلا في ذات الوقت عن موكل منافس لموكله دون موافقة هذا الأخير.

"وتجدر الإشارة إلى أن صفة الخطأ في التصرفات الصادرة عن الوكيل لا يقدرها الأطراف بل المحكمة، وأن جسامه الخطأ يجب أن تقدر بالنظر إلى أهمية التصرف المعني، وفي إطار المصلحة المشتركة المتوخاة من الوكالة" (1).

ولكن ثبوت خطأ في جانب الوكيل التجاري لا يؤدي إلى حرمانه من التعويض إذا كان مبررا بتصرف خاطئ قام به الموكل نفسه (2).

2- التوقف النهائي عن فعل الوكيل التجاري

ينص المشرع في البند 3 من الفقرة 3 من المادة 402 من م.ت.ع على أن الوكيل التجاري لا يستحق أي تعويض "إذا ما كان التوقف ناجما عن فعل الوكيل التجاري ما لم يكن مبررا بظروف تنسب إلى الموكلين أو عن الاستحالة التي وجد فيها الوكيل التجاري بكيفية معقولة وحالت دون متابعة نشاطه بسبب سنه أو عاهة أو مرض".

يمكن للوكيل التجاري إذن إلغاء العقد بإرادته المفردة، وهو ما يجرمه من حقه في التعويض، كما أنه يصبح مسؤولا عن الضرر اللاحق بالموكل من جراء الإلغاء، كأن يقدم استقالته، مثالا، ما لم تكن هذه الاستقالة مبررة بظروف أو بخطأ ارتكبه الموكل نفسه (3)، أو متعلقة بأمور

(1) يوعيد عياشي، مفهوم المصلحة المشتركة، م.س. ص. 109.
(2) أنظر : EL HAGE(N), art. préc.p.228.

(3) كان لا ينفذ الموكل العقد، أو لا يمكن الوكيل بسبل النجاز مهمته، أو يمس بحقوق الوكيل المستمدة من التشريع أو العقد.

صحية للوكيل كتقدمه في السن أو إصابته بعاة أو مرض يمدعه من متابعة نشاطه.

3- تفويض الوكيل التجاري لحقوقه والتزاماته إلى الغير

ينص المشرع في البند 3 من الفقرة 3 من المادة 402 من م.ت على أن الوكيل التجاري لا يستحق أي تعويض "إذا ما قام بتفويض حقه والتزاماته العقدية إلى الغير باتفاق الموكل"، ويقصد بذلك الحقوق والالتزامات التي تخولها له الوكالة التجارية⁽¹⁾.

"لقد جعل المشرع إذن، وبشكل واضح، من الوكالة التجارية عقدا متعلقا بالذمة المالية للوكيل، فهذه مسألة تم تأكيدها من خلال قابلية العقد للتفويت بين الأحياء، وذلك لأن العقد المبرم بين الوكيل والموكل يمكن تفويته إلى وكيل آخر ليتابع تنفيذه مع نفس الموكل، وفي هذه الحالة يقدم الوكيل خلفه إلى الموكل ليوافق عليه، ويترتب على ذلك أن الوكيل التجاري لا يستحق التعويض في هذه الحالة"⁽²⁾.

وتأكد، من جهة ثانية، مسألة تعلق العقد بالذمة المالية للوكيل من خلال إمكانية انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن الوكالة التجارية إلى ورثته، ولكن يشترط قبول الموكل انتقال العقد إلى هؤلاء الورثة، وإذا رفض فانه يمنحهم التعويض الواجب للوكيل نتيجة انتهاء العقد بسبب وفاة هذا الأخير، وهذا ما تؤكده الفقرة 2 من المادة 402 م.ت التي جاء فيها ما يلي: "يستفيد ذوو حقوق الوكالة التجارية من نفس حق التعويض في حالة توقف العقد بسبب وفاة مورثهم".

⁽¹⁾ بوعبيد عياشي ، م.س . ص . 109 .

⁽²⁾ بوعبيد عياشي ، م.س . ص . 109 .

ويرتّب على كل هذا أن القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 929 ق.ل.ع، والتي بحسبها تنتهي الوكالة بوفاة الوكيل تستبعد بمقتضى المادة 402 م.ت⁽¹⁾.

ومقابل الحماية التي وفرها المشرع للوكلاء التجاريين عندما تكون الوكالة ذات مصلحة مشتركة، فقد ألقى على عاتقهم عدة التزامات أمرّة في علاقتهم بموكليهم، وبهذا يكون المشرع قد وفق بين الموكلين والوكلاء، وذلك بإقامة نوع من التوازن بين حقوقهم وواجباتهم، ويشكل هذا التوازن تأكيدا تشريعيا لمفهوم الوكالة ذات المصلحة المشتركة في مادة الوكالة التجارية.

ويثار التساؤل حول ما إذا كان بالإمكان التفكير، في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية الراهنة، في تعميم فكرة المصلحة المشتركة على جميع العقود.

⁽¹⁾ كل ما يقوم به الورثة في إطار الوكالة الممنوحة وفقا للقواعد العامة نص عليه الفصل 941 من ق.ل.ع وذلك كما يلي: "في حالة موت الوكيل يجب على ورثته، إن كانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا بإعلام الموكل به، كما أنهم يجب أن يحافظوا على الوثائق وغيرها من المستندات التي تخص الموكل، ولا يسري هذا الحكم على الورثة إن كانوا قاصرين طالما لم يعين لهم وصي".

الفصل الثاني مقد السمسرة و عقد الوكالة بالعمولة

لما كان المشرع بصدد البحث عن الأعمال التي يمكن لمن يزاولها بصفة اعتيادية أو احترافية أن يكتسب صفة تاجر وقع اختياره على السمسرة والوكالة بالعمولة فجمع بينهما في بند واحد هو البند التاسع المادة 6 من مدونة التجارة التي جاء فيها ما يلي: "السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة"، ويرجع هذا إلى السمة المشتركة بينهما باعتبارهما يدخلان معا ضمن أعمال الوساطة التي تقدم خدمات جلية للتجارة والصناعة من جهة، وباعتبارهما كذلك من أقدم الوسائل التي كان يلجأ إليها التجار والصناع لتصريف متجاثم من جهة ثانية.

وإذا كانت هذه السمة المشتركة بين عقد السمسرة وعقد الوكالة بالعمولة تبرر دراستهما في فصل واحد، فهما يختلفان في العديد من الجوانب: فالسمسار لا يتعاقد شخصيا لا باسمه ولا باسم الغير، ويقتصر عمله على مجرد الوساطة بين طرفين كالبائع والمشتري حينما يكلفه أحدهما بالبحث عن آخر أو يتلقى التكليف منهما معا، أما الوكيل بالعمولة فهو يبرم العقود محل الوكالة بالعمولة باسمه الشخصي وحساب موكله، وبالتالي يظل ملزما شخصيا في مواجهة الأشخاص الذين تعاقد معهم.

ولذلك يتعين دراسة كل من العقدين على حدة، وتخصيص مبحث لكل عقد، وذلك على الشكل التالي:

المبحث الأول: عقد السمسرة

المبحث الثاني: عقد الوكالة بالعمولة.

المبحث الأول

مقدمة

تعتبر السمسرة من أنظمة الوساطة التجارية وفقا للبند 9 من المادة 6 من م.ت.م التي جاء فيها ما يلي: "السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة"⁽¹⁾.

ويعتبر وسيطا، بصفة عامة، كل من اقتصر نشاطه على البحث عن متعاقد أو على التفاوض مع متعاقد لإقناعه بالتعاقد، أو على التفاوض والتعاقد باسم ولحساب الغير أو باسمه ولحساب الغير، وبذلك فالمشروع أحسن صنعا حينما ذكر السمسرة إلى جانب الوكالة بالعمولة، فهما معا من أعمال الوساطة، وطبيعة السمسرة أقرب إلى الوكالة⁽²⁾.

يخضع الأشخاص الذين يقومون بأعمال الوساطة، بصفة عامة، لأحكام مدونة التجارة، وعلى رأسهم السمسار الذي تتجلى مهمته أساسا في التقريب بين أشخاص لإبرام عقود معينة لقاء أجر دون أن يكون تابعا لأحدهم، وهو يرتبط مع موصله بما يسمى "عقد السمسرة" ويباشر عمله على وجه الاستقلال⁽³⁾.

عرفت السمسرة منذ زمن بعيد، ولا زالت تلعب دورا بالغ الأهمية في البيئة التجارية، وكانت تنحصر مهمة السمسار في بدايتها في التقريب

⁽¹⁾ بمعنى أنها تعتبر عملا تجاريا بالاعتقاد والاحتراف، هذا مقتضى جديد مخالف لما جاء في المادة 2 من القانون التجاري القديم لسنة 1913 إذ اعتبر السمسرة عملا تجاريا إذا تمت عرضا ولو لمرة واحدة.

⁽²⁾ بينما في القانون التجاري القديم ذكر المشرع السمسرة إلى جانب أعمال البنوك، إذ جاء في المادة 2 منه ما يلي: "كل عمليات الصرف والأبنك والسمسرة"، المقتضى الجديد أفضل لأن الأبنك وإن كانت تتعاطى أحيانا السمسرة، كبيع الأوراق المالية لحساب الزبون، فعقد السمسرة أوسع مجالا إذ يشمل الوساطة في أي عقد.

⁽³⁾ تلعب السمسرة أهمية بالغة في حياة الأعمال لأنه قد يحدث أن تجد بعض المقاولات صعوبات في التعرف بها في الأسواق وربط الاتصال بالزبناء، والبحث عن يهتم بمنتجاتها.

بين التجار من مختلف الجنسيات وكذا حماية التجار الأجانب، ذلك أن السمسار كان من الأهالي يقصده التاجر الأجنبي، ويرثله بمقرته، فيبرم التاجر صفقاته من خلال توسطه، ومدونة التجارة تنص على السمسار بأنه مجرد وسيط بين طرفين يتفاوضان ويرمان بعد ذلك العقد، لكن مع الوقت توسع مجال السمسرة بشكل واضح، فاليوم يوجد عدة أصناف من السماسرة يتفاوضون ويقدمون عروضاً بشروط مناسبة لفائدة تجار وموزعي البضائع⁽¹⁾، إنهم يساهمون بصفة عامة في تنمية التبادل التجاري على مستوى الأسواق الوطنية والدولية.

خصصت مدونة التجارة للسمسرة القسم الثالث من الكتاب الرابع المخصص للعقود التجارية (المواد من 405 إلى 421 من م.ت).

ولن نعالج هنا إلا القواعد العامة للسمسرة المنصبة على البضائع والمقولات والتي تتجلى في التقريب بين المورد والمشتري لأجل إبرام عقود البيع والشراء.

وفيما يتعلق بإبرام عقد السمسرة فالأمر لا يتطلب شرحاً مستفيضاً، فالسمسرة عقد تجاري ومن ثم يخضع للقواعد العامة للعقد، ولا يتطلب الكتابة، وهو يثبت بجميع الوسائل.

أما فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيجب، على العكس من ذلك، تخصيص مزيد من العناية لالتزامات الطرفين لأن هذه الالتزامات تكشف

(1) أنظر :

F.COLLART DUTILLEUL ET PH. DELEBECQUE, op.cit. n°669, p.511; cass. com. 28 mai 1991, R.T.D COM.1992, p. 223, obs. Boulouc.B.

عن مميزات عقد السمسرة (المطلب الثاني) لكن يتعين تحديد عقد السمسرة قبل ذلك (المطلب الأول).

المطلب الأول: أهمية عقد السمسرة

السمسار وسيط تجاري تتجلى مهمته في ربط العلاقة بين الأشخاص من أجل تسهيل إبرام العقود؛ وما يثيره موضوع السمسرة من مناقشة على المستوى القانوني هو تعريف عقد السمسرة وتمييزه عن الوكالة بالعمولة والوكالة التجارية حتى تتضح مميزاته أكثر (الفقرة الأولى) ثم تحديد وصف السمسرة بالصفة التجارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف عقد السمسرة وتمييزه عما يشبهه

يتعين في البداية تعريف عقد السمسرة وبيان خصائصها (أولاً) ثم تمييز السمسرة عما يشبهها من أعمال وبيان كيفية انعقادها (ثانياً).

أولاً: تعريف السمسرة وبيان أهمياتها

1- تعريف عقد السمسرة

عرف المشرع السمسرة في الفقرة الأولى من المادة 405 من م.ت. كما يلي: "السمسرة عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام العقد"، وعرفها المشرع المصري بنفس التعريف في المادة 192 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 كما يلي: "السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه".

يتضح إذن أن المشرع - سواء المغربي أو المصري - عرف السمسرة من خلال المهمة الرئيسية المسندة إلى السمسار، والتي هي البحث عن طرف ثان ليتعاقد مع من وسطه في البحث عنه، وبالتالي فالسمسار يقرب بين شخصين يرغبان في التعاقد ويتوسط بينهما بالتفاوض لإبرام العقد، وقد

يتلقى التكليف من أحدهما أو منهما معا، ومثال ذلك بائع يكلف سمسارا معيناً بالبحث له عن مشتري أو العكس، أو مؤجر يبحث عن مستأجر أو العكس.

ومارس السمسار عمله في استقلال عن وسطه، ولا يخضع لإشرافه، كما أنه يقوم بعمل مادي وليس قانوني.

لكن يعاب على هذا التعريف أنه أهمل الأخذ في الاعتبار عنصرا أساسيا في تعريف عقد السمسرة وهو الأجر، فالسمسار يمارس عمله كوسيط تجاري مقابل أجر، ولا يكتمل عقد السمسرة إلا بالأجر، وهو ما يستفاد من نص المادة 419 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "إذا لم يحدد مقدار أجر السمسار باتفاق أو يعرف فعلى المحكمة تحديده ..."، وبذلك يمكن اعتبار الأجر عنصرا إضافيا في تعريف عقد السمسرة، ولا يمكن اعتبار العقد عقد سمسرة، ولا يخضع بالتالي لأحكام القسم الثالث من الكتاب الرابع من مدونة التجارة إذا كان التزام السمسار على سبيل التبرع.

وبذلك يمكن القول إن السمسرة عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار بتكليف من شخص آخر يسمى مفوض السمسار بالتقريب بين إرادة شخصين قصد الوصول إلى اتفاق أو تعاقد بينهما، أو بالوساطة في التفاوض من أجل إبرام عقد ما وذلك مقابل أجر يتقاضاه السمسار.

يتبين من هذا التعريف أن عقد السمسرة يتميز بكونه ينصب على عمل مادي وليس قانوني يقوم به السمسار مقابل أجر في استقلال عن الطرفين المتعاقدين، ويقتصر هذا العمل في الأصل على التقريب بين شخصين في صفقة معينة لإتمامها، وهو يتسع بالطبع لكل ما من شأنه أن يؤدي إلى انعقاد العقد، كالعثور على من يقبل التعاقد والدخول في

المفاوضات بين الطرفين، لكنه يقف عند هذا الحد فلا يمتد عمله إلى إبرام العقد، ولا شأن للسمسار بتنفيذه.

2- مميزات عقد السمسرة

يتبين من تعريف عقد السمسرة أعلاه، ومن مهمة السمسار، أن عقد السمسرة يتميز بالمميزات الآتية.

أ - السمسرة كعمل مادي

تتميز السمسرة بكونها تنصب على عمل مادي وليس قانوني، ويتمثل هذا العمل في البحث عن طرف ثان ليتعاقد مع مفوض السمسار، كالبحث عن مستأجر ليتعاقد مع مؤجر، أو البحث عن مشتري ليتعاقد مع بائع أو العكس، وقد يتكلف بالوساطة بين الطرفين عن طريق التفاوض من أجل إبرام العقد، فيقوم بكل ما من شأنه أن يقرب بينهما.

وبالفعل، فقد لا تكون للتاجر دراية بظروف السوق ومواطن السلع، وقد لا يعرف أين سيعثر على من يتعاقد معه، وقد لا تتوفر لديه الخبرة أو التخصص اللازمين، وقد لا يستطيع التعريف بمقاولته، فيعرض ما لديه من عروض على سمسار معين ويكلفه بالبحث عن متعاقد آخر يكون في حاجة إلى هذه العروض ليتعاقد معه في إطار ظروف وشروط أفضل، والسمسار بفضل خبرته واتصالاته يمكنه أن يجد هذا المتعاقد المناسب، وأن هذا الأخير هو الذي يتعاقد مباشرة مع موطن السمسار وليس مع السمسار.

ولا يعتبر من طبيعة مهمة السمسار أن يقوم بتحضير العقد ليصبح جاهزاً للتوقيع عليه من قبل المتعاقدين، أو أن يدرج اسمه بالعقد، أو يضمه ما يفيد أن العقد تم بناء على وساطته وجهوده، فقد يقصد من إدراج اسمه بالعقد حفظ حقه في العمولة أو مجرد الشهرة⁽¹⁾.

(1) سميحة القلوبى ، م.س . ص . 216 ، عماد الشربيني ، م.س . ص . 254 .

وإذا حدث أن تعاقدا باسمه الشخصي لحساب الغير، أو لم يذكر اسم المتعاقد الآخر، فهو مسؤول عن تنفيذ العقد، ويعتبر وكيلا بالعمولة، وفي حالة تنفيذ العقد يحل محل موكله فيما له من حقوق على الطرف الآخر⁽¹⁾.

ب- الممسرة وساطة قائمة على استقلال الممسار

طالما أن عمل الممسار يقتصر على مجرد الوساطة بين طرفين يريدان التعاقد، فهو يعمل باسمه الشخصي وبكل استقلال عن أطراف التعاقد الذي يسعى هو لإبرامه⁽²⁾ دون أن يكون نائباً أو وكيلاً بالعمولة أو تابعا لأحدهما في إبرام العقد⁽³⁾، وإذا ما وقع الاتصال بين الطرفين نتيجة سعي الممسار، كان لهما مناقشة شروط العقد وبنوده بنفسيهما، وبالتالي لا يعتبر الممسار طرفاً في العقد، وقد نص التشريع الأردني صراحة على استقلال الممسار⁽⁴⁾.

ونتيجة لاستقلال شخص الممسار عن المتعاقدين، فإن عمله ينتهي بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، ولا شأن له بتنفيذ العقد إلا استثناء⁽⁵⁾، وبالتالي فإن الحقوق والالتزامات التي يربتها العقد تقتصر على طرفيه ولا شأن للممسار بها.

ولا يغير من طبيعة عقد الممسرة واستقلال الممسار وصفته الإشارة في العقد إلى اسمه أو مشاركته في تحرير العقد كما سبق بيانه.

⁽¹⁾ المادة 409 من م.ت.

⁽²⁾ سمجة القليوبي، م.س، ص. 214.

⁽³⁾ أنظر:

G.Ripert et R.Roblot .op.cit . n° 2682 , p . 701 .

وكذلك: عبد الفلاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، الاسكتلندية، دون إشارة إلى باقي البيانات، ص 315.

⁽⁴⁾ نص القانون الأردني رقم 29 لعام 1968 المتعلق بالوكلاء التجاريين في المادة الثانية صراحة على استقلال الممسار حينما كان بصدد تعريف الممسار: "... لقاء أجر دون أن يكون أجيراً أو نائباً عن أحد الطرفين".

⁽⁵⁾ وذلك في الحالة التي لم ينكر فيها الممسار لأحد المتعاقدين اسم المتعاقد الآخر.

تخول الحرية المعطاة للسماح صلاحية الجمع بين عدة مهنة ، فبعض السماسرة يمارسون النيابة والوكالة بالعمولة، وهو ما يؤدي إلى اللبس في التسمية.

ج- السمسرة من العقود الرضائية

يعتبر عقد السمسرة، كأغلب العقود التجارية، من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما، فلا يشترط التشريع لإبرامه شكلاً معيناً، ويمكن أن يتم شفاهة أو كتابة، ويجوز إثباته بجميع وسائل الإثبات.

د- السمسرة من عقود المعاوضة

يعتبر عقد السمسرة من عقود المعاوضة لأن كلا من طرفيه يسعى للحصول على مقابل لما يؤديه، فالمفوض يؤدي الأجر للسماح مقابل إيجاد متعاقد ثان وإخباره به والتقريب بين وجهات نظرهما، أما السماسر فهو يقوم بهذا العمل مقابل أجر يتخذ شكل مبلغ محدد أو نسبة معينة من قيمة العملية.

ولا يغير من صفة المعاوضة هذه كون السماسر لاحق له في الأجر إلا إذا نجح في مهمته وتم إبرام العقد الذي توسط فيه، فالعقد يعتبر من عقود المعاوضة منذ نشأته، والأجر يعتبر عنصراً من عناصره التكوينية، كل ما في الأمر أن مفوض السماسر لا يلزم بالوفاء بالأجر إلا إذا تم إبرام العقد كما سنرى لاحقاً⁽¹⁾.

(1) لاحقاً، ص 262 وما بعدها.

٤- السمسرة من العقود التجارية

تعتبر السمسرة من العقود التجارية بنص المادة 6 من مدونة التجارة، وذلك لأن محل العقد هو السمسرة، والسمسرة تعتبر من الأعمال التجارية لاعتبارها كذلك بحكم ماهيتها، ولكن المشرع اشترط أن تكون ممارستها على وجه الاعتماد أو الاحتراف، لكن عقد السمسرة قد يعتبر تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر كما سيتبين لاحقاً⁽¹⁾.

3- طبيعة عقد السمسرة

ينار التساؤل حول ما إذا كان عقد السمسرة من قبيل المقابلة، نعتقد أن عقد السمسرة يعتبر صورة خاصة من عقد المقابلة الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وسندنا في ذلك الإحالة الواردة في المادة 405 من م.ت، بخصوص تنظيم علاقات السمسار مع المتعاقدين، على المبادئ العامة التي تسري على عقد إحارة الصناعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة.

ثانياً : تهيئز السمسار من الوكيل

يتميز السمسار عن الوكيل التجاري (1) وعن الوكيل بالعمولة (2) ببعض الفوارق الدقيقة ولو أن كلا منهم يعتبر وسيطاً في المجال التجاري.

1- تهيئز السمسار من الوكيل التجاري

سبق القول إن الوكيل التجاري يتعاقد باسم ولحساب موكله، فهو نائب عنه، وبالتالي فجميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد تنصرف إلى الموكل، أما السمسار فلا يتعاقد لا باسمه الشخصي لحساب شخص آخر، ولا يتعاقد باسم ولحساب مفوضه، وبالتالي فهو ليس نائبا عن الغير

(1) لاحقاً. ص 243.

وليس أصيلاً في التعاقد يعمل لحساب موكله، وإن الشخص الذي يبحث عنه هو الذي يتعاقد مع من وسطه في البحث عنه.

وتتميز الوكالة التجارية بالاستمرار والانتظام، وترم لأجل المصلحة المشتركة المتمثلة في تكثير الرباء، أما السمسرة فلا تتميز بالاستمرار و الانتظام، ويمكن أن تتم لمرة واحدة وتنتهي بالنسبة للمتعاقد مع السمسار بمجرد إبرام العقد المرغوب فيه.

2- تمييز السمسار عن الوكيل بالعمولة

الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص لحساب موكله الذي يجهله المتعاقد الآخر، وتقوم الوكالة بالعمولة على أساس فكرة النيابة في التعاقد، أما السمسار فلا يتعاقد شخصياً لا باسمه ولا باسم الغير، ويقتصر عمله على مجرد الوساطة بين طرفين كالبائع والمشتري، ويقوم بالتقريب بين وجهات نظرها لإتمام الصفقة، ويسعى إلى إجراء توفيق بين مصالحهما، ويرشدتهما إلى إبرام العقد دون أن يكون نائباً عن أحدهما، ودون أن يكون له شأن فيما تم التعاقد عليه.

إضافة إلى ذلك، فإن السمسرة تختلف عن الوكالة بالعمولة فيما يتعلق بطبيعة العمل الذي يقوم به السمسار، فهو يقوم بعمل مادي بينما يقوم الوكيل بالعمولة بعمل أو تصرف قانوني.

كما أن الوكيل بالعمولة يكتسب الحقوق الناتجة عن العقد، ويظل ملزماً شخصياً نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم وعليه أن ينقل إلى ذمة موكله كل هذه الحقوق وما يترتب على العقد من التزامات، أما السمسار فلا يمثل أحد المتعاقدين، ولا يوقع على العقد بصفته طرفاً فيه⁽¹⁾، وبالتالي

(1) ينص المشرع المصري في المادة 201 من القانون التجاري لسنة 1999 على أنه: "لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفاً في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أجازته المتعاقد في ذلك، وفي هذه الحالة لا يستحق السمسار أي أجر."

لا يسأل عن تنفيذه، ولا شأن له بالحقوق والالتزامات المترتبة عليه والتي تنصرف إلى طرفيه مباشرة وليس إلى السمسار، وتنتهي مهمته بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما.

الفقرة الثانية: السمسرة عمل تجاري يخضع إبرامه للقواعد العامة

ينص المشرع في المادة 6 من م.ت.ع. أن صفة تاجر تكتسب بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية "للسمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة"، وهو ما يطرح التساؤل عن تجارية السمسرة في حد ذاتها ثم بالنسبة للسمسار والغير (أولا) ويجب كذلك الإشارة إلى شكل عقد السمسرة والشروط التي يجب توفرها لاعتباره صحيحا (ثانيا).

أولا: السمسرة عمل تجاري

يتعين البحث في تجارية السمسرة بالنسبة للسمسار (1) ثم بالنسبة للغير (2)، وكذا الصفة التجارية للسمسار (3).

1- تجارية عقد السمسرة بالنسبة للسمسار

أدرجت المادة 6 من م.ت.ع. السمسرة ضمن الأعمال التجارية التي تعد كذلك إذا بوشرت على وجه الاعتقاد أو الاحتراف، هذا يقتضي جديد لأن القانون التجاري القلم كان يعتبر السمسرة عملا تجاريا طبيعيا، أي حتى ولو وقع عرضا ولمرة واحدة⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن الوساطة في التعاقد تعد عملا تجاريا إذا تمت مزاوتها على وجه الاحتراف، وبذلك فقط تخضع لأحكام مدونة التجارة ولبدأ حرية الإثبات، ولا تعد السمسرة إذن عملا تجاريا منفردا، ولا يخضع عقد

(1) المادة 2 من القانون التجاري القديم لسنة 1913.

السمسرة لأحكام مدونة التجارة إذا كان القائم به غير مختص بالسمسرة أو قام به مرة واحدة أو عرضاً.

وبذلك فالسمسرة لكي توصف بالوصف التجاري وتخضع لأحكام مدونة التجارة، يتعين أن يزاوطها السمسار على وجه الاعتماد أو الاعتراف، أي أن يتخذها حرفة معتادة له، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فالسمسرة تعد عملاً تجارياً مطلقاً أي بصرف النظر عن طبيعة الأعمال المراد التوسط فيها سواء أكانت مدنية أو تجارية لأن البند 9 من المادة 6 من م.ت نص على اعتبار السمسرة ضمن الأعمال التجارية دون تقييد ذلك بأي قيد راجع إلى طبيعة العقد المرتبطة به، ولا مجال للتخصيص أمام عموم النص وإطلاقه، ثم إن عقد السمسرة ليس عقداً تابعاً للعقد المراد إبرامه، وإنما هو ممهد له، وعليه فهو منفصل في طبيعته عنه، كما أن عقد السمسرة لا يعيد تابعاً بالمعنى القانوني للتبعية⁽¹⁾.

وقد أكد المجلس الأعلى هذا الاتجاه بمقتضى القرار المؤرخ في 26 يونيو 1985 الذي جاء فيه ما يلي: "عقد السمسرة يعد من الأعمال التجارية ولو تعلق ببيع عقار"⁽²⁾.

وقد كان هناك رأي لا يرى في السمسرة عملاً تجارياً بالضرورة على أساس كونها ترتبط بالعقد المراد إبرامه بعلاقة تبعية، وعليه فلو كان العقد المراد إبرامه تجارياً كانت السمسرة تجارية، والعكس بالعكس، فلو

(1) محمد السيد الفقي، م.س. ص 242، فقرة 148، عبد اللطيف هداية الله، م.س. ص 95، منير محمد الجنيهي ومدوح محمد الجنيهي، م.س. ص 200.

(2) قرار مدني عدد 1568، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 2، ص 278، صدر هذا القرار في ظل القانون التجاري القديم الذي لم يكن يعتبر بيع العقار بيعاً تجارياً.

كان العقد الذي يتوسط السمسار في إبرامه مدنيا كانت السمسرة مدنية، لكن هذا الرأي لا يصمد أمام الرأي الراجح المعلن أعلاه .

وقد رجع المشرع المصري الاتجاه الأول حينما نص في الفقرة " د " من المادة 5 من القانون التجاري على أنه : " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف " - د - الوكالة التجارية والسمسرة أيا كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار ، وبذلك فالمشرع المصري حسم النقاش واعتبر السمسرة عملا تجاريا بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي يتوسط فيه السمسار ، وبالتالي فلا أهمية لمدنية أو تجارية العقد الأصلي المراد التوسط فيه .

أما بالنسبة للزبون فقد تكون السمسرة عملا تجاريا أو عملا مدنيا بحسب طبيعة العمل القانوني موضوع السمسرة .

2- تجارية السمسرة بالنسبة للتغير

المقصود بالغير هنا هما المتعاقدان اللذان أبرما الصفقة موضوع عقد الوساطة، فهل لطبيعة عقد الصفقة التي تتم على يد السمسار أثر على تجارية السمسرة ؟ اكتفى المشرع بالإشارة في المادة 6 من م.م إلى أن السمسرة تدخل في عداد الأنشطة التجارية إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف، ولكنه لم يحسم فيما إذا كانت السمسرة تحتفظ بهذه الصفة ليس فقط بالنسبة للسمسار الذي يحترف السمسرة، بل حتى بالنسبة لطرفي العقد الذي يتوسط فيه السمسار .

فالشخص الذي يكلف السمسار بالتوسط عنه لا يعتبر عقد السمسرة تجاريا بالنسبة إليه إلا إذا كان تاجرا وتعاقد مع السمسار على عمل يتعلق بحرفته التجارية، كما لو كلفه بالتوسط في شراء بضاعة لحله التجاري ، أما إذا كلفه ببيع ما ورثة أو ببيع دار كان يسكن بها أو بالبحث له عن مستأجر لعقاره، فإن عقد السمسرة يعتبر تجاريا بالنسبة للسمسار

ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، ولا يعتبر ذلك تخصيصا للبند 9 من المادة 6 من م.ت .

3- السمسار تاجر

تنص المادة 6 من م.ت في بندها 9 صراحة على أن السمسار يكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لنشاط السمسرة، ونشاطه هذا عبارة عن التزام بالقيام بعمل مادي يتجلى في البحث عن طرف ثان ليتعاقد مع من كلفه بالتوسط، ويقوم من ثم بالتقريب بين وجهات نظر المتعاقدين، كأن يكلفه تاجر بالبحث عن زبناء لتصرف بضائعه، واحتراف السمسار لنشاط الوساطة هو الذي يكسبه صفة تاجر.

إنه يباشر عمل الوساطة بصفة مستقلة عن أطراف التعاقد الأصلي الذي يسعى هو لإبرامه، وغير تابع لأحدهما، ويقوم بعمله لحسابه الخاص، وينظم نشاطه ويتصل بزبائنه بكل حرية، ويمارس أعمال الوساطة لفائدة عدة منشآت تجارية أو صناعية، ولا يفقد استقلاله أو يتحول إلى تابع إذا ما اقتصرت وساطته في البحث عن مشترين أو بائعين لبضائع تخص منشآت تجارية محددة دون غيرها طالما لا يخضع لهذه المنشآت بأي نوع من أنواع التبعية⁽¹⁾، ولا يصبح تابعا لهذه المنشآت مهما طال مدة العقد الذي يربطه بهما.

وتخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة، وفيما عدا ذلك تخضع لمقتضيات مدونة التجارة المنصوص عليها في القسم الثالث من الكتاب الرابع⁽²⁾.

(1) سميحة القليوبي ، م.س . ص . 222 .

(2) الفقرة الثانية من المادة 405 من م.ت .

ثانياً : إبرام عقد السمسرة وإثباته

السمسرة عقد يلزم لقيامه توافر الأركان العامة للعقد (1) ويجوز إثباته بجميع الوسائل (2).

1- إبرام عقد السمسرة

السمسرة عقد يلزم لقيامه توافر الأركان الموضوعية العامة للعقد: الأهلية والرضا والحل والسبب وفقاً للمواد 62 و 723 و 725 من ق.ل.ع، فالمادة 405 من مدونة التجارة تحيل إلى مقتضيات المنظمة لإجارة الصنعة في قانون الالتزامات والعقود.

وتنص المادة 723 من ق.ل.ع على أن عقد إجارة الصنعة يتم بتراضي الطرفين، وكذلك الحال بالنسبة لعقد السمسرة مادام المشرع التجاري لم ينص على مقتضيات خاصة، كما يتطلب الفصل 725 من ق.ل.ع أن يكون المتعاقدان متمتعين بأهلية الالتزام، وتجب مساعدة المحجور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما.

ويشترط أن يكون الموضوع الذي يتوسط فيه السمسار مما لا يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام، فلا يجوز للسمسار أن يتوسط في إبرام عقد ترويج المخدرات أو الدعارة أو عقد شراء مواد مسروقة وما إلى ذلك من أشياء تخالف القانون، وتنص المادة 417 من م.ت على أنه: "إذا توسط السمسار في أعمال غير مشروعة فلا أجرة له"، وينص

الفصل 729 من ق.ل.ع على أن الاتفاقات التي يكون موضوعها مخالف للقانون أو النظام العام أو للأخلاق الحميدة تقع باطللة".

ويجب أن يكون سبب عقد السمسرة مشروعاً، ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون⁽¹⁾.

(1) الفصل 62 من ق.ل.ع.

2- إثبات عقد السمسرة

لم يتطلب المشرع أية شكلية معينة لإبرام عقد السمسرة، كما لا يتطلب الكتابة لإثباته، وبالتالي يمكن إثبات عقد السمسرة بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، ويتلاءم مبدأ حرية الإثبات مع إبرام العقد إذ يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً يستفاد من الظروف والملازمات المتعلقة بالطرفين.

المطلب الثاني: التزامات طرفي عقد السمسرة

إضافة إلى التزام السمسار بكل ما يلتزم به التجار بصفة عامة كالالتزام بالقواعد الحاسبية والقيد في السجل التجاري، فإن عقد السمسرة يترتب التزامات في ذمة طرفيه: فالسمسار ملزم بتنفيذ مهمته المتمثلة في البحث عن متعاقد آخر، والحفاظة على الوثائق المتعلقة بالمعاملات التي يتوسط في إبرامها، وضمان صحة آخر توقيع موضوع على الوثائق، وحفظ العينات والالتزام بالصدق في الإعلام (الفقرة الأولى)، كما يلتزم مفوض السمسار بإبرام العقد وأداء الأجر للسمسار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزامات السمسار

التزامات السمسار نابعة في جزء كبير منها من دوره الجوري المتمثل في التقريب بين وجهتي نظر الطرفين وتمكينهما من التعاقد (أولاً)، وإذا لم ينفذ مهمته هذه أو نفذها بشكل لا يمكن الطرفين من التعاقد فهو يتحمل المسؤولية (ثانياً).

أولاً: محتوى التزامات السمسار

تكمّن التزامات السمسار الأساسية في القيام بكل الأعمال والتدابير التي تؤدي إلى إبرام العقد، وفي هذا الصدد يتعين على السمسار أن يبحث عن التعاقد الثاني (1)، وأن يلتزم باحترام الصدق في الإعلام (2)، وأن يضمن صحة التوقعات وهوية الزبناء وأن يحفظ الوثائق والعينات (3)، والتضامن (4)، وألا يشتري لنفسه المال الذي كلف بيعه (5).

1- الالتزام بالبحث عن متعاقد ثان

المهمة الرئيسية للمقاة على عاتق السمسار هي البحث عن أشخاص يرغبون في التعاقد، والتقريب بين وجهتي نظر المتعاقدين من خلال التفاوض، وهذه الغاية فهو يقوم بجميع الأعمال ويتخذ جميع التدابير والخطوات الضرورية لإيجاد متعاقد آخر، وتسهيل عملية التعاقد، وقد نصت على هذه المهمة الرئيسية المادة 405 من م.ت وهي بصدد تعريف عقد السمسرة.

إنه يبحث إذن عن بائع إذا كلفه المشتري، ويبحث عن مشتري إذا كلفه البائع، ويجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب المقدم من طرف موسط السمسار، وحتى ينجح السمسار في مسعاه يتعين عليه أن يكون على دراية بالمعلومات المتعلقة بالصفقة من قبيل الثمن وكمية وجودة البضائع وكذا أجل التسليم، ويجب عليه أن يكون أميناً في نقل هذه المعلومات إلى الطرف الآخر، وأن تكون له فكرة عن الشخص الذي يمكن أن يكون معنياً بشراء أو بيع البضائع، وأن ينقل إلى مفوضه المعلومات التي تلقاها من الطرف الآخر، ويلزم بالتحقق من هوية زبائنه وشخصية كل منهم (1)، ويضمن متحيات جديدة إمكانيات الطرف الآخر العادية لتنفيذ الصفقة (2).

(1) المادة 411 من م.ت.

(2) انظر في الاجتهاد الفرنسي :

ولكن السمسار لا يضمن يسر زبائنه ولا تنفيذ العقود المبرمة بواسطته، ولا نوعية أو قيمة الأشياء المتعاقد بشأنها ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ ينسب إليه⁽¹⁾.

ولا يعد من قبيل الطرق الاحتمالية أو الغش ما اعتاد عليه السمسار من تصرفات بهدف امتداح البضاعة والمبالغة في الأرباح المنتظرة منها، وما تحققه من مصالح للطرف الآخر، لأنه يتعين على كل طرف أن يتحرى بوسائله الخاصة عن حقيقة الصفقة وأهميتها بالنسبة إليه ومدى صدق المعلومات المدلى بها من طرف السمسار، ولحكمة الموضوع السلطة التقديرية فيما يصدر عن السمسار من مبالغات ومدى تأثيرها على المتعاقدين في إبرام العقد⁽²⁾؛ ويلزم السمسار ببذل الجهد والعناية المطلوبان في السمسار العادي.

وخلاصة القول، يجب أن تساهم الأعمال التي يقوم بها السمسار بالضرورة في إبرام العقد، لكن هل يجب أن يضمن إتمام العملية؟.

وفقا للتشريع تقتصر أنشطة السمسار على ربط العلاقة بين المتعاقدين قصد إبرام العقد، ولا يذهب المشرع إلى حد إلزامه بالتدخل شخصيا في العملية، فهو ليس نائبا عن الأطراف.

والأكثر من ذلك فالسمسار لا يضمن تنفيذ العملية، ومع ذلك فالتشريع لا يستبعد إمكانية لعب السمسار دورا أكثر أهمية في إبرام وتنفيذ العمليات، فقد يقع اتفاق بين السمسار ومن وسطه، مقابل أجر إضافي، على أن يتعاقد السمسار نيابة عن من وسطه، فيتعاقد باسمه الشخصي لحساب

(1) المادة 412 من م. ت.

(2) سمحة القليوبي، م. س. ص. 226.

الغير، ويصبح السمسار بذلك وكيلا بالعمولة أو مودعا لديه البضائع، وفي هذه الحالة يستغرق عقد الوكالة عقد السمسرة، وقد يتفقان على أن يضمن السمسار تنفيذ الصفقة موضوع السمسرة فيسأل عن عدم تنفيذها.

ومن شأن هذا التوسع الاتفاقى في التزامات السمسار أن يفقد هذا الأخير ما يتميز به من استقلال عن المتعاقدين⁽¹⁾.

2- الالتزام بالصدق في الإعلان

يلزم السمسار بإعلام المتعاقدين بجميع الظروف المتعلقة بالخدمة، ويجب أن يكون صادقا وحسن النية في تنفيذ الالتزام بالإعلام طبقا للمادة 406 من م.ت.م. التي جاء فيها ما يلي: "إن السمسار، ولو لم يكن مكلفا إلا من طرف واحد، ملزم نحو الطرفين بأن يقدم الخدمات بصدق ودقة وحسن نية، وأن يخبرهما بجميع الظروف المتعلقة بالخدمة، وهو مسؤول تجاه كل منهما بما ينشأ عن تدليس أو خطأ".

وهكذا، يلزم السمسار بإعلام الطرفين معا⁽²⁾ بكل ما يتعلق بالعملية التي يتوسط في إبرامها، وخاصة ما يتعلق بآجال وكيفية إبرام الصفقة، ونوع المبيع وكميته ومكان التعاقد، أو النقص الحاصل في أهلية من سيتعاقد معه الزبون، أو احتمال إفساره، وغير ذلك من شروط التعاقد.

وبعدما ينجح السمسار في إيجاد المتعاقد الثاني، يتعين عليه أن يُعلم به من وسطه وذلك فور تلقيه موافقة هذا الشخص الراغب في التعاقد، وفي

SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit .p 229 .

⁽¹⁾ انظر :

⁽²⁾ يلاحظ أن الالتزام بالإعلام لا يقع على عاتق السمسار في مواجهة من فوضه فقط بل في مواجهة الطرف الآخر كذلك، وشمولية هذا الالتزام تتسجم مع الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق السمسار والمتمثل في التقريب بين وجهات نظر الطرفين من أجل إبرام عقد معين، فهذا الالتزام يفرض عليه أن يفضي لهما بكل ما لديه من معلومات بشأن هذا العقد .

حالة عدم استقرار الأسعار يتعين عليه التأكد من أن مفوضه لازال متمسكا بعرض الشراء إلى حين الاتفاق النهائي، ويجب عليه كذلك إشعار الطرفين بما قد يكون له من مصلحة شخصية في العملية موضوع التوسط، وإلا تعرض لتعويض عما يحدث لهما من ضرر⁽¹⁾، يتعلق الأمر إذن بالحيلولة دون تفضيل أحدهما على الآخر.

ويجب أن يراعي السمسار في تنفيذه للالتزام بالإعلام ما يفرضه عليه حسن النية والصدق والأمانة حتى يستطيع كل من الطرفين الوقوف بدقة وشفافية على كافة ظروف الصفقة والمخاطر التي قد يتعرض لها، فالصدق في الإفضاء بالبيانات يفرض على السمسار ألا يخفي عن الطرفين ما يصل إلى علمه من بيانات ومعلومات عنهما وعن الصفقة حتى ولو كانت هذه البيانات ليست في مصلحته، وأن ينقل لهما هذه المعلومات كما هي دون تحريف أو تغيير، وألا يتواطأ مع أحدهما لإضرار الآخر، وهو مسؤول تجاه كل منهما عما ينشأ عن تدليسه أو خطأه.

3- الالتزام بحفظ الوثائق والعينات

وفقا للمادة 407 من م.م. يلتزم السمسار بحفظ "ما تسلمه من الأوراق والأمتعة والقيم المالية والوثائق المتعلقة بالخدمات التي تمت على يده ما لم يثبت ضياعها أو عيبها بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة"، وتعتبر هذه القاعدة تأكيداً لما جاء في الفصولين 740 و741 من ق.ل.ع، ويعد التزامه هذا التزاما بتحقيق نتيجة، ومن ثم لا يستطيع التخلص من مسؤوليته عن الإخلال بهذا الالتزام إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

وبذلك فالسمسار يسأل عن تعويض الضرر الناجم عن ضياع أو هلاك أو تعيب ما تسلمه من مستندات وقيم مالية متعلقة بالعقد الذي

(1) المادة 414 من م.م.

يتوسط في إبرامه، ولا يتحلل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن ضياعها كان بسبب حادث فحائي أو قوة قاهرة.

كما يلتزم السمسار بحفظ العينات التي يتم التعاقد على أساسها وفقا للمادة 408 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "إذا تم البيع بناء على عينة من السلعة وجب على السمسار حفظ العينة إلى أن تقبل السلعة نهائيا أو أن تتم الصفقة، ما لم يعفه المتعاقدان من هذا الالتزام".

وبهدف المشرع من إلزام السمسار بالاحتفاظ بالعينات خلال مدة معينة إلى ضمان إتمام الصفقة المتوسط فيها طبقا للتعليمات والأوامر التي كلف بها وأهمها مطابقة العينة للبضاعة.

4- الالتزام بالضمان

يتحمل السمسار التزاما بالضمان، انه التزام له حدود ومظاهر تم التنصيص على بعضها في مدونة التجارة التي تركت للسمسار ومفوضه حرية توسيع نطاق هذا الالتزام، وبذلك فمجال الضمان قد يكون ضيقا وقد يكون واسعا.

ومن بين مظاهر الالتزام بالضمان الملقى على عاتق السمسار بنص القانون - إلى جانب التزامه بحفظ الأمتعة والقيم المالية والوثائق المتعلقة بالخدمات التي تمت على يده وحفظ العينة في الحالة التي يتم فيها البيع بناء على عينة من السلعة - يلتزم السمسار بضمان هوية زبائنه⁽¹⁾، ولذلك فهو ملزم بضمان حقيقة شخصية كل المتعاقدين - من وسطه والطرف الآخر - وعليه التحقق من هويتهم الكامل اسميا ونسبا وعنوانا وموطنا وجنسية وأهلية قبل تنفيذه للالتزام بالإعلام في مواجعتهم، وقد حمل القضاء الفرنسي المسؤولية للسمسار على أساس أن الطرف الآخر كان شركة وهمية لا وجود لها قانونا⁽²⁾.

(1) المادة 411 من م.ت.

(2) أنظر في الاجتهاد الفرنسي :

ويلتزم أيضا بنص المادة 410 من م.ت بضمن "صحة آخر توقيع موضوع على الوثائق التي تمر بين يديه وتتعلق بالخدمات التي توسط فيها إذا كان هذا التوقيع لأحد المتعاقدين بواسطة"، وإذا ما اتضح أن توقيع أحد المتعاقدين غير صحيح فهو يتحمل المسؤولية في مواجهة المتعاقد الآخر عن الأضرار اللاحقة به، لكن هل تصل المسؤولية إلى حد ضمان تنفيذ العملية التي توسط فيها ما دام يضمن، بنص القانون، صحة آخر توقيع على الوثائق المتعلقة بالخدمات التي توسط فيها؟.

كان يمكن الجواب بالإيجاب لولا وجود المادة 412 من م.ت التي تنص على أن السمسار لا يضمن "تنفيذ العقود المبرمة بواسطته، ولا قيمة أو نوعية الأشياء المتعاقد بشأنها ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ ينسب إليه".

يساير هذا الاتجاه طبيعة مهمة السمسار المتمثلة في مجرد البحث عن متعاقد ليتعاقد مع من وسطه في ذلك، ومن ثم التقريب بين وجهتي نظر المتعاقدين والتوسط بينهما ليبرما العقد المقترح على السمسار، فمادام السمسار لا يتدخل في إبرام العقد، ومادامت مهمته تنتهي بمجرد تلاقي إرادتي من وسطه والطرف الآخر الذي بحث عنه السمسار فوجدته، فإن هذا الأخير لا يسأل عن تنفيذ العقد الذي توسط فيه، ولا عن الوفاء بالثمن أو تسليم المبيع أو العين المؤجرة إذا ما كان وسيطا في عقد بيع أو إيجار، لكنه يسأل عن عدم التنفيذ إذا كان ضامنا للعملية، أو كان عدم التنفيذ راجعا لخطأه، كما يلزم شخصيا بالتنفيذ تضامنا مع زبونه إذا كان له، بصرف النظر عن أجرته، مصلحة شخصية في الخدمة⁽¹⁾.

(1) العادة 413 من م.ت.

إلى جانب الالتزام بضمان التنفيذ المقرر قانوناً، يمكن للسمسار أن يتعهد اتفاقاً بضمان تنفيذ الصفقة بمقتضى الشرط المسمى "شرط الضمان" مقابل عمولة خاصة، ومن ثم يظل السمسار مسؤولاً عن تمام تنفيذ التعاقد للاتزاماته، فيضمن يسر التعاقد الذي قدمه لمن وسطه في البحث عن طرف ثان، ويضمن وفاءه بكافة الالتزامات الناشئة عن التعاقد، ويسأل عن مطابقة البضاعة للمواصفات، ولا يعفى من هذا الضمان إلا إذا كان سبب عدم التنفيذ يرجع لموسطه الذي، بطريقة ما، دفع بالمعاقد الآخر إلى الامتناع عن تنفيذ العملية.

ويسأل السمسار كذلك عن عدم تنفيذ العقد إذا لم يذكر لأحد المتعاقدين اسم المتعاقد الآخر، وفي حالة تنفيذ العقد يحل محل موكله فيما له من حقوق على الطرف الآخر.

وحتى فيما يتعلق بإبرام العقد يمكن للسمسار أن يكون ضامناً له، لكن شريطة أن يقبل ذلك صراحة، كأن يتعهد بإبرام العقد الذي يتوسط فيه لحساب من وسطه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية على السمسار بتعويض موسطه لأنه ترك البضاعة بمحطة الوصول فأصابها التلف، وكان عليه أن يعلم موسطه برفض المشتري للصفقة واستلام البضاعة⁽¹⁾.

Cass.ch.com 5 juillet 1962 , bull.civ.1962 , 111,274 .

(1) أنظر :

5- التزام السمسار بالأخذ بشئري لنفسه المال الذي كلفه

مقدمة

تطبيقا للفصل 481 من ق.ل.ع، لا يسوغ للسماسرة أن يشتروا، ولو بوسيط عنهم، الأموال المنقولة أو العقارية التي كلفوا بالتوسط في بيعها، أو أن يأخذوا هذه الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن، ويترتب على مخالفة هذا الالتزام الحكم بالبطلان والتعويضات.

الحكمة من هذا المنع هي الخشية من أن يضحي السمسار بمصلحة من وسطه في سبيل تحقيق مصلحته الخاصة، ولهذا السبب لا يجوز له أن يقيم نفسه طرفا في الصفقة التي يتوسط في إبرامها؛ ولكن لا مانع من إجازة موست السمسار للعقد الذي جعل السمسار نفسه طرفا مشتريا فيه لأن موست السمسار يكون في وضعية تمكنه من تقييم مصلحته فيقبل أو يرفض العقد بكل حرية.

نص المشرع اللبناني على قاعدة المنع هذه في المادة 379 من قانون الموجبات، ونص عليها المشرع المصري في المادة 201 من القانون التجاري لسنة 1999 التي جاء فيها ما يلي: "لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفا في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أجازته المتعاقد في ذلك، وفي هذه الحالة لا يستحق السمسار أي أجر".

ثانيا : مسؤولية السمسار

يبدو لأول وهلة من الصعوبة بمكان - خارج حالات العث - التسليم بمسؤولية السمسار في مواجهة المتعاقدين مادامت مهمته تقتصر على التقريب بينهما من أجل إبرام العقد، ومادام يمارس هذه المهمة في استقلال عنهما ولا علاقة له بتنفيذ العقد أو فسخه، ومع ذلك فقد تبين مع مرور

الوقت أن سماسة البضائع يمكن أن يعلنوا عن مواصفات وبيانات مصطنعة، وينجزوا عمليات مع زبناء معسرين⁽¹⁾.

وبالفعل، فالسمسار باعتباره وسيطا فهو لا يسأل عن عدم تنفيذ العقد ما لم يثبت إهماله في البحث عن التعاقد الآخر؛ بعدما يرم العقد لايسأل عن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية كما سبق توضيحه، فهو يظل أجنبيا عن العقد الذي توسط فيه، فإذا كانت البضاعة مشوبة بعيوب خفية أو كانت غير مطابقة فلا يمكن الرجوع على السمسار⁽²⁾، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق يقضي بضمان المطابقة وخلو الشيء المبيع من العيوب⁽³⁾، ولا يسأل كذلك إذا تبين أن المشتري معسرا بعد إبرام العقد دون أن يعلم بإعساره⁽⁴⁾.

ومع ذلك، فالسمسار يسأل، في مواجهة من وسطه، عن عدم تنفيذ المهمة التي كلف بها أو عن تنفيذه لها تنفيذا معيبا، ويلزم بتعويض من وسطه في ذلك، ويكون للمتعاقد الآخر نفس الحق إذا كان السمسار مفوضا منه بدوره لإيجاد متعاقد ثان، ويسأل السمسار كذلك عن أخطائه حتى في مواجهة الطرف الآخر ولو لم يكلفه بإيجاد متعاقد آخر وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية.

(1) أنظر : SANTOS (A.P) et TOE (J.Y) ,op.cit .p 299, N° 479 .

(2) أنظر : Paris 10 F2V . 1933, Gaz. Pal . 1933 .1 .834 .

(3) أنظر : Com .1^{er} mars 1971, D . 1971, 571 .

(4) أنظر : Paris 22 sept.1970 ,D.1970 ,657; J.C.P.1970 ,II ,n°16527.

وفي إطار التزام السمسار بالإعلام الصادق، يكون مسؤولاً إذا ما أخفى عن موسطه نقصان أهلية الطرف الآخر، أو صدور حكم بالحجر عليه، أو إعساره، أو كون الصفقة موضوع منازعة، أو يخفي عنه عيوب أو نوعية الشيء موضوع التعاقد وهو على علم بكل ذلك.

وبصفة عامة، فالسمسار يكون مسؤولاً عندما يخفي المعلومات والوقائع عن الطرفين وهو يعلم بأهميتها بالنسبة لهما، كما يسأل عن كل ما يصرح به من معلومات يعلم أنها غير صحيحة أو من السهل عليه العلم بعدم صحتها ومع ذلك يفضي بها إلى الطرف الآخر على أساس أنها صحيحة، وبذلك فهو يعلم مسبقاً مدى الضرر الذي يمكن أن يلحق موسطه من جراء هذه المعلومات الخاطئة.

صحيح، إن المشرع، بمقتضى المادة 412 من م.ت، أعفى السمسار من ضمان يسر زبائنه، ومن ضمان تنفيذ العقود المبرمة بواسطته، وقيمة أو نوعية الأشياء المتعاقد عليها، لكنه جعل ذلك مشروطاً بعدم وجود تدليس أو خطأ ينسب إليه.

ولكن، هل يعتبر السمسار مسؤولاً في حالة الخطأ البسيط والجسيم أم فقط في حالة الخطأ الجسيم؟ طالما يتحدث المشرع عن "التدليس" و"الخطأ" الذي ينسب إلى السمسار وتثار معه مسؤوليته، فإنه لا يميز على ما يبدو بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط، فلو أراد الاقتصار على الخطأ الجسيم كسبب لإثارة مسؤولية السمسار لقام باستبدال عبارة "التدليس والخطأ" بعبارة "الغش" التي تحتل "التدليس" و"الخطأ الجسيم" ولا تستغرق "الخطأ البسيط"، ومن ثم فعبارة "الخطأ" الواردة بالمادة 412 من م.ت إلى جانب عبارة "التدليس" تعني الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، كما أن عبارة "التدليس" تعني بدورها الخطأ الجسيم.

وكذلك، لو كان المشرع يقصد بعبارة " الخطأ " الواردة في المادة 412 من م.ت "الخطأ الجسيم"، لكان قد استعمل هذه العبارة الأخيرة تماماً كما فعل في المادة 416 من م.ت حينما كان يتحدث عن فقدان الحق في الأجر، فنص على أن السمسار لا يفقد الحق في الأجر إذا ما تم فسخ العقد بعد إبرامه "ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ جسيم ينسب إليه"، وبذلك فالسمسار يسأل سواء كان الخطأ الذي ارتكبه خطأ جسيماً أو خطأ بسيطاً.

وهكذا، يتحمل السمسار التزاماً بوسيلة، وبالتالي يمكن أن تثار مسؤوليته في كل حالة لا يقوم فيها باستعمال جميع الوسائل المتوفرة لديه لتنفيذ التزاماته، ويكون الأمر كذلك، مثلاً، عندما لا يفحص المعلومات التي يتوفر عليها قبل الإفضاء بها إلى المتعاقدين، رغم قدرته على فحصها والتحقق منها، كأن لا يتحقق من وجود البضاعة أو من سعرها، أو يعرض على زبائنه التعاقد في إطار شروط مضرّة بهم.

تكون مسؤولية السمسار مشددة طبعاً عندما تسند إليه مهام إضافية، كأن تسند إليه سلطة التعاقد باسم موثقه إما بمقتضى شرط تعاقدى أو عرف خاص، أو عندما يقبل أن تودع عنده البضائع موضوع البيع أو الشراء، أو عندما يضمن تنفيذ العقد الذي توسط في إبرامه، فمسؤوليته تمتد إذن إلى هذه الحدود، كأن يسأل، مثلاً، في إطار القواعد العامة المنظمة للوديعة⁽¹⁾ أو عن عدم إبرام أو تنفيذ العقد.

(1) الفصول من 781 إلى 817 من ق.ل.ع .

ويمكن تقسيم الجزاءات التي تطال السمسار بسبب ما يرتكبه من أخطاء إلى نوعين: جزاء عام يتمثل في التعويض وجزاء خاص أكثر خطورة يتمثل في حرمانه من الأجر.

يتعرض السمسار لهذا الجزاء الأخير في حالة ما إذا تم فسخ العقد بعد إبرامه سواء وقع الفسخ اختياريا باتفاق الأطراف أو بموجب أحد أسباب الفسخ المقررة قانونا، بسبب تدليس أو خطأ جسيم ينسب إلى السمسار⁽¹⁾.

كان يستحسن لو أن المشرع - من أجل تخليق عقد السمسرة - أضاف إلى فقدان الحق في العمولة، فقدان الحق في استرداد المصاريف التي تكبدها السمسار طالما يتأسس استردادها على فكرة التنفيذ النظامي للعقد، وبالتالي كلما ثبتت مسؤولية السمسار عن عدم تنفيذ العقد وجب حرمانه من حقه في استرداد المصروفات .

الفقرة الثانية: التزامات موطن السمسار

موطن السمسار هو الذي يتخذ المبادرة بإجراء العملية موضوع عقد السمسرة، فيكلف السمسار بالبحث عن طرف ثان لإبرام العقد معه، وبذلك فمحتوى التزامات موطن السمسار تتحدد من خلال وضعيته هذه (أولا)، وإذا لم يحترم هذه الالتزامات يتعرض للجزاء طبعا (ثانيا).

أولا: محتوى التزامات موطن السمسار

يتحمل موطن السمسار التزامين مختلفين: إبرام العقد (1) وأداء الأجر (2).

(1) المادة 416 من م.ت .

1- إبرام العقد

سبق القول إن السمسار لا يقوم بإبرام العقد الذي يتوسط في إبرامه، وإنما تنحصر مهمته في التقريب بين المتعاقدين لأجل إبرام العقد، وبالتالي تنتهي مهمته عموماً بمجرد ما يجعل الطرفين في مستوى إبرام العقد، وموسط السمسار هو الذي يتعين عليه إبرام العقد مع الغير الذي قدمه له السمسار، لكن هل يلزم موسط السمسار بإبرام العقد مع المتعاقد الذي قدمه له السمسار ؟.

يرتبط الجواب عن هذا السؤال بالنظرية العامة للعقد⁽¹⁾، أي بحسب طبيعة الإيجاب المقدم من طرف موسط السمسار، فالإيجاب المقدم من طرف هذا الأخير قد يكون ناجزاً وباتاً وقد يكون محتملاً.

فإذا صدر عن موسط السمسار إيجاب بات بالبيع أو الشراء يتضمن بدقة الشروط التي يريد التعاقد والالتزام في إطارها، فلا يمكنه أن يرفض التعاقد مع المتعاقد الذي قدمه له السمسار، وإذا رفض التعاقد معه يعتبر متراجعا عن إيجابه، ومتعسفا في سحبه لهذا الإيجاب، ويعرض نفسه لأداء التعويضات للسمسار⁽²⁾، ويعتبر الإيجاب باتاً عندما لا يحتاج إبرام العقد إلا إلى قبول الطرف الآخر، فالإيجاب في هذه الصورة عبارة عن مقترح مكتمل العناصر من حيث نوع البضاعة، وثمنها وشروط العقد الأخرى، ويتبين منه أن إرادة صاحبه مستعدة للارتباط بمجرد القبول.

وبالمقابل، إذا صدر عن موسط السمسار مجرد إيجاب احتمالي فلا يلزمه طالما لم يجب عن الرسالة التأكيدية التي يبعث له بها السمسار ما لم

(1) انظر :
Roger Houin et Michel PEDAMON, Droit Commercial, Précis Dalloz,
9^e éd. 1990, n° 619, p. 809 ; Michel PEDAMON, op.cit. n° 631, p. 589 ;
SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit. n° 486, p. 303.

(2) انظر :
Cas et Ferrier, Lamy, Droit économique, éd. 2000, n° 3723 ; SANTOS
(A.P) et TOE (J.Y), op.cit. n° 486, p. 303.

يكن هناك عرف يعتبر سكوت موسط السمسار لمدة معينة قبولا، والإيجاب الاحتمالي هو العرض الذي يحتفظ فيه الموجب بإمكانية التعاقد أو عدم التعاقد في الحدود التي لا يعبر فيها عن إرادة باتة في الالتزام⁽¹⁾.

2- أحاء الأجر للسمسار

يشير موضوع أداء الأجر للسمسار عدة نقط قانونية من قبيل تحديد المدين بالأجر (أ) ونشأة الحق في الأجر (ب) وتحديد مبلغ الأجر (ج).

أ- المدين بالأجر

يتضح من خلال المادة 418 من م.ت.جاء فيها ما يلي: "يستحق السمسار أجرته من الطرف الذي كلفه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك"، إن الالتزام بأداء الأجر يقع مبدئيا على عاتق من كلف السمسار بالبحث عن متعاقد آخر لأجل إبرام العقد، فموسط السمسار هذا هو الذي اتخذ المبادرة بالاعتماد على خدمات السمسار ولو أن المتعاقد الآخر يستفيد بدوره من هذه الخدمات، وبالتالي إذا كان البائع هو من وسط السمسار فهو المدين الحصري بالأجر الذي يجب اقتطاعه من ثمن البيع، ونفس الشيء، إذا كان المشتري هو من وسط السمسار، فهو المدين بالأجر الذي يجب إضافته إلى ثمن الشراء⁽²⁾.

ومع ذلك يمكن للطرفين - موسط السمسار والمتعاقد الآخر - بل للعرف والعادة تحديد تقسيم آخر للتكلفة المالية المتمثلة في الأجر المستحق للسمسار.

⁽¹⁾ أنظر :

M. PEDAMON, op.cit.n°631, p.589; SANTOS et TOE, op.cit.n°486, p.303.

⁽²⁾ أنظر :

HOUIN (R) et PEDAMON (M), op.cit. n°619, p.809.

وفي هذا الصدد "يلتزم الطرفان معا بأداء الأجرة للسمسار إذا ثبت أنهما أناطا به سويا مسألة التوسط بينهما، ولا تضامن بينهما في ذلك، لأن مصدر كل منهما مستقل عن الآخر، كما أن كلا منهما كان في علاقة مع السمسار يستهدف مصلحته الشخصية، وعلى ذلك لا نكون بصدد التزام تضامني بل بصدد التزام مشترك تعددت أطرافه، والقاعدة في الالتزام المشترك أن يقسم على أطرافه"⁽¹⁾.

ب- نشأة الحق في الأجر وشروطه

تعتبر السمسرة من عقود المعاوضة، فالسمسار يتعهد بالبحث عن متعاقد آخر لزبونه والتوسط بين المتعاقدين مقابل أجر محدد.

الإشكال المطروح هو تحديد متى يصبح الأجر واجبا على الموسط الحصري للسمسار أو على الموسطين حالة تعددهم.

اختار المشرع إبرام العقد الذي تم التوسط فيه كواقعة منسنة لحق السمسار في الأجر المستحق له مقابل الخدمات التي قدمها لمن وسطه في إبرام العقد، لكن يجب إضافة إلى ذلك أن يوجد عقد يربط بين السمسار وموسطه، وأن يكون إبرام العقد نتيجة لسعي السمسار.

ب/1- وجود عقد يربط السمسار بهن كلفه

لا يستحق السمسار الأجر عن خدماته ما لم يكن مرتبطا بعقد سمسرة مع زبونه، ذلك أن السمسرة تعد تكليفا أو تفويضا من شخص معين للسمسار بالسعي لإبرام عقد معين مقابل أجر يستحق عند إبرام هذا العقد، ومن ثم لا بد أن يوجد عقد بين الطرفين يحدد التزاماتهما ومن بينها أجر السمسار.

(1) عبد الفتاح مراد، م.س. ص. 325.

وهكذا، لا يحق للسمسار المطالبة بالأجر إذا لم يفوضه أحد في التوسط لإبرام العقد حتى ولو أبرم العقد بفضل مجهوداته التي قام بها من تلقاء نفسه.

وإذا كان السمسار مفوضا في البحث عن متعاقد آخر لإبرام العقد، فإنه يستحق الأجر مبدئيا من الطرف الذي فوضه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك كما سبق توضيحه.

ولا يشترط في عقد السمسرة المبرر لاستحقاق السمسار للأجر أن يكون مكتوبا، فهو يقبل الإثبات بجميع الوسائل⁽¹⁾.

ب/2- وجوب انعقاد العقد نتيجة سعي السمسار

لا يكفي لاستحقاق السمسار الأجر وجود عقد يربطه بمن كلفه بالسعي لإبرام العقد، بل يشترط أن انعقد العقد نتيجة سعي السمسار، وأن العقد ما كان ليبرم لولا تدخل السمسار، فنجاح هذا الأخير في مهمته يتمم العقد بين الطرفين هو الذي يجعله يستحق الأجر⁽²⁾، وبعبارة أخرى، لا بد من وجود رابطة سببية بين جهود ووساطة السمسار وإبرام العقد⁽³⁾، ومع ذلك فالسمسار يستحق الأجر إذا قام الطرفان، إضرارا به، بوضع حد لعقد السمسرة ليبرما العقد بعد ذلك فيما بينهما⁽⁴⁾.

وإذا فرض وكانت هناك علاقات مباشرة بين من فوض السمسار والطرف الآخر، وأدت المفاوضات التي جرت بينهما إلى إبرام العقد دون

⁽¹⁾ سابقا، ص 247.

⁽²⁾ مصطفى كمال طه، م.س. ص 67، فقرة 69.

⁽³⁾ قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1979/2/5 بما يلي : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن السمسار لا يستحق عموماً إلا عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة فعلا نتيجة مساعيه"، طعن رقم 601 سنة 45 س 30 ع 1، ص 476، أشار إليه الأستاذ عمر الشربيني، م.س. ص 69 هامش رقم 1.

⁽⁴⁾ أنظر :

SANTOS (A.P) et TOE (J.Y) .op. cit. p.305.n°489.

تدخل السمسار، فلا حق لهذا الأخير في الأجر، ويكون له الحق في المطالبة بالتعويض عما بذله من جهد إن كان لهذا الجهد أثر ما في التعاقد، ولحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تحديد دور السمسار ومدى أثره على إتمام التعاقد، أما إذا أبرم العقد نتيجة للمعلومات التي قدمها السمسار فالأجر مستحق له⁽¹⁾.

3- وجوب إبرام العقد موضوع التوسط

يمكن أن ننظر إلى نشأة الحق في الأجر من خلال ثلاثة مستويات: يمكن القول إن حق السمسار في الأجر ينشأ بمجرد التقريب بين الطرفين إذ تنتهي مهمته عند هذا الحد، ويمكن التفكير أيضاً في أن مجرد التقريب بين المتعاقدين لا يكفي لاستحقاق الأجر، بل يجب الانتظار إلى حين إبرام العقد، وأخيراً يمكن أن نتصور عدم استحقاق السمسار للأجر إذا أبرم العقد وحال عائق دون تنفيذه.

لقد وقع اختيار المشرع على الحل الثاني إذ نص في الفقرة الأولى من المادة 415 من م.م. على ما يلي: "يحق الأجر للسمسار إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف"، يبدو هذا الاختيار مبرراً بكون مبلغ الأجر يحتسب على أساس الثمن، وفي غياب البيع والثمن لن يوجد أساس لاحتساب الأجر.

ولكن، لا يستقيم هذا التصور إلا في الحالات التي تحدد فيها العمولة بنسبة مائتوية من الثمن، وهو ما يقلل من أهمية ومغزى هذا الأساس المعتمد في نشأة الحق في الأجر.

وبذلك لا يستحق السمسار الأجر إلا إذا أبرم العقد الذي توسط فيه، أما إذا لم يبرم العقد فعلاً فلا ينشأ له أي حق في الأجر مهما كانت

(1) عصر الشربيني، نفس المرجع السابق، ونفس الصفحة.

الجهود التي بذلها في سبيل إتمام هذا العقد، وإذا لم يتم العقد وثبت أن عدم نجاح السمسار في ذلك يرجع إلى خطأ أو تغتت موست السمسار، فيكون من حق السمسار الرجوع على من وسطه بالتعويض نظراً لإخلاله بالتزامه الناشئ عن عقد السمسرة، وإذا ما تم تجديد العقد فلا حق للسمسار في الأجر إلا بالنسبة لما تم على يده من عقود دون ما يتم مستقبلاً.

يحفظ السمسار بحقه في الأجر رغم عدم تنفيذ الطرفين للعقد المتوسط فيه، فلا شأن للأجر بحسن تمام هذا التنفيذ، ويرجع ذلك إلى كون مهمة السمسار تنتهي بمجرد سعيه في إيجاد متعاقد آخر وإبرام العقد، كما لا يجوز دون أجر السمسار أن يفسخ العقد فيما بعد "سواء وقع الفسخ اختيارياً باتفاق الأطراف أو بموجب أحد أسباب الفسخ المقررة قانوناً" و "لا يلزم برد ما قبضه من الأجرة ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ جسيم ينسب إليه" (1).

وإذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ، فإن السمسار يستحق الأجر بمجرد انعقاد العقد، ولا يلزم برده إذا ما تحقق الشرط الفاسخ لأن الأثر الرجعي للشرط الفاسخ يقتصر على العقد المتضمن لهذا الشرط، أي العقد موضوع الوساطة، وليس من شأنه أن يؤثر على حق السمسار الذي تأكد باتفاق الطرفين، ويمكن تعليل ذلك بكون زوال العقد نتيجة تحقق الشرط الفاسخ مسألة ترد في أثناء تنفيذ العقد، وقد سبق أن بينا أن السمسار لا يضمن تنفيذ العقد، ولا يهمله إن نفذ أو لم ينفذ ما لم يرتكب تدليسا أو خطأ، ثم إن الأثر الناتج عن الشرط الفاسخ هو نفسه الأثر المترتب على فسخ العقد بسبب عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه، ففي الحالتين معا يزول العقد بأثر رجعي.

(1) المادة 416 من م.ت.

وإذا كان العقد معلقا على شرط واقف فلا يستحق السمسار الأجر إلا بعد حصول الشرط⁽¹⁾، ومن ثم يكفي لاستحقاق الأجر مجرد إبرام العقد الابتدائي بين الطرفين ولو لم يتم العقد النهائي، أو لم تتم إجراءات الشهر القانوني كتسجيل البيع العقاري ما لم يتفق على غير ذلك⁽²⁾.

لا يتأثر كذلك حق السمسار في الأجر في حالة الحكم بإبطال العقد ما لم يكن السمسار عالما وقت إبرام العقد بسبب الإبطال إذ يعتبر في هذه الحالة سبيء النية، ويلتزم برد ما قبضه من الأجر.

استثناء يمكن أن تتأخر نشأة الحق في الأجر إما إلى حين تحقق الشرط الواقف كما سبق الذكر، وإما إلى حين تنفيذ العقد المتوسط فيه، وتتعلق هذه الحالة الأخيرة خصوصا بالسمسار الضامن⁽³⁾، وبالنسبة للعقود التي تنفذ على مراحل، فإن أجر السمسار يستحق على ما يدفع من الشئ عند كل تسليم، وفي كل الحالات يجب أن يتم الأداء منذ الوقت الذي تصبح فيه العمولة مستحقة⁽⁴⁾، وإذا لم يؤديها المدين أمكن للسمسار رفع دعوى بالأداء ضده أمام المحكمة المختصة.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المنطق يقضي بعدم إمكانية استفادة السمسار من الامتياز على بضائع من وسطه التي قد تكون بحوزته لسبب من الأسباب لضمان أداء الأجر، وذلك لأن السمسار لا يتعرض لنفس المخاطر التي يتعرض لها الوكيل بالعمولة، فهو لا يتعاقد باسمه أو باسم من وسطه، ويقتصر دوره على مساعدة الطرفين في إبرام العقد⁽⁵⁾.

(1) المادة 416 من م.ت ، وتنص على نفس القاعدة المادة 195 من القانون التجاري المصري .

(2) مصطفى كمال طه ، م.س.ن . ص 69 ، فقرة 68 .

(3) ويسمى السمسار في هذه الحالة : السمسار الضامن : Courtier du croire

(4) أنظر : SANTOS (A.P) et TOE (J.Y) , op.cit , n°489 , p.306 .

(5) أنظر : PEDAMON (M) , op.cit.p .590 .n° .631 .

ج- تحديد مبلغ الأجر

سن المشرع القواعد التي يمكن من خلالها تحديد مقدار الأجر بمقتضى المادة 419 من م.ت التي جاء فيها ما يلي: "إذا لم يحدد مقدار أجرة السمسار باتفاق أو يعرف فعلى المحكمة تحديده إما بحسب سلطتها التقديرية الخاصة أو استنادا إلى رأي الخبراء اعتمادا على ما يجري به العمل في الخدمات المماثلة، مع مراعاة ظروف العملية الخاصة كالوقت الذي تطلبته وطبيعة الخدمة التي قام بها".

وبذلك يتم تحديد مبلغ الأجر من قبل الطرفين بكل حرية، وبممكنهما الإحالة على تسعيرة معينة إذا كانت موجودة، وفي حالة عدم وجود اتفاق على الأجر يمكن الرجوع إلى العرف، وإذا لم يتوفر العرف بدوره تولت المحكمة مهمة تحديد الأجر بما لها من سلطة تقديرية، أو بالاستعانة برأي الخبراء وما يجري به العمل في الخدمات المماثلة آخذة في الاعتبار العملية موضوع الوساطة، وتكمن هذه العناصر في طبيعة الخدمة التي قام بها السمسار، وصعوبات النجاز العملية، وما استغرقه من وقت في القيام بمهمته، وقيمة وأهمية العملية، وقدر ما يبذله السمسار من جهد.

أما إذا كان أجر السمسار محددًا في العقد، ولا يتناسب مع ما بذله السمسار من جهد في سبيل قيامه بالوساطة، فيجوز للمحكمة تعديله وتخفيضه ما لم يكن الأجر قد تم تحديده أو دفعه بعد إبرام العقد⁽¹⁾، لأن متوسط السمسار إذا قام بالوفاء الفعلي للأجر أو قام بتحديدته بعد إبرام العقد، فذلك يعني أنه ارتضى هذا الأجر وهو مقتنع به وعلى بينة من

(1) الفقرة 3 من المادة 415 من م.ت .

الجهودات التي بذلها السمسار لإتمام مهمته، فتستفي الحكمة إذن من إخضاع أجر السمسار المتفق عليه للتخفيض بناء على السلطة التقديرية للمحكمة.

تضاف إلى الأجر مصروفات السمسرة التي أنفقها السمسار في تنفيذ العمل المكلف به إذا تم الاتفاق على أن من وسط السمسار هو من سيؤديها، فمصروفات السمسرة من تكاليف السفر أو الإعلان في الصحف أو التنقل أو النقل أو الهاتف وما إلى ذلك، وإن لم تشكل جزءاً من الأجر بالمعنى الضيق، فهي تشكل مكملاً أساسياً للأجر، فإذا اتفق الطرفان على أحقية السمسار في استردادها ممن وسطه، كان له الحق في مطالبته بكافة هذه المصروفات حتى ولو لم يتم إبرام العقد، وفي ذلك تنص الفقرة الأخيرة من المادة 415 من م.م. على أنه: "تجب مصاريف السمسار إذا اتفق عليها ولو لم يتم إبرام العقد"، وإذا لم يتم الاتفاق على ذلك، فلا يحق للسمسار استردادها لأنها تدخل في الأجر على أساس أنها من مستلزمات عمل السمسار.

ثانياً : مسؤولية هوسط السمسار

لا تتميز مسؤولية هوسط السمسار بأية خصوصية، ولا توجد بشأنها قواعد خاصة في مدونة التجارة، ولذلك فهي تخضع للقواعد العامة.

وتتار مسؤولية هوسط السمسار إذن في حالة مخالفتها للالتزامات الملقة على عاتقه والمتمثلة في إبرام العقد وأداء الأجر ورد مصروفات السمسرة.

وهكذا، في حالة عدم إبرام العقد، يمكن للسمسار مطالبة هوسطه بالتعويض عن الجهودات التي بذلها والمصروفات التي أنفقها لأجل إتمام التعاقد إذا كان عدم إبرام العقد يرجع إلى خطأ هوسطه أو عدوله الإرادي

عن التعاقد وليس إلى تقصير السمسار في تأدية وساطته، فالسمسار في هذه الحالة يكون قد نفذ التزاماته المتمثلة في إيجاد متعاقد ثان وفق الشروط التي حددها له من وسطه، وأن من أحل بالالتزام دون سبب مشروع هو من وسطه، وبذلك يكون هذا الأخير مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد ويلزم بتعويض السمسار عن الضرر اللاحق به وعما أنفقته من مصروفات وما بذله من جهد وما فاتته من كسب تطبيقاً للمبادئ العامة، فالسمسار قدم خدماته المطلوبة بمقتضى عقد السمسرة فضاعت هكذا دون فائدة ودون أن يحصل على أجره نتيجة خطأ من وسطه.

وتقوم مسؤولية من وسط السمسار كذلك في مواجهة الغير عندما يقدم للسمسار معلومات مغلوطة بهدف الحيلولة دون إبرام العقد، فالغير الذي تضرر من إقدام موطن السمسار على سحب إيجابه بدون سبب مشروع، يمكنه مطالبة صاحب الإيجاب بالتعويض في إطار المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وفي حالة عدم أداء موطن السمسار الأجر للسمسار رغم أحقيته فيه، أو عدم رد المصروفات إليه وفقاً للاتفاق، يمكن للسمسار أن يرفع ضده دعوى لأداء الأجر والتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب عدم الأداء ما لم يكن ذلك لسبب ينسب إلى السمسار.

ويمكن لموطن السمسار أن يدفع عنه المسؤولية في حالتين، إذا أثبت وجود خطأ في جانب السمسار أو وجود قوة منعه من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit ,n°492 ,p.307.

(1) أنظر :

ويتمثل خطأ السمسار في عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وترتكز عدم مسؤولية موسط السمسار في هذه الحالة على أساس المبدأ العام المعروف بالدفع بعدم التنفيذ، والذي يحسبه إذا ما طالب أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بأداء ما هو مستحق له عليه دون أن يؤدي هو ما عليه، أمكن للمتعاقد الآخر رفض تنفيذ التزامه تجاهه إياه بالدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾.
تحدد القوة القاهرة كذلك من مسؤولية موسط السمسار لأنها تؤدي إلى استحالة تنفيذه لالتزاماته وتنتفي عنه الخطأ⁽²⁾، ومعنى ذلك أن من وسط السمسار لا يلزم بأداء أي تعويض لأنه يستحيل عليه إبرام العقد، ومن ثم، أداء الأجر للسمسار، ويشترط في القوة القاهرة المانعة من المسؤولية ألا تعزى إلى خطأ ينسب لموسط السمسار، ويمكن أن ينشأ عدم تنفيذ موسط السمسار لالتزامه عن سبب يعزى للغير.

المبحث الثاني

محدد الواقعة بالعمولة

تبرم العقود المدنية غالباً بواسطة أطرافها مباشرة، وقد يعتمدون في إبرامها على وكلاء عنهم يعتبرون مجرد ناطقين بأسمائهم، ويرمون العقود باسم ولحساب من فوضوهم في ذلك، أما العقود التجارية فهي تبرم مع كثير من الزبناء سواء داخل دولة معينة أو بمناطق مختلفة من العالم، والمورد أو التاجر أو الصانع قد لا يستطيع بلوغ هؤلاء الزبناء لأن ذلك يتطلب

(1) ينص الفصل 235 من ق.ل.د.ع على أنه : " في العقود الملزمة لطرفين ، يجوز لكل متعاقد منهما أن يستع عن أداء التزامه ، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل ، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزماً ، حسب الاتفاق أو العرف ، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولاً " .
(2) تنص المادة 268 من ق.ل.د.ع على أنه : " لا محل لأي تعويض ، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام والتأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه ، من القوة القاهرة ، أو الحادث الفجائي ، أو ممثل الدائن " .

الكثير من الوسائل وكذا الوقت والنفقات، ولذلك يفضل الاعتماد على وسطاء مخترفين من ذوي الخبرة المتواجدين بالقرب من الزبناء لإبرام العقود معهم.

من هؤلاء الوسطاء الوكيل بالعمولة الذي يتخذ من القيام بالأعمال التجارية باسمه وحساب الغير حرفة معتادة له، يساعد التجار في الحصول على السلع والمنتجات وتصريفها، ويتوسط بينهم وبين أصحاب المصانع للنهوض بمسئوليات تجارتهم.

يعتبر الوكيل بالعمولة إذن تاجرا مستقلا يحترف إبرام التصرفات التجارية لحساب تاجر آخر ولكن باسمه الخاص مقابل أجر، وبما أنه لا يمكنه التخصص في كل الميادين، فإنه يتخصص عموما في بعض العمليات كبيع أو شراء بعض الأنواع من البضائع، أو النقل بوسيلة معينة أو الوساطة في القيم المنقولة أو غير ذلك؛ ولا يتصرف الوكيل بالعمولة كوكيل أعمال وإنما يرتبط مع موكله بمقتضى عقد يسمى "الوكالة بالعمولة"، وتعني عبارة "العمولة" المبلغ المالي أو النسبة المئوية، من قيمة الصفقة، التي يتقاضاها الوكيل عن قيامه بنشاط الوكالة.

ظهرت الوكالة بالعمولة منذ زمن بعيد، وكانت لها أهمية كبيرة إبان ظهورها نظرا لصعوبة الاتصال بين المنتجين والتجار أو بينهم وبين المستهلكين، أو بين كبار التجار وبين صغارهم؛ تطورت الوكالة بالعمولة بالخصوص بعد الثورة الصناعية نظرا لأهميتها الاقتصادية؛ وبالرغم من التقدم الذي عرفته وسائل الاتصال والمواصلات بما يسمح للمقاولات التجارية بإبرام عقودها التجارية مباشرة مع الزبناء والموردين، فلا زالت الوكالة

بالعمولة تلعب حاليا دورا هاما في مساعدة التجار وتلبية حاجاتهم التجارية وخاصة في مجال التجارة الدولية نظرا لمزاياها كما سنرى.

هذه الأهمية المتزايدة للوكالة بالعمولة هي التي دفعت بالمشرع إلى إعطاؤها تعريفا محددًا، وتنظيمها بنصوص خاصة، وتمييزها عن السمسرة والوكيل التجاري، وهذا التنظيم يعكس ما يجري به العمل في الواقع⁽¹⁾.

توجد عدة مقاولات متخصصة في الوكالة بالعمولة مثل الوكالة بالعمولة في النقل، والوكالة بالعمولة في البورصة، والوكالة بالعمولة في الجمارك وغيرها، وتتم غالبا دراسة هذه الصور في الأبحاث الخاصة بالمؤسسات والعقود المرتبطة بنشاطها، وتقتصر هذه الدراسة الحالية على عقد الوكالة بالعمولة في شكلها التقليدي أي وكالة البيع والشراء.

تعتبر الوكالة بالعمولة من العقود التجارية التي تناولها المشرع بالتنظيم في القسم الرابع من الكتاب الأول من مدونة التجارة، ويتضمن المواد من 423 إلى 430، تشكل هذه المواد قواعد مشتركة بين جميع أصناف وأنظمة الوكالات، وتشمل دراستنا لموضوع الوكالة بالعمولة تعريفها وبيان خصائصها ومزاياها وتمييزها عن بعض العقود المشابهة بها، وتحديد التزامات وضمانات أطرافها، وتحديد آثارها في مواجهة الغير وأسباب انقضاءها، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية عقد الوكالة بالعمولة وإبرامها

المطلب الثاني: التزاماته وخصائصه وطرق الوكالة

⁽¹⁾ خصص القانون التجاري الفرنسي القديم للوكالة الباب الأول من القسم VIII، وكانت الوكالة منظمة في الأصل بمادتين فقط هما : 91 و 92 من قانون التجارة الأصلي، وقد تم استبدالهما بالمادتين 94 و 95 من تشريع 23 ماي 1863، وقد حلت محلها الآن مقتضيات الفصلين 1-132 و 2-132 من مدونة التجارة.

المطلب الأول: ماهية عقد الوكالة بالعمولة وإبرامه

لتوضيح أحكام الوكالة بالعمولة مقارنة مع باقي أعمال الوساطة لابد أولاً من البحث في تعريفها وما إذا كانت تدخل في أعمال النيابة ثم بيان خصائصها ومزاياها وطبيعتها التجارية وإبرامها وصورها، وذلك في فقرتين نخصص الفقرة الأولى لتحديد ماهية الوكالة بالعمولة وتمييزها عما يشبهها، والفقرة الثانية لأنواع عقد الوكالة بالعمولة وإبرامه.

الفقرة الأولى: ماهية عقد الوكالة بالعمولة وتمييزه عما

يشبهه

يتعين معالجة هذه الفقرة في نقطتين: تتعلق الأولى بتعريف الوكالة بالعمولة وتحديد خصائصها، أما النقطة الثانية فتتعلق بتمييز عقد الوكالة بالعمولة عما يشبهه.

أولاً: تعريف عقد الوكالة بالعمولة وخصائصها

يتعين تعريف عقد الوكالة بالعمولة (1) وتوضيح مزاياها (2) ثم بيان خصائصها (3).

1- تعريف عقد الوكالة بالعمولة

الوكالة بالعمولة ليست عقداً يكفي في ذاته، بل هو عقد يسبق إبرام عقود أخرى مع الغير لحساب الموكل (1)، وهنا تكمن غايتها النهائية. عرفها المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 422 من م.ت. كما يلي: "الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني

(1) انظر :

F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, op.cit, n°663 et s.p.520 ; G.RIPERT et R.ROBLLOT, op. cit. n° 2632, p. 680 et s ; M.PEDAMON, op.cit. n° 623, p. 582 et 583.

لحساب موكله"، وعرفها المشرع المصري⁽¹⁾ والمشرع الأردني بنفس التعريف⁽²⁾، أما المشرع الفرنسي فلم يعرف الوكالة بالعمولة مباشرة ولكنه عرفها من خلال تعريف الوكيل بالعمولة وذلك في الفقرة الأولى من المادة L.132-1 من القانون التجاري كما يلي: "الوكيل بالعمولة هو الوكيل الذي يتصرف باسمه الخاص أو تحت اسم اجتماعي لحساب الموكل"، وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع اللبناني⁽³⁾.

وسواء تم تعريف الوكالة بالعمولة أو تم تعريف الوكيل بالعمولة، فإن جوهر الوكالة بالعمولة، كما يتضح من التعاريف السابقة، هو أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه مع الغير ولكن لحساب موكله، فهو يتعاقد مع الغير كما لو كان أصيلاً، فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وهو في حقيقة الواقع ليس بالأصيل، إنما هو وكيل مكلف بالعمل لحساب الموكل الذي فوضه في القيام بهذا العمل.

لكن هذه التعريفات أغفلت عنصراً أساسياً وهو الأجر، فالوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة، وبالتالي فالوكيل بالعمولة يتقاضى أجراً لقاء التصرفات التي يقوم بها لحساب موكله؛ في الغالب يتم الاتفاق على تحديد الأجر بين الوكيل والموكل بنسبة معينة من قيمة الصفقة موضوع الوكالة.

(1) جاء في الفقرة 1 من المادة 166 من القانون التجاري المصري لسنة 1999 ما يلي: "الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل".

(2) عرفها المشرع الأردني في الفقرة 1 من المادة 80 من قانون التجارة بأنها عقد " يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه ولحساب موكله بإجاء عمل من الأعمال التجارية مقابل أجر يسمى " العمولة "، لكن هذا التعريف يتميز عن سابقه بكونه اعتمد معياراً إضافياً للتمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية هو طبيعة العمل الذي يعهد به إلى الوكيل، فلا تتخذ الوكالة بالعمولة هذا الوصف إلا إذا كان العمل الذي تعهد به الوكيل تجارياً، أما إذا كان هذا العمل مدنياً فالوكالة تكون عادية / مدنية .

(3) عرفت المادة 279 من القانون التجاري اللبناني الوكيل بالعمولة بأنه هو " الذي يأخذ على نفسه أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله ببيعاً وشراء وغيرهما من العمليات التجارية مقابل عمولة أو مؤونة مالية "، توجه إلى هذا التعريف نفس الملاحظة إلى التعريف الأردني للوكالة التجارية.

وبذلك يمكن تعريف الوكالة بالعمولة بأنها عقد يتم بمقتضاه توكيل شخص، يسمى "الوكيل بالعمولة"، على التعاقد مع الغير باسمه الخاص ولكن لحساب موكله مقابل أجر يسمى "عمولة".

وعلى العكس من الوكالة التجارية، فالوكالة بالعمولة كانت تعتبر عملا تجاريا بصريح نص المادة 2 من القانون التجاري القديم، ولكنها لم تكن تخضع لمقتضيات خاصة بل كانت تخضع للمقتضيات العامة، وعندما اتضحت معالم الوكالة بالعمولة بواسطة الممارسات العملية والدراسات القانونية، نظمتهها مدونة التجارة بنصوص خاصة هي المواد من 422 إلى 430، إضافة إلى خضوعها للقواعد العامة طبعا.

وقد حافظت مدونة التجارة على تجارية الوكالة بالعمولة، لكن على العكس من القانون القديم فالوكالة بالعمولة تعتبر عملا تجاريا ولو لم تتم في إطار مقالة أو مشروع، ويكفي احترافها طبعا⁽¹⁾.

ظهرت الوكالة بالعمولة منذ القديم؛ فالمشرع الفرنسي، مثلا، نظمها في القانون التجاري لسنة 1807 مكرسا الممارسات ذات المصدقية وال رغبات الحكمة للتجار، وخص لها المادتين 91 و 92 اللتان أصبحتا هما المادتان 94 و 95 بمقتضى قانون 23 ماي 1863 الذي غير ترقيم هذه النصوص دون تغيير محتواها⁽²⁾، وبعدها تطورت الحياة التجارية، تطورت معها أهمية الوكالة بالعمولة وأعمال الوساطة بصفة عامة، فاضطرت الحكومة إلى إعطائها تعريفا بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 5 نونبر 1946⁽³⁾،

(1) بوعبيد عباسي، العقود التجارية والتجديدات الطارئة عليها، مجلة المحامون، ع. 6 لسنة 1998 ص. 160.

(2) أنظر : D.P. 1863.4.73

(3) أنظر : D.P. 1863.4.73

فميز بينها وبين عقد السمسرة والوكالة التجارية، يعكس هذا النص القرارات المتخذة من طرف رئيس لجنة التنظيم المهني لوسطاء التجارة، لكن هذا القرار ألغاه مجلس الدولة الفرنسي لعدم شرعيته بتاريخ 30 أبريل 1948، ووضع المشرع الفرنسي من جديد القواعد العامة للوكالة بالعمولة في مادتين: المادة 1-132 L والمادة 2-132 L من مدونة التجارة.

ظهرت الوكالة بالعمولة بفعل حاجة البيئة التجارية لتيسير المعاملات بين التجار الذين تفصل بينهم مسافات بعيدة، والتوسط بين المنتجين والتجار أو بين كبار التجار وصغارهم، أو بين الموردين والتجار، ذلك أن التجار من باعة ومشترين كانوا في حاجة إلى التعاقد مع شخص يقيم على مقربة منهم ويتمتع بثقتهم بدلا من التعاقد مع أجنبي مقيم في مكان بعيد وقد يكون مجهولا عنهم، واتسع نطاق الوكالة بالعمولة بعد ذلك ليشمل التجارة الداخلية والتجارة الخارجية على السواء نظرا لمزاياها المتعددة كما سنرى.

وبالرغم من أن التشريعات متفقة حاليا على أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله، بمعنى أن الوكيل هو الذي يكون ملزما دون غيره تجاه من يتعاقد معه، وهو الملزم كذلك دون غيره تجاه الموكل، فإن الفقه والقضاء تأرجحا بين تصورين لعقد الوكالة بالعمولة: تصور ضيق وهو الذي يرى أن الوكيل بالعمولة هو الذي يتعاقد باسمه الخاص، أما من يتعاقد باسم موكله فليس إلا وكيلا عاديا⁽¹⁾ ولو تمت

(1) mandataire

تسميته أحيانا "وكيلا بالعمولة"، ويخضع بذلك للمقتضيات العامة المنظمة للوكالة المدنية.

أما التصور الواسع فيرى، على العكس من ذلك، أن الوكيل بالعمولة ليس هو فقط الوسيط الذي يتصرف باسمه الخاص، ولكن كذلك ذلك الذي يتعاقد باسم موكله، ومن ثم تعتبر الوكالة بالعمولة في نظر هذا الاتجاه الواسع، الشكل التجاري للوكالة العادية، أو هي كل وكالة متعلقة بعملية تجارية، فكل وكيل عادي تجاري يعتبر وكيلا بالعمولة⁽¹⁾.

يطرح التساؤل حول الفائدة من هذه المجادلة؛ لا يتعلق الأمر بأجر الوسيط، فالوكالة العادية مجانية مبدئيا، ولكن العمل يجري على أن الوكالة العادية التجارية⁽²⁾ - سواء كانت بعمولة أم لا - تعتبر عقدا بمقابل، لكن التمييز الأساسي، على العكس من ذلك، يكمن في الامتياز المنصوص عليه قانونا لفائدة الوكيل بالعمولة لضمان المبالغ المستحقة له قبل الموكل⁽³⁾، ولا يتمتع الوكيل العادي بنفس الامتياز⁽⁴⁾.

ويرتّب على ذلك في إطار المفهوم الضيق أن الوكيل العادي الذي يتصرف باسم موكله لا يتمتع بهذا الامتياز، في حين يستفيد منه في المفهوم الواسع⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Tout mandataire commercial

⁽²⁾ le mandat commercial

⁽³⁾ ينص المشرع في المادة 425 من م.ت على أن الوكيل بالعمولة يتمتع بحق الامتياز على قيمة البضائع المرسلة له أو المودعة أو المؤمنة لديه بمجرد عملية الإرسال أو الإيداع أو وضعها أمانة وذلك لاستيفاء حقوقه.

نصت المادة L.132-2 من مدونة التجارة الفرنسية على نفس مقتضى، وكذلك المادة 177 من القانون التجاري اللبناني، والمادة 161 من القانون المصري.

⁽⁴⁾ راجع ما سيأتي لاحقا حول موضوع الضمانات.

⁽⁵⁾ أنظر :

تطورت هذه المناقشة لتطال موضوع تعريف عقد الوكالة بالعمولة ذاته، وفي هذا الصدد، يمكن القول بصفة عامة أن الفقه تردد بين الاتجاهين الضيق والواسع.

اعتد الشراح الأوائل بالتعريف الضيق لعقد الوكالة بالعمولة واعتبروها وكالة تتميز عن غيرها بالتعاقد الشخصي للوكيل بالعمولة لحساب الموكل⁽¹⁾، فالفكرة الغالبة في نظر هذا الاتجاه هي كون الوكيل بالعمولة، على خلاف الوكيل العادي، يتصرف باسمه الخاص لحساب الموكل، ويترتب على ذلك عدم إمكانية الغير رفع دعوى مباشرة على الموكل إذا ما تعرف عليه، كما لا يمكن للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

لكن بعد فترة وجيزة بدأ الفقه يميل إلى التصور الواسع الذي يرى أن الوكالة بالعمولة هي كل وكالة متعلقة بعملية تجارية، فكلما كانت العملية التي عهد بها إلى الوكيل تجارية كانت هناك وكالة بالعمولة بصرف النظر عما إذا كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد باسمه الخاص أو باسم الموكل، أما إذا كانت العملية مدنية اعتبرت الوكالة عادية⁽²⁾؛ وقد استمر بعض الفقهاء المعاصرين في السير على هذا النحو حتى في بداية القرن العشرين

(1) من الفقهاء القدامى الذين أخذوا بالتفسير الضيق هناك : J.G . LOCRE , Esprit du code de commerce , t.1.1929,Garnery, p.236 et s.J.M. PARDESSUS,Cours de droit commercial , 5^{ème} éd.T.2,1841, Nève , n° 563 ; E.VINCENS ,Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du code de commerce,3 vol,1821,Barrois l'aîné, t.2.p.113.

أشار إلى هذه المراجع : P.CHAUVEL , art . prec .p.3 .n° 13 .

(2) انظر بالخصوص : E.DELAMARRE et LE POIT VIVIN,Traité théorique et pratique de droit commercial, t.2, 1861 Hingray, ns 33 et s.

ملاحظتين أن الامتياز مادام يهدف إلى تسهيل العمليات التجارية فلا يمكن استبعاده إلا إذا كان للعملية طابع مدني⁽¹⁾.

ومع ذلك، فالغالبية العظمى من الفقه المعاصر عادت إلى الأخذ بالمفهوم الضيق، معتبرة أن ما يميز الوكالة بالعمولة هو التعاقد الشخصي للوكيل لحساب الموكل⁽²⁾.

وقد سائرت الغرفة الجنائية الفرنسية بدورها هذا الاتجاه بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 24 يوليو 1852 معتبرة أن الوكيل بالعمولة هو الوسيط الذي يبرم العقد باسمه الخاص، ويلتزم في مواجهة موكله، ويعكس هذا الاتجاه الرأي السائد آنذاك.

(1) أنظر :

A. WAHL, Précis théorique et pratique du droit commercial 1922, Sirey, n° 1343 ; C.LYON - CAEN et L.RENAULT, Traité de droit commercial , t.3. Règles générales sur les contrats commerciaux, 5^{ème} éd . 1923, L.G.D.J, n° 412 et s ; LLACOUR et J.BOUTEROW, Précis de droit commercial , t.1. 3^{ème} éd . 1925 , Dalloz .

ونظر في الفقه العربي ما يلي : عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر، 1954، ص.63 ؛ فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج.1، مصادر القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط.1، ص.1997. حيث اشترط أن يكون العقد الذي يعقده الوكيل من العقود التجارية .

(2) راجع بالخصوص: مصطفى كمال طه ، التوجيه في القانون التجاري، ج.2. المكتب المصري الحديث، الإسكندرية ، 1981 ، نبذة 435، ولفس المؤلف العقود التجارية وعمليات البنوك ، م.س رقم 42 ، ص.47 ؛ علي البارودي ، القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر 1998، بند 35 ، ص.54 ؛ أكتم الخولي ، الوسيط في القانون التجاري ، ج.4 ، العقود التجارية ، 1957 ، ص.177 ؛ علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، 1959 ، بند 119 ؛ محمد السيد الفقي، م.س . بند 399 ، ص.534 ؛ سوزان علي حسن، عقد الوكالة بالعمولة للنقل ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 ، بند 15 ، ص.29 .

وراجع في الفقه الفرنسي :

J. HUET, Traité de droit civil , les principaux contrats spéciaux , L.G.D.J, 1996 , p. 967 ; A. BENABET, Droit civil , les obligations , 5^{ème} éd . Monchrétien , 1995 , n° 41 et s , p. 29 et s ; G.RIPERT et R. ROBLLOT, Traité de droit commercial , T.2, 16 éd . op.cit. n° 2634 , p.681 ; J. ESCARA et J.RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial , les contrats commerciaux , par J.HEMARD. t.2, le mandat commercial des transports , 1955 Sirey, n° 686 ; M.PEDAMON , op.cit. n° 622 ; Didier FERRIER, Droit de la distribution, 4^{ème} éd . 2006, Litec , n° 231 et s ; F.COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE , op.cit . n° 663 .

في فترة لاحقة، تبنت عديد من الاجتهادات القضائية الفرنسية هذا التصور الضيق ولم تتأثر قط بالرأي الفقهي المخالف⁽¹⁾.

المشرع المغربي من جهته، حينما نص في الفقرة الأولى من المادة 422 من م.ت على أن الوكيل بالعمولة هو الذي يتعاقد باسمه الخاص لحساب موكله، يكون قد كرس الاجتهاد الفقهي والقضائي - الذي سبقت الإشارة إليه - الراجح في تعريف الوكالة بالعمولة، ومن ثم فالعبرة بالطريقة التي يبرم بها الوكيل التصرف القانوني لحساب موكله.

بقيت الإشارة إلى أن الوكيل بالعمولة ملزم بأن ينقل إلى ذمة موكله كل الحقوق وما يترتب على العقد الذي أبرمه من التزامات، وهو ما يحقق للموكل عدة مزايا عملية.

2- مزايا الوكالة بالعمولة

تحقق الوكالة بالعمولة للمتعاملين عدة مزايا، فهي تسهل على التاجر سبل إبرام الصفقات، سواء بالبيع أو الشراء أو غيرهما، في مكان بعيد دون حاجة للانتقال فيحقق اقتصادا في الوقت والنفقات والجهودات⁽²⁾، وتؤكد له الحصول على حقوقه خاصة إذا كانت الوكالة بالعمولة مصحوبة بشرط الضمان⁽³⁾.

كما أن التجار المتواجدين في مكان إبرام العقد يفضلون التعامل مع الوكيل بالعمولة المقيم معهم والتمتع بثقتهم بدلا من التعاقد مع أجنبي مقيم في مكان بعيد عنهم لا يعلمون حقيقة مركزه المالي، ومن ثم فالوكالة

(1) انظر :

CA. Poitiers , 13 déc .1927, S . 1928.2.81; CA .Paris, 28 nov. 1932 .
D.P.1933.2.77. CA. LYON , 12 nov.1951, Gaz .Pal. 1952.1.31. S. 1953.2.133 .

(2) مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك ، م.س. ص. 54 ، بند 41 .

(3) سميحة القليوبي ، م.س. ص. 30 ، بند 14 .

بالعمولة تحقق لتجار سرعة الاتصال المباشر مع الوكيل إما من أجل إبرام التصرفات وتنفيذها أو لمعالجة ما قد يطرح بين الطرفين من مشاكل تتعلق بتنفيذ العقود.

وكذلك، فالوكالة تؤدي غالباً وظيفة اتصالية مفيدة للموكل، فإذا كان الوكيل مكلفاً بالبيع، فإنه غالباً ما يدفع الثمن إلى الموكل دون انتظار إتمام الصفقة مع الغير، أو يأذن للموكل بسحب كميات عليه في حدود قيمة البضائع؛ وإذا كان الوكيل مكلفاً بالشراء يقوم بأداء ثمن البضاعة للبائع ويسلمها للموكل على أن يدفع له الثمن في وقت لاحق، يقوم الوكيل بكل ذلك وهو في وضع مريح مادام يستفيد من حق الامتياز وحق الحبس لضمان المبالغ المستحقة له قبل الموكل.

ويستفيد الموكل كذلك - خاصة إذا كان منتجاً لبضاعة ما - من خبرة الوكيل بالعمولة في معرفة الأسواق ذات الطلب على هذه البضائع، واختيار أنسب الأوقات لتخزينها أو تصريفها، ويتفرغ المنتج للإنتاج دون التوزيع⁽¹⁾.

للكوكل بالعمولة بدوره، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، مصلحة هامة في الوكالة مادام يحصل على أرباح هامة من وراء عملية التوسط لحساب الغير.

3- خصائص الوكالة بالعمولة⁽²⁾

تتميز الوكالة بالعمولة بالتعاقد الشخصي للموكل (أ)، وبكونها نيابة غير كاملة (ب)، ومن عقود المعاوضة (ج) ومن العقود ذات الاعتبار الشخصي (د) وبكونها عملاً تجارياً (هـ).

(1) نفس المرجع السابق ، ص. 31.

(2) سنركز هنا على الخصائص الخاصة بالوكالة بالعمولة ونحيل بشأن الخصائص العامة إلى مقتضيات قانون الائتمانات والعقود المنظمة للوكالة المدنية.

1- تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الخاص

ينص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 422 م.ت على أن الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه الخاص لحساب موكله، وبذلك فهو كالوكيل العادي يتصرف لحساب موكله، ولكنه، على خلاف الوكيل العادي، يتعاقد مع الغير باسمه الخاص.

وأضافت نفس المادة في الفقرة الثانية بأن عقد الوكالة بالعمولة يخضع للمقتضيات المتعلقة بالوكالة العادية، وهو ما يطرح التساؤل حول كيفية التوفيق بين هذه المقتضيات، فهل الوكيل بالعمولة يتصرف ككاتب عن الموكل تماماً كالوكيل العادي؟ وهل الوكالة بالعمولة تقوم على فكرة النيابة بين الوكيل بالعمولة والموكل تماماً كما هو الشأن في الوكالة العادية؟.

يمكن التوفيق بين مقتضيات الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة 422 م.ت، أو تركيب الفقرة الأولى مع الفقرة الثانية من خلال إبراز أهمية التعاقد الشخصي في الوكالة بالعمولة من جهة، وتحديد طبيعة الوكالة بالعمولة كوكالة غير كاملة من جهة ثانية.

وبالفعل، فالوكالة بالعمولة تركز على التعاقد الشخصي للوكيل كما سبق تأكيد ذلك في المكان المخصص لتعريف الوكالة من هذه الدراسة، فالمشرع نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة 422 م.ت على هذه الخاصية المميزة للوكالة بالعمولة، والمشرع الفرنسي كان أدق من نظيره المغربي حول هذه النقطة، لأنه بعدما نص - كالمشرع المغربي - في الفقرة الأولى من المادة L132-1 من مدونة التجارة على أن الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه الشخصي أو باسم اجتماعي (المقصود إذا كان شركة) لحساب الموكل، نص في الفقرة الثانية على أن الوكيل بالعمولة في الحالة التي

يتعاقد فيها باسم موكله فان التزاماته وحقوقه تخضع لمقتضيات القانون المدني المنظمة للوكالة العادية⁽¹⁾.

ومع ذلك، فكون المشرع المغربي نص بصيغة عامة على أن الوكالة بالعمولة تخضع للقواعد العامة للوكالة العادية، فلا يعني هذا أن الوكالة بالعمولة تخضع في جميع مقتضياتها، وفي جميع الحالات للقواعد المنظمة للوكالة العادية/ المدنية، فعلى العكس من ذلك، تخضع الوكالة بالعمولة أولا وقبل كل شيء للقواعد الخاصة بها المضمنة بمدونة التجارة، وتطبق عليها كذلك القواعد العامة فيما لا تتعارض فيه مع القواعد الخاصة الواردة بمدونة التجارة، أما إذا تعاقد مع الغير باسم ولحساب موكله فانه يخضع بطبيعة الحال للقواعد العامة، وهنا يلتقي التشريع المغربي مع التشريع الفرنسي.

وباعتبار الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص دون اسم موكله⁽²⁾، فهو يبدو كأصيل في التعاقد، لأن إرادته وموافقته هي ذات الاعتبار في العقد وليست إرادة الموكل، انه يتصرف كبائع، أو كمشتري، أو كمصدر، ويوجد في وضعية المتمزم تعاقديا كما هو الشأن بالنسبة لكل متعاقد، انه يرتبط إذن بالغير، ويسأل شخصيا عن الالتزامات التعاقدية في مواجهة هذا الغير، حتى ولو عرف هذا الأخير هوية الموكل⁽³⁾.

وإذا باع الوكيل ما كلف ببيعه في إطار الوكالة بالعمولة، ورفض الموكل تسليمه البضاعة موضوع البيع، فلا يمكن للغير إلا الرجوع على

⁽¹⁾ Par le titre VIII du livre III du code civil

⁽²⁾ لا يقصد بذلك أن يظل الموكل غير معروف للغير الذي يبرم معه الوكيل العقد وإن يظل أمره سرا، بل المقصود أن يبرم الوكيل العقد باسمه وأن يتعهد شخصيا قبل الغير دون الموكل الذي لا يشار إلى وجوده، وأن الغير يسأل أمام الوكيل وليس أمام الموكل.

⁽³⁾ انظر : F. COLLAR DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op.cit. n° 666, p. 523.

الوكيل، ونفس الشيء إذا لم يؤد المشتري ثمن البضائع التي اشتراها، فلا يمكن للموكل مطالبته بالأداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾؛ والعكس بالعكس، إذا ما تعلقت الوكالة بالعمولة بالشراء، وبمجرد ما يتفق الوكيل والغير على الشيء المبيع والثمن، فلا يمكن للموكل رفض البيع في مواجهة الغير أو رفع دعوى عليه بعدم وجود اتفاق على البيع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

أما في الوكالة العادية، فالوكيل يتعاقد باسم الموكل لا باسمه الشخصي، بحيث يبدو واضحاً أمام الغير أن الطرف الأصلي في التعاقد هو الموكل، وما الوكيل إلا نائبا عن هذا الأخير، ويترتب على ذلك أن الموكل هو الذي يسأل مباشرة في مواجهة الغير عن جميع الالتزامات التي تنشأ عن التعاقد⁽²⁾ لأن آثار التصرفات التي يجريها الوكيل العادي تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وما عليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه⁽³⁾.

وبناء على ما سبق، يمكن القول إنه إذا كان الوكيل في كلتا الولايتين يعمل لحساب الغير، فالوكيل بالعمولة يتصرف باسمه على خلاف الوكيل العادي الذي يتصرف باسم موكله⁽⁴⁾، فهو نائب عنه، والوكالة العادية تنبني على فكرة النيابة بكل وضوح، بينما طبيعة الوكالة بالعمولة تجعل منها عقد نيابة غير كاملة.

(1) تجيز الفقرة الثانية من المادة 429 للموكل إقامة جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل بالعمولة ضد الأخير على أن يتم استدعاء الوكيل بالعمولة.

(2) المادة 626 من ق.ل.ع.

(3) المادة 925 من ق.ل.ع.

(4) أنظر في الاجتهاد القضائي الفرنسي :

Cass.com. 3 mai 1965 , Bull . civ.III , n° 280 ; Com. 10 fév. 1970, D. 1970 , 392 ; R. RODIERE et B OPPETIT, op.cit .n° 171 , p. 184 .

ب- الوكالة بالعمولة لعقد نيابة عن حاملها

يتبين من تعريف المشرع للوكالة بالعمولة في الفقرة الأولى من المادة 422 م.ت أن الوكيل بالعمولة يتميز بكونه يتصرف باسمه الخاص وحساب موكله، أما إذا تصرف باسم وحساب موكله فهو وكيل عادي يتمتع بسلطة النيابة في التعاقد، ويخضع من ثم لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود المنظمة للوكالة العادية؛ ولاشك أن هذا التمييز سليم وعادل لأن الوكيل بالعمولة، باعتباره يتعاقد شخصيا، فهو يقدم خدمة ويتحمل مخاطر لا يتحملها الوكيل العادي، إلا أن هذا التحديد القانوني للوكيل بالعمولة غير مقبول من طرف بعض الفقه الذي يرى بأن الوكالة بالعمولة تتحقق كلما تعلقت بعمل تجاري حتى ولو تصرف الوكيل بالعمولة باسم موكله، وتتحقق الوكالة العادية عندما تكون العملية مدنية حتى ولو أبرم الوكيل بالعمولة العقد باسمه الخاص كما سبق توضيحه⁽¹⁾.

ويترتب على هذه الطبيعة الخاصة للوكالة بالعمولة أن عقد الوكالة بالعمولة يشكل وسيلة لتمثيل مصالح الغير ولا يوجد ما يقابلها في قانون الالتزامات والعقود، وقد تم إيجاد هذه الوسيلة لتمكين التجار من إتمام العمليات التجارية بالاعتماد على خدمات تاجر آخر، ولا يمكن أن نستنتج من ذلك أن للموكل الحق في رفع دعوى مباشرة ضد مديني وكيله حتى ولو أمكنه أن يثبت بجميع الوسائل أن العقد أبرم لحسابه⁽¹⁾، ويصعب قبول هذا

(1) سابقا، ص 282 وما بعدها؛ وقد اعتبر بعض الفقه الآخر أن طبيعة الوكالة بالعمولة ترتبط بالشخص موضوع العقد المبرم من طرف الوكيل لحساب الغير واستلزم أن ينطبق هذا الشيء بتداول بضائع أو أوراق تجارية، فليس هناك وكالة بالعمولة إذا تنطبق الأمر ببيع محاصيل زراعية، وهذا يدخل بصفة عامة ضمن معايير التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية كما سنرى لاحقا.

G.RIPERT et R.ROBIOT, op.cit. n° 2635, p. 681.

(1) انظر :

الحق في غياب نص صريح ما لم يكن الموكل طرفا في العقد الذي أبرمه الوكيل.

انطلاقا من هذا التحليل لطبيعة الوكالة بالعمولة يمكن تكييف هذه الأخيرة بأنها نيابة ناقصة⁽²⁾، أو كما قال بعض الفقه، فالوكيل بالعمولة وكييل عادي ولكنه وكيلا عاديا من نوع خاص⁽³⁾، فالنيابة موجودة إذن في عقد الوكالة بالعمولة ولكنها نيابة غير كاملة: فهي نيابة في العلاقة بين الوكيل بالعمولة والموكل، ذلك أن العلاقات التي يجب أن يقيمها الوكيل بالعمولة مع الغير يجب أن تكون مخصصة ومرصودة للموكل، وأن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقود التي يبرمها الوكيل بالعمولة تخص الموكل في واقع الأمر، فهو المعني بها في نهاية المطاف، ويتعين على الوكيل نقلها إلى ذمة الموكل؛ وهي نيابة ناقصة، لأنها على خلاف الوكالة العادية، تصنع ستارا ما بين الغير والموكل، فهذا الأخير لا يظهر لأن الوكيل بالعمولة لا يتصرف بالنيابة عنه وإنما يتصرف باسمه الخاص⁽⁴⁾.

وبتوضيح أكثر، تتحقق النيابة غير الكاملة في الوكالة بالعمولة عبر مرحلتين: في المرحلة الأولى يتعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الخاص، فتدخل بذلك في ذمته جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد،

(2) مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، م.س، بند 455 ؛ عبد الحميد حجازي ، م.س. ص 64 وما بعدها.

وأنظر في الفقه الفرنسي :

Ph. MALAURIE et L.AYNES, Droit civil, les contrats spéciaux, 1995, n° 538, p. 283 ;
JEROME HUET , Traité de droit civil , les principaux contrats spéciaux , sous la direction de Jacques GHESTIN , L.G.D.J et DELTA, P.U.F, Paris, 1996 , n° 31128 , p.966 ; F.COLLART DUTILEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit . n° 663 , p. 524 .

(3) أنظر : F. COLLART DUTILEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit . n° 664, p. 521.

(4) أنظر : R. DODIERE et B. OPPETIT , op. cit. n° 173 , p. 186 .

وفي المرحلة الثانية يقوم الوكيل بالعمولة بنقل هذه الحقوق والالتزامات لموكله، فيظهر كما لو كان يتصرف في إطار نيابة كاملة.

ومع ذلك، فالوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية فيما يتعلق بالعلاقة التي تنشأ بين الوكيل والغير، فبينما تبدو هذه العلاقة، في إطار الوكالة بالعمولة، عملية بيع أو شراء بحنة، فهي تعتبر علاقة نيابة في إطار الوكالة العادية ينوب من خلالها الوكيل العادي عن الموكل، وهو ما يميز عقد الوكالة بالعمولة عن كافة أنواع الوكالات المدنية والتجارية⁽¹⁾.

انتقد بعض الفقه فكرة النيابة الناقصة قائلاً بأن النيابة لا تتحقق إلا إذا تعاقد الوكيل باسم وحساب موكله، ويكون الموكل هو المسؤول الوحيد والمباشر عن تعهدات الوكيل في مواجهة الغير، وإن يتحرر الوكيل من آثار العقد الذي أبرمه في مواجهة الغير المتعاقد معه، ومن ثم فالنيابة لا تتحقق إذا كان الغير المتعاقد يجهل أنه يتعامل مع شخص يعمل لحساب الغير، بل لا تتحقق كذلك حتى ولو علم أن الوكيل بالعمولة يعمل لحساب موكله طالما لا يعرف هذا ال غير شخصية الموكل ولا يمكنه الرجوع عليه مباشرة⁽²⁾.

لكن هذا الانتقاد مجانب للصواب ولا ينال من متانة نظرية النيابة الناقصة، وذلك لسببين: من جهة، هذا الانتقاد يحمل في ذاته ما يفنده لأنه يتحدث، في انتقاده للنيابة الناقصة، عن شروط وآثار النيابة الكاملة والحال أن النائبين مختلفان في الشروط والآثار، ومن جهة ثانية لا يكفي لقيام فكرة النيابة أن يتعاقد الوكيل باسم الموكل، بل لابد من توفر عنصر آخر

(1) سميحة القلوبي ؛ م.س. ص. 38 .

(2) علي البارودي ، القانون التجاري ، م.س. ص 97 ؛ علي جمال الدين عوض ، العقود التجارية ، م.س.ص 136 .

مهم وهو أن يتم التعامل لحساب الموكل⁽¹⁾، وهذا العنصر الأخير متوفر في الوكالة بالعمولة، وتوفر هذا العنصر دون العنصر الثاني المتمثل في تعاقد الوكيل باسم الموكل، هو الذي جعل هذه النيابة ناقصة، ولو اجتمع الشرطان معا لأمكن الحديث آنذاك عن النيابة الكاملة، أما وإن لم يجتمعا فالأنسب اعتبار الوكالة عقد نيابة غير كاملة.

ولا نؤيد كذلك الرأي القائل بانعدام النيابة في الوكالة بالعمولة استنادا إلى القول بتطور عقد الوكالة، ذلك أن الوكالة، حسب هذا الرأي، بعدما كانت قائمة على فكرة النيابة تطورت واشتقت منها الوكالة بالعمولة، وهي وكالة بدون نيابة، وأضاف هذا الاتجاه مبررا آخر مفاده اختفاء الموكل في الوكالة بالعمولة رغبة منه في البقاء أجنبيا عن العقد، وتعامل الوكيل بالعمولة وحده مع الغير، وانعدام وجود أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل، وعدم علم هذا الغير بوجود الموكل، هذا كله يؤدي إلى انعدام النيابة في الوكالة بالعمولة في نظر هذا الاتجاه⁽²⁾.

لكن هذه المبررات غير مقنعة ولا تقوى إلى درجة تبرير وجود وكالة بدون نيابة: صحيح، إن عقد الوكالة تطور، لكن هذا التطور لم ينته إلى فقدان الوكالة لروحها كاملة المتمثلة في النيابة، والقول بخلاف ذلك مخالف حتى للقوانين المدنية والتجارية التي تنص على أن تعاقد الوكيل يكون لحساب الموكل، فتؤول إلى هذا الأخير في النهاية جميع الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقود التي يبرمها الوكيل لأنها كانت مرصودة إليه في الأصل.

(1) سوزان علي حسن، عقد الوكالة بالعمولة للنقل وفقا لقانون التجارة رقم 18 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص. 33 بند 19.

(2) محمد سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ط 5، ص 1984، بند 336؛ علي حسن بونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، بند 113.

أما بخصوص بقاء الموكل أجنبيا عن الغير المتعاقد مع الوكيل، فهذا لا يجعل من الوكالة بالعمولة وكالة دون نية، لأن الوكيل يتعاقد دائما لحساب موكله، فإذا كان الوكيل مكلفا، مثلا، بالشراء لحساب الموكل، فإنه لا يصبح مالكا للبضاعة، لأن المالك في حقيقة الأمر هو الموكل إذ أن الوكيل ملزم بنقل الملكية إليه في نهاية المطاف.

تبرر الطبيعة الخاصة لعقد الوكالة بالعمولة كذلك الامتياز المعترف به لفائدة الوكيل بالعمولة على البضائع العائدة للموكل⁽¹⁾، فهذا الامتياز يرتبط بصفة دين الوكيل بالعمولة لأنه لا ينصب إلا على أموال الموكل بصفته مدينا للوكيل بالعمولة⁽²⁾.

ج- الوكالة بالعمولة من حقوق المعاوضة

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة لأن الوكيل بالعمولة يتقاضى اجرا لقاء التصرفات التي يقوم بها لحساب موكله، فالوكيل بالعمولة يقوم بعمل قانوني باسمه ولمصلحة الموكل، وبالتالي فهو يتعاقد مع الغير كأصيل وليس وكيلًا، ومن ثم تنصرف إليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد، وإن كان على الوكيل بالعمولة أن ينقل إلى ذمة موكله كل هذه الحقوق والالتزامات، وبالتالي فالوكيل يستحق عمولة مقابل تحمله نتائج انصراف الحقوق والالتزامات إليه وليس إلى الموكل، ومقابل مسؤوليته كذلك في مواجهة الغير، ولذلك مكّنه المشرع من ضمان إضافي هو حق الحبس والامتياز، وهو ضمان لم يقرر للوكيل العادي.

إضافة إلى ذلك، فالوكيل بالعمولة يحترف القيام بعمله المتمثل في التعاقد الشخصي لحساب ولمصلحة موكله، ويكتسب صفة تاجر، وبالتالي

(1) المادة 425 من م.ت .

(2) أنظر :

فهو يستحق اجرا عن مهنته هذه، في حين أن الوكالة العادية تعد في الأصل من أعمال التبرع ما لم يتفق على غير ذلك، والجانية لا تفترض فيما بين التجار وفيما يتعلق بالمعاملات التجارية، أو فيما إذا كلف الوكيل بإجراء عمل داخل في حرفته، أو إذا قضى العرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال موضوع الوكالة⁽¹⁾.

٢- الاختيار الشخصي في عقد الوكالة بالعمولة

إذا كان بإمكان تاجر ما مضاعفة نشاطه بواسطة الاعتماد على الوكالة بالعمولة، فإن هذه الأخيرة لها عدة مساوئ في ذات الوقت إذ يمكن أن تعرض الموكل لعدة أضرار، فالوكيل يمكن أن يخون من عهد إليه بالتصرف لمصلحته ولحسابه، أو أن يغير موضوع مهمته لفائدته الشخصية، وفي النهاية يجد الموكل نفسه ملتبساً في إطار شروط تجافي مصلحته.

تعني الوكالة بالعمولة إذن الثقة بين الوكيل والموكل، فهذه الثقة هي التي تبرر قبول شخص، بصفة مسبقة، الالتزامات المترتبة على تصرفات يجريها بواسطة شخص آخر، وقبوله أيضاً أن يظهر هذا الأخير في مثل هذه التصرفات كما لو أنه هو الأصل رغم علمه أن هذا الشخص يتعاقد مع الغير باسمه دون اسم من ستنتصب آثار هذه التصرفات في ذمته؛ ويستنتج من هذا أن العلاقة بين الطرفين تركز على الاعتبار الشخصي للموكل في الوكيل، فهما يتعاقدان على ثقة ومعرفة سابقة كأساس لانعقاد العقد⁽²⁾؛ ولهذا الخاصية علاقة بأسباب انتهاء الوكالة، إذ تنتهي هذه الأخيرة بموت الموكل أو الوكيل أو الحجر أو الإفلاس⁽³⁾.

⁽¹⁾ الفصل 888 من ق.د.ع.

⁽²⁾ انظر :

⁽³⁾ الفصل 929 من ق.د.ع.

وإذا كانت خاصية الاعتبار الشخصي في الوكالة العادية تعرف بعض المرونة⁽¹⁾، فإنها لها وجود قوي في الوكالة بالعمولة، وتعتبر بحق إحدى خصائصها، ولذلك فالمشرع ألزم الوكيل، بمقتضى المادة 427 من م.ت، بأن ينفذ بنفسه الأوامر التي يتلقاها من موكله ومنعه من أن ينيب عنه وكيلا آخر في تنفيذ مهمته ما لم يوافق الموكل أو يقضي العرف أو ظروف العملية بذلك صراحة.

ويبرز الطابع الشخصي في الوكالة بالعمولة بالرغم من صفتها التجارية التي تجعل الوكيل يتمتع عادة بسلطات واسعة في تمثيل موكله وما ينفقه من مبالغ هامة.

هـ- تجارية عقد الوكالة بالعمولة

يتبين من خلال المهمة المنوطة للوكيل بالعمولة والمتمثلة في إبرام التصرفات القانونية باسمه وحساب موكله، انه يمارس حرفة تجارية، والنصوص القانونية المنظمة للوكالة بالعمولة لا تدع أي شك حول الطابع التجاري للوكالة بالعمولة، فالمادة 6 من م.ت تنص في بندها 9 على أن نشاط الوكالة بالعمولة يعد من الأعمال التجارية، ونظم المشرع كذلك عقد الوكالة بالعمولة ضمن الكتاب الرابع الخاص بالعقود التجارية، ولهذا فالوكيل بالعمولة يكتسب الصفة التجارية من خلال مزاولته الاعتيادية أو الاحترافية لنشاط الوكالة بالعمولة.

(1) إذا كانت الوكالة العادية تقوم بدورها، مبدئيا، على الاعتبار الشخصي، فإن المادة 900 من ق.ل.ع تجيز للوكيل العادي، في حالة الوكالة العامة، " أن يوكل تحت يده وكيلا آخر "، ولا شك أن إمكانية الوكيل العادي في إحلال وكيل آخر تحت يده لتنفيذ المهمة التي كلف بها في غياب موافقة الموكل، تشكل استثناء على خاصية الاعتبار الشخصي، فالوكيل في مثل هذه الحالة تخلى عن مهمته، التي كلفه بها موكله، ليقوم بها شخص آخر بدلا منه.

وبذلك فمدونة التجارة حافظت على تجارية الوكالة بالعمولة، ولكن القانون القديم كان يعتبرها عملا تجاريا إذا تمت من خلال مؤسسة أو مشروع، فالوكيل بالعمولة الذي يمارس نشاط الوكالة بالعمولة على سبيل الاعتراف يعتبر تاجرا؛ لكن بعض الفقه يرفض هذا التكييف الحرفي ويبحث إذن في الطبيعة المدنية أو التجارية لنشاط الوكالة بالعمولة⁽¹⁾.

طبعاً، إذا قام شخص ما بالتصرف لحساب الغير، فهذا لا يمكن أن يكفي ليحصل من عمل مدني في ذاته عملا تجاريا، وهكذا، فالوكيل بالعمولة الذي يشتري محصولا زراعيا من الفلاح يعتبر قد قام بعمل مدني، لكن عندما يجتري الوكيل بالعمولة إجراء العمليات المدنية مع الغير كشراء الحاصلات الزراعية لفائدة الموكل، فإنه يعتبر مع ذلك تاجرا، وليس ثمة مبرر للتفرقة بين هذا الوكيل بالعمولة وبين من يعمل في مجال الأعمال التجارية وحرمان الأول من الضمانات التي قررناها مدونة التجارة للكلاء بالعمولة بصفة عامة⁽²⁾.

ويستنتج من ذلك أن الوكالة بالعمولة لا تعتبر تجارية إلا إذا وقعت من تاجر يجتريها أو يزاوئها بصفة معتادة سواء أكان العمل الذي قام به الوكيل بالعمولة من طبيعة تجارية أو مدنية، أما لو قام شخص بالوكالة بالعمولة مرة واحدة، أو لعدة مرات متفرقة لا يتوافر بها شرط الاعتياد

(1) فقد ذهب بعض الفقه إلى القول إن العبرة بطبيعة العملية التي يكلف بها الموكل الوكيل، فإذا كانت تجارية فإن الوكالة تعتبر وكالة تجارية، وإذا كانت العملية مدنية اعتبر العقد وكالة عادية ينظمها القانون المدني بغض النظر عما إذا كان الوكيل قد تعاقّد باسمه الشخصي أو باسمه موكله، وأضاف القانون بهذا الرأي شرطا آخر هو أن يكون الوكيل محترفا الوكالة بالعمولة، وحجة هذا الرأي أن عقد الوكالة عقد وضع القانون التجاري أحكامه، وبالتالي لا تعتبر الوكالة بالعمولة تجارية إلا إذا كان موضوعها عملا تجاريا كما أن القانون المدني يجيز للوكيل أن يتعاقد مع الغير باسمه هو لا باسم موكله.

هذا الرأي معيب لأن كثيرا من الوكلاء يجتريون القيام بالأعمال المدنية كشراء وبيع المحصولات الزراعية، وليس ثمة مبرر للتفرقة بينهم وبين الوكلاء التجاريين.

(2) أنظر ما سياتي حول التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية.

أو الاحتراف فانه لا يعد في نظر القانون وكيلا بالعمولة؛ فالوكيل بالعمولة الذي يعتاد أو يجترّف أعمال الوكالة بالعمولة هو الذي قرر له القانون حماية خاصة حينما منحه ضمانين هامين لأجل استيفاء حقوقه من الموكل هما: حق الحبس وحق الامتياز، ومن ثم فتجارية الوكالة بالعمولة مرتبطة بالنشاط الذي يزاوله الوكيل بالعمولة - أي احتراف الوكالة بالعمولة - وليس بالموضوع الذي يرد عليه هذا النشاط، أما الشخص الذي يقوم بعمل لحساب الغير مقابل أجر دون ممارسة هذا النشاط بصفة اعتيادية أو احترافية، فهو غير جدير بهذه الحماية لأنه غالبا ما يختار موكله بتأني مراعى ما فيه من ثقة شخصية على خلاف الوكيل المحترف⁽¹⁾.

ومع ذلك فالوكالة بالعمولة تعتبر صورة من صور الوكالة، وهي مشتقة في الأصل من الوكالة وكلاهما من أعمال الوساطة، ولذلك فهي تخضع لما تخضع له الوكالة العادية من أحكام بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه الأحكام مع الأحكام الخاصة المنصوص عليها في مدونة التجارة.

لكن لا يكفي شرط الاحتراف أو الاعتقاد لاعتبار الوكالة بالعمولة عقدا تجاريا وإخضاعه من ثم للقانون التجاري، بل يشترط أن يقوم الوكيل بالعمولة بالتصرف باسمه الخاص لحساب الغير كما سبق الذكر.

ويترب على الصفة التجارية للوكالة بالعمولة عدة آثار منها أن الوكالة بالعمولة - على خلاف الوكالة العادية - تعتبر عقد معاوضة كما سبق توضيح ذلك، وباعتبار الوكيل بالعمولة تاجرا محترفا فهو يتحمل كافة الالتزامات التي يتحملها كل تاجر، وباعتبار الوكالة بالعمولة عقدا تجاريا فهي تخضع للأحكام الخاصة بالعقود التجارية من حيث الإثبات والاختصاص

(1) عبد الفتاح مراد ، م.س. ص. 60 .

وغيره، كما يترتب على كون الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص انه يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة لمباشرة الأعمال التجارية، في حين تكفي أهلية التمييز في الوكيل العادي لأنه لا يسأل عن العقد الذي يبرمه.

أما فيما يتعلق بتجارية عقد الوكالة بالعمولة من جانب الموكل، فالأمر يتوقف على طبيعة التصرف القانوني محل الوكالة، وبالتالي قد تكون الوكالة بالنسبة للموكل تجارية أو غير تجارية: فإذا كان الموكل تاجرا وتعلقت الوكالة بأعماله التجارية فالوكالة تعتبر بالنسبة إليه تجارية تأسيسا على نظرية التبعية، أما إذا كان التصرف موضوع الوكالة عملا مدنيا، كأن يكون الموكل تاجرا ولكن هذا التصرف لا يتعلق بتجارته فالوكالة تعتبر مدنية بالنسبة إليه، فتسويق المزارع لإنتاجه عن طريق وكيل بالعمولة يعتبر عملا تجاريا بالنسبة لهذا الأخير مادام قد تم في إطار حرفته في حين يعتبر عملا مدنيا بالنسبة للمزارع.

ثانيا : تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن العقود المشابهة

يدخل الوكيل بالعمولة في فئة الوسطاء والمساعدين التجاريين، ولذلك ينبغي تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن بعض العقود القريبة أو المشابهة له مثل عقد البيع وعقد الوكالة العادية وعقد استعارة الاسم وعقد العمل وعقد المقاولة.

1- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الشراء من أجل البيع

ينبغي أولا تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الشراء من أجل البيع؛ الأمر يتعلق هنا بعقدين متعاقبين ومستقلين: الشراء ثم البيع، فالمشتري البائع يتصرف باسمه الخاص لكنه يتصرف لحساب نفسه وليس لحساب غيره، وهنا يكمن الاختلاف بين الشراء من أجل البيع وعقد الوكالة بالعمولة الذي يسمح للوكيل بالتصرف باسمه الخاص لكن لحساب موكله.

ويبدو اقتران الوكالة بالبيع أكثر وضوحا في حالة الاسم المستعار أو المسخر، فهذا الأخير يشتري باسمه ما وكل في شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل، ففي هذه الحالة يقرن إذن عقد الوكالة بعقدي بيع: الأول الذي أبرمه الاسم المستعار مع التعاقد الآخر، والثاني هو الذي أبرمه الاسم المستعار مع الموكل.

2- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية

تتميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية من عدة أوجه (أ)، وقيلت بشأن التمييز بينهما عدة معايير (ب).

أ- أوجه التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

تختلف الوكالة بالعمولة عن الوكالة المدنية من عدة أوجه: ذلك أن الوكيل في الوكالة بالعمولة يتصرف باسمه لكن لحساب الغير، فيكون ملزما دون غيره قبل الغير المتعاقد معه، وهو الملزم دون غيره قبل الموكل، بينما يتصرف الوكيل في الوكالة العادية باسم ولحساب الغير وفقا لما تنص عليه الجملة الأولى من المادة 879 من ق.ل.ع التي جاء فيها ما يلي: "الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه"⁽¹⁾، وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في عدة مناسبات⁽²⁾.

وبذلك يبدو واضحا أمام الغير المتعاقد مع الوكيل في الوكالة العادية أن الطرف الأصلي في التعاقد هو الموكل، وما الوكيل إلا نائبا عن هذا الأخير، فإرادة وموافقة الموكل هي التي تمثل الطرف المتعاقد وليست إرادة

⁽¹⁾ تنص المادة 699 من القانون المدني المصري على نفس المقتضى .
⁽²⁾ انظر في القضاء الفرنسي:

Com. 6 mars 2001 , D.M.F.2001.499 ,note D.AMMAR ; Com . 9 déc. 1997 , BULL. CIV.IV, n°333 ,Dalloz Affaires 1998 , 195 ; Com.28 mai 2002 ,Bull. civ. IV , n° 96 , D.2002 , AJ 2187 , J.C.P. 2003. 1381 .

الوكيل، ولذلك نصت المادة 921 من ق.ل.ع على أن الوكيل الذي يتصرف في حدود وكالته لا يتحمل بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم، ولا يسوغ لهم الرجوع إلا على الموكل، وإن الوكيل حسب المادة 920 من ق.ل.ع، إذا أبرم العقد باسمه الشخصي كسب الحقوق الناشئة عنه وظل ملتزما مباشرة تجاه من تعاقد معهم كما لو كانت الصفة لحسابه.

أما في الوكالة بالعمولة، فالوكيل يبدو أمام الغير المتعاقد معه كأنه الأصل في التعاقد لأن إرادته وموافقته هي ذات الاعتبار في العقد وليست إرادة الموكل⁽¹⁾، وتظل الوكالة وكالة بالعمولة حتى ولو اكتشف الغير هوية الموكل، ويكون الأمر كذلك بالخصوص في حالة ظهور علامة الموكل على المنتج⁽²⁾.

ب- معيار التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

رغم وضوح التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة المدنية من خلال النصوص القانونية، فقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول معيار التمييز بينهما نظرا لما لهذا التمييز من آثار.

ب1- معيار طبيعة العمل المعمود به إلى الوكيل

يرى بعض الفقه أن معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يكمن في طبيعة العملية التي عهد بها للوكيل⁽³⁾، فإذا كانت هذه العملية تجارية والوكيل محترفا كانت هناك وكالة بالعمولة بصرف النظر عما إذا كان الوكيل قد تعاقد باسمه الشخصي أو باسم موكله كأن يلتزم

(1) سميحة القليوبي، م.س. ص. 37، بند 20.

(2) انظر :

(3) la nature de l'opération

الوكيل يبيع منتجات مصنع الموكل، أما إذا كانت العملية مدنية فالوكالة تعتبر مدنية كان يلتزم الوكيل ببيع منتجات أرض زراعية⁽¹⁾.

ويستند هذا الرأي إلى أن الوكالة بالعمولة عقد نظمه القانون التجاري، وبالتالي لا يعتبر هذا العقد، في نظر القانون التجاري، وكالة تجارية إلا إذا كان العمل الذي كلف به الوكيل بالعمولة تجاريا، ولا عبرة للطريقة التي يتعامل بها الوكيل مع الغير خاصة وأنه حتى في الوكالة العادية يجوز للوكيل أن يتعاقد مع الغير باسمه أو باسم الموكل.

لكن هذا الرأي منتقد إذ لا مبرر للتفرقة بين الوكيل المكلف بإجراء عمليات مدنية كيبيع محصولات أرض زراعية والوكيل المكلف بإجراء عمليات تجارية كيبيع بضاعة لفائدة تاجر، فعمل الوكيل في الحالتين لا يتغير، وبالتالي ليس من المنطقي التمييز بين الوكيلين واعتبار الوكيل في المثال الأول وكيلا عاديا، والوكيل في المثال الثاني وكيلا بالعمولة.

2- معيار طبيعة الشيء محل التعاقد

يرى بعض الفقه الآخر أن معيار التفرقة بين الوكالتين هو طبيعة الشيء محل الوكالة⁽²⁾، وبالتالي إذا كان الشيء من عروض التجارة كالبضائع أو النقود أو الأوراق التجارية تعتبر الوكالة وكالة بالعمولة بصرف النظر عما إذا كان الوكيل يجري التصرف باسمه أو باسم موكله، ولا يهم إن كان العمل مدنيا أو تجاريا بالنسبة للموكل، وسند هذا الرأي

(1) انظر :

C. LYON - CAEN et L. RENAULT , Traité de droit commercial , T.3 , Règles générales sur les contrats commerciaux , 5^{ème} éd , 1923 , L.G.D.J , n° 414 .p 339 ; A. WAHL , Précis Théorique et pratique de droit commercial , Sirey , 1922 , n° 1343 ; L. LACOUR et J. BOUTERON , Précis de droit commercial , T.1 , 3^{ème} éd , 1925 , Dalloz , n° 937 et s .

(2) la nature de l'objet

أن التجارة تقوم على فكرة تداول المنتجات والأوراق التجارية، وفيما عدا ذلك فالوكالة تعتبر عادية⁽¹⁾.

يعاب على هذا الرأي أنه لا يتلاءم مع نص المادة 422 من م.م.ت، إضافة إلى أنه يتضمن خلطاً بين الوكالة بالعمولة والوكالة التجارية، مما يترتب عليه تمتيع الوكلاء التجاريين بالامتياز المقصور بصريح المادة 425 من م.م.ت على الوكلاء بالعمولة.

ب/3 - معيار الطريقة التي يتعامل بها الوكيل

هناك من الفقه - وهو الرأي الراجح - من يعتد بالطريقة التي يتصرف بها الوكيل مع الغير، أي طريقة التعاقد معه، فإذا كان مطلوب منه أن يتعاقد باسمه هو لا باسم موكله، وأن يظهر أمام الغير باعتباره طرفاً أصيلاً لا نائباً، اعتبر وكيلاً بالعمولة وذلك بصرف النظر عن طبيعة العمل المطلوب إبرامه بالنسبة للموكل، أو طبيعة الأشياء التي يرد عليها التعاقد؛ أما إذا كان الوكيل يتعاقد مع الغير بصفته نائباً عن الموكل فهو يعتبر وكيلاً عادياً⁽²⁾.

تؤيد نصوص مدونة التجارة هذا الاتجاه: فالمادة 422 منها عرفت الوكالة بالعمولة بأنها عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة، فإن الوكيل

(1) انظر:

E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime. T.1, 8^{ème} éd. par J. PERCEROU, 1931, n°1110.

وانظر كذلك:

قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 28 يونيو 1956، منشور بمجموعة النقض، السنة السابعة، ص 767.

(2) مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، م.س. ص 48 بند 42؛ محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، ص 24 بند 44، دون باقي البيانات؛ محمد السيد الفقي، م.س. ص 252، بند 159؛ علي حسن يونس، م.س. ص 108؛ عبد الفتاح مراد، م.س. ص 267.

الذي يتصرف باسم ولحساب موكله لا يعتبر وكيلا بالعمولة وإنما يعتبر وكيلا عاديا أو تجاريا حسب الحالات، كما أن المادة 920 من ق.ل.ع تعدد بطريقة تصرف الوكيل كعميل لتميز الوكالة العادية عن الوكالة بالعمولة وذلك حينما نصت على أن الوكيل العادي الذي يبرم العقد باسمه الشخصي يكتسب الحقوق الناشئة عنه ويظل ملتزما تجاه من تعاقد معهم كما لو كانت الصفقة لحسابه، ويعتبر، من ثم، وكيلا بالعمولة أو اسما مستعارا⁽¹⁾ حسب الحالات، ولو كان هؤلاء المتعاقدون يعلمون بأنه معبر اسمه أو أنه وكيل بالعمولة.

لكن إن كان هذا الاتجاه أقوى من الاتجاهين الأول والثاني، فإن المعيار الذي اعتمده لا يكفي للتفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية كما يتبين من الملاحظات التالية:

يمكن الاستناد إلى الفصل 920 من ق.ل.ع - إضافة إلى المادة 422 من م.ت طبعاً - للقول إن المشرع اعتمد طريقة تصرف الوكيل للتمييز بين الوكالتين، لكن يستتج من هذا الفصل انه إذا كان الأصل في الوكالة العادية أن يتصرف الوكيل باسم ولحساب موكله، فانه يمكن أن يتصرف كذلك باسمه الشخصي ولكن لحساب موكله ودون أن يظهر للمتعاقدين معه صفته الحقيقية، وهو بذلك يشبه الوكيل بالعمولة.

وكذلك، فالفصل 879 من ق.ل.ع يتصور وكالة مدنية من هذا القبيل يتعاقد بمقتضاها الوكيل باسمه هو لا باسم الأصل، وهذه هي حالة الاسم المستعار أو الاسم المسخر⁽²⁾، فالفصل 879 من ق.ل.ع ينص على أنه:

(1) Prête-nom
(2) ويقول السيد عبد الرزاق احمد السنهوري أن الوكالة نوعان: وكالة نيابية، وهي وكالة مكشوفة mandat وتقتن بالنيابة وتتيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل، فتتصرف آثار التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل، ولا يكون الوكيل مسؤولاً قبل الغير، ووكالة غير نيابية وهي وكالة =

"الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه"، ولم يشترط هذا الفصل أن يجري الوكيل التعاقد مع الغير باسم الموكل، ومن ثم فقد يتعاقد باسمه الشخصي.

وبالفعل، فالموكل قد يفضل إخفاء اسمه لسبب ما⁽¹⁾، ويفوض للوكيل أن يتعاقد باسمه الشخصي في إطار اتفاق يسمى "عقد الاسم المستعار"، أو يسخره للقيام بعمل ما باسمه الشخصي، وبالتالي تنصرف جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد إلى المسخر باعتباره أصيلا في التعاقد، ولا تنصرف إلى ذمة الموكل، وذلك حتى ولو كان الغير المتعاقد مع الوكيل يعلم أن هذا الأخير معبر اسمه.

ويستخلص من ذلك أن مركز الوكيل في الوكالة المستترة يشبه مركز الوكيل بالعمولة، فكل منهما يتصرف باسمه الشخصي لحساب الموكل، ولا تنصرف آثار العقد إلى ذمة الموكل، ويتبين من ذلك أن قانون الالتزامات والعقود يجيز للوكيل التعاقد باسمه الشخصي أو التعاقد باسمه موكله، بينما لا تجيز مدونة التجارة إلا تعاقد الوكيل باسمه الشخصي.

= مستترة mandat stimulé تتجرد عن النية، وتفرض على الوكيل أن يتصرف باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل، وبذلك فالوكيل المسخر أو الاسم المستعار يعتبر وكيلا كسائر الوكلاء، ولا يختلف الاسم المستعار عن الوكيل العادي في علاقاته مع الموكل، كل ما في الأمر أن وكالته مستترة، فمن يعبر اسمه ليس وكيلا عين أعاره، وحكمة حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه، ومن حيث مسؤوليته إذا أخل بالتزامه.

⁽¹⁾ قد يخفي الموكل اسمه لسبب مشروع أو غير مشروع، يكون الإخفاء مشروعا مثلا حينما يسخر الموكل الوكيل للشراء باسمه الشخصي لأنه يترك أن البائع لو علم بالمشتري الحقيقي لطلب ثمنًا أغلى طمعا فيه، أو لا امتنع عن البيع ضدا عليه، أو لأنه يريد أن يخفي الصفقة عن الجمهور عندما يتعلق البيع بالمرزاد العائلي، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو في جلسة المزاد أن يتقدم مزادون يزادون عليه لطمعهم بحاجته إلى الصفقة، فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى.

وقد يكون التسخير غير مشروع كان يسخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشتري المال المنوط به هو بيعه أو تقدير قيمته، راجع في ذلك الدكتور العميد عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س.ص. 621، بند 310.

وعلى هذا الأساس ينبغي إضافة شرط آخر إلى جانب معيار طريقة تصرف الوكيل لتميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية، وهو احتراف أو اعتياد الوكيل بالعمولة هذه الوكالة أي احترافه التعاقد باسمه وحساب الغير والسند في ذلك هو نص المادة 6 من م.ت التي جعلت الوكالة بالعمولة من بين الأنشطة التجارية المكسبة لصفة تاجر لمن يزاولها بصفة اعتيادية أو احترافية.

3- تمييز الوكالة بالعمولة عن التقرير بالشراء عن الغير

تتميز الوكالة بالعمولة كذلك عن التقرير بالشراء عن الغير ⁽¹⁾ الذي يستعمل غالبا في البيوعات القضائية ولو أن كلا من الوكيل بالعمولة والوكيل في التقرير بالشراء عن الغير يتعامل باسمه وحساب الغير.

تفاديا لمساوئ عقد الاسم المستعار، ومن أجل تفادي أداء ضريبة نقل الملكية مرتين ⁽²⁾، يمكن للطرفين اللجوء إلى اتفاق التقرير بالشراء عن الغير، أو ما يسمى كذلك "اصطفاء صديق" ⁽³⁾.

يرتبط هذا الاتفاق بالبيع ⁽⁴⁾ الذي يشتري بمقتضاه المشتري (le command) مالا بواسطة شخص آخر هو المقر بالشراء عن الغير (le commandé)، ويصرح هذا الأخير وقت الشراء بأنه يتعامل لفائدة

Déclaration de commande

⁽¹⁾ ذلك أنه إذا اشترى الاسم المستعار شيئا ما لحساب موكله، فإن العملية تتضمن خطرا يمثل في ازواجية نقل الملكية، يكون النقل الأول من ذمة الغير إلى ذمة الشخص المسخر، والثاني من ذمة المسخر إلى ذمة الموكل، وهو ما يترتب عليه كذلك أداء الضريبة مرتين.

أنظر في ذلك : Ph . MALAURIE et L. AYNES , op. cit. n° 543 .

⁽²⁾ Élection d'ami

⁽⁴⁾ أنظر :

Ph . MALAURIE et L. AYNES , op. cit. n° 535 ; A.BOUNABENT, op. cit. n° 665 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph . DELEBECQUE , op. cit. n° 662 .

الغير، أو يقر صراحة بأنه يتعامل لحساب صديق طلب منه الشراء بدون أن يكشف للبائع عن هوية الشخص المرشح كمشتري، ويحتفظ بإمكانية الإعلان عن هذا المشتري الحقيقي خلال أجل قصير بعد إبرام العقد، وإذا لم يعلن عنه في الوقت المطلوب يعتبر قد اشترى لحسابه هو، ويعتبر الاتفاق الحاصل بينه وبين الموكل مجرد اسم مستعار مما يترتب عليه ضريبة مزدوجة ونقل ملكية مزدوج⁽¹⁾؛ يتعين على الطرفين إذن التصرف بسرعة إذا أرادوا تفادي نقل ملكية الشيء المبيع إلى ذمة الوسيط، وتفادي الحرمان من الاستفادة من مزايا النيابة كذلك، وبذلك تعتبر هذه التقنية نيابة مشروطة⁽²⁾.

ويستنتج من ذلك انه إذا أعلن المقر بالشراء عن الغير عن هوية هذا الغير في الميعاد المحدد، وقبل هذا الأخير الشراء يزول اسم المقر بالشراء عن الغير وتنصرف الصفقة مباشرة إلى ذمة الموكل، وبذلك يكون المقر بالشراء عن الغير وكيلا عن المشتري الحقيقي في الشراء وكالة نيابية، وإذا لم يتم الإعلان عن الغير أو لم يقبل هذا الغير الشراء، يبقى المقر بالشراء عن الغير ملتزما بالصفقة.

وبذلك يتشابه مركز المقر بالشراء عن الغير مع مركز الوكيل بالعمولة حيث يتصرف كل منهما باسمه الشخصي ولحساب الموكل، ومع ذلك هناك فارق بينهما، فالمقر بالشراء عن الغير يعلن منذ البداية أنه يشتري لحساب الغير، ويحتفظ بإمكانية الإعلان عن هذا الغير، الذي هو المشتري

(1) انظر :

F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit. n° 543 ; Ph. MALAURIE et LAYNES ,op.cit. n° 544.

(2) انظر :

M. STORK , Essai de mécanisme de représentation dans les actes juridiques , 1982 , L.G.D.J , n°314 .

الحقيقي، ويتعين عليه أن يعلن عنه خلال أجل محدد لتجري الأمور كما هو مقرر لها وإلا سيصبح هو المتترم بالصفقة، بينما الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير باعتباره أصيلاً ولا يعلن للمتعاقد معه أنه يشتري لحساب الغير، وهو الذي يتحمل آثار الشراء منذ إبرامه في مواجهة الغير المتعاقد معه، ويتعين عليه نقل آثار البيع إلى الموكل.

4- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن عقد العمل

بالنظر إلى الاستقلال الذي يتميز به الوكيل بالعمولة، وما يتمتع به من حرية في التعاقد مع عدة موكلين إذا كان ذلك في مصلحته، فهو يختلف عن العامل الذي يخضع في أدائه لعمله لرقابة وإشراف مشغله، وبالتالي ففقد العمل يتميز بعنصر التبعية ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية.

كما أن الوكيل بالعمولة يعهد إليه الموكل بالقيام بتصرف قانوني وليس بعمل مادي مثل البيع أو الشراء أو الإيجار أو الرهن وغيره، أما العامل فهو يلتزم تجاه مشغله بأن يؤدي عملاً مادياً أو ذهنياً مقابل أجر، ويكون ذلك تحت إدارة وإشراف مشغله، فعلاقته بمشغله هي علاقة التابع بالمتبوع، أما الوكيل بالعمولة فلا يعمل حتماً تحت إشراف الموكل وليس من الضروري أن تقوم بينهما علاقة التبعية؛ وكذلك فالعامل لا ينوب عن المشغل بينما الوكيل بالعمولة ينوب عن موكله نيابة ناقصة كما سبق توضيحه⁽¹⁾.

5- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الممثل التجاري

تعتمد المقاولات التجارية والصناعية، لتوسيع أنشطتها وتنمية مداخيلها، على ما يسمى بـ "الممثلين التجاريين"، تتعاقد معهم من أجل أن

(1) سابقاً، ص 285 وما بعدها.

يبحثوا لها عن زبناء في المنطقة التي تتواجد بها المقابلة أو في مناطق أخرى، ولكن عمل الممثل التجاري يمتد ليشمل إبرام العقود مع هؤلاء الزبناء، وعندما يوقع على هذه العقود يتعين عليه أن يضع إلى جوار اسمه الكامل اسم التاجر الذي فوضه كاملاً أو عنوان الشركة المفوضة مع إضافة كلمة "بالوكالة" أو ما يعادلها، والغاية من إضافة كلمة الوكالة إلى العقد هي إبراز صفة الممثل التجاري كنائب عن التاجر في تعاقله مع الغير وليس كأصيل في التعاقل، ذلك أن التمثيل التجاري يعتبر من العقود القائمة على النيابة في التعاقل، وبذلك تنتهي مهمة الممثل التجاري بمجرد إبرام العقد مع الغير، وتنشأ علاقة مباشرة بين كل من التاجر صاحب التفويض والمتعاقل مع الممثل التجاري؛ يتضح إذن أن نشاط الممثل التجاري يشبه نشاط من يقوم بالوساطة بين التاجر والزبناء (1).

منح المشرع المغربي للممثل التجاري صفة أجير بمقتضى المادة 79 من مدونة الشغل (2)، وهو ما يجعله في علاقة تبعية للممثل كما سبق الذكر، ويخضع من ثم لمقتضيات مدونة الشغل التي تعتبر من النظام العام، ومع ذلك يمكن القول إن علاقة التبعية لا تتناسب كثيراً مع مفهوم "اجتذاب الزبناء"،

(1) انظر للمزيد من التفاصيل حول الممثل التجاري :

HUBERT FLICHY, Représentant de commerce, statut juridique, Social et fiscal des VRP, Encyclopédie DELMAS, 13^{ème} éd. 1999, p.9 et s ; Voir aussi, Encyclopédie juridique Dalloz , Répertoire du droit du travail , T.IV , Ruprique les représentants de commerce, Dalloz .

(2) ينص الفصل 79 من م.ش على أنه: " يعد عقد شغل كل عقد يكون التمثيل التجاري أو الصناعي محلاً له، أيما كان الوصف الذي أعطى له ، والمبرم بين الوكيل المتجول ، أو الممثل ، أو الوسيط ، مهما كانت صفته ، وبين مشغله في الصناعة أو التجارة سواء نص العقد صراحة على ذلك أم سكت عنه ، في الحالات التي يكون فيها الوكيل المتجول ، أو الممثل ، أو الوسيط :

- يعمل لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين .
- يمارس فعلياً مهنته وحدها بصفة مستمرة .
- مرتبطاً بمشقله بالتزامات تحدّد طبيعتها التمثيل التجاري، أو الصناعي، أو الخدمات، أو البضائع المعروضة للبيع أو الشراء ، والجهة التي يجب أن يمارس فيها نشاطه، أو فئات الزبناء التي كلف بالتعامل معها، ونسبة الأداوات المستحقة له.

فهذا النشاط يعني حث الزبناء وإقناعهم بالدخول في علاقة تعاقدية مع المفاوضة، وهو ما يعني حاجة الممثل التجاري للمجهودات والمبادرات الشخصية التي يجب أن تتم في جو من الاستقلال والحرية.

ويستتج من ذلك أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص وحساب موكله، ويظهر أمام المتعاقد معه كأصيل في التعاقد وليس كنائب عن الغير، بينما يقوم الممثل التجاري بالأعمال التجارية التي فوضه فيها التاجر كالبحث عن الزبناء أو التعاقد معهم باسم وحساب التاجر المفوض، ثم إن الوكيل بالعمولة يتميز بنوع من الاستقلال في مزاوله نشاطه مقارنة بالممثل التجاري الذي يرتبط بالمقاوله أو التاجر بعلاقة شغل، وتكون علاقته بمشغله علاقة التابع بالمتبوع، ويخضع من ثم لمقتضيات مدونة الشغل، وبذلك لا يكتسب صفة تاجر، وفي هذا يختلف عن الوكيل بالعمولة⁽¹⁾.

ومع ذلك، فالممثل التجاري، الذي يمثل عدة مقاولات، ويتعامل باسمه الخاص وبدون أن يكشف عن المقاوله التي يتعامل لحسابها، ويرم العقد مع الغير بمحض إرادته، فانه يعتبر في الواقع وكيلا بالعمولة⁽²⁾.

6- تمييز عقد الوكالة عن عقد الامتياز التجاري

يجب كذلك تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن عقد الامتياز التجاري، ومن ثم تمييز الوكيل بالعمولة عن المتنازل إليه بحق الامتياز التجاري.

فالامتياز التجاري عقد يتعهد بمقتضاه المتنازل إليه⁽³⁾ بأن يقصر نشاطه بمنطقة جغرافية محددة على توزيع بضائع من إنتاج شخص آخر هو مانح الامتياز⁽⁴⁾، الذي يلتزم من جهته بتمكين المتنازل إليه من حق احتكار إعادة بيع البضائع موضوع الامتياز بالمنطقة الجغرافية المتفق عليها⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ إلى جانب الممثل التجاري غير المتجول يوجد الممثل التجاري المتجول، وهو الذي لا يتخذ مقرا ثابتا له، فهو يبشر عمله في مقر الزبناء يعرض عليهم السلع وينجز الأعمال التجارية المعبودة إليه من طرف التاجر، وفي هذه الحالة يتعين عليه أن يدرج اسم التاجر الذي يمثلته إلى جانب اسمه في العقد دون أن يبرز صفته كنائب، فيكون مسؤولا عن العقد في مواجهة من يتعاقد معهم، وفي ذلك ضمانات لهم مادام لا مقر له.

⁽²⁾ أنظر : G. RIPERT et R. ROBLOT, op.cit. n° 2638, p. 683.

⁽³⁾ le concessionnaire

⁽⁴⁾ le concédent

⁽⁵⁾ انظر :

يتضح من هذا التعريف أن عقد الامتياز التجاري يعد في جوهره عقد بيع للبضائع⁽¹⁾، يلتزم بمقتضاه مانح الامتياز بقصر البيع للمتنازل إليه في منطقة جغرافية متفق عليها، ويلتزم هذا الأخير بالشراء منه، ويتحمل مخاطر بيع البضائع للغير، ويلتزم بالوفاء بكامل الثمن، ويحق له بالمقابل احتكار بيع هذه البضائع للغير مباشرة أو بواسطة عماله أو وسطائه، ولكن ليس له الحق في إعادة إنتاج هذه البضائع موضوع عقد الامتياز التجاري، ويلتزم كذلك مانح الامتياز بعدم منح نفس الامتياز للغير في نفس المنطقة الجغرافية، بل يمنع عليه ألا يبيع شخصيا للجمهور.

ويمتتع المتنازل إليه بالاستقلال القانوني إذ يعد تاجرا ويتحمل مخاطر شراء البضائع محل الامتياز وإعادة بيعها للغير في المنطقة الجغرافية المتفق عليها، ويتعاقد مع الغير باسمه ولحسابه الشخصي، لكنه يعمل تحت إشراف ورقابة مانح الامتياز في إطار ما يعرف "بالتبعية الاقتصادية"⁽²⁾.

يتبين مما سبق أن المستفيد من حق الامتياز التجاري يتعاقد مع مانح الامتياز في إطار عقد يعد في جوهره عقد بيع خاصة من حيث تسليم الشيء المبيع ونقل الملكية وأداء الثمن، على عكس الوكيل بالعمولة الذي يربط مع الموكل بمقتضى عقد وكالة بالعمولة، وهو ما يترتب عليه أن المتنازل إليه حينما يعيد بيع البضاعة موضوع عقد الامتياز إلى الغير، فهو يتعاقد معه باسمه الخاص ولحسابه الخاص كذلك، عكس الوكيل بالعمولة الذي يتصرف باسمه الخاص ولكن لحساب موكله إذ يلتزم الوكيل بنقل

(1) وإن كانت العلاقة بين مانح الامتياز والمتنازل إليه أكثر تشعبا من عقد البيع.

(2) من مظاهر تبعية المتنازل إليه اقتصاديا لمانح الامتياز ما يلي :

يتعين على المتنازل إليه أن يبيع من البضائع القدر المتفق عليه ولا يحق له أن يرجع ما يتبقى من هذا القدر إلى مانح الامتياز، كما يتعين عليه أن يحترم طريقة الإعلان ووسائل الدعاية التي يتبعها مانح الامتياز، ويلتزم كذلك باتباع شروط الوفاء بالثمن وخدمات الوفاء به كما هي محددة من طرف مانح الامتياز، وقد يشترط مانح الامتياز على المتنازل إليه الالتزام بالوفاء بخدمات ما بعد البيع.

كافة آثار التصرفات التي أبرمها إلى الموكل في نهاية المطاف، ومن ثم فالوكالة بالعمولة تقوم على أساس النيابة ولو تم وصفها بالنيابة الناقصة كما سبق الذكر، أما المنازل إليه في عقد الامتياز التجاري فهو ليس نائبا عن مانح الامتياز.

وعلى الرغم مما يتمتع به المنازل إليه من استقلال قانوني باعتباره تاجرا يشتري ويبيع باسمه ولحسابه الخاص، فهو يختلف مع الوكيل بالعمولة لأن عقد الامتياز يجعل المنازل إليه في تبعية اقتصادية لمانح الامتياز، وبذلك فدرجة الاستقلال في عقد الامتياز التجاري أقل منها في عقد الوكالة بالعمولة.

7- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن وكالة الأعمال

حينما عدد المشرع الأنشطة التجارية في المادة 6 من م.ت اكتفى بالتخصيص في البند 13 منها على تجارية "وكالة الأعمال" وذلك كما يلي: "مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار"، ولكنه لم يضع لوكالة الأعمال تنظيما خاصا على غرار ما فعله بالنسبة للسمسرة والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة وذلك رغم أهميتها وانتشارها حاليا.

يمكن أن يعتبر وكيل أعمال⁽¹⁾ كل من تكمن مهمته في إدارة أعمال الغير⁽²⁾.

يتبين من هذا التعريف المختضب أن مهمة وكيل الأعمال متنوعة وغير متجانسة العناصر، ومضمونها واسع ومتغير بقدر شساعة وتنوع مجال الأعمال، وهو ما يصعب معه حصرها وفهمها؛ فوكيل الأعمال يتحمل

⁽¹⁾ Agent d'affaires

⁽²⁾ وتجدر الإشارة إلى أن كل المهن الحرة تنفلت من هذا التعريف ، وبذلك يتعين التمييز بين وكالة الأعمال ومهنة المحاماة والتوثيق ، وعن كل المهن التي تخضع لتنظيم خاص كالسمسرة والوكالة بالعمولة والوكالة التجارية .

على عاتقه، بصفة عامة، رعاية مصالح الغير وإدارتها في مختلف المجالات كالشراء والبيع وكراء العقارات أو الأصول التجارية وتحصيل الديون والاستثمارات التجارية، وبذلك تفرعت وكالة الأعمال إلى عدة وكالات منها: الوكيل الرياضي، ووكيل الأبحاث أو الاستعلامات، والوكيل العقاري، ووكيل الأسفار والسياحة، ووكالة المنازعات، ومكاتب تحصيل الديون، ووكالات المسارح والفنون، ووكالات الإشهار وغيرها، يظهر إذن أن الوكيل متعدد الأنشطة ولذلك تمت تسميته بوكيل الأعمال⁽¹⁾.

ومما يزيد الأمر تعقيدا أن وكلاء الأعمال يدخلون عموما في دائرة الوسطاء التي يوجد بداخلها عدة فئات: الممثلون التجاريون، والسماسرة، والوكلاء بالعمولة، والوكلاء التجاريون وغيرهم، إنهم يتخذون غالبا صفة وكلاء، كما أنهم يخضعون لنشاط المقاول⁽²⁾، إذن كيف يمكن التمييز بين وكالة الأعمال والوكالة بالعمولة؟.

يستجيب وكلاء الأعمال للمعايير التالية: إنهم تجار، ويمارسون مهام الوساطة التي تعتبر عملا تجاريا بالطبيعة، ويجعلونها مهنة معتادة لهم؛ وماداموا مهنيين فهم يتلقون أجرا عن مهمتهم، ويخضعون لقواعد مدونة التجارة ولمختلف التزامات التجار.

أحيانا يكتفي وكيل الأعمال بالبحث عن الربناء وإرشادهم وإقناعهم بالتعاقد مباشرة مع من فوضه في ذلك، فهو يقوم بعمل مادي هو التوسط لإيجاد متعاقد آخر لإبرام عقد معين، وفي أحيان كثيرة تتجاوز مهمته مجرد الوساطة بالمفهوم المذكور فيبرم العقود باسم ولحساب موكله، ولذلك فإن أي تكليف لوكالة الأعمال يجب أن يأخذ في الاعتبار هذا التنوع في النشاط الذي يقوم به وكيل الأعمال.

(1) أنظر :

Denis VOINOT, Agents d'affaires . Rep.com .Dalloz , oct. 2002, n° 5 et 6, p. 2 et 3.

(2) أنظر : F. COLLART DUTILLEUL et Ph .DELEBECQUE , op.cit. n°681. p 541.

وهكذا، عندما يكتفي وكيل الأعمال بالتقريب بين المتعاقدين، كالتقريب بين المعلن والبائع، فهو يعتبر سمساراً حسب بعض القضاء الفرنسي⁽¹⁾، ولكن إذا قام إلى جانب هذه المهمة بإبرام عقد الإشهار باسم المعلن وقدم إرشادات تتعلق بأثر الرسالة وحدودها، فهو يصنف كوكيل أعمال⁽²⁾، وهناك من يعتبر عمله هذا عقد مقاوله وليس وكالة بالمعنى الضيق⁽³⁾.

ولكن لا يجب أن نغفل أن وكلاء الأعمال يعتبرون في كثير من الأحيان وكلاء مهنيين يتصرفون باسم وحساب الموكل، ومثال ذلك الوكيل العقاري⁽⁴⁾، ومكاتب تحصيل الديون ووكالات الأسفار والسياحة، كما يرتبطون أحياناً أخرى مع زبائنهم بمقتضى عقد مقاوله⁽⁵⁾.

وعندما يتم إدخال وكيل الأعمال ضمن دائرة الوسطاء فإنه يصعب تمييزه عن باقي الوسطاء بناء على العقد الذي يبرمه مع زبونه، وبذلك وصف بعض الفقه وكيل الأعمال بأنه من لا يمكن تصنيفه داخل فئة خاصة من الوكلاء⁽⁶⁾.

Cass. Com. 3 jan. 1967, D. 1967, 369.

(1) انظر :

Cass. Com. 24 mars 1986, D. 1988, 537 note D. Carreau.

(2) انظر :

D. VOINOT, art. préc. n° 6, p.3.

(3) انظر :

(4) للمزيد من التفاصيل حول الوكيل العقاري يراجع :

J.M. MOYSE, G.AMOYEL et M. LEROY WYLER, Agent immobilier, Vente, Achat et location, Encyclopedie DELMAS, 9^{ème} éd. 2000, Paris, p. 9 et s n° 101 et s.

(5) انظر :

G. RIPERT et R.ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, T.1, par M. GERMAIN et L.VOGEL, 17^{ème} éd. 1998, L.G.D.J. n° 171.

D. VOINOT, art. préc. n° 5, p.3.

(6) انظر :

وبالنظر إلى تعدد الأنشطة الداخلة في مهام وكيل الأعمال يمكن القول إن وكالة الأعمال عبارة عن عقد مركب: فهو عقد وكالة وعقد مقاوله وغايتها معا هي تقديم خدمة للغير، ومثال ذلك المهندس الذي يرتبط مع زبونه بمقتضى عقد مقاوله ولا يمكن اعتباره وكيلًا إلا إذا عهد إليه بإنجاز تصرفات قانونية معينة باسم وحساب زبونه.

وقد تكون وكالة الأعمال مجرد عقد وكالة يتعهد الوكيل بمقتضاها بإبرام عقود الشراء، مثلاً، لفائدة الموكل، وقد تكون مجرد عقد مقاوله حينما تقوم على أساس إنجاز أعمال مادية⁽¹⁾، وبمقتضاها يعهد إلى الوكيل العقاري، مثلاً، بإنجاز دراسة لصفقة معينة؛ وقد يجتمع الوصفان معا في عقد واحد وفي هذه الحالة يتم العمل بقاعدة الفرع يتبع الأصل وتصنف العملية برمتها كوكالة.

وعلى الرغم من التداخل القائم بين الوكالة والمقاوله، وبالنظر إلى وحدة موضوعهما، فالتمييز بينهما ممكن: ذلك أن الوكالة تلزم الوكيل بالتصرف باسم وحساب الموكل، وبالتالي تنصرف آثار التصرفات القانونية التي يجريها إلى ذمة الموكل مباشرة، بينما يتطلب عقد المقاوله إنجاز أعمال مادية؛ والقيام بالتصرفات القانونية والمادية من طرف نفس الشخص أمر معروف وجائز، وهذا ما يؤدي إلى القول إننا أمام عقد مركب يتطلب حلاً خاصاً.

وبالفعل، إذا كانت الأعمال المادية التي كلف بها وكيل الأعمال من لوازم التصرفات القانونية المéhودة إليه، فإن وكالة الأعمال تعتبر وكالة

(1) انظر :

TRISSON - COLLARD, Tentative de destruction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat, Petites affiches, 7 fév. 2001, n° 27, p. 4 et s.

حيث أسهمت الأعمال المادية في إتمام مهمة الوكيل، ومن ثم فهو يخضع لنظام الوكالة العادية القائمة على النيابة في التعاقد⁽¹⁾، أما إذا اقتصر تدخل وكيل الأعمال على القيام بالأعمال المادية دون أن يرتبط بالوكالة، وجب تطبيق نظام عقد المقاولة، ومثال ذلك عقود النصح والإرشاد.

ومن خلال هذا التكييف لوكالة الأعمال تتحلى الاختلافات بينها وبين الوكالة بالعمولة، فالوكيل بالعمولة يقوم بإبرام التصرفات القانونية باسمه وحساب الموكل، بينما يبرم وكيل الأعمال التصرفات القانونية باسم وحساب الموكل، فتنشأ علاقة قانونية مباشرة بين هذا الأخير والغير الذي أبرم معه الوكيل التصرف موضوع التفويض، يضاف إلى ذلك أن وكيل الأعمال قد يعهد إليه بالقيام بالأعمال المادية وحدها كتقديم الإرشادات أو المعلومات عن عقد أو موضوع معين أو القيام بدراسة صفقة معينة أو البحث عن الزبناء وتقديمهم لمن فوضه في ذلك، وقد يقوم بهذه الأعمال المادية إلى جانب التصرفات القانونية، أما الوكيل بالعمولة، فلا يكلف بانجاز مثل هذه الأعمال المادية في استقلال عن إبرام التصرفات القانونية موضوع الوكالة بالعمولة.

وكذلك، لا يخضع أجر وكيل الأعمال والمصاريف المستحقة له قبل الموكل لامتياز معين ما عدا حق الحبس، فهو مدين عادي للموكل بالأجر والمصاريف يطالبه بها طبقا للقواعد العامة، على خلاف الوكيل بالعمولة الذي يتمتع بالامتياز إضافة إلى الحق في الحبس.

الفقرة الثانية : أنواع الوكالة بالعمولة وإبرامها

يمكن أن تسود الوكالة بالعمولة جميع الميادين التجارية، بل قد يتخصص بعض الوكلاء بالعمولة في بعض المجالات دون غيرها، وهو ما يؤدي إلى تنوع وتعدد المقاولات التي تحترف نشاط الوكالة بالعمولة (أولا)، ومهما كان نوع النشاط موضوع عقد الوكالة بالعمولة فهو يخضع لنفس القواعد المتعلقة بالإثبات والانعقاد (ثانيا)

أولاً : أنواع عقد الوكالة بالعمولة

يمكن أن يغطي عقد الوكالة بالعمولة عمليات قانونية جد متنوعة، وباعتبار الوكيل بالعمولة يمارس نشاطا تجاريا فقد يتخصص في ممارسة نوع معين من أنواع الوكالة بالعمولة، مما يترتب عليه اختلاف التسميات بحسب التخصص الذي اختاره الوكيل بالعمولة.

1- الوكالة بالعمولة في البيع والشراء

1- الوكالة بالعمولة في البيع

لما كان يصعب على الصناع وتجار الجملة الإشراف على بيع بضائعهم شخصيا ومباشرة في المناطق البعيدة عنهم، استعانوا بمن هم أهل للثقة من الوكلاء بالعمولة وفوضوا لهم صلاحية إجراء البيوعات لحسابهم ولكن تحت الاسم الشخصي لهؤلاء الوكلاء مادام المستهلكون أو التجار بالتبسيط، الذين تعرض عليهم هذه البضائع، كانوا يفضلون التعامل مع تجار محليين يقطنون بنفس المنطقة.

ونعتقد أن الوكالة بالعمولة في البيع هي أول صورة للوكالة بالعمولة تصورها واضعوا القانون التجاري الفرنسي القديم وكذا القانون التجاري المغربي من بعده، لأن الذي كان يجري به العمل في العهد الأولى لبداية العمل بالوكالة بالعمولة هو أن التجار أو الصناع الذين يصادفون عراقيل في

صرف متحاقمهم بالناطق البعيدة عنهم كانوا يرسلون متحاقمهم وبضائعهم إلى الوكلاء وتودع بمستودعاتهم أو بمستودعات مأجورة لأجل بيعها إلى الزبناء، وعندما يتم بيعها يسلم الوكيل الثمن إلى الموكل بعد قبضه من المشتري.

ويرى بعض الفقه أن الوكالة بالعمولة في البيع أصبحت أقل فائدة في الوقت الراهن لأن المفاوضات الكبرى أنشأت فروعا لها بالقرب من الزبناء بالمناطق البعيدة عن المصنع أو عن تاجر الجملة، وبدأت هذه المفاوضات تعتمد كذلك على ممثليها التجاريين القارين بمنطقة معينة أو المتحولين الذين يزورون أو يتصلون مباشرة بالزبناء، كما أن تسوية ثمن البضائع أصبحت سهلة بفعل التطور الذي عرفته الوسائل البنكية والبريدية الخاصة بالأداء إضافة إلى المساهمات الفعالة للشبكة العنكبوتية في إجراء وإتمام البيوعات؛ وهذا كله قلل من نشاط الوكلاء بالعمولة⁽¹⁾، ومع ذلك فما زالت الوكالة بالعمولة محتفظة بأهميتها في التجارة وخاصة في التجارة الدولية⁽²⁾ نظرا لما تقدمه من مزايا عديدة للمتعاملين⁽³⁾.

وبما أن الوكيل بالعمولة يتسلم هذه البضائع من الصانع أو التاجر، فهو يعتبر في ذات الوقت، عند الاقتضاء، مودعا لديه إذ تودع عنده هذه البضائع لأجل بيعها أو توزيعها، وبالتالي فهو ملزم بالحفاظ عليها، ويتحمل الموكل كافة المصاريف المطلوبة لهذا الغرض، كما لا يصبح الوكيل بالعمولة مدينا بالثمن فور استلامه البضائع، فالمشتري هو الذي يؤدي هذا الثمن

(1) انظر :

G. RIPER et R. ROBLOT , Traité de droit commercial , T.2 par Ph. DELBECQUE et M.GERMAIN , op.cit. n° 2666 , p.691 .

(2) مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، م.س. ص 45 بند 41 .

(3) سابقا ، ص 380

عبر ذمة الوكيل بالعمولة، أما بخصوص البضاعة موضوع الوكالة بالعمولة فيتم نقلها مباشرة إلى المشتري لأن الوكيل بالعمولة غير مكلف بإعادة البيع، فهو يستلمها من الموكل ويبيعها إلى الزبائن باسمه وحساب موكله وبالثمن الذي حدده الموكل.

وقد ظهرت صورة جديدة من الوكالة بالعمولة، يتعلق الأمر بالوكيل بالعمولة المكلف "بتوزيع الأفلام السينمائية" في مجال الإنتاج الفني، فموزع الأفلام السينمائية يتعاقد مع مستغلي القاعات السينمائية باسمه وحساب المنتج مقابل أجر، لكن الموزع لا يبيع الفيلم، وإنما يمنح حق الاستغلال لحساب المنتج، ويؤدي الموزع في غالب الأحيان تسويقا للمنتج، ويمكن أن يستفيد الموزع من الامتياز، المخصص للوكيل بالعمولة، على المستحقات الواجبة على مستغلي القاعات السينمائية لضمان استيفاء الأجر والمصاريف.⁽¹⁾

هـ- الوكالة بالعمولة في الشراء

يدخل الوكيل بالعمولة في الشراء، كالوكيل بالعمولة في البيع، ضمن دائرة الكلاء بالعمولة المشتغلين في مجال البضائع⁽²⁾، ويكلف الوكيل في هذه الصورة بشراء البضائع المفوض في شرائها باسمه الخاص وحساب موكله بالسعر المحدد.

الوكالة بالعمولة في الشراء أقل انتشارا من الوكالة بالعمولة في مجال البيع، وذلك نظرا لما تشكله من خطر على الوكيل بالعمولة حينما ينصب نفسه مشتريا و، من ثم، مدينا بثمن البضائع، كما أن الموكل ليس له دراية بالبضائع التي اشتراها الوكيل لحسابه، وهو ما يجتمل معه رفض الموكل للصفقة أو عرقلة تنفيذها أو اختلاق أعذار للتخلص منها⁽³⁾.

G. RIPERT et R. ROBLOT, op.cit. n° 2666, p. 692.

Commissionnaire en marchandises

(1) أنظر :

(2) ويطلق عليهم باللغة الفرنسية :

(3) لكن إذا ثبتت مسؤولية الموكل عن عرقلة إنصاف الصفقة ، وثبت أن الوكيل قام بإتمام كل ما تم تفويضه فيه بدون خطأ منه ، واتباع في إنصاف مهمة كافة تعليمات الموكل وأوامره ، فإنه يرجع على الموكل في إطار المسؤولية المدنية ، وللقضاء السلطة التقديرية في تحديد ما يستحقه الوكيل من تعويضات .

ومع ذلك فهناك تطبيقات كثيرة للوكالة بالعمولة في الشراء: فعلى مستوى التجارة الدولية، حينما تحتاج بعض المحلات التجارية مثلاً لشراء بعض البضائع أو السلع من المغرب بدون أن تكشف عن نفسها، فإنها تفضل إجراء تعاملاتها بواسطة وكيل بالعمولة يقيم في المغرب؛ كما أن التعامل بواسطة الوكيل مفيد للموكلين، ذلك أن الوكيل بالعمولة الذي يشتري كمية كبيرة من البضائع لحساب عدة موكلين، فهو يؤدي سعرها بسعر الصنع أو سعر الجملة، أما إذا أراد كل موكل على حدة أن يشتري شخصياً ما يحتاجه من سلع فإنه سيؤدي ثمناً مرتفعاً إلى حد ثمن التقسيط، ولهذا السبب أنشأ تجار التقسيط فيما بينهم شركات مساهمة أو شركات ذات المسؤولية المحدودة برأسمال قليل، تسمى مراكز الشراء⁽¹⁾، تنصرف كوكيل بالعمولة في الشراء، فنقتني لحساب منخطيها كميات كبيرة من البضائع وتوزعها عليهم بمصاريف أقل⁽²⁾.

وقد نشأت مراكز الشراء هذه في فرنسا برغبة من التجار المتخصصين في التوزيع التجاري لبضائع متنوعة (كالأسواق ذات المساحات الكبيرة) في تفويض صلاحية شراء البضائع التي يحتاجونها إلى وسيط قادر على التفاوض في ظل شروط أفضل⁽³⁾، ويمكنه بصفة عامة الحصول على امتيازات مادية من الموردين في شكل تخفيضات أو رديد ينعكس إيجاباً على المنخرطين.

يعتبر مركز الشراء إذن وكيلاً بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص مع الموردين، ويرتبط معهم مباشرة، كما يرتبط مع الأشخاص المنخرطين فيه بواسطة عقد الوكالة بالعمولة يسمى في الممارسة العملية: "عقد

⁽¹⁾ les centrales d'achat

G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit. n° 2667, p. 692.

⁽²⁾ أنظر :

⁽³⁾ للتوسع أنظر :

DELBARE et LAFABRE , Centrales d'achats et de services D. 1985 , Chron . 165 ;
ANDRE , les contrats de la grande distribution , litec , 1991 .

الانضمام"⁽¹⁾، ويتضمن هذا العقد شرط القصر⁽²⁾ الذي يلزم طرفيه معا بما يلي: فالمنخرط يتعهد ألا يشتري البضائع مباشرة من الموردين أو عن طريق مركز شراء آخر، كما أن مركز الشراء يلتزم من جانبه ألا يضم إليه مقاولات يمكن أن تنافس منخرطيه في منطقة جغرافية وخلال مدة معينة⁽³⁾.

2- الوكيل بالعمولة في نقل البضائع

خصص المشرع للوكيل بالعمولة في نقل البضائع قسما خاصا في مدونة التجارة هو القسم الرابع المكرر والمتضمن للمواد من 1-430 إلى 6-430⁽⁴⁾، كما أخضعها للقواعد المنظمة للوكالة بالعمولة، وتقاديا للتكرار يتعين إعطاء فكرة عامة عن الوكالة بالعمولة في نقل البضائع من حيث طبيعة الوكالة بالعمولة في النقل (أ)، والتزامات الوكيل بالعمولة في النقل (ب)، ومسؤوليته (ج).

أ- طبيعة الوكالة بالعمولة في نقل البضائع

تعتبر الوكالة بالعمولة في نقل البضائع صورة من الوساطة في مجال النقل بمختلف أنواعه، وفيها يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي مع الناقل لحساب موكله الذي هو المرسل⁽⁵⁾، فهو يتعهد إذن لا بإتمام النقل

(1) Contrat d'affiliation
(2) Clause d'exclusivité
(3) انظر: F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE , op. cit. n° 667 , p. 525.

(4) تم تنظيم أحكام القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة بأحكام القسم الرابع المكرر تحت عنوان " الوكالة بالعمولة في نقل البضائع " ، وذلك بمقتضى المادة الأولى من الظهير الشريف رقم 1.06.170 صادر في 30 شوال 1427 (22 نونبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 24.04 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة ؛ ج.د.ع 5480 بتاريخ 15 نو القعدة 1427 (7 دجنبر 2006)، ص.3761.

(5) ف عقد النقل لا يبرم دائما بين المرسل والناقل مباشرة لإيصال البضائع إلى المرسل إليه ، بل قد يحدث أحيانا أن يتدخل وسيط هو الوكيل بالعمولة في النقل الذي يكلفه المرسل بالتعاقد مع ناقل أو عدة ناقلين لحساب المرسل.

بنفسه، ولكن بواسطة ناقل أو أكثر يتعاقد معه باسمه الشخصي لتنفيذ عملية النقل لحساب الموكل⁽¹⁾.

شكل الوكلاء بالعمولة في نقل البضائع موضوع قسم خاص بمدة التجارة يتضمن ستة مواد هي المواد من 430-1 إلى 430-6، ونصت المادة 430-1 على أن الوكالة بالعمولة في نقل البضائع تخضع "للأحكام المتعلقة بعقد الوكالة والقواعد المذكورة أدناه، وكذا القوانين والأنظمة الجاري بها العمل المنظمة للوكالة بالعمولة"، ويعتبر الوكيل بالعمولة تاجراً و، من ثم، يلتزم بالتزامات التجار عموماً.

لكن مدونة التجارة خصصت كذلك لعقد نقل الأشياء باباً خاصاً هو الباب الثاني من القسم السادس، ويتضمن المواد من 445 إلى 475، وبذلك يعين التمييز بين الوكالة بالعمولة في نقل البضائع وعقد نقل البضائع: فالناقل، بمقتضى عقد النقل، يتولى النقل بنفسه، أما الوكيل بالعمولة في نقل البضائع فيجري النقل بواسطة غيره، وبذلك فالترام الوكيل بالعمولة في نقل البضائع لا يرد على النقل في ذاته كعمل مادي، أي تغيير مكان البضائع، وإنما يرد على عمل قانوني هو عقد النقل الذي يبرمه لحساب المرسل؛ ومتى كان هذا هو الأصل في تعهد الوكيل بالعمولة فلا بأس أن يكون ناقلاً في ذات الوقت بالنسبة لمرحلة معينة من النقل المتعاقب، ثم يتعاقد بعد ذلك مع الناقلين المتعاقبين باسمه ولحساب المرسل⁽²⁾، وهو مسؤول أمام الموكل عن أفعاله الشخصية كما إذا أخطأ في التزاماته الناتجة عن عقد الوكالة بالعمولة، كما يسأل عن أفعال الناقلين المتعاقبين الذين

(1) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 299، بند 217؛ مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، م.س.ص. 67، بند 108.

(2) النقل المتعاقب أو المتتابع هو الذي يتعدد فيه الناقلون الواحد تلو الآخر، وقد يتم بواسطة نقل واحدة بالنسبة لجميع الناقلين (بالسكك الحديدية مثلاً) وقد تعدد فيه وسائل النقل كأن يتم جزء من النقل بواسطة العربات وجزء آخر بواسطة سكة حديدية أو مركب نهري، ويثير النقل المتعاقب التساؤل عن مدى مسؤولية كل ناقل بالنسبة للجزء الذي نفذه من عقد النقل.

اختارهم لتنفيذ عملية النقل، لكن يجوز له الرجوع على الناقل بما دفعه من تعويض للمرسل⁽¹⁾.

وإذا كان الوكيل بالعمولة في نقل البضائع يتعاقد باسمه وحساب موكل قد لا يعرف الناقل - وهذا هو الأصل⁽²⁾ - فإن الأمر على خلاف ذلك في عقد نقل الأشخاص ذلك أن الموكل هو الشخص المسافر الذي سيتم نقله من مكان إلى آخر، أما الوكيل فلا يمكن أن يكون غير الوكيل التجاري الذي يتعاقد باسم وحساب الموكل⁽³⁾.

يعد الوكيل بالعمولة في نقل البضائع إذن وسيطا ينظم عملية النقل في شموليتها ويتعاقد باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مع أصحاب العربات، وله حرية اختيار الوسائل المستعملة في تنفيذ النقل، وبذلك يكون ملزما بالتأمين على النقل؛ وغالبا ما تنصرف نفس المقابلة مرة كوكيل بالعمولة ومرة كناقل، والتمييز بين الوصفين مهم لأن نظام المسؤولية يختلف من حالة إلى أخرى، ويرتبط هذا التمييز بطبيعة الالتزامات التي يتحملها كل منهما.

وينبغي التمييز كذلك بين الوكيل بالعمولة في نقل البضائع ووكيل العبور⁽⁴⁾، فوكيل العبور يشبه الوكيل العادي، ولا يلزم إلا بالقيام بالعمليات المحددة له، وبذلك فالتمييز بينه وبين الوكيل العادي أمر صعب خاصة وان نفس المقابلة يمكن أن تنصرف أحيانا كوكيل عبور وأحيانا كوكيل بالعمولة؛ وبالفعل، فمهمة وكيل العبور هي إبرام عقود النقل

⁽¹⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة 429 من م.ت على أنه: "يجوز للموكل أن يقيم مباشرة ضد الأغيار جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل بالعمولة على أن يتم استدعاء هذا الأخير."

⁽²⁾ على جمال الدين عوض ، م.س. ص 209 بند 221 ، فالأصل أن المرسل يظل بعيدا عن عقد النقل ومجهولا من الناقل.

⁽³⁾ أنظر : G. RIPERT et R. ROBLOT , op. cit. n° 2669 , p. 693 .

⁽⁴⁾ le transitaire

لحساب زبونه، واتخاذ كل التدابير اللازمة للمحافظة على مصلحته، يكلف وكيل العبور أساسا بضمان استيلام البضائع، والتعشير عليها في الجمر، وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن مهمته هذه لا تثير مسؤوليته سوى كوكيل عادي مأجور لدى زبونه⁽¹⁾، وأحيانا يكون وكيل العبور وكيلا عاديا عن الشحان والناقل⁽²⁾.

يتضح انطلاقا مما سبق أن الوكيل بالعمولة في نقل البضائع هو ذلك الوسيط الذي ينظم وينفذ، في إطار الشروط المضمنة بمدونة التجارة، باسمه الخاص وتحت مسؤوليته، نقلا للبضائع حسب الوسائل التي يختارها هو لحساب الموكل.

وللوكالة بالعمولة في النقل أهمية كبيرة في نقل البضائع، ففي القديم كان مرسل البضائع يتعاقد مع الوكيل إما لأنه لا يعرف صاحب العربات أو لأنه في حاجة إلى وسيط لشحن وإرسال البضاعة، إضافة إلى هذه الأهمية، فإن الوكيل بالعمولة، بالنظر لتخصصه المهني، يوجد في وضعية أفضل من المرسل فيما يتعلق بمناقشة أحكام وشروط النقل واختيار الناقل وحماية مصالح زبونه، وكذلك فالوكيل يقوم بتجميع البضائع العائدة لعدة مرسلين والمراد نقلها نحو نفس الوجهة، ويمكنه أن يستفيد من تخفيض في الأسعار مادام سعر النقل يتحدد بالنظر إلى الوزن الأدنى.

وتكون الوكالة بالعمولة في النقل مفيدة كذلك في حالة النقل المتعاقب وخاصة إذا كان النقل المتعاقب يتم بوسائل مختلفة، ذلك أن المرسل لا يستطيع دائما، ومنذ البداية، إبرام كافة العقود الضرورية لوصول

⁽¹⁾ انظر :

Cass. Com. 24 fév. 1982 , Bull .civ. IV , n° 74 ; Cass. Com .14 oct. 1997 , D.M.F., 1997. 1009 , rapport REMERY .

⁽²⁾ انظر :

Cass. Com. 8 déc. 1998 , D.M.F , 1999 , 590 .

البضاعة إلى المرسل إليه في حالة جيدة وفي الوقت المناسب، وبذلك يتعاقد مع الوكيل بالعمولة مراعاة لتخصصه، فيتولى هذا الأخير إبرام العقود اللازمة لإتمام عملية النقل بكاملها، وذلك بإسمه الشخصي الشخص مع مسؤوليته عنها جميعا تجاه الموكل بما يوفر له (الموكل) الوقت والنفقات وحسن تنفيذ عملية النقل.

ب- التزامات الوكيل بالعمولة في النقل

إضافة إلى الالتزامات العامة التي يتحملها كل وكيل بالعمولة، فإن الوكيل بالعمولة في نقل البضائع يلزم بمسك الدفتر اليومي وإبرام عقد النقل والتأمين على البضاعة وضمان وصول البضائع سليمة.

ب1- الالتزام بالتصريح بالبضائع في الدفتر اليومي

يعتبر الدفتر اليومي أو دفتر اليومية من السجلات المحاسبية التي ألزم المشرع المغربي التجار بمسكها بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها⁽¹⁾، وقد ألزم المشرع الوكيل بالعمولة في نقل البضائع بأن يقيد في دفتره اليومي نوعية البضائع وكميتها وكذلك قيمتها إذا طالب المرسل ذلك، وأوجب أن يتضمن البيانات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 447 من مدونة التجارة وتمثل هذه البيانات فيما يلي:

- 1- عنوان المرسل إليه والمكان الموجه إليه الشيء مع الإشارة إلى عبارة "للأمر" أو "للحامل" عند الاقتضاء؛

(1) ج.ر.ع. 4183 بتاريخ 30 جنىر 1992، ص 1867.

2- نوعية الأشياء المعدة للنقل أو وزنها أو حجمها أو سعتها أو عددها، وإذا كانت في طرود، يذكر شكل التغليف والأرقام والعلامات المرسومة عليها؛

3- اسم وعنوان كل من المرسل والناقل والوكيل بالعمولة في نقل البضائع، عند الاقتضاء؛

4- ثمن النقل، وإذا كان قد تم دفعه وجبت الإشارة إلى ذلك، وكذا المبالغ المستحقة للناقل بموجب الإرساليات المفروض أداء المصاريف عنها مسبقاً؛

5- الأجل الذي يجب أن ينفذ النقل داخله؛

6- الاتفاقات الأخرى التي يحددها الأطراف".

2- إبراء العقد والتأمين على البضاعة

يلتزم الوكيل بالعمولة في نقل البضائع بالجاز العمل المفوض إليه، فيبرم عقد النقل مع الناقل الذي يتولى تنفيذ عملية النقل، ويعهد إليه بالبضاعة التي يستلمها من المرسل من أجل توجيهها إلى الموكل نفسه أو إلى مرسل إليه معين في المكان المتفق عليه.

ويلتزم الوكيل بالعمولة في النقل كذلك بالحفاظة على حقوق المرسل، ومن ثم يتوجب عليه اتخاذ التدابير اللازمة لمساعدة الموكل في إثبات خطأ الناقل قصد الرجوع عليه بالتعويض عن العوار أو الضياع الكلي أو الجزئي الذي يلحق البضاعة، كما يتعين عليه اتخاذ كل الإجراءات الكفيلة بحماية الموكل من سقوط حقه في مقاضاة الناقل الذي تعاقد معه.

كما يلتزم الوكيل بالعمولة في النقل بالتأمين على البضاعة إذا كان مكلفاً بذلك بمقتضى الاتفاق أو العرف، وفي غياب مثل هذا الاتفاق

أو العرف فانه يكون مسؤولاً، باعتباره محترفاً، عن عدم تتيه المرسل إلى ضرورة التأمين على البضاعة⁽¹⁾.

ويلتزم كذلك بضمان وصول البضاعة إلى المكان وفي الميعاد المتفق

عليهما، وبوصفها سليمة غير مصابة بعبور أو تلف.

يعد التزام الوكيل بالعمولة في النقل التزاماً بتحقيق نتيجة، وهي تنفيذ النقل وضمان وصول البضاعة، ويتعرض للمسؤولية المدنية بمجرد تحقق الضرر، ويفرض عليه هذا الالتزام المتشدد التحقق من قدرة الناقل وخبرته ومؤهلاته المهنية، وأن يحدد ويختار وسيلة النقل المناسبة.

والدليل على أن التزام الوكيل بالعمولة في نقل البضائع التزام بتحقيق نتيجة هو استعمال المشرع المغربي لمصطلح "الضمان" في الفقرة الأولى من المادة 3-430 من مدونة التجارة التي جاء فيها ما يلي: "يضمن الوكيل بالعمولة في نقل البضائع وصول البضائع والأغراض داخل أجل المحدد من قبل الأطراف"، ونرى، مع الفقه المعاصر، في اصطلاح "يضمن" أو "ضامن" تعبيراً عن التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

ج- مسؤولية الوكيل بالعمولة في النقل

مسؤولية الوكيل بالعمولة في نقل البضائع واسعة ومتشعبة، ومع ذلك يمكن الاتفاق بين الطرفين على الإعفاء أو التخفيف منها.

(1) محمد السيد الفقي، م.س.ص: 302 بند 220؛ سوزان علي حسن، م.س.ص: 74 وما بعدها، وأنظر كذلك: R.RODIERE, Droit des transports terrestres et aériens, traité général de droit maritime, p.152, E.GEORGIADES, de quelques éclaircissements sur la véritable situation juridique du commissionnaire de transport pour servir de contribution à l'étude de sa responsabilité, R.F.D, 1981,p.59.

(2) أنظر:

M.TILCHE, Auxiliaire de transports. Commissionnaire de transport, quelle responsabilité, rev. B.T. 1995, p.125.

ج1- المسؤولية الواسعة للوكيل بالعمولة في النقل

يسأل الوكيل بالعمولة عن الأضرار التي قد تلحق البضاعة وعن التأخير في وصولها، لكن نظام المسؤولية يختلف بحسب طبيعة الأفعال المنسوبة إليه.

من جهة، فهو مسؤول عن أفعاله الشخصية، أي عن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة كأن لم يحسن اختيار الناقل أو وسائل النقل بما يتناسب مع طبيعة البضاعة⁽¹⁾، ولا يكلف المرسل بإثبات خطأ الوكيل بالعمولة بل يجب على هذا الأخير، إذا أراد أن ينفي عنه المسؤولية، أن يثبت أن الضياع أو العوار راجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو عيب ذاتي في الأشياء أو في طبيعتها، أو فعل أو أوامر المرسل أو المرسل إليه⁽²⁾.

ولا يسأل الوكيل بالعمولة في النقل عن التأخير إذا أثبت أن هذا التأخير يعزى إلى المرسل أو المرسل إليه أو أنه نتج عن حادث فحائي أو قوة القاهرة لا تنسب إلى خطئه⁽³⁾.

ومن جهة ثانية، فالوكيل بالعمولة الذي يضمن وصول البضاعة إلى الجهة المقصودة سالمة ودون تأخير⁽⁴⁾، يسأل عن أفعال الناقل الذي عهد إليه

(1) انظر في الاجتهاد الفرنسي:

Cass. Com. 31 janv.1978, J.C.P 1979.II, 19142, note RODIERE ; 15 janv.1980,DMF, 1980.715 ; 22 avr.1986, DMF 1988.91 ; 22 oct.1996, bull.civ.IV ,n°.258.

(2) المادة 459 من مدونة التجارة.

(3) المادة 3-430 من مدونة التجارة.

(4) ضمان الوكيل بالعمولة لوصول البضاعة سالمة دون تأخير منصوص عليه في المادة 3-430 من مدونة التجارة التي نصت صراحة على أن: "الوكيل بالعمولة في نقل البضائع يضمن وصول البضائع والأغراض داخل الأجل المحدد من قبل الأطراف".

وكذلك المادة 4-430 من نفس المدونة التي نصت على مسؤولية الوكيل بالعمولة في نقل البضائع تجاه موكله عن العوار أو الضياع الكلي أو الجزئي الذي يلحق بالبضائع والأغراض "منذ تسلمها إلى حين =

بالنقل وذلك في نفس الحدود التي يسأل فيها الناقل نفسه؛ ومسؤولية الوكيل في هذه الحالة مسؤولية ذات طبيعة تعاقدية، لكنها مسؤولية ناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة وليس عن عقد النقل⁽¹⁾، ومن ثم، يمكن للوكيل بالعمولة مواجعة المرسل بأسباب الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التي يواجهها بها الناقل⁽²⁾.

وإذا سلم الوكيل بالعمولة البضاعة إلى وكيل آخر فانه يلتزم بضمان الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها هذا الأخير وذلك استنادا إلى المادة 430-5 من مدونة التجارة التي جاء فيها ما يلي: "يعتبر الوكيل بالعمولة في نقل البضائع مسؤولاً عن أفعال الوكيل أو الوكلاء بالعمولة الذين يوجه إليهم البضائع في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 427 من مدونة التجارة"⁽³⁾، ويبدو أن هذا النص يضع مبدأ عاماً للمسؤولية عن فعل الغير، وهو نفسه المبدأ الذي يجعل الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن فعل الناقل الذي تعاقد معه واستلم منه البضاعة.

وفي حالة النقل المتعاقب، يسأل الوكيل بالعمولة عن أفعال الناقلين المتعاقبين الذين اختارهم الناقل الأول والذين لا يعرفهم الوكيل بالعمولة في

=تسليمها إلى المرسل إليه"، ويعني هذا أن الوكيل بالعمولة في نقل البضائع مسؤول مسؤولية كاملة عن تنفيذ عقد النقل كما لو كان هو الناقل.

(1) انظر في القضاء الفرنسي:

Req.21 juillet 1938, D.P.1939.1.63 ; Cass.com.5déc 1951,D.1952,449,J.C.P.1952.

II.7199,25 juin 1957 ,bull.civ.Cass,3 n°206 Lyon 13 mars 1933, D1933.2.60 ;12 nov.1951.S.1952.1.133.

G. Ripert et R. Boblot, op.cit.n°2673, p.697.

(2) انظر:

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة 427 من مدونة التجارة على ما يلي: "على الوكيل بالعمولة أن ينفذ بنفسه

الأوامر التي يتلقاها. ولا يجوز له أن ينيب عنه وكلاء آخر بالعمولة إلا إذا خول له العقد أو العرف أو ظروف العملية، هذه الصلاحية صراحة".

الغالب⁽¹⁾، وتظل مسؤولية الوكيل بالعمولة قائمة حتى ولو كان أحد الوسطاء مفروضاً عليه بفعل ما يتمتع به من احتكار ممنوح له من طرف السلطة العامة⁽²⁾.

ج2- حدود مسؤولية الوكيل بالعمولة في النقل

يمكن أن تعرف مسؤولية الوكيل بالعمولة بعض الحدود الاتفاقية أو القانونية: ففي إطار الحدود الاتفاقية أجاز المشرح بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 430-4 من مدونة التجارة للموكل والوكيل الاتفاق على إعفاء هذا الأخير كلياً أو جزئياً من مسؤوليته، ولا فرق في ذلك بين هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها.

وطالما أجاز المشرح إعفاء الوكيل بالعمولة في نقل البضائع من المسؤولية، فإنه يجوز بالأحرى الاتفاق على التخفيف من المسؤولية كأن يتم الاتفاق بين الطرفين على تحديد مسؤولية الوكيل بالعمولة في مبلغ معين يؤديه إلى الموكل في حالة ثبوت مسؤوليته عن هلاك أو تلف البضاعة أو التأخير في تسليمها.

وقد استثنى المشرح من حالة الإعفاء من المسؤولية حالتي الخطأ المتعمد و الخطأ الجسيم⁽³⁾، ويقصد بالخطأ المتعمد كل فعل خاطئ تنصرف إرادة مرتكبه إلى القيام به أو الامتناع عن القيام به بنية الإضرار بالغير، أما الخطأ الجسيم فهو إهمال على درجة كبيرة من الأهمية دون أن يكون لفاعله نية الإضرار بالغير.

⁽¹⁾ مصطفى كمال طه، م.س.ص. 99. بند 110.

Cass.com.5 déc.1989,D.1990.Som. 270.

⁽²⁾ انظر على سبيل المثال في القضاء الفرنسي:

⁽³⁾ الفقرة الثانية من المادة 430-4 من مدونة التجارة .

ويعفى الوكيل بالعمولة في نقل البضائع من المسؤولية في حدود إعفاء الناقل من مسؤوليته وفقا للمادة 459 من مدونة التجارة التي تنص على أنه: "يعفى الناقل من كل مسؤولية إذا ثبت أن الضياع أو العوار راجع إلى:

- 1- حادث فجائي أو قوة قاهرة لا تنسب إلى خطئه؛
 - 2- عيب ذاتي في الأشياء أو في طبيعتها؛
 - 3- فعل أو أوامر المرسل أو المرسل إليه؛
 - 4- لا يستحق الناقل ثمن النقل إلا في الحالة الثالثة أعلاه.
- إذا هلك جزء فقط من الأشياء المنقولة استحق الناقل ثمن النقل عن الجزء الباقي ."

وتعرف كذلك مسؤولية الوكيل بالعمولة في نقل البضائع حدودا قانونية غير مباشرة، ومعنى ذلك أن مسؤولية الوكيل بالعمولة في نقل البضائع عن أفعال تابعيه لا تتجاوز الحدود القانونية لمسؤولية التسبب الحقيقي في الضرر⁽¹⁾، وبذلك يمكن للوكيل بالعمولة أن يتمسك في مواجهة المرسل بأسباب الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التي يحتاج بها عليه الناقل⁽²⁾.

ثانيا: إبرام عقد الوكالة بالعمولة وإثباته

نعالج في البداية إبرام عقد الوكالة بالعمولة، ثم بعد ذلك إثبات عقد الوكالة بالعمولة.

(1) سوزان علي حسن، م.س.ص. 162، بند 126.

(2) أنظر في القضاء الفرنسي: Cass.com.17 oct. 1998,D 1999,427 Note AMMAR.

1- إبرام عقد الوكالة بالعمولة

لم يتطرق المشرع التجاري إلى كيفية إبرام عقد الوكالة بالعمولة مكتفيا بالتفصيل في الفقرة الثانية من المادة 422 من م.ع. على أن الوكالة بالعمولة "تخضع للمتعضيات المتعلقة بالوكالة" وكذا القواعد المنظمة للوكالة بالعمولة، وبناء عليه فالوكالة بالعمولة تتم بتراضي الطرفين وفقا للفصل 883 من ق.ل.ع، ويجب أن تتوفر فيها الأركان الموضوعية المطلوبة لإبرام الوكالة بصفة عامة، وليست هناك أية شكلية يتعين احترامها من قبل الطرفين.

ويشترط الفصل 880 من ق.ل.ع لصحة الوكالة المدنية أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها، ولا يشترط نفس الأهلية في الوكيل لأنه يتصرف باسم وحساب الموكل، ولا يتحمل شخصيا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم⁽¹⁾، أما بالنسبة للوكالة بالعمولة فلا تكون صحيحة إلا إذا توفرت الأهلية التجارية بالنسبة للموكل والوكيل على حد سواء لأن الوكيل بالعمولة يبرم التصرف محل الوكالة باسمه الشخصي وحساب الموكل.

ويجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول طبيعة العمليات محل الوكالة ونوع البضاعة وكميتها وثمنها.

ويمكن أن يكون الرضا - الذي يجب أن يكون خاليا من العيوب - مكتوبا أو شفويا، صريحا أو ضمنيا، ويكون الرضا ضمنيا حينما يتعلق الأمر بتعاقدين توجد بينهما علاقات عمل اعتيادية، ويتحقق الرضا كذلك من جانب الوكيل حينما يكلفه الموكل بالقيام ببعض الأعمال ولم يرفض، وإذا ما رفض ومع ذلك نفذ العملية المطلوبة منه فرضاه متوفر⁽²⁾.

⁽¹⁾ ينص الفصل 921 من ق.ل.ع على ما يلي: "الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلا وفي حدود وكلاته لا يتحمل شخصيا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم، ولا يسوغ ل هؤلاء الرجوع إلى على الموكل".

⁽²⁾ أنظر:

ويذهب بعض الفقه⁽¹⁾ والقضاء⁽²⁾ إلى أبعد من ذلك حينما اعتبر سكوت الوكيل، الذي يقدم إيجابا مستمرا، بمثابة قبول للمقترحات الموجهة إليه، واستبعد بذلك المبدأ القائل بأن السكوت لا يعتبر قبولا، ومع ذلك يمكن دائما للوكيل في هذه الحالة أن يرفض صراحة العقد المقترح عليه، إلا أنه يجب أن يعبر عن رفضه بسرعة حتى لا ينسب إليه القبول الضمني⁽³⁾، وإذا رفض يجب عليه اتخاذ التدابير الضرورية تفاديا لهلاك البضاعة المرسلة إليه كأن يقوم بإبداءها في مكان آمن مثل المخزن العام.

ومع ذلك هناك فرضيات لا يمكن فيها للوكيل رفض التعاقد كأن يكون محتكرا للخدمات التي يمارسها كوسيط، ومثال ذلك شركات البورصة.

وبالنسبة لسبب وحل العقد فإنهما يخضعان للقواعد العامة، وتكون الوكالة باطلة لعدم مشروعية الحل أو السبب.

2- الإثبات

غالبًا ما يعتبر عقد الوكالة بالعمولة عقدا تجاريا بالنسبة للطرفين، ومن ثم يكون من المناسب أن نطبق عليه قواعد الإثبات المعمول بها في المادة التجارية، ويترتب على ذلك عدم ضرورة إقامة محضر رسمي أو عرفي، ففي غياب عقد مكتوب يمكن إثبات الوكالة ويمكن للوكيل إثبات امتيازاه بجميع الوسائل، ويُؤخذ في الاعتبار في هذا الصدد بجميع الدلائل والقرائن التي

P. CHAUVEL, art. préc. n°54,p.7.

(1) أنظر:

Com.9 jan.1956, Bull.civ.III, n°17.

(2) أنظر في القضاء الفرنسي:

(3) الغاية من تعبير الوكيل عن رفضه الصريح والسريع للعمل المقترح عليه هو تمكين الموكل من إتمام التصرف شخصيا أو البحث عن وكيل آخر في الوقت المناسب.

يمكن أن تثبت رضا الطرفين (كالمراسلات المكتوبة وشهادة الشهود والاتصالات الهاتفية والإعلانات الصادرة عن الموكل...).

المطلب الثاني: آثار عقد الوكالة بالعمولة

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة عقدا أوليا لأنه يؤدي إلى إبرام عقود أخرى مع الغير، ولذلك فحتى ولو أنه لا يبرم إلا بين شخصين فإن آثاره لا تعني فقط طرفيه (الوكيل والموكل)، بل تعني كذلك الغير الذي يتعاقد معه الوكيل لحساب الموكل، كما يتمتع كل من الطرفين بضمانات خاصة يقررها القانون تأميناً لحقوقه في مواجهة الطرف الآخر.

وعلى هذا الأساس يتعين تحديد آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الطرفين والغير (الفقرة الأولى) ثم معالجة ضمانات تنفيذ الوكالة بالعمولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة

طرفيه والغير

يرتب عقد الوكالة بالعمولة التزامات على عاتق كل من الوكيل بالعمولة والموكل (أولاً)، وتترتب عنه كذلك علاقات بين الغير المتعاقد والوكيل بالعمولة ثم بين المتعاقد والموكل (ثانياً):

أولاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الطرفين

ينبغي التمييز بين التزامات الوكيل بالعمولة (1) والتزامات الموكل (2).

1- التزامات الوكيل بالعمولة

يلتزم الوكيل بالعمولة بتنفيذ الوكالة (أ) وتقديم الحساب (ب) وبألا يكون طرفاً في العقد (ج).

1- الالتزام بتنفيذ الوكالة

الأصل أن ينفذ الوكيل بالعمولة بنفسه تعليمات الموكل، وقد ينبب عنه الغير في تنفيذها.

1/1- التنفيذ الشخصي للوكالة

يلتزم الوكيل بالعمولة بتنفيذ الوكالة بكل إخلاص⁽¹⁾، ومعنى ذلك التزامه بإبرام التصرفات محل الوكالة باسمه الشخصي وفقا لتعليمات الموكل⁽²⁾، وإذا أحل بهذا الالتزام يتحمل المسؤولية؛ وهكذا يجب عليه البحث عن مشتريين إذا كلف ببيع البضائع أو، على العكس من ذلك، أن يبحث عن بائعين إذا كان مكلفا بال شراء، ويفرض هذا الالتزام طبعاً على الوكيل بالعمولة القيام بكل ما هو ضروري لإبرام التصرف المنوط به: يجب عليه بالخصوص تسلم أو أداء الثمن لحساب الموكل حسب ما إذا كلف بالبيع أو بالشراء، وحين يتسلم البضائع يلتزم بالحفاظة عليها.

ويجب على الوكيل بالعمولة في تنفيذه لهذه الالتزامات احترام حدود التعليمات الصادرة إليه من الموكل، وقد وردت بالمادة 427 من م ت عبارة "الأوامر" عامة، وينبغي هنا التمييز بين ثلاثة أنواع من الأوامر أو التعليمات: - تعليمات أمرة⁽³⁾: وهي التعليمات أو الأوامر التي تكون محددة بدقة وتفصيل في عقد الوكالة أو في عقد لاحق أو حتى شفويا، ويتعين على الوكيل احترامها بدون أن يتخذ أية مبادرة بإرادته المفردة؛ ويطرح التساؤل حول الحالة التي تخالف فيها هذه التعليمات المحددة ما يجري به

(1) تنص المادة 427 من م ت على ما يلي: "على الوكيل بالعمولة أن ينفذ بنفسه الأوامر التي يتلقاها".

(2) تتحدد التزامات الوكيل بالعمولة بمقتضى الاتفاق بينه وبين الموكل فيما يتعلق بالتصرفات موضوع الوكالة والبضائع التي يجوز له التصرف فيها.

(3) يطلق على الوكالة في هذه الحالة بالفرنسية تسمية:

La commission impérative

العمل، فهل يحق للوكيل بالعمولة فسخ الوكالة؟ وبعبارة أخرى، هل يحق له رفض هذه التعليمات؟ ومثال ذلك عندما يحدد الموكل سعرا معيناً للشراء أو للبيع، ففي هذه الحالة يمنع عليه الشراء أو البيع بثمان مختلف حتى ولو بدا له العقد أفضل مما حدده الموكل⁽¹⁾.

وكذلك، إذا حدد له الموكل طريقة الوفاء بالثمن، كأن يأمره بالشراء بثمان مؤجل، امتنع على الوكيل الشراء بثمان معجل، وإذا أمره بالبيع بسعر معين أو بعدم الوفاء بالثمن على أقساط، وجب على الوكيل احترام هذه التعليمات فيمتنع عليه البيع بسعر أقل كما يمنع عليه القبول بتقسيط الثمن.

وإذا لم يحترم الوكيل تعليمات الموكل، فباع بأقل من الثمن الذي حدده الموكل، أو اشترى بأعلى منه، جاز للموكل رفض الصفقة⁽²⁾، ويتعين على هذا الأخير إعلامه بالرفض في أقرب وقت من علمه بالصفقة وإلا اعتبر قابلاً للثمن، ومع هذا، فالراجح أنه ليس للموكل أن يتمسك بالرفض إذا أبدى الوكيل بالعمولة استعداده لتحمل فرق الثمن⁽³⁾، وقد اخذ المشرع المصري بنفس التوجه بمقتضى المادة 167 من القانون التجاري.

- **تعليمات بيانية⁽⁴⁾**: وهي تعليمات غير آمرة إذ تخول للوكيل المزايد من الحرية في تنفيذه لالتزاماته، ويسترشد بها لإتمام العمليات المكلف بها، ويلزم بمراعاة حدود هذه التعليمات، وأن يتصرف وكأن الأمر يتعلق بمصلحه الخاصة؛ على أنه بمقتضى هذا النوع من الوكالة يتمتع الوكيل

(1) أنظر في القضاء الفرنسي:

Req. 1^{er} déc.1924, S, 1927. 1.312 ; Com. 21 nov.1956, Bull.civ.III, n°303.

(2) أنظر كذلك:

Cass. Com. Française, 18 nov.1969, Bull. civ. IV, D.1970 ; 24 nov.1970, Somm.58.

(3) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 254.

(4) تسمى الوكالة في هذه الحالة بالفرنسية:

La commission indicative

ببعض الإمكانية في تفسير التعليمات البيانية واستبعادها إذا كانت في غير مصلحة الموكل لأنها إرشادية وليست إلزامية.

- وقد لا يحدد عقد الوكالة بالعمولة للوكيل أية تعليمات أمره أو بيانية⁽¹⁾. ويتمتع الوكيل في هذه الحالة بحرية تقدير كبيرة فيما يتعلق بتأدية الأعمال المكلف بها⁽²⁾، ولا يحد من هذه الحرية إلا مصالح الموكل والأعراف والممارسات المهنية⁽³⁾.

وعلى العموم تطبق، في هذا النوع من الوكالة، على العلاقة بين الوكيل والموكل القواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود.

2/1- إنابة الغير في تنفيذ الوكالة

تطبيقا للمادة 427 من م ت، يتعين على الوكيل بالعمولة أن ينفذ بنفسه الأوامر التي يتلقاها من موكله، ومع ذلك يمكنه أن ينوب عنه غيره في تنفيذها إذا خول له العقد أو العرف أو ظروف العملية هذه الصلاحية، وقد سبق التنصيص على هذه مقتضيات في الفصل 900 من ق ل ع⁽⁴⁾.

ويعتبر الوكيل بالعمولة مسؤولا في مواجهة الموكل والغير عن أنابه عنه في تنفيذ العمليات محل الوكالة⁽⁵⁾، كما يكون الوكيل بالعمولة الوسيط

Commission Facultative

⁽¹⁾ وهو ما يطلق عليه بالفرنسية:

⁽²⁾ الأصل في التزام الوكيل بالعمولة أنه التزام ببذل عناية.

⁽³⁾ يتعين على الوكيل في هذه الحالة أن يتصرف بعناية التاجر العادي المحترف، وأن يتقيد بما يقضي به العرف التجاري، وأن يتحرى عن حالة السوق وعن نوع البضاعة وحالتها قبل أن يقوم بشرائها، وأن يتحقق من يسار الشخص الذي يتعاقد معه، وأن يخطر موكله بذلك.

⁽⁴⁾ جاء في الفصل 900 من ق ل ع ما يلي: "لا يسوغ للوكيل أن يوكل تحت يده شخصا آخر في تنفيذ الوكالة، ما لم يمنح الصلاحية في ذلك صراحة، أو ما لم تستخلص هذه الصلاحية من طبيعة القضية أو من ظروف الحال".

⁽⁵⁾ ينص الفصل 901 من ق ل ع على ما يلي: "الوكيل مسؤول عن يوكل تحت يده. غير أنه إذا رخص له في أن يوكل تحت يده شخصا آخر دون أن يعين هذا الشخص، فإنه لا يكون مسؤولا (إلا إذا اختار لذلك شخصا لا تتوفر فيه الصفات المطلوبة لاجاز الوكالة أو إذا كان قد أحسن الاختيار ولكنه أعطى لمن وكل=

مسؤولاً بدوره في مواجهة الوكيل بالعمولة الرئيسي عن الأضرار التي يتسبب فيها، ويمكن للموكل رفع دعوى مباشرة ضد الوكيل من الباطن وفقاً لما ينص عليه الفصل 902 من ق ل ع⁽¹⁾.

ولا يجوز للوكيل بالعمولة الوسيط (الوكيل من الباطن) أن يتمسك بحق الامتياز المنصوص عليه في المادتين 425 و 426 من م ت م إلا في حدود المبالغ التي قد يستحقها من الموكل الأول⁽²⁾.

ب- التزام الوكيل بالأداء يكون طرفاً ثانياً في العقد

نص المادة 428 من م ت م على أنه: "لا يمكن للوكيل بالعمولة أن يجعل نفسه طرفاً ثانياً في العملية إلا بإذن الصريح للموكل"، وضعت هذه المادة مبدأ (ب/1) واستثناء (ب/2).

ب/1- المبدأ

الأصل ألا يجعل الوكيل بالعمولة من نفسه طرفاً ثانياً في العقد المكلف بإبرامه، بمعنى ألا يبرم العقد لفائدته، فإذا كلف بالبيع لا يمكنه الشراء لنفسه، وإذا كلف بالشراء لا يمكنه أن يبيع البضائع التي يملكها.

ويرجع السبب في تقرير قاعدة الحظر هذه إلى أن الوكيل يتحكم في إرادتين أو مصلحتين مختلفتين إذا ما كان طرفاً في العملية التي كلف بها

=تحت يده تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو إذا كان لم يراقبه مع أن مراقبته كانت ضرورية وفقاً لمقتضيات ظروف الحال".

(1) ينص الفصل 902 من ق ل ع على ما يلي: "في جميع الأحوال، يلتزم نائب الوكيل مباشرة تجاه الموكل في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل، وتكون له نفس حقوق هذا الأخير".

(2) تنص الفقرة الأخيرة من المادة 427 من م ت م على ما يلي: "وإذا أناب الوكيل بالعمولة عنه وكيلاً آخر، فلا يجوز لهذا الأخير التمسك بحق الامتياز المنصوص عليه في المادتين 425 و 426 إلا في حدود المبالغ التي قد يستحقها من الموكل الأول".

كوكيل بالعمولة: إرادة أو مصلحة الموكل وإرادته أو مصلحته هو، ويحتمل أن يضحى بمصالح الموكل مفضلا مصلحته الخاصة⁽¹⁾.

ويرتّب على مخالفة قاعدة الحظر بطلان عقد الوكالة بطلانا نسبيا لمصلحة الموكل بسبب التدليس أو الغلط في طبيعة الاتفاق⁽²⁾، فالموكل أبرم عقد وكالة وليس عقد بيع أو عقد شراء⁽³⁾، وبالتالي فالبائع أو المشتري لمصلحته الخاصة لا يعتبر وكيلًا بالعمولة⁽⁴⁾؛ ويمكن للموكل المطالبة بإبطال العقد واسترداد المبالغ التي دفعها للوكيل مع إمكانية مطالبته بالتعويض، كما يجوز للموكل في هذه الحالة إجازة التعاقد فيزول البطلان⁽⁵⁾، فتصبح العلاقة بينه وبين الوكيل محكومة بالعقد الذي أبرمه هذا الأخير مع نفسه لا بعقد الوكالة، ومن ثم لا تستحق العمولة المتفق عليها للوكيل⁽⁶⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك حينما كيّفت تنصيب الوكيل لنفسه طرفا ثانيا في العملية التي كلف بها لحساب الموكل جريمة نصب لاتخاذ صفة وسيط مزيف⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ ذلك لأنه من المتوقع أن يحاول شراء ما كلف ببيعه بارخص الأثمان في حين تقتضي مصلحة موكله أن يبيع بأعلى الأسعار.

⁽²⁾ ويلاحظ أن المشرع لم يحدد جزاء معينا على مخالفة قاعدة الحظر.

⁽³⁾ انظر: P. CHAUVEL, art. préc. n°143, p.14.

⁽⁴⁾ انظر: Req. Franc. 28oct.1903, DP,1904, 1, 88.

⁽⁵⁾ محمد السيد الفقي، م.س.ص. 257؛ مصطفى كمال طه، م.س.ص. 99.

⁽⁶⁾ محمد السيد الفقي، م.س.ص. 257.

⁽⁷⁾ انظر:

Cass. Crim. 16fév.1907 et 12 mars 1909, DP,1909, 1, 201, note L. LACOUR ; 1^{er} déc.1911 et 23 janv. 1913, DP 1915, 1, 57, note L. LACOUR.

ويرى بعض الفقه أن قاعدة الحظر لا تحول مع ذلك دون تنفيذ الوكيل لما يسمى "صفقة التطبيق"⁽¹⁾، لأن الوكيل ليست له مصلحة شخصية في العملية ما عدا كونه يتقاضى عمولة مزدوجة ولكن لا يجب أن يفضل أحد الوكيلين على الآخر⁽²⁾؛ ويقصد "بصفقة التطبيق" تنفيذ الوكيل لأمرين معكوسين صادرين عن موكلين مختلفين، ومثال ذلك تكليفه من طرف الموكل الأول بشراء بضاعة معينة، وتوكيله من طرف الموكل الثاني في بيع بضاعة تحمل نفس الأوصاف التي طلبها موكله الأول.

بجـ 2- الاستثناء

أجاز المشرع للموكل، بمقتضى المادة 428 من م.ت، أن يجعل من نفسه - بإذن صريح من الموكل - طرفا ثانيا في العملية التي كلف بها لأن أسباب الحظر المشار إليها سابقا لا تتحقق في هذه الحالة، كما أن الموكل باستطاعته حماية مصالحه الخاصة ولا يمكنه التمسك بالغلط أو التدليس.

ويشترط المشرع في الإذن الممنوح من الموكل إلى الوكيل أن يكون صريحا، ولا يهم إن ورد هذا الإذن في العقد الأصلي أو في عقد لاحق أو حتى شفويا، وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي⁽³⁾، ويهدف

⁽¹⁾ بمعنى تطبيق أحد الأمرين لتنفيذ الأمر الثاني، ويطلق على هذه العملية باللغة الفرنسية :

Le marché d'application

⁽²⁾ انظر:

M. Pédamon, op.cit. n°623,p.583 ; P. CHAUVEL. art. préc. n°139 ; p.14 ; G. Ripert et R. Roblot , op. cit. n°2651. Cass .Com. 8déc.1998, DMF 1999 ,152 ; 13 nov.1985,Gaz. Pal.1986.2. Somm 281.

⁽³⁾ انظر على سبيل المثال:

CA Rouen, 26 janv.1904.2.110, Req. 22mai 1905, DP 1906 , note L.LACOUR ; CA Paris 6 déc 1904 et 11 nov.1905, DP, 1906.2.17, note L.LACOUR ; Req 27 nov.1907 et 30 juin.1909, DP.1909.1.201. note L.LACOUR.

المشرع من اشتراط الإذن الصريح إلى تفادي ما يمكن أن يحدث من اختلاف بين الطرفين حول وجود أو عدم وجود هذا الإذن.

ونعتقد أنه لا ضرر يصيب الموكل لو توسع المشرع في الاستثناءات الواردة على الحظر فأضاف إلى الإذن الصريح الإذن الضمني الذي يستتج من ألقاظ أو من شروط الاتفاق⁽¹⁾، أو الإذن الناتج عن إجازة الموكل للعملية بعد تمامها، أو كذلك حالة كون تعليمات الموكل بشأن العملية صريحة ومحددة وأمرة ونفذها الوكيل بدقة.

ويتعين على الوكيل في هذه الاستثناءات، بطبيعة الحال، أن يكون جد حذر وأن يبذل عناية خاصة في تنفيذ الوكالة حتى لا يؤاخذ عليه تفضيله لمصلحه الخاصة على مصالح موكله.

يشار التساؤل إذن حول الآثار القانونية المترتبة على الإذن الممنوح للوكيل، فهل يجب إعادة تكييف العقد؟ يرى بعض الفقه أن العقد يتحول إلى عقد بيع يصبح فيه الوكيل هو المتعاقد الأصلي في مواجهة الموكل، وتتغير صفته القانونية من وكيل بالعمولة إلى بائع أو مشتري بحسب طبيعة الصفقة، والنتيجة المترتبة على ذلك هي عدم استحقاق الوكيل بالعمولة للأجر⁽²⁾، كما يفقد الامتيازات الخاصة به⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك، يرى بعض الفقه الآخر أن العقد لا تتغير طبيعته القانونية ويستمر بين الطرفين على طبيعته الأصلية أي عقد وكالة بالعمولة، فالوكيل بالعمولة حينما جعل من نفسه بائعا أو مشتريا فهو في

(1) فقد يتجلى من شروط أو مقتضيات العقد أن الوكيل مسموح له بالتعاقد أصالة عن نفسه ونهاية عن موكله فيكون طرفا في العملية التي تكلف بها دون حاجة إلى التصويض صراحة على الإذن بذلك، وتكون التنية المشتركة للطرفين أن ينصب الوكيل نفسه طرفا في العملية المكلف بها.

(2) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 256، بند 164.

(3) سميحة القلوبوي، م.س.ص. 61.

ذات الوقت قام بتنفيذ عقد الوكالة، ولاشك أن للموكل مصلحة في البقاء على عقد الوكالة لأن الوكيل يظل ملزماً بتقديم الحساب.

ويبدو أن الرأي الأول هو الأقرب إلى المنطق انطلاقاً، على الأقل، من سبب الحظر والجزاء المترتب على مخالفته أي غلط الموكل (التلقائي أو المستتار) في طبيعة العملية، فإذا انتفى الغلط لدى الموكل فمعناه علمه الأكيد بأن الأمر يتعلق ببيع أو شراء، ومن ثم لا داعي لاستمرار عقد الوكالة قائماً، فالعلاقة الناشئة بين الوكيل والموكل أصبحت علاقة بين بائع ومشتري.

ج- الالتزام بالإعلام والنصح

اختصر المشرع الالتزام بالإعلام في التزام الوكيل بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم⁽¹⁾، ولكن الالتزام بالإعلام أوسع من مجرد الكشف للموكل عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم الوكيل، فهو يتضمن الالتزام بتقديم الحساب ومعلومات أخرى تهم الموكل، ويشمل كذلك الالتزام بالنصح، ويجب تنفيذه قبل إبرام العملية وأثناء إبرامها وبعد إبرامها.

ونعتقد أن تركيز المشرع على ضرورة كشف الوكيل للموكل عن الأغيار الذين تعاقد معهم كان من باب الحشية أن يلجأ الوكيل، مثلاً، إلى استخدام اسم مستعار لعقد الصفقة دون علم الموكل مما يكتمل معه تفضيل مصلحة الوكيل على مصلحة الموكل، أضف إلى ذلك أن علم الموكل بالأغيار الذين تعاقد معهم الوكيل يساعد الموكل على ممارسة حقه في الرجوع عليهم بالدعوى المباشرة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 429 من م.ت.

⁽¹⁾ تنص الفقرة الأولى من المادة 429 من م.ت على أنه: "الوكيل بالعسولة ملزم بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم".

ويستنتج من ذلك أن الوكيل بالعمولة ملزم بعقد الصفقة مع الغير، ويعتبر محلاً بهذا الالتزام إذا لم يوجد هذا الغير، ومن حق الموكل أن يطالبه بإثبات صحة الطرف الثاني تحت طائلة مطالبته بالتعويض.

ويرى بعض الفقه أن الوكيل بالعمولة غير ملزم بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقدهم معهم خشية أن يحاول الموكل الاتصال المباشر مع هؤلاء الغيار دون الاستعانة بخدمات الوكيل⁽¹⁾. لكن يعاب على هذا الرأي إغفاله للغاية من إعلام الوكيل للموكل بأسماء الغيار الذين تعاقدهم معهم والتي هي تمكين الموكل من الرجوع المباشر على هؤلاء، ثم إنه حتى على فرض أن الوكالة مستمرة زمنياً بين طرفيهما، فإن اتصال الموكل مع هؤلاء مباشرة وإبرامه معهم العقود التي كلف بها الوكيل يجعله مخالفاً لمقتضيات العقد ولعناصر الثقة وحسن النية⁽²⁾، وهو ما يفتح الباب أمام الوكيل لمطالبته بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت به، بل يمكن للمحكمة الحكم عليه بأدائه للوكيل تعويضاً يوازي الأجر الكامل إذا ثبت لها أن إبرام الموكل للعقد مع الغير كان هو السبب في عدم نجاح الوكيل في إبرام هذا العقد. ولا ينبغي أن ينتظر الوكيل طلب المعلومات من الموكل بل يجب عليه تزويده بها ولو لم يطلبها، وهكذا يتعين على الوكيل بالعمولة أن يثير انتباه الموكل إلى الفائدة من التأمين وحدوده حينما يتعلق الأمر بنقل البضائع موضوعاً له نظام التأمين وسقف التعويضات⁽³⁾.

SANTOS (A.P) et TOE (J-Y), op.cit.n°444,p. 275.

(1) انظر:

(2) تعتبر الوكالة بالعمولة من عقود منتهى حسن النية.

(3) انظر:

Com. Française, 18 juin 1980. BT.1980.552, CA Paris, 6 nov.1982, BT.1982.84.

وكذلك فالوكيل المكلف بالنقل الدولي يفترض فيه العلم بكل القوانين الواجبة التطبيق على العملية حتى ولو كانت أجنبية من أجل أن يتمكن من نصح زبونه؛ والوكيل بالعمولة في الجمارك، باعتباره مهنيا مختصا في التشريعات والإجراءات الجمركية، فهو ملزم بإعلام ونصح زبونه؛ والبنكي بدوره ملزم بإعلام زبونه، بمخاطر العمليات التي تسوى شهريا ما لم يكن له علم بها.

ولا يلزم الوكيل بالعمولة بتنفيذ الالتزام بالإعلام قبل إبرام العملية المكلف بها فقط، بل يتحمل هذا الالتزام حتى أثناء تنفيذ هذه العملية لأن مصلحة الموكل تقتضي متابعة العملية حتى يتمكن من إعطاء التعليمات للوكيل وهو على بينة من الأمر، ومن ثم وجب على الوكيل بالعمولة الإفضاء للموكل بكل المعلومات المفيدة المتعلقة بالعملية التي كلف بتنفيذها، والصعوبات التي تواجهه، وكل ما يساعد الموكل على التدخل المفيد لأجل حماية مصالحه.

ويتحمل الوكيل بالعمولة الالتزام بالإعلام حتى بعد تنفيذ العملية التي كلف بها، ومعنى ذلك التزامه بتقديم الحساب للموكل بكل صدق وأمانة تماما كالوكيل العادي⁽¹⁾، فعدم تقديم الحساب يدفع إلى الاعتقاد بأنه كان يتصرف لحسابه الخاص، لذا يجب عليه أن يقدم للموكل حسابا مفصلا وشاملا لكل ما أجراه من أعمال، ومدعما بالأسانيد اللازمة للتحقق من سلامته كالفاتورات والإيصالات وجدول مفصل بمضمون الحساب.

⁽¹⁾ ينص الفصل 908 من ق.ل.ع على ما يلي: "على الوكيل أن يقدم لموكله حسابات عن أداء مهمته، وأن يقدم له حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه، موبدا بالأدلة التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها".

ويمكن للموكل الذي ينازع في صحة الحساب أن يطلب من المحكمة التجارية إجبار الوكيل على تقديم دفاتره الخاصة للاطلاع عليها وفحصها بواسطة خبير تنتدبه لهذا الغرض أو بمعرفة المحكمة نفسها، وهذه الأخيرة السلطة التقديرية حول مدى ملائمة هذا الإجراء، ويمكنها رفضه إذا لم تتوافر دلائل قوية على الشك في صحة الحساب.

ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحصل لنفسه من الصفقة المكلف بها على أية فائدة شخصية ما عدا العمولة المتفق عليها والمصروفات والتسبيقات، وإذا خالف هذا الالتزام يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة، وكذلك فالوكيل بالعمولة المكلف بالشراء يجب عليه أن يقدم الحساب للموكل عن المحصومات والتخفيضات الممنوحة من طرف البائعين. بمناسبة الأشرية، ولا يجوز للوكيل قبول عمولة من الغير المتعاقد معه.

وأخيراً تجب الإشارة إلى أن الموكل يمكنه إعفاء الوكيل من تقديم الحساب.

٢- الالتزام بالمحافظة على السر

باعتبار الوكالة بالعمولة نيابة ناقصة، فهي تتميز بالإبقاء على اسم الموكل سرا، لذا يلزم الوكيل بالعمولة بعدم الكشف عن اسم موكله للأغيار الذين يتعاقدون معه، فقد تقتضي المصالح المهنية للموكل إبقاء هويته مجهولة من طرف الغير، ويعد الوكيل مخطئاً إذا أعلن عن هوية موكله للغير⁽¹⁾.

(1) هذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الفرنسي، أنظر مثلاً:

ومع ذلك يمكن للموكل أن يجعل الوكيل في حل من الالتزام بالحفاظ على السر إما بالسماح له بالكشف للغير عن هويته أو بإجباره على ذلك، ولا يؤثر هذا على طبيعة العقد الذي يظل وكالة بالعمولة ولا يتحول إلى وكالة بالمفهوم المدني، وبالتالي لا يتوفر الأغيار إلا على دعوى مباشرة في مواجهة الوكيل وحده.

وخارج حالة الإذن للوكيل بالإعلان عن اسم الموكل، قد يكون اسم هذا الأخير أحيانا معروفا بالضرورة لدى الغير، ويكون الأمر كذلك عندما تحمل البضاعة المبيعة لحساب الموكل علامة الصنع الخاصة به، وعلى العكس من ذلك فالمرشع ألزم الوكيل بالكشف للموكل عن أسماء الأغيار الذين تعامل معهم طبقا للمادة 429 من م.ت.

2- التزامات الموكل

لم ينظم المشرع التزامات الموكل بمقتضيات خاصة كما فعل بالنسبة للوكيل بالعمولة، ويبدو من الملائم الرجوع إلى القواعد المنظمة للوكالة المأجورة التي تلزم الموكل بتمكين الوكيل بسبل إنجاز مهمته، وإدلائه له بكافة البيانات الضرورية لتنفيذ مهمته، ويلزم أساسا بأداء العمولة المتفق عليها للوكيل وبدفع المصاريف التي أنفقها، وبتعويضه عن الأضرار التي تلحقه.

1- التزام الموكل بالإعلان

يذهب بعض الفقه عن حق إلى أن حسن النية التعاقدي يلزم الموكل بتمكين الوكيل من جميع العناصر الضرورية لتنفيذ مهمته، ومثال ذلك أن الموكل ملزم بإعلام وتحذير الوكيل بالعمولة في نقل البضائع - ولو أنه مهني - عندما تقتضي ذلك نوعية البضاعة المرسلة، وبالتالي يعفى الوكيل بالعمولة من المسؤولية التعاقدية إذا أهمل الموكل إثارة انتباهه إلى خاصية غير ظاهرة في البضاعة المنقولة⁽¹⁾.

P.CHAUVEL, art. préc. n°188,p.18.

(1) انظر:

ويشمل الترام الموكل بإعلام الوكيل كل البيانات المتعلقة بالبضاعة أو الخدمة أو العقد موضوع عقد الوكالة، وقد سبق توضيح ذلك عند دراسة عقد الوكالة التجارية.

٥٦- الالتزام بأداء العمولة

تشكل العمولة التزاما أساسيا يقع على عاتق الموكل وفقا للفقرة الأولى من المادة 424 م.ت التي تنص على ما يلي: "يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة بمجرد إبرام العقد مع الغير"، وكذلك الفصل 888 من ق.ل.ع الذي وإن نص على أن "الوكالة بلا أجر" فقد أعقب ذلك بالتنصيص على أن "بجانية الوكالة لا تفترض بين التجار فيما يتعلق بالأعمال التجارية"، وكذلك إذا "كلف الوكيل بعمل داخل في حرفته أو مهنته" أو "إذا قضى العرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة"، ويطلق على أجرة الوكيل بالعمولة تسمية العمولة وفقا لما يجري به العرف⁽¹⁾.

ويمكن تحديد العمولة عادة في نسبة معينة من مبلغ الصفقة التي تم إبرامها (2% أو 3% أو 5% مثلا)⁽²⁾، ويمكن تحديد العمولة بمبلغ معين عن كل صفقة، ويمكن أن تكون العمولة مشروطة ببيع البضاعة بضمن يفوق مبلغا معينا، أو تحديد العمولة فيما زاد على البيع بضمن معين، وتحديد نسبة أو مبلغ العمولة باتفاق الطرفين، وإذا لم يوجد اتفاق فبمقتضى عرف المهنة لمكان تنفيذ العقد أو لأقرب مكان له، وعند عدم وجود العرف المهني تحده المحكمة بناء على مختلف عناصر العملية وظروف الحال⁽³⁾.

⁽¹⁾ La Commission
⁽²⁾ وتحسب هذه النسبة على أساس القيمة الإجمالية للعملية التي تشمل إضافة إلى الثمن مصروفات النقل

والتأليف والتأمين وغيرها ما لم يكن هناك اتفاق مخالف.

⁽³⁾ تجب الإشارة إلى أن حق الوكيل في العمولة لا يتوقف على تحقيق ربح لفائدة الموكل من خلال الصفقة التي أبرمها الوكيل مع الغير، فحتى ولو ترتبت خسارة على العملية التي أبرمها الوكيل فهو يستحق العمولة.

ولا يجوز للقاضي تخفيض مقدار العمولة الذي يستحقه الوكيل بالعمولة باتفاقه مع الموكل لأن الاتفاق على الأجر تم بين تاجرين يتمتعان بالخبرة الكافية في تحديد الأجرة ولا يتصور أن يقع من أحدهما غبن على الآخر.

تطبيقاً للمادة 424 من م.ت، يجب التمييز فيما يتعلق باستحقاق الوكيل للأجر بين حالة إبرام العقد الذي كلف به وحالة تعذر إبرام العقد: ففي الحالة الأولى، يستحق الوكيل بالعمولة مبلغ العمولة بمجرد إبرام العقد ولو لم يتم تنفيذه بصفة نهائية لأن التزامه قبل الموكل ليس التزاماً بنتيجة، وإذا لم ينفذ الوكيل إلا جزء من مهمته من دون أن يسند إليه خطأ فلا يستحق إلا جزء من العمولة كما يحددها العرف أو القاضي في حالة عدم وجود عرف.

أما في الحالة الثانية، أي حالة عدم إبرام الصفقة، فلا يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة، وقد أحال المشرع بخصوص هذه الحالة إلى مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 915 من ق.ل.ع⁽¹⁾، وبذلك إذا قام الوكيل بالعمولة بكل ما يؤدي إلى إبرام الصفقة، ونفذ تعليمات الموكل دون خطأ، ومع ذلك لم ترم الصفقة بسبب خطأ يعزى إلى الموكل أو بسبب قوة قاهرة، فالوكيل يستحق التعويضات⁽²⁾.

وإذا تعذر إبرام الصفقة لسبب يرجع إلى المتعاقد الآخر أو الغير، فالوكيل بالعمولة لا يستحق أجره في مواجهة الموكل لأن الأجر مرتبط بمباشرة التصرف لحساب الموكل، وليس أمام الوكيل إذن إلا الرجوع على

⁽¹⁾ المادة 424 من م.ت.

⁽²⁾ يذهب القضاء الفرنسي إلى أنه إذا كان عدم تنفيذ الوكيل لمهمته يرجع إلى قوة قاهرة فهو يستحق أجره بالكامل، أنظر في هذا الصدد:

Req. 12 juin 1926, DP, 1926.1.376, n°246.

المتعاقد الآخر أو الغير لتعويضه عما أصابه من ضرر ناتج عن عدم إبرام الصفقة⁽¹⁾.

ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يفيد من الوكالة بشيء آخر أو أن يطالب بأية مكافأة مقابل قيامه بمهمته ما عدا العمولة المتفق عليها، ولا يمكنه بالخصوص إذا أبرم الصفقة بشروط أفضل الاحتفاظ لنفسه بالفرق، فهو ليس إلا وسيط، ويجب أن تقول الأرباح التي يمكن تحقيقها إلى من أجري التصرف لحسابه⁽²⁾، ويشكل احتفاظه بها جريمة خيانة الأمانة، ومع ذلك طالما يوجد عقد وكالة يربط الوكيل بالموكل أمكنهما التنصيص فيه على طريقة معينة تسمح للوكيل بالاحتفاظ بكل أو بجزء من الفرق.

ولا تدخل المصاريف العامة التي أنفقها الوكيل بالعمولة لإتمام العمل المكلف به ضمن مبلغ العمولة، بل تشكل محلا لالتزام مختلف هو الالتزام برد المصاريف.

ج- الالتزام برد المصاريف

يلتزم الموكل إضافة إلى أداء العمولة برد كافة المصاريف التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة، ومن الأمثلة على هذه المصاريف ما ينفقه الوكيل بالعمولة على نقل البضاعة محل التعاقد، والرسوم الجمركية، ومصاريف الإيداع والتخزين وكذا قسط التأمين على البضاعة إذا أوصى به الموكل أو كان العرف التجاري أو طبيعة البضاعة تقتضيه، إلى غير ذلك من النفقات التي تقتضيها طبيعة البضاعة.

⁽¹⁾ سميحة القلوبوي، ج.س.84.

⁽²⁾ ينص الفصل 896 من ق.ل.ع على أنه: "إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة، فإن الفرق يكون لفائدة الموكل".

ويلزم الموكل فضلاً عن ذلك برد المبالغ التي أداها الوكيل مسبقاً كتمن للبضاعة المكلف بشرائها، وكذلك المبالغ التي سحبتها من الوكيل بالعمولة من الثمن قبل بيع البضاعة؛ كما يلتزم بأداء الفوائد القانونية عن كل هذه النفقات محسوبة من يوم صرفها⁽¹⁾، ولا يهتم في كل ذلك إن لم تتم الصفقة أو لم تترتب عليها الآثار المتوخاة من طرف الموكل طالما لم يصدر من الوكيل خطأ.

ويلزم الموكل برد هذه المصاريف والتسبيقات للوكيل بالعمولة سواء تم التنصيب عليها صراحة في العقد أو كانت ضرورية كأن تقتضيها حاجة رئيسية أو ظروف الحال⁽²⁾، أو على الأقل يجب أن تكون مفيدة وتحقق مصلحة للموكل، كما يجب أن تكون معقولة وغير مبالغ فيها، وللمحكمة السلطة التقديرية في تحديد الطابع التعسفي أو الطابع الضروري لهذه المصاريف.

ولا يعتبر الالتزام برد المصاريف والتسبيقات من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق بين الطرفين على تحديد العمولة بشكل جزائي تتضمن الأجرة والمصاريف والتسبيقات⁽³⁾.

(1) وذلك خلاف لما عليه بالنسبة للأجر إذ لا يلزم الموكل بداء الفوائد عنه في حالة التأخير في الوفاء إلا من يوم المطالبة القضائية تطبيقاً للقواعد العامة.

(2) انظر:

SANTOS (A.-P) et TOE (J.-Y), op.cit.n°455, p.282 ; P. CHAUVEL, art. préc. n°202, p.20.

(3) انظر في القضاء الفرنسي:

CA. Paris 12 juin.1989,et CA Versailles 12 oct.1989, Gaz. Pal.1990.1, Somm .312 et 313 ,CA Paris 16 juin 1992, RJD 1992 -10-n°902.

د- الالتزام بتعويض الوكيل

بما أن الوكيل بالعمولة يمنع عليه الحصول على أية فائدة خاصة من الصفقة المكلف بها غير عمولته، فلا يجب أن يتحمل أية خسارة، ولذلك يجب على الموكل تعويضه عن الأضرار التي تلحقه من جراء تنفيذ العمل الموكول إليه طالما لم يصدر منه خطأ.

ولإجبار الموكل على تعويض الوكيل عما يصيبه من أضرار يجب أن تنتج هذه الأضرار بمناسبة تنفيذ الوكالة، كما لو أنه ما كان سيتضرر لولا وجود الوكالة بالعمولة، ولكن لا تؤخذ في الاعتبار إلا الخسارة الناتجة مباشرة عن تنفيذ الوكالة أو بمناسبة تنفيذها، فلا يتحمل الموكل - مثلاً - الخسارة الناتجة عن انشغال الوكيل بشؤون الموكل وإهماله لشؤونه الخاصة⁽¹⁾، أو الخسارة التي تلحقه نتيجة فعله أو خطأه أو لأسباب أخرى بعيدة عن الوكالة.

هـ- التزام الوكيل بالعمولة بالخمار

لا تقتضي طبيعة الوكالة بالعمولة أن يضمن الوكيل بالعمولة التنفيذ السليم والفعلي للعقد التي يبرمها مع الغير، فالأصل أن تنتهي مهمته بإبرام العقد المكلف به، ولا يعتبر مسؤولاً عن عدم التنفيذ إلا إذا كان لخطأ شخصي من جانبه كأن يتعاقد مع شخص ظاهر الإعسار أو يخالف تعليمات الموكل الآمرة، وبذلك إذا ما تعاقد الوكيل بالعمولة مع أحد الأشخاص ثم تبين عدم ملائته لتنفيذ العقد أو لم يقوم بتسليم المبيع، فإن الوكيل بالعمولة غير مسؤول لعدم صدور خطأ من جانبه، والموكل هو

P. CHAUVEL, art. préc. n°206, p.20.

(1) أنظر:

الذي يتحمل مخاطر إعسار أو إفلاس أو تقصير التعاقد مع الوكيل لأن التعاقد تم لحسابه.

غير أنه في وكالة البيع أو شراء البضاعة بالخصوص، كثيراً ما يرغب الموكل في وضع كل ثقته في الوكيل بالعمولة للانفلات من مخاطر عدم تنفيذ العقود المبرمة مع الغير، فيتفق مع الوكيل بالعمولة على ذلك بمقتضى شرط خاص يرد عادة نظير عمولة مرتفعة نسبياً، وهو ما يعرف بشرط الضمان⁽¹⁾، ويسمى الوكيل بالعمولة في هذه الحالة: الوكيل بالعمولة الضامن⁽²⁾.

وقد ينشأ الالتزام بالضمان بمقتضى قاعدة عرفية محلية أو خاصة بنشاط تجاري معين، أو بمقتضى نص تشريعي كما هو الشأن في الوكالة بالعمولة في البورصة، والوكالة بالعمولة في النقل⁽³⁾، كما يمكن أن يستتج من ظروف التعاقد كأن يتسلم الوكيل بالعمولة كشفاً بالحساب يشير إلى كونه مدنياً ملتزماً بمقتضى اتفاق الضمان ويقبله بدون تحفظ، فيعتبر في هذه الحالة كمن يعلم ويقبل بوجود هذا الاتفاق، ولا يعتبر ارتفاع مقدار الأجر قرينة على وجود شرط الضمان ما لم تؤكد وجوده ظروف وشروط التعاقد ذاتها، وعلى العكس من ذلك عندما تكون إرادة الطرفين ثابتة، فإن عدم الاتفاق على عمولة خاصة، لا يمكن أن يؤدي إلى القول بانعدام صفة الضامن لدى الوكيل بالعمولة، وتكون جميع وسائل الإثبات المعمول بها في المجال التجاري مقبولة لإثبات الاتفاق الضمني على الضمان بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن⁽⁴⁾.

(1) Clause ducroire ou convention ducroire
(2) le commissionnaire ducroire

(3) المادة 430-3 من م.ت.

(4) انظر:

ويترتب على شرط الضمان التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ الغير المتعاقد معه لالتزاماته تنفيذا كاملا في الأجل المحدد: فهو يضمن ملاءة الغير وأداء الثمن للموكل إذا كان مكلفا بالبيع⁽¹⁾، ويضمن حسن تسليم البضائع إذا كان مكلفا بالشراء، وهو ما يشبه عن التعاقد مع مشترين مشكوك في ملاءتهم، ويؤدي الالتزام بالضمان إلى تشديد مسؤولية الوكيل بالعمولة إلى حد اعتباره مسؤولا عن عدم التنفيذ ولو كان راجعا إلى قوة القاهرة بحيث يظل الوكيل بالعمولة ملتزما رغم سقوط التزام الغير⁽²⁾، وبذلك ينقلب التزامه إلى التزام بنتيجة، ولا يستطيع دفع المسؤولية إلا بإثبات خطأ الموكل كوجود عيب بالبضاعة المكلف ببيعها أدى إلى امتناع الغير عن الوفاء بالثمن، أو عدم أداء الموكل ثمن البضاعة التي اشتراها الوكيل خلال الأجل المتفق عليه مما أدى إلى امتناع الغير عن تسليم البضاعة للوكيل، أو حينما يتمسك الغير بالمقاصة بدين له على الموكل.

وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة شرط الضمان: هناك من اعتبره كفالة تضامنية⁽³⁾، ولا شك أن من آثار الكفالة التضامنية عدم إمكانية الوكيل بالعمولة الضامن - كالكفيل المتضامن - الدفع بتجريد الموكل، وبالمقابل لا يعد مسؤولا عن عدم التنفيذ الراجع إلى قوة القاهرة مادامت هذه الأخيرة تؤدي إلى انقضاء التزام الغير أصلا.

(1) ولا ينحصر التزام الوكيل بالعمولة الضامن في حالة عدم ملاءة الغير فقط بل أنه يتحمل المسؤولية كذلك عن عدم تنفيذ الالتزام في الأجل المحدد، فالوكيل بالعمولة الضامن يقبل بكافة مخاطر عدم تنفيذ العقد.

(2) مصطفى كمال طه، م.ب.ص. 121، وأنظر كذلك:

A. BENABENT, *contrat de commission*, J.-C. de Contrats de distribution, fasc. 480, 1992, n°71 ; G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.* n°2653.

M. Pédamon, *op.cit.* n°465, p.289 ; B. BOULOC, *op. cit.* n°112.

(3) أنظر:

ويعاب على هذا الرأي، بصفة عامة، أن الكفالة تعد اتفاقاً تابعاً يضمن التزاماً أصلياً، بينما في الوكالة بالعمولة لا يوجد "عقد أصلي" بين الغير والموكل، فالوكيل بالعمولة هو الوحيد الملتزم في مواجهة الموكل⁽¹⁾، وبعبارة أخرى، فالتزام الوكيل بالعمولة ليس التزاماً تابعاً لالتزام الغير حتى ينقضي بانقضائه، بل يعتبر كل منهما مستقلاً عن الآخر⁽²⁾.

ويرى الاتجاه الراجح أن شرط الضمان نوع من التأمين ضد مخاطر عدم التنفيذ أياً كانت، وذلك نظير عمولة خاصة يدفعها الموكل للوكيل بالعمولة الضامن تمثل قسط التأمين⁽³⁾، لكن هذا الرأي لا يستقيم في غياب العمولة الزائدة التي تشكل قسط التأمين، ذلك أن الوكيل بالعمولة قد يقبل بشرط الضمان دون زيادة في أجره، ويضاف إلى ذلك أن شرط الضمان - على خلاف التأمين بالمعنى الفني - يغطي ليس فقط التأمين من خطر إعسار الغير المتعاقد مع الوكيل، وإنما كذلك عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته التعاقدية ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك⁽⁴⁾؛ ثم إن شرط الضمان ليس عقداً مستقلاً، وإنما يعد جزء من عقد الوكالة، ولا يشترط تحقق الخطر، ولذلك يمكن القول، مع بعض الفقه، إن اتفاق الضمان مجرد شرط يرد في عقد الوكالة بالعمولة يلتزم بمقتضاه الوكيل بالعمولة بتنفيذ التزامات الغير حين امتناعه عن تنفيذها على أن هذا الالتزام لا ينحصر بالضرورة في إعسار هذا الغير⁽⁵⁾، إذن فالالتزام بالضمان مرتبط بما تنصرف

HEMAR. (J), op. cit. n°715.

(1) انظر:

(2) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 259، بند 166.

(3) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 259، بند 166؛ مصطفى كمال طه، م.س. ص.120، بند 106.

(4) انظر: J. HEMAR, op. cit. n°715 ; G. Ripert et R. Roblot, op. cit. n°2653, p.687.

(5) نفس المرجع السابق، نفس المكان.

إليه نية الطرفين، وهو يوفر في كل الأحوال الأمان والطمأنينة للموكل مقابل عمولة إضافية.

ثانياً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الغير

تختلف الوكالة بالعمولة عن الوكالة المدنية المتميزة بالنيابة في التعاقد، ولذلك فعلاقات طرفي عقد الوكالة بالعمولة بالغير ليست هي العلاقات الناشئة عن عقد الوكالة المدنية، ولتوضيح هذه العلاقات يتعين معالجة علاقة الغير المتعاقد بالوكيل ثم علاقة الغير المتعاقد بالموكل.

1- العلاقة بين الموكل بالعمولة والغير

بما أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي فإن العلاقات القانونية المباشرة تنشأ بينه وبين الغير، فيظهر الوكيل بالعمولة في مواجهة الغير وكأنه المتعاقد الأصلي، وتنصرف إليه مباشرة الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه مع الغير باعتباره أصيلاً في هذا العقد، فيكون بائعاً أو مشترياً أو دائناً أو مدانياً للغير الذي تعاقد معه، ويعتبر مسؤولاً في مواجهة الغير عن تنفيذ العقد، فإذا كان بائعاً كان دائناً بالثمن ومدانياً بتسليم محل البيع في مواجهة الغير، ولا يمكن لهذا الأخير أن يرفع دعواه إلا ضده.

ولا يتغير هذا الحكم حتى ولو علم الغير بصفته كوكيل بالعمولة، أو علم باسم الموكل وصفته لأن العبرة بصفة الوكيل عند التعاقد، فيما أنه يتعاقد باسمه الشخصي فهو الطرف الأصلي في مواجهة الغير، أما إذا تعاقد باسم الموكل، فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات ينصرف مباشرة إلى الموكل دون الوكيل.

2- العلاقة بين الموكل والغير

يتصرف الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي ولكن لحساب موكله، وهذا ما يثير التساؤل حول ما إذا أمكن أن تنشأ علاقات مباشرة بين

الموكل والغير، أو على العكس من ذلك لا يجب الأخذ في الاعتبار سوى علاقتان مختلفتان ومتابعتان ومستقلتان: بين الموكل والوكيل من جهة، ثم بين الوكيل بالعمولة والغير من جهة ثانية.

ينكر أغلب الفقه وجود علاقات مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل، ويعتبر الوكيل بالعمولة الملتزم الوحيد في مواجهة الغير، أما الموكل فلا يملك أية دعوى مباشرة ضد هذا الغير⁽¹⁾، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي كذلك⁽²⁾.

وتحلى أسانيد هذا الاتجاه في ثلاث حجج: أولها أن الفقرة الأولى من المادة ل. 132 من مدونة التجارة الفرنسية تنص على أن الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه الشخصي، ويقابله الوكيل الذي يتصرف باسم الموكل في الوكالة المدنية، فما دام الوكيل بالعمولة يتصرف باسمه الشخصي

(1) انظر:

G. Ripert et R. Roblot, op.cit. n° 2635, p.681 ; Escara et Rault , Traité de droit commercial, Sirey 1955, T.2, par J.Hemard, n°688 ;F. Collart et Ph. Delebecque, op.cit n°663,p.520 ; J.-M Mousseron, Technique contractuelle : Francis Lefebvre, 2^{ème} éd.1999, n°453 ets ; P.-H. Antonmattei et J.Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 3^{ème} éd.2002, n° 231 ets ; M. Behar- Touchais et G. Virassamy, les contrats de la distribution, Traité des contrats, Sous direction J. Ghestin, LGDJ.2000, 2^{ème} éd. N°976 ; M. Pédamon, op. cit. n°696 ; B. STARCK, les rapports du Commettant et du commissionnaire avec les tiers, dans les études publiées pour HAMEL, Dalloz , 1949, p.200.

(2) وتكفي الإشارة على سبيل المثال إلى القرار الصادر عن محكمة النفض الفرنسية بتاريخ 9 دجنبر 1997 الذي ورد فيه ما يلي:

« Attendu que la cour d'appel a exactement énoncé que le transporteur maritime, pour le recouvrement du fret à lui dû , n'a d'action directe à l'encontre du commettant du commissionnaire de transport que ci celui-ci agi non en son propre nom comme le prévoit l'article 94, alinéa 1^{er}, du code de commerce, mais au nom de son commettant, ainsi que l'envisage l'alinéa 2 du même texte, des lors c'est seulement dans ce dernier cas que les dispositions du code civil sur le mandat sont applicables au contrat de commission de transport » (Bull. civ. IV, rapp, J.-P. Reméry.

فليست هناك نيابة تبرر إقامة علاقة مباشرة بين الموكل والغير على خلاف ما عليه الأمر في الوكالة المدنية؛ والمبرر الثاني مستوحى من إرادة الطرفين التي تبقى الموكل أجنبيا عن التصرف الذي يجريه الوكيل؛ أما المبرر الثالث فهو ناتج عن سرية المعاملات لأن الوكيل ملزم بالألا يكشف عن اسم موكله للغير الذي يتعامل معه، ولهذا من غير المعقول القول بوجود علاقة مباشرة بين الغير والموكل.

ويضيف بعض الفقه الفرنسي إلى هذا الاتجاه إمكانية استعمال الموكل والغير للدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 1166 من مدونة القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، وأسس هذه العلاقات غير المباشرة بين الموكل والغير بناء على نظرية النيابة الناقصة التي ينوب فيها الوكيل عن الموكل مع احتفاظ الموكل بدوره كطرف في العقد الذي أبرمه الوكيل مع الغير.

لكن يعاب على هذا الرأي كونه اعتمد على نظرية النيابة الناقصة للتأسيس للدعوى غير المباشرة بين الموكل والغير⁽²⁾، والحال أن الدعوى غير المباشرة تخضع للقواعد العامة ولا تحتاج إلى نظرية النيابة الناقصة من جهة⁽³⁾، ومن جهة أخرى فالإشكال هو كيفية التأسيس للدعوى المباشرة وليس للدعوى غير المباشرة كما سيأتي توضيحه فيما بعد.

B. STARCK , art. préc. n°166.

(1) انظر:

L'action oblique

(2) ويطلق عليها باللغة الفرنسية:

(3) للمزيد من التفاصيل حول الدعوى غير المباشرة في التشريع المغربي، يمكن الرجوع إلى مقال بعنوان: قراءة في بعض مظاهر الدعوى المباشرة وأسسها القانونية في التشريع المغربي للأستاذ الدكتور محمد محروك، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 4، 2010، ص. 99.

ويستند بعض الفقه الآخر - ممن ينكر وجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير - إلى بعض النصوص القانونية الصريحة، ومثال ذلك الفقرة الأولى من المادة 174 من القانون التجاري المصري التي تنص على أنه: "ليس للغير الذي تعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الموكل ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ما لم ينص القانون على غير ذلك، والمادة 235 من القانون المدني المصري أجازت لكل منهما الرجوع على الآخر بالدعوى غير المباشرة فقط إذا توافرت شروطها طبقاً للقواعد العامة، وقد أورد المشرع المصري بعض الاستثناءات على هذه القاعدة بمقتضى المادتين 175 و 627 من القانون التجاري حينما أجاز للموكل المطالبة باسترداد ثمن البضاعة من المشتري مباشرة أو مطالبته بتسليم الشيء المبيع حالة إفلاس الوكيل بالعمولة.

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع اللبناني الذي نص على مبدأ واستثناء: فالبدأ منصوص عليه في المادة 280 من القانون التجاري التي جاء فيها ما يلي: "... ولا يحق لهم [أي الأشخاص الذين تعاقد معهم الوكيل بالعمولة] أن يداعوا المفوض [أي الموكل] مباشرة"، أما الاستثناء فنصوص عليه في المادة 609 من نفس القانون، وهو شبيه بالاستثناء المنصوص عليه في المادتين 175 و 627 من القانون التجاري المصري.

واستنتج الفقه من هذه القواعد انعدام وجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير تبرر رجوع كل منهما على الآخر مباشرة ما عدا في حالات استثنائية نص عليها القانون صراحة علماً أن إمكانية رجوع كل منهما على الآخر في إطار الدعوى غير المباشرة تبقى قائمة إذا توافرت شروطها طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

(1) مصطفى كمال طه، العقود التجارية، م.س.ص. 127؛ سميحة القليوبي، م.س.ص. 91؛ محمد السيد الفقي، م.س.ص. 266.

ويلاحظ أن المشرع ذهب في اتجاه آخر متفاديا هذه الإشكالات والمناقشات بأكبر قدر ممكن من الحذر، فنص في المادة 429 من م.ت.ع على ما يلي: "الوكيل بالعمولة ملزم بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم."

يجوز للموكل أن يقيم مباشرة ضد الأغيار جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل بالعمولة على أن يتم استدعاء هذا الأخير".
يتضح من هذه المادة أن المشرع أقر بوجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة، فأجاز للموكل دون الوكيل بالعمولة الرجوع مباشرة على هذا الأخير كأن يطالبه بتسليم الشيء المبيع أو أداء الثمن، أو يرفع ضده دعوى لضمان العيوب الخفية أو بطلان البيع أو غير ذلك، ومعنى هذا أن المشرع أخذ بنظرية النيابة الناقصة التي تجعل من الوكيل بالعمولة في تعاقد مع الغير باسمه وحساب الموكل نائبا عن هذا الموكل مع بقاء الوكيل طرفا في العقد وملزما شخصيا أمام الغير المتعاقد معه، ومن ثم تنشأ علاقات قانونية مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد تبرر الرجوع المباشر لكل منهما على الآخر كما هو الشأن في الإنابة الناقصة التي تنشأ فيها علاقات قانونية بين النائب والناب لديه مع بقاء حق النائب لديه قبل المنيب علما أن المشرع لم يرتب على النيابة الناقصة كافة آثارها إذ لم يخول للغير المتعاقد إمكانية الرجوع المباشر على الموكل خشية أن يجعل من الوكالة بالعمولة شبيها بالوكالة المدنية النيابة.

وبالفعل، إذا تعذر اعتبار الوكيل بالعمولة نائبا عن الموكل لأنه يتعاقد باسمه الشخصي، فلا يعني ذلك انه لا ينوب عنه كلية، بل هناك شيء من النيابة هو النيابة الناقصة التي توضح أن الوكيل بالعمولة إنما يتعاقد لحساب موكله، والغير يعلم أن الوكيل بالعمولة يخفي وراءه شخصا آخر، وبعبارة

أخرى، فالوكيل حينما يتعاقد مع الغير فهو ينشيء عدة روابط قانونية بين طرفي الوكالة والغير، وأن الموكل يلتزم في الوقت الذي يلتزم فيه الوكيل، وهو ما يفرض اعتبار الوكيل والموكل متعاقدين متضامين في مواجهة الغير، ويؤدي هذا إلى القول بوجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير، إلا أن المشرع المغربي لم يعترف إلا بجانب واحد منها.

ولتيسير سبل رجوع الموكل على الغير، فرض المشرع المغربي على الوكيل، بمقتضى المادة 429 من م.ت، الكشف لموكله عن هوية الأغيار الذين تعاقد معهم⁽¹⁾، وأضاف شرطا آخر لإمكانية ممارسة حق الرجوع هو استدعاء الوكيل لتناقش الدعوى بحضوره.

ولا يمكن تفسير الفقرة الثانية من المادة 429 من م.ت كاستثناء على الأصل الذي هو عدم أحقية الموكل في الرجوع مباشرة على الغير المتعاقد، فعبارة "جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل" تغني عن كل تفسير، وتجعل الرجوع المباشر للموكل على الغير المتعاقد ممكنا في جميع النزاعات وليس فقط في حالات استثنائية كما هو مقرر في التشريعين المصري واللبناني⁽²⁾.

ويلاحظ أن المادة 429 اقتصر على إعطاء الحق في الرجوع للموكل دون الأغيار المتعاقدين، وأكثر من ذلك، فقد منعت المادة 423 من م.ت صراحة الأغيار المتعاقدين من الرجوع المباشر على الموكل بتنصيبها على ما يلي: "وليس لهم [أي الأغيار المتعاقدون] أية دعوى مباشرة ضد الموكل"⁽³⁾.

(1) إذن ففسرية الأعمال التي يتحجج بها القائلون بعدم وجود علاقات مباشرة بين الموكل والغير لم تعد لها ذات الأهمية التي كانت لها من قبل.

(2) انظر ما سبق، ص 353.

(3) ويعني هذا أن المشرع يجيز للموكل والوكيل الرجوع مباشرة على الغير المشتري بالثمن في الوكالة بالعمولة للبيع، ويجيز لهما الرجوع مباشرة على الغير البائع بالتسليم في الوكالة بالعمولة للشراء، بينما لا يجيز للغير المتعاقد الرجوع إلا على الوكيل بالتسليم أو بدفع الثمن بحسب ما إذا كانت الوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن القول إن المشرع وإن أخذ بنظرية النيابة الناقصة فلم يأخذ بها على إطلاقها ولم يرتب عليها جميع الآثار القانونية اللازمة.

الفقرة الثانية: ضمانات التنفيذ

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من عقود منتهى حسن النية، ويتطلب تنفيذه ثقة كبيرة بين طرفيه: فالموكل ملزم بتسليم المبالغ المالية المطلوبة إلى الوكيل بالعمولة، كما يلزم بتسليمه البضائع المراد بيعها ولو لم يتلق ثمنها فوراً، وكذلك الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة الذي قد ينفق من ماله الخاص في سبيل تنفيذ الوكالة بالعمولة إلى حين إجراء المحاسبة، وقد يؤدي تسببات أحيانا إلى الموكل أو الطرف المتعاقد معه، وقد يسحب كمبيالات لفائدة الموكل قبل بيع البضائع المعهودة إليه، ويرم العقود محل الوكالة باسمه الخاص فيتحمل المخاطر التي يمكن أن تترتب عليها.

وقد تحدث بعض الحوادث التي تعرقل تنفيذ عقد الوكالة بالعمولة مما يعكس سلبا على الطرفين، ولهذه الأسباب أجازت الممارسات العملية والتشريع والاجتهاد القضائي عدة آليات للحد من آثار هذه الحوادث، وتمثل هذه الآليات فيما يتمتع به الوكيل بالعمولة والموكل من ضمانات، وسوف نتطرق إلى ضمانات الوكيل بالعمولة (أولا) وضمنات الموكل (ثانيا).

أولا: ضمانات الوكيل بالعمولة

يعتبر الوكيل بالعمولة طرفا في العقود التي يرميها مع الغير تنفيذا لعقد الوكالة بالعمولة، ويتحمل بالتالي المخاطر التي قد تحدث في هذا الشأن، وينفق كثيرا من المصاريف تنفيذا للوكالة بالعمولة كمصاريف النقل والرسوم الجمركية ومصاريف الخزن وغيرها، وقد يؤدي أحيانا تسببات للموكل.

ومن أجل تأمين هذه الديون يستفيد الوكيل بالعمولة من قاعدة التضامن الناتج عن تعدد الموكلين، كما يتمتع بحق الحبس الخول لكل من يتحوز بأشياء لتنفيذ مهمته، كما يتمتع بالامتياز على قيمة البضائع المرسلة له أو المودعة أو المؤمنة لديه.

1- التضامن بين الموكلين

بما أن الوكالة بالعمولة ذات طابع تجاري، والوكيل بالعمولة دائن للموكل بدين تجاري، فإنه عندما يتم تكليفه من طرف عدة موكلين لإتمام عملية مشتركة يكون هؤلاء الموكلون متضامنين في مواجته لتنفيذ التزاماتهم، ويحق له مطالبتهم جميعا بحقوقه أو مطالبة أحدهم فقط وذلك تطبيقا للمادة 334 من م.ت.

2- حق الحبس

تقتضي دراسة حق الحبس معالجة أساسه القانوني (أ) وشروطه (ب) ونطاقه (ج) ثم بيان تأثير حكم فتح المسطرة على حق الحبس (د).

1- الأساس القانوني لحق الحبس

لم تنص مدونة التجارة ضمن المقتضيات المنظمة للوكالة بالعمولة على حق الحبس رغم تخصيصها لحقوق الوكيل بالعمولة بابا خاصا⁽¹⁾، ولكنها أشارت إليه بصفة عامة في المادة 626 حينما أجازت للسنديك المأذون له من طرف القاضي المنتدب فك الأشياء المحبوسة، وكذلك المادة 657 التي أجازت للقاضي المنتدب منح الإذن للسنديك بأداء الديون السابقة على حكم المسطرة، وذلك لاسترجاع شيء محبوس قانونا، يضاف إلى ذلك ما يوجد من ارتباط بين حق الحبس والامتياز الذي يتمتع به الوكيل

⁽¹⁾ هو الباب الأول من القسم الرابع من الكتاب الرابع الخاص بالعقود التجارية.

بالعمولة، والنظم صراحة بمقتضى المادة 425 من م.ت، مما يسمح باعتبار حق الحبس كنتيجة لهذا الامتياز، وبعبارة أخرى، فحق الحبس شرط لتمتع الوكيل بالعمولة بالحق في الامتياز.

وفي غياب نص صريح في مدونة التجارة يقرر حق الحبس لفائدة الوكيل بالعمولة، يمكن الاستناد -فضلا عما سبق- إلى القواعد العامة للاعتراف بهذا الحق، ذاك أن المشرع نظمه في الفصول من 291 إلى 305 من ق.ل.ع، ومن هذه النصوص يستمد الوكيل بالعمولة حق الحبس.

وقد عرف المشرع حق الحبس في الفصل 291 من ق.ل.ع كما يلي: "حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون"، ويتبين من هذا التعريف أن الحق في الحبس هو حق حيازة شيء يجب رده، وينطبق هذا التعريف على الوكيل بالعمولة فيما يجوزه من بضائع أو وثائق مرتبطة بها تعود ملكيتها للموكل إذ يمكنه حبسها لديه إلى حين استيفاء حقوقه المتمثلة فيما يكون قد قدمه له من قروض أو تسبيقات أو ما أنفقه من مصاريف في سبيل تنفيذ مقتضيات عقد الوكالة بالعمولة لحساب الموكل، ذلك أن طبيعة عقد الوكالة بالعمولة تجعل حق الوكيل بالعمولة الناشيء عن عقد الوكالة مرتبطا بالأشياء التي يجوزها والمملوكة للموكل.

ب- شروط حق الحبس

تطبيقا للقواعد العامة، وانسجاما مع عقد الوكالة بالعمولة، يشترط لممارسة الوكيل بالعمولة لحق الحبس الشروط التالية:

ب-1- الحيازة

من بين الشروط المطلوبة لمباشرة حق الحبس وجوب حيازة الوكيل بالعمولة للبضائع أو الوثائق التي يقع عليها الحبس⁽¹⁾، فإذا لم تكن هذه البضائع أو الوثائق المرتبطة بها في حيازته فلا يمكنه مباشرة حق الحبس عليها؛ وتعتبر البضائع في حيازته إذا تسلمها تسليماً مادياً، أو كانت تحت تصرفه بصرف النظر عن مكان حفظها، أي سواء كانت محفوظة بمخازنه أو بسفنه أو بالمخازن العامة أو بالجمرك، أو كان يقوم بنقلها بوسائله الخاصة، أو كان يديه قبل وصولها سند شحنها أو أية وثيقة نقل أخرى.

وينتهي حق الحبس إذا خرجت البضائع أو الوثائق من حيازة الوكيل بالعمولة وانتقلت إلى الموكل، ومن ثم لا يمكنه أن يحجز بين يديه على كمية من البضائع عندما يسلمها بإرادته الحرة إلى الموكل، ويقوم هذا الأخير بإرجاعها له من جديد من أجل تخزينها من دون أن تثبت له صفة وكيل بالعمولة بالنسبة لهذه العملية، ولا يفقد الوكيل بالعمولة حقه في حبس البضاعة التي تكون تحت يده ويتصرف فيها الموكل، ويطلب المشتري تسلمها من الوكيل بالعمولة، فهذا الأخير له الحق في إبقاء البضاعة بين يديه والامتناع عن تسليمها إلى المالك الجديد إلى أن يدفع له الموكل مستحقاته المترتبة على الوكالة بالعمولة.

ويجب أن يكون الوكيل بالعمولة حائراً للبضاعة المجبوسة بحسن نية، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الوكيل بالعمولة في النقل بإمكانه ممارسة حق الحبس في مواجهة بائع البضائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية ما دام لم

⁽¹⁾ وتعتبر البضائع قد خرجت من حيازة الوكيل بالعمولة إذا تصرف فيها بالبيع لحساب موكله وقام بتسليمها للمشتري، أو عندما يقوم بالشراء لحساب موكله ويرسل له البضائع أو يصدر أوامره إلى البائع لنقلها مباشرة إلى مكان الموكل.

يثبت علمه بهذا الشرط الذي يتقل البضاعة أو جزء منها⁽¹⁾، وإذا لم يتم إعلامه به إلا بعد حيازته للبضاعة، أو إذا لم يكن ظاهرا في وثائق النقل فلا يسري عليه⁽²⁾.

ولا يلزم الوكيل بالعمولة، الذي لم يكن طرفا في عقد البيع، بالتثبت مما إذا كانت البضائع المسلمة إليه غير مثقلة بشرط الاحتفاظ بالملكية⁽³⁾، كما لا يلزم بإعلام بائع هذه البضائع بوجود ديون سابقة يمكن أن يترتب عليها حق الحبس.

م/2- الارتباط بين حق الوكيل بالعمولة والشئ الذي

يجوز

يجب لممارسة حق الحبس أن يرتبط حق الوكيل بالعمولة بالشئ الذي يجوز، ومثال ذلك مطالبة الوكيل بالعمولة موكله بالمبالغ التي دفعها كتمن للبضاعة التي عهد إليه بشرائها من الغير، أو مطالبته بمصاريف حفظ البضائع التي في حوزته أو تكاليف نقلها أو التأمين عليها وفوائد هذه المبالغ. ويفهم الارتباط بين حق الوكيل بالعمولة والشئ الذي يجوز بمعناه الواسع إذ يجوز للوكيل بالعمولة حبس أية بضائع تعود للموكل ضمانا للمبالغ المستحقة له ولو لم تكن لها صلة مباشرة بالبضاعة المجموسة ذاتها، وهكذا، يمكن للوكيل بالعمولة حبس بضاعة موضوع إحدى الصفقات ضمانا لاستيفاء ثمن بضاعة كانت موضوع صفقة سابقة طالما أن الصفقتين معا تمتا في ظل وكالة واحدة.

Cass. Com. 3oct.1989,Bull.civ.IV, n°244,D.1990, Somm. 388.

(1) أنظر:

CA Paris 1994, D.1995.15 ; CA Par 17 sept. 2003, RJDA.2004/2, n°161.

(2) أنظر:

(3) وإذا كان الوكيل بالعمولة يعلم بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية يوم تسلمه للبضائع، فلا يملك حق حبس هذه البضائع، ولا يعتبر حسن النية إذا قام بحبسها.

ولا يتحقق الارتباط بين الشيء الذي يجوز له الوكيل بالعمولة بسبب الوكالة بالعمولة والدين الذي يكون له بذمة الموكل بسبب آخر غير الوكالة بالعمولة كالدين الناشئ عن عقد إيجار أو عقد عمل، فالوكيل بالعمولة لا يتمتع بحق الحبس في هاتين الحالتين على البضائع التي تكون في حيازته استنادا إلى عقد الوكالة بالعمولة.

ب/3- ملخية الموكل للشيء المعبوس

لا يتمتع الوكيل بالعمولة بحق الحبس إلا على البضائع المملوكة للموكل أو المرسلة إليه⁽¹⁾، وإذا تعلق الأمر بوثائق فيجب أن تكون مرتبطة بالبضائع المملوكة أو المرسلة إلى الموكل، ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يمارس حق الحبس على بضائع موجودة في حيازته، وهو يعلم أنها ليست مملوكة للموكل، أو على بضائع مسروقة أو مفقودة أو موضوع دعوى استحقاق قانوني، أو البضائع التي كان الوكيل يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم أنها ليست على ملك المدين، ولا يجوز كذلك ممارسة حق الحبس على بضائع يمنع القانون التعامل فيها.

ب/4- حلول الدين

لا تجوز مباشرة حق الحبس إلا إذا كان الدين حالا، لكن المشرع نص على حالتين استثنائيتين في الفصل 298 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "تسوغ مباشرة حق الحبس ولو بسبب الديون التي لم يحل أجلها:

- 1- إذا توقف المدين عن أداء ديونه، أو كان قد أشهر عسره؛
- 2- إذا كان قد أجرى تنفيذ ضد المدين، وأعطى نتيجة سلبية"، ويرجع سبب هذه الاستثناءات إلى وجود شك حول يسر المدين.

ويجب كذلك أن يكون الدين محددًا، وذلك لكي لا يتسبب حبس البضاعة في حدوث أضرار للموكل باعتباره مدينا بالمبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة، ومع ذلك فقد أجاز المشرع في البند الثاني من المادة 290 من ق.ل.ع. للمحكمة أن تضرب للدائن أجلا قصيرا ليعمل على تحديده؛ ولا يعد الوكيل بالعمولة متعسفا في استعمال حق الحبس إذا ثبت أن له ديونا مستحقة في ذمة الموكل، وظهر أن أحدها لا يقع على عاتق الموكل.

ج- نطاق حق الحبس

يتحدد نطاق حق الحبس من خلال تحديد الشيء الذي يرد عليه هذا الحق وكذا الديون أو المبالغ التي يتقرر لضمان استيفائها: بالنسبة للشيء موضوع حق الحبس، فقد سبق القول إنه يشمل البضائع المملوكة للموكل أو المرسلة إليه أو المودعة أو المؤمنة لديه. بمجرد عملية الإيداع أو الإرسال، ويشمل كذلك جميع الوثائق والمستندات المتعلقة بالبضائع محل الوكالة كالوثائق الجمركية وبوليصة التأمين وسندات خزن البضاعة أو شحنها أو نقلها.

أما فيما يتعلق بالمبالغ المتمثلة في الديون التي يجوز للوكيل بالعمولة استعمال حق الحبس بشأنها فهي كل المبالغ المستحقة له بسبب الوكالة والفوائد المترتبة عليها، وتشمل أجر الوكيل بالعمولة والقروض والتسيقات والأداءات المتعلقة بجميع العمليات المنجزة بمناسبة عقد الوكالة بالعمولة ولو لم يكن لها ارتباط بما يجوز من بضائع أو وثائق كما سبق توضيحه، وتشمل كذلك جميع المصروفات الضرورية والنافعة وفقا للطبيعة الخاصة لعقد الوكالة بالعمولة من قبيل الرسوم الجمركية أو مقابل النقل والتخزين وفوائد هذه المبالغ من يوم صرفها⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ويلاحظ أن المبالغ التي يجوز استعمال حق الحبس من أجلها بالنسبة لعقد الوكالة بالعمولة تختلف عنها في الوكالة العادية إذا اشترط المشرع في الفصل 292 من ق.ل.ع. أن تكون المصروفات مرتبطة بالبضائع محل الحبس.

ويشترط في الدين الذي تقرر حق الحبس لضمان الوفاء به ألا يكون متربا على سبب غير مشروع⁽¹⁾.

د- تأثير فتح مسطرة التسوية على حق الحبس

يتعين على الوكيل بالعمولة الحائز للبضائع المائدة للموكل المدين أن يصرح بدينه داخل أجل القانوني إذا صدر حكم بفتح المسطرة في مواجهة الموكل، ويجب أن يصرح به كدين امتيازي تحت طائلة اعتباره ديناً عادياً فيفقد الوكيل امتيازَه، وبالتالي لا يمكنه الاحتفاظ بالبضائع.

ويترب على ذلك أنه تطبيقاً للمادة 682 من م.ت يمكن إبطال أداء الدين السابق في النشأة لتاريخ صدور حكم بفتح المسطرة، وفي هذا الصدد، لا يجيز القضاء الفرنسي مباشرة الوكيل بالعمولة لحق الحبس على البضائع المسلمة إليه بعد صدور حكم بفتح المسطرة من أجل الوفاء بديون سابقة⁽²⁾. وفيما عدا منع أو إبطال أداء مستحقات الوكيل بالعمولة السابقة في النشأة لتاريخ صدور حكم بفتح المسطرة، فالوكيل بالعمولة يظل محتفظاً بالشئء العائد لموكله إلى أن يستوفي دينه بالكامل، ولا يهم ما إذا كان الموكل المدين خاضعاً لمسطرة المعالجة القضائية، ذلك أن المساطر الجماعية ظلت محايدة بالنسبة لحق الحبس، وبذلك حينما يتم بيع البضاعة محل حق الحبس، فالوكيل بالعمولة يستوفي دينه بالأسبقية على دائني المادة 575 من م.ت.

⁽¹⁾ البند الثاني من الفصل 293 من ق.ل.ع.

⁽²⁾ أنظر:

Com. 13 nov.2001, Bull.civ. VI, n°179, D.2001, AJ.3533, obs. A. Lienhard, JC P.E 2002, p.373, note S. Piedelière, ibid. E.2002,p.855, obs. M. M. Cabrillac, RDA, 2002/3, n°275, RTD com.2002,373; CA Toulouse, 3 nov.1999, RDA.2000 n°1170, Rev. Proc. Coll.2001, 248; CA Besançon, 8 mars 2000, Rev. Proc. Coll.2001, 248.

وفضلا عن ذلك، ففي مرحلة إعداد الحل المناسب للموكل المدين المتوقف عن الدفع، أجازت المادة 657 من م.ت للقاضي المتدب أن يأذن للسنديك، بأداء الديون السابقة للحكم للحكم لأجل استرجاع شيء محبوس قانونا إذا كان استمرار نشاط المقاوله المدينه يستلزم ذلك.

ويطبق نفس الحل في حالة خضوع المقاوله للتصفية القضائية بحسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 626 من م.ت، وفي حالة البيع من طرف السنديك، ينتقل حق الحبس بحكم القانون إلى ثمن البيع.

ولا نكاد نفهم لماذا الوضعية الرفيعة المقررة من طرف المشرع لحق الحبس في مرحلة إعداد الحل ومرحلة التصفية القضائية قد تمت التضحية بها أثناء تنفيذ مخطط الاستمرارية، يجب إذن أن يحافظ الوكيل بالعمولة على حقه في الحبس، ولكن يجب أن يخضع للآجال المفروضة بمقتضى مخطط الاستمرارية لأجل تسوية الدين المضمون⁽¹⁾.

3- اختبار الوكيل بالعمولة

يتمتع الوكيل بالعمولة، فضلا عن حق الحبس، بضمان خاص هو الامتياز المقرر بمقتضى المادة 425 من م.ت⁽²⁾، ويشتر حق الامتياز إشكالات متعددة أهمها تحديد مداه وشروط نشأته (أ) وتحديد محله (ب) والديون المضمونة بالامتياز (ج) ثم بيان آثاره ومرتبته (د).

G. Ripert et R. Roblot op.cit.n°3191-1.

⁽¹⁾ انظر:

⁽²⁾ "الوكيل بالعمولة سواء كان مشتريا أو بائعا، حق الامتياز على قيمة البضائع المرسلة له أو المودعة أو المؤمنة لديه بمجرد عملية الإرسال أو الإيداع أو وضعها أمانة وذلك لاستيفاء جميع القروض أو التسبيقات أو الأداءات التي قدسها سواء تمت قبل تسلمه البضائع أو طيلة مدة وجودها في حيازته".

أ- إنشاء حق الامتياز ومبناه

قرر المشرع بمقتضى المادة 425 من م.ت ضمانا خاصا لفائدة الوكيل بالعمولة هو حق الامتياز في الحصول على الديون المستحقة له قبل موكله من قيمة البضائع موضوع حق الجبس، فالوكيل بالعمولة يمتاز عن غيره من دائني الموكل في استيفاء حقوقه من قيمة البضائع التي في حوزته.

وتتسم المادة المذكورة بصياغة أكثر حداثة لأنها منحت للوكيل بالعمولة امتيازاً على قيمة البضائع التي تشكل محلاً لالتزاماته بالنسبة لجميع ديونه المتعلقة بالوكالة ولو نشأت بمناسبة عمليات سابقة، ويدخل في إطار الدين الامتيازي إلى جانب المبلغ الأصلي الفوائد والعمولات والمصاريف.

تبرير الاعتراف بحق الامتياز مسألة بسيطة، ذلك أن الوكيل بالعمولة غالبا ما يرتضي منح قرض للموكل إما في شكل تسبيق يمثل ثمنا للبضاعة التي كلف بشرائها من الغير، أو في شكل مصاريف يضطر لإنفاقها مسبقا للمحافظة على البضاعة أو خزنها أو تلفيفها، فهذه النفقات ترتبط بالبضائع، ومن ثم فالملطق يقضي بمنح الوكيل بالعمولة امتيازاً على هذه البضائع.

وعلى الرغم من أن القاعدة تقضي "بتفسير الامتيازات تفسيراً ضيقاً"، يرى أغلب الفقه أن امتياز الوكيل بالعمولة ينبنى على فكرة الرهن الضمني وليس على صفة في الدين⁽¹⁾، ومعنى ذلك أن القانون يفترض أن الطرفين اتفقا على إنشاء رهن حيازي على البضائع لفائدة الوكيل بالعمولة ضمانا لاستيفاء حقوقه، وبناء عليه يشترط لقيام الامتياز أن تكون البضاعة في حيازة الوكيل بالعمولة سواء أكانت الحيازة مادية بوضع يده على البضاعة المسلمة إليه، أو كانت رمزية بوضع يده على سند شحنها أو أي سند آخر

(1) محمد السيد الفقي، م.س.ص. 264؛ سميحة القلوبى، م.س.ص. 100؛ وانظر كذلك:

G. Ripert et R. Roblot, op.cit. n°2660, p.680 ; M. Pédamon, op.cit. n°723.

من سندات النقل الماثلة؛ ويستمر الامتياز قائما على فكرة الرهن حتى ولو تخل الوكيل بالعمولة عن البضائع كأن يرسلها إلى الموكل ويحتفظ بسند شحنها أو أي سند آخر من سندات النقل الماثلة، ومن ثم يعتبر الامتياز احد تطبيقات الرهن الحيازي الذي يمكن أن ينشأ ضمنا.

وإذا كان الامتياز المخول للوكيل بالعمولة يرتب آثاره بقوة القانون دون حاجة إلى الاتفاق عليه صراحة بين الطرفين، فلا تعتبر قرينة إنشاء الرهن قرينة قاطعة، ففي الحدود التي يتأسس فيها الامتياز على فكرة الإنشاء الضمني للرهن، يمكن للطرفين الاتفاق صراحة على استبعاده.

فضلا عن شرط الحيازة المشار إليه سابقا، يجب على الوكيل بالعمولة، لكي يستفيد من الامتياز، أن يثبت أن البضاعة توجد بجوارته بصفته وكيلا بالعمولة، ويبدو من خلال الألفاظ الواردة بالمادة 425 من م.م أن الوكيل المستفيد من الامتياز هو المشتري أو البائع دون غيره من الوكلاء، وهو ما يعتبر تضييقا من نطاق تطبيق الامتياز دون مبرر مقبول.

ويشترط كذلك للاستفادة من الامتياز أن يرد على بضائع مملوكة للموكل، ومع ذلك يمكن التخفيف من هذا الشرط من خلال إعمال نظرية الظاهر، وبالتالي يمكن للوكيل بالعمولة تحريك امتيازه حينما يعتقد عن حسن نية أن البضاعة مملوكة لموكله.

ويثار التساؤل حول ما إذا أمكن للوكيل العرضي الاستفادة من امتياز المادة 425 من م.م. نعتقد أن هذا الامتياز لا يترتب في الأصل إلا للوكيل بالعمولة المحترف على أساس أن الاحتراف شرط ضروري لإضفاء الصفة التجارية على عقد الوكالة بالعمولة، ومع ذلك إذا تعلق الأمر بتصرف منفرد يقوم به الوكيل بالعمولة، يمكن لهذا الأخير أن يستفيد من الامتياز المنصوص عليه في الفصل 1250 من ق.ل.ع الذي لا يشترط ممارسة الوكالة بالعمولة على سبيل الاحتراف.

وإذا أناب الوكيل بالعمولة عنه وكيلًا آخر، فلا يجوز لهذا الأخير التمسك بحق الامتياز المنصوص عليه في المادتين 425 و 426 إلا في حدود المبالغ التي قد يستحقها من الموكل الأول⁽¹⁾.

ب- محل الامتياز

تنص المادة 425 من م.ت. على أن محل الامتياز هو البضاعة التي تكون في حيازة الوكيل بالعمولة، أي البضائع التي يباشر عليها حق الحبس، ومن ثم يرد الامتياز على البضائع المرسلة أو المسلمة للوكيل بالعمولة أو المودعة عنده لأجل بيعها أو المؤمنة أو الموضوعة لديه كأمانة.

وقد يرد الامتياز كذلك على قيمة البضائع، أي الثمن إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفًا بالبيع وباع البضاعة وقبض ثمنها بالفعل، إذ يحق له في هذه الحالة أن يقتطع من ثمن البيع مبلغ دينه بالأسبقية على باقي دائني الموكل.

ليس من الضروري إذن استمرار الحيازة بيد الوكيل بالعمولة أو بيد الغير المتفق عليه لبقاء الامتياز قائماً، ومع ذلك، فحيازة البضائع تبقى الوسيلة الأكثر فعالية لمباشرة حق الامتياز المتقاطع مع حق الحبس⁽²⁾.

ويعاب على التشريع المغربي عدم منحه للوكيل بالعمولة الامتياز على الوثائق المرتبطة بالبضائع.

⁽¹⁾ المادة 427 من م.ت.

⁽²⁾ أنظر:

ج- الديون المضمونة بالامتياز

حددت الفقرة الثانية من المادة 425 من م.ت. الديون المضمونة بالامتياز فوضعت بذلك حدا للخلاف، ويشمل نطاق الامتياز من حيث الحقوق المضمونة " القروض والتسيقات والأداءات المتعلقة بجميع العمليات المنحزة مع الموكل من غير تمييز بين ما إذا كانت مرتبطة بالبضائع التي لا تزال في حيازة صاحبها أو التي سبق إرسالها أو إيداعها أو وضعها أمانة"⁽¹⁾، وكذلك الفوائد والعمولات والمصاريف التي أنفقت في تنفيذ الوكالة.

ولا يلزم في المبالغ التي يشملها الامتياز أن تكون مستحقة بسبب البضاعة التي يرد عليها، ومن ثم يجوز للوكيل بالعمولة أن يتمسك بالامتياز على أية بضائع يجوزها لحساب موكله ولو كانت المبالغ المستحقة ناشئة عن عمليات سابقة قام بها لفائدة نفس الموكل⁽²⁾، وتعليل ذلك أن العلاقة بين الوكيل بالعمولة وبين الموكل تكون في الغالب مستمرة ومنظوية على عمليات متعددة في شكل حساب بينهما لا يسوى إلا عند تصفيته، ولهذا فمن اللازم اعتبار أية بضائع للموكل ضامنة لرصيد هذا الحساب لمصلحة الوكيل بالعمولة، ويكفي إذن أن تكون المبالغ مستحقة للوكيل بالعمولة بمناسبة عقد الوكالة بالعمولة.

(1) الفقرة الثانية من المادة 425 من م.ت.

(2) انظر في القضاء الفرنسي:

Com. 26 fév.1979, Bull. civ.n°84, com.1980. 372. Obs. J. Hemard ; Civ. 9mai 1994. BT. 1945.16 ; Com. 22 fév. 1956. Bull. civ. III, n°85 ; CA Paris, 6 nov.1968, D.1969. Som.19 ; CA Paris ,18 mai 1994, D.1995. 15 ; CA Bordeaux ,24 fév. 1990, DMF , 1992. 681.

وهو المبدأ الذي كرسه المشرع المغربي.

ويجب أن تكون الديون حالة وآنية، فمجرد التعهد لا ينشيء امتيازاً لفائدة الوكيل بالعمولة، ولا يكفي للمطالبة بتطبيق المادة 425 من م.ت، ومثال ذلك تعهد الوكيل بالعمولة بالوفاء بكميالات مسحوبة عليه من طرف الموكل من أجل بضائع سيقوم ببيعها لاحقاً.

د- آثار الامتياز

يوجد الوكيل بالعمولة في وضعية قريبة من وضعية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي، فهو يتمتع بحق الجبس على البضائع، وبحق الأولوية على الثمن، وكأي دائن مرتهن يمكنه مباشرة إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقوقه بالأسبقية من ثمن البضاعة محل الامتياز.

د1- إجراءات استيفاء الديون المضمونة بالامتياز

يجب التمييز بين الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع والوكيل بالعمولة المكلف بالشراء: فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع فهو يوجد في وضعية متميزة، ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة 425 من م.ت سمحت له باستيفاء حقه من ثمن بيع البضاعة بالأسبقية على باقي دائني الموكل دون إتباع أية إجراءات خاصة⁽¹⁾، فعلى العكس من الدائن المرتهن، لا يلزم الوكيل بالعمولة بالقيام بأي إجراء، ومرد ذلك أن التنفيذ على البضاعة من جانب الوكيل إنما يتم بإتمام الصفقة الأصلية المكلف بها وهي البيع، فلا حاجة إذن إلى إنذار الموكل أو مراجعة المحكمة، وبذلك فهو يتوفر على "امتياز في امتياز"، وإذا لم يكف ثمن البيع لسداد كل مستحقات الوكيل بالعمولة، كان له الرجوع بالباقي على الموكل دون امتياز.

⁽¹⁾ جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 425 من م.ت ما يلي: "يحق للوكيل بالعمولة عند بيع البضائع وتسليمها لحساب الموكل أن يقتطع من ثمن البيع مبلغ دينه بالأسبقية على باقي دائني الموكل".

ومع ذلك، تجب الإشارة إلى أن إعفاء الوكيل بالعمولة من إتباع هذه الإجراءات مشروط بإتمام البيع وفقاً لتعليمات الموكل، أما إذا لم يتمكن من بيع البضائع وفقاً لتعليمات الموكل بالشراء وتسليم البضاعة، أو إذا كلف بالبيع واستعصى عليه إتمامه وفقاً لتعليمات موكله، فيجب عليه - باعتباره يوجد في وضعية دائن مرهّن - احترام إجراءات البيع بالمراد العلني بدءاً من توجيه إعلام إلى الموكل وإمهاله سبعة أيام من تاريخ التوصل طبقاً لمقتضيات المادة 340 من م.ت.

وباعتبار الموكل مالكا في الواقع للبضاعة، فله الحق في بيعها، ولكن للوكيل بالعمولة الحق في حبسها ومباشرة بيعها بالمراد العلني واستيفاء حقه على وجه الامتياز من ثمن بيعها.

وفي حالة فتح مسطرة المعالجة في مواجهة الموكل، يجب على الوكيل بالعمولة التصريح بالجزء المتبقى من الدين في حالة عدم كفاية ثمن البضاعة لتغطية كافة مستحقاته، وإذا صرح بدينه دون إثارة امتيازته فلن يقبل دينه إلا كدين عادي، ومع ذلك فالامتياز الذي لا يمكن الاحتجاج به على المدين الخاضع لمسطرة المعالجة القضائية أو على دائنيه، يمكن الاحتجاج به على الغير .

2/2- هرتبة الامتياز

لم تحدد مدونة التجارة مرتبة الامتياز المخول للوكيل بالعمولة، لذا يمكن الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لترتيب الامتيازات المنصبة على النقول، وخاصة الفصل 1244 من ق.ل.ع الذي ينص على أن "الأفضلية بين الدائنين الممتازين تتحدد على أساس الأنواع المختلفة من الامتيازات"، وعلى هذا الأساس، فامتياز الوكيل بالعمولة يوجد في مرتبة أعلى من امتياز

بائع البضائع التي لم يؤد الموكل ثمنها؛ ويشترط فيه أن يكون حسن النية، على أنه لا يهم إن كان يعلم بأن البائع لم يتلق الثمن.

وبما أن امتياز الوكيل بالعمولة يرد على مال منقول، فالوكيل متقدم على غيره في المتحصل من الشيء المرهون، وله الأفضلية على سائر الامتيازات العامة باستثناء المصاريف القضائية، كما أن امتيازه أدنى مرتبة من امتياز الغير بالنسبة لما ينفقه هذا الأخير لأجل المحافظة على البضائع.

ثانياً: خدمات الموكل

لم يعالج المشرع المغربي الضمانات الخاصة بالموكل على خلاف ما فعله بالنسبة للوكيل بالعمولة ما عدا في حالة فتح مسطرة جماعية في مواجهة الوكيل بالعمولة، ومع ذلك يمكن البحث عن هذه الضمانات في القواعد العامة وما يجري به العمل.

1- تضامن الوكيل بالعمولة

لا يوجد نص خاص في مدونة التجارة يقضي صراحة بتضامن الوكلاء بالعمولة في مواجهة الموكل ما عدا القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 335 من م.ت التي تنص على افتراض التضامن في الالتزامات التجارية، وتسري هذه القاعدة طبعاً على الوكلاء بالعمولة إذا تعددوا في عقد وكالة واحد، لأنهم يعتبرون تجاراً لممارستهم نشاط الوكالة بالعمولة على سبيل الاحتراف.

ومع ذلك، فالفصل 912 من ق.ل.ع نص في هذا الصدد على مبدأ واستثناء: فالبدأً ألا يقوم التضامن بين الوكلاء إذا تعددوا إلا إذا اشترط، واستثناء يقوم التضامن بينهم بقوة القانون إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة ما لم يشترط غير ذلك؛ استناداً إذن إلى نص الفصل 912

من ق.ل.ع، يكون الوكلاء بالعمولة مسؤولين بالتضامن في مواجهة موكلهم عما يستحقه قبلهم من مبالغ أو تعويضات.

ولا يقوم التضامن بين الوكلاء إذا حدد عقد الوكالة بالعمولة لكل وكيل عملا معينا مختلفا عما يقوم به وكيل آخر، مثل تكليف أحد الوكلاء بالبيع والآخر بالشراء.

2- سحب كمييات الأمت

جرت العادة في المعاملات بين الموكلين والوكلاء بالعمولة على تمكين الموكل من سحب كمييالة على الوكيل بالعمولة بضمن البضاعة بمجرد استلامها من الموكل ودون انتظار بيعها، ومتى قبلها الوكيل بالعمولة يصبح الموكل محميا من خطر فقدان الثمن.

3- الاسترداد

في حالة خضوع الوكيل بالعمولة لمسطرة المعالجة أو التصفية القضائية، يكون للموكل الحق في استرداد بضاعته منه (أ) أو استرداد الثمن (ب) (1).

أ- استرداد البضاعة

قد يحدث أن يصدر حكم بإشهار إفلاس الوكيل بالعمولة أو بخضوعه لمسطرة المعالجة القضائية، وتكون البضائع التي كلفه الموكل ببيعها أو بشرائها لحسابه لازالت بحوزته، وتقاديا لخضوع الموكل لقاعدة وقف المتابعات الفردية وقاعدة قسمة الغرماء مع الدائنين الآخرين لنفس الوكيل بالعمولة (2)، أحدث المشرع آلية خاصة تعرف بدعوى الاسترداد.

(1) انظر: Bernard Bouloc, Répertoire Dalloz, Commissionnaire, 1972, n°138.

(2) فالموكل الذي يعهد ببضاعته للوكيل بالعمولة لبيعها، ويصدر حكم بفتح المسطرة في مواجهة هذا الأخير، يصادف صعوبات جمة أخطرها قاعدة وقف المتابعات الفردية، وإذا بيعت البضاعة يتسلم الوكيل الثمن الذي يدخل في نفقسته، وإذا لم يتم بيعها بعد فاتها تدخل في إطار الضمان العام المقرر لفائدة دائني الوكيل =

وبالفعل، حينما تكون البضاعة بحوزة الوكيل بالعمولة الخاضع لمسطرة المعالجة أو التصفية القضائية، يمكن للموكل التمسك بالاستفادة من المادة 671 من م.ت التي تنص على ما يلي: "يمكن استرداد الموجود بعينه من البضائع المسلمة للمقاولة سواء على وجه الوديعة أو لبيعها لحساب مالكها"، ذلك أن البضائع التي يتسلمها الوكيل بالعمولة تظل على ملك الموكل حتى يتم بيعها⁽¹⁾.

ولا يعني هذا النص صراحة إلا الوكالة بالعمولة في البيع كما هو واضح من عبارات "البضائع المسلمة" و "لبيعها لحساب مالكها"، إلا أن هذا النص يضع قاعدة عامة يمكن بمقتضاها لكل من يثبت حق ملكيته على النقولات الموجودة بحيازة الوكيل بالعمولة استردادها منه، توجد إذن إمكانية للاسترداد حتى في حالة الوكالة بالعمولة في الشراء، لأن الوكيل بالعمولة الذي يشتري بضائع لحساب موكله ويتسلمها لا يصبح مالكا لها ولا تدخل ذفته، بل تظل ملكا للموكل، وإذا صدر حكم بفتح مسطرة التسوية قبل تسليم الوكيل بالعمولة للمبيع، جاز للموكل أن يطالب البائع مباشرة بتسليم المبيع إليه لأن ملكية البضاعة المشتراة لحساب الموكل تنتقل مباشرة من الغير إلى الموكل الذي تعاقد الوكيل لحسابه⁽²⁾.

= بالعمولة، وفي هاتين الحالتين، يجد الموكل نفسه أمام مزاحمة دائنين آخرين ويخضع معهم لقاعدة المساواة بين الدائنين وقسمة أموال المدين قسمه غرماء، ومن أجل الانقلاط من هذه النتائج الخطرة أقر المشرع دعوى الاسترداد.

وتعتبر دعوى الاستحقاق حقا والتزاما في ذات الوقت: تعتبر حقا لأنها صفة تنطبق بحق الملكية، وتعتبر التزاما على أساس أن المالك الذي لا يمارس دعواه في الأجل المحدد قانونا يفقد حقه.

(1) على أنه يجب على الموكل التصريح بقيمة البضاعة لدى السنديك داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجزيدة الرسمية تحت طائلة السقوط.

(2) مصطفى كمال طه، م.س. بند 108، ص. 122.

ولا يمكن كذلك لدائني الوكيل بالعمولة الادعاء بحقوق لهم على البضاعة في مواجهة مالكيها، كان يدعي أحدهم بحق رهن على البضاعة، وتعليل ذلك أن حيازة البضائع لحساب الغير تعد من صميم مهنة الوكيل بالعمولة، إذن لا يمكن للأغيار الادعاء بجهلهم لهذه الحقيقة، ومع ذلك ينبغي الأخذ في الاعتبار نظرية الظاهر لتمكين الغير حسن النية من الاحتجاج بحقوق - كحق الرهن - على البضاعة في مواجهة المالك، ويكون الغير حسن النية حينما لا يعلم بتجاوز الوكيل بالعمولة لصلاحياته أو لا يعلم عدم ملكيته للبضاعة مثلاً، وهو ما يستحيل معه على الموكل استرداد البضاعة الموهونة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع يستعمل في باب الاسترداد أحياناً عبارة "البضاعة"⁽²⁾ وأحياناً عبارة "المال"⁽³⁾ أو "المنقول"⁽⁴⁾ أو "المال المنقول"⁽⁵⁾، ولذلك ينبغي استخدام "البضاعة" بالمفهوم الواسع لتشمل كل شيء مادي منقول مخصص للبيع، أما عبارة "المال" فلها معنى واسعاً إذ تشمل المبالغ المالية المسلمة إلى الوكيل بالعمولة في النقل الذي يوجد في حالة تصفية قضائية، وهو الأمر الذي لا تستغرقه لفظة "البضاعة".

طبقاً للمادة 667 من م.ت، لا يمكن مباشرة استرداد البضائع إلا في أجل الثلاثة أشهر التالية لنشر الحكم القاضي بفتح المسطرة.

(1) المفروض في الرهن الذي يمنحه الوكيل بالعمولة للغير حتى يكون صحيحاً أن يكون في مصلحة الموكل، أما إذا أنشأ الرهن لمصلحته الخاصة، فيمكن متابته بجريمة خيانة الأمانة إلى جانب تحميله المسؤولية المدنية.

(2) المواد 669 و 670 و 671 و 672 من م.ت.

(3) المادتان 667 و 673 من م.ت.

(4) المادة 667 من م.ت.

(5) المادة 673 من م.ت.

ويشترط في الموكل الذي يرغب في مباشرة حقه في الاسترداد أن يثبت ملكيته للبضاعة⁽¹⁾، فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالشراء، وجب على الموكل أن يثبت أن البضاعة مشتراه لحسابه كأن يثبت إصداره لأمر بالشراء قبل صدور حكم فتح المسطرة، أو أن مصدر البضاعة الموجودة بحيازة الوكيل هو هذا الشراء الذي كلف به الوكيل⁽²⁾.

وإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالبيع، ينتهي حق الموكل في الاسترداد بمجرد إبرام الوكيل بالعمولة لعقد البيع ولو لم يستلم المشتري البضاعة إلا بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، ومع ذلك يتعين إبداء الملاحظات التالية: من جهة، إذا تعلق الأمر بأشياء مثلية، فلا يتم نقل ملكيتها إلا بعد فرزها لأجل تسليمها للمشتري، وبالتالي يمكن للموكل المطالبة باستردادها قبل فرزها؛ ومن جهة ثانية، لا يؤدي المشتري عادة الثمن قبل تسلمه البضاعة، وبذلك يمكن للموكل ممارسة حق الاسترداد على الثمن كما يأتي بيانه لاحقا.

فضلا عن إثبات شرط الملكية، يتعين على الموكل الذي يطلب الاسترداد أن يثبت أن البضاعة لازالت موجودة بعينها لدى الوكيل الذي صدر في مواجهته حكم قضائي بفتح المسطرة أو لدى شخص آخر لحسابه⁽³⁾.

(1) أغفى المشرع، بمقتضى المادة 668 من م.ت، صاحب المال من إثبات حقه كمالك إذا سبق شهر العقد موضوع هذا المال.

(2) أنظر:

Bouloc (B), op.cit.n°138 ; SANTOS (A.P) et TOE (J.Y), op.cit.n°472, p.295 ;

P.CHAUVEL, art . préc. n°216.p.21.

(3) تنص المادة 671 من م.ت على أنه: " يمكن استرداد الموجود بعينه من البضائع المسلمة للمقابلة سواء على وجه الوديعة أو لبيعها لحساب مالكها"، ومعنى ذلك أنه يجب على الموكل تعيين البضاعة التي يطلب استردادها من بين مختلف البضائع التي قد يجوزها الوكيل بالعمولة لحساب موكلين متعددين.

ويشترط كذلك في الموكل المطالب بالاسترداد ألا يكون مدينا للوكيل بالعمولة بمبالغ مالية معينة كالعمولة أو مصاريف حفظ أو تخزين البضاعة، ويتعين على السنديك في هذه الحالة حجز البضائع حتى الوفاء بالدين⁽¹⁾.

٥٦- استرداد الثمن

إذا صدر حكم فتح المسطرة في مواجهة الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع قبل قبض الثمن من المشتري يجوز للموكل مطالبة المشتري مباشرة بأداء الثمن إليه ما لم يدفعه للوكيل بنقود أو بورقة تجارية أو بمقاصة في الحساب الجاري الموجود بين الوكيل والمشتري، والسند في ذلك هو نص المادة 429 من م.ت التي تلزم الوكيل بالعمولة بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم، وتجزئ للموكل إقامة جميع الدعاوى ضد الغير الذي يتعاقد معه الوكيل.

وتعتبر هذه الحالة صورة من صور الحلول العيني حيث يحل دين الثمن محل البضاعة ذاتها، وبذلك يتجنب الموكل الدخول في تقليسة الوكيل ومراجعة دائيته.

ويمكن أن نتصور استرداد الثمن كذلك في حالة الوكالة بالعمولة في الشراء، وذلك حينما يشتري الوكيل بالعمولة البضاعة لحساب الموكل، ثم يقوم ببيعها مستعملا طرقا تدليسية.

P. CHAUVEL, art. préc. n°222, p.21.

(1) انظر:

قائمة بأهم المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

- ❖ أحمد محمد محرز:
 - ✦ القانون التجاري، سنة 1994، غير مشار إلى باقي البيانات.
 - ✦ أكرم الخولي:
 - ✦ الوسيط في القانون التجاري، ج 4، العقود التجارية، 1957.
 - ✦ المهدي شبيب:
 - ✦ الدليل العملي في السجل التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
- ❖ بحار عبد الرحيم:
 - ✦ الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المطبوعة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، ع 8، فبراير 2008.
- ❖ سحر رشيد حميد النعيمي:
 - ✦ الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، دار الثقافة، الأردن، 2004.
- ❖ سميحة القليوبي:
 - ✦ شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1992.
- ❖ سوزان علي حسن:
 - ✦ عقد الوكالة بالعمولة للنقل، وفقاً لقانون التجارة رقم 18 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري:
 - ✦ الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، المجلد 1، المقاوله والوكالة، دار النهضة العربية، 1964.
- ❖ عبد الحي حجازي:
 - ✦ العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1954.
- ❖ عبد السلام زوير:
 - ✦ الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وإشكالياته العملية، مكتبة دار السلام، الرباط، يونيو 2004.

- ❖ **عبد العزيز توفيق ومحمد أفركوس:**
 - ✦ قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999.
- ❖ **عبد الفتاح مراد:**
 - ✦ شرح العقود التجارية والمدنية، الإسكندرية، باقي البيانات غير مشار إليها.
- ❖ **عبد اللطيف الحاتمي:**
 - ✦ الفوائد التأخيرية وشرعيتها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008.
- ❖ **عبد اللطيف هداية الله:**
 - ✦ القانون التجاري، محاضرات مطبوعة على ستانسل، أقيمت على طلبية الإجازة في الحقوق بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية: 1984/83.
- ❖ **عز الدين بنستي:**
 - ✦ دراسات في القانون التجاري المغربي، ج 1، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998.
- ❖ **عزيز العكيلي:**
 - ✦ شرح القانون التجاري، ج 1، عمان، 1997.
- ❖ **عماد الشربيني:**
 - ✦ القانون التجاري الجديد لسنة 1999، ج 1، الانتزاعات والعقود التجارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- ❖ **علي البارودي:**
 - ✦ القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر 1998.
- ❖ **علي حسن يونس:**
 - ✦ العقود التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968.
- ❖ **فؤاد معلال:**
 - ✦ شرح القانون التجاري المغربي الجديد، ج 1، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، ط 3، س. 2009.
- ❖ **فوزي محمد سامي:**
 - ✦ شرح القانون التجاري، ج 1، مصادر القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، س. 1997.
- ❖ **لحسن بيهي:**
 - ✦ الشكالية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005.
- ❖ **محمد السيد الفقي:**
 - ✦ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2005.

❖ محمد بهجت عبد الله قايد:

✚ العقود التجارية، دار النهضة العربية، ط 1، س 1995.

❖ محمد لفروجي:

✚ التاجر وقانون التجارة بالمغرب، سلسلة الدراسات القانونية رقم 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، س 1997.

❖ محمد محروك:

✚ قراءة في بعض مظاهر الدعوى المباشرة وأسرها القانونية في التشريع المغربي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع 4، 2010.

❖ مصطفى كمال طه:

✚ العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

✚ العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2006.

✚ الوجيز في القانون التجاري، ج 2، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1981.

❖ منير قرفان:

✚ الوكالة التجارية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

❖ هاني محمد دويدار:

✚ العقود التجارية وعمليات المصرفية، الجامعة الجديدة للنشر، ط 1994.

❖ يوسف أفريل:

✚ الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتتهن) مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، س 2011.

2-المقالات والتقارير والأبحاث

❖ أحمد شكري السباعي:

✚ مدخل عام أو تمهيدي في العقود التجارية، مقال منشور ضمن أشغال "الدورة التخصصية في المادة التجارية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، ع 4، يوليو 2004.

❖ بوعبيد عباسي:

✚ العقود التجارية والتجديدات الطارئة عليها، مجلة المحامون، ع 6، س 1998.

✚ الوكالة التجارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ع 38، س. 2002.

✚ تضارب الاجتهاد القضائي التجاري بشأن الاختصاص في مادة الكراء التجاري، مجلة المنتدى، ع 1، أكتوبر 1999.

❖ مفهوم المصلحة المشتركة في الوكالة التجارية وأثرها على العلاقات بين الوكيل والموكل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، ع. 31، س. 1999.

❖ عبد الجبار بهم:

❖ الأجل وفق قانون إحداث المحاكم التجارية، مجلة المحامي، ع. 47، دون سنة النشر.

❖ عبد المجيد غميجة:

❖ رهن أموال ومعدات التجهيز، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، سلسلة الندوات، رقم 2، س. 1997.

❖ عز الدين بنسني:

❖ تقييم تجربة القضاء التجاري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم التجارية، مجلة الإشعاع، ع. 32، س. 2007.

❖ محمد الشافعي:

❖ سند الخز، مجلة المحامي، ع. 34، يناير 1999.

❖ محمد سعيد الراضي:

❖ تداول القيم المنقولة في القانون التجاري، المغربي، مجلة القانون المغربي، ع. 13، مارس 2009.

❖ محمد كرام:

❖ تعسف الأقلية في استعمال حق التصويت في الشركات التجارية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 4، يناير 2004.

❖ هداية الله عبد اللطيف:

❖ مقابلة بين الفصل 870 من ق.ل.ع. والفصل 130 من القانون التجاري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، ع. 34.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1-Les ouvrages

- ❖ Benabent (A):
 - Droit civil, les obligations, 5^{ème} éd, Monchretien, 1995.
 - Contrat de commission, J.-C. contrats de distribution, fasc. 480, 1992.
- ❖ Cas (G) et Ferrie:
 - Lamy, Droit économique, éd. 2000.
- ❖ Collart Dutilleul (F) et Delebecque (Ph):
 - Contrats civils et commerciaux, 3e éd. Dalloz-Delta, 1996.

- ❖ **Cornu (G) :**
 - Le gage commercial, sous la direction de HAMEL, 1953.
- ❖ **Escara (J) et Rault (J) :**
 - Traité théorique et pratique de droit commercial, les xontrats commerciaux, par J. HEMARD, T 2, le mandat commercial des transports, 1955, Sirey.
- ❖ **Ferrier (D) :**
 - Droit de la distribution, 4^{ème}, éd. Litec, 2006.
- ❖ **Fournier (F) :**
 - L'agence commerciale, Litec, Paris, 1998.
- ❖ **Ghestin (J) et Huet (J) :**
 - Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J, E.J.A, 1996.
- ❖ **Guyon (Y) :**
 - Droit des affaires, T 1, droit commercial général et sociétés, 9e éd.
- ❖ **Houin (R) et Pedamon M :**
 - Droit commercial, précis Dalloz, 9e éd. 1990.
- ❖ **Huet (J) :**
 - Traité de droit civil les principaux contrats spéciaux, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J, et DELTA et P.U.F, Paris, 1996.
- ❖ **Lacour (L) et Bouteron (J) :**
 - Précis de droit commercial, T 1, 3ème éd. Dalloz, 1925.
- ❖ **Lelour (J.M) :**
 - Les agents commerciaux, Delmas, 1984.
- ❖ **Letourneau (Ph) :**
 - Quelque aspect de l'évolution des contrats, Mel Rynand, 1985.
- ❖ **Lyon –Cean (C) et Renault (L) :**
 - Traité de droit commercial, T. 3, règles générales sur les contrats commerciaux, 5e éd, L.G.D.J, 1923.
- ❖ **Malaurie (Ph) et Aynes (L) :**
 - droit civil, les contrats spéciaux, 1955.
- ❖ **Malaurie et Aynes :**
 - Les contrats spéciaux, Cujas, 1er éd. 1997.
- ❖ **Pedamon (M) :**
 - Droit commercial, commerçants et fonds de commerce concurrence et contrats de commerce, 2e éd. Dalloz, 2000.

- ❖ **Ripert (G) et Roblot (R) :**
 - Traité élémentaire de droit commercial, T1, par : M. GERMAIN et L.VOGEL, 17ème éd. L.G.D.J, 1998.
- ❖ **Ripert (G) et Roblot (R) :**
 - Traité de droit commercial, T II, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives, 16e édition, L.G.D.J, Paris, 2000, par : Delebecque (Ph) et Germain (M).
- ❖ **Rodière et B.O.Petit :**
 - Droit commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, Dalloz, 8e éd. Paris, 1978.
- ❖ **Santos (A.P) et Toe (J.Y) :**
 - Droit commercial général, BRUYLANT, Bruxelles, 2002.
- ❖ **Strok (M) :**
 - Essai de mécanisme de présentation dans les actes juridiques, 1982, L.G.D.J.
- ❖ **Thaller (E) :**
 - Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime, T. 1, 8ème éd. Par : J. PERCERON, 1931.
- ❖ **Trisson Collard :**
 - Tentative de destruction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat, petites affiches, 7 fév, 2001.

2-Les articles

- ❖ **El Hage (N) :**
 - La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale, Rev. trim. dr. Com. 1994.
- ❖ **Herzog (J.L) :**
 - Les agents commerciaux dans la Rome antique, rev. Trim. Drt. com, 1963.
- ❖ **Hubert Flichy :**
 - Représentant de commerce, statut juridique, social et fiscal des VRP, encyclopédie DELMAS, 13e éd 1999.
- ❖ **Leloup (J.M):**
 - Agent commercial, Rep. com. Dalloz, oct. 2003.
 - La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants.
- ❖ **Chauvel (P) :**
 - commissionaire, rep. com. Dalloz, oct. 2008.

❖ **Delbare et Lafabre:**

- Centrales d'actracts et de services, D 1985. Chr.

Georgiades (E) :

- De quelque éclaircissement sur la véritable situation juridique du commissionnaire de transport pour servir de contribution à l'étude de sa responsabilité, R.F.D. 1981.

❖ **Morel (C) :**

- Nantissement de l'outillage et du matériel, encyclopédie Dalloz, com 1984.

❖ **Moyse (J.M), Amoyel (G) et Leroy Wyler (M) :**

- Agent immobilier, vente, Achat et location, encyclopédie DELMAS, 9ème éd. 2000.

❖ **Tilche (M) :**

- Auxiliaire de transport, commissionnaire de transport quelle responsabilité, rev. B.t. 1995.

❖ **Voinot Denis:**

- Agent d'affaires, rep. com Dalloz, oct. 2002.

الفهرس

5	مقدمة.....
5	أولاً: تعريف العقود التجارية
9	ثانياً: النظام القانوني الخاص بالعقود التجارية
10	1- حرية الإثبات في المادة التجارية
13	2- قواعد خاصة بإبرام العقود التجارية
17	3- تضامن المدينين بديون ناشئة عن عقود تجارية
19	4- التشدد في نظرة الميسرة
21	5- تقصير آجال التقادم في الالتزامات التجارية
24	6- نظام الفوائد في مجال العقود التجارية
28	7- خضوع التجار لنظام معالجة صعوبات المقايضة
31	8- الاختصاص القضائي
45	ثالثاً: منهج وخطة البحث
49	الباب الأول
	عقود الرهن
	الفصل الأول
51	الرهن الحيازي التجاري للمنقول
52	المبحث الأول: الرهن الحيازي التجاري العادي.....
52	المطلب الأول: ماهية الرهن الحيازي التجاري وإثباته.....
52	الفقرة الأولى: ماهية الرهن الحيازي التجاري وانعقاده.....
52	أولاً: ماهية الرهن الحيازي التجاري وخصائصه.....
53	1- تعريف الرهن الحيازي التجاري العادي.....
54	2- خصائص الرهن الحيازي التجاري العادي
54	3- تجارية عقد الرهن الحيازي

56	ثانيا: إنشاء الرهن الحيازي التجاري العادي
58	1- انتقال حيازة المنقول المادي
59	2- انتقال حيازة المنقول المعنوي
61	الفقرة الثانية: إثبات الرهن الحيازي التجاري العادي
62	المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي التجاري والتنفيذ على الشيء المرهون
62	الفقرة الأولى: آثار الرهن الحيازي
62	أولاً: آثار الرهن الحيازي التجاري بالنسبة للمدين
63	ثانيا: آثار الرهن الحيازي التجاري بالنسبة للدائن
65	الفقرة الثانية: تحقيق الرهن الحيازي التجاري
65	أولاً: الحق في تحقيق الرهن وإجراءاته
65	1- حق الدائن المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون
66	2- إشعار المدين بالوفاء
69	3- البيع بالمزاد العلني
72	أ- تحرير محضر الحجز
72	ب- من حيث إجراءات التبليغ والشهر
73	ج- من حيث مسطرة وآثار البيع بالمزاد العلني
80	ثانيا: عدم جواز تملك الدائن المرتهن للشيء المرهون عند عدم الوفاء
82	المبحث الثاني: الإيداع بالمخازن العامة
83	المطلب الأول: تحديد المخزن العام والسندات التي يصدرها
83	الفقرة الأولى: مفهوم المخزن العام وإنشاؤه
83	أولاً: مفهوم المخزن العام
84	ثانيا: تنظيم وإنشاء المخازن العامة
86	الفقرة الثانية: السندات التي يصدرها المخزن العام

86	أولاً: إيصال الإيداع وبطاقة الرهن
87	ثانياً: تعدد السندات بتجزئة البضائع
88	ثالثاً: ضياع إيصال الإيداع وبطاقة الرهن
89	المطلب الثاني: إنشاء الرهن على البضائع المودعة
89	الفقرة الأولى: تظهير السندات الصادرة من المخزن العام
89	أولاً: تظهير إيصال الإيداع متصلاً ببطاقة الرهن
89	ثانياً: تظهير بطاقة الرهن منفصلة عن إيصال الإيداع
92	ثالثاً: تظهير إيصال الإيداع منفصلاً عن بطاقة الرهن
93	الفقرة الثانية: الأداء والرجوع
93	أولاً: أداء الدين المضمون بالرهن
96	ثانياً: رجوع الحامل

الفصل الثاني

الرهن الحيازي دون التخلي عن الحيازة

99	المبحث الأول: رهن أدوات ومعدات التجهيز
100	المطلب الأول: أركان إنشاء الرهن
100	الفقرة الأولى: الأركان الموضوعية
100	أولاً: خضوع عقد الرهن للأحكام العامة للعقود
101	ثانياً: الديون المضمونة
104	ثالثاً: محل الرهن
106	الفقرة الثانية: الأركان الشكلية
106	أولاً: الكتابة
108	ثانياً: الأجل
111	ثالثاً: الإشهار
111	1- التقييد
115	2- إجراءات التقييد

119	3- تجديد التقييد.....
121	المطلب الثاني: آثار الرهن والتشطيب عليه.....
121	الفقرة الأولى: آثار رهن أدوات ومعدات التجهيز.....
122	أولاً: الأعمال الممنوع على المدين القيام بها.....
122	1- إضعاف امتياز الدائن المرتهن.....
123	2- بيع الأموال المرهونة بدون رضا الدائن المرتهن.....
123	3- نقل المعدات المرهونة دون اعلام الدائن.....
126	ثانياً: امتيازات الدائن المرتهن.....
127	1- حق الأولوية.....
127	أ- رتبة الامتياز.....
129	ب- شروط الاحتجاج بالامتياز الناشئ عن الرهن.....
131	2- حق التتبع.....
133	ثالثاً: التنفيذ على الشيء المرهون.....
133	1- حالات المطالبة بالتنفيذ على الشيء المرهون.....
134	2- صور وإجراءات تحقيق الرهن.....
135	أ- إجراءات تحقيق رهن المعدات المخصصة لاستعمال صناعي.....
136	ب- إجراءات تحقيق رهن المعدات المخصصة لاستعمال فلاحى.....
138	ج- بيع المعدات المرهونة مع عناصر أخرى للأصل التجاري.....
140	الفقرة الثانية: التشطيب على الرهن.....
140	أولاً: التشطيب المبني على رضا الطرفين.....
140	ثانياً: التشطيب المبني على حكم قضائي.....
141	المبحث الثاني: رهن بعض المنتوجات والمواد.....

141	المطلب الأول: إنشاء الرهن وأثاره
142	الفقرة الأولى: أركان إنشاء الرهن
142	أولاً: الأركان الموضوعية
142	1- وجوب توافر الأركان الموضوعية العامة
143	2- المحلل
147	3- مدة الرهن
147	ثانياً: الأركان الشكلية
147	1- طبيعة الكتابة
149	2- تقييد الرهن
153	الفقرة الثانية: آثار الرهن
153	أولاً: آثار الرهن بالنسبة إلى المدين الراهن
153	1- الإبقاء على الحيازة
153	2- المحافظة على الشيء المرهون
154	3- الحق في استعمال المرهون والتصرف فيه
155	4- رد الدين المضمون قبل أجل الاستحقاق
156	ثانياً: آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن
156	1- الحق في الإعلام
157	2- الحق في معانة الشيء المرهون
157	3- الحق في التنفيذ على الشيء المرهون
158	المطلب الثاني: تحقيق الرهن والتشطيب عليه
158	الفقرة الأولى: إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون
158	أولاً: استصدار أمر قضائي بالبيع
159	ثانياً: إعلام المدين والعموم بالبيع
160	ثالثاً: استيفاء مبلغ الدين من ثمن البيع
161	رابعاً: الرجوع

161	1- ثبوت الحق في الرجوع.....
161	2- أجل الرجوع.....
162	الفقرة الثانية: التشطيب على الرهن.....
162	أولاً: التشطيب التلقائي.....
162	ثانياً: التشطيب بناء على إثبات رد الدين.....
163	ثالثاً: التشطيب برضا الطرفين.....
164	رابعاً: التشطيب بناء على حكم قضائي.....
167	الباب الثاني عقود الوساطة الفصل الأول
169	عقد الوكالة التجارية
172	المبحث الأول: مفهوم الوكالة التجارية.....
172	المطلب الأول: ماهية الوكالة التجارية.....
173	الفقرة الأولى: تعريف الوكالة التجارية وبيان طبيعتها.....
173	أولاً: تعريف الوكالة التجارية.....
174	ثانياً: طبيعة عقد الوكالة التجارية.....
178	الفقرة الثانية: خصائص الوكالة التجارية وتمييزها عما يشهها.
178	أولاً: خصائص الوكالة التجارية.....
178	1- الاستقلال المني للوكيل التجاري.....
178	أ- مفهوم الاستقلال المني للوكيل التجاري.....
180	ب- حدود الاستقلال المني للوكيل التجاري.....
180	ب/1- الحق في توظيف وكلاء من الباطن.....
180	ب/2- الحق في تمثيل موكلين آخرين غير متنافسين.....
182	وممارسة أنشطة أخرى.....
184	2- الوكالة التجارية ذات مصلحة مشتركة.....

188	3- الوكالة التجارية مستمرة ومنظمة.....
190	4- الطابع المهني للوكالة التجارية.....
191	ثانيا: تمييز الوكالة التجارية عن بعض العقود.....
191	1- الوكيل بالعمولة.....
192	2- السمسار.....
192	3- الممثل التجاري.....
193	4- صاحب الامتياز.....
193	المطلب الثاني: شكل ومضمون الوكالة التجارية.....
193	الفقرة الأولى: انعقاد الوكالة التجارية.....
194	أولا: رضائية عقد الوكالة التجارية.....
195	ثانيا: الكتابة مطلوبة للإثبات.....
196	الفقرة الثانية: موضوع ومحتوى عقد الوكالة التجارية.....
196	أولا: موضوع الوكالة التجارية.....
199	ثانيا: محتوى العقد.....
199	1- شروط لا يجب إدراجها بالعقد.....
200	2- شروط يجب أن يتضمنها العقد.....
201	المبحث الثاني: تنفيذ وإنهاء عقد الوكالة التجارية.....
201	المطلب الأول: تنفيذ عقد الوكالة التجارية.....
201	الفقرة الأولى: الالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد الوكالة.....
202	أولا: الالتزام بالصدق.....
202	1- التزام الوكيل التجاري بعدم المنافسة.....
203	2- التزام الموكل باحترام شرط الحصر.....
204	ثانيا: الالتزام بالإعلام.....
204	1- التزام الوكيل بإعلام الموكل.....
206	2- التزام الموكل بإعلام الوكيل.....

207	الفقرة الثانية: الالتزامات الخاصة بكل طرف في عقد الوكالة
208	أولاً: الالتزامات الخاصة بالوكيل التجاري
208	1- التنفيذ الاحترافي للوكالة التجارية
209	2- الالتزام بالمحافظة على السر
210	ثانياً: الالتزامات الخاصة بالموكل
211	1- التزام الموكل بتمكين الوكيل بسبل إنجاز مهمته
213	2- التزام الموكل بدفع أجره الوكيل
213	أ- تحديد مبلغ العمولة
214	ب- مبدأ الحق في العمولة
217	ج- كيفية أداء العمولة
218	المطلب الثاني: إنهاء عقد الوكالة التجارية
218	* الفقرة الأولى: القواعد المنظمة لإنهاء الوكالة التجارية
218	* أولاً: عدم كفاية الإرادة المنفردة لإنهاء الوكالة التجارية دون تعويض الوكيل
220	* ثانياً: الالتزام التبادلي بالإشعار
220	1- النظام القانوني للإشعار بالإنهاء
220	أ- الإشعار بالإنهاء إجراء إلزامي في العقود غير محددة المدة
221	ب- أجل الإشعار وشكله
222	2- عدم احترام الالتزام بالإشعار
222	أ- التمييز بين عدم التنفيذ المبرر وغير المبرر
223	ب- التعويض عن عدم احترام الالتزام بالإشعار
223	* الفقرة الثانية: حق الوكيل في التعويض عن إنهاء العقد
224	* أولاً: مبدأ الحق في التعويض
224	1- تعميم مبدأ الحق في التعويض

226	2- انقضاء الحق في التعويض
226	3- مبلغ التعويض
228	* ثانيا: الاستثناءات
228	1- الخطأ الجسيم
229	2- التوقف الناجم عن فعل الوكيل التجاري
230	3- تفويت الوكيل التجاري لحقوقه والتزاماته إلى الغير ..
	الفصل الثاني
232	عقد السمسرة وعقد الوكالة بالعمولة
233	المبحث الأول: عقد السمسرة
235	المطلب الأول: ماهية عقد السمسرة
235	الفقرة الأولى: تعريف عقد السمسرة وتمييزه عما يشبه
235	أولاً: تعريف السمسرة وبيان مميزاتها
235	1- تعريف عقد السمسرة
237	2- مميزات عقد السمسرة
237	أ- السمسرة عمل مادي
238	ب- السمسرة وساطة قائمة على استقلال السمسار ..
239	ج- السمسرة من العقود الرضائية
239	د- السمسرة من عقود المعاوضة
240	هـ- السمسرة من العقود التجارية
240	3- طبيعة عقد السمسرة
240	ثانياً: تمييز السمسار عن الوكيل
240	1- تمييز السمسار عن الوكيل التجاري
242	2- تمييز السمسار عن الوكيل بالعمولة

الفقرة الثانية: السمسرة عمل تجاري يخضع إبرامه للقواعد

242	العامة.....
242	أولاً: السمسرة عمل تجاري.....
242	1- تجارية عقد السمسرة بالنسبة للسمسار.....
244	2- تجارية السمسرة بالنسبة للغير.....
235	3- السمسار تاجر.....
246	ثانياً: إبرام عقد السمسرة وإثباته.....
246	1- إبرام عقد السمسرة.....
247	2- إثبات عقد السمسرة.....
247	المطلب الثاني: التزامات طرفي عقد السمسرة.....
247	الفقرة الأولى: التزامات السمسار.....
248	أولاً: محتوى التزامات السمسار.....
248	1- الالتزام بالبحث عن متعاقد ثان.....
250	2- الالتزام بالصدق في الإعلام.....
251	3- الالتزام بحفظ الوثائق والعينات.....
252	4- الالتزام بالضمان.....
	5- التزام السمسار بالألا يشتري لنفسه المال الذي كلف
255	بيعه.....
255	ثانياً: مسؤولية السمسار.....
259	الفقرة الثانية: التزامات موطن السمسار.....
259	أولاً: محتوى التزامات موطن السمسار.....
260	1- إبرام العقد.....
261	2- أداء الأجر للسمسار.....
261	أ- المدين بالأجر.....
262	ب- نشأة الحق في الأجر وشروطه.....
262	ب/1- وجود عقد يربط السمسار بمن كلفه.....

263	ب/2- وجوب انعقاد العقد نتيجة سعي السمسار
264	ب/3- وجوب إبرام العقد موضوع التوسط
267	ج- تحديد مبلغ الأجر
268	ثانيا: مسؤولية موسط السمسار
270	المبحث الثاني: عقد الوكالة بالعمولة
273	المطلب الأول: ماهية عقد الوكالة بالعمولة وإبرامه
273	الفقرة الأولى: ماهية عقد الوكالة بالعمولة وتميزه عما يشبهه..
273	أولاً: تعريف عقد الوكالة بالعمولة وخصائصه
372	1- تعريف عقد الوكالة بالعمولة
280	2- مزايا الوكالة بالعمولة
281	3- خصائص الوكالة بالعمولة
282	أ- تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الخاص
285	ب- الوكالة بالعمولة عقد نيابة غير كاملة
289	ج- الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضة
290	د- الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة بالعمولة
291	هـ- تجارية عقد الوكالة بالعمولة
294	ثانيا: تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن العقود المشابهة
294	1- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الشراء من أجل البيع..
295	2- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية.....
295	أ- أوجه التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية.....
296	ب- معيار التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية...
296	ب/1- معيار طبيعة العمل المعمود به إلى الوكيل
297	ب/2- معيار طبيعة الشيء محل التعاقد
298	ب/3- معيار الطريقة التي يتعامل بها الوكيل
301	3- تمييز الوكالة بالعمولة عن التقرير بالشراء عن الغير.....

303	4- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن عقد العمل
303	5- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الممثل التجاري
305	6- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن الامتياز التجاري
307	6- تمييز عقد الوكالة بالعمولة عن وكالة الأعمال
312	الفقرة الثانية: أنواع الوكالة بالعمولة وإبرامها
312	أولاً: أنواع عقد الوكالة بالعمولة
312	1- الوكالة بالعمولة في البيع والشراء
312	أ- الوكالة بالعمولة في البيع
314	ب- الوكالة بالعمولة في الشراء
316	2- الوكيل بالعمولة في نقل البضائع
316	أ- طبيعة الوكالة بالعمولة في نقل البضائع
320	ب- التزامات الوكيل بالعمولة في النقل
320	ب/1- الالتزام بالتصريح بالبضائع في الدفتر اليومي
321	ب/2- إبرام العقد والتأمين على البضاعة
322	ج- مسؤولية الوكيل بالعمولة في النقل
323	ج/1- المسؤولية الواسعة للوكيل في النقل
325	ج/2- حدود مسؤولية الوكيل بالعمولة في النقل
326	ثانياً: إبرام عقد الوكالة بالعمولة وإثباته
327	1- إبرام عقد الوكالة بالعمولة
328	2- الإثبات
329	المطلب الثاني: آثار عقد الوكالة بالعمولة
	الفقرة الأولى: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة طرفيه
329	والغير
329	أولاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الطرفين
329	1- التزامات الوكيل بالعمولة

330	أ- الالتزام بتنفيذ الوكالة
330	1/أ- التنفيذ الشخصي للوكالة
332	2/أ- إنابة الغير في تنفيذ الوكالة
333	ب- التزام الوكيل بـ ألا يكون طرفاً ثانياً في العقد
333	ب/1- المبدأ
335	ب/2- الاستثناء
337	ج- الالتزام بالإعلام والنصح
340	د- الالتزام بالمحافظة على السر
341	2- التزامات الموكل
341	أ- التزام الموكل بالإعلام
342	ب- الالتزام بأداء العمولة
344	ج- الالتزام برد المصاريف
346	د- الالتزام بتعويض الوكيل
346	هـ- التزام الوكيل بالعمولة بالضمان
350	ثانياً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الغير
350	1- العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير
350	2- العلاقة بين الموكل والغير
356	الفقرة الثانية: ضمانات التنفيذ
356	أولاً: ضمانات الوكيل بالعمولة
356	1- التضامن بين الموكلين
356	2- حق الحبس
356	أ- الأساس القانوني لحق الحبس
358	ب- شروط حق الحبس
360	ب/1- الحيازة

360	ب/2- الارتباط بين حق الوكيل بالعمولة والشئ الذي يحوزه.....
361	ب/3- ملكية الموكل للشئ المحبوس.....
361	ب/4- حلول الدين.....
362	ج- نطاق حق الحبس.....
363	د- تأثير حكم فتح مسطرة التسوية على حق الحبس.....
364	3- امتياز الوكيل بالعمولة.....
365	أ- إنشاء حق الامتياز ومبناه.....
367	ب- محل الامتياز.....
368	ج- الديون المضمونة بالامتياز.....
369	د- آثار الامتياز.....
369	د/1- إجراءات استيفاء الديون المضمونة بالامتياز....
370	د/2- مرتبة الامتياز.....
371	ثانيا: ضمانات الموكل.....
371	1- تضامن الوكلاء بالعمولة.....
372	2- سحب كمبيالات.....
372	3- الاسترداد.....
372	أ- استرداد البضاعة.....
376	ب- استرداد الثمن.....



المطبعة والوراقة الوطنية

IMPRIMERIE PAPETERIE EL WATANYA



Rue Abou Oubaida, Cité Mohammadia, Marrakech

Tél : 05 24 30 37 74 LG / 05 24 30 25 91

Fax : 05 24 30 49 23 • E-mail: iwatanyya@gmail.com

[Handwritten signature]