UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES, ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية

مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون الخاص ورهانات التنمية

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع :

الضمانات الشخصية
في مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة

إعداد الطالب الباحث: يوسف الجار

تحت إشراف: الدكتور أحمد كويسي

لجنة المناقشة

د. عبد الحميد أخريف:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	رئيسا
د. أحمد كويسي:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	مشرفا
د. عبد الرحيم السلماني:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	مقررا
د. عمر اليعقوبي:	أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس	عضوا
د. رشيد فطوش:	أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس	مقررا
د. علال فالي:	أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بالرباط أكدال	مقررا

السنة الجامعية : 2020- 2021

كلمة شكر

اعترافا منا لأهل الفضل والجود، وامتثالا لقول رسولنا صلى الله عليه وسلم، عن أبي هريرة رضي الله عنه: " لا يشكر الله من لا يشكر الناس ".

من الواجب أن أتقدم بخالص الشكر وفائق التقدير والاحترام إلى أستاذي الفاضل الدكتور أحمد كويسي الذي تكرم بالإشراف على هذا البحث وإحاطته بكامل عنايته وبتوجيهاته وإرشاداته القيمة، وإلى أستاذي الفاضل الدكتور عبد الحميد أخريف لتكرمه بقبول ترؤس لجنة مناقشة هذا البحث وإحاطته بكامل عنايته وبتوجيهاته القيمة، كما أتقدم بخالص الشكر وفائق التقدير والاحترام إلى كل الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بتحمل عناء مناقشة هذا البحث.

كما لا يفوتني أن أقدم فائق الشكر والاحترام إلى كل أساتذة وأطر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

روح أبي الطاهرة

أمي العزيزة حفظها الله

جميع إخوتي الأعزاء

جميع أصدقائي

– لائحة فك الرموز –

أولا : بالعربية:

- ج. : جزء
- ص. : صفحة
- ط. : طبعة
- ع. : عدد
- ق.ل.ع. : قانون الالتزامات والعقود
- ق.م.م. : قانون المسطرة المدنية
- م. س. : مرجع سابق
- م.ت. : مدونة التجارة
- م.م.ت. : مجلة المحاكم التجارية
- م.م.ق.أ.م. : المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات
- م.م.م. : مجلة المحاكم المغربية

ثانيا: بالفرنسية:

Bull. Civ. : Bulletin civile

C.A. : Cour d'appel

Cass. Ass.plén. : Assemblé plénière de la cour de cassation française

Cass. Req. : Chambre des requêtes de la cour de cassation française

Cass.Civ. : Chambre civile de la cour de cassation française

Cass.Com. : Chambre commerciale de la cour de cassation française

Cass.Mix. : Chambre mixte de la cour de cassation française

Cons.Constitu. : Conseil constitutionnel

D.E.A. : Diplôme des études approfondies

Ed. : Edition

Gaz.Pal. : Gazette du Palais

Imp. : Imprimerie

In. : Dans

J.C.P. E. : Jurisclasseur périodique, La semaine juridique entreprise et affaires

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

L.P.A. : Les Petites affiches.

N° : Numéro

Obs. : Observations

Op. Cit. : Opus citatum (cela signifie; ouvrage précité)

P. : Page

P.U.F. : Presses universitaires de France

P.U.G. : Presses universitaires de Grenoble

R.E.M.A.R.C. : Revue marocaine des contentieux

R.J.T. : Revue juridique Thémis

R.U.G.D. : Règles uniformes de la chambre de commerce internationale

Rev. Proc. Coll. : Revue de procédure collective

Rev. : Revue

RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD. Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Suivant

T. Com. : Tribunal de commerce

T.G.I. : Tribunal de grande instance

المقدمة:

لا يخفى على المتتبع لميدان الأعمال مدى الأهمية التي أصبحت توليها معظم الدول لمقاولاتها، سواء على مستوى حمايتها أو من حيث توفير مقومات النهوض بها، لكي تتلاءم أوضاعها مع التحولات التي يعرفها المحيط الوطني والجهوي والعالمي اقتصاديا واجتماعيا[1].

إحساسا بتلك الأهمية، وبالدور الذي تلعبه المقاولات في إرساء الأسس المتينة للبناء الاقتصادي وترسيخ الدعائم الحقيقية للاستقرار الاجتماعي حظي فتح باب الائتمان[2] أمام المقاولة[3] وتيسير الحصول عليه – باعتباره أحد أهم مقومات النهوض بالمقاولة – باهتمام بالغ، إذ من الصعوبة بمكان أن يقوم رئيس المقاولة[4] مهما كثرت أمواله بإجراء جميع معاملاته التجارية بما يتوفر عليه من سيولة مالية، إذ غالبا ما يجد نفسه عاجزا عن مواجهة متطلبات السوق والمحافظة على قدرته التنافسية بالاعتماد على أصوله المتداولة وأصول خزينته[5]، فهو يكون مضطرا في الغالب إن أراد استغلال جميع الفرص المتاحة له في حياته التجارية والقيام

---

[1]- محمد أخياط، حماية المقاولة كفضاء اجتماعي واقتصادي من خلال قانون صعوبات المقاولة، م.م.م، ع. 86، يناير- فبراير 2001، ص.129 وما بعدها.

[2]- يعرف الأستاذ عز الدين بنستي الائتمان بأنه: " التنازل عن مال حاضر مقابل مال مستقبل، وأساسه الثقة ".، عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، ج. 1، النظرية العامة للتجارة والتجار، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2،2001، ص.24.

- وقد عرفه الأستاذان رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، معتمدين في ذلك على التمييز بين معنى الائتمان بالنسبة لكل من المدين والدائن بالقول: " يعني الائتمان الثقة، والمدين الذي يحصل على ائتمان هو مدين يوحي بالثقة وبالتالي يصبح في وضع ييسر له بسهولة الحصول على آجال لوفاء ديونه، فيجد ببساطة من يقرضه من أموال لازمة مع منحه مكنة لرد هذه الأموال في تاريخ لاحق، فيتمكن من تصريف شؤونه ولا يقلق من السداد فقد منح أجلا، وهذا هو الائتمان. ويعني الائتمان من وجهة نظر الدائن أنه قد منح ثقته لمدين معين لوفاء الدين بأن منحه أموالا معينة مع أجل قريب أو بعيد لرد هذه الأموال ".، رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص.16.

- للمزيد من المعلومات حول تعريف الائتمان راجع:

- Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, DALLOZ, 5e Ed., 2009, P.6.

- امحمد لفروجي، كثلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء – عين الشق-، 1993، ص.1.، بشرى خالد تركي المولى، ضمانات الائتمان المصرفي، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2015، ص.21 وما بعدها.

[3]- نقصد بالمقاولة هنا المدلول الذي أوردته المادة 546 من م. ت. التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: " يقصد بالمقاولة في مدلول هذا الكتاب، الشخص الذاتي التاجر أو الشركة التجارية ".

[4]- نقصد برئيس المقاولة هنا المعنى الذي أوردته الفقرة الثانية من المادة 546 من م. ت. التي تنص على أنه: " يقصد برئيس المقاولة، في مدلول هذا الكتاب، الشخص الذاتي المدين أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري المدين ".

[5]- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2، يناير 2001، ص.315.

بأكبر قدر ممكن من العمليات التجارية، إلى اللجوء لتقنيات الائتمان للحصول عن طريق الاستدانة – من شخص آخر سواء كان تاجرا أم غير تاجر – على رأسمال معين يلتزم برده في تاريخ لاحق يتم الاتفاق عليه كميعاد لاستحقاق الدين[6].

ومن ثم، فالائتمان يشكل ضرورة ملحة للمقاولات، إذ لولاه لما استطاعت العديد من المقاولات التي تعوزها الأموال ممارسة أنشطتها التجارية بكيفية تحقق لها الربح وإبرام الصفقات التجارية بالسرعة التي يتطلبها إنجاز العمليات التجارية[7]، فهو عصب التجارة[8] ولا غنى عنه في جميع ميادين الحياة الاقتصادية[9]، وازدهار القطاع التجاري ونمو مبادلاته يقتضيان الحفاظ على الائتمان التجاري الذي تشكل الثقة أساسه[10]، وحمايته من كل ما من شأنه أن يهدده أو يعصف به، وبعبارة أدق وأكثر تعبيرا " **لا اقتصاد حديث بدون ائتمان** "[11].

إذا كانت هذه هي أهمية الائتمان – الذي لا تقوم التجارة بدونه– فإن الواقع العملي يؤكد بأن الدائن لا يكتفي أمام مخاطر الائتمان المتعددة[12]، بالحماية السلبية التي يحققها له الضمان العام[13]، خشية تعريض نفسه لمخاطر هذا الضمان[14]، الذي يجد فيه نفسه مجردا من

---

[6]- يسمى هذا النوع من الائتمان في المجال البنكي بالائتمان البنكي المباشر، ويتحقق في الحالة التي يلتزم فيها البنك بإقراض مبلغ معين من المال للزبون أو بتعهده بجعل هذا المبلغ رهن إشارة الزبون لسحبه، أو بجعله رهن إشارة دائن الزبون الذي يمكنه سحبه متى أدلى بما يثبت أنه وفى بالتزامه المقابل اتجاه هذا الزبون، وتعتبر عمليات القرض والخصم من أبرز أشكال الائتمان البنكي المباشر.

- Tahar DAOUDI, Les cautions bancaires, Imp., EL Maarif EL Jadida, Rabat, 1992, P .13.

[7]- إذا كان المجال المدني يهدف إلى الثبات والاستقرار، فإن المجال التجاري على النقيض من ذلك يهدف إلى المضاربة والوساطة بقصد تحقيق الربح، وسبيله في ذلك سرعة تداول الأموال.، فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الآفاق للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 4، 2012، ص.17.، نجيب نعومي، أداء الأوراق التجارية في حالة إفلاس المسحوب عليه، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 1988-1989، ص.8.

[8]- عز الدين بنستي، م. س. ص.10.

[9]- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, DEFRENOIS, 5e Ed., 2011, P.1.

[10] - Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Cours de droit civil, Les sûretés (Le droit du crédit), CUJAS, Ed., 1986, P.7.

[11] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.1.

[12]- راجع في مخاطر الائتمان:

- Faiza BENABDELMOULA, Les déterminations d'octroi de crédits bancaires aux entreprises : Étude comparative entre la banque conventionnelle et la banque islamique, Thèse de doctorat, Sciences de gestion, Université CÔTE D'AZUR, 2017, P.49 et S.

[13]- ينص على حق الضمان العام الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : " أموال المدين ضمان عام لدائنيه. ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب للأولوية ".

- وهو ما تنص عليه كذلك المادة 2285 من القانون المدني الفرنسي:

الحق في تتبع المال الخارج من ذمة المدين[15]، ومن الأفضلية على الدائنين الطارئين بعد نشأة حقه[16]، ويسمى في هذه الحالة بالدائن العادي، لأنه لا يتمتع بأي ضمان خاص يميزه عن غيره من الدائنين[17]، ويتحمل بالتالي مخاطر الضمان العام[18] وقصوره عن توفير حماية فعالة[19]، بالرغم من أن المشرع قد حاول أن يحقق له أكبر قدر من الحماية في الحدود التي تسمح بها فكرة الضمان العام[20]، دون أن ينجح في ذلك لأن وسائل هذه الحماية متأخرة ولا تحقق للدائن الذي يمارسها أي نفع خاص[21].

من الثابت إذن أن الدائن الحريص لا يقدم على تقديم تمويله للمقاولة، إلا إذا قدم له المدين ما يطمئنه على استيفاء ديونه ويزرع في نفسه الثقة، ويؤمنه من الخطر الأساسي المرتبط بممارسة النشاط التجاري، وهو توقف المقاولات عن دفع ديونها. ومما لاشك فيه أن الثقة أساس الائتمان لا يقصد بها تلك الثقة العمياء المبنية على مجرد العلاقات الشخصية وسمعة المدين المتداولة عن مدى احترامه لالتزاماته، بل تلك الثقة التي تستند على تقديم المدين لضمانات خاصة ناجعة وكافية[22]، من شأنها أن تؤمن للدائن استيفاء حقه بإجراءات بسيطة وأقل تكلفة[23]، وبذلك فالضمانات تحقق فائدة كبيرة للدائن هي ضمان حقه في مواجهة مدينه،

- « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

[14]- خليفة الخروبي، التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص.89.

[15]- يعرف الأستاذ مأمون الكزبري حق التتبع droit de suite بالحق الذي يخول لصاحبه تتبع محل الحق في يد أي شخص تنتقل إليه حيازة هذا الشيء.، مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2، 1982، ص.15.

[16]- حق الأفضلية هو الحق الذي يسمح لصاحبه بأن يقدم في استيفاء حقه على من سواه، كما في الرهن مثلا، حيث يفضل الدائن المرتهن على الدائنين العاديين الذين ليس لهم استيفاء ديونهم إلا بعد أن يكون الدائن المرتهن قد استوفى تمام ما هو مترتب له في ذمة مدينه.، مأمون الكزبري، م. س.، ص.15.

[17]- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص.3.

[18]- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، دار النهضة العربية، 1997، ص.6 و 7.

[19]- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، التأمينات العينية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997. ص.7.

[20]- سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.3.

[21]- همام محمد محمود زهران، م. س.، ص.17 و18.

[22] - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.6.

[23] - Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Op. Cit., P.11.

وتحقق في نفس الوقت فائدة كبيرة للمدين، هي ثقة الدائن فيه، وبغير هذه الثقة لا يحصل المدين على ائتمان من أحد[24]، وبعبارة أدق " **لا ائتمان بدون ضمانات**"[25].

في هذا السياق الذي تحكمه معادلة " **لا تجارة بدون ائتمان** " و " **لا ائتمان بدون ضمانات** "، وفي ظل الاهتمام القوي والمتجدد بقانون الضمانات الذي أثارته الأزمة الاقتصادية العالمية[26]، ازدادت تكرسا الأهمية البالغة للضمانات[27] في المجال التجاري، وخاصة الضمانات الشخصية التي أضحت أحد أهم الأسس التي يعتمد عليها الدائنون من أجل ضمان استيفاء ديونهم، نظرا للتطور والانتعاش الذي عرفته هذه الضمانات بسبب الإقبال الواسع عليها وتزايد استعمالها أكثر في مختلف الميادين الاقتصادية ومن جميع الفاعلين الاقتصاديين، حيث ظهرت في الوسط التجاري مؤسسات تحترف منح الائتمان اعتمادا على هذه التقنية[28]، كالضمانات الشخصية المقدمة من البنوك[29] التي تكتفي فيها هذه الأخيرة بمنح ائتمانها لعملائها عن طريق التوقيع[30].

---

[24]- سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.4 و 5 .

[25] - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.6.

[26] - Philippe DUPICHOT , L'efficience économique du droit des sûretés personnelles, L. P. A., 14 Avril 2010, P.3.

[27]- يعتبر الفقه أن فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد، بينما فكرة التأمين تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة، وأن فكرة الضمانات أوسع بكثير من فكرة التأمينات، حيث هناك قواعد لصيقة برابطة الالتزام تشكل نوعا من الضمانات الفعالة، كالفسخ لعدم التنفيذ أو الدفع بعدم التنفيذ أو المقاصة، أي أن الضمانات يمكن أن تكون أثرا لمركز محدد، بينما التأمينات تضاف إلى رابطة الالتزام ولا تعد مجرد أثر لهذه الرابطة، فهي تنشأ عن مصدر مستقل عن مصدر الالتزام الذي تعمل على الوفاء به، فهي تنشأ عن الاتفاق أو القضاء أو القانون.

- Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Op. Cit., P.7 et 8.

- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة-الانابة الناقصة-الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص.8 إلى 10.

[28]- ويعرف هذا النوع من الائتمان في المجال البنكي بالائتمان البنكي غير المباشر، حيث يكتفي فيه البنك بمجرد إعارة اسمه وسمعته التجارية اللذين يمثلهما توقيعه.

- محمد جنكل، العمليات البنكية غير المباشرة، الموسوعة القانونية والقضائية لقانون الأعمال والمقاولات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2009، ص.7.

[29]- تنص المادة 3 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها القاضي بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) في فقرتها الأولى على أنه:" يعتبر عملية ائتمان كل تصرف، بعوض، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص :

- بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها؛

- أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع، في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر ".

[30]- للمزيد من المعلومات حول مفهوم الائتمان عن طريق التوقيع وأهميته وتجلياته، راجع:

- C. GAVALDA, J. STOUFFLET, Droit de la banque, THEMIS, 1974, P. 677 et S.

وقد ازدادت أهمية الضمانات الشخصية ترسخا بسبب التراجع الذي عرفته مكانة الضمانات العينية، الذي يرجع لمجموعة من الأسباب منها أن الحصول على الضمان العيني يستلزم شكليات طويلة ومكلفة في الوقت الذي تعتبر فيه التجارة في أمس الحاجة إلى السرعة والتبسيط[31]، كما أن أزمة الرهن الائتماني[32] التي انطلقت في الولايات المتحدة وتوسعت لتشمل مختلف الدول، أدت إلى تراجع الاهتمام بالضمانات العينية وإلى تشديد السياسات البنكية للقروض[33]، ويبقى السبب الأهم لهذا التراجع هو الضعف الواضح لفعالية الضمانات العينية في حماية الدائن في مساطر صعوبات المقاولة[34]، ومعلوم أن غياب الفعالية يؤدي حتما لتعطيل الائتمان[35].

ويقصد بالضمانات الشخصية بمفهومها الواسع الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين على سبيل الضمان، بمعنى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي لضمان حق الدائن[36]، أي أنها تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام[37]، وبمفهومها الضيق الذي

- هشام البلاوي، الضمانات البنكية: الضمان بالتوقيع نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، السنة الجامعية: 2012-2013، ص. 1 وما بعدها.

[31] - Jacques AUGER, Problème actuels de sûretés réelles, R.J.T., N° 3, 1997, P.632 et S., Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.1.

- تجب الإشارة إلى أنه في إطار محاولة تجاوز هذه الشكليات والكلفة المترتبة عليها قام المشرع المغربي بموجب القانون 18/21 المتعلق بالضمانات المنقولة بسن مجموعة من المقتضيات الهادفة لتسهيل إنشاء وتحقيق الضمانات المنقولة وحماية الأغيار، راجع المادة الأولى من القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة القاضي بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.76، الصادر بتاريخ 2019/04/17، منشور بالجريدة الرسمية، ع. 6771، الصادرة بتاريخ 2019/04/22، ص. 2058.

[32]- للمزيد من المعلومات حول أزمة الرهن الائتماني راجع:

- علي يوسفات، أزمة الرهن العقاري، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، مجلة تصدرها جامعة المسيلة، الجزائر، ع.2، 2009، ص.1 وما بعدها.، محمد بوجلال، مقاربة إسلامية للأزمة المالية الراهنة، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع. 6، 2009، ص.65 وما بعدها.

[33]- Mathilde DOLS-MAGNEVILLE, La réalisation des sûretés réelles, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit Privé, Université de Toulouse, 2013, P.16 et 17., Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.1.

[34]- Louis NIANG, Le sort des sûretés bancaires dans le cadre des procédures collectives de règlement, Rev. Trimestrielle de droit commercial et des affaires, N° 2, 2006, P. 37 et S.

[35]- Pierre-Michile LE CORRE, Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours, Rev. Proc. Coll., N° 1, 1990, P.21.

[36] - Gabriel MARTY, Pierre RAYNOUD, Les sûretés, la publicité foncière, Tome III, SIREY, 1971, P.333.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1973، ص.6.

[37]- جميل الشرقاوي، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، ع. 2، يوليو 1995، ص.165.

تتوافق فيه فكرة الضمان وفكرة التأمين، لأن كل تأمين يعد ضمان لكن ليس كل ضمان هو تأمين[38]، يعرف الفقيهان Simler و Delebecque التأمينات الشخصية بأنها " كل التزام بأداء معقود بصفة تبعية أو بصفة أصلية أو بصفة تعويضية، بهدف ضمان التزام مدين "[39].

وقد انتقد الأستاذ Borga التعريف السابق لكونه يقصر التأمين الشخصي في الالتزام بأداء في حين أنه يمكن أن يتضمن كذلك الالتزام بالقيام بعمل، وعرف من جانبه التأمينات الشخصية بأنها: " كل إجراء خاص (أو وسيلة) بضمان خطر عدم تنفيذ الالتزام من المدين، يفعل من الدائن ويسمح له بمطالبة الغير بالقيام بتصرف ذو طبيعة تماثل انقضاء التزام المدين "[40].

ومن جانبنا نعرف الضمانات الشخصية بأنها: " كل التزام معقود بصفة تبعية أو أصلية أو مستقلة يهدف لضمان تنفيذ التزام مدين أصلي"[41]. ونرى بأن هذا التعريف يواكب التطور الذي عرفته الضمانات الشخصية[42]، ويستوعب كافة أنواعها، بحيث يشمل نطاق هذه الضمانات الكفالة المعبرة عن الالتزام بالضمان بصفة تبعية، التي تعد من أقدم الضمانات الشخصية وأهمها، والتي حظيت بالتنظيم القانوني من مختلف التشريعات[43] ومنها التشريع

---

[38]- Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Op. Cit., P.7.

[39] - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.28.

« Tout engagement de payer souscrit, à titre accessoire, à titre principal ou encore à titre indemnitaire, dans le but de garantir l'obligation d'un débiteur ».

[40] - Nicolas BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, DALLOZ, 2009, P.395 et 393.

« Tout procédé spécifique de garantie du risque d'inexécution par le débiteur mise en œuvre par le créancier et lui permettant d'un tiers l'accomplissement d'actes de nature à concourir à l'extinction de l'obligation du débiteur ».

[41]- مع تأكيدنا على أن مستوى التبعية أو الاستقلالية في أي ضمان شخصي يبقى نسبيا، بمعنى أن التبعية والاستقلالية هما مسألة درجة لا طبيعة مطلقة.

[42]- Salaheddine Mellouli, L'évolution des Sûretés personnelles au cours du 20é siècle : Une évolution de caractère, Actes du Colloque sur le thème, L'apport du 20éme siècle au droit privé Tunisien, du 23 à 25 Avril 1998, Collection FORUM DES JURISTES, N° 8, Tunis, 2000, P. 186 et S.

[43]- انظر المادة 2288 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها، والفصل 1478 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية وما بعده.

المغربي الذي يعرفها في الفصل 1117 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه "[44].

ويشمل التضامن بين المدينين المعبر عن الالتزام بالضمان بصفة أصلية، الذي يثبت كلما كان هناك عدة مدينين يعتبرون في مواجهة الدائن كأنهم مدين واحد، بحيث يستطيع أن يطالب أيا منهم بكل الدين دون أن يتمسك في مواجهته بالتقسيم، وبحيث يترتب على الوفاء الحاصل من أحدهم إلى الدائن براءة كافة المدينين في مواجهته[45]. وبذلك فهو يعد من أهم الالتزامات المجسدة بدقة لمفهوم الضمان الشخصي، وخاصة في الحالة التي يلتزم فيها المدين المتضامن دون أن تكون له مصلحة في الدين[46]، بحيث يقتصر التزامه على ضمان تنفيذ التزام المدين المتضامن معه الذي تخصه المعاملة التي من أجلها تم الالتزام التضامني، وهي الحالة التي ينص عليها الفصل 180 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " إذا كانت المعاملة التي من أجلها حصل التعاقد على الالتزام التضامني لا تخص إلا أحد المدينين المتضامنين، التزم هذا المدين تجاه الباقين بكل الدين، ولا يعتبر هؤلاء بالنسبة إليه إلا ككفلاء ".

كما يشمل نطاق الضمانات الشخصية الضمان المستقل المعبر عن الالتزام بالضمان بصفة مستقلة، هذا الضمان الذي نشأ وتطور في ظل العلاقات التجارية الدولية، نظمته قواعد الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وعرفته من خلال المادة 3 التي جاء فيها: " لأغراض هذه الاتفاقية يمثل التعهد التزاما مستقلا يعرف في الممارسة الدولية بأنه ضمان مستقل أو خطاب اعتماد ضامن مقدم من مصرف أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر، بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابلا للتعيين عند تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى حسب أحكام التعهد أو أي من شروطه المستندية، تفيد أو يستدل منها استحقاق الأداء بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ

[44]- ينظم المشرع المغربي أحكام الكفالة في الفصول من 1117 إلى 1160 من ق.ل.ع.

[45]- وينص في هذا الإطار الفصل 166 من ق.ل.ع. على ما يلي: " يثبت التضامن بين المدينين، إذا كان كل منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه، وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه لكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة ".

[46] - Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des sûretés, 4ème Ed., LITEC, 1990, P.317.
« La solidarité est une sûreté personnelle totale dans l'engagement d'un codébiteur non intéressé à la dette normale ».

آخر، أو سدادا لمال مقترض، أو سدادا لأي دين مستحق الأداء واقع على الأصيل أو شخص آخر ". كما نظمته غرفة التجارة الدولية في قواعدها الموحدة لسنة 2010 المتعلقة بالضمانات عند الطلب (RUGD 757) فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 5 على أن: " الضمان بطبيعته مستقل عن العلاقة الأصلية، والضامن ليس معنيا بأي وجه أو ملتزم بناء على هذه العلاقات. وكل إحالة على العلاقة الأصلية الواردة في الضمان لا تمس بطبيعته المستقلة. والضامن الملتزم بالأداء بناء على الضمان لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع المستمدة من علاقة أخرى غير علاقة الضامن بالمستفيد "[47].

كما استعمل الضمان المستقل في العلاقات الداخلية، وفرض نفسه كأحد أهم الضمانات الشخصية المنافسة للكفالة، الشيء الذي جعل مجموعة من التشريعات المقارنة تقوم بتنظيمه[48]، ومنها المشرع الفرنسي الذي كرس تنظيمه من خلال الأمر الصادر بتاريخ 2006/03/23 في إطار إصلاح قانون التأمينات[49]، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 2321 من القانون المدني على أن: " الضمانة المستقلة هي التعهد الذي يلتزم بمقتضاه الضامن، وباعتبار التزام معقود من قبل الغير، بتسديد مبلغ إما عند أول طلب أو وفقا للطرق المتفق عليها "[50].

---

[47]- « Une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations. Toute référence à la relation sous-jacente qui est faite dans la garantie en vue de l'identifier n'affecte pas la nature indépendante de la garantie. Le garant tenu de payer en vertu de la garantie ne peut opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire ».

[48]- حيث ينص المشرع المصري في المادة 355 من القانون التجاري على أن: " خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة. وتسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان ".

[49]- حيث أصبحت تنص المادة 2287-1 من القانون المدني الفرنسي على أن الضمانات الشخصية التي ينظمها هذا الباب (الباب الأول من الكتاب الرابع في الضمانات الشخصية) هي الكفالة والضمانة المستقلة وخطاب النوايا.

« Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ».

[50] - « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

- للمزيد من المعلومات حول مستجدات قانون التأمينات الفرنسي راجع:

- Philippe SIMLER, La réforme du droit des sûretés, Un livre IV nouveau du code civil, J.C. P., La semaine juridique, N° 13, 29 Mars 2006, P.597 et S.

ويشمل نطاق الضمانات الشخصية أيضا خطاب النوايا الذي يعبر عن الالتزام بالضمان بصفة شخصية ومستقلة من حيث المبدأ، لأنه يتضمن التزامين مستقلين كما هو الشأن في الضمان المستقل، لكن هذه الاستقلالية التي يتميز بها خطاب النوايا لا ترتب نفس آثار الاستقلالية في الضمان المستقل، والسبب لا يرجع لحضور خاصية التبعية في خطاب النوايا، بل للتفعيل الطبيعي لقواعد المسؤولية المدنية، والخاصية التعويضية لخطاب النوايا[51]، حيث بخلاف الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل بأداء الالتزام المضمون، يتعهد مصدر خطاب النوايا بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يهدف لضمان تنفيذ المدين لالتزامه تجاه الدائن، وفي هذا الإطار ذهب المشرع الفرنسي إلى تبني تنظيم خطاب النوايا ضمن التأمينات الشخصية المسماة، وذلك بموجب الأمر الصادر بتاريخ 2006/03/23 حيث نص في المادة 2322 من القانون المدني على أن: " خطاب النوايا التزام بعمل أو امتناع عن عمل موضوعه دعم المدين في تنفيذ التزامه تجاه الدائن "[52].

وإذا كان من الثابت أن الضمانات الشخصية المذكورة أعلاه، ترتب آثارها بكيفية طبيعية في الحالة التي تطبق فيها حصريا القواعد المنظمة لهذه الضمانات، بحيث تعد وسيلة ضمان فعالة للدائن تؤمن له استيفاء ديونه، ويجد فيها الضامن متسعا للتمسك بمجموعة من القواعد الضامنة لحقوقه في مواجهة الدائن والمدين الأصلي، فإنه وبمجرد خضوع المدين الأصلي لمسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة تصبح وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية، وكذلك وضعية مقدمي هذه الضمانات محفوفة بالمخاطر، وذلك لأن غاية المشرع الأساسية من سن هذه المسطرة تتجلى في حماية المقاولة واستمرار نشاطها، هذه الغاية التي كانت نتيجة طبيعية للتطور الذي عرفته المساطر الجماعية، الذي ركز فيه في وقت أول على معاقبة وزجر التاجر الذي لا ينفذ التزاماته، وخاصة المالية مع دائنيه، ثم ركز في وقت ثان على حماية الدائنين، وفي مرحلة

[51] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Les sûretés personnelles, L.G.D.J., Ed., ALPHA, 2010, P.1071.

[52] - تنص المادة 2322 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

أخيرة نعيشها اليوم تم الاهتمام أكثر بكيفية الإبقاء على حياة المقاولات[53]، فكان موضوعه وغايته هو العمل على إنقاذ المقاولة وضمان سبل استمرارها حتى ولو كلف الأمر التضحية بحقوق الدائن أو الضامن أو بحقوق الاثنين معا.

ويمكن تعريف " مسطرة التسوية القضائية " بأنها مسطرة جماعية تفتح في مواجهة كل مقاولة عاجزة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة (أي المتوقفة عن الدفع) [54]، كلما تبين للمحكمة التجارية المختصة أن وضعية المقاولة ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه[55]، لمعالجة صعوبات المقاولة باعتماد مخطط للاستمرارية أو للتفويت[56]، وذلك للمحافظة على نشاطها الاقتصادي، ومناصب الشغل المرتبطة به، وتصفية الخصوم[57].

وبذلك تعد مسطرة التسوية القضائية محور المساطر الجماعية وأهمها، حيث تأتي بعد مسطرة الإنقاذ[58] التي تعد من المستجدات التي استحدثها القانون 73.17 المتعلق بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من م.ت. [59]، وهي مسطرة جماعية تفتح بطلب من كل مقاولة

---

[53]- عبد الحميد أخريف، الدور القضائي الجديد في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2000-2001، ص.8 و 9.

[54]- تنص المادة 575 من م.ت. على أنه: " تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقاولة ثبت أنها في حالة التوقف عن الدفع. تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه ".

[55]- تنص المادة 583 من م.ت. على أنه: " تقضي المحكمة بالتسوية القضائية إذا تبين لها أن وضعية المقاولة ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه، وإلا فيقضي بالتصفية القضائية ".

[56]- تنص الفقرة الثالثة من المادة 545 من م.ت. على أنه: " تتم معالجة صعوبات المقاولة عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط للاستمرارية أو مخطط للتفويت ".

[57]- في هذا الإطار تنص المادة L.631-1 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي :

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. ».

[58]- وذلك بعد أن تقوم المقاولة بنفسها عن طريق الوقاية الداخلية من الصعوبات التي تعترضها، بتصحيح ما من شأنه أن يخل باستمرارية استغلالها، وإلا تم ذلك عن طريق الوقاية الخارجية، بتدخل من رئيس المحكمة.

[59]- فاطمة برتاوش، مقارنة بين مسطرة الانقاذ ومسطرة التسوية القضائية في ضوء القانون 73.17، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.99 وما بعدها.، مصطفى خويا موح، عبد الحق السراوي، مميزات مسطرة الانقاذ، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.87 وما يليها.

تعاني من صعوبات ليس بمقدورها تجاوزها ومن شأنها أن تؤدي بها في أجل قريب للتوقف عن الدفع (أي غير متوقفة عن الدفع) [60] وتهدف لضمان استمرارية نشاط المقاولة والحفاظ على مناصب الشغل بها وتسديد خصومها[61]. وقبل مسطرة التصفية القضائية التي هي مسطرة جماعية تفتح في مواجهة كل مقاولة متوقفة عن الدفع، كلما تبين للمحكمة التجارية المختصة أن وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه[62]، وتهدف لبيع أصول المقاولة والوفاء بديونها وصولا لقفل عمليات التصفية إذا لم يعد ثمة خصوم واجبة الأداء أو توفر السنديك على المبالغ الكافية لتغطية ديون الدائنين، أو إذا استحال الاستمرار في القيام بعمليات التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول[63].

من هذا المنطلق تظهر الأهمية البالغة لدراسة موضوع " **الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة** " حيث يشكل محور التقاء نظامين قانونيين هامين، تتعدد فيهما المصالح المرعية، التي تتمثل في مصلحة المقاولة ومصلحة الدائن ومصلحة الضامن، الشيء الذي يقتضي البحث في حدود تأثير نظام مسطرة التسوية القضائية على نظام الضمانات الشخصية، في ضوء متطلبات ضمان فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية حقوق طرفي عقد الضمان الشخصي وتشجيع الائتمان، دون المساس بفرص نجاح مسطرة التسوية القضائية.

وتتدعم أهمية دراسة الموضوع ببعده النظري الذي يتجلى في الإطار القانوني الهام الذي ينظم أحكام مسطرة التسوية القضائية بمستجداته المقررة بموجب القانون 73.17 وينظم أحكام بعض الضمانات الشخصية في إطار القواعد العامة، المتمثلة في الكفالة والتضامن بين المدينين، وغياب التأطير القانوني الكافي لوضعيتها في إطار مسطرة التسوية القضائية، الذي اقتصر على

- Hind TAK TAK, La procédure de sauvegarde des entreprises en difficulté un modèle français ou un modèle américain, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2008, P.7 et S.

[60]- تنص الفقرة الأولى من المادة 561 من م.ت. على أنه: " يمكن أن تفتح مسطرة الإنقاذ بطلب من كل مقاولة دون أن تكون في حالة التوقف عن الدفع تعاني من صعوبات ليس بمقدورها تجاوزها ومن شأنها أن تؤدي بها في أجل قريب إلى التوقف عن الدفع ".

[61]- راجع المادة 560 من م.ت.

[62]- انظر المادة 670 من م.ت.

[63]- راجع المادة 669 من م.ت.

التحديد الجزئي لوضعية الكفلاء مع اختلاف التوجه التشريعي بخصوص وضعيتهم بين مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. المنسوخ وما تم تقريره في الكتاب الخامس من م.ت. الجديد.

في بالمقابل يلاحظ غياب أي تأطير قانوني لباقي الضمانات الشخصية في القانون المغربي، المتمثلة في الضمان المستقل وخطاب النوايا، الشيء الذي يقتضي الوقوف عند مختلف مقتضيات مسطرة التسوية القضائية ومقتضيات الضمانات الشخصية في إطار القانون المغربي والقوانين المقارنة والقواعد الدولية ودراستها بشكل يمكننا من تبيان أهم الثغرات والنقائص التي تعتري الإطار القانوني المغربي.

وتتدعم هذه الأهمية أكثر ببعد الموضوع العملي الذي يتجلى في ارتباط الموضوع الوثيق بالواقع العملي الذي أفرز على مدى السنوات الماضية من تطبيق قواعد مسطرة التسوية القضائية وقواعد الضمانات الشخصية، العديد من الإشكاليات البالغة الأهمية تضاربت الاجتهادات القضائية بخصوصها بشكل افتقدت معه أطراف المنازعة للأمن القضائي بعدما افتقدت الأمن القانوني، لذلك لابد من دراسة الأحكام والقرارات التي عالجت هذه الإشكالات، وذلك للتأكيد على الصائب منها وتبيان أسس عدم صواب بعضها الآخر.

كما تتجلى الأهمية العملية في حركية الموضوع على مستوى التطبيق، مما أدى إلى بروز العديد من الإشكالات غير المتوقعة من طرف المشرع المغربي عند وضعه للمقتضيات القانونية المرتبطة بالموضوع، مما يستوجب التفكير في إيجاد الحلول الكفيلة بتجاوزها.

ومن أجل تحقيق دراسة مكتملة وشاملة لموضوع الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة، سنعمل على مقاربة الموضوع من خلال إشكالية محورية تتمثل في: **قياس مدى تأثير مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة على قواعد الضمانات الشخصية في ضوء متطلبات ضمان فعالية هذه القواعد في حماية حقوق طرفي عقد الضمان الشخصي وتشجيع الائتمان، دون المساس بفرص نجاح مسطرة التسوية القضائية؟**

وفي إطار هذه الاشكالية المحورية سنعمل على الإجابة عن مجموعة من الإشكالات الفرعية تتمثل أساسا في ما يلي:

– ما هي حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية (حالات تنازع قواعد الضمانات الشخصية وقواعد مسطرة التسوية والقواعد الواجبة التطبيق) ؟

– ما هي مظاهر تطبيق قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية ؟ وهل هناك مظاهر لاستبعاد هذه القواعد في هذه المسطرة وباقي مساطر صعوبات المقاولة في ضوء مستجدات القانون 73.17 ؟

– هل هناك فعلا مقاربة قانونية واضحة اعتمدها المشرع المغربي بخصوص وضعية الضمانات الشخصية في مساطر صعوبات المقاولة؟ وما هي تجليات قصور المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي لوضعية هذه الضمانات في مسطرة التسوية القضائية ؟ وهل تنسجم مع باقي المقاربات التي سنها في باقي مساطر صعوبات المقاولة ومع القواعد العامة المنظمة للضمانات الشخصية ؟

– ما مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة ؟ (الوقوف على واقع هذه الفعالية في جانب حماية طرفي عقد الضمان الشخصي أي الدائن والضامن)؟

– هل متطلبات تحقيق التوازن في حماية طرفي عقد الضمان الشخصي تقتضي تطورا أكثر لنظام الضمانات الشخصية بتكريس الكفالة عند أول طلب كضمانة شخصية مسماة إلى جانب باقي الضمانات الشخصية ؟

– ما هي آثار المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي على طرفي عقد الضمان الشخصي وعلى فرص نجاح مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة ؟

– ما هي آفاق ضمان فعالية قواعد الضمانات الشخصية في تحقيق الحماية لطرفي عقد الضمان الشخصي؟ وما هي متطلبات تحقيق هذا الهدف؟

– ما هي المقاربة الواجب اعتمادها لضمان فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية لتحقيق الحماية لطرفي عقد الضمان الشخصي دون المساس بفرص نجاح مسطرة التسوية؟ وما هي مقومات هذه المقاربة ومبرراتها ؟ وما هو نطاقها؟

إن معالجة الإشكالية المحورية للموضوع ومختلف الإشكالات الفرعية المرتبطة بها بكيفية تمكننا من تحقيق النتائج المرجوة من هذا البحث، تقتضي منا القيام بدراسة دقيقة لمختلف مقتضيات مسطرة التسوية القضائية المتصلة بالموضوع مع إبراز المستجدات التي جاء بها القانون 73.17 في هذا الإطار، وكذلك دراسة مختلف المقتضيات القانونية المنظمة للضمانات الشخصية في إطار القانون المغربي سواء تلك الواردة في القواعد العامة أو في مساطر صعوبات المقاولة، كما أن غياب مقاربة قانونية شاملة لجميع جوانب الموضوع يفرض علينا الاستعانة بالقواعد الدولية، وبالخصوص قواعد الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة وقواعد غرفة التجارة الدولية لسنة 2010 المنظمة للضمانات عند الطلب (RUGD 757)، وبالتشريعات المقارنة، وخاصة بالتشريعين الفرنسي والتونسي إلى جانب تشريعات مقارنة أخرى كلما دعت الضرورة لذلك، وكذلك الرجوع للدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية الأجنبية في ظل غياب مقاربة فقهية وقضائية مغربية شاملة لجميع إشكالات الموضوع، وذلك كوسيلة للإحاطة بمختلف جوانب الموضوع والوقوف على ثغرات ونواقص التشريع المغربي، والسعي للاستفادة من بعض الجوانب الإيجابية التي تتضمنها القواعد الدولية والتشريعات المقارنة، في ضوء الحلول التي توصلت إليها الدراسات الفقهية واستقرت على تبنيها الإجتهادات القضائية.

وبخصوص منهج البحث، فإننا سنتبع المنهجين التحليلي والنقدي، الشيء الذي من شأنه أن يمكننا أولا من شرح النصوص التشريعية وطرح المعلومات والمعطيات المتعلقة بها، وتسليط

الضوء على مختلف الآراء والمواقف الفقهية والقضائية، وثانيا من التمحيص في هذه النصوص والآراء والمواقف، وانتقاد عيوبها وتوجهاتها، وتقييمها لمعرفة آثارها.

ومن أجل استجلاء مختلف جوانب الموضوع وصولا لمبتغى اقتراح الحلول الكفيلة بتحقيق الأمن القانوني والقضائي المنشود، واقتراح مقاربة قانونية شاملة للضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية تراعي متطلبات ضمان فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية طرفي عقد الضمان الشخصي وتشجيع الائتمان دون المساس بفرص نجاح مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة، سنتناول الموضوع من خلال الوقوف في الباب الأول عند حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية في ضوء المقاربة الجزئية التي اعتمدها المشرع المغربي بخصوص وضعية الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية خاصة ومساطر صعوبات المقاولة عامة، أما في الباب الثاني فسنقف عند مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية طرفي عقد الضمان الشخصي في ضوء نتائج المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي وفي ظل القواعد الاستثنائية لمسطرة التسوية القضائية التي يستفيد منها المدين الأصلي.

وعليه، سيكون التصميم العام لبحثنا على الشكل التالي:

- **الباب الأول: حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية**

- **الباب الثاني: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية**

الباب الأول:

حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية

إذا كانت الضمانات الشخصية تلعب دورا أساسيا وبارزا في إطار القواعد العامة باعتبارها وسيلة ضمان هامة يملكها الدائن لاستيفاء ديونه موازاة مع ضمان مصالح وحقوق مقدمي هذه الضمانات، إذ تطبق قواعد هذه الضمانات وحدها على طرفي عقد الضمان في حالة تفعيل عقد الضمان الشخصي، فإنه وبمجرد صدور الحكم القاضي بافتتاح مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة تصبح وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية، وكذلك وضعية مقدمي هذه الضمانات محفوفة بالمخاطر والعراقيل بالنسبة لكلا طرفي عقد الضمان الشخصي، وذلك لأن تطبيق قواعد الضمانات الشخصية يتأثر بقواعد مسطرة التسوية القضائية التي تتمثل غايتها الأساسية في حماية المقاولة واستمرار نشاطها.

لا شك أن هذا التأثير يضع الدائن والضامن أمام مخاطر الائتمان، لأن المدين المضمون المتوقف عن الدفع يستفيد من مجموعة من المقتضيات والامتيازات يحاول الدائن من خلال الضمان الشخصي الذي يتوفر عليه تجاوزها واستيفاء حقوقه من خلالها، كما يحاول الضامن الاستفادة من مقتضياتها للتحلل من التزامه أو التخفيف منه لكي لا يتحمل لوحده مخاطر توقف المدين عن دفع ديونه، إلا أن حدود هذا التأثير تختلف من ضمان شخصي لآخر، بحسب طبيعة الضمان، كما تختلف بحسب نوع القاعدة القانونية المطبقة في مسطرة التسوية القضائية، لذلك نرى بأن الوقوف على حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية يقتضي مواجهة هذه القواعد بعضها ببعض، بوضعها في حالة تنازع، لكي يتسنى لنا تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وهذا لن يتأتى إلا إذا قمنا بإبراز خصوصية قواعد مسطرة التسوية القضائية، وقواعد الضمانات الشخصية، وكذا بمواكبة المستجدات التي جاءت في الكتاب الخامس من م.ت. الجديد مقارنة مع قواعد الكتاب الخامس من م.ت. المنسوخ، كل ذلك سنعمل على إعماله من خلال قياس مدى تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية في غياب النص الخاص (الفصل الأول) ثم قياس حدود هذا التأثير في ظل النص الخاص (الفصل الثاني).

الفصل الأول: استمرارية تطبيق قواعد الضمانات الشخصية في غياب النص الخاص

في ظل غياب أي نص قانوني خاص يحدد مصير التزام الضامن الشخصي في مواجهة العديد من قواعد مسطرة التسوية القضائية، التي تتمثل أساسا في القواعد المرتبطة ببطلان العقود وفسخها وتفويتها، وفي قاعدة وقف المتابعات الفردية، سنعمل على قياس حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية، لاستبيان هل هذا التأثير يؤدي لاستبعاد تطبيق قواعد الضمانات الشخصية على مستوى تحديد مصير التزام الضامن الشخصي من حيث وجوده ومن حيث إمكانية متابعته، أم أن هذا التأثير المرتبط بخصوصية قواعد مسطرة التسوية يبقى نسبيا ويتعلق أساسا بالالتزام الأصلي للمدين الخاضع للمسطرة، ولا يصل للحد الذي يؤدي لاستبعاد تطبيق قواعد الضمانات الشخصية، بحيث يستمر تطبيقها على مستوى تحديد مصير التزام الضامن الشخصي في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو تفويته، وكذا على مستوى إمكانية متابعته في ظل استفادة المدين الأصلي من قاعدة وقف المتابعات الفردية.

وهو الأمر الذي سنعمل على تحقيقه من خلال قياس حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على التزام الضامن الشخصي سواء على مستوى وجود التزامه في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو تفويته (الفرع الأول) أو على مستوى مدى إمكانية متابعته في ظل استفادة المدين الأصلي الخاضع لمسطرة التسوية القضائية من قاعدة وقف المتابعات الفردية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحكم قواعد الضمانات الشخصية في وجود التزام الضامن الشخصي

رغم أن قواعد مسطرة التسوية القضائية هي التي تتحكم من حيث المبدأ في صحة العقد الأصلي بخضوعه لنظام البطلان الوجوبي والجوازي للعقود المجراة خلال فترة الريبة، دون أن تمنع إمكانية بطلانه طبقا للقواعد العامة في حالة تخلف ركن من أركان العقد الجوهرية كالأهلية أو الرضا، أو السبب أو المحل أو عدم مشروعيتهما، أو لعيب في الشكل في الحالات المنصوص عليها قانونا، أو إبطاله للغلط أو الاكراه أو التدليس أو الغبن أو الاستغلال، لأن دعاوى

البطلان لا تخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية[64]، وتتحكم في بقاء العقد الأصلي بإخضاعه لنظام خاص بفسخ العقود يستبعد القواعد العامة، ويخول للسنديك وحده حق تحديد مصير العقد، كما تتحكم كذلك في إمكانية تفويت العقود الجارية في إطار اعتماد مخطط التفويت.

يتبين بأن قواعد الضمانات الشخصية هي التي لها الكلمة الفصل في تحديد مصير التزام الضامن الشخصي سواء في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه (المبحث الأول) أو في حالة تفويته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مصير التزام الضامن الشخصي في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه

اعتبارا لكون الحكم على الشيء جزء من تصوره، فإن تحديد مصير التزام الضامن الشخصي في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه (المطلب الثاني) يقتضي منا أولا التطرق لنظام بطلان وفسخ العقد الأصلي طبقا لقواعد مسطرة التسوية القضائية، الذي يتسم بخصوصية تميزه عن نظام البطلان والفسخ طبقا للقواعد العامة (المطلب الأول).

المطلب الأول: خصوصية نظام بطلان العقد الأصلي وفسخه في مسطرة التسوية القضائية

من أجل استجلاء خصوصية نظام بطلان وفسخ العقود في إطار قواعد مسطرة التسوية القضائية، سنعمل أولا على تبيان خصوصية نظام بطلان العقود في مسطرة التسوية القضائية (الفقرة الأولى) لننتقل بعد ذلك إلى تبيان خصوصية نظام فسخ العقود في هذه المسطرة (الفقرة الثانية).

64 - Pascal ALIX, Les poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, Gaz. Pal., 25 Avril 1996, P.415., Adil BRAHMI, Le droit du redressement des entreprises en difficulté, Imp., ORBIS, 2002, P.165.

الفقرة الأولى: خصوصية نظام بطلان العقد الأصلي في مسطرة التسوية القضائية

إن حماية المشرع لحقوق الأطراف المرتبطة بذمة المقاولة ومصيرها لا تنحصر في الفترة اللاحقة لحكم فتح مسطرة التسوية القضائية، بل تمتد هذه الحماية إلى الماضي، أي إلى الفترة السابقة على الحكم، التي تعد وبحق أشد الفترات وأكثرها حساسية وخطرا على الدائنين والمدين نفسه، ففي هذه الفترة – حيث لا وجود لحكم ولا لسنديك ولا لقاضي منتدب ولا لمراقبين– يتزعزع المركز المالي للمدين ويضطرب، ويشعر المدين بقرب الحكم عليه، مما يدفعه للقيام بأسوأ التصرفات وأكثرها ضررا بأصول المقاولة وبالدائنين[65]، من خلال محاولة إفراغ ذمته أو إخفاء بعض أصولها أو محاباة بعض الدائنين، بمنحهم امتيازات غير مستحقة على حساب دائنين آخرين، الشيء الذي يشكل إضرارا بمصالح الدائنين وبالائتمان التجاري عموما[66].

إحساسا بخطورة هذا الوضع الذي يهدد فرص معالجة صعوبات المقاولة، ويمس بمبدأ المساواة بين الدائنين، ونظرا لكون العقود المبرمة في هذا الوقت تدخل في إطار العقود المشبوهة لأنها غالبا ما تكون مستوحاة من رغبة المدين في تفضيل بعض الدائنين على حساب آخرين أو رغبته في إبعاد بعض الأموال وجعلها غير خاضعة للمتابعة، قرر المشرع بأن تكون التصرفات المجراة في هذه الفترة باطلة بطلانا وجوبيا أو جوازيا حسب الأحوال.

إلا أنه ومراعاة لمبدأ استقرار المعاملات، فإن المشرع لم يقرر بطلان كل ما قام به المدين من أعمال وتصرفات قبل صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية، بل حدد مدة معينة سابقة عن الحكم، عرفت قانونا وفقها وقضاء بفترة الريبة، إن تم إجراء التصرف قبلها اعتبر صحيحا، وإن تم داخلها اعتبر على العكس من ذلك باطلا إما بطلانا وجوبيا[67] أو بطلانا

---

[65]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، في التصفية القضائية والقواعد المشتركة بين التسوية القضائية والتصفية القضائية والجزاءات التجارية والجنائية المتخذة ضد مسيري المقاولة، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط. 2، 2009، ص.301.

[66] -Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire (Phase de traitement – Les créanciers), Encyclopédie, DALLOZ Commercial III, Septembre 1996, P.5.

[67]- إن البطلان الوجوبي هو ذلك البطلان الذي لا تملك معه المحكمة التجارية المختصة أية سلطة تقديرية، بمعنى أنه بمجرد توفر حالته وشروطه، لا يبقى أمام المحكمة من خيار إلا تقريره، فهو بطلان مقرر بمقتضى القانون، وبالرجوع للمادة 714 من م.ت. نجد بأن المشرع المغربي حصر البطلان الوجوبي في حالة واحدة هي حالة العقود بدون مقابل، حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع ".

جوازيا[68]. فما هي إذن الشروط الموضوعية والشكلية لدعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة في ضوء قواعد مسطرة التسوية القضائية ؟

أولا: الشروط الموضوعية لدعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

يتطلب إعمال دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة توفر ثلاث شروط موضوعية للتصريح ببطلان التصرفات المبرمة خلال هذه الفترة تطبيقا لمقتضيات المواد من 714 إلى 718 من م.ت، تتمثل في وجوب انعقاد العقد خلال فترة الريبة (أ) وعقده من طرف المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية (ب) مع ترتيب هذا العقد لضرر له خصوصيته (ج).

أ- وجوب انعقاد العقد خلال فترة الريبة

يقصد بفترة الريبة Période suspecte تلك الفترة السابقة عن الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية[69] التي تبتدئ من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف

- بخلاف المشرع الفرنسي الذي وسع بشكل كبير من حالات البطلان الوجوبي، راجع الفقرة الأولى من المادة L.632-1 من مدونة التجارة الفرنسية.

[68]- على خلاف البطلان الوجوبي الذي يتوجب على المحكمة الحكم به بمجرد توفر شروطه، دون أية سلطة تقديرية، البطلان الجوازي يخضع للسلطة التقديرية الواسعة للمحكمة، بمعنى أنه هو ذلك البطلان الذي يجوز للمحكمة أن تحكم به أو لا تحكم به، لأن تقدير توفر شروط إحدى حالات البطلان الجوازي يعد من مسائل الواقع التي تستقل بنظرها محاكم الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة النقض متى كان تعليلها مستساغا ومبررا لما انتهت إليه، قرار المجلس الأعلى رقم 987 الصادر بتاريخ 2009/06/17 في الملف التجاري عدد 2008/1/3/797، منشور، م. ق. م. أ.، ع. 73، 2011، ص. 195.

- أما حالات البطلان الجوازي فقد حددها المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 714 من م.ت.: " يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع". وبموجب المادة 715 من نفس المدونة التي تنص على أنه على أنه: " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".، وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة L. 632-1 من مدونة التجارة الفرنسية:

« II. # Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I et la déclaration visée au 12° faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ».

- بالإضافة إلى ذلك ينص المشرع الفرنسي بخصوص البطلان الجوازي في المادة L. 632-2 على ما يلي:

« Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci ».

[69]- أو الفترة السابقة لحكم فتح مسطرة التصفية القضائية، بخلاف مسطرة الإنقاذ التي لا مجال فيها لفترة الريبة لعدم وجود واقعة التوقف عن الدفع، راجع في هذا المعنى:

- André JACQUEMENT, Droit des entreprise en difficulté, LexisNexis, 8 Ed., 2013, P. 355

إليها مدة سابقة عن التوقف بالنسبة لبعض العقود،كما تنص على ذلك المادة 712[70] من م.ت. : " تبتدأ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود"[71]. وتسمى بهذه التسمية بحسب الفقه لوجود ريبة أو شك حول مدى إجراء المدين لتصرفاته خلالها بحسن نية، لأن شعور هذا الأخير بقرب توقفه عن الدفع يجعله يقوم ببعض الممارسات التي تنطوي على الغش، كتنظيم توقفه عن الدفع، أو تبذير أمواله أو تهريبها مما يفقر ذمته المالية بشكل يضر بالضمان العام للدائنين، أو بمحاباة بعض الدائنين على حساب دائنين آخرين بشكل يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين[72].

يتبين مما سبق، أن لتاريخ التوقف عن الدفع وظيفة هامة، إذ يفيد في تحديد فترة الريبة التي لها بداية ونهاية[73]، حيث تبتدئ مبدئيا من تاريخ التوقف عن الدفع، أو من تاريخ التوقف عن الدفع ومدة سابقة عنه بالنسبة لبعض العقود والتصرفات، حددت في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع الذي تعينه المحكمة التجارية المختصة في حكم فتح مسطرة التسوية،

---

[70]- المقابلة للمادة 679 من م.ت. المنسوخة.

[71]- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي بموجب المادة L.632-1 من مدونة التجارة الفرنسية: حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه:

« I. Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : … »

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه:

« II. Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I et la déclaration visée au 12° faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.

- وعلى خلاف المشرع المغربي والفرنسي لم يأخذ المشرع التونسي بفترة الستة أشهر السابقة للتوقف عن الدفع لكنه اعتمد على خلافهم تاريخ ايداع مطلب التسوية القضائية كمنطلق للرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع ومن ثم تحديد فترة الريبة، حيث جاء في الفصل 439 من المجلة التجارية التونسية على أنه: " .... وعلى رئيس المحكمة أن يحدد تاريخ التوقف عن الدفع الذي لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ إيداع مطلب التسوية القضائية بناء على المعطيات المضمنة بتقرير المتصرف القضائي المنصوص عليه بالفصل 442 من المجلة. وفي حالة السكوت عن التاريخ يعتمد تاريخ ايداع المطلب ... ".

[72]- انظر في هذا المعنى في ظل الفقه المغربي:

- أحمد شكري السباعي، م. س.، ص. 311.، امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط.1، 2006، ص. 67.، المختار البشري، أحكام فترة الريبة لغاية صدور حكم فتح مسطرة الصعوبة، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ، ص.168.

- وفي ظل الفقه الفرنسي انظر:

- Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire – Faillite, ECONOMICA, 8e Ed., 2001, P.359., Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprise en difficulté, DALLOZ, 5e Ed., 1996, P.540 et 541., Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Entreprise en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J., 6e Ed. 2003, P.253 et 254.

[73]- أحمد شكري السباعي، م. س.، ص.319.

تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 713[74] من م.ت.، التي تنص على أنه: " يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة[75]". ولا يعد هذا التعيين من النظام العام يترتب على تخلفه بطلان أو إلغاء الحكم الصادر بفتح المسطرة، لأن إحجام المحكمة عن تعيين هذا التاريخ يجعل بداية تاريخ التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 713[76] من م.ت.، التي تنص على أنه: " إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم[77]". وعليه فتاريخ التوقف عن الدفع مفترض الوجود ويبدأ من تاريخ صدور الحكم بفتح المسطرة ما لم تعين المحكمة المختصة صراحة تاريخا آخر[78].

تجب الإشارة هنا، أن المشرع المغربي أورد مستجدا هاما بخصوص التوقف عن الدفع نص من خلاله صراحة بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 575[79] من م.ت. على تعبير التوقف عن الدفع " تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقاولة ثبت أنها في حالة التوقف عن الدفع". كما أورد تعريفا أكثر دقة للتوقف عن الدفع، يستجمع كافة مقومات المفهوم الاقتصادي الحديث للتوقف عن الدفع، بموجب الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه، حيث نص على أنه:

---

[74]- المقابلة للفقرة الأولى من المادة 680 من م.ت. المنسوخة.

[75]- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة L.631-8 من مدونة التجارة الفرنسية:
« Le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur. » .

- بخلاف ما سبق المشرع التونسي أسند مهمة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في مسطرة التسوية القضائية لرئيس المحكمة طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 439 من المجلة التونسية التي جاء فيها " وعلى رئيس المحكمة أن يحدد تاريخ التوقف عن الدفع ..."، وأسندها في التفليس (أي التصفية القضائية) للمحكمة طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 484 من المجلة التجارية التونسية التي تنص على أنه: " في حالة تفليس المدين دون المرور بإجراءات التسوية القضائية أو دون استكمالها، تحدد المحكمة في حكم التفليس تاريخ التوقف عن الدفع ...".

[76]- المقابلة للفقرة الثانية من المادة 680 من م.ت. المنسوخة.

[77]- وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه الفقرة الأولى من المادة L.631-8 من مدونة التجارة الفرنسية التي جاء فيها:
« … A défaut de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure ».

- المشرع التونسي نص على فرضيتين بحسب ما إذا تعلق الأمر بالتسوية القضائية أو بالتفليس، حيث يعتمد في حالة السكوت عن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في مسطرة التسوية القضائية تاريخ إيداع الطلب، وفي التفليس يعتمد تاريخ حكم التفليس، وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 484 من المجلة التجارية التونسية التي تنص على أنه: " ... في حالة السكوت عن التاريخ يعتمد تاريخ الحكم أو تاريخ إيداع المطلب حسب الحالة".

[78]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، في مساطر المعالجة، حكم فتح مساطر المعالجة (الشروط الموضوعية والشكلية والاجراءات) والتسوية القضائية (المرحلة المؤقتة واستمرار المقاولة والتفويت)، دار النشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، ط.1، 2000، ص.230.

[79]- المقابلة للمادة 560 من م.ت. المنسوخة.

" تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه".

يبدو أن المشرع المغربي قد استقى هذا التعريف من الاجتهاد القضائي المغربي حيث سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن أخذت بنفس هذا المفهوم في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/10 في الملف التجاري عدد 17/2000/1270 الذي جاء فيه:" وحيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لتبرير مساطر المعالجة يتعين أن يكون هناك دين ثابت وحال الأداء ومطالب به وكون المقاولة أصبحت عاجزة عن سداد الديون..." [80]. وهو نفس النهج الذي سبق للمشرع الفرنسي أن أخذ به منذ قانون 1985/01/25[81] بحسب تأكيد الفقه الفرنسي[82]، حيث اعتمد على اجتهادات القضاء الفرنسي في إرساء دعائم مفهوم التوقف عن الدفع وأهمها قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1978/02/24[83] الذي جاء فيه: " حيث إنه ببتها بدون البحث فيما إذا كان السيد برادا قادرا على مواجهة الخصوم المستحقة بالأصول المتواجدة، فإن محكمة الاستئناف لم تعط أساسا قانونيا لقرارها" [84].

---

[80]- قرار غير منشور أورده، محمد قرطوم، التوقف عن الدفع وسلطة القضاء في الاستجابة لطلبات التسوية، م.م.ت، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل، ع. 1، ماي 2004، ص.43.

[81]- حيث تنص المادة L.631-1 من مدونة التجارة الفرنسية في فقرتها الأولى على أنه:

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements … ».

[82] - Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Cinq années d'application de la loi du 25 Janvier 1985, DALLOZ, 3 Ed., 1991, P.44.

« La définition légale est elle-même empruntée à la jurisprudence de la cour de cassation qui, depuis 1978 et par maints arrêts, a défini la cessation de paiement dans les termes précités ; cette définition a été inspirée à la cour de cassation par le souci de permettre un déclanchement plus rapide des procédures collectives ; la même préoccupation a animé les auteurs de la loi de 1985 ».

[83]- بموجب هذا القرار نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار الغرفة الثالثة لمحكمة الاستئناف Pau الصادر بتاريخ 1976/06/09، وقد جاء في هذا القرار:

« Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si barada était en mesure de faire face a son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donne de base légale a sa décision». Cass.Com. 14 Février 1978, Bull.Civ., IV, N° 66, P.53.

[84]- للمزيد من المعلومات حول مختلف توجهات الاجتهاد القضائي الفرنسي فيما يخص مفهوم التوقف عن الدفع راجع:

- Code de commerce, DALLOZ, Ed., 2011, P.1108 et 1109.

يمكن القول، بأن المشرع المغربي قد حاول بموجب هذه المقتضيات الجديدة تجاوز الانتقادات التي كانت توجه له في ظل مقتضيات المادة 560 من م.ت. المنسوخة[85]، حيث كان الفقه يؤاخذ عليه عدم تنصيصه على تعبير التوقف عن الدفع بموجب المادة السابقة[86]، وعدم تحديده بدقة لمفهوم التوقف عن الدفع ولا لكيفية إعماله كشرط لفتح المسطرة[87]، مما جعل الفقه والقضاء يعملان على تقصي أسس ومعايير التوقف عن الدفع[88]، من خلال التمييز بين المفهوم التقليدي للتوقف عن الدفع الذي يقتصر على التفسير الحرفي لمصطلح التوقف عن الدفع، بناء على أن عالم التجارة يقوم على الدقة في تنفيذ الالتزامات وعلى ضرورة احترام مواعيد الاستحقاق، لأنه يكفي أن يوقف أحد التجار أداء ديونه ليضع دائنيه في وضعية صعبة[89]، كما أن الضرر الذي يلحق الدائنين من جراء عدم وفاء المدين التاجر بديونه في مواعيد استحقاقها لا يقل عن الضرر الذي يعود عليهم من جراء عدم الوفاء بصفة كلية[90]. وبين المفهوم الاقتصادي الحديث للتوقف عن الدفع الراجح فقها[91] وقضاء[92] وتشريعا[93]،

---

[85]- حيث كانت المادة 560 من م.ت. المنسوخة تنص على أنه: " تطبق مساطر معالجة صعوبات المقاولة على كل تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحلول، بما في ذلك الديون الناجمة عن الالتزامات المبرمة في إطار الإتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه".

[86]- بالرغم من أنه كان يستدرك ذلك بموجب المادة 561 من م.ت. المنسوخة التي كانت تنص على أنه:" يجب على رئيس المقاولة أن يطلب فتح مسطرة المعالجة في أجل أقصاه خمسة عشر يوما تلي توقفه عن الدفع".

- تجب الإشارة هنا أن المشرع المغربي قد أدخل تعديلا على الأجل الذي يجب فيه على رئيس المقاولة أن يتقدم فيه بطلب فتح المسطرة، حيث أصبح محددا في ثلاثين يوما عوض خمسة عشر يوما، حيث تنص المادة 576 من م.ت. على أنه:" يجب على رئيس المقاولة أن يطلب فتح مسطرة التسوية القضائية في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ توقف المقاولة عن الدفع".

[87]- أناس العمراني المريني، شروط افتتاح مساطر معالجة صعوبات المقاولة، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ، ص.123.

[88]- راجع بخصوص هذه المواقف:

- عبد الواحد صفوري، التوقف عن الدفع بين الفقه والقانون، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، ع.، 53، ع.، خاص، عشر سنوات من تطبيق نظام صعوبات المقاولة أية حصيلة؟، 2008، ص. 17 وما بعدها.، نور الدين الأعرج، التوقف عن الدفع وإشكالاته على هامش قرار المجلس الأعلى عدد 422 في الملف التجاري عدد 2001/01/03/1454 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2006، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ، ص.146 وما بعدها.

[89]- عبد الواحد صفوري، م. س.، ص. 22.

[90]- نور الدين الأعرج، م. س.، ص.153.

[91]- راجع في هذا الشأن:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.131 إلى 136.، عبد الكريم عباد، دور القضاء في معالجة صعوبات المقاولة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني،عين الشق، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2003-2004، ص.63 و 64.

[92]- إلى جانب كل من القضاء المغربي والفرنسي اللذين أكدا على المفهوم الاقتصادي الحديث للتوقف عن الدفع، نجد أن القضاء المصري أخذ بهذا المفهوم كذلك، حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1970/02/24 بأن : " التوقف عن الدفع

الذي لا يتوقف عند الحدود الخارجية والظاهرة للامتناع عن أداء الديون في تواريخ استحقاقها، بل يبحث في أسباب ودوافع التوقف عن الدفع وفي المركز الحقيقي للتاجر المدين المتوقف عن الدفع[94].

ويعتبر التاريخ الذي تحدده المحكمة للتوقف عن الدفع تاريخا مؤقتا[95]، وبمعنى آخر فالجزء من الحكم الذي يحدد تاريخ التوقف عن الدفع لا يكتسب قوة الشيء المقضي به[96]، لأن المحكمة تملك سلطة تغييره مرة أو عدة مرات بطلب من السنديك وحده[97]، الذي يجب عليه تقديم طلبه إلى المحكمة قبل انتهاء أجل 15 يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، أو التالية لإيداع قائمة الديون إذا تم الحكم بالتصفية القضائية[98].

المقصود في المادة 195 من قانون التجارة، هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض بها حقوق الدائنين إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال، ولئن كان امتناع المدين عن الدفع دون أن تكون لديه أسباب مشروعة يعتبر قرينة في غير مصلحته، إلا أنه قد لا يعتبر توقفا بالمعنى السالف بيانه، إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذرا طرأ عليه مع إقتداره على الدفع، وقد يكون لمنازعته في الدين من حيث صحته أو مقدار أو حلول أجل استحقاقه أو انقضائه لسبب من أسباب الانقضاء". أورده، أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.135.

[93]- حيث يأخذ به إلى جانب المشرع المغربي والفرنسي كما سبق بيانه أعلاه، المشرع التونسي، حيث ينص الفصل 434 من المجلة التجارية التونسية على أنه:" تنتفع بالتسوية القضائية المؤسسة التي توقفت عن دفع ديونها.

وتعد متوقفة عن الدفع على معنى هذا العنوان كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للصرف على المدى القصير."

- للمزيد من المعلومات حول مفهوم التوقف عن الدفع في ظل القانون التونسي راجع:

- Khalifa KHARROUBI, La notion de cessation de paiement en proie aux réformes du droit des procédures collectives, Rev., Tunisienne de droit, Centre de publication universitaire, 2001, P.309 à 333.

[94]- كما سيمكن في نظرنا المفهوم الجديد للتوقف عن الدفع، القضاء المغربي من تجاوز الانتقادات التي يوجهها له بعض الفقه المغربي، ومنها استناده عند إثبات واقعة التوقف عن الدفع تارة على قرارات وأحكام القضاء الفرنسي بكل درجاته، وتارة على القضاء المصري، في حين أن النص التشريعي المغربي وضع أساسا لكي يطبق على تراب المملكة المغربية، وهي بلد له خصوصياته، هذا فضلا على أن تضمين أحكام أجنبية في صلب أحكام قضائية مغربية مسألة لا تسلم من النقد. وكذلك تأرجحه بين الأخذ بالنظرية الحديثة التي تستند إلى مفهوم المركز المالي المضطرب والضائقة المستحكمة التي لا مخرج منها، وبين مفهوم العجز عن سداد الديون المستحقة عند الحلول.

- عبد الرحيم السلماني، القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولة، دراسة نقدية ومقارنة، مطبعة طوب بريس، الرباط، ط. 1، 2008، ص.132.

[95] - André JACQUEMONT, Op. Cit., P.177.

[96] - Baqr Anas BENNANI, Les procédures de traitement de l'entreprise en difficulté en droit marocain, Imp. EL Maarif AL Jadida, 2008, P.162.

[97]- طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 713 من م.ت. المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 680 من م. ت. المنسوخة.

- وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة L. 631-8 من مدونة التجارة الفرنسية التي تنص على أنه:

« Elle peut être reportée une ou plusieurs fois … »

[98]- حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 713 من م.ت. على أنه: " يجب تقديم طلب تغيير التاريخ إلى المحكمة قبل انتهاء أجل الخمسة عشر يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت أو التالية لإيداع قائمة الديون إذا تم الحكم بالتصفية القضائية". المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 680 من م.ت. المنسوخة.

وقد أكد الفقه المغربي، أن الحافز الذي دفع بالمشرع المغربي إلى حصر طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع في السنديك فقط، هو الرغبة في تفادي كثرة الطلبات الصائبة والمححفة التي تعوق سير المسطرة أو تطيلها أو تعمل على إيقافها عبثا ودون جدوى[99]، كما أن السنديك يكون في موقع أحسن من غيره لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة لطلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، فالسنديك هو الذي يتلقى تصريحات الدائنين بديونهم وهو الذي يتصرف باسمهم ولفائدتهم مع مراعاة الحقوق المعترف بها للمراقبين ولجمعية الدائنين[100]. وبذلك يختلف المشرع المغربي عن المشرع الفرنسي الذي وسع من دائرة الأشخاص الذين لهم الحق في تقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، حيث أعطى الحق بموجب الفقرة الثالثة من المادة L.631-8 من مدونة التجارة الفرنسية لكل من المصفي والوكيل القضائي وللنيابة العامة[101]، ويختلف كذلك عن المشرع التونسي الذي خول هذا الحق للمحكمة، ولكل ذي مصلحة وخاصة الدائنين، حيث نص بموجب الفقرة الثانية من الفصل 484 من المجلة التجارية التونسية على أنه: " ... يمكن تقديم تاريخ بداية فترة الريبة بحكم أو عدة أحكام تصدرها المحكمة اعتمادا على تقرير من القاضي المنتدب سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من كل ذي مصلحة من المتداعين وخاصة الدائنين الذين يتولون القيام بطلب ذلك منفردين".

ويجب التأكيد أن الحد الأقصى لتاريخ التوقف عن الدفع سواء عند تعيينه في الحكم القاضي بفتح المسطرة أو في حالة طلب تغييره من طرف السنديك، لا يمكن أن يتجاوز في

- ويختلف المشرع المغربي في هذا الإطار عن المشرع الفرنسي الذي حدد أجل تقديم طلب تغيير التوقف عن الدفع من حيث المبدأ في سنة واحدة تبتدأ من تاريخ افتتاح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة L.631-8 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:

« La demande de modification de date doit être présentée au tribunal dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure ».

[99]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.321.

- وبالرغم من هذا التبرير أكد هذا الجانب من الفقه على أن حصر طلب تعديل التوقف عن الدفع في السنديك وحده يخل بحقوق الدفاع ويمس بحرية الدائنين، ويحول السنديك من ممثل لهم إلى وصي عليهم.

[100]- امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، مطبعة النجاح الجديدة، ط. 1، فبراير 2000، ص.213.

[101]- حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة L. 631-8 على أنه:

« Le tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur ».

جميع الأحوال والظروف 18 شهرا السابقة عن تاريخ حكم فتح المسطرة، لأن سلطة المحكمة كانت مقيدة بصفة صريحة من المشرع المغربي بهذه المدة في المادة 680 من م.ت. المنسوخة[102]، كما تم تأكيد المؤكد من خلال التعديل الذي تم إدخاله على المادة 680 السابقة، بموجب المادة 713 من م.ت. التي تنص على أنه: " يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة.

إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم.

مع مراعاة مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه، يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع. مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك".

يظهر بأن هذا التعديل الجديد جاء نتيجة النقاشات التي أثارها الحكم رقم 24 الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2015/02/10[103] الذي قضت فيه المحكمة بتغيير تاريخ التوقف عن الدفع في حق شركة ماربروم المنصوص عليه في حكمها السابق رقم 7 الصادر بتاريخ 2014/02/04 وذلك بجعله هو فاتح دجنبر من سنة 2008 بدل 18 شهرا السابقة لتاريخ فتح المسطرة، أي أنها أرجعت هذا التاريخ إلى حوالي 6 سنوات قبل تاريخ حكم فتح المسطرة، وقد عللت المحكمة حكمها بما يلي: " وحيث إن المشرع المغربي ومن خلال المادة أعلاه قد نص على أن حكم فتح المسطرة يعين تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب ألا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر يوما قبل فتح المسطرة كما نص على أنه يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات بطلب من السنديك. وبقراءة متمعنة للمادة المذكورة يتضح أن مدة 18 شهرا السابقة لفتح المسطرة لا تكون إلا في الحكم القاضي بفتح المسطرة والعلة واضحة من

---

[102]- حيث كانت تنص المادة 680 من م.ت. المنسوخة على أنه: " يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة.

إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم.

يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع. مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك".

[103]- حكم رقم 24، صادر بتاريخ 2015/02/10، في الملف التجاري عدد 15/2014/123، منشور، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص. 535 إلى 541.

هذا التحديد نظرا لكون المحكمة لا تكون على بينة من وضعية الشركة إلا بعد إيداع تقرير السنديك عن فترة الملاحظة، وبعد ذلك أتاح المشرع للمحكمة إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات كلما ظهرت لها عناصر جديدة تبرر ذلك كما هو في نازلة الحال إذ أن تاريخ التوقف الفعلي للشركة المعنية بالأمر لم يتبين إلا بعد الأمر بإجراء افتحاص دقيق لوضعيتها من طرف خبير مختص واستنادا لطلب السنديك الذي وقف على مجموعة من المعطيات خلال إعداد تقريره، وبالتالي فإن القول أن مدة 18 شهرا تعتبر حدا أقصى لا يمكن تجاوزه يبقى مردودا وتفسيرا معيبا للمادة أعلاه بدليل أن المشرع وبمقتضى الفقرة اللاحقة قد أجاز للمحكمة مراجعة التوقف عن الدفع مما يكون ما أثاره البنك بهذا الخصوص على غير أساس وجديرا بعدم الاعتبار".

يمكن القول بأن الحجج التي تم الاستناد عليها في هذا الحكم لا يمكن أن تصمد أمام النقد[104]، لأنها لم تول في نظرنا لمضمون وسياق وغاية المادة 680 من م.ت. المنسوخة، ولعلاقتها مع باقي المواد، المكانة التي تستحقها. فعلى مستوى المضمون لا يمكن في نظرنا قراءة الفقرة الثالثة من المادة 680 التي تعطي للمحكمة سلطة تغيير تاريخ التوقف عن الدفع، بمعزل عن الفقرة الأولى من نفس المادة التي تؤكد على أن تعيين تاريخ التوقف عن الدفع لا يمكن أن يتجاوز في جميع الأحوال 18 شهرا قبل فتح المسطرة، فعبارة في جميع الأحوال تجب في نظرنا جميع الفرضيات، أي سواء تعلق الأمر بحالة التعيين الأولي للتوقف عن الدفع أو بحالة تغييره، وسواء كان المدين سيئ النية أم حسن النية.

أما على مستوى السياق، فالمحكمة غاب عنها النقاش الذي سبق اعتماد م.ت. لسنة 1996 بخصوص حدود سلطة المحكمة فيما يخص تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، بين مطالب بالإبقاء على السلطة المطلقة للمحكمة، كما كان ينص على ذلك القانون التجاري الملغى لسنة

[104]- حتى ولو دعمناها بالحجج التي ساقها بعض الباحثين المهنيين العاملين بنفس المحكمة، والتي أيدوا من خلالها الحكم المذكور بالقول بأن هذا التوجه يحقق فائدة أكبر للمقاولة وللدائنين وغاية حماية المقاولة من التصرفات التي يقوم بها رئيس المقاولة التي يشوبها الشك والريبة وخاصة إذا كانت هي السبب المباشر في تأزم وضعية المقاولة ، وعدم تفعيل هذه المقتضيات من شأنه أن يهدر حقوق كل المتعاملين ويجعل المساطر الجماعية وسيلة للتملص من المسؤولية والمساس بجميع المصالح بما فيها المقاولة ذاتها، لذلك يتعين فهم فحوى النصوص من الغاية التي سنت لأجلها لا التقيد بظاهرها. مصطفى خويا موح، عبد الحق السراوي، تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في ضوء الحكم رقم 24 الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2015/02/10 موضوع الملف عدد 15/2014/123، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.139 إلى 148.

1913، ومطالب بتقييد سلطة المحكمة، ليستقر أمر المشرع على تقييد سلطة المحكمة في 18 شهرا قبل فتح المسطرة كما سبق بيانه[105].

أما من حيث الغاية، فهذه المادة بتقييدها لسلطة المحكمة فيما يخص تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، حاول من خلالها المشرع خلق نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة حماية لاستقرار المعاملات، لأن الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع لمدة طويلة قد يكون في مصلحة بعض الأطراف وخاصة الدائنين، لكنه قد يضر بأطراف أخرى قد تكون أولى بالحماية، كالمتعاقد مع المقاولة حسن النية، أضف إلى ذلك أن تقييد سلطة المحكمة في 18 شهرا سيجعل الدائن يعجل برفع دعوى فتح مسطرة التسوية القضائية لتفادي ضياع حقوقه، وإن تهاون فسيكون مفرطا والمفرط أولى بالخسارة.

أما على مستوى علاقة المادة 680 مع باقي المواد، فالمحكمة لم تأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة 681 من م.ت.المنسوخة، المطابقة للمادة 714 من م.ت. الحالية التي تنص على أنه: " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع.

يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع". حيث إذا أخذنا بما انتهت إليه المحكمة بالرجوع بالتوقف عن الدفع بحوالي 6 سنوات، فسيصبح ما أورده المشرع في المادة أعلاه عبثا تشريعا، لأن البعد الزمني لتاريخ التوقف عن الدفع والمعرفة المسبقة بحده الأقصى، الذي تتحدد من خلاله فترة الريبة، هو الذي جعل المشرع ينقل العقود بدون مقابل من خانة البطلان الوجوبي إلى خانة البطلان الجوازي.

زيادة على ذلك، فالحكم السابق يخالف توجه أغلب الفقه المغربي، الذي يؤكد على أنه لا يمكن أن تكون المدة الفاصلة بين تاريخ التوقف عن الدفع وحكم فتح المسطرة تتجاوز 18 شهرا سواء تعلق الأمر بالتحديد الأولي أو بالتغيير، وذلك حماية لاستقرار المعاملات والأنشطة والاستثمارات التجارية، وصيانة لحقوق المتعاملين حسني النية مع المقاولة، اعتبارا لمبدأ أن الأصل في المعاملات هو حسن النية وأن الأصل في الأشياء هو الإباحة، وتفاديا لمفاجأتهم ببطلان

---

[105]- راجع في هذا السياق:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.321.

تصرفات قديمة قد ركنوا إليها وتصرفوا على أساسها، فإطلاق سلطة المحكمة من شأنه زعزعة الاستقرار وشل جميع المعاملات التجارية، مما ينافي أبسط مبادئ الحياة التجارية[106].

كما يخالف توجه التشريع [107]والقضاء[108] والفقه المقارن، الذي يؤكد بأن الرجوع بتاريخ التوقف عن الدفع لا يمكن في جميع الفرضيات أن يتجاوز 18 شهرا قبل فتح المسطرة، لأنه يصعب إثبات إرادة الغش لدى المدين خارج هذه الفترة، بالرغم من أن هذا التغيير يسمح بإطالة مدة فترة الريبة ويرفع بالتالي من فعالية هذه التقنية في إعادة تأسيس أصول المقاولة[109] وكذلك للحد من انعدام الأمن القانوني L'insécurité juridique تجاه الأغيار[110] وانعدام الأمن في المعاملات L'insécurité des transactions [111]

---

[106]- راجع في هذا الإطار:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.317.، امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.212.، محمد كرام، تغيير تاريخ التوقف عن الدفع بين النص القانوني والعمل القضائي، تعليق على حكم للمحكمة التجارية بمراكش، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.154.

[107]- حيث تنص الفقرة الثانية من المادة L.631-8 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:

« Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application du II de l'article L. 611-8. L'ouverture d'une procédure mentionnée à l'article L. 628-1 ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions ».

- لو سلمنا بتعليل حكم المحكمة التجارية بمراكش المذكور أعلاه المتعلق بكون المشرع المغربي نص على مدة 18 شهرا في الفقرة الأولى الخاصة بالتعيين الأولى لتاريخ التوقف عن الدفع ولم ينص عليها في الفقرة الثانية المنظمة لتغيير التوقف عن الدفع، لأمكننا القول بأن المشرع الفرنسي يقيد سلطة المحكمة في 18 شهرا في حالة التغيير، لأنه ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية ولا يقيدها بهذا المدة في حالة التعيين الأولي لأنه لا ينص على هذه المدة في الفقرة الأولى من المادة L.631-8 وهذا شيء لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم.

- كما ينص المشرع التونسي على نفس المقتضى بموجب الفقرة الثانية من الفصل 439 من المجلة التجارية التونسية: " وعلى رئيس المحكمة أن يحدد تاريخ التوقف عن الدفع الذي لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ إيداع مطلب التسوية القضائية بناء على المعطيات المضمنة بتقرير المتصرف القضائي المنصوص عليه بالفصل 442 من المجلة. وفي حالة السكوت عن التاريخ يعتمد تاريخ ايداع المطلب ".

[108] - Cass.Com., 17 Janvier 1995, Rev.Pro.Coll., 1996, P.199, Obs., Calendini.

[109] - Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Op.Cit., P.541.

[110] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.109.

[111] - André JACQUEMENT, Op.Cit., P.109.

- ويورد هذا الجانب من الفقه كمثال النموذج الأمريكي، الذي يحدد فيه المشرع الأمريكي المدة القصوى لتاريخ التوقف عن الدفع في 95 يوما فقط.

يستخلص مما تقدم، أن فترة الريبة تتحدد حسب سلطة المحكمة التقديرية في تعيين تاريخ التوقف عن الدفع، فإن حددته في وقت سابق عن حكم فتح المسطرة مع وجوب عدم تجاوزها لثمانية عشر شهرا (المادة 713 من م.ت.)، مع إضافة مدة ستة أشهر بالنسبة للعقود بدون مقابل (المادة 714 من م.ت.)، فإن فترة الريبة قد تصل في حدها الأقصى إلى 24 شهرا السابقة لحكم فتح مسطرة التسوية القضائية.

وعليه، فإن العقود المعقودة منذ الساعة الأولى[112] من اليوم المحدد كتاريخ للتوقف عن الدفع[113]، ولغاية حكم فتح المسطرة، هي لوحدها التي يمكن للسنديك طلب بطلانها إذا أثبت انعقادها خلال هذه الفترة، مع وجود استثناء يتصل بالستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة للعقود بدون مقابل[114].

أما العقود المعقودة قبل تاريخ التوقف عن الدفع فلا يمكن أن تكون موضوع دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة[115]، كما أكدت على ذلك محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2013/01/31 [116]الذي جاء فيه: " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها ' أنه بالرجوع إلى عقود التفويت التي أدلى بها الفريق الطاعن، يتضح أن آخرها كان بتاريخ 2001/12/05 وهو تاريخ سابق للتاريخ الذي حدده الحكم الصادر بتاريخ 2004/07/28 القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق شركة كلير ماي والذي يرجع

---

[112]- Cass.Com., 28 Septembre 2004, Bull. Civ., 2004, IV, N° 172, P.192.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la période suspecte débute la première heure du jour fixé pour la date de cessation des paiements, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

[113]- C.A. Paris, 28 Mars 1989, Cité par, Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.7.

[114]- وهو نفس الاستثناء الذي ينص عليه المشرع الفرنسي ويؤكد عليه الفقه الفرنسي:

- Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, 6 Ed., 2009, P.605.

« La date de cessation des paiement peut être ainsi reportée une ou plusieurs fois ; mais sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date de jugement constatant la cessation des paiement. Il convient, en effet, de préserver la sécurité des transactions. Par exception, les actes à titre gratuit sont annulables s'ils ont été effectués dans les six mois précédent la date de la cessation des paiement ».

[115]- مع استثناء حالة العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع التي يمكن أن تكون موضوع دعوى البطلان الجوازي.

[116]- قرار رقم 1/41 صادر بتاريخ 2013/01/31 في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1471، قرار منشور في كتاب، علال فالي، التعليق على قانون مساطر صعوبات المقاولة على ضوء 20 سنة من القضاء التجاري 1998-2018، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، ط.، 1، نونبر 2018، ص.322.

إلى فبراير 2003 ...' تكون قد ردت الدفع موضوع الوسيلة، معتبرة وعن صواب أن تفويت أسهم شركة كلير ماي تم في تاريخ سابق للتاريخ الذي حدده حكم فتح المسطرة في مواجهة الشركة المذكورة كتاريخ للتوقف عن الدفع وفي وقت كانت فيه الشركة لا تزال شركة مساهمة، ومنه ثبت لها أن التفويت لم يقع خلال فترة الريبة..." [117].

أما فيما يخص العقود المعقودة بعد الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية فتخضع صحتها لقواعد توزيع الاختصاصات بين المدين وباقي أجهزة المسطرة[118].

ب – ضرورة إبرام العقد من قبل المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية

لا يمكن أن تكون موضوع دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، سوى العقود والتصرفات التي يبرمها المدين الخاضع للمسطرة، وبالتالي فالعقود المبرمة من طرف شخص آخر غير رئيس المقاولة المدين، لا يمكن أن تقع تحت طائلة بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، وذلك لعدم تعلقها بأموال المقاولة التي تخصص بعد فتح المسطرة لاستمرارية النشاط وتصفية الخصوم[119]، كما أنها لا تسبب من حيث المبدأ أي ضرر للدائنين[120].

وتطبيقا لما سبق، نقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 30 نونبر 1993 قرار محكمة استئناف Rennes الذي قضى ببطلان عقد التفويت الذي قامت به زوجة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، وأكدت بأن البطلان طبقا لمقتضيات المادة 107 من قانون 25 يناير 1985 لا يهدف سوى لبطلان العقود المبرمة من طرف المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية[121]. كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار

---

[117]- غير أنه يمكن مواجهة التصرفات المعقودة خارج فترة الريبة من خلال الدعوى البوليانية إذا توفرت شروطها، راجع في هذا الشأن:

- Yves GUYON, Op. Cit., P.362.

[118]- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.8.

[119]- امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.73.

[120]- Yves GUYON, Op. Cit., P.361.

[121] - وقد جاء في أحد حيثيات هذا القرار ما يلي:

« Attendu qu'en se fondant ainsi sur la cessation des paiements de M. X... pour annuler un acte accompli par Mme X..., alors que la nullité édictée par l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985, ne vise que les actes accomplis par le débiteur en redressement judiciaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé »., Cass.Com., 30 Novembre 1993, Bull. Civ., IV, N° 433, 1993,P.314.

آخر بأن الأداء الذي يتم من قبل الضامن المستقل لا يقع تحت طائلة بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة[122].

إلا أنه إذا كان هناك تداخل للذمم بالمفهوم الذي أوردته المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكمها رقم 135 الصادر بتاريخ 2018/11/05 في الملف رقم 2017/8321/171 القاضي بتمديد المسطرة في قضية شركة سامير الذي جاء فيه: " وحيث إن اختلاط الذمم أو تداخلها الموجب لتمديد مسطرة التصفية القضائية هو معاينة وجود ترابط واختلاط بين عدة ذمم مالية حقيقية كما لو كان الأمر يتعلق بذمة مالية واحدة، وإلى حد يصعب معه على الإنسان ذي التجربة والخبرة أن يميز كل ذمة مالية عن الأخرى، وأن تداخل الذمم المبرر لتمديد المسطرة يتمثل أساسا في اختلاط أصول أو خصوم مقاولتين أو عدة مقاولات أو وجود تنقلات مالية غير عادية بين عدة مقاولات والتي ما كان لها أن توجد لو كانت كل مقاولة تتمتع بذمة مالية مستقلة، وأن من مظاهر هذه التنقلات تحمل مقاولة لمصاريف وتكاليف مقاولة أخرى أو استخلاص فواتير لفائدة مقاولة أخرى"[123]. فإن العقود والتصرفات التي تبرمها إحدى هذه المقاولات خلال فترة الريبة، تقع تحت طائلة بطلان التصرفات المجراة خلال هذه الفترة، ذلك أن تداخل الذمم المالية بين المقاولات يمكن أن يؤدي إلى تمديد المسطرة المفتوحة في مواجهة المقاولة المدينة إلى المقاولات الأخرى المعنية بهذا التداخل، وذلك تطبيقا للمادة 585 من م.ت[124].

---

[122] - Cass.Com., 26 Septembre 2006, Rev. Proc. Coll., 2007, P.226, Obs. Gérard Blanc.

« Attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé qu'il ne résultait d'aucun élément que la BFI ait payé la Banque Worms avec des fonds qui n'étaient pas les siens, l'arrêt retient que les opérations effectuées sur le compte personnel de M. X... dans les livres de la BFI correspondent à l'exécution de la contre garantie donnée par M. X... lui-même et ne remettent pas en cause l'autonomie de la garantie à première demande consentie par la BFI, ni la validité du paiement effectué par le garant autonome qui est un tiers, et que les paiements litigieux, bien que faits en période suspecte, n'émanent pas des débiteurs et ne sont pas dès lors susceptibles d'annulation ».

[123]- حكم غير منشور.

[124]- تنص هذه المادة على أنه: " يمكن تمديد المسطرة إلى مقاولة أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الذمة المالية للمقاولة الخاضعة للمسطرة، أو بسبب صورية الشخص الاعتباري.

يتم تمديد المسطرة بطلب من السنديك أو رئيس المقاولة الخاضعة للمسطرة أو النيابة العامة أو تلقائيا من قبل المحكمة.

تبت المحكمة بعد استماعها لرئيس المقاولة الخاضعة للمسطرة ورؤساء المقاولات الأخرى بغرفة المشورة، أو بعد استدعائهم قانونيا للمثول أمامها.

تبقى المحكمة التي قضت بفتح المسطرة الأصلية مختصة للبت في الموضوع".

وفي هذا الإطار أكد بعض الفقه الفرنسي[125] مستندا على قرار لمحكمة النقض الفرنسية[126]، بأن التصرف المعقود من طرف شركة تنتمي لمجموعة، يمكن بطلانه إذا اتضح بأن تلك الشركة والشركة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية يشكلون نفس المقاولة، على اعتبار أن مختلف شركات المجموعة يشكلون وحدة اقتصادية Unité économique .

وبهذا يمكن أن نعتبر بأن ضرورة عقد التصرف من طرف المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية هو الشرط الموضوعي الثاني الواجب توفره للحكم ببطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، ليبقى التساؤل المطروح هو: هل يجب إثبات أن هذا التصرف أحدث ضررا للدائنين أو للمقاولة للقضاء ببطلانه؟

ج- خصوصية الضرر في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

بالرجوع للنصوص القانونية المنظمة لبطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة، يتبين أن المشرع المغربي كنظيره الفرنسي[127]، لم ينص صراحة على وجوب إثبات الضرر اللاحق بالدائنين أو المدين لقبول بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، وفي هذا الإطار ميز الفقه بين دعوى البطلان الوجوبي ودعوى البطلان الجوازي مع محاولة إبرازه لخصوصية الضرر الذي يتميز به بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة.

فعلى مستوى البطلان الوجوبي الذي يرتبط بالعقود بدون مقابل، يؤكد الفقه[128] أنه لا يشترط إثبات الغش أو التواطؤ ولا الضرر،لأن الضرر واضح وافتقار الذمة جلي وسوء النية بين ولا يحتاج إلى إثبات، لذلك يتعين على المحكمة المفتوحة أمامها مسطرة التسوية القضائية أن

- يتبين من مقتضيات هذه المادة أنها جاءت بمستجدات هامة مقارنة مع المادة 570 من م. ت.، المنسوخة، حيث أضافت صورية الشخص الاعتباري كسبب يبرر تمديد المسطرة، كما حددت الأطراف التي يحق لها طلب تمديد المسطرة، وكذا كيفية بت المحكمة في الطلب.

[125] - Yves GUYON, Op. Cit., P.362.

[126] - Cass. Com., 24 Avril 1981, Cité par, Yves GUYON, Op. Cit., P.362.

[127]- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.6.

[128] - انظر في هذا الإطار:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.327.، امحمد لفروجي ، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.74 و 75.، عبد الكريم عباد، م. س.، ص.154.

تستجيب للطلب المرفوع إليها بالتصريح ببطلان العقد بدون مقابل، وذلك بمجرد أن يتأكد لها فعلا بأن الأمر يتعلق بعقد بدون مقابل قام به المدين خلال فترة الريبة، ذلك أن الواقعة المبررة للتصريح بالبطلان هي توفر هذه العناصر الأمر الذي يستبعد معه تعليق هذا البطلان على ضرورة أن يلحق المقاولة المفتوحة في مواجهتها المسطرة أو دائنيها ضرر من جراء هذا التصرف.

وهذا الموقف في نظرنا يتفق مع المنطق القانوني السليم لأن الضرر في البطلان الوجوبي المرتبط بالعقود بدون مقابل مفترض الوجود يقينا، لأن هذا التصرف يفقر الذمة المالية للمقاولة، في حين أنها في حاجة ماسة لتلك الأموال لإعادة تأسيس أصولها التي ستسهم في تسوية وضعية المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية.

أما على مستوى البطلان الجوازي فيؤكد الفقهاء على أنه وبالرغم من عدم التنصيص صراحة على شرط الضرر في النصوص القانونية المنظمة لدعوى بطلان التصرفات القانونية المجراة خلال فترة الريبة، فإنه من الصعب في الواقع تبرير البطلان الجوازي في غياب أي ضرر[129]، وضرورة وجوده لا نقاش فيها تطبيقا للقاعدة المسطرية الثابتة " لا دعوى بدون مصلحة"، إلا أنه ضرر يصيب جميع الدائنين نتيجة افتقار الذمة المالية للمدين، ولذلك وبالرغم من اختفاء كتلة الدائنين، فإنه يمكن الاستمرار في اعتبار الضرر في هذه الحالة بأنه ذو **طبيعة جماعية**[130]، لأنه من النادر أن يسبب التصرف المعقود خلال فترة الريبة ضررا فرديا، فهو يكون إما عبارة عن انتقاص من الأصول أو زيادة في الخصوم [131]، كما تستنبط ضرورة وجود الضرر من عبارة " يمكن للمحكمة أن تبطل" لأنه بدون الضرر لا يكون أي معنى للبطلان الجوازي ولا للسلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة، وبناء عليه فإن لم يترتب على التصرف ضرر أو كان الضرر يسيرا أو تافها أو أن المقاولة غنمت فازدادت أصولها فإن المحكمة ترفض البطلان استعمالا لسلطتها التقديرية[132].

---

[129]- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.371.

[130]- Yves GUYON, Op. Cit., P.361.

[131]- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.7.

[132] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.351.

هذا الموقف الفقهي حول الضرر على مستوى البطلان الجوازي، أكده الاجتهاد القضائي المغربي في العديد من قراراته، بالرغم من عدم إبرازه للهدف الأول من دعوى البطلان وهو إعادة تأسيس أصول المقاولة، فعلى مستوى قضاء الموضوع، قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس[133] بما يلي: " وحيث إنه سواء كانت المقاولة البائعة حسنة النية أم سيئة النية، فإن المحكمة التجارية مصدرة الحكم المنتقد استعملت سلطتها التقديرية في إبطال العقد لما اتضح لها أن التصرف والعمل موضوع العقد يعد غريبا وخارجا عن الأعمال المألوفة والمعتادة في عملية تسيير المقاولة الخاضعة لمسطرة المعالجة، وأنها لما ردت الدفع المتمسك به في هذا الصدد من أن تفويت عقار الشركة الذي يعتبر مقرا لها يفتقر لأدنى مبرر مالي أو تسييري بل أضر بمركزها المالي وبضمانها العام في مواجهة دائنيها من جراء حرمانها من أحد أهم أصولها الثابتة وأن هذا التصرف لا يمكن تفسيره بأنه قد أملته إجراءات الوقاية الداخلية ما دام أن هذه الأخيرة مشروطة بعدم توقفها عن دفع ديونها المستحقة والحال أن عملية البيع تمت بعد تاريخ التوقف عن الدفع، ولا يمكن أيضا إيجاد مبرر له في تخفيض نسبة عجزها المالي إلى 62% مادام لم يظهر أي تحسن في أدائها ولا على مستوى الحصيلة النهائية السنوية بدليل التماسها وبالرغم من واقعة البيع الحكم بتصفيتها القضائية، تكون قد عللت قضاءها تعليلا كافيا ولم تخرق أي مقتضى والوسيلة بدون أثر "[134].

---

[133] - قرار رقم 45 صادر بتاريخ 2006/06/28، في الملف عدد 06/17، قرار منشور، مجلة المعيار، ع.، 39، ص.274.

[134] - كما قضت في قرار آخر بأن: " ... إبطال العقود المبرمة بمقابل من طرف مقاولة خلال فترة الريبة تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي عليها تبرير قضائها انطلاقا من عناصر وغايات التصرف المطلوب إبطاله، إذا ثبت إبرام البيع خرقا لمبدأ المساواة بين الدائنين وتفضيلا لبعضهم على الآخر توجب إبطاله والحكم الذي راعى ذلك يعد في محله ويتوجب تأييده ". قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 20 صادر بتاريخ 2008/02/27، قرار منشور، مجلة المعيار، ع. 41، ص.301.

- وقضت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، في معرض تأييدها لحكم قضى برفض طلب البطلان بأنه: " الثابت من كتاب السنديك المعين أن الغاية من التفويت الذي قامت به الشركة كانت هي تجاوز هذه الأخير للضائقة المالية التي كانت تتخبط فيها والتي كانت السبب الرئيسي في توقفها عن أداء ديونها، وبالتالي لم يكن القصد من هذا التفويت إنقاص أصول المقاولة إضرارا بالدائنين، خصوصا وقد ثبت من محتويات الملف أن ثمن البيع المحدد في 2.500.000.00 درهم قد تم تحويله إلى حساب المقاولة ... وذلك لمواجهة المصاريف التي تتطلبها دورة الاستغلال، وأنه – اعتبارا لما ذكر- فإن المحكمة التجارية لما تحققت من كون البيع المذكور لم يتسبب للمقاولة في أية خسائر تذكر وأن مصلحة هذه الأخيرة كانت – على العكس من ذلك- تقتضي إنجاز العقد المذكور، فإن ما قضت به من عدم قبول الطلب كان مستمدا من صميم سلطتها التقديرية المؤسسة على المادة 682 من مدونة التجارة، وبالتالي جاء حكمها هذا مصادفا للصواب وغي خارق لأي مقتضى قانوني مما وجب معه تأييده". قرار رقم 911 صادر بتاريخ 2007/07/12 في الملف التجاري رقم 2006/1010، قرار منشور، مجلة القضاء التجاري، ع. 5، 2015، ص.234.

أما على مستوى قضاء القانون، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 987 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2009 ما يلي: " لكن حيث إن تقدير الظروف المؤدية لتوفر إحدى حالات بطلان العقود الجوازي موضوع المادة 682 من مدونة التجارة، التي تجيز للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل وكل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة، إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، يعد من مسائل الواقع التي تستقل بنظرها محاكم الموضوع، ولا رقابة عليهم في ذلك من طرف المجلس الأعلى متى كان تعليلها تعليلا مستساغا ومبررا لما انتهت إليه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بما مفاده ' أن وثيقة الإبراء المستدل بها تضمنت تفويت العقار من طرف الشركة الاسبانية للمطاط لفائدة شركة إيموكيل، مقابل اقتطاع الثمن من التسبيقات الممنوحة في إطار الحساب الجاري للشركاء خلال السنتين الماليتين 2003 و 2004 بمعنى أن مسير الشركة الطاعنة قام بنقل ملكية عقارها لبعض دائنيها المفترضين الذين هم في نفس الوقت شركاء له في ذات الشركة مقابل التنازل عن ديونهم، وهذا التصرف يعد خرقا لمبدأ المساواة بين الدائنين وتفضيلا لبعضهم على حساب الآخرين في وقت كانت فيه المقاولة متوقفة عن أداء ديونها ' منتهية لتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإبطال عقد التفويت الذي تم في ظروف تطبعها سوء النية وتكتنفها غاية الإجحاف بدائني المقاولة، تكون قد أبرزت بشكل مقبول المؤيدات التي ذهبت للقول بجواز إبطال عقد التفويت موضوع القضية الماثلة، ولا يؤثر في ذلك ما ادعته الطالبة من ضرورة بيع عقارها وتوفر البنك الدائن على ضمانات شخصية للكفلاء، وبذلك جاء قرارها معللا بشكل سليم ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس"[135].

وبالنسبة لموقف القضاء المقارن نجد بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي الصادر في ظل نظام عدم النفاذ الجوازي، كان يستوجب ضرورة إثبات الضرر الذي أصاب الدائنين، وهو التوجه الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية في قراريها الصادرين بتاريخ 21 ماي 1979[136] وبتاريخ

---

[135] - قرار رقم 987، صادر بتاريخ 2009/06/17، في الملف التجاري عدد 2008/1/3/797، منشور، م. ق. م. أ.، ع. 73، 2011، ص.193 إلى 196.

[136] - Cass. Com., 21 Mai 1979, Cité par, Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.6.

- هذا القرار منشور كذلك على الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr (أطلع عليه بتاريخ 2018/10/09).

1 فبراير 1984[137]. وهو التوجه نفسه الذي استمرت في تأكيده بعض محاكم الموضوع الفرنسية[138]، حيث كانت تستوجب ضرورة إثبات الضرر الذي يصيب الدائنين لقبول البطلان الجوازي في ظل قانون 25 يناير 1985. لكن، سرعان ما تم التخلي عن هذا التوجه في العديد من القرارات لمحكمة النقض الفرنسية التي أكدت بأن تفعيل دعوى البطلان الجوازي لا تستوجب إثبات الضرر الذي يصيب الدائنين أو المدين، بل يقوم على الأهداف الجديدة لقانون 25 يناير 1985 ولدعوى البطلان الجوازي التي تتمثل في إعادة تأسيس الأصول من أجل ضمان استمرارية النشاط والحفاظ على مناصب الشغل. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 16 فبراير 1993[139] بما يلي: " لكن، بناء على مقتضيات المادة 108 من قانون 25 يناير 1985، أداء الديون الحالة الذي تم بعد تاريخ التوقف عن الدفع والتصرفات بمقابل المعقودة هي كذلك بعد هذا التاريخ يمكن بطلانها إذا كان المتعاقد مع المدين على علم بالتوقف عن الدفع، وبناء على المادة الأولى والمادة 110 من نفس القانون، دعوى البطلان تهدف لإعادة تأسيس أصول المقاولة من أجل الحفاظ على النشاط ومناصب الشغل، وعليه فقضاة الموضوع من أجل تقرير البطلان المنصوص عليه في المادة 108 غير ملزمين بإثبات وجود ضرر أصاب المدين أو الدائنين "[140].

---

[137] - Cass. Com., 1 Février 1984, Cité par, Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.6.

- هذا القرار منشور كذلك على الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr (أطلع عليه بتاريخ 2018/10/09)

[138] - C. A. Rennes, 26 Avril 1989, C. A. Paris, 30 mars 1989, R.T.D. Com., 49 (2), Avril- Juin 1996, P.349., Obs., Arlette MARTIN-SERF.

[139]- « Mais attendu qu'aux termes de l'article 108 de la loi du 25 janvier 1985, les paiements pour dettes échues effectués après la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ; qu'en vertu des articles 1er et 110 de la même loi, l'action en nullité a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur en vue du maintien de l'activité et de l'emploi ; qu'il s'ensuit que les juges du fond, pour prononcer la nullité prévue à l'article 108, ne sont pas tenus de constater l'existence d'un préjudice subi par le débiteur ou par ses créanciers ». Cass. Com., 16 Février 1993, Bull. Civ., N° 62, 1993, IV, P.41.

[140] - راجع كذلك في نفس السياق:

- Cass. Com., 9 Janvier 1996, Bull. Civ., IV, N° 10, 1996, P.7., Cass. Com., 24 Octobre 1995, R.T.D. Com. 49 (2), 1996, P.348., Obs., Arlette MARTIN-SERF., Cass. Com., 29 Mai 2001, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

خلاصة القول، إن الضرر في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة **ذو طبيعة جماعية** يثبت كلما كان التصرف المبرم خلال فترة الريبة يؤدي إلى الانتقاص من الذمة المالية للمقاولة أو إلى الزيادة في خصومها أو يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين، وتقرير بطلانه من شأنه أن يؤدي إلى إعادة جمع أصول المقاولة بشكل سيضمن استمرارية نشاطها والحفاظ على مناصب الشغل وتصفية الخصوم.

بهذا نكون قد فرغنا من الشروط الموضوعية لدعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة، التي لا يكفي توفرها لقبول هذه الدعوى بل لابد من توفر شروط شكلية كذلك.

ثانيا: الشروط الشكلية لدعوى بطلان تصرفات فترة الريبة

بالرجوع للقانون التجاري الملغى لسنة 1913 يتضح بأنه لم يكن ينظم الجانب المسطري من دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، فراغ لم تتوفق م.ت. لسنة 1996 من تجاوزه باستثناء نصها على إعطاء السنديك وحده الحق في ممارسة دعوى البطلان[141]، كما لم يورد بشأنه المشرع المغربي في الكتاب الخامس من م.ت. الجديد أي مقتضى قانوني جديد، لذلك لابد من الرجوع إلى الفقه والقضاء مع الاستئناس بالتشريعات المقارنة لتحديد الشروط الشكلية لدعوى بطلان تصرفات فترة الريبة وإبراز خصوصيتها على مستوى المدعي (أ) والمدعى عليه (ب) وأجل الدعوى (ج) والجهة المختصة للبت فيها(د).

أ- خصوصية المدعي في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

يتبين من النصوص القانونية المنظمة لدعوى بطلان تصرفات فترة الريبة، بأن المشرع المغربي حصر حق ممارسة دعوى بطلان فترة الريبة في السنديك وحده[142]، خلافا للمشرع الفرنسي الذي وسع من دائرة الأطراف التي يمكنها ممارسة دعوى بطلان فترة الريبة، وهم حسب

[141] - حيث تنص المادة 685 من م.ت. المنسوخة، المطابقة من حيث المضمون للمادة 718 من م.ت. الحالية على أنه : " يمارس السنديك دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المقاولة ".

[142] - راجع المادة 718 من م .ت. المذكورة أعلاه.

مقتضيات المادة L.632-4 من مدونة التجارة الفرنسية، المتصرف، الوكيل القضائي، قاضي تنفيذ المخطط والنيابة العامة[143].

وتبعا لذلك، لا يمكن للمدين ممارسة دعوى بطلان فترة الريبة سواء في ظل القانون المغربي أو الفرنسي كما يؤكد الفقه[144]، وتقضي به محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها رقم 237 الصادر بتاريخ 2015/02/18 الذي جاء فيه: " لكن حيث إن السبب غير مرتكز على أساس، ذلك أنه بمقتضى المادة 685 من مدونة التجارة يمارس السنديك دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المقاولة، وأن الثابت من وثائق الملف أن الطلب موضوع الدعوى يهدف إلى إبطال عقد كراء المحل التجاري الكائن برقم 32 المركب السياحي لوتيفولي بالمنطقة السياحية أكادير على اعتبار أن العقد المذكور أبرم في فترة التوقف عن الدفع وأن الدعوى التي رفعت من طرف المقاولة تكون غير مقبولة شكلا على اعتبار أن السنديك هو المؤهل قانونا لتقديم الدعوى المذكورة، وأن ما جاء في الوسيلة من كون المحكمة أولت المادة 685 من مدونة التجارة تأويلا خاطئا ليس في محله، ذلك أنه له وحده صلاحية إقامة دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المقاولة، وأن حصر مخطط الاستمرارية لفائدة المقاولة لا يعطي لهذه الأخيرة الصفة في تقديم دعوى بطلان تصرف أبرم من طرفها في فترة الريبة، وهو ما استقر عليه العمل القضائي لهذه المحكمة، مما يكون معه الحكم واقع في مركزه القانوني ويتعين تأييده"[145].

---

[143] - وتنص هذه المادة على ما يلي:

« L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur ».

[144] - راجع في هذا الإطار:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.366.

- Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.235.

« Le débiteur ne saurait davantage agir, même dans la procédure simplifiée sans administrateur, encore que l'action ait pour effet de reconstituer son actif ; mais en verrait mal le débiteur se prévaloir de sa propre fraude ».

- Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.665.

[145]- قرار رقم 237، صادر بتاريخ 2015/02/18، في الملف التجاري عدد 14/07/1405، منشور، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، ع.، 35، 2015، ص. 276.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية كذلك على أن المدين غير مرخص له من القانون بممارسة دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، في قرارها رقم 275 الصادر بتاريخ 8 مارس 2017 [146]جاء فيه: " بناء على المواد L. 632-4 من مدونة التجارة والمادة 550 من قانون المسطرة المدنية؛

لكن، حيث إن المدين غير مرخص له بناء على المادة الأولى أعلاه بممارسة دعوى بطلان التصرفاة المعقودة خلال فترة الريبة، فهو كذلك لا يمكنه استئناف الحكم الذي بت في طلب البطلان"[147].

كما أن الدائن لا يمكنه ممارسة دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة[148]، كما أكدت على ذلك محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها رقم 911 الصادر بتاريخ 2007/07/12 الذي جاء فيه: " بخصوص الوسيلة الثانية المتخذة من كون عملية تفويت عقار الشركة تمت في فترة الريبة، فقد صح ما قضى به الحكم المستأنف من كون المادة 685 من م. ت. تعطي للسنديك وحده صلاحية ممارسة دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول

---

[146] - « Vu les articles L. 632-4 du code de commerce et 550 du code de procédure civile;

Attendu que le débiteur, n'étant pas autorisé par le premier de ces textes à agir en annulation d'actes accomplis pendant la période suspecte, ne l'est pas davantage à former appel de la décision qui a statué sur une demande d'annulation ».

- قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض الفرنسية www.courdecassation.fr (أطلع عليه بتاريخ 2018/10/09)

[147] - انظر كذلك في نفس المعنى:

- Cass. Com., 3 Juin 1997, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/10/2018.

« Mais attendu, d'une part, que l'action en nullité des paiements faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements est réservée par l'article 110 de la loi du 25 janvier 1985 aux mandataires de justice; que la société Elysold, bien qu'ayant retrouvé la totalité de ses pouvoirs par l'effet du jugement arrêtant le plan, n'avait pas qualité pour agir; qu'elle n'avait donc pas à être appelée à l'instance ».

[148] - انظر في هذا الإطار:

- امحمد لفروجي ، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص. 76.

- يؤكد الفقه الفرنسي كذلك على أن الدائن لا يمكنه طلب البطلان سواء عن طرق الدعوى أو عن طريق الدفع، راجع في هذا الشأن:

- Cécile LE GALLOU, Droit des sûretés – Droit des entreprises en difficulté, Larcier, 2 Ed., 2015, P.372.

المقاولة دون غيرهم من الشركاء في الشركة أو حتى الدائنين الذين يمس التفويت المذكور مصالحهم ..." [149].

كما تؤكد محكمة النقض الفرنسية على ذلك حيث جاء في أحد قراراتها: " لكن حيث إن دعوى بطلان الأداءات التي تمت من قبل المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع لا يمكن أن تمارس إلا من قبل المتصرف، ممثل الدائنين، المصفي، قاضي تنفيذ المخطط، وبالتالي فالدائن ليس له الصفة لكي يثير شخصيا بطلان هذه الأداءات حتى عن طريق الدفع"[150].

لكن في المقابل، يؤكد الفقه[151] والقضاء[152] الفرنسيان على أن الدائن باستطاعته ممارسة الدعوى البوليانية في مواجهة التصرفات التي يقوم بها المدين خلال فترة الريبة إذا توفرت شروط هذه الدعوى التي يعتبرها بعض الفقه المغربي[153] بأنها قاسية وعسيرة الإثبات، لكنه رغم ذلك يعتبر من المؤيدين وبحماس للأخذ بها في القانون المغربي، ويقر بحق الدائن في ممارستها. وفي إطار المساطر الجماعية يؤكد جانب من الفقه الفرنسي[154] في ختام دراسة خصها للدعوى البوليانية في المساطر الجماعية، على أن الدعوى البوليانية لها مكانة لا غنى عنها في المساطر الجماعية، باعتبارها دعوى مكملة لدعوى بطلان تصرفات فترة الريبة في هذه المساطر[155].

---

[149] - قرار رقم 911، صادر بتاريخ 2007/07/12، في الملف التجاري عدد 2006/1010، منشور، مجلة القضاء التجاري، ع. 5، 2015، ص.234.

[150] -« Mais attendu que l'action en nullité des paiements faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements ne peut être exercée que par l'administrateur, par le représentant des créanciers, par le liquidateur ou par le commissaire à l'exécution du plan; que le créancier n'a pas qualité pour invoquer personnellement la nullité d'un paiement, fût-ce par voie d'exception; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux, inopérants, de la cour d'appel, l'arrêt se trouve justifié; d'où il suit que le moyen ne peut être, en aucune de ses branches, accueilli ». Cass. Com., 6 Mai 1997, Bull. Civ. N° 120, 1997, IV, P.106.

[151] - انظر في هذا السياق:

- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.7 et 8., Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.256.

[152] - Cass. Com., 8 Octobre 1996, Cité par, Yves GUYON, Op. Cit., P.363., Cass. Com., 13 Novembre 2001, Cité par, Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.256.

[153] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.304، 308 و366.

[154] - Corinne PIZZIO-DELAPORTE, L'action paulienne dans les procédures collectives, R.T.D.Com., 48 (4) , Octobre décembre 1995, P.735.

[155] - بالرجوع للقضاء المغربي، نجد تطبيقات للدعوى البوليانية، في ظل مسطرة معالجة صعوبات المقاولة كما يستفاد من الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش الذي جاء فيه: " حيث يتجلى من وثائق الملف أن الطرف الطالب استصدر حكما عن هذه المحكمة ذي المراجع أعلاه قضى بعدم نفاذ البيع التوثيقي المؤرخ في 2011/5/09 في مواجهة المدعيين وتحميلهم الصائر

كما أن باقي أجهزة المسطرة في ظل القانون المغربي، من قاض منتدب ومراقبين ونيابة عامة وحتى المحكمة المختصة، لايمكنهم ممارسة دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة[156] سواء عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى[157]، وفي هذا الإطار نؤاخذ على المشرع المغربي حصره لحق طلب بطلان تصرفات فترة الريبة في السنديك وحده، لأن هذه الدعوى لا تحمي فقط مصالح الدائنين والمدين ليقال بأن السنديك يمثلهم، بل هدفها عام منبثق من أهداف مسطرة التسوية القضائية ككل ويصب في خدمتها، المتمثلة في استمرارية النشاط والحفاظ على مناصب الشغل وتصفية الخصوم، لذلك لابد من توسيع دائرة الأطراف التي يحق لها ممارسة دعوى البطلان لتشمل على الأقل القاضي المنتدب، نظرا للاختصاصات الهامة للقاضي المنتدب في مسطرة التسوية القضائية، وخاصة وهو يبت في الشكاوى المقدمة ضد السنديك الذي امتنع عن تقديم دعوى البطلان رغم الطلب المقدم إليه من أحد الدائنين أو من المراقبين، ولتشمل كذلك النيابة العامة تطويرا لدورها في مساطر صعوبات المقاولة وحفاظا منها على النظام العام الاقتصادي الذي ستشكل ممارستها لدعوى البطلان إحدى آليات المحافظة عليه وحمايته.

وبرفض باقي الطلب، وعليه فإن الأمر يتعلق بالدعوى البوليانية التي تمت مباشرتها من أجل إعادة العقارات لذمة المدين الذي عمد إلى تهريبها للغير وإفراغ ذمته إضرارا بدائنيه علما أن جميع أمواله ضمان عام لهم، إلا أن آثار الدعوى المباشرة يستفيد منها حصرا الدائن الذي باشر هذه الدعوى ويستقل باقتضاء دينه من الأموال المحكوم بعدم نفاذها في مواجهته طالما أن باقي الدائنين لم يتدخلوا في هذه الدعوى، ومتى كانت مسطرة المعالجة مفتوحة في حق المقاولة، وكانت ديون الطرف الطالب سابقة لفتح المسطرة فإن اقتضاءها سيتم حتما في إطار هذه المسطرة وأن المحكمة هي التي تتولى تحقيق هذه العقارات وبيعها من أجل تسليم منتوج البيع حصرا للطرف الطالب الذي لا يمكنه سلوك مسطرة فردية من أجل استخلاص الدين عملا بأحكام المادة 653 وما يليها من م ت الأمر الذي تعين معه إبقاء هذه العقارات ضمن أصول المقاولة الخاضعة للبيع ومتابعة الإجراءات المسطرية بشأنها وبالنتيجة يبقى الطلب مختلا وقمينا بعدم القبول".، أمر رقم 17 صادر بتاريخ 2017/01/60 في الملف عدد 2016/8304/880، منشور، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.527 و 528.

[156] - امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.73.

[157]- في هذا الإطار يؤكد الفقه والقضاء الفرنسي بأن اللائحة التي وضعها المشرع الفرنسي فيما يخص الأطراف التي يمكنها ممارسة دعوى بطلان فترة الريبة هي لائحة حصرية ، انظر:

- Bruno LEMISTRE, Reconstitution du patrimoine, Rev. Proc. Coll., N° 1994-4, P.256.

- Cass. Com., 25 Novembre 1997, Bull. Civ., N° 306, 1997, IV, P.262.

« Mais attendu, en premier lieu, que seuls ont qualité pour demander, par voie d'action ou d'exception, la nullité d'actes accomplis en période suspecte par le débiteur soumis à une procédure collective, les mandataires de justice désignés dans cette procédure collective ».

ب– خصوصية المدعى عليه في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

إذا كانت الدعوى البوليانية تمارس ضد المدين الذي أبرم تصرفات مضرة بدائنيه[158]، فإنه على العكس من ذلك، دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة تقام في مواجهة المتعاقد الذي أبرم التصرف مع المدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية وليس ضد المدين[159]، وهذا أمر منطقي في نظرنا لسببين:

– الأول يرجع لطبيعة هذه الدعوى التي تهدف إلى إعادة جمع أصول المقاولة، وبالتالي لا يمكن تصور تحقيق هذا الهدف بالسرعة اللازمة دون توجيه هذه الدعوى ضد الشخص الذي أبرم العقد مع رئيس المقاولة.

– الثاني هو ضمان حق الدفاع للمتعاقد وتمكينه من مواجهة طلب بطلان التصرف، بأن يثبت بأن التصرف لم يجرى خلال فترة الريبة.

وعليه، يجب على السنديك الذي خول له وحده المشرع المغربي حق ممارسة دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة أن يوجه دعواه ضد الطرف المتعاقد مع المدين، مع احترامه لزمن هذه الدعوى.

ج– غياب تحديد أجل ممارسة دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

بالرجوع للنصوص القانونية المنظمة لبطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة[160]، يتضح أن المشرع المغربي لم يبين الأجل الذي يجب أن تمارس فيه دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي[161]، وخلافا لنظيره التونسي الذي سد هذه

---

158 - امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.78.

- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.8.

159 - حيث تنص المادة 2-1341 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ».

160- راجع المواد من 714 إلى 718 من م.ت.

161 - Cécile LE GALLOU, Op. Cit., P.372.

الثغرة القانونية بالنص صراحة على وجوب القيام بدعوى بطلان فترة الريبة خلال العامين الموالين لحكم التسوية وإلا سقطت بمضي الزمن[162].

أمام هذا الفراغ التشريعي كان الاجتهاد القضائي مدعوا للتدخل لسد هذا الفراغ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن دعوى بطلان فترة الريبة لا تخضع للتقادم التجاري[163]، كما قضت بأنها لا تخضع للتقادم المدني، وأن ممارستها تبقى قائمة مادام أصحاب الحق في ممارستها ولا سيما المصفي القضائي مازال يمارس وظيفته في المسطرة[164].

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن دعوى بطلان فترة الريبة يجب أن تمارس قبل قبول الديون الناتج عن صدور أمر القاضي المنتدب الحائز لقوة الشيء المقضي به[165]،

---

[162] - حيث تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 446 من المجلة التجارية التونسية على أنه: " ويجب القيام بالدعاوى المذكورة خلال العامين الموالين لحكم التسوية وإلا سقطت بمضي الزمن ".

[163] - حيث قضت في قرار لها صادر بتاريخ 30 مارس 2010 بما يلي:

« Mais attendu que les actions en nullité des actes visés par les articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ne relèvent pas de la prescription décennale édictée par l'article L. 110-4 du code de commerce, laquelle est seulement applicable aux obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre non-commerçants ou aux actions qu'il énumère de manière limitative ; que c'est dès lors à bon droit, que la cour d'appel, qui statuait sur des cessions de créance arguées de nullité pour avoir été faites au cours de la période suspecte, a décidé que l'action n'était pas prescrite; que le moyen n'est pas fondé ». Cass. Com., 30 Mars 2010, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/10/2018.

- انظر كذلك في هذا الإطار لدى محاكم الموضوع الفرنسية:

- C. A. Bordeaux, 10 janvier 2018, Publié sur, La lettre Simon Avocats – L'actualité juridique, Février 2018, P.4 et 5.

[164] - Cass. Com., 21 Septembre 2010, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/10/2018.

« Mais attendu que l'action en nullité prévue à l'article L. 621-107 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et qui tend à la reconstitution de l'actif du débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers peut être exercée par ses titulaires, notamment le liquidateur judiciaire, aussi longtemps que ces derniers restent en fonction ; que par ce motif de pur droit, la décision de la cour d'appel, qui a relevé que l'action en nullité de la donation avait été engagée par le liquidateur judiciaire du débiteur, alors en fonction, se trouve justifiée ; que le moyen ne peut être accueilli ».

[165] - Cass. Com., 13 Octobre 1998, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/10/2018.

« Mais attendu que la nullité relative des actes faits par le débiteur depuis la cessation des paiements, telle que prévue par l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985, ne peut être prononcée qu'à l'initiative d'une des personnes visées à l'article 110 de ladite loi et qu'elle n'est pas susceptible de remettre en

ونقضت في هذا الإطار قرارا صادرا عن محكمة Douai قضى بأنه تأسيسا على الخاصية المستقلة لدعوى بطلان فترة الريبة المرتبطة بآفاق مستقبل المقاولة، يمكن ممارسة هذه الدعوى سواء قبل ايداع قائمة الديون أو بعد إيداعها وصدور أمر القاضي المنتدب القاضي بقبولها الذي يحوز قوة الشيء المقضي به[166] وأكدت بأن قرار القاضي المنتدب القاضي بقبول الديون لا رجعة فيه وغير قابل للمنازعة بصفة كلية، بل يمكن الاحتجاج به حتى في حالة تغيير تاريخ التوقف عن الدفع[167].

هذه المواقف للقضاء الفرنسي القائلة بأن دعوى البطلان يمكن ممارستها مادام الأطراف الذين يحق لهم ممارستها لا زالوا يمارسون مهامهم، وبأنه لا يمكن قبول هذه الدعوى بعد قرار القاضي المنتدب القاضي بقبول الديون الحائز لقوة الشيء المقضي به، مع خلوها في نظرنا من التمييز لا بين البطلان الوجوبي وبين البطلان الجوازي ولا بين العقود بمقابل وتلك التي بدون مقابل، انعكست كما يبدو على الفقه الفرنسي[168]، وانعكست جليا كذلك على الفقه المغربي، حيث يؤكد جانب من الفقه المغربي[169] أن دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة تبقى قائمة مادام السنديك الذي له وحده حق ممارستها باقيا في مهمته أو وظيفته التي لا تنتهي إلا بقفل المسطرة حماية لأموال المسطرة وإعادة لجمع أصول المقاولة، في حين أكد جانب آخر[170]

---

cause une décision d'admission de créance arrêtée par le juge-commissaire, dès lors que l'autorité de la chose jugée attachée à une telle décision, dont le caractère irrévocable n'est pas contesté, est générale ».

166 - C., Douai, 8 Juin 1989, R.T.D. Com., 45 (3), Juillet- Septembre, 1992, P.692, Obs. Arlette MARTIN-SERF.

167 - Cass. Com., 12 Novembre 1991, R.T.D. Com., 45 (3), Juillet- Septembre, 1992, P.691 et 692, Obs. Arlette MARTIN-SERF, Bull. Civ., IV, N° 342, 1991, P.238.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance par le juge-commissaire, dont le caractère irrévocable n'était pas contesté, était générale et pouvait être invoquée même en cas de report de la date de la cessation des paiements, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

168 - راجع في هذا الإطار:

- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.256 et 257., Yves GUYON, Op. Cit., P.363., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.665.

169 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.370.

170 - امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.77 و 78.

بأنه يجب أن ترفع دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة داخل الفترة التي يكون فيها الدائنون لا زالوا محقين في التصريح بديونهم أو في تقديم طلبات إلى القاضي المنتدب من أجل رفع السقوط عليهم نتيجة عدم القيام بهذا التصريح داخل الآجال القانونية المحددة لهذا الغرض.

هذا الاختلاف في المواقف الفقهية المغربية، جسده قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس جاء فيه: " وحيث إن المشرع المغربي لم يحدد أي أجل لممارسة دعوى الابطال من طرف السنديك وأحجم عن وضع تقادم لهذه الدعوى ولم يأخذ بالتقادم الذي وضعته المادة 525 من مشروع 1988 وبمعنى آخر أن دعوى البطلان في فترة الريبة تبقى قائمة مادام السنديك الذي له وحده حق ممارستها باقيا في مهمته أو وظيفته التي لا تنتهي إلا بقفل المسطرة إعمالا للمواد 640 و606 و636 من م. ت. حماية لأموال المسطرة وإعادة جمع أصول المقاولة، وفقا للمادة 585 من ذات القانون ' انظر شكري السباعي الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها ط 1 سنة 2000 ص 362 و 363 '، أما التعلل بما أوردته الطاعنة من شروط راجعة للفترة التي يكون فيها المتعاقد الذي أجرى مع رئيس المقاولة العقد لا يزال محقا في التصريح بدينه ضمن خصوم المقاولة أو في تقديم طلب إلى القاضي المنتدب من أجل رفع السقوط عنه نتيجة عدم القيام بهذا التصريح داخل الآجال القانونية المحددة لهذا الغرض فمجرد رأي فقهي تبناه القائل به ليس له في القانون المغربي ما يسنده"[171].

لعل ما يلفت النظر في هذا القرار هو أخذه برأي فقهي واستبعاده لرأي فقهي آخر أوردته الطاعنة بدعوى أنه لا يوجد ما يسنده في القانون والحال أن الرأي الأول هو كذلك لا يوجد ما يسنده صراحة في القانون، ويمكن أن يشل في حالة القبول النهائي للدين بأمر القاضي المنتدب الحائز لقوة الشيء المقضي به، حيث لا يمكن للسنديك في هذه الحالة ممارسة دعوى البطلان تجاه الديون المقبولة بصفة نهائية، التي لا يمكن المنازعة فيها بأي دعوى أخرى ولو تعلق الأمر بدعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة.

[171] - قرار رقم 45، صادر بتاريخ 2006/06/28، في الملف التجاري عدد 06/17، منشور بكتاب، علال فالي، م. س.، ص.328.

لذلك يجب في نظرنا استجابة لمتطلبات أمن المعاملات، وتحقيقا للأمن القانوني والقضائي، من وجود أجل محدد ومعروف مسبقا، نقترح حفاظا على حقوق كافة الأطراف بأن يتم التمييز في تحديده بين أجل البطلان الوجوبي الذي يتعلق حصرا بالعقود بدون مقابل التي تنطوي غالبا على وجود غش، حيث نرى بأنه يجب أن يقرن أجل هذا البطلان بقفل المسطرة، أي أنه يمكن ممارسة هذه الدعوى من طرف السنديك طالما أنه يمارس مهامه في المسطرة، أما أجل البطلان الجوازي الذي يرتبط أساسا بالعقود بمقابل وبأداء الديون وبتأسيس الضمانات، فنرى بأنه حماية لباقي الأطراف وحفظا لحقها في التصريح بديونها ورفع السقوط عنها، تحديد أجل رفع هذه الدعوى في سنة من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، وتجنبا لعدم قبول هذه الدعوى بعد قبول الدين بصفة نهائية، يجب حث السنديك على ممارسة دعوى البطلان الجوازي بالموازاة مع عملية تحقيق الديون[172]، وطبعا تمارس دعوى فترة الريبة في هذا الإطار بشكل أصلي لأنه لا يمكن أن تكون ملحقة بمسطرة تحقيق الديون[173].

د- الجهة المختصة للبت في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة

تعد دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة من الدعاوى المتولدة عن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، وما كانت لتنشأ إلا بسبب فتح هذه المسطرة، وبذلك تكون المحكمة التي فتحت المسطرة هي المختصة للبت في هذه الدعوى، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 581[174] من م.ت. التي تنص على أنه: " تكون المحكمة المفتوحة مسطرة التسوية أمامها مختصة للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها "[175].

---

[172] - وهو الأمر الذي أكد عليه كذلك معهد الممارسين في المساطر الجماعية في فرنسا، راجع في هذا الشأن:

- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.375.

[173] - Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.236.

[174] - المطابقة للفقرة الثانية من المادة 566 من م. ت.، المنسوخة.

[175] - يحدد قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 996 الصادر بتاريخ 2000/05/09، المقصود بالدعوى المتصلة بالمسطرة حيث جاء فيه: " وحيث إن المقصود بالدعاوى المتصلة بمساطر المعالجة حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين، كل الدعاوى المتولدة عن هذه المساطر، والتي ما كانت لتنشأ إلا بسبب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، وكذا الدعاوى التي تتأثر بالضرورة بمساطر المعالجة "، غير منشور.

وعليه، فدعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة هي من الاختصاص الحصري للمحكمة التي فتحت المسطرة[176]، وهو اختصاص من النظام العام[177]، وبذلك لا يمكن لأي محكمة أخرى البت في هذه الدعوى، وعليها الحكم بعدم الاختصاص مباشرة كلما رفعت إليها دعوى ترمي إلى بطلان تصرفات فترة الريبة[178]، كما أن القاضي المنتدب لا يمكنه البت في هذه الدعوى لأنها لا تدخل ضمن الاختصاصات المخولة له[179].

أما بخصوص طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى بطلان فترة الريبة فإنه بالرجوع للمواد المنظمة لطرق الطعن[180] نجد بأن المشرع المغربي قد أغفل كنظيره الفرنسي، إيراد الحكم الصادر في دعوى فترة الريبة ضمن لائحة المقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها الطعن فيها و لا ضمن المقررات القابلة للتعرض الخارج عن الخصومة طبقا لقواعد الطعن المقررة في مساطر صعوبات المقاولة.

في ظل هذا الفراغ التشريعي أجمع الفقه الفرنسي[181] على أن الحكم الصادر في دعوى بطلان فترة الريبة يخضع لطرق الطعن طبقا للقوعد العامة، أما على مستوى الفقه المغربي فنجد جانبا منه اتخذ نفس موقف الفقه الفرنسي، حيث أكد على أن الحكم الصادر في دعوى

---

176 - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.666.
-Yves GUYON, Op. Cit., P.364.

177 - Cass. Com., 1 Février 2000, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

« Qu'il s'ensuit que l'action en nullité de l'article 107 ressort de la seule compétence du tribunal de commerce et qu'en jugeant autrement alors que cette compétence est d'ordre public, la cour d'appel a violé les articles 107 de la loi du 25 janvier 1985 et 174 du décret du 27 décembre 1985 ».

178 - وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس في قرار لها بتاريخ 4 يوليوز 1988.

- T.G.I., Paris, 4 Juillet 1988, Cité par, Yves GUYON, La reconstitution de patrimoine, Inopposabilités et nullités de la période suspecte, Rev. Proc. Coll., 1989-2, P. 222 et 223.

179 - حيث أكدت محكمة Versailles في قرار لها صادر بتاريخ 5 شتنبر 2002 أن القاضي المنتدب لا يملك سلطة البت في دعوى بطلان فترة الريبة.

- Versailles, 5 Septembre 2002, Code de commerce, DALLOZ, Ed., 2011, P.1145.

180 - راجع المواد من 761 إلى 767 من م.ت.

181- انظر في هذا الإطار:

- Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Op.Cit., P.554., Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.364., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.666.

البطلان يخضع فيما يخص طرق الطعن للقواعد العامة ما دام أن المشرع المغربي لم يورد في م. ت. لسنة 1996 أية قاعدة خاصة في هذا الإطار[182]، بينما جانب آخر أكد على أنه لا يمكن الأخذ بالنهج الفرنسي أي إخضاع الطعن للطرق العادية، وإنما يقع الطعن طبقا للمواد 729 إلى 731 من م. ت. المنسوخة، وذلك لكون المشرع المغربي أتى بعبارات عامة في هذه المواد تغطي سائر الدعاوى المرتبطة بمسطرة التسوية أو التصفية القضائية[183].

من الأكيد في اعتقادنا أن الطعن في الحكم الصادر بخصوص دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة يجب أن يتم طبقا لطرق الطعن التي تخضع لها باقي الأحكام الصادرة في مساطر صعوبات المقاولة، ونعتبر ما وقع فيه المشرع المغربي مجرد سهو تشريعي، يجب تداركه في أقرب وقت، وفي انتظار ذلك وفي ظل التحديد الحصري من طرف المشرع للمقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها البت فيها كما يتبين من صياغة الفقرة الأولى من المادة 762 من م.ت.، التي تنص على أنه " تحدد المقررات القابلة للطعن بالاستئناف والجهة المخول لها الطعن فيها وفق ما يلي .." وفي غياب العبارات العامة التي كانت واردة في المواد المنسوخة، وتحقيقا للتطبيق السليم للقانون كما هو ساري حاليا، نرى –وبالرغم من إيماننا العميق بأن ذلك يتنافى مع السرعة المتطلبة للبت في الأحكام الصادرة في مساطر صعوبات المقاولة– بأن الطعن في الحكم الصادر في دعوى بطلان فترة الريبة سيخضع لطرق الطعن طبقا للقواعد العامة التي هي أكثر حرية وأفضلية بالنسبة للطرف الطاعن من النظام الاستثنائي الوارد في مساطر صعوبات المقاولة.

البين مما تقدم، أن نظام البطلان طبقا لقواعد مسطرة التسوية يتميز بخصوصية عن نظام البطلان طبقا للقواعد العامة، حيث إنه وبالنسبة للبطلان الوجوبي الذي تقصدنا تسميته بهذا الاسم فقط، خلافا لبعض الفقه الذي سماه أيضا بالبطلان المطلق والبطلان بقوة القانون[184]،

---

[182]- امحمد لفروجي ، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص. 79.

[183]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.369.، عبد الكريم عباد، م. س.، ص.163.

[184]- راجع في هذا الشأن:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.325.

هو بطلان يتميز بخصوصية في أغلب الجوانب عن البطلان المطلق المقرر بموجب القواعد العامة[185]، التي تجعل من العقد الباطل بقوة القانون باطلا منذ صدوره، أي غير منعقد بين عاقديه، فهو عدم في نظر القانون، والقاضي في هذه الحالة عندما يتبين له بطلان العقد لا يقضي ببطلانه، لأنه باطل بقوة القانون قبل القضاء، بل يقرر اعتباره باطلا من الأصل، فالحكم في هذه الحالة معلن أو كاشف لواقع قانوني سابق، لا منشئ لوضع قانوني جديد[186]. وحتى بعد تنفيذ العقد الباطل بصفة مطلقة، فإنه يمكن لكل من له مصلحة أن يتمسك ببطلانه، بل للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وعندئذ يجب طبعا أن ترفع دعوى البطلان المطلق قبل انقضاء 15 سنة على العقد لكي لا تتقادم الدعوى، أما الدفع بالبطلان المطلق فإنه لا يتقادم، لأن الأجل لا يبدأ في السريان إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرته والدفع المتحدث عنه لا يمكن مباشرته إلا بعد رفع الدعوى في مواجهة مثير الدفع المذكور من أجل إجباره على تنفيذ الالتزام المتمسك ببطلانه[187].

لكن رغم هذه الخصوصية، يتبين بأن البطلان الوجوبي والبطلان المطلق طبقا للقواعد العامة يلتقيان في وحدة الأثر، لأنه بمجرد تقرير البطلان الوجوبي للعقد المجرى خلال فترة الريبة يعد العقد كأن لم يكن، مما يقتضي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، بحيث يجب على المتعاقد مع المدين أن يرد الشي أو المال الذي تلقاه ليضم لأموال المقاولة خدمة للهدف

---

185 - المنظم طبقا للفصول من 306 إلى 310 من ق. ل .ع.

- للمزيد من المعلومات حول البطلان المطلق طبقا للقواعد العامة راجع:

- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الاسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987، ص. 121 إلى 208.، عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، نشر مكتبة دار الأمان، الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 3، 2013، ص. 283 إلى 291.

186 - ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، ط. 1، 1996، ص. 567.

187- كما أكدت ذلك محكمة النقض في قرارها رقم 378 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 2017 في الملف التجاري عدد 2016/1/3/390 الذي جاء فيه: " لئن كانت الالتزامات الباطلة لا تنتج أي أثر ولا تقبل الإجازة أو تنقلب إلى التزامات صحيحة بعد مرور أمد التقادم، فإن الدعوى التي تستهدف التصريح بذلك البطلان تظل مع ذلك خاضعة للتقادم ولا يمكن ممارستها بعد انصرام مدته، ولا يبقى للمتضرر من البطلان سوى الحق في إثارته كدفع عند مطالبته بتنفيذ الالتزام الباطل، إذ لا يخضع الحق في إثارة هذا الدفع للتقادم، لأن أجل التقادم لا يبدأ في السريان إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرته والدفع المتحدث عنه لا يمكن مباشرته إلا بعد رفع الدعوى في مواجهة مثير الدفع المذكور من أجل إجباره على تنفيذ الالتزام المتمسك ببطلانه، وتأسيسا على ما ذكر فالمحكمة كانت على صواب لما صرحت بتقادم الدعوى الرامية للتصريح بالبطلان لمباشرتها بعد انصرام الآجال المقررة قانونا لذلك".، قرار منشور، مجلة قضاء محكمة النقض، ع. 84، ص. 115.

العام لدعوى البطلان الوجوبي للتصرفات المجراة خلال فترة الريبة المتمثل في إعادة جمع أصول المقاولة.

كما أن البطلان الجوازي الذي تقصدنا تسميته هو كذلك بهذا الاسم فقط، بخلاف جانب من الفقه الذي سماه أيضا بالقابلية للإبطال[188]، هو بطلان متميز وذو خصوصية في أغلب جوانبه عن البطلان النسبي أو القابلية للإبطال طبقا للقواعد العامة[189]، رغم التقائهما على مستوى سلطة المحكمة التقديرية في إقرارهما، وعلى مستوى الأثر حيث يخضع التصرف الذي تم بطلانه من خلال دعوى البطلان الجوازي إلى مبدأ سريان مفعول البطلان بأثر رجعي، حيث يعتبر التصرف عديم الفعالية والجدوى الأمر الذي يستلزم إعادة الأطراف إلى فترة ما قبل التعاقد، وفي هذه الحالة على المتعاقد أن يرد كل ما أخذه بمقتضى أو نتيجة التصرف الذي أبرمه معه المدين[190]، ليضاف لأصول المقاولة تقوية لفرص تسويتها[191]، أما حقوقه وباعتبار أن المدين خاضع للتسوية القضائية فيجب عليه التصريح بها ضمن خصوم المقاولة لأنها تعتبر ناشئة قبل حكم فتح المسطرة[192] تحت طائلة سقوطها في حالة عدم التصريح[193] ، أما إذا تعلق

---

188 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.344.

189 - المنظم طبقا للفصول من 311 إلى 318 من ق. ل. ع.

- للمزيد من المعلومات حول البطلان النسبي أو القابلية للإبطال طبقا للقواعد العامة راجع:

- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الاسلامي والقانون المقارن، م. س.، ص. 211 إلى 299.، عبد القادر العرعاري، م. س.، ص. 291 إلى 301.

190 - وهو الأمر الذي تؤكده محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 45 الصادر بتاريخ 2006/06/28 في الملف التجاري عدد 06/17 الذي جاء فيه: " حيث إنه ولما كان العقد الباطل أو القابل للإبطال عدما، فهو لا ينتج أي أثر بين المتعاقدين إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له وفقا لمقتضيات الفصلين 306 و 316 من قانون الالتزامات والعقود، وبالتالي إذا حكم بإبطال العقد فإنه يزول وتزول معه الآثار التي أنتجها بأثر رجعي، وتبقى محاجاة الطاعنة باستحالة استرجاع ما دفعته من ثمن طرح مردود لأن البين بمراجعة أوراق الملف وما دفع به السنديك المستأنف بأن عقد البيع المطلوب إبطاله هو من التصرفات المبنية على الغش التي تهدف إلى الاضرار بحقوق الدائنين ، وقد أبرم بين شركتين تابعتين لعائلة واحدة وأن مسيريهما معا كانا على علم مسبق بالوضعية المالية والاقتصادية للشركة البائعة وهو ما يستنتج منه بكيفية قطعية أن هذا العقد أبرم بنية إفراغ الذمة المالية للشركة موضوع التصفية القضائية التي تشكل الضمان العام للدائنين تأسيسا على أحكام الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود لا سيما وأنها تصرفت بالبيع لفائدة شركة مملوكة لنفس العائلة". منشور في كتاب، علال فالي، م. س.، ص.328.

191 - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.257.

192 - Cass. Com., 28 Février 2004, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

193 - Cass. Com., 30 Octobre 2000, Bull. Civ., IV, N° 171, 2000, P.151.

الأمر ببطلان عملية تأسيس ضمان دين فإن هذا الدين يتحول من دين مضمون إلى دين عادي مجرد من أي ضمان[194].

الفقرة الثانية: خصوصية نظام فسخ العقد الأصلي في مسطرة التسوية القضائية

إذا كان نظام التعاقد طبقا للقواعد العامة يقوم على مجموعة من المبادئ الأساسية التي تهدف إلى تأمين استقرار المعاملات، منها أن العقد متى انعقد صحيحا كان بمثابة القانون بين أطرافه ولا يجوز إلغاؤه إلا برضى عاقديه[195] كأن يتفق عاقداه على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته [196] أو في الحالات المنصوص عليها في القانون[197]، فإنه بمجرد فتح مسطرة التسوية القضائية، واستجابة لمتطلبات تسوية وضعية المقاولة التي تعد استمرارية الاستغلال أحد أهم إجراءاتها، تم وضع مجموعة من القواعد الاستثنائية التي تخرج عن مبادئ القواعد العامة فيما يتصل بعقود المقاولة الجارية التي لا يتصور بقاء المقاولة ولا استمرارية نشاطها بدونها.

وقبل التعرض للقواعد الاستثنائية لفسخ العقود في مسطرة التسوية القضائية التي تجعل السنديك يتحكم في مصير العقد (ثانيا) لابد من تحديد المقصود بالعقود الجارية (أولا) .

أولا: المقصود بالعقود الجارية

إن المقصود بالعقود الجارية التي لم يكلف المشرع المغربي نفسه عناء وضع تعريف لها[198] كنظيريه الفرنسي[199] والتونسي[200]، تلك العقود التي تتوفر على معيارين أساسيين أكدهما الفقه والقضاء:

---

194 - امحمد لفروجي ، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.88.

195 - حيث ينص الفصل 230 من ق. ل. ع.، على أنه: " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

196 - حيث ينص الفصل 260 من ق. ل. ع.، على أنه: " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

197 - حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 259 من ق. ل. ع.، على أنه: " إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين".

198 - راجع المادة 588 من م.ت. المقابلة للمادة 573 من م.ت. المنسوخة.

199 - راجع المادة 14 -631 .L من مدونة التجارة الفرنسية التي تحيل على تطبيق مقتضيات المادة 13 -622 .L من نفس المدونة.

200 - راجع الفصل 451 من المجلة التجارية التونسية.

أولهما، يتعلق بوجوب كون العقد جاري الوجود، بمعنى أن يكون العقد قد تكون وظهر إلى الحياة القانونية قبل تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية، وألا يكون قد انتهى قبل هذا التاريخ، بمعنى ألا يكون قد تم فسخه أو إلغاؤه، لأن الفسخ في هذه الحالة يكون قد أصبح حقا مكتسبا للمتعاقد مع المدين، ولا يمكن المساس به بأي شكل من الأشكال، وبالتالي فتاريخ اكتساب الفسخ هو الفيصل في تحديد ما إذا كان العقد قد انتهى من عدمه، بحيث إذا كان سابقا لحكم فتح مسطرة التسوية القضائية فإن العقد لا يكون جاري الوجود[201].

ثانيهما، يرتبط بوجوب كون العقد جاري التنفيذ، بمعنى أن لا يكون العقد قد استنفذ أثره قبل حكم فتح المسطرة[202]، سواء تعلق الأمر بالعقود الفورية[203]، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1 فبراير 2000 بأن "عقد البيع لعقار المتضمن لشرط تعليق انتقال الملكية إلى غاية الأداء الكامل للثمن هو عقد بيع لأجل ولا يعتبر قرضا، وبذلك فالعقد هو عقد جار عند فتح المسطرة الجماعية ما دام أن جزء من الثمن لم يؤد بعد"[204].

---

[201] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.196.

- عبد الحق بوكبيش، استمرارية نشاط المقاولة الخاضعة للتسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية: 2003 – 2004، ص. 121.، محمد بنزهرة، الاشكالات التي تطرحها العقود الجارية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، مجلة القانون والاقتصاد، ع. 19، ملف العدد، القاضي والعقد، 2000، ص.140 و 141.

[202] - حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 دجنبر 1993 بأن عقد القرض لا يعتبر عقدا جاريا بمفهوم المادة 37 من قانون 1985 (حاليا المادة L. 622- 13) إذا كانت الأموال قد سلمت للشركة المقترضة قبل فتح مسطرة التسوية القضائية.

« Attendu, qu'en statuant ainsi, alors que, les fonds ayant été remis aux sociétés emprunteuses avant l'ouverture de leur redressement judiciaire et le contrat de prêt n'étant donc pas un contrat en cours au sens de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, le Crédit lyonnais était soumis, pour sa créance de remboursement, aux dispositions des articles 50 et 51, alinéa 1, de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a violé les textes susvisés » Cass. Com. 14 Décembre 1993, Bull. Civ., IV, N° 477, 1993, P.348.

[203] - التي يعرفها الفقه بأنها تلك العقود التي لا يعد فيها عنصر الزمن شيئا أساسيا لأنها تنتج آثارها القانونية لحظة إبرامها رغم أن التنفيذ قد يتأخر لآجال لاحقة.

- عبد القادر العرعاري، م. س.، ص. 44.

[204] - Cass. Com., 1 Février 2000, Bull. Civ., IV, N° 23, 2000, P.19.

« Mais attendu que l'arrêt retient que le contrat de vente de l'immeuble dont l'une des clauses subordonne le transfert de propriété au paiement intégral du prix est un contrat de vente à terme n'incluant pas un prêt et que ce contrat était en cours lors de l'ouverture de la procédure collective, une partie du prix restant à payer ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision des chefs critiqués ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

وسواء تعلق الأمر بالعقود المستمرة التي تولد التزامات يستمر تنفيذها في الزمن، مما يجعل تكييفها بالعقد الجاري في تاريخ صدور حكم فتح المسطرة لا يثير أي صعوبة[205].

وتشمل العقود الجارية بتأكيد الفقه[206] والقضاء[207] عقود القانون الخاص والعقود الإدارية، وكذلك العقود ذات الاعتبار الشخصي[208]، حيث سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن أكدت في قرار مبدئي شهير صادر بتاريخ 8 دجنبر 1987 بأن " المتصرف القضائي يملك الصلاحية للمطالبة بتنفيذ العقود الجارية عند تقرير التسوية القضائية دون أي تمييز بين ما إذا كانت تلك العقود مبرمة على أساس الاعتبار الشخصي أم لا "[209].

وقد أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 59 الصادر بتاريخ 2005/10/26 المعايير الذي بسطناها أعلاه حيث جاء في قرارها: " وحيث إن المقصود بالعقود الجارية أو العقود في طور التنفيذ المنصوص عليها في المادة 573 من مدونة التجارة هي العقود التي أبرمها رئيس المقاولة مع الأغيار والتي لم تنقض آثارها الرئيسة بعد حكم فتح المسطرة وأنها تدل على كل عقد يتعلق بتقديم خدمة أو بتوريد أو بتأجير ساري التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ولو كان مبنيا على الاعتبار الشخصي للمدين وأن ما يؤكد هذا الطرح أن الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تقرر أنه: " لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدي، مما

---

[205] - عبد الحق بوكبيش، م. س.، ص.132.

[206] - محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، 2005، ص.76 إلى 80.

-André JACQUEMONT, Op. Cit., P.246.

[207] - Cass. Com. 16 juin 2004, Rev. Proc. Coll., 2004, P.224, Obs., Roussel GALLE.

[208] - للتعمق أكثر حول العقود ذات الطابع الشخصي راجع:

- محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، م. س.، ص. 70 إلى 87.

- Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.322 à 324.

[209] - Cass. Com. 8 Décembre 1987, Bull. Civ., IV, N° 266, P.199.

« Attendu que l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne…».

يفيد أنها تعني كل عقد آخر لم يتم فسخه قبل هذا التاريخ بموجب حكم حائز لقوة الأمر المقضي به وبالتالي فإن عقد التوريد أو التزويد بالمواد الطاقية يندرج في هذا الإطار ..." [210].

إلا أنه تستثنى من تطبيق المقتضيات الخاصة بالعقود الجارية عقود الشغل، حيث نص المشرع صراحة بموجب مستجد الفقرة الرابعة من المادة 588 من م.ت. على أنه: " تستثنى عقود الشغل من تطبيق الفقرات السابقة ". وذلك استجابة لتوجه ومطالب الفقه المغربي[211] الذي ما لبث يؤكد على ضرورة استثناء عقود الشغل صراحة من تطبيق مقتضيات العقود الجارية سيرا على نهج المشرع الفرنسي[212].

كما أن عقد كراء المحلات المعدة لاستغلال نشاط المقاولة، وإن كان لا يستثنى من نطاق تطبيق قاعدة مواصلة العقود الجارية التنفيذ، ذلك أن استمرار هذا العقد خلال فترة إعداد الحل يعتبر من مستلزمات متابعة نشاط المقاولة أثناء هذه الفترة[213]، فإن جانبا من الفقه المغربي[214] يقول بأن الواقع يفرض استثناء عقد الكراء التجاري من مكنة اختيار السنديك لأهميته الأساسية في متابعة نشاط المقاولة، وبأنه كان على المشرع المغربي أن يساير نظيره الفرنسي، الذي أقر نظاما خاصا لهذه العقود[215]، وبالتالي يتلافى قصور الاهتمام بتنظيم عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية.

---

[210]- قرار رقم 59، صادر بتاريخ 2005/10/26، في الملف التجاري عدد 05/39، منشور بالموقع الالكتروني للبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل " عدالة" www.adala.justice.gov.ma، اطلع عليه بتاريخ 2018/10/12.

[211] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.344.، امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.304 و 305.، محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، م. س.، ص.89.، محمد المحساني، مصير العقود جارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ، ص.236
- Baqr Anas BENNANI, Op. Cit., P. 242 et 243.

[212] - حيث تنص الفقرة السادسة من المادة L. 622- 13 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:
« VI. - Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ».
- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه الفصل 451 من المجلة التجارية التونسية الذي جاء فيه: "... وتبقى عقود الشغل خاضعة للقوانين والاتفاقات الخاصة بها".

[213] - امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.306.

[214] - محمد لعروصي، مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقاولة المكترية ، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 5، 2005، ص.63.

[215] - حيث تنص المادة L. 622-14 على مايلي:

وهو التوجه الذي أكده قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2009/06/24 [216] الذي جاء فيه: " حقا، حيث إن عقد الكراء هو عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة أو عقار خلال مدة معينة مقابل أجرة محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له وفقا للفصل 627 من ق.ل.ع.، وبالتالي فللكراء طبيعة خاصة ومحددة يختلف عن عقد تقديم الخدمة، وإذا كان المشرع في حالة وضع المقاولة في حالة التسوية القضائية أعطى للسنديك وحده إمكانية طلب تنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاولة وبأن العقد يفسخ بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة شهر حسب المادة 573 من م.ت.، فإن ذلك لا يطبق بشأن عقد كراء المحل الذي تمارس فيه المقاولة نشاطها، لأن نطاق تطبيق المادة 573 المذكورة محدد صراحة في عقد الخدمة ولأن لعقد كراء المحل التجاري وما يترتب على ذلك من اكتساب أصل تجاري دور أساسي في استمرار نشاط المقاولة وإنقاذها من الصعوبات التي تعترضها، ولأن المشرع أورد مقتضيات خاصة في مدونة التجارة كان حريصا فيها على عدم فسخ عقد الكراء عندما ينص في المادة 621 من المدونة على أن التصفية القضائية لا تؤدي بقوة القانون إلى فسخ عقد كراء العقارات المخصصة لنشاط المقاولة ويمكن للسنديك الاستمرار في الكراء أو تفويته حسب الشروط المنصوص عليها في العقد. وبالتالي فمحكمة الاستئناف عندما اعتبرت بأن عقد الكراء هو كذلك من العقود الجارية بتقديم الخدمة المنصوص عليها في المادة 573 من م.ت.، وقضت بفسخه على أساس أن المكرية وجهت إنذارا إلى

« Sans préjudice de l'application du I et du II de l'article L. 622-13, la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur et utilisés pour l'activité de l'entreprise intervient dans les conditions suivantes :

1° Au jour où le bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le bail. Dans ce cas, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts ;

2° Lorsque le bailleur demande la résiliation ou fait constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur ne pouvant agir qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement.

Si le paiement des sommes dues intervient avant l'expiration de ce délai, il n'y a pas lieu à résiliation.

Nonobstant toute clause contraire, le défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas résiliation du bail ».

[216] - قرار رقم 1049، صادر بتاريخ 2009/06/24، في الملف التجاري عدد 2007/2/3/1616، منشور، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، ع. 72، 2010، ص.138.

السنديك من أجل فسخ عقد الكراء توصل به وظل بدون جواب تكون قد أساءت تطبيق القانون وقصرت في تبرير قرارها"[217].

في نظرنا يبقى ما قضى به القرار من عدم اعتبار عقد الكراء من العقود الجارية مجانب للصواب، لأنه عقد تتوفر فيه كافة مقومات العقد الجاري التنفيذ، وصيغة المادة 588 (المقابلة للمادة 573 المنسوخة) جاءت عامة ومطلقة تشمل كافة العقود الجارية باستثناء عقود الشغل، كل ما في الأمر أن هذا العقد يتميز بخصوصية بالنسبة لأطرافه ويحتل مكانة هامة بالنسبة للمقاولة، لذلك كان يجب على المشرع أن يفرد له مقتضيات أكثر مرونة من المقتضيات السارية على باقي العقود الجارية، حماية لحقوق أطراف عقد الكراء وما يترتب عليه، وحماية للمقاولة التي يشكل العقار المكترى الذي تزاول به نشاطها أحد أهم ركائزها الذي بزواله ستتقلص إن لم نقل – في بعض الحالات– ستنعدم فرص بقاء المقاولة.

ثانيا: تحكم السنديك في مصير العقد

استنادا على المفهوم الجديد للعقد كقيمة اقتصادية للمقاولة وآلية لتسوية وضعيتها[218] أقر المشرع المغربي مبدأ الابقاء على العقود الجارية بموجب الفقرة الخامسة من المادة 588 من م.ت. التي تنص على أنه: " لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد، على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدي". وهو نفس المبدأ الذي يقره المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الأولى من المادة L.622-13 من مدونة التجارة الفرنسية[219]،

[217] - محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لمقتضيات القانون الفرنسي تؤكد على عدم خضوع عقد الكراء لأثر الفسخ المترتب عن عدم جواب المتصرف داخل أجل شهر من تاريخ الإنذار الموجه إليه من المكري، راجع في هذا الإطار:

- Cass. Com., 2 Mars 2010, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 8/11/2018, Bull. Civ., IV, N° 44, 2010.

[218] - Leila ZOUHRY, Légitimité de la continuation des contrats en cours dans les procédures de redressement, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2000, P.35 et 36., Khadija AGOURAM, Le rôle du contrat dans la préservation de l'entreprise en difficulté de paiement, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2000, P.47.

[219]- « I.- Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ... ».

ويقره كذلك المشرع التونسي بموجب الفقرة الأولى من الفصل 451 من المجلة التجارية التونسية [220].

يتبين من المادة أعلاه، أن صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية لا يؤثر في استمرارية العقود الجارية، حيث تبقى قائمة ومستمرة بقوة القانون بالرغم من كل مقتضى قانوني أو شرط تعاقدي يقضي بتوقف العقد عن الاستمرارية، لأن المشرع عطل مفعول كل المقتضيات القانونية التي تنص على فسخ العقد في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية، كما عطل مفعول كل شرط فاسخ يقضي بفسخ العقد لمجرد صدور حكم التسوية القضائية، وبذلك لم يعد مجديا للمتعاقد الذي يريد تجنب مخاطر فتح مسطرة التسوية القضائية، تضمين شرط في العقد يقضي بفسخه لمجرد صدور حكم التسوية القضائية، لأن هذا الشرط تم تعطيله ولم يعد له أي أثر بموجب نص آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وتعزيزا لمبدأ الابقاء على العقود الجارية التي ستؤمن استمرار نشاط المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، عطل المشرع كذلك حق المتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ بسبب عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة، حيث أوجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة، وليس له إلا التصريح بديونه في قائمة الخصوم [221].

في ضوء هذه الأحكام الاستثنائية التي استبعد من خلالها المشرع تطبيق القواعد العامة للتعاقد، منح المشرع المغربي للسنديك وحده دون الحاجة للرجوع للمحكمة أو إلى أي جهاز قضائي آخر من أجهزة المسطرة[222]، حق تقرير مواصلة تنفيذ العقود الجارية أو العدول عن

---

220 - " بقطع النظر عن كل شرط مخالف يستمر العمل بالعقود التي تربط المؤسسة بالغير من حرفاء ومزودين وغيرهم".

221 - تنص الفقرة الثانية من المادة 588 من م.ت. على أنه: " يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة. ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها في قائمة الخصوم".
- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه الجزء الثاني من الفقرة الأولى من المادة L.622-13 من مدونة التجارة الفرنسية الذي جاء فيه ما يلي:
« Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ».

222 - حيث ينص الجزء الأول من الفقرة الأولى من المادة 588 من م.ت. على أنه: " بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاولة".

تنفيذها، معتمدا فقط على مدى نفعية وضرورة العقد لاستمرارية المقاولة أو العكس[223]، وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي[224] حيث خول للمتصرف القضائي لوحده الحرية المطلقة للبت في مواصلة تنفيذ العقد من عدمه[225]، بخلاف المشرع التونسي الذي أسند اختصاص النظر في فسخ العقود الجارية للمحكمة، حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 451 من المجلة التجارية التونسية على أنه: ".. ويمكن للمحكمة إنهاء العمل بها بطلب من المتصرف القضائي أو المدين إذا كانت غير ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة ولم يكن في قطعها ضرر فادح للمتعاقد".

وحق السنديك في الاختيار من النظام العام يترتب على تجاوزه البطلان[226]، إذ له وحده الصلاحية لتقرير مصير العقد كما تؤكد ذلك محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها رقم 477 الصادر بتاريخ 2008/04/22 الذي جاء فيه: " لا يمكن للمتعاقد مع المقاولة المفتوحة في مواجهتها المسطرة أن يتمسك بكون النشاط موضوع العقد المراد فسخه ليس هو النشاط

- كما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: " عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى للتعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم. غير أنه يمكن للطرف الآخر تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذا للعقد إلى حين البت في دعوى التعويض عن الأضرار.

[223] - عبد الكريم عباد، م. س.، ص.405.

- السكتاني عمر، نظام التعاقد بين ثوابت النظرية العامة للالتزامات ومتغيرات قانون صعوبات المقاولة، دراسة تحليلية في ضوء تطور التشريع ومواقف الفقه وأحكام القضاء، مقال منشور في كتاب قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، ع. 42، 2013، ص.308.

[224] - حيث تنص الفقرة الثانية من المادة L. 622-13 من مدونة التجارة الفرنسي على أنه:

« II. - L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant ».

- كما تنص الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه:

« V. - Si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts ».

[225] - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.332.

[226] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.325.

الحيوي للمقاولة، على اعتبار أن السنديك هو الذي له الصلاحية لتقرير أهمية العقود بالنسبة للمقاولة.." [227].

وحرصا على إقامة نوع من التوازن بين مصالح الأطراف وحماية لحقوق المتعاقد مع المقاولة، خول المشرع لهذا الأخير الحق في توجيه إنذار إلى السنديك من أجل إرغامه على ممارسة حق الاختيار بمواصلة تنفيذ العقد من عدمه داخل أجل شهر، فإن لم يجب السنديك داخل هذا الأجل يفسخ العقد بقوة القانون[228]، وذلك لكون عدم جواب السنديك داخل هذا الأجل يعد قرينة قانونية قاطعة على رفض مواصلة تنفيذ العقد الجاري، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس[229].

ولكي يرتب الإنذار آثاره يجب على المتعاقد أن يوجهه إلى السنديك فقط، لأن الإنذار الموجه للقاضي المنتدب لا يرتب سريان الأجل الذي يؤدي انقضاؤه إلى فسخ العقد بقوة القانون لأنه وجه لجهة غير مختصة[230]، كما يجب أن تكون رسالة المتعاقد واضحة وتعبر صراحة عن الرغبة في فسخ العقد، كما تؤكد ذلك محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها رقم 4798 الصادر بتاريخ 2017/10/03 الذي جاء فيه: " وحيث إنه يستشف من المقتضيات السابقة الذكر أن الطرف المتعاقد مع المقاولة المدينة التي فتحت في حقها المسطرة إن كان لا يرغب في متابعة تنفيذ العقد أن يوجه إنذارا صريحا إلى السنديك من أجل الفسخ، الأمر الذي

---

[227] - قرار رقم 477، صادر بتاريخ 2008/04/22، في الملف التجاري عدد 2007/140، منشور بكتاب علال فالي، م. س.، ص.91.

[228]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 588 م.ت. على أنه: " ... ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهرا".

- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي، لكنه يزيد عليه إمكانية تمديد هذا الأجل في حدود شهرين بإذن من القاضي المنتدب، وينص كذلك على أن العقد يفسخ في حالة عدم احترام المتصرف لالتزاماته اتجاه المتعاقد، وعلى إمكانية طلب إنهاء فترة المراقبة في هذه الحالة، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة L. 622-13 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:

« III. - Le contrat en cours est résilié de plein droit :

1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ;

2° A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation ».

[229] - Cass. Com., 11 Décembre 1990, Bull. Civ., IV, N° 319, P.220.

[230] - Versailles, 28 Septembre 2000, Code de commerce, DALLOZ, Ed., 2011, P.925.

تبقى معه الرسالة الموجهة من طرف الطاعنة إلى السنديك من أجل بيان موقفه بخصوص مآل عقدي الائتمان الإيجاري الرابطين بين الطرفين تحت طائلة مطالبتها بفسخ العقدين في حالة عدم أداء أقساط الكراء اللاحقة على فتح المسطرة ليست إشعارا صريحا بالفسخ حتى يترتب على عدم الرد عليها خلال الأجل المحدد الفسخ بقوة القانون"[231]. وفي غياب أي تحديد لشكل الإنذار يؤكد الفقه[232] والقضاء[233] على أنه يمكن أن يتم بأي شكل يثبت حدوثه.

ويبقى حق السنديك في تنفيذ العقود الجارية قائما ومستمرا ما دام الإنذار لم يوجه إليه، إلا أنه يجب عليه إن اختار تنفيذ العقود الجارية أن يحترم سائر الشروط المتعاقد عليها، وألا يدخل عليها أية تعديلات وأن يقدم الخدمة المتفق عليها مثله مثل المتعاقد، ويترتب على عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها اللاحقة لحكم فتح المسطرة ثبوت الحق للمتعاقد في الامتناع عن تنفيذ التزاماته المقابلة والمطالبة بفسخ العقد والتعويض إن كان له محل، كما يمكنه المطالبة بكل وسائل التنفيذ بأداء ديونه اللاحقة لأنها تتمتع بامتياز حق الأفضلية[234] ولا تقع تحت مبدأ وقف المتابعات الفردية[235].

أما إذا ارتأى السنديك عدم جدوى مواصلة تنفيذ العقد، كما لو كان سيزيد من خصوم المقاولة دون فائدة منتظرة، أو أنه سيعيق عملية التسوية، فإن له سلطة عدم متابعة تنفيذ العقد، ويكون ذلك إما صراحة بتعبيره عن عدم رغبته في مواصلة تنفيذ العقد أو الجواب على المتعاقد بعد توجيه هذا الأخير للإنذار، وإما ضمنيا عندما يظل الإنذار الموجه إليه من طرف المتعاقد دون جواب لمدة تفوق شهرا. وهذه الحالات التي يختار فيها السنديك عدم متابعة تنفيذ العقد يمكن أن تؤدي إلى دعوى للتعويض عن الأضرار لفائدة المتعاقد[236] يدرج مبلغه في قائمة

---

231 - منشور بكتاب، علال فالي، م. س.، ص.92 و 93.

232 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.326.

233 - Paris, 26 Février 1993, Code de commerce, DALLOZ, Ed., 2011, P.925.

234 - المنصوص عليه في المادة 590 من م.ت. المقابلة للمادة 575 من م. ت. المنسوخة.

235 - المنصوص عليه في المادة 686 من م.ت. المقابلة للمادة 653 من م. ت. المنسوخة.

236 - تجب الإشارة هنا أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قد أكدت في قرارها الصادر بتاريخ 2018/04/11 أن التعويض المترتب على فسخ عقد الائتمان الايجاري من قبل المصفي القضائي طبقا لمقتضيات المادة L.641-11-1 من مدونة التجارة الفرنسية لا يشكل غرامة وفق مفهوم المادتين L.341-1 و L.341-6 من مدونة الاستهلاك، وبالتالي لا يخضع لواجب الاعلام المفروض على الدائن المهني، ونقضت بذلك قرار محكمة باريس الصادر بتاريخ 2016/06/30 الذي حرر الكفيل من التزامه بضمان أداء مبلغ التعويض للدائن المؤجر بناء على عدم قيامه بواجب الاعلام للمستأجر.

الخصوم، كما يمكن لهذا الأخير تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها له المقاولة تنفيذا للعقد إلى حين البت في دعوى التعويض عن الأضرار[237].

حاصل القول، إن خيار السنديك بين مواصلة تنفيذ العقد الجاري من عدمه، يقوم على أساس تقييمه لمدى نفعية وضرورة العقد الاقتصادية للمقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، أما المتعاقد فيتعين عليه التفاعل بإيجابية مع قواعد المسطرة إن أراد الحفاظ على حقوقه سواء في حالة رغبته في استمرارية العقد أو في فسخه.

بهذا نكون قد وقفنا على مضمون وخصوصية قواعد بطلان وفسخ العقد في مسطرة التسوية القضائية، مقارنة مع القواعد العامة، التي سيتبين بالملموس بأنها وإن كانت تحد من حق الضامنيين الشخصيين في التمسك ببطلان وفسخ العقد الأصلي قبل تقريره، فإنها لا تمنع استمرارية تطبيق قواعد الضمانات الشخصية، التي تتحكم في النهاية في وجود التزام الضامن الشخصي، وعلى هذا الأساس سننتقل لقياس أثر بطلان أو فسخ العقد الأصلي على التزام الضامن الشخصي سواء تم هذا البطلان أو الفسخ طبقا لقواعد بطلان وفسخ العقود في مسطرة التسوية القضائية، أو تم البطلان طبقا للقواعد العامة، لأن دعوى البطلان طبقا لهذه القواعد الأخيرة لا تخضع لمبدأ وقف المتابعات الفردية.

المطلب الثاني: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي

مما لاشك فيه أن اختلاف طبيعة الالتزام من ضامن شخصي لآخر بحسب نوع الضمان الشخصي، يؤثر في مدى إمكانية التمسك ببطلان الالتزام الأصلي أو فسخه، كما تؤثر فيه خصوصية نظام بطلان تصرفات فترة الريبة مقارنة مع نظام البطلان طبقا للقواعد العامة، لذلك نرتئي الوقوف أولا عند أثر بطلان الالتزام الأصلي أو فسخه على الضامن الشخصي الملتزم

- Cass. Com., 11 Avril 2018, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 16/12/2019.

[237] - حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 588 من م.ت. على أنه: " عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى للتعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم. غير أنه يمكن للطرف الآخر تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذا للعقد إلى حين البت في دعوى التعويض عن الأضرار".

بصفة تبعية (الفقرة الأولى) ثم على الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية (الفقرة الثانية) لنختم بقياس هذا الأثر في مواجهة الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة تبعية

يترتب على خاصية تبعية التزام الضامن للالتزام المضمون، أن التزام الضامن لا يقوم بذاته، بل لا بد من وجود التزام آخر صحيح يستند إليه، ويرتبط به في قيامه وبقائه، وفي ذلك ينص المشرع المغربي في الفصل 1120 من ق.ل.ع. على أنه: " لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على التزام صحيح "[238]، وينص في الفصل 1150 من ق.ل.ع. على أنه: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة "[239].كما ينص في الفصل 1140 من ق.ل.ع. على أنه :" للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. وله أن يتمسك بهذه الدفوع ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا "[240].

---

[238] - وهو المقتضى نفسه الذي تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي، مع وجود استثناء تنص عليه الفقرة الثانية من هذه المادة يقرر بموجبه المشرع الفرنسي إمكانية كفالة الالتزام الذي يمكن إبطاله بدفع محض شخصي، على سبيل المثال حالة ناقص الأهلية:

« Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité ».

- وهو نفس المقتضى والاستثناء الخاص بكفالة ناقص الأهلية الذي ينص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 1482 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: " لا تصح الكفالة إلا إذا صح الدين الأصلي وإنما تصح إذا تعلق الالتزام بأحد الأشخاص المتقدم ذكرهم في الفصل 6 في الصور التي تعمر بها ذمتهم بمقتضى هذا القانون".

- راجع في نفس السياق ما ينص عليه المشرع المصري بموجب المادتين 776 و777 من القانون المدني المصري، والمشرع الجزائري بموجب المادتين 648 و 649 من القانون المدني الجزائري.

[239] - وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 1512 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه " كل سبب اقتضى بطلان الالتزام الأصلي أو البراءة منه يبرئ الكفيل".

[240] - نفس المقتضيات تقريبا(أي باستثناء الدفع بنقص الأهلية) ينص عليها المشرع التونسي في الفصل 1502 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي جاء فيها: " للكفيل أن يعارض الدائن بما للمدين من أوجه المعارضة سواء تعلقت بأصل الدين أو بذات المدين مع ما تعلق منها بعدم أهلية المدين وله أن يحتج بذلك ولو لم يوافقه عليه المدين مع ما تعلق منها بعدم أهلية المدين وله أن يحتج بذلك ولو لم يوافقه عليه المدين أو تركه وله أن يعارض بما هو خاص بذات المدين كإسقاط الدين لذات المدين".

- في حين نجد أن المشرع الفرنسي نهج موقفا مغايرا لم ينص عليه المشرع المغربي والتونسي، ميز فيه بين الدفوع المحض شخصية -التي لا يحق للكفيل التمسك بها- وبين الدفوع المتعلقة بالدين التي يحق للكفيل التمسك بها، حيث نص في المادة 2313 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

وعليه، طبقا للقواعد العامة، إذا كان الالتزام الأصلي باطلا بطلانا مطلقا، أيا كان سبب البطلان[241]، ترتب على ذلك بطلان التزام الكفيل التبعي[242]، لأن محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المدين المكفول إذا لم يف به هذا الأخير[243]، وفي غياب هذا الالتزام بصفة رجعية نتيجة البطلان، تعتبر الكفالة باطلة بطلانا مطلقا لاستحالة المحل[244]، ويصبح التزام الكفيل بدون موضوع لغياب الدين الأصلي[245]، مما يفرض تقرير نفس المصير الرجعي لالتزامه، لأنه التزام تبعي مرتبط في قيامه وفي بقائه بوجود الالتزام الأصلي المكفول[246]، وللكفيل حق التمسك ببطلان الالتزام الأصلي طبقا للقواعد العامة سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع حتى في حالة امتناع المدين الأصلي عن إثارته، لأنه يكون لكل من له مصلحة حق التمسك به[247]، وتطبيقا لمبدأ المواجهة بالدفوع الذي ينتج مباشرة عن خاصية تبعية الكفالة يحق للكفيل التمسك به[248].

وفي هذا السياق كذلك، إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال لمصلحة المدين، كما لو كان المدين قد أبرم العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو كان ناقص الأهلية، كان من حق الكفيل أن يطالب بإبطال عقد الكفالة، حتى ولو لم يكن عقد الكفالة في ذاته قابلا للإبطال[249]، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. التي تمنح للكفيل الحق

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;
Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

- لكن يبدو أن المشرع الفرنسي يتجه نحو التخلي عن التمييز بين الدفوع الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين، حيث يتبين من المادة 2299 من مسودة مشروع تعديل قانون التأمينات الفرنسي أنها تخول للكفيل الحق في التمسك بالدفوع الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين، وتجسيدا لذلك تنص الفقرة الأولى من المادة السابق ذكرها على ما يلي:

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennentau débiteur ».

[241] - يستوي في ذلك أن يكون بطلان الالتزام الأصلي راجعا إلى عدم وجود الرضا أو لتخلف شرط من شروط المحل أو السبب، أو لتخلف الشكل إذا كان التصرف شكليا.

[242] - حيث ينص الفصل 307 من ق.ل.ع.، على أنه: " بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس من القانون أو من طبيعة الالتزام التابع.
بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي".

[243] - كما أن التزام كفيل الكفيل ينقضي بطريقة غير مباشرة نتيجة بطلان الالتزام الأصلي، لأن الكفالة الأولى تنقضي وهي التي تشكل أساس التزام كفيل الكفيل.

[244] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.40.

[245] - François T'KINT, Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers, 4éme Ed., LARCIER, 2004, P.369.

[246] - عبد الخالق حسن أحمد، الكفالة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار الهدى للطباعة، 1986، ص.46.

[247] - Yves PICOD, Droit des sûretés, 2éme Ed., Presses Universitaires de France, 2011, P.45.

[248] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit, P.350.

[249] - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.48.

بأن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. بل أكثر من ذلك لا يسقط حق الكفيل في طلب الابطال حتى في حالة إعتراض المدين أو تنازله عن حقه في طلب الابطال، أي في حالة إجازته للعقد القابل للإبطال[250]، وذلك تطبيقا لصريح عبارات نص الفصل 1140 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه، ولذلك نرى أن ما أورده بعض الباحثين[251] من أنه " لا يمكن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إلا إذا تمسك به المدين، لأن العقد القابل للإبطال عقد صحيح إذا أجازه المدين الأصلي، وأنه من الناحية العملية المدين وحده الذي يستطيع القول بأن إرادته معيبة أو غير معيبة، وليس للكفيل إلا الطعن في التنازل نفسه وإثبات أنه تم إضرارا به عن طريق تواطؤ المدين مع الدائن"، هو قول لم يول المقتضيات القانونية السابقة الذكر المكانة التي تستحقها، ففي نظرنا لا اجتهاد مع صراحة مقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. التي تمنح الحق للكفيل للتمسك بدفوع المدين الأصلي بالرغم من اعتراض هذا الأخير أو تنازله عنها[252]، فالمشرع المغربي ترك للكفيل حرية التحكم بإرادته في مصير التزامه بما يتماشى ووضعية المدين الأصلي، فحقه بإمكانية التمسك بإبطال العقد الأصلي ثابت حتى في حالة إجازة المدين للعقد القابل للإبطال، إلا أنه لا مانع من أن يتخلى عن التمسك بالإبطال كلما تأكد له عدول المدين الأصلي عن ذلك باعتبار أنه لن يخشى مواجهته من قبل المدين ببطلان الالتزام الأصلي أو انقضائه عند رجوعه عليه بعد الأداء[253].

---

[250] - يعرف الأستاذ أحمد شكري السباعي الإجازة بأنها " تنازل من تقرر الابطال لمصلحته عن الحق في طلب هذا الابطال"، أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الاسلامي والقانون المقارن، م. س.، ص.407.

[251] - أحمد المنصوري، التضامن في الكفالة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2014- 2015، ص.200.

[252] - وهو الحكم الذي تؤكده بصفة صريحة وأكثر دقة المادة 17 من القواعد الموحدة للمنظمة الافريقية لملاءمة قانون الأعمال المتعلقة بتنظيم التأمينات ،الصادرة بتاريخ 15 دجنبر 2010، التي تنص على أن إجازة المدين للالتزام القابل للبطلان النسبي لا يلزم الكفيل إلا في حالة التنازل الصريح من الكفيل عن التمسك بهذا البطلان.

« Le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée. Toutefois, il est possible de cautionner, en parfaite connaissance de cause, les engagements d'un incapable. La confirmation, par le débiteur, d'une obligation entachée de nullité relative, ne lie pas la caution, sauf renonciation expresse, par la caution, à cette nullité ».

[253] - حيث ينص الفصل 1149 من ق.ل.ع.، على أنه: " ليس للكفيل أي رجوع على المدين الأصلي إذا دفع الدين، أو ترك القضاء يحكم به عليه نهائيا، ثم أثبت المدين أنه دفع الدين بالفعل، أو أن لديه من الوسائل ما يستطيع به إثبات بطلانه أو انقضائه، غير أن هذا الحكم لا يسري إذا كان قد تعذر على الكفيل إخطار المدين، كما لو كان هذا المدين غائبا مثلا".

وفي هذا الإطار، يمكننا التصريح بأن خاصية التبعية نفسها يمكن أن تمثل حافزا للمشرع المغربي لإدخال تعديل تشريعي يصبح بمقتضاه من غير الممكن للكفيل أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي[254] إذا أجاز المدين **حسن النية** العقد القابل للإبطال[255]، وذلك لتجنب وضع الكفيل في موقع الضحية عند حصول ما ينم عن سوء نية أحد طرفي الالتزام الأصلي أو كليهما، وهذا سيخفف في نظرنا من الانطباع السائد الذي يفيد بأن التبعية في الكفالة جعلت بمثابة السلاح الذي يملك الكفيل صلاحية استعماله لاجهاض كل محاولة من قبل الدائن تهدف إلى مطالبته بتنفيذ الالتزام الذي تعذر أداؤه من المدين الأصلي[256].

في ضوء ما سبق، يمكن القول بأن المشرع المغربي قد وفق في تجاوز النقاش الفقهي والتضارب القضائي الذي نتج عن الصياغة الغامضة للمادتين 2289 و2313 من القانون المدني الفرنسي، وتمييز المشرع الفرنسي بين الدفوع المتعلقة بالدين والدفوع الشخصية المحضة، حيث تنص المادة الأولى على أنه:" لا تقوم الكفالة إلا على التزام صحيح.

غير أنه يمكن كفالة التزام حتى ولو كان ممكنا إبطاله بدفع محض شخصي يعود للملتزم، على سبيل المثال، في حالة القاصر "[257].

فيما تنص المادة الثانية على أنه: " يمكن للكفيل أن يحتج في مواجهة الدائن بكل الدفوع العائدة للمدين الأصلي المتعلقة بالدين، ولكن لا يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي محض شخصية بالنسبة للمدين"[258].

---

[254] - حيث إن إجازة المدين للعقد القابل للإبطال يترتب عليها أن العقد الأصلي يصبح صحيحا منذ البداية إعمالا للأثر الرجعي للإجازة وتصبح تبعا لذلك الكفالة هي أيضا صحيحة.

[255] - ونقصد هنا الفعل الإيجابي للمدين بالإجازة الصريحة للعقد، لكي يتمكن الكفيل من التأكد من أن العقد قد تم تصحيحه واستقر نهائيا بأثر رجعي بين عاقديه.

[256] - عماد مميش، نجاعة الكفالة: قراءة في تبعية التزام الكفيل، مركز النشر الجامعي، 2010، ص.163.

[257] - « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité».

[258] - « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;
Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

بالرجوع للمادتين أعلاه المتعلقتين بتحديد الدفوع التي يحق للكفيل أن يثيرها في مواجهة الدائن في ظل القانون الفرنسي، يقر الفقه الفرنسي[259] بأن التمييز بين الدفوع المتعلقة بالدين والدفوع الشخصية المحضة يكتنفه الغموض، حيث للكفيل الحق في أن يتمسك فقط بالأولى، في حين أن مشرعي مدونة نابليون لم يحددوا ماذا يقصدون بالدفوع المتعلقة بالدين والدفوع الشخصية المحضة[260]. في هذا السياق يؤكد الفقه بأن الدفع بالبطلان المطلق والفسخ هي دفوع متعلقة بالدين[261]، ليبقى التساؤل المطروح هو في أي صنف يمكن أن تدرج الدفوع المتعلقة بالبطلان النسبي بناء على عيب في الارادة ؟ خاصة وأن المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي[262] المنظمة للدفوع التي يمكن أن يتمسك بها المدين المتضامن، تصنف في إطارها تقليديا الدفوع المتعلقة بعيوب الرضى كدفوع شخصية، فهل يجب تكييف المادة 2313 كالمادة 1315 وبالتالي رفض تمسك الكفيل ببطلان الالتزام الأصلي بناء على الإكراه، الغبن، التدليس والغلط ...؟

الاجابة بلا شك يجب أن تكون سلبية على اعتبار أن التزام الكفيل على عكس التزام المدين المتضامن هو التزام تبعي، والكفيل لا يمكن أن يلتزم بشكل أشد من المدين الأصلي[263]، بحيث يجد نفسه إذا أدى لا يمكنه الرجوع على المدين الأصلي، كما أن العيب في الارادة لا يمكن أن يفصل عن الرضى في حد ذاته، وبالتالي فهو مرتبط بالدين يحق للكفيل التمسك به[264] ولا يشكل دفعا شخصيا محضا بمفهوم الفقرة الثانية من المادة 2289 من القانون المدني

---

259 - Yves PICOD, Op. Cit., P.45.

260 - تجب الاشارة هنا أن المشرع الفرنسي كان يسير في إطار أشغال إصلاح قانون التأمينات الفرنسي إلى إلغاء هذا التمييز بين الدفوع، حيث اقترحت لجنة Grimaldi توضيح مجال الدفوع التي يحق للكفيل التمسك بها بالغاء التمييز بين الدفوع وحصر الاستثناء في عدم الأهلية، لكنه لم يأخذ بهذا الاقتراح عند إصداره للقانون.

- Yves PICOD, Op. Cit., P.45.

261 - Dominique LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, 8éme Ed., L.G.D.J., 2011, P.188.
- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.722.

262 - حيث تنص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette ».

263 - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.92 et 93.

264 - Yves PICOD, Op. Cit., P.46.

الفرنسي ولا بمفهوم الفقرة الثانية من المادة 2313 من نفس القانون، حيث يجمع الفقه على حصر حالة الدفع الشخصي المحض في حالة ناقص الأهلية[265].

لكن رغم وضوح نتيجة التحليل السابق، نجد بأن القضاء الفرنسي قد تضاربت اجتهاداته، إذ ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 يناير 1998[266] إلى أن التدليس الواقع من الدائن على المدين يعد دفعا شخصيا[267]، في حين الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 2005 اعتبرت بأن الكفيل يمكنه الاحتجاج في مواجهة الدائن بالدفوع المتعلقة بالدين وأخذ المبادرة للقضاء على العقد الأصلي بإثبات البطلان (البطلان النسبي المتمثل في عيب التدليس)، وأن الكفيل نتيجة لذلك يتحرر من التزامه الخاص بالأداء"[268].

بعد هذا طبعا جاء القرار القضائي الشهير للغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 يونيو 2007 الذي قضت فيه المحكمة بأن الكفيل لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع الشخصية المحضة للمدين الأصلي، وأيدت قرار محكمة الاستئناف Aix-en-Provance الصادر بتاريخ 11 مارس 2003 الذي قضى بأن الكفيل ليس طرفا في عقد بيع الأصل التجاري، ولا يحق له إثارة البطلان النسبي المتمثل في التدليس الواقع على رضى المدين، الذي هو مخصص لحماية هذا الأخير، ويشكل دفعا شخصيا محضا[269].

---

[265] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.32.

[266] - Cass.1re Civ., 20 Janvier 1998, Cité par, Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.722.

[267] - راجع في نفس السياق على مستوى محاكم الموضوع الفرنسية:

- C. A., Montpellier, 21 Septembre 1993, C. A. Paris, 19 Février 1999, Cité par, Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.93.

[268] - « … d'autre part, que la caution pouvait opposer au créancier les exceptions qui sont inhérentes à la dette et prendre l'initiative de faire anéantir à son égard le contrat principal en faisant constater sa nullité, ce qui avait pour effet de décharger la caution de sa propre obligation de paiement .. ». Cass. 3ème Civ., 11 Mai 2005, Bull. Civ. III, N° 101, 2005, P.94., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

[269] - « Mais attendu que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche dont il n'est pas justifié qu'elle ait été demandée, a, par motifs propres et adoptés, retenu exactement, que M.X...(la caution) qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée

لقد تعرض هذا القرار الأخير عن حق لنقد شديد من أغلب الفقه الفرنسي[270] الذي اعتبر بأن التوجه المعتمد من طرف المحكمة منتقد، لأنه يمس دون سبب وجيه قلب الكفالة المتمثل في خاصية التبعية، ويثقل كاهل الكفيل ولا سيما المتضامن ويحمله مخاطر ليس من العدل أن يتحملها، لأنه يحرمه من إثارة بطلان لن يفوت المدين فرصة مواجهته به في حالة رجوع الكفيل عليه بالأداء[271]، كما أنه أعطى مفهوما صارما للدفوع المتعلقة بالدين[272]، ومفهوما واسعا للدفوع الشخصية المحضة، مع أنه لا يوجد أي سبب لتمديد مفهوم الدفوع الشخصية المحضة لباقي الدفوع كعيوب الرضى، وبالتالي خارج حالة ناقص الأهلية كل بطلان كيفما كان سببه يمكن إثارته من قبل الكفيل[273]. كما أن هذا التوجه طبق بدقة مقتضيات نظام البطلان، ويفصل بالضرورة بين مختلف الفاعلين في عملية الكفالة ويفقدها شيئا ما طبيعتها الثلاثية، هذه الطبيعة الخاصة التي توجب عدم اعتبار الكفيل كغير عادي Tiers habituel عن العلاقة بين المدين الأصلي والدائن[274]، وطبق حرفيا مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 2313 من القانون المدني الفرنسي، وإذا استمر سيمس بشكل خطير بخاصية تبعية الكفالة، لأن الكفيل سيصبح ملتزما بالتزام باطل أو سبق انقضاؤه على اعتبار أن الدفع بعيوب الرضى هي دفوع شخصية محضة للمدين، وبالتالي وضعية الكفيل ستصبح كوضعية المدين المتضامن الذي لا يمكنه تحديدا الاحتجاج بنفس الدفوع، والحال أن نطاق الاحتجاج بالدفوع يشكل الاختلاف الأساسي بين التزام الكفيل والتزام المدين المتضامن[275].

ونشير إلى أنه على عكس الكفالة الخاضعة للقواعد العامة، في الكفالة الصرفية، المشرع المغربي خرج على حكم القواعد العامة في الكفالة، فنص بموجب الفقرة الثامنة من المادة 180 من م.ت. على أنه: " يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحا ولو كان الالتزام المضمون باطلا

à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle ». Cass. Ch. Mixte, 8 Juin 2007, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

270 - قلنا أغلب لأن هناك رأي فقهي يصرح في معرض جوابه عن مدى إمكانية الكفيل التمسك بالبطلان النسبي للالتزام الأصلي، بأن قرار الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الصادر بتاريخ 8 يونيو 2007 أجاب بأفضل طريقة ممكنة عن هذا التساؤل.
- Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Ellipses, Ed., 2008, P.39.

271 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.351 et 724.

272 - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.188.

273 - Pascal ANCEL, Droit des sûretés, 6ème Fd., LexisNexis, 2011, P.72.

274 - Nicolas BORGA, Op. Cit, P.73.

275 - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.41 et 42.

لأي سبب كان غير العيب في الشكل"[276]. وعليه تطبيقا لقاعدة استقلال التواقيع، إذا استثنينا حالة البطلان لعيب في الشكل، التزام الضامن الاحتياطي الصرفي نحو الحامل حسن النية يبقى صحيحا ولو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب آخر، سواء تعلق بالبطلان المطلق أو بالبطلان النسبي[277].

نفس الحكم الذي انتهينا إليه بخصوص البطلان، ينطبق كذلك على التزام الكفيل نتيجة الغياب الرجعي للالتزام الأصلي بحكم الفسخ، حيث يحق للكفيل في ظل القواعد العامة التمسك بفسخ العقد الأصلي[278]، كما أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1988 الذي اعتبرت فيه دفع الكفيل بفسخ العقد الأصلي لعدم تنفيذ الدائن لالتزاماته دفعا متعلقا بالدين يحق للكفيل التمسك به[279].

---

[276] - وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي بموجب الفقرة الثامنة من المادة L.511- 21 من مدونة التجارة الفرنسية:
« Son engagement est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme ».
- وهو نفس المقتضى كذلك الذي ينص عليه المشرع التونسي بموجب الفقرة الثامنة من الفصل 289 من المجلة التجارية التونسية التي جاء فيها: " ويكون التزام الكفيل صحيحا وإن يكن الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

[277] - أحمد كويسي، الأوراق التجارية، الكمبيالة- السند لأمر- الشيك، دراسة في ضوء القانون والاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، ط.1، مطبعة أميمة، 2007، ص.169، أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، ج. 1، في آليات أو أدوات الائتمان، الكمبيالة والسند لأمر، ط.1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1998، ص.220 و 221.، المختار بكور، الضمان الاحتياطي في الكمبيالة وفق التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ج. 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 1983-1984، ص.249.، محمد الحارتي، الأوراق التجارية في القانون المغربي، فقها وقضاء، ط.1، 1996، ص.183. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الكمبيالة- السند الإذني- الشيك، مكتبة التومي، الرباط، 1970، ص.289.، سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الكمبيالة- السند لأمر- الشيك- الشيك السياحي- الشيك المسطر والشيك المعتمد، وسائل الدفع الحديثة، ط.3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.197.، عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج. 2، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص.150.، فوزي محمد سامي، فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، بغداد، 1992، ص.230.، يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص.46 و 47.، راشد راشد، الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص.77.، ابراهيم اسماعيل ابراهيم، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص.123.، قرار المجلس الأعلى رقم 686، الصادر بتاريخ 2004/06/09، في الملف التجاري عدد 2003/1308، قرار منشور في كتاب، أحمد كويسي، محمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة معززة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط.1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص.267.
- Yves CHAPUT, Effets de commerce, Chèque et instruments de paiment, 1er Ed., PUF, Paris, 1992, P.84., G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Tome 2, Effet de commerce-Banque et bourse-Contrat commerciaux-Procédures collectives, 16ème Ed., L.G.D.J., 1998, P.186., Réné ROBLOT, Les effets de commerce, Ed., SIREY, 1975, P.214.

[278] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.32.
- محمد بن ابراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي، الكفالة، ج. 1، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية،1991، ص.540.

[279]- Cass. Civ., 20 Décembre 1988, Bull. Civ., I, N° 368, 1988, P.249.
« Mais attendu que la caution, qui, en vertu de l'article 2036 du Code civil, peut opposer au créancier toutes les exceptions que sont inhérentes à la dette, peut demander la résolution du contrat principal ».

ولا مناص من الاشارة أن البطلان أو الفسخ في حد ذاته لا يحرر الكفيل بل زوال الالتزام الناتج عن العقد هو الذي يؤدي إلى هذا الأثر، لأن الكفالة ليست تابعة للعقد بل للالتزام الناشئ عن العقد، بصريح عبارة الفصل 1120 من ق.ل.ع. – المطابقة لعبارة الفقرة الأولى من المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي– التي تؤكد على وجوب أن تقوم الكفالة على التزام صحيح وليس على عقد صحيح، لذلك فإننا لم نفاجئ بما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نونبر 1982 [280] في معرض بتها في حدود التزام الكفيل عند بطلان عقد القرض: " لكن حيث إنه مادام أن الأطراف لم يرجعوا للحالة السابقة على إبرام الاتفاق الباطل، الالتزام بالارجاع المتعلق بعقد القرض يظل صحيحا، وبالتالي فالكفالة التي تم باعتبارها الاتفاق على القرض تبقى مادام هذا الالتزام صحيح لم ينقض"[281]. ولا بما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 12 فبراير 1991 [282]في إطار بتها في حدود التزام الكفيل في عقد متتالي التنفيذ متمثل في عقد استغلال أصل تجاري لتوزيع المحروقات وزيوت التشحيم، حيث قضت بأنه: " ... ما دام أن بطلان العقد لا يؤدي إلى بطلان التسليمات التي تمت، الكفلاء يظلون ملتزمين في هذا الإطار كالشركة المدينة"[283].

وفي إطار مناقشة تعليقات الفقه على الاجتهادات القضائية أعلاه، فإننا لا نتفق مع الرأي القائل في إطار دفاعه عن خاصية تبعية الكفالة بأن هذه الاجتهادات تثير الحيرة وتنتقص من المبادئ سواء في قانون البطلان أو قانون الكفالة[284]، لأنها لا تمس في نظرنا لا المبادئ التي

---

[280] - Cass. Com., 17 Novembre 1982, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 11/10/2018.

« Mais attendu que, tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur a la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable, que des lors le cautionnement en considération duquel le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation valable n'est pas éteinte ».

[281] - انظر في نفس السياق :

- Cass. Civ., 18 Mars 1997, Bull. Civ. I, N° 96, 1997, P.62.

[282] - Cass. Civ., 12 Février 1991, Bull. Civ. IV, N° 61, P.42.

[283] - انظر في نفس الإطار:

- Cass. Com., 4 Février 1986, Cité par, Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.34.
- Cass. Com., 18 Avril 1989, Cité par, Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.94.

- نفس الحل تم تبنيه في حالة فسخ العقد الأصلي:

- C. A. Versailles, 30 Avril 1986, Cité par, Manuella BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, L.G.D.J., 2006, P.263.

[284] - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.94.

يقوم عليها نظام البطلان ولا تلك التي تقوم عليها الكفالة، ولا نتفق مع التوجه الفقهي الذي حاول مستعينا بهذه القرارات في إطار دراسته للخاصية الاحتياطية لعقد الكفالة التأسيس لنظريته القائلة باستقلالية التزام الكفيل[285]، لأن الحلول التي وردت في هذه الاجتهادات القضائية تجسد خاصية التبعية ولا تستبعدها،كما لا نتفق مع التوجه الذي علل بقاء التزام الكفيل بخصوص ضمان الالتزام بالارجاع بالطبيعة العينية لعقد القرض[286]، في حين أننا في غنى عن البحث في طبيعة عقد دون آخر لتبرير بقاء التزام الكفيل، لأن بقاء التزام الكفيل يستمد أساسه في قيام التزام ضمان ارجاع الحالة لما كانت عليه، أي احترام صحة الالتزام بالرد الذي يبرر صحة التزام الكفيل.

ومن جانب آخر فإننا نؤيد الآراء الفقهية التي تؤكد على أنه يكفي بقاء التزام أصلي صحيح (الالتزام بارجاع الحالة إلى ما كانت عليه في هذه الحالة) ليبقى التزام الكفيل كذلك[287]، لأن الكفالة ليست تابعة للعقد بل للالتزام الناشئ عن العقد[288]، بحيث يتبين مرة أخرى بأن الآثار الآمرة لخاصية تبعية الكفالة ليست مركزة دائما في فكرة حماية الكفيل[289]، كما أن الحل المعتمد يحترم على السواء خاصية التبعية المكرسة في الكفالة ووظيفتها كضمانة، بحيث يحمي مصالح الدائنين دون تأزيم مصير الكفيل[290]، ولا يمثل خروجا عن التبعية وإنما تجسيدا لمرونتها[291].

إذا ثبت ما سبق، بخصوص أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الكفيل طبقا للقواعد العامة، قلنا في ضوء الخصوصية التي سبق أن أبرزناها لدعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، إن جميع الضامنين الشخصيين بمن فيهم الكفيل الذي يتبع التزامه التزام المدين المضمون، لا يمكنهم طلب بطلان تصرفات فترة الريبة، لأن المدين نفسه لا يملك حق ممارسة

---

[285] - Frédéric ROUVIERE, Le caractère subsidiaire du cautionnement, R.T.D. Com., 2011, P. 689 à 710.
[286] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.353.
[287] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.34.
[288] - Laurent AYNES, Le cautionnement, 2ème Ed., DALLOZ, 1997, P.27.
[289] - Nicolas BORGA, Op. Cit., P.72 et 73.
[290] - Manuella BOURASSIN, Op. Cit., P.263.
[291] - عماد مميش، م. س.، ص.119.

دعوى بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، لأن المشرع المغربي حصر هذا الحق في السنديك وحده كما سبق التأكيد، لذلك يبقى ما أورده بعض الباحثين[292] من أن " إغفال السنديك مطالبة المحكمة بالبطلان الوجوبي للعقد بدون مقابل لا يمكن أن يحمل سوى على ارتكابه لخطأ جسيم يوازي التدليس، وانسجاما مع القواعد العامة للكفالة فإن للكفيل أن يتمسك بالدفوع ولو تنازل عنها المدين الأصلي أو من يقوم مقامه كما هو الشأن لما نحن بصدده من نيابة السنديك عن رئيس المقاولة في العمل على إعادة تأسيس أصول المقاولة"، مجانب للصواب، لأنه لا ينسجم مع خصوصية قواعد مسطرة التسوية القضائية، حيث لا مجال للحديث بخصوص دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة عن نيابة السنديك عن المدين ولا عن التنازل عن التمسك بالدفوع، لأن السنديك يمثل المصلحة العامة للمقاولة بجميع أطرافها وليس المدين وحده، ولا يمكن تكييف تقاعسه عن ممارسة دعوى البطلان بخصوص تصرف ما على أنه تنازل، كما أن المدين نفسه حتى في حالة طلبه من السنديك تحريك دعوى بطلان بعض التصرفات ورفض السنديك ذلك، فإنه لا يملك سوى الحق في تقديم شكوى إلى القاضي المنتدب أو طلب استبدال السنديك إذا لم يبت السنديك في تشكيه خلال 15 يوما[293]، وعليه فالمدين لا يملك الحق في طلب بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع في جميع الأحوال، وبالتبعية الكفيل لا يمكنه هو كذلك طلب بطلان تصرفات فترة الريبة لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع[294].

---

[292]- محمد بنموسى، خاصية التبعية في عقد الكفالة صعوبات المقاولة نموذجا، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2007-2008، ص.30.

[293] - يعد إعطاء الدائن حق طلب استبدال السنديك في هذه الحالة من المستجدات التي جاء بها الكتاب الخامس من م.ت. الجديد الذي وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم طلب استبدال السنديك لتشمل إضافة للقاضي المنتدب كما كان منصوصا عليه في المادة 644 من م. ت. المنسوخة، النيابة العامة وجمعية الدائنين ورئيس المقاولة، حيث تنص المادة 677 من م.ت. على أنه:

" يمكن للمحكمة استبدال السنديك بطلب من:

النيابة العامة؛

جمعية الدائنين في الحالات التي تشكل فيها هذه الجمعية طبقا للمادة 606 أعلاه؛

القاضي المنتدب تلقائيا أو بناء على تشك لديه من رئيس المقاولة أو أحد الدائنين؛

رئيس المقاولة أو الدائن الذي لم يبت القاضي المنتدب في تشكيه داخل أجل خمسة عشر يوما.

يجب على السنديك الذي أعفي من مهامه أن يسلم إلى السنديك الجديد جميع الوثائق المتعلقة بالمسطرة، وتقريرا بالحسابات المرتبطة بها، داخل أجل 10 أيام من تاريخ إعفائه من مهامه، ويظل السنديك المعفى ملزما بالسر المهني".

[294] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.728.

ما خلصنا إليه، سبق أن أكدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 فبراير 2004 الذي جاء فيه: " لكن حيث إن من لهم الصفة لوحدهم لطلب بطلان التصرفات المعقودة خلال فترة الريبة من طرف المدين الخاضع للمسطرة الجماعية، هم الوكلاء القضائيين المعينين في هذه المسطرة الجماعية، وكنتيجة لكون المدين غير معين في هذا النص، الكفيل تطبيقا للمادة 2036 من القانون المدني (حاليا المادة 2313) يمكنه أن يحتج في مواجهة الدائن بكل الدفوع العائدة للمدين الأصلي إذا كانت متعلقة بالدين، وبذلك فهو لايمكنه على هذا الأساس التمسك بهذا البطلان، والوسيلة على غير أساس"[295].

لكن في المقابل، فإنه بمجرد تقرير بطلان التصرفات المجراة خلال فترة الريبة، الذي يتم في إطار القانون المغربي بناء على طلب السنديك فقط، يجمع الفقه[296] على أن الكفيل يحق له التمسك بهذا البطلان تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بتبعية التزامه للالتزام المضمون.

نفس الأمر ينطبق على الكفيل في حالة فسخ العقد طبقا لقواعد مسطرة التسوية القضائية، حيث لا يمكن لكفيل المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية المطالبة بفسخ العقد لأن هذه السلطة ممنوحة من المشرع المغربي للسنديك وحده، فإذا استمر بقاء العقد بعد فتح مسطرة التسوية القضائية استمر التزام الكفيل[297]، أما إذا تقرر فسخ العقد، الكفيل يمكنه التمسك بهذا الفسخ للتحلل من التزامه.

بهذا نكون قد انتهينا من قياس أثر بطلان الالتزام الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الملتزم بصفة تبعية، لذلك سننتقل لقياس هذا الأثر في مواجهة الضامن الملتزم بصفة أصلية.

---

[295]- قرار منشور على الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr (أطلع عليه بتاريخ 2018/10/12).

« Mais attendu que seuls ont qualité pour demander, par voie d'action ou d'exception, la nullité d'actes accomplis en période suspecte par le débiteur soumis à une procédure collective, les mandataires de justice désignés dans cette procédure collective ; qu'il en résulte que le débiteur n'étant pas visé par ce texte, la caution qui, en application de l'article 2036 du Code civil, peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, n'est pas davantage fondée à se prévaloir de cette nullité ; que le moyen n'est pas fondé ».

[296] - انظر في هذا الاطار:

- Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.365., Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Op.Cit., P.555., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.668., Cécile LE GALLOU, Op. Cit., P.372.

[297] - Koffi Mawunyo AGBENOTO, Le cautionnement a l'épreuve des procédures collectives, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit Privé, Université de Lome, Faculté de Droit Lome-Togo, Université du Maine UFR-Droit et Sciences Economiques Le Mans-France, 2008, P.176.

الفقرة الثانية: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية

يعد التضامن بين المدينين أهم الضمانات الشخصية التي يلتزم فيها المدين بصفة أصلية، فهو ذلك الالتزام الذي يقوم إذا كان هناك عدة مدينين يعتبرون في مواجهة الدائن كأنهم مدين واحد بحيث يستطيع الدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين دون أن يتمسك في مواجهته بالتقسيم، وبحيث يترتب على الوفاء الحاصل من أحدهم إلى الدائن براءة سائر المدينين في مواجهته[298]، وبذلك فهو يشكل للدائن تأمينا شخصيا للوفاء بالدين، وخاصة في الحالة التي يتقدم فيها المدين لضمان الوفاء بدين مدين آخر[299] أي أنه غير معني بهذا الدين [300].

بناء عليه، فالتضامن بين المدينين يقوم على فكرتين هما وحدة المحل وتعدد الروابط، مقتضى الفكرة الأولى هو أن كل المدينين المتضامنين ملتزمين تجاه الدائن بالدين كاملا غير منقسم، حيث للدائن أن يوجه مطالبته لمن يختار منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين، وإذا وجهها إلى أحدهم دون جدوى فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين أو أي واحد منهم بما بقي من الدين، ومقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة متميزة عن الروابط الأخرى[301].

انسجاما مع هاتين الفكرتين، تقرر في مجال الدفوع لدى المدين المتضامن أنه يمكنه التمسك فقط بالدفوع الشخصية الخاصة به وبالدفوع المشتركة بين جميع المدينين، دون إمكانية التمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه، حيث ينص المشرع المغربي في الفصل 168 من ق.ل.ع. على أنه: " لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفوع

---

[298]- زيد قدري الترجمان، علاقة المدينين المتضامنين بالدائن في التضامن السلبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية: 1978-1979،ص.8.

[299] - Stéphane PIEDELIEVRE, Op. Cit., P.130.

[300] - Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Op. Cit., P.317.

[301]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 3، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، دار النهضة العربية، 1964، ص.294.

الشخصية الخاصة به وبالدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا، ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه"[302].

وعليه، وفي إطار تحديد أثر بطلان الالتزام الأصلي أو فسخه على التزام المدين المتضامن، نقول بأنه إذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلا طبقا للقواعد العامة، لانعدام رضاء المدينين جميعا أو لعدم توفر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل، أو تقرر بطلانه بطلانا وجوبيا أو جوازيا من طرف المحكمة التجارية المختصة بناء على دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة المقامة من السنديك[303]، أو كان العقد قابلا للابطال لصالح جميع المدينين، بأن يكون قد وقع عليهم جميعا إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعا في غلط، أو كان العقد قد تقرر فسخه طبقا لمسطرة فسخ العقود في مسطرة التسوية القضائية[304]. فإنه يمكن للمدين المتضامن التمسك بهذا البطلان أو الفسخ لأنه يشكل دفعا مشتركا بين جميع المدينين المتضامنين، ويكون لكل واحد منهم حق الاحتجاج به في مواجهة الدائن، وهو الأمر الذي تؤكده صراحة المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 بنصها على أن: " المدين المتضامن المتابع من طرف الدائن يمكنه أن يتمسك بالدفوع المشتركة بين جميع المدينين، مثل البطلان أو الفسخ، وبدفوعه الشخصية. ولا يمكنه التمسك بالدفوع الشخصية لباقي المدينين ..." [305].

في المقابل، إذا كان العقد قابلا للابطال طبقا للقواعد العامة في علاقة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية بالدائن، بأن يكون قد وقع عليه إكراه أو تدليس أو وقع في غلط..، فلا يحق للمدين المتضامن التمسك بهذا البطلان لأنه مقرر لغيره من المدينين، والعقد يظل بعد

---

302 - في نفس السياق ينص المشرع التونسي في الفصل 178 من مجلة الالتزامت والعقود التونسية على أنه: " لكن من المدينين المتضامنين أن يعارض بالأوجه الخاصة بذاته كما يعارض بما هو مشترك بينهم وليس له أن يعارض بما هو خاص بذات بعضهم".

303 - قلنا إذا تقرر البطلان، لأن المدين المتضامن لا يمكنه ممارسة دعوى بطلان تصرفات فترة الريبة، التي تبقى من حق السنديك وحده.

304 - قلنا كذلك إذا تقرر فسخ العقد، لأن المدين المتضامن ليس له حق المطالبة بفسخ العقود الجارية في مسطرة التسوية القضائية لأنها من اختصاص السنديك وحده.

305 - « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette ».

إبطاله لفائدة المدين الذي شاب العيب رضاه، صحيحا بالنسبة لسائر المدينين المتضامنين الآخرين، لأنه لا يمكنهم وفق مضمون الفصل 168 من ق.ل.ع. المذكور نصه أعلاه التمسك بالدفوع الشخصية المحضة لباقي المدينين المتضامنين[306]. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 31 الصادر بتاريخ 1961/03/16 [307]الذي جاء فيه: " ... إذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التي تربط الدائن بالمدينين الآخرين سليمة من العيوب فإن عيوب رابطة معينة لا تتعداها إلى رابطة أخرى وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذي اعترى رابطته الفساد فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذي تعيبت رابطته وحده الحق في التمسك بالعيب الذي شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذي تعيبت رابطته فهذه الحصة لا تستنزل ما دام العيب قاصرا على رابطة دون غيرها وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة 285 من القانون المدني .." [308].

إذا كان الوضع على هذا النحو بخصوص أثر بطلان أو فسخ العقد الأصلي على الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية، فما هو الوضع بخصوص أثر هذا البطلان أو الفسخ على التزام الضامن الملتزم بصفة مستقلة ؟

الفقرة الثالثة: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة

تعني الاستقلالية أن الضامن يلتزم بمقتضى التزام جديد ومستقل[309]، فهو لا يلتزم كما الكفيل بأداء دين المدين، بل يتعاقد على أساس الالتزام بأداء مبلغ معين[310]، هذا الالتزام

306 - زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.67.

307 - قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx، اطلع عليه بتاريخ 2018/09/03.

308 - للتعمق أكثر في مجال الدفوع في التضامن بين المدينين راجع:
- Lotfi NAFTI, La securité du creancier a l'epreuve de l'opposabilité des exceptinos dans la solidarité passive, Rev. Tunisienne de droit, 2010, P.323 à 396.

309 - Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.258.

310 - Claude MARTINE, Martine DELIRNEUX, Les garanties bancaires autonomes, Bruyant Bruxelles, 1991, P.51., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.320., Cass. Com. 13 Décembre 1994, Bull. Civ., IV, N° 375, 1994, P.309, Cass. Com. 3 Novembre 1992, Cité par, Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, Droit bancaire, Ed., ECONOMICA, 2011, P.699.

الأخير وإن كان يرتكز على العقد الأصلي، فإنه يحدد بحرية من قبل الأطراف وليس له بالضرورة علاقة بموضوع ونطاق التزامات المدين الأصلي، حيث يمكن أن يتجاوز التزام المدين الأصلي كما يمكن أن يكون أقل منه، بخلاف الكفالة التي لا يجوز أن تكون بشروط أشد على الكفيل [311].

ويترتب على هذه الاستقلالية أن الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة يجب عليه الدفع عند أول طلب دون إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الأساس[312]، كما يؤكد ذلك قرار المجلس الأعلى رقم 231 الصادر بتاريخ 2001/01/31[313] الذي جاء فيه: " لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف التي كانت معروضة أمام قضاة الموضوع ومن القرار المطعون فيه أن الدعوى قدمت على أساس أن الأمر يتعلق بخطاب الضمان لا بعقد الكفالة إذ ورد في الوثيقة أن البنك الدائن يلتزم بالأداء عند أول طلب وفي حدود المبلغ المكفول وبدون موافقة مسبقة وبدون أن تدلي المدعية الشركة العامة العقارية بما يؤيد طلبها، ومؤدى ذلك أن الأمر يتعلق بخطاب الضمان لا بعقد الكفالة الذي يجعل الكفيل مدينا أصليا بدين مستقل عن أية علاقة أخرى بحيث لا يجوز له الامتناع عن الأداء لأي سبب كان سواء يرجع لعلاقة المدين الأصلي بالدائن المستفيد، أو لعلاقة هذا الأخير بالبنك الكفيل، ولهذا فإن خطاب الضمان يعد من الضمانات البنكية المستقلة التي توفر للمستفيد ضمان السيولة عند أول طلب وضمان عدم الاعتراض على الأداء لأي سبب كان.. " [314].

---

311 - علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.85.

312 - محمد الأطرش، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 1992- 1993، ص.169.

313 - قرار المجلس الأعلى رقم 31، صادر بتاريخ 2001/01/31، في الملف التجاري عدد 99/369، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي ، ع. 59-60، دجنبر 2004، ص.155.

314- وهو الأمر الذي سبق أن أكدته محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها رقم 4170 الصادر بتاريخ 1996/12/26 في الملف عدد 96/383، والذي جاء فيه: " وحيث إن إدراج عبارة " بمجرد طلب عادي" في جميع خطابات الضمان المدلى بها يفيد أن التزام البنك لا يشكل كفالة، ولكن ضمانة مستقلة، لأن التزام البنك في خطاب الضمان يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي ولا يخضع سوى لمقتضيات وشروط خطاب الضمان، الأمر الذي يمنع على البنك (المستأنف) التمسك بالدفوع التي يمكن لشركة أكريكون الدفع بها تجاه المستأنف عليها". قرار منشور، م. م. م.، ع. 78-79، 1997، ص.113.

- نذكر هذه القرارات مع تسجيل تحفظنا على التكييف الذي اعتمدته، الذي سنناقشه في الباب الثاني من البحث.

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن أكدته كذلك في قرارها –القرار الأول– المبدئي الصادر بتاريخ 20 دجنبر 1982 الذي جاء فيه: " ولكن حيث إن محكمة الاستئناف حين ردت إلى التزام البنك أساسه الحقيقي والقانوني، وكشفت أن بارييباس قد التزم تجاه شركة كروزولوار بأن يدفع لها عند أول طلب، تكون محقة في قرارها بأن هذا الالتزام لا يشكل كفالة بل ضمانة مستقلة، مما يمنع البنك من التمسك في هذه الحالة بالدفوع التي يمكن لشركة سيغفريد أن تحتج بها في مواجهة شركة كروزولوار والقائمة على عدم تنفيذ عقد يجمع بينهما، وبذلك يكون السبب بدون أساس"[315]. فهل هذا يعني أن الضامن المستقل يجب عليه أن يؤدي مبلغ الضمان حتى ولو علم أو ثبت لديه بطلان الالتزام الأصلي أو فسخه ؟

يذهب جانب من الفقه بشكل مطلق – دون تمييز بين حالة الادعاء بالبطلان أو الفسخ وحالة ثبوته وتقريره– إلى أن بطلان عقد الأساس أو فسخه لا يؤثر في التزام الضامن المستقل، حيث يظل التزامه قائما في مواجهة المستفيد، ويعبر عن ذلك بالقول، إن التزام البنك الضامن في خطاب الضمان تجاه المستفيد مستقل عن التزام الآمر تجاه المستفيد، فهو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الأداء ولو أبطل عقد الأساس أو فسخ، ولا يبقى للآمر بعد ذلك إلا مقاضاة المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك، وكل رأي أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام الآمر أو إقامة علاقة سببية بينهما ينبغي أن يستبعد لأنه يقوض نظام خطابات الضمان من أساسه ويقضي على الفائدة المرجوة منه[316]، بل إن استقلالية الضمان عند أول طلب تظهر في حالة بطلان أو عدم تنفيذ العقد المضمون[317].

---

315 - « mais attendu que, restituant a la demande de la banque, son véritable fondement juridique, la cour d'appel, qui relève que paribas s'est engagée envers la société creusot loire a la payer a première demande, a décide, a bon droit, que cet engagement ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait a la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions que la société Siegfried pouvait opposer a la societe creusot loire, tenant a l'inexécution du contrat les unissant ; d'ou il suit que le moyen est sans fondement ». Cass. Com. 20 Décembre 1982, (1er Arret), Cité par, Henri CAPITANT, François Terré, Yves LEQUETTE, Les grands arrets de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations - contrats spéciaux – Sûretés, DALLOZ, 2000, P.610.

316- محسن شفيق، القانون التجاري، ج. 2، 1968-1969، ص.444. (أورده علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.83)، يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي، مجلة الحقوق، ع.3.، شتنبر 1993، ص.48 إلى 55.،

في حين يذهب جانب آخر من الفقه جدير بالتأييد إلى التمييز بين حالة الادعاء ببطلان أو فسخ عقد الأساس وبين حالة ثبوته وتقريره بحكم، حيث يؤكد من جهة – معززا موقفه بموقف القضاء– أنه تطبيقا لخاصية استقلال الضمان الادعاء ببطلان أو فسخ عقد الأساس الذي يطرأ ما بين إصدار وتفعيل الضمان ليس ذو طبيعة من شأنها أن تشل الالتزام بالأداء[318]. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها – القرار الثاني– المبدئي الصادر بتاريخ 20 دجنبر 1982 بما يلي: " ولكن حيث إن محكمة الاستئناف قد كشفت أن التزام بارييباس تجاه كروزولوار كان التزاما عند أول طلب مستقلا عن عقد الأساس، وأنه محكوم بمقتضيات خطاب الضمان وحدها، تكون قد اعتمدت من جهة أن اتفاق التحكيم المدموج في عقد الأساس لا يمكن أن يؤثر في تطبيق خطاب الضمان، وأنها استنتجت من جهة أخرى أنه حتى ولو كان سبب التزام بارييباس (البروتوكول 7) الذي ادعي بطلانه، في هذه الحالة، البنك بسبب التزامه بالدفع عند أول طلب لا يمكنه التهرب من هذا الالتزام، وإن محكمة الاستئناف حين قضت هكذا لم تناقض نفسها ولم تحرف خطاب الضمان وأجابت على الاستنتاجات المطلوبة، وينتج عن ذلك أن السببين هنا بدون أساس"[319]. كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 13 دجنبر 1983[320] بأن: " البطلان الاحتمالي لالتزام الآمر تجاه المستفيد يبقى دون أثر على الالتزام المستقل للبنك الضامن المقابل"[321].

سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الأولى، ع.2.، يوليو 1993، ص.304 و 305.

317 - Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, Op. Cit., P.701.

318 - Jean Pierre MATTOUT, Droit bancaire international, 2ème Ed., 1996, P.179, Philippe SIMLER, Cautionnement et garantiés autonomes, 2 ème Ed., LITEC, 1991, P.685., Nicolas BORGA, La qualification de garantie autonome, DEA Droit privé, Université Jean Moulin Lyon 3, année universitaire 2000- 2001, P.37.

- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.322.، نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، في نطاق قانون الالتزامات – في نطاق قانون الأموال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص.141 و 142.

- وهو الأمر الذي أكده الفقه المغربي في معرض قياسه لأثر بطلان وفسخ عقد الأساس على التزام البنك في الاعتماد المستندي، أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (دراسة في التزامات البنك)، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 1996-1997، ص.139 إلى 146.

319 - Cass. Com. 20 Décembre 1982, (2ème Arret), Cité par, Henri CAPITANT, François Terré, Yves LEQUETTE, Op. Cit., P.611.

320 - Cass. Com., 20 Décembre 1983, Cité par, Jean Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.179.

321- راجع في نفس السياق لدى محاكم الموضوع الفرنسية:

- C. A. Paris, 29 Janvier 1981, T.G.I. Montluçon, 9 Janvier 1981, Cité par, Philippe SIMLER, Cautionnement et garantie autonomes, Op. Cit., P.685

من جهة أخرى، يؤكد هذا الجانب من الفقه أن الحكم يختلف في الحالة التي يقوم فيها المستفيد بطلب تفعيل الضمان بعد أن تم التصريح بشكل نهائي ببطلان أو فسخ عقد الأساس، حيث الضامن لا يلزم في هذه الحالة بالأداء لأن طلب تنفيذ الضمان في هذه الحالة يكتسي صبغة تعسفية[322]، فكيف يمكن للضامن أن يؤدي وبطلان أو فسخ عقد الأساس ليس فيه شك[323]، ولا ينبني على مجرد تعليمات أو دفوع من الآمر يدعي فيها بطلان عقد الأساس أوفسخه، بل يتعلق ببطلان أو فسخ لعقد الأساس تم تقريره بحكم قضائي أو حكم تحكيمي[324].

ثم ما الفائدة من الزام الضامن بأداء مبلغ الضمان مادام الآمر له الحق في طلب استرداده من المستفيد في حالة تقرير بطلان أو فسخ عقد الأساس، الذي يوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، حيث تؤكد محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/06/07 على أن: " الآمر في الضمانة عند أول طلب يمكنه طلب استرجاع مبلغ الضمان من المستفيد إذا أثبت تنفيذ التزاماته التعاقدية أو إثبات أن عدم التنفيذ تم بخطأ من المستفيد، أو بطلان عقد الأساس، وهذا دون أن يكون عليه إثبات الغش أو التعسف الظاهر"[325].

زيادة على ذلك، فالضامن في الضمان المستقل يلتزم باعتبار الالتزام المعقود من الغير كما تؤكد ذلك الفقرة الأولى من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي[326]، أي باعتبار عقد

---

322 - Jean Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.179.

323 - Philippe SIMLER, Cautionnement et garantie autonomes, Op. Cit., P.685

324- أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (دراسة في التزامات البنك)، م. س.، ص.145.

325 - « Mais attendu que le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste ». Cass. Com., 7 Juin 1994, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 12/10/2018.

326 - « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

الأساس وإلا لم يكن للضمان معنى[327]، لأن التزام الضامن في الضمانة عند أول طلب هو التزام مسبب، ولا يمكن اعتباره التزاما مجردا، حيث تؤكد محكمة النقض الفرنسية في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 19 أبريل 2005 على أن: " التزام الضامن في الضمانة عند أول طلب التزام مسبب كلما كان للآمر مصلحة اقتصادية في إبرام عقد الأساس، ولو لم يكن الضامن المستقل طرفا في عقد الأساس"[328].

ويجب التأكيد بأن ثبوت الحق للضامن برفض الأداء في حالة تقرير بطلان عقد الأساس أو فسخه – في حالة مسؤولية المستفيد عن هذا الفسخ– بحكم قضائي أو تحكيمي، لا يكون مؤسسا على بطلان أو فسخ عقد الأساس في حد ذاته، بمعنى أن بطلان أو فسخ هذا العقد لا يؤدي بشكل تلقائي لبطلان أو فسخ الضمان المستقل الصادر بشأنه، بل يتأسس على كون طلب الأداء في هذه الحالة يعتبر تعسفيا وينطوي على غش، لانعدام الأساس القانوني للمطالبة بالأداء.

وفي هذا السياق، تنص اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة لخطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة في مادتها 19 في باب الاستثناءات الواردة على التزام الأداء، على أنه يمكن رفض الأداء إذا كان من البين والواضح أن المطالبة، بحكم نوع التعهد، ليس لها أساس يمكن تصوره، وهي الحالة التي تتحقق حين يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم. لكنها تضيف عبارة "ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد"، هذه العبارة التي نؤكد مع الفقه أنه كان من الأفضل عدم إيرادها، لأنها ستفتح ثغرة تتسرب منها الاختلافات حول مفهوم الاستثناء، وتفرغ الاستثناء من محتواه[329]، ونزيد على ذلك بالقول بأنه لا يمكن التنازل عن

---

[327] - علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.78.

[328] - Cass. Com., 19 Avril 2005, Cité par, Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.322.

[329] - خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004-2005، ص.461.، حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطاب الضمان وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال 1995، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع.50، أبريل 2012، ص.61.

البطلان إلا بعد حصوله، بمعنى أن التنازل يكون عن الحق المكتسب ولا مجال في نظرنا للحديث عن التنازل عند تعلق الأمر بالحق الاحتمالي[330].

وتجب الإشارة أن هذه الاستثناءات الواردة على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة، تظهر أكثر تجليا في خطاب النوايا[331] الذي يعد هو كذلك ضمانة شخصية مستقلة من حيث المبدأ لأنه يتضمن التزامين مستقلين كما هو الشأن في الضمان المستقل، حيث بخلاف الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل بأداء الالتزام المضمون، مصدر الخطاب في خطاب النوايا يتعهد بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل موضوعه دعم المدين في تنفيذ التزامه تجاه الدائن[332]، إلا أن هذه الاستقلالية التي يتميز بها خطاب النوايا لا ترتب نفس آثار الاستقلالية في مادة الضمان المستقل، والسبب لا يرجع لحضور خاصية التبعية في خطاب النوايا، بل للتفعيل الطبيعي لقواعد المسؤولية المدنية، والخاصية التعويضية لخطاب النوايا، حيث إن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام المضمون تؤدي إلى غياب الضرر لدى الدائن، وبالتالي لا تبقى أي مسؤولية على عاتق مقدم الخطاب[333].

وتطبيقا لما سبق، لنا أن نتخيل بأن الالتزام الأصلي قد انقضى بسبب البطلان، الفسخ، المقاصة، التجديد، اتحاد الذمة، ونتساءل هل يمكن أن يوجد الضرر الذي سيؤسس عليه الدائن طلبه لتفعيل المسؤولية التعاقدية لمصدر الخطاب؟ في الواقع هذا الضرر سيكون غير موجود، وبالتالي فإنه رغم خاصية استقلالية خطاب النوايا فإن خاصيته التعويضية تسمح بشكل غير مباشر بالاستفادة من بعض أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وخاصة البطلان والفسخ[334]، في المقابل فإن الأسباب التي لا تؤدي إلى إختفاء الضرر عند الدائن مثل التخفيض من الدين أو

330- لأن الحق الاحتمالي يمكن أن يوجد وقد لا يوجد، فبطلان العقد يمكن أن يحصل وقد لا يحصل، وحتى عبارة المادة 19 من اتفاقية اليونيسترال المذكورة أعلاه وصفته بالحدث الاحتمالي.

331 - Jean-Denis PELLIER, Essai d'une théorie des sûretés personnelle à la lumière de la notion d'obligation, Contribution à l'étude du concept de coobligation, L.G.D.J., 2012, P.88.

332 - بحسب ما تنص المادة 2322 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

333 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1071.

334 - Raymond BAILLOD, Les lettres d'intention, R.T.D. Com., N° 3, Juillet-Septembre 1992, P.575., Jean-Denis PELLIER, Op. Cit., P.88.

آجال الأداء، فإنها تؤدي إلى تفعيل خطاب النوايا وقيام مسؤولية مصدر خطاب النوايا في مواجهة الدائن إذا لم ينفذ التزامه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[335].

خلاصة القول، إن الاستفادة من تفعيل الضمان الشخصي ترتبط بوجود الالتزام الأصلي، وبطلان أو فسخ هذا الأخير يؤثر في التزام الضامن الشخصي، إلا أن حدود هذا التأثير تتفاوت بحسب طبيعة الضمان، لأن طبيعة الالتزام هي التي تحدد مجال الدفوع التي يحق لكل ضامن شخصي التمسك بها، كما تتفاوت بحسب نوع نظام البطلان والفسخ المطبق، نظرا لخصوصية قواعد البطلان والفسخ المعتمدة في مسطرة التسوية القضائية مقارنة مع قواعد نظام البطلان والفسخ المقرر بمقتضى القواعد العامة. ليبقى التساؤل المطروح بعد ذلك هو: ماهو تأثير تفويت العقد الأصلي على التزام الضامن الشخصي؟

المبحث الثاني: مصير التزام الضامن الشخصي في حالة تفويت العقد الأصلي

لا شك أن اختيار المحكمة للحل الملائم لمعالجة صعوبات المقاولة المفتوحة في مواجهتها مسطرة التسوية القضائية يعد من الأهمية بمكان، بحيث أن كل الاجراءات المتخذة منذ افتتاح المسطرة ترمي للوصول لهذا الهدف، الذي تتمتع فيه المحكمة التجارية المختصة بسلطة تقديرية واسعة لإعماله، ولا تتقيد في هذا الإطار إلا بالأهداف العامة لمسطرة التسوية القضائية المتمثلة في الحفاظ على استمرارية نشاط المقاولة ومناصب الشغل وتصفية الخصوم[336].

وفي هذا السياق، يمكن للمحكمة أن تحكم باعتماد مخطط لتفويت المقاولة لأحد الأغيار، متى اتضح لها من جهة، أنه لا توجد هناك أية إمكانية من أجل استمرار المقاولة مع نفس المسيرين، سواء لرفضهم أو عدم قدرتهم على تقديم تمويلات جديدة لإنقاذ المقاولة، أو لرفض الدائنين تقديم تضحيات جديدة وتمسكهم بتحصيل ديونهم، ومن جهة أخرى وجود عروض جدية تم تقديمها من الأغيار[337].

---

335 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1072.

336- عبد الرحيم السلماني، حصر المحكمة لمخطط الاستمرارية في إطار مسطرة التسوية القضائية، م.م.ق.أ.م.، ع. 7، يناير 2005، ص.25.

337- علال فالي، مساطر معالجة صعوبات المقاولة، مكتبة دار السلام للطبع والنشر والتوزيع، الرباط، دجنبر 2011، ص.156.

إن اعتماد مخطط التفويت في ضوء ما سبق يعد من الآليات الناجعة والتقنيات الحديثة لتسوية وضعية المقاولة المتعثرة[338]، حيث يهدف طبقا لمقتضيات المادة 635 من م. ت. إلى الإبقاء على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط وإبراء ذمة المقاولة من الخصوم، ويكون إما تفويتا كليا أو جزئيا، وفي الحالة الأخيرة، لا يجب أن يؤدي إلى إنقاص قيمة الأموال غير المفوتة، ويجب أن يتعلق بمجموع عناصر الإنتاج التي تكون قطاعا أو عدة قطاعات لأوجه النشاط كاملة ومستقلة[339].

إلا أن تفويت المقاولة قد يكون غير ذي جدوى إذا لم تستمر العقود الضرورية التي كانت مبرمة من طرف رئيس المقاولة، بل إنه لا يتصور اعتماد مخطط التفويت وبقاء المقاولة دون استمرار بقاء بعض العقود، إذ بدونها قد يكون مآل المقاولة التصفية بدل التسوية[340]، لذلك حظي نظام تفويت عقود المقاولة الضرورية لاستمرار نشاط المقاولة باهتمام بالغ من المشرع لآثاره الهامة والجوهرية على مستقبل تسوية وضعية المقاولة. إلا أن الملاحظ بالمقابل أن المشرع أغفل تحديد مصير الضمانات الشخصية المرتبطة بالعقود المفوتة، مما جعل التساؤل يطرح حول مصير هذه الضمانات، هل تدخل في دائرة العقود القابلة للتفويت ؟ وهل تستمر مع العقد المفوت فيضمن الضامن الشخصي الديون المترتبة في ذمة المفوت إليه ؟ أم إن التزام الضامن ينقضي بمجرد تفويت العقد لينحصر التزامه في ضمان الديون المترتبة على المفوت فقط؟

قبل الإجابة عن هذه التساؤلات لرسم حدود التزام الضامن الشخصي بعد تفويت العقد الأصلي (المطلب الثاني) لابد أولا تأسيسا للإجابة من التطرق لنطاق العقود القابلة للتفويت وطبيعة تفويتها (المطلب الأول).

---

338 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.470.

339 - وهو المقتضى نفسه الذي تنص عليه المادة L.642-1 من مدونة التجارة الفرنسية:
« La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.
Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités ».

340 - عبد الكريم عباد، م. س.، ص.367.

المطلب الأول: نطاق العقود القابلة للتفويت وطبيعة تفويتها

من أجل الإحاطة بمضامين هذا المطلب بالدقة اللازمة نرتئي أن نتطرق أولا لنطاق العقود القابلة للتفويت (الفقرة الأولى) ثم لطبيعة تفويت هذه العقود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق العقود القابلة للتفويت

حددت المادة 638 من م.ت.[341] العقود الضرورية للحفاظ على نشاط المقاولة التي يمكن أن تفوت مع المقاولة، وتتمثل في عقود الائتمان الايجاري، عقود الكراء وعقود التزويد بالسلع والخدمات، بمعنى أن التفويت لا يهم سوى العقود الجارية المبرمة من طرف رئيس المقاولة الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، أي العقود التي أبرمها رئيس المقاولة وظلت مستمرة التنفيذ ولم تنقض آثارها الرئيسية قبل صدور الحكم القاضي بحصر مخطط التفويت، مع وجوب كونها ضرورية للحفاظ على النشاط[342]، مع الأخذ في نظرنا هنا بالمفهوم الواسع لمصطلح الضرورة الذي يشمل كل عقد ضروري للحفاظ على نشاط المقاولة، بحيث يسهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الانتاج، أو الخدمات التي تحققها المقاولة الجديدة الناتجة عن التفويت خلال المدة اللاحقة لهذه العملية، واستبعاد الأخذ بالمفهوم الضيق لمصطلح الضرورة الذي يحصر العقود القابلة للتفويت في العقود التي بدون مواصلتها لا يمكن الإبقاء على نشاط المقاولة[343].

في ضوء هذه المحددات يخضع تفويت العقود في إطار مخطط التفويت للسلطة التقديرية الواسعة للمحكمة، ولا يخرج عن هذه السلطة بحسب الفقه[344] إلا عقود الشغل بسبب نظامها الخاص، ذلك أن هذه العقود تعتبر مفروضة على المفوت إليه بقوة القانون وبأثر فوري بعدما تكون المحكمة قد اتفقت معه على مناصب الشغل التي سيتم الاحتفاظ بها، إذ أن المفوت إليه يكون قد حدد مسبقا في عرضه الذي تقدم به عدد العمال الذين يلتزم بالابقاء عليهم، كما تكون المحكمة قد حددت عدد التسريحات التي يجب القيام بها بمخطط التفويت

---

341 - المطابقة للمادة 606 من م. ت. المنسوخة.

342 - السكتاني عمر، م. س.، ص.320 و 321.

343 - للتعمق أكثر في التفسير الفقهي والقضائي لمصطلح الضرورة راجع:
- محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، م. س.، ص. 218 إلى 223.

344 - عبد الكريم عباد، م. س.، ص.374 و 375.

الذي تحصره، وبعض العقود ذات الطابع الشخصي، التي تعتبر فيها شخصية المتعاقد حاسمة لتنفيذ العقد، ويشكل تغيير المتعاقد عائقا موضوعيا أمام استمرار العلاقة التعاقدية.

الفقرة الثانية: الطابع القضائي لتفويت العقود

يعتبر تفويت العقود التي تحددها المحكمة تفويتا قضائيا جبريا لهذه العقود يغيب إرادة الأطراف[345]، لأن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تحديد العقود الضرورية للحفاظ على نشاط المقاولة موضوع التفويت، وتكتفي فقط بأخذ ملاحظات الأطراف المتعاقدة التي يقوم السنديك بالإبلاغ بها، دون الأخذ بعين الاعتبار الحرية التعاقدية للأطراف، سواء تعلق الأمر بالمتعاقد مع المقاولة الذي يجد نفسه أمام مدين جديد، أو بالمدين الذي لا يشترط رضاه، أو بالمفوت إليه حيث يتم تفويت العقد إليه دون رضاه، إذ تكفي أن تحدد المحكمة العقد حتى ينتقل مباشرة وبقوة القانون إلى المفوت إليه بمجرد حصر مخطط التفويت، الذي يعتبر طبقا للفقرة الثانية من المادة 638 من م.ت.، بمثابة تفويت لهذه العقود بالرغم من كل شرط مخالف.

وعليه، فتفويت العقود في إطار مخطط التفويت لا ينتج عن إتفاق، بل هو قرار أحادي الجانب صادر عن المحكمة[346]، يحتج به في مواجهة كافة الأطراف، حيث يجب عليهم تنفيذ العقود المفوتة وفق الشروط المعمول بها عند فتح المسطرة على الرغم من كل شرط مخالف، مع مراعاة آجال الأداء التي يمكن أن تفرضها المحكمة لضمان التنفيذ السليم للمخطط بعد الاستماع إل المتعاقد أو استدعائه بصفة قانونية[347].

المطلب الثاني: حدود التزام الضامن الشخصي عند تفويت العقد الأصلي

لقد أثار تحديد مصير الضمانات الشخصية، وعلى وجه الخصوص عقد الكفالة الضامنة للعقود المفوتة طبقا للمادة 638 من م.ت. في إطار مخطط التفويت، نقاشا تضاربت فيه الآراء

---

[345] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.470.، محمد أبو الحسين، تفويت المقاولة كحل في إطار مسطرة التسوية القضائية، مجلة المنتدى، ع.3، خاص بندوة معالجة صعوبات المقاولة، يونيو 2002، ص.88.

- Yves CHAPUT, Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle, 1er Ed., P.U.F., 1996, P.390 et 391.

[346] - السكتاني عمر، م. س.، ص. 321.

[347] - راجع الفقرة الأخيرة من المادة 638 من م. ت.

الفقهية، وخاصة على مستوى الجواب على مجموعة من التساؤلات تتمثل فيما يلي: هل تدخل الكفالة في دائرة العقود القابلة للتفويت ؟ وهل تستمر مع العقد المفوت فيضمن الكفيل الديون المترتبة في ذمة المفوت إليه ؟ أم إن التزام الكفيل ينقضي بمجرد تفويت العقد لينحصر التزامه في ضمان الديون المترتبة على المفوت فقط؟

من أجل الإجابة عن هذه التساؤلات سنعرض أولا لموقف الفقه من مدى إمكانية تفويت عقد الكفالة في إطار مخطط التفويت (الفقرة الأولى) قبل التصريح بموقفنا من الموضوع سواء فيما يخص عقد الكفالة أو باقي الضمانات الشخصية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف الفقه من إمكانية تفويت عقد الكفالة

لقد انقسمت المواقف الفقهية بخصوص مدى إمكانية تفويت عقد الكفالة في إطار مقتضيات تفويت عقود المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية إلى اتجاهين، اتجاه مؤيد لفكرة تفويت عقد الكفالة (أولا) واتجاه رافض لفكرة تفويتها (ثانيا).

أولا: الاتجاه المؤيد لتفويت عقد الكفالة

يرى جانب من هذا الفقه[348] بأن الصفة التبعية لعقد الكفالة تشكل أساسا أوليا لقبول فكرة تفويتها في إطار مخطط التفويت، فهذه التأمينات وجدت من أجل ضمان دين يرتبط وجودها به، وارتباطها بالالتزام الرئيسي يخلق وثاقا بينهما يجعل مصير التابع مرتبط بالمتبوع، ويؤدي إلى امتداد القواعد المطبقة على الالتزام المضمون إلى ضمانه، ومن ثم فتفويت العقد في إطار المادة 606 من م. ت. (حاليا المادة 638) يجب أن يؤدي إلى تفويت الكفالة التي تضمنه، خاصة وأن تفويت العقد لا يؤدي إلى تجديده وفق المادة 347 من ق.ل.ع.، كما أن الفقرة الثانية من المادة 606 من م.ت. (حاليا الفقرة الثانية من المادة 638) تنص على أن العقود يجب أن تنفذ وفق الشروط المعمول بها عند فتح المسطرة على الرغم من كل شرط مخالف، ومن ثم فإن الضمانات تدخل ضمن شروط التنفيذ، لأن وجود الكفالة سيساهم في

348 - محمد أبو الحسين، وضعية كفلاء المدين في حالة تفويت المقاولة في إطار التسوية القضائية، م. م. ق. أ. م.، ع.1، دجنبر 2002. ص. 39 إلى 41.

حسن تنفيذ العقد والأداء للدائن، زيادة على ذلك سكوت المشرع لا يعني استبعاده لتفويت الكفالة، فهدف المشرع من تنظيم مخططات التسوية هو إنقاذ المقاولة الذي يفرض مجموعة من التضحيات على الأطراف المتدخلة في المسطرة، لذلك لا يمكن أن نذهب عكس أهداف القانون ونقول بأن الكفيل يبرأ لمجرد اقتباس الحل من طبيعة الكفالة وقواعد ق.ل.ع.، لأن هذه القواعد تستبعد عندما لا تساير أهداف التسوية القضائية.

ويرى جانب آخر من الفقه[349] بأن الرأي الأول منطقي بحكم أن المادة 606 من م.ت. (حاليا المادة 638) جاءت بصيغة عامة ودون تحديد للعقود المفوتة، ليتأكد القول بأن العقود المشار إليها في متن المادة أعلاه وردت على سبيل المثال لا الحصر، ثم إن مقتضيات المادة 1143 من ق.ل.ع. تسير في نفس التوجه، لأنها تؤكد على أن الكفيل الذي يقضي الالتزام الأصلي قضاء صحيحا يحق له الرجوع على المدين بكل مادفعه عنه ولو كانت الكفالة أعطيت بغير علمه، وبالتالي لا يتعين الاهتمام بالصفة الشخصية للكفالة مادام أن الكفيل يمكنه أن يرجع على المدين سواء كان المفوت أو المفوت إليه بدون علمه، وبحكم أن المادة 347 من ق.ل.ع. لا تجعلنا أمام التزام جديد، بل نفس الالتزام بين الكفيل والمفوت وانتقل فيما بعد للمفوت إليه، وهو حل يطمئن الدائنين في عقودهم الجارية التنفيذ ويستجيب لفلسفة المشرع من اختيار هذا المخطط وهو إحياء المقاولة والحفاظ على مناصب الشغل وإنعاش الاقتصاد الوطني.

ويذهب البعض[350] معتمدا على نفس حجج الآراء السابقة، لدعوة القضاء لكي يقوم بتفسير المادة 606 من م.ت. المنسوخة (حاليا المادة 638) تفسيرا واسعا حتى يتم اعتبار عقد الكفالة من بين العقود القابلة للتفويت القضائي حماية للمقاولة وللدائنين الحاملين لضمانات في نفس الوقت، وذلك لتجاوز العراقيل التي قد تقف حائلا أمام قبول تفويت عقد الكفالة، وذلك من قبيل الاعتداد بالطابع الشخصي للكفالة أو مقتضيات المادة أعلاه التي قد

[349] - محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، م. س.، ص. 259.
[350]- حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاولة - دراسة مقارنة- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق السويسي، الرباط، السنة الجامعية: 2009-2010، ص.332.

يتمسك البعض بكونها واردة على سبيل الحصر لا المثال وبالتالي لا يمكن التوسع في تفسيرها[351].

ثانيا: الاتجاه الرافض لتفويت عقد الكفالة

يذهب جانب من هذا الفقه في معرض حديثه عن الاستثناءات الواردة على قاعدة تفويت العقود في إطار مخطط التفويت، إلى أنه بالرغم من الطابع التبعي لعقد الكفالة، فإنها تمت لفائدة المدين لتنفيذ العقد ولا يمكن تفويتها لصالح المفوت إليه لتنفيذ نفس العقد[352].

ويؤكد جانب آخر[353] بشكل أكثر دقة بأن الكفالة لا تدخل في نطاق تطبيق المادة 606 من م.ت. المنسوخة (حاليا المادة 638) المتعلقة بالتفويت الجبري للعقود، ولذلك فإن تفويت المقاولة لا يترتب عليه تفويت الكفالة الضامنة للوفاء بديونها، لأن نطاق المادة أعلاه يتعلق بالعقود التي يكون المدين طرفا فيها، في حين أن هذا الأخير يعتبر أجنبي عن عقد الكفالة الذي هو عقد رابط بين الدائن والكفيل. وفي إطار تحديده لحدود التزام الكفيل يميز مستندا على موقف بعض الفقه الفرنسي[354] بين الالتزام بالتسوية الذي يتعلق بالديون الناشئة والمؤكدة المحدد مقدارها قبل التفويت، التي يظل الكفيل ملتزما بضمانها، وبين الالتزام بالتغطية الذي يتعلق بالديون التي لم تنشأ بعد، التي ينقضي التزام الكفيل بشأنها لدور الاعتبار الشخصي في الالتزام بالتغطية.

الفقرة الثانية: موقفنا من الموضوع

في ضوء الحجج التي تبنتها المواقف الفقهية، وما سبق لنا بسطه أعلاه بخصوص نطاق العقود القابلة للتفويت وطبيعة تفويتها، نرى بأن الموقف الفقهي الرافض لإمكانية تفويت عقد

---

351 - ويرى جانب آخر بموقف ينطوي على غموض وتناقض بأن تفويت العقد المكفول يعد بمثابة تجديده، ويسند موقفه بمقتضيات المادة 1155 من ق.ل.ع.، وبالتالي في حالة تفويت العقد المكفول إما أن الكفيل يرضى بقبول كفالة المدين الجديد (المفوت إليه) وفي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال، أو أنه يرفض كفالته وفي هذه الحالة التزامه يبقى قائما إذا اشترط الدائن ذلك طبقا للمادة أعلاه، وبذلك يستمر الكفيل ضامنا للالتزام ولا يمكنه أن يحتج بتغيير المدين كسبب لانقضاء التزامه وبالتالي فإن تفويت العقد يؤدي إلى تفويت عقد الكفالة.، أحمد المنصوري، م. س.، ص.121.

352 - عبد الكريم عباد، م. س.، ص.375.

353 - محمد بنموسى، م. س.، ص.60 إلى 65.

354 - Christian MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, Librairies Techniques, 1979, P.401 et S.

الكفالة تبعا لتفويت العقد الأصلي، واقتصار ضمانه في ضمان الديون السابقة على التفويت المترتبة في ذمة المدين المفوت فقط، هو الموقف الجدير بالتأييد، كما نرى أن باقي الضمانات الشخصية هي الأخرى لا يمكن أن تكون موضوع تفويت في إطار قواعد مخطط التفويت، وذلك تأسيسا على ما يلي:

– إن نطاق العقود المشمولة بالتفويت طبقا للمادة 638 من م.ت.، لا يمكن أن يشمل عقد الكفالة، كما لا يمكن أن يشمل باقي الضمانات الشخصية، لأن نطاق هذه المادة ينحصر في قابلية تفويت العقود الجارية المبرمة من طرف المدين المفوت التي تكون ضرورية لاستمرار النشاط، في حين أن الكفالة هي عقد مبرم بين الكفيل والدائن، ولا يمكن أن ينطبق عليها عنصر الضرورة، لذلك لا يمكن أن تفوت طبقا لمقتضيات المادة 638 من م.ت.، وهو الأمر الذي تؤكده محكمة النقض الفرنسية عند تطبيقها للنصوص القانونية المماثلة في ظل القانون الفرنسي، من خلال قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 10 يوليوز 2001 الذي جاء فيه: " حيث إن عقد الكفالة منعقد بين الدائن والكفيل فإنه لا يمكن أن يفوت مع عقود الشركة المدينة تطبيقا للمادة 86 من قانون 25 يناير 1985 (المادة L.642-7 حاليا)، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد خرقت هذا النص"[355]. ويؤكده كذلك أغلب الفقه الفرنسي بالقول بأن الكفالة لا يمكن أن تفوت في إطار مخطط التفويت على اعتبار أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، وبالتالي فهي لا تدخل في مجال تطبيق المادة L.642-7 من مدونة التجارة الفرنسية[356].

---

355 - « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le cautionnement est conclu entre le créancier et la caution de sorte qu'il ne peut être cédé parmi les contrats de la société débitrice, par application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a violé ce texte ». Cass. Com. 10 Juillet 2001, Bull. Civ., IV, N°135, 2001, P.127., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/10/2018.

356 - Didier PORACCHIA, Fabrice RIZZO, Nancy VIGNAL, Entreprise en difficulté- redressement judiciaire (Phase de traitement- Redressement ou liquidation), Rép. Com. Dalloz, Janvier 2002, P. 23., Yves CHAPUT, Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle, Op. Cit., P.394., Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.343., André JACQUEMONT, Op. Cit., P.519., Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.710.

– إن الكفالة لا يمكن أن تعتبر شرطا من شروط تنفيذ العقد بمفهوم الفقرة الثالثة من المادة 638 من م.ت. لأن الشرط طبقا لنص الفصل 107 من ق.ل.ع. هو: " تعبير عن الارادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع وجود الالتزام أو زواله"، في حين أن الكفالة هي عقد ضمان قائم الذات يضمن من خلاله الكفيل التزامات المدين الناتجة عن العقد الأصلي، وليست شرطا في العقد، وحتى إذا افترضنا تضمن العقد الأصلي لشرط يلزم المدين بتوفير كفالة شخصية، فإن هذا الشرط لا يلزم إلا طرفيه ولا يمكن أن يحتج به في مواجهة الكفيل.

– إن الكفيل يستمر في ضمان الديون المترتبة في ذمة المدين الأصلي (المفوت) الناشئة قبل التفويت، ولا يمكنه التمسك بانقضاء التزامه في مواجهة المدين بحجة أن التفويت يشكل تجديدا للالتزام بتغيير المدين[357]، لأن تفويت العقود في إطار مخطط التفويت يكتسي طبيعة قضائية جبرية، ولا يمكن اعتباره بأي شكل من الأشكال تجديدا للالتزام، لأن التجديد وفقا للفصل 347 من ق.ل.ع. لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه[358]، أي يقتضي وجود إرادة الأطراف[359]، وبذلك فإن صبغة التجديد تنتفي ويظل الكفيل ملتزما بأداء الديون السابقة على التفويت المستحقة في ذمة المدين المفوت[360].

بالمقابل، الكفيل لا يضمن الديون المترتبة بعد التفويت التي تستحق في مواجهة المفوت إليه، إلا إذا ضمنها بمقتضى التزام جديد، لأن الكفيل لم يلتزم إلا بضمان المدين الأصلي، وباعتبار شخص هذا الأخير، فالاعتبار الشخصي له أهمية بالغة وجوهرية في عقد الكفالة[361]

---

[357] - حيث لا يمكنه التمسك بمقتضيات الفصل 1155 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " التجديد الحاصل مع المدين الأصلي يحرر الكفلاء، ما لم يرتضوا ضمان الالتزام الجديد ..".

[358] - للمزيد من المعلومات حول تجديد الالتزام راجع:
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، ج. 2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، 1982، ص.383 إلى 417.

[359] - Cass. Com. 12 Octobre 1993, Cass. Com. 3 Mai 1994, Cass. Com. 14 Février 1995, R.T.D. Com., N° 2, Avril- Juin 1996, P.347. Obs., Arlette MARTIN-SERF, Anne-Sophie CADART, Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, D.E.A. Droit privé, Droit des affaires, Université de droit et de la santé, Lille 2, France, 1998, P.45.

[360] - Koffi Mawunyo AGBENOTO, Op. Cit., P.187.

[361] - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر الاعتبار الشخصي على عقد الكفالة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015، ص.14.

كما في باقي العقود البنكية، ويشكل عائقا أمام إمكانية تفويتها تلقائيا للمفوت إليه[362]، حيث إن معرفة صفة المدين، وضعيته المالية، وجود ضمانات مقابلة، هو الذي يمكن الكفيل من قياس حجم الأخطار التي من الممكن أن يقع فيها ليتخذ الاحتياطات لتجنبها، وبالتالي فتغيير شخص المدين يغير المعطيات التي كانت لدى الكفيل بشكل جذري، ويصبح ما كان قابلا للتوقع خارجا عن حسابات الكفيل[363].

وفي نفس السياق، نؤكد أن الإعتبار الشخصي يتجسد بقوة كذلك في باقي الضمانات الشخصية، حيث إنه في الضمان المستقل لا يرضى الضامن – البنك مثلا– بضمان عميله إلا لثقته فيه ومقدرته على تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها[364]، وبناء على ذلك يقوم البنك إما بطلب غطاء كامل لضمانه، أو يكتفي بغطاء جزئي، أو يصدر خطاب الضمان دون غطاء " على المكشوف"[365]، ولذلك لا يمكن أن نلزمه بضمان شخص المفوت إليه الذي لا يعرفه ولا يتوفر في مواجهته بأي ضمانات مقابلة، وهو الأمر الذي يؤكده المشرع الفرنسي من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي[366] المنظمة للضمان المستقل التي جاء فيها: " في غياب اتفاق مخالف، هذا التأمين لا يتبع الالتزام المضمون"[367]. وعليه نؤكد بأن الضامن المستقل كما المدين المتضامن لا يمكن أن نلزمهم بضمان الديون المترتبة على المفوت إليه، كما أن مصدر خطاب النوايا لم يلتزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل إلا ضمانا

362 - Marie-Hélène MONSERIE, Les contras dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, LITEC, 1994, P.273.

363 - Alian LIENARD, Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, Rev. Proc. Coll., N° 2, 1988, P.133., Martine BEHAR-TOUCHAIS, Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur, R.T.D. Civ, N° 4, Octobre- Décembre, 1993, P.743 et 744.

- نفس الحل معتمد في حالة الاندماج حيث يظل الكفيل ملتزما بأداء الديون السابقة للاندماج دون الديون اللاحقة له، راجع في هذا الإطار:

- Adamou ALBORTCHIRE, Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de societes commerciales, Thèse de doctorat pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé, Faculté de droit et de science politique, Université d'Auvergne, 2005, P.249.

364 - علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.99.

365 - يعقوب صرخوه، م. س.، ص.30.، سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية المتحدة، م. س.، ص.301.

366 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1010.

367- حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 2231 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

- « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

للمدين المفوت ولا يمكن للدائن مطالبته بالتعويض إذا لم ينفذ هذه الالتزامات تجاه المفوت إليه، لأنه لا يضمن هذا الأخير.

– أضف إلى ما سبق بخصوص الكفالة، أن الفصل 1123 من ق.ل.ع. ينص على أن التزام الكفيل يجب أن يكون صريحا، كما يجب ألا يتجاوز التزامه ماهو مستحق على المدين المضمون إلا فيما يتعلق بالأجل طبقا لنص الفصل 1128 من ق.ل.ع.، وبالتالي الكفيل الذي ضمن التزامات المدين المفوت وفي حدود التزامات هذا الأخير، لا يمكن أن نلزمه بضمان التزامات المفوت إليه، إلا إذا التزم صراحة بضمانها بمقتضى التزام جديد، وهذا ما يؤكده الفقه[368]، وتؤكده كذلك الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 21 نونبر 1995 [369] الذي جاء فيه:" لكن حيث إن عقد الائتمان الايجاري المضمون تنفيذه من قبل الكفيل قد فوت تطبيقا للمادة 86 من قانون 25 يناير 1985 (حاليا المادة L.642-7 من مدونة التجارة الفرنسية)، الكفيل يبقى ضامنا لأقساط الكراء الناشئة بصفة سابقة على التفويت التي نشأت في ذمة المدين الأصلي المفوت، ولا يضمن أقساط الكراء الناشئة بصفة لاحقة في مواجهة المفوت إليه، الذي لا يضمن التزاماته إلا إذا تم بناء على التزام جديد إعطاء هذا الضمان للمفوت إليه من أجل ضمان هذه الأكرية.

368 - Jean-Loub COURTIER, L'application dans le temps des obligations d'une caution antérieure a l'ouverture de la procédure en cas de cession des biens cautionnes, L.P.A., N° 40, 1 Avril 1996, P10 et S., Jean-LUC COUDERT, procédures collectives : La caution est-elle encore engagee après la prise en charge d'un contrat de pret par un cessionnaire, L.P.A., N° 117, 14 juin 1999, P.8 et S.

369 - « Mais attendu, lorsqu'un contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par une caution, est cédé par application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985, que si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, elle ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont elle n'a pas garanti les obligations, à moins que, par un nouvel engagement, elle ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers ;

Et attendu que, pour les loyers échus postérieurement à la cession, l'arrêt constate que M. X... avait maintenu sa garantie personnelle au profit de la société TMC ; D'où il suit que l'arrêt est légalement justifié ; que le moyen est sans fondement ». Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018., R.T.D. Com., N° 2, Avril- Juin 1996, P.347. Obs., Arlette MARTIN-SERF.

وحيث إنه من أجل أقساط الكراء اللاحقة على التفويت، القرار أثبت بأن السيد X احتفظ بالضمان الشخصي لفائدة شركة .T.M.C ، وبالتالي القرار جاء معللا والوسيلة على غير أساس"[370].

ختاما، نؤكد بأن تحقيق أهداف مسطرة التسوية القضائية، وحماية حقوق الدائنين، واحترام إرادة الضامن الشخصي، تقتضي تعديلا تشريعيا يتم من خلاله إشراك الضامن الشخصي في مسطرة التسوية القضائية، بالنص على وجوب استدعائه للاستماع إليه لكي يتسنى له التعبير عن رغبته في استمرار ضمانه تجاه المفوت إليه من عدمه، ولكي تأخذ المحكمة في اعتبارها ذلك عند اختيارها لعرض التفويت المقدم[371].

الفرع الثاني: تحكم قواعد الضمانات الشخصية في مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي

يعد وقف المتابعات الفردية[372]، سواء تعلق الأمر بالدعاوى أو طرق التنفيذ، من أهم الآثار التي تساعد على إنقاذ المقاولة وتهيئ المناخ المناسب للبحث عن حل أنجع لتسوية وضعيتها وسداد ديونها[373]، ذلك أن استمرار الدائنين فرادى في مقاضاة المقاولة بعد وضعها

---

370 - تجب الاشارة في هذا الإطار أن الفقه والقضاء يؤكد على خصوصية عقد القرض الذي يتداخل فيه الالتزام بالتسوية مع الالتزام بالتغطية، باعتبار أن الكفيل يضمن مجموع المبالغ المقترضة، لأن دين المقترض ينشأ بشكل كلي عند تسليم المبالغ المقترضة وليس تبعا لتنفيذ عقد القرض، حيث لا يجب الخلط بين أجل استحقاق الالتزام وتاريخ نشوئه، وبذلك فهو لا يعتبر عقدا جاريا، والكفيل يضمن استرجاع مجموع أقساط عقد القرض حتى بعد تفويت المقاولة.

- Jean-Grégoire MAHINGA, Porté de l'obligation de la caution en cas de plan de cession, A propos de L'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 13 Avril 1999, Rev. Proc.Coll., N° 3, Juillet 2000, P.96 et S., Jean-LUC COUDERT, OP. Cit., P.8 et S.

371- وهو المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 453 من المجلة التجارية التونسية الذي جاء فيه: " تبت المحكمة بمحضر النيابة العمومية وبحجرة الشورى في برنامج الانقاذ بعد سماع المدين وممثلي الدائنين والكفلاء والضامنين والمدينين المتضامنين.

وتعتمد المحكمة برنامج الإنقاذ وذلك بمواصلة المؤسسة لنشاطها أو بكرائها كراء مشفوعا بإحالتها أو بإعطائها للغير في نطاق وكالة حرة أو بإحالتها إلى الغير ..".

372- لقد اعتبر أغلب الفقه أن مبدأ وقف المتابعات الفردية يعد من المبادئ الكلاسيكية التي نجد لها تطبيقا في جميع أنظمة المساطر الجماعية :

- Francine MARCORIG-VENIER, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Rev., Droit bancaire et financier, janvier-février 2006, P.65.

- عبد الرحيم السلماني، القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولة، م. س.، ص.208.

373- خديجة مضي، مسؤولية البنكي في إطار مساطر المعالجة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص.63.

في حالة تسوية قضائية، من شأنه أن يفقد مساطر صعوبات المقاولة عامة، ومسطرة التسوية القضائية خاصة، طابعها الجماعي والمساواتي الذي تتميز به عن مساطر التنفيذ العادية[374].

وقد تم التنصيص على وقف المتابعات الفردية بمقتضى المواد من 686 إلى 689 من م.ت. [375]، وذلك استثناء من القاعدة العامة التي تمنح لكل دائن الحق في مقاضاة مدينه من أجل الحصول على دينه، وذلك في حالة عدم وفاء هذا الأخير بهذا الدين، في الأجل أو الآجال المتفق عليها، وذلك من أجل الحد من تنافس وتسابق الدائنين في تقديم دعاوى ضد المقاولة لمطالبتها باستخلاص ديونهم، وتجنب ما يمكن أن يشوب هذه المتابعات الفردية من مفاضلة ومحاباة قد تصدر عن المدين، من شأنها أن تخل بميزان المساواة وقسمة أموال المسطرة بين هؤلاء الدائنين قسمة غرماء، كل حسب دينه ومرتبة هذا الدين[376].

وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد أقر مبدأ استفادة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية من قاعدة وقف المتابعات الفردية، ليبقى السؤال المطروح هو ما مدى إمكانية رجوع الدائن على الضامن الشخصي في ظل استفادة المدين من هذا المبدأ ؟

قبل الوقوف على مدى إمكانية رجوع الدائن على الضامن الشخصي بعد حكم فتح مسطرة التسوية القضائية (المبحث الثاني) لابد أولا من تحديد نطاق مبدأ وقف المتابعات الفردية الذي يستفيد منه المدين الأصلي، الذي يؤثر لا محالة في مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي (المبحث الأول).

المبحث الأول: نطاق مبدأ وقف المتابعات الفردية

انطلاقا من مقتضيات المادة 686 من م.ت. التي تنص على أنه: " يوقف حكم فتح المسطرة أو يمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى:

374- امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.14.

375- المقابلة للمواد من 653 إلى 656 من م.ت. المنسوخة.

376- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.244.

- الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال؛
- فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال.

يوقف الحكم أو يمنع كل إجراء تنفيذي يقيمه هؤلاء سواء على المنقولات أو على العقارات .

توقف تبعا لذلك الآجال المحددة تحت طائلة السقوط أو الفسخ.

غير أنه يجوز للدائن الذي يتوفر على ضمانة منقولة أن يتقدم بطلب بيع المنقول موضوع هذه الضمانة إلى القاضي المنتدب وذلك في حالة ما إذا كان هذا المنقول وشيك الهلاك أو معرضا في وقت قريب لنقص محسوس في قيمته، أو إذا كان المنقول من الأشياء التي يقتضي حفظها مصاريف باهضة. وفي هذه الحالة تطبق مقتضيات المادة 632 أعلاه "[377].

يتبين بأن تحديد نطاق مبدأ وقف المتابعات الفردية في مواجهة المدين الأصلي، يقتضي معرفة الدائنين الذين يسري عليهم هذا الوقف (المطلب الأول) ثم الدعاوى المشمولة بهذا الوقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدائنون الخاضعون لمبدأ وقف المتابعات الفردية

يتضح جليا من مقتضيات المادة 686 من م.ت. المذكورة أعلاه أن الدائنين المشمولين بمبدأ وقف المتابعات الفردية، هم أولئك الذين نشأت ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح

[377]- المقابلة للمادة L.622-21 من مدونة التجارة الفرنسية التي تنص على أنه :
« I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :
1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;
2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.
II.-Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.
III.-Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus. »
- والمقابلة للفصل 449 من المجلة التجارية التونسية الذي ينص في فقرته الأولى على أنه: " يتعطل خلال فترة المراقبة ولمدة لا تتجاوز في جميع الحالات الاثني عشر شهرا كل عمل تنفيذي يرمي إلى استخلاص ديون سابقة لفترة المراقبة أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين كما يتوقف خلال نفس الفترة سريان جميع الفوائض وغرامات التأخير وتعلق آجال السقوط".

مسطرة التسوية القضائية[378]، أما الدائنون الناشئة ديونهم بعد صدور هذا الحكم، فقد أفرد لهم المشرع أحكاما وامتيازات خاصة بهم[379]، تمكنهم من ممارسة المتابعات الفردية إذا لم يتم الوفاء لهم في تاريخ الاستحقاق[380]، وذلك تشجيعا لهم على التعامل مع المقاولة، رغم أنهم يعلمون بأنها تعاني من صعوبات، وخاضعة لمسطرة التسوية القضائية.

فبمجرد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية، يصبح الدائن الناشئ دينه قبل صدور هذا الحكم، خاضعا لأحكام المنع المشار إليه بنص المادة 686 المذكورة أعلاه، وليس من الضروري أن يكون الدين ثابتا، بل إن هذا المبدأ يسري حتى على الديون المتنازع فيها، وذلك لأن الاعتراف بالدين لا يتم إلا عن طريق مسطرة تحقيق الديون[381].

كما يتبين من خلال الصيغة التي وردت بها المادة أعلاه، أن مفعول مبدأ وقف المتابعات الفردية يشمل سائر الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل حكم فتح المسطرة سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين أصحاب امتيازات عامة أو خاصة أو أصحاب ضمانات عينية أو شخصية

---

[378]- هذا الأمر أكدته العديد من الاجتهادات القضائية، نجد منها ما جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 1004، المؤرخ في 2005/10/12، في الملف التجاري عدد 2004/2/3/1004 : " حيث إن مبدأ سقوط الدعوى القضائية الفردية المنصوص عليها في المادة 653 م ت يتعلق بأصحاب الديون التي نشأت قبل حكم فتح مسطرة التسوية القضائية لا بالديون اللاحقة لهذا الحكم ". قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، مارس 2007، ع. 66، ص.169.

- وكذلك ما جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 1884، الصادر بتاريخ 2007/12/4، في الملف عدد 2007/9/414 : " وحيث إنه من المعلوم قانونا أن الحكم بفتح إحدى مساطر معالجة المقاولة يمنع كل دعوى قضائية يقدمها الدائنون أصحاب الديون الناشئة قبل فتح المسطرة كما يمنع كل إجراءات التنفيذ..." حكم منشور، المجلة الفصلية لقانوني الأعمال، الاجتهاد القضائي في مادة قانون الأعمال، ع.2، نونبر 2008، ص.5.

[379]- راجع المادة 590 من م.ت.

[380]- لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها على حق الدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح مسطرة التسوية القضائية في ممارسة المتابعات الفردية، دون أن يحد من حريتهم في القيام بذلك، لا الترتيب ولا اللائحة المذكورين في المادة 40 من قانون 25 يناير 1985 (حاليا المادة L.622-17 من مدونة التجارة الفرنسية).

- Cass.Com.,20 Juin 1989, Rev. Proc. Coll., N° 1995-3, P.304, Obs., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

- Cass.Com., 3 Mai 1994, Rev. Proc. Coll., N° 1995-3, P.304, Obs., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

- وقد أكد على هذا الحق كذلك قضاء الموضوع :

- Poitier, 14 September 1994 , Rev. Proc. Coll., N° 1995-3, P.304 et 305, Obs., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

[381]- عبد العزيز تريد، آثار الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على المتابعات الفردية، مجلة المعيار، ع. 31، 2004، ص.11-12.

[382]، ذلك أن المشرع لم ينص في إطار هذه المادة، على أي استثناء يخص نطاق تطبيق مبدأ وقف المتابعات الفردية على الدائنين أصحاب الديون الناشئة قبل الحكم بفتح المسطرة[383].

المطلب الثاني: الدعاوى المشمولة بمبدأ وقف المتابعات الفردية

إذا كان المشرع في إطار القواعد المسطرية قد خول للأشخاص حق الإدعاء أمام القضاء بشكل يضمن لهم اقتضاء ما لهم من حقوق، كما لهم اتخاذ جميع الإجراءات المقررة قانونا للمحافظة على تلك الحقوق، فإن هذا الحق ترد عليه مجموعة من الاستثناءات في إطار مسطرة التسوية القضائية للمقاولة، وذلك رغبة من المشرع في إسعاف هذه الأخيرة، ومساعدتها على تخطي الصعوبات التي تعترضها ولو على حساب حق التقاضي، فما هي إذن الدعاوى والإجراءات المشمولة بالوقف؟

إن المتابعات الفردية التي يشملها الوقف أو المنع المنصوص عليه في المادة 686 من م.ت.، تتمثل في تلك المتابعات التي قد يقوم بها الدائنون فرادى ضد المقاولة المفتوحة ضدها المسطرة، وذلك إما في شكل دعاوى رامية إلى الحكم على المقاولة بأداء مبلغ من المال (الفقرة الأولى) أو في شكل دعاوى رامية إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال (الفقرة الثانية) أو في شكل إجراء للتنفيذ على منقولات أو عقارات المقاولة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الدعوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال

لتفادي استنزاف أصول المقاولة التي تحتاجها لمتابعة نشاطها، منع المشرع كل دائن سابق من رفع أي دعوى فردية ضد المدين، سواء أمام القضاء الرسمي أو هيئة التحكيم، كلما كان

---

[382] - Hassania CHERKAOUI, Droit commercial, 2ème éd., Imp. Najah Aljadida , 2001, P. 280.

[383]- ومن التطبيقات القضائية التي تؤكد الطابع العام الذي يتميز به مبدأ وقف المتابعات الفردية، قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، الذي جاء في إحدى حيثياته: " وحيث إنه باعتبار أن الطاعنة أصبحت بعد هذا الحجز توجد تحت نظام التسوية القضائية، وبالضبط فترة إعداد الحل، فإن المبالغ المحجوزة أصبحت خاضعة لقاعدة وقف المتابعات الفردية المنصوص عليها في المادة 653 من مدونة التجارة، وبالتالي فإن القابض أصبحت يده مغلولة عن متابعة إجراءات التنفيذ المتعلقة بتحصيل الأموال المحجوزة، ولم يعد له حق التصرف فيها بأي شكل من الأشكال، ومن ثم فإن القابض يبقى كغيره من الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل فتح المسطرة خاضعا لأحكام المادة المذكورة"، قرار رقم 309، صادر بتاريخ 2002/08/08، في الملف عدد 11/2001/2842، غير منشور.

هدفها يرمي إلى أداء مبلغ مالي، من قبيل دعوى طلب أداء ثمن بيع الأصل التجاري، أو سداد واجبات الكراء ..، وهذا المنع شامل لجميع هذا النوع من الدعاوى كيفما كانت طبيعتها.

أما إذا كانت الدعاوى المذكورة تهدف إلى القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به، فإن رفعها جائز، بحيث لا تخضع لهذا المنع، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته الذي جاء فيه[384]: " وبخصوص ما أثير من خرق المادة 653 من م.ت.، فإن المادة المذكورة تهم الدعاوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ مالي أو بفسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي، أما الدعاوى التي تهدف إلى غير ذلك من مثل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فهي لا تخضع لمقتضيات المادة المحتج بخرقها ".

وكما يمنع الدائن الخاضع لمبدأ وقف المتابعات الفردية منذ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، من رفع دعوى المطالبة بالوفاء بالدين، فإن ضرورة حماية الدائنين عن طريق منعهم من التسابق فرادى لاستيفاء حقوقهم كل واحد على حدة، تقتضي أن يمنع كذلك هذا الدائن من الاستمرار في الدعوى التي يكون قد رفعها قبل فتح المسطرة، إذ يتعين عليه في هذه الحالة التوقف عن السير فيها والعمل بدل ذلك على التصريح بدينه إلى السنديك، مضافا إليه المصاريف القضائية التي يكون قد تحملها بمناسبة هذه الدعوى التي سبق أن رفعها[385].

الفقرة الثانية: الدعوى الرامية إلى فسخ عقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال

تكمن الغاية من تقرير المشرع لوقف الدعاوى الرامية لفسخ عقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال، في تمكين المقاولة من متابعة نشاطها والاستفادة من العقود المستمرة التي تكون ضرورية لمتابعة نشاطها، ذلك أنه من شأن قبول الدعوى الهادفة لفسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال أن يزيد من تردي وضعية المقاولة، فقد تفقد المقاولة من جراء ذلك منقولات أو عقارات ضرورية لمتابعة نشاطها.

[384]- قرار صادر بتاريخ 2005/4/13، ملف تجاري عدد 2005/3/129، قرار منشور، م.م.ق.أ.م.، ع. 10، ص.109.
[385]- امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.19.

وهكذا، فالدائن المرتبط مع المقاولة بعقد، لا يجوز له متابعة المقاولة والمطالبة بالديون السابقة لحكم فتح المسطرة، أما بخصوص الديون التي نشأت بمقتضى العقد بعد صدور الحكم، فإنها تعامل بنفس المعاملة التي تسري على الديون الناشئة بعد الحكم القاضي بفتح المسطرة.

وإذا وقع أن كانت هناك دعوى جارية ضد رئيس المقاولة ترمي إلى فسخ عقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال، فإن فتح مسطرة التسوية القضائية ضد رئيس المقاولة من شأنه أن يوقف هذه الدعوى إلى أن يقوم الدائن بالتصريح بدينه إلى السنديك، وتواصل بعد ذلك الدعوى بقوة القانون، بعد أن يتم استدعاء السنديك بصفة قانونية، ولكنها لا ترمي في هذه الحالة سوى إلى إثبات الدين وحصر مبلغه[386].

وعلى خلاف ما سبق ذكره أعلاه، إذا كان طلب فسخ العقد بعد حكم فتح المسطرة لا يكمن في عدم أداء مبلغ من المال، وإنما يستند إلى سبب آخر، فإن المتعاقد مع المقاولة لا يمنع من رفع دعوى قضائية بهذا الخصوص أو الاستمرار فيها، إذا كان قد رفعها من قبل، ولكن بعد إدخال السنديك في هذه الدعوى، أو بعد أن يعمل هذا الأخير على مواصلتها بمبادرة منه[387].

الفقرة الثالثة: إجراءات التنفيذ المشمولة بمبدأ وقف المتابعات الفردية

بالإضافة إلى منع الدائنين الناشئة ديونهم قبل حكم فتح مسطرة التسوية القضائية من رفع الدعاوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال وتلك الرامية إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال، منع المشرع المغربي كذلك كل واحد من هؤلاء الدائنين من سلوك أو الاستمرار في سلوك إجراءات فردية هادفة إلى التنفيذ على الأموال المنقولة أو العقارية للمقاولة[388].

---

[386]- راجع المادة 687 من م.ت.

[387]- راجع المادة 689 من م.ت.

[388]- في هذا السياق يؤكد بعض الباحثين على أن وقف أو منع كل مساطر التنفيذ من قبل الدائنين سواء فيما يخص العقارات أو المنقولات في إطار مسطرة التسوية القضائية، التي يتعذر مع افتتاحها مثلا تتبع مسطرة تحقيق الرهون كيفما كان نوعها، بقدر ما تعتبر - هذه القاعدة - بناءة في إطار الفلسفة الجديدة التي يتم التعامل بها تذليلا للصعوبات التي تعرفها المقاولات حفاظا عليها لما تمثله من

ويسري هذا المنع على كل الدائنين، كما أنه من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته[389]، ولذلك فإنه لا يمكن للدائن اتخاذ أي إجراء للتنفيذ، باستثناء حالة الدائن الذي يتوفر على ضمانة منقولة، وذلك تطبيقا لمستجد الفقرة الأخيرة من المادة 686 من م.ت.، حيث يمكنه أن يتقدم بطلب بيع المنقول موضوع هذه الضمانة إلى القاضي المنتدب وذلك في حالة ما إذا كان هذا المنقول وشيك الهلاك أو معرضا في وقت قريب لنقص محسوس في قيمته أو إذا كان المنقول من الأشياء التي يقتضي حفظها مصاريف باهضة. ويتم توزيع ثمن هذا البيع طبقا للمادة 632 من م. ت.[390].

بهذا نكون قد انتهينا من التطرق للمقتضيات المتصلة بوقف المتابعات الفردية في مواجهة المدين الأصلي، سواء من حيث الدائنين الخاضعين لهذا الوقف، أو من حيث الدعاوى وطرق التنفيذ المشمولة به، لذلك سوف ننتقل للوقوف على مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي ؟

المبحث الثاني: مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي

إن الوقوف الدقيق على مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي في ظل استفادة المدين الأصلي من قاعدة وقف المتابعات الفردية، وفي ظل اختلاف طبيعة التزام الضامن الشخصي من ضمان شخصي لآخر، يتطلب منا الوقوف على حدود هذه الإمكانية في مواجهة الضامن الشخصي الملتزم بصفة تبعية (المطلب الأول) وفي مواجهة الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية (المطلب الثاني) ثم في مواجهة الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة (المطلب الثالث).

خلفية اجتماعية واقتصادية، بقدر ما تمثل كذلك من حواجز أمام الدائنين عموما لاستيفاء ديونهم، وخاصة منهم الأبناك.، سعيد بربال، إشكالات تحقيق الضمانات البنكية، الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، ط. 1، يناير 2004، ص.310.

[389]- أغلب الفقه يؤكد على أن مبدأ وقف المتابعات الفردية من النظام العام، سواء فيما يخص نطاق تطبيقه من حيث الدائنين، أو فيما يخص نطاق تطبيقه من حيث الدعاوى وطرق التنفيذ.

- امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.369.

- Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P. 270.

[390]- يعد هذا المقتضى من بين المستجدات التي جاء بها القانون 73.17.

المطلب الأول: مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي الملتزم بصفة تبعية

تعتبر الكفالة ضمانة شخصية تبعية، وأحد أهم الضمانات الشخصية التي عادة ما يلجأ إليها الدائن لاستيفاء حقوقه داخل الآجال المتفق عليها في حالة عجز المدين، وهذا هو السبب الذي يجعل الدائن، ورغبة منه في الحفاظ على حقوقه وحظوظه في الحصول على ديونه، قد يشترط أن يكون للمدين أكثر من كفيل على وجه التضامن[391].

نظرا لهذه الأهمية التي تحظى بها الكفالة، وخاصة في ظل الإقبال الواسع عليها من طرف الفاعلين الإقتصاديين، فقد يحدث أن يكون لدى المدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية، كفلاء يكفلون ديونه لصالح دائنيه، فالتزام الكفيل موضوعه هو ضمان عجز المدين، وفتح مسطرة التسوية القضائية يحقق لا محالة الواقعة التي التزم بشأنها الكفيل، فالكفالة تعد ضمانة شخصية من المفترض أن تضمن للدائن استيفاء حقوقه[392].

وهكذا، إذا كانت القواعد العامة تقضي بأنه يحق للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون[393]، فإنه بالمقابل، وفي ظل مسطرة التسوية القضائية التي اقتضت وضع بعض القواعد القانونية الاستثنائية من أجل محاولة إنقاذ المقاولة وتسوية وضعيتها المتأزمة، من أهمها مبدأ وقف المتابعات الفردية، يطرح التساؤل حول مدى استفادة الكفيل من مقتضيات المادة 686 من م.ت. المتعلقة بوقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمسطرة التسوية القضائية، نجد بأن المشرع المغربي تطرق لوضعية الكفيل في المادة 695 من م.ت.، التي تنص على أنه: " يمكن للكفلاء متضامين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

– بمقتضيات مخطط الاستمرارية.

---

[391]- عبد الكريم عباد، م. س.، ص.315.

[392]- خديجة بنجلون، وضعية الكفيل في مسطرة معالجة صعوبات المقاولة ، م.م.ت.، ع.5-6، فبراير 2010، ص.75.

[393]- راجع الفصل 1140 من ق.ل.ع .

– بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أعلاه.

لا يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.

لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها ".

بناء على المادة أعلاه، يتبين بأنه لا يمكن للدائنين في إطار مخطط الاستمرارية متابعة الكفلاء سواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين، بمبرر أن الدعاوى تتوقف ضد المدين الأصلي وليس ضد الكفلاء، لأن الكفيل يمكنه التمسك طبقا لمقتضيات المادة 695 من م.ت. بالآجال المحددة في مخطط الاستمرارية[394] ، وذلك خلافا لما كان ساريا بموجب المادة 662 من م. ت. المنسوخة، إذ لم يكن للكفيل الحق في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية، حيث كانت المادة 662 تنص على أنه. " لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يتمسكوا:

– بمقتضيات مخطط الاستمرارية..".

إذا كان الوضع على هذا النحو في إطار مخطط الاستمرارية، فإننا نجد بأن المشرع المغربي قد لزم الصمت فيما يخص مدى إمكانية الرجوع على الكفيل خلال فترة إعداد الحل[395]؟ في إطار مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. لسنة 1996 ويبدو الأمر كذلك في إطار الكتاب الخامس من م.ت. الجديد ، مما أدى إلى نشوء خلاف جدي وهام على مستوى الفقه، وخلق تضاربا على مستوى الاجتهاد القضائي، كانت نتيجته بروز ثلاث اتجاهات، اتجاه رافض لإمكانية الرجوع على الكفيل، واتجاه قابل بهذه الإمكانية، واتجاه ثالث يميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن.

---

[394]- هذه المقتضيات تطبق على الكفيل الشخصي والكفيل العيني، إذ لا يوجد أي مسوغ قانوني يمنع من تطبيق هذه الأحكام على الكفالة العينية، للمزيد من المعلومات راجع، أحمد كويسي، الكفالة العينية ، مجلة القانون والاقتصاد، دجنبر 2007، ع.23، ص.43-44.

- Pierre Michel LE CORRE, Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives, J.C.P. E., N° 23, 6 Juin 2002, P. 941 et S.

[395]- وتسمى كذلك بالفترة الانتقالية أو فترة الملاحظة.

للإجابة عن هذه الإشكالية، وإبراز الأسس والعلل التي تبناها كل واحد من هذه الاتجاهات، سوف نتطرق لموقف الفقه، ولموقف القضاء، في ظل مقتضيات م.ت. لسنة 1996 (الفقرة الأولى) ثم لموقف المشرع في ظل القانون الجديد 73.17 [396] (الفقرة الثانية)، دون أن نغفل تقييم هذه المواقف والتصريح بموقفنا من الموضوع (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مدى إمكانية الرجوع على الكفيل قبل صدور القانون 73.17

للوقوف على مدى إمكانية الرجوع على الكفيل في ظل مقتضيات م.ت. لسنة 1996 سوف نتطرق لموقف الفقه (أولا) ثم لموقف القضاء (ثانيا).

أولا: موقف الفقه من مدى إمكانية الرجوع على الكفيل

لقد انقسم الفقه في ظل مقتضيات م.ت. لسنة 1996 إلى ثلاث مواقف، موقف أول رافض لإمكانية الرجوع على الكفيل، وموقف ثان قابل بهذه الإمكانية، وموقف ثالث يميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن.

أ- الموقف الفقهي الرافض لإمكانية الرجوع على الكفيل

يذهب أنصار هذا الموقف إلى القول باستفادة الكفيل من مزية وقف المتابعات الفردية، ومن ثم عدم إمكانية الرجوع على الكفيل إلا بعد انتهاء الفترة الانتقالية، التي تمتد من تاريخ الحكم بفتح المسطرة إلى حين الحكم المحدد لمخطط التسوية، وفي هذا الإطار ذهب الأستاذ محمد كرام[397] إلى القول بأن الآجال لا تسقط في مواجهة الكفيل ابتداء من تاريخ الحكم بفتح المسطرة، لأن القول بسقوطها يتناقض مع مبدأ تبعية الكفالة للالتزام الأصلي، خصوصا وأنه في هذه المرحلة الانتقالية يتم التصريح بالديون من طرف الدائنين، وكل دائن مهمل يسقط حقه وينقضي إزاء المدين وإزاء الكفيل على حد سواء[398].

396- في ظل غياب أي موقف فقهي أو قضائي لحدود كتابة هذه الأسطر بحسب علمنا، يناقش مدى إمكانية الرجوع على الكفيل في ظل القانون 73.17.

397- محمد كرام، وضعية الكفيل أثناء مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة ، مجلة المنتدى، ع. 3، يونيو 2002، ص.141.

398- وقد تبنى نفس العلل الأستاذ عبد الكريم عباد، م. س.، ص.315.

وفي نفس السياق يرى الأستاذ محمد الحارثي[399] بأنه ولئن كان المشرع المغربي قد تفادى طول فترة الملاحظة، وحصرها في أقصى الحالات في ثمانية أشهر، فإن هذه المدة الأخيرة غالبا ما يتم تجاوزها لغياب مقتضيات جزائية، لذلك وتساهلا مع الكفيل[400] خاصة حسن النية، يجب تمديد الاستفادة من عدم المتابعة بالنسبة له إلى حين النطق بالحكم المحدد لمخطط الاستمرارية.

ويرى الأستاذ أحمد شكري السباعي[401] بأن وقف الدعاوى الفردية التي يقيمها الدائنون، جاءت عامة لا تفرق بين تلك المقامة ضد المدين أو ضد الكفيل، لأن استيفاء الدائن لدينه وحده على الكفيل يضر بباقي الدائنين ويضر بالمسطرة.

وقد أكد الأستاذان محمد القادري ومحمد آيت موح في مقالهما حول إشكالات وقف المتابعات الفردية في نظام صعوبات المقاولة[402] على نفس الموقف، بالقول بأنه في غياب نص تشريعي واجتهاد قضائي قار بمدى استفادة الكفيل من مزية وقف المتابعات الفردية يرجح الاتجاه القائل بعدم إمكانية الرجوع على الكفيل، لأنه باستقراء نصوص الكتاب الخامس من م.ت. يتضح عدم وجود أي إشارة تفيد منع الكفيل من الاستفادة من مزية وقف المتابعات الفردية خلال فترة إعداد الحل وهو ما تسايره المادة 662 من م.ت. المنسوخة التي كانت تستبعد الكفلاء من التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية صراحة ولم تشر إلى فترة إعداد الحل.

كما أن الكفالة بوصفها التزاما تبعيا للالتزام الأصلي تدور معه وجودا وعدما، يقتضي أن يسري عليها ما يسري على الالتزام الأصلي والقول بخلاف ذلك فيه تعارض مع مقتضيات الفصلين 1140 و1150 من ق.ل.ع. أضف إلى ذلك أن الكفالة هي واحدة من أهم

---

[399]- محمد الحارتي، دفوع الكفيل في مواجهة الدائن ، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.429.

[400]- نختلف مع الأستاذ محمد الحارثي في التعليل لكون الأمر لا يتعلق بالتساهل من عدمه بل بالتطبيق السليم للنصوص القانونية الواجبة التطبيق.

[401]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.251.

[402]- محمد القادري، محمد آيت موح، إشكالات وقف المتابعات الفردية في نظام صعوبات المقاولة، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.181.

الضمانات التي تتطلبها المؤسسات البنكية نظير تمويل المقاولات لا سيما العائلية منها التي تتمثل عادة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والمقاولات الفردية، والتي تمثل المرتبة الأولى من حجم المقاولات في المغرب، مما يبقى معه القول باستبعاد الكفيل من مزية المتابعات الفردية في حالة خضوع المقاولة لمسطرة التسوية القضائية بمثابة انتكاسة للائتمان الذي يعتبر عصب الحياة التجارية وجوهرها، إذ أن إرهاق الكفيل بالمتابعات الفردية من طرف الدائنين واستفادة المقاولة في المقابل من وقف المتابعات سيجعل الكفلاء يحجمون عن تقديم ضمانهم الشخصي لفائدة دائني المقاولة[403].

ب- الموقف الفقهي المؤيد لإمكانية الرجوع على الكفيل

يذهب أنصار هذا الموقف، وعلى عكس الموقف السابق، إلى القول بعدم استفادة الكفيل من مبدأ وقف المتابعات الفردية، ومن ثم فإنه يمكن للدائن الرجوع على الكفيل، وفي هذا الإطار نجد بأن الأستاذة حياة حجي[404] تقول بعدم استفادة الكفيل من وقف المتابعات الفردية، وذلك استنادا على مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، التي كانت تنص على أن الكفيل لا يمكنه التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية، وذلك على أساس أن فترة الملاحظة أو إعداد الحل، تعد بمثابة فترة ترقب وانتظار من أجل الوصول إلى الحل المناسب للمقاولة، وبالتالي فمن الضروري العمل على وقف أية متابعة فردية في مواجهة المدين رئيس المقاولة، بخلاف الكفيل الذي لا يمكنه التمسك بهذا المبدأ للاستفادة منه، ما دام أن إجراءات المتابعات التي سوف يمارسها الدائن في مواجهته لن تؤثر في سير المقاولة، لكونها لا تقع على أموال المدين، بل على أموال الكفيل، الأمر الذي لا يخول للكفيل إمكانية الاحتجاج بمقتضيات القواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 1140 من ق.ل.ع.، فسواء كان الكفيل عاديا أو متضامنا، فإنه لا يستفيد من مبدأ وقف المتابعات الفردية، ويمكن بالتالي للدائن مباشرة هذه الإجراءات بكل حرية في مواجهته لاستيفاء دينه.

---

[403]- راجع في نفس الاتجاه:
- محمد صبري، الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنكي عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، دراسة تحليلية وفق القانون المغربي والمقارن مذيلة بأهم الأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط.1، 2007، ص.186 إلى 189.، أحمد المنصوري، م. س.، ص.165.، محمد بنموسى، م. س.، ص.76.

[404]- حياة حجي، م. س.، ص.164.

في حين قال الأستاذ عبد العزيز تريد[405] بأنه لو أراد المشرع المغربي إشراك الكفيل في مزية وقف المتابعات الفردية، لكان نص على ذلك صراحة، فنحن أمام إجراء استثنائي لا يجوز التوسع فيه عن طريق الإحالة على أحكام الكفالة في ق.ل.ع. .

وفي نفس السياق، ذهبت الأستاذة خديجة بنجلون من أجل تعليل هذا الموقف إلى القول بأن الغاية من الكفالة هي ضمان عجز المدين، الذي يتحقق لا محالة عند فتح مسطرة التسوية القضائية في حق هذا الأخير، ويجب بالتالي أن تفي بالغاية التي منحت لأجلها. كما أن الآثار المترتبة على فتح مسطرة التسوية القضائية، هي استثناءات لصيقة وخاصة بشخص المدين، ولا تنسحب على الكفلاء الذين لم تفتح في حقهم مسطرة التسوية، بالإضافة إلى أن مسطرة التسوية القضائية شرعت أساسا من أجل إنقاذ المقاولات عبر تسوية وضعيتها، ومن ثم فإن قواعدها تصب في اتجاه حماية المدين، مما يجعل حقوق الدائنين مهددة بالضياع، وأن تمديد وقف المتابعات الفردية إلى الكفيل من شأنه إرهاق هؤلاء الدائنين[406].

ج- الموقف الفقهي المميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن

يذهب أنصار هذا الموقف إلى القول بأن الكفيل العادي يستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية، بخلاف الكفيل المتضامن الذي لا يمكنه التمسك بهذه القاعدة، وفي هذا الإطار يذهب الأستاذ سعيد أولعربي[407] إلى القول بأنه لما كانت الكفالة التضامنية تجمع بين مزايا الكفالة وقاعدة التضامن، فإن الكفيل المتضامن غير محق في التشبث بالدفوع الشخصية المحضة للمدين المتضامن معه عملا بصريح الفصل 168 من ق.ل.ع.، ووقف المتابعات الفردية تعتبر مزية تمنح للشخص الخاضع للمسطرة الجماعية، ولا يستفيد منها غيره ما لم يكن بدوره محل مسطرة مماثلة، أو ما لم يكن ثمة نص قانوني صريح يخول له ذات الامتياز.

---

[405]- عبد العزيز تريد، م. س.، ص.17.

[406]- خديجة بنجلون، م. س.، ص.78و 79.

[407]- سعيد أولعربي، وضعية الكفيل المتضامن، تعليق على قرار قضائي صادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش، عدد 554 بتاريخ 2013/04/18، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع. 122-123، ماي- غشت 2015، ص.350.

كما أن الكفالة التضامنية خلافا لوضع الكفالة العادية تحجب إنفاذ قاعدة التمسك بالتجريد، مع ما يستتبع ذلك من قيام المديونية إزاء الكفيل والمكفول على حد سواء، وكفالة حق الدائن في توجيه المطالبة بالأداء في مواجهة الكفيل دون المدين.

ثانيا: موقف القضاء من مدى إمكانية الرجوع على الكفيل

لقد انقسم موقف القضاء، شأنه في ذلك شأن الفقه إلى ثلاث اتجاهات، وذلك بين موقف رافض لإمكانية الرجوع على الكفيل، وموقف قابل بهذه الإمكانية، وموقف ثالث ميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن.

أ- الموقف القضائي الرافض لإمكانية الرجوع على الكفيل

هذا الاتجاه القضائي يؤكد على أن الكفيل يستفيد من وقف المتابعات الفردية، مبررا ذلك بمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع.، وعلى المعنى المخالف للمادة 662 من م.ت. المنسوخة، وعلى كون الكفالة لها صفة التبعية بالنسبة للدين الأصلي، وهو اتجاه أخذت به محاكم الموضوع، كما أن محكمة النقض تبنت نفس التوجه في عدد من قراراتها.

فعلى مستوى محاكم الموضوع قضت المحكمة التجارية بمراكش في حكمها رقم 1416 الصادر بتاريخ 2015/05/25 بما يلي: " وحيث إنه ولئن كانت المادة 662 من مدونة التجارة تمنع على الكفلاء التمسك بمخطط الاستمرارية فإنه وبالمعنى المخالف لهذه المادة لا يمكن مطالبتهم بالأداء أثناء فترة الملاحظة التي تخضع لها المدينة الأصلية بعدما تم فتح مسطرة التسوية القضائية في حقها لأنه في هذه المرحلة يتم التصريح بالديون وتحقيقها وهي مرحلة حاسمة قد تتحقق فيها الديون وقد تسقط أو تنقضي في مواجهة المدين والكفيل على حد سواء وبالتالي لا يجوز مطالبة الكفيل بأداء دين لم يتم الحسم فيه بعد لما في ذلك من خرق لمبدأ تبعية الكفالة للالتزام الأصلي الشيء الذي يبقى معه طلب المدعية سابق لأوانه ويتعين عدم قبوله"[408].

[408]- حكم رقم 1416 صادر بتاريخ 2015/05/25 في الملف عدد 2014/9/878، غير منشور.

كما أن محكمة الاستئناف التجارية بفاس تبنت نفس التوجه، حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ 2004/12/7[409]: " حيث إنه من المقرر أن التزام الكفيل هو تابع للالتزام الأصلي، وبالتالي فإنه للكفيل الحق في أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين سواء كانت شخصية أو متعلقة بالدين المضمون طبقا لمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. .

حيث إنه بمقتضى المادة 653 من مدونة التجارة فإن حكم فتح المسطرة يوقف ويمنع كل دعوى قضائية وكل إجراء للتنفيذ يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور، كما أنه من المقرر فقها وقضاء أن الدائن لا يحق له الرجوع ضد الكفيل إلا بعد انتهاء الفترة الانتقالية التي تمتد من تاريخ الحكم بفتح المسطرة إلى حين الحكم المحدد لمخطط الاستمرارية وأن الآجال الممنوحة للمدين الأصلي في ظل هذا المخطط هي التي لا يستفيد منها الكفيل بمفهوم المادة 662 من مدونة التجارة على اعتبار أنه في هذه المرحلة الانتقالية يتعين التصريح بالديون من طرف الدائنين تحت طائلة سقوط حقهم وانقضاء ديونهم ومتى كان ذلك وفي غياب ما يفيد حصر مخطط الاستمرارية من جهة وتحقيق الديون على مستوى القاضي المنتدب من جهة أخرى يكون مآل الطلب عدم القبول ليس إلا ويبقى الحكم المستأنف في غير محله مما يقتضي إلغاؤه" [410].

---

[409]- قرار رقم 1341، صادر بتاريخ 2004/12/7، في الملف عدد 04/1048، غير منشور.

[410]- كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة تحت رقم 1512 صادر بتاريخ 2006/10/12، ملف عدد 06/1312: " وحيث يترتب عن فتح مسطرة التسوية القضائية في حق المدينة الأصلية، أن الدائن لا يمكنه الرجوع بالأداء ضد الكفيل إلا بانتهاء الفترة التي تمتد من تاريخ فتح المسطرة إلى حين صدور الحكم بحصر مخطط الاستمرارية، أو بصفة عامة باختيار الحل المناسب لوضعية المقاولة على ضوء تقرير السنديك. فإذا كان الكفيل لا يستفيد من الآجال الممنوحة للمدين الأصلي موضوع مسطرة التسوية القضائية حسب المادة 662 من م ت، فإن ذلك لا يعني أن عليه أداء الدين قبل ثبوته وتحقيقه في مواجهة المدين الأصلي وفق ما تقتضيه المادة 690 من م ت، ما دام التزام الكفيل يبقى مجرد التزام تبعي مرتبط وجودا وعدما بالتزام المدين الأصلي الذي قد ينقضي لعدم التصريح بالدين حسبما يستوجبه القانون".، قرار غير منشور.

- انظر كذلك في نفس الاتجاه:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 254، الصادر بتاريخ 2008/02/14، ملف عدد 07/324، قرار منشور، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع. 4، 2011، ص.218.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 917، الصادر بتاريخ 2007/06/05 في الملف عدد 2004/5/404، غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1143، الصادر بتاريخ 2002/10/24، في الملف عدد 02/431، غير منشور.

أما على مستوى قضاء القانون فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى[411] :" لكن حيث إنه بمقتضى الفصل 1140 من ق.ل.ع. ' فإن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون...' وفي نازلة الحال فإن المدينة الأصلية فتحت في حقها مسطرة التسوية القضائية بموجب الحكم الصادر عن تجارية مكناس بتاريخ 02/03/05 تحت عدد 2، لذلك فهي من حقها التمسك بالدفوع الوارد بها نص المادة 653... وبالتبعية حسب صريح الفصل 1140 المذكور، فإن الكفيل بدوره يستفيد من الدفوع المذكورة، دون أي تمييز بين كونه كفيلا عاديا أو متضامنا... والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي أسست قضاءها على ما ذكر واعتبرت أنه طالما أن التزام الكفيل هو تابع للالتزام الأصلي ويحتل نفس مركزه القانوني، فإن الرجوع عليه بالأداء ومواصلة إجراءات التنفيذ ضده تعتريها صعوبة قانونية تتمثل في صدور حكم التسوية القضائية في حق المدينة الأصلية مما يتعين معه تأييد الأمر الابتدائي القاضي بوجود صعوبة في تنفيذ الإنذار العقاري ..."[412].

وقد أكدت محكمة النقض نفس الموقف في قرارها رقم 170 الصادر بتاريخ 2013/02/21 الذي جاء فيه: " لكن حيث إنه لما كان الفصل 1140 من ق.ل.ع. يعطي للكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ولما كان تم رفع الدعوى في مواجهة الكفيل حينما كانت المدينة الأصلية في حالة تسوية قضائية في مرحلة إعداد الحل، فإنه يبقى من حق كفيلها التمسك بدفوعها المستمدة من المادة 653 من م.ت. والتي من بينها مطالبته بوقف الدعاوى الرامية للحكم عليه بأداء ديون نشأت في مواجهتها قبل الحكم بفتح المسطرة، وهذا الحل المتعلق

[411]- قرار رقم 644، صادر بتاريخ 2009/04/29، في الملف عدد 2004/1/1069، قرار منشور، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع.5، ص.163.

[412]- انظر في نفس الاتجاه:

- قرار المجلس الأعلى رقم 643، الصادر بتاريخ 2009/04/29، ملف عدد 2004/1/3/911، قرار منشور، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع 5.ص.182.

- قرار المجلس الأعلى رقم 1965، الصادر بتاريخ 2010/12/30 في الملف التجاري عدد 2010/1/3/1065،قرار منشور، مجلة القضاء التجاري، ع. 2، صيف- خريف 2013، ص.188.

باستفادة الكفيل من دفوع الأصيل يستمر لغاية إعداد الحل ليستعيد بعدها الدائنون حقهم في مقاضاة الكفيل والتنفيذ على أمواله." [413].

ب- الموقف القضائي المؤيد لإمكانية الرجوع على الكفيل

هذا الاتجاه القضائي، وعلى عكس الاتجاه السابق، يؤكد على عدم استفادة الكفيل من وقف المتابعات الفردية، وذلك استنادا على المادة 662 من م.ت. المنسوخة، وعلى أن المتابعات الفردية تتوقف في مواجهة المدين المتوقف عن الدفع المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية، وليس في مواجهة الكفيل، وقد أخذت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء[414] بهذا التوجه حيث قضت بأنه: " وحيث إنه فيما يتعلق بالدفع بالفصلين 653 و 654 من مدونة التجارة فإن المدعية وإن كانت قد وجهت دعواها ضد شركة أجيماط رغم وضعها في حالة التسوية القضائية وكذا ضد كفلائها فإن المحكمة هي التي لها حق التكييف وهي التي لها الكلمة الأخيرة وقد قضت بالفعل بعدم قبول الطلب عندما ثبت لديها بأن الشركة فتحت في حقها مسطرة التسوية بتاريخ 2002/04/10 أي قبل رفع هذه الدعوى في 2002/09/20.

وحيث من الثابت من وثائق الملف أن المدعية قد صرحت بدينها وتبعا لذلك يبقى من حقها مقاضاة الكفلاء الذين لا يستفيدون من الوضع الذي صارت إليه الشركة المدينة الأصلية وبالتالي فإن مقتضيات الفصل 653 و 654 من مدونة التجارة قد تم تطبيقها تطبيقا سليما مما يتعين معه رد الدفع المثار بشأنها.

وحيث إن ما أثاره الطاعنان بشأن الفصل 657 و 662 من م.ت. على اعتبار أن حكم فتح مسطرة التسوية تترتب عليه منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره وأن المنع يمتد أيضا إلى الكفلاء غير جدير بالاعتبار وذلك لأن المنع الوارد بهذا الفصل وبخلاف ادعاء الطاعنين يهم

---

[413]- قرار رقم 170، صادر بتاريخ 2013/02/21، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1317، قرار منشور في كتاب، عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتسوية القضائية، منشورات دار القضاء بالمغرب يصدرها مكتب أزوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم، 2014، ص 71.

[414]- قرار رقم 4258، صادر بتاريخ 2005/11/24 في الملف رقم 9/2004/3784، غير منشور.

المدينة والسنديك فقط ولا يستفيد منه الكفلاء وهذا ما أكدته أيضا مقتضيات الفصل 662 من م.ت. المتمسك به أيضا "[415].

وقد تبنى المجلس الأعلى هذا التوجه كذلك حيث جاء في أحد قراراته[416]:" لكن، حيث إنه علاوة على أن الطاعن لم يسبق له أن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن الدين قد انقضى بسبب عدم تصريح الدائن بديونه أمام السنديك، فإن مآخذه على القرار المطعون فيه انصبت حول ما قضى به من إيقاف البت في مواجهة شركة ج ن لانت دون أن يشمله هو ذلك، في حين أنه يعتبر كفيلا للمدينة الأصلية (شركة ج ن لانت) وصفته هاته تحول دون استفادته من الإجراء السابق استنادا لمقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة ".

وقد أكد المجلس الأعلى على هذا الموقف كذلك في قراره رقم 1700 الصادر بتاريخ 2008/12/31[417] الذي جاء فيه: " لكن من جهة فإن محكمة الاستئناف لم تعتمد المادة 662 من م.ت. على أساس أنها نصت صراحة على أن الكفلاء لا يمكنهم أن يتمسكوا بمقتضيات التسوية بينما هي تنص على عدم تمسكهم بمقتضيات مخطط الاستمرارية كما يتمسك بذلك الطاعن بل أنها أخذت بنص المادة المذكورة حسب نصها المتعلق بمخطط الاستمرارية لتستخلص على أن المشرع إذا لم يقرر فكرة تبعية الكفالة للالتزام الأصلي بخصوص دفوع متعلقة بالدين المضمون فيما يتعلق بالآجال والتخفيضات والفوائد القانونية والاتفاقية فإن

---

[415]- في نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 735 الصادر بتاريخ 2012/04/23 في الملف عدد 2011/1739 في إطار مسطرة التصفية القضائية بأنه: " وحيث من جهة ثانية فإن وجود المدين الأصلي في حالة تصفية قضائية لا يجعل كفيله يستفيد من مقتضيات الفصل 653 من م ت الذي تمسك به المستأنف ما دام نطاق تطبيق مقتضى الفصل المذكور والذي يقضي بأن حكم فتح المسطرة يوقف ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى الحكم على المدين بالأداء ولم يتضمن أي إشارة لوقف المتابعة بالنسبة للكفيل، وما دام المستأنف غير خاضع بدوره لإحدى مساطر معالجة صعوبات المقاولة وما دام المشرع نص صراحة بموجب الفصل 662 من نفس القانون على أن الكفلاء لا حق لهم في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية ..." قرار غير منشور.

- في نفس الاتجاه كذلك انظر:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 1658، الصادر بتاريخ 2002/6/14، قرار غير منشور، أوردته خديجة بنجلون، م. س.، ص.182.

[416]- قرار رقم 1545، صادر بتاريخ 2002/12/18، ملف تجاري عدد 2002/640، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، دجنبر 2004،ع. 62، ص.99.

[417]- قرار رقم 1700، صادر بتاريخ 2008/12/31، في الملف التجاري عدد 2006/2/3/1120، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص. 98.

ذلك يوحي بتطبيق نفس القاعدة على الدفوع الشخصية للمدين الأصلي والتي يثيرها فتح مسطرة التسوية القضائية في حق هذا الأخير معتبرة استنادا لذلك أن الكفيل متضامنا كان أم غير متضامن لا يستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية المنصوص عليها في بالمادة 653 من م.ت. ما لم يسمح القانون بخلاف ذلك. ومن جهة أخرى فإن المحكمة لم ترد الدفع المثار بالتعليل المذكور المتعلق بما استخلصته من المادة 662 من م.ت. بل أيضا بما جاء في تعليلها غير المنتقد من لدن الطاعن والغير مناقش في وسيلته القائل بأن الكفالة وإن كانت ضمانة للدائن ضد المخاطر التي تهدد دينه قبل المدين متى تعذر على هذا الأخير تنفيذ التزاماته تجاه دائنيه وتخول الكفيل طبقا للمادة 1140 من ق ل ع الحق في أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، فإن هذه القاعدة لا محل للدفع بها في حالة مسطرة التسوية القضائية في حق المدين لأن خضوعه لمسطرة المعالجة من الصعوبات يجعله في وضعية خاصة واستثنائية ولصيقة بشخصه كمقاولة فردية أو جماعية بهدف تدليل ما يعترض مساره من اختلال وإرجاعه إلى وضعيته العادية ضمن النسيج الاقتصادي ... مما تكون معه الوسلية على غير أساس"[418].

ج- الموقف القضائي المميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن

يستند هذا التوجه القضائي الثالث على عنصر التضامن لتعليل عدم استفادة الكفيل من قاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي، وفي سياق ذلك قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس بأنه: " وحيث إنه يتبين من الحكم أعلاه أن المحكوم عليهم بما فيهم المستأنفان كفلاء متضامنين ويكونون في مركز المدين المتضامن، وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيا منهم على أداء الدين تطبيقا للفصل 166 من ق.ل.ع.، وبالتالي لا يمكنهما أن يحتجا بمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. متى حصل التضامن بينهما والمدين الأصلي حسب الثابت من الحكم أعلاه والذي أصبح نهائيا بعدما قضى عليهما بالأداء بالتضامن مع المدين

[418]- انظر في نفس السياق:

- قرار المجلس الأعلى رقم 304، الصادر بتاريخ 2008/03/12، في الملف التجاري عدد 2004/2/3/478، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص. 266.

الأصلي لمبلغ الدين، بل أكثر من ذلك فوقف المتابعات الفردية أو المنع المنصوص عليه في المادة 653 من م ت يهم المتابعات الموجهة ضد المقاولة أو التاجر المفتوحة ضده المسطرة ولا تمتد إلى الكفلاء المتضامنين الذين لا تسري عليهم القاعدة المذكورة لأنهم غير معنيين بالمسطرة"[419].

وقد تبنى المجلس الأعلى نفس الموقف حيث جاء في قراره رقم 863 الصادر بتاريخ 2011/06/16 ما يلي: " لكن حيث إنه من جهة فإن من خصائص الكفالة التضامنية أن للدائن أن يرجع على الكفيل المتضامن قبل مطالبة المدين الأصلي أو أن يطالبهما معا دون أن يترتب على مطالبة أحدهما سقوط حقه في مطالبة الآخر، كما أنه من جهة أخرى فإن مسطرة تحقيق الديون باعتبارها ناتجة عن فتح مسطرة صعوبات المقاولة في وجه المدين المتوقف عن الدفع تنصب على الديون التي على المقاولة المفتوحة في حقها المسطرة، وهي التي تستفيد من التخفيضات أو التأجيلات الناتجة عنها، أما كفلاؤها المتضامنون– كما في النازلة– فإن للدائنين مقاضاتهم طبقا للإجراءات العادية، وليس في القانون ما يلزم المحكمة التي تبت في تلك الدعوى بإيقاف البت فيها إلى حين انتهاء مسطرة تحقيق ديون المدينة الأصلية "[420].

الفقرة الثانية: مدى إمكانية الرجوع على الكفيل بعد صدور القانون 73.17

سيرا على نهجه في ظل مقتضيات م.ت. لسنة 1996 لم ينص المشرع المغربي على أي مقتضى خاص وصريح بخصوص استفادة الكفيل من قاعدة وقف المتابعات الفردية من عدمها في إطار مسطرة التسوية القضائية بعد صدور القانون 73.17، حيث اكتفى بالنص على تمتيع الكفيل من حق الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية ومن وقف سريان الفوائد وعلى عدم إمكانية الاحتجاج عليه بسقوط الأجل، وكذا عدم إمكانية الرجوع عليه إلا بالنسبة للديون المصرح بها، وفي ذلك نصت المادة 695 من م.ت. على أنه: " يمكن للكفلاء متضامين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

– بمقتضيات مخطط الاستمرارية.

---

[419]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1176، الصادر بتاريخ 2005/10/05، في الملف عدد 05/1029، غير منشور.

[420]- قرار رقم 863، صادر بتاريخ 2011/6/16، ملف تجاري عدد 2011/3/3/120، قرار منشور، مجلة قضاء محكمة النقض، ع. 74، ص.215.

– بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أعلاه.

لا يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.

لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها".

نفس الفراغ التشريعي نجده في إطار القواعد المنظمة لمسطرة الإنقاذ، حيث لم ينص المشرع على أي مقتضى يستبعد الكفيل من الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية أو يقر باستفادته منها بشكل صريح، حيث تنص المادة 572 من م.ت. على أنه: " يستفيد الكفلاء أشخاصا ذاتيين، متضامنين كانوا أم لا من:

– مقتضيات مخطط الإنقاذ

– وقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أدناه".

بخلاف الوضع في إطار مسطرة المصالحة، حيث نص المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة 559 من م.ت. على أنه:" يستفيد الكفلاء، سواء كانوا متضامنين أم لا، الذين يكون الدين المكفول من قبلهم مشمولا بالإتفاق، من الوقف المؤقت للدعاوى والإجراءات".

كما يختلف موقف المشرع المغربي بهذه المقاربة عن موقف المشرع الفرنسي، الذي بعد أن كان لا ينص في إطار قانون 25 يناير 1985 على أي مقتضى صريح بخصوص حق الكفيل في التمسك بوقف المتابعات الفردية من عدمه، مما أدى إلى انقسام الفقه والقضاء بين مؤيد لاستفادة الكفيل من قاعدة وقف المتابعات الفردية تأسيسا على تبعية التزامه للالتزام المضمون، ومعارض لهذه الاستفادة تأسيسا على الطابع الاستثنائي لقواعد مسطرة التسوية القضائية والغاية التأمينية للكفالة[421]، تدخل بموجب قانون 10 يونيو 1994 ونص صراحة على أن الحكم

[421]- راجع في هذا الإطار:

- Michel STORCK, Cautionnement et procédures collectives, L .P.A., N° 188, Septembre 2000, P.33 et S., Marie-Jeanne CAMPANA, Le cautionnement et l'entreprise en difficulté, Rev. Gaz. Pal., 25 NOVEMBRE 1986, P.721, Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.392., Code de commerce, DALLOZ, Ed.2011, P.1016 et 1017.

القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية يوقف وإلى غاية الحكم المحدد لمخطط التسوية أو المقرر للتصفية القضائية جميع الدعاوى ضد الكفلاء الأشخاص الذاتيين[422]، ثم تدخل بموجب قانون 26 يوليوز 2005 وأمر 18 دجنبر 2008 لينص صراحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية، أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان[423]، كما نص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية[424]، أي أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية، كالكفيل الشخصي، أو خصصوا مالا على سبيل الضمان، كالكفيل العيني.

وعليه، وتطبيقا لمفهوم المخالفة الأشخاص الاعتباريون الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا ضمانات شخصية، أو خصصوا أو فوتوا مالا علي سبيل الضمان لا يستفيدون من قاعدة وقف المتابعات الفردية في ظل القانون الفرنسي.

لكن في مقابل ماسبق، المشرع الفرنسي ينص على أنه يمكن للدائنين اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهة الضامنين الأشخاص الذاتيين[425]، وذلك تجنبا لاستغلال هؤلاء الضامنين

---

[422]- حيث أكد الواقع العملي أن أغلب المقاولات يتم كفالتها من طرف أشخاص ذاتيين هم ذاتهم مسيروها، لذلك وتشجيعا لهم على التصريح المبكر بالصعوبات التي تواجهها المقاولة، وتقديم بيانات المقاولة دون تأخير، والمشاركة بشكل أكثر فعالية في البحث عن الحل من أجل تسوية وضعيتها، متعهم المشرع الفرنسي بالإستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية.

- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.191., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.408.

[423]- تنص الفقرة الثانية من المادة L.622-28 على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

[424]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة L.631-14 على ما يلي:

« Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire … ».

[425]- حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:

« Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires. ».

الأشخاص الذاتيين لتمتعهم بوقف المتابعات الفردية من أجل تحضير عسرهم وتنظيمه، أو تهريب أموال المقاولة[426].

ويختلف كذلك موقف المشرع المغربي عن موقف المشرع التونسي، الذي بعد أن كان يلزم الصمت في ظل القانون رقم 34 الصادر بتاريخ 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، المنقح بالقانون رقم 63 الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1999، مما أدى إلى انقسام الفقه[427] بين قائل باستفادة الكفيل من قاعدة وقف إجراءات التقاضي والتنفيذ، وقائل بعدم استفادته من هذه القاعدة[428]، تدخل بموجب القانون رقم 79 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 2003 لينص في الفقرة الثانية من المادة 32 من هذا القانون على أنه: " ولا تعلق إجراءات التقاضي والتنفيذ في حق الكفيل أو المدين المتضامن إلا بالنسبة لمن رضي بذلك من الدائنين "[429]. ثم تدخل بموجب القانون رقم 36 الصادر بتاريخ 29 أبريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية، ليمنح السلطة التقديرية لرئيس المحكمة للقول باستفادة الكفيل من وقف إجراءات التقاضي والتنفيذ من عدمه خلال فترة المراقبة، حيث نص بموجب الفقرة الثالثة من المادة 449 من مجلة التجارة التونسية على أنه: " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن".

---

426 - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.191.

427- انظر في مجموع هذه المواقف:

- Ahmed OUERFELLI, La caution et le redressement : beneficiaire ou évincée, Rev. de la jurisprudance et de la legislation, Republique Tunisienne, N° 7, Juillet 2002, P.9 et S.

428- في هذا الإطار أكد جانب من الفقه التونسي على أنه بقدر ما لا يجوز للدائن صاحب التأمين الشخصي مطالبة المدين الأصلي بخلاص الدين المتخلد في ذمته، بقدر ما يحق له أن يستأدي حقه من كفيل المدين، لأن المدين وحده من يحق له الاستفادة من آثار حكم فتح المسطرة، أما الكفيل فهو غير بالنسبة لهذا الحكم، وبالتالي لا يحق له أن يتمتع أو يحتج بتلك الآثار.

- بشير المنوفي الفرشيشي، خواطر حول تصدع قانون التأمينات بعد تدوينه سنة 1906، مقال منشور في كتاب، مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص490.

- راجع بخصوص موقف القضاء التونسي:

- محمد الهادي بن عبد الله، نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2013، ص.103.

429- في نظرنا هذا المقتضى يبقى بدون أي فائدة لأنه ترك إمكانية المتابعة من عدمها في يد الدائن، ولا نتصور أن هناك من الدائنين من سيرضى بتعليق المتابعة في مواجهة الكفيل في ظل توقف المدين عن الأداء.

في ضوء ماسبق، وفي ظل غياب أي رأي فقهي أو قضائي لحدود كتابة هذه الأسطر بحسب علمنا، بخصوص مدى أحقية الكفيل في التمسك بوقف المتابعات الفردية في ظل مستجدات القانون 73.17، نرجح بأن الكفيل يمكنه الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات سواء في ظل مقتضيات الكتاب الخامس لمدونة التجارة لسنة 1996، وفي ظل مستجدات القانون 73.17، وهو الموقف الذي سنبين حججه وأسانيده من خلال التصريح بموقفا من الموضوع.

الفقرة الثالثة: موقفنا من الموضوع

من خلال استعراضنا للآراء والمواقف الفقهية والقضائية المتعلقة بمدى استفادة الكفيل من وقف المتابعات الفردية في ظل مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. المنسوخ، التي كانت تفتقر لنص قانوني صريح يحسم هذا النقاش، وفي ظل غياب أي مستجد صريح في ظل مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد، فإننا نميل إلى ترجيح الاتجاه الرافض لإمكانية الرجوع على الكفيل، لأن الكفيل سواء كان عاديا أو متضامنا يستفيد من مبدأ وقف المتابعات الفردية، وذلك استنادا على الحجج التالية:

– إن فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المدين الأصلي، وفي ظل غياب نص قانوني خاص يسمح بالرجوع على الكفيل خلال فترة إعداد الحل، لا يمكن أن يبرر خرق القواعد العامة المنظمة للكفالة، فوحده المشرع يستطيع ذلك[430]، ولذلك فإن مبدأ تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي سوف يطبق خلال فترة إعداد الحل وسيرتب كافة آثاره، وخاصة حق الكفيل في التمسك بجميع دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية أو متعلقة بالدين[431].

[430]- وهذا ما كان يسير في اتجاهه المشرع المغربي دون تبنيه بموجب القانون 73.17، حيث كانت تنص المادة 662 من مسودة مشروع القانون المتعلق بتتميم وتغيير الكتاب الخامس من مدونة التجارة على أنه: " لا يمكن للكفلاء، متضامين كانوا أم لا أن يتمسكوا:
- بمنع ووقف الدعاوى القضائية وإجراءات التنفيذ المنصوص عليها في المادة 653...".

[431]- حيث ينص الفصل 1140 من ق.ل.ع. على أنه: " للكفيل أن يتمسك، في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. وله أن يتمسك بهذه الدفوع،

– إن القول بأن الكفيل لا يستفيد من وقف المتابعات الفردية، استنادا على المادة 662 من م.ت. المنسوخة، قول ليس في محله، لأن هذه المادة كانت تمنع الكفيل من التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية ولا تشمل فترة إعداد الحل، التي هي فترة انتقالية سابقة لحصر مخطط الاستمرارية.

– إن القول بأن وقف المتابعات الفردية يكون فقط في مواجهة المدين رئيس المقاولة، بخلاف الكفيل الذي لا يمكنه التمسك بهذا المبدأ، ما دام أن المتابعات التي سوف يمارسها الدائن في مواجهته لن تؤثر في سير نشاط المقاولة، لكونها لا تقع على أموال المدين، بل على أموال الكفيل، وأن المشرع لو أراد إشراك الكفيل في مزية وقف المتابعات لنص على ذلك صراحة، هو قول لا يصمد أمام النقد، لأن الرجوع على الكفيل خلال هذه الفترة يعتبر خرقا للقانون[432]، ولا يمكن في نظرنا تبرير خرق القانون، بالقول بأن المتابعات لا تقع على أموال المدين، بل على أموال الكفيل، زيادة على ذلك الكفيل يستفيد من حيث المبدأ من مزية وقف المتابعات الفردية تطبيقا لمبدأ تبعية التزامه لالتزام المدين الأصلي، ولا يمكن حرمانه من الاستفادة من هذا المبدأ إلا بنص خاص وصريح، وليس العكس.

– كما أن القول بأن تمديد إجراء وقف المتابعات الفردية إلى الكفيل من شأنه أن يجعل حقوق الدائنين مهددة بالضياع، هو قول ليس في محله، لأنه لا يمكن تبرير خرق القانون بدعوى حماية حقوق الدائنين، وذلك على الرغم من أننا من الداعين لتعزيز آليات حماية وصون حقوق الدائنين، وتفعيل دورهم في إطار مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة[433].

– إن فتح المجال أمام الدائن للرجوع على الكفيل بمجرد فتح المسطرة، من شأنه في نظرنا أن يضر بالكفيل، لأن دين الدائن لازال لم يثبت حتى في مواجهة المدين الأصلي، حيث

ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا.

[432]- وخاصة الفصل 1140 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه.

[433]- يوسف الجار، تصفية الخصوم في إطار مسطرة التسوية القضائية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2011-2012، ص. 173 إلى 177.

يقتضي الأمر التصريح بالدين وخضوعه لمسطرة تحقيق الديون التي من خلالها يقرر قبول الدين أو رفضه.

– أضف إلى ذلك أن استثناء الكفيل من الاستفادة من وقف المتابعات الفردية، فيه مساس بمبدأ المساواة بين الدائنين (أصحاب الضمانات الشخصية وأصحاب الضمانات العينية)، لأن السماح للدائن صاحب الضمان الشخصي بمقاضاة الكفيل في هذه المرحلة، يقتضي السماح كذلك للدائن صاحب الضمان العيني بالتنفيذ على المال المحجوز.

– إن اعتماد عنصر التضامن للتمييز بين حالة الكفيل العادي والكفيل المتضامن بشأن الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية، لا أساس قانوني له، وينم عن سوء فهم لقواعد الكفالة، لأن التضامن في الكفالة وإن كان يفقد التزام الكفيل الصفة الاحتياطية فإنه لا يفقده طابعه التبعي[434] – حيث يحرم الكفيل المتضامن فقط من حق التمسك بالتجريد –[435]، وعليه فشرط التضامن الذي يدرج في الكفالة بغرض تقوية ائتمان الدائن، ليس من شأنه أن يغير من طبيعة الكفالة باعتبارها التزام تبعي، والتقارب بين مركز الكفيل المتضامن والمدين المتضامن يعمل به في نطاق الأحكام التي لا تتنافر وخاصية التبعية التي تعد من جوهر الكفالة[436]، وتطبيق قواعد التضامن بين المدينين يبقى مقتصرا بصريح عبارة الفصل 1133 من ق.ل.ع. على آثار الكفالة التضامنية[437].

---

[434]- طارق الرزقي، مسؤولية الكفيل، مقال منشور في كتاب، محاضرات في قانون التأمينات العينية والشخصية، تونس 2009، ص.442.

- Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Op. Cit., P.39.

[435] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.129.

[436]- ليليا بوستة، خصائص الكفالة، مقال منشور في كتاب، محاضرات في قانون التأمينات العينية والشخصية، تونس 2009، ص.389.، أحمد المنصوري، م. س.، ص.35.

[437] حيث ينص الفصل 1133 من ق.ل.ع. على ما يلي: " الكفالة لا تقتضي التضامن، ما لم يشترط صراحة.

وفي هذه الحالة الأخيرة، وفي الحالة التي تعتبر الكفالة فيها فعلا تجاريا بالنسبة إلى الكفيل، تخضع آثار الكفالة للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين".

– إن الكفيل يستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية حتى في ظل مستجدات القانون 73.17، سواء في مسطرة الإنقاذ أو التسوية القضائية أو التصفية القضائية، لأن المشرع لم ينص على أي مقتضى صريح يحرم الكفلاء من التمسك بوقف المتابعات الفردية، حيث اكتفى في إطار مسطرة التسوية القضائية على النص بموجب المادة 695 من م.ت. على تمتيع الكفيل من حق الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية ومن وقف سريان الفوائد وعلى عدم إمكانية الاحتجاج عليه بسقوط الأجل، وكذا استفادته من سقوط الدين لعدم التصريح به، ونص في مسطرة الإنقاذ بموجب المادة 572 من م.ت. على استفادة الكفلاء الأشخاص الذاتيين متضامنين كانوا أم لا من مقتضيات مخطط الإنقاذ، ومن وقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 من م.ت.

– إن المشرع المغربي لو أراد حرمان الكفيل من التمسك بقاعدة وقف المتابعات لنص على ذلك صراحة في المادة 686 من م.ت. المنظمة لمبدأ وقف المتابعات الفردية في مسطرة التسوية القضائية.

– إن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 695 من م.ت. التي تنص على أنه: " لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها" حصرت حق الدائنين في الرجوع على الكفلاء في الديون المصرح بها، لأن الديون غير المصرح بها داخل الأجل القانوني تسقط، بل وتنقضي بصفة نهائية إذا لم يتم رفع السقوط عنها، ولم تحدد تاريخ هذا الرجوع الذي يخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية خلال فترة إعداد الحل، فالتصريح بالدين لا يخول للدائن الحق في الرجوع الفوري على الكفيل، لأن هذا الأخير يستفيد من مبدأ وقف المتابعات الفردية، وفي نظرنا لو كان المشرع يريد إعطاء الحق للدائن في الرجوع الفوري على الكفيل بمجرد التصريح بالدين لجاءت صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 695 على الشكل التالي : " يمكن الرجوع على

الكفلاء بعد التصريح بالدين" لكي تكون الصياغة واضحة وأكثر مقروئية[438]، أما الصياغة التي اعتمدها المشرع فهي تحدد في نظرنا مصير حق الدائن في حالة التصريح بالدين من عدمه، ولا تعطي الحق للدائن في الرجوع على الكفيل بمجرد التصريح بالدين، ولذلك فإنه ليس هناك أي مجال لمن قد يحتج بالمفهوم المخالف للفقرة الأخيرة من المادة 695 للقول بخلاف ما ذهبنا إليه.

– ثم إن السماح للدائن بالرجوع على الكفيل بمجرد التصريح بدينه سيهدد آفاق تسوية وضعية المقاولة، وسيجعل المشرع ينص على الشيء ونقيضه في نفس الوقت، لأن الدائن في هذه الحالة لن يشارك في عملية معالجة المقاولة، حيث سيحجم عن تقديم أية آجال أو تخفيضات خلال استشارته إذا أعطي له حق الرجوع على الكفيل بمجرد التصريح بدينه، خاصة وأن المشرع قد منح بموجب المادة 695 من م.ت. الحق للكفيل للتمسك بالآجال والتخفيضات المضمنة بمخطط الاستمرارية.

– إن الاتجاه الذي نميل إليه يمكن تأكيده أيضا بموقف المشرع الفرنسي الذي نص بصفة صريحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية، أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان[439]. كما نص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية[440]،

---

[438]- بل إن المشرع كان يسير في اتجاه النص بشكل صريح على استبعاد الكفلاء من التمسك بوقف المتابعات الفردية دون تبني ذلك بموجب القانون 73.17، حيث كانت تنص المادة 662 من مسودة مشروع القانون المتعلق بتتميم وتغيير الكتاب الخامس من مدونة التجارة على أنه: " لا يمكن للكفلاء، متضامين كانوا أم لا أن يتمسكوا:
- بمنع ووقف الدعاوى القضائية وإجراءات التنفيذ المنصوص عليها في المادة 653 ".

[439]- تنص الفقرة الثانية من المادة L.622-28 على ما يلي:
« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

[440]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة L.631-14 على ما يلي:
« Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire … ».

أي أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية، كالكفيل الشخصي، أو خصصوا مالا على سبيل الضمان، كالكفيل العيني، لكن مع فتحه المجال أمام أصحاب هذه الضمانات لاتخاذ إجراءات تحفظية ضدهم[441].

خلاصة القول، إن الكفيل في إطار المقتضيات التشريعية الحالية – سواء كان متضامنا أم لا شخصا ذاتيا أو اعتباريا– يستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية في إطار مسطرة التسوية القضائية ومسطرة الإنقاذ ومسطرة التصفية القضائية، تطبيقا للقواعد العامة للكفالة[442] التي لا يمكن استبعاد تطبيقها إلا بنص خاص وصريح.

المطلب الثاني: حيلولة الالتزام بصفة أصلية دون إمكانية التمسك بقاعدة وقف المتابعات الفردية

لا شك بأن مطالبة الدائن بالدين أكثر نجاعة في مواجهة الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية، حيث إن التزام المدين المتضامن يختلف عن التزام الكفيل المتضامن، فهذا الأخير ورغم إمكانية مطالبته بالدين دون أن يكون له الحق في التمسك بالتجريد، فإن التزامه يظل تبعيا مما يخوله الحق في التمسك بكافة دفوع المدين الأصلي ومنها قاعدة وقف المتابعات الفردية في غياب أي نص خاص يحرمه من ذلك كما سبق أن أكدنا، في حين أن المدينين المتضامنين

---

[441]- كما نجد أن المشرع التونسي وبصفة صريحة كذلك، منح السلطة التقديرية لرئيس المحكمة بشأن استفادة الكفيل من وقف إجراءات التنفيذ من عدمه خلال فترة المراقبة، حيث نص بموجب المادة 449 من مجلة التجارة التونسية - المعدلة بموجب القانون رقم 36 الصادر بتاريخ 29 أبريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية- على أنه: " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن..." .

[442]- ويستثنى من هذه القاعدة الكفيل الصرفي، حيث إن الضامن الاحتياطي يعتبر في مواجهة الحامل مدينا صرفيا، وبذلك فهو يخضع لقاعدة عدم التمسك بالدفوع، التي تحرمه من التمسك بالدفوع الشخصية للشخص المضمون، التي يدخل ضمنها الدفع بوقف المتابعات الفردية. انظر في تأكيد ذلك:

- T. Com. Paris, 19 Octobre 1998, Code de commerce, DALLOZ, Ed., 2011, P.1016.

- بخلاف رأينا وموقف الحكم السابق، يقر قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 11 يونيو 1999 بحق الضامن الاحتياطي في الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية مثله مثل الكفيل.

- C. A. Paris, 11 Juin 1999, Rev. Proc. Coll., N° 1, Mars 2000, P.12., R.T.D. Com., N° 3, Juillet-Septembre 2000, P.723.

يعتبرون كلهم مدينين أصليين في مواجهة الدائن، الذي يستطيع طلب الوفاء من أي واحد منهم أو منهم مجتمعين أو منفردين، فالتزاماتهم واحدة، ومن يؤدي الدين يبرئ ذمة الجميع عن نفسه وعنهم[443]، فالدين واحد ومن طولب بالدين لا يمكنه التمسك بقاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، لأنه يكون بذلك قد تمسك بدفع شخصي خاص بأحد المدينين المتضامنين، لا يحق له التمسك به بمفهوم مقتضيات الفصل 168 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفوع الشخصية الخاصة به والدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا. ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه".

هذه القاعدة القانونية السابقة، يؤكدها الفقه[444] والقضاء التونسيان[445] بالقول بأن وقف المتابعات الفردية تجاه المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية هو دفع شخصي خاص بهذا الأخير، يحق له التمسك به لوحده، ولا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك به.

لكن، يبدو أن المشرع التونسي قد خول لرئيس المحكمة إمكانية الخروج عن القواعد العامة التي تحكم التضامن بين المدينين[446]، وحرمان الدائن من حقه في متابعة المدين المتضامن مع المدين الخاضع للمسطرة المستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية، حيث نص بموجب المادة 449 من مجلة التجارة التونسية – المعدلة بموجب القانون رقم 36 الصادر بتاريخ 29 أبريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية– على أنه: " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن..." .

[443]- زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.53 و 54.

[444] - Lotfi NAFTI, Op. Cit., P.354.

[445]- قرار محكمة التعقيب التونسية، الغرفة المدنية، رقم 7889، الصادر بتاريخ 4 أبريل 2005، أورده:
- Lotfi NAFTI, Op. Cit., P.354

[446]- حيث ينص المشرع التونسي في الفصل 178 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: " لكل من المدينين المتضامنين أن يعارض بالأوجه الخاصة بذاته كما يعارض بما هو مشترك بينهم وليس له أن يعارض بما هو خاص بذات بعضهم".

كما أن الفقه[447] والقضاء الفرنسيان[448]، سبق لهم أن أكدوا بأن المدينين المتضامنين لا يحق لهم التمسك بقاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الخاضع للمسطرة الجماعية، قبل أن يتدخل المشرع الفرنسي ويخرج صراحة عن الأحكام العامة للتضامن بين المدينين[449]، بموجب قانون 26 يوليوز 2005 وينص صراحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى – باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام [450]. كما نص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية، أي أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى – باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام.

وعليه، نؤكد في ظل مقتضيات تشريعنا المغربي الذي لا يتضمن أي مقتضى يحد من قواعد التضامن بين المدينين، بأن الدائن يمكنه الرجوع على المدين المتضامن دون إمكانية تمسك هذا الأخير بقاعدة وقف المتابعات الفردية، لأنها تشكل دفعا شخصيا خاصا بالمدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية، لا يحق للمدين المتضامن التمسك به تطبيقا لنظام التمسك بالدفوع بين المدينين المتضامنين المقرر في الفصل 168 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه.

---

447 - Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.392., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.393.

448 - T.G.I. Limoges 22 Novembre 1989, T.G.I. Nanterre 14 Décembre 1989, Cité Par, Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.235.

449- حيث ينص المشرع الفرنسي في المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette ».

450- تنص الفقرة الثانية من المادة L.622-28 على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

المطلب الثالث: الالتزام بصفة مستقلة موجب لإمكانية المتابعة

يترتب على التزام الضامن المستقل بالدفع بصفة مستقلة، عدم إمكانية إثارته للدفوع التي يستفيد منها المدين الأصلي، فقاعدة عدم التمسك بالدفوع تعد ترجمة حقيقية لمبدأ استقلالية التزام الضامن المستقل[451]، وبمقتضى هذا المبدأ يلتزم الضامن بتنفيذ تعهده بكيفية لا تسمح له بإثارة أي دفع أو اعتراض مستمد من علاقته بالمدين الأصلي الآمر، فالضامن يجب أن يؤدي مادام طلب مبلغ الضمان جاء مطابقا لمقتضيات وشروط خطاب الضمان[452]، ولا يحق له تبعا لطبيعة التزامه أن يرجع لأي علاقة أخرى ليستمد منها دفوعا لعرقلة أو تعطيل هذا الوفاء، إلا إذا كان هذا الطلب ينطوي على غش أو تعسف ظاهر.

وعلى هذا الأساس، لا يمكن للضامن المستقل أن يتمسك في مواجهة المستفيد المطالب بالأداء بمبدأ وقف المتابعات الفردية الذي يستفيد منه المدين الآمر، لأن التزامه بصفة مستقلة تجاه المستفيد يحرمه من حق التمسك بالدفوع التي يحق للمدين الآمر إثارتها في مواجهة المستفيد[453].

هذه النتيجة الطبيعية المترتبة عن استقلالية التزام الضامن المستقل[454]، يظهر بأن المشرع الفرنسي قد عطلها جزئيا بمنح الضامن المستقل ومصدر خطاب النوايا الشخص الذاتي الحق في التمسك بمبدأ وقف المتابعات الفردية، من خلال المقاربة التي اعتمدها بالمماثلة بين وضعية كافة

---

451 - Nicolas BORGA, La qualification de garantie autonome, Op. Cit., P.36.

452- محمد الأطرش، م. س.، ص.88.

453- نفس الحكم ينطبق على مصدر خطاب النوايا، حيث بمجرد إثبات الدائن لشروط قيام مسؤوليته، يحق له الرجوع عليه لمطالبته بالتعويض لإخلاله بالتزامه بعمل (كأن يكون قد التزم بضخ أموال في رصيد المقاولة) أو لاخلاله بالتزامه بالامتناع عن عمل (عدم المطالبة بالفوائد)، دون أن يكون له الحق في التمسك بقاعدة وقف المتبعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي.

454- مقتضى عدم إمكانية تمسك الضامن المستقل بالدفوع يؤكد عليه المشرع الفرنسي في المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

الضامنين الشخصيين في مساطر صعوبات المقاولة[455]، حيث نص صراحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى –باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد الأشخاص الذاتيين الذين منحوا تأمينات شخصية [456]. كما نص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية، أي أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى – باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد الأشخاص الذاتيين الذين منحوا تأمينات شخصية[457].

من الواضح أن المقاربة التي اعتمدها المشرع الفرنسي سواء بخصوص المدين المتضامن أو الضامن المستقل ومصدر خطاب النوايا، بمماثلتهم بوضعية الكفيل، تبدو متناقضة لأنه يستفيد منها هؤلاء الضامنين بشكل يتنافى مع طبيعة التزامهم، ومع الغاية الأساسية من هذه الضمانات[458]، التي تكمن في السماح للدائن بالحصول على دينه دون إمكانية تمسك الضامن بالدفوع المستمدة من حالة المدين الأصلي المتوقف عن الدفع، ونظن بأن هذه المقاربة التي كان الغرض منها تشجيع المسيرين – الذين هم غالبا ضامني المقاولة– على التصريح المبكر بالصعوبات التي يعانون منها، لم يكن لها داع بخصوص الضمانات الشخصية غير التبعية، لأنها ستأتي بنتائج عكسية، بحيث ستدفع الدائنين للبحث عن ضمانات أخرى أكثر نجاعة بالنسبة لهم، والتخلي عن اللجوء لهذه الضمانات.

---

455 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.986.

456- تنص الفقرة الثانية من المادة L.622-28 على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

457- كما يتبين أن المشرع التونسي خول لرئيس المحكمة إمكانية الخروج عن الطبيعة المستقلة لالتزام الضامن، وتقرير استفادته من قاعدة وقف المتابعات الفردية، بموجب نص المادة 449 من مجلة التجارة التونسية - المعدلة بموجب القانون رقم 36 الصادر بتاريخ 29 أبريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية- على أنه: " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن..." .

458 -Antoine DIESBECQ, Le garant, Le créncier et la procédure collective du débiteur principal, Rev. Le juge du commerce, N° 49, Novembre 2012, P.23.

الفصل الثاني: تكريس قواعد الكفالة في ظل النص الخاص

من منطلق أن الطابع التبعي للكفالة والطابع غير التبعي لباقي الضمانات الشخصية كما سبق أن أكدنا في إطار الفصل الأول هو الذي يحدد مصير التزام الضامن الشخصي في غياب النص الخاص سواء من حيث وجوده في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو تفويته، أو من حيث إمكانية المتابعة في ظل استفادة المدين الأصلي من مبدأ وقف المتابعات الفردية، فإن الانتصار لفكرة الضمان بتغليب الغاية من الكفالة على صفتها التبعية أو الانتصار لفكرة حماية الضامن الملتزم بصفة غير تبعية، يبقى متوقفا على وجود نص خاص يقيد النص العام ويخفف من الطابع التبعي لالتزام الكفيل أو من الطابع المستقل لالتزام الضامن الملتزم بصفة غير تبعية، في ظل خضوع المدين الأصلي لقواعد استثنائية هدفها الأول هو إنقاذ المقاولة وليس أداء ديون الدائنين، وهو الأمر الذي كان يجسده المشرع المغربي فيما يخص الكفالة بمقتضى المادة 662 من م.ت. المنسوخة، التي كانت تحرم الكفلاء سواء كانوا متضامنين أم لا من الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية، ووقف سريان الفوائد، وتقضي بالاحتجاج عليهم بسقوط الأجل.

إلا أن الملاحظ في ظل مستجدات القانون 73.17 أن المشرع المغربي قد تخلى عن هذا التوجه التشريعي بشكل مفاجئ[459]، وذهب في اتجاه معاكس بتكريس القواعد العامة للكفالة في ظل النص الخاص في إطار مسطرة التسوية القضائية، بمقتضى المادة 695 من م.ت. التي تنص على أنه: " يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

---

[459]- لأن المقتضيات الواردة في المادة 695 من م.ت. بصيغتها المعتمدة في القانون 73.17 التي تم من خلالها تكريس القواعد العامة للكفالة عوض استبعادها، لم يتم الأخذ بها إلا في القراءة الثانية بعد موافقة مجلس المستشارين عليه في هذه القراءة بتاريخ 05 أبريل 2018 وإحالته على مجلس النواب في نفس اليوم، لتتم المصادقة عليه بتاريخ 09 أبريل 2018، في حين أن مشروع القانون 73.17 كان يحافظ على مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة ، ويضيف إليها فقط المقتضى المتعلق بأنه لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها، كما أن لجنة القطاعات الإنتاجية صادقت عليه في القراءة الأولى والثانية بالصيغة المشابهة للمادة 662 من م.ت. المنسوخة. انظر في هذا الإطار مسطرة المصادقة على القانون 73.17 والتقارير المرفقة به على الموقع الالكتروني لمجلس النواب، www.chambredesrepresentants.ma ، اطلع عليه بتاريخ 2018/12/26.

– بمقتضيات مخطط الاستمرارية؛

– بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أعلاه.

لا يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.

لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها ".

وبذلك يكون المشرع المغربي في نظرنا قد جعل من النص الخاص مرآة لعكس القواعد العامة للكفالة، وليس وسيلة لتقييد النص العام أو على الأقل لحل إشكالية قانونية لا تنص القواعد العامة على حل لها بشكل صريح.

في ظل هذا الواقع، الذي يتسم بتكريس قواعد الكفالة من خلال مقتضيات المادة 695 من م.ت.، وباستمرارية تطبيق القواعد العامة للضمانات الشخصية غير التبعية التي لم يأت المشرع المغربي بأي مقتضى خاص يحد من نطاق تطبيقها، بخلاف المشرعين الفرنسي والتونسي كما سنرى، وانطلاقا من كون أن مقتضيات المادة 695 من م.ت. يتعلق مجال تنظيمها بالتزام الكفيل، وأن التزام هذا الأخير هو الذي كان محط العديد من النقاشات الفقهية والنزاعات القضائية، وهو الذي تغيرت مقاربة المشرع بخصوص وضعيته بين المادة 662 من م.ت. المنسوخة والمادة 695 من م.ت. الحالية، فإننا سنعمل على إبراز تجليات تكريس القواعد العامة للكفالة انطلاقا من مقتضيات المادة 695 المذكورة أعلاه، والوقوف على أسس هذا التكريس ومسبباته، ومدى انسجامه مع باقي القواعد القانونية سواء تلك المتعلقة بتنظيم باقي مساطر صعوبات المقاولة أو المنظمة للكفالة، من خلال التطرق لمظاهر تكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل من حيث مداه (الفرع الأول) ومن حيث انقضائه (الفرع الثاني) دون أن نغفل التطرق لوضعية باقي الضامنين الشخصيين تجاه هذه المقتضيات.

الفرع الأول: تكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل من حيث مداه

إن القول بتكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل من حيث مداه، بمعنى مبلغ الدين الذي قد يطالب بأدائه الكفيل في ظل استفادة المدين الأصلي من قاعدة وقف سريان الفوائد والتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية، وبمعنى زمن المطالبة بالدين في ظل استفادة المدين من جدولة الديون في إطار مخطط الاستمرارية، ومن عدم سقوط الأجل بمجرد فتح مسطرة التسوية القضائية، وتقرير سقوط الأجل في مواجهته في حالة اعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو الحكم بالتصفية القضائية، يقتضي منا تبيان مظاهر هذا التكريس وتجلياته، وهو ما سنعمل عليه من خلال التطرق لإمكانية تمسك الكفيل بمقتضيات مخطط الاستمرارية (المبحث الأول) وكذا إمكانية تمسكه بوقف سريان الفوائد (المبحث الثاني) و إلى عدم إمكانية الاحتجاج عليه بسقوط الأجل (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تخويل الكفيل حق التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية

يعد مخطط الاستمرارية من أهم آليات التسوية أو التصحيح الذي تَتُوقُ إليه سائر الأطراف من رئيس المقاولة والدائنين والأجهزة القضائية المتدخلة في المسطرة[460]، فهو يشكل أحد أهم الحلول التي وضعها المشرع أمام المحكمة لمعالجة صعوبات المقاولة عن طريق التسوية القضائية طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 545 من م.ت.، التي تنص على أنه: " تتم معالجة صعوبات المقاولة عن طريق التسوية القضائية باعتماد مخطط للاستمرارية أو مخطط للتفويت".

إلا أن اختيار هذا الحل لا يتم من طرف المحكمة إلا إذا كانت هناك إمكانيات جدية لتسوية وضعها وسداد خصومها، طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 624 من م.ت.، التي تنص على أنه: " تقرر المحكمة استمرارية المقاولة إذا كانت هناك إمكانات جدية لتسوية وضعها

[460]- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 45، الصادر بتاريخ 2004/02/09، ملف عدد10/2003/411، حكم غير منشور.
" وحيث إن استمرارية المقاولة تعد من أهم آليات التسوية أو التصحيح التي تتوق إليها سائر الأطراف من رئيس المقاولة والدائنين والأجهزة القضائية المتدخلة في المسطرة ".

وسداد خصومها". فالمحكمة مطالبة بالبحث أولا فيما إذا كانت هناك إمكانات جدية للتسوية وتصفية الخصوم كشرطين أساسين لتبني مخطط الاستمرارية.

ومما لا شك فيه أن تقرير توفر هذين الشرطين يساهم فيه بشكل كبير حجم التضحيات التي يقدمها الدائنون أو تفرض عليهم من طرف المحكمة بحسب الحالة، والمتمثلة في الآجال والتخفيضات التي يتم تقريرها في الحكم القاضي بحصر مخطط الاستمراية، التي تعد بمثابة آليات للتسوية يستفيد منها المدين، وبمثابة تضحية من جانب الدائن يحاول من خلالها تحسين فرص الحصول على باقي ديونه.

إذا كان الوضع على هذا النحو بالنسبة للمدين والدائن، فإن التساؤل الذي يبقى مطروحا هو: ما هو الأساس الذي اعتمده المشرع المغربي لتقرير استفادة الكفيل من مقتضيات مخطط الاستمرارية ؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنعمل أولا على تحديد طبيعة مقتضيات مخطط الاستمرارية المتمثلة في الآجال والتخفيضات (المطلب الأول) قبل الحديث عن أساس تقرير استفادة الكفيل من هذه المقتضيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة مقتضيات مخطط الاستمرارية

من أجل تحديد طبيعة الآجال والتخفيضات باعتبارها مقتضيات تضمن في مخطط الاستمرارية، سنتطرق لآليات جدولة ديون المقاولة والتخفيض منها (الفقرة الأولى) ثم إلى حدود سلطة المحكمة في تحديد هذه الآجال والتخفيضات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آليات جدولة ديون المقاولة والتخفيض منها

تتجلى الطرق التي يمكن من خلالها الحصول على آجال وتخفيضات بخصوص ديون المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، في آلية الاستشارة مع الدائنين التي يقوم بها السنديك بمناسبة إعداده لمشروع مخطط التسوية (أولا) أو بالأخذ بمشروع المخطط البديل الذي يقترحه

الدائنون بعد رفض جمعية الدائنين – في الحالات التي يشترط المشرع تشكيلها- مخطط التسوية المقترح من طرف السنديك (ثانيا).

أولا: الاستشارة مع الدائنين آلية لجدولة الديون والتخفيض منها

بالموازاة مع عملية تلقي التصريحات بالديون، ألزم المشرع المغربي السنديك في إطار تحضيره لمشروع مخطط التسوية، أن يقوم باستشارة كل دائن صرح بدينه[461]، وذلك من أجل الحصول على موافقته بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منه لضمان تنفيذ استمرارية المقاولة في أحسن الظروف[462].

ويقوم السنديك باستشارة الدائنين[463] إما بصورة فردية عن طريق توجيه رسالة خاصة لكل دائن معني بالأمر (أ)، وإما بصورة جماعية عن طريق استدعائه لجميع الدائنين الذين صرحوا إليه بديونهم، لاجتماع يعقد تحت رئاسته لهذا الغرض (ب).

أ – الاستشارة الفردية للدائنين

تتطلب الاستشارة الفردية للدائنين، أن يقوم السنديك بتوجيه رسالة إلى كل دائن صرح بدينه، تتضمن مقترحات تسديد الديون بما في ذلك الآجال الجديدة المطلوبة، والتخفيضات التي ستلحق الديون[464]، وفي هذا الإطار، ومن أجل ضمان إعطاء الدائن صورة واضحة عن وضعية المقاولة، وتمكينه من الإدلاء بآرائه حول المقترحات المقدمة له من لدن السنديك، أكد

461- سواء كان دائنا عاديا أم صاحب ضمانة شخصية أو عينية.

462- حيث تنص المادة 601 من م.ت.، المطابقة للمادة 585 من م.ت. المنسوخة، على أنه: " يبلغ السنديك للمراقبين المقترحات التي يتم التقدم بها من أجل تسديد الديون وذلك تبعا لإعدادها وتحت مراقبة القاضي المنتدب.

يحصل السنديك، سواء فرديا أو جماعيا، على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الأحوال. وفي حالة استشارته لهم فرديا، يكون عدم الجواب داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تلقي رسالة السنديك بمثابة موافق ".

463- تجب الإشارة إلى أن استشارة الدائنين في إطار مسطرة التسوية القضائية لا تكون إلزامية إلا في حالة إعداد مخطط لاستمرارية المقاولة، وذلك على خلاف مخطط التفويت.

- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P. 248.

- وفي إطار الاستشارة السنديك له الاختيار بين اعتماد الاستشارة الفردية أو الاستشارة الجماعية كما هو الأمر بالنسبة للوكيل القضائي في ظل التشريع الفرنسي.

- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.418.

464- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.418.

المشرع المغربي، وبموجب المادة 602 من م.ت.[465] على ضرورة أن تتضمن هذه الرسالة الموجهة إلى الدائنين مجموعة من البيانات التي من شأنها تسهيل تحقيق الغاية من هذه الاستشارة، ويتعلق الأمر بما يلي:

– بيان لوضعية أصول وخصوم المقاولة مع بيان تفصيلي للخصوم ذات الامتياز والخصوم العادية؛

– اقتراحات السنديك ورئيس المقاولة مع الإشارة إلى الضمانات الممنوحة؛

– رأي المراقبين

هذا، ويتعين على كل دائن صرح بدينه أن يرد على الرسالة الموجهة إليه من طرف السنديك، إما بالموافقة على الآجال والتخفيضات التي يطلبها منه لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الظروف والأحوال، وإما الرفض، وذلك داخل أجل 30 يوما يبتدئ من تاريخ التوصل بالرسالة[466]. ويعد هذا الأجل من النظام العام[467]، لا يمكن للدائنين تجاوزه أو خرقه، فعدم جواب الدائن داخل هذا الأجل، يعد بمثابة موافقة منه على الآجال والتخفيضات موضوع الاستشارة[468].

وقد أكد القضاء بدوره هذا المقتضى، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس[469]: " وحيث لئن كانت السنديك وجهت الرسالة المومأ إليها أعلاه، وضمنتها مقتضيات المادتين 585 و 586 من م.ت. (حاليا المادتين 601 و 602 من م.ت.)، فإن

---

[465]- المطابقة للمادة 586 من م.ت. المنسوخة.

[466]- حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 601 من م.ت. على أنه: " يحصل السنديك، سواء فرديا أو جماعيا، على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الأحوال. وفي حالة "استشارته لهم فرديا، يكون عدم الجواب داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تلقي رسالة السنديك بمثابة موافقة".

[467]- عبد الكريم عباد، م. س.، ص.198.

[468]- Bakr Anas BENNANI, Op.Cit., p. 238., Cécile LE GALLOU, Op. Cit., P.334.

- وهي المقتضيات التي ينص عليها المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة L.626-5 من مدونة التجارة الفرنسية التي جاء فيها:

« Lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation ».

[469]- قرار رقم 17، صادر بتاريخ 2005/03/16، ملف عدد 2004/75ص، قرار غير منشور.

مضمون تلك الرسالة يؤكد بوضوح أنها أرسلت في إطار الاستشارة الفردية مع كل دائن، وبذلك فإن المستأنف عليها، وإن لم تنازع في قيمة الدين المصرح به من قبل البنك الشعبي بمكناس، فإنه من المؤكد أن هذا الأخير لم يجب على الرسالة التي وجهت له داخل أجل الشهر المنصوص عليه في المادة 585 المذكورة أعلاه، وبالتالي فإن عدم الجواب عن اقتراحات السنديك يرتب أثرا قانونيا واضحا يتمثل في اعتباره بمثابة موافقة على تلك الآجال والتخفيضات المقترحة لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية في أحسن الأحوال "[470].

وقد أيد المجلس الأعلى هذا القرار من خلال قراره رقم 351 الصادر بتاريخ 2007/03/28 الذي جاء فيه : " لكن حيث إن المجلس الأعلى بموجب قراره عدد 428 الصادر بتاريخ 04/04/07 في الملف عدد 03/2/3/908 قضى بنقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 03/05/21 في الملف عدد 03/03 وإحالة الملف على نفس المحكمة للبت فيه طبقا للقانون، بعلة مضمنها ' أن المحكمة المذكورة لم ترتب الآثار القانونية المنصوص عليها بالمادة 585 من م ت التي تنص على أن عدم جواب الدائن الذي وقعت استشارته فرديا داخل أجل ثلاثين يوما من تلقيه رسالة السنديك يعد موافقة منه على الآجال'، وأن محكمة الإحالة التي اعتبرت أنه ' لئن كانت السنديك وجهت رسالة للبنك الدائن توصل بها بتاريخ 2002/10/15 وضمنتها مقتضيات المادتين 585 و693 من م ت، فإن مضمونها يؤكد أنها أرسلت له في إطار الاستشارة الفردية، وأن المقاولة وإن لم تنازع في قيمة الدين المصرح به من قبل البنك، فإنه من المؤكد أن هذا الأخير لم يجب عن الرسالة المذكورة داخل أجل الشهر المنصوص عليه بالمادة 585 المذكورة، وعدم جوابه يرتب أثرا قانونيا واضحا يتمثل في اعتباره بمثابة موافقة على الآجال والتخفيضات المقترحة لضمان تنفيذ مخطط الاستمراية في أحسن الأحوال' تكون قد طبقت مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 369 من ق.م. م التي تنص على أنه إذا بت المجلس الأعلى في قراره في نقطة قانونية تعين على المحكمة

[470]- لقد سبق للمجلس الأعلى أن أكد على نفس المقتضى في قراره رقم 428، الصادر بتاريخ 2004/04/07، ملف تجاري عدد 2003/2/3/908، قرار منشور، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع.5، 2005، ص.94.

التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة. وبذلك جاء قرارها مرتكزا على أساس ومعللا بشكل سليم وغير خارق لأي مقتضى والوسيلة على غير أساس"[471].

ب – الاستشارة الجماعية للدائنين

استنادا لمقتضيات المادة 603 من م.ت.[472]، فإنه عندما يقرر السنديك أن يستشير الدائنين جماعيا بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلب منهم الموافقة عليها لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الأحوال[473]، فإن هؤلاء الدائنين يجتمعون تحت رئاسته بناء على استدعاء يتم توجيهه إليهم لهذا الغرض، كما يمكنه علاوة على ذلك أن يقوم بنشر إعلان بهذا الاستدعاء في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وكذا إعلانه في لوحة مخصصة لهذا الغرض في المحكمة.

ويجب على السنديك أن يلتزم باحترام الأجل المحدد قانونا لعقد الاجتماع، وذلك ما بين اليوم 15 و21 من تاريخ إرسال الاستدعاء، ويتعين عليه كذلك أن يقدم خلال هذا الاجتماع للدائنين تقريرا عن وضعية التسوية القضائية، وعن سير نشاط المقاولة منذ فتح المسطرة[474].

ورغم أن الاستشارة الجماعية تتميز بخصوصية العرض الذي يقدمه السنديك أمام الدائنين[475]، فإن ذلك لا يعفيه من ضرورة تضمين الرسالة الموجهة لهم، البيانات التي سبق لنا أن بيناها في إطار حديثنا عن الاستشارة الفردية والمنصوص عليها في المادة 602 من م.ت. .

وبخصوص الكيفية التي يتم بها أخذ رأي كل دائن من الدائنين المعنيين بالاستشارة الجماعية حول المقترحات المقدمة من السنديك، فإنه يتعين التمييز بين الدائن الذي يتمكن من

---

[471]- قرار رقم 351، صادر بتاريخ 2007/03/28، في الملف التجاري عدد 2005/1/3/563، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.214 وما بعدها.

[472]- المطابقة للمادة 587 من م.ت. المنسوخة.

[473]- ما تجب ملاحظته بهذا الخصوص أن عبارة الاستشارة الجماعية، تشكل أحد الإيماءات النادرة التي استعملها المشرع للدلالة على وجود مصلحة جماعية للدائنين.، عبد الرحيم السلماني، القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولة، م. س.، ص.196.

[474]- راجع الفقرتين 2 و 3 من المادة 603 من م. ت.

[475]- في هذا الإطار ينبغي التفكير في شكل الاستشارة الجماعية، التي يجب أن تتم بأحسن شكل ممكن، بهدف تحقيق أفضل النتائج والرفع من تم من فعالية الاستشارة الجماعية.

الحضور بنفسه إلى الاجتماع أو عبر من ينوب عنه، وبين الدائن الذي لم يحضر إلى الاجتماع سواء شخصيا أو عبر ممثل آخر[476]، ففيما يتعلق بالأول، فإنه لا يعتد بموافقته على الآجال والتخفيضات إلا إذا كانت كتابية (الفقرة 4 من المادة 603 من م.ت.)، على اعتبار أن الموافقة بالطريقة الكتابية، توفر أحسن حماية للدائن، لكونها تمكنه من التعبير عن المقترحات التي قبلها صراحة، أما الثاني، فإن عدم حضوره يعد بمثابة موافقة منه على المقترحات المقدمة له من لدن السنديك، إذ يفسر عدم حضوره بمثابة موافقة منه على مقترحات السنديك، التي قد لا تكون في مصلحته[477].

وفي هذا الإطار، يعتبر توجيه السنديك للدائن استدعاء شخصيا لحضور الاجتماع شرطا لابد منه، لكي يعد عدم حضوره بمثابة موافقة منه على الآجال والتخفيضات المقترحة عليه من لدن السنديك، وذلك لأن القيام بنشر إشعار الاستدعاء في المحكمة لا يعد سوى إجراء شكلي، لا يمكنه أن يعوض أو يقوم مقام الإجراء الأول، باعتبار أن الإشعار بالتوصل دليل على توصل الدائن[478].

وتجدر الإشارة، أن المشرع المغربي لم يحدد الطريقة التي يتم بواسطتها توجيه رسالة السنديك للدائن، والتي على أساسها سيتم احتساب الأجل المذكور، وهو ما يجسد مظهرا من مظاهر الاستهانة بحقوق الدائنين ومراكزهم، ومن شأنه أن يؤدي إلى نشوء نزاعات بين الدائنين والسنديك حول توجيه الرسالة من عدمها، وهو الأمر الذي من شأنه كذلك أن يؤثر سلبا على سير مسطرة التسوية القضائية، ويغرق المحاكم بنزاعات كان يمكن تجنبها بالنص صراحة على الكيفية التي يتم بها توجيه الرسائل إلى الدائنين.

وأمام هذا الوضع، ذهب بعض الفقه[479] إلى القول بأن السنديك له الحرية في اختيار إما التبليغ القضائي وإما عبر البريد كطريقة لتوجيه هذه الرسالة، على أنه يتعين على السنديك

476- امحمد لفروجي، دور القضاء التجاري في بلورة الحل الكفيل بإنقاذ المقاولة التي تعترضها صعوبات، م.م.ق.أ.م.، ع.13، أكتوبر 2007، ص.25.

477- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 603 من م.ت. .

478- حياة حجي، م. س.، ص.239 و240.

479- امحمد لفروجي، دور القضاء التجاري في بلورة الحل الكفيل بإنقاذ المقاولة التي تعترضها صعوبات، م. س.، ص.24.

في حالة اختياره استعمال البريد، أن يستعمل الإرسال عن طريق البريد مع الإشعار بالتوصل، ذلك أن إثبات توصل الدائن المعني بالأمر برسالة السنديك يجب أن يكون قابلا للمعاينة[480].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2009/02/18 : " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 585 من م.ت. (حاليا المادة 601 من م. ت.)، فإنه في حالة استشارة السنديك فرديا للدائنين بشأن الآجال والتخفيضات المطلوبة لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية، يكون عدم الجواب داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تلقي رسالة السنديك بمثابة موافقة، وهو ما يستفاد منه أن هناك تلق للرسالة، وهذا لا يتأتى إلا بتوقيع إشعار التسليم ممن لهم الصفة من أحد المذكورين بالفصل 38 من ق.م.م.، أما الطابع فلا يحقق هذه الغاية لأن وضعه على الورقة لا يفصح عن هوية واضحة، لذلك كانت المحكمة على صواب لما اعتبرت: ' أن إشعار تلقي رسالة السنديك غير الموقع من طرف شركة كونفاري الدائنة لا يعد موافقة على تخفيض دينها لعدم جوابها عليها بعد مرور ثلاثين يوما، لأنها في حكم غير المتوصل بها ' ورتبت على ذلك إلغاء أمر القاضي المنتدب الذي خفض مبلغ الدين، لم يسئ قراراها تطبيق أي نص قانوني، وأتى معللا بما يكفي والوسيلة على غير أساس " [481].

ولابد من التأكيد، أن استشارة الدائنين تعد إلزامية تحت طائلة بطلان الحكم القاضي باستمرارية المقاولة في حالة غيابها[482]، وذلك بالنظر إلى أنها تتعلق بالحقوق الأساسية للدائنين، وإجراء جوهريا في مسطرة التسوية القضائية، وإن كان المشرع لم يشدد على هذه الإلزامية، حيث استعمل عبارات مبهمة وغير واضحة من شأنها أن توهم أن استشارة الدائنين اختيارية لا يترتب عن تخلفها بطلان الحكم القاضي بحصر مخطط الاستمرارية[483].

480- نرى بأن الإرسال عن طريق رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل يعد وسيلة فعالة لحماية حقوق الدائنين، ذلك أنها تضمن توصلهم بالرسائل الموجهة لهم من السنديك.

481- قرار رقم 273، صادر بتاريخ 2009/02/18، في الملف عدد 2008/1/3/312، منشور، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع.5، 2010، ص.174.

482 - Cécile LE GALOU, Op. Cit., P.333.

483- تنص المادة 601 من م.ت. " وفي حالة استشارته لهم فرديا .." وتنص المادة 603 " حينما يقرر السنديك استشارة الدائنين جماعيا .." .

وسواء تعلق الأمر بالاستشارة الفردية أو الجماعية، فإن السنديك يقوم بعد نهاية هذه الاستشارة بإعداد قائمة بالأجوبة التي قدمها الدائنون بخصوص الاقتراحات المتعلقة بالآجال والتخفيضات[484].

تجب الإشارة في الأخير، إلى أن استشارة السنديك للدائنين – وفي ضوء المقتضيات القانونية المؤطرة لها– غالبا ما تتسم بعدم الفعالية، ولذلك نجد ومهما كانت إجابة الدائنين وفحواها، التي قد تتراوح بين الموافقة والرفض أو عدم الجواب، كما قد تختلف بين الموافقة على الآجال دون التخفيضات أو العكس، واستنادا لمقتضيات المادة 630 م.ت. [485]، بأن المحكمة التجارية تبقى لها كلمة في هذا الإطار، حيث تتمتع بسلطة تقديرية فيما يخص التحديد النهائي لهذه الآجال والتخفيضات.

ثانيا: الأخذ بمخطط التسوية البديل

بالإضافة لآلية الاستشارة مع الدائنين التي يقوم بها السنديك من أجل إعادة جدولة ديون المقاولة والتخفيض منها، أقر المشرع المغربي بموجب مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد آلية جديدة يساهم من خلالها الدائنون في بلورة مشروع مخطط التسوية، تتمثل في إمكانية إقتراحهم لمخطط بديل، حيث أوجب المشرع على الدائنين الذين رفضوا مخطط التسوية المقترح من طرف السنديك، في إطار الصلاحيات الجديدة الممنوحة لجمعية الدائنين[486]، بأن يتقدموا بمخطط بديل إلى السنديك داخل أجل 15 يوما من تاريخ انعقاد جمعية الدائنين التي رفضت مخطط التسوية المقترح من السنديك[487]. وفي هذه الحالة، عندما يتضمن مخطط

[484]- راجع المادة 604 من م.ت.
[485]- المقابلة للمادة 598 من م.ت. المنسوخة.
[486]- التي تشكل وفقا للمادة 606 من م.ت. عند فتح مسطرة التسوية القضائية في حق كل مقاولة خاضعة لالزامية تعيين مراقب الحسابات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل، أو يتجاوز رقم معاملاتها السنوية 25 مليون درهم وتشغل ما لا يقل عن 25 أجيرا خلال السنة السابقة لفتح المسطرة.
[487]- راجع الفقرة الثالثة من المادة 615 من م. ت.

التسوية البديل[488] تخفيضات تتجاوز تلك التي تمت خلال فترة الاستشارة، يتوجب أن يتم إرفاق هذا المخطط بالموافقة الكتابية للدائنين الذين قدموا التخفيضات الجديدة[489].

وبعد توصل السنديك بالمخطط البديل يقوم في يوم العمل الموالي لتاريخ توصله به بتوجيه الدعوة لعقد الجمعية للتداول بشأن هذا المخطط، فإذا وافقت الجمعية على المخطط، يقوم السنديك في يوم العمل الموالي برفعه إلى المحكمة، التي يتعين عليها المصادقة عليه داخل أجل 10 أيام من تاريخ إحالته إليها[490].

وعليه، فالدائنون يمكنهم أن يتقدموا في إطار المخطط البديل بتخفيضات جديدة تتجاوز تلك التي تم تقديمها خلال مرحلة الاستشارة التي يقوم بها السنديك، ولا شك في هذا الإطار من أن منح الدائنين حق إقتراح مخطط بديل يشكل آلية لتشجيعهم على تقديم تضحيات جديدة في سبيل اعتماد المخطط الأكثر قدرة على تسوية وضعية المقاولة.

الفقرة الثانية: سلطة المحكمة المتصلة بالآجال والتخفيضات

بعدما يحصل السنديك من خلال استشارته الفردية أو الجماعية مع الدائنين الذين صرحوا بديونهم طبقا للقانون، على موافقتهم جميعا أو بعضا منهم بشأن الآجال والتخفيضات المقترحة عليهم، يأتي دور المحكمة في الإشهاد على هذه الآجال والتخفيضات، بل ويمكنها أن تخفض هذه الآجال والتخفيضات إن اقتضى الحال، حسب سلطتها التقديرية، أو قد تخفض إحداها دون الأخرى، بل وأكثر من ذلك يمكنها أن تفرض آجالا موحدة للأداء، يمكن أن تزيد عن مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية، وذلك حسب حاجيات المقاولة من الوسائل والآليات التمويلية التي تخفف من أعباء الديون، وتساعد المقاولة على البقاء والوفاء بالتزاماتها المالية.

---

[488]- طبقا لمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 615 لا يعتد بأي مخطط بديل إلا إذا تم توقيعه من طرف أغلبية الدائنين الذي رفضوا المخطط المقترح من السنديك، ولا يجوز لأي دائن أن يوقع إلا على مخطط بديل واحد.

[489]- راجع الفقرة الخامسة من المادة 615 من م.ت.

[490]- راجع الفقرات السادسة، السابعة والثامنة من المادة 615 من م.ت.

ويختلف مدى هذه السلطة الممنوحة للمحكمة التجارية، بحسب ما إذا كانت في مواجهة الدائنين الذين وافقوا على منح المقاولة آجالا وتخفيضات (أولا) أو في مواجهة الدائنين الذين رفضوا منح المقاولة هذه الآجال والتخفيضات (ثانيا).

أولا: حدود سلطة المحكمة تجاه الدائنين الموافقين على مقترحات السنديك

فيما يخص هذه الفئة من الدائنين، تملك المحكمة سلطة الإشهاد على الآجال والتخفيضات الممنوحة من هؤلاء الدائنين خلال الاستشارة، كما لها أن تخفض من هذه الآجال والتخفيضات[491]، وذلك كلما سمحت وضعية المقاولة وظروفها الاقتصادية بذلك، وعلى الرغم من موافقة الدائنين السابقة.

وفي هذا الإطار، يرى الفقه[492] أن المحكمة لها الحق بأن تقوم تلقائيا بهذا التخفيض القانوني إن اقتضى الحال ذلك، لأنه شرعي وفي صالح الدائنين المعنيين، باعتباره يقصر الأجل الذي منحوه، ويخفض التخفيض الذي ارتضوه، لكن وبالمقابل فإنه لا يمكنها أن تزيد في هذه الآجال أو التخفيضات، لأن ذلك يشكل خرقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 630 من م.ت. [493]، ويعد اعتداء على إرادة الدائنين الذين يملكون وحدهم الحق في منح آجال جديدة، أو قبول تخفيض الديون عن طواعية واختيار، لذلك فكل زيادة من طرف المحكمة تعتبر لاغية وكأن لم تكن، ما لم تحز رضى الدائنين، وما دامت تفيد رئيس المقاولة وتضر بمصالحهم[494].

---

[491]- كأن تخفض الأجل من أربع سنوات إلى سنتين، وتخفض أو تنزل تخفيضات الديون من 30% إلى 20% مثلا.

[492]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة، ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.457.

[493]- المقابلة للمادة 598 من م.ت. المنسوخة.

[494]- ويلاحظ في هذا الإطار أن بعض الباحثين أساؤوا تفسيير هذه المادة بالقول بأنها تسمح للمحكمة بالزيادة في التخفيضات والآجال الممنوحة من الدائنين، انظر في هذا الإطار:
- حياة حجي، م. س.، ص. 283.، أحمد المنصوري، م. س.، ص.160.

ثانيا: حدود سلطة المحكمة تجاه الدائنين الرافضين لمقترحات السنديك

فيما يخص هذه الفئة من الدائنين الذين رفضوا خلال الاستشارة الفردية أو الجماعية، الآجال والتخفيضات المقترحة عليهم من لدن السنديك، فإن الوضع يختلف بالنسبة إليهم بحسب ما إذا كان يتعلق بالآجال أم بالتخفيضات.

أ- فيما يتعلق بالآجال: للمحكمة كامل السلطة التقديرية لفرض آجال موحدة للأداء على جميع الدائنين[495]، وبصرف النظر عما إذا كانوا دائنين عاديين أو دائنين أصحاب امتيازات أو ضمانات شخصية أو عينية[496]، وسواء كانت ديونهم حالة أو مؤجلة، مع مراعاة الاستثناء المخصص بالنسبة لهذه الديون الأخيرة، إذ يجب مراعاة الآجال الأطول التي اتفق الأطراف عليها قبل فتح المسطرة (الفقرة الثانية من المادة 630 من م.ت).

ويمكن للمحكمة أن تقرر آجالا موحدة للتسديد أطول من مدة تنفيذ مخطط الاستمرارية، شرط ألا تتجاوز في حدودها القصوى مدة عشر سنوات[497]، وهكذا لو افترضنا أن المحكمة قضت بحصر مخطط الاستمرارية في مدة سبع سنوات، فإنه بإمكانها أن تقرر أداء بعض الديون بعد تسع سنوات من حصر المخطط، على أن السداد الأول يجب أن يتم داخل سنة ابتداء من تاريخ حصر المخطط (الفقرة الثانية من المادة 630 من م.ت) [498].

ومن مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد في هذا الإطار، ما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة 630 من م.ت.، حيث يمكن للمحكمة أن تستثني من التأجيل الديون الصغيرة في حدود نسبة 5 % من مجموع المبالغ المعتمدة في المخطط شريطة ألا يتجاوز كل واحد منها نسبة 0,5 % من المبالغ المذكورة.

---

[495]- عبد الكريم عباد، م. س.، ص.234.

[496]- في هذا السياق اعتبر بعض الفقه الفرنسي، بأن الهدف الذي توخى المشرع الفرنسي تحقيقه من وراء جعله المقتضيات الخاصة بفرض المحكمة لآجال موحدة، ذات طابع عام وتشمل جميع الدائنين، هو تحقيق معالجة متساوية لديون المقاولة.
- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Op. Cit., P.66.

[497]- راجع المادة 628 من م. ت. المقابلة للمادة 596 من م.ت. المنسوخة.

[498]- بخلاف المشرع التونسي الذي ينص بموجب الفقرة الثالثة من المادة 456 من المجلة التجارية التونسية على أنه: " ولا يمكن لبرنامج مواصلة النشاط أن يتضمن الحط من أصل الدين إلا برضاء الدائن. كما لا يمكنه أن يتضمن جدولة الديون إلا في حدود مدة لا تتجاوز السبع سنوات ما لم يوافق الدائن أو الدائنون على خلاف ذلك".

ب- فيما يتعلق بالتخفيضات: إن المحكمة وعلى خلاف ما تتوفر عليه من سلطات واسعة بخصوص الآجال -كما سبق أن أشرنا إلى ذلك- لا يجوز لها أن تفرض تخفيضات للديون على الدائنين بالرغم عنهم، إذا ما رفضوا هذه التخفيضات أثناء استشارتهم الفردية أو الجماعية[499].

وفي إطار المقارنة نشير إلى أنه إذا كانت المحكمة التجارية المغربية تملك سلطة واسعة فيما يخص الآجال التي تفرضها على الدائنين، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لنظيرتها الفرنسية التي يجب عليها مراعاة مقتضيات المادة L.626-20 [500]من مدونة التجارة الفرنسية [501]، التي تستثني بعض الديون الممتازة، والديون المترتبة عن عقد الشغل، وكذا الديون الصغيرة، حيث لا يخضع الدائنون أصحاب هذه الديون للآجال والتخفيضات المحددة في المخطط، ويجب أن يستوفوا ديونهم فورا دون تأجيل، وكاملة دون تخفيض [502].

ويبرر الفقه الفرنسي تقرير هذه الاستثناءات على مبدأ أداء الديون عند الآجال المحددة في المخطط، انطلاقا من الطابع الإنساني والاجتماعي لديون الأجراء، ورغبة في تبسيط المسطرة

---

[499]- Bakr Anas BENNANI, op. cit., p. 303-304.

[500]- تنص المادة L.626-20 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:
« I.-Par dérogation aux dispositions des articles L. 626-18 et L. 626-19, ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers :
1° Les créances garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail;
2° Les créances résultant d'un contrat de travail garanties par les privilèges prévus au 4° de l'article 2101 et au 2° de l'article 2104 du code civil lorsque le montant de celles-ci n'a pas été avancé par les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail ou n'a pas fait l'objet d'une subrogation;
3° Les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11.
II.-Dans la limite de 5 % du passif estimé, les créances les plus faibles prises dans l'ordre croissant de leur montant et sans que chacune puisse excéder un montant fixé par décret, sont remboursées sans remise ni délai.
Cette disposition ne s'applique pas lorsque le montant des créances détenues par une même personne excède un dixième du pourcentage ci-dessus fixé ou lorsqu'une subrogation a été consentie ou un paiement effectué pour autrui ».

[501]- نفس المقتضيات أوردها المشرع التونسي، حيث ينص الفصل 456 من المجلة التجارية التونسية على ما يلي : " ... ولا ينطبق تأجيل دفع الديون على المبالغ المشار إليها بالفصلين 541 و 571 من هذه المجلة وبالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية باستثناء الفقرة الرابعة.
ويمكن أن تستثني من التأجيل الديون الصغيرة في حدود خمسة بالمائة من جملة الديون، التي لا يتجاوز كل واحد منها نصف واحد بالمائة من إجمالي الديون وتكون الأولوية للدين الأقل مبلغا، ولا ينطبق ذلك الاستثناء على الديون التي تتجاوز نصف واحد بالمائة من جملة الديون أو التي كانت موضوع حلول أو دفت من الغير".

[502]- Deen GIBIRILA, Droit des entreprises en difficulté, L'extenso-Defrénois, 2009, P.613 et 614.

من خلال التخلص من الديون الصغيرة التي تزيد من تعطيل المسطرة وتعقيدها، وكذلك من أجل التفاوض مع هؤلاء الدائنين للتخفيض من ديونهم[503].

يتبين مما سبق، أن طبيعة الآجال والتخفيضات المحددة في مخطط الاستمرارية، في جانب منها – المتعلق بالتخفيضات– هي ذات صبغة تعاقدية إرادية، لكون السنديك –كما سبق أن درسنا– يحصل من خلال الاستشارة الفردية أو الجماعية على موافقة كل دائن صرح بدينه بشأن الآجال والتخفيضات التي يطلبها منهم لضمان تنفيذ مخطط استمرارية المقاولة في أحسن الأحوال، كما أن الدائنين أنفسهم يمكنهم التقدم بتخفيضات في إطار المخطط البديل الذي يتقدمون به، ولا تملك المحكمة في هذا الإطار أي سلطة للرفع من هذه التخفيضات، وفي الجانب الآخر المتعلق بالآجال يمكن القول بأنها ذات صبغة تعاقدية قضائية، لأنها تخضع أولا لنظام الاستشارة مع الدائنين، ثم تخضع للسلطة التقديرية الواسعة للمحكمة التي قد تصل لحد فرض آجال موحدة على الدائنين.

إلا أنه يجب الاعتراف بأن التخفيضات لا تأتي في إطار إرادي صرف، بل تأتي بمناسبة محاولة إنقاذ المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية بالنسبة للدائن حسن النية،كما أنها لا ترتب آثارها إلا إذا تم الاشهاد عليها من طرف المحكمة، مما يجعل من هذه التخفيضات والآجال تدخل تحت مظلة الطابع القضائي لمخطط الاستمراية.

المطلب الثاني: أساس استفادة الكفيل من مقتضيات مخطط الاستمرارية

مما لا شك فيه أن مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، التي كانت تقضي بأنه لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية، وبالتالي تحرمهم من الاستفادة من الآجال والتخفيضات التي يستفيد منها المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، كانت تعتبر في الجانب المتعلق بالتخفيضات بمثابة استثناء من القواعد العامة، كما يؤكد على ذلك قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ

[503]- Yves CHAPUT, Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle, Op. Cit., P.358.
« Les exceptions se justifient soit par des motifs sociaux traditionnels, soit par des simplifications procédurales, soit des négociation et l'octroi de remises ».

2005/12/06 الذي جاء فيه: " وحيث إن الثابت من خلال القواعد العامة أنه يمكن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي ولو بالرغم من اعتراض هذا المدين أو تنازله، كما يمكن له أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة به، كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا إلا أنه إذا كانت هذه هي القواعد العامة التي يتعين الاحتكام إليها فيما يتعلق بالكفيل والكفالة، فإن هناك استثناء أتت به مدونة التجارة ونصت عليه في الفصل 662 والذي مفاده أنه لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية ووقف سريان الفوائد ويحتج عليهم بسقوط الأجل، وأن هذا الاستثناء الهدف منه تمكين المقاولة من متابعة نشاطها في إطار مخطط يتم حصره وتقرر فيه المحكمة لفائدة المقاولة تخفيضات لديونها ومنحها آجال أطول عن طريق جدولتها وهي مقتضيات لا يمكن للكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائنين لصراحة النص"[504].

وهو الاستنتاج نفسه الذي سبق الخلوص إليه في إطار دراسة مقتضيات المادة 64 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي المنظم لمسطرتي التسوية والتصفية القضائية المنسوخ، التي كانت تنص على أنه لا يمكن للكفلاء المتضامنين والشركاء في الالتزام الاستفادة من مقتضيات المخطط[505]، والتي شكلت مرجعا لاعتماد مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، مع فارق جوهري هو تجنب المشرع المغربي للتمييز الذي اعتمده المشرع الفرنسي بين حالة الكفيل العادي والكفيل المتضامن[506]، مما عرضه لنقد شديد عن حق من طرف الفقه[507]، الذي اعتبر بأن هذا التمييز ليس له أي أساس، لأن التضامن لا يفقد الكفالة طابعها التبعي، مع تأكيده أيضا على أن هذا التمييز ليس له أي أثر في الواقع، نظرا لندرة الكفلاء العاديين[508].

---

[504]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 4493، صادر بتاريخ 2005/12/06، في الملف التجاري عدد 9/2004/3749، غير منشور.

[505] - « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.
Toutefois, les cautions solidaires et coobligés ne peuvent s'en prévaloir ».

[506]- وهو التمييز الذي طبقته حرفيا محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 نونبر 2004 الذي قضت فيه بأن الكفلاء غير المتضامنين يمكنهم التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية.
- Cass. Com., 23 Novembre 2004, Code civil, 114ème Ed., DALLOZ, 2015, P.2645. Cass. Com., 27 Octobre 1998, Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1545.

[507] -Alain LIENARD, Op. Cit., P.131.

[508] - Michel STORCK, Op. Cit., P.38.

وقد ترتب عن هذا الخروج على القواعد العامة، تمسك الكفلاء عند مطالبتهم بالأداء في إطار مسطرة التسوية القضائية بمقتضيات القواعد العامة، بالرغم من وجود المقتضيات الاستثنائية للنص الخاص (المادة 662 من م. ت. والمادة 64 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي)، حيث ظل الكفلاء يتمسكون بمقتضيات الفصل 1154 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " الإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل.. " وعلى مقتضيات الفصل 1128 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " لا يصح أن تتجاوز الكفالة ماهو مستحق على المدين، إلا فيما يخص الأجل"[509]. وكذا على مقتضيات الفصل 1157 من ق.ل.ع. الذي يعتبر تمديد الأجل الممنوح من الدائن يفيد الكفيل، بالرغم من أنه يورد استثناء على هذا المبدأ، يتعلق بالحالة التي تمنح فيها هذه الآجال للمدين بسبب حالة عسره[510]، وهي الحالة التي تنطبق ولا شك على المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، لأن ثبوت توقف المدين عن الدفع يجعل حالة العسر محققة.

هذا الوضع السابق جعل الفقه مدعوا لتبرير هذا التوجه التشريعي، وفي هذا الإطار ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه المقتضيات تبررها متطلبات حماية الدائن وتحقيق الغاية من الكفالة[511]، في حين أكد البعض الآخر على أن هذه المقتضيات لا يجب أن يستفيد منها الكفيل لأنها تقترح من قبل ممثل الدائنين، وتدرج من قبل المحكمة في مخطط الاستمرارية الذي تحصره، وبالتالي فهي تشكل جزءا لا يتجزأ من الإجراءات المضمنة في المخطط، وتشارك في طبيعته القضائية[512].

---

[509]- وفي هذا الإطار تقضي المادة 2290 من القانون المدني الفرنسي بما يلي:
« Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.
Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.
Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

[510]- في حين نجد المشرع الفرنسي ينص في المادة 2316 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

[511] - .Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.342.

[512] - Marie-Jeanne CAMPANA, Op. Cit., P.721.

وفي نفس السياق، اعتبر القضاء الفرنسي بأن القواعد العامة تفتح أمام الكفيل إمكانية التمسك بالآجال والتخفيضات، عندما تكون هذه الآجال والتخفيضات ممنوحة بمحض إرادة الدائن أي أنها ذات طابع اتفاقي، أما عندما تكون ممنوحة في إطار مخطط الاستمرارية فرغم أنها تبدو ذات طابع رضائي إلا أنها تجد أساسها في الحكم القاضي بحصر مخطط الاستمرارية، وبالتالي فهي ذات طبيعة قضائية[513]. وفي هذا الإطار جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1992/11/17 ما يلي: ".. بالرغم من الطابع الإرادي، هذه المقتضيات تشارك في الطبيعة القضائية للمخطط المحصور من أجل السماح باستمرارية المقاولة، وبالتالي لا يمكن مماثلتها بالتخفيضات الاتفاقية للدين المنصوص عليها في المادة 1287 من القانون المدني، وعليه بناء على المادة 64 من قانون 25 يناير 1985 الكفلاء المتضامنون لا يمكنهم الاستفادة، والوسيلة على غير أساس"[514]. وهو نفس التعليل الذي اعتمدته كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 17 ماي 1994[515].

ولعل أهم ما كان يترتب على مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، هو أن الكفيل كان يلزم بأداء كامل الدين المطالب به من قبل الدائن، دون أن يكون في إمكانه التمسك بالتخفيضات التي منحها هذا الدائن للمدين، مما كان يجعله ملزما بأداء أكثر ما هو مستحق على المدين المكفول خلافا للقواعد العامة، وخاصة الفصل 1128 من ق.ل.ع. المذكور

[513]- انظر في إطار شرح مواقف القضاء الفرنسي:
- Michel FARGE, Les sûretés, P.U.G., 2006, P.119., Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.341 et 342.

[514] - « Mais attendu qu'il résulte de l'article 74 de la loi du 25 janvier 1985 que le jugement, arrêtant le plan de continuation, sans pouvoir imposer de remises, donne acte aux créanciers de celles acceptées par eux dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 24; que les remises peuvent, le cas échéant, être réduites par le Tribunal; que l'arrêt en déduit exactement que, malgré leur caractère volontaire, ces réductions de créances participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise, qu'en conséquence elles ne peuvent être assimilées aux remises conventionnelles de dette prévues par l'article 1287 du Code civil, et qu'en vertu de l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985, les cautions solidaires ne peuvent s'en prévaloir; que le moyen n'est pas fondé ». Cass. Com., 17 Novembre 1992, Bull. Civ., IV, N° 355, 1992, P. 253.

[515] - Cass. Com., 17 Mai 1994, Bull. Civ., IV, N° 177, P.141.
« Mais attendu que l'arrêt énonce à bon droit que, malgré son caractère volontaire, la réduction de créance acceptée par un créancier dans les conditions prévues à l'article 24 de la loi du 25 janvier 1985 participe de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise, de sorte qu'elle ne constitue pas une remise conventionnelle de dette au sens de l'article 1287 du Code civil et qu'en vertu de l'article 64 de la loi précitée les cautions solidaires ne peuvent s'en prévaloir ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ».

أعلاه، الأمر الذي يتبين بالملموس في قرار المجلس الأعلى رقم 515 الصادر بتاريخ 2007/05/09 الذي جاء فيه : " لكن، حيث يستفاد من مقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة أنه لا يمكن للكفلاء متضامنين كانو أم لا، أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية، وبوقف سريان الفوائد المنصوص عليها في المادة 659 من م.ت.، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من البحث المجرى أمامها ومن ملف تسوية المدينة الأصلية شركة صوفميب، أنه لم يتم تحقيق دين البنك الوطني للإنماء الاقتصادي، وإنما في إطار وضع مخطط الاستمرارية لشركة صوفميب وأثناء استشارة الدائنين في إطار المادة 585 من م.ت.، قرر السنديك عند وضع الاستمرارية حصر دين المطلوب في مبلغ 10565000.00 درهم، وقدم اقتراحه للقاضي المنتدب الذي وافق عليه وعلى المخطط المدرج به، اعتبرت أن التخفيض كان بمناسبة وضع مخطط الاستمرارية، وأن ما تم خلال مرحلة إعداد المخطط من استشارات بين الدائنين والسنديك لا يمكن أن يستفيد منه الكفيل، ورتبت عن ذلك أن الدين الذي يطالب به المطلوب هو أساسا في مواجهة المدينة الأصلية شركة صوفميب، وبما أنه عند تصريحه بدينه في مواجهتها حدده في مبلغ 20669986.34 درهم، فإنه يتعين تحديد دينه (المطلوب) في المبلغ المذكور، تكون قد سايرت وعن صواب مقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة المذكورة، فجاء قرارها معللا بما يكفي غير خارق لأي مقتضى وما ورد بالوسيلتين على غير أساس"[516].

وهذا ما كان يستتبعه، أن الكفيل الذي كان يؤدي هذا الدين كاملا للدائن يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما أداه من المدين الخاضع لمسطرة التسوية، الشي الذي كان يؤدي إلى تضخم ديون المقاولة من جديد، وإلى تعثر جهود التسوية، ويؤدي بالمقاولة إلى طريق التصفية[517]، وبالتالي تصبح التخفيضات الممنوحة من الدائنين بدون جدوى[518]، الشي الذي جعل من مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة بطريقة غير مباشرة سببا من الأسباب المؤدية للتصفية وليس التسوية.

---

[516]- قرار رقم 515، صادر بتاريخ 2007/05/09، في الملف التجاري عدد 2005/1/3/923، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.269.

[517] - Jean-Loup COURTIER, Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement, L.P.A., N° 63, 24 Mai 1996, P.19.

[518]- محمد بنموسى، م. س. ص.119.

كما أن منح الدائن إمكانية الرجوع بكامل الدين على الكفيل لم يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المقاولات المغربية التي هي في معظمها مقاولات عائلية عادة ما يكون الكفيل هو مسيرها والحائز للجزء الأكبر من رأسمالها[519]، لذلك فإن مواجهته بأداء كامل الدين – وخاصة في الحالة التي يكون فيها مبلغ الدين ضخما كما يتبين من القرار القضائي أعلاه– يعد من قبيل التعجيز وإفشالا لمسطرة التسوية التي تدخل المشرع لتنظيمها حفاظا على استمرارية المقاولة ومناصب الشغل دون إغفال حقوق الدائنين.

زيادة على ما سبق، اجتهادات القضاء المغربي هي كذلك كانت تزيد من تأزيم وضعية الكفلاء، حيث حرمتهم من التمسك بالأداء الذي يقوم به المدين في إطار تنفيذ مخطط الاستمرارية، بحجة أنه لا يمكنهم التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية، وعدم إثباتهم أن الدين المكفول قد تم تسديده بالكامل، وفي هذا الإطار جاء في قرار محكمة النقض رقم 100 الصادر بتاريخ 2013/03/13 ما يلي: " .. وبخصوص الدفع بالأداء مرتين، فردته المحكمة بتعليل غير منتقد جاء فيه أنه لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يتمسكوا بمخطط الاستمرارية عملا بمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 662 من مدونة التجارة، لاسيما وأن المستأنفة في نازلة الحال لم تثبت بأن الدين المكفول من طرفها قد تم تسديده بالكامل سواء في إطار مخطط الاستمرارية أو بأي طريقة أخرى"[520].

إن ما قضت به محكمة النقض في هذا القرار يجانب الصواب، لأن الكفلاء في نازلة الحال لم يتمسكوا بالآجال والتخفيضات لكي تواجههم المحكمة بمقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، بل تمسكوا بالأقساط التي أداها المدين في إطار تنفيذ مخطط الاستمرارية، التي تعد بمثابة وفاء للدين ينقضي معه الالتزام المكفول طبقا لمقتضيات الفصل 320 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون". وبالتالي يحق للكفلاء التمسك بهذا الانقضاء طبقا لمقتضيات الفصلين 1140 و 1150 من ق.ل.ع.، كما أن القول بأن الكفيل لم يثبت أن الدين المكفول قد تم أداؤه

[519]- محمد الحارثي، م. س.، ص.428.
[520]- قرار محكمة النقض رقم 100، صادر بتاريخ 2013/03/14، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/846، غير منشور.

بالكامل هو تعليل مردود كذلك، لأن الكفيل يمكنه التمسك حتى بالوفاء الجزئي للدين المكفول، لأنه يعتبر بمثابة انقضاء جزئي للدين المكفول.

يبدو أن بعض الاعتبارات السابقة هي التي أدت بالمشرع المغربي للتخلي عن مقتضيات المادة 662 من م.ت. لسنة 1996، بموجب مستجدات القانون 73.17 من خلال المادة 695 من م.ت. التي تنص على أنه: " يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا أن يستفيدوا من مقتضيات مخطط الاستمرارية"[521].

يظهر من هذا المستجد أن المشرع قام بتكريس القواعد العامة للكفالة – التي تعطي للكفيل حق التمسك بدفوع المدين الأصلي– في النص الخاص، لكن يتبين أن هذا التكريس لم يأخذ فيه المشرع بعين الاعتبار الاستثناء الذي تقره مقتضيات القواعد العامة المنظمة للكفالة نفسها والمتعلق بإمكانية أن يكون التزام الكفيل أشد من حيث الأجل، وبأنه لا يمكنه التمسك به حينما يكون ممنوحا للمدين بسبب حالة عسره، وهو الحكم الذي ينطبق على الآجال الممنوحة للمدين في إطار مقتضيات مخطط الاستمرارية، ذلك أن تطبيق القواعد العامة لن يخول للكفيل التمسك بالآجال المعتمدة في هذا المخطط، في حين أن المقتضى الجديد المنصوص عليه في المادة 695 من م.ت. المتعلق بإمكانية تمسك الكفيل بمقتضيات مخطط الاستمرارية، باعتباره نصا خاصا سيفتح الباب أمام الكفلاء للاحتجاج به للاستفادة من الآجال المعتمدة في المخطط، الشيء الذي سيجعل الاستثناء الذي نص عليه المشرع في القواعد العامة بخصوص

[521]- حيث ورد في تقرير لجنة القطاعات الانتاجية حول مشروع القانون 73.17 المتعلق بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 95/15 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة، المناقشة التالية حول المادة 695 من م.ت.- مع ملاحظة غموض التعبير في التقرير-، تساؤلات النواب: تم طرح السؤال حول استفادة الكفلاء من التمسك بمخطط الاستمرارية على اعتبار أن الكفيل هو من يقوم بتقديم الضمان والمشرع يبتغي إنقاذ المقاولة التي توجد في وضعية صعبة والغريب أن الكفلاء لا يستفيدون، مطالبين باستفادة الكفلاء ومؤكدين أن الغاية من التشريع هو تحقيق التوازن العادل وتكريس فلسفة مخطط التسوية، ولذلك المطلوب بناء الثقة وتشجيع شروط الاستثمار، ذلك أنه حينما يكون الشريك في المقاولة كفيلا لشركة أخرى وبمبلغ كبير، يجعل الدائن يرجع على الشركة الكفيلة مما يؤدي إلى إدخال أحوال الكفيل في مسطرة التصفية، مما يستوجب في إطار تجويد النص إدراج مقتضى قانوني يضمن بأن لا تسقط مقاولة أخرى لتنضاف إلى وضعية المقاولة التي توجد في حالة صعوبة.
- جواب الحكومة: لا يمكن للكفلاء الاستفادة تبعا لمقتضيات الفصل 1157 من ق.ل.ع. والمشرع جاء لإنقاذ المقاولة ومبرر التمييز تحدده القواعد العامة، ومن الناحية القانونية لا يمكن تطبيق نفس المقتضيات على الشركة الكفيلة.
- نتيجة المناقشة: تزكية استفادة الكفلاء من مخطط الاستمرارية وتوقف سريان الفوائد ولايحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.، تقرير منشور على الموقع الالكتروني لمجلس النواب، www.chambredesrepresentants.ma اطلع عليه بتاريخ 2018/12/29.

الأجل، والذي أراد من خلاله التخفيف من حكم التبعية والاعتراف بحد أدنى من الاستقلالية لالتزام الكفيل، مستبعدا وبدون أي قيمة قانونية للدائن.

كما يتبين أن المشرع لم يعتمد مقاربة منسجمة مع ما أورده في إطار مقتضيات مسطرة الإنقاذ التي ميز فيها بين حالة الكفيل الشخص الذاتي والكفيل الشخص الاعتباري، حيث خول للكفيل الشخص الذاتي فقط حق الاستفادة من مقتضيات مخطط الانقاذ من خلال المادة 572 من م.ت. التي تنص على أنه يستفيد الكفلاء الأشخاص الذاتيون، متضامنين كانوا أم لا من مقتضيات مخطط الإنقاذ.

في حين أنه في إطار مسطرة التسوية القضائية لم يقم المشرع بهذا التمييز وخول للكفلاء الأشخاص الذاتيين والاعتباريين حق الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية، وهذا في نظرنا ينطوي على تناقض صارخ، لأنه إذا كان المشرع قد استبعد الكفلاء الاعتباريين من الاستفادة من مقتضيات مخطط الإنقاذ فإنه كان من الأولى والأحرى به أن يحرمهم من الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية، وإذا كان قد خولهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية فالأولى والأحرى أن يخولهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الانقاذ، لأنه في مسطرة الإنقاذ المدين لم يصل بعد لمرحلة التوقف عن الدفع، على عكس مسطرة التسوية القضائية حيث المدين متوقف عن الدفع مما يجعل متطلبات تفعيل الكفالة حاضرة أكثر.

كما أن مقاربة المشرع المغربي تختلف اختلافا جذريا عن المقاربة التي اعتمدها المشرع الفرنسي، التي شملت تحديد وضعية كافة الضامنين الشخصيين، حيث نص المشرع الفرنسي في إطار مسطرة الإنقاذ بمقتضى المادة L.626-11 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه باستثناء الأشخاص الاعتباريين، الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الإنقاذ[522]، أي بمعنى آخر الاستفادة من الآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الإنقاذ. وفي

[522] - « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.
A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ».

المقابل قضى المشرع الفرنسي بحل مختلف بخصوص مسطرة التسوية القضائية، حيث نص بموجب المادة L.631-20 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه استثناء من مقتضيات المادة L.626-11 الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان لا يمكنهم الاستفادة من مقتضيات المخطط[523]، بمعنى آخر الضامنين الشخصيين سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين لا يمكنهم الاستفادة من الآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية الذي يعتمد في إطار مسطرة التسوية القضائية[524].

حاصل القول، هو أن المشرع المغربي كرس مبدأ القواعد العامة في ظل مقتضيات المادة 695 من م.ت. [525] المنظمة لوضعية الكفيل في إطار مسطرة التسوية القضائية، حيث متع هذا الأخير بحق التمسك بالآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية، في حين أنه لم يورد أي حكم خاص بخصوص باقي الضمانات الشخصية، مما يجعلها تبقى خاضعة لقواعدها الخاصة بها، حيث سنجد في هذا الإطار أن الضامن المستقل لن يكون له الحق في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية لأنه يلتزم بصفة مستقلة، وبالتالي لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع التي يستفيد منه المدين الأصلي، ونفس الأمر ينطبق على مصدر خطاب النوايا الذي لا يمكنه التمسك بهذه المقتضيات للتحلل من التزامه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، لأنه يلتزم بصفة مستقلة من حيث المبدأ عن علاقته بالمدين، وبصفة تعويضية في حالة إخلاله بالتزامه تجاه الدائن.

أما بخصوص وضعية المدين المتضامن فنجد بالرجوع للقواعد العامة للتضامن بين المدينين أن المشرع المغربي ينص في إطار الفصل 172 من ق.ل.ع. على أن: " الإبراء من الدين

---

[523] - « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

[524]- راجع في شرح هذه المقتضيات:

- Reinhard DAMMANN, La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvgard des entreprises, Rev. Banque et droit, N° 103, Septembre-Octobre 2005, P.16 et S., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.622, Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.233 et 243.

[525]- مع تأكيد الملاحظة التي ذكرناها أعلاه بخصوص الأجل حيث أن القواعد العامة تعطي للكفيل من حيث المبدأ الاستفادة من الآجال الممنوحة للمدين، لكنها تستثني حالة الآجال الممنوحة للمدين بسبب عسره.

.

الحاصل لأحد المدينين المتضامنين يفيد جميع الآخرين ما لم يظهر الدائن صراحة رغبته في عدم حصول الإبراء إلا لذلك المدين وبالنسبة إلى حصته من الدين. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يثبت لباقي المدينين المتضامنين الرجوع على من أبرئ إلا بالنسبة إلى نصيبه في حصة المعسرين منهم". كما ينص في الفصل 174 من نفس القانون على أن: " الصلح المبرم بين الدائن وبين أحد المدينين المتضامنين يفيد الآخرين إذا تضمن الإبراء من الدين أو طريقا آخر من طرق انقضائه، ولا يسوغ أن يترتب عنه لا تحملهم بالتزام ولا زيادة فيما هم ملتزمون به، ما لم يرتضوه". فهل هذا يعني القول بإمكانية استفادة المدين المتضامن من مقتضيات مخطط الاستمرارية، تمشيا مع مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر الذي يحكم التزام المدينين المتضامنين ؟

الجواب بطبيعة الحال سيكون سلبيا، لأن الإبراء والصلح المقصودين في الفصلين أعلاه كما يؤكد الفقه[526]، هما الابراء الارادي وكذلك الصلح العادي، وليس الابراء أو الصلح الذي يأتي في معرض وقاية المقاولة من الإفلاس، الذي ينطبق على ما نحن بصدد دراسته، حيث يعد مخطط الاستمرارية إجراء واقيا من وقوع المقاولة في التصفية.

المبحث الثاني: إمكانية تمسك الكفيل بقاعدة وقف سريان الفوائد

من أجل توفير المناخ الملائم لعملية إعداد الحل المناسب لتسوية وضعية المقاولة، الذي يتطلب تجميد ديون المقاولة بالشكل الذي يسمح لأجهزة المسطرة بتحديد أصولها وخصومها[527]، وتحقيقا لمبدأ المساواة بين الدائنين، الذي يقتضي أن لا يستفيد الدائنون الذين لهم ديون تنتج الفوائد من طول مدة إجراءات المسطرة على حساب باقي الدائنين الذين لا تنتج ديونهم أية فوائد[528]، أقر المشرع المغربي قاعدة وقف سريان الفوائد (المطلب الأول) كما ارتأى تمتيع الكفلاء بحق الاستفادة من هذا الوقف المؤقت لسريان الفوائد في إطار مسطرة التسوية القضائية (المطلب الثاني).

[526]- زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.91 و 92.

[527] - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.419.

[528] - Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.276.

المطلب الأول: مضمون قاعدة وقف سريان الفوائد

بالرجوع لمقتضيات المادة 692 من م.ت.[529] التي تنص على أنه: " يوقف حكم فتح المسطرة سريان الفوائد القانونية والاتفاقية وكذا كل فوائد التأخير وكل زيادة ". يتبين بأن قاعدة وقف سريان الفوائد لها نطاق عام من زاويتين، فمن زاوية أولى، تطبق هذه القاعدة على كافة أنواع الفوائد سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو متعلقة بفوائد التأخير والزيادات، ومن زاوية ثانية، تشمل هذه القاعدة كل الديون الناشئة قبل حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، سواء تعلق الأمر بديون عادية أو بديون مضمونة بضمانات شخصية أو عينية[530].

وبذلك يكون المشرع المغربي قد تبنى مبدأ شمولية قاعدة وقف سريان الفوائد[531]، بخلاف المشرع الفرنسي الذي يستثني من هذه القاعدة، الفوائد الناتجة عن عقود القرض التي أبرمت لمدة تعادل أو تفوق سنة، وكذلك العقود المقرونة بتأجيل الأداء لمدة تساوي أو تزيد عن سنة[532]، وذلك بهدف تشجيع المؤسسات المالية والبنكية وغيرها على منح قروض طويلة أو متوسطة الأمد[533].

وتسري قاعدة وقف سريان الفوائد من حيث نطاقها الزمني طيلة فترة إعداد الحل، أي إلى غاية صدور الحكم القاضي بحصر مخطط الاستمرارية أو المحدد لمخطط الإنقاذ عند تعلق الأمر بمسطرة الإنقاذ، كما تؤكد ذلك المادة 693 من م.ت.[534] التي تنص على أنه: " يستأنف سريان الفوائد ابتداء من تاريخ الحكم المحدد لمخطط الإنقاذ أو الحكم المحدد لمخطط الاستمرارية". وتسري هذه القاعدة من حيث الأشخاص على المدين رئيس المقاولة دون مدين

---

[529]- المطابقة للمادة 659 من م. ت.، المنسوخة.

[530]- امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، مقال منشور في كتاب، صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، طنجة، 21 – 22 يونيو 2007، ص.274.

[531]- عبد الكريم عباد، م. س.، ص.306.

[532]- حيث تنص المادة L. 622- 28 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
« Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus .. ».

[533] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.192., Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.276., Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.399.

[534]- المقابلة للمادة 660 من م. ت.، المنسوخة.

هذا الأخير، على اعتبار أن الأول هو الذي يخضع لمسطرة التسوية القضائية، كما لا تسري على الكفلاء بموجب مستجدات المادة 695 من الكتاب الخامس من م.ت. الجديد.

المطلب الثاني: استفادة الكفيل من قاعدة وقف سريان الفوائد

خلافا لمقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة، التي كانت تقضي – في استبعاد صريح للقواعد العامة– بأن الكفلاء سواء كانوا متضامنين أم غير متضامنين لا يمكنهم التمسك بقاعدة وقف سريان الفوائد التي يستفيد منها المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، قضى المشرع المغربي بموجب مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد في المادة 695 من م.ت.، بأن الكفلاء متضامنين كانوا أم لا، يمكنهم التمسك بقاعدة وقف سريان الفوائد، في تكريس صريح من المشرع المغربي للقواعد العامة للكفالة في ظل النص الخاص، حيث تقضي هذه الأخيرة تطبيقا لخاصية تبعية الكفالة للالتزام الأصلي المكفول بحق الكفيل في التمسك بكافة الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي أن يثيرها في مواجهة الدائن[535]، كما تقضي بأنه لا يصح أن تتجاوز الكفالة ماهو مستحق على المدين، إلا فيما يخص الأجل (الفصل 1128 من ق.ل.ع.).

يظهر إذن أن المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 695 من م.ت. كرس بشكل مطلق قواعد الكفالة في ظل هذا النص، بحيث خول للكفلاء سواء كانوا متضامنين أم لا، أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين، حق التمسك بقاعدة وقف سريان الفوائد التي يستفيد منها المدين الأصلي، في حين نجده قد اعتمد مقاربة مختلفة في ظل مقتضيات مخطط الانقاذ، التي ميز فيها بين وضعية الكفلاء الأشخاص الذاتيين والكفلاء الأشخاص الاعتباريين، حيث نص بموجب مقتضيات المادة 572 من م.ت. على أنه يستفيد الكفلاء الأشخاص الذاتيين متضامنين كانوا أم لا من وقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 من م.ت.، وبذلك يكون المشرع بهذا المقتضى قد استبعد الكفلاء الاعتباريين من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من

---

[535]- حيث ينص الفصل 1140 من ق.ل.ع. على أنه :" للكفيل أن يتمسك، في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا ".

قاعدة وقف سريان الفوائد في ظل مسطرة الانقاذ ومتعهم بهذه الاستفادة في ظل مسطرة التسوية، الشي الذي يشكل في نظرنا مظهرا آخر من مظاهر عدم انسجام وتناقض المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي، لأن استبعادهم من الاستفادة في مسطرة الانقاذ كان يقتضي بالأولوية استبعادهم من الاستفادة في مسطرة التسوية القضائية، والعكس صحيح.

إن ما قضى به المشرع المغربي بموجب المادة 695 من م.ت. فيما يخص استفادة الكفلاء من قاعدة وقف سريان الفوائد في مسطرة التسوية القضائية، يختلف اختلافا جذريا عن المقاربة التي اعتمدها المشرع الفرنسي بخصوص وضعية الضامنين الشخصيين إزاء قاعدة وقف سريان الفوائد في مسطرة التسوية القضائية، والتي مرت بمراحل متعددة، حيث نجد بأن المشرع الفرنسي في إطار قانون 25 يناير 1985 المنظم لمسطرتي التسوية والتصفية القضائية، لم يحدد وضعية الكفلاء إزاء قاعدة وقف سريان الفوائد[536]، مما جعل التساؤل يطرح على مستوى الفقه والقضاء حول مدى إمكانية استفادة الكفيل من قاعدة وقف سريان الفوائد تطبيقا لخاصية تبعية التزامه للالتزام المضمون؟

في هذا السياق، ذهب جانب من الفقه الفرنسي في محاولة لاستبعاد تطبيق القواعد العامة للكفالة، إلى القول بأن قاعدة وقف سريان الفوائد هي قاعدة خاصة بالمدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية، حيث تعد من الآثار المترتبة على فتح هذه المسطرة ومخصصة لتسهيل عملية تسوية وضعية المقاولة[537]، وبالتالي لا يمكن القول باستفادة الكفيل منها تغليبا للغاية من الكفالة[538].

أما على مستوى القضاء، لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بالتوجه الفقهي المذكور أعلاه، حيث قضت بتأييد قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 1 يوليوز 1988 [539] الذي أكد على استفادة الكفيل من قاعدة وقف سريان الفوائد، في قرارها الصادر بتاريخ 13 نونبر 1990 الذي جاء فيه: " إن الكفيل لا يتحمل الفوائد المترتبة بعد 6 يناير 1987 تاريخ

536 - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.232.
537 - Marie-Jeanne CAMPANA, Op. Cit., P.721.
538 - Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.408.
539 - C. A. Paris, 1 Juillet 1988, R. T. D. Com., N° 2, Avril-Juin 1989, P.315, Obs., Arlette MARTIN-SERF.

صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المدين، طالما أن المادة 55 من قانون 25 يناير 1985 لم يقر أي تمييز بخصوص قاعدة وقف سريان الفوائد القانونية والاتفاقية، وأن التزام الكفيل لا يمكن أن يتجاوز ما هو مستحق على المدين الأصلي"[540].

إلا أنه وبخلاف هذا التوجه القضائي، ذهب المشرع الفرنسي بموجب التعديلات التي تبناها في قانون 10 يونيو 1994 إلى النص على أنه لا يمكن للكفلاء والشركاء في الالتزام الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد[541]، وبالتالي فهو قد حيد خاصية التبعية لفائدة تفعيل وظيفة الضمان[542]، وعلى هذا الأساس أصبح التمسك بقاعدة وقف سريان الفوائد دفعا شخصيا لا يمكن للكفيل التمسك به[543].

هذا التوجه التشريعي الفرنسي استمر إلى غاية قانون 25 يوليوز 2005 المحدث لمسطرة الإنقاذ[544]، الذي اعتمد من خلاله المشرع الفرنسي مقاربة شاملة لوضعية كافة الضامنين الشخصيين إزاء قاعدة وقف سريان الفوائد، وميز بخصوص الاستفادة من هذه القاعدة بين مسطرة الإنقاذ ومسطرة التسوية القضائية، حيث نص في إطار مسطرة الإنقاذ بموجب المادة L.622-28 على أن الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد[545]. في حين نص بمقتضى المادة L.631-14 في إطار مسطرة التسوية

---

[540] - « Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la caution n'était pas tenue des intérêts au-delà du 6 janvier 1987, date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur, dès lors que l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 n'opère aucune distinction pour l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé en sa seconde branche ». Cass. Com. 13 Novembre 1990, Bull. Civ., IV, N° 277, 1990, P.193., R. T. D. Com., N° 1, Javier-Mars 1991, P.107, Obs., Arlette MARTIN-SERF.

[541]- حيث نص في إطار المادة 55 من هذا القانون على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard [*intérêts moratoires*] et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les cautions et coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa ».

[542] - Manuella BOURASSIN, Op. Cit., P.268.

[543] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.193.

[544]- المعدل بأمر 18 دجنبر 2008.

[545]- حيث تنص المادة L. 622-28 على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt

القضائية على أن الأشخاص الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، لا يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد[546].

نخلص من كل ما سبق، أن المشرع المغربي كرس القواعد العامة للكفالة في ظل المادة 695 من م. ت. بتخويله الكفيل حق الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد في إطار مسطرة التسوية القضائية، واستبعد جزئيا هذه القواعد في إطار مسطرة الإنقاذ بحرمانه الكفيل الشخص الاعتباري من الاستفادة من وقف سريان الفوائد (المادة 572 من م. ت.)، في حين لم يورد أي نص خاص بوضعية باقي الضامنين الشخصيين، الذين لن نجد أي صعوبة في القول بأن الضامن المستقل لا يمكنه التمسك بوقف سريان الفوائد تطبيقا لقاعدة عدم التمسك بالدفوع المترتبة على خاصية استقلال التزامه عن الالتزام الأصلي، كما أن المدين المتضامن لا يمكنه التمسك بهذه القاعدة لأنها تمثل في إطار نظام التضامن بين المدينين دفعا شخصيا خاصا بالمدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية، لا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك بها.

المبحث الثالث: عدم إمكانية الاحتجاج على الكفيل بسقوط الأجل

يختلف حلول آجال الديون باختلاف مساطر صعوبات المقاولة، فالأجل لا يسقط في مرحلة صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 586 من م.ت. التي تنص على أنه: " لا يترتب عن صدور الحكم سقوط الأجل"[547]، كما لا يسقط عند فتح مسطرة الإنقاذ، وفي مرحلة اعتماد مخطط الانقاذ أو مخطط الاستمرارية، حيث تشهد المحكمة على الآجال والتخفيضات الممنوحة من الدائنين. على العكس من ذلك

---

conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ».

[546]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة L.631-14 على ما يلي:

« Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

[547]- وهو المقتضى الذي تنص عليه المادة L.622-29 من مدونة التجارة الفرنسية التي جاء فيها ما يلي:

« Le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

تسقط آجال الديون المؤجلة باعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 647 من م.ت. التي جاء فيها: " يترتب عن الحكم القاضي بمخطط التفويت الكلي استحقاق الديون غير الحالة"، وكذلك يسقط هذا الأجل في مسطرة التصفية القضائية تطبيقا لمقتضى المادة 660 من م.ت. التي تنص على أنه: " يترتب عن الحكم القاضي بفتح التصفية القضائية حلول آجال الديون المؤجلة[548].

لكن، يبقى الأجل المقصود في المادة 695 من م.ت. – الذي لا يمكن الاحتجاج بسقوطه في مواجهة الكفلاء– هو سقوط الأجل في حالة التفويت الكلي للمقاولة أو في حالة تقرير مسطرة التصفية القضائية، الذي كان المشرع يقضي بإمكانية الاحتجاج به على الكفلاء بموجب مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة[549]، وبذلك فالكفيل يبقى من حقه التمسك بآجال الأداء رغم سقوطها في مواجهة المدين (المطلب الأول)، ليبقى التساؤل المطروح هو : ما حكم شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل سواء في الحالة التي لا يسقط فيها هذا الأجل في مواجهة المدين، كحالة فتح مسطرة التسوية القضائية، أو في الحالة التي يسقط فيها هذا الأجل في مواجهة المدين عند اعتماد مخطط التفويت الكلي أو تقرير مسطرة التصفية القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق الكفيل في التمسك بآجال الأداء رغم سقوطها في مواجهة المدين

خلافا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 662 من م.ت. المنسوخة، التي كانت تنص صراحة على أنه يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل، بمعنى الاحتجاج عليهم بسقوط الأجل الذي يترتب عن الحكم القاضي بالتفويت الكلي للمقاولة أو عن الحكم بفتح مسطرة التصفية

[548]- نفس المقتضى تنص عليه المادة L.643-1 من مدونة التجارة الفرنسية:
« Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues ».

[549]- لذلك يبقى مجانبا للصواب القول بأن ما نص عليه المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 662 من م.ت. المنسوخة، يتعلق بالفرضية التي يتضمن فيها عقد الكفالة شرطا يقضي بسقوط الأجل في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية تجاه المدين الأصلي.، محمد بنموسى، م. س.، ص.125.، عمر حمزة، ، الائتمان البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011، ص.77.

القضائية، وبذلك كان المشرع يمنع الكفيل من أن يتمسك بآجال الأداء كما هي مضمنة في العقد الأصلي أو المتفق عليها في عقد الكفالة، وكان يعطل تبعا لذلك العمل بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المكرسة بموجب الفصل 230 من ق.ل.ع.، حرصا منه على توفير أكبر قدر من الحماية لفائدة الدائن، وتغليبا لفكرة الغاية من الكفالة.

اختار المشرع المغربي بموجب مستجدات القانون 73.17 المضمنة في المادة 695 من م.ت.، التنصيص على عدم إمكانية الاحتجاج في مواجهة الكفلاء بسقوط الأجل المترتب في مواجهة المدين الأصلي، نتيجة اعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو تقرير مسطرة التصفية القضائية، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بتوجه الرأي الغالب في الفقه[550] الذي يرى بأن سقوط أجل الالتزام بالنسبة للمدين لا يجب أن يترتب عليه سقوط الأجل بالنسبة للكفيل، لأن الكفيل وإن كان يضمن إعسار المدين فإنه يضمن ذلك عند حلول أجل الالتزام الأصلي وليس عند سقوط هذا الأجل، وبالتالي يجب احترام توقعاته، كما أن مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن في أجل معين، ولا مبرر لسقوط هذا الأجل بالنسبة للكفيل بسبب لا يد له فيه، لأن المدين لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل، وسحب الثقة من المدين بسبب إفلاسه أو إعساره لا يبرر سحب الثقة في نفس الوقت من الكفيل، زيادة على ذلك فإن تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تقتضي ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين، ولا تمنع من أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين.

وعليه، فإن سقوط الأجل في مواجهة المدين نتيجة اعتماد مخطط التفويت الكلي أو تقرير التصفية القضائية للمقاولة، يبقى دون أثر على التزام الكفيل تطبيقا للمقتضى الصريح للمادة 695 من م.ت.، الأمر الذي يأخذ به الفقه الفرنسي في ظل غياب أي نص خاص في مساطر صعوبات المقاولة الفرنسية[551]، وأكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8

[550]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.91.، سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.61. عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.107 و 108.، أحمد شرف الدين، م. س.، ص.47.
- Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.

[551] - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.234 et 235., Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.

مارس 1994[552] الذي قضت فيه بأن سقوط الأجل المترتب على الحكم القاضي بالتصفية القضائية في مواجهة المدين الأصلي ليس له أي أثر على التزام الكفيل إلا في حالة وجود شرط مخالف[553]. كما أكدت نفس الحكم في الحالة التي يسقط فيها الأجل في مواجهة المدين الأصلي نتيجة اعتماد مخطط التفويت الكلي[554].

وبخصوص أثر سقوط الأجل في مواجهة المدين الأصلي على التزام باقي الضامنين الشخصيين، نؤكد بأن سقوط الأجل في مواجهة المدين الأصلي يعتبر عديم الأثر تجاه المدين المتضامن، لأن سقوط الأجل يسري على المدين المتسبب به وحده، أما بقية المدينين المتضامنين فيظلون محتفظين بالأجل الممنوح لهم من الدائن[555]، وهو الحكم الذي تؤكده مقتضيات الفصل 177 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " .. سقوط الأجل إضرارا بأحد المدينين المتضامنين في الحالات المنصوص عليها في الفصل 139 لا ينتج أثره إلا في حقه"[556]. كما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15 يونيو 2011 [557] الذي قضت فيه بأن سقوط الأجل الناتج عن حكم مسطرة التصفية القضائية لا تأثير له على وضعية المدينين المتضامنين[558].

---

[552] - « Attendu qu'en statuant ainsi en ce qui concerne les loyers non encore échus à la date de l'arrêt, alors que la déchéance du terme convenu, résultant du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal, n'avait d'effet qu'à l'égard de celui-ci et ne pouvait pas être étendue à la caution, à défaut de clause contraire dont l'existence n'est pas alléguée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Cass. Com., 8 Mars 1994,, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018., R.T.D., Com., N° 1, Janvier-Mars 1995, P.204 et 205., Obs., Arlette MARTIN-SERF.

[553]- انظر كذلك في نفس السياق:

- Cass. Com., 29 Avril 2002, Cass. Com., 17 juin 2001, Cité par, Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.

[554] - Cass. Com. 13 Mai 2003, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018.

[555]- زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.119.

[556]- وينص الفصل 139 من ق.ل.ع. على ما يلي: " يفقد المدين مزية الأجل إذا أشهر إفلاسه، أو أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد، أو لم يعط الضمانات التي وعد بها. ويطبق نفس الحكم على الحالة التي يكون المدين فيها قد أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التي تضعف الضمانات المقدمة منه..".

[557] - Et attendu, en second lieu, que la déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire du débiteur principal n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation de ses coobligés solidaires poursuivis en paiement; qu'ayant relevé que la mise en demeure du 12 mai 2005 ne faisait référence à aucune autre cause d'exigibilité anticipée que la déchéance du terme intervenue contre M. X... en raison de sa liquidation judiciaire, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que celle-ci était inopposable à Mme X... ». Cass. Com., 15 Juin 2011, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018.

[558]- انظر في تأكيد هذا الحكم لدى الفقه الفرنسي:

- Antoine DIESBECQ, Op. Cit., P.26.

كما أن سقوط الأجل في مواجهة المدين الأصلي لا أثر له على التزام الضامن المستقل ومصدر خطاب النوايا، لأن هؤلاء الضامنين يلتزمون بصفة مستقلة عن الالتزام الأصلي المضمون، وتاريخ حلول أجل التزامهم تحكمه المقتضيات المضمنة في خطاب الضمان بالنسبة للضامن المستقل، وخطاب النوايا بالنسبة لمصدر هذا الخطاب.

المطلب الثاني: حكم شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل

من أجل تحديد حكم شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل الذي غالبا ما يضمنه الدائنون في عقود الكفالة، سنميز بين فرضيتين، الفرضية الأولى تتعلق بحكم شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة عدم سقوطه في مواجهة المدين، كحالة فتح مسطرة التسوية القضائية (الفقرة الأولى) والفرضية الثانية تتعلق بحكم هذا الشرط في الحالة التي يسقط فيها الأجل تجاه المدين، كحالة مخطط التفويت الكلي والتصفية القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حكم شرط سقوط الأجل في غياب سقوطه في مواجهة المدين

قد يحدث أن يقوم الدائن بتضمين عقد الكفالة شرطا يقضي بسقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المدين، رغم أن فتح هذه المسطرة في مواجهته لا يؤدي إلى سقوط الأجل طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 586 من م.ت.، مما يطرح التساؤل حول مدى صحة هذا الشرط ؟

في معرض الإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين:

– **الاتجاه الأول**: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بصحة الشرط الذي يقضي بسقوط الأجل في مواجهة الكفيل بالرغم من عدم سقوطه في مواجهة المدين، لأن خاصية تبعية الكفالة ليست من النظام العام، ويتعين استبعادها كلما كان إعمالها يتناقض مع الغاية من الكفالة، لأنه في عالم الأعمال الخطر الأكبر بالنسبة للدائن هو توقف مدينه عن الأداء، ومن أجل تفادي هذا الخطر يبرم الدائن عقد الكفالة، والقول بغير هذا يؤدي إلى تشويه هذه المؤسسة[559].

[559] - Marie-Jeane CAMPANA, Op. Cit., P.720.,

– **الاتجاه الثاني**: يذهب أنصار هذا الاتجاه – وهو الرأي الغالب في الفقه– إلى القول بأن الشرط المضمن في عقد الكفالة القاضي بسقوط أجل التزام الكفيل عند صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المدين، يتعارض مع خاصية تبعية الكفالة التي تقضي بأن التزام الكفيل لايجوز أن يكون أشد من الالتزام الأصلي، كما يتعارض مع مقتضيات مسطرة التسوية القضائية، التي هي قواعد من النظام العام، وتقضي بعدم سقوط الأجل في مواجهة المدين، وتعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكتب[560].

أما على مستوى القضاء، محكمة النقض الفرنسية أخذت بموقف الاتجاه الثاني حيث قضت في قرار لها صادر بتاريخ 24 يناير 1995[561] بأنه: " حيث إن سقوط الأجل الذي لم يسر في مواجهة المدين الأصلي الخاضع لمسطرة التسوية القضائية لا يمكن في ظل خاصية تبعية الكفالة الاحتجاج به في مواجهة الكفيل، وأي شرط يقضي بخلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن"[562].

وفي اعتقادنا الاتجاه الثاني الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية هو الجدير بالتأييد، لأن خاصية التبعية في نظرنا هي من النظام العام بالنسبة لتكييف عقد الكفالة، واستبعادها سيؤدي إلى استبعاد هذا التكييف، كما أن مقتضيات المادة 586 من م.ت. هي مقتضيات من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها سواء في مواجهة الدائن أو في مواجهة الكفيل الذي يتبع التزامه التزام المدين.

---

560 - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.427, Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.231. Martine BEHAR-TOUCHAIS, Op. Cit., P.747., Michel STORCK, Op. Cit., P.37., Gael PIETTE, Op. Cit., P.61.

561 - « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la déchéance du terme, qui n'est pas encourue par le débiteur principal en redressement judiciaire, ne pouvait, eu égard au caractère accessoire du cautionnement, être invoquée contre la caution, et que, dès lors, la clause litigieuse contraire devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Cass. Com., 24 Janvier 1995, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018.

562- انظر في نفس الإطار:

- Cass. Com., 14 Novembre 1989, R.T.D., Com., N° 1, Janvier-Mars 1995, P.205., Obs., Arlette MARTIN-SERF., Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1542.

الفقرة الثانية: حكم شرط سقوط الأجل في حالة سقوطه في مواجهة المدين

لقد سبق أن أكدنا بأن المشرع المغربي نص صراحة بموجب المادة 695 من م.ت. على أنه لا يمكن الاحتجاج على الكفلاء بسقوط الأجل رغم كون هذا الأجل يسقط في مواجهة المدين الأصلي نتيجة اعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو تقرير مسطرة التصفية القضائية، ليبقى التساؤل المطروح هو: ما حكم الشرط المضمن في عقد الكفالة الذي يقضي بسقوط الأجل في مواجهة الكفيل إذا سقط في مواجهة المدين الأصلي؟

في إطار الإجابة عن هذا التساؤل، ذهب الفقه الفرنسي[563] إلى القول – في ظل الوضع التشريعي الفرنسي الذي لا يتضمن أي مقتضى ينص على إمكانية الاحتجاج أو عدم الاحتجاج على الكفيل بسقوط الأجل في حالة سقوطه في مواجهة المدين الأصلي– بصحة اشتراط مثل هذا الشرط لأن الأجل سقط في مواجهة المدين الأصلي في هذه الحالة ولا يوجد أي مانع يقضي بخلاف ذلك، كما أن هذا الشرط لا يمس بخاصية تبعية الكفالة، بل على العكس من ذلك يعززها عن طريق منع الكفيل من التمسك بالطابع الشخصي لسقوط الأجل في مواجهة المدين، وفي هذا الإطار نصح جانب من هذا الفقه[564] الدائنين بتضمين مثل هذه الشروط في عقد الكفالة، على اعتبار أن مسطرة التصفية القضائية غالبا ما تتسم بعدم كفاية الأصول لتسديد الخصوم، كما أنه في حالة التفويت غالبا لا يكفي ثمن التفويت لسداد ديون الدائنين.

وعلى مستوى القضاء قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأجل لا يسقط في مواجهة الكفيل إثر سقوطه في مواجهة المدين ما لم يوجد شرط مخالف[565]، وبذلك فهي أقرت بصحة هذا الشرط الذي يجعل الدائن بإمكانه الاحتجاج في مواجهة الكفيل بسقوط التزامه تبعا لسقوط الأجل في مواجهة المدين الأصلي[566].

---

563 - Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.234. Martine BEHAR-TOUCHAIS, Op. Cit., P.747.

564 - Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571

565 - Cass. Com., 8 Mars 1994, R.T.D., Com., N° 1, Janvier-Mars 1995, P.204 et 205., Obs., Arlette MARTIN-SERF., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018.

566- انظر في نفس الإطار:

من جانبنا نرى في ظل مقتضيات المادة 695 من م.ت. بأنه لا مجال لإعمال مثل هذا الشرط لأن المشرع المغربي نص بمقتضى قاعدة آمرة بأنه لا يمكن الاحتجاج في مواجهة الكفلاء بسقوط الأجل، لذلك سيبقى كل شرط مخالف لهذه القاعدة القانونية عديم الأثر.

الفرع الثاني: تكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل على مستوى انقضائه

لقد فرض المنطق الذي يحكم التبعية على مستوى انقضاء الكفالة على أغلب التشريعات[567] ومن بينها التشريع المغربي تكريس ما يفيد انقضاء التزام الكفيل بانقضاء الالتزام الأصلي، وهو ما يتجسد من خلال مقتضيات الفصل 1150 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة".

من هذا المنطلق، وحيث إن من بين أهم الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الدين خارج الأسباب المنصوص عليها في ق.ل.ع. [568]، ما تنص عليه مقتضيات المادة 723 من م.ت. وخاصة في فقرتها الأخيرة التي جاء فيها: " تنقضي الديون التي لم يصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط أو التي انقضى أجل التصريح بها طبقا للفقرة الرابعة أعلاه"[569]. ذهب المشرع المغربي وفي تجل آخر لتكريس قواعد الكفالة على مستوى مسطرة التسوية القضائية، إلى النص بموجب مستجد الكتاب الخامس من م.ت. الجديد في الفقرة الأخيرة من المادة 695 على أنه: " لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها". فهل هذا

- Cass. Com. 26 Octobre 1999, Cité par, Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.

[567]- حيث تنص المادة 2311 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ».
- وينص المشرع التونسي في الفصل 1512 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: " كل سبب اقتضى بطلان التزام الأصيل أو البراءة منه يبرئ الكفيل".
- وينص المشرع اللبناني في الفصل 1087 من قانون الموجبات والعقود على ما يلي: " جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب الأصلي تسقط الكفالة ".

[568]- طبقا للفصل 319 من ق.ل.ع. تنقضي الالتزامات بما يأتي: – الوفاء - استحالة التنفيذ - الإبراء الاختياري – التجديد – المُقاصة - اتحاد الذمة – التقادم - الإقالة الاختيارية.

[569]- وتنص الفقرة الرابعة من المادة 723 من م.ت. على ما يلي: " يفتح المقرر القاضي برفع السقوط أجلا جديدا للتصريح بالدين لا يتعدى ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ المقرر بالموطن الحقيقي أو المختار للدائن".

معناه أن الديون غير المصرح بها من قبل الدائن تنقضي في مواجهة المدين وبالتبعية تنقضي في مواجهة الكفيل، إذ لا يمكن الرجوع على هذا الأخير إلا بالنسبة للديون المصرح بها.

إن التصريح بالدين وفق ما سبق، يعتبر الآلية الوحيدة في إطار مسطرة التسوية القضائية التي يمكن من خلالها للدائن الناشئ دينه قبل فتح المسطرة حفظ حقوقه، والمطالبة بأداء ديونه في مواجهة المدين الخاضع للمسطرة[570] وفي مواجهة الكفيل، لأنه يترتب على الاخلال بقواعد هذه الآلية جزاءات صارمة تتمثل في سقوط دينه وانقضائه بصفة نهائية في حالة عدم رفع السقوط في مواجهة المدين (المبحث الأول) مما يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بهذه الديون في مواجهة الكفيل لانقضائها في مواجهته بالتبعية(المبحث الثاني)

المبحث الأول: التصريح بالدين آلية لحفظ حق الدائن في مواجهة المدين

يعد التصريح بالديون من أهم آليات تحديد خصوم المقاولة في إطار مسطرة التسوية القضائية[571]، ذلك أنه لا يتصور تحقيق الديون وفحصها بدونه، حيث يعد الوسيلة التي من خلالها يتم حصر العناصر السلبية (الخصوم) والعناصر الإيجابية (الأصول) للمقاولة[572]، وذلك من أجل ضمان تسديد ديون المقاولة أو توزيعها توزيعا عادلا بين مختلف الدائنين حسب مراتبهم، وحسب نوع مخطط التسوية الذي تعتمده المحكمة، مخطط لاستمرارية المقاولة أو مخطط لتفويتها.

---

[570]- حكم المحكمة التجارية بأكادير رقم 364، صادر بتاريخ 2003/03/20، غير منشور.
" .. أما بعد فتح المسطرة فلم يعد للدائن إلا سبيل واحد لممارسة حق الادعاء بالدين الناشئ قبل فتحها ألا وهو سلوك مسطرة التصريح بالدين وما يستتبعها من تحقيق له إلى حين قبوله بصفة نهائية، وتكون الدعوى المقامة أمام المحكمة التجارية بصفة مبتدئة بعد فتح المسطرة غير مقبولة ولا ينجبر العيب فيها ولو بإدخال السنديك والتصريح بالدين".

[571]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 11، الصادر بتاريخ 2011/04/13، ملف عدد 2010/13ص، الذي جاء فيه: " وحيث إنه لما كان التصريح بالديون يعتبر من أهم آليات تصفية خصوم المقاولة الخاضعة لمسطرة صعوبات المقاولات، وقد حدد الاجتهاد القضائي الطبيعة القانونية للتصريح بالديون، معتبرا أن هذا التصريح يعد بمثابة طلب قضائي يوجه عن طريق السنديك إلى القاضي المنتدب يروم أداء الدين المصرح به، وأن التصريح بالدين يقع كيفما كانت طبيعته سواء كان دينا مدنيا أو تجاريا، دينا عاديا أو عموميا "، قرار غير منشور.

[572]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.213.

وقد ذهب بعض الفقه[573] والقضاء[574]، إلى أن التصريح بالدين يعد بمثابة طلب قضائي يوجه عن طريق السنديك إلى القاضي المنتدب، يهدف من خلاله الدائن إلى أداء الدين المصرح به، ويرتب كافة الآثار التي تنتج عادة عن الطلبات القضائية.

في هذا السياق، ولما كانت الغاية التي توخاها المشرع المغربي من خلال تقريره لآلية التصريح بالديون، تتمثل في حماية حقوق ومصالح الدائنين، بالموازاة مع محاولة تقوية فرص نجاح تسوية وضعية المقاولة، فإننا نجده ومن أجل تحقيق هذه الغاية، قد عمل على وضع إطار قانوني هام ينظم مسطرة التصريح بالديون[575].

ومن أجل الإلمام بكل ما يتعلق بمسطرة التصريح بالديون، كآلية لحفظ حق الدائن في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية والكفيل، والوقوف على أهم المستجدات التي جاء بها القانون 73.17 بخصوص قواعدها، وعلى الإشكالات التي تثيرها، وعلى أهم الثغرات والنقائص التي تعتريها، فإننا سنقوم بالتطرق إلى الدائنين الملزمين بالتصريح بديونهم (المطلب الأول) ثم إلى شكل ومضمون التصريح بالدين (المطلب الثاني) وآجاله (المطلب الثالث) ثم إلى الآثار المترتبة عن عدم التصريح بالدين (المطلب الرابع).

المطلب الأول: وجوب تصريح الدائن السابق للمسطرة بدينه

لقد ألزم المشرع المغربي بموجب المادة 719 من م.ت.[576]، كنظيريه الفرنسي[577] والتونسي[578]، جميع الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية

---

[573]- François-Charles DESPRAT , Les notions de déclaration de créances et d'état des créances , Rev. Proc. Coll., N° 4, Octobre 2001, p.199., André JACQUEMONT, Op. Cit., P. 306., François PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P. 270.

[574] - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 20، الصادر بتاريخ 2010/03/17، ملف عدد 09/53 ص، غير منشور، وكذلك قرارها رقم 34، الصادر بتاريخ 2009/05/13، ملف عدد 2007/110ص، قرار منشور، بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، ع.12، أكتوبر 2009، ص.373.

- Cass. Ass. Plén., 26 Janvier 2001, Cité par, André JACQUEMONT, Op. Cit., P. 306.

[575] - راجع المواد من 719 إلى 723 من م.ت.

[576]- تنص الفقرة الأولى من المادة 719 من م.ت. على أنه: " يوجه كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور الحكم بفتح المسطرة، باستثناء الأجراء تصريحهم بديونهم إلى السنديك ".

[577]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة L.622-24 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:

« A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Lorsque le créancier a été relevé de forclusion conformément à l'article L. 622-26, les délais ne courent qu'à compter de la

القضائية، بالتصريح بديونهم لدى السنديك، باستثناء الأجراء[579]، أي الدائنين الذين نشأت ديونهم عن علاقة شغل تربطهم برئيس المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، وذلك مراعاة من المشرع المغربي للطابع المعيشي للأجر، حيث إن إخضاع الأجراء لصرامة وقساوة مسطرة التصريح بالديون، من شأنه أن يضيع حقوق هذه الفئة، ذلك أن إغفال التصريح بالدين يجعل الدين منقضيا ما لم يتم رفع السقوط عنه[580]. وبذلك، فقاعدة التصريح بالديون إلى السنديك، لا تشمل سوى الديون الناشئة قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة، بخلاف الديون الناشئة بعد صدور هذا الحكم، التي لا تخضع لمسطرة التصريح بالديون[581].

هذا الطابع العام الذي أضفاه المشرع المغربي على مسطرة التصريح بالديون، يجعل هذه الأخيرة تشمل سائر الدائنين ذوي الديون السابقة، بمن فيهم الدائن طالب فتح المسطرة[582]، وبغض النظر عن طبيعة هذه الديون، سواء كانت مدنية أو تجارية، عادية أو مضمونة بضمانات شخصية أو عينية، ناجزة أو معلقة على شرط واقف أو فاسخ، وبصرف النظر عما إذا كانت حالة أو مؤجلة، أو كانت موضوع دعوى قضائية أم لا، وسواء كان مصدرها عقديا أو فعلا تقصيريا.

---

notification de cette décision; ils sont alors réduits de moitié. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement ..».

[578]- حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 445 من المجلة التجارية التونسية على أنه: " على الدائنين التأكد من ترسيم ديونهم السابقة لفتح إجراءات التسوية القضائية، خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وستين يوما بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج التراب التونسي. ولا يقبل ترسيم دين بعد ذلك الأجل إلا بإذن من حجرة الشورى. وفي جميع الحالات لا يقبل ترسيم أي دين بعد مضي سنة ".

[579]- Jocelyne BOURGOIN, Michel REVAH, Méline Toptzian REVAH, Françoise ROUAIX, Droit des sociétés et autres groupement, Droit de l'entreprise en difficulté, Ed., Foucher, 2006 – 2007, P.384.,

- في هذا الإطار نجد بأن المشرع الفرنسي وسع من دائرة الاستثناءات لتشمل الأجراء والديون المعيشية والديون المترتبة في مواجهة المقاول الفرد ذو المسؤولية المحدودة الذي لا يخضع لمسطرة الإنقاذ.

- André JACQUEMONT, Op. Cit., P. 308.

[580]- أنفة حكيمة، الحماية القانونية للأجراء في ظل صعوبات المقاولة - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2007-2008، ص.284.

[581]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 60،الصادر بتاريخ 2008/10/8، ملف عدد 2008/13 ص، قرار منشور، بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، ع. 12، 2009، ص.329.

[582]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 719 من م. ت. على أنه: " لا يعفى الدائن طالب فتح المسطرة من التصريح بدينه ".

كما أنه يجب على الدائنين التصريح بديونهم حتى وإن لم تكن مثبتة في سند، وذلك وفقا لما تنص عليه الفقرة الخامسة من المادة 719 من م.ت. [583]، ويكرسه القضاء حيث ورد في أحد حيثيات القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2003/11/12 : " لكن، حيث إن التصريح بالدين للسنديك مرحلة إعدادية لتحديد خصوم المقاولة، لا يتوقف على ضرورة أن يكون مثبتا بسند بقدر ما يجب أن يكون محددا أو تقييميا..."[584].

وجدير بالذكر، أنه خلافا لما كان منصوصا عليه بموجب المادة 686 من م.ت. المنسوخة بموجب القانون 73.17 ، حيث كان يكتفى بالنسبة للدائنين العاديين، بدعوتهم إلى التصريح بديونهم إلى السنديك بنشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية، وفي صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وفقا لما تنص عليه المادة 584 من م.ت. [585]، والاشعار الشخصي وإن اقتضى الحال في موطنهم المختار للدائنين الحاملين لضمانات أو لعقود ائتمان إيجاري[586]

583- تنص الفقرة الخامسة من المادة 719 من م.ت. على أنه: " يجب التصريح بالديون حتى وإن لم تكن مثبتة في سند ".

584- قرار رقم 1269، صادر بتاريخ 2003/11/12، ملف تجاري عدد 2003/2/3/1135، قرار منشور، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 5، 2005، ص.123.

585- تنص الفقرة الثانية من المادة 584 من م ت على أنه. " يقوم كاتب الضبط بنشر إشعار بالحكم، يتضمن اسم المقاولة كما هو مقيد في السجل التجاري، وكذا رقم تسجيلها به، في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية، وفي الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره، ويدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين. ويعلق هذا الاشعار على اللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة المصدرة للحكم فور النطق به." (سابقا المادة 569 من م ت).

586- تجب الإشارة هنا وفي علاقة بعقود الائتمان الإيجاري إلى أن سبب النص على وجوب الاشعار الشخصي للدائن الحامل لعقد إئتمان إيجاري لا يعود لطبيعة دينه الذي يعد دينا عاديا، بل لتوفره على عقد إئتمان إيجاري مشهر، لذلك يبقى ما قضت به محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، بموجب قرارها رقم 688، الصادر بتاريخ 2007/05/31، (قرار غير منشور)، بأن الدين المترتب عن عقود الائتمان الإيجاري هو دين امتيازي، حيث جاء في أحد حيثيات هذا القرار: " وحيث إنه فضلا عما ذكر فإن ما يؤكد طبيعة الامتياز التي يتمتع بها دين المستأنفة كون المشرع سوى في المادة 686 من م.ت بين الدائنين الحاملين ضمانات وبين أصحاب عقود الائتمان الكرائي فيما يخص ضرورة إشعارهم بالتصريح بديونهم باعتبارها ديونا مقرونة بامتيازات ناجمة عن تلك الضمانات أو العقود "، ليس في محله ويجانب الصواب، ذلك أن الامتياز لا يكون إلا بنص قانوني، فحيث لا يوجد نص لا يمكن أن يوجد امتياز، فالامتياز لا ينشأ عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة أو غيرها من الأسباب التي تؤدي إلى كسب الحقوق، وإنما ينشأ بنص القانون فقط (الفصل 1243 من ق.ل.ع) ، فالقانون وحده هو الذي يتولى تعيين هذه الحقوق الممتازة، ويعين مرتبة الامتياز، وهو الأمر الذي لا يوجد في حالتنا هذه، حيث لا يوجد نص في القانون المغربي ينص على أن الدين المترتب عن عقود الائتمان الإيجاري هو دين ممتاز . كما أنه لا يمكن التوسع في هذا المجال عن طريق القياس، فلا يجوز أن يعتبر دين ما ممتازا، لأنه يشبه دينا نص القانون على أنه من الديون الممتازة، لأن القاعدة العامة تقضي بأنه يجب أن يعتبر الدائنون جميعا متساوين في استحقاقهم لاستيفاء ديونهم من أموال المدين من غير تفضيل أحدهم على الآخر، في حين أن الامتياز يعتبر خروجا عن هذه القاعدة، لأنه يعطي صاحبه الحق في استيفاء دينه الممتاز قبل غيره من الدائنين، ومعلوم أن الاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع فيه.

- وقد قدر للمجلس الأعلى أن يبت في الموضوع، حيث اعتبر أن الدين المترتب عن عقد الائتمان الإيجاري لا يعد دينا امتيازيا، وذلك بموجب قراره رقم 400، الصادر بتاريخ 2011/03/17، ملف تجاري عدد 2010/3/604، الذي جاء فيه: " لكن حيث إنه لما يتعلق الأمر بعقد ائتمان إيجاري فإنه يخضع للشهر بالسجل التجاري...، ولما كان موضوع النزاع يتعلق بتصريح مؤسسة الائتمان الإيجاري (الطالبة) بدينها الذي هو عبارة عن أكرية ترتبت في ذمة المطلوبة المكترية بموجب عقد اللزينك الرابط بينهما، فإن هذه الأكرية سواء تعلقت بعقد تم شهره حتى يتمكن السنديك من إشعار حامله بفتح مسطرة الصعوبة تبعا للمادة 686 من مدونة التجارة أو لم يتم شهره، لا تعد ديون امتيازية، لأنه لا امتياز بدون نص صريح يقول بذلك، وهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع تقوم مقام العلة المنتقدة ويستقيم القرار بها والوسيلة على غير أساس "، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 73، 2011، ص.189.

تم شهرهما وفقا لما ينص عليه القانون. فإن المشرع قد وسع بموجب المادة 719 من م.ت.[587]، من نطاق الدائنين الذين يتعين إشعارهم للتصريح بديونهم، حيث أصبح من الواجب على السنديك الإشعار الشخصي للدائنين التاليين:

– الدائنون المعروفون لدى السنديك، أي الدائنين الذين قد يتعرف عليهم السنديك من خلال الوثائق المحاسبية، العقود، الفواتير و الاشعارات الضريبية ... .

– الدائنون المدرجون في القائمة المدلى بها من طرف رئيس المقاولة، التي يجب أن ترفق بطلب فتح مسطرة التسوية القضائية تطبيقا لمقتضيات المادة 577 من م.ت. التي تنص على أنه: " يودع رئيس المقاولة طلبه بكتابة ضبط المحكمة ويشير فيه إلى أسباب التوقف عن الدفع.

يجب إرفاق الطلب على الخصوص بما يلي: ... – قائمة بالدائنين مع الإشارة إلى عناوينهم ومبلغ ديونهم والضمانات الممنوحة لهم بتاريخ التوقف عن الدفع... ".

– الدائنون الحاملون لضمانات أو عقود إئتمان إيجاري تم شهرهما، وإذا اقتضى الحال في موطنهم المختار، وهو ما سبق للقضاء أن أكد عليه، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/02/11 : " لكن، حيث إن المواد من 686 إلى 690 من مدونة التجارة توجب على كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة

- وقد سبق للمحكمة التجارية بالدار البيضاء أن أكدت على أن الدين المترتب عن عقد الائتمان الايجاري ليس بدين امتيازي بل مجرد دين عادي، وذلك في حكمها رقم11586، الصادر بتاريخ 2007/11/27، ملف عدد 2007/06/878- 2007/06/1739 والذي جاء فيه: " وحيث إن التزاحم الحاصل في مسطرة التوزيع الحالية لم يقع بين ديون الصندوق وديون الخزينة، وإنما بينه وبين دين المتعرض بصفته مرتبطا مع المدينة بعقد ائتمان إيجاري.

وحيث إن دين المتعرض لم يصنفه المشرع عند تنظيمه للتمويل بالكراء من ضمن الديون الممتازة، كما فعل بالنسبة لديون المؤسسات التي تمول اقتناء أدوات ومعدات التجهيز المهنية وما يترتب عليها من رهن لفائدتها.

وحيث إن دين المتعرض إذ يكون مجرد دين عادي، كما لا يعطيه أي أولوية كون أحد المنقولات المبيعة ضمن عناصر الأصل التجاري ملك له، بل له فقط أن يباشر الدعاوى التي يسمح بها القانون لاستحقاق ملكه وليس التزاحم في ثمنه مع باقي الدائنين "، حكم غير منشور.

- للمزيد من المعلومات حول حقوق الامتياز راجع:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص. 918 وما بعدها.، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني، العقود السماة وما يشابهها، ج. 4، الصلح، الكفالة، الرهن الحيازي، في مختلف أنواع الدائنين،ط. 1، 2002، ص. 244 وما بعدها.

[587]- وفي هذا الإطار يعلق جانب من الفقه المغربي على هذا المقتضى ويقول: " المادة 719 من م.ت. قد عملت على تجاوز جل إن لم نقل كل المعيقات التي تمس وضعية الدائنين فيما يخص التصريح بالديون"، ويضيف " الملاحظ أن نطاق الدائنين المشمولين بالتصريح بديونهم عبر الاشعار الشخصي من طرف السنديك قد توسعت بشكل كبير جدا وهو أمر لابد من التنويه به".، عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاولة في ضوء القانون 73.17، مطبعة الأمنية، الرباط، دار الآفاق للنشر والتوزيع، ط. 1، 2018، ص.191 و 192.

باستثناء المأجورين التصريح بديونهم إلى السنديك داخل أجل شهرين من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية تحت طائلة سقوط حقهم، ولا يلزم السنديك بأن يشعر شخصيا إلا الدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما "[588].

أما بالنسبة للدائنين القاطنين بالخارج، فقد أوجب المشرع في إطار تسهيل ولوجهم للمساطر الوطنية بمقتضى المادة 780 من م.ت.، أن يتم إشعار الدائنين المعروفين لدى المحكمة والذين ليس لهم عنوان داخل تراب المملكة، كما أكد على أنه يمكن للمحكمة أن تتخذ التدابير المناسبة قصد إشعار الدائنين الذين لا تتوفر على عناوينهم، ويوجه هذا الاشعار إلى هؤلاء الدائنين كل على حدة، ما لم تعتبر المحكمة أنه من الأنسب تبعا للظروف اللجوء إلى شكل آخر من أشكال الإشعار دون الحاجة إلى إنابة قضائية أو غيرها من الاجراءات المماثلة.

وفي هذا الإطار، نرى بأن المقتضى الجديد الخاص باشعار الدائنين المدرجين في القائمة المدلى بها من طرف السنديك لن تكون له أية فعالية على مستوى الواقع العملي، ما لم يتم تعزيزه بمقتضيات زجرية تطبق في مواجهة المدين الذي قد يتلاعب بلائحة دائنيه والوثائق المحاسبية ، لأن المصدر الوحيد لتعرف السنديك على دائني المقاولة سيكون من خلال اللائحة التي يتقدم بها رئيس المقاولة والوثائق المحاسبية للمقاولة.

والملاحظ كذلك أن المشرع لم يأت بأي جديد على مستوى الكيفية التي يجب أن يتم بها الإشعار الشخصي للدائنين، وأمام هذا الفراغ القانوني نشير إلى أنه سبق للقضاء أن قضى بأن هذا الإشعار يمكن أن يتم بأي وسيلة يتبين منها حصوله، وأنه لا يمكن أن يتأتى ذلك إلا بإدلاء السنديك بما يفيد توجيه الإشعار وتوصلهم به[589]، وهذا غالبا ما يتم في الواقع العملي برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل[590].

---

[588]- قرار رقم 179، صادر بتاريخ 2004/02/11، ملف تجاري عدد 2003/2/3/1157، قرار منشور، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 5، 2005، ص.102.

[589]- قرار المجلس الأعلى رقم 483، الصادر بتاريخ 2006/05/10، ملف تجاري عدد 2006/1/3/245، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ماي 2007، ع. 67، ص.126.

[590]- وتجب الإشارة هنا، واستنادا إلى قول الأستاذ المهدي شبو، بأن الممارسة جرت في بعض المحاكم المغربية (قبل صدور القانون 73.17) على القيام بإشعار الدائنين العاديين المعلومين، رغم انعدام السند القانوني لذلك وقتها، وذلك ضمانا وصونا لحقوق الدائنين الذين غالبا ما تسقط ديونهم في مواجهة المقاولة، والسبب الرئيسي في ذلك يرجع لعدم علمهم بحكم فتح مسطرة التسوية القضائية.،

ومن أجل تيسير عملية التصريح بالدين نص المشرع بمقتضى الفقرة السابعة من المادة 719 من م.ت.، على أنه يمكن للدائن أن يقوم بالتصريح بنفسه أو بواسطة وكيل من اختياره[591].

ولقد أوجب المشرع على السنديك في إطار تلقيه لتصريحات الدائنين بأن يمسك بشأن كل مسطرة سجلا خاصا مرقما وموقعا على صفحاته من القاضي المنتدب تضمن فيه التصريحات بالديون حسب الترتيب التسلسلي لتلقيها[592].

المطلب الثاني: شكل ومضمون التصريح بالدين

بالرجوع لمقتضيات المادة 721 من م.ت. [593]، نجد بأن المشرع المغربي كنظيره الفرنسي[594]، لم يشر إلى الشكل الذي يجب أن يقدم فيه التصريح بالدين، وأمام هذا الوضع ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه وعلى اعتبار أن التصريح بالدين يعتبر طلبا قضائيا، فإنه يتعين بشأنه احترام الشكليات الواجبة في المقالات طبقا لقواعد ق.م.م.[595]، وهو قول خالفه جانب آخر من الفقه[596]، وذهب إلى القول بأن اشتراط إلزامية أن يصب التصريح بالديون في شكل طلب أو مقال، وأن تؤدى تبعا لذلك الرسوم القضائية من جديد، لن يساعد في النهوض بالمقاولة وضمان استمراريتها، إذ إن الرسوم القضائية تعتبر مبالغ مهمة بالنظر إلى قيمة الدين وستصفى مع قيمة هذا الدين.

المهدي شبو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، ط. 1، 2006، الهامش رقم 5، ص.537.

[591]- وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة L.622-24 من مدونة التجارة الفرنسية التي جاء فيها ما يلي:
« La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ».

[592]- راجع مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 719 من م.ت.

[593]- المقابلة للمادة 688 من م.ت. المنسوخة.

[594] - André JACQUEMONT, Op. Cit., P. 328.

[595]- عبد الرحيم السلماني، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار قانون صعوبات المقاولة، الإجراءات والآثار، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع.5، 2005، ص.28.

[596]- عبد القادر شفاري، التصريح بالديون بين التسوية والتصفية القضائية، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.351.

وفي نظرنا، التصريح بالدين يمكن أن يتم بأي طريقة تثبت حصوله، كالتصريح بالدين مثلا عن طريق رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، لأن القضاء لا يتطلب في هذا التصريح أي شكلية معينة بحسب ما أكد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 16 مارس 2005 الذي جاء فيه: " التصريح بالدين للسنديك لا يتطلب شكلية معينة من قبيل وضعه بكتابة الضبط أو الصندوق "[597].

أما بالنسبة لمضمون التصريح بالدين، فقد حدده المشرع المغربي في مجموعة من البيانات الخاصة يجب أن يشتمل عليها التصريح بالدين، وذلك حتى يتمكن السنديك من الإحاطة بالطبيعة القانونية للدين وسنده، والمحكمة التي رفع إليها النزاع...[598].

وفي هذا الإطار أوجبت المادة 721 من م.ت. أن يتضمن التصريح بالدين:

– مبلغ الدين المستحق بتاريخ صدور حكم فتح المسطرة مع تحديد قسط الدين المؤجل في حالة التسوية القضائية، مع تحديد طبيعة الامتياز أو الضمان الذي يكون الدين مقرونا به؛

– العناصر التي من شأنها أن تثبت وجود الدين ومبلغه إذا لم يكن ناجما عن سند، وإن تعذر ذلك تقييما للدين إذا لم يحدد مبلغه بعد؛

– كيفية احتساب الفوائد في حالة استئناف سريانها مع تنفيذ مخطط الاستمرارية؛

– الإشارة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى إذا كان الدين موضوع نزاع؛

وترفق بالتصريح وثائق الاثبات، التي يمكن أن تقدم على شكل نسخ يمكن للسنديك أن يطلب في أي وقت تقديم أصولها أو وثائق تكميلية، وعندما يتعلق الأمر بديون بالعملة الأجنبية يتم التحويل إلى العملة الوطنية حسب سعر الصرف بتاريخ صدور حكم فتح المسطرة[599].

---

[597]- قرار رقم 288، صادر بتاريخ 2005/03/16، ملف تجاري عدد 2004/1/3/203، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى،ع. 64-65، ص.288.

[598]- الأمين عمي، مسطرة تحديد خصوم المقاولة ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.363.

[599]- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 721 من م.ت.

ويتعين أن يشير الاشعار الموجه للدائنين القاطنين بالخارج إلى الأجل المنصوص عليه في المادة 720 من م.ت. للتصريح بالدين مع تحديد مكان الادلاء بهذا التصريح، مع التأكيد على وجوب التصريح بالديون بالنسبة للدائنين أصحاب الضمانات، كما يجب أن يتضمن الاشعار كافة المعلومات الضرورية طبقا لمقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. ولما تراه المحكمة مناسبا للإخبار به[600].

وتجب الإشارة إلى أنه في الحالة التي يتم فيها إثبات عدم صحة البيانات المضمنة في التصريح، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى بطلانه، ما دام يمكن القيام بتصحيح تلك البيانات تحت مراقبة السنديك.

المطلب الثالث: آجال التصريح بالدين

لقد حددت المادة 720 من م.ت. [601]، أجل التصريح بالدين في شهرين يبتدئ بالنسبة للدائنين المدرجين بالقائمة المدلى بها من طرف المدين والدائنين المعروفين لدى السنديك، وكذا بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقود ائتمان إيجاري تم شهرهما، من تاريخ الإشعار الشخصي لهؤلاء[602]، وذلك بخلاف باقي الدائنين الذين يتم سريان الأجل اتجاههم ابتداء من تاريخ نشر المقرر القاضي بفتح المسطرة بالجريدة الرسمية. أما بالنسبة للدائنين القاطنين خارج المغرب، فإن الأجل المذكور يمدد بالنسبة لهم بشهرين إضافيين.

وبالنسبة للمتعاقد في العقود الجارية فينتهي أجل التصريح بالنسبة إليه خمسة عشر يوما بعد تاريخ الحصول على التخلي عن مواصلة العقد، إذا كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ الأجل المذكور أعلاه[603].

---

[600]- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 780 من م.ت.

[601]- المقابلة للمادة 687 من م.ت. المنسوخة.

[602]- راجع في في هذا الإطار لدى المشرع الفرنسي:

- Alain LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives, 1er éd., Delmas, 2006, p. 212.

[603]- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 720 من م. ت.

هذا، ويبتدئ أجل التصريح بالدين بالنسبة لبقية الدائنين، من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية، فالتاريخ المذكور هو المعتبر في بداية الأجل، أما باقي إجراءات الشهر الأخرى التي نصت عليها المادة 584 من م.ت.، وهي الشهر في السجل التجاري، وفي صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، والتعليق في اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة، فهي إجراءات لا يؤدي القيام بها إلى انطلاق بداية سريان أجل التصريح بالديون[604].

أما بالنسبة للدائنين المدرجين بالقائمة المدلى بها من طرف المدين والدائنين المعروفين لدى السنديك، وكذا بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقود ائتمان إيجاري تم شهرهما ، فإن أجل التصريح المحدد في شهرين لا يبتدئ بالنسبة لهم، إلا من تاريخ الإشعار الشخصي لهم.

وأجل التصريح هو أجل سقوط وليس أجل تقادم[605]، حيث إن الديون التي لم يتم التصريح بها داخله تنقضي، ما لم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط[606].

وإذا كانت الغاية التي توخى المشرع تحقيقها من خلال المقتضيات السابقة الذكر، هي السرعة في تحديد خصوم المقاولة وحصر الوضعية الحقيقية لها، بغية إنجاح عملية التسوية القضائية، فإننا نرى بأن تحقيق هذه الغاية قد يكون على حساب الدائنين، ذلك أن استمرار اعتماد المشرع الجريدة الرسمية كوسيلة لإخبار ما سمي **ببقية الدائنين** بضرورة التصريح بديونهم، وإلا سقطت – بل ويمكن أن تنقضي نهائيا عند عدم رفع السقوط خلال الأجل القانوني، إذا لم يطلع الدائنون على تاريخ فتح المسطرة–، هو توجه قاس تجاه هذه الفئة من الدائنين، خاصة إذا علمنا أن المواظبة على شراء الجريدة الرسمية لا يشكل مسألة بديهية في بلد كالمغرب، بالنسبة للدائنين، ولكل المواطنين[607].

---

[604]- عبد السلام الوهابي، مسطرة التصريح بالديون ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.344.

[605]- Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P. 264., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.455.

[606]- محمد بنزهرة، المحاكم التجارية والمنازعات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية ، مجلة القضاء والقانون، ع. 146، السنة الثلاثون، ص.107.

[607]- فاتحة مشماشي، أزمة معالجة صعوبات المقاولة، م. س.، ص.247.

وفي هذا الإطار، يلاحظ على مستوى الواقع العملي أن رؤساء المقاولات أصبحوا يراهنون على هذا الجانب، ويتقدمون بطلبات لفتح مسطرة التسوية القضائية لفائدة مقاولاتهم، وأصبحوا أحيانا يفتعلون التوقف عن الدفع للوصول إلى غاياتهم[608]، ذلك أن سلوك طريق مسطرة التسوية القضائية يمكنهم من التخلص من مبالغ مهمة من الديون[609].

ولذلك نرى بأنه رغم التعديلات الجديدة التي ألزمت السنديك بإشعار الدائنين المعروفين لديه والدائنين المدرجين في القائمة المدلى بها من قبل المدين، فإن وضعية الدائنين لازالت هشة في مواجهة مسطرة التصريح بالديون وجزاءاتها، لذلك يجب على المحكمة التي يقدم إليها طلب فتح مسطرة التسوية القضائية، أن تكون حذرة ويقظة، سواء عند قيامها بالتأكد من توفر شرط التوقف عن الدفع أو عند تحديد تاريخه، وذلك بشكل يجعل ولوج مسطرة التسوية القضائية أمرا صعبا بالنسبة لمن يحاول اتخاذها كذريعة للتهرب من أداء ما عليه من ديون.

كما أنه يجب على القضاء لردع هذا السلوك وضمان حماية فعالة لمصالح الدائنين، تفعيل ما نصت عليه م.ت. في باب العقوبات ضد المسيرين[610]، سواء كانوا قانونيين[611] أم فعليين[612].

608- عبد الرحيم الزكري، دور مراقبي الدائنين في إعداد مخطط الاستمرارية ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.386.

609- لقد ثبت من خلال العمل القضائي أن هناك سهولة في إثبات التوقف عن الدفع من طرف المدين رئيس المقاولة، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للدائن، وكذا باقي من لهم الحق في طلب فتح هذا النوع من المساطر.، محمد قرطوم، م. س.، ص. 47.

610- الحاج الكوري، أثر الصعوبات التي تجتازها المقاولات على حقوق العمال ، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع. 35، عدد خاص، ندوة القوانين الجديدة للتجارة والشركات تكريما للأستاذ أحمد شكري السباعي، ص. 237.

611- المسير القانوني هو الشخص المعين بمقتضى القانون الأساسي للشركة أو مجلسها الإداري أو مجلس رقابتها حسب نوعية التسيير الذي تختاره الشركة، سواء كان نتيجة تعيينه داخل أجهزة الإدارة أو التسيير أو التدبير للشركة المعنية.

- العربي فارس، تمديد مسطرة التسوية أو التصفية القضائية للمسيرين ، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، ع.53، عدد خاص، عشر سنوات من تطبيق نظام صعوبات المقاولة: أية حصيلة ؟، 2008، ص.127.

612- المسير الفعلي هو الشخص الذي يتصرف مثل المسير القانوني دون أن يكون معينا لهذه الغاية ويمارس نشاطا إيجابيا ومستقلا في إطار تسيير المقاولة وهو متمتع بكامل الحرية والإرادة.

وعلى هذا الأساس يشترط الفقه ثلاثة شروط لاعتبار شخص ما مسيرا فعليا :

أولا: أن يباشر نشاطا إيجابيا، أي أن يشارك بصفة فعلية في التسيير.

ثانيا: أن يكون التصرف أو النشاط الايجابي متعلقا بالتدبير أو التسيير.

ثالثا: أن يكون النشاط الايجابي المرتبط بالتدبير والإدارة صادرا عن المعني بالأمر بكل حرية وإرادة وبكامل الاستقلالية.

- الرشيد صلاح الدين، المسؤولية الجنائية لمسيري المقاولة حال تعرضها للصعوبة (جرائم التفالس)، مجلة المنتدى، ع.3، يونيو 2002، عدد خاص بندوة معالجة صعوبات المقاولة، ص.103 وما يليها.

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على عدم التصريح بالدين

وفقا لمقتضيات المادة 723 من م.ت. [613]، يترتب على عدم التصريح بالدين داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 720 من م.ت.، سقوط الدين (الفقرة الأولى) بل وأكثر من ذلك، يمكن لهذا الدين أن ينقضي بصفة نهائية ما لم يقم الدائن بسلوك دعوى رفع السقوط (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قساوة جزاء سقوط الدين وانقضائه

يترتب على عدم قيام الدائنين بالتصريح بديونهم داخل الأجل القانوني المحدد لذلك، سقوط ديونهم في مواجهة المدين رئيس المقاولة وانقضاؤها بصفة نهائية ما لم يتم رفع السقوط عنها، وينطبق هذا الجزاء الصارم والظالم على جميع الدائنين غير المصرحين بديونهم، سواء أكانوا دائنين عاديين أو امتيازيين، أو أصحاب ضمانات شخصية أو عينية أو عقود ائتمان إيجاري[614].

وتجب الإشارة بالنسبة للدائنين المدرجين بالقائمة المدلى بها من طرف المدين والدائنين المعروفين لدى السنديك إلى أنه لا يمكن مواجهتهم بالسقوط إذا لم يتم إشعارهم من قبل السنديك بضرورة التصريح بديونهم، ويسري نفس الحكم بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقود ائتمان إيجاري تم شهرهما ، إذ لا يمكن مواجهتهم بالسقوط[615]، إلا إذا تم إشعارهم من قبل السنديك بضرورة التصريح بديونهم [616].

وعلى هذا الأساس، يترتب على إهمال الدائن القيام بالتصريح بالدين أو القيام به خارج الآجال القانونية، سقوط الدين بل وانقضاؤه بصفة نهائية، ما لم يتم رفع هذا السقوط بأمر من

---

[613]- المقابلة للمادة 690 من م.ت. المنسوخة.

[614]- عبد السلام الوهابي، م. س.، ص.346.

[615]- راجع الفقرة الخامسة من المادة 723 من م.ت.

[616]- قرار المجلس الأعلى رقم 1024، الصادر بتاريخ 2004/09/22، ملف تجاري عدد 2003/556، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، ع.62، الإصدار الرقمي، دجنبر 2004، ص.127.

القاضي المنتدب بناء على دعوى عدم المواجهة بالسقوط[617] أو دعوى رفع السقوط التي يرفعها الدائن غير المصرح بدينه[618].

وفي هذا الإطار تدخل المشرع الفرنسي إحساسا منه بقساوة جزاء انقضاء الدين، الذي كان ينص عليه في إطار قانون 25 يناير 1985 المنظم لمسطرتي التسوية والتصفية القضائية، فعدل هذا الجزاء بموجب المادة L.622-26 من مدونة التجارة الفرنسية المعدلة بقانون 25 يوليوز 2005، حيث نص على أن الديون غير المصرح بها لا تقبل في التوزيعات ما لم يرفع عنها القاضي المنتدب السقوط[619]، وبذلك فهو قد تخلى عن جزاء انقضاء الديون، حيث أصبح يقتصر الجزاء على عدم إمكانية الاحتجاج بالديون غير المصرح بها في المسطرة[620].

ونظن بأن هذا التعديل الذي أخذ به المشرع الفرنسي أصبح طلب تحقيقه ملحا في ظل التشريع المغربي لأن جزاء سقوط الدين وانقضائه جزاء ظالم للدائن كما سبق أن أكدنا، ويزيد من تعزيز مظاهر هذا الظلم أنه يجد نفسه غير قادر لا على متابعة المدين ولا الكفيل، لأن الدين ينقضي في مواجهة الإثنين، بالرغم من أن المشرع المغربي قد حاول التخفيف من صرامة

---

[617]- وهي الدعوى التي يتقدم بها الدائن الذي يوجب القانون ضرورة إشعاره شخصيا للتصريح بدينه، وهي الحالة التي تنطبق بالنسبة للدائن صاحب ضمانة مشهرة كما أكد على ذلك قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2012/09/20 الذي جاء فيه: " لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللته بقولها: " أنه إذا كان الطاعن يرى بأنه يتوفر على ضمانة وأنه لا يواجه بالسقوط وأن السنديك لم يقم بإشعاره، ثم أن هذا الأخير قد قبل تصريحه بالدين دون تحفظ، فإنه ما كان عليه أن يتقدم بدعوى رفع السقوط أمام السيد القاضي المنتدب، بل كان عليه أن يتقدم بدعوى عدم مواجهته بالسقوط أو بطلب تحقيق دينه مباشرة حتى يتأتى للقاضي المنتدب مناقشة طلبه على هذا الأساس وهو الشيء الذي لم يفعله ... وأنه في جميع الأحوال فإن حقوق الطاعن بهذا الخصوص تبقى محفوظة وبالتالي فإن عليه الرجوع إلى السيد القاضي المنتدب بخصوص ماذكر" وهي تعليلات غير منتقدة تكون معه الوسائل لم تتضمن أي نعي على ما ورد به القرار ودعوى الطالب غير مقبولة". قرار محكمة النقض رقم 845، صادر بتاريخ 2012/09/20، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1464، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.394.

[618]- قرار المجلس الأعلى رقم 701، الصادر بتاريخ 2009/05/06، ملف تجاري عدد 2006/3/3/1243، قرار منشور، م. م. م.، ع. 124 و 125، ص.177.

[619] - « A défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande.
Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus .. »

[620] - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.456., André JACQUEMONT, Op. Cit., P. 331., Cécile LE GALLOU, Op. Cit., P.307.

وقساوة هذا الجزاء المترتب على عدم التصريح بالدين من خلال منح الدائن إمكانية حماية دينه من الانقضاء عبر دعوى رفع السقوط التي يمارسها بين يدي القاضي المنتدب.

الفقرة الثانية: دعوى رفع السقوط

رغبة من المشرع المغربي في التخفيف من وطأة وقساوة آثار جزاء سقوط الدين في مواجهة الدائنين، مكنهم من إمكانية إقامة دعوى لرفع هذا السقوط، وخصص لها إطارا قانونيا هاما لتنظيمها [621].

وفي هذا الإطار، فإن دعوى رفع السقوط يلزم لتفعيلها توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية:

بالنسبة للشروط الشكلية، فإن المادة 723 من م.ت. لم تحدد إجراءات إقامة دعوى رفع السقوط، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء المغربي من رسم الطريق أمام الدائن طالب رفع السقوط، حيث ألزمه بالتقيد بمقتضيات ق.م.م.، وتقديم الطلب عن طريق مقال افتتاحي للدعوى[622].

وبالإضافة إلى ضرورة احترام الشكليات المنصوص عليها في ق.م.م.، وقانون إحداث المحاكم التجارية، فإنه يجب مراعاة الشروط الخاصة بهذه الدعوى، الواردة في المادة 723 من م.ت.، وعلى رأسها احترام الأجل المتعلق بهذه الدعوى، ذلك أنه يجب في دعوى رفع السقوط، أن ترفع داخل أجل سنة يبتدئ من تاريخ الإشعار بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم إشهارهما والدائنين المدرجين في القائمة المدلى بها من طرف المدين، ومن تاريخ نشر مقرر فتح المسطرة بالجريدة الرسمية بالنسبة لباقي الدائنين، وليس من تاريخ صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية كما كان ساريا بموجب المادة 690 من م.ت. المنسوخة [623].

---

[621]- المادة 723 من م.ت.، المقابلة للمادة 690 من م.ت. المنسوخة.

[622]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2634، صادر بتاريخ 2000/12/18، ملف عدد 11/2000/2443، قرار منشور، م.م. ق.أ.م.، ع.3، شتنبر 2003، ص.180.

[623]- ننوه بهذا التعديل الذي سبق أن نادينا باعتماده تحقيقا لأفضل حماية لحقوق الدائنين . يوسف الجار، م. س. ص.175.

وفي هذا السياق، ذهب الأستاذ عبد الرحيم شميعة عن حق إلى القول بأن الفقرة الثالثة من المادة 723 من م.ت.، يعتريها نقص، حيث أنها لم تحترم نطاق الدائنين المشمولين بالتصريح بالديون، فلم تتم الإشارة إلى الدائنين المعروفين لدى السنديك، وبذلك كان من الأفيد النص على أنه: لا يمكن ممارسة دعوى رفع السقوط إلا داخل أجل سنة من تاريخ إشعار الدائنين طبقا للمادة 719 من م.ت.، ومن تاريخ نشر مقرر فتح المسطرة بالجريدة الرسمية بالنسبة لباقي الدائنين[624].

وتجب الإشارة، إلى أن أجل دعوى رفع السقوط، وبحسب ما يذهب إلى ذلك أغلب الفقه[625] والقضاء[626] هو أجل سقوط وليس أجل تقادم، بمعنى أنه إذا رفعت الدعوى خارج الأجل فإن مآلها يكون هو عدم القبول[627].

وبالرجوع للقانون المقارن، نجد أن المشرع الفرنسي وبعدما كان ينص على أن أجل إقامة دعوى رفع السقوط هو سنة، قد عدل هذا الأجل من حيث المبدأ، وذلك بمقتضى قانون 26 يوليوز 2005[628]،حيث أصبحت المادة 26- 622. L من مدونة التجارة الفرنسية تنص على أن أجل إقامة دعوى رفع السقوط هو ستة أشهر[629].

أما فيما يخص الشروط الموضوعية، فإنه يتعين على الدائنين بمقتضى المادة 723 من م.ت. إثبات شرط جوهري وأساسي، اعتبره بعض الفقه بمثابة حجز الزاوية في دعوى رفع

---

[624]- عبد الرحيم شميعة، م. س.، ص.200.

[625]- François PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P. 283.

[626]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2574، صادر بتاريخ 2001/12/07، ملف عدد 11/2001/1666، قرار غير منشور.

[627]- عبد القادر شفاري، م. س.، ص.360.

[628]- Marie-Laure COQUELET, op. cit., p. 159.

[629]- وتنص في هذا الإطار المادة L622-26 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه:

« L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai de six mois. Ce délai court à compter de la publication du jugement d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions. Pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié, il court à compter de la réception de l'avis qui leur est donné »

السقوط[630]، يتمثل في ضرورة إقامة الدليل على أن عدم التصريح لا يعود إليهم، بل يعود إلى السنديك أو إلى ظروف خارجة عن إرادتهم.

يلاحظ من خلال الشرط السابق ذكره، أن موقف المشرع المغربي متشدد وصارم بخصوص تقييم الأسباب التي قد تؤدي بالدائن إلى عدم التصريح بالدين داخل الأجل القانوني، وهذا من شأنه أن يضيق الخناق على الدائن الذي يسعى إلى رفع السقوط، وذلك بالنظر إلى أنه يشترط توافر وقائع معينة للحكم برفع هذا السقوط، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي[631]. وفي هذا الإطار أكد بعض الفقه[632]على أنه يجب التشدد في الأسباب التي لا ترجع إلى الدائن، دون أن يصل ذلك إلى درجة الاكتفاء أو اشتراط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وذلك بقبول بعض الحالات التي لا تتعلق بخطأ صادر عن الدائن، ومنها وقوع خطأ في نشر اسم المقاولة بالجريدة الرسمية، أو وقوع غش من المدين ساهم في عدم تصريح دائنه[633].

وبهذا نكون قد انتهينا من التطرق لمقتضيات مسطرة التصريح بالديون كآلية لحفظ حقوق الدائنين في مواجهة المدين، والآثار المترتبة على عدم احترامها، ليبقى التساؤل المطروح: ما هو تأثير عدم احترام الدائن لقواعد مسطرة التصريح بالديون على حقه في مواجهة الكفيل وبالمقارنة تجاه باقي الضامنين الشخصيين؟

المبحث الثاني: أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل

لما كان التصريح بالدين من الدائن وقبوله من القاضي المنتدب بأمر يحوز على قوة الشيء المقضي به، يؤدي دون صعوبات إلى إمكانية مواجهة الكفيل بهذا الدين، على اعتبار أن تصريح الدائن بدينه، وقبوله من طرف القاضي المنتدب ضمن خصوم المقاولة، يجعل هذا الدين مستحقا في مواجهة المدين وبالتبعية في مواجهة الكفيل، فعدم انقضاء الدين الأصلي في مواجهة المدين،

630- المهدي شبو، م. س.، ص.531.
631- حياة حجي، م. س.، ص.211-212.
632- المهدي شبو، م. س.، ص.534.
633- لأن الغش يفسد كل شيء.

المترتب على احترام الدائن لآلية التصريح بالدين في مواجهة هذا الأخير، يترتب عليه تطبيقا لخاصية التبعية استمرار قيام التزام الكفيل بضمان أداء هذه الديون.

فإنه بالمقابل، انقضاء التزام المدين الأصلي نتيجة عدم التصريح بالدين من طرف الدائن في مواجهة المدين، يجعل التساؤل يثار حول مدى إمكانية تمسك الكفيل بهذا الانقضاء الناتج عن عدم تصريح الدائن بدينه في مواجهة المدين الأصلي؟

من أجل الإجابة عن هذا التساؤل بطريقة مؤسسة ومواكبة للمستجدات التشريعية نرتئي أن نقوم أولا بتحديد أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل قبل صدور القانون 73.17 (المطلب الأول) وفي ظل مقتضيات القانون 73.17 (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تضارب حول أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل قبل صدور القانون 73.17

لقد أثار موضوع تحديد مصير التزام الكفيل في حالة انقضاء دين الدائن لعدم التصريح به، في ظل مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت. المنسوخ التي لم يورد في إطاره المشرع المغربي أي مقتضى خاص يحسم الأمر، وكذا في ظل المقتضيات التشريعية الفرنسية المشابهة[634]، نقاشا فقهيا اختلفت فيه الآراء الفقهية، كما أدى لصدور قرارات قضائية متضاربة.

وبالرجوع للدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية التي عالجت هذا الموضوع يتبين أن ثمة اختلافا في تحديد أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل، أدى إلى بروز ثلاث اتجاهات:

– **الاتجاه الأول:** يذهب أنصار هذا الاتجاه[635] إلى القول إن عدم تصريح الدائن بدينه لا يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل، لأن فكرة الضمان تقتضي ترجيح الغاية من الكفالة على صفتها التبعية، فالوظيفة الأولى للكفالة هي تأمين الدائن من مخاطر عدم الأداء، لذلك

634- بمعنى قانون 13 يوليوز 1967 و قانون 25 يناير 1985، راجع بخصوص مجال تطبيق هذين القانونين:
- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.5 - 13.
635 - Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.410.

يبقى القول بعدم إمكانية رجوع الدائن على الكفيل عند سقوط الدين لعدم التصريح به مناقضا لهذه الغاية، كما يفقد الكفالة أهميتها ويجعل اللجوء إليها كعدمه في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية.

وقد ذهب جانب من الفقه المغربي[636] إلى أن قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2002/12/08[637] قد انتصر لفكرة ترجيح الغاية من الكفالة بحرمانه الكفيل من التمسك بانقضاء التزامه لعدم تصريح الدائن بدينه، استنادا على مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة التي كانت تمنع الكفيل من التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية.

وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأن الكفيل يبقى ملتزما تجاه الدائن رغم إهمال هذا الأخير التصريح بديونه في المسطرة الجماعية، مؤسسة قرارها على مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 2032 من القانون المدني الفرنسي (حاليا المادة 2309) التي تسمح للكفيل بالرجوع المسبق على المدين في حالة إفلاسه[638]. كما أن بعض محاكم الموضوع الفرنسية[639]ذهبت في نفس السياق وحرمت الكفيل من التمسك بسقوط الدين غير المصرح به، حيث قضت بأن الدفع بانقضاء الدين لعدم التصريح به يعد دفعا شخصيا للمدين لا يمكن للكفيل الاحتجاج به.

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه[640] بأنه يتعين التمييز بين ما إذا كانت الكفالة عادية أو تضامنية، حيث في الكفالة العادية يؤدي عدم التصريح بالدين إلى انقضاء الالتزام في مواجهة المدين الأصلي والكفيل لأن للكفيل في الكفالة العادية حق التمسك بالدفع بالتجريد

---

636 - Mohammed EL HARTI, Le caractère accessoire du cautionnement, In., Ouvrage, Difficulté des entreprises et domaine du redressement judiciaire à la lumière de la jurisprudence de la cour suprême, Imp., ALOMNIA, Rabat, 2007, P.620.

637- قرار رقم 1545، صادر بتاريخ 2002/12/18، في الملف التجاري عدد 2002/640، منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي، ع. 62، ص.99.

638 - Cass. Com. 4 Octobre 1972, Cité par, Alain LIENARD, Op. Cit., P.129. R.T.D. Com. N° 1, Janvier-Mars 1989, P.135.

639 - C. Lyon 18 Novembre 1988, C. A. Bordeux 16 Mars 1989, Cité par, Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Op. Cit., P.532.

640- جواد الدهبي، موقع الكفالة على خارطة الضمانات البنكية الشخصية، م.م.م.، ع. 110، شتنبر- أكتوبر 2007، ص.93.، سعيد أولعربي، م. س.، ص.353.

وبالدفوع التي للمدين الأصلي حق التمسك بها، أما إذا كانت الكفالة تضامنية بأن تضمن عقد الكفالة شرط التضامن فالوضع يختلف حيث لا مجال هنا لإعمال مقتضيات الفصلين 1150 و 1140 من ق.ل.ع. وسقوط الدين في مواجهة المدين الأصلي لا يترتب عليه بالتبعية سقوطه في مواجهة الكفيل الذي تبقى له أحقية ممارسة دعوى الرجوع على المدين الأصلي عبر التصريح بالدين، ما دام أن التصريح بالدين لا يقتصر على الدائنين وحدهم بل يشمل أيضا الشريك في الالتزام والكفيل الذي يقوم بالتصريح حتى وإن لم يقع الوفاء من جانبه حتى تتاح له فرصة الرجوع على المدين عند الحاجة.

الاتجاه الثالث: يذهب أنصار هذا الاتجاه[641] للقول بأن الكفيل يحق له التمسك في مواجهة الدائن بانقضاء دينه غير المصرح به، لأنه مادام أن هذا الدين ينقضي لفائدة المدين، فإنه بالتبعية ينقضي في مواجهة الكفيل، لأن التزام الكفيل طبقا للقواعد العامة ينقضي بجميع أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وفي هذا الإطار اعتبر أغلب الفقه الفرنسي[642] انقضاء الدين لعدم التصريح به دفعا متعلقا بالدين يحق للكفيل التمسك به.

وترسيخا لهذا التوجه فإن أغلب الاجتهادات القضائية المغربية تخول الحق للكفيل للتمسك بانقضاء التزامه تبعا لانقضاء الدين الأصلي غير المصرح به، فعلى مستوى قضاء الموضوع قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 2002/03/05[643] بما يلي: " وحيث إنه طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 690 من مدونة التجارة تنقضي الديون التي لم يصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط، الأمر الذي يكون معه دين بنك الوفاء قد سقط في مواجهة شركة كونفور أكريل بسبب تقديمه لدعوى رفع السقوط خارج الأجل القانوني.

---

[641]- محمد كرام، م. س.، ص.137.، امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.365. أحمد المنصوري، م. س.، ص.125، عبد الكريم عباد، م. س.، ص.317.

[642] - Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.254., Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Op. Cit., P.532., Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P. 280., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.456., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.233.

[643]- قرار رقم 561، صادر بتاريخ، 2002/03/05، في الملف التجاري عدد 6/2001/83، غير منشور.

وحيث إنه عملا بمقتضيات الفصل 1150 من ق.ل.ع. فإن جميع الأسباب التي تؤدي إلى بطلان أو انقضاء الالتزام الأصلي تؤدي إلى انقضاء الكفالة.

وحيث إنه اعتبارا لذلك فإن ما يتمسك به البنك المستأنف عليه من مواصلة حقوقه في مواجهة الكفيل بعد أن انقضى دينه في مواجهة الأصيل، دفع لا يرتكز على أساس، ذلك أنه بانقضاء الدين في مواجهة المدين الأصلي فإنه ينقضي أيضا في مواجهة الكفيل وتبعا لذلك فإن الدائن المهمل الذي فقد حق مقاضاة الأصيل يفقد حق الرجوع على الكفيل لأن الكفالة التزام تبعي لا يمكن أن يستمر بعد انقضاء الالتزام الأصلي"[644].

كما قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 1017 الصادر بتاريخ 2007/06/21[645] بأنه: " وحيث إن عدم التصريح بالديون داخل الآجال القانونية يترتب عنه انقضاء الدين الأصلي وتبعا لذلك فان انقضاء الدين الأصلي يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التبعية المتعلقة به بما في ذلك عقد الكفالة تبعا لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل وهذا ما نص عليه الفصل 1150 من ق.ل.ع الذي جاء فيه " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عنها انقضاء الكفالة"[646].

أما على مستوى قضاء القانون فقد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 1364 الصادر بتاريخ 2006/12/27[647] ما يلي: " لكن، حيث إنه طبقا للمادة 690 من مدونة

---

[644]- في نفس الاتجاه قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 3138 الصادر بتاريخ 2005/09/26 في الملف التجاري عدد 10/2004/3535، الذي جاء فيه: " لكن حيث إنه إذا كانت مقتضيات مسطرة صعوبات المقاولة تخص بالفعل المدين الخاضع لهذه المسطرة ولا يمكن للكفيل الاستفادة منها بما في ذلك مخطط الاستمرارية، إلا أنه مما لا نزاع فيه أنه لا يحق للدائن المطالبة بدينه سواء في مواجهة المدينة الأصلية أو في مواجهة الكفيل إلا اذا قام بالتصريح بدينه لدى السنديك داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 687 من مدونة التجارة، على اعتبار أن الكفالة التزام تبعي لالتزام المدين الأصلي، وهي تنقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها هذا الأخير، عملا بأحكام الفصل 1150 من ق.ل.ع.". قرار غير منشور.

- انظر في نفس الاتجاه لدى المحكمة التجارية بالدار البيضاء:

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 1452، صادر بتاريخ 2002/02/03، في الملف التجاري عدد 2001/5496، غير منشور.

[645]- قرار رقم 1017، صادر بتاريخ 2007/06/21، في الملف التجاري عدد 2007/559، غير منشور.

[646]- انظر في نفس السياق لدى محكمة الاستئناف التجارية بفاس:

- قرار رقم 1457، صادر بتاريخ 2007/10/09، في الملف التجاري عدد 06/2184، غير منشور.

[647]- قرار رقم 1364، صادر بتاريخ 2006/12/27 في الملف التجاري عدد 2006/1/3/1322، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.342.

التجارة، فإنه تنقضي الديون التي لم يصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط، وهذا الجزاء ينسحب إلى الدين في أساسه ولا يتعلق بشخص المدين، إذ أنه يؤدي إلى انقضاء الدين وصيرورته منتهيا، وإنه طبقا للفصل 1150 من ق.ل.ع فإن جميع الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء أو بطلان الدين الأصلي تؤدي إلى انقضاء الكفالة، والمحكمة التي ثبت لها من خلال الوثائق المعروضة عليها وخاصة بيان التصريح بالدين المدلى به من طرف الطالبة، أن هذه الأخيرة ' صرحت بدينها خارج الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 687 من مدونة التجارة، ولم تدل بما يفيد أن دينها قد تم قبوله في إطار المساطر الجماعية أو أنها رفعت عنه السقوط أو كونها لا تواجه بالسقوط' واعتبرت أن ما تمسكت به المدينة الأصلية في هذا الخصوص يمكن أن يتمسك به الكفيل كذلك، ورتبت على ذلك عدم قبول الدعوى، تكون قد راعت مجمل ما ذكر، وبخصوص ما تمسكت به الطالبة من عدم إعمال المحكمة لمقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة، فإن المادة المذكورة تتعلق بعدم إمكانية تمسك الكفلاء متضامنين كانوا أم لا بمقتضيات مخطط الاستمرارية، وهي حالة مختلفة عن النزاع موضوع النازلة وما جاء بشأن القرار معللا تعليلا سليما ومرتكزا على أساس وغير خارق لأي مقتضى قانوني، والوسيلتان على غير أساس"[648].

هذه الحلول التي اعتمدها الاجتهاد القضائي المغربي سبق أن تبناها الاجتهاد القضائي الفرنسي في ظل نصوص قانونية مشابهة[649] وخاصة بعد صدور قانون 25 يناير 1985 حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في ثلاث قرارات قضائية أصدرتها بتاريخ 17 يوليوز

[648]- انظر في نفس الإطار على مستوى المجلس الأعلى:
- قرار رقم 1260، صادر بتاريخ 2009/09/02، في الملف التجاري عدد 2008/1/3/1294، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.91.
- قرار رقم 1099، صادر بتاريخ 2007/11/07، في الملف التجاري عدد 2007/1/3/928، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.144.
- قرار رقم 1261، صادر بتاريخ 2009/09/30، في الملف التجاري عدد 2006/1/3/123، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.299.
- قرار رقم 121، صادر بتاريخ 2005/02/09، في الملف التجاري عدد 2004/2/3/766، منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي، ع. 62، دجنبر 2004، ص.152.
- قرار رقم 1220، صادر بتاريخ 2007/12/12، في الملف التجاري عدد 2004/1/3/1459، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.364.

[649] - Cass. Com. 19 juin 1984, R.T.D. Com. N° 1, Janvier-Mars 1989, P.135., Obs. Arlette MARTIN-SERF.

1990 بأن انقضاء الدين تطبيقا لمقتضيات المادة 53 من القانون السابق الذكر يعد دفعا متعلقا بالدين يحق للكفيل أن يواجه به الدائن[650].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 23 أكتوبر 1990 نفس التوجه[651] مع استعمالها وسائل أكثر للتعليل بشكل اعتبر معه جانب من الفقه الفرنسي[652] هذا القرار قرارا مبدئيا، حيث قضت بأن انقضاء الدين لعدم التصريح به تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون 25 يناير 1985 يعد دفعا متعلقا بالدين طبقا للمادة 2036 من القانون المدني الفرنسي (حاليا المادة 2313) يمكن للكفيل الاحتجاج به، كما أكدت على أنه عندما يكون الكفيل هو وحده الذي صرح بالدين فإن الدائن لا يمكنه التمسك بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 2032 من القانون المدني الفرنسي (حاليا المادة 2309) لتجاوز إهماله وقصوره، حيث إن الكفيل عندما يصرح بالدين في هذه الحالة، فإن هذا لا يعد سوى إجراء للمحافظة على حقه في الرجوع على المدين[653].

وعلى هذا الأساس لا يستفيد الدائن من تصريح الكفيل بالدين، بحيث لا يمكنه أن يتمسك بهذا التصريح إن كان مهملا، فعدم تصريحه بالدين يؤدي لتحرير الكفيل من التزامه

---

[650]- راجع في تحليل هذه القرارات:

- Jean-Loup COURTIER, Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement, Op. Cit., P.15.

[651] - Cass. Com. 23 Octobre 1990, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/11/2018.

« Mais attendu que l'extinction de la créance en application de l'article 53, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 est une exception inhérente à la dette et que, conformément à l'article 2036, alinéa 1er, du Code civil, la caution peut l'opposer au créancier; que la cour d'appel a retenu à bon droit que, dès lors que la caution avait seule fait une déclaration de créance, la société UCB ne pouvait invoquer, pour remédier à sa propre carence, les dispositions de l'article 2032 du Code civil, lesquelles, en vue d'accroître les garanties de la caution, l'autorisent à agir contre le débiteur principal avant même d'avoir payé et retourner ainsi contre la caution, en le détournant de sa finalité, un texte destiné à faciliter l'exercice de son action récursoire; que le moyen n'est fondé en aucune de ses quatre branches ».

[652] - Jean-Loup COURTIER, Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement, Op. Cit., P.15.

[653]- انظر في نفس السياق على مستوى محكمة النقض الفرنسية:

- Cass. Com. 19 Janvier 1993, R.T.D. Com., N° 1, Janvier-Mars 1994, P.119, Obs. Arlette MARTIN-SERF.

- Cass. Com. 2 Mars 1993, R.T.D. Com., N° 1, Janvier-Mars 1994, P.120, Obs. Arlette MARTIN-SERF.

الذي ينقضي، أما إذا صرح الدائن بدينه ومارس حقه في الرجوع على الكفيل، فإن هذا الأخير يحتفظ بحقوقه تجاه المدين الأصلي بغض النظر عما إذا كان قد صرح بدينه أم لا[654].

زيادة على ما سبق، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم الصادر في مواجهة الكفيل والقاضي بوجوب تنفيذ التزامه لا يقف عائقا أمام حقه في مواجهة الدائن بانقضاء الدين بسبب لاحق لهذا الحكم، والمتمثل في هذه الحالة في سقوط الدين لعدم التصريح به[655].

وفي نظرنا يبقى هذا الاتجاه الأخير هو الجدير بالتأييد للأسباب التالية:

– إن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام الأصلي المضمون يرتبط به من حيث الوجود والانقضاء، وبذلك فانقضاء الدين غير المصرح به في مواجهة المدين الأصلي يؤدي بالضرورة إلى انقضاء التزام الكفيل، بحيث لا يوجد أي نص خاص يحرم الكفيل من التمسك بالقواعد المكرسة في الفصل 1150 من ق.ل.ع. الذي يقضي بأن كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة، وفي الفصل 1140 من نفس القانون الذي ينص على أنه للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون.

– إن الاستناد إلى هدف تحقيق الغاية من الكفالة للقول بعدم أحقية الكفيل في التمسك بانقضاء التزامه في مواجهة الدائن الذي انقضى دينه لعدم التصريح به، لا يمكن أن يصمد أمام صراحة النصوص القانونية الواجبة التطبيق، إضافة إلى ذلك نرى بأن تحقيق الغاية من الكفالة يجب أن يتم في ظل احترام النصوص المنظمة لهذا التأمين الشخصي، مادام أنه لا يوجد أي نص خاص يستبعد تطبيقها.

---

654 - Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.254,

655 - « Mais attendu que le prononcé à l'encontre de la caution d'un jugement la condamnant à exécuter son engagement ne fait pas obstacle à ce qu'elle oppose au créancier l'extinction de sa créance pour une cause postérieure audit jugement, celui-ci serait-il passé en force de chose jugée; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a décidé que M. Y... pouvait se prévaloir de l'exception tirée de l'extinction de l'obligation garantie, faute de déclaration au passif du redressement judiciaire du débiteur principal, ouvert le 19 août 1991; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé »., Cass. Com. 5 Décembre 1995, Bull. Civ., IV, N° 277, 1995, P.257., Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1550., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/11/2018.

– إن الاعتماد على مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة التي كانت تحرم الكفيل من التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية للقول بعدم انقضاء الدين غير المصرح به في مواجهة الكفيل، هو قول مردود لأنه لا علاقة لمقتضيات مخطط الاستمرارية بالمقتضيات المنظمة لمسطرة التصريح بالديون التي تتضمن جزاء انقضاء الدين غير المصرح به، زيادة على ذلك يبقى منع الكفيل من التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية في ظل مقتضيات المادة 662 من م.ت. المنسوخة بمثابة استثناء على القواعد العامة ومعلوم أن الاستثناء لا يمكن أن يقاس عليه أو يتوسع في تفسيره.

– إن محاولة التمييز بين حالة الكفيل العادي والكفيل المتضامن لا يمكن الأخذ بها إطلاقا لأنها تتنافى بصفة جذرية مع قواعد الكفالة، لأن التضامن في الكفالة لا يفقد الكفالة طابعها التبعي، حيث يقتصر أثره فقط في عدم إمكانية تمسك الكفيل المتضامن مع المدين بالتجريد، وتطبيق قواعد التضامن بين المدينين يبقى مقتصرا بصريح عبارة الفصل 1133 من ق.ل.ع. على آثار الكفالة التضامنية.

المطلب الثاني: تكريس حق الكفيل في التمسك بعدم التصريح بالدين في ظل القانون 73.17

خلافا لمقتضيات م.ت. لسنة 1996 التي كانت تفتقر لوجود أي نص قانوني خاص يقر بحق الكفيل في التمسك بعدم التصريح بالدين من عدمه، مما أدى إلى تضارب التوجهات الفقهية والقضائية بخصوص تحديد أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل كما سبق أن عرضنا، فقد أصبح للكفيل بموجب القانون 73.17 الحق في التمسك بعدم التصريح بالدين، حيث حصر حق الدائن في الرجوع على الكفيل في الديون المصرح بها، وذلك من خلال مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 695 من م.ت. التي جاء فيها: " لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها"

وعليه، فإن الديون غير المصرح بها من قبل الدائن لا يمكن مطالبة الكفيل بأدائها طبقا للمفهوم المخالف للفقرة الأخيرة من المادة 695 من م.ت. المذكورة أعلاه، وتنقضي في مواجهة الكفيل تبعا لانقضائها في مواجهة المدين الأصلي ما لم يتم رفع السقوط عنها، لأنه في هذه الحالة الأخيرة الكفيل لا يمكنه أن يحتج بانقضاء التزامه لعدم تصريح الدائن بالدين داخل الأجل القانوني بعد قيام هذا الأخير برفع السقوط عن دينه بأمر من القاضي المنتدب حائز لقوة الشيء المقضي به[656].

كما أن الدائن لا يمكنه في حالة سقوط دينه لعدم التصريح به، أن يطالب الضامن الاحتياطي بأداء هذا الدين، حيث إنه وإن كانت قواعد القانون الصرفي لا تخول للضامن الاحتياطي حق التمسك بالدفوع الشخصية للمضمون والدفوع المستمدة من علاقته الشخصية مع الساحب والحاملين السابقين ضد الحامل حسن النية، فإنه يمكنه التمسك بدفوع المدين المتعلقة بالدين التي أدت إلى انقضاء الالتزام المضمون، وهي الحالة التي تنطبق على انقضاء الدين لعدم التصريح به، كما أكد ذلك المجلس الأعلى في قراره رقم 179 الصادر بتاريخ 2008/02/20[657] الذي جاء فيه: " لكن حيث لئن كانت قواعد الالتزام الصرفي لا تخول للضامن الاحتياطي التمسك بدفوع المضمون بسبب استقلال التوقيعات وعدم الاحتجاج بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية مع الساحب والحاملين السابقين ضد الحامل حسن النية، كما تقضي بذلك المادة 171 من مدونة التجارة، وكذا الفقرة الثامنة من المادة 180 من نفس القانون، فإنه فيما عدا ما ذكر من الأحوال يكون التزام الضامن تبعيا، وهو ما يجيز له التمسك بدفوع المضمون التي أدت لتحلله من التزامه عملا بأحكام الفقرة السابقة من المادة 180 المذكورة، والمحكمة التي ثبت لها أن الطالبة لم تدل بما يفيد تصريحها بدينها لدى سنديك التسوية القضائية للمدينة الأصلية وفق المادة 687 من مدونة التجارة، ولا بما يرفع السقوط عنه، واعتبرته منقضيا للأسباب المذكورة تبعا للمادة 690 من نفس المدونة، مرتبة على ذلك

656 - Cass. Com. 20 Mai 1997, Bull. Civ., IV, N° 146, 1997, P.131., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/11/2018.

657- قرار رقم 179، صادر بتاريخ 2008/02/20، منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 70، ص.201.

انقضاءه لعدم إثبات ما ذكرته في حق الضامن الاحتياطي المطلوب تكون قد سايرت المبدأ المذكور مطبقة صحيح الأحكام الواجبة التطبيق على الضامن الاحتياطي"[658].

إذا كان الوضع على هذا النحو في ظل التشريع المغربي، فإن وضعية الكفيل كما وضعية باقي الضامنين الشخصيين، قد عرفت تغييرات جوهرية في ظل القانون الفرنسي، حيث كان الوضع في ظل قانون 25 يناير 1985 يلزم الدائن بضرورة التصريح بدينه في المسطرة المفتوحة في مواجهة المدين تحت طائلة سقوط الدين وانقضائه بصفة نهائية ما لم يرفع عنه السقوط، وتطبيقا لخاصية تبعية الكفالة وباعتبار أن الدفع بانقضاء الدين لعدم التصريح به يعد دفعا متعلقا بالدين، كان يتم تقرير انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء التزام المدين المضمون لعدم تصريح الدائن بالدين وعدم رفع السقوط عنه[659].

أما في ظل قانون 26 يوليوز 2005 فقد عدل المشرع الفرنسي جزاء عدم التصريح بالدين[660]، حيث إن الديون غير المصرح بها أصبح من غير الممكن الاحتجاج بها في المسطرة طبقا لمقتضيات المادة L.622-26 من مدونة التجارة الفرنسية[661]، مما جعل التساؤل يطرح حول تبعات هذا التعديل على التزام الكفيل، خاصة وأن عدم الاحتجاج بالدين لا يمس سوى الحق في متابعة المدين وليس انقضاء دينه.

في هذا الإطار، نصت المادة L.622-26 المعدلة بموجب الأمر الصادر بتاريخ 18 دجنبر 2008 على أن الديون غير المصرح بها لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على

---

[658]- انظر في نفس السياق لدى الفقه والقضاء الفرنسي:
- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P. 592., Cass. Com. 25 Octobre 1994, Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1550.

[659] - Gael PIETTE, Op. Cit., P.60 et 61., Michel FARGE, Op. Cit., P.120.

[660] - Francine MARCORIG-VENIER, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, la situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises , Rev. Droit bancaire et financier, janvier-février 2006, P. 65.

[661]- حيث تنص هذه المادة على ما يلي:
« Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ..».

سبيل الضمان أثناء تنفيذ مخطط الانقاذ[662]، بمعنى أن الكفيل الشخص الذاتي يمكنه الاحتجاج بعدم التصريح بالدين لمنع الدائن من الرجوع عليه أثناء تنفيذ مخطط الإنقاذ، بخلاف الكفيل الشخص الاعتباري الذي لا يمكنه التمسك بذلك حيث يمكن للدائن غير المصرح بدينه الرجوع عليه أثناء تنفيذ مخطط الإنقاذ.

وفي المقابل، أكدت المادة L.631-14 من مدونة التجارة الفرنسية[663] أن الأشخاص الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينا شخصيا أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، لا يمكنهم الاحتجاج في مواجهة الدائن بعدم التصريح بالدين، بما معناه أن الكفيل سواء كان شخصا ذاتيا أو اعتباريا لا يمكنه الاحتجاج في مواجهة الدائن بعدم التصريح بالدين في إطار مسطرة التسوية القضائية.

إن هذا التغيير الجذري الذي شهده القانون الفرنسي، وخاصة على مستوى التخلي عن جزاء انقضاء الدين في مواجهة الدائنين غير المصرحين بديونهم، يشكل أحد المقتضيات الهامة التي حاول من خلالها المشرع الفرنسي تعزيز مركز الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، من خلال حفظ حقهم في الدين في مواجهة المدين والضامنين الشخصيين، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 12 يوليوز 2011 إذ قضت بأن دفع الكفيل بعدم تصريح الدائن بدينه في ضوء المقتضيات المنصوص عليها في المادة L.622-26 من مدونة التجارة الفرنسية التي لم تعد تنص على جزاء انقضاء الدين غير المصرح به، هو دفع غير متعلق بالدين لا يمكن للكفيل التمسك به[664].

---

[662]- حيث تنص هذه المادة على ما يلي:
« .. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

[663]- تنص الفقرة الأخيرة من هذه المادة على ما يلي:
« Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

[664] - « Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce, que la défaillance du créancier ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ». Cass. Com. 12 Juillet 2011, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/11/2018.

وبالرغم من الإيجابيات التي تضمنتها المقاربة التي اعتمدها المشرع الفرنسي بخصوص وضعية الضامنين الشخصيين إلا أنه تخللتها بعض التناقضات مما عرضها للنقد، وخاصة على مستوى توحيد الوضعية بين الكفيل والضامن المستقل[665]، الذي اعتبره الفقه[666] بأنه يمثل وضعا شاذا باعتبار أن هذا الأخير عند التزامه كان يعرف بأنه يلتزم بصفة مستقلة.

ونحن نعتقد بأن الوضع الصعب للدائن في ظل مقتضيات تشريعنا المغربي الذي يجعل دين الدائن غير المصرح به ينقضي في مواجهة المدين والكفيل، قد يدفعه إلى تضمين عقد الكفالة شرطا يقضي بتحميل الكفيل مسؤولية القيام بالتصريح بالدين لفائدته، حيث بناء على هذا الشرط في حالة عدم قيام الكفيل بالتصريح بالدين سيصبح ملزما بتعويض الدائن، وبالتالي بطريقة غير مباشرة سيؤدي الكفيل ما كان يجب أن يؤديه تنفيذا لعقد الكفالة، لذلك يرى جانب من الفقه[667] أن هذه الشروط تكتسي خطورة كبيرة على الكفيل، لأنه بعد أدائه على سبيل التعويض للدائن لا يبقى له أي رجوع على المدين المضمون، إلا في الحالة التي يكون قد قام فيها بالتصريح بدينه في إطار دعوى الرجوع المسبق، لذلك فإن فعالية هذا الشرط تبقى محل شك وتمس بشكل مباشر خاصية تبعية الكفالة، لأنها تتبنى تقنية المسؤولية، كما أن هذا الشرط الذي يعطي امتيازات مبالغ فيها للمهني يمكن أن يعتبر تعسفيا إذا تم إدراجه في إطار عقد يجمع بين بنك وكفيل غير مهني.

كما أن هذا الوضع سيدفع الدائن إلى التوجه نحو ضمانات شخصية أكثر نجاعة بالنسبة إليه، من شأنها أن تقيه من جزاء انقضاء الدين الذي قد يترتب على إهماله التصريح به، أو لعدم علمه بفتح مسطرة التسوية القضائية التي توجب التصريح بالديون تحت طائلة انقضائها ما لم يرفع عنها السقوط، وفي هذا الإطار فإن المدين المتضامن لا يمكنه التمسك في مواجهة الدائن بانقضاء دينه غير المصرح به لأنه يلتزم في مواجهته بصفة أصلية وشخصية تمنعه من التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، وهو الحكم الذي يؤكده الفقه[668]،

665 - Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.564.
666 - Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.208.
667 - Martine BEHAR-TOUCHAIS, Op. Cit., P.749.
668- عمر فرج، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار مسطرة معالجة صعوبات المقاولة ، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ع. 2، 2011، ص.216.

وتقضي به محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 1017 الصادر بتاريخ 2007/06/21[669] الذي جاء فيه: " .. المدين المتضامن يبقى ملتزما إزاء الدائن بالرغم من سقوط الدين وانقضائه بالنسبة للمدين الأصلي لأنه يكون ملتزما تجاه الدائن بصفة شخصية مستقلة عن التزام المدين الخاضع لمسطرة معالجة صعوبات المقاولة حسب الفصلين 166 و 168 من ق.ل.ع." [670].

وهو المقتضى نفسه الذي تؤكده كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 مارس 2000 الذي قضت فيه بأن انقضاء الدين في مواجهة المدين الخاضع للمسطرة الجماعية، يظل معه التزام متميز للمدين المتضامن، وبالتالي المحكمة كانت محقة عندما صرحت بأن الزوجة لا يمكنها أن تتمسك بمقتضيات المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي من أجل إثارة إغفال الدائن التصريح بدينه في المسطرة الجماعية المفتوحة في مواجهة زوجها، وعليه فالدفع بانقضاء الدين في مواجهتها لا أساس له[671].

نفس الحكم ينطبق على المدين الذي يلتزم بصفة شخصية في مواجهة الدائن، حيث لا يمكنه التمسك بسقوط الدين غير المصرح به وانقضائه، وهو المقتضى الذي يؤكده قرار المجلس الأعلى رقم 688 الصادر بتاريخ 2007/06/13 الذي جاء فيه: " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من خلال بروتوكول الاتفاق المؤرخ في 2000/09/28 أن الطالب قد التزم بأداء الدين المتخلد بذمة شركة البوصلة بصفته الشخصية وليس بصفته

- Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.457.

[669]- قرار رقم 1017، صادر بتاريخ 2007/06/21، في الملف التجاري عدد 2007/559، غير منشور.

[670]- انظر في نفس السياق:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 198، صادر بتاريخ 2007/02/06، في الملف التجاري عدد 2006/1561، غير منشور.

[671] - Cass. Com. 14 Mars 2000, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/11/2018., Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1549.

« Mais attendu qu'il résulte des articles 1208 du Code civil et 53, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 que, sauf en matière de cautionnement, lorsque plusieurs codébiteurs s'engagent solidairement, l'un deux ne peut invoquer, au titre d'exceptions communes, que celles affectant l'ensemble des liens obligatoires unissant les débiteurs au créancier; que l'extinction de la créance à l'égard du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective laisse subsister l'obligation distincte contractée par son codébiteur solidaire; que c'est donc à bon droit, que la cour d'appel a énoncé que l'épouse ne pouvait, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, invoquer l'omission par la Caisse de déclarer sa créance à la procédure collective du mari ».

كفيلا لها، فاستبعدت تطبيق مقتضيات الفصل 1150 من ق.ل.ع. والمادة 690 من مدونة التجارة المحتج بهما من طرف الطاعن، معللة ذلك بأن ' الثابت من الاطلاع على بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين والمصحح الإمضاء بتاريخ 2000/09/28 في بنده الثاني أن الطاعن التزم بصفته الشخصية بسداد الدين العالق بذمة المدينة شركة البوصلة، وأنه اعتبارا لصفته هذه قاضته المستأنف عليها (المطلوبة) وطالبته بالأداء، وعليه فإن الأمر لا يتعلق بكفالة لخلو الاتفاق المذكور مما يفيد التزامه صراحة بسداد الدين بصفته كفيلا، ولا بحوالة الحق كما تمسك بذلك من جديد خلال المرحلة الاستئنافية، لأن حوالة الحق هي تحويل الحق من دائن إلى دائن آخر، بل الأمر يتعلق بالتزام اتفاقي تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يمكن للطاعن الاحتجاج في مواجهة المستأنف عليها (المطلوبة) بالدفوع المستمدة من مقتضيات المادة 690 من مدونة التجارة والفصل 1150 من ق.ل.ع. ...' تكون قد بنت قرارها على أساس وعللته تعليلا سليما، ولم تخرق أي مقتضى، والوسيلة على غير أساس"[672].

كما أن الضامن المستقل لا يمكنه التمسك في مواجهة الدائن بانقضاء الدين لعدم التصريح به، لأنه يلتزم بصفة مستقلة دون إمكانية التمسك بدفوع المدين الأصلي[673]، وبالتالي فالتزام الضامن المستقل كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 30 يناير 2001 لا ينقضي في مواجهة المستفيد من الضمانة المستقلة الذي لم يصرح بدينه في مسطرة التسوية أو التصفية القضائية المفتوحة في مواجهة الآمر، ومن ثم يحق للمستفيد الرجوع على الضامن المستقل مباشرة[674].

---

[672]- قرار رقم 688، صادر بتاريخ 2007/06/13، في الملف التجاري عدد 2007/1/3/383، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.157 وما يليها.

[673] - Cass. Com. 30 Janvier 2001, R.T.D. Com., N° 3, Juillet-Septembre 2001, P.763.
« Qu'une garantie autonome n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre, le créancier bénéficiaire de la garantie ne déclare pas au passif sa créance ; qu'en conséquence, il peut assigner directement le garant ».

[674]- انظر في نفس السياق على مستوى محكمة النقض الفرنسية:
- Cass. Com., 9 Juin 2004, Bull. Civ., IV, N° 118, 2004, P.122., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/11/2018.
- انظر في نفس الإطار على مستوى محاكم الموضوع الفرنسية:
- T.G.I. Paris., 8 Mars 1995, Cité par, Christian GAVALDA Jean STOUFFLET, Op. Cit., P.647.
- انظر في نفس الإطار كذلك بخصوص الضمانة المالية المهنية للوكيل العقاري:
- Cass. Ass. Plén., 4 Juin 1999, R.T.D. Com., N° 1, Janvier-Mars 2000, P.175.

الباب الثاني:

مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية

انطلاقا من محدودية تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية المقررة بمقتضى القواعد العامة التي رصدنا معالمها في الباب الأول، وتأسيسا على الآثار المترتبة على هذه المحدودية على مستوى تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وعلى نتائج المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي على مستوى انتظارات طرفي عقد الضمان الشخصي، التي تبين تفاوتها بحسب طبيعة التزام الضامن الشخصي، في ظل استفادة المدين الأصلي من قواعد استثنائية تهدف أساسا لإنقاذ المقاولة، سنعمل في هذا الباب على قياس مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية، بمعنى قياس مدى تحقيق القاعدة القانونية للغاية المنشودة منها بترتيبها لآثار تتماشى مع الأهداف التي يرغب في تحقيقها، وليس لآثار تعاكس هذه الأهداف[675]، ذلك أن القاعدة القانونية في نظرنا يجب أن تقوم على التوازن ومحاولة التوفيق بين المصالح المتضاربة، وخاصة في الحالات التي تطرح فيها بشدة حالة منازعة بين المصالح، كما هو الشأن في مسطرة التسوية القضائية حيث يستفيد المدين من قواعد استثنائية ترمي أساسا لمعالجة الصعوبات التي تعاني منها المقاولة، في حين يجد الدائن والضامن الشخصي نفسيهما في مواجهة هذه القواعد، الشيء الذي من المفترض معه أن المشرع يتدخل لتأطير حدود هذه المنازعة والتخفيف من آثارها السلبية على مختلف الأطرف.

وتأسيسا على ذلك، فإن قياسنا لهذه الفعالية لن يقتصر على قياس فعالية الضمان الشخصي في حد ذاته، التي ينظر إليها من زاوية واحدة وهي مدى تحقيق الضمان الشخصي لأمن الذمة المالية للدائن، والرفع من حظوظ إرضائه في عملية الائتمان، وبالتالي تحقيق توقعه الموضوعي المتمثل في تجنب الخسارة المالية، لأننا نرى أن الاعتماد على هذا الجانب فقط ينطبق أكثر على الضمانات العينية لأنها تقدم من أموال المدين الخاضع لمسطرة التسوية، ولا يمكننا اعتماده لوحده في الضمانات الشخصية[676]، لأنه لا يأخذ بعين الاعتبار من جهة مصلحة الضامن الشخصي التي هي كذلك مصلحة جديرة بالحماية، لأن التركيز على جانب حماية

[675]- راجع في مفهوم فعالية القاعدة القانونية:
- Guillaume ROYER, L'efficience en droit pénal économique, L.G.D.J., Ed., 2009, P.29., Manuella BOURASSIN, Op. Cit., P.17 et 18.

[676]- بالرغم من أنه قد يمثل لنا مسارا أسهل لمعالجة موضوع الفعالية بقياسها في جانب حماية الدائن فقط.

الدائن فقط سيؤدي لإحجام الضامنين الشخصيين عن تقديم ائتمانهم، ومن جهة أخرى لأن تراجع وضعية الدائنين لا يعزى دائما للضمانات الشخصية في حد ذاتها، بل لمعطيات خارجية تتمثل في القواعد الاستثنائية التي جاءت بها مسطرة التسوية القضائية، والتي عمد من خلالها المشرع إلى ترجيح مصلحة المقاولة على حساب مصلحة الدائنين، كما أن ذلك لن يمكننا من تحقيق أحد أهم الأهداف المنشودة من هذا البحث وهو محاولة اقتراح مقاربة جديدة لوضعية الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية تراعي مصالح طرفي عقد الضمان الشخصي، دون التأثير على فرص معالجة صعوبات المقاولة وتشجيع الائتمان.

اعتبارا لما سبق، وإيمانا منا بأن تحقيق فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية يتوقف على ضرورة توفير الحماية لطرفي عقد الضمان الشخصي، فإننا سنعمل على قياس مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية الدائن (الفصل الأول) ثم لمدى فعاليتها في حماية الضامن الشخصي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية الدائن

إذا كانت الغاية من مطالبة الدائن بضمانات شخصية تكمن في رغبته في تأمين نفسه من مخاطر الائتمان، التي تتحقق بتوقف المدين عن الدفع، ويزيد من خطورتها فتح مسطرة التسوية القضائية، التي يستفيد فيها المدين الأصلي من مجموعة من القواعد الاستثنائية، تستبعد بمقتضاها القواعد العامة مقابل تبني قواعد تهدف بالأساس لمعالجة صعوبات المقاولة والحفاظ على استمرارية نشاطها، فإنه يجب الاعتراف – في ضوء نتائج حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على قواعد الضمانات الشخصية التي خلصنا إليها في الباب الأول، وفي ظل اختلاف نطاق الدفوع الممكن التمسك بها من قبل الضامن الشخصي بحسب نوع الضمان الشخصي– بأن نجاعة الضمانات الشخصية في حماية مصالح الدائن وتجنيبه مخاطر الائتمان تتفاوت بحسب طبيعة الضمان، حيث يتبين بأن هناك ضعفا على مستوى نجاعة الضمانات الشخصية التبعية في حماية الدائن (الفرع الأول) في مقابل قوة مستوى نجاعة الضمانات الشخصية غير التبعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية

مما لا شك فيه أن وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية تمر بأزمة حقيقية في إطار مسطرة التسوية القضائية، نظرا لكثرة مظاهر ضعف وضعيتهم، المترتبة أساسا على اتساع مجال الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن، وخاصة بعد التكريس المطلق من المشرع المغربي لخاصية تبعية الكفالة في مقتضيات المادة 695 من م.ت.، واستمرار اعتماد المشرع لقواعد وجزاءات صارمة تجاه الدائنين، زيادة على ضعف مركزهم في مساطر تحديد خصوم المقاولة (المبحث الأول) ونظن بأن مظاهر هذا الأزمة ستزداد ترسخا مع التطبيقات القضائية للمقتضيات الجديدة للقانون 73.17، الشيء الذي ستبقى معه المحاولات التشريعية والقضائية لتحسين وضعية الدائنين قاصرة عن مواجهة أسباب أزمة الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية

تتجلى مظاهر ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية في إطار مسطرة التسوية القضائية في مجموعة من المقتضيات، يبقى أهمها التكريس المطلق من المشرع المغربي لخاصية تبعية الكفالة في مقتضيات المادة 695 من م.ت. دون مراعاة منه حتى للاستثناء المتعلق بالأجل المقرر بمقتضى قواعد الكفالة (المطلب الأول) وكذلك في عدم استفادة هذا الدائن من الاشعار الشخصي في الموطن المختار كما يستفيد من ذلك أصحاب عقود الائتمان الايجاري وأصحاب الضمانات التي يتم شهرها (المطلب الثاني) كما أن هذا الدائن يجد نفسه في مواجهة قساوة جزاء انقضاء الدين غير المصرح به وعدم فعالية دعوى رفع السقوط عنه في ضوء الشروط القاسية المتطلبة لرفع هذا السقوط (المطلب الثالث) وزيادة على ذلك يجد نفسه في مركز ضعف خلال مسطرة تحقيق الديون مقارنة مع المركز الذي يتمتع به المدين (المطلب الرابع).

المطلب الأول: التكريس المطلق لخاصية التبعية

لا مناص من الاعتراف بأن مقتضيات المادة 695 من م.ت. التي خول من خلالها المشرع للكفيل في إطار مسطرة التسوية القضائية، الحق في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية وبوقف سريان الفوائد وعدم إمكانية الاحتجاج عليه بسقوط الأجل، وحصر إمكانية مطالبته بالديون، في الديون المصرح بها، تشكل تجسيدا للتكريس المطلق من المشرع المغربي لخاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي[677].

حيث إنه بالرجوع لمقتضيات تنظيم عقد الكفالة في ق.ل.ع. يتبين أن المشرع المغربي ينص من حيث المبدأ من خلال الفصل 1128 على أنه لا يصح أن تتجاوز الكفالة ما هو مستحق على المدين[678]، كما يقضي في إطار الفصل 1154 من نفس القانون بأن الإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل[679]، وبذلك يبقى ما قضت به المادة 695 من م.ت. في جانبها المتعلق بمنح الكفيل الحق في التمسك بالتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية وبوقف سريان الفوائد التي يستفيد منها المدين الأصلي، ما هو إلا تجسيد للفصلين المذكورين أعلاه، وبالتالي تكريسا للطابع التبعي لالتزام الكفيل، لأن منع الكفيل من التمسك بهذه المقتضيات كما كانت تنص على ذلك المادة 662 من م.ت. المنسوخة[680]، كان يجعل

677- حيث تنص المادة 695 من م.ت. على ما يلي: " يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

- بمقتضيات مخطط الاستمرارية؛

- بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أعلاه.

لا يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.

لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها ".

678- ينص الفصل 1128 على أنه: " لا يصح أن تتجاوز الكفالة ما هو مستحق على المدين، إلا فيما يتعلق بالأجل".

679- وقد جاء في الفصل 1154 من ق.ل.ع. ما يلي: " الإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل، ولكن الإبراء الحاصل للكفيل لا يبرئ ذمة المدين. والإبراء الحاصل لأحد الكفلاء، بدون موافقة الآخرين يبرئ هؤلاء في حدود حصة الكفيل الذي حصل الإبراء لصالحه ".

680- حيث كانت تنص المادة 662 من م.ت. على أنه: " لا يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا:
- أن يتمسكوا بمقتضيات مخطط الاستمرارية ".
- وبوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 659.
يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل ".

التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي، وبالتالي كان بمثابة استثناء من خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي.

وفي نفس السياق، نجد كذلك أن المشرع المغربي ينص في الفصل 1150 من ق.ل.ع. على أن كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة، أضف إلى ذلك ما يقضي به في إطار الفصل 1140 من نفس القانون من أنه للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون[681]، مما يجعل ما نص عليه المشرع في المادة 695 من م.ت. بخصوص إمكانية مطالبة الكفيل بالديون المصرح بها فقط دون الديون غير المصرح بها، التي تنقضي ما لم يتم رفع السقوط عنها، ما هو إلا تطبيق للفصلين المذكورين أعلاه، لأن تفعيلهما يؤدي لنفس النتيجة، بحيث إن انقضاء الدين غير المصرح به من قبل الدائن في مواجهة المدين يترتب عليه انتهاء الكفالة، ولأن انقضاء الدين لعدم التصريح به سبب من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، يمكن للكفيل التمسك به في مواجهة الدائن باعتباره دفعا متعلقا بالدين.

زيادة على ما سبق، يبقى ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 695 من م.ت.، بخصوص عدم إمكانية الاحتجاج في مواجهة الكفلاء بسقوط الأجل المترتب في مواجهة المدين الأصلي، نتيجة اعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو تقرير مسطرة التصفية القضائية، انتصارا من المشرع للتوجه الفقهي[682] الذي يرى بأن سقوط أجل الالتزام بالنسبة للمدين لا يجب أن يترتب عليه سقوط الأجل بالنسبة للكفيل، لأن الكفيل وإن كان يضمن إعسار المدين، فإنه يضمن ذلك عند حلول أجل الالتزام الأصلي وليس عند سقوط هذا الأجل، كما أن مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن في أجل معين، ولا مبرر لسقوط هذا الأجل

---

[681]- ينص الفصل 1140 من ق.ل.ع. على مايلي: " للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا ".

[682]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.91.، سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.61. عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.107 و 108.، أحمد شرف الدين، م. س.، ص.47.
- Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.217.

بالنسبة للكفيل بسبب لا يد له فيه، لأن المدين لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل، وسحب الثقة من المدين بسبب إفلاسه أو إعساره لا يبرر سحب الثقة في نفس الوقت من الكفيل.

وبالمقابل، لم يأخذ برأي الجانب الفقهي[683] الذي يرى بأن سقوط أجل الالتزام المكفول يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل، بناء على خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، وعلى اعتبار أن الهدف من الكفالة هو ضمان الكفيل لإعسار المدين، وسقوط الأجل يحقق هذه الحالة، وبالتالي يسقط أجل التزام الكفيل ويجب عليه الوفاء للدائن إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء، وما لم يكن لالتزام الكفيل أجل خاص به مستقل عن أجل التزام المدين المكفول.

وعليه، فإن المشرع المغربي بتكريسه لهذا المقتضى الصريح المتعلق بعدم إمكانية الاحتجاج على الكفلاء بسقوط الأجل المترتب في مواجهة المدين الأصلي في حالة التفويت الكلي للمقاولة أو الحكم بالتصفية القضائية، يكون قد رجح حماية مصلحة الكفلاء على حماية مصلحة الدائنين، وبذلك جعل من الشروط التي يضمنها الدائنون في عقود الكفالة الخاصة بسقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة سقوطه في مواجهة المدين عديمة الأثر، لأنها ستكون مخالفة لمقتضى القاعدة الآمرة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 695 من م.ت.[684]، وبالتالي يكون المشرع المغربي قد عمق من أزمة وضعية الدائنين المستفيدين من كفالة، وجعلهم لا يستفيدون حتى من أحد القواعد المجسدة لمرونة خاصية التبعية والمنصوص عليها في القواعد العامة المنظمة للكفالة، التي تقضي بجواز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي من

[683]- راجع بخصوص هذا الرأي وأصحابه:
- عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.107.

[684]- بخلاف الوضع في ظل التشريع الفرنسي حيث يقر الفقه والقضاء الفرنسي بصحة شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة سقوط الأجل في مواجهة المدين، بحصر مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو الحكم بالتصفية القضائية، راجع في هذا الإطار:
- Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.
- Cass. Com., 8 Mars 1994, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/10/2018., R.T.D., Com., N° 1, Janvier-Mars 1995, P.204 et 205., Obs., Arlette MARTIN-SERF.
- Cass. Com. 26 Octobre 1999, Cité par, Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.571.

حيث الأجل[685]، والحال أن سقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة سقوطه في مواجهة المدين لا يجعل التزامه أشد من التزام المدين بل يجعلهم في نفس الوضعية.

إن معالم تعميق أزمة وضعية الدائن المستفيد من كفالة بموجب بعض مقتضيات المادة 695 من م.ت. تتجسد أكثر في عدم أخذ المشرع المغربي بعين الاعتبار الاستثناء الذي ينص عليه الفصل 1157 من ق.ل.ع. المتعلق بعدم إمكانية استفادة الكفيل من تمديد الأجل الممنوح للمدين بسبب حالة عسره[686]، وهو الحكم الذي ينطبق على الآجال الممنوحة للمدين في إطار مقتضيات مخطط الاستمرارية، حيث إن تطبيق مقتضى الفصل 1157 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه، لن يخول للكفيل التمسك بالآجال المعتمدة في هذا المخطط لأنها تمنح للمدين بسبب توقفه عن الدفع وخضوعه لمسطرة التسوية القضائية[687]، في حين أن المقتضى الجديد المنصوص عليه في المادة 695 من م.ت. المتعلق بإمكانية تمسك الكفيل بمقتضيات مخطط الاستمرارية، الذي لا يميز في إطاره المشرع بين الآجال والتخفيضات، وباعتباره نصا قانونيا خاصا سيفتح المجال أمام الكفلاء للاحتجاج به للاستفادة من الآجال المعتمدة في مخطط الاستمرارية، الشيء الذي سيجعل الاستثناء الذي نص عليه المشرع في الفصل 1157 من ق.ل.ع.، والذي أراد من خلاله التأكيد على أن الترابط بين التزام الكفيل والالتزام المكفول لا يمكن أن يصل لحد الانصهار، مستبعدا من التطبيق وبدون أي قيمة قانونية للدائن.

يتبين مما سبق، أن المشرع المغربي عند اعتماده لمقتضيات المادة 695 من م.ت.، لم يكن يتوفر على أي رؤية تشريعية، لأنه نص على مقتضيات لا تنسجم مع مقتضيات القواعد العامة للكفالة، ولا تأخذ بمرونة خاصية التبعية التي تقرها هذه القواعد، وهو بذلك جعل من

---

[685]- وهو نفس الاستثناء الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 1490 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: " لا تصح الكفالة في أكثر مما على المدين، وتجوز أن تكون أكثر منه من حيث الأجل ".
- راجع بخصوص تحليل مقتضيات هذا الفصل باعتباره مقتضى مجسد لمرونة خاصية التبعية: عماد مميش، م. س.، ص.321 إلى 379.

[686]- حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 1157 من ق.ل.ع. على أن: " تمديد الأجل الممنوح من الدائن للمدين الأصلي يفيد الكفيل، ما لم يكن قد منح له بسبب حالة عُسره ".
- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 1519 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه: " إذا أنظر الدائن المدين انسحب الانظار على الكفيل إلا إذا كان موجب الانظار عسر المدين ".

[687]- بل إن هذه الآجال قد تكون أكثر من ذلك مفروضة من طرف المحكمة وليست ممنوحة من طرف الدائنين.

مقتضيات المرسوم الصادر بتاريخ 2017/11/23[688] بشأن دراسة الأثر التي يجب إرفاقها ببعض مشاريع القوانين حبرا على ورق، حيث تنص المادة الرابعة من هذا المرسوم على أنه يجب أن تتضمن دراسة الأثر المزمع إنجازها بشأن كل مشروع قانون على وجه الخصوص: تحديد الأهداف المتوخاة من مشروع القانون بكيفية مفصلة ودقيقة؛ جرد وتحليل النصوص القانونية الجاري بها العمل ذات الصلة بموضوع المشروع وبيان الملاحظات التي قد تثيرها هذه النصوص، وتقييم مدى كفايتها لحل الاشكالات المطروحة، وتقييم الانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والمؤسساتية والإدارية المتوقعة حسب الحالة.

وفي نظرنا، نرى بأن مقتضيات المادة 695 من م.ت. بصيغتها الحالية ستجعل من الكفالة كضمانة شخصية بدون أي نجاعة للدائن لأنها تحرمه حتى من المقتضيات التي تخولها له القواعد العامة للكفالة، وبالنتيجة هذا الوضع من شأنه أن يؤدي إلى دخول عقد الكفالة في أزمة حقيقية[689]، ويجعل من الكفالة مؤسسة قانونية في خطر[690]، لأن الدائنين سيحجمون عن المطالبة بها كضمانة شخصية ليتوجهوا صوب الضمانات الشخصية غير التبعية، أو نحو الضمانات المنقولة التي أخضعها المشرع لتعديلات مهمة رغبة منه في الرفع من نجاعتها في حماية الدائن[691].

المطلب الثاني: عدم استفادة الدائن المضمون دينه بكفالة شخصية من الاشعار الشخصي بالتصريح بالدين في موطنه المختار

بالرغم من المقتضيات الجديدة التي جاء بها الكتاب الخامس الجديد من م.ت. على مستوى مسطرة التصريح بالديون، وخاصة فيما يتعلق بتوسيع دائرة الدائنين الذين يتوجب على

---

[688]- مرسوم رقم 2.17.585، صادر بتاريخ 2017/07/31، بشأن دراسة الأثر الواجب إرفاقها ببعض مشاريع القوانين، منشور في الجريدة الرسمية، ع. 6626 ، صادرة بتاريخ 2017/11/30، ص.6815.

[689]- وفي هذا الإطار سبق للفقه الفرنسي أن عبر عن أن الكفالة تمر من أزمة، لأن القضاء والتشريع قلصوا من بساطتها ومرونتها ووضوحها وتوقعيتها.

- Manuella BOURASSIN, Op. Cit., P.1 et 2.

[690]- لأن الإفراط في حماية الكفيل، وكثرة النزاعات التي يثيرها عقد الكفالة ستؤدي لأزمة الكفالة وجعلها مؤسسة في خطر وخاصة في ظل وجود ضمانات شخصية منافسة.

- راجع في تأكيد هذه النتيجة في ظل التشريع الفرنسي:

- Pascal ANCEL, Cautionnement et garanties personnelles, État du droit Françaises, Juin 1996, P.8-14.

[691]- وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 1.19.76، الصادر بتاريخ 2019/04/17، بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، منشور بالجريدة الرسمية، ع. 6771، الصادرة بتاريخ 2019/04/22، ص. 2058.

السنديك إشعارهم للتصريح بديونهم[692]، حيث أصبح من اللازم على السنديك أن يشعر الدائنين المعروفين لديه والدائنين المدرجين في القائمة المدلى بها من طرف المدين، وأن يشعر وإن اقتضى الحال في موطنهم المختار الدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما، فإننا نرى بأن الدائن المضمون دينه بكفالة قد يجد نفسه مع بقية الدائنين الذين ألزمهم المشرع بضرورة التصريح بديونهم داخل أجل شهرين من تاريخ نشر المقرر القاضي بفتح المسطرة بالجريدة الرسمية[693]، لأن السنديك قد لا تتوفر له الوسائل للتعرف على الدائن لإشعاره، كما أن المدين لا يوجد أي جزاء مقرر في مواجهته إذا لم يدرجه في القائمة التي يدلي بها.

وعلى هذا الأساس، فإن الدائن المضمون دينه بكفالة شخصية قد لا يستفيد من الإشعار لأن ضمانته لا تدخل ضمن دائرة الضمانات التي يتم شهرها، التي يستفيد أصحابها من الاشعار ولو في المحل المختار، كما تؤكد ذلك المحكمة التجارية بالرباط في حكمها رقم 246 الصادر بتاريخ 2002/02/12[694] الذي جاء فيه " .. وحيث إن المقصود بالضمانات في المادة 686 من م ت هي الضمانة التي يتم شهرها، علما أن المفهوم القانوني للإشهار هو إعلام الغير بواقعة لم تكن معروفة لديه، وذلك عن طريق الإيداع أو التسجيل أو التقييد أو الإعلان فضلا على أن نفس الفصل المترجم إلى اللغة الفرنسية يتحدث عن La sûretés وليس عن La garanties والتي تتمثل في الرهون الحيازية والرهون العقارية علما بأن قانون 06 يوليوز 1993 المنظم للكفالات البنكية لا يعتبر الضمانة البنكية من الضمانات الواجب شهرها؛

---

[692]- تنص المادة 719 من م.ت. على ما يلي: " .. يشعر السنديك الدائنين المعروفين لديه وكذا المدرجين بالقائمة المدلى بها من طرف المدين والناشئة ديونهم قبل صدور حكم فتح المسطرة.

ويشعر السنديك الدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان ايجاري تم شهرهما وإذا اقتضى الحال في موطنهم المختار".

[693]- حيث تنص المادة 720 من م.ت. على أنه : " يجب تقديم التصريح بالديون داخل أجل شهرين ابتداء من:

- تاريخ الإشعار المنصوص عليه في المادة السابقة بالنسبة للدائنين المدرجين بالقائمة وكذا المعروفين لدى السنديك.

- تاريخ الإشعار المنصوص عليه في المادة السابقة بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم إشهارهما.

- تاريخ نشر المقرر القاضي بفتح المسطرة بالجريدة الرسمية بالنسبة لباقي الدائنين.

و يمدد هذا الأجل بشهرين بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج تراب المملكة المغربية.

فيما يخص المتعاقد المشار إليه في المادة 588، ينتهي أجل التصريح خمسة عشر يوما بعد تاريخ الحصول على التخلي عن مواصلة العقد، إذا كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ الأجل المنصوص عليه في الفقرة الأولى.

[694]- حكم رقم 249، صادر بتاريخ 2002/02/12، في الملف التجاري عدد 2001/698/4، منشور في كتاب، علال فالي، التعليق على قانون صعوبات المقاولة، م. س.، ص.335 و 336.

وحيث إنه بناء على ما سبق فإن الشركة المدعى عليها تبقى ملزمة بالتصريح بديونها داخل أجل شهرين من نشر الحكم بالتسوية القضائية ما دامت لا تحمل ضمانة تم شهرها"[695].

ذات الاجتهاد قضت به محكمة النقض في قرارها رقم 1 الصادر بتاريخ 2017/01/05 ورتبت عليه سقوط دين الدائن المستفيد من كفالة، بالرغم من تمسك هذا الأخير بأن المدين لم يدرجه ضمن قائمة الدائنين، حيث اعتبرت المحكمة هذا الدفع غير مؤثر لأنه لا يترتب عليه وقف سريان أجل التصريح بالديون، حيث جاء في هذا القرار ما يلي: " لكن، حيث إنه بمقتضى المادتين 686 و 687 من مدونة التجارة فإنه يتعين على الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة – باستثناء المأجورين- التصريح بديونهم إلى السنديك داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية تحت طائلة سقوط حقهم، ولا يشعر شخصيا إلا الدائنون الحاملون لضمانات أو عقود ائتمان إيجاري تم شهرهما، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي بعدما رتبت عن عدم تقييد الطالب لما بيده من ضمانة رهنية وعدم تجديده تقييدها داخل الأجل ووفق الشكل المقرر قانونا، عدم إدراجه ضمن زمرة الدائنين المعنيين بالاشعار بالتصريح بالدين المقرر بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 686 السالفة الذكر، اعتبرت صوابا أن الكفالة الشخصية التضامنية الممنوحة له من لدن مجلس إدارة المقاولة المصفى لها ليست من الضمانات التي تجعل أصحابها من فئة الدائنين المذكورين، إذ أن الضمانات المعنية بالمقتضى السالف الذكر تقتصر فقط على الضمانات التي تكون محلا للشهر، حتى يمكن للسنديك العلم بها والدين موضوعها وصاحبه، وهو ما لا ينطبق على الكفالات الشخصية، التي لا يوجد أي مقتضى قانوني يفرض مباشرة ذلك الإجراء بشأنها. وبخصوص ما وقع التمسك به من عدم جواب المحكمة عما أثاره الطالب من أن المقاولة لم تدرج عند طلبها فتح المسطرة دينه ضمن لائحة الدائنين، فالمحكمة لم تكن ملزمة بالجواب عن دفع غير مؤثر، ما دام أن تعمد المقاولة عدم إدراج كل الديون ضمن اللائحة التي تقدمها وفق مقتضيات المادة 562 من مدونة التجارة لا يترتب عنه عدم سريان أجل السقوط بالنسبة للديون التي لم تشملها

[695]- راجع في التعليق على هذا الحكم وفي التمييز بين مفهوم التأمين والضمان:
- محمد العلواني، التمييز بين مفهوم التأمين والضمان، من خلال التعليق على حكم للمحكمة التجارية بالرباط عدد 246 مؤرخ في 2002/2/12، ملف عدد 2001/698/4، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع.3 ، 2010، ص.136 وما يليها.

اللائحة المذكورة، ولم يكن هناك ما يدعوها لإجراء خبرة لتحديد دين الطالب الناشئ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، طالما ثبت لها من موضوع التصريح بالدين أنه ناشئ قبل فتح مسطرة التسوية القضائية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى أو حق من حقوق الدفاع، وجاء معللا تعليلا كافيا والوسيلتان على غير أساس"[696].

وعليه، فإن الدائن المستفيد من كفالة شخصية يجد نفسه غير محمي بالكيفية اللازمة من جزاء انقضاء الدين غير المصرح به، لأن المشرع لم يوفر له القواعد اللازمة لحمايته من سوء نية المدين الذي قد لا يدرجه ضمن قائمة الدائنين، ومن إمكانية عدم تعرف السنديك عليه، لأن نطاق معرفة السنديك ستتحكم فيه بنسبة عالية الوثائق الذي يدلي بها المدين، كما لا يجد نفسه على قدم المساواة مع الدائنين أصحاب الضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما، الذين يتم اشعارهم شخصيا وإن اقتضى الحال في موطنهم المختار، بل لا يجد نفسه على قدم المساواة حتى مع الدائن المستفيد من كفالة عينية، الذي لا يمكن مواجهته بالسقوط إذا لم يتم إشعاره شخصيا، كما تؤكد ذلك محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها رقم 3707 الصادر بتاريخ 2007/07/06 الذي جاء فيه: " وحيث يكون بذلك الطاعن يتوفر على ضمانات عينية وقع شهرها ولا عبرة للدفع باستبعادها على اعتبار أنها ليست في ملك المقاولة المدينة وإنما هي في ملك كفيلها ذلك أن مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة لم تميز في وجوب إشعار السنديك للدائنين الحاملين لضمانات وقع شهرها من أجل التصريح بديونهم بين الضمانات التي تقدمها المقاولة المدينة من أملاكها وبين تلك التي تقدمها من أملاك غيرها بل يكفي أن تكون قد قدمت لضمان دين معين وبموافقة مالكها " [697].

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في قرارها رقم 335 الصادر بتاريخ 2012/03/29[698] الذي جاء فيه: " لكن، حيث إن المقصود بالدائنين الحاملين لضمانات

---

[696]- قرار رقم 1، صادر بتاريخ 2017/01/05، في الملف التجاري عدد 2013/1/3/1009، منشور، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة التجارية ، ع. 35، ص.81 وما بعدها.

[697]- قرار رقم 3707، صادر بتاريخ 2007/07/06، في الملف التجاري عدد 11/06/4414، منشور، في الموقع الالكتروني للبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل، عدالة، www.adala.justice.gov.ma ، اطلع عليه بتاريخ 2018/09/13.

[698]- قرار رقم 335، صادر بتاريخ 2012/03/29، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/691، منشور، مجلة قضاء محكمة النقض، ع. 76، 2013، ص. 136 وما يليها.

الذين يشعرون شخصيا من طرف السنديك بفتح المسطرة حسب المادة 686 من م ت هم الدائنون الذين لهم دين مغطى بضمانة، سواء كان مصدر الضمانة المدينة الأصلية نفسها أو أي كفيل عيني آخر، علما أن إشهار الضمانة الذي تشترطه المادة المذكورة يعد أمرا متطلبا في مثل هذه الأحوال، وإلا لما كان هناك وجوب لإشعار الدائن بفتح المسطرة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بما مفاده: أن البنك استفاد من ضمانة رهنية على عقار في ملك مورث المستأنف عليهم لضمان أداء دينه على المقاولة المصفى لها، وأنه لم يتم إشعاره من أجل التصريح بدينه، ورعيا لثبوت دينه وأحقيته في استخلاصه وإدلائه بنسخة من مقال يرمي لإلزام السنديك بتلقى تصريحه بالدين، لازال لم يبت فيه، يكون الاستئناف مؤسسا ويتعين التصريح برفض الطلب. تكون قد سايرت المبدأ ولم تتجاهل ما أثير أمامها من دفوع ولم تخرق أي مقتضى وجاء قرارها معللا بما يكفي ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس "[699].

حاصل القول، إن الدائن المستفيد من كفالة شخصية تبقى فرص استفادته من الاشعار الشخصي ضعيفة، لأنها تبقى مرتبطة بحالة المدين حسن النية الذي يدرجه في قائمة الديون التي يدلي بها، ومتوقفة على نباهة السنديك في التعرف عليه لإشعاره شخصيا، وفي غير هذه الحالات فإنه سيجد نفسه في مواجهة قساوة جزاء انقضاء الدين وعدم نجاعة دعوى رفع السقوط.

المطلب الثالث: مواجهة الدائن المستفيد من كفالة شخصية لقساوة جزاء انقضاء الدين وعدم فعالية دعوى رفع السقوط

في ظل ضعف فرص استفادة الدائن المضمون دينه بكفالة شخصية من الاشعار الذي يدعوه فيه السنديك للتصريح بدينه، يترتب على عدم قيام هذا الدائن بالتصريح بدينه داخل

[699]- وقد سبق للمجلس الأعلى أن أكد على نفس المقتضى في قراره رقم 1025 الصادر بتاريخ 2004/09/22 في الملف التجاري رقم 2002/1432 الذي جاء فيه: " لكن حيث لئن نصت المادة 686 من م ت على أنه يشعر شخصيا الدائنون الحاملون لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما فإنها لم تميز في وجوب الإشعار بين الدائنين الحاملين لضمانات سلمت لهم من الأغيار، والمحكمة التي اعتبرت أنه ما دامت الضمانة أعطيت لضمان الدين المتعلق بها. فإنه لا يشترط أن تكون هذه الضمانات التي قدمها المدين لضمان دينه في ملكه شخصيا بل يكفي أن تكون قدمت لضمان دين معين وبموافقة مالكها، تكون قد سايرت المبدأ المذكور، فلم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا بما فيه الكفاية ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس ". منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 63، ص.102 وما بعدها.

الأجل القانوني المحدد في شهرين، يبدأ في الحالة التي يكون فيها من الدائنين المحظوظين، من تاريخ الإشعار الشخصي، نظرا لدخوله ضمن دائرة الدائنين المعروفين لدى السنديك أو الدائنين المدرجين في القائمة المدلى بها من طرف المدين، ومن تاريخ نشر حكم فتح المسطرة في الجريدة الرسمية في الحالة التي يدخل فيها ضمن فئة ما سماه المشرع ببقية الدائنين[700]، سقوط دينه وانقضاؤه بصفة نهائية ما لم يرفع عنه السقوط في مواجهة المدين رئيس المقاولة، وبالتبعية في مواجهة الكفيل الذي لا يمكن الرجوع عليه إلا بالنسبة للديون المصرح بها، أما الديون غير المصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط أو التي انقضى أجل 30 يوما للتصريح بها من تاريخ تبليغ مقرر رفع السقوط بالموطن الحقيقي أو المختار للدائن، فتنقضي في مواجهة المدين[701]، وتنقضي بصفة تبعية في مواجهة الكفيل تطبيقا لمفهوم المخالفة للفقرة الأخيرة من المادة 695 من م.ت. [702]، وبالتالي يجد الدائن المستفيد من كفالة نفسه متحملا لوحده آثار هذا الجزاء القاسي والظالم.

ويزيد من إمكانية تحقق هذا الجزاء شدة الشرط الذي يتطلبه المشرع لرفع السقوط، حيث يلزم المشرع الدائنين طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 723 من م.ت. بأن يثبتوا أن سبب عدم التصريح لا يعود إليهم[703]، وكذا شدة تعامل الاتجاه الغالب من القضاء المغربي مع هذا الشرط للقبول برفع السقوط عن الدائن غير المصرح بدينه، حيث إنه ومن خلال تقصي موقف القضاء المغربي بخصوص طبيعة السبب الذي يمكن للدائن الاحتجاج به لإثبات أن عدم التصريح بالدين داخل الأجل القانوني لا يعود إليه، يتضح بأن التوجه الغالب لدى القضاء المغربي يتسم بالتشدد في الأخذ بمفهوم السبب غير العائد لشخص الدائن، فأغلب القرارات القضائية لا تعتد بالأسباب التي عادة ما يتقدم بها الدائن لتبرير طلبه الرامي لرفع السقوط.

---

[700]-راجع المادة 720 من م.ت.

[701]- تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 723 من م.ت. التي تنص على أنه: " تنقضي الديون التي لم يصرح بها ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط أو التي انقضى أجل التصريح بها طبقا للفقرة الرابعة أعلاه ".

[702]- التي تنص على ما يلي: " لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح بها ".

[703]- حيث تنص هذه الفقرة على أنه: " عند عدم التصريح داخل الآجال المحددة في المادة 720 أعلاه، لا يقبل الدائنون في التوزيعات والمبالغ التي لم توزع إلا إذا رفع القاضي المنتدب عنهم هذا السقوط عندما يثبتون أن سبب عدم التصريح لا يعود إليهم. و في هذه الحالة، لا يمكنهم المشاركة إلا في تقسيم التوزيعات الموالية لتاريخ طلبهم".

وهكذا، عد عدم إدراج المدين أحد دائنيه في قائمة الديون، بأنه لا يمكن أن يفسر على أنه قرينة على سوء نيته تنهض سببا لرفع السقوط عن الدين المصرح به خارج الأجل القانوني، حيث جاء في قرار محكمة النقض رقم 312 الصادر بتاريخ 2017/06/08[704] ما يلي: " حيث أيدت المحكمة أمر القاضي المنتدب برفع السقوط على دين المطلوبة، مستندة في ذلك لتعليل جاء فيه ' إنه ولما ارتكز القاضي المنتدب لرفع أجل السقوط عن المستأنف عليها، على سوء نية المستأنفة الذي استخلصه من عدم إدراج المستأنف عليها ضمن لائحة الدائنين وقت تقديم طلب فتح المسطرة أمام المحكمة التجارية، وراعى في ذلك ألا تكون الغاية من اللجوء إلى المساطر الجماعية مجرد التهرب من الديون والإضرار بأصحابها، والحال أن سن قواعد المساطر الجماعية يروم إنقاذ المقاولة كغاية أسمى تفرض على المدين اللجوء إليها بحسن نية للحفاظ على المقاولة ضمن النسيج الإقتصادي وفي نفس الوقت أداء ديون دائنيها مع الحفاظ على مناصب الشغل بها، يكون قد ركز قضاءه على غاية المشرع من سن القواعد أعلاه ' في حين تقضي المادتان 686 و687 من مدونة التجارة بأن يوجه كل الدائنون الذين تعود ديونهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية.. والمحكمة التي أيدت أمر القاضي المنتدب الذي رفع السقوط عن المطلوبة وقبل دينها رغم التصريح به خارج الأجل المذكور بعلة ' عدم إدراج الطالبة لدينها ضمن لائحة الدائنين المرفقة بمقال الدعوى الرامي إلى فتح مسطرة التسوية القضائية في حقها '، مع أن الغاية من إعداد القائمة المذكورة هو إعطاء صورة حقيقية للمحكمة التي تنظر في طلب فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة عن الوضعية المالية والاقتصادية للمقاولة، حتى يتأتى لها تحديد درجة اختلالها الذي على ضوئه تختار المسطرة المناسبة لها، ولا يعد عدم إدراج اسم دائن ما ضمنها سببا من أسباب رفع السقوط عنه المنصوص عليها بالمادة 690 من مدونة التجارة تكون المحكمة قد بنت قرارها على تعليل فاسد معد بمثابة انعدامه وجعلته عرضة للنقض"[705].

---

[704]- قرار رقم 312، صادر بتاريخ 2017/06/08، في الملف التجاري عدد 2016/1/3/100، منشور في كتاب، علال فالي، التعليق على قانون صعوبات المقاولة، م. س.، ص. 370.

[705]- في نفس السياق انظر:

- قرار المجلس الأعلى رقم 752، الصادر بتاريخ 2009/05/13، في الملف التجاري عدد 2008/1/3/1026، منشور، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع. 5، 2010، ص.178.

كما قضي بأن عدم إخضاع الحكم القاضي باستبدال السنديك لإجراءات الشهر وعدم إشعار الدائن بذلك لا ينهض سببا لرفع السقوط حيث قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها رقم 1989 الصادر بتاريخ 2001/10/05 بالآتي: " إن عدم إخضاع الحكم القاضي باستبدال السنديك لإجراءات الشهر الخاصة بحكم فتح المسطرة من جهة ومن جهة ثانية عدم إشعار الدائنة بذلك، لا ينهض سببا يجعل تصريح الدائنة بدينها في الآجال القانونية غير ممكن على اعتبار أنها لم تدل بما يفيد أنها حاولت التصريح بدينها لدى السنديك الأول أو راسلته في الموضوع إما مباشرة أو عن طريق جهة معينة كالبريد أو المحكمة"[706].

وكذلك تم التأكيد على أن الجهل باللغة العربية والتوفر على صفة الدائن الأجنبي سببان غير كافيان لرفع السقوط حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 529 الصادر بتاريخ 2002/03/01 ما يلي: " إن الجهل باللغة العربية أو التوفر على صفة الدائن الأجنبي أو التواجد خارج أرض الوطن لا تقوم كأسباب لرفع السقوط ما دامت الجريدة الرسمية تصدر أيضا باللغة الفرنسية وأن المشرع لم يميز بين الدائن المغربي والدائن الأجنبي وإنما يتعين على كل دائن فاته أجل التصريح بدينه أن يثبت أن السبب في ذلك لا يعود إليه"[707].

وزيادة على ما سبق، حكم بأن مرض الدائن لا يمكن أن يشكل سببا معقولا لرفع حالة السقوط، مادام لم يثبت فقدانه الوعي والإدراك[708]، كما أن قول الدائن بأن النشر في الجريدة الرسمية ليس دليلا على ضرورة علمه بالمسطرة المفتوحة في مواجهة المقاولة المدينة لم يأخذ به،

---

[706]- قرار رقم 1989، صادر بتاريخ 2001/10/05، في الملف التجاري عدد 11/01/1095، منشور، في الموقع الالكتروني للبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل، عدالة، www.adala.justice.gov.ma ، اطلع عليه بتاريخ 2018/12/13.

[707]- قرار رقم 529، صادر بتاريخ 2002/03/01، في الملف التجاري عدد 11/2001/2865، منشور، في الموقع الالكتروني للبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل، عدالة، www.adala.justice.gov.ma ، اطلع عليه بتاريخ 2018/12/13.

[708]- قرار المجلس الأعلى رقم 146، صادر بتاريخ 2004/02/04، في الملف التجاري عدد 2003/2/3/878، منشور، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع.5، 2005، ص.106.

- انظر كذلك في نفس التوجه:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 33، صادر بتاريخ 2008/05/7، في الملف التجاري عدد 07/31، منشور، بعض القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، ع. 12، أكتوبر 2009، ص.323.

على اعتبار أن المشرع اعتبر الجريدة الرسمية هي الوسيلة لإخبار الدائنين من أجل التصريح بديونهم[709].

المطلب الرابع: ضعف مركز الدائن في مسطرة تحقيق الديون مقابل قوة مركز المدين

لا يكفي أن يصرح الدائن الناشئ دينه قبل تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية إلى السنديك بهذا الدين، لكي يتم قبوله في التوزيعات التي ستجري على الدائنين، بل لابد من أن يخضع كل دين مصرح به إلى السنديك لمسطرة تحقيق، وذلك لتحديد ما إذا كانت الديون المصرح بها مقبولة في المسطرة الجماعية المفتوحة أم غير مقبولة في هذه المسطرة[710].

من هذا المنطلق، يتبين بأن مسطرة تحقيق الديون لها أهمية بالغة، حيث إنها تشكل مرحلة حاسمة للبت في الديون المصرح بها لدى السنديك، وذلك لإبعاد الديون التي قدمت على سبيل الاحتياط، أو خرقا للقواعد الخاصة بمسطرة التصريح بالديون[711]، وبذلك فهي عملية إجبارية لابد منها لتقييم أحقية مختلف الديون المصرح بها في المشاركة في المسطرة الجماعية المفتوحة ضد المدين. لكنها رغم ذلك تبقى عملية ليست إجبارية في جميع الأحوال، بل ترد عليها استثناءات تنهض سببا للإعفاء من إجراء التحقيق[712]، حيث إنه وفي إطار مسطرة التسوية القضائية لا يتم طبقا لمقتضيات المادة 724 من م.ت. [713]، تحقيق الديون العادية في حالة تفويت المقاولة، إذا تبين أن منتوج بيع الأصول ستستهلكه بالكامل المصاريف القضائية والديون ذات الامتياز، إلا إذا تعلق الأمر بشخص اعتباري تم تحميل المسيرين القانونيين أو الفعليين مأجورين

---

[709]- قرار المجلس الأعلى رقم 95، صادر بتاريخ 2009/01/21، في الملف تجاري عدد 2006/1/3/505، منشور، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع.4 ، 2011، ص.201.
- انظر كذلك في إطار هذا التوجه:
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، رقم 373، صادر بتاريخ 2002/05/07، ملف عدد 02/06/05، منشور، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع.5 ، 2005، ص.158.

[710]- امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص. 381.

[711]- عبد الرحيم السلماني، مسطرة تحقيق الديون في إطار قانون صعوبات المقاولة ، م.م.ق.أ.م.، ع.5، ماي 2004، ص. 11.

[712] - Christine ROUGER, la procédure de vérification des créances, Rev. Proc. Coll., N° 4, Octobre 2001, P.182.

[713]- المطابقة للمادة 691 من م.ت. المنسوخة.

أم لا، كلا أو بعضا من الخصوم طبقا للمادة 738 من م.ت. [714]. كما أنه لا تخضع لمسطرة التحقيق، ديون الأجراء، وذلك كنتيجة لإعفائها من مسطرة التصريح[715].

ونظرا لما تكتسيه عملية تحقيق الديون من أهمية بالغة في حماية حقوق الدائنين، فإننا نجد بأن المشرع المغربي ووعيا منه بأهمية هذه المسطرة، قد أسند مهمة تحقيق ديون المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، إلى كل من السنديك والقاضي المنتدب، وذلك في إطار الاختصاصات المخولة لكل واحد منهما.

وعليه، يمكن القول، إن مسطرة تحقيق الديون تمر بمرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى يمكن أن نسميها بالمرحلة الإدارية، يقوم فيها السنديك تحت مسؤوليته بتسلم التصريحات وإعداد قائمة بالديون المصرح بها، مع تضمين اقتراحاته بالقبول أو الرفض أو الإحالة على المحكمة، في غياب الاشراك الفعلي للدائن مع حضور قوي للمدين (الفقرة الأولى) أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة التحقيق القضائي التي يبرز فيها دور القاضي المنتدب بشكل جلي، حيث يتخذ أوامر قضائية تشكل منعطفا أساسيا لوضعية الدائن، الذي لم يوفر له المشرع أمنه القانوني كما لم ينجح القضاء في تحقيق أمنه القضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: غياب الإشراك الفعلي للدائن في مرحلة التحقيق الإداري

بناء على مقتضيات المادة 726 من م.ت. [716]، يقوم السنديك بتحقيق الديون المصرح بها إليه، وذلك بمساعدة المراقبين وبحضور رئيس المقاولة، أو بعد استدعائه بصفة قانونية[717]، مع مراعاة مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 673 من نفس المدونة[718] التي تنص على أنه: " يقوم السنديك بتحقيق الديون تحت مراقبة القاضي المنتدب "[719].

---

[714]- المطابقة للمادة 704 من م.ت. المنسوخة.

[715] - Guy AMLON, La vérification des créances fiscales , Rev. Proc . Coll., N° 5, Décembre 2000, P.163.

[716]- المقابلة للمادة 693 من م.ت. المنسوخة.

[717]- وهي نفس المقتضيات تقريبا التي ينص عليها المشرع الفرنسي من خلال المادتين L.624-1 و المادة R.624-1 من مدونة التجارة الفرنسية اللتين جاء فيهما على التوالي ما يلي:

« Dans le délai fixé par le tribunal, le mandataire judiciaire établit, après avoir sollicité les observations du débiteur, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire ».

وفي هذا الإطار، يعد حضور واستدعاء رئيس المقاولة إجراء وجوبيا، تحت طائلة بطلان عملية تحقيق الديون، وذلك نظرا لكون حضوره خلال هذه العملية يمكنه من الإدلاء بملاحظاته حول الديون المعروضة عليه، من حيث ثبوتها ومبلغها، وكذا حول طبيعة الضمانات التي تقترن بها[720]، وهو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 4 الصادر بتاريخ 2008/01/16 الذي جاء فيه: " قبول القاضي المنتدب للدين المقترح به من لدن السنديك دون استدعاء هذا الأخير لرئيس المقاولة لإبداء ملاحظاته حول الدين، يعد في غير محله ويتعين إلغاؤه وإرجاعه للقاضي المنتدب للبت فيه طبقا القانون "[721].

يتبين مما سبق، أن المشرع المغربي قد عزز مركز المدين رئيس المقاولة في مسطرة تحقيق الدين، عندما حمل السنديك واجب استدعائه بصفة قانونية تحت طائلة بطلان مسطرة التحقيق، وفي المقابل لم يورد أي مقتضى قانوني ينص على ضرورة حضور الدائنين خلال عملية تحقيق الديون، الشيء الذي يعتبر مظهرا من مظاهر ضعف مركز الدائنين ويشكل ضربا لمصالحهم[722]، ذلك أنه لا يغني عن وجود هؤلاء للدفاع عن مصالحهم وجود المراقبين الذين يعينون من بين بعض الدائنين فقط[723].

وإذ نؤاخذ على المشرع المغربي عدم إيراده لأي مقتضى قانوني ينص على ضرورة حضور الدائنين بشكل يجسد إشراكهم الفعلي في عملية تحقيق ديونهم من قبل السنديك، فإننا نؤكد بأن فسح المجال أمام الدائنين لحضور عملية تحقيق الديون، من شأنه أن يعزز مصداقية مسطرة تحقيق الديون، وأن يوفر للدائنين آلية ناجعة وفعالة للدفاع عن مصالحهم.

« La vérification des créances est faite par le mandataire judiciaire, le débiteur et, le cas échéant, les contrôleurs désignés, présents ou dûment appelés ».

[718]- المقابلة للمادة 640 من م.ت. المنسوخة.

[719]- وتجب الإشارة هنا بأن السنديك يقوم بعملية تحقيق الديون حتى ولو تعرض حكم فتح مسطرة التسوية القضائية للطعن، ما دام أن الأحكام والأوامر الصادرة في هذا الإطار تكون مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون، راجع في هذا الإطار:
- عبد الرحيم السلماني، مسطرة تحقيق الديون في إطار قانون صعوبات المقاولة، م. س.، ص.13.

[720]- حياة حجي، م. س.، ص.222.

[721]- قرار رقم 4، صادر بتاريخ 2008/01/16، ملف عدد 2007/64، قرار منشور، م.م.ت.، ع.3-4، فبراير 2009، ص.134.

[722]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.231.

[723]- راجع المادة 678 من م.ت.، المقابلة للمادة 645 من م.ت. المنسوخة.

ومن أجل التخفيف من وطأة الأضرار التي قد تطال الدائنين وتؤثر في وضعيتهم نتيجة إقصائهم من المشاركة في عملية تحقيق الديون، فقد ألزم المشرع في المادة 726 من م.ت.، السنديك إذا كان الدين موضوع نزاع، أن يخبر الدائنين بذلك بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، تبين سبب النزاع واحتمالا مبلغ الدين الذي تم اقتراح تقييده، مع وجوب أن يشار في رسالة السنديك إلى أنه يتوجب على الدائن أن يقدم جوابه داخل أجل ثلاثين يوما، تحت طائلة عدم قبول أي منازعة لاحقة لاقتراح السنديك[724].

وهو المقتضى الذي يؤكده قرار المجلس الأعلى رقم 440 الصادر بتاريخ 2006/05/03[725] الذي جاء فيه: " حقا: حيث إنه بمقتضى المادة 693 من م.ت. إذا كان الدين المصرح به موضوع منازعة وجب على السنديك أن يخبر الدائن بذلك برسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل، تبين سبب النزاع واحتمالا مبلغ الدين الذي تم اقتراح تقييده وتدعو الدائن إلى تقديم شروحاته، والطاعنة سبق أن أثارت ذلك أمام محكمة الاستئناف، كما أثارت كونها أدلت من جملة الوثائق بالشكايتين الموجهتين إلى النيابة العامة بشأن الشيكات، والمحكمة تبنت أمر القاضي المنتدب الذي يتبنى بدوره اقتراح السنديك دون أن تناقش دفوع الطاعنة بخصوص الدين المتعلق بالشيكات فجاء قرارها ناقص التعديل وخارقا للفصل المشار إليه مما يعرضه للنقض ".

ويعد أجل المنازعة في الدين أجلا آمرا، حيث إنه إذا لم يقدم الدائن جوابه داخل هذا الأجل، فلا تقبل منه أي منازعة لاحقة لاقتراح السنديك، ولا يمكنه أن يطعن في أمر القاضي المنتدب المؤيد لاقتراح السنديك، وهو ما يؤكده قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2004/01/07[726] الذي جاء فيه: " حيث إنه بمقتضى المادة 697 من مدونة التجارة، فإن الدائن الذي وقع نزاع في دينه كلا أو بعضا والذي لم يرد على السنديك داخل الأجل

[724]- التنصيص على وجوب الإشارة في رسالة السنديك لهذه المقتضيات يعد من المستجدات التي جاء بها القانون 73.17 وكرسها في المادة 726 من م.ت.

[725]- قرار رقم 440، صادر بتاريخ 2006/05/3، ملف تجاري عدد 2004/3/1317، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ع. 67، ماي 2007، ص.153.

[726]- قرار رقم 2، صادر بتاريخ 2004/01/07، ملف تجاري عدد 2003/1173، قرار منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ع. 62، دجنبر 2004، ص.117.

القانوني، لا يمكنه أن يطعن في أمر القاضي المنتدب المؤيد لاقتراح السنديك والمحكمة التي تبين لها أن الطالب لم يرد على إشعار السنديك الذي أورد فيه منازعة المدين في مبلغ الدين رغم منحه أجل ثلاثين يوما لإبداء ملاحظاته، ورغم توصله بالإشعار بتاريخ 01/6/11 ورتبت عن ذلك وعن صواب عدم قبول الطعن الموجه ضد الأمر الصادر عن القاضي المنتدب تكون قد طبقت صحيح المادة المذكورة "[727].

هكذا، وعلى ضوء هذا التحقيق الأولي الذي يلعب فيه السنديك دور المحرك النشيط في إدارته، فإنه يعد قائمة بالديون المصرح بها ويسلمها للقاضي المنتدب[728]، وتتضمن هذه القائمة أسماء الدائنين، مع الإشارة إلى موطن كل واحد منهم، ومبلغ الديون المستحقة وطبيعتها، والضمانات المقترنة بكل دين على حدة، مع اقتراحاته المتعلقة بقبول الدين أو رفضه أو إحالة الدين على المحكمة المختصة، إذا كان هذا الأخير موضوع نزاع، وهذا كله يجب أن يتم داخل أجل أقصاه ستة أشهر يبتدئ من صدور حكم فتح المسطرة[729].

الفقرة الثانية: افتقاد الدائن للأمن القانوني والقضائي في مرحلة التحقيق القضائي

بعد توصله بقائمة الديون باعتباره السلطة الوحيدة المختصة للبت فيها[730]، يقرر القاضي المنتدب – وبناء على اقتراحات السنديك– إما قبول الدين أو رفضه (أولا) أو يعاين إما وجود دعوى جارية (ثانيا) أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه (ثالثا).

---

[727]- للإطلاع على الوضع في إطار التشريع الفرنسي راجع:

- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.343-350.

- راجع كذلك في مبادئ وتطبيقات مسطرة تحقيق الديون:

- Bernard SOINNE, Principes et pratique de la nouvelle vérification des créances , Rev. Proc. Coll., N° 4, 1986 , P.5.

[728]- راجع المادة 727 من م.ت.، المطابقة للمادة 694 من م.ت. المنسوخة.

[729]- وفي هذا الإطار أوجبت مستجدات المادة 728 من م.ت.، حماية لحقوق الأجراء، السنديك أن يقوم وبمساعدة رئيس المقاولة وبعد استطلاع رأي مندوبي الأجراء بإعداد قائمة بديون الأجراء وذلك داخل الأجل المنصوص عليه أعلاه، وتودع هذه القائمة بعد التأشير عليها من طرف القاضي المنتدب بكتابة الضبط وبمقر المقاولة، ويقوم كاتب الضبط فورا بنشر بيان بالجريدة الرسمية يفيد أن قائمة ديون الأجراء مودعة بكتابة الضبط، ويجب على كل أجير لم تتم الإشارة إلى كل أو بعض من دينه في تلك القائمة أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة داخل أجل شهرين من تاريخ نشر القائمة بالجريدة الرسمية تحت طائلة سقوط حقه في المنازعة.

[730]- وهو المقتضى الذي أكده المجلس الأعلى في قراره رقم 792 الصادر بتاريخ 2009/05/13، في الملف التجاري عدد 2007/3/1304 الذي جاء فيه: " حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما عللت قضائها ' بأنه ثبت صحة ما تمسك به الطاعن ذلك أنه بصفته كفيلا لشركة المطاحن الكبرى للمحمدية، فإنه يتمتع بإمكانية التمسك بجميع دفوع مكفولته كمدينة أصلية، وبما أن هذه الأخيرة قد فتحت مسطرة التسوية القضائية في حقها، وأن الحكم القاضي بوضعها في هذه المسطرة قد تم نشره بالجريدة الرسمية وأن المستأنف عليه لم يصرح بدينه داخل الأجل المحدد فإن ديونه قد انتهت ' تكون قد اعتبرت الدين قد صرح به خارج الأجل، في حين ليس من بين وثائق الملف ما يفيد صدور قرار عن القاضي المنتدب يقضي بذلك أو بت في قبول الدين من عدمه،

أولا: الأمر الصادر بقبول الدين أو رفضه

بناء على الاقتراحات المقدمة من لدن السنديك، يصدر القاضي المنتدب أمره إما بقبول الدين أو رفضه[731]، فإذا ما تعلق الأمر بحالة قبول الدين، فإن القاضي المنتدب يمكن أن يقبل الدين إما كليا أو جزئيا[732]. وطبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 730 من م.ت. [733]، تبلغ المقررات بقبول الديون غير المنازع فيها إلى الدائنين برسالة عادية، ويحدد التبليغ المبلغ الذي قبل الدين من أجله من جهة، والضمانات والامتيازات التي قرن بها من جهة أخرى.

أما إذا تعلق الأمر بحالة رفض قبول الدين، فإن القاضي المنتدب يملك رفض الدين كليا أو جزئيا، وعادة ما يأتي مقرره على هذه الشاكلة إثر منازعة من رئيس المقاولة أو السنديك، غير أنه يمكنه أن يبادر إلى مثل هذا الحل، ولو لم يكن الدين منازعا فيه من طرف السنديك، ويشكل هذا الشق من مقرراته إحدى مظاهر الطابع النزاعي لأوامره في مجال قبول الديون، حيث يلزم بتعليل سبب الرفض، وقبل ذلك يفرض احترام مبدأ التواجهية نفسه كخاصية جوهرية للطابع النزاعي للمقرر، وهو ما كرسته الفقرة الأولى من المادة 730 من م.ت.، من خلال فرضها استدعاء جميع الأطراف المعنية بجميع الوسائل المتاحة قانونا، ويترتب على بت القاضي المنتدب دون احترام هذه المسطرة، جزاء البطلان الذي يلحق أمره الصادر بتجاهل مبدأ التواجهية[734].

ثانيا: معاينة وجود دعوى جارية

انطلاقا من مقتضيات المادة 729 من م.ت. يمكن للقاضي المنتدب وبناء على اقتراحات السنديك أن يصدر أمرا بمعاينة دعوى جارية، وفي هذه الحالة تتوقف الدعوى إلى أن

لترتب على أثره بالنسبة للكفيل، مما تكون معه المحكمة قد تجاوزت اختصاصها وقرارها عرضة للنقض".، قرار منشور، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع. 4، 2011، ص.199.

[731]- في هذا الإطار يؤكد أغلب الفقه على أن القاضي المنتدب غير ملزم أو مقيد باقتراحات السنديك.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، م. س.، ص.232.
- Sidi Brahim AZIZI, la contestation des créances dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise, REMARC, N° 9, 2009, P.68.

[732]- عندما يتعلق الأمر بدين عمومي وفق المادة 2 من القانون 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية ولم يصدر بشأنه سند تنفيذي أمكن للقاضي المنتدب قبوله بصفة احتياطية إلي حين الادلاء بالسند.، راجع المستجد الوارد في الفقرة الثانية من المادة 729 من م.ت.، المقابلة للمادة 695 من م.ت. المنسوخة.

[733]- راجع الفقرة الثالثة من المادة 730 من م.ت.، المطابقة للفقرة الثالثة من المادة 696 من م.ت. المنسوخة.

[734]- المهدي شبو، م. س.، ص.509.

يقوم الدائن المدعي بالتصريح بدينه، وتواصل آنذاك الدعوى الجارية بقوة القانون بعد استدعاء السنديك بصفة قانونية، لكنها في هذه الحالة ترمي فقط إلى إثبات الديون وحصر مبلغها[735]، ولا يمكن أن تقضي على المدين بالأداء، لذلك فإن الدين يخضع للتحقيق أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجارية، ومتى صدر بشأنه حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، فإن القاضي المنتدب لا يملك صلاحية التصريح بقبوله على غرار مقرراته بشأن الديون الأخرى، بل يقع تضمينه مباشرة في قائمة الديون بسعي من كتابة ضبط المحكمة التي افتتحت المسطرة.

وبالنسبة للدين العمومي، وبحسب مستجد الفقرة الثالثة من المادة 729 من م.ت.، يتعين على القاضي المنتدب عندما يكون الدين المذكور موضوع نزاع أمام جهة إدارية أو قضائية أن يرجئ البت في التصريح إلى غاية الفصل في المنازعة.

ثالثا: غياب التحديد الدقيق لحدود اختصاص القاضي المنتدب

مما لا شك فيه أن مرحلة تحقيق الديون وقبولها، تلامس مجالات ومنازعات قد تخرج طبيعيا عن الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية، كقضاء الشغل، القضاء الإداري، والقضاء المدني، الأمر الذي يخلق صعوبات قانونية وقضائية في تحديد مجال اختصاص القاضي المنتدب بهذا الشأن، تحديدا صارما وقاطعا لكل تداخل في الاختصاص النوعي، بين ما هو موكول للمحكمة التجارية في إطار مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة، وما هو راجع إلى غيرها من المحاكم[736].

ولما كان اختصاص القاضي المنتدب، هو من جهة امتداد لاختصاص المحكمة التي عينته، ومن جهة أخرى، له اختصاص متميز خاص به أورده المشرع في إطار مقتضيات الكتاب الخامس من م.ت.، وذلك بمناسبة تحقيقه لديون المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، فإنه قد يحدث أن يثار أمام القاضي المنتدب الدفع بعدم الاختصاص، إما من قبل أطراف المسطرة أو تلقائيا، وذلك في الحالة التي تكون فيها المنازعة المعروضة عليه من اختصاص محكمة أخرى.

---

[735]- عبد الرحيم السلماني، مسطرة تحقيق الديون في إطار قانون صعوبات المقاولة، م. س.، ص.22.

[736]- محمد المجدوبي الإدريسي، حدود اختصاص القاضي المنتدب بمناسبة تحقيق دين عمومي، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 77، الصادر بتاريخ 13 يناير 2011، مجلة قضاء المجلس الأعلى،ع. 73، 2011، ص.209 و 210.

ويبقى أبرز إشكال طرح في هذا السياق، هو الإشكال المتعلق بمدى أحقية القاضي المنتدب في إصدار أوامر بقبول أو رفض الدين العمومي، تبعا لنظره في مسألة سقوطه للتقادم أو لبطلان مسطرة الفرض أو التحصيل ؟ الذي تضاربت حوله الاجتهادات القضائية بشكل افتقد معه الأمن القضائي للدائن، وكان ينتظر من القانون 73.17 حله بكيفية صريحة تجاوزا للأمن القانوني المفقود، لكن هذا الانتظار ظل دون جدوى[737].

وتجسيدا لهذا التضارب، قضى المجلس الأعلى في قراره رقم 1424 الصادر بتاريخ 2009/10/07 في الملف التجاري عدد 2007/1/3/55[738]، بأن القاضي المنتدب غير مختص بمعاينة سقوط الدين العمومي للتقادم[739]، بينما في قرار آخر له يحمل رقم 181 صادر بتاريخ 2010/02/04 في الملف عدد 2008/1/3/1006، لم ينقض القرار الاستئنافي الذي عاين سقوط الدين العمومي، وهو دين الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لعدم احترام المسطرة القانونية المقررة لفرضه وتحصيله ومرور المدة القانونية لتقادم المطالبة به[740].

ثم سرعان ما تراجع مرة أخرى المجلس الأعلى عن موقفه الأخير، ليؤكد على أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يعتبر مؤسسة عمومية، وبهذا الاعتبار تعد ديونه ديونا عمومية يتم استخلاصها وفق المسطرة المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية، وعليه فإن أوامر المداخيل الصادرة عنه تذيل بصيغة التنفيذ بمجرد إصدارها من لدن الآمر بالصرف، مما يعني أن القاضي المنتدب عند تحقيق الدين المتعلق به لا يملك سوى قبول الدين المصرح به، ولا يمكن له تخفيضه ما لم يدل المدين بما يفيد منازعته في الدين المذكور، وفي السند المعتمد في

---

[737]- المشرع لم يتجاوز الفراغ القانوني بخصوص هذه الإشكالية، حيث لم يعتمد بموجب القانون 73.17ما كان ينص عليه في المادة 695 من مسودة مشروع قانون تعديل الكتاب الخامس من م.ت. : " مع مراعاة أحكام المادة 8 من القانون رقم 41/90 المحدث بموجبه محاكم إدارية بالنسبة لاختصاص المحاكم المذكورة للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب والدعاوي المتعلقة بتحصيل الديون المعتبرة ديونا عمومية بمفهوم المادة الثانية من القانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، وكذا أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 20 من قانون المسطرة المدنية بالنسبة لاختصاص المحاكم الابتدائية للبت في النزاعات الناشئة عن طريق تطبيق المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي، يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه ".

[738]- قرار منشور، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، ع. 5، 2010، ص.170.

[739]- في نفس السياق:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 43، صادر بتاريخ 2007/10/03، ملف عدد 2007/19، منشور، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع. 4، 2011، ص.214.

[740]- قرار غير منشور، أورده محمد المجدوبي الإدريسي، م. س.، ص.211.

تحديده أمام الجهة المختصة، وهي المحكمة الإدارية، إذ عليه في هذه الحالة التصريح بعدم الاختصاص، ومحكمة الاستئناف التجارية التي أيدت الأمر المستأنف الذي قبل الدين المصرح به جزئيا على أساس سقوط الباقي بالتقادم، تكون قد خرقت قواعد الاختصاص النوعي ببتها في نقطة يرجع أمر النظر فيها إلى المحكمة الإدارية، مما يتعين نقض قرارها بهذا الخصوص[741].

أمام هذا التضارب على مستوى الاجتهاد القضائي نؤكد وكما يذهب إلى ذلك الفقه[742]، بأن القاضي المنتدب هو قاض مفوض من طرف هيئة الحكم للبت فيما يقتضيه سير المسطرة الجماعية من تحقيق للديون، وذلك في حدود الاختصاص النوعي الموكول للمحكمة التجارية المحدد في القانون 95/53 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية، وفي الكتاب الخامس من م.ت.، وبالتالي يحظر عليه البت في نزاعات تخرج عن ولاية هذه المحكمة، كتقادم الدين العمومي أو عدم صحة مسطرة تأسيسه أو تحصيله، فاختصاصه الوظيفي يجب أن يبقى محصورا في حدود ما قرره القانون، بحيث لا يجوز التوسع فيه أو تمديده إلى مجالات يرجع حق النظر فيها إلى جهات قضائية أخرى، كالمحاكم الإدارية التي لها اختصاص أصيل بمناسبة منازعات تأسيس وتحصيل الديون العمومية.

هذا، وقد خول المشرع لكل من المدين والدائن والسنديك حق ممارسة الطعن ضد الأوامر الصادرة عن القاضي المنتدب، شرط أن يتم ذلك داخل أجل 15 يوما من تاريخ الإشعار بالنسبة للدائن والمدين، ومن تاريخ المقرر بالنسبة للسنديك، إلا أنه في الحالة التي يكون فيها النزاع من اختصاص محكمة أخرى، فإن هذا الأجل يتم تمديده إلى شهرين حتى يتمكن الدائن من رفع دعواه أمام المحكمة المختصة[743].

---

[741]- قرار رقم 77، صادر بتاريخ 2011/01/13، ملف تجاري عدد 2009/3/3/684، منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 73، 2011، ص.201.

[742]- محمد المجدوبي الإدريسي، م. س.، ص.214 و 215.

[743]- راجع المادة 731 من م.ت.، المقابلة للمادة 697 من م.ت. المنسوخة.

كما يمكن الطعن في هذه المقررات كذلك من قبل الأغيار، وذلك عن طريق الطعن بالتعرض، وتعرض الغير الخارج عن الخصومة داخل أجل 15 يوما[744]، ويحتسب هذا الأجل من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية[745].

خلاصة القول، إن تحقيق الديون هو الذي يحدد ديون المقاولة القابلة للأداء من جهة، ومن جهة ثانية، فهو الذي يمكن الدائن من استخلاص دينه في إطار المسطرة الجماعية[746]، لذلك لابد من تفعيل دور الدائنين داخل هذه المسطرة، وتحقيق أمنهم القانوني والقضائي، لكي يتسنى لهم الدفاع عن مصالحهم وتجنب قرار عدم قبول ديونهم الذي يؤدي لانقضاء الدين في مواجهة المدين وبالتبعية في مواجهة الكفيل.

المبحث الثاني: قصور محاولة تحسين وضعية الدائنين رغم جديتها

وعيا بخطورة وضعية الدائنين في إطار مسطرة التسوية القضائية، المترتبة على ارتفاع نسبة ضياع حقوقهم بالرغم من الاحتياطات التي يتخذونها عبر اشتراط تقديم المدين لضمانات، ومن بينها الكفالة، رغبة منهم في تجنب هذه المخاطر وضمان استيفاء ديونهم، عمل المشرع المغربي في إطار مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد على تبني مجموعة من المقتضيات محاولة منه لتحسين وضعية الدائنين في مواجهة قساوة بعض قواعد مسطرة التسوية القضائية، وكذا محاولة خلق نوع من التوازن بين سلطات رئيس المقاولة والدائنين من خلال العمل على إشراكهم في عملية اختيار الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة (المطلب الأول) كما أن القضاء المغربي حاول بدوره بجدية تجنيب الدائنين خطر ضياع ديونهم من خلال التعامل بمرونة مع بعض قواعد مسطرة التسوية القضائية، وكذلك من خلال تفعيل بعض المتابعات في مواجهة المدين وبالتبعية الكفلاء لتجنب إفراغ ذمتهم مستفيدين من قاعدة وقف المتابعات الفردية (المطلب الثاني)

744- حيث يمكن في هذا الإطار للكفيل التعرض في إطار تعرض الغير الخارج عن الخصومة على قرارات القاضي المنتدب داخل أجل 15 يوما من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية.

745- راجع المادة 734 من م.ت.، المقابلة للمادة 700 من م.ت. المنسوخة.

746- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 478، صادر بتاريخ 2002/02/22، ملف عدد 11/2001/2853، غير منشور.

" وحيث إن تحقيق الديون هو الذي يحدد خصوم المقاولة القابلة للأداء من جهة، ومن جهة ثانية فهو الذي يمكن الدائن من استخلاص دينه في إطار المساطر الجماعية".

المطلب الأول: مظاهر المحاولة التشريعية لتحسين وضعية الدائنين

من أجل محاولة تحسين وضعية الدائنين في مسطرة التسوية القضائية عمل المشرع على توسيع دائرة الدائنين الذين يلزم السنديك بإشعارهم للتصريح بديونهم تجنبا لجزاء سقوط الدين غير المصرح به أو المصرح به خارج الأجل القانوني (الفقرة الأولى) كما عمل على محاولة إعادة التوازن بين أطراف المسطرة وإشراك الدائنين في عملية البحث عن الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة من خلال خلق مؤسسة جمعية الدائنين (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: توسيع دائرة الدائنين الواجب إشعارهم للتصريح بديونهم

مما لا شك فيه أن ضمان الدائنين لحقوقهم في مواجهة المدين المتوقف عن الدفع الخاضع لمسطرة التسوية القضائية رهين بقيامهم بالتصريح بديونهم داخل الأجل القانوني، الشيء الذي يقتضي علمهم بفتح المسطرة، وأن مقتضيات المادة 686 من م.ت. المنسوخة[747] كانت تساهم بشكل كبير في ضياع حقوق الدائنين، لأن مجال الاشعار الشخصي كان يقتصر في إطارها على الدائنين الحاملين لضمانات أو عقود ائتمان ايجاري تم شهرهما، بحيث يتوجب إشعارهم شخصيا ولو في موطنهم المختار، أما باقي الدائنين وهم الغالبية العظمى بمن فيهم الدائنين أصحاب الامتياز والدائنين أصحاب الضمانات الشخصية فكانت تتم دعوتهم للتصريح بديونهم من خلال نشر حكم فتح المسطرة في الجريدة الرسمية وفي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية.

لذلك عمل المشرع من خلال مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد على محاولة تجاوز ضعف مقتضيات المادة 686 من م.ت. المنسوخة، على مستوى توفير الحماية للدائنين، وذلك من خلال توسيع مجال الدائنين الذين يتوجب على السنديك إشعارهم شخصيا بضرورة التصريح بديونهم، حيث إنه وبالرجوع لمقتضيات المادة 719 من م.ت. فإن نطاق الدائنين الذين أصبح يتوجب على السنديك إشعارهم شخصيا للتصريح بديونهم يتمثل في:

[747]- حيث كانت تنص المادة 686 من م.ت. المنسوخة على ما يلي: " يوجه كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة، باستثناء المأجورين، تصريحهم بديونهم إلى السنديك. يشعر شخصيا الدائنون الحاملون لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما، و إذا اقتضى الحال، في موطنهم المختار".

– الدائنون المعروفون لدى السنديك، بمعنى الدائنين الذين يتعرف عليهم السنديك مثلا من خلال وثائق المقاولة، الفواتير والاشعارات الضريبية..

– الدائنون المدرجون في القائمة المدلى بها من طرف رئيس المقاولة، التي يجب أن يرفقها بطلب فتح مسطرة التسوية القضائية طبقا لمقتضيات المادة 577 من م.ت.

– الدائنون الحاملون لضمانات أو عقود إئتمان إيجاري تم شهرهما، وإذا اقتضى الحال في موطنهم المختار.

وفي إطار تعليقه على هذه المقتضيات اعتبر جانب من الفقه المغربي[748] بأن المادة 719 من م.ت. قد عملت على تجاوز جل إن لم نقل كل المعيقات التي تمس وضعية الدائنين فيما يخص التصريح بالديون إلى السنديك.

في اعتقادنا، إن المقتضيات الجديدة للمادة 719 من م.ت. بالرغم من جديتها، تبقى غير كافية لحماية الدائنين من قساوة جزاء سقوط الدين وانقضائه بصفة نهائية في حالة عدم رفع السقوط، لأن نطاق فئة بقية الدائنين الذين يجب عليهم التصريح بديونهم داخل أجل شهرين من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة[749]، ستتحكم فيه إرادة السنديك ومدى دقة وحسن قيامه بمهمته، وكذلك ستتحكم فيه إرادة المدين ومدى حسن نيته لأنه لا وجود لأي مقتضى جزائي يطبق في مواجهة المدين الذي لا يدرج أحد دائنيه في القائمة التي يدلي بها، كما أن عدم إدراج الدائن في هذه القائمة لا يعده القضاء سببا موجبا لرفع السقوط عن الدين غير المصرح به.

وعليه، نؤكد بأن متطلبات التحسين الفعلي لوضعية الدائنين كانت تستوجب من المشرع المغربي التخلي عن جزاء سقوط الدين غير المصرح به وانقضائه بصفة نهائية مالم يتم رفع السقوط عنه، والاكتفاء بجزاء عدم إمكانية الاحتجاج بالديون غير المصرح بها أثناء سريان

[748]- عبد الرحيم شميعة، م. س.، ص.191.

[749]- حيث تنص المادة 720 من م.ت. على أنه يجب تقديم التصريح بالديون داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر المقرر القاضي بفتح المسطرة بالجريدة الرسمية بالنسبة لباقي الدائنين.

المسطرة، لكي لا تضيع نهائيا حقوق الدائنين ويفتح لهم المجال بعد قفل المسطرة في متابعة المدين وبالتبعية الكفلاء.

الفقرة الثانية: إحداث جمعية الدائنين

من أجل تحقيق نوع من التوازن بين سلطات رئيس المقاولة والدائنين، وكذلك تشجيعا للدائنين على الانخراط بشكل إيجابي في عملية البحث عن الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة[750]، قام المشرع المغربي في إطار مستجدات الكتاب الخامس من م.ت. الجديد بإحداث جمعية للدائنين، وخصص مقتضيات قانونية هامة لتنظيمها تتمثل في المواد من 601 إلى 621 من م.ت. [751].

إن متطلبات الإلمام بالمقتضيات المستجدة المنظمة لجمعية الدائنين وإبراز الأدوار الجديدة التي خولها المشرع للدائنين وخاصة على مستوى المشاركة في تقرير مصير المقاولة، تقتضي منا التطرق لمقتضيات تأسيس هذه الجمعية (أولا) ثم لمسطرة انعقادها (ثانيا) لنختم الحديث بتناول اختصاصات هذه الجمعية (ثالثا)

أولا: تأسيس جمعية الدائنين

يبدو من خلال المقتضيات القانونية المنظمة لتأسيس جمعية الدائنين بأن المشرع المغربي لم يفرض تشكيلها في كافة المقاولات التي تفتح في مواجهتها مسطرة التسوية القضائية بل قصر تشكيلها على مقاولات بعينها، كما يتبين بأن المشرع لم يجعل أعضاء جمعية الدائنين قاصرا على الدائنين فقط كما قد توحي بذلك تسميتها بل تتألف من أعضاء آخرين من غير الدائنين،

[750]- وقد علق جانب من الفقه الفرنسي على تنظيم جمعية الدائنين في التشريع الفرنسي بموجب قانون 26 يوليوز 2005، بأن إحداث جمعية الدائنين يشكل عودة لدور الدائنين بعد إقصائهم من تقرير مصير المقاولة بموجب قانون 25 يناير 1985، وبالتالي فمن أهداف قانون 26 يوليوز 2005 إشراك الدائنين في تحديد مصير المقاولة.

- Corinne SAINT- ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.545.

[751]- المشرع الفرنسي ينظم جمعية الدائنين في المواد من L.626.29 إلى L.626.35 في الباب المتعلق بمسطرة الإنقاذ وأحال على تطبيق هذه المقتضيات مع بعض الاختلافات الطفيفة في المادتين L.631.1 وL.631.19 في الباب المتعلقة بتنظيم مسطرة التسوية القضائية، وقام بتفصيل المقتضيات التطبيقية في المواد من R.626.52 إلى R.626. 64 من المقتضيات التنظيمية لمدونة التجارة الفرنسية.

لذلك فإننا سنعمل أولا على تحديد المقاولات المعنية بتشكيل جمعية الدائنين (أ) ثم تحديد الأعضاء المشكلين لهذه الجمعية (ب).

أ- المقاولات المعنية بتأسيس جمعية الدائنين

تنص الفقرة الأولى من المادة 606 من م.ت. من حيث المبدأ على أن جمعية الدائنين تتأسس عند فتح مسطرة التسوية القضائية في حق كل مقاولة خاضعة لإلزامية تعيين مراقب الحسابات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل، وفي هذا الإطار تنص المادة 159 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة على أنه: " يجب أن يتم في كل شركة مساهمة تعيين مراقب أو مراقبين للحسابات يعهد إليهم بمهمة مراقبة وتتبع حسابات الشركة وفق الشروط والأهداف المنصوص عليها في القانون.

غير أنه يجب على الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب أن تعين مراقبين اثنين للحسابات على الأقل، وكذلك الشأن بالنسبة للشركات البنكية وشركات القرض والاستثمار والتأمين والرسملة والادخار ".

كما تنص الفقرة الثانية من المادة 80 من القانون رقم 5.96 الصادر بتاريخ 13/ 1997/02 كما تم تغييره وتتميمه في جانبه المتعلق بتنظيم الشركة ذات المسؤولية المحدودة على أنه: ".. غير أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تتجاوز، عند اختتام السنة المحاسبية، خمسين مليون درهم لمبلغ رقم معاملاتها دون اعتبار الضرائب تلزم بتعيين مراقب للحسابات "[752].

[752]- وينص هذا القانون في المادة 34 في جانبه المتعلق بتنظيم شركة التوصية بالأسهم على أنه: " تعين الجمعية العامة العادية للمساهمين مراقبا أو عدة مراقبين للحسابات، وتطبق أحكام المادة 13 مع مراعاة القواعد الخاصة بشركة التوصية بالأسهم ".، كما ينص في المادة 12 في جانبه المتعلق بتنظيم شركة التضامن على ما يلي: " غير أن الشركات التي تتجاوز عند اختتام السنة المحاسبية، خمسين مليون درهم لمبلغ رقم معاملاتها دون اعتبار الضرائب تلزم بتعيين مراقب للحسابات ".
- للمزيد من الإطلاع حول الشركات التي يلزم فيها تعيين مراقب الحسابات وكذلك اختصاصاته راجع:
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات، أنواع الشركات، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 4، 2012، ص.81 إلى 301.

وعليه، فإنه في جميع المقاولات التي تنص القوانين المنظمة لها على إلزامية تعيين مراقب الحسابات تتشكل فيها جمعية الدائنين بقوة القانون بعد فتح مسطرة التسوية القضائية[753].

كما نص المشرع على تشكيل جمعية الدائنين عند فتح مسطرة التسوية القضائية في حق كل مقاولة فردية أو جماعية يتجاوز رقم معاملاتها السنوية 25 مليون درهم وتشغل ما لا يقل عن 25 أجيرا خلال السنة السابقة لفتح المسطرة[754]، وبذلك يعد عنصر رقم المعاملات وعدد الأجراء عنصريين تكامليين يجب توفرهما لتشكيل جمعية الدائنين في هذه الحالة[755].

إذا كان ما سبق هو المبدأ، فإن المشرع المغربي يخول استثناء بموجب الفقرة الثانية من المادة 606 من م.ت. [756] للمحكمة بناء على طلب من السنديك وبموجب حكم معلل، تشكيل جمعية الدائنين رغم غياب شروط الحالات المذكورة أعلاه، وذلك متى توفرت أسباب وجيهة تبرر تشكيل الجمعية، وذلك في ضوء المبررات التي يوردها السنديك في طلبه، لتبقى الكلمة الأخيرة للمحكمة التي تملك السلطة التقديرية الواسعة للقول بوجود أسباب وجيهة لتشكيل الجمعية، قد ترتبط بحجم الديون وبطبيعتها أو بنوعية الدائنين، وفي هذه الحالة عليها تعليل حكمها، أو القول بخلاف ذلك ورفض طلب السنديك[757].

وتجب الإشارة، إلى أن تأسيس جمعية الدائنين في إطار التشريع المغربي محصور في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية، بخلاف الوضع في إطار التشريع الفرنسي حيث ينص المشرع الفرنسي

---

[753]- وفي شروط تأسيس جمعية الدائنين تنص الفقرة الأولى من المادة L.626-29 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
« Les débiteurs dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable et dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'état sont soumis aux dispositions de la présente section. Les autres dispositions du présent chapitre qui ne lui sont pas contraires sont également applicables ».

[754]- ونجد في هذا الاطار اختلاف بين المشرع الفرنسي والمشرع المغربي على مستوى مبلغ المعاملات وعدد الأجراء المتطلبين لتشكيل جمعية الدائنين حيث تنص المادة R.626-52 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
« Les seuils fixés en application de l'article L. 626-29 sont de 150 salariés et de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires ».

[755] - Cécile LE GALLOU, Op. Cit., P.335.

[756]- تنص الفقرة الثانية من المادة 606 من م.ت. على أنه: " كما يمكن للمحكمة، بناء على طلب من السنديك وبموجب حكم معلل، تشكيل جمعية الدائنين في غياب الشروط المذكورة في الفقرة السابقة متى توفرت لذلك أسباب وجيهة ".

[757]- وهو نفس الاستثناء الذي ينص عليه المشرع الفرنسي، راجع الفقرة الثانية من المادة L.626-29.

على وجوب تشكيل هذه الجمعية عند توفر شروطها عند فتح مسطرة التسوية القضائية وعند فتح مسطرة الإنقاذ[758].

وتحقيقا لهدف سرعة البدء في الإجراءات وعدم تعطيل سير المسطرة والمشاورات في فترة حرجة من عمر المقاولة المتوقفة عن الدفع، التي هي في أمس الحاجة لإيجاد الحل الملائم لتسوية وضعيتها بالسرعة اللازمة، قرر المشرع بأن الحكم القاضي بتشكيل جمعية الدائنين غير قابل لأي طعن[759].

ب- تنوع أعضاء جمعية الدائنين

بالرجوع لمقتضيات المادة 608 من م.ت. يتبين بأن تأليف جمعية الدائنين يتسم بالتنوع من خلال إشراك كافة الأطراف، بحيث تضم الجمعية ضمن أعضائها بالإضافة إلى الدائنين أجهزة المسطرة ورئيس المقاولة، وبذلك تتألف جمعية الدائنين من:

- السنديك رئيسا باستثناء الحالة التي تنعقد فيها الجمعية قصد اقتراح استبداله حيث يرأسها في هذه الحالة القاضي المنتدب؛

يتبين أن هذا المقتضى يتماشى مع المنطق القانوني لمقتضيات مسطرة التسوية القضائية لأن السنديك هو من يسهر على تسيير عمليات التسوية[760]، وأحد الأجهزة المحورية في المسطرة،كما يعد جهازا محايدا يعمل على تحقيق المصلحة العامة للمقاولة، ناهيك على أنه جهاز من المفترض فيه أنه ذو خبرة وكفاءة ومعرفة قانونية تخوله رئاسة جمعية الدائنين.

وفي مقابل جعل السنديك رئيسا لجمعية الدائنين، خول المشرع للدائنين ضمانة هامة لحماية حقوقهم تتمثل في حقهم في طلب استبدال السنديك[761] كلما تبين لهم مثلا أنه يتخذ قرارات فردية تضر بمصالحهم، أو لا يستمع لاقتراحاتهم، أو يتواطأ مع رئيس المقاولة إضرارا بهم،

---

[758]- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.422.

[759]- تنص الفقرة الثالثة من المادة 606 من م.ت. على أنه: " لا يقبل هذا الحكم أي طعن ".

[760]- تنص الفقرة الأولى من المادة 673 من م.ت. على ما يلي: " يكلف السنديك بمراقبة تنفيذ مخطط الانقاذ، وبتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية ابتداء من تاريخ صدور حكم فتح المسطرة حتى قفلها ".

[761]- راجع المادة 677 من م.ت.

وفي هذه الحالة حيث تنعقد الجمعية قصد اقتراح استبدال السنديك، القاضي المنتدب هو الذي يرأس الجمعية[762].

– رئيس المقاولة؛

إن جعل رئيس المقاولة أحد أعضاء جمعية الدائنين يتوافق مع أهداف مسطرة التسوية التي تستدعي تظافر جهود كافة الأطراف لإيجاد الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة، وأولهم المدين الذي هو صاحب المقاولة والمطلع على وضعيتها الحقيقية، وله علاقة مع دائني المقاولة، ويتوفر على كافة الوثائق المثبتة لمديونيها وحجم أصولها وخصومها.

– الدائنون المسجلون في قائمة الديون المصرح بها التي يسلمها السنديك إلى القاضي المنتدب وفقا لمقتضيات المادة 727 من م.ت.، الذين لم يبد السنديك بشأن ديونهم أي اقتراح برفضها أو بإحالتها على المحكمة، وذلك عندما تتم دعوة الجمعية للانعقاد قبل تاريخ إيداع القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 732 من م.ت. بكتابة الضبط، ما لم يأذن لهم القاضي المنتدب بالمشاركة في أشغالها، والدائنون الذين أدرجت مقررات قبول ديونهم في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 732 من م.ت.، وذلك عندما تتم دعوة الجمعية للانعقاد بعد تاريخ إيداع هذه القائمة بكتابة الضبط[763]؛

يتضح من هذه المقتضيات الأخيرة بأن جميع الدائنين كيفما كانت طبيعة ديونهم، عادية أم امتيازية، مقرونة بضمانات شخصية أو عينية، خاصة أو عمومية، يمكنهم أن يكونوا أعضاء في جمعية الدائنين في حالة التصريح بديونهم، على شرط ألا تكون هذه الديون محل منازعة من قبل السنديك، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن لأصحاب هذه الديون

[762]- تنص الفقرة الثانية من المادة 609 من م.ت. على أنه: " إذا تعلق الأمر باستبدال السنديك، فإن الجمعية تنعقد بدعوة من القاضي المنتدب ".

[763]- ونشير هنا أن المشرع الفرنسي وعلى خلاف المشرع المغربي ميز بين نوعين من الجمعيات بحسب فئة الدائنين، حيث نجد جمعية الدائنين المكونة من مؤسسات الائتمان أو القرض، وجمعية الدائنين المكونة من الموردين للسلع والخدمات، راجع في هذا الإطار:

- Corinne SAINT- ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.546.

بالمشاركة في أشغال الجمعية بالرغم من منازعة السنديك، كما في الحالة التي يتبين له فيها بأن منازعة السنديك غير جدية أو أنها تمس جزءا من الدين فقط[764].

ثانيا: مسطرة انعقاد جمعية الدائنين

تنعقد جمعية الدائنين من حيث المبدأ بدعوة من السنديك، وفي حالة تقاعسه عن القيام بذلك تنعقد الجمعية بدعوة من طرف القاضي المنتدب إما تلقائيا أو بطلب من رئيس المقاولة أو من واحد أو أكثر من الدائنين بغض النظر عن طبيعة دينه أو رتبته[765]، وفي حالة تعلق الأمر بالبت في استبدال السنديك فإن الجمعية تنعقد بدعوة من طرف القاضي المنتدب طبقا للفقرة الثانية من المادة 609 من م.ت.

وتتم دعوة جمعية الدائنين للانعقاد، بغض النظر عن الجهة التي دعت لانعقادها، وبحسب الفقرة الثالثة من المادة 609 م.ت.، بواسطة إشعار ينشر في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية ويعلق في لوحة معدة لهذا الغرض في المحكمة، كما يمكن الدعوة إلى انعقاد الجمعية بواسطة استدعاء يوجه إلى الدائنين في موطنهم المختار، أو بطريقة إلكترونية.

ويجب أن يتضمن الإشعار مكان ويوم وساعة عقد الجمعية وموضوع تداولها، ويجب أن يشار فيه إلى حق الدائنين في الاطلاع على الوثائق المنصوص عليها في المادة 612 من م.ت. ، بمقر المقاولة أو في أي مكان آخر يحدد في الإشعار، كما يجب أن يشار فيه إلى أن عدم حضور أي من الدائنين أو وكيله يعد بمثابة موافقة على أي قرار تتخذه الجمعية[766]، وفي حالة دعوة الجمعية للتداول بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية تطبيقا لمقتضيات المادة 629

[764]- للإطلاع على تشكيل جمعية الدائنين في ظل التشريع الفرنسي راجع:
- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.423-425.

[765]- راجع الفقرة الأولى من المادة 609 من م.ت.

[766]- حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة 609 من م.ت. على ما يلي: " يتضمن هذا الإشعار مكان ويوم وساعة عقد الجمعية وموضوع تداولها. ويشار فيه إلى حق الدائنين في الاطلاع على الوثائق المنصوص عليها في المادة 612 أدناه بمقر المقاولة أو في أي مكان آخر يحدد في الإشعار. كما يجب أن يشار في الإشعار إلى أن عدم حضور أي من الدائنين أو وكيله يعتبر بمثابة موافقة على أي قرار تتخذه الجمعية".

من م.ت. يجب أن يشار في الاشعار إلى أنه على الدائنين غير الموافقين على تغيير التخفيضات الواردة في مخطط الاستمرارية أن يتقدموا باقتراحاتهم خلال انعقاد الجمعية[767].

ومن أجل تمكين الدائنين من المناقشة والمشاركة الفعلية خلال مداولات الجمعية ألزم المشرع السنديك بأن يوفر لهم المعلومات والوثائق الضرورية لذلك، حيث إنه في حالة دعوة الجمعية للتداول بشأن مشروع مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقاولة أو مخطط التسوية الذي يقترحه الدائنون، يجب على السنديك أن يضع رهن إشارة الدائنين، المعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للمقاولة بما فيها وضعية الأصول والخصوم مع بيان للخصوم ذات الامتياز والخصوم العادية؛ جرد مفصل لأصول المقاولة؛ مشروع مخطط التسوية المشار إليه في المادة 595 من م.ت. المقترح من طرف السنديك مصحوبا عند الاقتضاء بالعروض التي تلقاها في حالة التفويت الجزئي المشار إليه في المادة 635 من م.ت.، وعند الاقتضاء مشروع مخطط التسوية الذي يقترحه الدائنون وفق مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 615 من م.ت.، وفي حالة دعوة الجمعية للتداول بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية وفق مقتضيات المادة 629 من م.ت. يجب على السنديك توفير مخطط الاستمرارية كما صادقت عليه المحكمة؛ والتعديلات المقترح إدخالها على هذا المخطط بما فيها نسب التخفيضات المقترحة؛ وتقرير السنديك المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 629 من م.ت. والمعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للمقاولة. وفي حالة دعوة الجمعية للتداول بشأن تفويت الأصول المشار إليها في المادة 618 من م.ت.، يجب على السنديك أن يوفر نسخة من طلب التفويت ولائحة الأصول المحينة[768].

هذا، ويمكن لكل دائن شخصيا أو بواسطة وكيل، الاطلاع على الوثائق المذكورة أعلاه والحصول على نسخ منها على نفقته، وإذا لم يتمكن من الاطلاع على هذه الوثائق أو رفض السنديك اطلاعه عليها، يمكنه رفع الأمر إلى القاضي المنتدب قصد الإذن له بالاطلاع عليها[769].

---

[767]- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 609 من م.ت.

[768]- راجع المادة 612 من م.ت.

[769]- وحماية لمصالح المقاولة نص المشرع في المادة 613 من م.ت. على أنه: " لا يمكن استعمال أي من المعلومات المشار اليها في المادة السابقة و المادة 619 أدناه من هذا القانون ضد المقاولة في أي مسطرة أو دعوى أو أمام أي جهة كانت، إلا بموافقتها الصريحة، ما لم يتعلق الأمر بدين عمومي".

وتفاديا لتأخر السنديك في دعوة الجمعية للانعقاد وضع المشرع آجالا محددة ومضبوطة يتعين على السنديك احترامها، وبالرجوع لمقتضيات المادة 610 من م.ت. يتبين أن هذه الآجال تختلف بحسب الموضوع الذي ستتداول فيه الجمعية، وهي واردة في خمس حالات:

– 5 أيام من تاريخ عرض السنديك على القاضي المنتدب مشروع مخطط الاستمرارية وفق مقتضيات المادة 595 من م.ت.، في حالة دعوتها للتداول بشأن مشروع هذا المخطط.

– في يوم العمل الموالي لتاريخ توصل السنديك بمشروع مخطط الاستمرارية الذي يقترحه الدائنون وفق مقتضيات المادة 615 من م.ت.، في حالة دعوتها للتداول بشأن مشروع هذا المخطط.

– في يوم العمل الموالي لتاريخ إيداع تقرير السنديك بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية لدى المحكمة وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 629 من م.ت.، في حالة دعوتها للتداول بشأنه.

– 5 أيام من تاريخ تقديم ملتمس الاستبدال إلى القاضي المنتدب بصفته رئيسا للجمعية، في حالة دعوتها للتداول بشأن اقتراح استبدال السنديك طبقا لمقتضيات المادة 607 من م.ت.، على أن يقدم الملتمس من طرف دائن أو عدة دائنين يملكون ما لا يقل عن ثلث الديون المصرح بها.

– 5 أيام من تاريخ تقديم طلب التفويت إلى القاضي المنتدب، في حالة دعوتها للتداول بشأن تفويت الأصول المهمة المشار إليها في المادة 618 من م.ت.

ومن أجل تمكين الدائنين من الحضور ودراسة الوثائق التي يتوصلون بها، أكد المشرع على أنه يجب ألا يقل الأجل الفاصل بين تاريخ نشر الإشعار وتاريخ انعقاد الجمعية عن 20 يوما في الحالة الأولى المذكورة أعلاه، وألا يقل عن 10 أيام في باقي الحالات المذكورة أعلاه[770].

[770]- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 610 من م.ت.

وعند انعقاد جمعية الدائنين يحرر محضر لاجتماع الجمعية يوقعه رئيسها، ويضمن فيه تاريخ ومكان انعقاد الاجتماع وجدول أعماله، وموضوع تداولها والنصاب الذي تم بلوغه والوثائق المعروضة عليها ونتائج التصويت، وتلحق به ورقة الحضور التي تبين هوية وموطن الدائنين أو وكلائهم عند الاقتضاء، وتوقع من طرفهم وتلحق بها التوكيلات اللازمة[771].

ثالثا: تعدد اختصاصات جمعية الدائنين

انطلاقا من مقتضيات المادة 607 من م.ت. حدد المشرع اختصاصات جمعية الدائنين على سبيل الحصر، بحيث أن الجمعية تنعقد قصد التداول بشأن:

– مشروع مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقاولة الذي يقترحه السنديك طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 595 من م.ت.، وفي حالة موافقة الجمعية على هذا المخطط يرفعه السنديك إلى المحكمة في يوم العمل الموالي لتاريخ انعقاد الجمعية التي تصادق عليه طبقا للفقرة الثانية من المادة 615 من م.ت. داخل أجل عشرة أيام من تاريخ إحالته إليها.

– مشروع مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقاولة الذي يقترحه الدائنون وفقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 615 من م.ت.، حيث إنه في حالة رفض الجمعية لمخطط التسوية المقترح من طرف السنديك، يجب على الدائنين الذين لم يصوتوا لصالح هذا المخطط أن يتقدموا بمخطط بديل إلى السنديك، ولا يعتد بأي مخطط بديل في هذه الحالة إلا إذا تم توقيعه من طرف أغلبيتهم، ولا يجوز لأي دائن أن يوقع إلا على مخطط بديل واحد وذلك داخل أجل 15 يوما من تاريخ انعقادها[772]. وإذا وافقت الجمعية على هذا المخطط البديل، يقوم السنديك في يوم العمل الموالي لتاريخ انعقاد الجمعية برفعه إلى المحكمة التي تصادق عليه داخل أجل 10 أيام من تاريخ إحالته إليها[773].

---

[771]- راجع المادة 614 من م.ت.

[772]- حيث تنص الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 615 من م. ت. على ما يلي: " إذا رفضت الجمعية مخطط التسوية المقترح، وجب على الدائنين الذين لم يصوتوا لصالح هذا المخطط أن يتقدموا بمخطط بديل إلى السنديك، وذلك داخل أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ انعقادها.
لا يعتد بأي مخطط بديل إلا إذا تم توقيعه من طرف أغلبية الدائنين المشار إليهم في الفقرة السابقة، ولا يجوز لأي دائن أن يوقع إلا على مخطط بديل واحد".

[773]- راجع الفقرتين السابعة والثامنة من المادة 615 من م.ت.

وفي نظرنا يعد منح الحق للدائنين لاقتراح مخطط بديل للتسوية من أبرز المستجدات التي جاءت في القانون 73.17 لذلك نأمل بأن يستغله الدائنون بشكل إيجابي بعيدا عن منطق التزاحم والحسابات الضيقة المرتبطة بالمصالح الشخصية أو الفئوية، لأن ضمان استمرارية المقاولة سيعود بالفائدة على الجميع، وتركها تذهب إلى مصير التصفية القضائية لن يكون قطعا في صالح أحد.

– التداول بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط التسوية لاستمرارية نشاط المقاولة عند تطبيق مقتضيات المادة 629 من م.ت.، حيث يحق لجمعية الدائنين تغيير وسائل وأهداف مخطط الاستمرارية في الحالة التي يتبين للجمعية أن الأهداف والوسائل المحددة سابقا غير فعالة ولن تؤدي إلى ضمان استمرارية نشاط المقاولة، وفي هذا الإطار إذا وافقت الجمعية على التخفيضات المقترحة ضمن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية، يقوم السنديك برفع محضر الجمعية إلى المحكمة في يوم العمل الموالي لتاريخ انعقادها قصد المصادقة عليه داخل أجل 10 أيام من تاريخ إحالته إليها، أما إذا رفضت الجمعية التخفيضات المقترحة، أمكن لكل دائن من الدائنين الذين لم يوافقوا عليها، أن يقدم تخفيضات جديدة إلى السنديك، وفي هذه الحالة يحرر السنديك تقريرا يضمنه التخفيضات المقترحة ضمن تغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية، ويرفعه إلى المحكمة في يوم العمل الموالي لتاريخ انعقاد الجمعية قصد المصادقة عليه داخل أجل 10 أيام من تاريخ إحالته إليها[774].

– طلب استبدال السنديك المعين طبقا لمقتضيات المادة 677 من م.ت.، بحيث يمكن طبقا لهذه المادة استبدال السنديك بناء على طلب من النيابة العامة أو من طرف جمعية الدائنين في الحالات التي تشكل فيها هذه الجمعية، أو من طرف القاضي المنتدب تلقائيا أو بناء على تشك لديه من رئيس المقاولة أو أحد الدائنين، أو من طرف رئيس المقاولة أو الدائن الذي لم يبت القاضي المنتدب في تشكيه داخل أجل 15 يوما.

[774]- راجع الفقرة الثانية من المادة 612 من م.ت.

ويجب على السنديك الذي أعفي من مهامه أن يسلم إلى السنديك الجديد جميع الوثائق المتعلقة بالمسطرة، وتقريرا بالحسابات المرتبطة بها، داخل أجل 10 أيام من تاريخ إعفائه من مهامه، كما يظل السنديك المعفى ملزما بالسر المهني[775].

– تفويت واحد أو أكثر من الأصول المهمة المشار إليها في المادة 618 من م.ت. حيث يتجلى هنا كذلك الدور التقريري لأعضاء الجمعية من خلال الإقدام على تفويت واحد أو أكثر من الأصول المهمة للمقاولة المعنية وذلك بطلب مبرر يقدمه أحد الدائنين للقاضي المنتدب الذي يبت فيه داخل أجل 10 أيام من تاريخ إيداعه[776].

ويشترط لصحة مداولات الجمعية أن تستوفي حدا أدنى من النصاب القانوني بالشكل الذي يضمن تمثيلية حقيقية للدائنين، بحيث يشترط أن يحضرها الدائنون الذين يمتلكون على الأقل ثلثي مبلغ الديون المصرح بها، وفي حالة عدم توفر هذا النصاب، يحرر رئيس الجمعية محضرا بهذا الشأن، ويحدد فيه تاريخا جديدا لانعقاد الجمعية على ألا يتجاوز أجل 10 أيام من تاريخ انعقادها، وينشر إشعار بذلك في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية، وفي هذه الحالة تكون مداولات الجمعية صحيحة أيا كان مبلغ الدين الذي يمتلكه الدائنون الحاضرون.

وتتخذ قرارات الجمعية بكيفية صحيحة، عندما يوافق عليها الدائنون الحاضرون أو الممثلون الذين يشكل المبلغ الإجمالي لديونهم نصف مبلغ ديون الدائنين الحاضرين أو الممثلين الذين شاركوا في التصويت، وتلزم القرارات المتخذة من طرف الجمعية المنعقدة بصفة قانونية الدائنين المتخلفين عن الحضور[777].

خلاصة القول، إن إحداث جمعية الدائنين بموجب الكتاب الخامس من م.ت. الجديد يشكل قفزة نوعية من المشرع المغربي في اتجاه تبني المقاربة التشاركية في إيجاد الحل الملائم لتسوية

---

[775]- حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 677 من م.ت. على أنه: " يجب على السنديك الذي أعفي من مهامه أن يسلم إلى السنديك الجديد جميع الوثائق المتعلقة بالمسطرة، وتقريرا بالحسابات المرتبطة بها، داخل أجل 10 أيام من تاريخ إعفائه من مهامه، ويظل السنديك المعفى ملزما بالسر المهني".

[776]- راجع المادة 618 من م.ت.

[777]- راجع المادة 611 من م.ت.

وضعية المقاولة، لكن في نظرنا سيبقى هذا المقتضى غير كاف لدفع الدائنين للانخراط الفعلي في مسطرة التسوية، إذا لم يواكب بالتخفيف من حدة وقسوة بعض قواعد هذه المسطرة، بالشكل الذي يبعث الثقة في ذهن الدائنين، ويجعلهم يشعرون بأن عملية البحث عن الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة تقتضي التضحية من جميع الأطراف وليس عبر هضم حقوقهم فقط.

المطلب الثاني: مظاهر المحاولة القضائية لتحسين وضعية الدائنين

من المسلم به أن الاجتهاد القضائي هو الذي يخرج القواعد القانونية من حالة السكون إلى حالة التطبيق، لذلك يعد دوره مركزيا على مستوى تحقيق الحماية لأطراف العلاقة القانونية بناء على التكييف الذي يقوم به لوقائع النازلة وللقواعد القانونية الواجبة التطبيق، وتفعيلا لهذا الدور حاول الاجتهاد القضائي المغربي تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للدائنين في مواجهة القواعد الاستثنائية لمسطرة التسوية القضائية في مواجهة سوء نية المدين والكفلاء الذين يحاولون تهريب أموالهم إضرارا بدائنيهم، حيث عمل في هذا السياق على التخفيف من قاعدة وقف المتابعات الفردية (الفقرة الأولى) وعلى حماية الدائنين من جزاء سقوط الدين (الفقرة الثانية) والتعامل بمرونة مع شروط دعوى رفع السقوط (الفقرة الثالثة) كما عمل على تفعيل المقتضيات المتعلقة بدعوى الصورية (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: التخفيف من قاعدة وقف المتابعات الفردية

لقد سبق التأكيد أن قاعدة وقف المتابعات الفردية، سواء تعلق الأمر بالدعاوى أو طرق التنفيذ، تعد من أهم الآثار المترتبة على الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية، الهادفة لتهييئ المناخ المناسب للبحث عن الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة وسداد خصومها، ذلك أن استمرار الدائنين فرادى في مقاضاة المقاولة بعد وضعها في حالة التسوية القضائية، من شأنه أن يفقد هذه المسطرة طابعها الجماعي والمساواتي الذي تتميز به عن مساطر التنفيذ العادية.

ومما لاشك فيه أن هذه القاعدة تؤزم وضعية الدائنين الناشئة ديونهم قبل فتح المسطرة لأنها تقف حاجزا أمامهم للمطالبة بحقوقهم وحفظها في مواجهة المدين وبالتبعية الكفلاء في ظل غياب أي نص قانوني خاص يحرمهم من الاستفادة من هذه القاعدة، خاصة وأن جانبا من

الفقه يؤكد بأن هذه القاعدة هي قاعدة عامة تشمل سائر الدعاوى وطرق التنفيذ، ولذلك فإنه لا يمكن للدائن في الجانب الاجرائي اتخاذ أي إجراء للتنفيذ، حتى ولو تعلق الأمر بحجز تحفظي، طالما أن هذا الحجز قد يتحول إلى حجز تنفيذي، فضلا عن أن الحماية المبتغاة من الحجز التحفظي تتحقق بمجرد التصريح بالدين لدى السنديك[778].

وفي مقابل هذا التشدد، نجد بأن المجلس الأعلى قد تعامل بمرونة مع قاعدة وقف المتابعات الفردية في قرار يمكن أن نعتبره بأنه قرار مبدئي، اعتبر فيه بأن الحجز التحفظي لا يعتبر إجراء تنفيذيا وأنه مجرد إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه، بل فيه حفظ لحقوق الدائنين، وبالتالي فهو لا يدخل ضمن نطاق قاعدة وقف المتابعات الفردية، ونقض بذلك قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 1293 الصادر بتاريخ 2004/04/19 في الملف عدد 04/03/4722 التي اعتبرت الحجز التحفظي إجراء تنفيذيا يخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية، وقد قضى هذا القرار للمجلس الأعلى الذي صدر بغرفتين تحت رقم 1309 بتاريخ 2005/12/21[779] بما يلي: " حيث جاء في تعليلات القرار المطعون فيه بأنه وكما ذهب لذلك الحكم المستأنف، فإن الحجز التحفظي هو إجراء من إجراءات التنفيذ لأن المشرع نظم مقتضياته في إطار الباب الرابع من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية المخصص لطرق التنفيذ، وأنه بمقتضى المادة 653 من م ت فإن الحكم بالتسوية يوقف ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور سواء على المنقولات أو العقارات. ولما كان الحجز بخصوص دين سابق عن الحكم بالتسوية القضائية فإنه تسري في مواجهته مقتضيات المادة المذكورة، مما يتعين معه تأييد الأمر المستأنف، في حين نص الفصل 453 من ق م م على أنه لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها، ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنيه، ويكون كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر، وأنه وإن كانت نصوص المسطرة المدنية تحدثت عن الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ، فإن هذا الحجز

---

[778]- عبد العزيز تريد، م. س.، ص.24.

[779]- قرار المجلس الأعلى (صادر عن الغرفة التجارية القسم الأول والغرفة المدنية القسم الثاني) رقم 1309، صادر بتاريخ 2005/12/21، في الملف التجاري عدد 2004/1/3/1279، منشور، م.م.ق.أ.م.، ع. 14-15، ماي – شتنبر 2008، ص.211 وما يليها.

لا يعد إجراء تنفيذيا من قبل البيع أو الحجز التنفيذي المؤدي للبيع، حتى يدخل في عداد الإجراءات التي يمنعها أو يوقفها الحكم بفتح المسطرة، وإنما هو مجرد إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه، بل فيه حفظ لحقوق الدائنين الذين انتقلت حقوقهم للعقارين المأمور برفع الحجز عنهما خلال هذه المرحلة. وبذلك فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي قضت بسريان مقتضيات المادة 653 المذكورة على إجراء الحجز التحفظي تكون قد عللت قرارها بشكل غير سليم خارقة المقتضيات المحتج بخرقها معرضة قرارها للنقض"[780].

إن ما أورده القرار المذكور أعلاه سيشكل آلية هامة لحفظ حقوق الدائنين في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية المستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية، كما سيشكل مخرجا للدائنين في مواجهة الكفلاء لأنه سيفتح المجال للدائنين لإمكانية اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهتهم دون إمكانية تمسكهم بقاعدة وقف المتابعات الفردية، وبذلك لن يبق هناك أي مانع يحول دون إمكانية اتخاذ مثل هذه الاجراء في مواجهة الكفلاء باعتبار أن الحجز التحفظي مجرد إجراء وقتي[781] يرمي لضمان دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه طبقا لمقتضيات الفصل 452 من ق.م.م. [782] ولا يدخل ضمن نطاق قاعدة وقف المتابعات الفردية[783].

---

[780]- انظر في نفس التوجه على مستوى محكمة النقض الفرنسية:
- Cass. Com. 24 Mai 2005, Bull. Civ., IV, N° 116, 2005, P.122., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 05/03/2019.

[781]- حليمة بنت المحجوب بن حفو، دراسة في قانون المسطرة المدنية، دراسة نظرية تطبيقية معززة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط. 1، ماي 2018، ص.213.
- قرار محكمة النقض رقم 419، صادر بتاريخ 2012/01/24، في الملف عدد 2010/1/1/4011، غير منشور.
" الحجز التحفظي مجرد إجراء وقتي يرمي لضمان دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه طبقا لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية..".

[782]- وينص الفصل 452 من ق.م.م. على أنه: " يصدر الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية، ويحدد هذا الأمر ولو على وجه التقريب مبلغ الدين الذي رخص الحجز بسببه ويبلغ هذا الأمر وينفذ دون تأخير".

[783]- المشرع الفرنسي ينص صراحة على أنه يمكن للدائنين اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهة الضامنين الشخصيين الأشخاص الذاتيين الذين يستفيدون من قاعدة وقف المتابعات الفردية سواء في مسطرة الإنقاذ أو في مسطرة التسوية القضائية.
- حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة L 622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
« Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires».
وقد تم تبني هذا المقتضى بحسب الفقه الفرنسي تجنبا لاستغلال هؤلاء الضامنين لتمتعهم بوقف المتابعات الفردية من أجل تحضير عسرهم وتنظيمه، أو تهريب أموال المقاولة.
- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.191.

وفي هذا السياق، دأبت محكمة النقض على إعطاء الحق للدائن في الحجز التحفظي على أموال الكفيل في إطار القواعد العامة، حيث جاء في قرارها رقم 257 الصادر بتاريخ 2012/03/08 ما يلي: " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تعتمد التعليل المنتقد، الذي أوردته الوسيلة مبتورا، وإنما اعتمدت تعليلا كاملا جاء فيه ' بأن الحجز التحفظي يأمر به على أموال الحجوز عليه عند توافر عناصر ترجيح قيام المديونية، ولقد طالبت المستأنف عليها بإجراء الحجز على أساس أن المستأنف كفيل للمدين وأن من حق الدائن الحجز حتى على أمواله الشخصية ' وهو تعليل غير منتقد بخصوص أن الحجز على عقار الطالب لكونه كفيلا للمدينة الأصلية ويبرر ما انتهت إليه المحكمة في منطوق قرارها الذي جاء معللا بشكل سليم وغير خارق لأي مقتضى والوسيلتان على غير أساس"[784].

الفقرة الثانية: حماية الدائن من جزاء سقوط الدين غير المصرح به

لا شك أن جزاء سقوط الدين غير المصرح به وانقضاؤه بصفة نهائية ما لم يتم رفع السقوط عنه، يعد من أشد القواعد القانونية قساوة على الدائنين، لأنه يؤدي لضياع حقوقهم في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، وفي مواجهة الكفلاء تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 695 من م.ت.

وعيا بهذه الخطورة، عمد جانب من الاجتهاد القضائي إلى تفسير النصوص القانونية تفسيرا يتجه نحو تعزيز حماية الدائنين من جزاء سقوط الدين، وللتدليل على هذا التوجه لم نجد أحسن من الأمر القضائي رقم 226 المؤرخ بتاريخ 2006/12/06 الصادر عن القاضي المنتدب لدى المحكمة التجارية بفاس[785]، الذي تم تأييده استئنافيا، كما تم تأييد القرار الاستئنافي من طرف المجلس الأعلى، حيث جاء في هذا الأمر القضائي: " حيث إن المشرع لما عهد إلى الزام السنديك بإشعار الدائنين الحاملين للضمانات شخصيا كانت غايته حماية مصلحة هؤلاء ومنحهم أجلا ثانيا حال فوات الأجل المنصوص عليه بموجب المادة 687 من مدونة

[784]- قرار محكمة النقض رقم 257، صادر بتاريخ 2012/03/08، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/907، غير منشور، أورده، أحمد المنصوري، م. س.، ص.195.

[785]- أمر القاضي المنتدب لدى المحكمة التجارية بفاس رقم 226، صادر بتاريخ 2006/12/06، في الملف عدد 2004/10/11، غير منشور.

التجارة بالنظر للصفة التي تميزهم عن باقي الدائنين العاديين، وأنه طالما أن الغاية المذكورة قد تحققت إذ عمد القرض العقاري والسياحي إلى التصريح بدينه داخل الأجل المحدد في الفصل المذكور الذي هو شهرين من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، فإن تصريحه هذا يكون مقبولا بالرغم من كونه جاء في الوقت نفسه خارج الأجل المحدد من طرف السنديك والذي عمد إلى إشعار الدائن القرض العقاري والسياحي تطبيقا لمقتضيات المادة 686 من مدونة التجارة قبل أن يتم نشر الحكم في الجريدة الرسمية ".

وقد تم تأييد هذا الأمر من طرف محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 14 الصادر بتاريخ 2010/02/10 الذي جاء فيه: " وحيث إنه بناء على الفقرة الأولى من المادة 687 من م ت يجب على الدائن أن يقدم تصريحا بديونه إلى السنديك داخل أجل أقصاه شهرين ابتداء من تاريخ نشر الحكم القاضي بفتح المسطرة في الجريدة الرسمية وأن المشرع بخصوص أجل التصريح يعتد بتاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية ويعتبره بداية لاحتساب أجل التصريح بالديون إلى السنديك، وبذلك فالحكم القاضي بفتح المسطرة في حق شركة برومو صنوبر المستأنف عليها أصليا تم نشره بالجريدة الرسمية تحت عدد 4790 بتاريخ 18 غشت 2004 بينما الدائن المستأنف صرح بدينه بتاريخ 2004/10/12 أي داخل أجل الشهرين في حين أن السنديك بعث برسالته لإعلام الدائن المذكور باعتباره متوفرا على ضمانات قبل نشر الحكم في الجريدة المذكورة أعلاه، ومادام الاعتداد بتاريخ النشر يبقى دفع المستأنف عليها بسقوط دين الدائن في غير محله للاعتبار أعلاه وهو ما انتهى إليه الأمر المستأنف عن صواب "[786].

كما أيد المجلس الأعلى هذا القرار الاستئنافي بقراره رقم 989 الصادر بتاريخ 2011/08/11[787] ولم يأخذ بدفوع الطاعنة الذي تدعي فيها بأن السنديك أشعر الدائن بصفته متوفرا على ضمانات قصد التصريح بدينه، وذلك بكتاب توصل به بتاريخ 2004/08/02 غير أنه لم يتقدم بالتصريح بدينه إلا بتاريخ 2004/10/12، أي بعد فوات

[786]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 14، صادر بتاريخ 2010/02/10، في الملف 2008/2، غير منشور.
[787]- قرار رقم 989، صادر بتاريخ 2011/08/11، في الملف التجاري عدد 2010/1/3/518، منشور، مجلة قضاء محكمة النقض، ع. 75، مطبعة الأمنية، شتنبر 2012، ص.210.

أجل 60 يوما المنصوص عليها بالمادة 686 من م.ت (حاليا المادة 720 من م.ت.)، علما أن الأجل الذي ينطلق من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية، لا ينتج أي أثر بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات، لكون النص يتحدث عن التبليغ الشخصي لهم، وهو ما يفيد أن المشرع لم يقم بالمساواة بين الدائنين، ولم يكن هناك ما يوجب على السنديك انتظار نشر حكم فتح المسطرة ليقوم بإشعار الدائن المرتهن.

وقد علل المجلس الأعلى قراره بما يلي: " لكن، حيث إنه لما كان المشرع المغربي أوجب بالنسبة للدائنين بصفة عامة أن يدلوا بتصريحاتهم بديونهم للسنديك داخل أجل أقصاه شهرين ابتداء من تاريخ نشر الحكم القاضي بفتح المسطرة في الجريدة الرسمية وإلا عد ساقطا بحسب ما تمليه مقتضيات المادتين 687 و 690 من م.ت، فإنه بالنسبة للدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما لم يلزمهم المشرع بالإطلاع على ما هو منشور بالجريدة الرسمية، وإنما أوجب أن يتم إشعارهم شخصيا بحكم فتح المسطرة تبعا للمادة 686 من نفس القانون، دون أن ينص على تاريخ انطلاق أجل التصريح بالنسبة لهم، وفي النازلة وما دام أجل 60 يوما المنطلق من تاريخ الإشعار الذي يستفيد منه الدائن الحامل لضمانة أو عقد ائتمان إيجاري انصرم، فإن الأجل العام الممنوح لكافة الدائنين المنطلق من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية يظل ساريا بالنسبة إليه طالما لم تنته مدته والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اعتمدت مجمل ما ذكر واستبعدت الدفع بسقوط دين الدائن، لم يخرق قرارها أي مقتضى وجاء معللا بما يكفي ومرتكزا على أساس، والوسيلة على غير أساس".

في نظرنا يبقى هذا التوجه القضائي جديرا بالتنويه، لكن هذا التنويه لن يمنعنا من إبداء بعض الملاحظات بخصوص جانب من التعليل الذي اعتمد عليه لتقرير عدم سقوط الدين في مواجهة الدائن، حيث لا نتفق مع ما ورد في أمر القاضي المنتدب في جانبه المتعلق بأن الدائنين الحاملين لضمانات منحهم المشرع أجلا ثانيا يبتدئ من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة إلى جانب الأجل الذي يتمتعون به الذي ينطلق من تاريخ الاشعار الشخصي لهم، وما ورد في قرار المجلس الأعلى من أن المشرع لم يحدد تاريخ انطلاق الأجل بالنسبة للدائنين أصحاب الضمانات

تم شهرها، وأنه رغم انصرام الأجل الخاص بالنسبة لهؤلاء الدائنين فإنهم يستفيدون من الأجل العام الذي ينطلق من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، لأنه في نظرنا لا مجال للحديث عن أجلين بل هناك أجل واحد فقط يتمثل في شهرين ينطلق بالنسبة للدائنين أصحاب الضمانات التي تم شهرها من تاريخ إشعارهم شخصيا، وبالنسبة لباقي الدائنين من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة في الجريدة الرسمية كما كانت تقضي بذلك المادة 686 من م.ت. المنسوخة، ليبقى جوهر الإشكال الذي في رأينا تطرحه هذه النازلة هو ما حكم الإشعار الشخصي الذي قام به السنديك للدائن قبل نشر الحكم في الجريدة الرسمية ؟ وبمعنى آخر هل هذا الإجراء الذي قام به السنديك في هذا التوقيت صحيح من الناحية القانونية ليرتب سريان أجل التصريح بالنسبة لهذا الدائن ؟

في رأينا، السنديك لا يمكن أن يقوم بمهامه تجاه الغير إلا بعد شهر الحكم القاضي بفتح المسطرة، الذي يتم أساسا من خلال نشره في الجريدة الرسمية، لأنه بهذا النشر يكتسب صفة سنديك في هذه المسطرة في مواجهة الأغيار، ولذلك يبقى الاشعار الذي قام به قبل شهر الحكم الذي يعينه عديم الأثر، وبالتالي كان يمكن الاستناد على هذا الجانب للقول بأن الدائن في موضوع النازلة لا يمكن مواجهته بالسقوط لأن الإشعار الذي تم قبل نشر حكم فتح المسطرة عديم الأثر.

الفقرة الثالثة: التعامل بمرونة مع شروط دعوى رفع السقوط

في مقابل التوجه الغالب للاجتهاد القضائي المغربي الذي يتعامل بشدة مع مفهوم السبب غير العائد للدائن الذي يشترط المشرع توفره لرفع السقوط عن الدائن الذي لم يصرح بدينه أو صرح به خارج الأجل القانوني[788]، الذي سبق لنا بسط أمثلته وتجلياته، هناك توجه آخر وإن كان محدودا، يتعامل بنوع من المرونة مع مفهوم السبب غير العائد للدائن الذي يخوله رفع السقوط عن دينه.

[788]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 723 من م.ت. على ما يلي: " عند عدم التصريح داخل الآجال المحددة في المادة 720 أعلاه، لا يقبل الدائنون في التوزيعات والمبالغ التي لم توزع إلا إذا رفع القاضي المنتدب عنهم هذا السقوط عندما يثبتون أن سبب عدم التصريح لا يعود إليهم. و في هذه الحالة، لا يمكنهم المشاركة إلا في تقسيم التوزيعات الموالية لتاريخ طلبهم".

وتجسيدا لهذا التوجه، ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في العديد من قراراتها إلى رفع حالة السقوط عن الدائن، ومن ذلك قرارها رقم 5596 الصادر بتاريخ 2007/11/30 الذي جاء فيه:" وحيث لما كانت إجراءات الإشهار المنصوص عليها في المادة 569 من م.ت.، عبارة عن عمليات مرتبطة لا يغني إنجاز بعضها عن القيام بالأخرى، كإغفال أحدها أو الاقتصار على النشر بالجريدة الرسمية دون إتباع باقي وسائل الإشهار الأخرى، كما هو الحال في النازلة، فإن التقاعس عن القيام بها أو الإخلال بها، كالنشر الذي تم في الجريدة الرسمية بعد فوات الأجل المنصوص عليه قانونا، يعتبر سببا يحق معه للدائن غير الحامل لضمانة أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما أن يتذرع به لنفي العلم بفتح المسطرة في حق المدين لأن العلم الكافي يكون بسلوك كافة عمليات الإشهار التي نصت عليها المادة 569 من م.ت. (المادة 584 حاليا) وهو ما يجعل عدم تصريح الطاعن بدينه يعزى لسبب خارج عن إرادته باعتباره سببا لا يعود إليه"[789].

وكذلك قرارها الصادر بتاريخ 2003/03/14 الذي جاء فيه: " حيث إن المشرع لم يجعل أبدا في مساطر معالجة صعوبات المقاولة وسيلة للتهرب من أداء الديون أو رهانا ومطية لسقوطها.

وحيث إنه كلما كان المدين سيء النية بهذا الخصوص، كلما نهض ذلك سببا لرفع السقوط عن الدائن الذي لا يقوم بالتصريح بدينه داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 687 من م.ت."[790].

وفي نظرنا، يبقى هذا التوجه الذي يتعامل بمرونة مع السبب غير العائد للدائن الموجب لرفع السقوط عن الدين، جديرا بالتأييد، وخاصة أمام قساوة الجزاء المترتب عن عدم التصريح بالدين

[789]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 5596، صادر بتاريخ 2007/11/30، في الملف عدد 11/07/1165، غير منشور.

[790]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 2003/03/14، في الملف عدد 11/2003/180، غير منشور، أورده إدريس ابن شقرون، بعض إشكاليات مسطرة التسوية القضائية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ع. 2، 2011، ص.208.

داخل الأجل القانوني، والمتمثل في سقوط الدين، بل وانقضائه[791] في حالة عدم قيام الدائن بإقامة دعوى رفع السقوط وفي حالة رفض طلبه عند رفعه لهذه الدعوى، ولذلك ندعو للتوسع في قبول حالات رفع السقوط، وذلك حتى لا تصبح مسطرة التسوية القضائية وسيلة للحفاظ على المقاولة عن طريق هضم أموال دائنيها.

الفقرة الرابعة: تفعيل مقتضيات دعوى الصورية حماية للدائن

تعتبر دعوى الصورية[792] من الوسائل المهمة التي خولها المشرع المغربي للدائنين للحفاظ على حقهم في استيفاء ديونهم[793]، ذلك أن المشرع وإن لم ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لافقار الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه، فإنه لما نص على أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما لدائنيه[794]، فإنه فتح المجال بطريقة غير مباشرة أمام هؤلاء الدائنين لطلب إبطال هذه التصرفات إن أثبتوا صوريتها سواء في مواجهة المدين الأصلي أو في مواجهة الكفيل[795]، وطرق الاثبات تختلف طبعا في هذه الحالة بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام عما هي عليه بالنسبة للغير[796]، لتبقى الكلمة الفصل للمحكمة بحسب سلطتها التقديرية للقول بصورية التصرف وتقرير بطلانه أو القول بعدم صوريته ليبقى تصرفا صحيحا منتجا لآثاره.

---

[791]- نؤكد مرة أخرى هنا بأن المشرع الفرنسي لم يعد يرتب جزاء انقضاء الدين في مواجهة الديون التي لم يصرح بها، ولم تكن موضوع دعوى رامية إلى رفع السقوط، وذلك بموجب قانون 26 يوليوز 2005.

- Alain LIENHARD, Op. Cit., P.215.

« La loi du 26 juillet 2005 a supprimé la sanction par l'extinction des créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteinte ».

[792]- يعرف الأستاذ مأمون الكزبري الصورية بأنها توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه، فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد يضمنانه ما أراداه ورضيا به، مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، م. س.، ص.294.

[793]- حيث ينص في الفصل 22 من ق.ل.ع. على أن: " الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل ".

- وفي نفس المعنى تنص المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

[794]- حيث ينص الفصل 1241 من ق.ل.ع. على أن: " أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية ".

[795]- أحمد المنصوري، م. س.، ص.193.

[796]- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، م. س.، ص.300.

وفي هذا الإطار، قضت مجموعة من القرارات القضائية ببطلان التصرف الصوري منها قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 766 الصادر بتاريخ 2002/07/02[797] الذي قضى ببطلان التصرف الصوري للمدين حماية للدائن، حيث جاء في هذا القرار: " إن إبرام التصرف بالبيع بمقتضى عقد عرفي بعد الشروع في مباشرة إجراءات التنفيذ على المدين يشكل قرينة قوية على أن هذا التصرف مجرد عقد صوري أنشئ لإظهار وضع وهمي بمظهر حقيقي، ومن شأن نفاذه أن يؤدي إلى إضعاف الذمة المالية للمدين ويؤثر سلبا على حقوق الدائن وبالتالي يجوز لهذا الأخير الادعاء ببطلانه لإبقاء المبيع في ذمة المدين والتنفيذ عليه لاستيفاء ديونه"[798].

كما أن المجلس الأعلى يقرر إبطال العقد لصوريته حماية للدائن في مواجهة الكفيل، وذلك من خلال قراره رقم 987 الصادر بتاريخ 2007/03/21 الذي جاء فيه: " إنه طبقا للفصل 1241 من ق.ل.ع. فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه لذلك يبقى من حق الدائن أن يتعرض على تصرف الكفيل في أمواله متى تبين له أن هذا التصرف صوري أي الهدف منه إضعاف الضمان حتى ولو لم يقم بإجراء أي حجز تحفظي على أموال المدين"[799].

وقد أكد المجلس الأعلى على نفس هذا التوجه الحمائي للدائن في مواجهة الكفيل من خلال تفعيل مقتضيات دعوى الصورية في قراره رقم 2289 الصادر بتاريخ 2011/05/17[800] الذي جاء فيه: " لما ثبت للمحكمة أن إبرام عقد الهبة كان بعد صدور الحكم عليه بالأداء شخصيا لفائدة الدائن، مما تظهر معه نيته في إبعاد الملك من ذمته المالية، فإن قضاءها ببطلان تبرعه بعلة أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه طبقا لمقتضيات الفصل

[797]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 766، صادر بتاريخ 2002/07/02، غير منشور، أورده، محمد بنموسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقدي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية: 2016-2017، ص.61.

[798]- للإطلاع أكثر حول حماية الأغيار من صورية التصرف التعاقدي راجع:
- محمد بنموسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقدي، م. س.، ص.58 إلى 69.

[799]- قرار رقم 987، صادر بتاريخ 2007/03/21، في الملف المدني عدد 2005/21، منشور، مجلة المعيار، ع. 39، ص.153.

[800]- قرار المجلس الأعلى رقم 2289، صادر بتاريخ 2011/05/17، في الملف المدني عدد 2010/1/1/57، منشور، مجلة قضاء محكمة النقض، ع. 74، ص.104.

1241 من ق.ل.ع. خاصة وأنه كفيل متضامن يبقى ملتزما بضمان جميع المبالغ التي ستصبح بذمة المدين الأصلي يكون مرتكزا على أساس قانوني"[801].

وبذلك، تبقى دعوى الصورية أحد أهم الوسائل التي يمكن للدائن اللجوء إليها لحفظ حقوقه في مواجهة كل من المدين والكفيل، كلما أثبت بأنهما يسعيان إلى تهريب أموالهم من خلال إبرام تصرفات صورية، بالشكل الذي يؤدي إلى إفقار ذمتهما المالية ومن ثم إلى إضعاف ضمانه العام.

الفرع الثاني: قوة وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية غير التبعية

في مقابل ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية، تتميز وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية غير التبعية في مسطرة التسوية القضائية بالثبات والقوة في مواجهة القواعد الاستثنائية لهذه المسطرة التي يستفيد منها المدين الأصلي، لأن طبيعة التزامات هذه الفئة من الضامنين الشخصيين تتسم بالاستقلالية عن الالتزام المضمون، بشكل يعطي لقاعدة عدم التمسك بالدفوع مجالا واسعا للتطبيق، ويخول الدائن إمكانية الرجوع على الضامن دون إمكانية تمسك هذا الأخير بالقواعد التي يستفيد منها المدين الأصلي في إطار مسطرة التسوية القضائية من قبيل وقف المتابعات الفردية، وانقضاء الدين غير المصرح به، والتخفيضات والآجال الممنوحة للمدين في إطار مخطط الاستمرارية.

وتجسيدا لقوة وضعية الدائنين المستفيدين من الضمانات الشخصية غير التبعية، الدائن المضمون دينه بضمان مستقل يمكنه مطالبة الضامن بأداء الدين طبقا لمقتضيات خطاب الضمان دون إمكانية تمسك هذا الأخير بالدفوع التي يستفيد منها المدين الأصلي الآمر، لأن الضامن المستقل يلتزم تجاه الدائن بصفة مستقلة بأداء مبلغ الضمان عند أول طلب ودون

[801]- في نفس السياق جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 638 الصادر بتاريخ 2004/05/26 في الملف عدد 2002/967 ما يلي: " إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما ألغت الحكم الابتدائي الذي أبطل عقد الهبة وقضت من جديد برفض الطلب معتبرة أن الهبة المذكورة تمت قبل وقوع مطالبة الدائن للكفيل بالدين وأن على البنك الطاعن إثبات أن المطلوب تصرف في عقاره إضرارا به في حين أن الفصل 1241 من ق.ل.ع. ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية ابتدائيا واستئنافيا يستشف منه أن إرادة الطاعن كانت تهدف إلى إبعاد الملك من ذمته المالية ليظهر بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية بصفته كفيلا للمدينة الأصلية تكون قد جعلت قرارها الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه ".، منشور، م.م.ق.أ.م.، ع. 7، ص.105 وما بعدها.

إمكانية التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية التي تربط الآمر بالمستفيد ولا بالدفوع المستمدة من عقد فتح الضمان الذي يربط الضامن بالآمر (المبحث الأول) والدائن المستفيد من التزام مدين متضامن في التضامن السلبي يمكنه الرجوع على هذا المدين المتضامن بالأداء دون إمكانية تمسك هذا الأخير بالدفوع الخاصة بالمدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية (المبحث الثاني) كما أن الدائن المستفيد من ضمان مصدر خطاب النوايا يمكنه الرجوع على هذا الضامن ومطالبته بالتعويض بمجرد إخلاله بالتزامه في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل المضمن في خطاب النوايا (المبحث الثالث).

المبحث الأول: فعالية الضمان المستقل في حماية الدائن

يقصد باستقلالية التزام الضامن تعهد هذا الأخير بالأداء للمستفيد عند أول طلب وبصفة مستقلة عن مآل ومصير العلاقات القانونية الأصلية، وبالرغم من الاعتراض الذي قد يصدر من الآمر[802]، ما لم يتعلق الأمر بوجود غش أو تعسف ظاهر من المستفيد، لأنه في هذه الحالة يمكن للضامن رفض التنفيذ[803] لأن استقلالية التزامه عن العلاقة الأصلية المنصوص عليها في خطاب الضمان والتي تؤدي لتطبيق القواعد المنظمة للضمانات المستقلة، لا تجعل من التزامه التزاما مجردا[804]، بل إنه يلتزم باعتبار الالتزام الأصلي[805]، ولذلك لا يمكن تصور وجود حق للمستفيد في المطالبة بأداء مبلغ الضمان في حالة وجود غش أو تعسف ظاهر، الذي يتجلى على سبيل المثال في حالة مطالبة المستفيد بالأداء بالرغم من تقرير بطلان الالتزام الأصلي أو فسخه بحكم قضائي أو تحكيمي[806].

---

[802]- محمد جنكل، م. س.، ص.83.

[803]- François T'KINT, Op. Cit., P.412.

[804]- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.78.

[805]- كما تؤكد على ذلك الفقرة الأولى من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

[806]- راجع في تأكيد هذا الحكم على مستوى القواعد الدولية المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة لخطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

- وراجع على مستوى الفقه:

- Jean Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.179.

وفي هذا الإطار، تعني الاستقلالية بأن الضامن يلتزم بمقتضى التزام جديد ومستقل بأداء مبلغ من المال للمستفيد عند الأجل المحدد في خطاب الضمان[807]، فهو لا يلتزم مثل الكفيل بأداء دين المدين المكفول وفي حدوده، مما يخول الإمكانية لهذا الأخير للتمسك بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، بل يلتزم بأداء المبلغ من المال المحدد في خطاب الضمان، الذي يمكن أن يكون أشد من التزام المدين الأصلي، بحيث يتجاوز التزام الضامن المستقل الالتزام الملقى على عاتق الآمر[808].

ويبقى من أهم ما يترتب على هذه الاستقلالية التي تميز التزام الضامن المستقل بشكل يجسد فعالية هذا الضمان في حماية الدائن مبدأ عدم جواز تمسك الضامن المستقل بالدفوع، سواء تلك المستمدة من العلاقة الأصلية التي تجمع بين الآمر والمستفيد أو تلك المستمدة من عقد فتح الضمان الذي يجمع بين الضامن والآمر (المطلب الأول) ويزيد في الرفع من هذه الحماية للدائن العناصر التي يتطلبها الاجتهاد القضائي المغربي ليضفي على عقد الضمان وصف الضمان المستقل (المطلب الثاني) دون أن نتفق مع هذا التكييف الذي يذهب إليه الاجتهاد القضائي المغربي في ضوء مضمون العقود التي يبت فيها، لأنه وكما سنبين لا تتوفر في هذه العقود العناصر المتطلبة لتكييف العقد بالضمان المستقل، التي نرى أن تكييفها بالكفالة عند أول طلب سيكون أصدق تعبيرا عن إرادة الأطراف من تكييف العقد بالضمان المستقل (المطلب الثالث)

المطلب الأول: تجسيد قاعدة عدم التمسك بالدفوع لفعالية الضمان المستقل

تعد قاعدة عدم التمسك بالدفوع من أهم الآثار المترتبة على استقلالية التزام الضامن، وتشكل أحد الخصائص المميزة لالتزام الضامن المستقل عن التزام الكفيل الذي يمكنه أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية أو متعلقة

807- Philippe SIMLER, Op. Cit., P.683.
808- Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.258.

بالدين[809]، وبالتالي مظهرا لفعالية الضمان المستقل[810] في حماية الدائن من القواعد الاستثنائية التي يستفيد منها المدين الأصلي في مسطرة التسوية القضائية.

وتجسيدا لهذه الفعالية، إذا استثنينا حالة الغش أو التعسف الظاهر من المستفيد، لا يمكن للضامن المستقل التمسك بادعاء المدين الأصلي بطلان العقد الأصلي أو فسخه لرفض أداء مبلغ الضمان، لأن التزامه بالأداء يظل قائما في مواجهة المستفيد في هذه الحالة، ما لم يثبت تقرير هذا البطلان حقيقة بحكم قضائي أو تحكيمي[811]، الشيء الذي يجعل المطالبة بالأداء في هذه الحالة تعسفية من طرف المستفيد يحق معها للضامن المستقل الامتناع عن الأداء[812].

وتطبيقا لقاعدة عدم التمسك بالدفوع كذلك، يمكن للدائن في ظل القانون المغربي الرجوع على الضامن المستقل سواء كان شخصا ذاتيا أو اعتباريا خلال فترة إعداد الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة، دون إمكانية تمسكه بقاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي خلال هذه المرحلة[813]، كما يمكن للدائن الرجوع على الضامن المستقل للمطالبة بأداء مبلغ الضمان بالرغم من عدم تصريحه بدينه الذي يؤدي لسقوط الدين وانقضائه بصفة نهائية في مواجهة المدين الأصلي ما لم يرفع عنه السقوط[814]، كما لا يؤثر في التزام الضامن المستقل مقرر رفض قبول الدين الصادر من القاضي المنتدب أو بقبوله الجزئي، ولا قاعدة وقف سريان الفوائد[815]، لأن الالتزام بصفة مستقلة ينشئ دينا جديدا مستقلا على عاتق الضامن، يجعله

---

[809]- محمد جنكل، م. س.، ص.143.

[810] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.157.

[811]- Cass. Com., 20 Décembre 1983, Cité par, Jean Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.179

[812]- خليل فكتور تادرس، م. س.، ص.455 و 461.

[813]- بخلاف المشرع الفرنسي الذي عطل مبدأ استقلالية التزام الضامن المستقل جزئيا بمنح الضامن المستقل الشخص الذاتي الحق في التمسك بمبدأ وقف المتابعات الفردية، من خلال المقاربة التي اعتمدها بالمماثلة بين وضعية كافة الضامنين الشخصيين في مساطر صعوبات المقاولة، حيث نجده ينص صراحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L 622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى - باستثناء الإجراءات التحفظية- ضد الأشخاص الذاتيين الذين منحوا تأمينات شخصية. كما نص بموجب المادة L 631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية.

[814] - Cass. Com. 30 Janvier 2001, R.T.D. Com., N° 3, Juillet-Septembre 2001, P.763.

« Qu'une garantie autonome n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre, le créancier bénéficiaire de la garantie ne déclare pas au passif sa créance ; qu'en conséquence, il peut assigner directement le garant ».

[815]- بخلاف الوضع في ظل التشريع الفرنسي حيث اعتمد المشرع الفرنسي مقاربة شاملة لوضعية كافة الضامنين الشخصيين إزاء قاعدة وقف سريان الفوائد، وميز بخصوص الاستفادة من هذه القاعدة بين مسطرة الإنقاذ ومسطرة التسوية القضائية، حيث نص في إطار مسطرة الإنقاذ بموجب المادة L.622-28 على أن الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد. في حين نص بمقتضى المادة L.631-

يلتزم بدفع مبلغ مالي معين يتحدد مقداره بصرف النظر عن مقدار المبلغ المضمون، وحتى لو قام الدائن بقبول التخفيض من الدين في مواجهة المدين الأصلي في إطار مقتضيات مخطط الاستمرارية[816].

كما لا يؤثر في التزام الضامن المستقل بالأداء، الآجال التي يمنحها الدائن للمدين الأصلي في إطار مقتضيات مخطط الاستمرارية، إذ يجب عليه أن يؤدي عند الأجل المحدد في خطاب الضمان تحت طائلة قيام مسؤوليته في مواجهة المستفيد[817]، كما لا يؤثر في أجل التزامه سقوط الأجل في مواجهة المدين الأصلي، لأن التزامه التزام مستقل يحدد أجل استحقاقه خطاب الضمان ولا تأثير لسقوط أجل الالتزام الأصلي عليه.

اعتبارا لما سبق، يمكن القول بأن الدائن المضمون دينه بضمان مستقل يتمتع بحماية كاملة لاستيفاء دينه في إطار مسطرة التسوية القضائية، لأن التزام الضامن المستقل اتجاهه لا يتأثر بالقواعد الاستثنائية التي يستفيد منها المدين الأصلي تطبيقا لقاعدة عدم التمسك بالدفوع المترتبة على استقلالية هذا الالتزام، لذلك لم ولن نفاجئ بتوجه الدائنين نحو تضمين عقود الضمان بغض النظر عن التسمية المضمنة في العقد شرط الأداء عند أول طلب أو بمجرد طلب عادي، الذي يذهب أغلب الاجتهاد القضائي المغربي إلى اعتباره قرينة كافية لتكييف العقد بالضمان المستقل.

14في إطار مسطرة التسوية القضائية على أن الأشخاص الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، لا يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد.

816- في هذا الاطار كذلك نجد أن المشرع الفرنسي عطل جزئيا مبدأ استقلال التزام الضامن حيث نص في إطار مسطرة الإنقاذ بمقتضى المادة L.626-11 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه باستثناء الأشخاص الاعتباريين، الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الإنقاذ، أي بمعنى آخر الاستفادة من الآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الإنقاذ، وفي المقابل قضى المشرع الفرنسي بحل مختلف بخصوص مسطرة التسوية القضائية، حيث نص بموجب المادة L.631-20 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه استثناء من مقتضيات المادة L.626-11 الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان لا يمكنهم الاستفادة من مقتضيات المخطط.

817- محمد جنكل، م. س.، ص.142.

المطلب الثاني: انتصار الاجتهاد القضائي المغربي لجانب حماية الدائن في تكييف عقود الضمان

مما لا شك فيه، أن من بين أهم الإشكالات التي تطرح في الواقع العملي، مسألة تكييف عقود الضمان من طرف القضاء، ومن ثم تحديد طبيعة التزام الضامن، وخاصة في الحالات التي تتضمن فيها الالتزامات التعاقدية عبارات مبهمة وغامضة لا تستقيم وجوهر العقد المبرم بين الدائن والضامن أو مع تسميته، الشيء الذي يقتضي إعمال عنصر التكييف والبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين وتوجه إرادتهما دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ أو تركيب الجمل التي استعملها الأطراف في العقد[818].

وفي هذا الإطار، الواقع العملي غالبا ما يضعنا أمام عقود تحمل تسمية كفالة بنكية أو كفالة شخصية تضامنية، وفي متنها يلتزم الضامن بالأداء عند أول طلب أو بمجرد طلب عادي، مما يطرح التساؤل: هل ورود شرط الأداء عند أول طلب كاف لاعتبار العقد بأنه ضمان مستقل؟

جوابا عن هذا التساؤل، ذهب جانب من الفقه المغربي[819] إلى القول بأن شرط الأداء عند أول طلب وإن كان يشكل في حد ذاته مؤشرا قويا على أننا بصدد ضمانة مستقلة، فإنه لا يكون مع ذلك وحده كافيا للتعبير عن حقيقة اتجاه إرادة الأطراف، فقد يرد هذا الشرط في العديد من الحالات مصحوبا بشروط أخرى تفيد عكس ما يقصد عادة من عبارة " لدى أول طلب " حيث يجد القاضي نفسه أمام فرضيتين: إما أن إرادة الأطراف اتجهت فعلا إلى إبرام عقد كفالة بمفهومها التبعي، مما يفرض استبعاد كل التعابير الأخرى المتعارضة مع هذا المفهوم واعتبارها كأن لم تكن، وإما أن محتوى ومضمون الالتزام يسمح بالتأكيد على استقلالية التزام

---

[818]- وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 462 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " يكون التأويل في الحالات الآتية :

1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
2 - إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.
2 - إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود.

وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل ".

[819]- محمد الأطرش، م. س.، ص.169 و 170.

الضامن، بالرغم من ورود بعض التعابير المخالفة " كفيل وكفالة تضامنية " في العقد. وأمام هاتين الفرضيتين يتعين على القاضي إعمال حكمه معتمدا في ذلك على سلطته التقديرية وعلى القاعدة الفقهية التي تقول بأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

بالرجوع للاجتهاد القضائي المغربي نجد قرارا وحيدا – بحسب علمنا– للمجلس الأعلى يحمل رقم 1260 صادر بتاريخ 2009/09/02 أخذ بالفرضية الأولى واستبعد عبارة الأداء عن أول طلب، كما استبعد شرط أداء الدين حتى ولو أصبحت المدينة الأصلية في حالة تسوية أو تصفية قضائية، واعتبر العقد عقد كفالة، ونقض بالتالي قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2008/04/08 الذي كيف العقد بأنه ضمان مستقل، وقد جاء في تعليل هذا القرار ما يلي: " حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ألغت الحكم الابتدائي القاضي برفض طلب الأداء في مواجهة الكفيل (الطالب) لانقضاء الدين في مواجهته بسبب عدم التصريح لدى السنديك، معللة ما انتهت إليه بما مضمنه أن المستأنف عليه (الطالب) التزم بمقتضى عقد الكفالة المقرر بتاريخ 98/10/26 بأداء الدين عند أول طلب، مما يجعل التزامه مستقلا عن التزام المدينة الأصلية، كما أنه التزم من جهة أخرى بأن يقوم بأداء الدين حتى ولو أصبحت المدينة في حالة تسوية أو تصفية قضائية، مما يعني تنازله المسبق عن الدفوع المرتبطة بالمساطر الجماعية، في حين التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول وجودا وعدما، وما تم التنصيص عليه ضمن عقد الكفالة من التزام الكفيل بالأداء عند أول طلب وحتى ولو أصبحت المدعية في حالة تسوية أو تصفية قضائية لا يلغي مقتضيات الفصل 1150 من ق.ل.ع. الناصة على أنه ' كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه، يترتب عليها انتهاء الكفالة ' ولا يحول دون تطبيق مقتضيات المادة 690 من مدونة التجارة المتضمنة لقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف ما بها من أحكام والناصة على سقوط الديون التي لم يصرح بها داخل الآجال المحددة في المادة 687 من نفس المدونة، والمحكمة التي لم تراع المقتضيات المذكورة واعتبرت التزام الكفيل مستقلا عن التزام المدينة الأصلية بالرغم من أن

الوثيقة موضوع النزاع تعد كفالة تضامنية وليست ضمانة مستقلة، تكون قد خرقت المقتضيات المحتج بخرقها وعرضت قرارها للنقض"[820].

في مقابل هذا التوجه، هناك موقف آخر يأخذ بالفرضية الثانية ويعتبر شرط الأداء عند أول طلب قرينة قوية على أن الالتزام هو التزام مستقل وليس كفالة، بالرغم من أن العقد يحمل تسمية كفالة تضامنية، ويلتزم فيه الضامن بالأداء في حدود المبلغ المكفول، حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 4170 الصادر بتاريخ 1996/12/26[821] ما يلي: " وحيث إن الثابت من مطالعة السندات المدلى بها أنها تشكل خطابات ضمان، تفيد أن التزام البنك (المستأنف) النهائي، غير قابل للرجوع فيه، بدفع مبالغ نقدية لفائدة المستأنف عليها، بمجرد طلب عادي يصل إليه منها، وذلك من أجل ضمان شركة اكريكون، تجاه التعاونية المغربية الفلاحية بخصوص تشييد خزائن الحبوب.

وحيث إن إدراج عبارة ' بمجرد طلب عادي ' في جميع خطابات الضمان المدلى بها، يفيد أن التزام البنك لا يشكل كفالة، ولكن ضمانة مستقلة، لأن التزام البنك في خطاب الضمان يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي، ولا يخضع سوى لمقتضيات وشروط خطاب الضمان، الأمر الذي يمنع على البنك (المستأنف) التمسك بالدفوع التي يمكن لشركة اكريكون الدفع بها تجاه المستأنف عليها.

حيث إن عبارة كفالة تضامنية الواردة في خطابات الضمان موضوع النزاع، لا تفيد أن التزام البنك مرتبط وتابع لالتزام المدين الأصلي (شركة اكريكون) لأن شرط الدفع بمجرد طلب عادي يقطع الصلة بين التزام كل منهما، ويجعل التزام البنك مستقلا عن التزام المدين، فلا تقوم بالتالي التبعية التي تميز التزام الكفيل في الكفالة العادية ولذلك فإن الشرط السابق الذكر، يعتبر عنصرا أساسيا وكافيا للقول بأننا بصدد ضمانة مستقلة (انظر كتاب خطابات الضمان المصرفية للدكتور علي جمال الدين عوض).

---

[820]- قرار رقم 1260، صادر بتاريخ 2009/09/02، في الملف التجاري عدد 2001/01/03/1294، منشورفي كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص.91 وما بعدها.

[821]- قرار رقم 4170، صادر بتاريخ 1996/12/26، في الملف عدد 96/383، منشور، م. م. م.، ع. 78-79، 1997، ص.113.

لذلك فلا مجال للمستأنفة للتمسك بكونها مجرد كفيل، وللاحتجاج بأية دفوع مستمدة من العقد الأصلي الرابط بين شركة اكريكون والمستأنف عليها، لأن شرط الدفع بمجرد طلب عادي الوارد في خطابات الضمان كما سبق الذكر، هو في حد ذاته قرينة قوية على أن التزام البنك بالوفاء هو التزام مستقل وتلقائي، ولا يعتبر من قبيل التزام الكفيل، الذي يرتبط وجوده وعدمه بالعقد الأصلي (انظر كتاب الضمانات المستقلة في عقود التجارة الدولية لمؤلفه محمد الأطرش) "[822].

وهو التوجه الذي أكده المجلس الأعلى في قراره رقم 231 الصادر بتاريخ 2001/01/31 [823] الذي جاء فيه: " لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف التي كانت معروضة أمام قضاة الموضوع ومن القرار المطعون فيه أن الدعوى قدمت على أساس أن الأمر يتعلق بخطاب الضمان لا بعقد الكفالة إذ ورد في الوثيقة أن البنك الدائن يلتزم بالأداء عند أول طلب وفي حدود المبلغ المكفول وبدون موافقة مسبقة وبدون أن تدلي المدعية الشركة العامة العقارية بما يؤيد طلبها، ومؤدى ذلك أن الأمر يتعلق بخطاب الضمان لا بعقد الكفالة الذي يجعل الكفيل مدينا أصليا بدين مستقل عن أية علاقة أخرى بحيث لا يجوز له الامتناع عن الأداء لأي سبب كان سواء يرجع لعلاقة المدين الأصلي بالدائن المستفيد، أو لعلاقة هذا الأخير بالبنك الكفيل، ولهذا فإن خطاب الضمان يعد من الضمانات البنكية المستقلة التي توفر للمستفيد ضمان السيولة عند أول طلب وضمان عدم الاعتراض على الأداء لأي سبب كان، وأن محكمة الاستئناف لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بالأداء بناء على أسباب أخرى تكون من جهة قد استبعدت ضمنيا أسباب الحكم الابتدائي المذكور، كما تكون من جهة أخرى استعملت سلطتها كدرجة ثانية للتقاضي في تكييف العقود تكييفا مختلفا عن التكييف الذي كان قاضي الدرجة الأولى قد أضفاه على تلك العقود، وأنها بذلك لم تخرق النصوص المستدل بها بشأن الكفالة ولم تقع في أي تناقض، كما أنها فيما يخص التكييف الذي اعتمدته قد اعتبرت

---

[822]- يتبين من هذا القرار أن المحكمة اعتمدت على شرط الأداء عند أول طلب لتكييف العقد بالضمان المستقل وجعلت منه شرطا يقطع الصلة بين التزام الضامن والالتزام المضمون ورتبت على ذلك كون التزام البنك التزام مستقل، دون أن تعطي أية أهمية لموضوع التزام الضامن وحدوده ودون أن تبحث حقيقة عن إرادة الأطراف.

[823] - قرار رقم 31، صادر بتاريخ 2001/01/31، في الملف التجاري عدد 99/369، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي ، ع. 59-60، دجنبر 2004، ص.155.

عن صواب الألفاظ المطبوعة خصيصا داخل الوثيقة المختومة بخاتم وتوقيع البنك الطاعن التي تتضمن التزامه بالأداء عند أول طلب وبدون اعتراض لأي سبب – وهما الشرطان الأساسيان لقيام خطاب الضمان– مما لم يكن معه أي جدوى للالتفات لعبارة (تصريح بكفالة) التي طبعت مسبقا بها الوثيقة، وأن المحكمة بذلك طبقت نص الفصل 466 من ق.ل.ع تطبيقا سليما حين أعطت للوثيقة معناها الحقيقي حسب اصطلاح الألفاظ المستعملة فيها، ومدلولها المعتاد ملزمة البنك الطاعن بأداء ما التزم به طبقا للفصل 230 من ق.ل.ع الذي يعتبر العقد شريعة المتعاقدين وكذا الفصل 231 من نفس القانون الذي يقرر أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية ويلتزم المتعهد بأداء ما عليه طبقا للعرف على اعتبار أن هذه الضمانات البنكية المستقلة نشأت عن الأعراف البنكية مما تكون معه جميع الوسائل غير مرتكزة على أساس".

وهو نفس التوجه الذي أكده المجلس الأعلى في قراره رقم 1076 الصادر بتاريخ 2011/09/08 الذي جاء فيه: " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللته بما مضمونه ' أنه تبين لها أن الالتزام المستدل به يتعلق بخطاب الضمان لا بعقد الكفالة، إذ ورد فيه أن البنك يلزم بالأداء عند أول طلب في حدود المبلغ المكفول، ودون موافقة مسبقة، وبدون أن تدلي الشركة العامة العقارية بما يؤيد طلبها... وعليه فإن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة البنكية، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بخطاب ضمان '، فتكون قد قدرت الوثيقة المعتمدة بحقيقة ما هو مضمن فيها ما دامت عباراتها القائلة بإلزام البنك بالأداء عند أول طلب، هي التي تؤكد أنها ضمانة أول طلب وليس كفالة تضامنية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى وجاء معللا بشكل سليم ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس"[824].

يتبين من القرارات المذكورة، أن الاتجاه الغالب في القضاء المغربي ينتصر للدائن في تكييف عقود الضمان موضوع النوازل أعلاه بأنها ضمانات مستقلة، بالرغم من تسمية العقد من قبل الأطراف بكفالة تضامنية، وبالرغم من أن الضامن يلتزم بالأداء في حدود الالتزام المكفول كما يتبين من تعليل القرارات أعلاه نفسها، في حين أن القرار الأول انتصر للجانب المدين أي الضامن واستبعد شرط الأداء عند أول طلب واعتبر العقد عقد كفالة بمفهومه التبعي.

[824]- قرار رقم 1076، صادر بتاريخ 2011/09/08، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/141، غير منشور.

في نظرنا، يبقى التكييف الذي اعتمدته القرارات أعلاه، سواء تلك التي انتصرت للجانب المدين واعتبرت العقد عقد كفالة أو تلك الذي انتصرت لجانب الدائن واعتبرت العقد ضمان مستقل، مجانب للصواب، لأنه لا يعبر حقيقة عن إرادة الأطراف ولا يحترم حريتهم التعاقدية، لأن القضاة حصروا سلطتهم التقديرية في فرضيتين إما اعتبار العقد عقد كفالة واستبعاد شرط الأداء عند أول طلب، أو اعتبار العقد ضمانة مستقلة بناء على قرينة ورود شرط الأداء عند أول طلب في العقد، بالرغم من اتجاه إرادة الأطراف إلى تسمية العقد بكفالة والتزام الضامن بالأداء في حدود الالتزام المكفول.

الحقيقة الأولى التي يجب الانتصار لها في نظرنا، هي أن العقد في القرار الأول ليس بكفالة لأن الضامن التزم بأداء الالتزام المكفول عند أول طلب وبأداء الدين حتى ولو أصبحت المدينة الأصلية في حالة تسوية أو تصفية قضائية، في حين أن وصف العقد بكفالة يقتضي تبعية التزام الضامن للالتزام المكفول، وإمكانية تمسك الكفيل بكافة الدفوع، وانقضاء التزامه بنفس أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، وعدم إمكانية كون التزام الكفيل أشد من التزام المدين المضمون، لذلك نرى واحتراما للحرية التعاقدية للأطراف بأن التكييف السليم للعقد في نازلة القرار الأول هو عقد كفالة عند أول طلب، لأن الضامن اختار أداء التزام المدين المكفول عند أول طلب ودون إمكانية التمسك بالدفوع، وبالتالي كان يجب احترام الحرية التعاقدية للأطراف وليس استبعادها واعتبار العقد عقد كفالة.

والحقيقة الثانية التي يجب الانتصار لها في نظرنا، هي أن العقد في نوازل القرارات الثلاثة الأخرى ليس بضمان مستقل، لأنه لا تتوفر فيه عناصر التكييف الكافية التي تجعل من هذا الالتزام ضمان مستقل، فشرط الأداء عند أول طلب ليس كافيا لوحده لاعتبار العقد ضمان مستقل، لأن الاستقلالية تعني أن الضامن يلتزم بالتزام جديد موضوعه مستقل عن الالتزام المضمون، يتمثل في التزامه بأداء مبلغ من المال عند أول طلب أو طبقا للطرق المتفق عليها[825]، بمعنى أن موضوع التزامه ليس أداء دين المدين الأصلي[826]، فهو يلتزم بالتزام جديد

[825]- وهذا ما تؤكده الفقرة الأولى من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي المنظمة للضمان المستقل التي جاء فيها:

ومستقل[827]، أي بأداء الدين المحدد في خطاب الضمان ولا يحل محل المدين الأصلي في الأداء[828]، في حين وكما يتبين من حيثيات القرارات الثلاث الأخيرة أن الضامن التزم بالأداء عند أول طلب في حدود الالتزام المكفول، أي التزم بأداء دين المدين المضمون، مما ينفي صفة الاستقلالية عن هذا الالتزام، ويجعله في نظرنا عقد كفالة عند أول طلب وليس ضمان مستقل، احتراما للحرية التعاقدية ولإرادة الأطراف.

وبذلك، يجب الاعتراف بوجود ضمان شخصي يجمع بين خصائص عقد الكفالة و خصائص عقد الضمان المستقل هو عقد الكفالة عند أول طلب، الذي سننتقل لإبراز أسسه وخصائصه ومزاياه.

المطلب الثالث: الكفالة عند أول طلب كضمانة شخصية

قد يبدو مفاجئا للوهلة الأولى قولنا بوجوب الاعتراف بوجود صنف جديد من الضمانات الشخصية يتوسط الكفالة حيث تشتد درجة التبعية، والضمان المستقل حيث تسيطر الاستقلالية، يعرف بالكفالة عند أول طلب، خاصة وأن الاعتراف بهذا الصنف الجديد من الضمانات الشخصية قد جوبه بالرفض من طرف أغلب الفقه الفرنسي[829]، الذي رأى جانب منه بأن شرط الأداء عند أول طلب يمس الكفالة في جوهرها وبالتالي يجب أن ينظر إليه في فرضيتين، إما القول بأن هذا الشرط بدون فعالية إذا اتضح أن الأطراف اعتزموا التعاقد بشأن كفالة، حيث لا يمكن أن نرغب في الشيء ونقيضه، أو أن هذا الشرط يفصح عن حقيقة هي

« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

[826]- وفي الإطار أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/12/13 أن الالتزام بالأداء عند أول طلب الذي يكون موضوعه دين المدين الأصلي ليس التزاما مستقلا.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il était stipulé que Mme X garantissait à la banque le remboursement de sa créance envers M. Y et qu'elle s'engageait à régler toutes les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus, ce dont il résultait qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Cass. Com. 13 Décembre 1994, Bull. Civ., IV, N° 375, 1994, P.309., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 05/03/2019.

[827]- Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.258., Gaël PIETTE, Op. Cit., P.72.

[828] - Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, Op. Cit., P.699.

[829] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.29., Nicolas BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Op. Cit., P.517 et 518.

أن الأمر لا يتعلق بكفالة بل بضمانة مستقلة التي ليس موضوعها الالتزام الأصلي[830]. وذهب جانب آخر بأن الكفالة عند أول طلب تقترب من الأطروحة التي تقول بأن الضمان المستقل هو امتياز مسطري محض يمنح للدائن مقارنة مع الكفالة[831].

كما أن الاجتهادات القضائية الفرنسية لم تعترف بصحة الكفالة عند أول طلب[832]، حيث حصرت هي كذلك – كما في الاجتهادات المغربية المذكورة أعلاه – نطاق تكييفها لعقود الضمان في فرضيتين إما باستبعاد شرط الأداء عند أول طلب واعتبار العقد عقد كفالة بمفهومه التبعي، أو تفعيل هذا الشرط واعتبار العقد ضمان مستقل، مع فارق جوهري يتمثل في دقة الاجتهادات القضائية الفرنسية في تكييف العقد بالضمان المستقل، حيث اعتبرت بأنه كلما كان التزام الضامن موضوعه التزام المدين الأصلي فهو تبعي وبالتالي الأمر يتعلق بكفالة[833]، أما عندما يكون التزام الضامن محدد بشكل مستقل ومرفق بشرط الأداء عند أول طلب وعدم إمكانية التمسك بالدفوع، فالأمر يتعلق في هذه الحالة بضمان مستقل[834].

في نظرنا، نرى أن الاتجاه الرافض للاعتراف بالكفالة عند أول طلب يتنكر للواقع العملي الذي يفرض ظهور أصناف جديدة من الضمانات متى كانت قادرة على التلاؤم مع حاجات أطراف العلاقة التعاقدية، ويستبعد الحرية التعاقدية التي تبيح للأطراف اختيار النظام القانوني الذي يلائم مصلحتهم، وقد تكون مصلحتهم في إبرام الكفالة عند أول طلب، وينم هذا الرفض كذلك عن عدم الإلمام بمزايا هذه المؤسسة وبمعالم نظامها القانوني، ويذكرنا بعرف الرفض الذي تواجه به أية مؤسسة قانونية جديدة، كما حصل فعلا في سنوات السبعينات والثمانينات من القرن الماضي بخصوص الاعتراف بوجود الضمان المستقل الذي أفرزته العلاقات التجارية الدولية

830- Laurent AYNES, Op. Cit., P.25.

831 - Nicolas BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Op. Cit., P.81.

832- Charles MOUMOUNI, Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande », R.J.T., N° 3, 1997, P.795.

833 - Cas. Com. 11 Mars 1997, Bull. Civ., IV, N° 67, 1997, P.60., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/03/2019., Cass. Com. 13 Décembre 1994, Bull. Civ., IV, N° 375, 1994, P.309., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 05/03/2019.

834 - Cass. Com. 18 Mai 1999, Bull. Civ., IV, N° 102, 1999, P.83. Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 09/03/2019.

وعرف طريقه للعلاقات الداخلية[835]، والذي لم تعترف بوجوده محكمة النقض الفرنسية إلا سنة 1982[836]، وكما حصل كذلك مع الاعتراف بخطاب النوايا كضمان شخصي[837].

انطلاقا مما سبق، وفي ضوء فهمنا لعقد الكفالة كما هو منظم في ق.ل.ع. الذي تعتبر خاصية التبعية من جوهره، بحيث أن الالتزام الذي لا يكون تبعيا لا يجوز وصفه بالكفالة، إلى الحد الذي ذهب معه جانب من الفقه الفرنسي في إطار تأكيده على أهمية التبعية في الكفالة إلى تشبيهها بالثمن في عقد البيع، إذ إن غياب الثمن يحول دون وصف العقد بالبيع[838]، وبذلك فالتبعية أساسية في الكفالة إذ هي من ماهيتها بحيث يستحيل إقصاء هذه الخاصية دون أن يترتب على ذلك تغيير في طبيعة العقد وصنع لضمان شخصي آخر ليس بكفالة.

وفي ضوء فهمنا كذلك لعقد الضمان المستقل، كما تنظمه القواعد الدولية[839] واستقر على تحديد عناصر تكييفه الفقه والقضاء الفرنسيان كما بينا أعلاه[840]، ونظمه المشرع الفرنسي في المادة 2321 من القانون المدني[841]، الذي يلتزم في إطاره الضامن بصفة مستقلة بأداء مبلغ

---

[835]- نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، م. س.، ص.129.

[836] - Jean Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.156.

- وذلك من خلال القرارين المبدئيين الصادرين بتاريخ 20 دجنبر 1982، منشورين في كتاب:

- Henri CAPITANT, François Terré, Yves LEQUETTE, Op. Cit., P.608-611.

[837]- Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1047–1052.

[838]- - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.28.

[839]- حيث تؤكد المادة 5 من قواعد غرفة التجارة الدولية (RUGD 758) لسنة 2010 المنضمة للضمانات عند الطلب، على استقلالية الضمان، حيث تنص في هذا الإطار على أن الضمانة من طبيعتها مستقلة عن العلاقات الأصلية، والضامن ليس معنيا بأي وجه أو ملتزم بناء على هذه العلاقات، وكل إحالة على العلاقة الأصلية والواردة في الضمانة لا تمس بطبيعتها المستقلة، والضامن الملتزم بناء على هذه الضمانة لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع المستمدة من علاقة أخرى من غير علاقة الضامن بالمستفيد.

« Une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations. Toute référence à la relation sous-jacente qui est faite dans la garantie en vue de l'identifier n'affecte pas la nature indépendante de la garantie. Le garant tenu de payer en vertu de la garantie ne peut opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire ».

- انظر في نفس السياق في التأكيد على استقلالية الضمان المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

[840]- للإطلاع على آراء الفقه ومواقف القضاء مجتمعة بخصوص تكييف عقد الضمان المستقل راجع:

- Nicolas BORGA, La qualification de garantie autonome, Op. Cit., P.27-31.

[841]- حيث تنص هذه المادة على ما يلي:

« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

معين من المال، بمعنى أن موضوع التزامه ليس أداء دين المدين الأصلي، بل يلتزم بالتزام جديد ومستقل.

نؤكد على وجوب الاعتراف بوجود صنف جديد من الضمانات الشخصية يعرف بالكفالة عند أول طلب للأسباب التالية:

– **احترام الحرية التعاقدية للأطراف**[842]: نرى بأن احترام الحرية التعاقدية للأطراف يقتضي البحث عن إرادتهم الحقيقية قصد إعطاء العقد التكييف القانوني الملائم، وفي الحالة التي يلتزم فيها الضامن بأداء الالتزام المضمون وفي حدوده عند أول طلب، يجب أن نكيف هذا الالتزام بكونه عقد كفالة عند أول طلب، لا أن نستبعد هذا الشرط ونعتبر العقد عقد كفالة بمفهومه التبعي، أو نجعل من هذا الشرط قرينة كافية لتكييف العقد بأنه ضمان مستقل.

– **حضور الكفالة عند أول طلب في ظل المقتضيات القانونية:** حيث بالرجوع للنصوص القانونية، نجد بأن هناك ضمانات شخصية تشترطها الادارة تحمل تسمية كفالة بموجب القانون في حين أنها لا تعترف بمبدأ التبعية وتتضمن شرط الأداء عند أول طلب، وفي هذا الإطار تدخل الكفالة الشخصية والتضامنية المتطلبة في مجال الصفقات العمومية، حيث يشترط المشرع على المتنافسين في إطار إثبات الكفاءات والمؤهلات من خلال المادة 25 من مرسوم الصفقات العمومية[843] أن يضم ملفهم الإداري " أصل وصل الضمان المؤقت أو شهادة الكفالة الشخصية والتضامنية التي تقوم مقامه، عند الاقتضاء "، كما تنص المادة 157 من المرسوم ذاته في الحالة الذي يقدم فيها تجمع المنافسين عرض وحيد على أنه: " يجب أن يبين وصل الضمان المؤقت والنهائي أو شهادة الكفالة الشخصية والتضامنية التي تقوم مقامه أنه تم تسليمهما في إطار تجمع، وأنه في حالة تقصير أي عضو يبقى مبلغ الضمان المذكور كسبا لصاحب المشروع بصرف النظر عن العضو المقصر". نفس الحكم ينطبق على الكفالات

[842]- لأن احترام الحرية التعاقدية للأطراف هو الذي أدى للاعتراف بالضمان المستقل ومن ثم تنظيمه، راجع في تأكيد ذلك:
- Stéphane PIEDELIEVRE, Remarques sur les règles uniformes de la chambre de commerce internationale relative aux garanties sur demande, R.T.D. Com., N° 4, Octobre-Décembre 1993, P.615.

[843]- مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات العمومية كما تم تعديله وتتميمه.

الجمركية حيث إن البضائع الجاري عليها أحد الأنظمة الموقفة يجب أن تضمن بسند للإعفاء مقابل كفالة[844]، وكذلك على الكفالة البنكية التي يطلبها المحاسب المكلف بتحصيل الديون العمومية من الملزم الذي يريد الاستفادة من تسهيلات في الأداء تطبيقا لمقتضيات المادتين 117 و 118 من مدونة تحصيل الديون العمومية[845]، حيث أن هذه الكفالة البنكية يشترط فيها أن تتضمن شرط الأداء عند أول طلب.

وبذلك، فإن هذا النوع من الكفالات وكما يؤكد جانب من الفقه الفرنسي[846] المدافع على ضرورة الاعتراف بالكفالة عند أول طلب، تشكل دلائل على وجود هذا الصنف من الضمانات الشخصية رغم وصفها القانوني بكفالات شخصية وتضامنية فهي تحتوي على شروط تتعارض مع الطابع التبعي للكفالة، وعليه فوصفها القانوني الصحيح هو كفالة عند أول طلب.

هذه المؤشرات وتعارض مضمونها مع الطابع التبعي للكفالة، أشار إليها كذلك الفقه التونسي[847] الذي أورد مثالا بارزا تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 54 من أمر 17 دجنبر 2002 المنظم للصفقات العمومية في ظل التشريع التونسي التي جاء فيها ما يلي: " ويلتزم الكفيل بالتضامن مع صاحب الصفقة بأن يدفع عند أول طلب إلى المشتري العمومي المبالغ التي قد يكون صاحب الصفقة مدينا بها في حدود المبلغ الملتزم به ". وتضيف الفقرة الثانية من هذا الفصل " ويقع الدفع عند أول طلب كتابي يتقدم به المشتري العمومي دون أن يكون للكفيل بالتضامن إمكانية إثارة أي دفع مهما كان سببه ..".

وفي إطار تعليقه على هذا النص اعتبر جانب من الفقه التونسي[848] أنه وإن تضمن هذا الفصل عبارة الكفيل فقد وردت به أحكام تتنافر مع خاصية التبعية بالنسبة للكفالة، ذلك أن

---

[844]- انظر المادة 116-1 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة ، المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 9 أكتوبر 1977 كما وقع تغييرها وتتميمها على الخصوص بمقتضى القانون رقم 99.02 المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1-00-222 بتاريخ5 يونيو 2000.

[845]- الصادرة بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.00.175 الصادر بتاريخ 03 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 15/97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

[846] - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.338.

[847]- عماد مميش، م. س.، ص.173.، ليليا بوستة، م. س.، ص.382.

[848]- ليليا بوستة، م. س.، ص.382.

هذه الخاصية تقتضي وجود ارتباط وثيق بين الالتزام المضمون والتزام الضامن تكون من نتائجه إمكانية إثارة الضامن للدفوع المتعلقة بالالتزام المضمون، وعليه فطالما أوجب الفصل المشار إليه أعلاه على الضامن أن يدفع عند أول طلب، فهذا يعني أنه لا يمكنه التمسك بالدفوع التي تهم الالتزام المضمون وفي هذا تكريس لاستقلالية هذا الضمان بما يفهم منه أن ما تضمنه هذا النص هو في حقيقته ضمان لأول طلب وليس كفالة.

ونحن لا نتفق مع هذا التكييف بل نعتبر في ضوء مضمون النص أعلاه أن التكييف الصحيح هو الكفالة عند أول طلب لأن الضامن الكفيل كما هو واضح من النص يلتزم بالأداء عند أول طلب المبالغ التي يدين بها صاحب الصفقة وفي حدود المبلغ الملتزم به.

– اعتراف الفقه والقضاء المقارن بالكفالة عند أول طلب: تعتبر مواقف الفقه والقضاء في ألمانيا الأكثر اعترافا بالكفالة عند أول طلب وصلاحيتها وضرورة وجودها إلى جانب الكفالة والضمان المستقل كوسيلة ضمان تتبوأ مكانة وسط بين الكفالة والضمان المستقل، تخول للضامن الالتزام بأسلوب أكثر شدة من الكفيل وبحقوق تفوق تلك التي للضامن المستقل[849]، وفي هذا الإطار نجد أن من أولى القرارات التي أشارت بشكل غير مباشر لوجود الكفالة عند أول طلب قرار المحكمة الإقليمية العليا بشتوتكارت الصادر بتاريخ 1976/09/08 الذي أكدت فيه المحكمة بأن شرط الأداء عند أول طلب ليس قرينة كافية للقول بوجود عقد ضمان مستقل، وعلى عكس ذلك يمكن أن يوجد في اتفاقات أخرى، ولا سيما في إطار الكفالة[850]. وقد جاء بعده قرار المحكمة العليا الألمانية الصادر بتاريخ 1979/05/05 التي أكدت على أن شرط الأداء عند أول طلب لا يؤدي بالضرورة إلى القبول بكون الأمر يتعلق بضمان مستقل واعتبرت أن هذا الشرط لا يؤدي سوى للتنازل المؤقت عن وسائل الدفاع[851]، بما معناه بحسب شرح جانب من الفقه أن الكفالة لدى أول طلب تخضع لنظام قانوني مختلط فمن جهة أولى تخضع لنظام الضمان المستقل حتى يقوم الدائن بالوفاء، أما بعد الوفاء فتطبق المبادئ العامة

849 - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.339.
850 - Oberlandesgericht Stuttgart, 08 Septembre 1976, Cité par, Tuto ROSSI, La garanties bancaire à première demande, Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta, Ed., Lausanne, 1990, P.112.
851 - Bundesgerichtshof, 05 Mai 1979, Cité par, Tuto ROSSI, Op. Cit., P.113.

للكفالة، أي أن الضامن في الكفالة عند أول طلب يجب عليه أن يؤدي عند الطلب وحق المستفيد لا يصطدم إلا بالتعسف من جانبه، أما بعد الوفاء فيكون له نفس حقوق الكفيل حيث يمكنه ممارسة دعوى الرجوع على المستفيد إذا تبين أن هذا الأخير حصل على دين لم يكن من حقه أو لم يكن محل استحقاق [852].

وقد أكدت المحكمة العليا الألمانية اعترافها بوجود الكفالة عند أول طلب في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1983/11/24[853]، كما ذهبت في قراريها الصادرين بتاريخ 2002/04/18 و 2002/07/07 إلى رسم حدود لصحة الكفالة عند أول طلب، حيث اعتبرت أن الكفالة عند أول طلب المبرمة تطبيقا لالتزام مفروض من طرف الدائن، الذي تؤدي شروطه العامة إلى الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف من خلال إعطاء المستفيد ولوج سهل لغطاء مالي، من شأنه أن يؤدي إلى إمكانية تعسف هذا الدائن في تفعيل الضمان[854].

ويعتبر الفقيه الفرنسي Dominique Legeais من أبرز الداعين للاعتراف بالكفالة عند أول طلب في فرنسا، ويقول بأنه من غير الواقعي رفض الكفالة عند أول طلب مادام أنه تم الاعتراف بدون صعوبات كبيرة بالضمان المستقل باسم مبدأ سلطان الإرادة، ورغم أن تسمية الكفالة عند أول طلب تبقى محل جدال فإن هذا لا يكفي لإنكار وجودها، ويؤسس موقفه على المؤشرات التي ذكرناها أعلاه المنصوص على مثلها في ظل التشريع الفرنسي وعلى موقف القانون والفقه والقضاء الألماني[855].

– **تعدد مزايا الكفالة عند أول طلب وخصوصيتها:** من أبرز المزايا التي ستترتب على الاعتراف بالكفالة عند أول طلب هي أنها ستشكل وسيلة ضمان تضمن نوع من التوازن بين الحقوق الممنوحة للدائن والحقوق الممنوحة للضامن، بخلاف الكفالة بفهومها التبعي التي لم تعد تواكب الحماية المتطلبة للدائن مع تطور مجال المعاملات، وخاصة في ضوء السياسة التشريعية

[852]- خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.359 و 360.
[853]- Bundesgerichtshof, 24 Novembre 1983, Cité par, Tuto ROSSI, Op. Cit., P.113.
[854]- Bundesgerichtshof, 18 Avril et 07 Juillet 2002, Cité par, Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.340.
[855]- Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.340.

المعتمدة من المشرع المغربي في مساطر صعوبات المقاولة، وبخلاف الضمان المستقل الذي ترجح فيه بكيفية مفرطة مصلحة المستفيد نظرا لطبيعة هذا الالتزام المستقلة، مما يجعل وقعه شديدا على الضامن في المعاملات الداخلية، بحيث إن الدائن المستفيد من كفالة عند أول طلب سيتمكن في إطار مسطرة التسوية القضائية من الحصول على الأداء عند أول طلب مبرر ولن يحول دون هذا الحق إلا غشه أو تعسفه، وبعد الأداء سيتمتع الضامن في الكفالة عند أول طلب بحق الحلول محل الدائن بما يترتب عن هذا الحق من مسؤولية بالنسبة للدائن ومن حقوق في مواجهة المدين الأصلي، وكذلك بحق الرجوع في مواجهة الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق لاسترداد ما قبضه الدائن بدون حق، وبحق الرجوع بالدعوى الشخصية كذلك في مواجهة المدين الأصلي، بخلاف الضامن المستقل الذي لا يمكنه الاستفادة من حق الحلول القانوني وآثاره لأنه يلتزم بالتزام جديد ولا يحل محل المدين المضمون في الأداء.

كما أن تبني هذا الصنف من الضمان سيواكب الواقع العملي ويؤدي إلى احترام الحرية التعاقدية، ومن المفترض في القانون المغربي أن ينظم المعاملات التي ينتجها الواقع العملي، وبالتالي يجب أن يتطور لا أن يظل جامدا، أو أن ينتظر تقنين المشرع الفرنسي للكفالة عند أول طلب لكي ينسخ قواعده في ظل تشريعنا المغربي. وزيادة على ذلك من شأن الاعتراف بالكفالة عند أول طلب أن يؤدي إلى تجاوز التكييف الخاطئ للإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة التعاقدية الذي يتم في أغلب الاجتهادات القضائية نظرا لحصر القاضي سلطته التقديرية بين فرضيتين هي الكفالة والضمان المستقل، في حين أنه يجب على القضاء أن يأخذ المبادرة بالاعتراف بالكفالة عند أول طلب وأن لا يترك الفرصة تفوته كما في القرارات التي سبق لنا التعليق عليها.

حاصل القول، هو أنه يجب الاعتراف بوجود صنف جديد من الضمانات الشخصية يسمى عقد الكفالة عند أول طلب يمكن أن نعرفه بأنه: " كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص من الغير بأداء التزام المدين المضمون عند أول طلب مبرر من الدائن".

المبحث الثاني: فعالية التضامن بين المدينين في حماية الدائن

بالرغم من أن التزام المدين المتضامن ليس مستقلا بنفس درجة الاستقلالية التي يتميز بها التزام الضامن المستقل، حيث يضيق مجال قاعدة عدم التمسك بالدفوع في نظام التضامن بين المدينين مقارنة مع الضمان المستقل[856]، ليقتصر على عدم إمكانية تمسك المدين المتضامن بالدفوع الشخصية المحضة لباقي المدينين المتضامنين، كما يقضي بذلك الفصل 168 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه : " لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفوع الشخصية الخاصة به وبالدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا. ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه "[857].

فإن التضامن بين المدينين يبقى ذو فعالية في حماية الدائن في إطار مسطرة التسوية القضائية، حيث تجد قاعدة عدم إمكانية تمسك المدين المتضامن بالدفوع الشخصية المحضة لباقي المدينين المتضامنين مجالا واسعا للتطبيق، لأن جل الدفوع التي يستفيد منها المدين الأصلي الخاضع لمسطرة التسوية القضائية تدخل ضمن دائرة الدفوع الشخصية الخاصة بهذا المدين، ولا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك بها في مواجهة الدائن.

وتجسيدا لهذه الفعالية، فإن الدائن المستفيد من التزام مدين متضامن يحق له الرجوع على هذا المدين المتضامن دون إمكانية تمسك هذا الأخير بقاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي، لأن الدفع بوقف المتابعات الفردية دفع شخصي خاص بالمدين المفتوحة في مواجهته مسطرة التسوية القضائية لا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك به، ما دام أن المشرع المغربي لم يورد أي استثناء في هذا الإطار، بخلاف المشرع الفرنسي الذي خول للمدين المتضامن الشخص الذاتي حق الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية استثناء من القواعد الخاصة بالتضامن بين المدينين[858]، حيث نص صراحة في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب

---

[856]- Lotfi NAFTI, Op. Cit., P.327.

[857]- وهو المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 178 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية : " لكل من المدينين المتضامنين أن يعارض بالأوجه الخاصة بذاته كما يعارض بما هو مشترك بينهم وليس له أن يعارض بما هو خاص بذات بعضهم".

[858]- أي استثناء من مقتضيات المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي المنظمة لنظام التمسك بالدفوع بين المدينين التي تنص على ما يلي:

الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى –باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد المدينين المتضامنين الأشخاص الذاتيين [859]. كما نص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية، بمعنى أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى – باستثناء الإجراءات التحفظية– ضد المدينين المتضامنين الأشخاص الذاتيين[860].

كما أن المدين المستفيد من التزام مدين متضامن يحق له الرجوع على هذا الأخير بالرغم من عدم تصريحه بدينه، الشيء الذي يؤدي لسقوط هذا الدين وانقضائه بصفة نهائية ما لم يتم رفع السقوط في مواجهة المدين الأصلي، لأن المدين المتضامن يلتزم في مواجهة الدائن بصفة أصلية وشخصية تمنعه من التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، ومنها الدفع بسقوط وانقضاء الدين غير المصرح به[861]، حيث إنه في إطار قواعد التضامن بين المدينين إذا كان وفاء أحد المدينين بكل الدين للدائن يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين تجاه الدائن تطبيقا لفكرة وحدة الدين[862]، فإن أسباب الانقضاء الأخرى ومنها حالة انقضاء الدين

« Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette ».

[859]- تنص الفقرة الثانية من المادة L 622-28 على ما يلي:

« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

[860]- المشرع التونسي بدوره خول لرئيس المحكمة إمكانية الخروج عن القواعد العامة التي تحكم التضامن بين المدينين، وحرمان الدائن من حقه في متابعة المدين المتضامن مع المدين الخاضع للمسطرة المستفيد من قاعدة وقف المتابعات الفردية، حيث نص بموجب المادة 449 من مجلة التجارة التونسية على أنه : " ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن " .

[861]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1017، صادر بتاريخ 2007/06/21، في الملف التجاري عدد 2007/559، غير منشور.

- Cass. Com. 14 Mars 2000, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/11/2018., Lamy, Droit commercial, Ed. 2002, P.1549. Cass. Com. 19 Janvier 1993, Cité par, Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.318.

[862]- زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.47.

غير المصرح به إذا تحققت بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه دون باقي المدينين المتضامنين، نظرا لتعدد الروابط، فكل مدين متضامن تربطه بالدائن رابطة متميزة عن روابط المدينين الآخرين[863] ومستقلة عنها[864]، فإذا انقضت رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى.

وزيادة على ما سبق، يمكن للدائن الرجوع على المدين المتضامن مع المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية بكامل الدين الملتزم بأدائه دون إمكانية تمسكه بقاعدة وقف سريان الفوائد ولا بالتخفيضات التي يمنحها الدائن في إطار مخطط الاستمرارية، لأن التمسك بقاعدة وقف سريان الفوائد يدخل ضمن دائرة الدفوع الشخصية المحضة للمدين الخاضع للمسطرة، كما أن التخفيض من الدين المضمن في مخطط الاستمرارية لا يعتبر إبراء إراديا من الدين لأنه يأتي في معرض مسطرة قضائية تهدف لإنقاذ المدين والحؤول دون خضوعه لمسطرة التصفية القضائية، ويمنحه الدائن للمدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية لوحده دونه غيره من الدائنين، وبالتالي لا يمكنهم الاستفادة منه تطبيقا لمقتضيات الفصل 172 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " الإبراء من الدين الحاصل لأحد المدينين المتضامنين يفيد جميع الآخرين ما لم يظهر الدائن صراحة رغبته في عدم حصول الإبراء إلا لذلك المدين وبالنسبة إلى حصته من الدين. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يثبت لباقي المدينين المتضامنين الرجوع على من أبرئ إلا بالنسبة إلى نصيبه في حصة المعسرين منهم"[865].

وعليه، فإن وضعية الدائن المستفيد من التزام مدين متضامن تتميز بالثبات في مواجهة القواعد الاستثنائية لمسطرة التسوية القضائية التي يستفيد منها المدين الأصلي، الشيء الذي يجعل الضمان الشخصي للتضامن بين المدينين أكثر نجاعة في حماية الدائن، وخاصة إذا ما قورن بضعف نجاعة الكفالة.

[863]- خليفة الخروبي، م. س.، ص.164.
[864]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 3، ص.284.
[865]- راجع في نفس المعنى الفصل 182 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

المبحث الثالث: فعالية المسؤولية العقدية لمصدر خطاب النوايا في حماية الدائن

يعتبر خطاب النوايا عقد ضمان شخصي يلتزم بمقتضاه مصدر الخطاب بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل موضوعه دعم المدين في تنفيذ التزاماته تجاه الدائن[866]، قد يتمثل في الالتزام بالمساهمة في رأس مال المدين؛ الامتناع عن تخفيض المساهمة في رأس مال المدين؛ تقسيط الديون؛ التخفيض من الديون أو عدم المطالبة بالفوائد..، بما معناه أن مصدر خطاب النوايا يتعهد بدعم المدين الأصلي من خلال القيام بالعمل الملتزم به أو الامتناع عن القيام بعمل، لكي يقوم المدين بنفسه بتوظيف هذا الدعم للوفاء بالتزاماته تجاه الدائنين، وهذا ما يميز التزام مصدر خطاب النوايا عن التزام الكفيل الذي يلتزم بأداء الدين إذا لم يف به المدين نفسه[867].

وهو التمييز الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 1987/12/21 حيث قضت بأنه وبالرغم من طبيعته المنفردة فإن خطاب النوايا وفقا لعباراته حينما يتم قبوله من طرف المرسل إليه وبالنظر إلى القصد المشترك للأطراف، يمكن أن ينشأ على عاتق موقعه التزاما عقديا بعمل أو الامتناع عن عمل قد يصل إلى درجة الالتزام بتحقيق نتيجة حتى ولو لم يشكل كفالة، ثم أضافت بأنه إذا كان صحيحا بأن الكفالة لا تفترض وأنها يجب أن تكون صريحة، فإن الذي يصرح بإرادته التي لا يشوبها أي غموض وتتسم بالوضوح، بأنه يلتزم أمام الدائن بأن يقوم بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، فإنه يصبح كفيلا لهذا الالتزام[868].

---

[866]- حيث يعرف المشرع الفرنسي خطاب النوايا في المادة 2322 من القانون المدني بأنه: " التزام بعمل أو امتناع عن عمل يكون موضوعه دعم المدين في تنفيذ التزامه تجاه الدائن".

« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

[867]- نبيل ابراهم سعد، الضمانات غير المسماة، م. س.، ص.148.

- Raymonde BAILLOD, Op. Cit., P.553., Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1027 et 1044.

[868]- « Mais attendu, d'une part, que, malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel relève que, dans sa lettre du 29 mai 1974, la société X... avait entendu accepter de se substituer, le cas échéant, à sa filiale pour faire face aux engagements pris vis-à-vis de la SODLER et ajoute que cette lettre visait de façon certaine le deuxième et le troisième

ويترتب على هذا الاختلاف في موضوع الالتزام نتيجة هامة، هي أن عدم تنفيذ مصدر الخطاب لالتزامه يؤدي إلى قيام مسؤوليته التعاقدية في مواجهة الدائن، وبالتالي إلى الوفاء، لا بالتزام المدين، وإنما بمبلغ التعويض المترتب عن إخلاله بالتزامه في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[869]، ولا يحول دون مطالبته وقيام مسؤوليته القواعد التي يستفيد منها المدين الأصلي في إطار مسطرة التسوية القضائية، لأن مصدر الخطاب لا يمكنه التمسك بهذه المقتضيات لأنه يلتزم بصفة شخصية وتعويضية تجاه الدائن[870]، وبالتالي فإن مسؤوليته العقدية الناشئة عن إخلاله بالتزامه المضمن في خطاب النوايا تخضع للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية التي يلزم لتفعيلها توفر ثلاث أركان وهي الخطأ (المطلب الأول) والضرر (المطلب الثاني) والعلاقة السببية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الخطأ في المسؤولية العقدية لمصدر خطاب النوايا

من الثابت، أن الخطأ يعد ركنا أساسيا في المسؤولية العقدية، يلزم توفره لإلزام المدين بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض، ويتمثل الخطأ العقدي في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه أو القيام بتنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد، وهذا ما يستشف من مقتضيات الفصل 263 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين "[871].

---

emprunt ; que, si le cautionnement ne se présume point, et s'il doit être exprès, celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, se rend caution de cette obligation »., Cass. Com., 21 Décembre 1987, Bull. Civ., IV, N° 281, P.210., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 23/03/2019.,

- انظر في نفس السياق:

- Cass. Com. 09 Juillet 2002, Bull. Civ., IV, N° 117, 2002, P.126., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 23/03/2019.,

[869]- Pascal ANCEL, Droit des sûretés, Op. Cit., P.89.

[870]- Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1071.

- تجب الإشارة في هذا الإطار أن المشرع الفرنسي بموجب أمر 18 دجنبر 2008 المعدل لقانون صعوبات المقاولة أخضع جميع التأمينات الشخصية ومنها خطاب النوايا لنفس الوضعية في مواجهة مختلف قواعد مساطر صعوبات المقاولة واكتفى بالتمييز بين حالة الضامن الشخصي الشخص الذاتي والضامن الشخصي الشخص الاعتباري وباختلاف الوضعيات بحسب المسطرة المطبقة. راجع في هذا الإطار:

- Yves PICOD, Op. Cit., P.234.

[871]- وتنص في هذا السياق المادة 1231-1 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

ومن هذا المنطلق، يتمثل فعل مصدر خطاب النوايا الموجب لمسؤوليته في عدم قيامه بالعمل الملتزم به، كأن يكون قد التزم بالمساهمة في رأسمال المدين بمبلغ معين أو بتقسيط ديونه، دون أن يقوم بذلك، أو في إخلاله بالتزامه في عدم القيام بعمل، كأن يكون قد التزم بعدم مطالبة المدين بديونه، ثم يقوم بذلك، بحيث يشكل ذلك إخلالا بالتزاماته الهادفة لدعم المدين في تنفيذ التزاماته تجاه الدائن، ومن ثم إخلالا بالالتزام المضمن في خطاب النوايا، الشيء الذي يؤدي لقيام مسؤوليته التعاقدية في مواجهة الدائن[872].

هذا، ويجب على الدائن أن يثبت خطأ مصدر الخطاب المتمثل في إخلاله بالتزاماته الواردة في خطاب النوايا، لإمكانية مطالبته بالتعويض، حيث قضت في هذا الإطار محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1991/01/15 بأن المطالب بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ مصدر الخطاب لالتزامه بعمل، يجب عليه لكي يثبت خطأ المدين أن يحدد طبيعة ومضمون الالتزام الذي يدعي أن المدين قد أخل به[873]، ويخضع تقدير وجود الخطأ في هذه الحالة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي يجب عليه بحسب ما أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المذكور أعلاه أن يبحث مضمون الالتزام الوارد في خطاب النوايا ويحدده، ويحدد الخطأ المنسوب لمصدر الخطاب الموجب لمسؤوليته بطريقة واضحة[874].

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

[872]- مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري والكويتي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص.143.

[873]- « Attendu que celui qui réclame la réparation de l'inexécution d'une obligation de faire doit, pour prouver la faute du débiteur, établir la nature et le contenu de l'obligation à laquelle il lui reproche d'avoir manqué ..»., Cass. Com. 15 Janvier 1991, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 23/03/2019.

[874]- « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher en quoi consistait l'obligation de " tout mettre en œuvre ", et, par là même, sans définir la faute imputée à la société JS, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

المطلب الثاني: سهولة إثبات الضرر من طرف الدائن في مواجهة مصدر خطاب النوايا

لقيام المسؤولية العقدية، لا يكفي ثبوت الخطأ في جانب المدين، بل يجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر في جانب الدائن، بحيث لا يتصور قيام مسؤولية مدنية في حال عدم ثبوت الضرر الذي يحدده الفصل 264 من ق.ل.ع. بما يلي: " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

وبتطبيق المقتضيات أعلاه على الدائن المستفيد من ضمان مصدر خطاب النوايا، يتمثل الضرر الذي يصيب الدائن في عدم حصوله على دينه أو حصوله على جزء من هذا الدين فقط، أو حصوله على هذا الدين بعد الأجل المحدد، وذلك نتيجة لعدم تنفيذ مصدر الخطاب لالتزامه الذي تعهد به في خطاب النوايا أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه بطريقة معيبة[875].

ويقع على عاتق الدائن مبدئيا عبء إثبات الضرر، الذي لا يشكل له أي صعوبة خاصة بحيث يسهل عليه إثباته[876]، لأن مجرد عدم قيام المدين بأداء الدين المترتب في ذمته يشكل ضررا للدائن يستحق التعويض، ويجوز لمصدر الخطاب لدفع المسؤولية عنه أن يثبت أن الدائن لم يصبه أي ضرر، وفي هذا الإطار يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقدير حدوث الضرر أو نفيه والعناصر المكونة له، ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض لأن عناصر تحديد الضرر من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها[877].

وبثبوت الضرر في جانب الدائن يلزم مصدر الخطاب بتعويض هذا الضرر، وقد يكون التعويض في هذه الحالة مساويا للدين المترتب في ذمة المدين، حيث قضت في هذا السياق محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1991/07/16 بإلزام الشركة الأم بدفع مبلغ

---

[875]- مصطفى أحمد عبد الجواد، م. س.، ص. 149.

[876]- Anne-sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.1062.

[877]- مصطفى أحمد عبد الجواد، م. س.، ص. 150.

الدين كاملا للدائن لإخلالها بتنفيذ الالتزام الوارد بالخطاب الذي تعهدت بموجبه باتخاذ كل الوسائل اللازمة لتنفيذ الشركة الفرع لالتزاماتها تجاه الدائن، وبثبوت أن الشركة الأم لم تقم بتنفيذ التزامها الوارد في خطاب النوايا قضت في مواجهتها بمبلغ للتعويض مساو للدين المترتب في ذمة الشركة الفرع تجاه الدائن[878]، كما يمكن أن يكون مبلغ التعويض مساويا للجزء من الدين الذي لم يسدده المدين أو أكثر منه أو أقل وذلك بحسب سلطة المحكمة التقديرية في تحديد مبلغ التعويض، لأن مبلغ التعويض لا يرتبط بالضرورة بمبلغ دين المدين [879].

المطلب الثالث: وجوب قيام علاقة سببية بين فعل مصدر الخطاب والضرر المترتب تجاه الدائن

لا يكفي ليسأل مصدر الخطاب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي أن يثبت خطأ في جانبه وضرر لحق بالدائن، بل لا بد من أن يكون هذا الضرر نتيجة لذلك الخطأ، بمعنى أن يكون الخطأ المقترف من طرف مصدر خطاب النوايا هو سبب الضرر الذي أصاب الدائن، وبعبارة أخرى يجب أن يكون عدم استيفاء الدائن لدينه في مواجهة المدين قد نتج عن خطأ مصدر الخطاب المتمثل في عدم قيامه بالعمل الملتزم به أو إتيانه للعمل الملتزم بعدم القيام به[880].

وتقوم في نظرنا مسؤولية مصدر الخطاب بمجرد إثبات الدائن للخطأ والضرر، ليبقى مصدر الخطاب ملزما إذا أراد دفع المسؤولية عنه أن يثبت بأن الضرر الذي لحق الدائن لا يرجع لخطئه بل إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الدائن، حيث تنتفي في هذه الحالة العلاقة السببية، وبالتالي لا يجوز الزام مصدر الخطاب بالتعويض في هذه الحالة[881].

878- « .. qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer la loi du contrat en décidant que la SNE Sitraco s'était engagée à mettre en oeuvre tous les moyens pour que les obligations contractées par la filiale à l'égard de la société Curtainwalls soient tenues et que n'ayant pas satisfait à cette obligation elle devait être condamnée à verser à cette société l'intégralité de la créance de celle-ci; que le moyen n'est pas fondé ». Bull. Civ., IV, N° 265, 1991, P.184., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 24/03/2019.

879- Gaël PIETTE, Op. Cit., P.85.

880- مصطفى أحمد عبد الجواد، م. س.، ص. 152.

881- تطبيقا للفصل 268 من ق.ل.ع. الذي ينص على ما يلي: " لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".

وفي هذا الإطار، قضت المحكمة التجارية Dinant في حكمها الصادر بتاريخ 1987/05/26 بأن إفلاس الشركة الفرع المدينة بعد أشهر قليلة من إصدار خطاب النوايا لا يمكن مماثلته بحالة القوة القاهرة التي تعفي الشركة الأم من مسؤوليتها في مواجهة الدائن، وقضت في مواجهة الشركة الأم المصدرة لخطاب النوايا بتعويض الدائن[882].

واعتبر جانب من الفقه[883] بأن الشركة الأم مصدرة الخطاب يمكنها أن ترتكن إلى فعل الدائن نفسه كسبب لقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، من أجل تجنب مساءلتها عن تعويض الضرر الذي أصاب الدائن أو الاستناد إلى أن خطأ الدائن المضرور قد ساهم في إحداث الضرر توصلا إلى الإعفاء الجزئي من المسؤولية، كأن تتمسك الشركة الأم بأنها قد قامت بدعم ميزانية الشركة الفرع المضمونة لتمكينها من سداد ديون الدائن، إلا أن هذا الأخير لم يقم بالمطالبة بالأداء في الوقت المحدد لذلك، ثم عجز المدين عن سداد الدين، إذ يمكن اعتبار فعل المضرور هنا سببا أجنبيا لا يد لمصدر الخطاب في حدوثه، وبالتالي يمكن إعفاؤه من المسؤولية طالما أنه قد نفذ التزاماته الواردة في خطاب النوايا.

مجمل القول، إن خطاب النوايا بالرغم من طبيعته التعويضية يشكل أحد الضمانات الشخصية الفعالة في حماية الدائن من خطر عجز المدين عن سداد الديون المترتبة في ذمته، لأن غايته هي دعم المدين من أجل تنفيذ التزاماته تجاه الدائن، لذلك نأمل بأن يقوم المشرع المغربي بتنظيمه مع تفضيلنا لاعتماد تسمية خطاب الدعم لأنها أكثر تعبيرا عن مفهوم الضمان من تسمية خطابات النوايا التي تستعمل أكثر في مرحلة التفاوض على العقود.

882- T. Com. Dinant 26 Mai 1987, Cité par, François T'KINT, Op. Cit., P.438.

883- مصطفى أحمد عبد الجواد، م. س.، ص. 157.

الفصل الثاني: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية الضامن

إذا كان التصور التقليدي ينظر لفعالية الضمانات الشخصية في جانب حماية الدائن، بشكل يؤدي إلى اعتبار أي قاعدة قانونية تهدف لحماية الضامن بمثابة مؤشر على عدم فعالية الضمان في حماية الدائن، فإننا نرى بأن الحالات التي تطرح فيها بشدة مخاطر الائتمان وتتضارب فيها مصالح أطراف العلاقات التعاقدية، كما هو الحال في مسطرة التسوية القضائية حيث يستفيد المدين من قواعد استثنائية ترمي أساسا لمعالجة الصعوبات التي تعاني منها المقاولة، في حين يجد الدائن والضامن الشخصي نفسيهما في مواجهة هذه القواعد، يجب العمل في إطارها على إيجاد نوع من التوازن بين المصالح المتضاربة، لأن تغليب مصلحة الدائن والمدين الأصلي على مصلحة الضامن الشخصي من شأنه أن يؤدي من جهة لإفشال الأهداف المرجوة من المساطر الجماعية، لأن أغلب الضامنين الشخصيين هم في الواقع مسيري المقاولات التي تعاني من صعوبة ودورهم مهم في فتح المسطرة وفي سيرها وفي الرفع من نسبة نجاحها، وأن يؤدي من جهة أخرى إلى الإعراض عن الضمانات الشخصية، لأن الضعف في حماية الضامن الشخصي من شأنه أن يؤدي لتراجعه عن خوض مخاطر توفير ضمانه الشخصي للمقاولة التي هي دائما في أمس الحاجة للائتمان، لذلك فقواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية في نظرنا يجب أن تكون فعالة كذلك في حماية الضامن سواء في مواجهة الدائن (الفرع الأول) أو في مواجهة المدين (الفرع الثاني)

الفرع الأول: حماية الضامن في مواجهة الدائن

مما لا شك فيه، أن حماية الضامن الشخصي في مواجهة الدائن في مسطرة التسوية القضائية ترتبط ارتباطا وثيقا بمجال وفعالية الدفوع التي يمكنه التمسك بها، لأن هذه الدفوع هي التي تمكن الضامن الشخصي من تجنب تحمل مخاطر الائتمان التي تفرضها مسطرة التسوية القضائية لوحده، والتي تزداد خطورتها في بعض الحالات بفعل إهمال الدائن، ومن تجنب تعسف الدائن وغشه.

وفي هذا الإطار، فإن مجال الدفوع الممكن التمسك بها يختلف بحسب طبيعة التزام الضامن الشخصي، حيث هناك اتساع في مجال الدفوع في الضمانات الشخصية التبعية (المبحث الأول) وتقلص لمجال الدفوع في الضمانات الشخصية غير التبعية (المبحث الثاني)

المبحث الأول: اتساع مجال الدفوع في الضمانات الشخصية التبعية

يترتب على الطابع التبعي لالتزام الكفيل في ظل التشريع المغربي إمكانية تمسك هذا الأخير بجميع الدفوع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين، ذلك أن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول، بشكل يؤدي إلى اعتبار دفوع المدين دفوعا مشتركة بينه وبين الكفيل، بحيث يحق للمدين من حيث الأصل أن يتمسك بها، ويحق للكفيل بالتبعية كذلك التمسك بها، تطبيقا لمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. الذي يقضي بأنه يمكن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون (المطلب الأول) وبجانب هذه الدفوع المشتركة يتمتع الكفيل بموجب القواعد العامة بمجموعة من الدفوع الخاصة به لا يشترك فيها مع المدين، تتمثل من جهة في الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته، كأن يكون باطلا أو قابلا للإبطال دون أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، أو أن يكون التزام الكفيل قد انقضى بصفة أصلية دون أن ينقضي التزام المدين، وتتمثل من جهة أخرى في الدفوع المتعلقة بمركز الكفيل التي تتجسد أساسا في الدفع بالتجريد والدفع بإضاعة الضمانات والدفع بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين[884] (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نجاعة الدفوع المشتركة في إطار القانون المغربي

انطلاقا من مقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفوع ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع

[884]- وهذه الدفوع الخاصة الأخيرة المتعلقة بمركز الكفيل هي التي تهمنا دراسة فعاليتها في مسطرة التسوية القضائية.

التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا"، ومن مقتضيات المادة 695 من م.ت. التي تنص على أنه: " يمكن للكفلاء متضامنين كانوا أم لا، أن يتمسكوا:

- بمقتضيات مخطط الاستمرارية؛

- بوقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أعلاه.

لا يحتج على الكفلاء بسقوط الأجل.

لا يمكن الرجوع على الكفلاء إلا بالنسبة للديون المصرح به ".

يتبين بأن المشرع المغربي وخلافا للقوانين المقارنة، قد متع الكفلاء في مسطرة التسوية القضائية سواء كانوا متضامنين أم لا، أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين، بحق التمسك بجميع دفوع المدين الأصلي، سواء تلك المستمدة من قواعد مسطرة التسوية القضائية (الفقرة الأولى) أو تلك المستمدة من القواعد العامة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمتيع الكفلاء بحق التمسك بجميع الدفوع المستمدة من مسطرة التسوية القضائية

في ظل غياب أي تمييز بين حالة الكفيل الشخص الذاتي والكفيل الشخص الاعتباري في مقتضيات المادة 695 من م.ت. المذكورة أعلاه، وعدم التنصيص على أي استثناء يخص تطبيق القواعد العامة للكفالة، التي تخول للكفيل حق التمسك بجميع دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين، يتبين بأن المشرع المغربي قد متع الكفلاء في إطار مسطرة التسوية القضائية سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين بحق التمسك بجميع الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها في مواجهة الدائن، بحيث يستفيد الكفلاء من قاعدة وقف المتابعات الفردية التي يستفيد منها المدين الأصلي خلال فترة إعداد الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة، ومن مقتضيات مخطط الاستمرارية المتمثلة في الآجال والتخفيضات، ومن قاعدة وقف سريان الفوائد، ومن سقوط وانقضاء الديون غير المصرح بها من قبل الدائنين.

بخلاف الوضع في ظل مسطرة الانقاذ التي ميز فيها المشرع المغربي بين وضعية الكفيل الشخص الذاتي والكفيل الشخص الاعتباري، حيث متع الكفيل الشخص الذاتي بحق الاستفادة من مقتضيات مسطرة الانقاذ ومن قاعدة وقف سريان الفوائد، وحرم بمفهوم المخالفة الكفلاء الأشخاص الاعتباريين من حق الاستفادة من هذه المقتضيات، وتجسيدا لذلك نص المشرع في المادة 572 من م.ت. على أنه: " يستفيد الكفلاء أشخاصا ذاتيين، متضامنين كانوا أم لا من:

– مقتضيات مخطط الإنقاذ

– وقف سريان الفوائد المنصوص عليه في المادة 692 أدناه".

وبهذه المقاربة التي اعتمدها المشرع المغربي في مسطرة التسوية القضائية يكون قد ذهب بقصد أو بدون قصد إلى توفير الحماية الكاملة للكفلاء، بغض النظر عن صفتهم، ودون الأخذ بعين الاعتبار حتى للاستثناءات التي تنص عليها القواعد العامة للكفالة، بشكل يمكن القول معه بأن هذه المقاربة تتسم بالإفراط في حماية الكفلاء على حساب الدائنين، الشيء الذي من شأنه أن يؤثر في مؤسسة الكفالة، التي يقتضي الحفاظ على دورها المركزي في مجال الائتمان، تحقيق التوازن في الحماية بين أطرافها، حيث لا تفريط في الحماية ولا إفراط فيها.

وبذلك، يظهر بأن المشرع المغربي لم يكلف نفسه عناء البحث عن مقاربة من شأنها توفير الحد الأدنى من الحماية لطرفي عقد الضمان الشخصي، وتسهم في الرفع من فرص إنقاذ المقاولة، بخلاف المشرع الفرنسي الذي تبنى مقاربة شاملة، اعتمدت أولا على التخفيف من حدة قساوة بعض القواعد القانونية، وخاصة التخلي عن جزاء انقضاء الديون غير المصرح بها ولم يرفع عنها السقوط، بموجب قانون 26 يوليوز 2005[885] حيث أصبح يقتصر جزاء الديون غير المصرح بها في عدم إمكانية الاحتجاج بها في مواجهة المدين أثناء تنفيذ المخطط وبعد التنفيذ إذا كانت الالتزامات المعلن عنها في المخطط أو المقررة من طرف المحكمة قد تم الوفاء بها، كما تنص على ذلك مقتضيات الفقرة الثانية من المادة L.622-26 من مدونة التجارة الفرنسية[886]،

[885] - André JACQUEMONT, Op. Cit., P.331-333.

[886]- تنص هذه الفقرة على ما يلي:

« Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ..».

واعتمدت كذلك على توحيد الوضعية بين كافة الضامنين الشخصيين، وعلى التمييز بين الضامنين الأشخاص الذاتيين والضامنين الأشخاص الاعتباريين، وعلى اختلاف الوضعيات بحسب المسطرة المطبقة والقاعدة القانونية المعنية.

وتجسيدا لهذا المقاربة، نجد بأن المشرع الفرنسي وبموجب قانون 26 يوليوز 2005 والأمر الصادر بتاريخ 18 دجنبر 2008 نص في إطار تنظيم مسطرة الإنقاذ بموجب الفقرة الثانية من المادة L.622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على أن حكم فتح مسطرة الإنقاذ يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر المخطط أو يقرر التصفية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية، أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان[887]، ونص بموجب المادة L.631-14 على أن مقتضيات هذه الفقرة تطبق في إطار مسطرة التسوية القضائية[888]، بمعنى أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يوقف إلى غاية الحكم الذي يحصر مخطط التسوية أو يقرر التصفية القضائية، جميع الدعاوى ضد الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان.

وفي مقابل ما سبق، نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأخيرة من المادة L .622-28 على أنه يمكن للدائنين اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهة الضامنين الأشخاص الذاتيين[889]، وذلك تجنبا لاستغلال هؤلاء الضامنين الأشخاص الذاتيين لتمتعهم بوقف المتابعات الفردية من أجل تهريب أموال المقاولة[890].

---

[887]- تنص الفقرة الثانية من المادة L. 622-28 على ما يلي:
« Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie … ».

[888]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة L. 631-14 على ما يلي:
« Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire … ».

[889]- حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة L. 622-28 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
« Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires ».

[890] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.191.

وتطبيقا لمفهوم المخالفة لمقتضيات المواد المذكورة أعلاه، الأشخاص الاعتباريين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا ضمانات شخصية، أو خصصوا أو فوتوا مالا علي سبيل الضمان لا يستفيدون من قاعدة وقف المتابعات الفردية في ظل القانون الفرنسي، سواء في مسطرة الإنقاذ أو التسوية القضائية.

كما نص المشرع الفرنسي في إطار مسطرة الإنقاذ بمقتضى المادة L.626-11 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه باستثناء الأشخاص الاعتباريين، الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الإنقاذ[891]، وفي المقابل نص المشرع الفرنسي على حل مختلف بخصوص مسطرة التسوية القضائية، حيث نص بموجب المادة L.631-20 من مدونة التجارة الفرنسية على أنه استثناء من مقتضيات المادة L.626-11 الشركاء في الالتزام والأشخاص الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان لا يمكنهم الاستفادة من مقتضيات المخطط[892]، بمعنى أن الضامنين الشخصيين سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين لا يمكنهم الاستفادة من مقتضيات مخطط الاستمرارية الذي يعتمد في إطار مسطرة التسوية القضائية[893].

وأكد في إطار مسطرة الإنقاذ بموجب المادة L.622-28 على أن الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد[894]. في حين نص بمقتضى المادة

---

[891]- تنص المادة L.626-11 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
- « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.
A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ».

[892]- تنص المادة L.631-20 من مدونة التجارة الفرنسية على ما يلي:
- « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

[893]- راجع في شرح هذه المقتضيات على مستوى الفقه الفرنسي:
- Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., P.622, Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.233 et 243.

[894]- حيث تنص المادة L. 622-28 على ما يلي:
« Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un

L.631-14 في إطار مسطرة التسوية القضائية على أن الأشخاص الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، لا يمكنهم الاستفادة من قاعدة وقف سريان الفوائد[895].

وزيادة على ما سبق، نص المشرع الفرنسي في المادة L.622-26 من مدونة التجارة الفرنسية على أن الديون غير المصرح بها لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الأشخاص الذاتيين الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينات شخصية أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان أثناء تنفيذ مخطط الانقاذ[896]، بمعنى أن الضامنين الشخصيين الأشخاص الذاتيين يمكنهم الاحتجاج بعدم التصريح بالدين لمنع الدائن من الرجوع عليهم أثناء تنفيذ مخطط الإنقاذ، بخلاف الضامنين الشخصيين الأشخاص الاعتباريين الذين لا يمكنهم التمسك بذلك حيث يمكن للدائن غير المصرح بدينه الرجوع عليهم أثناء تنفيذ مخطط الإنقاذ. وفي المقابل، نص في المادة L.631-14 من مدونة التجارة الفرنسية[897] على أن الأشخاص الشركاء في الالتزام أو الذين منحوا تأمينا شخصيا أو خصصوا أو فوتوا مالا على سبيل الضمان، لا يمكنهم الاحتجاج في مواجهة الدائن بعدم التصريح بالدين، بما معناه أن الضامنين الشخصيين سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين لا يمكنهم الاحتجاج في مواجهة الدائن بعدم التصريح بالدين في إطار مسطرة التسوية القضائية.

---

an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ».

[895]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة L.631-14 على ما يلي:
« Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

[896]- حيث تنص هذه المادة على ما يلي:
« .. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

[897]- تنص الفقرة الأخيرة من هذه المادة على ما يلي:
« Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L.622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

يتضح من المقتضيات التي نص عليها المشرع الفرنسي بأنه رجح أولوية تشجيع مسيري المقاولات على التصريح المبكر بالصعوبات التي تعاني منها المقاولة، وخاصة لفتح مسطرة الإنقاذ، دون التفريط في حماية الدائنين من خلال التمييز بين وضعية الضامنين الأشخاص الذاتيين والأشخاص الاعتباريين، والتخفيف من قاعدة وقف المتابعات الفردية باعتماد آلية الإجراءات التحفظية، والتخلي عن جزاء انقضاء الديون غير المصرح بها، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حاول خلق نوع من التوازن بين المصالح، مصلحة المقاولة ومصلحة الدائنين ومصلحة الضامنين الشخصيين، وخاصة الضامنين الشخصيين الأشخاص الذاتيين[898]، لتبقى المؤاخذة الوحيدة على هذه المقاربة التي اعتمدها المشرع الفرنسي هي المماثلة في الوضعية بين جميع الضامنين الشخصيين، وخاصة فيما يتعلق بجعل الضامن المستقل في نفس وضعية الكفيل[899].

الفقرة الثانية: تمتيع الكفلاء بحق التمسك بجميع الدفوع المستمدة من القواعد العامة

بالرجوع لمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه، يتبين بأن المشرع المغربي قد خول للكفلاء حق التمسك بجميع الدفوع المستمدة من القواعد العامة التي يمكن للمدين الأصلي التمسك بها، دون إيراده لأي استثناء على مجال هذه الدفوع، وذلك بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي خففت من حدة الطابع التبعي للكفالة، ودون تمييزه بين الدفوع الشخصية المحضة والدفوع المتعلقة بالدين، الذي أدى في إطار التشريع الفرنسي إلى خلق تضارب على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي بخصوص نطاق الدفوع الشخصية المحضة بشكل افتقد معه أطراف الكفالة للأمن القانوني والقضائي.

---

[898]- وفي هذا الإطار ينص المشرع الفرنسي من خلال المادة 60 من القانون رقم 486 /2019 الصادر بتاريخ 2019/05/22 المتعلق بنمو وتحول المقاولات (Loi PACTE) على تعديل قانون الكفالة من أجل جعل نظامه أكثر مقروئية وتحسين فعاليته، وذلك مع ضمان حماية الكفيل الشخص الذاتي، كما ينص في إطار نفس المادة على ضرورة تبسيط وتوضيح وتحديث القواعد المتعلقة بالتأمينات والدائنين أصحاب التأمينات في الكتاب السادس من مدونة التجارة المنظم لمساطر صعوبات المقاولة.

[899]- Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.208.

وفي هذا الإطار، نجد بأن الكفيل يتمتع بحق التمسك بجميع الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي (أولا) وبجميع الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الأصلي (ثانيا)

أولا: إمكانية تمسك الكفيل بجميع الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي

لقد سبق أن أكدنا بأن الكفالة عقد تابع، فهي لا تقوم إلا إذا كان هناك التزام أصلي صحيح تضمنه[900]، وبالتالي فالتزام الكفيل لا يقوم بذاته، بل لا بد من وجود التزام آخر صحيح يستند إليه، ويرتبط به في قيامه وبقائه[901].

وعليه، إذا كان الالتزام الأصلي باطلا بطلانا مطلقا، أيا كان سبب البطلان، سواء كان راجعا إلى عدم وجود الرضا أو لتخلف شرط من شروط المحل أو السبب، أو لتخلف الشكل إذا كان التصرف شكليا، ترتب على ذلك بطلان التزام الكفيل التبعي، تطبيقا لمقتضيات الفصل 307 من ق.ل.ع.، الذي يقضي بأن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ما لم يظهر العكس من القانون أو من طبيعة الالتزام التابع، ولمقتضيات الفصل 1150 من نفس القانون الذي ينص على أن كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة، وهذا الحكم منطقي لأن محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المدين المكفول إذا لم يف به هذا الأخير، وفي غياب هذا الالتزام بطريقة رجعية نتيجة البطلان، تعتبر الكفالة باطلة بطلانا مطلقا لاستحالة المحل[902]، ويصبح التزام الكفيل بدون موضوع لغياب الدين الأصلي[903]، الشيء الذي يفرض تقرير نفس المصير الرجعي لالتزامه، وتخويله حق التمسك ببطلان الالتزام الأصلي سواء عن طريق الدعوى

---

[900] - وتأكيدا لذلك ينص المشرع المغربي في الفصل 1120 من ق.ل.ع. على أنه: " لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على التزام صحيح ".
- وهو المقتضى نفسه الذي تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي:
« Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

[901] - حيث ينص الفصل 1150 من ق.ل.ع. على أنه: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة".
- وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 1512 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه " كل سبب اقتضى بطلان الالتزام الأصلي أو البراءة منه يبرئ الكفيل".

[902] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.40.

[903] - François T'KINT, Op. Cit., P.369.

أو عن طريق الدفع، وحتى في حالة امتناع المدين الأصلي عن إثارته، لأن البطلان المطلق يكون لكل من له مصلحة حق التمسك به[904].

وفي نفس الإطار، إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال، كما لو كان المدين قد أبرم العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه، يحق للكفيل في إطار التشريع المغربي أن يطالب بإبطال التزامه، حتى ولو لم يكن عقد الكفالة في ذاته قابلا للإبطال، وحتى لو تعلق الأمر بحالة القابلية للإبطال المؤسسة على نقص أهلية المدين الأصلي، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 1140 من ق.ل.ع. التي تمنح للكفيل الحق بأن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي.

وبذلك، يختلف المشرع المغربي عن أغلب التشريعات المقارنة، التي لا تخول للكفيل حق التمسك بالإبطال الناتج عن نقص أهلية المدين الأصلي، حيث إن المشرع الفرنسي بعدما نص في الفقرة الأولى من المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي على المبدأ الذي يقضي بأن الكفالة لا تقوم إلا على التزام صحيح، أورد في الفقرة الثانية من هذه المادة استثناء على هذا المبدأ، حيث نص على أنه يمكن كفالة الالتزام القابل للإبطال بدفع محض شخصي، على سبيل المثال حالة ناقص الأهلية، وهو نفس المبدأ والاستثناء الخاص بكفالة ناقص الأهلية الذي نص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 1482 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه ما يلي: " لا تصح الكفالة إلا إذا صح الدين الأصلي وإنما تصح إذا تعلق الالتزام بأحد الأشخاص المتقدم ذكرهم في الفصل 6 في الصور التي تعمر بها ذمتهم بمقتضى هذا القانون"[905].

---

[904] - وهو المقتضى الذي تؤكده المادة 1180 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ما يلي:
« La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.
Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat ».

[905] - وينص الفصل 6 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على ما يلي: " للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثامنة عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمدين المحكوم عليه بالتفليس إلى حين الحكم بختم الفلسة وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود".

وفي نفس السياق، مع بعض الخصوصية، نجد بأن المشرع المصري بعدما نص في المادة 776 من القانون المدني بأن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا، نص في المادة 777 من نفس القانون على أن من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، كما قضى في الفقرة الثانية من المادة 782 من القانون نفسه بأنه إذا كان الدفع الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، لا يحق للكفيل الاحتجاج به. وفي شرحه لهذه المقتضيات ميز الفقه المصري[906] بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كان المدين ناقص الأهلية وكان الكفيل لا يعلم بنقص أهليته، يكون التزام الكفيل قابلا للإبطال بسبب نقص أهلية المدين، فإذا طالب المدين بإبطال التزامه وتقرر الإبطال يزول التزام الكفيل بأثر رجعي كالتزام المدين الأصلي، وإذا لم يتمسك المدين بإبطال التزامه يحق للكفيل أن يتمسك بإبطاله تطبيقا لمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 782 المذكورة أعلاه.

الحالة الثانية: إذا كان المدين ناقص الأهلية والكفيل عالم بنقص أهليته وقت إبرام عقد الكفالة، ولم تكن الكفالة بسبب نقص الأهلية، في هذه الحالة يكون الكفيل كفيلا لا مدينا أصليا، ولكن يكون مصير التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين فإذا تمسك المدين بإبطال التزامه وتقرر إبطاله يبطل بالتبعية التزام الكفيل، أما إذا تنازل المدين الأصلي عن حقه في الإبطال فلا يحق للكفيل التمسك بالإبطال لأنه كان يعلم بنقص أهلية المدين.

الحالة الثالثة: إذا كان الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته، في هذه الحالة ينطبق نص المادة 777 المذكورة أعلاه، بحيث إذا طالب المدين بإبطال التزامه وتقرر الإبطال، فإن الكفيل يصبح هو المدين الأصلي بموجب عقد الكفالة الذي أبرمه مع الدائن.

---

[906] - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.50 و 51.، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.47 و 48.

وفي هذا الإطار، ذهب جانب من الفقه المصري[907] إلى القول بإمكانية تعميم حكم كفالة ناقص الأهلية على صور البطلان النسبي الأخرى عن طريق القياس، لكن هذا الرأي جوبه بالرفض وعن حق من طرف غالبية الفقه المصري[908] الذي اعتبر بأن حكم حالة ناقص الأهلية هو استثناء من المبدأ الذي يقضي بحق الكفيل في التمسك بكافة الدفوع التي يحتج بها المدين، وبالتالي لا يمكن التوسع في تفسيره، ولا القياس عليه.

هذا، ويحق للكفيل في التشريع المغربي كما هو الحال في ظل التشريع التونسي[909] واللبناني[910] طلب الابطال حتى في حالة اعتراض المدين أو تنازله عن حقه في طلب الإبطال، أي في حالة إجازته للعقد القابل للإبطال[911]، وذلك بصريح عبارات نص الفصل 1140 من ق.ل.ع. [912]، وبذلك يكون المشرع المغربي قد وفق في تجاوز الفراغ التي اعترى بعض التشريعات المقارنة[913] بخصوص تأثير إجازة العقد القابل للإبطال على حق الكفيل في التمسك بإبطاله، مما أدى إلى اختلاف توجهات الفقه :

– **الاتجاه الأول:** يرى أنه يجوز للكفيل أن يطلب إبطال التزامه حتى لو أجاز المدين الأصلي التزامه القابل للإبطال، وذلك لأن إجازة العقد الأصلي لا يمكن الاحتجاج بها في

---

907 - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.44.

908 - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س.، ص.61.، أحمد شرف الدين، م. س.، ص.31.

909 - حيث ينص الفصل 1502 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: " للكفيل أن يعارض الدائن بما للمدين من أوجه المعارضة سواء تعلقت بأصل الدين أو بذات المدين مع ما تعلق منها بعدم أهلية المدين وله أن يحتج بذلك ولو لم يوافقه المدين أو تركه وله أن يعارض بما هو خاص بذات المدين كإسقاط الدين لذات المدين".

- راجع في هذا الشأن لدى الفقه التونسي:

- عماد مميش، م. س.، ص.166.

- Ali JELLOULI, L'extinction du cautionnement, Rev. Tunisienne de droit, 2001, P.286.

910 - تنص المادة 1077 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: " يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالمديون الأصلي شخصية كانت أو عينية، ومن جملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المديون الأصلي.

ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلي أو عدوله عن تلك الأسباب، وله كذلك حق الادلاء بأسباب الدفع المختصة بشخص المديون دون سواه كإسقاط الدين الذي تم لشخص المديون".

- راجع في هذا الإطار لدى الفقه اللبناني:

- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج. 16، في عقود الضمان والصلح والكفالة، دار الثقافة بيروت، بدون ذكر السنة، ص.320.، موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج. 9، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص.351 و 352.

911 - يعرف الاستاذ مأمون الكزبري الإجازة بأنها " الرضى ببقاء العقد واستقراره نهائيا ممن له حق ابطاله أو بعبارة أخرى هي التنازل عن حق الإبطال من صاحب هذا الحق"، مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، مصادر الالتزامات، م. س، ص. 228.

912 - " للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفوع ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها ".

913 - راجع المادة 2313 من القانون المدني الفرنسي والمادة 782 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 654 من القانون المدني الجزائري.

مواجهة الغير[914]، ولكون الإجازة تصرف بإرادة منفردة صادرة من المدين[915]، كما أنه لا يجوز للمدين أن يسيء إلى مركز الكفيل[916].

– **الاتجاه الثاني**: يرى أنه إذا أجاز المدين الأصلي التزامه القابل للإبطال لا يجوز للكفيل أن يطلب إبطال التزامه، ويسقط حقه في طلب الابطال لأنه بإجازة المدين يصبح الالتزام الأصلي صحيح نهائيا، وباستقرار وجود الالتزام الأصلي يستقر كذلك وجود التزام الكفيل[917]، كما أن الإجازة تمثل فعلا إيجابيا يحتج به على الكفيل[918].

– **الاتجاه الثالث**: يرى بأن إجازة الالتزام القابل للابطال تؤدي من حيث المبدأ إلى تصحيح التزام الكفيل، إلا أنه يجب استثناء الفرضية التي تكون فيها إجازة الالتزام الباطل قد تمت من طرف مدين معسر، لأنه في هذه الحالة سيكون لها هدف آخر هو ترك الكفيل لوحده متحملا بالمديونية، وبالتالي يجب الأخذ بنسبية آثار إجازة المدين للعقد القابل للإبطال[919].

يتبين مما سبق، أن المشرع المغربي وفق كذلك في تجنب ما نتج عن الصياغة الغامضة للمادتين 2289[920] و2313[921] من القانون المدني الفرنسي، وتمييز المشرع الفرنسي بين الدفوع المتعلقة بالدين والدفوع الشخصية المحضة، من تضارب على مستوى الاجتهاد القضائي، حيث إن محكمة النقض الفرنسية تعتبر تارة بأن الدفوع المتعلقة بالبطلان النسبي دفوعا متعلقة

---

914 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.724.

915 - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.49.

916 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.45.

917 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر، 2011، ص.39.

918 - Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Op. Cit., P.36.

919 - Christian MOULY, Op. Cit., P.253 et 254.

920- تنص المادة 2289 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité».

921- حيث تنص المادة 2313 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;
Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

بالدين يحق للكفيل التمسك بها، وتارة أخرى تعتبرها دفوعا شخصية محضة للمدين لا يحق للكفيل التمسك بها[922].

وتجسيدا لهذا التضارب القضائي، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 2005 بأن الكفيل يمكنه الاحتجاج في مواجهة الدائن بالدفوع المتعلقة بالدين وأخذ المبادرة للقضاء على العقد الأصلي بإثبات البطلان (البطلان النسبي المتمثل في عيب التدليس)، وبالتالي الكفيل نتيجة لتقرير البطلان يتحرر من التزامه الخاص بالأداء"[923].

في حين الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 7 يونيو 2007 قضت تأسيسا على أن الكفيل لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع الشخصية المحضة للمدين الأصلي، بتأييد قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بأن الكفيل ليس طرفا في عقد بيع الأصل التجاري، ولا يحق له إثارة البطلان النسبي المتمثل في التدليس الواقع على رضى المدين، الذي هو مخصص لحماية هذا الأخير، ويشكل دفعا شخصيا محضا[924].

مجمل القول، إن المشرع المغربي خول للكفيل حق التمسك بكافة الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي، سواء كان هذا البطلان مطلقا أو نسبيا، وحتى في الحالة التي لا يتمسك فيها

---

922 - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.188.

923 - « Mais attendu qu'ayant retenu, d'une part, que la réticence dolosive dont les époux X... s'étaient rendus coupables entraînait la nullité de l'acte de résiliation conclu le 18 janvier 1995 avec la Coopérative du Gouessant, dès lors qu'il était manifeste que si cette dernière avait eu connaissance du recours formé contre l'arrêté d'autorisation d'exploitation, elle ne se serait pas engagée à verser un dédit aux vendeurs et, d'autre part, que la caution pouvait opposer au créancier les exceptions qui sont inhérentes à la dette et prendre l'initiative de faire anéantir à son égard le contrat principal en faisant constater sa nullité, ce qui avait pour effet de décharger la caution de sa propre obligation de paiement, la cour d'appel, interprétant souverainement la volonté des parties, en a exactement déduit, sans être tenue de prononcer l'annulation de l'acte du 20 août 1997, que les époux X... devaient restituer à la Coopérative du Gouessant les sommes versées en exécution des conventions du 18 janvier 1995 et du 20 août 1997». Cass. 3ème Civ., 11 Mai 2005, Bull. Civ. III, N° 101, 2005, P.94., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

924 - « Mais attendu que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche dont il n'est pas justifié qu'elle ait été demandée, a, par motifs propres et adoptés, retenu exactement, que M.X...(la caution) qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ». Cass. Ch. Mixte, 8 Juin 2007, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/10/2018.

المدين الأصلي بالبطلان أو يتنازل عنه، وذلك حماية للكفيل وخاصة في ظل التنصيص في الفصل 1149 من ق.ل.ع. على أنه: " ليس للكفيل أي رجوع على المدين الأصلي إذا دفع الدين، أو ترك القضاء يحكم به عليه نهائيا، ثم أثبت المدين أنه دفع الدين بالفعل، أو أن لديه من الوسائل ما يستطيع به إثبات بطلانه أو انقضائه، غير أن هذا الحكم لا يسري إذا كان قد تعذر على الكفيل إخطار المدين، كما لو كان هذا الأخير غائبا مثلا ".

ثانيا: إمكانية تمسك الكفيل بجميع الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الأصلي

يترتب على الطابع التبعي لالتزام الكفيل، أن هذا الأخير يمكنه التمسك بكافة دفوع المدين الأصلي، ومن بينها الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام المكفول، حيث إنه إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام، انقضى بصفة تبعية نتيجة لذلك التزام الكفيل، وانقضاء الالتزام الأصلي طبقا للقواعد العامة يتم بمجموعة من الأسباب ينص عليها الفصل 319 من ق.ل.ع. تتمثل في الوفاء؛ استحالة التنفيذ؛ الابراء الاختياري؛ التجديد؛ المقاصة؛ اتحاذ الذمة؛ التقادم والإقالة الاختيارية[925].

ونظرا لسبق مناقشتنا للتجديد والإبراء في إطار تطرقنا لآثار تفويت العقد الأصلي على التزام الكفيل وتناولنا لإمكانية تمسك الكفيل بالتخفيضات المحددة في مخطط الاستمرارية، فإننا سنقتصر في هذا المقام على التطرق لدفوع الكفيل المتعلقة بالوفاء والتقادم كسببين لانقضاء الالتزام الأصلي نظرا للإشكالات التي تطرحها وتأثرها بقواعد مسطرة التسوية القضائية وخاصة فيما يتعلق بصحة الوفاء.

أ- إمكانية تمسك الكفيل بالوفاء الصحيح

يعد الوفاء السبب الطبيعي والأساسي لانقضاء الالتزامات، وهو كذلك السبب الأول لانقضاء الكفالة بصفة تبعية[926]، لأن التزام الكفيل ينقضي بصفة تبعية نتيجة لانقضاء التزام المدين، فالتزام الكفيل لا يقوم بمفرده بل لا بد أن يرتكز على التزام أصلي يعمل على الوفاء به،

[925]- حيث ينص الفصل 1150 من ق.ل.ع. على أنه: " كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه يترتب عليها انتهاء الكفالة ".

[926]- Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.183.

وهو تابع لهذا الالتزام في وجوده وانقضائه، وبذلك إذا انقضى الالتزام الأصلي بتنفيذ المدين لالتزامه في مواجهة الدائن بالوفاء الكلي ينقضي تبعا له التزام الكفيل، أما إذا كان الوفاء جزئيا فإن ذمة المدين والكفيل لا تبرأ إلا بمقدار ما تم الوفاء به[927].

ولا بد لانقضاء التزام الكفيل بالوفاء، أن يتم الوفاء بالالتزام الأصلي من طرف المدين نفسه، أما الوفاء الذي يتم من قبل الغير فلا يؤدي لانقضاء الدين، لأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى دينه حلولا اتفاقيا أو قانونيا، وذمة الكفيل لا تبرأ في هذه الحالة لأن ذمة المدين لم تبرأ أيضا[928]، لأن الدين مازال قائما بكل ضماناته وقد حل فيه الموفي محل الدائن، وهو الأمر الذي يؤكده الفصل 215 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " الحلول المقرر في الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد المدين على السواء. والدائن الذي يستوفي جزءا من دينه يشترك مع الغير الذي وفاه له في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته في الدين".

ويعتبر في حكم الوفاء العرض الحقيقي الذي يليه إيداع، لأن الوفاء يمكن أن يتم عن طريق عرض محل الالتزام إذا كان مبلغا من المال على الدائن، فإذا رفض استلامه، كان للمدين أن يبرئ ذمته بإيداعه في مستودع الأمانات الذي تعينه المحكمة[929]، وابتداء من يوم الإيداع، يتحمل الدائن هلاك الشيء المودع، وتبرأ ذمة المدينين المشتركين في الالتزام وذمة الكفلاء[930]، ويسوغ للمدين أن يسحب الشيء المودع مادام الدائن لم يقبل الإيداع، وفي هذه الحالة، يعود الدين من جديد مع الامتيازات والرهون الرسمية التي كانت ملحقة به، ولا تبرأ ذمة المدينين المشتركين في الدين ولا الكفلاء[931].

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين، أن يكون هذا الوفاء صحيحا، حيث ينص الفصل 320 من ق.ل.ع. على أنه: " ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا

927 - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.99 و 100.
928 - نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س.، ص.141.
- Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Op. Cit., P.103.
929 - قرار المجلس الأعلى رقم 3369، صادر بتاريخ 2000/09/14، في الملف عدد 99/23، منشور، مجلة رسالة المحاماة، ع. 22، ص.130.
930 - راجع الفصل 283 من ق.ل.ع.
931 - راجع الفصل 284 من ق.ل.ع.

للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون"، أما إذا كان الوفاء مخالفا لشروط العقد أو القانون فإنه لا يؤدي لانقضاء التزام المدين الأصلي بالوفاء وبالتبعية لا يؤدي لانقضاء التزام الكفيل.

وفي هذا الإطار، يعد الوفاء الحاصل من المدين خلال فترة الريبة عرضة للبطلان الجوازي بموجب المادة 715 من م.ت. [932] التي تنص على أنه: " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع"[933]، لأن المشرع وحفاظا على مبدأ المساواة بين الدائنين جعل كل أداء يقوم به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع كيفما كانت طريقته أو محله أو سببه، ولو كان جزئيا، سواء كان المستفيد من الأداء عالما بتوقف المدين عن الدفع أم لا[934]، وسواء كان سيء النية أم لا[935]، واقعا تحت طائلة البطلان الجوازي، باستثناء الأداء بكمبيالة أو سند لأمر أو شيك أو دين تم تفويته طبقا للمادة 529 وما بعدها من م.ت.، وذلك حماية للثقة التي يجب أن تسود التعامل بهذه الأوراق التجارية، وتحقيقا لأمن وفعالية القانون الصرفي[936]، لكن مع إمكانية قيام السنديك برفع دعوى لاسترداد المدفوع ضد ساحب الكمبيالة أو في حالة سحب لحساب الغير ضد الآمر بالسحب وكذا ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول للسند لأمر والمستفيد من

---

[932] - المطابقة للمادة 682 من م. ت. المنسوخة.

[933] - وينص المشرع التونسي بموجب الفقرة الثانية من الفصل 446 من المجلة التجارية التونسية، على أنه: " ويمكن للمحكمة إبطال كل دفع آخر يقوم به المدين إيفاء بديون حل أجلها وكل عمل بعوض يصدر عنه على غير النحو المتقدم بعد التوقف عن دفع ديونه إذا كان الأشخاص الذين قبضوا الدين أو عاقدوه عالمين بتوقفه عن دفع ديونه".

[934] - على خلاف التشريع الفرنسي حيث تؤكد محكمة النقض الفرنسية على ضرورة أن يكون الدائن عالما بتوقف المدين عن الدفع للحكم ببطلان الأداء الذي يتم خلال فترة الريبة:

« Mais attendu que les paiements effectués par le débiteur après la date de cessation des paiements au titre des cotisations sociales incluant celles précomptées sur les salaires peuvent être annulés ou rapportés, dès lors qu'il est établi que le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements;

Attendu qu'ayant relevé, par motifs propres, que les trois paiements litigieux avaient été effectués par la société postérieurement à la date de cessation des paiements et, par motifs adoptés, que l'URSSAF reconnaissait avoir eu connaissance de cet état, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués à la deuxième branche, a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision ». Cass. Com., 21 Juin 2005, Bull. Civ., IV, N° 131, 2005, P.140.

[935]- قرار المجلس الأعلى رقم 17 الصادر بتاريخ 2007/01/10 في الملف التجاري 2004/1/3/748، منشور في كتاب، عمر أزوكار، م. س.، ص 179.

[936] - Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op.Cit., P.268.

الدين المفوت إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين[937].

كما أنه وتفاديا للتسابق بين الدائنين وتجنب محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، وحماية لأصول المقاولة من الاستنزاف، أقر المشرع المغربي مبدأ منع سداد الديون في مواجهة المدين رئيس المقاولة، وذلك بموجب نص المادة 690 من م.ت. [938]، التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يترتب عن حكم فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره". ذلك أن أداء الديون السابقة عن الحكم، يشكل خطورة محققة تطال فرص نجاح مسطرة التسوية القضائية والدائنين في آن واحد[939].

ويترتب على خرق هذا المنع جزاء بطلان الأداء[940]، وهذا البطلان من النظام العام ومطلق، يسوغ لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، سواء كان المدين المحكوم عليه، أو واحدا من الدائنين أو أكثر، أو السنديك أو الأغيار، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها[941]، على أن يقدم الطلب داخل أجل ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام العقد أو أداء الدين، إن لم يكن

---

[937] - راجع المادة 717 من م.ت. المطابقة للمادة 684 من م. ت. المنسوخة.

- وهو المقتضى نفسه لدى المشرع الفرنسي بالنسبة للكمبيالة والسند لأمر والشيك كما تنص على ذلك المادة L. 632-3 من مدونة التجارة الفرنسية:

« Les dispositions des articles L. 632-1 et L. 632-2 ne portent pas atteinte à la validité du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque.
Toutefois, l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut exercer une action en rapport contre le tireur de la lettre de change ou, dans le cas de tirage pour compte, contre le donneur d'ordre, ainsi que contre le bénéficiaire d'un chèque et le premier endosseur d'un billet à ordre, s'il est établi qu'ils avaient connaissance de la cessation des paiements ».

[938] - المطابقة للمادة 627 من م. ت. المنسوخة.

[939]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة، ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.299.

[940]- راجع المادة 691 من م. ت.

[941]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 15، الصادر بتاريخ 2007/05/2، ملف عدد 2006/36 : " وحيث إنه بخصوص الموضوع فإنه بقراءة المادتين 657 و 658 من م.ت.، يلاحظ أن المشرع رتب على خرق مبدأ منع أداء الديون الناشئة قبل حكم فتح المسطرة، جزاء أو مؤيدا صارما تجسد في بطلان العقد أو التسديد، وهذا البطلان من النظام العام ومطلق ويسوغ لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، بما في ذلك السنديك أو الأغيار، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ". قرار غير منشور.

العقد خاضعا للشهر، أما إذا كان العقد خاضعا للشهر، فإن أجل التقادم يسري في هذه الحالة ابتداء من تاريخ إجراء الشهر[942].

وعليه، فإنه في الحالة التي يتم فيها بطلان الأداء طبقا للمقتضيات المذكورة أعلاه، يترتب على ذلك ضرورة إرجاع المبالغ المؤداة إلى أموال المقاولة لإعادة تكوين أصولها، وتطبيقا للمفعول الرجعي لهذا البطلان لا تبرأ ذمة المدين الأصلي وبالتبعية لا تبرأ ذمة الكفيل[943].

وتجب الإشارة، إلى أنه في الحالة التي تتعدد فيها الديون التي في ذمة المدين للدائن وتكون من جنس واحد، ويكون الكفيل قد ضمن بعضها فقط ويقوم المدين بالوفاء بجزء من هذه الديون، فإن هذا الوفاء الجزئي يخصم من الدين الذي عينه المدين سواء كان الدين المكفول أو غيره، وفي حالة سكوته عن هذا التعيين تطبق مقتضيات الفصل 323 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع. فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه، والأولى أن يكون من الدين الذي حل أجله، فإن تعددت الديون الحالة، وقع الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره، فإن تساوت الديون في الضمان، وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين، وإن تساوت في كلفتها على المدين، وقع الخصم من أقدمها تاريخا "[944].

وتبقى من أهم الإشكالات التي يطرحها الوفاء كسبب من أسباب انقضاء التزام المدين الأصلي وبالتبعية انقضاء التزام الكفيل، الإشكال الذي يطرح في الحالة التي يضمن فيها الكفيل جزءا من الدين فقط ويقوم المدين بالوفاء بجزء من الدين، فهل يخصم المبلغ المدفوع من الجزء المكفول أم من الجزء غير المكفول ؟

---

[942]- راجع المادة 691 من م.ت.

[943] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEF, Op. Cit., P.657.

[944] - راجع في نفس السياق المادتين 344 و 345 من القانون المدني المصري.

لقد انقسم الفقه في الجواب على هذا الإشكال إلى اتجاهين، اتجاه أول يرجح مصلحة الدائن ويقول بأن ذمة الكفيل لا تبرأ بالوفاء الجزئي للدين من طرف المدين، واتجاه ثان يرجح مصلحة الكفيل ويعتبر الوفاء الجزئي الذي يقوم به المدين وفاء بالجزء المكفول ويبرئ الكفيل.

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه إذا كان الوفاء جزئيا وكان الدين مكفولا في جزء منه دون الجزء الآخر، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي، وهو لا يجبر عليه، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول، فهو إذ يقبل هذا الوفاء الجزئي فلأنه يستوفي به الجزء غير المكفول من الدين، مستبقيا الجزء المكفول لأنه مضمون بالكفالة[945]، كما أن التزام الكفيل لا يمكن أن ينقضي إلا بالأداء الكلي للدين من قبل المدين[946]، وهذا الأداء الكلي هو وحده الذي يؤدي لإرضاء الدائن، وبالتالي فإن التزام الكفيل يظل قائما إلى أن يتم الوفاء الكلي من قبل الدائن ولا يتحرر من التزامه[947]، وهو حل يتوافق مع الغاية من الكفالة[948]، ولا يمكن استبعاده إلا في حالة وجود اتفاق مخالف يقضي بأن الجزء من الدين المؤدى من طرف المدين يبرئ الكفيل[949].

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه[950] بأنه في الحالة التي تكون فيها الكفالة ضامنة لجزء من دين المدين فقط ويقوم المدين بوفاء جزء من دينه، يجب أن يعتبر هذا الوفاء قد تم للجزء المضمون بالكفالة لأن هذا الجزء هو الأكثر كلفة على المدين، وكذلك تفسيرا للشك في مصلحة المدين أي الكفيل وليس الدائن.

في نظرنا يبقى الاتجاه الأول هو الجدير بالتأييد، لأن الكفالة ولو كانت جزئية تبقى غايتها هي تأمين الدائن وضمان حصوله على أكبر قدر ممكن من الديون، وبالتالي ضمان الكفيل يجب أن يبقى مادام أن دين المدين لم ينقض بصفة كلية، وما دام أن الأطراف لم يتفقوا على

---

[945] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.214.

[946] - Ali JELLOULI, Op. Cit., P.280.

[947]- Christian MOULY, Op. Cit., P.56., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.183 et 184., Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.203.

[948]- Yves PICOD, Op. Cit., P.163.

[949] - Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Op. Cit., P.63., Pascal ANCEL, Droit des sûretés, Op. Cit., P.59.

- محمد علي عبده، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص.183 و 184.

[950] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.102.، نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س.، ص.142.

إبـراء ذمـة الكفيـل بموجـب هـذا الوفـاء الجزئـي، وفي هـذا الإطـار فإننـا لا نتفـق مـع بعـض الباحثين[951] الذين أسسوا بقاء ضمان الكفيل على مقتضيات الفصل 323 من ق.ل.ع. لأن هذا الفصل يتعلق بحالة تعدد الديون كما بينا أعلاه، ولا يمكن أن نطبقه على الحالة التي يكون فيها الدين واحدا لكنه مضمون من طرف الكفيل جزئيا.

كما أن هذا التوجه الذي أيدناه أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1997/01/28[952] الذي قضت فيه بأن الكفالة الضامنة لجزء من الدين لا تنقضي إلا بالأداء الكلي للدين، والأداءات الجزئية التي يقوم بها المدين الأصلي تنصرف في غياب أي اتفاق مخالف، إلى الجزء غير المكفول من الدين[953].

ب- إمكانية تمسك الكفيل بانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم

يعتبر التقادم المسقط أحد أهم أسباب انقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، ولاسيما الالتزامات إذا توانى أصحابها عن ممارستها أو المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون[954]، وفي ذلك ينص المشرع المغربي في الفصل 371 من ق.ل.ع. على أن: " التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام"[955]. ونتيجة لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم التزام الكفيل ينقضي بالتبعية، والغالب أن يسري التقادم بالنسبة للمدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة للكفيل، فينقضي الدينان في وقت واحد، وعندئذ تبرأ ذمة

---

951 - أحمد المنصوري، م. س.، ص.204.

952- Cass. Com. 28 Janvier 1997, Bull. Civ., IV, N° 28, 1997, P.25.
« .. Alors que, lorsque le cautionnement ne garantit qu'une partie de la dette, il n'est éteint que lorsque cette dette est intégralement payée, les paiements partiels faits par le débiteur principal s'imputant d'abord, sauf convention contraire, non alléguée en l'espèce, sur la portion non cautionnée de la dette, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

953 - انظر في نفس السياق:

- Cass. Com. 1 Mars 2005, Cité par, Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEF, Op. Cit., P.664., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 10/04/2019.

954 - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 2، م. س.، ص.516.

955 - وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 2219 من القانون المدني التي جاء فيها:
« La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ».

الكفيل إما لأن المدين قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي، أو لأن التزام الكفيل هو نفسه قد انقضى بالتقادم مستقلا عن الالتزام الأصلي[956].

ولكن، قد يحدث أن يتقادم التزام المدين دون أن يتقادم التزام الكفيل، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي أو حدد له أجل أبعد من الأجل المحدد لالتزام المدين، وبذلك يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل، في هذه الحالة كذلك تبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 1158 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل. وإذا تم التقادم لصالح المدين، أفاد الكفيل". وتطبيقا كذلك لمقتضيات الفصل 376 من نفس القانون الذي ينص على أن: " التقادم يسقط الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد".

ونظرا لكون الدفع بالتقادم ليس من متعلقات النظام العام، فإنه لا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه بل لا بد لمن له مصلحة أن يتمسك به، كما يؤكد على ذلك قانونا الفصل 372 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لابد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه"[957]. ويؤكد على ذلك قضاء قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1997/01/09 الذي جاء فيه: " حيث إن الفصل 372 من قانون الالتزامات والعقود يمنع القاضي أن يثير التقادم تلقائيا فيكون على من يثيره أن يحدد نوع التقادم الذي يتمسك به وهو ما لم يقم به المستأنف عليه.." [958].

ويعتبر المدين من حيث الأصل هو الذي له المصلحة والحق في التمسك بالتقادم ليبرئ ذمته من الدين الذي يطالبه به الدائن، وبالتبعية الكفيل هو كذلك له الحق في التمسك بالتقادم، ويمكن أن يثيره ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذا لم يتمكن لأي سبب من

---

[956] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.231.

[957] - وهو المقتضى الذي تؤكده المادة 2247 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:
« Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ».

[958] - قرار المجلس الأعلى رقم 33، صادر بتاريخ 1997/01/09، في الملف الإداري عدد 96/1/5/98، منشور، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ع. 51، دجنبر 2000، ص.4 وما بعدها.

الأسباب من إثارته أمام المحكمة الابتدائية، باعتباره دفعا موضوعيا، لكن لا يمكنه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[959].

وتكريسا من المشرع المغربي للجانب الحمائي للكفيل، خوله صراحة حق الدفع بالتقادم بالرغم من تنازل المدين عنه، وذلك من خلال الفصل 374 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " يسوغ للدائن ولكل شخص آخر له مصلحة في التمسك بالتقادم، كالكفيل، أن يتمسك به ولو تنازل عنه المدين الأصلي"[960]. وهو الأمر الذي يؤكد عليه الفقه الفرنسي في ظل مقتضيات المادة 2253 من القانون المدني الفرنسي[961]،حيث يعتبر الدفع بالتقادم دفعا متعلقا بالدين يحق للكفيل التمسك به[962] وكل تنازل من المدين عن هذا الدفع عديم الأثر بالنسبة للكفيل[963]، كما يؤكد على ذلك الفقه المصري[964] استنادا على مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 387 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين".

المطلب الثاني: نسبية نجاعة الدفوع الخاصة

بجانب الدفوع المشتركة يمكن للكفيل التمسك بموجب القواعد العامة بمجموعة من الدفوع الخاصة به لا يشترك فيها مع المدين[965]، لكنها تكشف بوضوح الطبيعة الاحتياطية والتبعية لالتزام الكفيل، تتمثل أساسا في تلك الدفوع المتعلقة بمركز الكفيل التي تتجسد في الدفع

---

[959] - أحمد المنصوري، م. س.، ص.210 و 211.

- وهو المقتضى الذي ينص عليه صراحة المشرع الفرنسي في المادة 2248 من القانون الفرنسي:

« Sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel ».

[960] - وفي نفس الإطار ينص المشرع التونسي في الفصل 387 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: " يسوغ للدائن أو لمن له مصلحة في التمسك بمرور الزمان كالكفيل، أن يحتج به ولو تركه المدين".

[961] - تنص هذه المادة على ما يلي:

« Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce ».

[962] - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEF, Op. Cit., P.735.

[963]- Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.189.

[964] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.233.

[965] - في هذا الإطار لن نتطرق لدفوع الكفيل الخاصة المتعلقة بعقد الكفالة ذاته، كأن يكون باطلا أو قابلا للإبطال، أو أن يكون التزام الكفيل قد انقضى بصفة أصلية دون أن ينقضي التزام المدين، لأن براءة الكفيل استنادا لهذه الدفوع تخضع إلى النظرية العامة للالتزام، ونحن ما يعنينا في موضوعنا هي تلك الدفوع الراجعة لفكرة التبعية التي تربط بين التزام الكفيل والتزام المدين.

بالتجريد؛ الدفع بإضاعة الضمانات والدفع بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين، يهدف من ورائها الكفيل إما منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين، أو إبراء ذمته نظرا لتقصير الدائن في مواجهة المدين، لأنه تقصير يسأل عنه في علاقته بالكفيل، لأن الكفيل لا مصلحة له في الدين، فهو يلتزم بالضمان بقصد الرجوع على المدين بما أداه، وإذا أدى تقصير الدائن إلى الإضرار برجوع الكفيل على المدين كان مسؤولا عن ذلك، ويمكن للكفيل مواجهته بقدر الضرر الذي أصابه بسبب تقصيره.

لكن، الملاحظ هو أن نجاعة هذه الدفوع الخاصة في حماية الكفيل تبقى نسبية، لأنه بمجرد فتح مسطرة التسوية القضائية يفقد الكفيل حقه في إثارة الدفع بالتجريد (الفقرة الأولى) كما أن دفع الكفيل بإضاعة الضمانات يتم في غياب أي نص قانوني صريح ينظم هذا الدفع بخلاف الوضع في التشريعات المقارنة (الفقرة الثانية) وزيادة على ذلك يبقى الدفع بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين قليل التفعيل في الواقع العملي في ظل حرص أغلب الدائنين على المطالبة بديونهم في الآجال المحددة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: تعطيل الدفع بالتجريد

الدفع بالتجريد حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل إذا توفرت شروط معينة، منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين[966].

والحكمة من تقرير هذا الدفع، هي حماية مصلحة الكفيل مع عدم الإضرار بالدائن، وتوفير الاجراءات والمصاريف[967]، فالكفيل يلتزم بالوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف به المدين، وبالتالي فالتزام الكفيل يأتي بعد التزام المدين الأصلي، بشكل يجسد الطابع الاحتياطي لالتزام الكفيل[968]، ولذلك يجب على الدائن أن يحاول أولا استيفاء دينه من أموال المدين، فإذا اتضع عدم كفايتها، يمكنه آنذاك أن يقوم بالتنفيذ على أموال الكفيل، إذ ليس هناك ما يدعو إلى

[966] - محمد صبري السعدي، م. س.، ص.77.
[967] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.67.
[968]- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.574.

إطالة الإجراءات بأن يباشر الدائن التنفيذ على أموال الكفيل، ثم يعود هذا الأخير فيطالب المدين وينفذ على أمواله، متى أمكن للدائن أن يستوفي دينه من المدين الأصلي، فأساس هذا الدفع يكمن في توفير الإجراءات والمصاريف، وكذلك في قواعد العدالة لأنه مادام المدين مليء الذمة فليس من العدل إلزام الكفيل بالوفاء للدائن[969].

وقد نص المشرع المغربي على حق الكفيل في هذا الدفع في الفصل 1136 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن أن يقوم أولا بتجريد المدين من أمواله المنقولة والعقارية، بشرط أن تكون قابلة للتنفيذ عليها، وأن توجد في المغرب وأن يقوم بإرشاده إليها.

وعندئذ، تتوقف مطالبة الكفيل إلى أن تجرد أموال المدين الأصلي بدون إخلال بحق الدائن في اتخاذ ما عساه أن يؤذن له به من الإجراءات التحفظية ضد الكفيل. وإذا كان للدائن حق الرهن الحيازي أو الرهن بدون حيازة أو حق الحبس على منقول مملوك للمدين، وجب عليه أن يستوفي دينه منه، ما لم يكن مخصصا لضمان ديون أخرى على المدين حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعها ".

يتبين من هذا النص، بأن المشرع المغربي كنظرائه في التشريعات المقارنة[970]، يخول من حيث المبدأ الحق للكفيل في الدفع بالتجريد، الذي يتجسد في الطلب من الدائن بأن يقوم أولا بتجريد المدين الأصلي من أمواله المنقولة والعقارية، مع اشتراط أن تكون هذه الأموال قابلة للتنفيذ عليها، وأن توجد في المغرب، وأن يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إليها، ليترتب على ذلك توقف الدائن عن مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله، وإذا كان النزاع معروضا على المحكمة فإنها تأمر بوقف الإجراءات التنفيذية ضد الكفيل، بل إنها تأمر بوقف هذه الإجراءات مؤقتا بمجرد إبداء الدفع حتى تتم نظرها فيه، فإذا انتهت إلى أحقية الكفيل في التمسك به، أوقفت

969 - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.146.
970 - راجع الفصل 1498 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة 2298 من القانون المدني الفرنسي.

الاجراءات نهائيا، ويبقى للدائن في هذه الحالة الحق في القيام بإجراءات تحفظية ضد أموال الكفيل[971].

إذا كان هذا هو المبدأ، فإن حق الكفيل في الدفع بالتجريد يتعطل في مجموعة من الحالات، منها حالة تضامن الكفيل مع المدين، ولا يخفى أن شرط التضامن في الكفالة أصبح مؤلوفا في الواقع العملي [972]، بشكل أصبحت معه الكفالة التضامنية هي الأصل[973]، ومنها الحالة التي تصدق على خضوع المدين المتوقف عن الدفع لمسطرة التسوية القضائية، حيث ينص المشرع المغربي في الفصل 1137 من ق.ل.ع. على أنه: " ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من أمواله:

أولا: إذا كان قد تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريد، وعلى الخصوص إذا كان قد التزم متضامنا مع المدين الأصلي؛

ثانيا: إذا صعبت إلى حد كبير مطالبة المدين الأصلي واتخاذ إجراءات التنفيذ عليه، نتيجة تحويل محل إقامته أو موطنه أو مركز صناعته بعد قيام الالتزام؛

ثالثا: إذا كان المدين الأصلي في حالة إعسار بين أو إفلاس وقع إشهاره؛

رابعا: إذا كانت الأموال التي يمكن تجريد المدين منها متنازعا عليها أو مثقلة برهون رسمية تستغرق جزءا كبيرا من قيمتها، أو كان من الواضح أنها ليست كافية للوفاء بكل حق الدائن، أو لم يكن للمدين عليها إلا حق قابل للفسخ"[974].

إن الحالة الثالثة المنصوص عليها في المادة أعلاه، تصدق على مسطرة التسوية القضائية، لأن المدين الخاضع للمسطرة يكون متوقفا عن الدفع، بمعنى أنه يعاني من إعسار بين، كما أن حكم فتح مسطرة التسوية القضائية يتم شهره، وبذلك فإنه بمجرد صدور حكم فتح مسطرة

---

[971] - عبد الكريم شهبون، م. س.، ص.86.

[972] - Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.54.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.117.

[973] - حيث نجد بأن المشرع الأردني ينص في المادة 950 من القانون المدني على أن: " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة في تنفيذ التزام". وينص في الفصل 967 على أنه: " للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا ".

[974] - وهي نفس المقتضيات التي ينص عليها المشرع التونسي في الفصل 1499 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وقد جاء فيه: " ليس للكفيل أن يحيل الدائن على تتبع مكاسب المدين في الصور الآتية: ... إذا كان إعسار المدين مشهورا أو ثبت إفلاسه قضائيا ".

التسوية القضائية يتعطل حق الكفيل في الدفع بالتجريد، ولا يبقى أمامه إلا التمسك بباقي الدفوع التي يخول له القانون التمسك بها، لإيقاف مطالبة الدائن أو لإبراء ذمته.

الفقرة الثانية: غياب التنصيص الصريح على الدفع بإضاعة الضمانات

كثيرا ما يقع في الواقع العملي أن يتسبب الدائن المضمون دينه بكفالة في ضياع مجموعة من الضمانات والحقوق الأخرى التي يتمتع بها في مواجهة المدين، والتي يمكن للكفيل أن يستفيد منها عند قيامه بالأداء، لأنه يتمتع بحق الحلول محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 1147 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " الكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين في حدود حصة كل منهم. غير أن هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل "[975]. وتطبيقا كذلك لنص الفصل 214 من نفس القانون الذي ينص على أنه يقع الحلول بمقتضى القانون " لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة "[976].

وبالرغم من هذا الحق الثابت للكفيل في الحلول محل الدائن، لم ينص المشرع المغربي صراحة على هذا الدفع في إطار المقتضيات المنظمة للكفالة، بخلاف أغلب التشريعات المقارنة التي نصت صراحة على هذا الدفع، حيث تنص المادة 2314 من القانون المدني الفرنسي على أنه " يبرأ الكفيل عندما لا يعود الحلول في حقوق الدائن ورهوناته وامتيازاته ممكنا لمصلحته، بفعل الدائن، وكل شرط مخالف يعد وكأن لم يكتب"[977]، وينص المشرع المصري في المادة

---

[975] - في نفس الإطار تنص المادة 2306 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».
- راجع في نفس السياق كذلك الفصل 1509 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[976] - وهو المقتضى نفسه الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 226 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : " يقع الحلول قانونا في الصور الآتية: .. لمن أدى دينا كان مشتركا فيه مع المدين أو مطلوبا به في حقه على أنه مدين متضامن معه أو كفيل عنه أو معه أو وكيل بالعمولة.

[977]- « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ».
- من أجل تقوية حماية الكفيل المشرع الفرنسي اعتبر حقه في الدفع بإضاعة الضمانات من النظام العام لا يمكن التنازل عنه، بحيث أن كل شرط يفيد تنازل الكفيل عن الاستفادة من مقتضيات المادة 2314 يعتبر وأنه لم يكتب.

784 من القانون المدني على أنه: " تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون"[978].

وفي ظل غياب التنصيص القانوني الصريح على الدفع بإضاعة الضمانات من طرف المشرع المغربي في إطار المقتضيات المنظمة للكفالة الشخصية، يمكن عن طريق القياس تأسيس هذا الدفع على مقتضيات الفقرة الخامسة من الفصل 1203 مكرر من ق.ل.ع. المنظمة لهذا الدفع في إطار مقتضيات الكفالة العينية، التي تعد من المستجدات التي جاء بها القانون رقم 18/21 المتعلق بالضمانات المنقولة، إذ تنص هذه الفقرة على أنه: " ينقضي الرهن الحيازي عندما يفقد الراهن إمكانية الحلول في حقوق الدائن المرتهن بسبب فعل هذا الدائن أو خطئه، مع مراعاة أحكام الفصلين 77 و 78 من هذا القانون. ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن". كذلك نرى كما يؤكد أغلب الفقه[979] بأن مبدأ حسن النية[980] يشكل الأساس القانوني الأكثر إقناعا لإلزام الدائن بضرورة الحفاظ على الضمانات والحقوق التي يتمتع بها في مواجهة المدين، لأن حسن النية يقتضي من الدائن المحافظة على هذه الضمانات والحقوق لكي يستفيد منها الكفيل عند حلوله محل الدائن، تطبيقا للفصل 231 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"[981].

في حين أن إضاعة الدائن بخطئه لهذه الضمانات والحقوق التي غالبا ما يكون الكفيل قد اعتمد عليها في كفالته لالتزام المدين، يضر بالكفيل إذ يقلل من فرص حصوله على حقه عند

- Samira HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, Thèse de doctorat pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambresis, 09 février 2016, P.256 et 257.

[978] - انظر كذلك المادة 656 من القانون المدني الجزائري والمادة 1089 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

[979] - Dimitri HOUTCIEF, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, R.T.D. Civ., Avril-Juin 2006, P.201., Alain PARENT, L'exception de subrogation, Raison d'être et mise en œuvre, R.J.T., N° 43, 2009, P.268., Christian MOULY, Op. Cit., P.542.

[980] - للتعمق أكثر حول مفهوم حسن النية راجع :

- كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص.9 وما بعدها.

- Pascal ANCEL, Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, R.J.T., N° 45-1, P.91 et S.

[981] - راجع في نفس المعنى الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

الرجوع على المدين[982]، لذلك يجب تقرير مسؤولية الدائن وتخويل الحق للكفيل في التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات والحقوق جزاء له على هذا الخطأ[983].

إذا ثبت ما سبق، قلنا بأن براءة الكفيل استنادا للدفع بإضاعة الضمانات يستلزم تفعيلها توفر ثلاث شروط، تتمثل في ضرورة وجود ضمانات خاصة للدائن (أولا) وأن يكون ضياع هذه الضمانات قد تم بخطأ من الدائن (ثانيا) وأن يترتب عن ضياع هذه الضمانات ضرر للكفيل (ثالثا).

أولا: وجود ضمانات خاصة

لكي يثبت للكفيل الحق في التمسك بالدفع بإضاعة الضمانات يجب أن يكون الالتزام المكفول مضمونا بضمانات خاصة، سواء كانت هذه الضمانات شخصية ككفالة أخرى أو تضامن بين المدينين أو ضمان مستقل ..، أو كانت عينية كالرهن الرسمي أو الحيازي أو كانت عبارة عن حقوق امتياز..، فكل الضمانات الخاصة كيفما كان نوعها وكيفما كان مصدرها يمكن أن يستند إليها الكفيل لإبراء ذمته إذا توفرت باقي الشروط[984].

وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1988/07/11 بأنه في حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يمكن أن يمارس حق الاسترداد من طرف البائع أو الغير الذي يحل محله في حقوقه، الكفيل يكون له الحق في التمسك بمقتضيات المادة 2037 من القانون المدني الفرنسي (حاليا المادة 2314) عندما لا يمارس الدائن الاسترداد داخل الأجل المفتوح لهذه الغاية، الشيء الذي ينتج عنه حرمان الكفيل من حق يمكن أن يستفيد منه[985]، كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1993/02/17 بإمكانية تطبيق المادة 2037 (حاليا المادة 2314) عندما لا يمارس المكري في الوقت المناسب دعوى

---

982 - Alain PARENT, Op. Cit., P.270.

983 - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.89.

984 - نبيل ابراهم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س. ص.158.

985 - Cass. Com., 11 Juillet 1988, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2647.

الفسخ ضد المكتري، بشكل أدى بعد فتح مسطرة التسوية القضائية لعدم إمكانية حلول الكفيل في دعوى الفسخ المذكورة[986].

ومن البديهي أن لا يعتبر من قبيل الضمانات الخاصة الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه، فإذا قصر الدائن في المحافظة على هذا الضمان العام المقرر له على أموال مدينه، كأن يكون قد تهاون في مطالبة المدين حتى أعسر أو قصر في الطعن بعدم نفاذ بعض تصرفات المدين في حقه، فإنه لا يثبت للكفيل الحق في التمسك بإضاعة الضمانات في هذه الحالة[987]، وتطبيقا لذلك قضت محكمة تولوز في حكمها الصادر بتاريخ 1985/12/02 بأن عدم ممارسة الدائن للدعوى البوليانية التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم نفاذ هبة على سبيل القسمة، لا يمكن اعتباره سببا لإبراء الكفيل طالما أن نجاح مثل هذه الدعوى يبدو احتماليا، كما أن الدائن قد يرى بأنه من الأفضل له أن يرجع على دائنين آخرين[988].

وبخصوص نطاق الضمانات المقصودة، بمعنى هل تقتصر على الضمانات الناشئة قبل إبرام عقد الكفالة أم تشمل حتى الضمانات الناشئة بعد إبرامها، حسم المشرع المصري النقاش الفقهي والتضارب القضائي الذي أثاره هذا الإشكال[989]، حيث نص صراحة في المادة 784 من القانون المدني بأن المقصود بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه كذلك المشرع الجزائري في المادة 656 من القانون المدني التي تنص على أنه: " تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو

---

[986]« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses énonciations que les époux Y... n'avaient pas exercé en temps utile l'action résolutoire contre la société Sanilux, de sorte que, par l'effet du redressement judiciaire de ce débiteur principal, la caution ne pouvait plus être subrogée dans ladite action résolutoire, la cour d'appel a violé le texte susvisé » Cass. Civ., 1re, 17 Février 1993, Bull. Civ., I, N° 75, 1993, P.49., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 11/04/2019.

[987] - صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص.325.

- Cass. Civ., 1re, 21 Mars 1984, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2647.

[988] - Toulouse, 2 Décembre 1985, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2648.

[989] - راجع بخصوص هذا النقاش الفقهي والتضارب القضائي:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.245 و 246.، عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.274.

تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون". أما على مستوى القانون الفرنسي فنجد بأن محكمة النقض الفرنسية قد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1980/10/08 بأنه وفقا للمادة 2037 من القانون المدني (حاليا المادة 2314) الكفيل لا يحرر إلا إذا كانت هذه الضمانات موجودة بصورة سابقة لعقد الكفالة أو إذا كان الدائن قد التزم بأخذها[990].

ثانيا: وجوب ضياع الضمانات الخاصة بخطأ الدائن

لكي يستطيع الكفيل التمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعة الضمانات، يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه ضياع تلك الضمانات التي تضمن الالتزام المكفول، والخطأ الذي يرتكبه الدائن قد يكون إيجابيا أو سلبيا، ومن أمثلة الخطأ الايجابي أن يبرئ الدائن كفيلا آخر أو مدينا متضامنا مع المدين الأصلي أو ضامن مستقل، أو يتنازل عن حق الحبس أو عن الرهن المقرر لضمان حقه، أو يتنازله لدائن آخر متأخر عن مرتبته في الرهن، أو يتنازله عن حق الامتياز. ومن أمثلة الخطأ السلبي عدم قيد الرهن أو عدم تجديده أو عدم ممارسة دعوى الاسترداد، أو تركه الأموال التي يقع عليها امتيازه أو رهنه تباع من غير أن يطالب بحق أولويته على الثمن[991].

ومن الأمثلة كذلك لخطأ الدائن، تأخره في تقييد الرهون والامتيازات لحين صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية لأن تقييد هذه الرهون والامتيازات بعد فتح المسطرة يقع

---

[990]- Cass. Civ., 1re, 8 Octobre 1980, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 11/04/2019.

« Mais attendu que, selon l'article 2037 du code civil, la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement au contrat de cautionnement, ou que si le créancier s'était engage a les prendre; que la cour d'appel, ayant relève qu'aucune sûreté n'avait été prise en garantie de la créance, a justement écarte en l'espèce l'application du texte précité; d'ou il suit que le moyen ne peut être accueilli ».

[991] - راجع في هذه الأمثلة وتطبيقاتها القضائية:

- Alian PARENT, Op. Cit., P.286 et 287., Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.257 et 258.

تحت طائلة البطلان[992]، لأن المادة 699 من م.ت. [993] تنص على أنه: " لا يمكن تقييد الرهون الرسمية ولا الرهن ولا الامتيازات بعد الحكم بفتح المسطرة".

وبخلاف ما سبق، إذا كان ضياع الضمان الخاص راجعا لفعل الغير أو فعل الكفيل نفسه أو قوة قاهرة، فإنه لا يثبت للكفيل حق الدفع بإضاعة الضمانات، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/11 بأنه لا يمكن تحرير الكفيل عندما يكون عدم إنشاء الضمانات المضمنة في العقد لم يتم بفعل الدائن الحصري[994].

وفي علاقة بقواعد مسطرة التسوية القضائية، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1996/10/22 بأن القبول الصريح أو الضمني من قبل الدائن لاقتراح التخفيض من الدين في إطار إعداد مخطط الاستمرارية لا يشكل خطأ من شأنه أن يرتب مسؤوليته بسبب حرمانه بذلك الكفيل من دعوى الحلول، إلا في حالة الغش للإضرار بحقوق الكفيل[995].

وقد ثار نقاش فقهي في هذا الإطار حول الحالة التي يتم فيها ضياع الضمان بخطأ مشترك بين الدائن والكفيل، حيث ذهب رأي وهو الجدير بالتأييد في نظرنا إلى القول بأنه في حالة الخطأ المشترك تطبق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، التي تقضي بتوزيع التعويض على المشتركين في الخطأ فيكون الدائن مسؤولا بقدر ما أسهم به في إضاعة الضمان الخاص، وللكفيل أن يتمسك ببراءته في هذه الحدود[996]، في حين يذهب الرأي الثاني للقول بأنه لا يمكن القبول بالرجوع للقواعد العامة لأن الأمر يتعلق بقاعدة خاصة تقرر براءة ذمة الكفيل مراعاة لمصلحته،

---

992 - امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، م. س.، ص.66.

993 - المطابقة للمادة 666 من م. ت. المنسوخة.

994 - Cass. Com., 11 Janvier 1994, Bull. Civ., IV, N° 15, 1994, P.12.

- راجع في التمييز بين الفعل الحصري والفعل غير الحصري للدائن:

- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEF, Op. Cit., P.808-816.

995- « Mais attendu que l'acceptation expresse ou implicite, par le créancier, de la proposition de remise de dette qui lui est faite en vue de l'élaboration du plan de continuation du débiteur n'est pas constitutive d'une faute; que, dès lors, la banque, en ne refusant pas la réduction de sa créance, qui participe de la nature judiciaire des dispositions du plan, n'a pas engagé sa responsabilité pour avoir, à due concurrence, privé la caution de son recours subrogatoire, sauf fraude aux droits de celle-ci; que la cour d'appel n'avait donc pas à effectuer la recherche inopérante visée au moyen; que celui-ci n'est pas fondé » Cass. Com., 22 Octobre 1996, Bull. Civ., IV, N° 255, 1996, P.219.

996 - نبيل ابراهم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س. ص.159.

ولذلك لا يجوز تطبيق هذه القاعدة الخاصة إذا كان الكفيل قد ساهم بخطئه في إضاعة هذا الضمان ولو نسب خطأ للدائن في ذلك أيضا[997].

ثالثا: وجوب أن يترتب عن ضياع الضمان ضرر للكفيل

بالإضافة للشرطين السابقين، يشترط لتمسك الكفيل ببراءة ذمته بناء على الدفع بإضاعة الضمانات، أن يترتب على ضياع هذه الضمانات ضرر للكفيل، وبمعنى آخر يجب أن يكون الضمان الضائع ذا قيمة معتبرة [998]، أي ضمان منتج[999]، وبالتالي فعال في ضمان رجوع الكفيل على المدين بعد قيامه بالوفاء للدائن، كضياع حق الأولوية الذي يشكل من حيث المبدأ ضررا للكفيل[1000]، ولا يؤثر في ذلك كون المدين موسر أو أن الدين المكفول مضمون أيضا بضمانات أخرى تكفي للوفاء بالدين، لأن مجرد ضياع ضمان منتج من شأنه أن يقلل من فرص حصول الكفيل على حقه عند رجوعه على المدين، ولا يجوز للدائن إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع أن يعترض على ذلك لأن المدين مليء الذمة أو لأن الضمانات الأخرى تكفي لضمان الوفاء بالدين، لأن المدين قد يعسر وقد تضيع الضمانات الأخرى فيما بعد دون خطأ الدائن، وزيادة على ذلك فاعتراض الدائن في هذه الحالة يكون مردودا لأنه إن صح لا تكون له مصلحة في التمسك ببقاء التزام الكفيل[1001].

ولا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إذا كانت الضمانات التي أضاعها الدائن غير فعالة[1002]، لأنه لا يترتب على ضياعها ضرر للكفيل، كما لو كان المدين الذي أبرأه الدائن معسرا لدرجة تجعل الرجوع عليه عديم الجدوى، أو كان الرهن الذي تنازل عنه الدائن متأخر في المرتبة عن رهون أخرى تستغرق قيمة العقار المرهون[1003]، وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/24 بأنه إذا ثبت بأن التقصير المنسوب

---

997 - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.94.، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.245.،

998 - محمد صبري السعدي، م. س.، ص.74.

999 - صابر محمد محمد سيد، م. س.، ص. 328.

1000- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.125.

1001 - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.95.

1002 - Pascale ANCEL, Droit des sûretés, Op. Cit., P.62.

1003 - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.275.

لخطأ الدائن لم يسبب أي ضرر للكفيل، فإن هذا الأخير لا يمكنه طلب الاستفادة من مقتضيات المادة 2314 من القانون المدني الفرنسي[1004].

وبالرجوع للتطبيقات القضائية المغربية، نجد بأن قرار المجلس الأعلى رقم 394 الصادر بتاريخ 2004/03/31 أخذ بدفوع الكفيل التي تمسك فيها ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات لكون البنك الدائن رفع اليد عن الأصل التجاري وأذن للشركة المكفولة ببيعه بثمن بخس، وبأن هذا الفعل ألحق به ضررا جسيما، ونقض بذلك قرار محكمة الاستئناف التي لم تأخذ بدفوع الكفيل، وقد علل المجلس الأعلى قراره بما يلي: " حيث تبين أن الطالب أثار استئنافيا بأن ضررا جسيما لحقه من جراء موقف البنك المطلوب لأنه قدم ضمانته على الأصل التجاري بيعقوب المنصور، غير أن الأخير البنك رفع اليد عن هذا الأصل وأذن للشركة المكفولة ببيعه بثمن بخس، وأن ذلك أدى إلى انتهاء الضمان، ملتمسا إخراجه من الدعوى، غير أن المحكمة ورغم ما قد يكون للدفع من تأثير، لم ترد عليه بتعليل واضح في حيثيات قرارها فأتى ناقص التعليل منزل منزلة منعدم التعليل عرضة للنقض"[1005].

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2013/03/14 لم تقض المحكمة ببراءة ذمة الكفيل نتيجة لعدم قيام الدائن بتقييد الرهن وتجديده، وعللت قرارها بالتالي: " .. وبخصوص عدم تقييد الرهن وعدم تجديده، فردته المحكمة بقولها إن المستأنفة لم تثبت مصلحتها في الدفع بعدم تقييد الرهن المتعلق بالمدين الأصلي بالسجل التجاري لهذا الأخير، علما بأن عدم تقييد الرهن أو عدم تجديد هذا التقييد لا يترتب عنه سقوط الدين عن المدين الأصلي. وهو تعليل غير منتقد أيضا، ولم تكن محكمة الاستئناف ملزمة بالإشارة في تعليلها إلى واقعة تكليف المطلوب بالإدلاء بما يثبت تقييد الرهن وتجديد تقييده بالسجل التجاري، كما لم تكن ملزمة بتعليل التراجع عن تكليفه بما ذكر، ما دام الأمر يهم وقائع تمت خلال المرحلة الابتدائية وليس أمامها "[1006].

[1004] - Cass. Civ., 1re, 24 Octobre 2006, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2651.

[1005] - قرار رقم 394، صادر بتاريخ 2004/03/31، في الملف التجاري عدد 2003/2/3/1396، منشور، م. م. م.، ع. 99، ص.74 وما يليها.

[1006] - قرار رقم 1/100، صادر بتاريخ 2013/03/14، في الملف التجاري عدد 2011/1/3/846، غير منشور.

قد يبدو للوهلة الأولى من قراءة هذا التعليل بأن محكمة النقض أيدت قرار محكمة الاستئناف الذي لم يأخذ بدفع الكفيل بإضاعة الدائن للضمانات، بدعوى أن الكفيلة لم تثبت مصلحتها في الدفع بعدم تقييد الرهن الرسمي المتعلق بالمدين الأصلي، في حين أن مصلحة الكفيلة ثابتة والضرر الذي أصابها متمثل في عدم تمكنها في الحلول محل الدائن في الرهن الذي لم يتم تقييده. لكن بقراءة متعمقة في وقائع هذا القرار وحيثياته سيتبين بأن محكمة الاستئناف ومحكمة النقض لم تكن في حاجة لتعليل قرارها بعبارة أن الكفيلة لم تثبت مصلحتها في الدفع، لكون دفاع الكفيلة في نظرنا تقدم بدفوع غير منتجة وتمسك بتطبيق نصوص قانونية لا علاقة لها بالموضوع، تتمثل في الفصل 1140 من ق.ل.ع. والمادتين 137 و 367 من م.ت.، وهو الذي تسبب في خسارة الكفيلة للقضية، لأنه لو كان تمسك بالدفع بإضاعة الضمانات استنادا لحق الكفيلة في الحلول محل الدائن في ضماناته، معززا بالفصل 231 من ق.ل.ع. الذي يستوجب تنفيذ كل تعهد بحسن نية، لكانت النتيجة هي ربح الكفيلة للقضية، لأن المحكمة كانت في حاجة لهذه الدفوع بحسب ما توحي بذلك عبارة " إن المستأنفة لم تثبت مصلحتها ".

وتجب الإشارة إلى أن الكفيل يجب عليه التمسك بالدفع بإضاعة الضمانات، إذ إن المحكمة لا يمكن أن تثيره من تلقاء نفسها لأنه دفع غير متعلق بالنظام العام، وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة الاستئناف ولو لأول مرة، ولكن لا يجوز له أن يتمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض[1007]. وعلى الكفيل يقع عبء إثبات أن الدائن أضاع التأمين بخطئه، وتحديد الضمانات التي كان سيستفيد منها بحلوله محل الدائن وتمت خسارتها بفعل تخلف الدائن عن العمل للمحافظة عليها[1008]، وبأن الحلول قد أصبح مستحيلا بفعل الدائن[1009].

[1007] - محمد صبري السعدي، م. س.، ص.75.

[1008] - Cass. Civ., 1re, 22 Mai 2002, Bull. Civ., I, N°139, 2002, P.106. Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 11/04/2019.

« Attendu d'abord que la caution peut être déchargée à concurrence des droits dont elle a été privée par le seul fait exclusif du créancier; que la cour d'appel ayant constaté que les cautions n'avaient aucunement indiqué quel droit précis, susceptible de permettre une subrogation, avait été perdu du fait de la seule inaction du créancier, en a exactement déduit que les conditions de l'application de l'article 2037 du Code civil n'étaient pas réunies ».

[1009]- Cass. Civ., 1re, 13 Novembre 1996, Bull. Civ., I, N° 394, P.275.

وحق الدفع بإضاعة الضمانات يثبت للكفيل سواء كان متضامنا مع المدين أم غير متضامن، وللكفيل العيني[1010]، والضامن الاحتياطي بدوره له الحق في الدفع بإضاعة الضمانات، بحسب ما يؤكد على ذلك الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن[1011]، وهو الأمر الذي يؤكده الفقه المغربي[1012] بتعليل شاف ومقنع، حيث يعتبر أن تطبيق المقتضى القانوني المتعلق بإضاعة الضمانات على العلاقة الصرفية التي تربط الدائن بالضامن الاحتياطي تمليه القواعد العامة، التي تلزم المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم بحسن نية، وتفرض عليهم التعاون وعدم القيام بأي عمل يجعل تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته أكثر إرهاقا وصعوبة، فالدائن قد يرتكب خطأ أو تهاونا في الحفاظ على حقوقه في مواجهة مدينه، كما أنه قد يقع تواطؤ بين الدائن ومدينه إضرارا بالضامن الاحتياطي، وبذلك فتطبيق مقتضيات الدفع بإضاعة الضمانات لا يتعارض مع قواعد القانون الصرفي، والقول بخلاف ذلك يؤدي لاستفادة الدائن من خطئه ومن ثم إعفاؤه من المسؤولية في مواجهة الضامن الاحتياطي.

وقبول هذا الدفع يترتب عليه براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات، فإذا كانت هذه الضمانات تكفي للوفاء بكل الدين برئت ذمة الكفيل نهائيا، وإلا برئت بالقدر الذي يعادل قيمة الضمان الذي أضاعه الدائن[1013]، وهو الأمر الذي تؤكده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/05/09 بقضائها بأن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا في حدود قيمة الحقوق التي يمكن أن تؤول إليه عبر الحلول والتي حرم منها بفعل الدائن[1014].

[1010] - Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.120., Christian MOULY, Op. Cit., P.496 et 497.

[1011] - Yves CHAPUT, Effets de commerce, Op. Cit., P.85., Christian MOULY, Op. Cit., P.500 et 501., Cass. Com., 5 Janvier 1957, Cass. Com., 27 Juin 1967, Cité par, Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.593.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.242.

[1012] - أحمد كويسي، الأوراق التجارية، م. س.، ص.172.

[1013] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.95.

[1014]- Cass. Civ., 1re, 9 Mai 1994, Bull. Civ., I, N° 169, 1994, P.125.

« Vu l'article 2037 du Code civil;

Attendu qu'il résulte de ce texte que la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le fait du créancier ».

حاصل القول، إن الدفع بإضاعة الضمانات يشكل أحد أهم الدفوع التي يمكن من خلالها للكفيل حفظ حقوقه وحمايتها في مواجهة الدائن، الذي يضيع عليه الحقوق التي يحق له الحلول فيها محله وفي مواجهة المدين عند أدائه للدين المكفول، لذلك ندعو المشرع المغربي إلى التنصيص صراحة على هذا الدفع في إطار القواعد المنظمة للكفالة، تحقيقا للأمن القانوني للكفيل وتعزيزا لحمايته في هذا الجانب من علاقته بالدائن.

الفقرة الثالثة: الدفع بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين

حرصا على حماية الكفيل وعدم تركه ملتزما بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية، وخاصة في الحالة التي يتأخر فيها الدائن عن مطالبة المدين، ويبقى سقوط حقه في مواجهته مرتبطا بتحقق التقادم المسقط، خول المشرع المغربي للكفيل حق الرجوع على الدائن من أجل إبراء ذمته من الدين عندما يتأخر الدائن في المطالبة بالدين بعد حلول أجل الاستحقاق، حيث نص في الفصل 1142 من ق.ل.ع. على أنه: " للكفيل أن يرجع على الدائن، من أجل إبراء ذمته من الدين، بمجرد تأخره عن المطالبة به، بعد أن يصبح مستحق الأداء"[1015].

يتبين من المقتضيات القانونية المذكورة أعلاه، بأنه بمجرد حلول أجل الدين وتأخر الدائن في المطالبة به، يثبت للكفيل الحق في الرجوع على الدائن من أجل إبراء ذمته من الدين، بخلاف الوضع في ظل التشريع المصري، حيث لا يؤدي مجرد تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات أو عدم ممارستها إلى إمكانية إبراء ذمة الكفيل، بل يجب على الكفيل إنذار الدائن ومرور أجل ستة أشهر على ذلك لكي تبرأ ذمته، وفي ذلك تنص المادة 785 من القانون المدني المصري على أنه: " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا "[1016].

[1015] - وهو المقتضى نفسه الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 1514 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه: " للكفيل أن يطالب الدائن بإبراء ذمته إذا حل أجل الدين وتأخر الدائن عن مطالبة المدين".

[1016] - راجع في شرح هذه المقتضيات على مستوى الفقه المصري:
- عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.276 و 277.، سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.97.

أما في الحالة التي يكون فيها الدائن قد قام بممارسة الاجراءات القانونية التي تفيد المطالبة بالدين المكفول، فإنه لا يمكن للكفيل الاستفادة من مقتضيات الفصل 1142 من ق.ل.ع. المذكور أعلاه، وهو المقتضى الذي أكدته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها رقم 3492 الصادر بتاريخ 2005/10/11 الذي جاء فيه: " وحيث إنه فضلا على ذلك فإن الثابت في النازلة ومن خلال الوثائق المرفقة بالمقال الافتتاحي للدعوى والمدلى بها من طرف الطاعنين أنفسهم أن البنك المستأنف قد وجه إنذارا إلى المدين الأصلي بتاريخ 2002/10/23 يلتمس منه أداء الأقساط غير المؤداة كما تقدم في مواجهته بدعوى الأداء.

وحيث إنه اعتبارا لما ذكر يكون البنك المستأنف عليه قد قام بالإجراءات القانونية الكفيلة بتمكينه من استخلاص دينه سواء في مواجهة المدين الأصلي أو في مواجهة الكفلاء، وبالتالي فشروط تطبيق الفصل 1142 من ق.ل.ع. غير متوفرة في النازلة والحكم المستأنف كان على صواب حينما قضى برفض الطلب مما يتعين معه التصريح بتأييده"[1017].

وللكفيل من أجل إبراء ذمته في حالة تأخر الدائن عن المطالبة بالدين عند حلول أجله، حق ممارسة دعوى أصلية لإبراء ذمته في مواجهة الدائن، وحق الدفع بعدم القبول بمناسبة دعوى موجهة ضده من طرف الدائن، كما يؤكد على ذلك قرار المجلس الأعلى رقم 148 الصادر بتاريخ 1965/01/19 الذي جاء فيه: " طبقا للمبدأ القائل بأن من يملك الدعوى يملك الدفع الذي لا يشكل الفصل 1142 من ق.ل.ع. استثناء منه، فإن الكفيل الذي يمكنه الرجوع من أجل إبراء ذمته من الدين بواسطة دعوى أصلية على الدائن المستفيد من أوراق تجارية بقيت بدون أداء من طرف المدين رغم حلول أجلها ولم ينظم بشأنها احتجاج من طرف المستفيد، يمكنه بلوغ نفس الغاية عن طريق الدفع بعدم القبول بمناسبة دعوى موجهة ضده "[1018].

[1017] - قرار رقم 3492، صادر بتاريخ 2005/10/11، في الملف التجاري عدد 05/659، غير منشور، أورده أحمد المنصوري، م. س.، 214 و 215.

[1018] - قرار رقم 148، صادر بتاريخ 1965/01/19، منشور ، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 68، ص.398.

المبحث الثاني: تقلص مجال الدفوع في الضمانات الشخصية غير التبعية

بخلاف الوضع في الضمانات الشخصية التبعية المحكومة بخاصية تبعية التزام الضامن للالتزام المضمون، المتميز –كما بينا أعلاه– باتساع مجال الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن، سواء تلك المستمدة من قواعد مسطرة التسوية القضائية أو تلك المستمدة من القواعد العامة، نجد بأن مجال الدفوع يتقلص في الضمانات الشخصية غير التبعية، لكون الضامن يلتزم في الضمان المستقل بصفة مستقلة عن الالتزام المضمون، ويلتزم في التضامن بين المدينين بصفة أصلية وشخصية، الشيء الذي يؤدي لاتساع نطاق قاعدة عدم التمسك بالدفوع في مواجهة الدائن في إطار هذه الضمانات الشخصية، الذي تجلى – كما سبق أن بينا في الباب الأول – في عدم إمكانية تمسك الضامن المستقل والمدين المتضامن في مواجهة الدائن بدفوع المدين الأصلي المستمدة من قواعد مسطرة التسوية القضائية، المتمثلة أساسا في قاعدة وقف المتابعات الفردية، وقاعدة وقف سريان الفوائد، وفي سقوط وانقضاء الدين غير المصرح به، وفي الآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية.

وبناء عليه، فإنه لا يبق أمام الضامن المستقل والمدين المتضامن لحماية حقوقهم في مواجهة الدائن إلا اللجوء للدفوع التي تخولها لهم قواعد هذه الضمانات الشخصية[1019]، والتي سنعمل على تحديد نطاقها وطبيعتها بالنسبة للضامن المستقل (المطلب الأول) وبالنسبة للمدين المتضامن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دفوع الضامن المستقل في مواجهة الدائن

في ظل غياب أي تنظيم قانوني من المشرع المغربي للضمان المستقل، فإنه استنادا إلى جانب من القواعد الدولية والقوانين المقارنة المنظمة للضمانات المستقلة، والرأي الغالب في الفقه والقضاء، الضامن المستقل لا يعود ملزما بأداء مبلغ الضمان في حالة الغش أو التعسف الظاهرين من المستفيد الدائن (الفقرة الأولى) وفي حالة تواطؤ هذا الأخير مع الآمر المدين الأصلي (الفقرة الثانية).

[1019] - ونشير هنا إلى أن الضامن في خطاب النوايا تخضع الدفوع التي يمكنه التمسك بها لقواعد مسؤوليته العقدية التي سبق لنا التطرق إليها في إطار الفصل الأول من هذا الباب.

الفقرة الأولى: الدفع بالغش والتعسف الظاهر

إن مبدأ استقلال التزام الضامن في الضمان المستقل عن العلاقات التي تجمع الآمر بالمستفيد أو التي تجمع الضامن بالآمر، وما يترتب عليه من عدم إمكانية تمسك الضامن المستقل بالدفوع أو اعتراض الآمر على الدفع، لم يحل دون ادخال استثناءات على هذا المبدأ، لأن الواقع العملي أثبت بأن المستفيد يستغل في بعض الحالات الطبيعة المستقلة لهذا الضمان للحصول حقوق أكثر من تلك المنصوص عليها في عقد الأساس، أو للحصول على مبالغ غير مستحقة، كما هو الحال – على سبيل المثال – عندما ينفذ الآمر كافة التزاماته أو يكون عقد الأساس قد تم تقرير فسخه أو بطلانه، ومع ذلك يطالب المستفيد الضامن بأداء مبلغ الضمان.

ومما لا شك فيه، أن مطالبة المستفيد بأداء مبلغ الضمان في الحالات المذكورة أعلاه تكون مشوبة بالغش والتعسف الظاهر، وتضر بحقوق الآمر وبحقوق الضامن المستقل كذلك، لأنه في حالة أدائه لمبلغ الضمان سيواجه عند رجوعه على الآمر بكون أن عقد الأساس قد سبق تقرير بطلانه أو فسخه، أو بأن الالتزام الأصلي قد تم تنفيذه، بشكل سيجعل الضامن المستقل يتحمل المسؤولية في مواجهة الآمر أو متحملا بمبلغ الضمان لوحده، ولا يسعه في هذه الحالة إلا محاولة تدارك الأمر والرجوع على المستفيد من أجل استرداد ما أداه.

ووعيا بخطورة الوضع السابق، نصت بعض القوانين المقارنة التي نظمت الضمان المستقل وجانب من القواعد الدولية، صراحة على الاستثناء المتعلق بالغش والتعسف الظاهر (أولا) كما أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء يؤكد على هذا الاستثناء (ثانيا).

أولا: الغش والتعسف الظاهر في ضوء القانون المقارن والقواعد الدولية

بالرجوع للقوانين المقارنة المنظمة للضمان المستقل، نصت الفقرة الثانية من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي على أن: " الضامن ليس ملزما في حالة التعسف أو الغش الظاهرين من المستفيد .. "[1020].

[1020] - « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire .. »

بالمقابل، لم يورد المشرع المصري استثناء الغش والتعسف الظاهر ضمن مقتضياته القانونية المنظمة للضمان المستقل، واكتفى بالتأكيد على مبدأ استقلال هذا الضمان، والإحالة في الباقي على القواعد والأعراف السائدة في المعاملات الدولية، حيث نص في المادة 355 من القانون التجاري على أن: " خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة. وتسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان "[1021].

وفي إطار القواعد الدولية، نصت المادة 19 من قواعد الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة[1022] على مجموعة من الاستثناءات على التزام الضامن المستقل بسداد الدين، حيث وبموجب هذه المادة يحق للضامن المستقل رفض أداء مبلغ الضمان إذا كان من البين والواضح:

– أن المستند المقدم أيا كان مزور أو قد جرى تزييفه؛

– أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة؛

– أن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره، وذلك يتحقق في الحالة التي لا يكون فيها شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد منه، أو يكون الالتزام الأصلي قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، أو يكون هناك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أداؤه على نحو يرضي المستفيد، أو يكون من

[1021] - راجع بخصوص خطاب الضمان في القانون المصري:
- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.7 وما يليها.

[1022] - تجب الإشارة إلى أن الترجمة العربية لنصوص الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة قد استخدمت لفظ كفالة مستقلة مما يشكل خطأ في الترجمة، لأن الاتفاقية في نصوصها بالفرنسية وردت فيها عبارة Garantie وليس Cautionnement لذلك يجب تدارك هذا الخطأ في الترجمة.

الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من طرف المستفيد[1023].

أما القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية لسنة 2010 المتعلقة بالضمانات عند الطلب (RUGD 757) فلا تنص على أي استثناءات على مبدأ استقلالية التزام الضامن المستقل، الذي تقره في المادة 5 التي تنص على أن الضمان بطبيعته مستقل عن العلاقة الأصلية، والضامن ليس معنيا بأي وجه أو ملتزم بناء على هذه العلاقات. وكل إحالة على العلاقة الأصلية الواردة في الضمان لا تمس بطبيعته المستقلة. والضامن الملتزم بالأداء بناء على الضمان لا يمكنه الاحتجاج بالدفوع المستمدة من علاقة أخرى غير علاقة الضامن بالمستفيد[1024].

وقد انتقد أحد الفقهاء عن حق قواعد غرفة التجارة الدولية لعدم تضمينها الاستثناء المتعلق بالغش والتعسف الظاهر ضمن مقتضياتها، حيث بعد أن أورد مجموعة من أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، التي تقر بالغش كاستثناء على مبدأ استقلال الضمان، ومنها الحكم التحكيمي رقم 5721 لسنة 1990 الذي اعتبر أن خطابات الضمان المشار إليها لم يعد لها سبب، لأن المستفيدين منها لم يعد لهم أي حق، لأنهم قاموا باقتراف وسائل غير مشروعة وأعمال تدليسية عند طلب الضمان، والبنك الضامن والضامن المقابل متى قاما بالوفاء وكانا على علم بحكم التحكيم الصادر في هذا الصدد، فسيكون ذلك تحت مسؤوليتهما، لأن طلب المستفيد يعد طلبا تعسفيا.

أردف هذا الفقيه أن ما يدعو للاستغراب والدهشة أن تقر أحكام التحكيم مسألة الغش أو التعسف مع عدم تقنين واضعي القواعد لهذه المسألة، سواء فيما يتعلق بقواعد الاعتماد المستندي أو خطابات الضمان[1025].

[1023] - للتعمق أكثر في مضمون ونطاق هذه الاستثناءات راجع:
- خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.423 وما يليها.

[1024]- « Une garantie est, par sa nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucune façon concerné ou engagé par ces relations. Toute référence à la relation sous-jacente qui est faite dans la garantie en vue de l'identifier n'affecte pas la nature indépendante de la garantie. Le garant tenu de payer en vertu de la garantie ne peut opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire ».

[1025] - خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.479.

ثانيا: الغش والتعسف الظاهر في ضوء الفقه والقضاء

إذا كان المبدأ هو أن التزام الضامن في الضمان المستقل تجاه المستفيد مستقل عن باقي العلاقات التعاقدية، فإن هناك شبه إجماع على مستوى الفقه والقضاء[1026] على حق الضامن المستقل في الامتناع عن الوفاء في حالة صدور غش من المستفيد[1027]، هذا الغش الذي وإن تعددت أشكاله و أساليبه، فإنه يهدف إلى الحصول على كسب غير مشروع بوسائل غير مشروعة[1028]، وقد عرفه جانب من الفقه بقوله إن الغش هو انعدام الأساس القانوني للمطالبة بجانب تزوير المستندات[1029]، وأساس هذا الاستثناء هو القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء، التي تستمد قوتها من الغاية التي تسعى إليها وهي توفير الأمان بتطبيق القانون تطبيقا إيجابيا وتفويت الفرصة على من يريد التطاول على القانون باسم القانون أو الاحتماء بسوء نية وراء قاعدة قانونية معينة للإفلات من القاعدة الأخرى[1030].

وفي مقابل هذا الإجماع شبه التام على كون الغش الذي ينطوي على وسائل احتيالية يخول للضامن المستقل حق الامتناع عن أداء مبلغ الضمان للمستفيد، فإن الفقه والقضاء قد اختلفت مواقفه بخصوص التعسف الظاهر، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بوجوب تضييق مفهوم الغش المانع من الوفاء بحيث لا يمتد إلى الطلب التعسفي، أي يقتصر على الغش بمعناه التقليدي الذي يكون مصحوبا بوسائل احتيالية، وقد برر موقفه بكون التوسع في مفهوم الغش في مجال الضمانات المستقلة من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الفائدة المرجوة من الضمانات وإفساح الطريق للآمرين والبنوك للإفلات من تنفيذ التزاماتهم، وأن التوسع في مفهوم الغش

[1026] - قلنا شبه إجماع لأن هناك جانب من الفقه يبدي تحفظه بخصوص حق الضامن في الامتناع عن الوفاء في حالة الغش أو السلوك التدليسي، حيث يقول في إطار تعليقه على موقف الفقه والقضاء الفرنسي : " ونحن وإن كنا نتفهم الاعتبارات التي أملت هذا الاتجاه الجديد إلا أننا لا نستطيع أن نخفي تعارضه مع فكرة الضمان بمعناه الفني والمقصود في العمل، وقد لا نكون مبالغين كثيرا إذا قلنا أنه يخشى أن ينسف هذا النظام من أساسه ".، يعقوب يوسف صرخوه، م. س.، ص.55.

[1027] - راجع في تأكيد ذلك:

- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.306 و 307.، محمد الأطرش، م. س.، ص. 339 و 340.، خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.437.

- Claud MARTIN, Op. Cit., P.150 et S., Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.973 et S., Nicolas BORGA, La qualification de garantie autonome, Op. Cit., P. 48 et S.

[1028] - أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (دراسة في التزامات البنك)، م. س.، ص.146 و 147.

[1029] - خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.435.

[1030] - حمدي محمد مصطفى، م. س.، ص.32 و 33.

سيؤدي إلى مخالفة قاعدة أن الغش لا يفترض بل يجب إقامة الدليل عليه[1031]، كما أن تأكد البنك من تنفيذ الآمر لالتزاماته يتطلب منه الرجوع إلى عقد الأساس وهو ما يترتب عليه الربط بين عقد الأساس وخطاب الضمان بشكل يؤدي إلى الإطاحة بمبدأ استقلال التزام البنك في خطاب الضمان، وهو ما يعني تحول خطاب الضمان إلى كفالة عادية يتبع التزام البنك فيها التزام الآمر، فطبيعة استقلال التزام البنك في خطاب الضمان تقتضي الدفع فورا ودون التفات لأي منازعة أو معارضة، حيث إن القاعدة المستقرة في هذا الشأن هي الدفع أولا والمقاضاة فيما بعد، لأن الحقيقة الجوهرية لخطاب الضمان هو تأمين المستفيد من مخاطر تنفيذ عقد الأساس ويهدف لزرع الطمأنينة في نفسه بوصف هذا الضمان بديلا عن النقود، والتوسع في تقدير الغش بالتسوية بين الغش والتعسف من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف هذا الضمان بشكل كبير، وبالتالي سيحجم المستفيدون عن اللجوء إليه[1032].

هذا التوجه المضيق لمفهوم الغش المانع من الأداء، أخذ به كذلك جانب من القضاء حيث قضت في هذا الإطار محكمة الاستئناف بباريس في قرار لها صادر بتاريخ 1985/06/12 بأنه وبالرغم من الطابع التعسفي الظاهر لطلب المستفيد، فإن هذا التعسف لا يمكن مماثلته بالغش الذي يؤدي إلى تجميد الضمان، وبالتالي فإنه لا يعوق تنفيذ الضمان[1033]، كما أن محكمة النقض الفرنسية تبنت نفس الاجتهاد في قرارها الصادر بتاريخ 1985/05/21 الذي جاء فيه: " وحيث إن محكمة الاستئناف أكدت بأن الطابع المستقل للضمان الممنوح من طرف البنك الفرنسي بناء على تعليمات من الشركة الفرنسية يستبعد أية إمكانية للاستناد إلى شروط تنفيذ العقد الأصلي الذي يربط الشركة الفرنسية بالشركة السعودية، وبأن المطالبة بتفعيل الضمان تمت من طرف المستفيد داخل الأجل التعاقدي، فإنها قضت عن حق بأن تنفيذ الشركة الفرنسية لجميع التزاماتها تجاه الشركة السعودية ليس ذو طبيعة تعفي البنك الفرنسي من تنفيذ الاتفاق

[1031] - رأي للأستاذة سميحة القليوبي أورده، حمدي محمد مصطفى، م. س.، ص.42.
[1032] - حمدي محمد مصطفى، م. س.، ص.41 و 46.
[1033]- C. A. Paris, 12 Juin 1985, Cité par, Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.281.

الذي يقضي بالتزامه بالوفاء بالمبالغ بدون تقديم أية تبريرات تخفف من المطالبة بهذا الضمان "[1034].

وبخلاف التوجه أعلاه، يذهب الاتجاه الغالب في الفقه[1035]، وهو الجدير بالتأييد في نظرنا، إلى القول بأنه للضامن المستقل رفض الوفاء بمبلغ الضمان متى كان هناك غش ظاهر من المستفيد أو كان طلبه تعسفيا بشكل ظاهر كذلك، لأن توفر التعسف الظاهر يستوي بالغش ويمكن أن يؤدي إلى وقف تنفيذ الضمان.

وقد تبنى القضاء هذا الموقف الذي يعتبر التعسف الظاهر كالحيل المنطوية على غش يمكن أن يحتج بكليهما على المستفيد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1987/01/20 بنقض قرار محكمة الاستئناف بباريس المذكور أعلاه، وقضت بأنه بالرجوع للشروط التعاقدية يتبين بأن طلب الضمان المقابل ينطوي على تعسف ظاهر، وأن محكمة الاستئناف لم ترتب الآثار القانونية الناتجة عن ثبوت ذلك[1036].

وبخصوص إثبات الغش، اعتبر الفقه المغربي[1037] عن حق بأن الاتجاه الفقهي والقضائي الذي يعتبر أن الغش البين أو المثبت أو الذي يفقأ العين[1038]، هو وحده الذي يعفي البنك الضامن من التزامه، يتسم بالتشدد في إثبات الغش بشكل يؤدي إلى استبعاد مواجهة البنك للمستفيد بهذا الدفع إلا في حالات نادرة، لذلك يجب التلطيف من قاعدة الإثبات هاته لتجنب كثرة الغش والنصب الذي يذهب ضحيته عدد كبير من المتعاملين حسني النية.

[1034]- « Mais attendu que la cour d'appel a relève que le caractère autonome de la garantie donnée par la B.F.C.E., sur ordre de la société FECHOZ, à la banque AL SAOUDI AL FRANSI, excluait toute référence aux conditions d'exécution du contrat de base liant la société FECHOZ et la société SAEMCO, que la mise en jeu de cette garantie avait été requise par le bénéficiaire dans le délai contractuel ». Cass. Com., 21 Mai 1985, Bull. Civ., IV, N° 160, 1985, P.136., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 29/03/2019.

[1035] - محمد الأطرش، م. س.، ص. 345.، خليل فيكتور تادرس، م. س.، ص.439.
- Jean-Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.191., Pascal ANCEL, Droit des sûretés, Op. Cit., P.86.

[1036]- « Attendu qu'en statuant ainsi, en se référant à l'application des stipulations contractuelles alors que, s'agissant de l'appel de la contre-garantie, elle en avait retenu le caractère manifestement abusif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ses propres constatations ». Cass. Com., 20 Janvier 1987, Bull. Civ., IV, N° 19, 1987, P.13. Bull. Civ., IV, N° 160, 1985, P.136., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 29/03/2019.

[1037] - أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (دراسة في التزامات البنك)، م. س.، ص. 169 و 170.

[1038]- « La fraude ou l'abus qui crèvent les yeux ».

الفقرة الثانية: الدفع بتواطؤ المستفيد والآمر

يعتبر تقرير الحق للضامن في الدفع بتواطؤ المستفيد والآمر لتجنب أداء مبلغ الضمان، من أهم المستجدات في مجال التنظيم القانوني للضمان المستقل في القانون المقارن، حيث نص على هذا المقتضى الجديد المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 2321 من القانون المدني التي جاء فيها: " إن الضامن ليس ملزما في حالة التعسف أو الغش الظاهرين من المستفيد أو عند تواطؤ هذا الأخير مع الآمر "[1039].

وفي تعليقه على هذا المقتضى الجديد المتبنى في إطار الأمر الصادر بتاريخ 2006/03/23 أكد جانب من الفقه الفرنسي[1040] بأن هذه الفرضية لم تكن واردة في مقترحات لجنة Grimaldi وبالتالي لم يتم اقحامها إلا في مرحلة المناقشة البرلمانية، وأشار إلى أن القضاة سبق لهم أن وقفوا على حالة التواطؤ الاحتيالي من أجل وقف تفعيل الضمان، لكن الأمر يتعلق دائما بالغش بين الضامن والمستفيد أو بين الضامن من الدرجة الأولى والمستفيد من أجل منع تنفيذ الضمان المقابل، وفي الحقيقة لا يمكن تصور تواطؤ بين المستفيد والآمر يسبب ضررا للضامن، حيث رغم وجود معرفة مشتركة بالصعوبات التي يعاني منها الآمر فإن ذلك لا يكفي لإثبات وجود هذا التواطؤ.

وفي نفس التوجه، اعتبر جانب آخر من الفقه الفرنسي[1041] بأن هذا المقتضى الجديد غير ضروري على اعتبار أن التواطؤ ليس سوى غش في هذه الحالة وقد سبق التنصيص عليه، كما أنه ليس في محله باعتبار أن التواطؤ الذي يخشى منه ليس هو ذلك التواطؤ الذي يكون بين المستفيد والآمر لأن هذا الأخير يتحمل تبعات تفعيل الضمان، بل التواطؤ الذي يكون بين المستفيد والضامن، كما أن الصياغة الواردة في المادة 2321 قد توحي بأن التواطؤ عكس الغش والتعسف لا يتطلب فيه أن يكون ظاهرا الشيء الذي لا يمكن تبريره.

1039 - « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ».

1040 - Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.983 et 985.

1041 - Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.282.

ونحن، وإن كنا نتفق مع هاته المواقف الفقهية في الجانب المتعلق بالصياغة المعيبة للفقرة الثانية من المادة 2321 من القانون المدني الفرنسي، التي توحي بكون أن التواطؤ بين المستفيد والآمر لا يشترط فيه أن يكون ظاهرا كما يشترط في الغش والتعسف، فإننا لا نتفق معهم في الجانب المتعلق باستبعاد فرضية التواطؤ بين المستفيد والآمر، لأن هذه الفرضية واقعية لأن المستفيد والآمر قد يتواطؤون على جعل الضامن يؤدي مبلغ الضمان مع معرفتهم المسبقة بإفلاس الآمر مثلا، بشكل يجعل رجوع الضامن عليه بدون جدوى، كما أن هذا التوجه الفقهي منتقد لكونه ينظر إلى الدفع بالغش والتعسف والتواطؤ وكأنه آلية لحماية الآمر فقط، في حين أن مصلحة الضامن هي كذلك جديرة بالحماية، وما تقرير المشرع الفرنسي لحقه في الدفع بالتواطؤ بين المستفيد والآمر إلا تجسيد لهذه الحماية[1042].

المطلب الثاني: دفوع المدين المتضامن في مواجهة الدائن

يتميز التضامن بين المدينين بوجود دائن واحد وعدة مدينين ملتزمين بصفة مشتركة بتنفيذ الالتزام للدائن، ولكن تعدد هؤلاء المدينين يؤدي لاختلاف روابط كل واحد منهم في علاقته مع الدائن، ولاستقلال كل رابطة من هذه الروابط عن الأخرى، فعندما تختلف وضعية أحد المدينين المتضامنين عن باقي المدينين، فإنه لا يمكن لهؤلاء المدينين المتضامنين التمسك بالدفوع الشخصية المحضة لذلك المدين[1043]، الأمر الذي أكدناه في موضوعنا بخصوص عدم إمكانية تمسك المدين المتضامن بالدفوع التي يستفيد منها المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، لأنها تصنف وفق نظام التضامن بين المدينين ضمن خانة الدفوع الشخصية المحضة للمدين الخاضع للمسطرة، ولا يمكن لباقي المدينين المتضامنين التمسك بها تطبيقا للفصل 168 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " .. ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه ".

[1042]- لكن رغم الأهمية التي يكتسيها هذا الدفع بالنسبة للضامن، يتبين أن مسودة مشروع تعديل قانون التأمينات الفرنسي تنسخ المقتضى القانوني المتعلق بالدفع بتواطؤ المستفيد والآمر، راجع الفقرة الثالثة من المادة 2321 من مسودة مشروع تعديل قانون التأمينات الفرنسي.

[1043] - خليفة الخروبي، م. س.، ص.162.

- Jean-Denis PELLIER, Op. Cit., P.346-349.

بالمقابل، وبما أن الدين واحد فإن هناك دفوعا مشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا نابعة من الدين التضامني، يستطيع أي واحد من المدينين المتضامنين التمسك بها إذا طالبه الدائن بالوفاء (الفقرة الأولى) كما أن المدين المطالب بالأداء قد تكون له دفوع خاصة به يستطيع أن يتمسك بها كذلك في مواجهة الدائن (الفقرة الثانية) وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 168 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفوع الشخصية الخاصة به وبالدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا ".

الفقرة الأولى: إمكانية التمسك بالدفوع المشتركة

إذا كان المدين المتضامن مع المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية لا يحق له التمسك بدفوع هذا الأخير المترتبة على خضوعه للمسطرة، والمتمثلة أساسا في قاعدة وقف المتابعات وقاعدة وقف سريان الفوائد وانقضاء الديون غير المصرح بها، وبالآجال والتخفيضات المضمنة في مخطط الاستمرارية، لكون هذه الدفوع تعد في إطار نظام التضامن بين المدينين دفوعا شخصية محضة للمدين الخاضع للمسطرة، لا يمكن لباقي المدينين المتضامنين التمسك بها، فإنه يمكنه التمسك من أجل محاولة حفظ حقوقه بالدفوع المشتركة بين جميع المدينين.

وتتجسد هذه الدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين التي يمكن لكل مدين متضامن التمسك بها في مواجهة الدائن، في إمكانية تمسك المدين المتضامن في مواجهة الدائن بعدم تنفيذ التزامه المقابل، بحيث إذا كان الدائن لم يقم بتنفيذ الالتزام المترتب عليه تجاه المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، كأن يكون قد رفض تسليم البضاعة مقابل التزام المدينين المتضامنين بأداء ثمنها، فإنه يمكن لأي واحد من المدينين المتضامنين الدفع بعدم التنفيذ، طالما أن الدائن الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية لم يقم بتنفيذ التزامه[1044].

كما يمكنه التمسك بأسباب انقضاء الالتزام العامة التي تؤدي لانقضاء الدين كله، كالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة، وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 169 من ق.ل.ع. الذي ينص على

[1044] - زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.66.، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 3، م. س.، ص.307.

أن: " الوفاء والوفاء بمقابل وإيداع الشيء المستحق والمقاصة الواقعة بين أحد المدينين والدائن تبرئ ذمة جميع المدينين الآخرين ".

وعليه، إذا قام المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية بأداء كامل الدين للدائن تطبيقا لمقتضيات مخطط الاستمرارية، فإنه بهذا الوفاء الكامل ينقضي الدين بالنسبة لكافة المدينين المتضامنين في علاقتهم مع الدائن، أما في الحالة التي يتم فيها أداء الدين بعد فتح المسطرة، ويقع تحت طائلة البطلان تطبيقا لمبدأ منع سداد الديون المقرر في المادة 690 من م.ت.، أو يتم أداؤه بعد تاريخ التوقف عن الدفع، ويقع تحت طائلة البطلان الجوازي تطبيقا للمادة 715 من م.ت.، فإن المدين المتضامن يظل ملتزما في مواجهة الدائن تطبيقا للمفعول الرجعي لبطلان الأداء الذي تم من طرف المدين الخاضع للمسطرة.

وزيادة على ما سبق، فإنه يمكن للمدين المتضامن التمسك بأسباب البطلان الذي تلحق الدين التضامني جميعه، بحيث قد يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلا في الأصل، لانعدام رضى المدينين جميعا أو لعدم توفر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل، أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين، بأن يكون قد وقع عليهم جميعا إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعا في غلط[1045]. كما يحق له التمسك بأوصاف الالتزام التي تلحق تعهدات المدينين جميعا، فإذا كان الالتزام التضامني معلقا على شرط واقف أو مربوطا بأجل بالنسبة لكافة المدينين المتضامنين، فإنه لا يمكن للدائن أن يطالب المدين المتضامن بالدين قبل تحقق الشرط أو انقضاء الأجل[1046].

الفقرة الثانية: إمكانية التمسك بالدفوع الخاصة

من الثابت أن للمدين المتضامن المطالب بالأداء حق التمسك في مواجهة الدائن بدفوعه الخاصة المترتبة على العلاقة التي تربطه بالدائن[1047]، والمتمثلة في إمكانية تمسكه ببطلان التزامه لانعدام رضاه أو لعدم توفر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل، أو بالإبطال لكون

[1045] - Lotfi NAFTI, Op. Cit., P.349.

[1046] - زيد قدري الترجمان، م. س.، ص.66.

[1047] - راجع الفصل 168 من ق.ل.ع.

إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، أو بانقضاء التزامه بسبب غير الوفاء كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ..[1048].

ليبقى التساؤل المطروح هو: هل يمكن للمدين المتضامن الدفع بإضاعة الضمانات في مواجهة الدائن من أجل إبراء ذمته بقدر ما أضاعه هذا الأخير من ضمانات ؟ تبعا لكونه هو كذلك مثل الكفيل يستفيد من حق الحلول القانوني محل الدائن تطبيقا لنص الفصل 214 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه يقع الحلول بمقتضى القانون " لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة "[1049].

بالرجوع إلى الفقه، نجد بأن التوجه الغالب[1050] يذهب إلى القول – ودون أن يميز بين المدين المتضامن صاحب المصلحة في الدين والذي ليس له مصلحة في الدين– بأن المدين المتضامن بخلاف الكفيل لا يمكنه الاستفادة من الدفع بإضاعة الضمانات، ويبرر جانب من الفقه المنتصر لهذا التوجه موقفه بكون المدين المتضامن يلتزم لمصلحته هو أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره، وهو المدين، لذلك يجب أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن[1051]، ولكون هذا الأخير يلتزم التزاما أصليا بالدين كله[1052]، ولا يكون له في حالة إضاعة الدائن للضمانات إلا الرجوع عليه بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها[1053].

والقضاء الفرنسي بدوره يناصر هذا التوجه، حيث استقر اجتهاده منذ زمن طويل على كون المدين المتضامن لا يمكنه الاستفادة من الدفع بإضاعة الضمانات[1054]، سواء تعلق الأمر

[1048] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 3، م. س.، ص.307.

[1049] - وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 226 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : " يقع الحلول قانونا في الصور الآتية: .. لمن أدى دينا كان مشتركا فيه مع المدين أو مطلوبا به في حقه على أنه مدين متضامن معه أو كفيل عنه أو معه أو وكيل بالعمولة.

[1050] - Dominique LEGEAIS, Op. Cit., P.253., Yves PICOD, Op. Cit., P.179., Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.120., Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.235., François T'KINT, Op. Cit., P.402.

[1051] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.243.

[1052] - نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س.، ص.155.

[1053] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.90.

[1054] - Cass. Req., 12 Mai 1835, Cité par, Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.120.

بالمدين المتضامن الذي له مصلحة في الدين أو بالذي ليس له مصلحة بالدين[1055]، وهو نفس التوجه الذي تبناه كذلك القضاء البلجيكي[1056].

بالمقابل، هناك توجه فقهي آخر يميز بين حالة المدين المتضامن صاحب المصلحة في الدين والذي ليس له مصلحة في الدين، ويقول بأن المدين المتضامن الذي ليس له مصلحة في الدين يمكنه الاستفادة من الدفع بإضاعة الضمانات[1057].

في نظرنا، يبقى التوجه الأخير هو الجدير بالتأييد، لأن المدين المتضامن الذي ليس له مصلحة في الدين جدير بالحماية، خاصة وأنه يعتبر ككفيل في علاقته مع المدين الذي تخصه المعاملة التي من أجلها حصل التعاقد على الالتزام التضامني طبقا لمقتضيات الفصل 180 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه : " إذا كانت المعاملة التي من أجلها حصل التعاقد على الالتزام التضامني لا تخص إلا أحد المدينين المتضامنين، التزم هذا المدين تجاه الباقين بكل الدين. ولا يعتبر هؤلاء بالنسبة إليه إلا ككفلاء ". لذلك يجب أن يخول له حق الدفع في مواجهة الدائن بإضاعة الضمانات، لإبراء ذمته في حدود الضرر الذي أصابه من جراء تضييع الدائن بخطئه للضمانات الخاصة التي كان يعول عليها عند رجوعه بدعوى الحلول على المدين الذي تخصه لوحده المعاملة التي من أجلها جرى الالتزام التضامني.

الفرع الثاني: حماية الضامن في مواجهة المدين

مما لا شك فيه أن حماية الضامن الشخصي في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية ترتبط أساسا بمدى فعالية دعاوى الرجوع المخولة له من أجل استرجاع ما أداه للدائن، لأن تنفيذ الضامن لالتزامه في مواجهة هذا الأخير يخوله الحق في الرجوع على المدين الأصلي من أجل استرجاع ما أداه، لأن الضامن لا يعد مدينا بصورة نهائية بمبلغ الضمان، بل هو مجرد ضامن لمدين أصلي، وهذا الأخير هو الذي من المفترض أن يتحمل مبلغ الضمان بصورة نهائية.

1055 - C. A. Paris, 27 Septembre 1979, C. A. Versailles, 20 Février 1991, Cité par, Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.235.
1056 - Bruxelles, 12 Novembre 1990, Cité par, François T'KINT, Op. Cit., P.402.
1057 - Christian MOULY, Op. Cit., P.495 et 496.

وتجسيدا لذلك، فإن الكفيل الذي يلتزم بأداء دين المدين الأصلي، عندما يؤدي هذا الدين يكون قد أدى دين غيره، وهو المدين المكفول، ويحق له بالتالي الرجوع عليه من أجل استرجاع ما أداه، ويخوله القانون في ذلك حق الاختيار بين الرجوع بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول[1058]، كما أن المدين المتضامن الذي يفي بالدين للدائن يحق له الرجوع على المدين المتضامن معه، ويخوله القانون هو كذلك حق الاختيار في ممارسة رجوعه بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

والضامن المستقل بدوره وبالرغم من أنه يلتزم بصفة أصلية ومستقلة بالوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد، فإنه لا يلتزم بأداء مبلغ الضمان من ذمته بصورة نهائية، بل هو ضامن لمدين أصلي هو الآمر، ويحق له تبعا لذلك الرجوع عليه بالدعوى الشخصية، تأسيسا على مقتضيات عقد الضمان المبرم بينهما، في حين أن رجوعه بدعوى الحلول القانوني في نظرنا يبقى محل شك نظرا لطبيعة التزامه المستقلة، لذلك سنعمل على تبيان مدى أحقيته في الاستفادة من الحلول القانوني، أم أن ذلك يبقى متوقفا على وجود اتفاق يخوله حق الحلول محل المستفيد الدائن في حقوقه اتجاه الآمر المدين الأصلي.

[1058]- تجب الإشارة هنا أن رجوع الضامن الشخصي على المدين يتم كقاعدة عامة بعد أداء الدين، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يقضي بإمكانية ممارسة الكفيل دون غيره من الضامنين الشخصيين لرجوع سابق على الوفاء ضد المدين، تكمن غايته في محاولة توفير حماية وقائية للكفيل الذي أصبح احتمال أدائه للالتزام مكان المدين أقرب للواقع أو الذي سيصبح حقه في الرجوع على المدين المكفول بعد الأداء محفوفا بالمخاطر. ونظرا لهذه الطبيعة الاستثنائية للرجوع المسبق، فقد تم تحديد حالاته بصفة حصرية سواء في ظل القانون المقارن، أو في ظل التشريع المغربي الذي نظمه بمقتضى الفصل 1141 من ق.ل.ع. ولا شك أن تخويل الحق للكفيل في ممارسة الرجوع المسبق في ضوء مقتضيات الفصل 1141 من ق.ل.ع ، يطرح معه التساؤل بالدرجة الأولى حول الحالة الذي يمكن اعتمادها في ظل التشريع المغربي للقول بحق الكفيل بالرجوع المسبق على المدين الخاضع لمسطرة التسوية في ظل عدم التنصيص الصريح من المشرع المغربي على حالة خضوع المدين للتسوية أو التصفية القضائية، أو على الأقل على عبارة الإفلاس أو الإعسار كما ينص على ذلك صراحة المشرع الفرنسي في الحالة الثانية من المادة 2309 من القانون المدني، على حق الكفيل في الرجوع على المدين من أجله تعويضه، إذا كان قد أفلس أو أصبح في حالة إعسار، وهي الحالة التي يفسر الفقه الفرنسي تحققها في ظل نظام مساطر صعوبات المقاولة بحالة فتح مسطرة الإنقاذ أو مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية. فهل هذا يعني في غياب هذا التنصيص في ظل الفصل 1141 من ق.ل.ع. أن الكفيل لا يمكنه الرجوع المسبق على المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية ؟ الإجابة بطبيعة الحال ستكون بإمكانية رجوع الكفيل المسبق في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، لكون المدين الخاضع للمسطرة هو بالضرورة في حالة مطل في تنفيذ التزاماته (الحالة الأولى من الفصل 1141 من ق.ل.ع.) وعدم تنفيذه لالتزاماته وتوقفه عن الدفع هو الذي أدى لخضوعه لمسطرة التسوية القضائية، لكن رغم ذلك نأمل بأن يعمل المشرع المغربي على التنصيص صراحة في الفصل 1141 من ق.ل.ع. على حق الكفيل في الرجوع على المدين قبل الأداء في حالة خضوعه لمسطرة الإنقاذ أو التسوية أو التصفية القضائية، ليثبت له الحق في التصريح بالدين كرجوع مسبق وإجراء تحفظي يحفظ به حقه في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية.

- راجع في الرجوع المسبق وعدم فعاليته في مساطر صعوبات المقاولة:

- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.60.

في ضوء ما سبق، ومن أجل قياس مدى فعالية رجوع الضامن الشخصي على المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية التي تتأثر لا محالة بالقواعد الاستثنائية لهذه المسطرة التي يستفيد منها المدين، وتتفاوت بحسب طبيعة الدعوى التي يمارسها الضامن وبحسب تاريخ نشوء دينه في مواجهة المدين، سنعمل أولا على قياس مدى فعالية دعوى الحلول في حماية الضامن الشخصي (المبحث الأول) ثم قياس مدى فعالية دعوى الرجوع الشخصي (المبحث الثاني) دون أن نغفل في إطار التطرق لهاتين الدعوتين الوقوف عند حدود تأثير ممارستهما من طرف الضامنين الشخصيين على فرص نجاح معالجة صعوبات المقاولة.

المبحث الأول: مدى فعالية دعوى الحلول في حماية الضامن الشخصي

من أجل تحديد مدى فعالية دعوى الحلول في حماية الضامن الشخصي في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، لا بد لنا أولا في ظل اختلاف طبيعة التزام الضامنين الشخصيين من تحديد الضامنين الشخصيين المستفيدين من دعوى الحلول القانوني بإبراز الأساس القانوني للاستفادة من دعوى الحلول (المطلب الأول) وشروط هذه الدعوى وموضوعها (المطلب الثاني) قبل الوقوف على حدود تأثير قواعد مسطرة التسوية القضائية على مدى فعاليتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الأساس القانوني لاستفادة الضامن الشخصي من دعوى الحلول

في ظل اختلاف طبيعة التزامات الضامنين الشخصيين من ضمان شخصي لآخر، حيث يلتزم الكفيل بصفة تبعية بأداء التزام المدين المكفول إذا لم يف به هذا الأخير، ويلتزم المدين المتضامن بصفة أصلية في مواجهة الدائن، بينما تخضع العلاقة بين المدينين المتضامنين لأحكام الوكالة والكفالة[1059]، الشي الذي يثبت معه الحق لكل من الكفيل والمدين المتضامن في ممارسة دعوى الحلول، لأن حق الحلول يثبت لكل شخص وفى بالدين الذي كان ملزما به مع المدين أو ملزما بوفائه عنه (الفقرة الأولى) في حين الضامن المستقل يلتزم بصفة أصلية ومستقلة بالوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد، أي بأداء دينه الخاص المضمن في خطاب الضمان، الشيء الذي جعل

[1059] - حيث ينص الفصل 178 من ق.ل.ع. على أن: " العلاقات بين المدينين المتضامنين تنظم بمقتضى أحكام الوَكالة والكفالة ".

أحقيته في الاستفادة من الحلول القانوني محط نقاش فقهي تضاربت فيه الآراء الفقهية، بين قائل بحقه في الاستفادة من دعوى الحلول القانوني وقائل بعدم أحقيته في ذلك ما لم يوجد اتفاق يخوله الحق في الحلول (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: ثبوت حق الكفيل والمدين المتضامن في ممارسة دعوى الحلول

يستمد كل من الكفيل والمدين المتضامن حقهما في الرجوع بدعوى الحلول، أي بدعوى الدائن الذي تم الوفاء له وحلوا محله، من القواعد العامة في الوفاء مع الحلول، بحيث يثبت طبقا لهذه القواعد الحق في الحلول القانوني لكل شخص قام بالوفاء للدائن إذا كان ملزما بالوفاء مع المدين، وهي حالة المدين المتضامن، أو ملزما بالوفاء عنه، وهي حالة الكفيل[1060]، وتكريسا لذلك ينص الفصل 214 من ق.ل.ع. على أنه يقع الحلول بمقتضى القانون " لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة ". وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفصل 226 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : " يقع الحلول قانونا في الصور الآتية: .. لمن أدى دينا كان مشتركا فيه مع المدين أو مطلوبا به في حقه على أنه مدين متضامن معه أو كفيل عنه أو معه أو وكيل بالعمولة[1061].

وتأكيدا على حق الكفيل في ممارسة دعوى الحلول، أعاد المشرع المغربي كنظرائه في التشريعات المقارنة[1062]، التنصيص على حق الكفيل في الحلول محل الدائن ضمن المقتضيات المنظمة لعقد الكفالة، حيث نص في الفصل 1147 من ق.ل.ع. على أن: " الكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين في حدود حصة كل منهم. غير أن هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل ".

[1060] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 3، م. س.، ص.360.، سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.119.

[1061] - وتنص المادة 326 من القانون المدني المصري على ما يلي: " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الحالات التالية: أ- إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ".

[1062] - حيث تنص المادة 2306 من القانون المدني الفرنسي على التالي:
« La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

ويثبت الحق في ممارسة دعوى الحلول للكفيل سواء كان متضامنا مع المدين أم غير متضامن، ويستوي في ذلك الكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين، بأمر منه أو بعلمه أو بدون علمه، والكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين بالرغم من معارضته، والكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة الدائن[1063]، كما يثبت هذا الحق للمدين المتضامن سواء كان صاحب مصلحة في الدين أو لم يكن له مصلحة في الدين.

وفي هذا السياق، تجب الإشارة إلى أن الحق المخول للضامن الاحتياطي بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 180 من م.ت. التي تنص على أنه: " يكتسب الضامن الاحتياطي عند وفائه للكمبيالة الحقوق الناشئة عنها تجاه المضمون وتجاه الأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير بموجب الكمبيالة ". يجد أساسه في قواعد القانون الصرفي ولا يمكن تأسيسه بالاستناد إلى قواعد الحلول[1064]، نظرا لتعارض نظرية الحلول مع نظرية الرجوع الصرفي[1065]، حيث إن الأولى تخول للكفيل حقا مطلقا في الرجوع على المدين وضد الكفلاء الآخرين، وحق التمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي سواء كانت شخصية أو متعلقة بالدين المضمون، في حين أن الرجوع الصرفي يختلف بحسب ما إذا كان المضمون هو المسحوب عليه أو الساحب أو المظهر، ولا يجوز فيه للضامن الاحتياطي بناء على القواعد الصرفية أن يحتج ضد الحامل حسن النية بالدفوع الشخصية التي له على أحد الموقعين ما لم تتعلق بالشكل[1066].

الفقرة الثانية: تضارب بشأن حق الضامن المستقل في الحلول القانوني

إذا كان من الثابت أن الضامن المستقل متى ما قام بأداء مبلغ الضمان للمستفيد بصورة لا تخالف مقتضيات خطاب الضمان، يحق له الرجوع على الآمر بالدعوى الشخصية[1067]، فإن ممارسته للرجوع عن طريق الحلول محل المستفيد في جميع ما له من حقوق ضد الآمر، أثارت العديد من النقاشات الفقهية، انقسمت في إطارها مواقف الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يرفض

1063 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص. 181.، محمد صبري السعدي، م. س.، ص.99.

- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.615 et 616.

1064 - أحمد كويسي، الأوراق التجارية، م. س.، ص.174.

1065 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، م. س.، ص.227.

1066 - وقد ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى تأسيس رجوع الضامن الاحتياطي على الحلول القانوني، راجع في ذلك:

- René ROBLOT, Op. Cit., P.217.

- راجع بتفصيل في نقد نظرية الحلول بالنسبة لرجوع الضامن الاحتياطي: المختار بكور، م. س.، ص. 291 وما بعدها.

1067 - انظر الصفحة 339 و 340 بعده.

الاعتراف للضامن المستقل بحق الاستفادة من الحلول واتجاه يقر بحق الضامن المستقل في ممارسة دعوى الحلول.

– **الاتجاه الأول**: يذهب أنصار هذا الاتجاه من أجل تبرير موقفهم الرافض لإمكانية استفادة الضامن المستقل من دعوى الحلول إلى القول بأن الحلول لا يتوافق مع تقنية الضمان المستقل[1068]، لأن الضامن المستقل يلتزم بأداء دينه الخاص ولا يلتزم بأداء دين الغير، وبذلك فالتزامه يختلف عن الالتزام الملقى على عاتق الآمر تجاه المستفيد[1069]، ورغم أن الاجتهاد القضائي يقبل في بعض المرات بالحلول في الفرضية التي يؤدي فيها الأداء كأثر إلى الانقضاء النهائي للدين، وهي الفرضية التي يمكن أن تنطبق على حالة الآمر، فإن دعوى الحلول تبقى غير فعالة في الحالة التي يكون فيها الآمر حقيقة مدين، وهذا هو السبب الذي يجعل الضامنين في أغلب الحالات يجدون مصلحتهم في ممارسة دعوى الرجوع الشخصي في مواجهة الآمر[1070].

– **الاتجاه الثاني**: خلافا للاتجاه الأول يذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بحق الضامن المستقل في الرجوع على الآمر بدعوى الحلول، لأن استقلالية التزام الضامن لا تبدو غير متوافقة مع الحلول، حيث باستبعاد التطبيق الحرفي للفقرة الثالثة من المادة 1251 من القانون المدني الفرنسي (حاليا المادة 2-1346 بعد تعديل 2016/02/10)، قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها[1071] بأن سداد دين شخصي لا يقف عائقا أمام الحلول، إذا

[1068] - Yves PICOD, Op. Cit., P.226.

[1069]- Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, Op. Cit., P.703.

[1070]- Pascal ANCEL, Droit des sûretés, Op. Cit., P.86 et 87.

- وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا التوجه في قرار لها صادر بتاريخ 1964/05/14، حيث اعتبرت بأنه لا يمكن للبنك الحلول محل المستفيد لأنه يدفع دينا عليه هو لا دين الآمر، قرار أورده علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.417.

[1071]- Cass. Civ. 1re , 23 Février 1988, Bull. Civ., I, N° 50, 1988, P.32., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 15/05/2019.

« Mais attendu qu'il résulte de l'article 1251-3° du Code civil que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son payement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette; qu'il importe peu que son obligation n'ait pas été constatée judiciairement dès lors qu'il avait intérêt à s'acquitter des conséquences de sa responsabilité ; d'où il suit que l'arrêt attaqué n'encourt aucun des griefs du moyen ».

- انظر في نفس الإطار كذلك القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1990/05/09 الذي جاء فيه:

« Attendu que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette ». Cass. Com., 9 Mai 1990, Bull. Civ., IV, N° 146, 1990,

كان هذا الأداء يؤدي لإبراء الذمة تجاه الدائن المشترك، ويؤدي لانقضاء عبء التحمل بالدين بصفة نهائية[1072]، كما أن التنظيم القانوني للضمان المستقل بموجب الأمر الصادر بتاريخ 2006/06/23 في ظل القانون الفرنسي جعل الضمان المستقل من بين التأمينات الشخصية، و الضامن في هذا الإطار يلتزم من أجل الآخر أي الآمر[1073].

وفي هذا السياق، قضت محكمة استئناف القاهرة في قرارها الصادر بتاريخ 1963/02/19 بحق الضامن المستقل في الحلول محل الآمر حيث جاء في قرارها: " الأصل أن خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك، وأنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد، ومتى وفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الآمر بقدر المبلغ المدفوع، لما كان ذلك البنك في خصوصية النزاع قد أصدر بناء على طلب المستأنف خطاب ضمان لصالح شركة الهندسة وأن الشركة الأخيرة بوصفها مستفيدة طلبت من البنك الوفاء بما تعهد به فلا يجوز للأخير أن يرفض هذا الوفاء حتى ولو كان سبب الرفض يرجع لعلاقة المستأنف بالبنك أو إلى علاقة المستأنف بالشركة التي صدر لصالحها، ولا يغير وجه الرأي ادعاء المستأنف تحويل خطاب الضمان إلى عملية أخرى بالاتفاق بينه وبين الشركة المستفيدة ومن أنه أفهم البنك بذلك، لأن خطاب الضمان هو تعهد نهائي لا رجوع فيه وأنه متى طالبته الشركة المستفيدة تعين على البنك الوفاء لها بقيمته، وإذا أوفى البنك للشركة المذكورة بمبلغ من قيمة الضمان فإنه يحل محلها بالنسبة للمبلغ في الرجوع على المستأنف بقدر هذا المبلغ والمستأنف وشأنه مع الشركة المستفيدة فيما تكون قد استوفته بدون وجه "[1074].

ونحن نعتقد بأن الضامن المستقل في ضوء مقتضيات الفصل 214 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه يقع الحلول بمقتضى القانون " لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو

P.98. Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 15/05/2019., R.T.D. Civ., 1990, P.662., Obs. Jacques MESTRE.

[1072]- Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.285.
- ويؤكد هذا الجانب من الفقه أنه في جميع الأحوال يبقى للضامن المستقل الحق في الحلول الاتفاقي.

[1073]- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.996.

[1074] - قرار أورده علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.417 و 418.

عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة ". لا يمكنه الاستفادة من الحلول القانوني، لأنه يلتزم بالتزام جديد ومستقل عن التزام الآمر، يتمثل في أدائه لدينه الخاص المضمن في خطاب الضمان، ودون إمكانية تمسكه بالدفوع المستمدة من العلاقات الأصلية، ما لم يتعلق الأمر بغش أو تعسف أو تواطؤ ظاهر، ولا يبقى له بالتالي إلا الحق في الحلول الاتفاقي طبقا للفصل 212 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " يقع الحلول الاتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله، عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهون الرسمية التي له على المدين. ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة، وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء ".

المطلب الثاني: شروط وموضوع دعوى الحلول

بعد أن وقفنا في المطلب الأول على الأساس القانوني للاستفادة من الحلول سنعمل في إطار هذا المطلب على تحديد شروط ممارسة دعوى الحلول (الفقرة الأولى) وموضوع هذه الدعوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط ممارسة دعوى الحلول

يشترط لممارسة الضامن الشخصي لدعوى الحلول في مواجهة المدين الأصلي توفر شرطين، يتمثل الأول في وجوب قيام الضامن بالوفاء بالدين ويتمثل الشرط الثاني في ضرورة كون هذا الوفاء قد تم عند حلول الأجل.

أولا: قيام الضامن الشخصي بالوفاء بالدين

يتطلب ثبوت الحق للضامن الشخصي في ممارسة دعوى الحلول في مواجهة المدين أن يكون قد قام بالوفاء[1075] الصحيح بالدين بصريح عبارة الفصل 214 من ق.ل.ع. الذي يقضي بأن الحلول بمقتضى القانون يقع " لفائدة من وفى دينا " وعبارة الفصل 1147 من نفس القانون التي تقضي بأن " الكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن "، ويشمل الوفاء كل ما يقوم مقامه من طرق لانقضاء الالتزام كالوفاء بمقابل والمقاصة التي تقع بين الضامن والدائن واتحاد الذمة[1076]، أما إذا أبرأ الدائن الضامن الشخصي أو تقادم دينه فإنه لا يثبت له

[1075]- Cass. Civ., 1re, 30 Mars 1994, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2635.

[1076]- عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.193.

حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول، لأنه لم يقم بالوفاء بالدين أو بعمل يقوم مقام الوفاء[1077].

ويجوز للضامن الشخصي في ظل التشريع المغربي ممارسة الرجوع بدعوى الحلول ضد المدين سواء كان الوفاء كليا أو جزئيا وبدون أي حق أفضلية للدائن في استيفاء الدين في حالة الوفاء الجزئي، تطبيقا للفصل 215 من ق.ل.ع. الذي ينص على أن: " الحلول المقرر في الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد المدين على السواء، والدائن الذي يستوفي جزءا من دينه يشترك مع الغير الذي وفاه له في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته في الدين"[1078].

وذلك بخلاف الوضع في ظل بعض التشريعات المقارنة، حيث ينص المشرع الفرنسي في المادة 3-1346 من القانون المدني على أن الحلول لا يمكن أن يضر بالدائن عندما يكون الأداء جزئيا، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن أن يمارس حقوقه بالنسبة للباقي بالأفضلية على الشخص الذي لم يتلق منه سوى هذا الأداء الجزئي[1079]، وهو نفس المقتضى الذي تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 330 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: " إذا وفى الغير للدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ".

وتجب الإشارة، إلى أن هذه المقتضيات المتعلقة بالوفاء الجزئي سواء تلك المكرسة في ظل التشريع المغربي التي تقضي بالمساواة في استيفاء الدين بين الدائن والضامن عند الرجوع بدعوى الحلول أو تلك المكرسة في التشريعات المقارنة التي تخول الأفضلية للدائن في استيفاء الدين، غالبا ما يتم استبعادها في إطار عقود الضمان الشخصي باشتراط شرط عدم المنافسة أو عدم المزاحمة في استيفاء الدين لفائدة أحد أطراف العلاقة التعاقدية، وذلك بحسب الحالة والقوة التي يتمتع بها كل طرف في العقد[1080].

[1077]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص. 184.

[1078]- راجع في نفس السياق الفصل 227 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[1079]- « La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

[1080]- وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1972/12/19 بأن تنازل الكفيل عن الرجوع ضد المدين الأصلي (من خلال تضمين العقد شرط عدم المنافسة) حتى حصول الدائن على كل مستحقاته في مواجهة المدين، لا يمكنه اعتباره غير مشروع لأن هذا الاتفاق يرجئ رجوع الكفيل ولا يستبعده كليا.

ثانيا: الوفاء عند حلول الأجل

بالإضافة لشرط الوفاء بالدين المذكور أعلاه، يجب لكي يستطيع الضامن الشخصي الرجوع على المدين بدعوى الحلول، أن يكون قد وفى بهذا الدين عند حلول أجله، وفي حالة قيامه بالوفاء بالدين قبل حلول هذا الأجل، فإنه لا يحق له الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل استحقاق الدين، لأن الأجل حق للمدين الأصلي يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الدائن والضامن، ولا يمكن إجباره على الوفاء قبل ذلك[1081].

والعبرة في الرجوع بدعوى الحلول، بحلول أجل دين المدين الأصلي، بحيث في حالة منح الدائن للمدين أجلا جديدا، لا يمكن للضامن الشخصي الذي قام بالوفاء الرجوع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول هذا الأجل الجديد، ولا يمكن التمسك في مواجهة المدين بالأجل الأصلي، لأن الضامن يحل في حقوق الدائن كما تم الاتفاق عليها بين هذا الأخير والمدين.

الفقرة الثانية:موضوع دعوى الحلول

يرجع الضامن الشخصي في دعوى الحلول على المدين الأصلي بحق الدائن ذاته الذي يحل محله في جميع ما له من حقوق في مواجهة المدين، حيث إن الحلول يخول لمن حل محل الدائن حق الاستفادة من جميع حقوق هذا الأخير في مواجهة المدين[1082]، بما لهذه الحقوق من خصائص وما يلحقها من توابع وما يضمنها من ضمانات سواء كانت شخصية أو عينية، وما يرد عليها من دفوع، ويكون هذا الحلول في حدود ما تم أداؤه للدائن[1083]، لأنه في حالة الأداء الجزئي لا تجوز المطالبة إلا بالجزء من الدين الذي تمت تأديته للدائن، كما لا تجوز المطالبة بالفوائد القانونية والمصاريف التي تم إنفاقها[1084]، وهذه المقتضيات العامة لحق الحلول يؤكدها المشرع المغربي بالنسبة للكفيل في الفصل 1147 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " الكفيل

- « Attendu qu'en déclarant qu'une telle convention, qui différé, sans l'exclure, le recours de la caution, n'est pas illicite, que le créancier a valablement stipule que son recours contre le débiteur ne pourrait être concurrence par le recours de la caution, tant qu'il ne serait pas intégralement désintéresse .. ». Cass. Com., 19 Décembre 1972, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 18/06/2019., Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2635.

[1081]- عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.194.

[1082]- سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.121.

[1083]- محمد صبري السعدي، م. س.، ص.101.

[1084]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص. 189.

الذي وفى الدين وفاء صحيحا يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين في حدود حصة كل منهم. غير أن هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل "[1085].

في ضوء ما سبق، يمكن القول بأن رجوع الضامن الشخصي بدعوى الحلول في مواجهة المدين له ميزة أساسية تتمثل في حقه في الحلول محل الدائن في الضمانات والامتيازات التي يتوفر عليها تجاه المدين[1086]، وهذه الضمانات والامتيازات ومدى نجاعتها في ظل مسطرة التسوية القضائية، هي التي غالبا ما يرتكز عليها الضامن الشخصي في اختياره لدعوى الحلول كطريق للرجوع على المدين لاسترداد ما أداه، وفي المقابل فإن سلوك هذه الدعوى يجعل دين الضامن هو نفسه دين الدائن من حيث تاريخ نشوئه ومدة تقادمه ومبلغه، الشيء الذي يطرح معه التساؤل حول مدى فعالية هذه الدعوى في تحقيق الحماية للضامن الشخصي في ظل خضوع المدين الأصلي لمسطرة التسوية القضائية ؟

المطلب الثالث: ضعف فعالية دعوى الحلول

من الثابت أن الهدف من ممارسة الضامن الشخصي لدعوى الحلول هو الرغبة في الاستفادة من حقوق الدائن في مواجهة المدين، وخاصة في الجانب المتعلق بالضمانات التي تضمن الدين الذي تمت تأديته، لكن الواقع هو أن أغلب الضمانات التي تكون مرفقة بالضمان الشخصي هي عبارة عن ضمانات عينية، لأن الدائن لم يلجأ لتعدد الضمانات إلا خشية من ضياع حقه في مواجهة المدين، إذ يلجأ للضمان الشخصي لفقدانه الثقة في فعالية الضمان العيني[1087]، ولا شك أن افتتاح مسطرة التسوية القضائية يؤدي إلى التقليص بشكل كبير من فعالية الضمانات العينية[1088]، لأن صاحب الضمان العيني يجد نفسه مقيدا بجميع القواعد الاستثنائية لمسطرة التسوية القضائية، وبدون أي إمكانية لتحقيق ضمانه العيني، الشيء الذي يجعل رجوع الضامن الشخصي بدعوى الحلول في الغالب رجوعا ضعيف الفعالية.

[1085]- المشرع المغربي كان أكثر تفصيلا في تنظيم دعوى حلول الكفيل، بخلاف المشرع الفرنسي الذي اكتفى بالنص في المادة 2306 من القانون المدني على أن: " الكفيل الذي وفى الدين يحل محل الدائن في جميع الحقوق التي كانت لهذا الأخير ضد المدين "
« La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

[1086]- Yves PICOD, Op. Cit., P.145.

[1087]- Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, Op. Cit., P.406.

[1088]- محمد العلواني، توظيف الملكية كضمان في مجال الائتمان، م. س.، ص.10.

ومن البديهي كذلك أن الدائن غالبا ما تكون مصلحته هي متابعة الضامن الشخصي عوض متابعة المدين والمطالبة بفتح مسطرة التسوية القضائية، لأن الرجوع على الضامن الشخصي قبل فتح المسطرة يجنبه الخضوع للقواعد الاستثنائية للمسطرة، وبممارسة الضامن الشخصي لدعوى الحلول يجد نفسه هو المطالب باحترام قواعد مسطرة التسوية القضائية، حيث منذ اللحظة التي يتم فيها الوفاء بين يدي الدائن يكون من الضروري للضامن الشخصي أن يصرح بالدين قبل انقضاء الفترة القانونية للتصريح بالديون[1089] لتجنب خطر سقوط الدين وانقضائه، ولا يعفى الضامن الشخصي الذي حل محل الدائن من التزام التصريح بالدين إلا في الحالة التي يكون فيها الدائن نفسه قد سبق له التصريح بدينه، لأن الضامن الشخصي يحل محل الدائن في هذه الحالة والدين مصرح به في المسطرة[1090].

ولما كان حق الضامن الشخصي إزاء المدين بمقتضى دعوى الحلول هو نفس الحق الذي كان للدائن، فإنه وبالرغم من قيام الضامن الشخصي بأداء الدين بعد فتح المسطرة لا يمكن بممارسته لدعوى الحلول الاحتجاج بكون دينه ناشئ بعد فتح المسطرة ويعتبر من الديون اللاحقة، لأن الحلول يتم في دين الدائن الناشئ بصفة سابقة لحكم فتح المسطرة.

وزيادة على ما سبق، فإن الرجوع بمقتضى دعوى الحلول يبقى في غير مصلحة المدين المتضامن والضامن المستقل، إذ رغم أنهما قاما بالوفاء للدائن بأصل الدين والفوائد والزيادات الناشئة قبل وبعد حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، نظرا لعدم إمكانية احتجاجهم بوقف سريان الفوائد والتخفيضات الممنوحة من طرف الدائن للمدين، بخلاف الكفلاء الذين يمكنهم الاحتجاج بهذه المقتضيات، فإنه لا يحق لهم من خلال دعوى الحلول سوى مطالبة المدين بمبلغ دين الدائن الناشئ قبل فتح المسطرة بعد أن يخصم منه كذلك مبلغ التخفيضات التي قدمها الدائن للمدين، ما دام أن حق الضامن الشخصي بمقتضى دعوى الحلول هو نفسه حق الدائن في مواجهة المدين[1091].

[1089]- Cass. Com., 13 Avril 1999, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2635.

[1090]- Jean-Jacques FRAIMOUT, La caution exerçant ses recours, Un intrus dans la procédure collective du débiteur cautionné, Rev. Gaz. Pal., Vendredi 15, Samedi 16 Septembre 2000, P.13., Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.616.

[1091]- نفس الحكم السابق ينطبق على الكفيل الشخص الاعتباري والمدين المتضامن والضامن المستقل في إطار مسطرة الانقاذ.

ورغبة في الرفع من فعالية دعوى الحلول في حماية الضامن، اعتبر جانب من الفقه الفرنسي[1092] بأنه في الرجوع بالحلول الكفيل بعد أدائه الفعلي للدين يمارس ضد المدين حقوق الدائن، بمعنى أن الأمر يتعلق " بحقوق " الدائن وليس " بالدعوى " التي يمكن لهذا الأخير أن يمارسها، وهذا التحديد يبرر إمكانية استفادة الكفيل من الحلول في حالة حرمان الدائن من ممارسة دعواه ضد المدين، بخلاف حالة حرمانه من الحق حيث لا يمكن ممارسة الحلول، وتعليلا لهذا القول يحيل هذا الجانب من الفقه على قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2009/05/12 يتعلق بحالة قفل مسطرة التصفية القضائية المفتوحة ضد المدين لعدم كفاية الأصول التي لا يمكن للدائن بعدها متابعة المدين، بمعنى أنه يفقد الدعوى وليس الحق، وبرجوعنا لهذا القرار نجد بأن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأنه بعد حكم قفل مسطرة التصفية القضائية لعدم كفاية الأصول، الكفيل الذي قام بالأداء عوض المدين يمكنه متابعة هذا الأخير، سواء بممارسته للرجوع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، على شرط أن يكون الدائن قد قام بالتصريح بالدين[1093].

مجمل القول، إن الرجوع بدعوى الحلول وإن كان يمثل فائدة لحسن سير مسطرة التسوية القضائية، حيث لا تأثير للرجوع بهذه الدعوى على فرص تسوية وضعية المقاولة، لأن الضامن الشخصي يقوم فقط بممارسة حقوق الدائن التي سبق أخذها بعين الاعتبار في المسطرة، أي أن الأمر يتعلق فقط باستبدال دائن بدائن آخر بنفس مبلغ الدين، فإنه أمام تعدد مظاهر ضعف فعالية الرجوع بهذه الدعوى، سيجد الضامن الشخصي مصلحته في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية نظرا للمزايا التي يتيحها الرجوع بهذا الدعوى مقارنة مع دعوى الحلول، وخاصة في الحالة التي يكون فيها المدين خاضعا لمسطرة التسوية القضائية.

[1092]- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.58 et 59.

[1093]- « Mais attendu, d'une part, qu'après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance; qu'ayant constaté que la banque avait déclaré ses créances, lesquelles avaient été admises par ordonnance du 23 novembre 2004, puis qu'elle avait délivré à la caution à la suite du règlement de certaines sommes, deux quittances subrogatives, la cour d'appel en a exactement déduit que la caution bénéficiait par subrogation de la déclaration de créance de la banque et qu'elle était recevable en son recours subrogatoire ». Cass. Com., 12 Mai 2009, Bull. Civ., IV, N° 67, 2009, Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 19/06/2019., Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2635

المبحث الثاني: مدى فعالية الرجوع بالدعوى الشخصية

إن تحديد مدى فعالية دعوى الرجوع الشخصي في حماية الضامن في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية بكيفية متكاملة يتطلب منا أولا تحديد الأساس القانوني لاستفادة الضامنين الشخصيين من دعوى الرجوع الشخصي (المطلب الأول) وتحديد شروط ممارسة هذه الدعوى وموضوعها (المطلب الثاني) قبل الوقوف على حدود تأثير قواعد مسطرة التسوية القضائية على مدى فعاليتها في حماية الضامن (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الأساس القانوني لدعوى الضامن الشخصية

دون الدخول في النقاشات الفقهية لأساس الدعوى الشخصية التي تراوحت بين من يعتبرها دعوى وكالة، ومن يعتبرها دعوى فضالة، ومن يعتبرها دعوى خاصة[1094]، نؤكد بأن الرجوع الشخصي للضامن على المدين الأصلي يجد أساسه في المبدأ الذي يقضي بأن من تقدم ضامنا ووفى الدين كان له أن يرجع على المدين الأصلي لاسترجاع ما أداه، لأن الضامن – كما سبق لنا القول – لا يعد مدينا بصورة نهائية بمبلغ الضمان، بل هو مجرد ضامن لمدين أصلي، وهذا الأخير هو الذي يجب أن يتحمل مبلغ الضمان بصورة نهائية.

وتطبيقا لهذا المبدأ، يثبت للكفيل الذي يؤدي دين المدين الأصلي حق الرجوع بالدعوى الشخصية على هذا الأخير، وفي ذلك تقضي الفقرة الأولى من الفصل 1143 من ق.ل.ع. على أنه: " للكفيل الذي يقضي الالتزام الأصلي قضاء صحيحا حق الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، ولو كانت الكفالة قد أعطيت بغير علمه، وله حق الرجوع عليه أيضا من أجل المصروفات والخسائر التي كانت نتيجة طبيعية وضرورية للكفالة "[1095].

ووفق نفس المبدأ كذلك، يحق للمدين المتضامن الذي يفي بالدين للدائن الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين المتضامن معه، لأن العلاقة بين المدينين المتضامنين تحكمها قواعد الوكالة

[1094] - راجع في بسط هذه النظريات:
- نبيل ابراهم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، م. س.، ص.117 و 118.، عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.176 إلى 179.

[1095] - وهو المقتضى الذي تقضي به كذلك الفقرة الأولى من المادة 2305 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:
« La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur ».

والكفالة[1096]، وفي هذا الإطار يختلف مجال الرجوع بالنسبة للمدين المتضامن على المدين المتضامن معه، بحسب العلاقة التي تربط بينهم، حيث في الحالة التي يكون فيها المدين المتضامن الذي وفى الدين صاحب مصلحة في هذا الدين، فإن الدين ينقسم بينه وبين المدين المتضامن معه، كل بقدر حصته في الدين، وبذلك لا يجوز له المطالبة إلا بمقدار هذه الحصة، لأن التضامن لا يقوم إلا في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين، أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن بل ينقسم الدين بينهم عندما يكون لكل منهم مصلحة في الدين[1097]، وهو المقتضى الذي يؤكده المشرع في الفصل 179 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: " الالتزام المتعاقد عليه تضامنيا تجاه الدائن ينقسم بقوة القانون بين المدينين.

المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين.

وإذا كان أحد المدينين المتضامنين معسرا أو غائبا، قسمت حصته في الدين بين كل المدينين الآخرين الموجودين والمليئي الذمة مع حفظ حق هؤلاء في الرجوع على من دفعوا عنه حصته، هذا كله ما لم يوجد شرط يقضي بخلافه ".

أما في الحالة التي لا يكون فيها للمدين المتضامن مصلحة في الدين، وهي الحالة المعبرة بدقة عن التأمين الشخصي، فإنه لا يتحمل أية حصة من الدين شأنه في ذلك شأن الكفيل، ويحق له الرجوع على المدين الأصلي صاحب المصلحة لاسترداد كل الدين، تطبيقا للفصل 180 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " إذا كانت المعاملة التي من أجلها حصل التعاقد على الالتزام التضامني لا تخص إلا أحد المدينين المتضامنين، التزم هذا المدين تجاه الباقين بكل الدين. ولا يعتبر هؤلاء بالنسبة إليه إلا ككفلاء "[1098].

والضامن المستقل بدوره يحق له – وبشكل لا نقاش فيه– الرجوع بالدعوى الشخصية على الآمر بعد وفائه بمبلغ الضمان، وينبني هذا الرجوع على مقتضيات عقد فتح الاعتماد بالضمان،

[1096] - راجع الفصل 178 من ق.ل.ع.
[1097] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 3، م. س.، ص.361.
[1098] - راجع في نفس السياق الفصل 190 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

لأن هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين الآمر والضامن ويحدد الالتزامات الناشئة عنها[1099].

المطلب الثاني: شروط وموضوع الدعوى الشخصية

من أجل التمكن من إبراز خصوصية شروط وموضوع الدعوى الشخصية مقارنة مع دعوى الحلول التي سبق لنا التطرق إليها، والمميزات التي تخولها للضامن الشخصي عند رجوعه على المدين الأصلي، سنعمل أولا على تناول شروط الدعوى الشخصية (الفقرة الأولى) قبل تحديد موضوعها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط الدعوى الشخصية

بالرغم من اختلاف طبيعة التزامات الضامنين الشخصيين من ضمان شخصي لآخر، بين من يلتزم بصفة تبعية ،ومن يلتزم بصفة أصلية، ومن يلتزم بصفة مستقلة، وخصوصية القواعد التي تحكم كل ضمان من هذه الضمانات، يمكن القول بشكل عام بأن حق الضامن الشخصي في الرجوع على المدين الأصلي يتطلب توفر ثلاثة شروط، تتمثل في وجوب كون الضامن قد قام بالوفاء بالدين لفائدة الدائن (أولا) عند حلول أجله (ثانيا) دون التقصير في واجب إعلام المدين الأصلي (ثالثا).

أولا: قيام الضامن بالوفاء بالدين

من أهم الشروط وأولها التي يجب أن تتوفر لكي يحق للضامن الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين الأصلي هو شرط الوفاء بالدين لفائدة الدائن، لأن الوفاء هو الواقعة المنشئة لحق الضامن في الرجوع الشخصي على المدين الأصلي[1100]، وتأكيدا لذلك ينص المشرع في الفصل 1143 من ق. ل.ع. بخصوص الرجوع الشخصي للكفيل على أنه: " للكفيل الذي يقضي الالتزام الأصلي قضاء صحيحا حق الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه "، وينص في الفصل 179 من نفس القانون بالنسبة لرجوع المدين المتضامن على أن: " المدين المتضامن الذي يؤدي

[1099] - علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.416، يعقوب يوسف صرخوه، م. س.، ص.72.
- Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Op. Cit., P.284.

[1100] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص.192.
- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.604 et 605.

الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين ". وفي الضمان المستقل كذلك متى قام الضامن بالوفاء بمبلغ الضمان إلى المستفيد بعد تقدم هذا الأخير بمطالبة نظامية، فإن الضامن يثبت له الحق في الرجوع على الآمر بمبلغ الضمان وكل المصاريف التي تكبدها من جراء تنفيذه للالتزام بالضمان، وعادة ما يتم هذا الرجوع عن طريق خصم هذه المبالغ من حساب الآمر[1101].

وكما سبق لنا التأكيد في معرض تناولنا لشروط دعوى الحلول، يشمل الوفاء كل ما يقوم مقامه من طرق لانقضاء الالتزام كالوفاء بمقابل والمقاصة التي تقع بين الضامن والدائن واتحاد الذمة[1102]، وفي ذلك ينص المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 1143 من ق.ل.ع. على أن: " كل فعل يصدر عن الكفيل وليس وفاء بمعناه الحقيقي وإنما يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي وبراءة ذمة المدين، يقع بمثابة الوفاء، ويعطى الكفيل حق الرجوع من أجل أصل الدين والمصروفات المتعلقة به ". أما إذا أبرأ الدائن الضامن الشخصي أو تقادم دينه فإنه لا يثبت للضامن حق الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، لأنه لم يقم بالوفاء بالدين أو بعمل يقوم مقام الوفاء[1103].

وليس من الضروري حتى يكون للضامن حق الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين الأصلي أن يكون قد قام بالوفاء بكل الدين للدائن، بل يجوز له هذا الرجوع حتى في حالة الوفاء الجزئي بالدين، ويتم هذا الرجوع بدون أي حق أفضلية للدائن في استخلاص ما تبقى من دينه، حيث يتزاحم كل من الضامن والدائن في استخلاص دينهم في مواجهة المدين الأصلي، ما لم يوجد شرط مخالف يقضي بأفضلية أحدهم على الآخر في استيفاء الدين[1104].

وفي معرض التطرق لحالة التزاحم بين الكفيل والدائن في حالة الوفاء الجزئي، يذهب جانب من الفقه جدير بالتأييد إلى القول بأن هذا التزاحم يجب تقييده بالحالة التي تكون فيها الكفالة ذاتها جزئية حتى يحق للكفيل الذي يؤدي الجزء الذي ضمنه من الدين أن يزاحم الدائن

[1101] - محمد الأطرش، م. س.، ص.352.

[1102]- عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.193.

[1103]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، م. س.، ص. 184.

[1104]- Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Op. Cit., P.93 et 94.

في رجوعه به، أما إذا كانت الكفالة مطلقة فلا يحق للكفيل الذي أدى جزء من الدين فقط أن يزاحم الدائن في استيفاء الجزء الباقي وهو ضامن له، لأن الضمان والتعرض لا يجتمعان، ومن يجب عليه الضمان لا يجوز أن يطالب بالاستحقاق سواء في الحقوق العينية أو في الحقوق الشخصية[1105].

ثانيا: الوفاء بالدين عند حلول الأجل

من الثابت أنه يجب لكي يستطيع الضامن الشخصي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، أن يكون قد قام بأداء الدين للدائن عند حلول أجله، وفي حالة قيامه بأداء الدين قبل حلول الأجل المتفق عليه، فإنه لا يحق له الرجوع على المدين الأصلي إلا عند حلول أجل استحقاق الدين، لأن الأجل حق للمدين يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الدائن والضامن، ولا يمكن إجباره على الوفاء قبل ذلك[1106]، الأمر الذي يؤكده المشرع في إطار تنظيم شروط رجوع الكفيل على المدين الأصلي حيث تنص الفقرة الثانية من الفصل 1144 من ق.ل.ع. على أنه: " ليس للكفيل الذي أدى الدين قبل حلول الأجل حق الرجوع على المدين إلا بعد حلول أجل الالتزام الأصلي "[1107].

وأجل استحقاق دين الدائن في مواجهة الضامن قد يكون هو نفسه في مواجهة المدين وقد يختلفان بأن يكون أحدهما أقرب أو أبعد من الآخر، وفي هذه الحالة لا يجوز الرجوع على المدين الأصلي إلا عند حلول أجل استحقاق دينه، لأن العبرة في الرجوع بالدعوى الشخصية بأجل استحقاق دين المدين الأصلي، وليس استحقاق التزام الضامن في مواجهة الدائن.

ثالثا: وجوب إعلام الضامن للمدين قبل الأداء

انطلاقا من مقتضيات الفصل 1149 من ق.ل.ع. الذي ينص على أنه: " ليس للكفيل أي رجوع على المدين الأصلي إذا دفع الدين، أو ترك القضاء يحكم به عليه نهائيا، ثم أثبت المدين أنه دفع الدين بالفعل، أو أن لديه من الوسائل ما يستطيع به إثبات بطلانه أو انقضائه،

[1105] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.114.

[1106] - عبد الخالق حسن أحمد، م. س.، ص.194.

[1107] - وهو نفس المقتضى الذي ينص عليه المشرع التونسي في الفقرة الثانية من الفصل 1506 من مجلة الالتزامات والعقود التي جاء فيها: " وإذا أدى الكفيل الدين قبل حلول الأجل فلا يرجع على المدين إلا عند حلوله ".

غير أن هذا الحكم لا يسري إذا كان قد تعذر على الكفيل إخطار المدين، كما لو كان هذا الأخير غائبا مثلا ". يتبين بأن المشرع المغربي كنظرائه في التشريعات المقارنة[1108] يفرض على الكفيل قبل قيامه بالأداء للدائن واجب إخطار المدين وإلا سقط حقه في الرجوع عليه، إذ قد تكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء من الكفيل كأن يكون المدين قد وفى الدين أو جزءا منه، أو تكون لديه أسباب لبطلان الدين أو انقضائه.

وفي إطار واجب إعلام الكفيل للمدين لا تخرج هذه المسألة عن إحدى فرضيتين، إما أن يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء أو لا يخطره بذلك، وفي الفرضية الأولى يجب على المدين أن يبادر إلى الاعتراض على أداء الكفيل للدين إذا كان قد قام هو نفسه بأداء الدين أو لديه من الوسائل ما يثبت بها بطلانه أو انقضائه، وفي هذه الحالة يجب على الكفيل الامتناع عن الوفاء، أما إذا قام بالوفاء بالرغم من اعتراض المدين فإن حقه في الرجوع على هذا الأخير يسقط إذا ثبت أن المدين أدى الدين أو ثبت بطلانه أو انقضاؤه[1109].

وكما أن الكفيل يلتزم بإعلام المدين، فإن على هذا الأخير واجب مقابل في الرد على هذا الإعلام في ميعاد معقول، حيث إن التقصير في الرد يخول للكفيل الرجوع على المدين ولو كانت لديه وسائل تثبت وفائه بالدين أو بطلانه أو انقضائه[1110].

وفي الفرضية الثانية، حيث لا يخطر الكفيل المدين، إذا أثبت المدين أداء الدين أو بطلانه أو انقضائه، فإن الكفيل يكون مقصرا، ومن ثم عليه أن يتحمل نتيجة خطئه التي تتمثل في سقوط حقه في الرجوع على المدين لاسترداد ما أداه للدائن، أما إذا لم يكن للمدين أي وسيلة للاعتراض على صحة الأداء، فإن الكفيل يستطيع الرجوع عليه، حيث لا يسقط حقه في الرجوع على المدين في هذه الحالة بالرغم من عدم إخطاره، لأن هذا الأخير لم يصبه أي ضرر بفعل الكفيل[1111].

[1108] - حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 2308 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:
« La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier ».

[1109]- Cass. Com., 19 Décembre 2006, Code civil, DALLOZ, Ed., 2015, P.2637.

[1110] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.116.

[1111] - محمد صبري السعدي، م. س.، ص.96.

والمدين المتضامن بدوره يجب حتى يكون له حق الرجوع على المدينين الآخرين، أن يكون الوفاء الذي قام به قد عاد عليهم بالفائدة، أي أن يكون هو الذي أبرأ ذمتهم، حيث في الحالة التي لا يخطر فيها المدينين الآخرين بأنه قد وفى عنهم الدين، ويقوم أحدهم بوفاء الدين مرة ثانية للدائن وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه، ثم يخطر سائر المدينين بأنه قد أدى الدين، فإن حق الرجوع يثبت للمدين الذي وفى الدين في المرة الثانية دون المدين الأول الذي لم يقم بإخطار المدينين بقيامه بالوفاء بالدين[1112].

وبخصوص التزام الضامن المستقل بواجب إعلام الآمر قبل الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد، فقد أثارت هذه المسألة نقاشا في الفقه، حيث ذهب الاتجاه الغالب[1113] إلى القول بأنه يجب على الضامن المستقل إخطار الآمر بأن خطاب الضمان قد طلب وفاؤه، لأنه قد تكون لهذا الأخير أسباب لعدم الوفاء بخطاب الضمان، كأن يكون قد قام بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد أو أن عقد الأساس قد تم فسخه أو تم تقرير بطلانه، لأنه في هذه الحالة تكون مطالبة المستفيد تنطوي على غش أو تعسف ظاهر، وتأسيسا لهذا الواجب اعتبر الضامن بمثابة وكيل عن غيره وعليه المحافظة على مصالحه، كما اعتبر إصدار الخطاب من جانب الضامن عملا لحساب أو لصالح الغير لأن الضامن عند الوفاء يوفي لحساب الغير الآمر ويطالب بعد ذلك بالاسترداد، وبالتالي على الضامن أن يخطر الآمر دون تأخير بطلب الوفاء وخاصة في الحالة التي تكون فيها لدى الضامن إشارات تفيد بغش المستفيد أو تعسفه، وفي حالة عدم قيامه بهذا الواجب فإنه يتحمل مسؤولية شخصية في مواجهة الآمر[1114].

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن إلزام الضامن بإعلام الآمر لا معنى له بالنظر للصفة المستقلة للضمان بالنسبة إلى عقد الأساس، حيث إن الضامن ملزم بتنفيذ التزاماته الناشئة من خطاب الضمان دون أن يخطر الآمر أو يتشاور معه، لأن هذا الأخير لا يملك منعه من الوفاء، وبالتالي فالوفاء يجب أن يتم فورا متى توفرت الشروط الواردة في خطاب الضمان،

[1112] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 3، م. س.، ص.356.

[1113] - راجع في هذه المواقف :

- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.305 إلى 309.

- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.991.

[1114]- Jean-Pierre MATTOUT, Op. Cit., P.178.

والزام الضامن بإخطار الآمر يعرقل سير عملية تنفيذ خطاب الضمان، الذي يجب في إطاره الدفع عند أول طلب والقول بخلاف ذلك فيه تعارض مع طبيعة الضمان المستقلة[1115].

وعلى مستوى القضاء، لم تأخذ محكمة النقض المصرية بدفع الآمر بعدم إخطاره من طرف الضامن، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1964/05/14 ما يلي: " أما ما أثاره الطاعن من أن المطعون ضده قبض مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان من بنك مصر دون سبق إعذاره، فإنه لما كان البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد لا بوصف كونه نائبا عن عميله، وقد قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمطعون ضده وهو المستفيد فإنه ليس للطاعن وهو العميل أن يتحدى بوجوب إعذاره قبل صرف المبلغ المذكور ومن ثم يكون النعي بهذين السببين على غير أساس "[1116].

وبالرجوع للقواعد الدولية، يتبين بأن قواعد الأمم المتحدة لسنة 1995 المنظمة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لم تنص ضمن مقتضياتها على واجب إعلام الضامن للآمر قبل أدائه لمبلغ الضمان، واكتفت بالتنصيص في المادة 14 على أنه يتعين على الضامن في أدائه التزاماته بموجب التعهد وبمقتضى هذه الاتفاقية أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولا من الحرص مع إيلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتفق عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالضمانات المستقلة، وأنه لا يجوز إعفاء الضامن من المسؤولية عن عدم تصرفه بحسن نية أو عن أي سلوك يتسم بالإهمال الجسيم.

أما في إطار قواعد غرفة التجارة الدولية للضمانات عند الطلب لسنة 2010 (RUGD 758) يؤكد جانب من الفقه[1117] اهتم بمتابعة المستجدات التي جاء بها تعديل سنة 2010 بأن النقطة المتعلقة بإعلام الضامن للآمر عرفت نقاشا مستفيضا أثناء الأعمال التحضيرية لهذه القواعد، نتج عنها التوصل إلى توافق واضح ومتوازن، أخذ بعين الاعتبار القلق

[1115] - انظر في هذه المواقف:
- علي جمال الدين عوض، م. س.، ص.306.
- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.991.

[1116] - قرار محكمة النقض المصرية رقم 370، لسنة 29 القضائية، صادر بتاريخ 1964/05/14، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg، اطلع عليه بتاريخ 2018/07/18.

[1117]- Jean-Pierre MATTOUT, La révision des régles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n° 757), Recueil Dalloz, N° 21, 3 Juin 2010, P.1299.

المشروع للآمر بوجوب إعلامه بكل طلب متعلق بالأداء، دون المساس بالالتزام المستقل للضامن والضامن المقابل في الأداء بناء على طلب مطابق.

وقد استقر الأمر في النهاية على التنصيص الصريح في المادة 16 من هذه القواعد المعنونة بتبليغ طلب الأداء، على أن الضامن يعلم وبدون تأخير الآمر والضامن المقابل بكل طلب للأداء بناء على الضمان[1118].

ويقع عبء إثبات الإعلام على عاتق الضامن، وعبء إثبات الوفاء بالدين أو بطلانه أو انقضاؤه أو أن مطالبة المستفيد مشوبة بالغش والتعسف الظاهر على عاتق المدين الآمر، وفي ذلك قضى المجلس الأعلى في قراره رقم 865 الصادر بتاريخ 2005/07/27 بما يلي: " ومن جهة أخرى وبخصوص الفصل 1149 من ق.ل.ع. فإن المشرع عندما صرح بأن الكفيل ليس له حق الرجوع على المدين إذا كان قد دفع الدين أو ترك القضاء يحكم به عليه نهائيا، قد علق ذلك على شرط أن يثبت المدين أنه فعلا قد أدى الدين أو أن لديه وسائل لإثبات انقضاء الدين أو بطلانه والمحكمة اتضح لها من أوراق الملف أن الطاعنين لم يثبتا ذلك وردت عن صواب الدفع بخرق الفصل 1149 من ق.ل.ع. فجاء قرارها على هذا النحو مرتكزا على أساس وكان ما بالوسيلة بفرعيها غير جدير بالاعتبار "[1119].

الفقرة الثانية: موضوع الدعوى الشخصية

تحدد موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية الفقرة الأولى من الفصل 1143 من ق.ل.ع. التي جاء فيها: " للكفيل الذي يقضي الالتزام الأصلي قضاء صحيحا حق الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، ولو كانت الكفالة قد أعطيت بغير علمه، وله حق الرجوع عليه أيضا من أجل المصروفات والخسائر التي كانت نتيجة طبيعية وضرورية للكفالة "[1120]. هذا

[1118]- « Le garant informera sans retard la partie donnant les instructions ou, l'as échéant, le contregarant de toute demande de paiement en vertu de la garantie ou de toute demande de prorogation de la garantie présentée comme une alternative à la demande de paiement. Le contregarant informera sans retard la partie donnant les instructions de toute demande de paiement au titre de la contre- garantie et de toute demande de prorogation présentée comme une alternative à la demande de paiement ».

[1119] - قرار رقم 865، صادر بتاريخ 2005/07/27، في الملف التجاري عدد 2004/2/3/366، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الاصدار الرقمي، ع. 66، مارس 2007، ص.163.

[1120] - وتحدد موضوع دعوى الرجوع الشخصي للكفيل في التشريع الفرنسي الفقرة الثانية من المادة 2305 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:

الموضوع ونطاقه المرتبط بآثار الرجوع بالدعوى الشخصية يؤكد الفقه على أنه ينطبق كذلك على الرجوع الشخصي للضامن المستقل والمدين المتضامن[1121].

وبناء عليه، يحق للضامن الشخصي الرجوع على المدين الأصلي بكل ما دفعه تنفيذا لعقد الضمان، والذي أدى بالنتيجة إلى إبراء ذمة المدين، وتشمل هذه المبالغ أصل الدين والمصروفات التي أنفقها الضامن في تنفيذ عقد الضمان، والمصروفات التي أنفقها الدائن في رجوعه على الضامن والتي اضطر هذا الأخير لإرجاعها للدائن.

وفي الحالة التي يخطىء فيها الضامن ويؤدي للدائن أكثر مما مستحق له، لا يمكنه الرجوع على المدين الأصلي بخصوص هذه المبالغ غير المستحقة للدائن، ولا يبقى له في هذا الإطار إلا الرجوع على الدائن لاسترداد ما دفع له بدون وجه حق، بناء على دعوى دفع غير المستحق.

كما يحق للضامن في إطار ممارسته للدعوى الشخصية مطالبة المدين بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، ومن أمثلة الضرر الذي يحق للضامن الرجوع به على المدين، الضرر الذي يتحقق في الحالة التي لا ينفذ فيها المدين الأصلي التزامه في مواجهة الدائن، بالشكل الذي يترتب عليه اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد أموال الضامن وبيعها بنصف ثمنها الحقيقي، ويشترط في هذه الحالة طبعا لاستحقاق التعويض أن يكون المدين قد امتنع عن تنفيذ التزامه بسوء نية مع قدرته على ذلك[1122].

يستشف من كل ما سبق بخصوص الدعوى الشخصية، بأنه إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها أساسا بتخويلها للضامن حق الحلول محل الدائن في حقوقه وامتيازاته، وعدم اشتراط إخطار المدين قبل الوفاء بالدين، فإن الدعوى الشخصية تتميز عن دعوى الحلول في اتساع وعاء الدين الذي يمكن للضامن مطالبة المدين الأصلي بأدائه، حيث يشمل إمكانية المطالبة بأصل الدين والمصاريف والتعويض عن الخسائر، كما أن الرجوع بالدعوى الشخصية يجعل

« Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.
Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ».

[1121]- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.995.

[1122] - سمير عبد السيد تناغو، م. س.، ص.118.

الواقعة المنشئة لدين الضامن هي واقعة الوفاء للدائن، الشيء الذي يطرح معه التساؤل حول مدى فعالية هذه المميزات المترتبة على الدعوى الشخصية في حماية الضامن في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية ؟

المطلب الثالث: نسبية فعالية الدعوى الشخصية في حماية الضامن

انطلاقا من مميزات الرجوع بالدعوى الشخصية بالنسبة للضامن، التي تؤدي لانقضاء الدين الأصلي مقابل نشوء دين جديد للضامن في مواجهة المدين، لكون الوفاء بالدين للدائن يشكل الواقعة المنشئة لدين الضامن في مواجهة المدين[1123]، وتخول للضامن الحق في المطالبة بكامل الدين الذي تم أداؤه للدائن بالإضافة إلى المصروفات والخسائر، واعتبارا لكون تاريخ نشوء الدين يشكل عاملا حاسما في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الدين في إطار مسطرة التسوية القضائية، التي تميز بين وضعية الديون الناشئة قبل فتح مسطرة التسوية، التي تخضع لمسطرة التصريح بالديون، وبين الديون اللاحقة لفتح المسطرة التي تستفيد في إطارها الديون الناشئة خلال فترة إعداد الحل والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو بنشاط المقاولة من امتياز حق الأسبقية، في حين تخضع الديون الناشئة بعد حصر مخطط التسوية للقواعد العامة للأداء.

يمكن القول بأن مدى فعالية الرجوع الشخصي للضامن سيتحكم فيه النظام القانوني الذي سيخضع له دينه الناشئ في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية، حيث لا جدال في أن دينه الناشئ بصفة سابقة على حكم فتح المسطرة يخضع لمسطرة التصريح بالديون، التي توجب على الضامن الزامية التصريح بدينه في مواجهة المدين تحت طائلة سقوطه وانقضائه بصفة نهائية ما لم يتم رفع السقوط عنه، ليبقى التساؤل الأهم هو: هل دين الضامن الناشئ خلال فترة إعداد الحل يستفيد من امتياز حق الأسبقية ؟ أم أنه يخضع للقواعد العامة في الأداء؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل الذي يفضي في إطاره القول بأن دين الضامن يستفيد من امتياز حق الأسبقية إلى ثبوت فعالية الدعوى الشخصية، والقول بخضوعه للقواعد العامة في

[1123] - Cass. Com., 15 Mai 1990, Bull. Civ., I, N° 106, 1990, P.77., Recueil Dalloz, 1991, P.538, Obs., Georges VIRASSAMY.

الأداء إلى ثبوت نسبية هذه الفعالية (الفقرة الثانية) لا بد لنا أولا من التطرق لمضمون امتياز حق الأسبقية وشروط الاستفادة منه في ضوء مستجدات القانون 73.17 (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: امتياز حق الأسبقية في ضوء مستجدات القانون 73.17

نظرا للوضعية الحرجة التي تجتازها المقاولة بعد الإعلان عن فتح مسطرة التسوية القضائية، واختلال عنصر الثقة الذي تقوم عليه المعاملات التجارية، ومن أجل ضمان تمويل المقاولة بشكل عادي خلال فترة إعداد الحل، التي تعد فترة حاسمة في تحديد مصيرها، عمد المشرع المغربي كنظرائه في التشريعات المقارنة[1124]، إلى تمتيع الدائنين الناشئة ديونهم بعد حكم فتح مسطرة التسوية القضائية بامتياز حق الأسبقية، وذلك لأول مرة بموجب المادة 575 من م.ت. لسنة 1996 المنسوخة، التي كانت تنص بشكل مقتضب ودون تحديد دقيق لشروط هذا الامتياز ونطاقه الزمني على ما يلي: " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية، بالأسبقية على كل ديون أخرى سواء أكانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات ". الشيء الذي فرض على المشرع التدخل بموجب القانون 73.17 لتجاوز تلك الثغرات، حيث نص بموجب المادة 590 من م.ت. على أنه: " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو تلك المتعلقة بنشاط المقاولة وذلك خلال فترة إعداد الحل في تواريخ استحقاقها.

[1124]- وهو الامتياز الذي يؤكده المشرع الفرنسي في المادة L.622.17 من مدونة التجارة الفرنسية التي تنص في فقرتها الأولى على ما يلي:

« I.- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ».

- تجب الإشارة إلى أن المادة L.622-17 من مدونة التجارة الفرنسية (المادة 40 من قانون 25 يناير 1985) قد أثارت جدلا واسعا في فرنسا، إذ اعتبرها البعض بأن تؤثر سلبا على الديون المثقلة بضمانات، واعتبرها البعض الآخر بأنها امتياز كبير ممنوح للمقاولة التي تمر بوضعية صعبة، وعلى هذا الأساس تم تقديم عدة طعون للمجلس الدستوري فيما يخص هذه المادة. وفي هذا الإطار أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرارا بتاريخ 1985/01/18 اعتبر فيه أن هذه المادة أعادت فقط ترتيب الأولوية فيما بين الدائنين، رغبة من المشرع في إنقاذ المقاولات المتعثرة وحماية مصالح الدائنين.

- Cons. Constitu., 18 janv. 1985, Cité par, Yves GUYON, Droit des affaires, Op. Cit., P.280.

- وينص المشرع التونسي على امتياز حق الأولوية في الفصل 450 من المجلة التجارية التونسية الذي جاء فيه: " تعطى الأولوية للديون الجديدة المترتبة على المؤسسة بداية من انطلاق فترة المراقبة والتي لها علاقة مباشرة وضرورية بمواصلة نشاطها ولمعينات كراء العقارات والمنقولات التي تكون موضوع إيجار مالي وضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة والتي تم تعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استرجاعها والتي حل أجل الوفاء بها قبل انطلاق فترة المراقبة وتستخلص قبل الديون السابقة الأخرى ولو كانت ممتازة ".

وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدى بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادتين 558 و 565 أعلاه.

تؤدى الديون المشار إليها في الفقرة الأولى، عند تزاحمها، وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل ".

وبهذا يكون المشرع المغربي قد اعتبر حكم فتح المسطرة بمثابة فيصل بين نوعين من الدائنين، دائنين سابقين ودائنين لاحقين[1125]، اقتضت وضعية كل واحد منهما سن قواعد خاصة كفيلة بتوفير الحماية المتطلبة بالنسبة للدائنين اللاحقين الناشئة ديونهم خلال فترة إعداد الحل، ذلك أن هؤلاء الدائنين وهم بالخصوص تجار ومؤسسات مالية، ما كان لهم أن يقدموا على تمويل المقاولة في هذه المرحلة الصعبة من حياتها لولا هذا الامتياز الذي خصهم به المشرع.

ومن ثم، فإن الدائنين المستفيدين من هذا الامتياز لا يخضعون لمبدأ وقف المتابعات الفردية، كما لا يخضعون لمبدأ منع سداد الديون، ذلك أن لهم الحق في استخلاص ديونهم في تاريخ الاستحقاق، وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدى بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء حق الأفضلية المنصوص عليه في المادة 558 من م.ت. المتعلق بديون الأشخاص الذين وافقوا في إطار مسطرة المصالحة على منح مساهمة جديدة بخزينة المقاولة من أجل متابعة نشاطها واستمراريتها[1126]،

[1125]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 38، الصادر بتاريخ 2007/09/19، ملف عدد 2006/61، منشور، مجلة المعيار، ع.40، ص.235.

[1126]- تنص المادة 558 من م.ت. على ما يلي: " يستفيد الأشخاص الذين وافقوا، في إطار مسطرة المصالحة التي أفرزت الاتفاق المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه، على منح مساهمة جديدة بخزينة المقاولة من أجل ضمان متابعة نشاطها واستمراريتها، من استيفاء مبلغ تلك المساهمة بحسب الأفضلية، قبل كل الديون الأخرى، بما فيها تلك المقررة في المادتين 565 و590 والفقرة 2 من المادة 652 أدناه.

كما يستفيد الأشخاص الذين يقدمون في نفس الإطار، سلعا أو خدمات جديدة من أجل متابعة نشاط المقاولة واستمراريتها، من نفس الأفضلية بالنسبة لثمنها.

لا تطبق مقتضيات الفقرتين السابقتين على المساهمات الممنوحة من طرف المساهمين أو الشركاء في إطار عملية الزيادة في رأسمال الشركة.

لا يستفيد الدائنون الموقعون على الاتفاق الودي من هذه المقتضيات، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بالنسبة للمبالغ الممنوحة للمقاولة قبل فتح مسطرة المصالحة ".

وحق الأفضلية المنصوص عليه في المادة 565 من نفس المدونة، الذي يستفيد منه الدائنون الناشئة ديونهم المتعلقة بحاجات سير المسطرة أو بنشاط المقاولة بصفة قانونية خلال فترة إعداد الحل في إطار مسطرة الإنقاذ[1127].

إذا كانت هذه هي مبررات تقرير حق الأسبقية وآثاره، فإنه لا بد لنا من التعرف على شروط الاستفادة من هذا الحق في ضوء مقتضيات المادة 590 من م.ت. المذكورة أعلاه، التي سيتبين من خلالها أن الغاية الأساسية من إقرار المشرع المغربي لحق الأسبقية تكمن في تشجيع وتحفيز الممولين من أبناك ومؤسسات ومزودين وغيرهم، على تقديم الائتمان والتمويل اللازمين لتمكين المقاولة المفتوحة ضدها مسطرة التسوية القضائية من مواصلة ومتابعة نشاطها، ولذلك فإن استفادة الدائنين من هذا الامتياز يبقى رهينا بتوفر مجموعة من الشروط القانونية، إذ لإعمال هذا الامتياز يجب أن يكون الدين قد نشأ خلال فترة إعداد الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة (أولا) وأن يكون قد نشأ بصفة قانونية (ثانيا) وأن يتعلق نشوؤه بحاجيات سير المسطرة أو بنشاط المقاولة (ثالثا).

أولا: نشأة الدين خلال فترة إعداد الحل

حتى يتمكن الدائن من الاستفادة من حق الأسبقية، يجب أولا أن ينشأ دينه بعد تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المقاولة المتوقفة عن سداد ديونها، ولإثبات تحقق هذا الشرط، تجب المقارنة بين تاريخ صدور الحكم المذكور وتاريخ نشأة الدين، ومتى كان هذا الأخير لاحقا للتاريخ الأول، إلا وكان صاحب هذا الدين من الدائنين الناشئة ديونهم بصفة لاحقة لحكم فتح المسطرة.

[1127]- وتنص المادة 565 من م.ت. على ما يلي: " يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح مسطرة الإنقاذ، والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو بنشاط المقاولة، وذلك خلال فترة إعداد الحل، في تواريخ استحقاقها.

وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدى بالأسبقية على كل الديون الأخرى، سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادة 558 أعلاه.

تؤدى الديون المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، عند تزاحمها، وفقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل ".

لكن، إذا كان تاريخ صدور الحكم لا يثير أي إشكال نظرا لثبوته بمقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، فإن تحديد تاريخ نشأة الدين يطرح بعض الصعوبات العملية، وذلك في الحالات التي يختلف فيها تاريخ نشأة الدين عن تاريخ العقد الذي نتج عنه هذا الدين، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للعقود المستمرة كعقود التزويد بالمواد والخدمات وعقود الإيجار والعقود البنكية، وعقود الائتمان الإيجاري وغيرها[1128]. حيث يثار السؤال هنا حول ما إذا كان حق الأسبقية يشمل فقط الديون الناشئة بمناسبة مواصلة تنفيذ هذه العقود الجارية بعد فتح المسطرة، أم أن هذا الامتياز يشمل أيضا الديون الناتجة عن تنفيذ هذه العقود قبل فتح المسطرة، بحجة عدم إمكانية تجزئة الالتزامات المترتبة عن العقد المستمر.

وجوابا عن هذا السؤال، يذهب غالب الفقه المغربي[1129]، ونحن معهم في ذلك، إلى أن تقرير مدى استفادة الدائن من امتياز المادة 590 من م.ت.، يتوقف على تحديد تاريخ نشأة الدين وليس تاريخ إبرام العقد أو التصرف الناشئ عنه الدين.

ولا يعني نشوء الدين بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية، أن كل الديون الناشئة بعد هذا التاريخ تستفيد من امتياز حق الأسبقية بل يقتصر النطاق الزمني لهذه الاستفادة بصريح المادة 590 من م.ت. على الديون الناشئة خلال فترة إعداد الحل.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد تجاوز تبعات غموض وعدم دقة صياغة المادة 575 من م.ت. المنسوخة، التي أدت إلى إثارة العديد من التساؤلات فيما يخص النطاق الزمني لحق الأسبقية، وبمعنى آخر حول تحديد التاريخ الأقصى لقيام الدين المشمول بامتياز حق الأسبقية، خاصة وأن الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية يشكل نقطة بداية لمراحل موالية له، وهي مرحلة إعداد الحل، ومرحلة مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت.

[1128]- إبراهيم قادم، امتياز المادة 575 من مدونة التجارة بين قصور الصياغة وإشكالات التطبيق، مجلة المعيار، ع. 41، يونيو 2009، ص.21.

[1129]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، م. س.، ص.360.، امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، م. س.، ص.387.

وأمام ذلك الغموض وعدم الدقة في صياغة المادة 575 من م.ت. المنسوخة، انقسم الفقه المغربي إلى اتجاهين:

– **الاتجاه الأول**: ذهب أنصار هذا الاتجاه[1130] إلى القول بأن نطاق تطبيق حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 575 م.ت. المنسوخة، يقتصر فقط على فترة إعداد الحل، حيث ينتهي مفعوله بانتهاء هذه الفترة، إما بصدور حكم حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت، أو النطق بالتصفية القضائية. وبعبارة أخرى، يؤكد هذا الاتجاه أن مجال تطبيق هذه المادة لا يشمل الديون الناشئة في مرحلة ما بعد حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت، ولا حتى في مرحلة التصفية القضائية ما لم تأذن المحكمة خلال سريان هذه المسطرة بمتابعة المقاولة لنشاطها، وذلك لمدة تحددها [1131].

– **الاتجاه الثاني**: تبنى أنصار هذا الاتجاه[1132]، موقفا مغايرا للاتجاه الأول، حيث ذهبوا إلى القول بأن نطاق المادة 575 من م.ت. المنسوخة، يمتد ليشمل كل المراحل التي تأتي بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، مادام أن الصياغة العامة للمادة المذكورة توحي بذلك، وبالتالي يستفيد من امتياز المادة 575 من م.ت. المنسوخة، حتى الدائنون الذي نشأت ديونهم بعد فترة إعداد الحل، فالمشرع لم يحدد بدقة التاريخ الذي تنتهي فيه الاستفادة من هذا الامتياز، ومن ثم فإن الديون الناشئة بعد انتهاء فترة إعداد الحل يمكن أن تستفيد من حق الأسبقية ما دام هذا التوجه يخدم مصالح الدائنين الذين ضحوا بمصالحهم من أجل إنقاذ المقاولة، ويوفر الحماية لهم خلال أطول فترة ممكنة في إطار مسطرة التسوية القضائية[1133].

1130- أحمد شكري السباعي، مسطرة التسوية القضائية (أو التصحيح القضائي) والتصفية القضائية وتمويل المقاولة ، م.م.م.، ع. 80، يناير- فبراير 2000، ص.12 وما بعدها.، عبد الكريم عباد، م. س.، ص.384-385.

1131- في نفس الاتجاه انظر كذلك:

- عبد الحق بوكبيش، م. س.، ص.200.، إبراهيم قادم، م. س.، ص.19.

1132- عبد الرزاق الزيتوني، تنازع الدائنين بين امتياز المادة 575 م.ت وباقي الضمانات الأخرى، مجلة المنتدى، ع.3، يونيو 2002، ص.163-164.، كريم آيت بلا، استمرارية المقاولة في إطار التسوية القضائية، على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط. 1، 2008، ص.110.، محمد صابر، أثر فتح المسطرة على الديون الامتيازية، مجلة المعيار، ع.33، ص.119.

1133- وقد سبق لنا في هذا الإطار، أن أكدنا على صواب رأي الاتجاه الأول القائل بضرورة حصر نطاق تطبيق امتياز حق الأسبقية في فترة إعداد الحل، على اعتبار أن الحكم القاضي بحصر مخطط الاستمرارية، يسترجع معه المدين سلطاته الكاملة لإدارة أعماله، بعدما خضعت المقاولة لنظام قانوني خاص بتسييرها خلال فترة إعداد الحل، يلعب فيه السنديك دورا بارزا من خلال التسيير الكلي أو الجزئي للمقاولة، كما أن المحكمة لا تقرر حصر مخطط الاستمرارية، إلا إذا كانت هناك إمكانات جدية لتسوية وضعية المقاولة وسداد خصومها. أما فيما يتعلق بالتفويت فالأمر واضح نظرا للفرق البين بين التفويت ومتابعة النشاط. كما أن توسيع مجال حق الأسبقية

وعليه، يكون المشرع المغربي بحصره لنطاق الاستفادة من امتياز حق الأسبقية في الديون الناشئة خلال فترة إعداد الحل، قد أخذ بما هو ثابت في التشريعات المقارنة[1134]، وبما استقر عليه الاجتهاد القضائي المغربي، الذي يؤكد موقفه بوضوح قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2008/07/16[1135] الذي جاء فيه: " وحيث إن كانت هناك ديون ناشئة قبل فتح المسطرة، وأخرى بعد حصر المخطط، فإن هناك ديونا نشأت بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، مما تكون معه هذه الأخيرة مشفوعة بالامتياز المنصوص عليه بمقتضى المادة 575 من م.ت.، إلا أن المجال الزمني لتطبيق الامتياز المذكور هو التاريخ الذي تنشأ فيه هذه الديون خلال المرحلة الانتقالية الفاصلة ما بين حكم التسوية القضائية وحكم حصر مخطط الاستمرارية، ولا يبق مجال لتطبيق حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 575 من م.ت.، إما بصدور حكم حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت أو الحكم بالتصفية القضائية، ومن ثم فإن الدين الممتاز طبقا للمادة 575 من م.ت. بالنسبة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هو الدين الذي نشأ له خلال الفترة الانتقالية وليس بعدها أو قبلها، وهو ما اقترحه السنديك ونص عليه الأمر المستأنف "[1136].

ليشمل مخطط الاستمرارية والتفويت، سيؤدي إلى تضخم الديون المستفيدة من حق الأسبقية، ويؤثر سلبا بشكل كبير على الدائنين السابقين ولو كانوا من أصحاب الضمانات، حيث سيجعل فرص استيفائهم لديونهم ضعيفة.، يوسف الجار، م. س.، ص.60.

[1134]- راجع المادة L.622-17 من مدونة التجارة الفرنسية.

[1135]- قرار رقم 49، صادر بتاريخ 2008/07/16، ملفين عدد 07/188 ص، 07/90 ص، منشور، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع.3، 2011، ص.216.

[1136]- في نفس السياق:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 657، الصادر بتاريخ 2007/02/02، ملف عدد 06/11/4697، الذي جاء فيه: " وحيث يستفاد من هاته المقتضيات أن الديون التي تتمتع بحق الأسبقية المذكور، هي الديون الناشئة عقب فتح مسطرة التسوية القضائية خلال فترة إعداد الحل، أو الديون الناشئة أثناء مدة استمرارية نشاط المقاولة الخاضعة للتصفية القضائية ليس إلا ". قرار غير منشور.

- لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية كذلك على نفس التوجه، حيث اعتبرت أن الديون الناشئة بعد حصر مخطط الاستمرارية لا تستفيد من مقتضيات المادة 40 من قانون 25 يناير 1985 (حاليا المادة L.622-17 من مدونة التجارة الفرنسية):

- Cass. Com., 3 Avril 1990, Rev. Proc. Coll., N° 3, 1995, P.297 et 298, Obs., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

وبهذا تكون الديون الناشئة خلال فترة إعداد الحل، هي فقط الديون التي تستفيد من امتياز حق الأسبقية بصريح نص المادة 590 من م.ت.، أما الديون الناشئة بعد حصر مخطط التسوية، فتبقى خاضعة فيما يخص كيفية أدائها للقواعد العامة[1137].

ثانيا: نشأة الدين بصفة قانونية

لكي يستفيد الدائن الناشئ دينه خلال فترة إعداد الحل من امتياز حق الأسبقية، يجب كذلك أن يكون دينه ناشئا بصفة قانونية، أي أن يكون هذا الدين قد نشأ في ظل احترام قواعد توزيع السلطات والاختصاصات بين رئيس المقاولة والسنديك[1138] كما يحددها الحكم القاضي بفتح المسطرة[1139]، ذلك أنه إذا كان لرئيس المقاولة قبل فتح مسطرة التسوية القضائية، الحق المطلق في القيام بأي عمل أو تصرف يرى أنه يخدم نشاط مقاولته، فإن هذا الحق يخضع بعد فتح المسطرة لقيود تفرضها مصلحة المقاولة وكذا مصلحة الدائنين.

وبناء عليه، لا يعتبر الدين ناشئا بصفة قانونية إذا تجاوز المدين أو السنديك حدود اختصاصاتهما الموكولة لهما قانونا، أو عند تجاوزهما للمنع أو الحظر بإبرام تصرف أو عقد دون إذن القاضي المنتدب[1140]، أو إذا كان الدين ناشئا قبل صدور الحكم بفتح المسطرة أو خارج فترة إعداد الحل.

ثالثا: وجوب تعلق نشوء الدين بحاجيات سير المسطرة أو بنشاط المقاولة

لاعتبار الدين مشمولا بحق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 590 من م.ت.، لا يكفي أن ينشأ الدين بصفة قانونية خلال فترة إعداد الحل الملائم لتسوية وضعية المقاولة، بل

[1137]- وتجب الإشارة هنا إلى أن التحديد التشريعي لمدة فترة الملاحظة في فرنسا، أدى إلى بروز إشكالية تتعلق بمدى إمكانية استفادة الديون الناشئة في الفترة الممتدة ما بين انصرام فترة الملاحظة واعتماد مخطط الاستمرارية من حق الأسبقية في الأداء، تدخلت على إثرها محكمة النقض الفرنسية واعتبرت تلك الديون مشمولة بحق الأسبقية في الأداء:

- Cass. Com., 16 October 1991, Cass. Com., 2 Février 1993, Rev. Proc. Coll., N° 3, 1995, P. 299, Obs., Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

[1138]- François PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.223.

[1139]- عبد الرحيم شميعة، م. س.، ص.220.

[1140]- وهو المقتضى الذي تؤكده الاجتهادات القضائية الفرنسية سواء على مستوى قضاء محكمة النقض أو محاكم الموضوع ومن هذه القرارات:

- Cass. Com. 31 Mars 1998, Cass. Com. 23 juin 1998, C. A. Douai, 15 Octobre 1998, T. Com. Paris, 20 Mai 1997, Rev. Proc. Coll., N° 5, Décembre 1999, P.219, Obs., Jacques LARRIEU, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.

لابد من تحقق شرط ثالث وهو الأهم، يتمثل في وجوب تعلق نشأة هذا الدين بحاجيات سير مسطرة التسوية التي تتمثل أساسا في مصاريف السنديك والخبرة، أو بنشاط المقاولة[1141]، أي بالديون التمويلية للمقاولة، ذلك أنه لا يتصور تمتيع ديون لا علاقة لها بتسهيل وضمان استمرارية نشاط المقاولة بامتياز حق الأسبقية، لأن الغاية الأساسية من تقرير هذا الامتياز هي تشجيع مقدمي الائتمان والموردين على التعامل مع المقاولة المتوقفة عن الدفع الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، بمنحها التمويل المالي وتزويدها بالسلع والخدمات التي من شأنها أن تسهم في الحفاظ على نشاطها، وترفع من فرص تسوية وضعيتها المتأزمة[1142].

وعليه، فإن باقي الديون التي لا ترتبط بسير المسطرة ولا بضمان استمرارية نشاطها، فإنها لا تحظى بامتياز حق الأسبقية، ولا يوجد أي أساس قانوني يبرر سريان مقتضيات المادة 590 من م.ت. عليها، بحيث لا يمكن التوسع في نطاق هذا الامتياز، لأنه سيضر أولا بمصالح الدائنين اللاحقين أنفسهم لأن حجم هذه الديون سيتضخم بشكل لن تعود معه المقاولة قادرة على الوفاء بها، وثانيا بمصالح الدائنين السابقين الذين ضحوا كذلك عبر قيامهم بمنح ثقتهم للمقاولة عندما كانت بعافية اقتصادية[1143].

الفقرة الثانية: مدى إمكانية استفادة دين الضامن الشخصي من امتياز حق الأسبقية

رغبة في الاستفادة من امتياز حق الأسبقية في الأداء الذي تقره المادة 590 من م.ت. قد يتعمد الضامن التراخي في أداء دينه للدائن إلى حين صدور حكم فتح مسطرة التسوية

[1141]- وقد سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها رقم 58، الصادر بتاريخ 2004/10/06، ملف عدد 2003/84، أن أكدت على ضرورة نشوء الدين لمواصلة نشاط المقاولة وبصفة قانونية، حيث جاء في إحدى حيثياته: " وحيث إنه بالنسبة للسبب الثاني الهادف إلى اعتبار الدين المحدد في مبلغ 482657,44 درهم موضوع التصريح المؤرخ في 03/10/3 قد نشأ بعد فتح المسطرة واعتباره دينا امتيازيا والذي استصدرت فيه المستأنفة أمرا بالأداء بتاريخ 2001/10/23 في الملف رقم 01/2/6802 فانه لا يكفي للقول بتمكينها من حق الأسبقية طبقا للمادة 575 من م ت ذلك أن الدائن لا يمكن أن يستفيد من ذلك إلا بعد أن يثبت أن دينه نشأ بعد تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المقاولة المتوقفة عن الدفع وأن يكون هناك ضرورة تستوجب نشوء الدين لمواصلة نشاط المقاولة وأن يكون الدين قد نشأ بصفة قانونية، وهي كلها شروط صعب على القاضي المنتدب التعرف عليها خاصة وأن مقاولة " انباشا" لم تمارس أي نشاط بعد صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية والذي حول بتاريخ 03/1/18 إلى حكم بالتصفية القضائية في حقها وأن الطاعنة لم تدل للمحكمة بما يفيد أن المحكمة التجارية قد أذنت باستمرار نشاطها لمدة محددة عملا بالمادة 620 من م ت، وبذلك فان الأمر المتخذ لما صرح بمعاينة وجود نزاع بخصوص هذا الدين يكون قد أصاب صحيح القانون"، قرار غير منشور.

[1142]- المشرع التونسي ينص صراحة على أنه يجب أن تكون لهذه الديون علاقة مباشرة وضرورية بمواصلة نشاط المقاولة، راجع الفصل 450 من المجلة التجارية التونسية.

[1143]- عبد الرحيم شميعة، م. س.، ص.222.

القضائية، ليقوم خلال فترة إعداد الحل بأداء الدين للدائن، هذا الأداء الذي يترتب عليه نشوء دين جديد للضامن[1144] في مواجهة المدين خلال هذه الفترة، الشيء الذي يطرح معه التساؤل حول مدى إمكانية استفادة هذا الدين الناشئ خلال فترة إعداد الحل من امتياز حق الأسبقية ؟

من أجل الإجابة عن هذا التساؤل سنعرض أولا لموقف الفقه والقضاء من مدى إمكانية استفادة دين الضامن الشخصي الناشئ خلال فترة إعداد الحل من امتياز حق الأسبقية (أولا) قبل التصريح بموقفنا من الموضوع (ثانيا).

أولا: موقف الفقه والقضاء

لقد انقسمت المواقف الفقهية والقضائية بخصوص مدى إمكانية استفادة دين الضامن الشخصي الناشئ خلال فترة إعداد الحل من امتياز حق الأسبقية إلى اتجاهين، اتجاه رافض لاستفادة دين الضامن من امتياز حق الأسبقية (أ) واتجاه قائل بحقه في الاستفادة من هذا الامتياز (ب).

أ- الاتجاه الفقهي والقضائي الرافض لاستفادة دين الضامن من امتياز حق الأسبقية

دون الاعتماد على مضمون امتياز حق الأسبقية وشروط الاستفادة منه، ذهب جانب من الفقه المنتصر لهذا الاتجاه لتأسيس موقفه الرافض لاستفادة دين الضامن الشخصي من امتياز حق الأسبقية إلى القول بأن دين الضامن الشخصي وبالرغم من أدائه خلال فترة إعداد الحل يعتبر من الديون الناشئة بصورة سابقة على حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، لأن العبرة في نشوء دينه بتاريخ إبرام عقد الضمان وليس بتاريخ أدائه للدين، لأن دين الضامن شأنه كباقي الديون التعاقدية التي يعتبر فيها تقليديا الدين ناشئا عند إبرام العقد، حيث بنفس المنطق الذي

[1144]- Cass. Com., 15 Mai 1990, Bull. Civ., I, N° 106, 1990, P.77., Recueil Dalloz, 1991, P.538, Obs., Georges VIRASSAMY.
« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le recours de M. X. avait sa cause dans le seul fait du paiement, générateur d'une obligation nouvelle distincte de celle éteinte par ledit paiement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

يعتبر فيه دين ثمن عقد البيع ناشئا خلال انعقاد عقد البيع، يعتبر كذلك دين الكفيل ناشئا عند التزامه[1145]، أي عند إبرام عقد الكفالة، كما أن دعوى الكفيل الشخصية لاسترجاع ما أداه تنشأ منذ اللحظة التي يلتزم فيها تجاه الدائن وليس عندما يؤدي لهذا الأخير، لأن الأداء يجعل فقط دينه بالاسترجاع مستحقا[1146].

يبدو أن هذا الجانب من الفقه قد أخذ بالحل الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية لاستبعاد الضامن الشخصي من الاستفادة من امتياز حق الأسبقية، فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2004/06/16[1147] بأن دين الكفيل الذي قام بأداء الدين للدائن الذي يرجع به على باقي الكفلاء تأسيسا على المادة 2033 من القانون المدني (حاليا المادة 2310) يعتبر ناشئا في تاريخ التزام الكفيل الذي هو في النازلة سابق لفتح مسطرة التسوية القضائية، وبالتالي دين الكفيل لا يستفيد من مقتضيات المادة 40 من قانون 25 يناير 1985 (حاليا المادة L.622-17)، ونقضت بذلك قرار محكمة الاستئناف الذي خول للكفيل حق الاستفادة من امتياز حق الأسبقية استنادا على أن دينه ناشئ بصفة لاحقة لفتح المسطرة[1148].

[1145]- André JACQUEMONT, Op. Cit., P.263.

[1146]- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Op. Cit., P.172.

[1147]- Cass. Com. 16 Juin 2004, Bull. Civ. IV, N° 123, 2004, P.126., Publié sur le site web, www.legifrance.gouv.fr, Consulté le 16/08/2019.

« Vu l'article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-32 du Code de commerce;
Attendu que la créance de la caution qui a payé la dette et qui agit contre son cofidéjusseur sur le fondement de l'article 2033 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement de caution;
Attendu que pour condamner M. Z..., commissaire à l'exécution du plan de M. X..., décédé, à payer 25 000 francs à M. Y..., l'arrêt retient que s'agissant de rapports entre deux cautions, et non entre une caution et le débiteur principal, M. Y... ne disposait d'aucune action avant d'avoir payé, ce par application de l'article 2033 du Code civil, que l'origine de sa créance est, dès lors, postérieure à l'ouverture de la procédure collective de M. X..., de telle sorte que cette créance n'était pas soumise à l'obligation de déclaration ;
Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que l'engagement de caution de M. Y... avait été souscrit avant l'ouverture du redressement judiciaire de M. X..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

[1148]- وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر بأن الدين في دعوى الرجوع المسبق ينشأ من تاريخ إبرام العقد:
- Cass. Com., 3 Février 2009, Bull. Civ., IV, N° 11, 2009., Code de commerce, DALLOZ, Ed.2011, P.980.

نفس الموقف السابق اعتمدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2006/12/19 بخصوص دين الضامن المستقل، حيث اعتبرت أن دين الضامن المستقل رغم أدائه أثناء فترة الملاحظة لا يستفيد من امتياز حق الأسبقية، لأن دين رجوع الضامن على الآمر يعتبر ناشئا من تاريخ التزامه المستقل، وأيدت بذلك قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بهذه المقتضيات، واعتبرت دفع البنك الضامن بحقه في الاستفادة من امتياز حق الأسبقية غير مبني على أساس[1149].

وفي إطار نفس التوجه، لكن مع التمييز بين فترة إعمال مقتضيات المادة 40 من قانون 25 يناير 1985[1150] وفترة مقتضيات المادة L.622-17 بعد تعديل 26 يوليوز 2005 ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بأن ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في القرار المذكور أعلاه لاستبعاد استفادة الكفيل من مقتضيات المادة 40 المنظمة لامتياز حق الأسبقية، يتوافق مع مبادئ القانون المدني وروح المساطر الجماعية[1151]، وأضاف بأن هذا التوجه القضائي لم تعد له فائدة في ظل قانون 25 يوليوز 2005 الذي حدد بأن الديون التي تستفيد من امتياز حق الأسبقية هي الديون المتعلقة بحاجيات سير المسطرة وبالديون التي يكون الهدف منها تمويل المدين خلال فترة الملاحظة، وبالتالي أصبح من السهولة القول بأن الكفيل لا يعتبر من الدائنين اللاحقين الذين يستفيدون من هذا الامتياز[1152].

ب- الاتجاه الفقهي والقضائي القائل باستفادة دين الضامن من امتياز حق الأسبقية

بخلاف التوجه الفقهي والقضائي السابق، ذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بأن دين الضامن الشخصي يستفيد من امتياز حق الأسبقية، لأن الواقعة المنشأة لدين الضامن هي واقعة الوفاء بالدين للدائن، ومتى تم هذا الأداء خلال فترة إعداد الحل فإن دين الضامن يعتبر من

[1149]- Cass. Com., 19 Décembre 2006, Bull. Civ., IV, N° 249, 2006, P.274.
« Mais attendu que la cour d'appel, a exactement décidé que la créance de recours du garant contre le donneur d'ordre prenait naissance à la date à laquelle l'engagement à première demande autonome avait été souscrit; que le moyen n'est pas fondé ».

[1150]- راجع في مضمون مقتضيات المادة 40 من قانون 25 يناير 1985:
- Philippe PEYRAMAURE, Redressement judiciaire, Le financement de la période d'observation (Art. 40), Gaz. Pal., 30 Septembre 1986, P.597 et S.

[1151]- الملاحظ هو أن هذا الجانب من الفقه لم يبين مظاهر توافق هذا الحل مع القواعد العامة.

[1152]- Anne-Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Op. Cit., P.608.

الديون اللاحقة لفتح مسطرة التسوية القضائية ويستفيد من امتياز حق الأسبقية[1153] تطبيقا لمقتضيات المادة 40 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي والمادة 575 من م.ت. المنسوخة، لأن مقتضيات هاتين المادتين تنص صراحة على أن جميع الديون الناشئة بصفة لاحقة لحكم فتح المسطرة تستفيد من امتياز حق الأسبقية والقول بخلاف ذلك يعد تحريفا للقانون[1154].

وفي نفس التوجه كذلك ورغم التعديلات التي جاء بها قانون 26 يوليوز 2005 الفرنسي على مستوى تحديد الديون المستفيدة من امتياز حق الأسبقية في الديون المتعلقة بحاجيات سير المسطرة وتلك المتعلقة بتمويل المدين خلال فترة الملاحظة، ذهب جانب من الفقه إلى أن دين الكفيل يستفيد من امتياز حق الأسبقية لأنه يدخل ضمن الديون المتعلقة بحاجيات سير المسطرة[1155].

وبالرجوع إلى القضاء، قضت محكمة استئناف Rennes الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2000/03/31 بأن دين الكفيل الناشئ بصفة لاحقة لحكم فتح المسطرة يستفيد من امتياز حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 40 من قانون 25 يناير 1985[1156].

ثانيا: موقفنا من الموضوع

استنادا فقط على مضمون وغاية امتياز حق الأسبقية، كما تم التنصيص عليه في المادة 575 من م.ت. المنسوخة، والمادة 590 من م.ت. الحالية، نؤكد بأن دين الضامن الشخصي الناشئ خلال فترة إعداد الحل لا يستفيد من امتياز حق الأسبقية، بل يخضع للقوعد العامة في الأداء، وذلك بناء على الحجج التالية:

[1153]- Anne- Sophie CADART, Op. Cit., P.31.

[1154]- Pascal RUBELLIN, Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire, L.P.A., N° 74, 21 Juin 1995, P.16 et S., Jean-Jacques FRAIMOUT, Op. Cit., P.15.
- محمد بنموسى، خاصية التبعية في عقد الكفالة، صعوبات المقاولة نموذجا، م. س.، ص.119.

[1155]- Wenceslas ELLA ANDOUME, Le cautionnement donné a une société, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit, Université de Nancy 2, Faculté Droit et Sciences Economiques et Gestion, 2010., P.416.

[1156]- C. A., Rennes, 31 Mars 2000, Lamy, Droit commercial, Ed., 2002, P.1551.

– إن امتياز حق الأسبقية يرتبط أساسا بالديون التمويلية للمقاولة، لأن الغاية هي ضمان استمرارية نشاط المقاولة، ورغبة في تحقيق هذه الغاية أقر المشرع امتياز حق الأسبقية، وغني عن البيان بأن القانون وحده هو الذي يتولى تعيين الديون الممتازة، التي ترتبط غالبا إما بطبيعة الدين أو غايته، لأن القاعدة العامة تقضي بأن الدائنين متساوون في استيفاء ديونهم من أموال المدين، في حين أن الامتياز يعتبر خروجا عن هذه القاعدة، لأنه يعطي صاحبه الحق في استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين، ومعلوم أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

– إن الاعتماد على التطبيق الحرفي للمقتضيات القانونية للقول باستفادة الضامن الشخصي من امتياز حق الأسبقية، اعتمادا فقط على كونه دينه ناشئ بعد فتح المسطرة، لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم، الذي يقتضي الأخذ بجوهر القاعدة القانونية وغايتها، لا الأخذ بحرفية النص المعيب الصياغة (المادة 575 من م.ت. المنسوخة والمادة 40 من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي) لأن هذا التوجه سيجعل كل الديون الناشئة بعد فتح المسطرة كيفما كانت طبيعتها وغايتها تستفيد من امتياز حق الأسبقية، الشيء الذي سيفرغ هذا الامتياز من محتواه، حيث عوض أن يؤدي لضمان استمرارية نشاط المقاولة سيؤدي بها إلى طريق التصفية القضائية، ولا شك أن هذه الصياغة المعيبة هي التي أدت بالمشرع الفرنسي ومن بعده المشرع المغربي لتعديل مقتضيات امتياز حق الأسبقية، الذي تم حصره في الديون المتعلقة بحاجيات سير المسطرة وبنشاط المقاولة[1157].

– إن ديون الضامن الشخصي الناشئة خلال فترة إعداد الحل لا يمكن أن تكون من الديون المرتبطة بحاجيات سير المسطرة ولا بضمان استمرارية النشاط، وبالتالي فهي تبقى خاضعة للقواعد العامة للأداء، وهذا الحل فيه منفعة كذلك للمقاولة، لأن تمتيع دين الضامن الشخصي بامتياز حق الأسبقية من شأنه أن يخل فوريا بالتوازن المالي للمقاولة، لأنها ستطالب بشكل غير متوقع بأداء دين بناء على امتياز حق الأسبقية.

– إن القول بنشوء دين الضامن المترتب على ممارسته لدعوى الرجوع الشخصي عند إبرام العقد كباقي الديون التعاقدية، لا يتلاءم مع المنطق القانوني، ويؤدي لتكريس التوجه الدغمائي الذي

[1157]- راجع المادة 590 من م.ت.، والمادة L.622-17 من مدونة التجارة الفرنسية.

يجعل كل الديون ناشئة بصفة آلية في يوم إبرام العقد[1158]، وهو توجه منتقد[1159] لأنه لا يمكن تصور أن دين الضامن ينشأ عند إبرام عقد الضمان، كما أنه موقف يؤدي لحرمان الضامن من حقه في الرجوع الشخصي في الحالة التي يؤدي فيها الدين بعد فتح المسطرة[1160]، لأن اعتبار الدين ناشئا عند إبرام العقد، أي بصفة سابقة لفتح المسطرة، يقتضي التصريح به، والحال أنه قبل فتح المسطرة يكون مقدم الضمان مجرد ضامن وواقعة وفائه بالدين للدائن بعد فتح المسطرة هي الواقعة المنشئة لدينه في مواجهة المدين.

حاصل القول، إن فعالية دعوى الرجوع الشخصي للضامن على المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية تبقى نسبية لأنها لا تخوله الاستفادة من امتياز حق الأسبقية، لكنها تجعل من دينه ناشئا بعد فتح المسطرة وخاضعا للقواعد العامة للأداء، وفي ذلك في نظرنا مزية للضامن وفائدة لحسن سير مسطرة التسوية القضائية.

[1158]- Renaud NOIROT, Les dates de naissance des créances, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Descartes, Faculté de droit, 2013, P.702.
[1159]- Yves PICOD, Op. Cit., P.144.
[1160]- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Op. Cit., P.58.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة لموضوع الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية، تبين لنا وبجلاء أن المشرع المغربي قد أخفق في توفير الإطار القانوني الكافي والملائم لوضعية الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية خاصة ومساطر صعوبات المقاولة عامة، وكذلك على مستوى القواعد العامة المؤطرة للضمانات الشخصية التي اقتصرت على تنظيم الكفالة والتضامن بين المدينين، وهذا الاخفاق يتضح بالنظر للعدد الهائل من الثغرات والنقائص التي تشوب هذا الإطار القانوني، التي أدت لنشوء العديد من النزاعات تضاربت حولها مواقف الفقه والقضاء بشكل افتقد معه الأمن القانوني والقضائي، وقد حاولنا من جانبنا في ظل هذا الواقع الدفاع والتأسيس للآراء والمواقف المبنية على التطبيق السليم للقواعد القانونية وعلى فلسفة القاعدة القانونية المعنية والغاية المرجوة من تقريرها، وصولا لتبني حلول تتوافق مع المنطق القانوني السليم وتراعي مصالح أطراف المنازعة.

كما تبين بأن المشرع المغربي يفتقر لأي تصور أو مقاربة قانونية واضحة لوضعية الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية وباقي مساطر صعوبات المقاولة، حيث اكتفى بتبني مقاربة جزئية تهم تحديد وضعية الكفلاء في مواجهة بعض قواعد مساطر صعوبات المقاولة، في مقابل غياب تحديد وضعيتهم في مواجهة العديد من القواعد القانونية الأخرى وخاصة فيما يتعلق بمدى استفادة الكفلاء من قاعدة وقف المتابعات الفردية وحدود التزامهم في حالة تفويت العقد الأصلي في إطار اعتماد مخطط التفويت.

وفي ظل هذه المقاربة الجزئية التي اعتمدها المشرع المغربي لتنظيم وضعية الكفلاء في مسطرة التسوية القضائية اتضح بأن القواعد القانونية المؤطرة لهذه المقاربة تتسم بعد الانسجام سواء مع باقي القواعد المؤطرة لوضعية الكفلاء في مساطر صعوبات المقاولة أو مع القواعد العامة المنظمة للكفالة، حيث إن ما قرره المشرع في المادة 695 من م.ت. بشأن تخويل الحق للكفلاء – سواء كانوا متضامنين أم لا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين – في التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية وبوقف سريان الفوائد وعدم إمكانية الاحتجاج عليهم بسقوط الأجل، وحصر إمكانية

مطالبتهم بالديون، في الديون المصرح بها، لا ينسجم بتاتا مع ما قرره في إطار مقتضيات مسطرة الإنقاذ التي ميز فيها بين حالة الكفيل الشخص الذاتي والكفيل الشخص الاعتباري، حيث خول للكفيل الشخص الذاتي فقط حق الاستفادة من مقتضيات مخطط الانقاذ ومن قاعدة وقف سريان الفوائد من خلال المادة 572 من م.ت.

وقد أكدنا في هذا الإطار أن ما أورده المشرع المغربي ينطوي على تناقض صارخ، لأنه إذا كان المشرع قد استبعد الكفلاء الاعتباريين من الاستفادة من مقتضيات مخطط الإنقاذ ومن قاعدة وقف سريان الفوائد في إطار مسطرة الإنقاذ، فإنه كان من الأولى والأحرى به أن يحرمهم من الاستفادة من هذه المقتضيات في إطار مسطرة التسوية القضائية، وإذا كان قد خولهم الاستفادة من هذه المقتضيات في إطار مسطرة التسوية، فالأولى والأحرى أن يخولهم الاستفادة من هذه المقتضيات في مسطرة الإنقاذ، لأنه في مسطرة الإنقاذ المدين لم يصل بعد لمرحلة التوقف عن الدفع، على عكس مسطرة التسوية القضائية حيث المدين متوقف عن الدفع مما يجعل متطلبات تفعيل الكفالة حماية للدائن حاضرة أكثر.

كما أكدنا بأن ما أورده المشرع في المادة 695 من م.ت. لا يعدو كونه تكريسا لمبدأ القواعد العامة المنظمة للكفالة، لكن تبين بأن هذا التكريس بدوره لم يأخذ فيه المشرع المغربي بعين الاعتبار الاستثناء الذي تقره مقتضيات القواعد العامة المنظمة للكفالة نفسها والمتعلق بإمكانية أن يكون التزام الكفيل أشد من حيث الأجل، وبأنه لا يمكنه التمسك به حينما يكون ممنوحا للمدين بسبب حالة عسره، وهو الحكم الذي ينطبق على الآجال الممنوحة للمدين في إطار مقتضيات مخطط الاستمرارية، ذلك أن تطبيق القواعد العامة لن يخول للكفيل التمسك بالآجال المعتمدة في هذا المخطط، في حين أن المقتضى الجديد المنصوص عليه في المادة 695 من م.ت. المتعلق بإمكانية تمسك الكفيل بمقتضيات مخطط الاستمرارية، باعتباره نصا خاصا سيفتح الباب أمام الكفلاء للاحتجاج به للاستفادة من الآجال المعتمدة في المخطط، الشيء الذي سيجعل الاستثناء الذي نص عليه المشرع في القواعد العامة بخصوص الأجل، والذي أراد

من خلاله التخفيف من حكم التبعية والاعتراف بحد أدنى من الاستقلالية لالتزام الكفيل، مستبعدا وبدون أي قيمة قانونية للدائن.

وزيادة على ذلك، أدى إغفال المشرع للاستثناء المتعلق بالأجل المقرر في قواعد الكفالة إلى تكريسه لمقتضى عدم إمكانية الاحتجاج على الكفلاء بسقوط الأجل المترتب في مواجهة المدين الأصلي في حالة التفويت الكلي للمقاولة أو الحكم بالتصفية القضائية، حيث رجح حماية مصلحة الكفلاء على حماية مصلحة الدائنين، وبذلك عمق من أزمة وضعية الدائنين المستفيدين من كفالة، وجعلهم لا يستفيدون حتى من أحد القواعد المجسدة لمرونة خاصية التبعية والمنصوص عليها في القواعد العامة المنظمة للكفالة، التي تقضي بجواز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي من حيث الأجل، والحال أن سقوط الأجل في مواجهة الكفيل في حالة سقوطه في مواجهة المدين لا يجعل التزامه أشد من التزام المدين بل يجعلهم في نفس الوضعية.

وقد خلصنا في ضوء مقتضيات المادة 695 من م.ت. إلى القول بأن هذه المادة بصيغتها الحالية ستجعل من عقد الكفالة كضمانة شخصية بدون أي نجاعة للدائن لأنها تحرمه حتى من المقتضيات التي تخولها له القواعد العامة للكفالة، وبالنتيجة هذا الوضع من شأنه أن يؤدي إلى دخول عقد الكفالة في أزمة حقيقية، ويجعل من الكفالة مؤسسة قانونية في خطر، لأن الإفراط في حماية الكفيل، وكثرة النزاعات التي يثيرها عقد الكفالة ستؤدي لأزمة الكفالة وجعلها مؤسسة في خطر، لأن الدائنين سيحجمون عن المطالبة بها كضمانة شخصية ليتوجهوا صوب الضمانات الشخصية غير التبعية، التي أثبتنا بأنها تتسم بالفعالية في حماية الدائن في إطار القواعد الاستثنائية لمسطرة التسوية القضائية، أو يتوجهوا بناء على الحرية التعاقدية ورغبة في تحقيق التوازن بين المصالح إلى الكفالة عند أول طلب التي تشكل صنف جديد من الضمانات الشخصية يتوسط الكفالة حيث تشتد درجة التبعية، والضمان المستقل حيث تسيطر الاستقلالية.

وفي إطار مقاربتنا الشاملة للموضوع، تبين لنا أيضا بأن بعض القواعد التي يعتمدها المشرع في إطار مسطرة التسوية القضائية تعمق من أزمة وضعية الدائنين في إطار هذه المسطرة الجماعية،

وتؤدي كذلك لجعل الضامن الشخصي الذي يؤدي الدين للدائن في موقع الضحية، وتتمثل هذه القواعد بالخصوص في استفادة المدين من سقوط وانقضاء الديون غير المصرح بها ولم يرفع عنها السقوط، وفي النطاق المطلق لقاعدة وقف المتابعات الفردية، ويزيد من تعميق وضعية الضامنين الشخصيين ضعف فعالية الرجوع على المدين بدعوى الحلول، ونسبية فعالية الدعوى الشخصية، خاصة وأن الوضعية المالية للمدين الأصلي غالبا ما تؤدي لتحويل مسطرة التسوية القضائية إلى تصفية قضائية، هذه التصفية التي غالبا ما تنتهي بقفل عمليات التصفية لعدم كفاية أصول المقاولة لتسديد ديونها.

في ضوء ما سبق، وإيمانا منا بأن الإطار القانوني الحالي المنظم للضمانات الشخصية في القواعد العامة ولوضعيتها في إطار مسطرة التسوية القضائية يتسم بالعديد من النقائص وينم عن افتقار المشرع المغربي لأي سياسة تشريعية تواكب التطور الذي عرفته الضمانات الشخصية والتحول الحقيقي الذي تبنته التشريعات المقارنة في إطار المساطر الجماعية، الذي اتجه نحو تبني مجموعة من القواعد القانونية الهادفة لحماية مصالح الدائنين، والتخلي عن مجموعة من القواعد التي تؤدي لضياع حقوقهم، وتأكيدا على أنه يتعين على المشرع المغربي ومنذ الوقت الحالي أن يتوفر على استراتيجية واضحة في التشريع تكون مبنية على تخطيط مسبق ودراسة حقيقية لأثر القواعد القانونية، عوض الاقتصار على التوجه المعتمد حاليا المبني أساسا على الاقتباس الجزئي للنصوص القانونية من التشريع الفرنسي، بدون أي رؤية شاملة تواكب جميع المستجدات وتراعي خصوصية البيئة الاقتصادية والاجتماعية التي يفعل فيها تطبيق هذه القواعد القانونية، وذلك حتى يستطيع تحقيق الأهداف المرجوة، ويضمن الحماية لجميع المصالح المعنية، خاصة وأن القضاء قد ثبت لنا بأنه عاجز في غياب النصوص القانونية الواضحة عن تحقيق التوازن وحماية مصالح الأطراف المتناقضة، إذ غالبا ما يضحي بمصالح طرف على حساب طرف آخر، مع عدم ثباته

على موقف قضائي معين، وغياب التأسيس القانوني السليم والمقنع لتوجهاته في معظم الأحكام والقرارات.

يمكن رصد مجموعة من الاقتراحات، نرى أن من شأنها أن تمكن من تجاوز العديد من الثغرات والنقائص التي تعتري الإطار القانون المنظم للضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية، وتضمن تحقيق الأمن القانوني والقضائي المنشود، وتراعي متطلبات ضمان فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية طرفي عقد الضمان الشخصي وتشجيع الائتمان دون المساس بفرص نجاح مسطرة التسوية القضائية لصعوبات المقاولة.

وهذه المقترحات الكفيلة بتحقيق الأهداف المرجوة، نرى بأنه يجب أن تشمل ثلاث محاور قانونية، تتمثل في القواعد المنظمة للضمانات الشخصية في إطار القواعد العامة، وقواعد مسطرة التسوية القضائية، ثم القواعد الخاصة بتنظيم وضعية الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية.

– على مستوى تنظيم الضمانات الشخصية:

نعتقد بأن متطلبات مجاراة الواقع العملي وتحقيق الأمن القانوني والقضائي، يستوجب على المشرع المغربي العمل على تنظيم باقي الضمانات الشخصية، أي الضمان المستقل وخطاب النوايا الذي نفضل تسميته بخطاب الدعم لأن هذه التسمية أكثر تعبيرا عن مفهوم الضمان من تسمية خطاب النوايا التي تستعمل أكثر في مجال التفاوض على إبرام العقود، كما يجب تنظيم الكفالة عند أول طلب لأن هذا الضمان ثبت حضوره في الواقع العملي واحترام الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة ومواكبة التطور الذي شهدته الضمانات الشخصية يقتضي الاعتراف بهذا النوع من الضمان نظرا لخصوصيته وتعدد مزاياه كما بينا في صلب الموضوع.

وفيما يخص مقتضيات الكفالة كما هي منظمة في ق.ل.ع. التي تبين بأن معظم مقتضياتها تتسم بالتناسق والوضوح، حيث استطاع من خلالها المشرع المغربي تجاوز العديد من الاشكالات التي طرحتها قواعد الكفالة في ظل القانون الفرنسي، كما تتضمن العديد من القواعد المعبرة عن مرونة خاصية التبعية وخاصة فيما يتعلق بالأجل. فإن هذه الإيجابيات لم تمنع وجود بعض النقائص التي ينبغي تجاوزها، حيث يجب في نظرنا حماية للكفيل الشخصي التنصيص صراحة على الدفع بإضاعة الضمانات وتحديد شروطه وآثاره، قياسا على ما تم التنصيص عليه في إطار تنظيم الكفالة العينية، كما يجب حماية للدائن إدخال تعديل تشريعي يصبح بمقتضاه من غير الممكن للكفيل أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي إذا أجاز المدين حسن النية العقد القابل للإبطال، وهذا سيخفف في نظرنا من الانطباع السائد الذي يفيد بأن التبعية في الكفالة جعلت بمثابة السلاح الذي يملك الكفيل صلاحية استعماله لاجهاض كل محاولة من قبل الدائن تهدف إلى مطالبته بتنفيذ الالتزام الذي تعذر أداؤه من المدين الأصلي.

– على مستوى تنظيم مسطرة التسوية القضائية:

إن متطلبات تحقيق الحماية الفعلية للدائن والضامن في مواجهة قواعد مسطرة التسوية القضائية تستوجب من المشرع المغربي التخلي عن جزاء سقوط الدين غير المصرح به وانقضائه بصفة نهائية ما لم يتم رفع السقوط عنه، والاكتفاء بجزاء عدم إمكانية الاحتجاج بالديون غير المصرح بها أثناء سريان المسطرة، لكي لا تضيع نهائيا حقوق الدائنين والضامنين الشخصيين ويفتح لهم المجال بعد قفل المسطرة في متابعة المدين.

وتقتضي التنصيص على أن عدم إدراج المدين للدائن في لائحة الدائنين الذي يدلي بها يترتب عليه عدم سريان أجل السقوط في حالة عدم تصريح الدائن بدينه في المسطرة، وبالتالي عدم إمكانية مواجهته بالسقوط.

كما يجب حماية للدائن التخفيف من قاعدة وقف المتابعات الفردية من خلال التنصيص صراحة على حق الدائنين في اتخاذ الإجراءات التحفظية في مواجهة المدين الأصلي وبالتبعية في مواجهة الكفلاء.

– على مستوى قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية:

في ضوء المقترحات المذكورة أعلاه، نقترح في هذا الإطار بأن لا يتم ايراد أي استثناء على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية غير التبعية المتمثلة في الضمان المستقل والتضامن بين المدينين وخطاب الدعم، وكذلك فيما يخص الكفالة عند أول طلب، وذلك حفاظا على طبيعة هذه الضمانات وغايتها، لأننا نرى بأن التقليص من الطابع المستقل لهذه الضمانات بالشكل الذي اعتمده المشرع الفرنسي من شأنه أن يؤدي إلى تخلي الدائنين عن اللجوء للضمانات الشخصية ويعطل الائتمان، أو يدفع الدائنين إلى التوجه نحو الضمانات القائمة على توظيف الملكية.

أما فيما يخص وضعية الكفلاء فإننا نقترح بأن يتم ودون تمييز بين الكفلاء الأشخاص الذاتيين والأشخاص الاعتباريين، تخويلهم صراحة حق الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات الفردية خلال فترة إعداد الحل، وبالموازاة مع ذلك تخويل الدائنين حق اتخاذ إجراءات تحفظية في مواجهتهم لكي لا يستغل الكفلاء الاستفادة من قاعدة وقف المتابعات لتهريب أموالهم وإخفائها عن الدائنين.

واستنادا على مقتضيات الاستثناء المقرر في قواعد الكفالة المتعلق بجواز أن يكون التزام الكفيل أشد من حيث الأجل، نقترح في إطار الرفع من نجاعة الكفالة في حماية الدائن بأن يتم التنصيص صراحة على عدم إمكانية استفادة الكفيل من الآجال التي يمنحها الدائنون للمدين الأصلي في إطار مخطط الاستمرارية، وبإمكانية الاحتجاج عليهم بسقوط الأجل في الحالة التي يسقط فيها في مواجهة المدين الأصلي عند اعتماد مخطط التفويت الكلي للمقاولة أو عند تقرير التصفية القضائية.

وبخصوص وضعية الكفلاء إزاء التخفيضات التي يمنحها الدائنون للمدين الأصلي ووقف سريان الفوائد، نرى في هذه الحالة فقط ضرورة التمييز بين حالة الكفيل الشخص الذاتي والكفيل الشخص الاعتباري، بحيث يخول للكفلاء الأشخاص الذاتيين فقط حق الاستفادة من التخفيضات ووقف سريان الفوائد دون الكفلاء الأشخاص الاعتباريين، وحرمان الكفلاء الأشخاص الاعتباريين من حق الاستفادة من هذه المقتضيات يمكن تأسيسه على قرينة أن الشخص الاعتباري لا يقدم ضمانه مجانا حيث غالبا ما تعطى الكفالة في إطار مهني بقصد تحقيق الربح، وهذا الربح هو الذي يبرر في نظرنا حرمانه من الاستفادة لأن الغنم بالغرم.

وفيما يتعلق بتحديد وضعية كافة الضامنين الشخصيين في حالة تفويت العقد الأصلي في إطار مخطط التفويت، نؤكد بأن تحقيق أهداف مسطرة التسوية القضائية، وحماية حقوق الدائنين، واحترام إرادة الضامن الشخصي، تقتضي إشراك الضامن الشخصي في مسطرة التسوية القضائية، بالنص على وجوب استدعائه للاستماع إليه لكي يتسنى له التعبير عن رغبته في استمرار ضمانه تجاه المفوت إليه من عدمه، لكي تأخذ المحكمة في اعتبارها ذلك عند اختيارها لعرض التفويت المقدم.

انتهى بحمد الله وتوفيقه

– لائحة المراجع –

– باللغة العربية

– المؤلفات

– المؤلفات العامة

– أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الأول، في آليات أو أدوات الائتمان، الكمبيالة والسند لأمر، ط.1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1998.

– أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الاسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987.

– أحمد كويسي، الأوراق التجارية، الكمبيالة– السند لأمر– الشيك، دراسة في ضوء القانون والاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، ط.1، مطبعة أميمة، 2007.

– أحمد كويسي، محمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة معززة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط.1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.

– ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، ط. 1.، 1996.

– حليمة بنت المحجوب بن حفو، دراسة في قانون المسطرة المدنية، دراسة نظرية تطبيقية معززة بأحدث الاجتهادات القضائية، ط. 1، ماي 2018.

- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الكمبيالة- السند لأمر- الشيك- الشيك السياحي- الشيك المسطر والشيك المعتمد، وسائل الدفع الحديثة، ط.3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 3، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، دار النهضة العربية، 1964.

- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، نشر مكتبة دار الأمان، الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 3، 2013.

- عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، ج. 1، النظرية العامة للتجارة والتجار، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية،2001.

- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

- علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الكمبيالة- السند الإذني- الشيك، مكتبة التومي، الرباط، 1970.

- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات، أنواع الشركات، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 4، 2012،

- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الآفاق للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية، الرباط، ط. 4، 2012.

- فوزي محمد سامي، فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، بغداد، 1992.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2، 1982.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، ج. 2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، 1982.

- محمد الحارتي، الأوراق التجارية في القانون المغربي، فقها وقضاء، ط.1، 1996.

- المؤلفات الخاصة

- ابراهيم اسماعيل ابراهيم، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز، دار النهضة العربية، 1997.

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 2، في مساطر المعالجة، حكم فتح مساطر المعالجة (الشروط الموضوعية والشكلية والاجراءات) والتسوية القضائية (المرحلة المؤقتة واستمرار المقاولة والتفويت)، دار النشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، ط.1، 2000.

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، ج. 3، في التصفية القضائية والقواعد المشتركة بين التسوية القضائية

والتصفية القضائية والجزاءات التجارية والجنائية المتخدة ضد مسيري المقاولة، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط. 2، 2009.

– المهدي شبو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، ط. 1، 2006.

– امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2، يناير 2001.

– امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط.1، 2006.

– بشرى خالد تركي المولى، ضمانات الائتمان المصرفي، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2015.

– خليفة الخروبي، التأمينات العينية والشخصية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014 .

– خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لعام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004-2005.

– راشد راشد، الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

– رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر الاعتبار الشخصي على عقد الكفالة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015.

- رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.

- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السادس عشر، في عقود الضمان والصلح والكفالة، دار الثقافة بيروت، بدون ذكر السنة.

- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986.

- صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.

- عبد الخالق حسن أحمد، الكفالة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، 1986.

- عبد الرحيم السلماني، القضاء التجاري بالمغرب ومساطر معالجة صعوبات المقاولة، دراسة نقدية ومقارنة، مطبعة طوب بريس، الرباط، ط.،1، 2008.

- عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاولة في ضوء القانون 73.17، مطبعة الأمنية، الرباط، دار الآفاق للنشر والتوزيع، ط. 1، 2018.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1973.

- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني، العقود المسماة وما يشابهها، ج. 4، الصلح، الكفالة، الرهن الحيازي، في مختلف أنواع الدائنين، ط. 1، 2002.

- علال فالي، التعليق على قانون مساطر صعوبات المقاولة على ضوء 20 سنة من القضاء التجاري 1998-2018، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، ط.، 1، نونبر 2018.

- علال فالي، مساطر معالجة صعوبات المقاولة، مكتبة دار السلام للطبع والنشر والتوزيع، الرباط، دجنبر 2011.

- علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- عماد مميش، نجاعة الكفالة: قراءة في تبعية التزام الكفيل، مركز النشر الجامعي، 2010.

- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية، منشورات دار القضاء بالمغرب يصدرها مكتب أزوكار للمحماة والاستشارة والتحكيم، 2014.

- محمد الهادي بن عبد الله، نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية، دار إسهامات في أدبياب المؤسسة، تونس، 2013

- محمد بن ابراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي، الكفالة، ج. 1، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، السعودية، 1991.

- محمد جنكل، العمليات البنكية غير المباشرة، الموسوعة القانونية والقضائية لقانون الأعمال والمقاولات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2009.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر، 2011.

– محمد صبري، الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنكي عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، دراسة تحليلية وفق القانون المغربي والمقارن مذيلة بأهم الأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط.1، 2007.

– محمد علي عبده، عقد الكفالة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.

– مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري والكويتي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.

– نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة–الانابة الناقصة– الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.

– نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، في نطاق قانون الالتزامات – في نطاق قانون الأموال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، التأمينات العينية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.

– يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

–كريم آيت بلا، استمرارية المقاولة في إطار التسوية القضائية، على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008.

– الأطروحات والرسائل

– أحمد المنصوري، التضامن في الكفالة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2014- 2015.

– أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (دراسة في التزامات البنك)، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 1996-1997.

– المختار بكور، الضمان الاحتياطي في الكمبيالة وفق التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزء الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 1983-1984.

– امحمد لفروجي، كثلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء – عين الشق-، 1993.

– أنفة حكيمة، الحماية القانونية للأجراء في ظل صعوبات المقاولة – دراسة مقارنة –، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2007-2008.

– حياة حجي، نظام الضمانات وقانون صعوبات المقاولة – دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق السويسي، الرباط، السنة الجامعية: 2009-2010.

– خديجة مضي، مسؤولية البنكي في إطار مساطر المعالجة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2005-2006.

– زيد قدري الترجمان، علاقة المدينين المتضامنين بالدائن في التضامن السلبي، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية: 1978-1979.

– عبد الحق بوكبيش، استمرارية نشاط المقاولة الخاضعة للتسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية: 2003 – 2004.

– عبد الحميد أخريف، الدور القضائي الجديد في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية: 2000-2001.

– عبد الكريم عباد، دور القضاء في معالجة صعوبات المقاولة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2003-2004.

– عمر حمزة، الائتمان البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011.

– محمد الأطرش، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 1992- 1993.

– محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، 2005.

– محمد بنموسى، خاصية التبعية في عقد الكفالة صعوبات المقاولة نموذجا، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2007-2008.

– محمد بنموسى، نظرية الظاهر في القانون التعاقدي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية: 2016-2017.

– نجيب نعومي، أداء الأوراق التجارية في حالة إفلاس المسحوب عليه، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 1988-1989.

– هشام البلاوي، الضمانات البنكية: الضمان بالتوقيع نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، السنة الجامعية: 2012-2013.

– يوسف الجار، تصفية الخصوم في إطار مسطرة التسوية القضائية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2012-2013.

– المقالات

– إبراهيم قادم، امتياز المادة 575 من مدونة التجارة بين قصور الصياغة وإشكالات التطبيق، مجلة المعيار، ع. 41، يونيو 2009، ص.21.

– أحمد شكري السباعي، مسطرة التسوية القضائية (أو التصحيح القضائي) والتصفية القضائية وتمويل المقاولة ، م.م.م.، ع. 80، يناير– فبراير 2000، ص.12.

– أحمد كويسي، الكفالة العينية ، مجلة القانون والاقتصاد، ع, 23، دجنبر 2007، ص.32.

– إدريس ابن شقرون، بعض إشكاليات مسطرة التسوية القضائية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ع. 2، 2011، ص.191.

– الأمين عمي، مسطرة تحديد خصوم المقاولة ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21–22 يونيو 2007، ص.362.

– الحاج الكوري، أثر الصعوبات التي تجتازها المقاولات على حقوق العمال ، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع. 35، ص.237.

– الرشيد صلاح الدين، المسؤولية الجنائية لمسيري المقاولة حال تعرضها للصعوبة (جرائم التفالس)، مجلة المنتدى، ع. 3، يونيو 2002، ص.99.

– السكتاني عمر، نظام التعاقد بين ثوابت النظرية العامة للالتزامات ومتغيرات قانون صعوبات المقاولة، دراسة تحليلية في ضوء تطور التشريع ومواقف الفقه وأحكام القضاء، مقال منشور في كتاب قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، ع. 42، 2013، ص.307.

– العربي فارس، تمديد مسطرة التسوية أو التصفية القضائية للمسيرين ، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، ع.53، عدد خاص، عشر سنوات من تطبيق نظام صعوبات المقاولة: أية حصيلة ؟، 2008، ص.125.

– المختار البشري، أحكام فترة الريبة لغاية صدور حكم فتح مسطرة الصعوبة، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.166.

– امحمد لفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، مقال منشور في كتاب، صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، طنجة، 21 – 22 يونيو 2007، ص.274.

– أناس العمراني المريني، شروط افتتاح مساطر معالجة صعوبات المقاولة، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.119.

– بشير المنوفي الفرشيشي، خواطر حول تصدع قانون التأمينات بعد تدونه سنة 1906، مقال منشور في كتاب، مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص.461

– جميل الشرقاوي، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، ع. 2، يوليو 1995، ص.163.

– جواد الدهبي، موقع الكفالة على خارطة الضمانات البنكية الشخصية، م.م.م.، ع. 110، شتنبر- أكتوبر 2007، ص.93.

– حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطاب الضمان وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال 1995، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع.50، أبريل 2012، ص.21.

– خديجة بنجلون، وضعية الكفيل في مسطرة معالجة صعوبات المقاولة ، م.م.ت.، ع.5-6، فبراير 2010، ص.75.

– سعيد أولعربي، وضعية الكفيل المتضامن، تعليق على قرار قضائي صادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش، عدد 554 بتاريخ 2013/04/18، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع.122-123، ماي- غشت 2015، ص.343.

– سعيد بربال، إشكالات تحقيق الضمانات البنكية ، الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، الطبعة الأولى، يناير 2004، ص.310.

– سميحة القليوبي، خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الأولى، ع.2.، يوليو 1993، ص.290.

– طارق الرزقي، مسؤولية الكفيل، مقال منشور في كتاب، محاضرات في قانون التأمينات العينية والشخصية، تونس 2009، ص.430.

– عبد الرحيم الزكري، دور مراقبي الدائنين في إعداد مخطط الاستمرارية ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.374.

– عبد الرحيم السلماني، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار قانون صعوبات المقاولة، الإجراءات والآثار، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع.5، 2005، ص.27.

– عبد الرحيم السلماني، حصر المحكمة لمخطط الاستمرارية في إطار مسطرة التسوية القضائية، م.م.ق.أ.م.، ع. 7، يناير 2005، ص.25.

– عبد الرحيم السلماني، مسطرة تحقيق الديون في إطار قانون صعوبات المقاولة ، م.م.ق.أ.م.، ع.5، ماي 2004، ص.11.

– عبد الرزاق الزيتوني، تنازع الدائنين بين امتياز المادة 575 م.ت. وباقي الضمانات الأخرى، مجلة المنتدى، ع.3، يونيو 2002، ص.158.

– عبد السلام الوهابي، مسطرة التصريح بالديون ، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.336.

– عبد العزيز تريد، آثار الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على المتابعات الفردية، مجلة المعيار، ع. 31، 2004، ص.11.

– عبد القادر شفاري، التصريح بالديون بين التسوية والتصفية القضائية، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.349.

– عبد الواحد صفوري، التوقف عن الدفع بين الفقه والقانون، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، ع.، 53، ع.، خاص، عشر سنوات من تطبيق نظام صعوبات المقاولة أية حصيلة؟، 2008، ص.17.

– علي يوسفات، أزمة الرهن العقاري، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، مجلة تصدرها جامعة المسيلة، الجزائر، ع. 2، 2009، ص.65.

– عمر فرج، التصريح بالديون وتحقيقها في إطار مسطرة معالجة صعوبات المقاولة ، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، ع. 2، 2011، ص.216.

– فاطمة برتاوش، مقارنة بين مسطرة الانقاذ ومسطرة التسوية القضائية في ضوء القانون 73.17، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.99.

– ليليا بوستة، خصائص الكفالة، مقال منشور في كتاب، محاضرات في قانون التأمينات العينية والشخصية، تونس 2009، ص.376.

– محمد أبو الحسين، تفويت المقاولة كحل في إطار مسطرة التسوية القضائية، مجلة المنتدى، ع.3، خاص بندوة معالجة صعوبات المقاولة، يونيو 2002، ص.69.

– محمد أبو الحسين، وضعية كفلاء المدين في حالة تفويت المقاولة في إطار التسوية القضائية، م. م. ق. أ. م.، ع.1، دجنبر 2002. ص.35.

– محمد أخياط، حماية المقاولة كفضاء اجتماعي واقتصادي من خلال قانون صعوبات المقاولة، م.م.م، ع. 86، يناير– فبراير 2001، ص.129.

– محمد الحارتي، دفوع الكفيل في مواجهة الدائن ، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21–22 يونيو 2007، ص.419.

– محمد العلواني، التمييز بين مفهوم التأمين والضمان، من خلال التعليق على حكم للمحكمة التجارية بالرباط عدد 246 مؤرخ في 2002/2/12، ملف عدد 2001/698/4، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع.3 ، 2010، ص.136.

– محمد القادري، محمد آيت موح، إشكالات وقف المتابعات الفردية في نظام صعوبات المقاولة، مقال منشور بكتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات

المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، احتفاء بالذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.181.

- محمد المجدوبي الإدريسي، حدود اختصاص القاضي المنتدب بمناسبة تحقيق دين عمومي، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 77، الصادر بتاريخ 13 يناير 2011، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 73، 2011، ص.209.

- محمد المحساني، مصير العقود جارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.232.

- محمد بنزهرة، الاشكالات التي تطرحها العقود الجارية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، مجلة القانون والاقتصاد، ع. 19، ملف العدد، القاضي والعقد، 2000، ص.139.

- محمد بنزهرة، المحاكم التجارية والمنازعات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية ، مجلة القضاء والقانون، السنة الثلاثون، ع. 146،ص.107.

- محمد بوجلال، مقاربة اسلامية للأزمة المالية الراهنة، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع. 6، 2009، ص.65.

- محمد صابر، أثر فتح المسطرة على الديون الامتيازية ، مجلة المعيار، ع.33، ص.119.

- محمد قرطوم، التوقف عن الدفع وسلطة القضاء في الاستجابة لطلبات التسوية، م.م.ت، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل، ع. 1، ماي 2004، ص.43.

- محمد كرام، تغيير تاريخ التوقف عن الدفع بين النص القانوني والعمل القضائي، تعليق على حكم للمحكمة التجارية بمراكش، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد

خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.149.

– محمد كرام، وضعية الكفيل أثناء مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة ، مجلة المنتدى، ع.3، يونيو 2002، ص.127.

– محمد لعروصي، مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقاولة المكترية ، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 5، 2005، ص.61.

– مصطفى خويا موح، عبد الحق السراوي، تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في ضوء الحكم رقم 24 الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2015/02/10 موضوع الملف عدد 15/2014/123، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.139.

– مصطفى خويا موح، عبد الحق السراوي، مميزات مسطرة الانقاذ، مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، عدد خاص بالمنازعات التجارية، مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ع.، 71، يوليوز 2018، ص.87.

– نور الدين الأعرج، التوقف عن الدفع وإشكالاته على هامش قرار المجلس الأعلى عدد 422 في الملف التجاري عدد 2001/01/03/1454 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2006، مقال منشور في كتاب صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة،احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، طنجة، 21-22 يونيو 2007، ص.146.

– يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي، مجلة الحقوق، ع.3. شتنبر 1993، ص.11.

– Ouvrages

– Ouvrages généraux

- Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, Droit de la banque, THEMIS, 1974.

- Guillaume ROYER, L'efficience en droit pénal économique, L.G.D.J., Ed., 2009.

- Hassania CHERKAOUI, Droit commercial, 2ème éd., Imp. Najah Aljadida , 2001.

- Jean Pierre MATTOUT, Droit bancaire international, 2ème Ed., 1996.

- Réné ROBLOT, Les effets de commerce, Ed., SIREY, 1975.

- Stéphane PIEDELIEVRE, Emmanuel PUTMAN, Droit bancaire, Ed., ECONOMICA, 2011.

- Yves CHAPUT, Effets de commerce, Chèque et instruments de paiement, 1er Ed., PUF, Paris, 1992.

– Ouvrages spéciaux

- Adil BRAHMI, Le droit du redressement des entreprises en difficulté, Imp., ORBIS, 2002.

- Alain LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives, 1er Ed., Delmas, 2006.

- André JACQUEMENT, Droit des entreprise en difficulté, LexisNexis, 8e Ed., 2013.

- Anne- Sophie BARTHEZ, Dimitri HOUTCIEFF, Les sûretés personnelles, L.G.D.J., Ed., ALPHA, 2010.

- Baqr Anas BENNANI, Les procédures de traitement de l'entreprise en difficulté en droit marocain, Imp. EL Maarif AL Jadida, 2008.

- Cécile LE GALLOU, Droit des sûretés – Droit des entreprises en difficulté, Larcier, 2 Ed., 2015.

- Christian MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, Librairies Techniques, 1979.

- Claude MARTINE, Martine DELIRNEUX, Les garanties bancaires autonomes, Bruyant Bruxelles, 1991.

- Corinne SAINT- ALARY- HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, 6 Ed., 2009.

- Deen GIBIRILA, Droit des entreprises en difficulté, L'extenso- Defrénois, 2009.

- Dominique LEGEAIS, sûretés et garanties du crédit, 8éme Ed., L.G.D.J., 2011.

- Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean- Pierre SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Cinq années d'application de la loi du 25 Janvier 1985, DALLOZ, 3e Ed., 1991.

- François T'KINT, Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers, 4éme Ed., LARCIER, 2004

- Françoise PEROCHON, Régine BONHOMME, Entreprise en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J., 6e Ed., 2003.

- G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Tome 2, Effet de commerce- Banque et bourse- Contrat commerciaux- Procédures collectives, 16ème Ed., L.G.D.J., 1998.

- Gabriel MARTY, Pierre RAYNOUD, Les sûretés, la publicité foncière, Tome III, SIREY, 1971.

- Henri CAPITANT, François Terré, Yves LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations - contrats spéciaux – Sûretés, DALLOZ, 2000

- Jean- Denis PELLIER, Essai d'une théorie des sûretés personnelle à la lumière de la notion d'obligation, Contribution à l'étude du concept de coobligation, L.G.D.J., 2012.

- Jocelyne BOURGOIN, Michel REVAH, Méline Toptzian REVAH, Françoise ROUAIX, Droit des sociétés et autres groupement, Droit de l'entreprise en difficulté, Ed., Foucher, 2006 – 2007.

- Laurent AYNES, Le cautionnement, 2ème Ed., DALLOZ, 1997.

- Laurent AYNES, Pierre CROCQ, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, DEFRENOIS, 5e Ed., 2011.

- Manuella BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, L.G.D.J., 2006.

- Marie- Hélène MONSERIE, Les contras dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, LITEC, 1994.

- Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des sûretés, 4ème Ed., LITEC, 1990.

- Michel FARGE, Les sûretés, P.U.G., 2006.

- Michel JEANTIN, Paul LE CANNU, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprise en difficulté, DALLOZ, 5e Ed., 1996.

- Nicolas BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, DALLOZ, 2009.

- Pascal ANCEL, Cautionnement et garanties personnelles, État du droit Françaises, Juin 1996.

- Pascal ANCEL, Droit des sûretés, 6ème Fd., LexisNexis, 2011.

- Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Cours de droit civil, Les sûretés (Le droit du crédit), CUJAS, Ed., 1986.

- Philippe SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes, 2 ème Ed., LITEC, 1991.

- Philippe SIMLER, Philippe DELEBEQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, DALLOZ, 5e Ed., 2009.

- Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Ellipses, Ed., 2008

- Tahar DAOUDI, Les cautions bancaires, Imp. EL Maarif EL Jadida, Rabat, 1992.

- Yves CHAPUT, Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle, 1er Ed., P.U.F., 1996.

- Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire – Faillite, ECONOMICA, 8e Ed., 2001

- Yves PICOD, Droit des sûretés, 2éme Ed., Presses Universitaires de France, 2011

– Thèses et Mémoires

- Adamou ALBORTCHIRE, Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales, Thèse de doctorat pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé, Faculté de droit et de science politique, Université d'Auvergne, 2005.

- Anne- Sophie CADART, Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, D.E.A. Droit privé, Droit des affaires, Université de droit et de la santé, Lille 2, France, 1998.

- Faiza BENABDELMOULA, Les déterminations d'octroi de crédits bancaires aux entreprises : Étude comparative entre la banque conventionnelle et la banque islamique, Thèse de doctorat, Sciences de gestion, Université CÔTE D'AZUR, 2017.

- Koffi Mawunyo AGBENOTO, Le cautionnement a l'épreuve des procédures collectives, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit Privé, Université de Lome, Faculté de Droit Lome- Togo, Université du Maine UFR- Droit et Sciences Economiques Le Mans- France, 2008.

- Mathilde DOLS- MAGNEVILLE, La réalisation des sûretés réelles, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit Privé, Université de Toulouse, 2013.

- Nicolas BORGA, La qualification de garantie autonome, D.E.A Droit privé, Université Jean Moulin Lyon 3, année universitaire 2000- 2001.

- Renaud NOIROT, Les dates de naissance des créances, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Descartes, Faculté de droit, 2013.

- Samira HABBASSI- MEBARKIA, La protection de la caution, Thèse de doctorat pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambresis, 09 février 2016.

- Wenceslas ELLA ANDOUME, Le cautionnement donné a une société, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Droit, Université de Nancy 2, Faculté Droit et Sciences Economiques et Gestion, 2010.

– Les Articles

- Ahmed OUERFELLI, La caution et le redressement : bénéficiaire ou évincée, Rev. de la jurisprudence et de la législation, République Tunisienne, N° 7, Juillet 2002, P.9.

- Alain PARENT, L'exception de subrogation, Raison d'être et mise en œuvre, R.J.T., N° 43, 2009, P.253.

- Ali JELLOULI, L'extinction du cautionnement, Rev. Tunisienne de droit, 2001, P.271.

- Alian LIENARD, Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, Rev. Proc. Coll., N° 2, 1988, P.121.

- Antoine DIESBECQ, Le garant, Le créancier et la procédure collective du débiteur principal, Rev. Le juge du commerce, N° 49, Novembre 2012, P.22.

- Bernard SOINNE, Principes et pratique de la nouvelle vérification des créances , Rev. Proc. Coll., N° 4, 1986, P.1.

- Bruno LEMISTRE, Reconstitution du patrimoine, Rev. Proc. Coll., N° 1994- 4, P.256.

- Charles MOUMOUNI, Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande », R.J.T., N° 3, 1997, P.781.

- Christine ROUGER, la procédure de vérification des créances, Rev. Proc. Coll., N° 4, Octobre 2001, P.182.

- Corinne PIZZIO- DELAPORTE, L'action paulienne dans les procédures collectives, R.T.D.Com., 48 (4) , Octobre décembre 1995, P.735.

- Didier PORACCHIA, Fabrice RIZZO, Nancy VIGNAL, Entreprise en difficulté- redressement judiciaire (Phase de

traitement- Redressement ou liquidation), Rép. Com. Dalloz, Janvier 2002, P.1.

- Dimitri HOUTCIEF, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, R.T.D. Civ., Avril- Juin 2006, P.191.

- Francine MARCORIG- VENIER, Corinne SAINT-ALARY- HOUIN, la situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Rev., Droit bancaire et financier, janvier- février 2006, P.60.

- François- Charles DESPRAT, Les notions de déclaration de créances et d'état des créances, Rev. proc. coll., n° 4, octobre 2001, P.199.

- Frédéric ROUVIERE, Le caractère subsidiaire du cautionnement, R.T.D. Com., 2011, P.689.

- Guy AMLON, La vérification des créances fiscales, Rev. Proc. Coll., N° 5, Décembre 2000, P.163.

– Hind TAK TAK, La procédure de sauvegarde des entreprises en difficulté un modèle français ou un modèle américain, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2008, P.7.

- Jacques AUGER, Problème actuels de sûretés réelles, R.J.T., N° 3, 1997, P.619.

- Jean- Grégoire MAHINGA, Porté de l'obligation de la caution en cas de plan de cession, A propos de L'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 13 Avril 1999, Rev.Proc.Coll., N° 3, Juillet 2000, P.96.

- Jean- Jacques FRAIMOUT, La caution exerçant ses recours, Un intrus dans la procédure collective du débiteur cautionné, Rev. Gaz. Pal., Vendredi 15, Samedi 16 Septembre 2000, P.11.

- Jean- Loub COURTIER, L'application dans le temps des obligations d'une caution antérieure a l'ouverture de la procédure en cas de cession des biens cautionnes, L.P.A., N° 40, 1 Avril 1996, P.10.

- Jean- Loup COURTIER, Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement, L.P.A., N° 63, 24 Mai 1996, P.13.

- Jean- LUC COUDERT, Procédures collectives : La caution est- elle encore engagée après la prise en charge d'un contrat de prêt par un cessionnaire, L.P.A., N° 117, 14 juin 1999, P.8.

- Jean- Pierre MATTOUT, La révision des règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n° 757), Recueil Dalloz, N° 21, 3 Juin 2010, P.1296.

- Khadija AGOURAM, Le rôle du contrat dans la préservation de l'entreprise en difficulté de paiement, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2000, P.45.

- Khalifa KHARROUBI, La notion de cessation des paiement en proie aux réformes du droit des procédures collectives, Rev., Tunisienne de droit, Centre de publication universitaire, 2001, P.309.

- Leila ZOUHRY, Légitimité de la continuation des contrats en cours dans les procédures de redressement, Rev. Marocaine de droit d'économie et de gestion, N° 53, 2000, P.31.

- Lotfi NAFTI, La sécurité du créancier a l'épreuve de l'opposabilité des exceptions dans la solidarité passive, Rev. Tunisienne de droit, 2010, P.323.

- Louis NIANG, Le sort des sûretés bancaires dans le cadre des procédures collectives de règlement, Rev. Trimestrielle de droit commercial et des affaires, N° 2, 2006, P.37.

- Marie- Jeanne CAMPANA, Le cautionnement et l'entreprise en difficulté, Rev. Gaz. Pal., 25 Novembre 1986, P.717.

- Martine BEHAR- TOUCHAIS, Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur, R.T.D. Civ, N° 4, Octobre- Décembre, 1993, P.737.

- Michel STORCK, Cautionnement et procédures collectives, Rev. Petits Affiches, N° 188, Septembre 2000, P.33.

- Mohammed EL HARTI, Le caractère accessoire du cautionnement, In., Ouvrage, Difficulté des entreprises et domaine du redressement judiciaire à la lumière de la jurisprudence de la cour suprême, Imp., ALOMNIA, Rabat, 2007, P.637.

- Pascal ALIX, Les poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, Gaz. Pal., 25 Avril 1996, P.9.

- Pascal ANCEL, Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, Rev., R.J.T., N° 45- 1, P.412, P.91.

- Pascal RUBELLIN, Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire, L.P.A., N° 74, 21 Juin 1995, P.16.

- Philippe DUPICHOT , L'efficience économique du droit des sûretés personnelles, L. P. A., 14 Avril 2010, P.3.

- Philippe PEYRAMAURE, Redressement judiciaire, Le financement de la période d'observation (Art. 40), Gaz. Pal., 30 Septembre 1986, P.597.

- Philippe SIMLER, La réforme du droit des sûretés, Un livre IV nouveau du code civil, J.C. P., La semaine juridique, N° 13, 29 Mars 2006, P.597.

- Pierre Michel LE CORRE, Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives, J.C.P. E., N° 23, 6 Juin 2002, P.941.

- Pierre- Michile LE CORRE, Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours, Rev. Proc. Coll., N° 1, 1990, P.21.

- Raymond BAILLOD, Les lettres d'intention, R.T.D. Com., N° 3, Juillet- Septembre 1992, P.547.

- Reinhard DAMMANN, La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises, Rev. Banque et droit, N° 103, Septembre- Octobre 2005, P.16.

- Salaheddine Mellouli, L'évolution des Sûretés personnelles au cours du 20é siècle : Une évolution de caractère, Actes du Colloque sur le thème, L'apport du 20éme siècle au droit privé Tunisien, du 23 à 25 Avril 1998, Collection FORUM DES JURISTES, N° 8, Tunis, 2000, P.185.

- Sidi Brahim AZIZI, la contestation des créances dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise, REMARC, N° 9, 2009, P.63.

- Stéphane PIEDELIEVRE, Remarques sur les règles uniformes de la chambre de commerce internationale relative aux garanties sur demande, R.T.D. Com., N° 4, Octobre-Décembre 1993, P.615.

- Yves GUYON, Jean DERRUPPE, Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire (Phase de traitement – Les créanciers), Encyclopédie, DALLOZ Commercial III, Septembre 1996, P.1.

- Yves GUYON, La reconstitution de patrimoine, Inopposabilités et nullités de la période suspecte, Rev. Proc. Coll., 1989- 2, P.222.

– Site Web

- www.adala.justice.gov.ma

- www.cc.gov.eg

- www.chambredesrepresentants.ma

- www.courdecassation.fr

- www.legifrance.gouv.fr

– الفهرس –

المقدمة: 1

الباب الأول: حدود تأثير مسطرة التسوية القضائية على تطبيق قواعد الضمانات الشخصية 16

الفصل الأول: استمرارية تطبيق قواعد الضمانات الشخصية في غياب النص الخاص 18

الفرع الأول: تحكم قواعد الضمانات الشخصية في وجود التزام الضامن الشخصي 18

المبحث الأول: مصير التزام الضامن الشخصي في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه ... 19

المطلب الأول: خصوصية نظام بطلان العقد الأصلي وفسخه في مسطرة التسوية القضائية . 19

الفقرة الأولى: خصوصية نظام بطلان العقد الأصلي في مسطرة التسوية القضائية..... 20

أولا: الشروط الموضوعية لدعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة 21

أ– وجوب انعقاد العقد خلال فترة الريبة 21

ب – ضرورة إبرام العقد من قبل المدين الخاضع لمسطرة التسوية القضائية 33

ج– خصوصية الضرر في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة 35

ثانيا: الشروط الشكلية لدعوى بطلان تصرفات فترة الريبة..... 40

أ– خصوصية المدعي في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة..... 40

ب– خصوصية المدعى عليه في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة 45

ج– غياب تحديد أجل ممارسة دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة 45

د– الجهة المختصة للبت في دعوى بطلان التصرفات الواقعة خلال فترة الريبة..... 49

الفقرة الثانية: خصوصية نظام فسخ العقد الأصلي في مسطرة التسوية القضائية 54

أولا: المقصود بالعقود الجارية..... 54
ثانيا: تحكم السنديك في مصير العقد..... 59
المطلب الثاني: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي 64
الفقرة الأولى: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة تبعية..... 65
الفقرة الثانية: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة أصلية..... 77
الفقرة الثالثة: أثر بطلان العقد الأصلي أو فسخه على التزام الضامن الشخصي الملتزم بصفة مستقلة 79
المبحث الثاني: مصير التزام الضامن الشخصي في حالة تفويت العقد الأصلي 86
المطلب الأول: نطاق العقود القابلة للتفويت وطبيعة تفويتها..... 88
الفقرة الأولى: نطاق العقود القابلة للتفويت..... 88
الفقرة الثانية: الطابع القضائي لتفويت العقود..... 89
المطلب الثاني: حدود التزام الضامن الشخصي عند تفويت العقد الأصلي..... 89
الفقرة الأولى: موقف الفقه من إمكانية تفويت عقد الكفالة..... 90
أولا: الاتجاه المؤيد لتفويت عقد الكفالة..... 90
ثانيا: الاتجاه الرافض لتفويت عقد الكفالة..... 92
الفقرة الثانية: موقفنا من الموضوع..... 92

الفرع الثاني: تحكم قواعد الضمانات الشخصية في مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي 97
المبحث الأول: نطاق مبدأ وقف المتابعات الفردية..... 98
المطلب الأول: الدائنون الخاضعون لمبدأ وقف المتابعات الفردية 99
المطلب الثاني: الدعاوى المشمولة بمبدأ وقف المتابعات الفردية 101
الفقرة الأولى: الدعوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال 101
الفقرة الثانية: الدعوى الرامية إلى فسخ عقد بسبب عدم أداء مبلغ من المال.....102
الفقرة الثالثة: إجراءات التنفيذ المشمولة بمبدأ وقف المتابعات الفردية.....103
المبحث الثاني: مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي 104
المطلب الأول: مدى إمكانية الرجوع على الضامن الشخصي الملتزم بصفة تبعية 105
الفقرة الأولى: مدى إمكانية الرجوع على الكفيل قبل صدور القانون 73.17 107
أولا: موقف الفقه من مدى إمكانية الرجوع على الكفيل 107
أ- الموقف الفقهي الرافض لإمكانية الرجوع على الكفيل.....107
ب- الموقف الفقهي المؤيد لإمكانية الرجوع على الكفيل.....109
ج- الموقف الفقهي المميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن.....110
ثانيا: موقف القضاء من مدى إمكانية الرجوع على الكفيل 111
أ- الموقف القضائي الرافض لإمكانية الرجوع على الكفيل 111
ب- الموقف القضائي المؤيد لإمكانية الرجوع على الكفيل 114

ج- الموقف القضائي المميز بين حالة الكفيل العادي وحالة الكفيل المتضامن 116
الفقرة الثانية: مدى إمكانية الرجوع على الكفيل بعد صدور القانون 73.17 117
الفقرة الثالثة: موقفنا من الموضوع.....121
المطلب الثاني: حيلولة الالتزام بصفة أصلية دون إمكانية التمسك بقاعدة وقف المتابعات الفردية 126
المطلب الثالث: الالتزام بصفة مستقلة موجب لإمكانية المتابعة 129
الفصل الثاني: تكريس قواعد الكفالة في ظل النص الخاص 131
الفرع الأول: تكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل من حيث مداه.....133
المبحث الأول: تخويل الكفيل حق التمسك بمقتضيات مخطط الاستمرارية.....133
المطلب الأول: طبيعة مقتضيات مخطط الاستمرارية.....134
الفقرة الأولى: آليات جدولة ديون المقاولة والتخفيض منها 134
أولا: الاستشارة مع الدائنين آلية لجدولة الديون والتخفيض منها 135
أ – الاستشارة الفردية للدائنين.....135
ب – الاستشارة الجماعية للدائنين 138
ثانيا: الأخذ بمخطط التسوية البديل.....141
الفقرة الثانية: سلطة المحكمة المتصلة بالآجال والتخفيضات.....142
أولا: حدود سلطة المحكمة تجاه الدائنين الموافقين على مقترحات السنديك.....143
ثانيا: حدود سلطة المحكمة تجاه الدائنين الرافضين لمقترحات السنديك.....144

أ- فيما يتعلق بالآجال: 144
أ- فيما يتعلق بالتخفيضات: 144
المطلب الثاني: أساس استفادة الكفيل من مقتضيات مخطط الاستمرارية 146
المبحث الثاني: إمكانية تمسك الكفيل بقاعدة وقف سريان الفوائد 155
المطلب الأول: مضمون قاعدة وقف سريان الفوائد.....156
المطلب الثاني: استفادة الكفيل من قاعدة وقف سريان الفوائد.....157
المبحث الثالث: عدم إمكانية الاحتجاج على الكفيل بسقوط الأجل 160
المطلب الأول: حق الكفيل في التمسك بآجال الأداء رغم سقوطها في مواجهة المدين ...161
المطلب الثاني: حكم شرط سقوط الأجل في مواجهة الكفيل.....164
الفقرة الأولى: حكم شرط سقوط الأجل في غياب سقوطه في مواجهة المدين 164
الفقرة الثانية: حكم شرط سقوط الأجل في حالة سقوطه في مواجهة المدين.....166
الفرع الثاني: تكريس الطابع التبعي لالتزام الكفيل على مستوى انقضائه 167
المبحث الأول: التصريح بالدين آلية لحفظ حق الدائن في مواجهة المدين.....168
المطلب الأول: وجوب تصريح الدائن السابق للمسطرة بدينه 169
المطلب الثاني: شكل ومضمون التصريح بالدين.....174
المطلب الثالث: آجال التصريح بالدين.....176
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على عدم التصريح بالدين.....179
الفقرة الأولى: قساوة جزاء سقوط الدين وانقضائه 179

الفقرة الثانية: دعوى رفع السقوط 181
المبحث الثاني: أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل.....183
المطلب الأول: تضارب حول أثر عدم التصريح بالدين على التزام الكفيل قبل صدور القانون 73.17.....184
المطلب الثاني: تكريس حق الكفيل في التمسك بعدم التصريح بالدين في ظل القانون 73.17 191
الباب الثاني: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في مسطرة التسوية القضائية 198
الفصل الأول: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية الدائن 200
الفرع الأول: ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية.....201
المبحث الأول: مظاهر ضعف وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية التبعية 201
المطلب الأول: التكريس المطلق لخاصية التبعية 202
المطلب الثاني: عدم استفادة الدائن المضمون دينه بكفالة شخصية من الاشعار بالتصريح بالدين في موطنه المختار 206
المطلب الثالث: مواجهة الدائن المستفيد من كفالة شخصية لقساوة جزاء انقضاء الدين وعدم فعالية دعوى رفع السقوط 210
المطلب الرابع: ضعف مركز الدائن في مسطرة تحقيق الديون مقابل قوة مركز المدين 214
الفقرة الأولى: غياب الإشراك الفعلي للدائن في مرحلة التحقيق الإداري 215
الفقرة الثانية: افتقاد الدائن للأمن القانوني والقضائي في مرحلة التحقيق القضائي 218
أولا: الأمر الصادر بقبول الدين أو رفضه 219

ثانيا: معاينة وجود دعوى جارية 219
ثالثا: غياب التحديد الدقيق لحدود اختصاص القاضي المنتدب 220
المبحث الثاني: قصور محاولة تحسين وضعية الدائنين رغم جديتها..... 223
المطلب الأول: مظاهر المحاولة التشريعية لتحسين وضعية الدائنين..... 224
الفقرة الأولى: توسيع دائرة الدائنين الواجب إشعارهم للتصريح بديونهم..... 224
الفقرة الثانية: إحداث جمعية الدائنين 226
أولا: تأسيس جمعية الدائنين 226
أ- المقاولات المعنية بتأسيس جمعية الدائنين..... 227
ب- تنوع أعضاء جمعية الدائنين 229
ثانيا: مسطرة انعقاد جمعية الدائنين 231
ثالثا: تعدد اختصاصات جمعية الدائنين 234
المطلب الثاني: مظاهر المحاولة القضائية لتحسين وضعية الدائنين 237
الفقرة الأولى: التخفيف من قاعدة وقف المتابعات الفردية..... 237
الفقرة الثانية: حماية الدائن من جزاء سقوط الدين غير المصرح به..... 240
الفقرة الثالثة: التعامل بمرونة مع شروط دعوى رفع السقوط..... 243
الفقرة الرابعة: تفعيل مقتضيات دعوى الصورية حماية للدائن..... 245
الفرع الثاني: قوة وضعية الدائنين أصحاب الضمانات الشخصية غير التبعية 247
المبحث الأول: فعالية الضمان المستقل في حماية الدائن 248

المطلب الأول: تجسيد قاعدة عدم التمسك بالدفوع لفعالية الضمان المستقل.....249
المطلب الثاني: انتصار الاجتهاد القضائي المغربي لجانب حماية الدائن في تكييف عقود الضمان 252
المطلب الثالث: الكفالة عند أول طلب كضمانة شخصية.....258
المبحث الثاني: فعالية التضامن بين المدينين في حماية الدائن.....266
المبحث الثالث: فعالية المسؤولية العقدية لمصدر خطاب النوايا في حماية الدائن 269
المطلب الأول: الخطأ في المسؤولية العقدية لمصدر خطاب النوايا 270
المطلب الثاني: سهولة إثبات الضرر من طرف الدائن في مواجهة مصدر خطاب النوايا ...272
المطلب الثالث: وجوب قيام علاقة سببية بين فعل مصدر الخطاب والضرر المترتب تجاه الدائن 273
الفصل الثاني: مدى فعالية قواعد الضمانات الشخصية في حماية الضامن 275
الفرع الأول: حماية الضامن في مواجهة الدائن 275
المبحث الأول: اتساع مجال الدفوع في الضمانات الشخصية التبعية 276
المطلب الأول: نجاعة الدفوع المشتركة في إطار القانون المغربي 276
الفقرة الأولى: تمتيع الكفلاء بحق التمسك بجميع الدفوع المستمدة من مسطرة التسوية القضائية 277
الفقرة الثانية: تمتيع الكفلاء بحق التمسك بجميع الدفوع المستمدة من القواعد العامة 282
أولا: إمكانية تمسك الكفيل بجميع الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلي 283
ثانيا: إمكانية تمسك الكفيل بجميع الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الأصلي 289

أ- إمكانية تمسك الكفيل بالوفاء الصحيح.....289
ب- إمكانية تمسك الكفيل بانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم 295
المطلب الثاني: نسبية نجاعة الدفوع الخاصة 297
الفقرة الأولى: تعطيل الدفع بالتجريد.....298
الفقرة الثانية: غياب التنصيص الصريح على الدفع بإضاعة الضمانات 301
أولا: وجود ضمانات خاصة.....303
ثانيا: وجوب ضياع الضمانات الخاصة بخطأ الدائن 305
ثالثا: وجوب أن يترتب عن ضياع الضمان ضرر للكفيل.....307
الفقرة الثالثة: الدفع بعدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين 311
المبحث الثاني: تقلص مجال الدفوع في الضمانات الشخصية غير التبعية.....313
المطلب الأول: دفوع الضامن المستقل في مواجهة الدائن 313
الفقرة الأولى: الدفع بالغش والتعسف الظاهر 314
أولا: الغش والتعسف الظاهر في ضوء القانون المقارن والقواعد الدولية 314
ثانيا: الغش والتعسف الظاهر في ضوء الفقه والقضاء.....317
الفقرة الثانية: الدفع بتواطؤ المستفيد والآمر 320
المطلب الثاني: دفوع المدين المتضامن في مواجهة الدائن.....321
الفقرة الأولى: إمكانية التمسك بالدفوع المشتركة 322
الفقرة الثانية: إمكانية التمسك بالدفوع الخاصة 323

الفرع الثاني: حماية الضامن في مواجهة المدين 325
المبحث الأول: مدى فعالية دعوى الحلول في حماية الضامن الشخصي 327
المطلب الأول: الأساس القانوني لاستفادة الضامن الشخصي من دعوى الحلول 327
الفقرة الأولى: ثبوت حق الكفيل والمدين المتضامن في ممارسة دعوى الحلول..... 328
الفقرة الثانية: تضارب بشأن حق الضامن المستقل في الحلول القانوني 329
المطلب الثاني: شروط وموضوع دعوى الحلول 332
الفقرة الأولى: شروط ممارسة دعوى الحلول 332
أولا: قيام الضامن الشخصي بالوفاء بالدين 332
ثانيا: الوفاء عند حلول الأجل 334
الفقرة الثانية:موضوع دعوى الحلول 334
المطلب الثالث: ضعف فعالية دعوى الحلول 335
المبحث الثاني: مدى فعالية الرجوع بالدعوى الشخصية 338
المطلب الأول: الأساس القانوني لدعوى الضامن الشخصية 338
المطلب الثاني: شروط وموضوع الدعوى الشخصية 340
الفقرة الأولى: شروط الدعوى الشخصية 340
أولا: قيام الضامن بالوفاء بالدين 340
ثانيا: الوفاء بالدين عند حلول الأجل 342
ثالثا: وجوب إعلام الضامن للمدين قبل الأداء 342

الفقرة الثانية: موضوع الدعوى الشخصية 346
المطلب الثالث: نسبية فعالية الدعوى الشخصية في حماية الضامن 348
الفقرة الأولى: امتياز حق الأسبقية في ضوء مستجدات القانون 73.17 349
أولا: نشأة الدين خلال فترة إعداد الحل 351
ثانيا: نشأة الدين بصفة قانونية 355
ثالثا: وجوب تعلق نشوء الدين بحاجيات سير المسطرة أو بنشاط المقاولة.....355
الفقرة الثانية: مدى إمكانية استفادة دين الضامن الشخصي من امتياز حق الأسبقية.....356
أولا: موقف الفقه والقضاء 357
أ- الاتجاه الفقهي والقضائي الرافض لاستفادة دين الضامن من امتياز حق الأسبقية 357
ب- الاتجاه الفقهي والقضائي القائل باستفادة دين الضامن من امتياز حق الأسبقية.....359
ثانيا: موقفنا من الموضوع.....360
الخاتمة:.....363

لائحة المراجع:.....371
الفهرس:.....404