



كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
+ⴰⴳⴰⴷⴰⴳⴰ | +ⴼⴰⴷⴰⴳⴰ | +ⴷⴰⴳⴰⴳⴰⴳⴰ ⴰ ⴰⴷⴰⴳⴰⴳⴰⴳⴰ ⴰⴳⴰⴳⴰⴳⴰ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

منشورات مختبر القانون والجمعية ﴿5﴾

أشغال الندوة الوصية

المنائير عات في الفضاية بين العفون والمخبر لانت

اعداد وتنسيق
ذ كمال بلحم كة

مختبر القانون والجمعية
و

هيئة المحامين لعدو محاكم الاستئناف بأكادير كليرم والعيون

بدعم

المركز الوطني للبحث العلمي والتفني



هيئة المحامين باكادير



أشغال الندوة الوصية

المنائير عات في الفضاية بين العفون والمخبر لانت

2025



أشغال الندوة الوطنية

المنازعات القضائية في العقود والمصرفات

تنسيق:

ذ.د. كمال بلحرکت

منشورات

مختبر القانون والمجتمع ﴿5﴾

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير - جامعة ابن زهر

أشغال الندوة الوطنية

المنازعات القضائية في العقود والمحركات

عنوان الكتاب: المنازعات القضائية في العقود والمحركات

المؤلف: جماعة من المؤلفين

تنسيق: ذ/كمال بلحركة

الناشر: مختبر القانون والمجتمع - كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بأكادير - جامعة ابن زهر

الإيداع القانوني: 2024MO0727

الترقيم الدولي: 978-9920-31-191-5

الطبعة الأولى: أبريل 2025

المطبعة: دار العرفان للطباعة والنشر

رقم 97 شارع عبد الله كنون حي السلام أكادير

Email: daralirfane@gmail.com -- Té: 05.28.23.51.13

خصوصية الغلاف: جمعية البراع لمريخ النخ والإبداع - إنزكان



جمعية البراع لمريخ النخ والإبداع
2017

فهرس المحتويات

1 تقديم الكتاب

ذ/د. الحسين بلوش

بطلان المحرر التوثيقي: قراءة في المادة 49 من القانون رقم 32_09 المتعلق بمهنة

5 التوثيق

ذ/د. عبد الرزاق أيوب

28 بيانات لفيف الملكية وشروطه الشكلية

ذ/د. إدريس البركاوي، ذ/ناصر العلمي

47 مبطلات رسم الملكية

ذ/د. كمال بلحرقة، ذ/حسن بن تاكر

66 آثار تراجع الشهود على الوثيقة العدلية

ذ/د. عبلا بن اعرامو ، الباحث/إبراهيم أيت الحاج

98 المنازعة في عقود التبرع لانتهاء شرط الحوز

ذ/جمال عابد ، ذ/سعيد ترحوت

129 المنازعات القضائية في شكلية العقد التوثيقي

الباحث/بدر أعلال

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد

160 العلني

ذ/د. إسماعيل أوقادي، ذ/عبد الناصر بنميلود

إشكالية المادة 278 من مدونة الحقوق العينية: بين العمل القضائي والفقہ

191 الإداري: دراسة مقارنة

إسماعيل البركاني

230 توثيق المحامي للتصرفات العقارية: الحدود والنطاق

ذة/د. حكيمة مؤذن

المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية: شكلية انعقاد وشكلية تمام
ونفاذ: قراءة في قرار لمحكمة النقض عدد: 40 الصادر بتاريخ 2023/01/12،

ملف مدني عدد 5819/1/9/2022 273

ذ/د. عمر ازوکار

281 دور المحرر الثابت التاريخ في تعزيز الأمن العقاري

ذ/د. محمد لشقار

307 منازعات عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار

ذ/د. إدريس كركين

340 الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي

ذ/د. هشام زريوح ، د. مصطفى باحو

المنازعات الناشئة عن عقد التأمين : دراسة حول بنية العقد وخصوصية

358 بعض الجزاءات الواردة في مدونة التأمينات

ذ/د. رشيد خوازي ، د/دمحمد لكبايش

398 المحكمة المختصة نوعيا للنظر في منازعات التأمين

ذ/د. الحسن أوبعيد

الأمن التعاقدی لمنتج المرابحة العقارية ودور القضاء في تسوية

439 منازعاته

د/ أحمد أموزاي

484 خصوصيات الإثبات في منازعات المسؤولية العقدية

ذ.د. إبراهيم العسري ، الباحث /محمد الزموري

إثبات العلاقة الكرائية السكنية بين الحرية والتقيد: قراءة في
مقتضيات القانون 67.12 485

ذ.د. حمدناه بوكنين

المنازعات الوقفية وازدواجية الاختصاص القضائي بشأنها 486

د/إسماعيل حسوي

الحماية القانونية للمتعاقد الإلكتروني بين: القانون 53.05 المتعلق بالتبادل
الإلكتروني للمعطيات القانونية، والقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير
حماية المستهلك 503

محمد أطوف

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز 528

ذ.د. حكيم كرام ، الباحثة/فاطمة بومالكي

منازعات بيع العقار في طور الإنجاز 561

الباحث/ نور الدين المؤذن

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة 16.30 603

الباحثان سعيد درقاوي، أسماء أشتوك

حجية الوثيقة العدلية ودورها في تحقيق الأمن التعاقدية 641

الباحثة/حفصة قصتان

رسمية الوثيقة بين القانونين 16.03 و32.09 654

دة/ خديجة المنير

رسمية العقود العقارية ودورها في تكريس الأمن العقاري 666

ذ.د.إسماعيل أبو ياسين ، الباحثة/فتيحة أكدام

فهرس محتويات الكتاب

آليات إنقاذ العقد: نظريية تحول العقد نموذجاً 681
ذ/عبد السلام بوعسل، ليلي أسموك

أثر تخلف شكلية توثيق التصرفات الناقلة للملكية العقارية طبقاً
للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية: تعليق على قرار محكمة
النقض عدد 40 الصادر بتاريخ 2023/01/12 681
ذ/د.محمد العلمي

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي مقاربات فقهية 704
نور الدين بلقجر

الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولات العامة: إضاءات
وملاحظات 766
ذ/ د. عبد الله بوضاض

المنازعات القضائية في العقود الرياضية: كرة القدم نموذجاً 803
ذ/د.عادل العابد ، ذ/مصطفى يخلف

موقف القضاء من إثبات العلاقة التعاقدية في مجال الصفقات العمومية:
بين واجبي حماية المال العام وصيانة حقوق المقاول 846
ذ/شوقي كوتار

دور القضاء الإداري الاستعجالي في حوكمة تدبير الصفقات العمومية
بالمغرب 884
ذ/د.المصطفى قريشي

التجميد الزمني لقانون الدولة في عقد الاستثمار الأجنبي 923
ذ/ياسين المعتمد

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية 948
الباحث/يوسف لكيتوف

فهرس محتويات الكتاب

دور قاضي الإلغاء في مراقبة مشروعية القرارات الممهدة لإبرام الصفقات
العمومية..... 983

دة/مريم زان

منازعات تكوين عقد التسيير الحر للأصل التجاري..... 1015

محمد جبران

1052..... *L'identification de la clause exorbitante dans les contrats administratifs*

ذ/د. أسماء بوديار

L'INEXÉCUTION D'UNE CONVENTION DE VOTE: QUELLES LIMITES AU

1079..... CONTENTIEUX EN RÉPARATION?

ذ/د. محمد لعشرات، ذة/د. لبنة الكويسي

تقديم الكتاب

ذ/د.الحسين بلوش

أستاذ التعليم العالي متقاعد من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بأكادير، جامعة ابن زهر
المدير المؤسس لمختبر القانون والمجتمع

تشير المنازعة إلى مجموعة من المحاكمات المرتبطة بنفس الموضوع، ويقال:
منازعة مدنية، ومنازعة جنائية، ومنازعة إدارية، ومنازعة جبائية... إلخ.

وتختلف، بذلك، مقارنة المنازعة باختلاف الدعاوى والمحاكمات، وقد
خصت التشريعات للدعاوى المدنية بمفهومها العام مسطرة خاصة ونظاما قضائيا
خاصا، وللدعاوى الجزئية إجراءات مستقلة ونظام قضائي خاص. وتلتقي هذه
الدعاوى في مجموعة من الأحكام والمبادئ الأساسية.

وقد دأبت كليات الحقوق بالمغرب منذ بدايتها على تلقين طلبة شعب
القانون المساطر في آخر سنة من التكوين. وكان أساتذة القانون المدني هم من كانوا
يدرسون المسطرة المدنية بعد أن لقنوهم المدخل لدراسة القانون، ونظرية الالتزام
(أذكر على سبيل المثال الدكتور مأمون الكزبري، والدكتور مولاي إدريس العلوي
العدلاوي). في الوقت الذي كان فيه أساتذة القانون الجنائي يلقنون القانون
الجنائي العام والخاص، ويدرسون المسطرة الجنائية في آخر سنة التكوين (أذكر
هنا الدكتور عبد الوهاب حومد، والدكتور محمد العلمي المشيشي، والدكتور أحمد
الخمليشي، والدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، والدكتور عبد الواحد العلمي...
إلخ).

وكانت محاضرات المسطرتين تلقن لمدة سنة كاملة، وتقلصت فصارت الآن تدرس خلال فصل يتيم رغم طول وتفرع مضامينها، وأهميتها، وارتباط بعضها ببعض، وصعوبة الاستغناء عن بعضها.

وأضحت مهمة تدريس الأساتذة لهاتين المادتين شاقة، وتجدهم يساقون الزمن لإنهاء المحاور المقررة، وتكون مهمتهم أشق عندما يكون عليهم تقرير المحاور التي سيكتفون بتدريسها، وتلك التي سيضجون بها، بسبب تقليص زمن التدريس، والتهام التقويمات جزءا غير يسير منه.

ولا يجد الطالب الشغوف بدراسة المنازعة حيزا أرحب إلا بعد تجاوز عتبة الإجازة، وكان له حظ متابعة الدراسة على مستوى الماستر، وخاصة عندما يكون هذا الأخير متخصصا في المنازعات.

وتعاني الكتابة والدرس في مادتي المسطرة المدنية والجنائية من حدود منهجي، فكل الكتابات الفقهية تسير المنهج الدراسي، ويتخذ الدرس وكذا الكتابة شكلا عموديا تتبع فيه سيرورة إجراءات الدعوى أمام المحاكم (الدعوى العمومية والدعوى المدنية، والبحث التمهيدي، والتحقق الإعدادي، والمحاكمة، وطرق الطعن، التنفيذ في المسطرة الجنائية)، وتطغى عليهما الجوانب التقنية التي لا نشك في أنها لا تخلو من فائدة. وتغيب عنها الرؤية الأفقية.

ونجد الأمر ذاته في كليات الحقوق الفرنسية إلى أن ظهر توجه في الفقه يميل إلى جمع المبادئ والأحكام المشتركة ما بين المساطر تحت يافطة " Le droit processuel" (أنظر في هذا الشأن:

-H. Motulsky, Droit processuel, les cours de droit, 1973, textes réunis par Mme Marie Madelaine Capel;

- Serge Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, Droit processuel, Droit commun du procès 1^{re} éd. 2001.)

ويجد مصطلح "processuel" الذي يستعمله الفقه الفرنسي أصله في كلمة "procès" الذي هو: "المحاكمة"، ويهدف إلى جمع الأحكام والمبادئ المشتركة ما بين المساطر تحت تسمية "قانون المحاكمة".

ولم يأت اختيار مصطلح "قانون المحاكمة" اعتباطيا، وإنما جاء بغاية النأي بالدرس والكتابة عن الطابع التقني للإجراءات المسطرية، والتأكيد على ضرورة دراسة حماية الحقوق الأساسية والمشاركة للمتقاضين، وبناء قانون عام للمحاكمة بغض النظر عما إذا كنا بصدد الإجراءات المدنية أو الإجراءات الجزئية أو غيرها، مع العلم أن المحاكمات لم تعد منزوية داخل قصور العدالة، إذ صارت تتخذ شكل متابعات تأديبية أمام جهات إدارية وأمام سلطات إدارية مستقلة، وشكل تحكيم، وبالتالي تظهر الحاجة الملحة إلى جمع الأحكام والمبادئ المشتركة للمحاكمة.

وينصب الاهتمام في "قانون المحاكمة" بالمحاكمة العادلة و ضمانات الولوج إلى القضاء، والحق في قاض جيد، وتوفير الضمانات المسطرية من شهر للمسطرة، وسرعة في الإجراءات، ووضع مسطرة منصفة، و ضمان تنفيذ المقررات القضائية، وكذا النظريات العامة المرتبطة بالدعوى وبجلساتها.

حضرتي هذه الأفكار، وأنا أحضر أطوار الندوة التي نظمها الأساتذة المنظورون تحت لواء: مختبر القانون والمجتمع التابع لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير، وهيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير وكلميم والعيون، والمركز الوطني للبحث العلمي والتقني خلال أيام 18 و19 و20 يناير 2024 والموسومة ب:

" المنازعات القضائية في العقود والمحركات "

وقد التأمّت خلال أيام هذه الندوة لدراسة موضوع المنازعة ثلة من الأساتذة الباحثين، والباحثين الدكاترة، والممارسين قدموا من آفاق متعددة ومختلفة، وانكبوا على دراسة ومناقشة موضوع المنازعة من زوايا مختلفة: قانون الأسرة، والعقود المدنية، والحقوق العينية، وقانون الأعمال، والقانون الدولي الخاص، والعقود الإدارية.

وأختم هذا التقديم السريع بالتأكيد على أهمية موضوع هذه الندوة، ودقة المحاور المطروحة خلالها، والتنويه بجدية العروض المقدمة، وبالإخاء الذي ساد خلال الأيام الثلاثة بين الأساتذة الباحثين وشركائهم في هيئة المحامين، وآمل أن تستمر هذه الأجواء الطيبة، ويكون لهذه الندوة الهامة ما بعدها، وأن يشرع في التفكير في عقد دورة ثانية لدراسة القضايا الأساسية والكبرى للمحاكمة وللحديث عن فكر وفلسفة الإجراءات، وما هذا بعزيز على أساتذتنا وباحثينا وشركائهم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أكادير في 28 يناير 2024

بطلان المحرر التوثيقي: قراءة في المادة 49 من القانون رقم 32-09 المتعلق

بمهنة التوثيق

ذ/د. عبد الرزاق أيوب

أستاذ التعليم العالي، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادير،
جامعة ابن زهر

يهتم علم التوثيق بتحرير المعاملات التعاقدية وباقي التصرفات القانونية،
والمحررات والشهادات، وفق شكلية قانونية، تراعى فيها الدقة، مستوفية لجميع
الشروط والضوابط الموضوعية، لذلك تكفل المشرع في بلادنا بوضع قوانين تضبط
مهنة التوثيق، تعين الناس على حماية حقوقهم، وتضمن الثقة والطمأنينة في
معاملاتهم⁽¹⁾.

وقد شرع الله التوثيق، وجعله من أهم الوسائل التي ترد الادعاءات، وتجنب
المنازعات، وتحفظ للناس أموالهم، وتثبت الثقة في المعاملات، وتشجع على تنفيذ
الالتزامات، لذلك قال الله عز وجل في كتابه العزيز: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ
إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ
فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ۚ ﴾ [الآية 282، سورة
البقرة].

وأجمع العلماء قاطبة على أهمية علم التوثيق، حيث يقول ابن فرحون في
ذلك: «هي صناعة جليظة شريفة وبضاعة غالية منفية، تحتوي على ضبط أمور

(1) للتوسع أكثر يراجع:

- محمد جميل بن مبارك. التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. مطبعة
النجاح الجديدة. الدار البيضاء، 2000، ص، 14.

- عمر الجيدي. ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي. مجلة دار الحديث الحسنية. العدد 5. ص، 124.

الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم»⁽¹⁾.

وقال الونشريسي: « إن علم الوثائق من أجل العلوم قدرا، و أعلاها إنابة وخطرا، إذ بها تثبت الحقوق، ويتميز الحر من الرقيق، و يتوثق بها، ولذا سميت معانيها وثاقا»⁽²⁾.

وكان الفقيه والقاضي من علماء المالكية يوزن بنبوغه في علم التوثيق، ويتمكنه منه شرحا وتأليفا، ومازالت بصماته منحوتة إلى الآن في الوثائق العصرية، دون التنكر لأثر العصرية والتطور التكنولوجي الذي فرض نفسه بقوة، ولعل هذه المزوجة كانت وراء تعدد أنظمة التوثيق في بلادنا، وانقسامها إلى توثيق تقليدي موكل إلى العدول⁽³⁾، وتوثيق عصري اسند إلى الموثق⁽⁴⁾.

(1) - أبو عبد الله محمد بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001، ص.200.

(2) أبو العباس أحمد بن يحيى بن عبد الواحد الونشريسي. المنهج الفائق والمهمل الرائق والمعنى اللائق بأدب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق لطيفة الحسني، مطبعة فضالة، المحمدية، 1997، ص.211.

(3) القانون رقم 16.03 المنظم لخطة العدالة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف عدد 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق لـ 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 الموافق لـ 2 مارس 2006.

(4) ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 موافق 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق. الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

- وهناك أيضا ظهير 22 ماي 1918 المتعلق بإعادة تنظيم المحاكم العبرية والتوثيق الإسرائيلي (الجريدة الرسمية عدد 266، بتاريخ 03 يونيو 1918، ص. 558)، وحسب الفصول من 22 إلى 24، يعود للموثقين الإسرائيليين صلاحيات توثيق عقود الزواج والطلاق والإرث الخاصة باليهود المغاربة، وكذلك توثيق جميع التصرفات القانونية التجارية والمدنية.

وإذا كان التوثيق العدلي قد عرف تنظيماً محكماً بصور القانون رقم 16.03 المنظم لخطة العدالة، والذي نسخ القانون رقم 11.81، فإن المشرع المغربي عمل جاهداً على تحديث منظومته القانونية في مجال الصنف الآخر من التوثيق، لمواكبة التطورات التي شهدها العالم بأسره، حيث أصدر قانون مهنة التوثيق رقم 32.09، نسخ بموجبه ظهير 4 ماي 1925 المتعلق بالتوثيق العصري، وحمل معه مستجدات شكلت طفرة نوعية في التنمية السوسيو اقتصادية، بسبب تقييد هذه المهنة بالعديد من الضوابط والقواعد القانونية الملزمة، حفاظاً على هيبة المهنة، والاستمرار في كسب الثقة التي تمتعت بها خلال السنوات السابقة على إصدار هذا القانون، وتشجيعاً للاستثمار الوطني والأجنبي، وملجأً للمتعاقدين الراغبين في حماية مصالحهم وحقوقهم، من خلال ما يحققه التوثيق من أمن توثيقي وتعاقدي. وعليه، بدأ المشرع في توسيع دائرة الرسمية في العديد من التصرفات القانونية، حماية لهذه الأخيرة من التلاعبات والتزوير، والاستلاء على حقوق الناس دون وجه حق، بل ويشكل هذا التوجه التشريعي، وسيلة لفرض الدولة رقابتها على حركة الأموال والمعاملات بين الأشخاص، لاستيفاء واجبات الرسوم الضريبية التي يقررها القانون في هذا الصدد.

وتضمن المحررات التي يحررها الموثق استقراراً للمعاملات، ونزع فتيل المنازعات، بسبب الالتزامات التي تقع على عاتق الموثق أثناء قيامه بعملية التحرير، سواء كانت هذه الالتزامات قانونية أم أخلاقية، حيث وضع المشرع شروطاً، وضوابط شكلية انطلاقاً من مرحلة التلقي إلى مرحلة تذييل المحرر بتوقيعات كافة الأطراف، سواء كانوا متعاقدين أم متدخلين في العملية التعاقدية، وقد رتب المشرع جزاء البطلان في حالة إخلال الموثق بتلك الالتزامات. عن طريق الإخلال بالإجراءات

بطلان المحرر التوثيقي: قراءة في المادة 49 من القانون رقم 32-09 ----- د.د. عبد الرزاق أيوب

والأشكال التي رسمها له المشرع. وقد ينصب البطلان على التصرف ذاته، وقد يلامس المحرر فقط دون المس بإرادة الأطراف، وقد ينعكس أحد السببين على الآخر. وترتيباً على ذلك، نصت المادة 49 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق على ما يلي:

«يكون باطلاً كل عقد تم تلقيه وفق الشكل الرسمي، وأنجز خلافاً لأحكام المواد 30 و31 و32 و37 و39 و40 من هذا القانون إذا كان غير مذيّل بتوقيع كافة الأطراف، وإذا كان يحمل توقيع كل الأطراف تكون له فقط قيمة العقد العرفي مع الحق في مطالبة الموثق بالتعويض في الحالتين وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية في حقه.

تسري نفس المقتضيات إذا تلقى موثق عقداً خارج مكتبه خلافاً لمقتضيات المادة 12 أعلاه أو إذا تلقاه موثق موقوف أو معزول.

تصرح المحكمة بالبطلان بناءً على طلب كل من له مصلحة أو النيابة العامة. يمكن إثارة بطلان العقود التي لم تراعى فيها أحكام المادتين 38 و46 من هذا القانون قبل أي دفاع في جوهر القضية من طرف أي معني، مع الحق في التعويض وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية على الموثق».

وعليه، فإن اختلال شرط من الشروط الواجب توفرها في المحرر التوثيقي، والمنصوص عليها في المادة 49 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق، يؤدي إلى جعل المحرر التوثيقي فاقداً للرسمية، وسوف نقتصر على تناول بعض حالات البطلان التي يمكن أن تمس المحرر الرسمي، والتي قد تثير بعض الإشكالات الخاصة، كتلك المرتبطة بأهلية الموثق واختصاصه (الفقرة الأولى)، أو تلك المتعلقة بحياد

الموثق والتزامه بالنصح (الفقرة الثانية)، على أن نختم هذه الدراسة بالحديث عن أثر نظرية تحول العقد على بطلان المحرر التوثيقي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: البطلان المرتبط بأهلية الموثق واختصاصه

من الشروط الأساسية التي يشترطها المشرع لكي تكتسب المحررات التي يوثقها الموثق الصفة الرسمية، أن تتوفر في هذا الأخير الأهلية في تلقي العقود، وأن يحترم المقتضيات المتعلقة باختصاصه.

أولا - أهلية الموثق:

لا تتحقق أهلية الموثق في ممارسة عمله إلا باستيفاء مجموعة من الشروط، يطلق عليها شروط الولوج إلى مهنة التوثيق، والتي تبدأ باجتياز المترشح للامتحان الكتابي والشفوي، ونجاحه فيهما، وقضائه فترة التمرين، وتعيينه بواسطة قرار من رئيس الحكومة باقتراح من وزير العدل.

ومتى زالت أهلية الموثق بسبب عزله أو إيقافه عن ممارسة مهنة التوثيق سواء بصفة مؤقتة أو دائمة، يمنع عليه تلقي العقود وتحريرها، وفي حالة المخالفة فإن العقد يعتبر باطلا كمحرر رسمي، مع مراعاة المقتضيات التي وردت في المادة 49 اعلاه، خصوصا تلك المتعلقة بتحول المحرر الباطل، إذا كان موقعا من كافة الأطراف. وقد يحدث أن يمارس الموثق عمله بحسن نية، غير عالم بقرار العزل أو الإيقاف، وقبل توصله بالقرار، فإن العقد الموثق من طرفه يعتبر صحيحا استنادا إلى نظرية الظاهر، وحماية لاستقرار المعاملات.

ويجب الأخذ بنظرية الظاهر في الحدود وداخل النطاق الذي يتفق مع الوظيفة الأمنية المتعلقة بالتعاقد والتوثيق، التي توفرها هذه المهنة للمعاملات، ومع الثقة التي يستشعرها الزبائن في طلب خدمات الموثق، فلا يعتبر العقد رسميا إذا

بطلان المحرر التوثيقي: قراءة في المادة 49 من القانون رقم 32-09 ----- ذ.د. عبد الرزاق أيوب

تلقاه موثق زالت عنه هذه الصفة لأي سبب من الأسباب، وكان سيء النية، أو إذا استغل متمرن غياب الموثق ووثق هذا العقد، حتى ولو كان أطراف العلاقة التعاقدية حسني النية، أي يعتقدون أن المتمرن هو الموثق بحكم الظاهر، وإنما يبقى فقط للمضور من بطلان العقد الرجوع على الموثق في حالة إذا أسهم بخطئه في خلق هذا الوضع الظاهر استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 32.09⁽¹⁾.

ثانيا- الاختصاص الموضوعي والمكاني للموثق:

سنتناول في نقطة أولى الاختصاص الموضوعي للموثق، وفي نقطة ثانية الاختصاص المكاني لهذا الأخير.

1- الاختصاص الموضوعي للموثق

لا يسوغ للموثق أن يتلقى عقدا إلا إذا كان مختصا بتحريره، فهناك عقود لا يختص بتحريرها إلا العدول، كالشهادة على عقود الزواج، والشهادة على الرجعة، والشهادة على الطلاق بمختلف أنواعه، كما يختص العدول وحدهم بتوثيق بعض العقود، ويمنع على الموثق ذلك، ومن هذه العقود، نذكر:

- الشهادة على اعتناق الإسلام و مراقبة ثبوت الأهله أو عدم ثبوتها⁽²⁾

-الإشهاد على الوقف بصريح المادة 25 من مدونة الأوقاف

-اختصاص العدول في شؤون القاصرين⁽³⁾

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 32.09 على ما يلي:

« يتحمل الموثق مسؤولية الأضرار المترتبة عن أخطائه المهنية، والخطاء المهنية للمتمرنين لديه، وأجرائه، وفق قواعد المسؤولية.»

(2) المادة 3 من قانون خطة العدالة 16.03

(3) يراجع: المواد 222 و252 و377 و من مدونة الاسرة، و الفصول 186 و189 و241 و249 من قانون المسطرة المدنية.

أما بالنسبة للموثق فقد نصت المادة 35 من قانون رقم 32.09 على أنه:
« يتلقى الموثق- ما لم ينص القانون على خلاف ذلك- العقود التي يفرض القانون اعطاءها الصيغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية أو التي يرغب الأطراف إضفاء هذا الطابع عليها ويقوم بإثبات تاريخها وضمأن حفظ أصولها وبتسليم نظائر ونسخ منها»
وعليه، يحق للموثق تحرير أي وثيقة أوجب المشرع أن تفرغ في شكل رسمي، ما لم ينص نص صريح على خلاف ذلك، كما أن المشرع قد منح للموثقين وحدهم صلاحية توثيق العقود المتعلقة بالوعد بالبيع، وعقد البيع المتعلق بالسكن الاجتماعي⁽¹⁾.

وهناك اختصاصات مشتركة بين العدول والموثقين في المجال العقاري، وفي المجال التجاري بخصوص توثيق العقود.

2- الاختصاص المكاني للموثق

تناول المشرع الاختصاص المكاني للموثق في المادة 12 من القانون رقم 32.19 التي نصت على أنه:

«يمارس الموثق مهامه بمجموع التراب الوطني.

غير أنه يمنع عليه تلقي العقود وتوقيع الأطراف خارج مقر مكتبه.

يمكن للموثق لأسباب استثنائية تلقي تصريحات أطراف العقد والتوقيع على العقود خارج مكتبه وذلك بإذن من رئيس المجلس الجهوي وإخبار الوكيل العام للملك لدى المحكمة المعين بدائلتها».

(1) المادة 93 من المدونة العامة للضرائب.

لقد منح المشرع المغربي للموثق اختصاص وطني يمتد على كامل الإقليم الترابي للمملكة، لكنه اختصاص مقيد في بعض جوانبه، حيث يمنع على الموثق تلقي العقود وتوقيعات الأطراف خارج مكتبه، أي أنه لا يمكن له ممارسة مهامه خارج هذا المكتب، لأن هذا الأخير هو الهيكل الذي يمارس فيه الموثق مهنته، والمذكور في صلب قرار تعيينه بحسب المادة العاشرة من قانون مهنة التوثيق.

وتجب الإشارة إلى أن أطراف العلاقة التعاقدية غير معينين بهذا المنع، بحيث يمكنهم التقدم إلى أي مكتب يرغبون في التعامل معه للحصول على خدماته التوثيقية.

والظاهر أن المشرع سعى من خلال تمديد اختصاص الموثق إلى مجموع التراب الوطني، إلى الحد من المنافسة غير المشروعة التي كان تقع بين الموثقين داخل حيز جغرافي لا يتجاور دائرة نفوذ محكمة الاستئناف التي ينتمون إليها، ومحاربة بعض السلوكيات التي كانت تمس بسمعة مهنة التوثيق.

وعليه، إذا كان المشرع قد سمح للموثق بتلقي العقود وتوقيع الأطراف خارج مكتبه، فإن ذلك مقيد بتحقق شروط معينة، وهي كالتالي:

- 1- تقديم طلب من الموثق قصد الحصول على إذن من رئيس المجلس الجهوي؛
- 2- تضمين الطلب لأسباب استثنائية، وهي عبارة فضفاضة، يمكن أن نمثلها بجميع الأوضاع التي تقتضيها الضرورة، كحالات مرض أحد المتعاقدين، أو العجز، أو بعد موطن أو محل إقامة الأطراف المتعاقدين أو أحدهما، أو عدم وجود مكاتب للتوثيق في الجهة المعنية..إلخ؛

3- إخبار الوكيل العام للملك لدى المحكمة المعين بدائلتها.

الفقرة الثانية: البطلان بسبب الاخلال بواجب الحياد أو الالتزام بالنصح

يقع على عاتق الموثق واجبات والتزامات قانونية، من أهمها التزامه بالحياد، والتزامه بالنصح اتجاه الزبون، حيث إن الموثق مهني محترف، فيفترض فيه أن لا يتلقى العقود، وهو في وضعية تجعله خاضعا لضغوط وعوامل تؤثر في حياده (أولا). كما أنه يلتزم بتبصير الزبون بكل ما قد يترتب عن عقود التي يرغب في توثيقها من آثار (ثانيا).

أولا: بطلان المحرر بسبب اخلال الموثق بواجب الحياد

يعتبر الحياد أهم واجبات الموثق المهنية أثناء قيامه بعمله، ويقصد به أن تكون معاملة الموثق لطرفي العقد متساوية، دون تغليب مصلحة طرف على حساب طرف آخر، فالحياد عنصر مرتبط بمكان النفس، وينبع من ضمير الموثق، يدفع هذا الأخير أن يقف على نفس المسافة بين الأطراف المتعاقدة، متجردا من أي ضغط داخلي أو خارجي عند توثيق المعاملات المطلوب منه توثيقها، وهذا من شأنه أن يبعث في نفوس المتعاقدين الطمأنينة في عمل الموثق، لثقتهم في حياده وعدم التحيز لأي متعاقد مهما كان مركزه، فلا يخضع في عمله سوى للقانون، كما أن واجب الحياد يمنح الموثق شعورا باستقلاليتة في مهنته ونزاهته في أداء عمله، لذلك منع المشرع الموثق من تلقي عقود أو عقود أقاربه، وفي ذلك تنص المادة 30 من قانون مهنة التوثيق على ما يلي: « يمنع على الموثق أن يتلقى عقدا في الحالتين التاليتين:

إذا كانت له أو لزوج أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في العقد؛

إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه أو لأصوله أو فروعه مع أحد الأطراف إلى الدرجة الرابعة بإدخال الغاية.»

كما أن المادة 31 من قانون مهنة التوثيق جاء فيها ما يلي:

«يمنع على الموثقين المتشاركين الذين يزاولون مهامهم في مكتب واحد تلقي العقود التي يكون أحدهم أو زوجه أو أحد أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة المحظورة المشار إليها في المادة السابقة طرفا فيها أو معناها».

وترتيبا على ذلك، لا يجب أن يكون للموثق عند تلقيه عقدا، صلة قرابة أو مصاهرة بأحد أطراف التعاقد، تفاديا لأي تحيز من جانبه لمصلحة أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر⁽¹⁾. ولم يحدد المشرع طبيعة المصلحة التي يمكن أن تكون للموثق أو لزوجه أو فروعه أو أصوله في العقد، وفي جميع الأحوال فالمصلحة المقصود في المادة 30 أعلاه، هي المصلحة الناتجة عن العقد بكيفية مباشرة أو غير مباشرة، وليس المصلحة المرتبطة بأتعاب من قام بتحرير العقد، فهذه الأخيرة لا تعتبر مصلحة بمفهومها الدقيق حسب المقصود من المادة أعلاه، فقد تكون هذه المصلحة مادية أو معنوية، تفرز محاباة لأحد الطرفين المتعاقدين، بسبب الزوجية أو القرابة، والغاية من ذلك هي إبعاد كل شبهة من شأنها أن تشوش على حياد الموثق، ويرجع للمحكمة صلاحية تقدير هذه المصلحة حسب ظروف كل قضية على حدة، دون رقابة عليها من محكمة النقض.

كما يجب على الموثق أن يمتنع عن توثيق أي عقد، يكون فيه زوجه أو أحد أقاربه أو زوج شريكه أو أحد أقاربه، أو زوج أو أحد أقارب أحد أطراف العقد شاهدا في العقد، وكذلك المتمرنون بمكتبه وأجراؤه⁽²⁾.

(1) محمد الربيعي: الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم . دراسة في ضوء مستجدات قانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة وقانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق، مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. الطبعة الثانية. مارس 2015، ص 46 وما يليها

(2) المادة 32 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق

كما يمنع على الموثق أن يعتمد على شهادة أشخاص في العقد تربط بينهما علاقة زوجية أو علاقة نسب⁽¹⁾.

وترتباً على ذلك، فالقربة المبنية على الزواج أو النسب أو المصاهرة، تشكل في ضوء القانون رقم 32.09 قرينة قاطعة على عدم حياد الموثق، وشبهة في تضارب المصالح، وبالتالي يتعين على الموثق الامتناع على توثيق التصرفات القانونية التي تشوبها هذه الروابط، تحت طائلة البطلان.

ولا يمكن التنكر لبعض الأوضاع التي قد تشكل مساساً بحياد الموثق، ولا تتصل بالقرابة أو الزوجية أو النسب، كالصداقة أو المودة كرابطة الخطوبة مثلاً، أو الكراهية، كما في حالة النزاع الموجود بين الموثق أو أحد الموثقين المتشاركين، وأحد أطراف العلاقة التعاقدية، سواء كان هذا النزاع موضوع دعوى قضائية، أم مجرد نزاع مستحكم بين العائلتين منذ القديم، أو في حالة وجود مصالح متضاربة، كحالة وجود رابطة المديونية.

ثانياً: بطلان المحرر بسبب إخلال الموثق بالالتزام بالنصح

لا تقتصر وظيفة الموثق على تحرير العقود وإضفاء الصفة الرسمية عليها، بل يتحمل - بالنظر إلى صفته المهنية- بالالتزام بالنصح لتنوير إرادة الزبائن وحماية مصالحهم، مبيناً لهم آثار ونتائج التصرف المقبلين على توثيقه، حتى تتمكن هذه الإرادة من تكوين فكرة حقيقية عن بعض الجوانب التي قد تكون خفية، ولم يستوعبها الأطراف، أو كانوا يجهلونها.

(1) المادة 39 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق.

فبحكم طبيعة مهنة التوثيق فإن الزبون ينتظر من الموثق ما لا ينتظر من الشخص العادي، لكون هذه المهنة لا تسند إلا إلى أشخاص يتمتعون بالكفاءة القانونية. وبحكم التجربة المهنية الضرورية، يصبح الالتزام بالنصح بالنسبة للموثق بمثابة الأمن القانوني للزائن ومقرر لمصلحتهم⁽¹⁾، مما يبعث الثقة في نفوسهم. لذلك يرتبط الالتزام بالنصح بصفة الموثق أكثر من ارتباطه بنشاطه، بمعنى أن التزامه هذا لا يرتبط بالعقد الذي يجمعه بزبونه، وإنما يعتبر واجبا مهنيا. وقد أشار المشرع المغربي إلى هذا الالتزام في الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون رقم 32.09 التي جاء فيها: « يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف، كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها ».

ويعرف التزام الموثق بتقديم النصح للأطراف المتعاقدة كما يلي « قيامه أثناء عملية تحرير وتوثيق العقد باطلاعهم على مضمون التصرف، وأثاره العقدية والقانونية المترتبة عنه، بأن يبين لهم بوضوح حقوقهم والتزاماتهم الشخصية والمالية المتبادلة، بشكل يمكنهم من أخذ الاحتياطات والوسائل التي يتطلباها أو يمنحها كل طرف، لضمان تنفيذ التزامه في المستقبل، وحتى تكون للعقد المحرر حجية كاملة تجاه الغير»⁽²⁾.

(1) علاء أحمد صبح: المسؤولية المدنية للموثق- دراسة مقارنة- المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، 2020، ص، 188.

(2) حمان بكاي، العقد التوثيقي، مقال منشور بمجلة الموثق، عدد 07، 1999، ص 26.
- مقني. بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، طبعة 2013، ص 10.

وقد أكد القضاء المغربي على هذا الالتزام وأهميته في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة، حيث جاء في قرار محكمة النقض المغربية⁽¹⁾ ما يلي: «الموثقة محررة عقد تفويت أسهم قد قصرت في عملها عندما لم تسد النصح للمفوت له وذلك بإشعاره بأن الأسهم موضوع التفويت مثقلة برهن لدى إحدى الأبنك وتحميلها مسؤولية ذلك»⁽²⁾.

ويتحمل الموثق بالالتزام بالنصح سواء كان يمارس مهنته بصفة فردية أو في إطار عقد مشاركة⁽³⁾، كما يجب على الموثق أن يقوم بواجب النصح بحيادية تامة،

(1) نشير إلى أنه قد حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.170 الصادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، بتنفيذ القانون رقم 58.11.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

- وفي دراستنا هذه سنوحد المصطلح ونعتمد عبارة «محكمة النقض» حتى بالنسبة للقرارات الصادرة قبل تغيير التسمية، تفاديا للبس الذي يمكن أن يقع فيه المتلقي.

(2) قرار محكمة النقض عدد 587 الصادر بغرفتين، الغرفة الادارية والغرفة المدنية بتاريخ 23 فبراير 2005، في الملف المدني عدد 2002/1/1/2482، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ص 85.

وفي في قرار محكمة الاستئناف بالرباط جاء فيه ما يلي: "إن عدم اخبار الأطراف من طرف الموثق برهن الأسهم المباعة وعدم تبصيرهم بها والإقدام على تحرير العقد قبل فك الرهن يشكل اخلالا مهنيا» - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، في الملف عدد 24/1/1، الصادر بتاريخ 25 يونيو 2006، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 89.

(3) علاء أحمد صبح، مرجع سابق، ص، 243.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الالتزام بالنصح يتحمل به الموثق حتى في الحالة التي يمنع عليه تلقي العقد بسبب قد يمس بحياده.

Civ 1er. 12 mai 1993, BULL.CIV. 1.n°167. Defrénois. 1994.cité par Richard Crone, Bernard Reynis. La responsabilité civile des notaires, Defrénois, 2008. N° 103, P,136

بأن يقدم النصح لكل طرف على حدة، وذلك بتبيان الأثر القانوني المترتب على التصرف القانوني، ولا يكفي إخبارهم بالمعلومة، وإنما يجب أن يكون هذا النصح بشكل مجدي، عن طريق جذب انتباههم بشكل مفصل إلى نطاق ونتائج آثار التزاماتهم⁽¹⁾، ويزودهم بالنصائح والتعليمات التي من شأنها حماية حقوقهم، وتحذيرهم وتنبيههم إلى المخاطر التي من جراء القيام بعمل ما، بهدف منعهم من القيام بهذا العمل الأضرار⁽²⁾.

ويصعب قيام الموثق بواجب النصح بالشكل الذي يحقق فاعلية بالنسبة للتصرف القانوني إلا إذا استجمعت لدى الموثق المعلومات الكافية حول العملية التعاقدية قبل تلقي العقد، وهذا يفرض عليه بداية أن يعمل على تجميع القدر الكافي من المعلومات عن طريق البحث والتحقيق، وتزويده بالبيانات والمعطيات من الإدارات والمصالح التي لها ارتباط بالتعاقد، كمصلحة الضرائب، ومصلحة المحافظة العقارية، وغيرها من المصالح الأخرى،

ولا يجدي الموثق نفعاً تضيمنه للعقد ما يفيد قيامه بالنصح تجاه زبائنه للتخلص من المسؤولية، لأن مثل هذا التضمين يتعارض مع أحكام المادة 34 التي تمنع عليه أن يضمن العقود التي يحررها مقتضيات تترتب عليها منفعة شخصية له، بل وحتى في حالة قبول مثل هذا التضمين، ستبقى سهام النقد موجهة ليس فقط إلى مصداقية التضمين بل إلى فاعليته ومداه، كأن يتضمن النصح عبارات عامة، دون أن يكلف الموثق نفسه توضيح للأطراف خطورة الاتفاق على شروط معينة، يعرف آثارها السلبية على التعاقد، مادام أن هذا التوضيح لا يخالف التزامه

(1) علاء أحمد صبح، مرجع سابق، ص، 194.

(2) بلحو نسيم. المسؤولية القانونية للموثق. أطروحة دكتوراه، جامعة خيضر محمد بسكرة، كلية العلوم القانونية والسياسية، 2014-2015، ص، 61 وما يليها.

بالمحافظة على السر المهني، أو تعهده بإتمام عملية التعاقد، رغم علمه بوجود موانع قانونية، لا سبيل للأطراف لفهمها والوقوف عليها - بسبب جهلهم- إلا من خلال الموثق.

وقد حاول وزير العدل التخفيف من هذه المشاكل التي قد تمس بمصداقية التوثيق، من خلال منشور حث فيه الموثقين على استعمال تقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود (1).

غير أن هذا المنشور لم يلق استحسانا من طرف الجميع، لأن في اعتماده مساس بسرية مجلس العقد. ونعتقد أن الحل في إثبات قيام الموثق بهذا الالتزام بالشكل المطلوب قانونا، هو تضمين مضمون وموضوع هذا الالتزام في ملحق موقع عليه من جميع الأطراف المتعاقدة ومختوم بتوقيع الموثق، مع التقيد بأحكام المادة 40 من قانون رقم 32.09 (2).

(1) جاء في منشور وزير العدل والحريات عدد 16 س 2، صادر بتاريخ 17 فبراير 2017، حول موضوع استعمال تقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود، ما يلي: «والتي جاء فيها: «.....فقد رصدت في الواقع العملي مجموعة من المشاكل التي تؤثر سلبا على القيمة الثبوتية لهذه العقود، وتشكك في مصداقية مؤسسة التوثيق برمتها، من أبرزها إنكار بعض المتعاقدين لتصرفاتهم، الشيء الذي يعرض الحقوق للضياع ويمس بالأمن التعاقدية، ويضر السادة الموثقين.

وحفاظا على الأمن التعاقدية واستقرار المعاملات.

وضمامنا لحقوق المتعاقدين والموثقين في أن واحد.

فإنه بات من الضروري على السادة الموثقين تجهيز مكاتبتهم بتقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود وتسجيل كل ما يروج في مجالسها بالصوت والصورة، والاحتفاظ بها للرجوع إليها عند الاقتضاء، على أن يعلنوا للمتعاقدين بكون مكاتبهم مجهزة بتقنية التسجيل المذكورة...»

(2) تنص المادة 40 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق على ما يلي: «يشار في العقد إلى قراءة الأطراف له أو إلى أنهم اطلعوا على مضامينه من طرف الموثق. إذا كان أحد الأطراف يجبل اللغة التي حرر بها العقد بشهد عليه الموثق بذلك، ويجب عليه في هذه الحالة تطبيق أحكام المادة 38 أعلاه.»

ويثار التساؤل حول حدود التزام الموثق بالنصح في مواجهة زبائنه، فهل يعتبر هذا الالتزام التزاما عاما، أم يمكن اعفاء الموثق من هذا الالتزام في حالات معينة؟ الأصل أنه يتعين على الموثق تقديم واجب النصح بمناسبة تحرير العقد الرسمي، قبل توقيع العقود وليس بعدها، بغض النظر عن التكوين العلمي أو الثقافي للزبون، لكن القضاء الفرنسي، يرى أن هناك حالات لا يمكن فيها استبعاد الالتزام بالنصح، ولكن يصعب إسناد غياب النصح إلى خطأ الموثق⁽¹⁾. ومن هذه الحالات نذكر خبرة الزبون بغض النظر عن مستواه الثقافي، فقد يكون في خبرته وتجاربه في مجال التجارة لا يضاويه أحد، رغم أنه أمي، ففي قضية تتعلق بأحد الأشخاص الذي سبق له أن تقلد منصب محافظ عقاري، قد أقرض مبلغا من المال لآخر مضمون برهن، غير أنه تهاون في القيام بالإجراءات القانونية لتقييد الرهن في الرسم العقاري لضمان قرضه، وبسبب ضياع الضمان، رفع دعوى على الموثق لعدم نصحه بضرورة تقييد رهنه، وقد رد القضاء دعواه، معللا الحكم، بكون الموثق غير ملزم بالنصح بخصوص مسائل يعلمها الزبون أو من المفروض فيه علمه بها⁽²⁾. وبالمقابل أعتبر القضاء أن وجود مستشار برفقة الزبون لا يسقط التزام الموثق بالنصح⁽³⁾. كما رد القضاء على دعوى الزبون التي رفعها على الموثق بسبب

(1) علاء أحمد صبح، مرجع سابق، ص، 237.

(2) Civ. 1er. 1er octobre 1975, Répertoire. Defrénois, 1975.art 31181.

- Civ. 1ere. 2 mars 1964. Bull.civ-1-1964,n° 122.

وتتعلق هذه القضية بمهندس رفع دعوى على الموثق مدعيا عليه انه أخل بالتزامه بالنصح بخصوص أمور تتعلق بالتعمير. وقد رد القضاء أن الزبون يشتغل كمهندس يفترض فيه المعرفة الكاملة بأبجديات قانون التعمير، وأن الموثق لا يمكن أن ينصحه في أمور يفقه فيها.

(3) - Civ. 1ere. 13 Déc., 2005. R.L.D.C. Mars 2006.p,21.

عدم قيامه بواجب النصح، بكون الموثق غير ملزم بواجب النصح، بحكم أن المعاملة التعاقدية موضوع الحكم هي شبيهة بعمليات أخرى أجراها الزبون، وتلقى بشأنها النصح من الموثق⁽¹⁾.

ويمكن الجزم أنه يصعب تقرير مسؤولية الموثق عن عدم قيامه بواجب النصح، بسبب حجب الأطراف لبعض المعلومات الضرورية واللازمة لتحقيق الالتزام بالنصح، أو تواطؤهم على إبقاء الموثق يعيدا عن العملية التي قاموا بها⁽²⁾، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية ما يلي:

« لكن، حيث إنه وخلافا لما تمسك به الطالبة فإن المحكمة لما تبين لها أن إسهاد الموثق على طرفي عقد البيع على تملك القطعة الأرضية باتفاقهما، وعلى أن الضرائب والرسوم المفروضة وغير المؤداة تقع على عاتق البائعة ... ووقع التوقيع دون أي تحفظ أو ادعاء بالزور في الوثيقة، واستنتجت ضمنا استقرار رضى الطرفين على مؤدى هذا الالتزام وتجاوزهما وتراجعهما عما تضمنه بخصوص عقد التسليم المؤرخ في 16/10/2008 تحت رقم 5 من بند التزامات المشتري المتعلقة بهذا التصرف على الرغم من إقرار المطلوب ابتدائيا بأن العمل يجري في تصرفات مماثلة بخصوص أداء الضرائب المفروضة على العقار المبيع من طرف (البائعة) ما دام أن اتفاق الطرفين كان صريحا أمامه وتاريخه لاحق لتاريخ وثيقة التسليم المحتج بها من طرف المشتكي الذي وقع عليه، ورتبت على ذلك براءته في مخالفة عدم تقديم النصح

(1) - Civ.1ere. 26 Nov 1992, Bull.civ-1-191992,n° 423.

(2) علاء أحمد صبح، مرجع سابق، ص، 247 وما يليها.

بطلان المحرر التوثيقي: قراءة في المادة 49 من القانون رقم 32-09 ----- ذ/د. عبد الرزاق أيوب

للأطراف تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وبنته على أساس وما أثير في الوسيلة على غير أساس»⁽¹⁾.

ويخرج من دائرة النصح، تقديم الموثق المشورة للأطراف فيما يتعلق بالجدوى الاقتصادية للمعاملة، إذا كانت لديه معلومات مقدمة من قبلهم، ولا يتعين عليه البحث عنها بنفسه، ولا يتعين عليه أن يتحمل عبء التقييم الضعيف لربحية الصفقة. أو الأعمال أو المخاطر الاقتصادية⁽²⁾، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن الموثق ليس مضطرا للإجابة على الشكوك المالية المرتبطة بوضع سوق الأوراق المالية⁽³⁾.

كما لا يتطلب من الموثق التحقق من مدى إمكانية تنفيذ مشروع التوسعة على العقار الذي تم اقتناؤه، لم يرد ذكره في العقد ولم يتم إخطاره به⁽⁴⁾.

الفقرة الثالثة: بطلان المحرر التوثيقي ونظرية تحول العقد

تدفعنا الصيغة التي ضمنها المشرع في المادة 49 من القانون رقم 32.09 مباشرة إلى استحضار الفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن:

(1) قرار محكمة النقض، عدد 2015/1308، بتاريخ 2015-06-25، ملف إداري تحت رقم 2013/1/4/1863، منشور في موقع محكمة النقض المغربية.

<https://juriscassation.cspj.ma/ArretCassations/GetArret?idArret=7830>

(2) Laouer Rim Rafiaa. L'étendue du devoir de conseil et d'information du notaire, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Politiques et économiques Vol :57, N° :4, Année 2020., Page :103-116

(3) Cass.1re, 8 décembre 2009, n°08-16.495, Bull.civ.1, n°238

(4) Cass.1re, 12 avril 2005, n°03-15.88, Bull.civ, n°179

«الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة».

وعلى نفس النسق، صارت الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 32-09 المتعلقة بمهنة التوثيق، حيث نصت على ما يلي:

«يكون باطلا كل عقد تم تلقيه وفقا للشكل الرسمي، وأنجز خلافا لأحكام المواد 30 و31 و32 و37 و39 و40 من هذا القانون إذا كان غير مذيّل بتوقيع كافة الأطراف، وإذا كان يحمل توقيع كل الأطراف تكون له فقط قيمة العقد العرفي مع الحق في مطالبة الموثق بالتعويض في الحالتين وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية في حقه».

قد يبدو من القراءة الأولية للنصين، أن الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون مهنة التوثيق تتضمن نفس الحكم الوارد في الفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود، بخصوص تحويل المحرر الرسمي الباطل إلى محرر عرفي، لذلك لم نكن في حاجة إلى هذا التكرار غير المبرر، وغير المفهوم، مادام أن الحكم الواردة في الفصل 423 أعلاه، يشكل قاعدة عامة، لكن بالتعمق قليلا في النصين، نلاحظ أن الفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود، يشترط في المحرر أن يكون موقعا من الأطراف المتعاقدة، في مقابل ذلك اشترطت الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون مهنة التوثيق، بالإضافة إلى حالات البطلان، أن يحمل المحرر توقيع كل الأطراف، بمعنى أن المشرع عندما استعمل عبارة «توقيع كل الأطراف»، فهو لا يقصد فقط توقيع الأطراف المتعاقدة، بل أيضا توقيع المتدخلين في العلاقة التوثيقية، أي توقيع الموثق، وأحيانا توقيع الشهود والترجمان، ولو كان يقصد غير ذلك لاكتفى بعبارة توقيع

الأطراف، دون نعت أو تخصيص، أو استعمل عبارة الفصل 423 أعلاه، زيادة في البيان، كما أن المنطق يقضي أن الوثيقة التي يحررها الموثق في أغلب من الحالات، لا يتصور كشف عيوبها المبطللة للمحرر الرسمي إلا بعد أن تصبح بيد المتعاقدين وموقع عليها من طرف الموثق.

وترتبا على ذلك، إذا قبلنا بهذا التفسير، فيمكن بعد إعمال نظرية التحول، أن نكيف المحرر العرفي في ضوء المادة 49 أعلاه، كمحرر عرفي ثابت التاريخ⁽¹⁾، بحكم أن هذا المحرر تم تحريره من طرف الموثق، ويحمل توقيعه، وهو مكلف بخدمة عامة وفي حكم الموظف العمومي، ومهي ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، شريطة ألا يكون بطلان المحرر الرسمي مرتبط بأسباب متصلة بشخص الموثق، كإعدام أهليته، أو في حالة توقيفه مثلا، وهذا التكييف يتفق مع ما تنص عليه بعض النصوص الخاصة، حيث تضمنت عبارة موحدة تتمثل فيما يلي: «يجب أن يرد إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان»⁽²⁾، وفي هذا الصدد، ذهب محكمة النقض إلى ما يلي:

(1) راجع في رأي مخالف:

بوشعيب البوعمرى. البطلان في الممارسة التوثيقية لقاء وطني بين محكمة النقض والمجلس الوطني للموثقين العصريين. تحت شعار: آفاق مهنة التوثيق على ضوء قانون رقم 32.09 والعمل القضائي. يومي 2 و3 نونبر 2012 بقصر المؤتمرات بمراكش. مطبعة الأمنية بالرباط، 2013، [48-35]. ص، 43 و44.

(2) الفصل 618-3، والفصل 618-16 من قانون الالتزامات والعقود،

- المادة 12 من القانون رقم 00-18 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، كما تم تعديله وتتميمه.
- المادة الرابعة من القانون رقم 00-51 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار.

«لكن، حيث إنه لما كان الفصل 3-618 من قانون الالتزامات والعقود يوجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريرها من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها القانون تحرير العقود فإن تحرير العقود ما أطلق عليه وعد بالبيع مع أنه في حقيقته ينطوي على عقد بيع ابتدائي ثابت التاريخ بواسطة موثق مرخص له بمقتضى الفصل 1 من الظهير الشريف المنظم لمهنة التوثيق العصري المؤرخ في 1925/6/23 بتحرير العقود العرفية المتضمنة لاتفاقات الأطراف في نفس الأحوال التي يحرر فيها العقود التوثيقية بناء على طلب صريح من المتعاقدين تكون الغاية من الفصل 3-618 من قانون الالتزامات والعقود قد تحققت، ومحكمة الاستئناف لما اعتبرت بأن لتحرير عقد عرفي ثابت التاريخ نتيجة تدخل الموثق تبعا لما يملكه من صلاحية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل الأول من الظهير المتعلق بالتوثيق العصري المشار إليه في صلب العقد مما يجعله مستوفيا للشكل الذي يستلزمه الفصل 03.618 من قانون الالتزامات والعقود تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما ولم تخرق أي مقتضى قانوني والوسيلتان بدون أساس»⁽¹⁾.

(1) قرار عدد 1696 بتاريخ 3 أبريل 2012، في الملف المدني عدد، 2010/07/01/2310، منشور في موقع محكمة النقض :

<https://juriscassation.cspj.ma/upl/2012/202272915396.pdf>

وفي نفس التوجه ذهبت محكمة النقض إلى ما يلي:

«لكن حيث إنه طبقا للفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية بسبب عيب في الشكل تصلح لاعتبارها ورقة عرفية إذا كانت موقعة من طرف من يحتج بها عليه، فعقد البيع الموثق... وإن لم يخاطب عليه قاضي التوثيق فإن توقيع الأطراف على مضمونه بكناش جيب أحد العدلين الذين قاما بتحريره يجعل منه ورقة عرفية ثابتة التاريخ وتنتج أثرها بين المتعاقدين والغير، وتحل هذه العلة المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع محل العلة المنتقدة، مما يجعل الوسيلة بدون أساس».

وبديهي جدا أن نظرية تحول المحرر لا يمكن تصورها في الحالة التي تكون فيها الصيغة الرسمية ركنا في العقد، فالعقد يغدو عندئذ باطلا والمحرر يصبح معدوما، كما أنه لا يمكن فرض تحول المحرر بالنسبة للأطراف المتعاقدة إلا في حالة رضاهم. وعموما فإن بطلان العقد الرسمي يكون في شكل طلب يقدم إلى المحكمة المختصة، «وتصرح المحكمة به ولا يقدم على شكل دفع، غير أنه لا مانع يمنع من أن يقدم على شكل دفع لرد رسمية العقد وإذا أخذت به المحكمة واعتبر العقد عرفيا وليس رسميا فإنها تكون قد أخذت به ضمنيا، وفي الواقع العملي يكون من المفيد أن يثار البطلان على شكل دفع لرد دعوى المدعي المتمسك برسمية العقد في إطار دعوى نفاذ هذا العقد وذلك اقتصارا للوقت والاجراءات حتى لا يستطيل امد النزاع»⁽¹⁾.

ويمكن لك ذي مصلحة أن يثير هذا البطلان، كما يمكن للنيابة العامة أن تثيره أيضا لعمومية النص، ولم يقيدتها المشرع بقضايا معينة، بخلاف أحد الباحثين الذي يرى أن إثارة النيابة العامة لهذا البطلان يجب أن تكون قاصرة على القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا أو أوجب القانون تبليغها إليها تحت طائلة بطلان الحكم الصادر فيها⁽²⁾.

- قرار عدد 1081 بتاريخ 28 فبراير 2012، في الملف المدني عدد، 2010/04/01/4421. مذكور عند: مولاي رشيد العلوي، المرجع العلمي لقضاء محكمة النقض في البيوع العقارية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2017، ص [70-71].

(1) بوشعيب البوعمري. مرجع سابق. ص، 43.

(2) بوشعيب البوعمري. مرجع سابق، بنفس الموضوع.

وبحسب الفقرة الأخيرة من المادة 49، يمكن إثارة بطلان العقود التي لم تراعى فيها أحكام المادتين 38 و 46 من القانون رقم 32.09⁽¹⁾، قبل أي دفاع في الجوهر من طرف أي معني، ويعتبر هذا الدفع تبعا لذلك دفعا شكليا⁽²⁾

(1) تنص المادة 38 من القانون 32.09 على ما يلي:

« يستعين الموثق بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي. وفي حالة تعذر وجود ترجمان، يمكن الاستعانة بكل شخص يراه الموثق أهلا للقيام بهذه المهمة شريطة قبوله من طرف المعني بالترجمة.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا يكون شاهدا أو له مصلحة في العقد »

وتنص المادة 46 من نفس القانون على ما يلي:

« يجب أن تلحق بالعقد الوثائق التي استند عليها الموثق لإبرامه.

تكون هذه الوثائق حاملة لإشارة تثبت هذه الإضافة ومذيلة بتوقيع الموثق والأطراف إن اقتضى الحال»

(2) بوشعيب البوعمري. مرجع سابق، بنفس الموضوع.

بيانات لفييف الملكية وشروطه الشكلية

ذ/د. إدريس البركاوي

أستاذ محاضر مؤهل، مختبر القانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادير، جامعة ابن زهر

ذ/ناصر العلمي

مستشار بمحكمة الاستئناف بكلميم، وباحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر

لا مرأ أن إقامة الدليل أمام القضاء اعتمدت سابقا وفي غالب الأحوال على شهادة الشهود، هذه الأخيرة كانت المحرك الأساسي لمختلف الدعاوى ومستندها في إثبات الوقائع والتصرفات الواردة على الملكية التي أثرت بشأنها المنازعات القضائية، سواء تعلق الأمر بما يعقد منها أو ما يفسخ، إذ لم تكن تخلو دعوى أو حكم من شهادة الشهود إلا النزر اليسير. بيد أنه مع الطفرة التي شهدها نظام التوثيق، فقد أضحت شهادة الشهود توثق بموجب رسوم تكون موضوع خطاب من طرف القضاة بعد أداء الشهادة في مجلسهم، والخطاب هو ما يضيف على الرسوم المذكورة طابع الرسمية.

يعتبر لفييف الملكية أو ما يطلق عليه برسم الاستمرار، من جملة الوثائق العدلية والشهادات الأصلية والعلمية الأكثر شيوعا ومن أهم السندات الكتابية المعتمدة شرعا وقانونا في إثبات ملكية العقار غير المحفظ أو العقار في طور التحفيظ، ونظرا لأهميتها العلمية والعملية، فإن فقهاء التوثيق حددوا لها شروطا لا تصح إلا بتوفرها وتبطل بانتفاء أحدها.

ولقد خاض فقهاء القانون في ماهية رسم الملكية بإسهاب، ونظمت مقتضيات قانونية شروطه وبياناته وأثرت العديد من النزاعات بخصوصه أمام

القضاء، وصدر عن هذا الأخير أحكام وقرارات بشأنه. ويقطع الرسم المذكور مراحل أساسية ويمر عبر قنوات قانونية وإدارية حتى يصير صحيحا ووسيلة كافية في الإثبات ومنتجا في مجال التملك والاستحقاق.

فما المقصود برسم الملكية، ما هي أصنافه، وكيف يتم إنشاؤه، وما هي شروطه وبياناته، وكيف تعامل القضاء مع الشروط والبيانات المذكورة في توجهاته أثناء تقييم الرسم المذكور؟

للإجابة عن الأسئلة المذكورة، سنحاول التطرق إلى الموضوع من خلال هذه المداخلة اعتمادا على مبحثين أساسيين: الأول في ماهية لفيف الملكية ومراحل نشأته وشروطه، والثاني في دور القضاء في تقسيم بيانات لفيف الملكية.

المبحث الأول - ماهية لفيف الملكية ومراحل إنشائه وضوابطه:

ارتأينا أن نعالج من خلال هذا المبحث تعريفا للفيف الملكية وأصنافه (الفقرة الأولى) لنعرج بعد ذلك على مراحل إنشائه وشروطه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - تعريف لفيف الملكية وأصنافه:

لم يفرد المشرع المغربي مقتضيات خاصة حصرا برسم الملكية سواء من خلال قانون خطة العدالة¹ أو في القوانين ذات الصلة، غير أنه اعتبره من زمرة

¹ قانون خطة العدالة الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.06.56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة والذي بمقتضاه تم تعديل القانون رقم 11.81 القاضي بتنظيم خطة العدالة وتلقي الشهادة وتحريها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.332 بتاريخ 6 ماي 1982.

وتعتبر خطة العدالة محورا أساسيا في المنظومة القضائية، لكونها من المهن القانونية والقضائية التي تزاول في إطار مساعدي القضاء، هدفها الأساسي توثيق الحقوق والمعاملات، والحفاظ على أعراض الناس وأنسابهم، وتحضير وسائل الإثبات، التي تمكن القضاء من فض النزاعات والفصل في

"الشهادات" التي يتلقاها العدلان المنتصبان للإشهاد ويخاطب عليها قاضي التوثيق حتى تكتسي الصبغة الرسمية.

وقد عرف الفقهاء لفيف الملكية بأنه "شهادة اثني عشر شاهدا يشهدون أمام عدلين منتصبين للإشهاد بأن عقارا سواء كان أرضا عارية أو بناية، ويتم ذكر اسمه إن كان له اسم يعرف به ثم مساحته وحدوده ومواصفاته ومشمولاته (أبنية، أغراس، أشجار، آبار إن وجدت...)¹ هو ملك للمشهود له الذي يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه بدون منازع ولا معارض وينسبه لنفسه و ينسبه الناس إليه وبأنه لم يخرج من يده بأي سبب ناقل للملكية إلى غاية تاريخ الشهادة منذ مدة سلفت عن تاريخه مع ذكر مستند العلم بهذه الحقائق والمتمثلة في المخالطة أو المجاورة وشدة الاطلاع على الأحوال".

وتنقسم رسوم الملكية من حيث شهودها إلى ثلاثة أنواع:

1- ملكية علمية وهي التي يشهد فيها عدلان بناء على معرفتهما الخاصة بملكية طالب الشهادة للعقار موضوع الشهادة.

2- ملكية لفيفية يشهد فيها اثني عشر شاهدا أو أكثر أمام عدلين منتصبين للإشهاد بأن عقارا معيناً بأوصافه ومشمولاته ملك للمشهود له (طالب الشهادة)

الخصومات، بالإضافة إلى المساهمة في التنمية العقارية والاقتصادية والاجتماعية، وتحصيل الموارد وضبط الواجبات المفروضة على المعاملات العقارية وغيرها، وقد كان لها طيلة قرون دور فعال فيما يتعلق بتوثيق بيعة الملوك والسلطين في علاقتهم مع رعاياهم، وفيما يتعلق بتوثيق جلسات القضاء وضبط الأحكام وحفظها وتدوينها.

¹ محمد بادن "دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي والعمل القضائي" دار القلم، الطبعة الأولى 2013 ص 303.

ويتصرف فيه وفق شروط الحيازة المكسبة للملك (اليد، النسبة، طول المدة، عدم المنازع وعدم العلم بالتفويت) مع ذكر مستند علمهم.

3- ملكية مثلية وهي عبارة عن شهادة مختلطة يشهد فيها ستة شهود وعدل واحد، ويتم التنصيب فيها على أن عدلها يشهد بما يشهد به الشهود الستة فيها¹.

ولما كان لفيف الملكية شهادة أصلية يضمنها العدلان (الشاهد او الشاهدان العدلان) ما أملاه عليهما المشهود له، ويقتصران على تسجيل ما يسمعانه منه والشهادة عليه به، فمؤدى ذلك أنها شهادة توثيق لا شهادة إثبات يروم اللجوء توثيق وحفظ الحق المشهود به منذ البداية².

وتنبغي الإشارة إلى أن رسوم الملكية من حيث المشهود له، فهي على ثلاثة أنواع، الأول ملكية تقام بطلب من مالك على قيد الحياة لصالح نفسه، أما الثاني فملكية يطلب إقامتها ورثة لصالح موروثهم³ وثالثها ملكية يطلب إقامتها شخص أجنبي غير مغربي لصالح نفسه.

الفقرة الثانية- ضوابط ومراحل إنشاء رسم الملكية:

¹ محمد بادن، مرجع سابق، ص 303.

² سليمان أدخول "الشرح العملي لمركز الوثائق العدلية في نظام السجلات العقارية" دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2016 ص 29-30.

³ ويمكن أن تكون هذه الملكية في بينتين تشهد إحداها بالملك والتصرف للموروث، وأخرى تشهد بعدة الورثة فقط دون الملك، وبهذا الصدد يقول الفقيه الوزاني "فتحس أن إحدى البينتين شهدت بالملك والتصرف للموروث ولم تشهد للورثة بشيء، والبينة الأخرى شهدت بعدة الورثة فقط دون أن تشهد بملك ولا تصرف لا للموروث ولا للورثة، ومع ذلك يقضى للورثة باستحقاق الشيء المشهود به".

يقتضي تأسيس لفيف الملكية التقيد بمجموعة من الضوابط الإدارية والمرور عبر قنوات قانونية حتى يكون سليما من حيث مبناه، وقد اشترط المشرع في إطار القانون رقم 03-16 المنظم لخطة العدالة على كل ذي مصلحة يرغب في تأسيس لفيف رسم الملكية، أن يستصدر شهادة إدارية تنفي على العقار الصبغة الحبسية (الوقفية)، الغابوية، كونه من أملاك الدولة او الجماعات السلالية حسب الثابت من نص المادة 18 من المرسوم رقم 08-378-2 الصادر في 28 شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) القاضي بتطبيق أحكام القانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة¹. وفي هذا الصدد، صدرت دورية وزارية مشتركة² تحت عدد 50/س 2 بتاريخ 2012/12/17، تتعلق بتنظيم الشهادة الإدارية الخاصة بتأسيس لفيف رسم الملكية.

¹ تنص المادة 18 من المرسوم المذكور بأنه: "يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة.

إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ، وجب على العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعية أو حبسية وليس من أملاك الدولة وغيرها".

² ويتعلق الأمر بالوزارات والمؤسسات التالية:

-وزارة الداخلية.

-وزارة العدل والحريات.

-وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

-وزارة الاقتصاد والمالية.

-وزارة التجهيز والنقل.

-وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة.

-المنذوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر.

واستنادا إلى ما ذكر، يتعين على طالب الشهادة الإدارية تقديم طلب إلى السلطة المحلية المختصة (القائد) مرفوقا ببطاقة معلومات حول العقار وفق نموذج محدد لهذه الغاية، وبرسم بياني يوضح حدود العقار ثم نسخة من بطاقة تعريفه الوطنية وتصريح بالشرف مصادق عليه وفق نموذج معد لهذا الغرض مع ست (06) نسخ من كل وثيقة. وبعد ذلك تقديم الملف الذي يتضمن الوثائق الموما إليها أعلاه، تقوم السلطة المحلية داخل أجل سبعة (07) أيام من تاريخ توصلها بالطلب، بتوجيه نسخ منه مع مرفقاته إلى الجهات الإدارية المعنية ويتعلق الأمر بكل من: مندوبية أملاك الدولة-المندوبية السامية للمياه و الغابات-وزارة الأوقاف-وزارة الداخلية ووزارة التجهيز قصد جوابها بخصوص ما إذا كان العقار موضوع الطلب يندرج ضمن أملاكها أم لا¹، و على الإدارات المذكورة أن تجيب داخل أجل ستين يوما من تاريخ توصلها برسالة السلطة المحلية، ثم بعد ذلك تقوم السلطة المحلية في حال توصلت بجواب الإدارات يفيد بأن العقار المعني ليس تابعا لهان بتضمين الشهادة الإدارية بأن العقار غير مدرج ضمن زمرة الأملاك المشار إليها في المادة 18 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة وتسلم الشهادة لصاحبها ثم ترسل نسخا منها لكل الجهات المعنية.

ومن المؤكد أن تعليق إنشاء لفيف الملكية على الشهادة الإدارية المنجزة على النحو المذكور أعلاه يساير المنطق، حتى لا يكون الباب مفتوحا على مصراعيه

¹ من المعلوم أن الأملاك التابعة لهذه الجهات لا تكتسب بالحيازة مهما طال مدتھا حسب نص المادة 261 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: " لا تكتسب بالحيازة أملاك الدولة العامة والخاصة، الأملاك الحبسية، أملاك الجماعات السلالية وأملاك الجماعات المحلية، العقارات المحفظة والأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون".

للأفراد لتأسيس رسوم ملكية لعقارات المؤسسات المشار إليها سلفاً¹ فيضيع حق ملكيتها المحمي دستورياً.

بعدهما تطرقنا من خلال هذا المبحث إلى ماهية وثيقة الملكية وأصنافها وكذا مراحل تأسيسها من وجهة نظر فقهية وإدارية وقانونية، فسنعرض المبحث الموالي لدراسة بياناته وشروطه الشكلية وكذا دور القضاء في تقييم الوثيقة المذكورة في إطار المنازعات المعروضة على محاكم الموضوع والتي صدرت بشأنها أحكام باتة.

المبحث الثاني-شكليات لفييف الملكية وبياناته ودور القضاء في تقييمها:

لتمام رسم الملكية واعتباره ذا حجية ومنتجا في إثبات الملك وحفظه من أي مساس، فقد حدد الفقهاء (المالكية) شروطه الشكلية لا يتم الرسم المذكور إلا بتوفرها (الفقرة الأولى). ونظم المشرع المغربي بيانات لفييف الملكية التي يختل الرسم أعلاه بانتفائها أو تخلف بعضها أو أحدها كما ذهب إلى ذلك العمل القضائي عند تقييم رسوم الملكية أثناء المنازعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - الشروط الشكلية لرسم الملكية:

لا مناص من القول أن صياغة لفييف الملكية (رسم الاستمرار) خاضع لمجموعة من الشكليات التي يتوجب مراعاتها على غرار باقي الوثائق العدلية والشهادات التي يختص العدلان بتلقيها، وذلك قبل الإشارة إلى بيانات الرسم المتعلقة بالحيازة الاستحقاقية. ولا بد أن يشير العدلان في لفييف الملكية إلى هوية المتعاقدين عند تلقي الشهادة في مذكرة الحفظ وكذا عند تحرير الوثيقة وذلك بذكر

¹ نور الدين جغراف "لفييف الملكية بين مدونة الحقوق العينية وقرارات محكمة النقض" مقال منشور بمجلة المنبر القانوني سلسلة ندوات وأبحاث 2، الندوة "العدالة العقارية والأمن العقاري بالمغرب" المنظمة بتاريخ 20 أبريل 2013 بتبزنيت، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2014 ص 68.

أسمائهم الشخصية والعائلية، مهنتهم، رقم بطاقة تعريفهم والجهة التي سلمتها وتاريخ تسليمها، عناوينهم.. وكل ذلك دون أي تمييز بين الرجل والمرأة حتى تحصل المعرفة التامة للمتعاقدين والشهود¹. وعلاوة على ذلك، فإن بيان المشهود فيه أمر ضروري في رسوم الملكية، وذلك بوصف العقار محل الرسم وصفا دقيقا، وما إذا كان غير محفظ أو في طور التحفيظ وبيان اسمه، مساحته، صفاته وحدوده وقيمته².

وفضلا عما تقدم، يجب أن تتضمن الوثيقة ذكر معرفة قدر ما وقعت فيه الشهادة والسداد والأتمية أو ما يسمى ب"الأكملية" المعتبرة حسب فقه التوثيق كناية على الطوع والرشد وصحة العقل والجسم³.

كما استلزم فقه التوثيق، ضرورة تحديد تاريخ تلقي الشهادة وتحرير الوثيقة، وذلك بكتابة تاريخ التلقي في مقدمة الوثيقة بالحروف والأرقام بذكر الساعة واليوم والشهر والسنة بالتقويم الهجري مع ما يوافق في التقويم الميلادي، وتكمن أهمية ذلك في تفادي التعارض الذي قد يحصل في مدد حيازة نفس العقار بين نفس الأشخاص ولتسهيل عملية الترجيح كذلك مع وثيقة أخرى.

وفي الأخير، تجدر الإشارة إلى أن أهم مرحلة يمر عبرها رسم الملكية كي يصير رسميا، تتعلق بتذييله بخطاب قاضي التوثيق، وهي أداء الشهود العدول شهادتهم وخطاب قاضي التوثيق على الوثيقة بالثبوت والإعمال، ويكون بصيغتين اثنتين،

¹ محمد برادة غزبول ومن معه (مؤلف جماعي) "الدليل العملي للعقار غير المحفظ" منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد2 الطبعة الأولى، فبراير 2007، ص 61.

² محمد برادة غزبول ومن معه، مرجع سابق 61.

³ محمد برادة غزبول ومن معه، مرجع سابق 63.

بيانات لفيف الملكية وشروطه الشكلية..... ذ/د. إدريس البركاوي، ذ/ناصر العلمي

أولهما أن العدلان الشاهدان يحضران عند القاضي ويصرحان أمامه بأنهما يؤديان شهادتهما عنده، أما ثانيهما فيرسل العدول الوثائق التي تضمنت شهادتهم ولا يصرحون أمامه بأداء الشهادة، وإنما يفهم قاضي التوثيق ذلك من حالتهم المعتادة. ويتضح من خلال الواقع العملي، أن الطريقة الأولى شبه مهجورة لكونها غير عملية ولا تساير التزايد المطرد للرسوم المنجزة يوميا من قبل العدول. كما يجب التأكيد على أن خطاب قاضي التوثيق ولئن كان يظفي الصبغة الرسمية على الوثيقة، فلا يفيد قطعاً بأنها تامة الشروط والأركان.

الفقرة الثانية - بيانات رسم الملكية قانونا وقضاء:

لقد تناول الفقهاء البيانات الأساسية لاعتبار رسم الملكية صحيحا وعملا في مجال الاستحقاق، وهي على سبيل الحصر لا المثال كما يلي: وضع اليد، والنسبة وطول المدة وعدم المنازع وعدم العلم بالتفويت، وقد أوجزها الزقاق في لاميته:
يد نسبة طول كعشرة أشهر.....وفعل بلا خصم بها الملك يجتلى
وهل عدم التفويت في علمهم.....كمال أم صحة للحي للميت ذا اجعلا
ثم جاءت المقترضات القانونية الناظمة للشهادات والمؤطرة للحيازة الاستحقاقية لتزكي ما جاء به فقه الوثيقة بهذا الشأن، وحدد المشرع البيانات الواجب توفرها حتى تصير الحيازة مكسبة للملك في قالب توثيقي مميز بموجب المادة 240 من مدونة الحقوق العينية¹، وهي البيانات التي تعرض على أنظار القضاء في مختلف المنازعات الرامية إلى استحقاق العقار وصدرت بشأنها أحكام وقرارات متواترة ومتنوعة أثناء تقييم الوثيقة.

¹ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

ولقد نصت المادة 240 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي:

"يشترط لصحة حيازة الحائز:

-أن يكون واضعا يده على الملك.

-أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.

-أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه.

-ألا ينازعه في ذلك منازع.

-أن تستمر الحيازة طوال المدة المقررة في القانون.

-وفي حالة وفاة الحائز، يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

والشهادة المستوفية للشروط أعلاه في قالب توثيقي، تثبت الحيازة

الاستحقاقية التي تتكون من عنصر مادي يتجسد في وضع اليد ومباشرة السلطة

الفعلية على العقار والتصرف فيه، وعنصر معنوي هو نية تملك رقبة العقار وعينه

وإظهار هذه النية بالأفعال الخارجية التي تزكئها، بخلاف الحيازة التصرفية أو

المجردة¹. وجاء في قرار محكمة النقض "...أن رسم الاستمرار المستدل به من

المطلوبين مستجمع لكافة شروط الملك وتاريخ الشهادة به أقدم من النزاع الذي

يستدل به الطاعنون، وشهوده المتراجعون استخلفوا بغيرهم، وبنوا علمهم على ما

يشترطه القانون من المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع لا السماع، وقضت بتأييد

الحكم باستحقاق المطلوبين للمدعى فيه وفق ما جرى به منطوق قرارها، تكون قد

بنت قرارها على أساس وعللته تعليلا كافيا"².

أولا- وضع اليد:

¹ مبارك بوطلحة "أحكام الحيازة والاستحقاق" مقال منشور بمجلة "ملفات عقارية: قضايا الحيازة والاستحقاق" الصادرة عن محكمة النقض، العدد 9، مطبعة ومكتبة الأمنية 2012 ص 164.

² قرار محكمة النقض عدد 120 الصادر بتاريخ 05 مارس 2019 في الملف المدني عدد 2018/4/1/1634.

وهو ما يسمى فقها بالحوز، ومعناه تلك السيطرة الفعلية على الملك المراد حفظه وإثبات استحقاقه، وهو ذلك الاتصال والقرب من الشيء المحوز، عن طريق الحرث أو الزرع أو الحصاد أو السكنى إذا كان الملك مبنيا أو الرعي أو الهدم أو البناء... ولا مانع أن تكون الحيازة بواسطة الغير بموجب وكالة أو تمثيل شخص يأتمر بأمر الحائز، غير أنه يفترض في واضع اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس¹، وجاء في قرار بهذا الصدد: "...فالحائز قد يكون غير مالك لما يحوزه لكون الحيازة لا تفيد إلا إذا توفرت على الشروط المتطلبة شرعا"².

ومعنى الحوز أن يشهد الشاهد برؤيته للمشهود له وهو حائز للمشهود به، واليد والحوز مترادفان³ ويجب أن تكون الحيازة بيد المشهود له قبل مدة النزاع ولا عبرة بأي مظهر من مظاهر الحوز مع وجود النزاع. وهذا نحاه العمل القضائي في قراراتها التي جاء في أحدها أن "...الملك يثبت بشروطه المقررة فقها في الأصول من أرض وبناء وهي اليد أو الحوز..."⁴ ويعبر عنها برسم الملكية بعبارة "له ويبيده ملكا..." مع الإشارة إلى أن وضع اليد كشرط في كدليل على الملك، لا يقوم إلا إذا كان على وجه شرعي، وهو ما زكاه الاجتهاد القضائي في قراره الذي جاء فيه "...ومعنى الحيازة بحق،

¹ عمر ازوكاغ "التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض" منشورات دار القضاء بالمغرب: مكتب ازوكاغ للمحاماة والاستشارة والتحكيم بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2014 ص 304.

² قرار محكمة النقض عدد 436 الصادر بتاريخ 27 يناير 2010 في الملف المدني عدد 2008/1/1/397 غير منشور.

³ عبد العزيز أبو النور "الوثيقة العدلية وثبوت الملكية في العقار غير المحفظ" الندوة الوطنية المنظمة طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005 تحت عنوان "توثيق التصرفات العقارية" المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش الطبعة الثانية، ص 329.

⁴ قرار محكمة النقض عدد 2444 بتاريخ 24 ماي 2011 في الملف المدني رقم 2008/4/1/3424 منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 1 سنة 2012 ص 97.

أن تستند على سند شرعي، ويجري مجرى الحوز الشرعي الجهل بوجهته وسببه كما ينص عليه ابن يونس...¹.

ثانيا- النسبة:

والمقصود بالنسبة هو مبدأ قانوني وشرعي بموجبه يدعي شخص الملك لنفسه أو لسلفه "فيقول ملكي وحوزي" وأن يقر الناس بأنه ملك لفلان أو لموروثه بقولهم "حوز فلان وملكه"، والحياسة لا تنفع صاحبها إلا مع ادعاء الملك، أما الحياسة المجردة فلا تنفعه وإن طال أمدها، ويتم التعبير عن شرط النسبة برسم الملكية بعبارة "مالا من ماله وملكا خاصا من جملة أملاكه ينسبه لنفسه وينسبه الناس إليه".

وقد كرس القضاء وجوب الإشارة إلى الشرط المذكور أعلاه، وجاء في أحد قراراتها ما يلي: "لكن حيث إن من شروط إثبات الملك النسبة، كما في العمل الفاسي- تصرف المالك والنسبة وأن التنصيب على ذكر النسبة في الوثيقة كانت عدلية أو استرعائية لازم والمحكمة المنتقد قرارها حينما عللت قضاءها بأن رسم الملكية عدد 1437 غير متوفر على جميع شروط الملك المنصوص عليها شرعا إذ لا ذكر فيها للنسبة، كانت على صواب..."².

¹ قرار محكمة النقض عدد 730 الصادر بتاريخ 04 مارس 2009 في الملف المدني عدد 2005/4/1/3537 غير منشور.

² قرار محكمة النقض عدد 1116 بتاريخ 14 مارس 2000 في الملف المدني عدد 59/9/14/2309 غير منشور، أورده محمد بادن، مرجع سابق، ص 308.

وفي نفس السياق، جاء في القرار عدد 509 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 15 يناير 2008 في الملف الشرعي عدد 2008/1/2/181 الغير منشور، بشأن وجوب توفر شرط نسبة الملك لميت جاء فيه: "حيث صح ما نعتة الوسيلة، ذلك أنه من المقرر فقها وقضاء أن من يدعي حقا لميت يتعين عليه إثبات الملك لموروثه بوسيلة إثبات مستجمعة لشروط الملك من يد ونسبة وطول مدة وعدم العلم بالمنازع وعدم

ثالثا- عدم المنازع:

يتوجب في الحيازة علاوة على ما سلف ذكره من شروط، أن تكون هادئة وخالية من النزاع، وأن يستمر هذا الهدوء والخلو من النزاع طيلة مدة الحيازة المقررة سواء بشأن واقعة الحوز في حد ذاتها، أو بشأن تصرف الحائز أو بشأن نسبة الملك موضوع التصرف بحيث يسود عدم النزاع سائر شروط الحيازة¹، ويعبر عن الشرط المذكور بالصيغة التالية: "من غير منازع له ولا معارض".

ويحفل العمل القضائي بهذا الشأن بقرارات عديدة استبعدت رسوم ملكية بعلة وجود منازعة ثابتة بأحكام قضائية خلال المدة المشهود بها في صلب الوثيقة، ومن زمرة القرارات التي تزكي هذا الطرح، القرار الصادر عن محكمة النقض والذي جاء فيه: "المحكمة التي اعتمدت ملكية سنة 1991 تشهد للمشهود لهم بالملك لمدة عشرة أعوام بدون منازع، واستبعدت الأحكام المدلى بها والتي تثبت وجود نزاع بين الطرفين منذ سنة 1959 إلى سنة 1986...تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا يوازي انعدامه"².

التفويت، والبين من أوراق الملف أن المطلوبين في النقض ادعوا لهم نصيبا آيلا لهم من والدهم في المدعى فيه واستدلوا على ذلك بموجب إثبات عدد 1411 صحيفة 432 يخلو من شرط النسبة اللازم لإثبات الملك كما يخلو من الإشارة إلى استمرار تملكهم بعد موروثهم وفق ما هو مقرر ولا يعتد بحجة تفتقد هذا الشرط، والمحكمة لما اعتبرت غير هذا وأمرت بالقسمة استنادا إلى حجة ناقصة تكون قد خرقت قواعد الإثبات المقررة وعرضت قرارها للنقض".

¹ محمد برادة غزبول وآخرون، مرجع سابق، ص 19.

² قرار المجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض (حاليا) عدد 179 الصادر بتاريخ 13 يناير 1999 في الملف رقم 96/264 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 1999، أورده محمد بادن، مرجع سابق،

وجدير بالذكر، أن الشهادة على شرط عدم المنازع يجب أن تكون على سبيل البت والقطع لا على مجرد نفي العلم، لكن ما جرى به العمل في الممارسة العملية، هو تبني النظرية الثانية أثناء تلقي الشهادة وذلك بنفي العلم بالمنازعة دون القطع بانتفاءها.

ومن استنادا على ما سلف، يتضح أن الحوز المقرون بشروط الهدوء والعلنية المستمرين طيلة المدة المعلومة قانونا هو السبب المكتسب للملك، كما أن النزاع الذي يقدح في شروط الملك هو ادعاء الحق إبان الفترة التي يشهد الرسم، في حين تبقى إقامة الدليل بعد تلك المدة أمرا مشروعاً ومستساغاً ولا يشكل منازعة.

رابعاً- المدة:

والمقصود بالمدة، مضي الزمن المقرر قانوناً للحوز بمفهوم وضع اليد واستمراره على الملك المدعى حيازته واتصاله حتى يعتبر كافياً لاكتساب الملك، ويعبر عنها عدول الإشهاد بصيغة "مدة تزيد على مدة الحيازة المعتبرة شرعاً..." أو "مدة تزيد على عشرة أعوام...". ولا يكفي ذكر مدة الحيازة بشكل مجمل من قبيل "حازه منذ مدة طويلة" أو "حازه مدة تفوق مدة تفوق أمد الحيازة المقررة شرعاً" بل يتعين تحديدها بالسنين والشهور والأيام أو على الأقل بالسنين لما لذلك من تأثير على الحسم في المقدار الزمني للحيازة عند نشأة النزاع المتوقع الفصل فيه على ما ذكر. وقد ذهب المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية هدياً على نهج بعض الفقه، إلى التمييز بين حالات تجعل المدة المعتبرة لاكتساب الملك تتباين بين الأفراد باختلاف علاقاتهم ودرجة القرابة بينهم. ومن ثم، فإن مدة الحيازة المعتبرة في إثبات الملك هي عشرة (10) أشهر بالنسبة لما جهل أصله أي من كان مالكا للشيء قبل الحائز وجهالة المدخل إلى الملك، وهو ما أشار إليه صاحب العمل الفاسي بقوله:

وحوز ما جهل أصله كفى....عشرة أشهر العام وفى
تصرف المالك و النسبة مع....يد ولا متنازع طول وقع
هذا إذا توفرت فيشهد....عالمها بملك من له اليد

غير أنه النسبة للحائز الأجنبي غير شريك للمحوز عنه، فيجب أن تكون
الحيازة لمدة عشر (10) سنوات لاكتساب الملك متى توفرت باقي الشروط الأخرى
المعلومة فقها وقانونا والمستقر عليها قضاء كما جاء في قول صاحب التحفة:
والأجنبي إن يحز أصلا بحق....عشر سنين فالتملك استحق

وهو الأمر الذي زكته المادة 250 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على
أنه: "إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون
انقطاع عشر (10) سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه
يكتسب بحيازته ملكية العقار". ونفس المنحى تبنته محكمة النقض في قرارها الذي
جاء فيه: "لكن حيث إن ما ذهب إليه الفقه في باب الاستحقاق، هو أن الملكية لا
تكون عاملة إلا إذا اشتملت على شروط الملك الخمسة وهي وضع اليد على الملك
والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وينسبه الشخص لنفسه والناس إليه كذلك
من غير منازع ولا معارض طول مدة عشر سنين كما جاء في المتحف"¹.

وإذا كان الحائز من الأقارب، فمدة الحيازة المعتبرة بين الأقارب تختلف
حسب معيار العداوة، ذلك أن القريب الحائز الذي ليس بينه وبين المدعي عداوة،
يلزمه أربعين سنة لاكتساب الملك بعد توفر باقي الشروط وإذا حاز القريب العقار

¹ قرار محكمة النقض عدد 380 الصادر بتاريخ 8 فبراير 2006 في الملف المدني رقم 2004/3/1/3157

لأكثر من أربعين (40) سنة، فلا حق للقائم الحاضر العالم الساكت بلا مانع في المطالبة بالاستحقاق بعد مضي المدة السالفة الذكر¹.

وفي حالة وجود العداوة بين الأقارب، فهم في حكم الأجانب، وتكفي الحائز مدة عشر (10) سنوات لاكتساب ملكية المحوز كما جاء في تحفة ابن عاصم:

فهو بما يجوز الأربعين....وذو تشاجر كالأبعدين

ونصت المادة 251 من مدونة الحقوق العينية على أنه "تكون مدة الحيابة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة".

ولا يفوتنا التنويه، بأن رسم الملكية يمكن أن يتضمن جمعا وتلفيقا بين مدد الحيابة²، كأن يشهد شهود اللفييف بأن ورثة يحوزون عقارا لمدة تقل عن المدة المكسبة، ثم يثبت بأن نفس الملك كان على حوز موروثهم لمدة معينة تجعل المدة المطلوبة لاكتسابه مستوفاة، فتلق مدة حيابة السلف لمدة حيابة الخلف وتنتج

¹ وفي هذا الإطار، أكدت محكمة النقض في قرارها عدد 2340 الصادر بتاريخ 21 يوليوز 2004 في الملف المدني عدد 2003/1/1/401 الغير المنشور، ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه اعتمد في قضائه على أن أمد الحيابة بالنسبة للأقارب الشركاء ينبغي أن تفوق الأربعين سنة بالهدم و البناء و الغرس حسب الراجح وهي غير ثابتة في نازلة الحال على النحو المذكور، و أن الحيابة المجردة من عناصر الملك لا يقوم بها الاستحقاق، في حين أن المعتمد فقها هو أن أمد حيابة الأقربين سواء كانوا شركاء أم لا، يختلف بحسب تصرفهم في المحوز، فإن كان تصرفهم بغير الهدم والبناء مثل زرع الأرض ولم تكن مشاحنة و عداوة بينهم، فهو بما يزيد عن الأربعين، فمن حاز المدة المذكورة فأكثر، فلا حق للقائم إذا كان حاضرا عالما بلا مانع".

² جاء في نص المادة 253 من مدونة الحقوق العينية "تبدأ مدة الحيابة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه وفي حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيابة أو مفوت". كما نصت المادة 254 من ذات المدونة على أنه "تجمع مدد الحيابات المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون".

أثرها، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 247 من مدونة الحقوق العينية على "...وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام" ونفس الأمر يسري على تليفق مدة حيازة البائع للمشتري و الواهب للموهوب له¹.

خامسا- عدم العلم بالتفويت إذا كان المشهود له ميتا:

في حالة وفاة المشهود له، فإن العدلين اللذين يتلقيان لفييف رسم الملكية ملزمين بالإشارة إلى عدم خروج الملك من يد صاحبه برضاه بوجه من وجوه الفوت أو أسبابه، واعتبر الفقهاء شرط عدم علم الشهود بواقعة التفويت شرط صحة عند وفاة المشهود له وشرط كمال إذا كان حيا. ويعبر عن هذا الشرط بعبارة "ولا يعلمونه باعها ولا وهبها ولا صدقها ولا فوتها ولا فوتت عليه ولا خرجت عن ملكه بوجه من وجوه الفوت وأسبابه إلى الآن".

وقد كرست محكمة النقض التوجه المشار إليه طليعته، وورد في أحد قراراتها ما يلي: "...المقرر فقها أنه إذا كان المشهود له في بينة الملك ميتا، فإن تضمينها عبارة لم يخرج عن ملكه في علمهم، يعتبر شرطا لصحتها بخلاف ما إذا كان المشهود له حيا، فإن ذلك يعتبر شرط كمال فقط وهو على قول لامية الزقاق : وهل عدم التفويت في علمهم...كمال أم صحة للحي للميت ذا جعللا، وأن المحكمة طبقت الفقه

¹ جاء في قرار محكمة النقض عدد 3321 الصادر بتاريخ 2007/10/17 الملف المدني عدد 196/4196/1/2005 الغير المنشور، ما يلي: " لكن، ردا على السبب أعلاه، فإن القرار المطعون فيه بإعادة النظر أجاب عن جميع دفعات الطاعن ولم يهملها، وذلك حين اعتمد لتعليق القرار المطعون فيه أنذاك بالنقض بأن رسم الشراء المؤرخ في 1332 هجرية المستدل به من قبل الطاعن لم تحدد فيه المساحة وأن عقود الأثرية الأخرى المستدل بها من طرفه لا علاقة لها بالجزء محل النزاع، وأن المدعى عليهم المتعرضين يحوزون المدعى فيه حيازة طويلة الأمد تفوق المدة المعتبرة شرعا ومستندة أيضا على حيازة موروثهم، وبذلك يكون قد أجاب صراحة و ضمنا على جميع الدفعات المثارة سابقا...".

المعمول به تطبيقا سليما عندما أبعدت البينة المدلى بها في النازلة بعلة أنها لا تتضمن شرط عدم الفوت و التفويت وعدم خروج الملك من يد صاحبه بناقل شرعي يعتبر شرط صحة في وثيقة الملك بالنسبة للمشهود له الميت كما في النازلة¹.

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن شرط اعتبار حيازة الورثة عاملة هو استمرار العقار على ملك موروثهم إلى أن توفي ثم انتقاله إليهم وإلا كانت ملكية الموروث ناقصة بحيث لا ينفعهم استصحاب الأصل، ويعبر عنه في وثيقة الملكية بصيغة "إلى أن توفي وتركها لورثته".

ونافلة القول، فقد حاولنا من خلال المبحث الثاني التطرق لشكليات لفيف الملكية وبياناته الأساسية التي تجعل منه وثيقة تامة ومنجزة على نحو صحيح شرعا وقانونا وعاملة في إثبات التملك، مع الإحاطة بالأراء الفقهية والمقتضيات القانونية المنظمة للحيازة الاستحقاقية وكذا الاجتهادات القضائية التي فصلت في بعض المنازعات المثارة أمام المحاكم بهذا الشأن خاصة قرارات محكمة النقض كأعلى هيئة قضائية موحدة للعمل القضائي بالمغرب.

خاتمة:

لقد انصبت دراستنا لهذا الموضوع، على محاور اعتبرناها ذات أهمية بالغة، إن على المستوى العلمي أو العملي، وذلك لما يكتسيه رسم الملكية (الاستمرار) من دور في إطار التوثيق العدلي والإثبات في مجال المنازعات العقارية، فارتأينا معالجة ماهية وجوهر هذا الرسم وبيان مختلف أصنافه كما تناولها فقهاء التوثيق، لنعرج على شروط إنجازه ومراحل تأسيسه والقنوات الإدارية والقانونية التي يمر عبرها مع

¹ قرار المجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض حاليا عدد 1909 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1999 في الملف رقم 1998/2/6/794 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 1999، مرجع سابق، ص 111.

تعزيز مداخلتنا بقرارات قضائية فصلت في دعاوى اعتمدت فيها وثيقة الملكية كمستند في الإثبات.

ومن هذا المنطلق، خلصنا إلى أن الحديث عن وثيقة الملكية كسند مثبت للملكية العقارات غير المحفظة أو في طور التحفيظ، لا يمكن اختزاله في مجرد مقال أو كتاب، وإنما لازال محتاجا إلى مدارس و تعميق في البحث، لارتباطه الوثيق بالأمن العقاري والتوثيقي و العدالة العقارية، وكذلك باعتباره أداة قانونية ضاربة في عمق الحضارة المغربية في ضوء خطة العدالة التي ميزت المغرب على كثير نظرائه من الأقطار المحيطة به، وقد تناوله فقهاء القانون القدامى و المعاصرون بالتحليل و التمحيص، وساهم تناوله في الدفع نحو تطوير الترسنة القانونية الناضمة لتوثيق الشهادات و تجويد منهجية توثيق التصرفات القانونية التي تطرأ على الملكية العقارية التي كرس لها المشرع حماية خاصة انطلاقا من المرجعية الدستورية و التشريعية.

مبطلات رسم الملكية

ذ.د. كمال بلحرقة

أستاذ التعليم العالي، مختبر القانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادير، جامعة ابن زهر

ذ/حسن بن تاكر

مستشار بمحكمة الاستئناف بكلميم، وباحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر

الرسوم العدلية إما أن تكون شهادة أصلية أو استرعائية، فالأولى يكون مضمونها من إملاء المشهود عليه على العدلين الذين يقتصر دورهما على تلقي ما يسمعه منه والإشهاد عليه به، وأما الثانية فمضمونها يكون من علم وحفظ الشاهد نفسه بناء على مستند خاص كالحضور والمعينة أو مستند عام كالمجاورة والمخالطة والاطلاع على الأحوال.

والشهادة الاسترعائية قد تكون شهادة وضعية أو علمية وذلك متى كان الشاهد عدلاً منتصباً لخطة العدالة، وقد تكون شهادة ليفية وذلك متى كان الشاهد غير منتصب لخطة العدالة بل من عامة الناس.

ويعد رسم الملكية أو الاستمرار من ضمن الشهادات الاسترعائية التي لا يمكن الاستغناء عنها في الإثبات بخصوص العقارات غير المحفظة، لكونه البيئة الأكثر استناداً لها في النزاعات القضائية التي تهم تلك العقارات.

ويسوغ من الناحية القانونية أن يأتي رسم الملكية في قالب الشهادة العلمية أو في قالب الشهادة الليفية، غير أن الواقع العملي أبان أن شهود الرسوم عادة ما يكونون من العامة وليس من السادة العدول الممارسين لخطة العدالة.

ولكي يعتبر رسم الملكية حجة عاملة في ميدان الاستحقاق، يتعين استجماعه لجميع شروط الشهادة بالملك التي حددها الزقاق في لاميته بقوله:

يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك انجلا
وهل عدم التفويت في علمهم كمال أم صحة للحي للميت ذا اجعلا¹.

وهذه الشروط هي نفسها التي أوردتها المشرع المغربي في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: " يشترط لصحة حيازة الحائز: 1- أن يكون واضعا يده على الملك. 2- أن يتصرف فيه تصرف الملك في ملكه. 3- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك. 4- ألا ينازعه في ذلك منازع. 5- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون. 6- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت".

وغني عن البيان أن رسم الاستمرار على غرار باقي الأدلة يخضع لرقابة المحكمة المعروض أمامها قبل أن تعمله وتأخذ به ولو لم يكن محل أي طعن من قبل الطرف المحتج به عليه، وأوجه تلك الرقابة تتجلى في أمرين اثنين، أولهما التأكد من استيفائه للشروط الموما إليها سلفا، وثانئهما التحقق من انتفاء موجبات بطلانه.

وقد يكون رسم الاستمرار مستوفيا لجميع شروط الحيازة الاستحقاقية، وعلى الرغم من ذلك تستبعده المحكمة ولا تلتفت إليه إذا ثبت لها أنه اعتراه عيب أو قادح موجب لبطلانه، من قبيل التناقض، الاستغراب، الاستراتيجية، الإجمال، رجوع الشهود عن شهادتهم، العداوة والقرابة.

وستتناول هذه المداخلة تلك القوادح في ستة محاور مع الاستشهاد بتطبيقات عملية عن كل قادح.

¹ - المجموع الكامل للمتون ، ص 714.

المحور الأول: التناقض

يقصد بالتناقض اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب، بحيث يقتضي لذاته صدق إحداهما وكذب الأخرى.¹ ويعد التناقض سببا من الأسباب التي تفضي إلى بطلان الوثيقة العدلية عموما ورسم الملكية أو الاستمرار على وجه الخصوص، فقد ورد في المعيار المعرب: "وحل الرسم يكون إما بظهور تناقض على السواء في استرعاء أو بظهور تناقض من المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قول و اضطراب مقال أو مضادة قوله لنص ما شهد له به".²

و من أوجه التناقض الموجب لبطلان رسم الملكية أو الاستمرار، نذكر ما يلي:
- تناقض فصول شهادة شهود الرسم ، كأن يشهدوا في فصل منها بأن العقار المشهود فيه بالملكية موجود بيد المشهود له إلى غاية تاريخ تلقي الشهادة، ثم يشهدوا في فصل آخر أن ذلك العقار كان بيد المشهود له إلى أن ترامى عليه الغير في تاريخ سابق عن التاريخ الأول. وكمثال على ذلك أن يشهدوا بأن المشهود فيه على ملك المشهود له مدة عشر سنوات خلت عن تاريخ التلقي المصادف لـ 2015/05/10 أي منذ 2005/05/10، و يشهدون في ذات الوقت بأنه ظل بيده إلى أن ترامى عليه شخص آخر خلال سنة 2010.

- تناقض صدر رسم الملكية مع عجزه، كأن يشهد الشهود في صدر الرسم بأن العقار المشهود فيه على ملك المشهود له منذ سنة 1990 إلى غاية تاريخ التلقي

¹ - علي بن محمد ابن علي الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405، ص 93.

² - أبي العباس احمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية ، سنة 1981، الجزء العاشر، ص 200 .

المصادف مثلا ليوم 2015/01/01، ثم يشهدون في عجز الرسم أن وجه مدخل المشهود له إلى المشهود فيه هو الإرث من والده المتوفى سنة 2008. وفي هذا السياق جاء في قرار محكمة النقض:

"لكن حيث إن المحكمة اعتبرت دعوى الطاعن مجردة وأبطلت الحجة التي أدلى بها لتناقض صدرها مع عجزها وهو مما تبطل به الشهادة وتنحل به العقود كما أورده التسوي في قول التحفة: (وخل عقد شهر التاميل)"¹.

- تناقض رسم الملكية أو الاستمرار مع حجة أو حجج أخرى استدل بها المشهود له وتتعلق بنفس المشهود فيه، كأن يستظهر برسم ملكية يشهد شهوده بأن المشهود فيه بيده وعلى ملكه منذ عشر سنوات سلفت عن تاريخ التلقي المصادف لـ 2023/01/01 أي منذ 2013/01/01، ويبدلي في ذات الوقت برسم شراء يفيد أنه لم يشتر المشهود فيه إلا بتاريخ 2017/01/01، ففي هذه الحالة يستحيل الجمع بين هذين الرسمين لتناقضهما، وتناقض البيانات موجب لسقوطها. وهذا ما كرسته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه عللت أساس قضائها بما يلي: عزز المستأنفون مقالهم الاستئنافية بصورة للعقد الذي اشترى به المستأنف عليه المدعى فيه من والده مسعودان مولودي، والذي يبين أن تاريخ الشراء كان سنة 1992، وأن المستأنف عليه لم يعقب على رسم الشراء المشار إليه بأي وجه من الوجوه، مما يستخلص منه أنه يسلم بما جاء في مضمونه، وبالتالي فإنه إذا كان شراء المدعى فيه تم سنة 1992 فذلك يقدر في شهادة الملكية وملحقها التي شهد

¹ - قرار عدد 792 بتاريخ 14/12/1982 ملف عقاري رقم 9/2272، مجلة القضاء والقانون العدد 132،

شهودها بثبوت الملك للمستأنف عليه منذ ما يزيد على عشرة أعوام خلت قبل سنة 1992 مما ما يؤدي إلى سقوط شروط الملك التي أشار إليها الزقاق..."¹

المحور الثاني: الاستغراب أو الاستبعاد.

يعد الاستغراب أو الاستبعاد قادحا من القوادح التي تستوجب بطلان رسم الملكية أو الاستمرار، لما يشوب شهادة شهوده من انعدام الصدق، فهو ينتج عن أمور غريبة مخالفة للمعتاد.² وبعبارة أخرى فالاستبعاد يقوم كلما ثبت أن المشهود به يستبعد تحققه أو يستحيل معرفته والعلم به من الشاهد، وبقيام هذا القادح يصير رسم الملكية مجردا من قوته الثبوتية رغم استيفائه لجميع شروط الشهادة بالملك.

ومن صور الاستبعاد الذي يقدر في رسم الملكية، نورد ما يلي:

- أن تنصب شهادة شهود رسم الاستمرار على وقائع يستحيل عليهم معرفتها والعلم بها بتفاصيلها وجزئياتها كما وردت بالرسم، كأن يشهدوا للمشهود له بملكية مشهود فيه ذو مساحة شاسعة لا يتصور معاينتهم واقعة التصرف فيها بأكملها.

- أن تنصب شهادة شهود رسم الملكية على مشهود فيه يقع في مكان بعيد جدا عن مقر سكنائهم أو محل إقامتهم، مما يستحيل معه معاينتهم لواقعة حيازته والتصرف فيه من قبل المشهود له، وفي هذا الصدد ورد في قرار محكمة النقض: "وأن الملكية المعتمد عليها من طرف طالبي التحفيظ تنطوي على عيوب تجردها من قوتها الثبوتية، وذلك لكون شهودها يسكنون بطنجة وبالتالي فإن شرط المخالطة والمجاورة

¹ - قرار عدد 2592 بتاريخ 2010.06.08 ملف مدني عدد 2896/1/4/2008، منشور بمجلة الإشعاع

العدد 39-40-2012، ص 221.

² - محمد برادة غزبول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، مطبعة فضالة المحمدية الطبعة

الثانية أبريل 2007، ص 67.

غير محقق لا بالنسبة لهم مع طالبتي التحفيظ ولا مع العقار حتى يمكنهم معاينة التصرف فيه".¹ وفي نفس السياق جاء في حيثيات حكم للمحكمة الابتدائية بتيزنيت: "وحيث إنه وما دام أن جميع شهود رسم الملكية المعضد لمطلب التحفيظ لا يقيمون بدوار "الركونت" الذي يوجد به المدعى فيه، فإن علمهم بواقعة حيازة هذا الأخير من قبل طالبي التحفيظ لمدة عشرين سنة يبقى أمرا مستبعدا، ومن المعلوم فقها وقضاء أن الاستبعاد يعد من القوادح المبطلّة للشهادة".²

- أن تكون مدة الحيازة المشهود بها بمقتضى الرسم انصبت على فترة زمنية سابقة عن تواريخ ازدياد الشهود، فكل من شهد بالملك لفائدة شخص معين يشترط فيه أن يدرك حياة هذا الأخير ويعرفه المعرفة التامة، فإن لم يدركه فشهادته له بالملك على وجه القطع باطلّة كما قاله ابن رشد وغيره.³ وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط: "وحيث إن بعض شهود ملكية المتعرضين لم يعايشوا من حيث سنهم الهالك بن داود بن محمد بن خضرة، و أقدموا على الشهادة عليه على وجه القطع، مما يدخل مضامينها الريبة والاستحالة. وحيث إن الوثائق تسقط بالاستحالة والاستغراب".⁴

- أن تكون مدة الحيازة المشهود بها بموجب الرسم انصبت على فترة زمنية سابقة عن تاريخ بلوغ الشهود سن التمييز، فإذا كان المعتبر في أهلية الشاهد هو زمن أدائه للشهادة لا زمن تحمله بها، فإن ذلك منوط بأن يكون يوم التحمل عاقلا قادرا على

1 - قرار عدد 3431 بتاريخ 2003/12/03 ملف مدني عدد 2003/1/1/2180، منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الثاني، ص 146.

2 - الحكم الصادر بتاريخ 2018/05/15 في ملف التحفيظ رقم 2017/1403/300، غير منشور.

3 - التدريب على تحرير الوثائق العدلية، وثيقة وشرح، تأليف أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، تعليق أحمد الغازي الحسيني، الجزء الأول ن الطبعة الثانية 1995، ص 137.

4 - القرار الصادر بتاريخ 1999/10/19 في الملف العقاري 1999/415، غير منشور.

التمييز يستطيع ضبط الشهادة وحفظها إلى وقت أدائها، ولا يكون كذلك إلا إذا بلغ سن التمييز، لأن العقل بما يقتضيه من إدراك وتمييز شرط في التحمل والأداء معا كما هو مقرر فقها.

المحور الثالث: الاسترابة.

تعتبر الاسترابة قادحا من القوادح التي ترد بها الشهادات وتبطل العمل بها، والاسترابة أعم من الاستغراب لأنها قد تنجم عن أمور غير مستبعدة لكنها تثير الريبة والشك في نفس القاضي،¹ فقد جاء في النوازل الجديدة الكبرى: " إن استرابة القاضي في شهادة الشاهد توجب له ردها وتمنع من الحكم بها".²

فالاسترابة إذن تجعل شهادة شهود رسم الملكية حجة غير معتبرة في إثبات الملك، وأسبابها متعددة ويستشفها القاضي من خلال مضمون الشهادة ذاته أو من خلال مستندات ومعطيات النازلة المعروضة أمامه، ومن صور هذا القادح:

– أن تتضمن الشهادة محوا أو بشرا لم يعتذر عنه فيها أو كانت بعض العبارات فيها مهمة لدرجة استحيل معها قراءة مواضعها، وكذا الشأن بالنسبة للتقطيع والتلاشي والإبهام إذا لم يعرف به³. فقد ورد في طرر ابن عات: " إذا وقع في الوثيقة بشر أو محو أو ضرب في غير مواضع العدد مثل الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة لم يضر الوثيقة ولم يوهنها إن لم يعتذر منها، وإن كان في تلك المواضع سئلت البينة، فإن حفظت الشيء بعينه الذي وقع فيه ذلك من غير أن

¹ - محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي والعمل القضائي، طبع ونشر دار القلم، الرباط الطبعة الأولى 2013، ص 298.

² - ابو عيسى المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، مرجع سابق، الجزء التاسع، ص 300.

³ - الدليل العملي للعقار غير المحفظ، مرجع سابق، ص 67.

يروا الوثيقة مضت وإن لم يحفظوا سئلوا عن البشر فإن حفظوه مضت أيضا ، وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة"¹.

والمشرع المغربي بدوره نص في المادة 33 من القانون رقم 03.16 المتعلق بخطة العدالة على أن الشهادة تحرر في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب، كما أكد في المادة 19 من المرسوم المؤرخ في 2008/10/28 أنه إذا ظهر للعدلين ما يدعو إلى إصلاح شيء في الشهادة والاعتذار عنه أثناء مرحلة إدراجها بمذكرة الحفظ، جاز لهما القيام بذلك ما لم يتعلق الأمر بالبشر الذي لا يقبل الاعتذار فيه.

- أن يكون مضمّن شهادة شهود رسم الملكية مثيرا للريبة والشك لقيام أدلة قاطعة أو قرائن دالة على عدم صدق شهادتهم، كأن يشهدوا بأن المدعى فيه على ملك المشهود له منذ تاريخ معين، والحال أنه يشغله على وجه الكراء من مالكة أو تسلمه من هذا الأخير ليسكن فيه على وجه البر والإحسان أو غير ذلك من وجوه المدخل غير الناقلة للملك. وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة النقض: "وتبعا لذلك فإن تصرفه فيه لا ينفعه في كسب الملك ولا يفيد، وأن ما قام به قيد حياته من أعمال الحراسة أو التسيير أو الترميم أو التعديل المشار إليها في الخبرة لا ينفعه في كسب الملك مهما طال الحوز لقول المتحف "إلا إذا أثبت حوزا بكراء أو ما يضاهيه فلن يعتبر" وأن الملكية التي أقامها بعد ذلك مسترابة لانجازها بعد استيفاء مسطرة استرجاع الملك وتحويله للدولة"². وفي نفس الاتجاه ورد في تعليل حكم إحدى المحاكم الابتدائية ما يلي: "وحيث

¹ - أبي العباس الونشريسي، مرجع سابق، ص 168.

² - قرار عدد 3755 بتاريخ 2002/12/11 ملف مدني عدد 2002/1/1/1542، غير منشور.

إنه من جهة أولى، فلئن كان شهود رسم الملكية سالف الذكر قد شهدوا بأن المشهود فيه المدعو "ابكاس" يحوزه المتعرض لنفسه حيازة مكسبة للملك لمدة عشرين سنة سلفت عن تاريخ التلقي المصادف لـ 2015/12/26، فإن مضمن هذه الشهادة فنده المشهود له بتصريحه أثناء المعاينة أنه يتصرف في ذلك المشهود فيه على وجه الرهن إلى غاية سنة 2015، وبذلك تبقى الحيازة المشهود بها للمتعرض بموجب الرسم أعلاه غير منتجة لأي أثر عملا بمقتضيات المادة 246 من مدونة الحقوق العينية"¹.

فالحيازة لا تقوم للحائز ولا يكون لها أثر متى ثبت أنه مدخله إلى المشهود فيه غير ناقل للملكية كالكراء والرهن ونحوهما ، كما أن وجه أو سبب وضع اليد على المشهود فيه لا يمكن للمشهود له أن يغيره بنفسه لنفسه.

— أن يشهد شهود رسم الملكية بأن المشهود فيه في حوز وتصرف المشهود له خلال المدة المشهود بها، بينما ينفي الأخير عن نفسه حيازة المشهود فيه خلال المدة عقبه، ففي نازلة مشابهة أكدت المحكمة الابتدائية بتيزنيت في معرض حيثيات حكم لها ما يلي: " وحيث لئن كان رسم الملكية الذي عضد به مطلب التحفيظ مستوفيا لجميع شروط الحيازة الاستحقاقية المنصوص عليها في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية، فإنه لا ينفع طالب التحفيظ في شيء على اعتبار أن الحيازة مهما طال أمدها غير عاملة في مواجهة الشركاء بصريح المادة 255 من ذات المدونة. وفضلا عن ذلك، فإن شهادة شهود الرسم المذكور هي شهادة مسترابة؛ لأنهم شهدوا بحيازة طالب التحفيظ للوعاء المدعى فيه مدة خمس

¹ - الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتيزنيت بتاريخ 2019/06/04 في ملف التحفيظ رقم 2018/1403/27 ظن غير منشور.

عشرة سنة سلفت عن تاريخ التلقي المصادف ليوم 2016/06/11 أي منذ سنة 2001؛ بينما وكيله نفى عنه حيازته خلال تلك المدة لما صرح أثناء المعاينة بأنه لم يتصرف فيه إلا سنة 1994 بوضع حمولات الحجارة فيه، ومن المعلوم أن الاسترابة في الشهادة توجب ردها وتبطل العمل بها¹.

— أن يشهد شهود رسم الملكية بأن الملك المحدود والموصوف في ذات الرسم يوجد بيد وتحت حيازة عدة مشهود لهم طيلة المدة المشهود بها، بينما يصدر إقرار عن هؤلاء يؤكدون بموجبه أن سلفهم هو الذي يحوز ذلك الملك ويتصرف فيه خلال تلك المدة. كأن يشهد الرسم بأن المشهود لهم يحوزون العقار المشهود فيه مدة عشرين سنة سلفت عن تاريخ التلقي المصادف ليوم 2012/06/01 أي منذ سنة 1992، في حين يقر المشهود لهم أن موروث أو موروث البعض منهم هو الذي يحوز ذلك العقار ويتصرف فيه إلى أن وافته المنية سنة 2010.²

— أن يتم تكذيب مضمن رسم الملكية من طرف المشهود له، كما لو أنكر على موروثه أو سلفه حيازة المشهود فيه خلال المدة المشهود بها لفائدته من قبل شهود الرسم المذكور، وكمثال على هذه الصورة نورد ما جاء في تعليل حكم ابتدائي: "وحيث لئن كان شهود هذا الرسم قد شهدوا بأن المشهود فيه المذكور يتصرف فيه ابراهيم الموسوم بن محمد مدة ثلاثين سنة سلفت عن تاريخ وفاته المصادف لـ 2009/12/26 أي منذ 1979 ثم خلفه ورثته في التصرف فيه إلى غاية 2016/05/10 تاريخ تلقي الشهادة، فإن المتعرض

¹ - الحكم الصادر بتاريخ 2020/12/15 في ملف التحفيظ رقم 2019/1403/494، غير منشور.

² - جاء في حيثيات حكم صادر بتاريخ 2019/11/05 في ملف تحفيظ عدد 2018/1403/332 ما يلي: "، غير

صرح أثناء المعاينة بنقيض مضمّن ذلك الرسم ؛ إذ أكد أن والده ابراهيم الموسوم توقف عن غرس نبات الصباروجني ثماره في المشهود فيه أعلاه منذ سنة 1980 و اقتصر على مراقبته والتردد عليه إلى أن توفي ، مما يعني أنه ابتداء من هذه السنة الأخيرة لم يباشر في المشهود فيه طليعته أي تصرف من التصرفات الدالة على الحياة سواء الخفيفة منها مثل الرعي والحرق والسكنى أو القوية منها كأعمال التفويت و البناء والهدم. وعليه يكون المتعرض قد كذب رسم ملكيته، ومعلوم فقها وقضاء أن من أكذب حجته أبطل العمل بها".¹

المحور الرابع: الإجمال.

يراد بالإجمال عند الفقهاء افتقار الشهادة إلى التفصيل المشترط في صحة الشهادة الموصل إلى غلبة الظن،² والإجمال يعد من بين القوادح التي ترد بها الشهادات، لأنه يفضي إلى الاحتمال، والاحتمال مانع من القضاء إجماعاً حتى يبين . فالشهادة إنما تكون لمعروف في معروف على معروف، ولذلك فقد نبه فقهاء الوثائق إلى وجوب التزام الإيضاح في هذه الأخيرة واجتناب الألفاظ المحتملة أو المهمة، لتعلقها بحقوق الناس لحمايتها من الغمط و الافتراء الإراديين أو الأخطاء غير الإرادية من العدول أو الموثقين أو حتى قضاة التوثيق.³

¹ - الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتيزنيت بتاريخ 2018/12/18 في ملف التحفيظ رقم 2018/1403/52، غير منشور.

² - المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مكتبة دار الرشاد سطات، الطبعة الأولى، 2002، ص 173.

³ - أستاذنا عادل حاميدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سابق، ص 612 .

والإجمال كعيب موجب لعدم إعمال رسم الملكية أو الاستمرار، قد يعتري مضمن شهادة شهود الرسم كما لو شهدوا للمشهود له بالحوز والتصرف في المشهود فيه وأغفلوا في شهادتهم عن باقي شروط الملك أو أحدها ، وفي هذا الصدد ورد في قرار لمحكمة النقض:" والتلقية عدد 57 لا تتوفر فيها فعلا تلك الشروط إذ اكتفى شهودها بمعرفتهم الأرض المسماة الضاية، وأنه كان من جملة المالكين لها على الشياح المدعو أحمد ايكن بحيث كان يتصرف في حياته وبعد وفاته خلفها لورثته ومن جملتهم ابنته فطوش وكان لها في الأرض حظ مشاع، وبعد وفاتها صارت في يد الغير من دون الورثة التي كانت منتسبة إليهم، ويتضح من ذلك أن هذا الرسم خال من ذكر شروط النسبة وتحديد مدة الحوز وعدم وجود المنازع، ولما صرحت المحكمة بعدم توفرها على شروط الملك فقد عللت قرارها بما تقتضيه قواعد الفقه، مما جعل ما ورد في هذا الوجه من الوسيلة بدون أساس ومن أجله يتعين رفض الطلب"¹، وجاء في قرار آخر: " حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك انه يلزم لإعمال بينة الملك ان تتوفر على الشروط المنصوص عليها في قول صاحب لامية الزقاق:يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعلا بلا خصم به الملك يجتلى

وهل عدم التفويت في علمهم كما ل أم صحة للحمي للميت ذا اجعلا وانه بالرجوع إلى رسم الاستمرار عدد 669 صحيفة 482 المستدل به من المطلوبين لإثبات ملكيتهم للمدعى فيه اتضح أنها لا تتوفر على شرط مدة الحياة وعدم المنازع والفوت والتفويت، والمحكمة لما صرحت بأن الاستمرار المذكور

¹ - قرار عدد 37 بتاريخ 2001/01/10 ملف شرعي عدد 96/1/2/680، أورده عبد العزيز توفيق في مؤلف قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار ، من سنة 1957 إلى سنة 2002. الطبعة الأولى سنة 2002 ، ص 399.

مستوف لشروط الملك وأسست عليها قضاءها فإنها تكون قد اعتمدت بينة ناقصة، وعللت قرارها تعليلا ناقصا الذي هو بمثابة انعدامه وتعرض بذلك للنقض".¹

وقد يعتري الإجمال بيانا من بيانات رسم الملكية أو شرطا من شروطه، كعدم تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا على النحو الذي يرفع عنه اللبس و يحول دون اختلاطه بغيره، وكعدم تضمين الرسم مدة الحيابة المشهود بها ، وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) ما يلي: " لكن حيث إنه على عكس ما في الوسيلة فإن أصل الحكم موقع من الهيئة التي اشترط القانون توقيعها عليه كما أنه ارتكز في تعليله أساسا بأن الملكية التي بني عليها عقد شراء الطاعن فاقد لشروط من شروط الملكية وهي التصرف والحيابة فلم ينص على مدتها مما كانت بدونها ناقصة وعقد الشراء بدونها لا ينتزع به من يد الحائزين، فكان تعليله بذلك صحيحا يتفق والقواعد الفقهية المعمول بها والتي أشار إليها صاحب العمل الفاسي ...".²

هذا وقد اختلف الفقهاء بخصوص صيغة التعبير عن مدة الحيابة في رسم الملكية، فصاحب الوثائق الفرعونية ذهب إلى انه يكفي في ذلك أن يقول الشهود أن المشهود فيه للمشهود له "مدة تزيد على مدة الحيابة المعتبرة شرعا" أو "مدة تزيد

¹ - قرار عدد 2265 بتاريخ 2006/07/12 ملف مدني عدد 2005/3/1/1980، منشور بمؤلف النهج المفيد للممارسين والباحثين من خلال قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض) ، الجزء الثاني ، ص 161.

² - قرار عدد 721 الصادر بتاريخ 1982/11/16 في الملف العقاري عدد 91242، أورده عبد العزيز توفيق في مؤلف قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار منسنة 1967 إلى سنة 2002 ، ص 160.

على عشر أعوام سلفت عن تاريخه".¹ وعلى خلاف ذلك يقول الفقيه محمد الهواري أن: "قوله مدة تزيد على مدة الحيابة المعتبرة شرعا إلخ هذا لا يكفي ولا بد من البيان، فالصواب إسقاطه إذا كان أمد الحيابة تارة يكون عشرة أشهر وتارة عشرة أعوام والثاني تزيد المدة فيه باعتبار كون الحائز شريكا أو قريبا على تفصيله في محله، فكيف تقبل جملة من مطلق العدول وقد اشتبه الأمر فيها على الفحول كما مر ، فيتعين على القضاة عدم قبولها كذلك".² والعمل القضائي بالمملكة الشريفة ساير الرأي الفقهي الأخير، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: " لكن حيث إن قواعد فقه الوثيقة تقتضي أن لا تقبل الشهادة إذا كانت جملة في بيان مدة الحيابة المشهود بها في رسم استمرار الملك، إذ أن أمد الحيابة الشرعية تارة يكون عشرة أشهر وتارة عشرة أعوام وقد تزيد المدة باعتبار كون الحائز شريكا أو قريبا على تفصيلات واردة في كتب الفقه...".³ وجاء في قرار آخر: "... وأن الملكية عدد 129 التي أدلى بها المتعرض ناقصة عن درجة الاعتبار لخلوها من ذكر مدة التصرف بالضبط واقتصار شهودها على بخصوص هذا العنصر على قولهم." مدة تزيد على أمد الحيابة المعتبرة شرعا" وهي عبارة جملة وغير مستساغة شرعا في الوثيقة ويعتبر عيبا فيها يفقدها حجيتها لاختلال أحد شروط الملك الخمسة بها حسبما جاء بقرار المجلس العلى رقم 11ا بتاريخ 1985/05/08 ...".⁴ والمشرع المغربي حسم في

1 - عبد السلام الهواري، ص 118.

2 - شرح وثائق محمد ابن أحمد حمدون بناني، ص 148.

3 - قرار عدد 110 بتاريخ 1985/05/08 ملف مدني عدد 5/720 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدادان 37-38 سنة 1986، ص 50.

4 - قرار عدد 1232 بتاريخ 2004/04/21 ملف مدني عدد 2003/1/1/1579، منشور بمؤلف قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج، عمر أزوكار، ص 284.

هذه النقطة لما نص في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية على أنه من شروط صحة حيازة الحائز استمرارها طول المدة المقررة في القانون، والمدة عقبه بصريح المادتين 250 و251 من ذات المدونة إما أن تكون أربعين سنة أو عشر سنوات فقط بحسب طبيعة العلاقة التي تجمع الحائز بالمحوز عليه .

المحور الخامس: رجوع شهود الرسم عن شهادتهم:

إن رجوع جل شهود رسم الملكية أو جميعهم عن شهادتهم، يجعله غير ذي أثر في إثبات الملك، فقد جاء في النوازل الجديدة الكبرى: " لا يقضى بشهادة من رجع عليها، لأنه إن رجع عن شيء علمه فقد فعل ما لا يجوز له وقد أسقط شهادته"¹. وتطبيقا لهذه القاعدة قضت محكمة النقض في قرار لها بأنه: " لكن حيث إنه وكما عللت به المحكمة قرارها المطعون فيه، فإن اللفيين عدد 75 و381 المدلى بهما من طرف المدعية الأصلية رجع في الأول تسعة من شهوده وفي الثاني ثمانية حسب الرسم عدد 229 و183 والرسم المؤرخ في 1988/03/22، فتسقط بذلك الشهادة الأولى والثانية وتبطل لعدم تحقيق الشهود لما شهدوا"².

ويندرج في معنى الرجوع إنكار شهود الرسم لشهادتهم أو تبرؤهم منها أو ادعائهم نسيانها أثناء استفسارهم عنها.³ وأسباب رجوع الشهود عن شهادتهم لا تقع تحت حصر، فقد يتراجعوا بعد ما يثبت لهم بأن مضمّن الرسم لا ينسجم مع ما شهدوا به فعلا أمام العدول، كأن يؤذوا شهادتهم للمشهد له بخصوص عقار محدد ثم يفاجئون بعد ذلك بأن شهادتهم انصبت على عقار آخر في ملكية الغير، و كأن يشهدوا له بحيازة المدعى فيه لمدة معينة ثم يفاجئون بأن المدة الواردة بالرسم تفوق

¹ - أبي عيسى المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، مرجع سابق ص 266.

² - قرار عدد 1116 بتاريخ 2000/03/14 ملف مدني رقم 95/9/1/2309، غير منشور.

³ - أبو الشتاء الصنهاجي ، مرجع سابق، ج 1 ، ص 319.

بكثير تلك التي شهدوا بها. وقد يتراجعوا بعد تهديدهم وتخويفهم من قبل خصوم المشهود له، أو بمجرد تقديم شكاية ضدهم من أجل الإدلاء بتصريحات كاذبة، أو بسبب تلقيهم مقابل مادي ممن يحتج ضده بالرسم رغم أن شهادتهم صحيحة ومطابقة لواقع الحال .

ولا يعدد الفقه المالكي بالرجوع في الشهادة إلا إذا حصل أمام القاضي الذي أدى عنده الشاهد شهادته التي رجع عنها، أما إذا حصل أمام قاض آخر أو شهدت عليه البينة وصدقها الشاهد في ذلك أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب لغيبته أو موته، فلا يقبل رجوعه حسب ما جرى به العمل، وإذا كذب الشاهد البينة التي شهدت برجوعه؛ فلا يثبت الرجوع بذلك.¹ والقضائي المغربي لم يستقر على قاعدة واحدة فيما يخص الجهة التي يجب أن يتم أمامها الرجوع عن الشهادة، فتارة يعتبر أن الرجوع في الشهادة المؤداة من طرف الشهود أمام العدول المنتصبين للإشهاد، لا يؤخذ به إلا إذا حصل أمامهم كذلك باعتبارهم الجهة المتلقية للشهادة أو أمام المحكمة،² وتارة أخرى يعتبر الرجوع في الشهادة منتجا لأثره ولو لم يحصل أمام الجهتين عقبه، كأن يؤكد الشهود رجوعهم في أوراق عرفية مذيلة بإمضاءاتهم.³ ولا يعتبر رسم الملكية ساقطا عن درجة الاعتبار لتراجع شهوده عن شهادتهم، إلا إذا حصل ذلك قبل الحكم استنادا عليه، وهذا ما أقرته محكمة النقض في قرار

¹ - محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1995، ص 187 ما يليها.

² - أنظر القرار عدد 1456 بتاريخ 2011/03/29 ملف مدني رقم 2064/3/1/2010، منشور بمجلة القضاء المدني العدد التاسع شتاء/ربيع 2004، ص 145. والقرار عدد 63 بتاريخ 2015/01/27 ملف مدني عدد 4359/8/1/2014 منشور بمجلة محكمة النقض العدد 79 سنة 2015 ص 71.

³ - أنظر قرار محكمة النقض عدد 4760 بتاريخ 2011/11/01 ملف مدني عدد 4122/1/1/2010 غير منشور، والقرار عدد 1221 بتاريخ 2013/04/16 ملف مدني عدد 1844/1/1/2012 غير منشور.

لها جاء فيه : " فإن الرجوع في الشهادة يؤدي إلى إسقاطها لقول ابن عاصم في تحفته: وارجع عنها اعتبر/ ما لحكم لم يمض وإن لم يعتذر، ولذلك فما يشترطه الناظم في اعتبار الرجوع في الشهادة هو أن يقع الرجوع فيما قبل الحكم تأسيسا عليها لقول التسولي في كتاب البهجة في شرح التحفة: بأن رجوع الشاهد في الشهادة معتبر، أي قبول رجوعه ما دام الحكم لم يقع بها، وإن لم يعتذر، أي وإن لم يقل سبب رجوعه عن الشهادة"¹.

هذا ويبقى الرسم صحيحا رغم رجوع بعض شهوده عن شهادتهم، إذا تمكن المشهود له من استخلاف و تعويض الشهود المتراجعين بشهود آخرين.

ولا يعتبر رسم الملكية غير منتج في ميدان الاستحقاق لتراجع شهوده عن شهادتهم، إلا إذا كان عدد الشهود المتراجعين تجاوز الحد الذي لا يمكن تكملته باليمين، وفي هذا الاتجاه اعتبرت محكمة النقض في قرار لها أن تراجع تسعة شهود عن شهادتهم في رسم استمرار الملك المعتمد لاستحقاق المدعى فيه يجعله ناقصا عن درجة الاعتبار لأنه لم يبق به بما يستقل به الحكم².

المحور السادس تهمتي العداوة والقرابة:

إن من شروط عدالة الشاهد ألا يتهم في شهادته، فإذا اتهم فيها ردت شهادته للشبهة، سواء أكانت الشبهة عداوة أو قرابة.

¹ - قرار عدد 2303 بتاريخ 2011/05/17، ملف مدني عدد 1739/3/1/2008، منشور بمجلة ملفات عقارية العدد 1 ، سنة 2012، ص 99.

² - قرار عدد 167 الصادر بتاريخ 2018/02/27 في الملف المدني عدد 1458/4/1/2016، منشور بمجلة ملفات عقارية ، العدد 9، ص 123.

فالعداوة تعد من بين الموانع التي تحول دون قبول الشهادة، ولذلك يتعين على المحكمة استبعاد كل رسم ملكية ثبت لها ثبوتاً يقينياً وجود عداوة بين شهوده وبين الطرف المحتج به ضده.

ويشترط في العداوة التي ترد بها الشهادة أن تكون في أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو ما في معنى ذلك،¹ وأن تكون سابقة في الزمن عن تاريخ تلقي البينة الشاهدة بالملك.

والعبرة في ثبوت العداوة ليس بتصريحات أو مزاعم خصم المشهود له، بل لا بد من ثبوتها بموجبات صحيحة مضمنة في أسانيد رسمية أو شكايات بين الطرفين أو محاضر للشرطة القضائية أو أحكام قضائية، حتى لا يقع استبعاد شهادات صحيحة بمقولة وجود عداوة دون قيام مؤيدات واقعية تؤكد صدق هذه المقولة.²

وكما لا يعتد بشهادة الشاهد العدو، فلا يعتد أيضاً بشهادة الشاهد الذي توجد بينه وبين المشهود له رابطة الأبوة أو الأمومة أو البنوة، فلا تجوز شهادة الآباء لأبنائهم من ذكور وإناث وإن سفلوا كما لا تجوز شهادة الأبناء لأبائهم وإن علوا،³ لأنه من المعلوم بالطبائع أن الأبناء يحبون نفع آبائهم وهؤلاء يحبون إيصال المنفعة لأبنائهم ورفع الضرر عنهم.⁴

1- برهان الدين بن فرحون، مرجع سابق، ص 192.

2- أستاذنا عادل حاميدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية، مرجع سابق، ص 180 و 181.

3- جلال الدين محمد بن شاس الخلال، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الأفق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى سنة 2011، المجلد الثاني، ص 311.

4- القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، القدس للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى 2012، المجلد الثاني، ص 327.

أما شهادة الأخ لأخيه فهي جائزة شريطة أن يكون الشاهد مبرزاً في حاله، وألا يكون في عيال المشهود له أي تحت نفقته، وألا تكون شهادته مما يتشرف به المشهود له أو مما يكسبه حظوة أو مما يدفع به معرفة عن نفسه.¹ وهذا ما أقرته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن كل حكم ينبغي أن يكون معللاً تعليلاً صحيحاً وإلا كان باطلاً، وأن فساد التعليل ينزل منزلة انعدامه عملاً بالفصل 345 من ق م م، وأن شهادة القريب إلى درجة الأخ يجيزها الفقه متى كان الشاهد مبرزاً بمال أو غيره ما لم تكن شهادته مما يتشرف به المشهود له لقول ابن عاصم في تحفته: ولأخيه يشهد المبرز إلا بما التهمة فيه تبرز..."².

وخلاصة ما تم بسه أعلاه، أن إنجاز رسم الملكية أو الاستمرار وفق الضوابط المقررة في النصوص القانونية ذات الصلة بخطة العدالة واستيفائه لجميع شروط الحيابة الاستحقاقية المحددة في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية، لا يكفي لاعتباره سنداً للتملك وحجة موجبة للملك، بل يتعين ألا يعتريه قادحا من القوادح الموجبة لبطلانه والتي تثيرها المحكمة بصفة تلقائية بمالها من سلطة الرقابة على الوثائق المعروضة أمامها.

¹ - أبي الحسن التسولي، مرجع سابق، المجلد الأول، ص 152 و 153.

² - قرار عدد 1687 بتاريخ 2010/04/13، ملف مدني رقم 2009/3/1/2209، أورده أحمد اليوسفي العلوي في المرجع السابق، الجزء الأول، ص 203.

أثر تراجع الشهود على الوثيقة العدلية

ذ/د.عبلا بن اعرامو

أستاذ محاضر مؤهل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أيت ملول،
جامعة ابن زهر
الباحث/إبراهيم أيت الحاج،
باحث بسلك الدكتوراه بكلية الشريعة، جامعة ابن زهر

مقدمة

لا يخفى ما لوسائل الإثبات من أهمية في تحقيق العدالة وحفظ الحقوق وصيانتها، فهي من الوسائل المساعدة للقضاء في أداء رسالته وتبني للقاضي الطريق لطلب الحقيقة والتمييز بين الحق والباطل، حتى يصدر حكما حسب ما تهيأ له من حجج وبراهين كاشفة كانت أو مثبتة للحق.

ولأهمية وسائل الإثبات فقد أولتها الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا، حيث يعتبر القرآن والسنة المرجع والدستور الذي ينظم هاته الوسائل، والتي تعتبر شهادة الشهود واحدة من وسائل الإثبات التي خصها الإسلام بتنظيم وعناية كبيرة، حيث اعتبرها أهم وسيلة لإثبات الحقوق الأمر الذي حدا بالفقهاء إلى إيلائها مزيد العناية إلى جانب باقي الوسائل حيث زخرت كتبهم بالقواعد المنظمة لهاته الوسائل عامة ولشهادة الشهود خاصة.

وتتجلى أهمية شهادة الشهود وخطورتها في نفس الوقت، في أنها وسيلة عامة للإثبات في مجالات مختلفة مدنية كانت، أو جنائية. ويعزى سبب التوسع في أعمالها لكون إجراءاتها ميسرة، وهو ما جعل الإسلام يحتاط أكثر في أعمالها دون التثبت في تحري شروطها، كيف لا وحقوق العباد منوطة بها، حتى أن القاضي يحكم بمقتضى

ما يدل عليه قول الشاهد سواء في الحقوق المالية أو الشخصية أو ما يمس حرته الجسدية.

وإذا كان الإشهاد على الحقوق والمعاملات مما أمر به الله تعالى في محكم تنزيله فقال عز من قائل: {وأشهدوا ذوي عدل منكم}، فقد حث سبحانه على توثيق هذا الإشهاد وسائر المعاملات، صيانة للحقوق ومحافظة عليها فقال تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه}.

وتبعا لهاته الأهمية التي يحظى بها التوثيق، فقد كان محط اهتمام الفقهاء قديما، وقد تصدى للانتصاب لهاته المهمة الجليلة العدول من الناس ممن يقفون على فقه الوثائق، ومنذ ذلك الحين وإلى يومنا هذا والوثيقة العدلية تحظى بمكانة هامة باعتبارها وسيلة لتحقيق الأمن القانوني، والحفاظ على استقرار المعاملات، خصوصا أنها تنفرد وتستقل بإثبات بعض التصرفات والوقائع القانونية، لا يمكن إقامتها إلا عن طريق الوثائق العدلية معززة بشهادة الشهود أي اللفيف. وتكون بالتالي الوثيقة العدلية هي الوسيلة المقبولة لإثبات ذلك، ومن ذلك:

• تأسيس الملكية: فالوثيقة العدلية تلعب دورا كبيرا في إثبات ملكية العقارات غير المحفظة، لأصحابها الذين لا يتوفرون على سندات وحجج ووثائق تثبت ملكيتهم لها. وتشكل الملكية اللفيفية¹ أحد أنواع الملكية التي تستقل بها الوثيقة العدلية دون غيرها من المحررات، حيث يشهد فيها لفيف أمام عدلين منتصبين للشهادة للمشهد له طالب الشهادة.

¹ - وذلك إلى جانب الملكية العلمية أو الشهادة العدلية التي يملها العدلان من علمهما ويشهدان فيها لطالب الشهادة بملكته للأرض موضوع الشهادة، والملكية المثلية، وهي عبارة عن شهادة مختلطة يشهد فيها عدل واحد مع ستة من اللفيف.

• رسم الارائة: تنفرد الوثيقة العدلية أيضا دون غيرها من المحررات بإثبات الموت وعدد الورثة عن طريق رسوم الارائة، وتعتبر وثيقة الارائة الوثيقة الغالبة والشائعة في المجال العملي، والتي يشهد فيها اثنا عشر شاهدا أمام عدلين منتصبين للإشهاد بواقعة وفاة الهالك وعدد ورثته.

من هنا تظهر أهمية وخطورة الوثيقة العدلية في نفس الوقت خصوصا أن المشرع المغربي اعتبرها من أهم الوثائق المثبتة لحق الملكية العقارية والمؤيدة لمطالب التحفيظ.

ومن المعلوم أن الوثيقة العدلية تمر في إنشائها بمسطرة تخللها مراحل معينة والتي يعتبر التلقي أولى تلك المراحل والذي يتحقق موازيا مع الأداء الذي تخرج به الشهادة من العدم إلى الوجود.

وأداء الشهادة يأتي بعد تحملها بحصول العلم بالشهادة، سواء كان مستنده في ذلك ما تحمل به مباشرة بعقله وحواسه، أو أن يكون حصل له العلم بالسمع، وتحمل الشهادة قد يكون من شخص واحد أو من اثنين، وقد يتحمل الشهادة أكثر من اثنين. إلا أن هذا الأداء قد تعترضه عوارض¹، يُعد رجوع الشاهد عن الشهادة واحدا منها، والذي تكون وراءه بواعث ودوافع قد تكون مشروعة أو غير مشروعة،

¹- من تلك العوارض:

- أن يشهد الشاهد بأقل أو بأكثر مما يدعيه المدعي.

- أن يشهد الشاهد بشيء وادعى أنه لا يعرف قدره.

- أن يشهد الشاهد بشيء معين ثم زاد فيه أو نقص منه

- أن يختلف الشهود فيما بينهم حول الشهادة.

أنظر: محمد ابن معجوز، وسائل الاثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، 1404-1984، مكتبة دار الأمان، الرباط، ص: 175 وما بعدها.

فسواء تم ذلك بحسن نية أو بسوء النية فإن التراجع عن الشهادة قد تترتب عليه آثار مهمة، ما يجعلنا نتساءل عن مآل الشهادة العدلية وتأثير التراجع على الوثيقة العدلية؟

وحقن تتم الإجابة عن هذا الإشكال سيتم تقسيم هذه الورقة إلى محورين: الأول في أساس الرجوع عن الشهادة وجهته، والثاني: آثار الرجوع عن الشهادة على الوثيقة العدلية.

المحور الأول: أساس الرجوع عن الشهادة وجهته

إن الشهادات المعنية بالدراسة هي تلك الواردة في المحررات العدلية، هذه الأخيرة التي ليست على شاكلة واحدة، وقبل التطرق لماهية الرجوع عن الشهادة، سنقف أولاً على تقسيمات للشهادة العدلية.

المطلب الأول: ماهية الشهادة وأنواعها

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن شهادة الشهود هي من أهم وسائل الإثبات في مختلف الميادين، بغض النظر عن قيمة الحقوق المراد إثباتها، فهي أكبر حجة بعد الإقرار، فكلما توفرت شروطها، وإلا وتعين أعمالها.

ومن مزايا الوثيقة العدلية أنها تجمع بين عنصرَي الشهادة والكتابة، فهما ركنان أساسيان في التوثيق العدلي. والشهادة العدلية قبل أن تصبح حجة ووثيقة تامة، تمر بمراحل ينبنى آخرها على أولها، ولعل أول المراحل التي تمر منها الشهادة العدلية هي مرحلة تلقي الشهادة بحضور الأطراف لدى عدلين.

والشهادات الواردة في المحررات العدلية، ليست على شاكلة واحدة، حيث ترد عليها تقسيمات متعددة، وسنقف على تقسيمها إلى الشهادة الأصلية والشهادة الاسترعائية.

أولاً: الشهادة الأصلية

وهي التي يكون مضمونها وموضوعها من إملاء المشهود عليه، ويقتصر فيها الشاهد العدل أو الشاهدان على تسجيل ما يسمعه منه، والشهادة عليه به¹. أي أن الشهادة الأصلية هي الشهادة التي يطلب فيها من العدلين الاكتفاء بتحمل وتلقي ما يتفق عليه العاقدان والإشهاد به عليهما، دون تدخل منهما في مضمون الشهادة وموضوعها، فمصدر الوثيقة الأصلية يعود إلى الأطراف المتعاقدة وليس إلى علم العدلين أو حفظهما².

فالوثيقة العدلية الأصلية تجمع بين أحكام الشهادة وأحكام الكتابة في ذات الوقت، بحيث تمتزج فيها الشهادة بالكتابة في قالب شكلي مادي قوامه دعامة ورقية صالحة لإثبات ما تم توثيقه بها حالا ومآلا وعلى مر الزمان³.

فالشهادة الأصلية إذن هي الاتفاق الذي يمليه الأطراف على العدول لكي يحصلوا على حجة كتابية تبقى شاهدة على ما تم بينهما وتحول دون قيام نزاع حوله في المستقبل⁴.

1. الشهادة الاسترغائية: وهي التي يكون مضمونها وموضوعها من إملاء العدل الكاتب نفسه، بحيث يسجل فيها الشاهد ما في علمه⁵. وتعبير آخر: "فالشهادة

¹- محمد بن معجوز، م.س، ص: 330.

²- العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، ج:1، طبعة 2009، مكتبة دار السلام، الرباط، ص: 451.

³- سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، ط:1، 2015، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، ص: 26.

⁴- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، ط:2، 2015، مكتبة المعرفة، مراكش، ص: 150.

⁵- ابن معجوز، م.س، ص: 330.

الاسترعائية هي التي يملها الشاهد من حفظه ويسندها إلى علمه دون أن يقول له المشهود عليه اشهد علي¹. فهي إذن شهادة الشاهد بما في علمه.

والشاهد هنا إما أن يكون عدلا فيكون الاسترعاء عدليا، وإما أن يكون شخصا عاديا، فيكون الاسترعاء في هذه الحالة لفيبيا². كما أن الاسترعاء عند الفقهاء والموثقين يستعمل ويراد به شهادة الاستغفال علاوة على شهادة الاستحفاظ³.

2.الاسترعاء العدلي: الاسترعاء العدلي هو شهادة تبتدئ وتنتهي بكلام صادر عن عدلين بصفتهم شاهدين، ويتم هذا الاسترعاء إما من قبلهما مباشرة حيث يدونان شهادتهما على الواقعة محل الإشهاد، وإما أن يقوموا بإملائها على عدلين آخرين يدونانها في شكل رسوم ولا بد هنا من ذكر مصدر علم العدلين بالواقعة، كالمجاورة والمخالطة والاطلاع التام على الأحوال⁴.

فالاسترعاء العدلي أو الشهادة العلمية هي التي يشهد فيها العدل أو العدلان بما في علمهما وحفظهما، ويطلق عليها كذلك الشهادة الوضعية⁵.

3.الاسترعاء اللفيبي: الاسترعاء اللفيبي هو شهادة مجموعة من الأفراد ليسوا منتصبين للإشهاد على واقعة يعلمونها شخصا بحكم المجاورة والمخالطة والاطلاع على الأحوال، ويبلغ عدد هؤلاء الشهود في الغالب 12 شاهدا ما لم يكن الأمر

1- العلي الحراق، التوثيق العدلي، ج:1، م.س، ص: 455.

2- محمد الربيعي، م.س، ص: 152

3- أنظر: - العلي الحراق، ج:1، م.س، ص: 456. - سليمان أدخول، م.س، ص: 27. - محمد ابن معجوز، م.س، ص: 333.

4- محمد الربيعي، م.س، ص: 153.

5- العلي الحراق، ج:1، م.س، ص: 458.

يتعلق بالرشد أو السفه حيث يلزم رفع العدد إلى 18 شاهدا، لأن الأمر هنا يتطلب الاستفاضة للتأكد من الحالتين¹.

وهناك من عرفها بأنها شهادة اثني عشر رجلا مسلما، غير منتصبين للإشهاد يتحملونها عن طريق الصدفة غالبا، ويؤدونها عند الحاجة إليها في حالات خاصة، وبشروط محددة يتلقاها منهم - نيابة عن القاضي- عدل أو عدلان منتصبان للشهادة طبقا للأوضاع التوثيقية الجاري بها العمل². وقد أخذ بعضهم³ على هذا التعريف قصوره في استيعاب جميع أصناف الشهادات الليفية، أيا كان موضوعها، ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بالرشد والسفه، ففي مثل هذه الحالات يتعين رفع عدد الشهود من اثني عشر شاهدا إلى ثمانية عشر شاهدا على الأقل.

ت - شهادة الاستغفال والاستحفاظ:

1.شهادة الاستغفال: هي الشهادة التي يستغفل فيها المشهود عليه، فيقر بشيء أو بدين بحضور شهود مختبئين عنه لهذه الغاية، وتسمى أيضا بشهادة الاختباء لكون الشهود يختبئون عن أنظار المشهود عليهم⁴. وكانوا يلتجئون إلى هذا النوع من الشهادات في حالة رفض المدين أو من عليه حق الاعتراف به، فكان صاحب الحق يتحين غفلة المدين ويدخل الشهود ويجعلهم خلف ستار، ثم يستجره في الكلام معه فيعترف ويقر وهو لا يشعر⁵.

¹- محمد الربيعي، م.س، ص: 154.

²- العلي الحراق، ج: 1، م.س، ص: 471.

³- سليمان أدخول، م.س، ص: 28.

⁴- العلي الحراق، م.س، ص: 456.

⁵- المرجع نفسه، ص: 456.

وشهادة الاستغفال في الوقت الراهن لم يعد توثيقها أمرا ممكنا من طرف العدول، نظرا لتعارضها مع المقتضيات القانونية والضوابط التوثيقية الجاري بها العمل.

فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 422 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على انه: "الورقة الرسمية التي تتضمن الشهادة المسماة شهادة الاستغفال تكون باطلة بحكم القانون، ولا تكون حتى بداية حجة".

2. شهادة الاستحفاظ: وهي التي يقيمها المشهود له ليحتفظ بحقه فيما يمكن أن يعقده من العقود والتبرعات تحت الإكراه أو الخوف أو غير ذلك، ومثالها إن فلانا أشهد الشاهدين الموقعين أسفله أن ما سيفعله في المستقبل مع فلان من بيع أو هبة أو تزويج، فإنما يفعله تحت الإكراه، أو ليتوصل بذلك إلى حمل ذلك الشخص على الإقرار بحقه، وأنه لولا ذلك ما عقد العقد الذي سيقع الإشهاد عليه به¹.

وتم تعريفها أيضا بأنها: إيداع الشهادة عند عدلين فأكثر على سبيل السر، عندما يكون فيها الشخص مكرها على التعاقد².

والفقه الاسلامي أخذ بهذا النوع من الاسترعاءات واعتبره حيلة شرعية تنقذ صاحبها من ضياع حقه حيث يلجأ الشخص المكره إلى العدول، ويطلب منهم تحرير استرعاء بموجبه يشهد بأن البيع الذي سيرمه مع فلان غير ملزم له³.

وما قيل عن شهادة الاستغفال يصدق عن شهادة الاستحفاظ، حيث نص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 422 من قانون الالتزامات والعقود على

¹- محمد ابن معجوز، م.س، ص:333.

²- محمد الربيعي، م.س، ص:155.

³- المرجع نفسه، ص:155.

أنه: "وتعتبر أيضا باطلة وكان لم تكن الورقة الرسمية التي تتضمن تحفظا أو استرعاء.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد أزاح غطاء الشرعية عن توثيق مثل هذه الشهادات ومنع التعامل بشأنها ورتب على الورقة الرسمية المتضمنة لشهادة الاستحفاظ جزاء البطلان وجعلها عديمة الأثر.

المطلب الثاني: ماهية الرجوع عن الشهادة وجهته

أولا: تعريف الرجوع عن الشهادة

عرفه ابن عرفة بقوله: "انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه". قال الرصاع معلقا: "فليس الرجوع معناه عدول الشاهد وانتقاله إلى عدم الجزم بما شهد به أولا، كما أنه ليس معناه الجزم بنقيض ما شهد به، لأن انتقال الشاهد إلى نقيض ما شهد به أولا وجزم به يوجب تجريحه وتكذيبه"¹.

فالشاهد حسب تعريف ابن عرفة وإن رجع عن شهادته فهو ما زال شاكا ومرتابا في شأن حقيقتها، ولا يستطيع الجزم بكون الحق مع المشهود له أو المشهود عليه، فالصدق ما زال محتملا في شهادته الأولى كما أن عدم الصدق محتمل فيما رجع إليه².

ومن صور الرجوع عند المالكية ادعاء الشهود الوهم في الشهادة الأولى: كقولهم وهمنا بل هو هذا، والمعنى أن الشاهدين إذا شهد بحق على شخص عند القاضي ثم قالوا بعد الشهادة وقبل الحكم بشهادتهما وهمنا بل الحق إنما هو على

¹- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجنان-الطاهر المعموري، ج:1، ط:1، 1993، دار الغرب الإسلامي، باب الرجوع عن الشهادة، ص: 602.

²- العلي الحراق، التوثيق العدلي، ج:1، ص: 522.

الشخص لآخر غير الأول، سقطنا، أي الشهادة الأولى والثانية تسقط لاعترافهما
أنهما شهدا على الوهم والشك¹.

وقد ألحق المالكية المتأخرون إنكار الشهادة بالرجوع عن الشهادة وجعلوه من
صوره، ففي جاء في المعيار أن: "إنكار الشهود الشهادة يعد منهم رجوعا، والرجوع
عن الشهادة قبل الحكم يبطلها ولا إشكال في ذلك"².

ثانيا: الجهة التي يتراجع لديها الشاهد

الذي عليه العمل ونظمه صاحب العمل المطلق، هو أن الرجوع لا يشترط فيه
أن يتم عند نفس القاضي أو العدل، بل يمكن أن يرجع عند غيرهما، قال المحقق
السجلماسي³ في أرجوزته⁴:

وفي رجوع شاهد لا يُشترط العودُ عند الحاكم الذي فرط

¹- عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ج:7، باب الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص: 361.

²- العلي الحراق، ج:1، م.س، ص:528.

³- محمد بن أبي القاسم السجلماسي (1130هـ-1214هـ) ا

- أنظر: يونس العدلاني، طبقات الأصوليين بعدوتي المغرب والأندلس، دار الأمان، الرباط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص:454.

⁴- وهي أرجوزة في الفقه، جمع فيه بين النظم الأسبق المسمى معتمد الحكام في مسائل الأحكام وتكميل معتمد الحكام، فسماه التكميل والمعتمد وهو نظم في حوالي: 1506 بيت. أتم نظمه بالرباط، ولذلك اشتهر بالعمل الرباطي، وبالععمل المطلق. ثم شرحه بشرح سماه: "فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد.

قال السجلماسي شارحا¹: " لا يشترط في رجوعه يعني الشاهد أن يكون عند الحاكم الذي شهد عنده، وهو كذلك وبه العمل، وقيل لا يرجع إلا عنده لأنه عنده شهد وعنده يرجع.

وهذا الخلاف الدائر حول رجوع الشاهد هل يشترط أن يكون عند القاضي الذي شهد عنده أولا يشترط ذلك بل يكفي أن يكون عند قاض آخر أو عدلين؟ حكاة التسولي في شرحه² فقال: ...وظاهره أنه يعتبر رجوعه قبل الحكم ولو بعد الأداء، وهو كذلك إن رجع عند القاضي الذ أدى عنده اتفاقا، فإن رجع عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه، فقولان: بالقبول: وبه العمل". أي أن الأصل أن يرجع عند من أدى عنده شهادته بالاتفاق، وإذا رجع عند غيره فجرى العمل أن يقبل ذلك. والعمل القضائي في كثير من قراراته سار على أن الرجوع في الشهادة المؤداة أمام العدلين لا يمكن أن يكون إلا أمام القاضي أو أمام العدلين، وهذا ما كرسه اجتهاد قضائي لمحكمة النقض³ اعتبرت فيه محضر المفوض القضائي بتلقي رجوع بعض شهود رسم الارائة، لا تسقط به الوثيقة العدلية في ميدان الاثبات لكونه غير مختص في الاشهاد على الرجوع فيما شهد به الشهود في الوثيقة العدلية.

المحور الثاني: آثار الرجوع عن الشهادة على الوثيقة العدلية

¹- أبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي السجلماسي، فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر بكتاب العمليات العامة، ط:1، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290هـ، ص: 301 وما بعدها.

²- أبي الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة ج:1، م.س، ص: 174.

³- قرار عدد 1456، الصادر بتاريخ 29 مارس 2011، في الملف المدني عدد: 2064-3-1-2010، (المجلس الأعلى للسلطة القضائية-محكمة النقض-).

فصل الفقهاء أحكام رجوع الشاهد عن شهادته بين ما إذا كان رجوع الشاهد لا يتوقف الحكم على شهادته، وبين ما لو توقف عليه الحكم.

المطلب الأول: رجوع الشاهد الذي لا يتوقف الحكم على شهادته

فإذا رجع من يستقل الحكم بدونه أي من لا يتوقف الحكم على شهادته، فإن رجوعه لا يؤثر في الحكم، لأن الحكم سيصدر بناء على شهادة من بقي متمسكا بشهادته من الشهود¹. وهو ما قصده الشيخ خليل بقوله: "وإن رجع من يستقل الحكم بعدمه: فلا غرم"². أي فلا غرم على الشاهد الراجع للعلة السالفة. فمثلا: لو أن ثلاثة من العدول شهدوا بأن لشخص على آخر مبلغا من المال، ثم رجع واحد منهم على شهادته، فرجوعه هذا لا يعتبر ولا يؤثر، فيحكم بمقتضى شهادة العدلين الباقيين³.

فالعبرة إذن في رجوع الشاهد هنا باستقلال الحكم بدونه، حتى لا يتوقف الحكم على شهادته، فلا يكون لرجوعه أي أثر في الحكم ولو تراجع نصف الشهود، لأن الحكم سيصدر بناء على من بقي، وهذا ما كرسه العمل القضائي وأكدت عليه محكمة النقض في قرار لها⁴ لما عابت على القرار المطعون فيه ردها لدعوى الطاعنين

¹- محمد ابن معجوز، م.س، ص: 181.

²- الإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي المالكي، حاشية الخرخشي على مختصر العلامة الشيخ خليل، الجزء الثامن، تحقيق: زكرياء عميرات، باب الشهادة، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص: 101.

³- والفقهاء ضربوا أمثلة أخرى، منها لو شهد ستة من العدول بزنا شخص ثم رجع اثنان منهم عن شهادتهما، فرجعوهما لا يؤثر لوجود الأربعة الباقيين. والسبب واضح أن إقامة حد الزنا متوقف على أربعة شهود، فلا يؤثر رجوع اثنان. (حاشية الخرخشي، م.س، ص: 101).

⁴- قرار عدد: 363، الصادر بتاريخ 15 ماي 2018، في الملف المدني عدد: 2018-4-1-939، نشرة قرارات محكمة النقض -الغرفة المدنية- العدد: 39، ص: 111.

بعلة أن إدلاء المستأنف عليه برسم تراجع نصف شهود الاستمرار المستدل به...دون أن تستبين ما إذا كان ما بقي منهم يستقل به الحكم بتلفيقه باليمين متى كان لذلك محل، تكون قد عللت قرارها فاسدا وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض.

كما عابت على القرار المطعون فيه عدم اعتبار ما بيدهم من رسم استمرار تم تحريره من طرف عدلين ومذيل بخطاب القاضي ورغم استجماعه لشروط الملك، وأن ما دفع به المطلوب من تراجع بعض شهوده لا ينال من حجيته، ومن أخرى فالمطلوب لا صلة له بحجتهم ولم يثبت الضرر الذي لحقه منها، ومن ثالثة فقد جرى العمل القضائي على التساهل وقبول لفييف يضم بعض الشهود وهو ما عليه العمل الفاسي حين أورد:

وربما تساهلوا لما يقل كالعشر والثمان فيما لتشمل

وهو ما عليه قضاء محكمة النقض...وبالتالي فإن ما اعتمده المحكمة في قرارها غير سليم ولا مغلل بشكل كافي وسليم، مما يوجب نقضه".

فالقرار يكرس قاعدتين مهمتين هما:

- الحكم بسقوط الشهادة التي يتراجع شهودها، منوط بتوقف الحكم على شهادتهم، أما إذا استقل الحكم بدونهم فرجوعهم لا يؤثر في الشهادة.
 - العبرة في رجوع الشاهد بحصول الضرر متى كان ذلك: فمن الضوابط التي تسقط بها الشهادة بالإضافة إلى رجوع الشاهد الذي يتوقف عليه الحكم، بحيث لا يستقل الحكم إلا به، إلحاق الضرر بالمشهود عليه، أو حصول إتلاف لحقه، وهو ما جاء في حيثيات القرار: "ولم يثبت الضرر الذي لحقه منها".
- وإذا رجعنا لقرارات أخرى لمحكمة النقض، نجدها تسير في نفس المنحى وتكرس القاعدة ذاتها في عدم تأثير تراجع بعض الشهود في صحة الوثيقة العدلية،

حيث جاء في أحد قراراتها¹: "إن رجوع شاهدين من شهود اللفيف لا يؤثر في صحة عقد الصدقة عملا بمنابة العمل في العمل الفاسي:

وربما تساهلوا لما يقل كالعشر والثمان فيما لتشمل

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة²: "إذا كان عدد اللفيف يقدر باثني عشر شاهدا، وأن العمل جرى على التساهل فيما دون هذا العدد وقبول لفيف يضم ثمانية إذا حقت النازلة حصول العلم والتواتر".

كما أكدت في قرار آخر على أن رجوع شاهدين من شهود اللفيف لا يؤثر في صحته إذا يشمل الملف على ما يعزز تصريحات النافين من الشهود³.

المطلب الثاني: رجوع الشاهد الذي يتوقف الحكم على شهادته:

فصل الفقهاء القول في هذه الحالة وفق فرضيات ثلاث أشار إليها ميارة⁴ بإجمال في شرحه للتحفة نقلا عن ابن حاجب، وسنوردها مع شيء من التفصيل:

- الرجوع قبل الحكم:
- الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء -بعد التنفيذ-
- الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء -قبل التنفيذ-

¹- قرار عدد 168 الصادر بتاريخ 2007-03-21، في الملف الشرعي عدد: 2006-1-2-148، (أورده عادل حاميدي، م.س، ص: 285).

²- قرار عدد 25 المؤرخ في: 2006-01-18، ملف شرعي عدد: 2003-1-2-45، (أورده عادل حاميدي، م.س، ص: 290).

³- قرار عدد 168 الصادر بتاريخ 2007-03-21، في الملف الشرعي عدد: 2006-1-2-148، أورده عادل حاميدي، شهادة اللفيف وإشكالاتها الفقهية والقضائية، ط: 2023، مطبعة الأمنية، الرباط، ص: 288.

⁴- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن العاصم الأندلسي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ج: 1، فصل في مسائل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص: 107.

أولاً: رجوع الشاهد عن الشهادة قبل الحكم

1- ما جرى به العمل عند الفقهاء:

إذا أدى الشاهد شهادته بشيء، ثم رجع فيها قبل أن يصدر الحكم بمقتضاها وذكر خلافها، فالشهادتان معا تسقطان، لا الأولى التي رجع عنها، ولا تلك التي رجع إليها¹.

قال الوزاني في نوازه² جواباً على نازلة رجع فيها شهيدا الوصية عن شهادتهما قبل الحكم بها: "...فقد بطلت وبقيت بلا شهادة، بل لمجرد الدعوى فقط فلا تقبل". ثم استشهد بكلام الناظم³:

وراجع عنها قبوله اعْتَبِرْ ما الحكم لم يمضِ وإن لم يعتذر

ثم استرسل قائلاً أن: "النصوص في ذلك كثيرة وهي دالة على بطلان الوصية المشار إليها... والحاصل أنه لا عمل على تلك الوصية والله أعلم"⁴.

¹- محمد بن معجوز، م.س، ص: 181.

²- أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج:4، تحقيق: محمد السيد عثمان، نوازل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص:297.

³- أبو بكر بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام على مذهب الإمام مالك، المعروف بمتن العاصمية.

⁴- الوزاني، النوازل الصغرى، م.س، ص:297.

ونقل الوزاني فتوى للرهبوني لما سئل هل يؤدي الرجوع عن شهادته¹ فأجاب قائلاً: "...الحمد لله، لا أدب على الرجوع قبل وقوع الحكم بها...والله أعلم². ولعل العلة في عدم تأديب الشاهد في هذه الحالة هي مخافة أن يورث في ذلك لدى الشهود الخوف من الأدب الذي يلحقهم فيما إذا رجعوا، ما يحملهم على الاستمرار على الشهادة الأولى مع علمهم بعدم صحتها، وإلى ذلك أشار التسولي نقلاً عن أشهب وسحنون وقال وبه العمل³.

وجاء في المتيضية⁴: "وإذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم، وقال: شُبه علي فيما كنت شهدت به لم ينفذ الحكم بشهادته، ثم نظر، فإن كان عدلاً مأموناً قبل

¹- نص السؤال أن الرهبوني سئل عن شاهد كتب في الوثيقة أن فلاناً دفع لفلان كذا فنطاراً من حديد قائلاً: إن الحديد المذكور من مال الذي فلان.. الخ، ثم عطف آخر على شكله، ثم إن المشهود عليه تأمل الرسم فوجد الجملة المذكورة فأنكرها كل الإنكار وراجع الشاهدين، فثبت الكاتب على شهادته، ورجع العاطف عن الجملة المذكورة فقط، وذلك بعد أداء الشهادة لدى القاضي كتابة بطرف الرسم لا بحضوره لديه وقبل الحكم، فهل يلزمه لأجل رجوعه أدب قولاً أو فعلاً؟ وعن أداء الشهادة كتابة كما يفعل الشهود في هذا الزمان، هل له مدخل في الجواز أم لا يقبل إلا بحضوره مع نطقه أو إشارة مفهومة، جواباً شافياً.

- أنظر الوزاني، النوازل الصغرى، م.س، ص:292.

²- الوزاني، المرجع نفسه، ص:292.

³- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي(1258هـ)، البيهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي(829هـ)، ومعه حُلَى المعاصم لفكر ابن عاصم لمحمد التاودي، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ج:1، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، فصل في مسائل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص:174.

⁴- كتاب عظيم كبير مشهور في الوثائق، يُعرف باسم "المتيضية". وتمت إعادة تحقيقه في إطار مشروع انكب عليه مجموعة من طلبة الدكتوراه بكلية الشريعة بأكادير تحت إشراف ثلة من الأساتذة، وآخر سفر منه المتعلق بالقضاء إلى الشفاعة حققه الطالب إبراهيم بن سعيد وهو آخر طالب ناقش أطروحته يوم 29 دجنبر 2023، تحت إشراف الدكتور الحسن مكرز.

رجوعه، ولم يضر ذلك شهادته فيما يستقبل، وإن كان بغير هذه الصفة قبل رجوعه، لم تجز شهادته فيما يستقبل¹.

وتتمة لما سبق فرجع الشاهد قبل الحكم يسقط شهادته سواء أبدى الشاهد الراجع عن ذرا يبرر به رجوعه أم لم يبده، وهو ما قصده ابن عاصم بقوله: "وإن لم يعتذر".

وراجع عنها قبله اعتبر ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر

قال الكافي في شرحه²: "يعني أن الشاهد إذا شهد ورجع عن شهادته قبل رجوعه مدة عدم وقوع الحكم على مقتضى شهادته، اعتذر لرجوعه بنحو سهو، بل وإن لم يعتذر فتسقط شهادته ولا يلزمه شيء إلا إذا رجع عن شهادة الزنا فيحد حد القذف".

وهذا الذي قيل هو الذي عليه العمل، حيث جاء في العمل المطلق³ لمحمد بن أبي القاسم السجلماسي نقلا عن ابن فتوح في الوثائق المجموعة⁴: "إذا رجع الشاهد

¹- الإمام أبي الحسن علي بن إبراهيم المتيطي، النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، من أول كتاب الأفضية إلى نهاية كتاب الشفعة، تقديم وتحقيق، ج:2، إبراهيم بن سعيد، وحدة المذهب المالكي والتشريع المعاصر، كلية الشريعة أيت ملول، السنة الجامعية: 2022-2023، ص: 405.

²- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر بن عاصم الأندلسي، ط:3، 1401-1981، مطبعة دار الفكر، ص:33.

³- محمد بن أبي القاسم السجلماسي، فتح الجليل الصمد، م.س، ص: 302 وما بعدها.

⁴- هو عبد الله بن فتوح بن موسى بن عبد الواحد أبو محمد البونئي(ت462هـ)، وكتابه «الوثائق المجموعة» هو أحد أهم الكتب الجامعة بين الوثائق والأحكام، وكتب محاضر القضاة وسجلاتهم؛ وقد جمع فيه مؤلفه أربعة كتب من كتب أمهات الوثائق والأحكام التي كان عليها معول القضاة والمفتين، وهي: وثائق موسى بن أحمد الوند (ت377هـ)، ووثائق أبي محمد بن أبي زمنين (ت399هـ)، ووثائق ابن العطار (ت399هـ)، ووثائق ابن الهندي (ت399هـ).

عن شهادته قبل الحكم وقال شبه علي فيما كنت شهدت به، لم ينفذ الحاكم شهادته، ثم نظر فإن كان عدلا مأمونا قبل رجوعه ولم يضر ذلك بشهادته فيما يستقبل وأدب. وقال سحنون: لا أرى أن يؤدب لأن ذلك داعية إلا أن لا يرجع أحد عن شهادته وبذلك مضى العمل. وإلى ذلك أشار صاحب العمل المطلق أرجوزته:

والعدلُ مهْمًا عن شهادة رجع للعدرِ والحكمُ بها ما إن وقع

لم يستحقَّ أدبا وتُقبل منه الشهادة لما يُستقبل

وما جاء في العمل المطلق، من عدم تأديب الشاهد الراجع عن شهادته، هو ما ساقه صاحب المتيضية¹ رواية عن ابن عبد الحكم وأشهب وسحنون أنه لا يؤدب، لأن أدبه داعية إلى أن لا يرجع أحد عن شهادته، وقال: وبه مضى العمل.

أما إذا كان الشاهد الراجع شاهد زور فقد حكى صاحب العمل المطلق روايتان فقال²: "وإذا قال شهدت بزور قبل الحكم بشهادته، فإنه تسقط شهادته في ذلك وفيما يستقبل ويؤدب ولا تقبل له توبة أبدا لأن توبته سر وعلى ذلك مضى العمل. وروى أبو زيد أنه تقبل شهادة شاهد الزور إذا تاب وحسنت حاله وعلم أنه تزيد في الخير ولم يصحب هذه الرواية عمل والأول أصح ويؤدب على ما يراه القاضي في الرواية الأولى ويطلق به في المجالس.

وفي المتيضية: قال مالك: "إذا ظهر على شاهد الزور ضربه الإمام وطاف به في المجالس، ولا تقبل له شهادة وبذلك مضى العمل³.

فالعمل إذن جار على أن يؤدب شاهد الزور الذي يرجع عن شهادته قبل الحكم بشهادته، وتسقط شهادته فيما شهد به وفيما يستقبل.

¹- المتيضي، النهاية والتمام، ج:2، م.س، ص: 405.

²- محمد بن أبي القاسم السجلماسي، فتح الجليل الصمد، م.س، ص: 302 وما بعدها.

³- المتيضي، النهاية والتمام، ج:2، م.س، ص: 406.

2- ما جرى به العمل القضائي في تراجع الشهود قبل الحكم:

إن ما قرره الفقهاء بشأن تراجع الشهود عن الشهادة قبل الحكم، هو عينه ما سار عليه العمل القضائي المغربي، الذي دأب على الإحالة على الفقه المالكي والاعتماد عليه في صياغة الأحكام وحيثياتها، ولكن هذا ليس على إطلاقه وإنما لآبد من الحكم بالمشهور أو الراجح أو ما جرى به العمل داخل المذهب المالكي، وهو ما كرسته وأكدت عليه محكمة النقض في إحدى قراراتها لما عابت على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتمادها على حيثيات قرار للمجلس الأعلى لم يحكم بالمشهور داخل المذهب حيث جاء فيه¹:

"إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتمدت أساسا بالقول بصحة الإرائة المدلى بها من طرف المطلوب على ما ساقته من علل قرار المجلس الأعلى عدد 319 ضمنها ما نسبته للتسولي في شرح البهجة على التحفة من أقوال، مع العلم أن نسبة هذه الأقوال للتسولي محرفة وغير صحيحة، ذلك أن شراح التحفة ومحشها لم يقيدوا رجوع الشاهد في شهادته ولو طال، مادام واقعا قبل وقوع الحكم وصيرورته نهائيا، وأن القضاة محجر عليهم الحكم إلا بالمشهور أو الراجح أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي..."

وهكذا فمن القرارات القضائية الصادرة في رجوع الشهود عن الشهادة قبل

الحكم، ما يلي:

¹- قرار عدد: 1382، المؤرخ في: 09-04-2008، ملف مدني عدد: 1-1-3413-2015، منشور بالموقع الإلكتروني للأستاذ أزوكار للمحاماة، <https://ca-azouggar.ma>، تاريخ الزيارة: 2025/04/11

ما جاء في قرار للمحكمة الابتدائية¹ الذي التمس فيه المدعين ابطال رسم الملكية، بسبب تراجع بعض شهود اللفيف الذي أسس عليه بعلة الشك والارتياب، وقد بنى القرار القضائي حكمه على حيثيات استند فيها للفقهاء الإسلاميين وما جرى به العمل حيث جاء فيه:

"وحيث إن القواعد المعمول بها بخصوص الرجوع في الشهادة غير منظمة ضمن ق.ل.ع الأمر الذي يحيلنا على المقتضيات الفقهية ولاسيما الراجح والمشهور وما جرى به العمل من فقه الامام مالك.

وحيث إن المعمول به فقها أن الشاهد الذي يتوقف عليه الحكم إذا أدى شهادته بشيء ثم رجع فيها قبل أن يصدر الحكم بمقتضاها فإن شهادته تسقط ولا يحكم بها عند عامة أهل العلم سواء أبدى الشاهد الراجع عذرا يبرر به رجوعه، كأن يقول أنني غلطت أو حصل لي سهو أو لم يعتذر بشيء، ولا يؤدب الشاهد الذي يرجع عن شهادته لأنه لو أدب لخاف الشهود من الأدب الذي يلحقهم فيما إذا رجعوا فيستمرون على الشهادة الأولى مع أنها غير صحيحة.

(البهجة في شرح التحفة 1/301 نقلا عن سحنون وأشهب وقال أن به العمل)

وحيث إن هذا ما لخصه المتحف في قوله:

وراجع عنها قبوله اعتبر ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر

ونص العلامة التسولي نقلا عن ابن باجي أن العمل جرى بسقوط شهادته سواء رجع عند القاضي الذي أدى عنده أو عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بسيدي بنور، ملف ابتدائي رقم: 225/2009، بتاريخ: 25-12-2012، منشور في أحكام في المادة العقارية، المعهد العالي للقضاء، ص: 45.

وحيث إن مناط سقوط الشهادة في هذا الباب هو الاسترابة التي تطل الشهادة وتنتقل بالتالي إلى اللفيف الذي أسس على شهادات تراجع بعض أصحابها عن محتواها جملة، الشيء الذي يصدق على شهادة الملكية المطعون في صحتها بمقتضى هذه الدعوى، إذ لا قضاء بمستراب، ذلك أن تراجع الشهود الثلاثة عن شهادتهم المضمنة برسم الملكية وعدم تعويضهم يجعل اللفيفية محل شك واسترابة تمنع من القضاء بها، وهذا ما درج عليه قضاء محكمة النقض-لمجلس الاعلى سابقا - في العديد من قراراته.

وحيث علل المدعين طلبهم أعلاه بكون أصل الملك الذي اعتمد في ابرام الشراء المذكور هو رسم الملكية الذي سقط عن درجة الاعتبار لتراجع شهوده وأن ما أسس على الباطل فهو باطل.

وحيث أن مناقشة الطلب المذكور تستدعي تأصيل المسألة من الناحية الفقهية والقانونية ذلك أن سقوط رسم الملكية عن درجة الاعتبار لتراجع شهوده لا يستتبع حتما التصريح ببطلان رسم البيع الذي أسس على الملكية المذكورة، بل يجعله فقط بيعا مجردا من أصل التملك، ومعلوم أن البيع، وأن افتقد لأصل التملك، فإنه يظل صحيحا فقها وقانونا ومنتجا لكافة آثاره على الأقل بين عاقيه لاسيما وأن المشتري في نازلة الحال، حازت مشتراها عقب التعاقد.

وحيث إن مخاصمة المشتري الحائز من قبل الغير لا يتصور قيامها إلا عن طريق ادعاء هذا الغير استحقاقه العقار المبيع حتى يلجأ بسبب تلك المنازعة إلى الترجيح بين حجة طالب الاستحقاق والمشتري.

وحيث إن المحكمة لا يمكنها اللجوء تلقائيا إلى هذا الترجيح مادام أن المدعين اكتفوا في طلبهم بالتصريح بإبطال رسم الشراء دون طلبهم استحقاق العقار أولا،

مما يعتبر معه هذا الشق من الطلب غير مؤطر التأطير السليم ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبوله. وحيث ارتأت المحكمة تطبيقا لمقتضيات الفصل 124 من ق م م تحميل الطرفين الصائر مناصفة بينهما نظرا للاستجابة لطلب المدعين في شق ورفضه في الشق الآخر.

لهذه الأسباب أصدرت المحكمة وهي تبت في قضايا العقار بجلستها العلنية ابتدائيا وبمثابة حضوري الحكم الآتي نصه:

أولا في طلب التصريح ببطلان رسم الملكية: بقبوله شكلا، وموضوعا الحكم بعد صحة رسم الملكية.

في طلب بطلان رسم الشراء، بعدم قبوله.

فالمحكمة هنا حكمت بعدم صحة رسم الملكية، لتراجع بعض شهوده قبل الحكم.

ثانيا: رجوع الشاهد عن الشهادة بعد الحكم وبعد التنفيذ:

1- ما جرى به العمل عند الفقهاء:

إذا رجع الشاهد عن شهادته بعد الحكم بمقتضى تلك الشهادة، وبعد تنفيذ ذلك الحكم أيضا، فإن الحكم لا ينقض، ولا يقبل من الشاهد رجوعه بعد صدور الحكم وتنفيذه، وشهادته الأخيرة التي رجع إليها باطلة، أما بالنسبة لغرم الشاهد الراجع عن شهادته فقد فصل ابن الناظم بين ما إذا كان شاهد زور من عدمه فعلى الأولى يغرم اتفاقا، في حين حكى الخلاف داخل المذهب إذا لم يتعلق الأمر بشهادة الزور فقال:

وإن مضى الحكم فلا واختلفا في غرمة لما بها قد أتلفا
وشاهد الزور اتفاقا يغرمه في كل حال والعقاب يلزمه

قال الكافي¹: "إن رجوع بعد مضي الحكم ووقوعه فلا يقبل رجوعه، واختلف في غرمه ما أتلفه بشهادته، فقال ابن القاسم وأشهب يغرمه، وقال ابن الماجشون لا يغرمه. وشاهد الزور يغرم ما أتلفه بشهادته اتفاقاً في كل حال سواء كان المتلف بشهادته مالا أو دماً". وشاهد الزور كما عرفه ابن عرفة² هو: "الشاهد بغير ما يعلم عمداً، ولو طابق الواقع، كمن شهد بأن زيداً قتل عمرًا، وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله...".

وأما التأديب: فقال ابن الناظم³ في شرحه على التحفة: "قال سحنون: اختلف أصحابنا في رجوع البينة بعد الحكم فقالوا: إن قالوا وهمنا وشبه علينا غرم عليهم ولا أدب، وإن قالوا زورنا، غرموا ما أتلفوا وأدبوا...⁴.

فهو ميز بين ما لو كان للشاهد الراجع عذر فلا يؤدب وإنما يكتفى بتغريمه، وبين ما لو كان متعمداً فيكون شاهد زور فيؤدب ويُغرم. بل روي عن أشهب⁵ أنه يُقتص منه ويلزمه العقاب، ولا تقبل شهادته بعد ذلك ولو تاب وحسنت توبته. وهذا على قول أشهب، أما الراجح أنه لا يقتص من شاهد الزور سواء في الخطأ أو العمد، وإنما يكتفى بالتأديب، وعلة ذلك وجود شبهة تدرأ الحد عنهما، وهي

¹- محمد بن يوسف الكافي، المرجع نفسه، ص: 34.

²- شرح حدود ابن عرفة باب في شاهد الزور، ط: 1، 1993، ص: 577.

³- القاضي أبي يحيى محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي (857هـ)، شرح ابن الناظم على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام "العاصمية"، لوالده أبي بكر محمد بن عاصم (829هـ)، تحقيق: محمد سالم هاشم، ج: 1، باب الشهود وأنواع الشهادة وما يتعلق بذلك، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص: 279.

⁴- وحكي قولاً ثالثاً فقال: "قال آخرون يغرمون ما أتلفوا في العمد والوهم والشك ويؤدب المتعمدون".

⁵- أنظر محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م. س، ص: 34.

احتمال كونهما كاذبين في رجوعهما، ويعضد هذا ما جاء في أسهل المدارك¹: "وإن رجع بعد الحكم لم ينقض الحكم باتفاق الأئمة الأربعة، ويلزم الشاهد ما أترف بشهادته إذا أقر أنه تعمد الزور، ثم إن شهادته التي رجع عنها بعد الحكم إن كانت في مال لزمه غرمه، وإن كانت في دم لزمه غرم الدية في الخطأ والعمد²". فهنا تم الاقتصار على غرم الدية في الدماء سواء كان في الخطأ أو العمد، وعللة الاقتصار على الدية دون القصاص على من يراه، هي الشبهة التي تمت الإشارة لها.

وجاء في التكميل والمعتمد المشهور بالعمل المطلق أو العمل الرباطي، لمحمد بن أبي القاسم السجلماسي:

فإن يكن هذا الأخير قد رجع بعد القضاء بشهادته مـ غ
شاهد آخر مضى الحكم ولم يُفسخ ونصف ما به القاضي حكّم
يغرّمه الراجع للذّ قُضيا عليه إذ بالشّاهدين ابْتِنْيَا

قال محمد بن أبي القاسم السجلماسي في شرحه³ على الأرجوزة نقلا عن ابن فتوح في الوثائق المجموعة⁴:

¹- أبوبكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج:2، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، كتاب الأفضية وما يتعلق بها، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص:299.

²- علة الاقتصار على الدية دون القصاص على من يراه، هو وجود شبهة تدرأ الحد عنهما، وهي احتمال كونهما كاذبين في رجوعهما.

³- أبي عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي، فتح الجليل الصمد م.س، ص: 301 وما بعدها.
⁴- هو عبد الله بن فتوح بن موسى بن عبد الواحد أبو محمد البونقي (ت462هـ)، وكتابه «الوثائق المجموعة» هو أحد أهم الكتب الجامعة بين الوثائق والأحكام، وكتب محاضر القضاة وسجلاتهم؛ وقد جمع فيه مؤلفه أربعة كتب من كتب أمهات الوثائق والأحكام التي كان عليها معول القضاة والمفتين، وهي: وثائق موسى بن أحمد الوند (ت377هـ)، ووثائق أبي محمد بن أبي زمنين (ت399هـ)، ووثائق ابن العطار (ت399هـ)، ووثائق ابن الهندي (ت399هـ).

وإن كان رجوع الذي قال شبه علي -أي اعتذر ولم يتعمد- بعد الحكم نفذ الحكم ولم يفسخ ولم يكن عليه شيء. وإذا قال الشاهد بعد الحكم أنه شهد بزور فإن كان نفذ الحكم بشهادته وشهادة آخر معه فإنه يؤدب على ما تقدم ويضمن نصف المال الذي قضي فيه بشهادته وشهادة صاحبه ويمضي الحكم لمن حكم له به ولا يفسخ وتسقط شهادته فيما يستقبل ويضمن نصف المال الذي حكم فيه بشهادته وبه مضى العمل...

وساق قول مالك في شاهد الزور: إن ظهر عليه، ضُرب وطيف به في المجالس، قال ابن القاسم يعني المساجد، وقال عمر بن عبد العزيز: يضرب أربعين ويطاق به. قال ابن القاسم وابن نافع عن مالك: ولا تقبل له شهادة أبدا وإن تاب، وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنها تقبل إذا تاب وحسنت حاله وبالأول العمل "أي: قول ابن القاسم"¹.

وهكذا فالعمل جرى على أنه إذا رجع بعد الحكم فلا ينقض الحكم ويغرم ما أتلف بشهادته وترد شهادته فيما يستقبل وإن اشتبه عليه، ويؤدب شاهد الزور ولا تقبل له شهادة أبدا وإن تاب.

2- ما عليه العمل القضائي في تراجع الشهود بعد الحكم:

ما جرى عليه عمل الفقهاء هو ما سار عليه العمل القضائي وقررته محكمة النقض في كثير من قراراتها، فبالرجوع لحيثيات قرار لمحكمة النقض قضى بتأييد

¹- أبي عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي، فتح الجليل الصمد م.س، ص: 301 وما بعدها.

الحكم المستأنف القاضي برفض طلب إلغاء رسم الإرث لعلّة تنازل شاهد حيث جاء فيه¹:

"لكن ردا على ما ورد في الوسيلة المستدل بها للنقض فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قدرت مختلف وثائق الملف المعروضة عليها ورجحت الإرث التي أقامتھا المطلوبة في النقص على الإرث التي أقامتھا الطاعنة لكونها مثبتة وشاملة لجميع الورثة ولم تأخذ بتنازل الشاهد بومهدي بن حمو بعد أداء شهادته بصفة شرعية ولكون تنازله جاء بعد صدور الحكم الابتدائي استنادا إلى ما هو مقرر فقها من أن رجوع الشاهد عن شهادته بعد الحكم لا يبطلها، كما نصت المحكمة في قرارها على أن قرابة بعض شهود الإرث بالمشهود لها لم يثبت بأسباب تجريح شرعية وبذلك تكون قد ردت على دفع الطاعنة وعللت قرارها بما فيه الكفاية..".

وفي قرار آخر لمحكمة النقض² قضى بتأييد الحكم المستأنف، ورفض الطلب بإسقاط رسم إرث لرجوع شهودها عن شهادتهم بعد الحكم، ذلك أن الرجوع عن الشهادة منوط بعدم مضي الحكم أي وقوعه، كما أشار إلى ذلك التسولي في شرح البهجة على التحفة بقوله: أي رجوع الشاهد معتبر مدة كون الحكم لم يقع وأكد ذلك التاودي في حاشيته في معرض شرحهما لقول الناظم:

وراجع عنها قبوله اعتُبر ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر

¹ - قرار عدد: 103، المؤرخ في: 14-02-2007، ملف شرعي عدد: 506-2-1-2006، منشور بالموقع الإلكتروني للأستاذ أزوكار للمحاماة، <https://ca-azouggar.ma>، تاريخ الزيارة: 11/04/2025 10:46 م

² - قرار عدد: 1382، المؤرخ في: 09-04-2008، ملف مدني عدد: 3413-1-1-2015، منشور بالموقع الإلكتروني للأستاذ أزوكار للمحاماة، <https://ca-azouggar.ma>، تاريخ الزيارة: 11/04/2025 10:46:05 م

وإن مضى الحكم فلا واختلِفَا في غَرْمه لما بها قد أُتْلِفَا

أما بعد وقوع الحكم ينفذ ويمضى وتبطل الشهادة للشاهد، الأخيرة التي رجع إليها... وأنه لما كان الأمر كذلك، فإن الإراثة المقامة من طرف الحفيظي التهامي عدد 50 تكون صحيحة، ونتيجة لما ذكر يكون القرار معللا تعليما سليما وصحيحا وغير خارق للمقتضيات القانونية المستدل بها.

المحكمة تأخذ بالمشهور وما عليه العمل، وهو ما أكده العمل القضائي في كثير من قراراته، وبالتالي

ثالثا: رجوع الشاهد عن الشهادة بعد الحكم وبعد التنفيذ:

أما إذا رجع الشاهد عن شهادته بعد الحكم وقبل التنفيذ، فإذا كان المشهود به مما يوجب حدا أو قصاصا، فالشهادة تسقط ويلغى الحكم تبعا لذلك، ولا ينفذ. وإذا كان المشهود به مالا فلا تسقط الشهادة الأولى، ولا يلغى الحكم وإنما ينفذ على المحكوم عليه، وبالتالي يحق للمحكوم عليه أن يرجع على الشاهد أو الشهود الراجعين بما أدى بسبب شهادتهم على التفصيل الذي ذكر في الحالة السابقة¹.

¹- أنظر: - ابن معجوز، م.س، ص: 186.

- أبو عبد الله المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ج:1، م.س، ص:107.

خاتمة

بعد استعراض ما درج عليه الفقهاء وعملهم، وما سار عليه العمل القضائي، رأينا كيف أن العمل القضائي لا يحيد عن الحكم بالمشهور أو الراجح أو ما جرى به العمل في الفقه المالكي، وهو ما تواتر عنه في قرارات قضائية وقفنا على بعضها. ومما سبق ظهر لنا أن تأثير رجوع الشهود على الوثيقة العدلية، يختلف بين ما كان ذلك التراجع تم قبل الحكم أو بعده، فعلى الأولى يحكم بعدم صحة تلك الوثيقة، فيما يمضي العمل بها إذا تم الحكم بمقتضاها. لكن هناك من الفقه¹ من يرى أن ربط مسألة الرجوع عن الشهادة بصدور الحكم بها من عدمه مسألة تحتاج لمراجعة في زماننا وفي ظل الأوضاع الجاري بها العمل في ظل التوثيق العدلي، فالوثيقة العدلية تنتج أثرها ابتداء من اليوم الذي تلتقيت فيه، ومن ساعتها تترتب عنها التزامات مالية عامة وخاصة، ولا يتوقف تنفيذها في الأحوال العادية على حكم القاضي، وبالتالي فربط الرجوع عنها بصدور حكم القاضي والحالة هذه أصبح غير ذي جدوى عموماً، خصوصاً أن الحكم القضائي في وقتنا هذا لا يصير نهائياً إلا بعد قطع مراحل وسلوك مساطر متعددة وانتظار مدة زمنية معتبرة.

ولأجل ذلك يدعو هذا الفقه إلى ربط مسألة رجوع الشهود عن شهادتهم أو إنكارهم لها، بما إذا ترتب عنها إتلاف مال أو تفويت حق للمشهد عليه، أو لم يترتب عنها شيء، فإذا تراجعوا بعد حصول الإتلاف ولحوق الضرر بالمشهود عليه كيفما كان نوع الضرر فإنه ينبغي تأديبهم وتغريمهم ما فات عنه، سواء وقع الحكم بشهادتهم أو لم يقع، رفع الأمر إلى القضاء أو لم يرفع، وذلك فيما إذا تبين أنهم

1- العلي الحراق، ج:1، م.س، ص: 526.

تلاعبوا بشهادتهم ورجوعهم عنها ، أما إذا تبين أن الأمر فعلا اشتبه عليهم ، ولم يكن في وسعهم عادة التأكد من حقيقة ما شهدوا به أو تراجعوا عنه بعد ذلك ، فإنهم عندئذ لا يؤدبون ولا يغرمون ؛ وكذلك إذا أشكل الأمر ولم يتحقق من أمرهم ، وهذا فيما إذا كان الرجوع قبل وقوع الحكم بشهادتهم ، أما إذا تأخروا بالرجوع إلى ما بعد الحكم والاستيفاء فالتأديب والتغريم أولى وأخرى".

وهذا الذي أشار إليه ، فصل فيه الفقهاء القول تفصيلا ، وذلك عند حديثهم عن غرم الشاهد سواء في الأموال ، أو الدماء ، وقد سقنا بعضا من شواهد في المتن ، وبالتالي فهذا لن يخفى على القاضي وهو يبت في القضية ، فإذا تبين له حصول الضرر ولحوقه فحتما سيحكم بالتعويض للطرف المتضرر ، وفي النفس الوقت يحكم على ذوي سوء النية متى ظهر أنهم كانوا شهدوا بسوء نية ، أو كان تراجعهم تم بسوء نية ، وربما هذا الذي جنح إليه المشرع الجنائي لما ربط رجوع الشاهد عن شهادته ، ومنها الشهادة التي يؤديها عند العدل مع شهود اللفيف ، بما إذا ترتب عن شهادته ضرر للغير أو لم يترتب ، حتى لو كان التراجع قبل الحكم. حيث نص في الفصل 355 من القانون الجنائي على أنه:

"يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم كل شخص ليس طرفا في المحرر ، أدلى أمام العدل بتصريحات يعلم أنها مخالفة للحقيقة".

كما أنه يتمتع بعذر معف من العقوبة بالشروط المشار إليها في الفصول من 143 إلى 145 من كان أدلى بصفته شاهدا أمام العدل بتصريح مخالف للحقيقة ، ثم عدل عنه قبل أن يترتب عن استعمال المحرر أي ضرر للغير وقبل أية متابعة ضده".

أشار تراجع الشهود على الوثيقة العدلية ----- ذ/د.عبلا بن اعرامو

وفي انتظار الإفراج عن قانون اللفيف، لا يسعنا إلى تجديد الدعوة للمشرع المغربي للضرب بيد من حديد على كل من تبين سوء نيته في استغلال شهادة اللفيف لإسقاط الحقوق وأداء الشهادة زور.

لائحة المراجع

- أبو بكر بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام على مذهب الإمام مالك، المعروف بمتن العاصمية.
- أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج:2، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، كتاب الأفضية وما يتعلق بها، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسوي(1258هـ)، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي(829هـ)، ومعه حُلَى المعاصم لفكر ابن عاصم لمحمد التاودي، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ج:1، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، فصل في مسائل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأصفان-الطاهر المعموري، ج:1، ط:1، 1993، دار الغرب الإسلامي، باب الرجوع عن الشهادة.
- أبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي السجلماسي، فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشتهر بكتاب العمليات العامة، ط:1، مطبعة الدولة التونسية المحروسة، 1290هـ.
- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن العاصم الأندلسي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ج:1، فصل في مسائل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج:4، تحقيق: محمد السيد عثمان، نوازل الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- الإمام أبي الحسن علي بن إبراهيم المتيطي، النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، من أول كتاب الأفضية إلى نهاية كتاب الشفعة، تقديم وتحقيق، ج:2، إبراهيم بن سعيد، وحدة المذهب المالكي والتشريع المعاصر، كلية الشريعة أيت ملول، السنة الجامعية: 2022-2023.

- الإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي المالكي، حاشية الخرشبي على مختصر العلامة الشيخ خليل، الجزء الثامن، تحقيق: زكرياء عميرات، باب الشهادة، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، ط:1، 2015، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط.
- عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ج:7، باب الشهادات، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- العلي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، ج:1، طبعة 2009، مكتبة دار السلام، الرباط.
- القاضي أبي يحيى محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي (857هـ)، شرح ابن الناظم على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام "العاصمية"، لوالده أبي بكر محمد بن عاصم (829هـ)، تحقيق: محمد سالم هاشم، ج:1، باب الشهود وأنواع الشهادة وما يتعلق بذلك، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- محمد ابن معجوز، وسائل الاثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، 1404-1984، مكتبة دار الأمان، الرباط.
- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، ط:2، 2015، مكتبة المعرفة، مراكش.
- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر بن عاصم الأندلسي، ط:3، 1401-1981، مطبعة دار الفكر.

المنازعة في عقود التبرع لانتفاء شرط الحوز

د/جمال عابد

أستاذ محاضر بالكلية المتعددة التخصصات بتارودانت - جامعة ابن زهر

ذ/سعيد ترحوت

محام متمرن بهيئة أكادير، وباحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر.

حسم المشرع المغربي إجراءات توثيق التصرفات الواردة على العقارات، بمقتضى المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية؛ لما اشترط صياغتها في محررات رسمية يوثقها السادة العدول أو الموثقون، أو في محررات ثابتة التاريخ يحررها المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض.

وقيد المشرع شكلية توثيق عقدي الهبة والصدقة؛ إذ خصص الجهات المكلفة بتوثيقها في العدول والموثقين، واستثنى منها المحررات الثابتة التاريخ. على اعتبار أن الهبة بشكل خاص هي من أخطر التصرفات الناقلة للملكية.

وتعتبر الهبة إحدى صور التبرعات وأهمها، وعليها تقاس أحكامها-خاصة هبة العقار-. كما ان النزاع بشأنها مطروح بشدة على أنظار القضاء وذلك نظرا للمنازعات المثارة بشأنها إما بسبب صورتها أو ما يتعلق بمبطلاتها أو بممارسة حق الرجوع فيها.

هذا، وإن الإقدام على هذا النوع من التصرفات تؤدي بلا شك إلى افتقار ذمة الواهب من جهة، وحرمان ورثة الواهب من حقهم في الإرث من جهة ثانية. لذلك كان للحوز مكانة هامة في تقرير صحة التبرعات فضلا عن عدم وجود مانع يحول دون إبرامها. ولذلك كان توثيقها يستدعي الإلمام بأحكام الهبة في الفقه المالكي والقانون

الوضعي، خاصة وأن الحقوق العينية استقت أحكام عقد الهبة من الفقه الإسلامي ومن الاجتهاد القضائي.

فالهبة من حيث تنظيمها عدها المشرع إحدى أسباب اكتساب الملكية، وأحاطها بضمانات خاصة، بعدما كانت خاضعة لأحكام الفقه المالكي وأفرد لها 17 مادة في مدونة الحقوق العينية (من المادة 273 إلى المادة 289)، وإن ما يهمننا بالدراسة نقطتين أساسيتين: الأولى تتعلق بمسألة الحوز أو قبض الهبة ودورها في تقرير صحة التصرف. والثانية تتعلق بشكلية إبرام عقد الهبة وأهمية الرسمية في توثيقها وأثرها على انتقال الملكية.

بخصوص النقطة الأولى سيكون منطلق الدراسة فيما التطرق لمصطلح الحوز من حيث مفهومه والحكمة من تقريره. ثم التطرق إليه من الناحية التشريعية والإشارة إلى حالات الحوز في كل من العقار المحفظ وغير المحفظ وفي طور التحفيظ وبعض الإشكالات المثارة في هذا الصدد.

أما بخصوص النقطة الثانية ستعالج شكلية إبرام عقد الهبة وأهمية الرسمية في توثيقها وأثر ذلك على انتقال الملكية، لكون الهبة يكون مدخل المنازعة فيها في بعض الأحيان انطلاقاً من المحرر نفسه، أو بمعنى آخر من خلال الصيغة التي وثق بها من له صلاحية التوثيق واقعة الحوز: بناء على اعتراف طرفي العقد فقط؟ أم بمعاينة محرري العقد. كما يختلف توثيق واقعة الحوز باختلاف محل الهبة هل هو من العقارات العارية أم العقارات المخصصة للسكن.

الفقرة الأولى: أحكام حوز الهبة في الفقه والقانون

استهلت المادة 273 من مدونة الحقوق العينية تعريف الهبة بكونها: "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض". والملاحظ

أن المشرع قد أخرج هبة المنقول من أحكام هذه المادة¹ وحصر الهبة في العقود الواردة على العقار.

وعقد هبة عقار نموذج لعقود التبرع التي تحظى بأهمية خاصة في نفوس المغاربة باعتبارها من العقود ذات الطابع الديني. فقد ظلت في تنظيمها خاضعة لقواعد وأحكام الفقه الإسلامي المستنبطة من الراجح والمشهور وما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك². وهي تبرع تحتاج إلى توثيقها من أجل إثباتها³، لأن الأصل في نشوء عقود التبرع عموماً هو الرضائية وهو الحكم العام الذي تبني عليه العقود في

¹- فهولاً يصح الدفع بأن مصطلح الهبة الوارد في هذه المادة هو مصطلح شامل لهبة الاعيان والمنافع، لأن هذه المادة اعتدت بالهبة في معناها الخاص والدقيق، أي هبة الأشياء والحقوق العقارية في ملكيتها التامة الجامعة للتصرف والاستعمال والاستغلال، لا مجرد الانتفاع بها، بدليل أن مدونة الحقوق خصصت أحكاماً مستقلة لهبة المنافع تحت اصطلاحات فقهية محددة في المذهب كالحبس "الوقف" والعمري ... لكن يهتدى على كل حال بالقواسم المشتركة والأحكام العامة الجارية بينها فيما لم يرد به نص خاص، باعتبار عموم اللفظ في الهبة.

- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، مطبعة المعارف الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2015، ص 20.

²- وهو ما أحالت عليه المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية بنصها: "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص خاص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

بهذا الخصوص يراجع: رشيد لعنّب: الإحالة على الفقه المالكي في ضوء مدونة الحقوق العينية، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، الطبعة الأولى 2016.

³- المصطفى طایل، توثيق الهبة بين الرسمية والعرفية، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف ماستر قانون العقار والتعمير بרחاب كلية متعددة التخصصات الناظور في موضوع: "الأمن التعاقدى وفق التشريع المغربي، منشورات دار الأفاق، طبعة 2019، ص 113.

ظل أحكام الفقه الإسلامي¹. إلا أن خطورة الإقدام على مثل هذه التصرفات وآثارها السلبية على الذمة المالية للواهب ولخلفه العام تم النص على رسمية عقد الهبة. وتوخى المشرع من وراء ذلك تلافي النزاعات التي تثيرها العقود العرفية، والتي غالبا ما يكتنفها اللبس والإبهام من خلال افتقارها إلى تعداد عناصر العقد الأساسي، كذكر مدخل تملك الواهب ووصف الشيء الموهوب وصفا نافيا للجهالة، فيصبح ذلك مدعاة للمشاحنات والنزاعات التي أثقلت كاهل القضاء بسبب هذا النوع من العقود المحررة من طرف أشخاص غير مؤهلين لتوثيق هذا النوع من التصرفات القانونية². إذن، فالهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، ونظرا لأهميتها وما ينطوي عليها من مخاطر كما ذكر، فإن المشرع لم يكتف بمجرد التراضي، أي تبادل الإيجاب والقبول، بل استلزم ضرورة إفراغ هذا التراضي في الشكل الذي رسمه المشرع بمقتضى المادة 274 من مدونة الحقوق العينية³. وهو اعتماد التوثيق الرسمي، وبذلك لم يأخذ

¹ - فالعقد الذي تكسب به الملكية يعتبر ناقلا لها إلى المتصرف إليه بتراضي الطرفين وتعبيرهما عن إرادتهما بما يدل على النقل وهو في العقارات والحقوق العينية العقارية يقترن بشرط شكلي هو تحرير العقد كتابة في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، خلاف الشريعة الإسلامية التي ينعقد بها العقد بما يدل على الرضا، ففي مختصر خليل: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة"، فالمعتبر في انعقاد كل عقد حصول ما يدل على معناه لا وروده في صيغة مخصوصة.

انظر: محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، طبعة 2016، ص 323.

² - سلمى التزني، الهبة في أحكام الفقه المالكي إلى مقتضيات التشريع الوضعي، مجلة القضاء والقانون، العدد 161- سنة 2012، ص 119.

³ - جاء في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيابة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن الحيابة الفعلية وعن إخلائه".

المشرع المغربي بالقاعدة المنصوص عليها في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي تخول توثيق التصرفات العقارية إما في شكل محرر رسمي أو محرر عرفي¹. بالإضافة إلى توفر شرط الحوز.

فبالرغم من انعقاد التبرع بالإيجاب والقبول، وكونه لازما وقابلا للإجبار فإنه مع ذلك يبقى العقد "متوقفا" إلى أن يحصل الحوز الذي ينبغي أن يتم قبل حصول المانع حتى يعتد به وتترتب عنه كل الآثار الشرعية للعقد. والمانع قد يكون الموت أو الفلاس أو الجنون، لذلك يكون موت الواهب قبل الحوز من أسباب إبطال الهبة². وعلة قيد الحوز أو القبض الوارد على عقود التبرع رهين بالحكمة من تقريره شرعا.

1. طبيعة الحوز في التبرعات والحكمة من تقريره.:

استعمل المشرع في المادة 274 السالفة الذكر، مصطلح " الحيازة " مع أن مصطلح الحوز³ أو القبض هو الأكثر استعمالا من طرف فقهاء المالكية. تمييزا عن الحيازة الاستحقاقية باعتبارها سببا تكتسب به الملكية والتي لا علاقة لها بالحوز الذي يعنى به التسليم.

¹- حليلة بن حفو، الشكلية في عقد الهبة على ضوء مدونة الحقوق العينية، أشغال الندوة التي نظمت بكلية الحقوق بمراكش يومي 21 و22 أبريل 2007، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلسلة الندوات والأيام الدراسية- العدد54، الجزء الأول، ص354.

²- عمر الأبيض، حوز الهبة في مدونة الحقوق العينية، مجلة ملفات عقارية، العدد الثاني 2012، ص31

³- علما ان المادة 106 من م ح ع استعملت مصطلح الحوز بقوله: " لا تشتط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى".

والحوز يقصد به لدى الفقه¹: "الوضع الشرعي لليد على الشيء أو الحق بالأصالة أو بالنيابة". وبذلك فالحوز هو القبض وليس بالضرورة الاستمرار فيه كما الحال للحيازة الاستحقاقية.

وعرفه المشرع المغربي في مدونة الأوقاف بمقتضى المادة 26 بنصها: "الحوز رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه". ووضعت محكمة النقض تعريفا له في إحدى قراراتها الذي جاء فيه²: "الحوز المعتبر في التبرع هو وضع اليد على الشيء المتبرع به، أو الانتفاع به أو التصرف فيه قبل حدوث المانع".

وينقسم الحوز إلى قسمين: حوز فعلي وحكي.

فالأول ما هو إلا واقعة مادية تتمثل في انتقال الشيء أو الحق من يد المعطي ووضعه تحت يد المعطى له ويثبت بالمعينة والإشهاد عليهما. أي ان تتم معاينة تمكين المتبرع بالتخلي عن محل التبرع؛ بوضعه تحت يد المتبرع له ورهن إشارته قصد التصرف فيه. والثاني يتحقق بالتصرفات الدالة عليه كالحرث والكرء وكل ما يدل على استعمال الشيء المتبرع به، وهي لا تتطلب في إثباتها سوى إثبات هذه التصرفات في الملك المتبرع به³.

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، مرجع سابق، ص 292.

² - قرار رقم 106 الصادر بتاريخ 2014/02/11 في الملف الشرعي 2013/2/2/282. منشور بمجلة محكمة النقض العدد 77، ص 124.

³ - وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى سابقا بأنه بمجرد ثبوت كراء الشي الموهوب من طرف الموهوب له للغير حجة على حيازته لذلك الشيء. - قرار عدد 139 الصادر بتاريخ 2005/03/09 في الملف الشرعي عدد 08/1/2/534 منشور بمجلة القصر عدد 25 ص 132 وما يلها.

مع الإشارة إلى أن حوز الدار المخصصة للسكن أفرد له الفقه المالكي حكماً خاصاً وهو إخلاء المتبرع لدار سكناه ومن شواغله لمدة سنة ودون أن يرجع لها¹.

أما عن حكم الحوز في التبرعات وباختصار شديد، المستقر عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحوز ليس ركناً في التبرعات وإنما مجرد شرط فيها²، إذ الركن هو ما كان داخلاً في ماهية التصرف وحقيقته بحيث لا يتصور وجوده بدونه. أما الشرط فليس كذلك، أي لا يعتبر جزءاً من حقيقة التصرف وماهيته، لكن تتوقف عليه صحة التصرف وتمامه.

أما الحكمة من تقرير الحوز في التبرعات فهي كما بينها محمد بن رشد بقوله³:
"وإنما كانت الحيازة من شرط تمام الهبة والصدقة، لأنهما لو أجزا دون حيازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طوال حياته ثم يخرج عن ورثته بعد وفاته، وذلك ممنوع، لأن الله تعالى فرض الفرائض لأهلها وتوعد على تعديها لقوله عز وجل:
"تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون". وكذلك ما

¹- وهذا ما كرسته المجلس الأعلى سابقاً في إحدى قراراته التي جاء فيها: "... إذا كان موضوع الصدقة دار للسكن فإنه يجب إفراغها من المتصدق لمدة سنة من شواغله وحيازتها من المتصدق عليه وإلا اعتبرت الصدقة باطلة"

قرار عدد 274 الصادر بتاريخ 2005/5/18 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/76. أورده إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع-الرباط، الطبعة الثانية 2018، ص192.

²- بهذا خصوص يراجع: أحمد ادريوش، الحوز في التبرع بعقار محفظ، مطبعة الأمنية-الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص151.

³- محمد بن رشد، المقدمات الممهدة، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الجزء الثاني، ص410.

ثبت في الموطأ عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه مع ابنته عائشة¹، والحكمة البليغة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه².

وعليه، فإن اشتراط الحوز في المذهب هو لنفي تهمة الصورية. ولئلا ينتفع الانسان بماله عمره ويخرجه عن ورثته عند وفاته. لأن في هذا مس بأحكام الوصية وتحايل عليها، ما دام أنه بهذه الطريقة تتم الوصية المغلفة بتبرع لوارث وهذا ممنوع شرعا، فيكون عزم على تحقيق التبرع. كما أن بقاء الملك الموهوب في يد الواهب يظهر بأنه في ملكية هذا الأخير. والورثة سيعتبرونه حقهم في الإرث في حال الوفاة. وهذا ما سيجعل الهبة المخفية سببا لنشوء النزاع والبغضاء بين الورثة والموهوب له خصوصا إذا كان الموهوب له من الورثة أيضا.

إلا أن مدونة الحقوق العينية جاءت بمقتضيات تخلت نوعا ما عن شرط الحوز وأقرت توجه الاكتفاء بالتقييد بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظا او في طور التحفيظ. وتقديم مطلب التحفيظ إذا كان العقار غير محفظ.

2. الحوز في مدونة الحقوق العينية بين القانوني والفعلي

¹ - فقد جاء في الموطأ: "حدثني مالك عن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد وعشرين وسقا من ماله بالغابة. فلما حضرته الوفاة قال: والله، يا بنيقي ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، وأعز علي فقرا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد وعشرين وسقا، فلو كنت جدديته واجتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله...".

² - جاء في الموطأ: "حدثني مالك عن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمان بن عبد القاري؛ أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبنائهم نحلا، ثم يمسونها فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا، وإن مات هو، قال لابني كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها، حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل".

جاء في الفقرة الثالثة من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية: " يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيابة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظاً أو في طور التحفيظ".

وبمقتضى الفقرة المذكورة تم الحسم في نقطة خلافية على مستوى الفقه والقضاء المغربيين قبل صدور مدونة الحقوق العينية، حيث كان الخلاف بخصوص مدى جواز الاستغناء عن الحوز الفعلي بالتقييد في السجل العقاري بين مؤيد ومعارض¹. وذلك بأن تبنت المادة القرار 555 الصادر عن المجلس الأعلى سابقا بجمع الغرف²؛ إذ اقر قاعدة مفادها أن الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي قبل المانع.

فبالاطلاع على التوجه القضائي الذي كان سائدا قبل صدور القرار المذكور³، فقد كان يشترط الحوز ومعاينته في جميع عقود التبرع، ولم يستثن من هذا المبدأ تلك المتعلقة بالعقارات المحفظة، فكانت القاعدة أن عقد التبرع يجب أن يستوفي شرط الحوز قبل تقييده في الرسم العقاري، وأن شكلية التقييد لا تعفي ولا تغني عن الحوز الفعلي والمادي للعطية المتبرع بها. وبالتالي فكلما اختل الحوز الفعلي لا يمكن تعويضه بالحوز القانوني (التقييد بالرسم العقاري).

¹ - يراجع في هذا الصدد: حسناء اذنور، الحوز في التبرعات، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير، جامعة ابن زهر، السنة الجامعية: 2014/2015، ص 76 وما يليها.

² - الصادر بتاريخ 2003/12/28 في الملف العقاري عدد 95/2/2/596 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 149 سنة 31.

³ - أوردها إبراهيم بحماني بترتيب زمني في مؤلفه: عقود التبرع...، مرجع سابق.

فالحوز في العقار غير المحفظ لا إشكال فيه إذ يلزم في هبته الحوز من قبل الموهوب له. ما لم يتقدم هذا الأخير بمطلب التحفيظ.

أما بخصوص العقارات المحفظة أو التي لا زال في طور التحفيظ فهي تطرح بعض الإشكالات، لذا يقتضي منا الأمر أن نتناولها بشيء من التفصيل.

1-2. الحوز في العقار المحفظ :

إن مبدأ إشهار نقل الملكية الذي تتميز به العقارات المحفظة رأى فيه البعض شكلا عصريا وحديثا للحوز الذي يشترطه الفقه الإسلامي في التبرعات¹. وهذا رأى لم يستسغه الفريق الذي يجنح إلى الفصل بين صحة وسلامة التصرف طبقا للقانون الخاضع له من ناحية، وشكلية الأشهار عبر التسجيل بالرسم العقاري². وهذا الموضوع لم يتم الحسم فيه على المستوى الفقهي والقضائي بصفة نهائية رغم صدور مدونة الحقوق العينية كنص تشريعي.

¹ - انظر: أحمد بنكيران، تعليق على القرار 555 بتاريخ 8 دجنبر 2003 في الملف العقاري عدد 95/2/2/596 الصادر عن المجلس الأعلى بجميع غرفه، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149، ص 307 وما يليها.

- عادل حاميدي، التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 152.

² - انظر: أحمد ادريوش، الحوز في التبرع بعقار محفظ، مطبعة الأمنية-الرباط، الطبعة الأولى 2010. انظر كذلك: يوسف بناصر، حجية الحوز القانوني في التبرع بالملك المحفظ "الرأي والرأي المضاد" سلسلة بناصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، رصد لأهم الإشكاليات المطروحة على العمل القضائي، دار القلم للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة 2002.

والمادة 274 من م ح ع إذ تنص على أن الحوز القانوني -التقييد بالسجل العقاري- يغني عن الحوز الفعلي، فهي لم تلغي دور هذا الأخير. أو بمفهوم المخالفة لا يمكن الاستغناء عن الحوز الفعلي إذا لم يتم تقييد عقد التبرع في السجل العقاري. فمن تطبيقات هذا المقتضى نجد القرار الصادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه: "...فالمحل الموهوب لم يكن سكنى الواهب وقد سبق اعتماره من الموهوب له بالكرء قبل الهبة وبعدها بمقتضى رسم الهبة، وذلك كاف في صحته إذ أن تحقق الحيابة الفعلية قبل حصول المانع يجزئ ولو تأخر تقييد الرسم الهبة على الرسم العقاري كما هو مقرر قضاء وفقها¹.

وفي قرار آخر: "لما نص عقد الهبة على معاينة شاهديه إفراغ الدار الموهوبة من الواهب وحيابتها من الموهوب لها بما فيها من ممتلكات، وذلك منذ تاريخ الهبة ورغم أن للواهب سلطة على الهبة بالاعتصار فإنه لم يمارسه أثناء حياته، والمحكمة لما اكتفت بإبطال الهبة لعدم تسجيلها بالمحافظة في حياة الواهب، ودون أن تتحقق مما ورد في رسم الهبة من إخلاء الواهب ومدة حيابة الموهوب لها للدار الموهوب، وهل رجع إليها الواهب وتاريخ ذلك إن حصل رجوعه وظروف ذلك أيضا، ومن غير أن تبحث في تحقق الحيابة المادية على ضوء ما ذكر والتي تصح معها الهبة أيضا قيد الواهب، ويكون قرارها ناقص التعليل وهو بمثابة انعدامه"².

¹ - القرار عدد 318 الصادر بتاريخ 13/04/16 في الملف عدد 11/1/2/304 منشور بملفات عقاري، العدد الثالث، ص 36 وما يلها.

² - القرار عدد 200 الصادر بتاريخ 17/03/28 في الملف عدد 16/1/2/184 منشور بمجلة محكمة قضاء محكمة النقض عدد 83 ص 75 وما يلها.

غير أن الملاحظ في المادة 274 من م ح ع أغفلت الإشارة إلى شرط تقييد الهبة بالسجلات العقارية قبل المانع خاصة مانع الموت، انما اكتفت بمسألة التقييد دون التنصيص صراحة على المانع. هل هذا الاغفال من قبل المشرع يحيل على المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية التي بدورها أحالت على الفقه المالكي؟ خاصة أن الحكمة من تقرير الحوز هو حماية حقوق الورثة والدائنين، لذلك يتعين أن يقع الحوز قبل حصول مانع من الموانع الشرعية التي تجرد العطية من قيمتها القانونية من موت ومرض موت أو انعدام أهلية أو تفليس¹.

وما يجدر التنبيه إليه بخصوص مانع الموت، أن القاعدة التي أقرتها المادة 323 من مدونة الأسرة² هي أن الإرث ينتقل لذوي الحقوق الشرعية بتحقيق واقعة الوفاة بعد تصفية التركة³.

فالتركة إذن، تنتقل إلى الورثة بمجرد تحقق واقعة الوفاة حقيقة أو حكماً، دون أن يتوقف ذلك على تقييد الحقوق الإرثية بالرسم العقاري لكونها تنشأ بواقعة الوفاة؛ لأن الوارث يعتبر مالكا بأثر رجعي يترد إلى تاريخ الوفاة لا لتاريخ التقييد. وان

¹ - وفي هذا يقول صاحب التحفة:

والحوز شرط صحة التحبيس قبل حدوث موت أو تفليس

² - نص المادة: "الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعاً بلا تبرع ولا معاوضة".

³ - مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 264 المنظمة أحالت على مدونة الأسرة فيما يخص انتقال الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث أو الوصية.

التقييد لا يعدوا أن يكون بمثابة إشهار وتأييد للحق وليس طريقة لإنشائه وبالتالي تشكل بذلك استثناء من مبدأ المفعول الانشائي للتقييد¹.

وعلى هذا الأساس فإن الموهوب له الذي لم يحز فعلا هبة العقار المحفظ في حياة الواهب، فلا قيمة لتقييد الهبة بعد وفاة الوهب، ولو لم يقيد الورثة حقوقه الارثية. ولهم الحق في أن يطالبوا بالتشطيب عليهما.

إلا أن المشرع لم يعد يلتفت لشرط الحوز كشرط لقيام الهبة، خاصة وأنه خص مانع الموت بمقتضى خاص، سيعصف بالحكمة من تقرير شرط الحوز، إذ نص في الفقرة الثانية من المادة 279 من م ح ع على أنه: "...لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إرثه الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ...".

وبالرجوع إلى حيثيات القرار 555 المشار إليه سلفا فإن المجلس الأعلى سابقا اتجه إلى أنه: "لما كانت غاية الفقه في اشتراط الحيابة في عقود التبرعات هو خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق إلى يد المتصدق عليه، فإن تسجيل عقد الصدقة في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتصدق عليه، لأنه بمجرد تسجيل الصدقة في الرسم العقاري وإشهارها للعموم يصبح المتصدق عليه مالكا حائزا للعقار المتصدق به عليه دون منازع، ويضمن لنفسه الاحتفاظ به والتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، والقرار المطعون فيه، لما اعتبر تسجيل الصدقة في الصك العقاري قبل حصول المانع، حيابة قانونية تغني عن الحيابة الفعلية، فإنه يكون قد طبق القانون، ولم يشطط في استعمال السلطة، ولم يحرف وثائق الملف، وعلل قضاءه تعليلا كافيا...".

¹- انظر محمد مومن، الحقوق المستثناة من التقييد في السجل العقاري، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية "سلسلة الندوات والأيام الدراسية" العدد 54 - 2017، ص 263 وما يليها.

فإننا نجد أنه لم يغفل شرط الحوز القانوني قبل حصول المانع. وما يمكن قوله عن الحوز القانوني يقال أيضا عن الحوز الفعلي الذي يعتبر هو الأصل. واستغناء مدونة الحقوق العينية عن هذا الأخير والاكتفاء بالتقييد بالسجل العقاري فيه نوع من التجاهل للقواعد المقررة في الفقه المالكي والتي تشترط الحوز قبل حصول المانع سدا للذريعة ونفيا للثمة. وإلغاء الشرط المذكور سيفتح الباب على مصراعيه للتحايل على قواعد الإرث المتعلقة بالنظام العام الإسلامي.

2-2. الحوز في العقار قيد التحفيظ :

قد يتصرف طالب التحفيظ أثناء مسطرة التحفيظ في العقار الجارية فيه هذه المسطرة تصرفا بعوض أو بغير عوض ينقل به العقار كلاً أو جزءاً إلى المتصرف إليه أو ينشئ به حقاً عينياً للغير، ويدخل في ذلك عقود التبرع.

وكما سلف الذكر فإن المشرع بمقتضى المادة 274 من م ح ع اعتبر أن الإيداع لعقد التبرع أثناء مسطرة التحفيظ هو بمثابة حوز فعلي ومادي للملك الموهوب.

إلا أن الملاحظ في المادة 274 من م ح ع أنها لم تحدد المسطرة الواجب على الموهوب له أن يسلكها. هل هي مسطرة الإيداع المنصوص عليها في الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري¹. أم مسطرة النشر المنصوص عليها في الفصل 83 من نفس الظهير².

فمسطرة النشر المنصوص عليها في الفصل 83 من ظ ت ع تطبيقها يجعل جميع الإجراءات التي سبق وأن بوشرت بمطلب التحفيظ تعتبر وكأنها لم تكن

¹ - ينص هذا الفصل على أنه: "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقاري الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات...".

² - ينص هذا الفصل على أنه: "بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية.

تتابع مسطرة التحفيظ بصفة قانونية مع أخذ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بعين الاعتبار. يكتب صاحب المنشأ أو المغير أو المقر به صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به. إذا كان الإعلان عن انتهاء التحديد قد تم نشره بالجريدة الرسمية فيجب أن يعاد نشره من جديد ليفتح أجل شهرين للتعرض، يبتدىء من تاريخ الإعلان عن الحق المنشأ أو المغير أو المقر به، وفي هذه الحالة لن تقبل إلا التعرضات المنصبة مباشرة على الحق المذكور.

يؤخذ بعين الاعتبار عن التحفيظ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به خلال المسطرة".

وعديمة الأثر، وعليه فإنه يتم إعادة جميع الإجراءات التي سبق وأن خضع لها مطلب التحفيظ تتابع في اسم المستفيد الجديد، وكأنه هو طالب التحفيظ الأصلي ويأخذ صفة المدعى عليه في حالة وجود أي منازعة.

خلافاً لمسطرة الإيداع، فهي مسطرة تتابع في اسم طالب التحفيظ "الواهب" ويتم إيداع السند المنشأ للحق "الهبه" بسجل التعرضات لتقييده حين تأسيس الرسم العقاري ليظهر "الموهوب له" بصفته المالك حسب الرتبة المعينة له أثناء الإيداع.

وفي هذا الصدد يرى- عن حق- أحد الباحثين¹ أن الاعتماد على شكلية الإيداع لا يسعف لتحقيق الإشهار بنقل الملكية للموهوب له لسبب رئيسي هو إيداع التصرفات طبقاً للفصل 84 لا يعمل على إشهارها بقدر ما يحفظ رتبة الحق، لذلك فهو لا يحقق الإشهار الذي توخاه الفقه الإسلامي في اشتراط الحوز في عقدي الهبة والصدقة، فالإيداع "تقييد خفي" لا يظهر للعموم في وثائق مسطرة التحفيظ الإشهارية التي تعطي الانطباع أن طالب التحفيظ هو المالك، بيد أنه يتابع المسطرة فقط لمصلحة المتبرع له إلى غاية تأسيس الرسم العقاري، آنذاك ينتصب بصفته المالك الحقيقي والظاهر.

ومهما يكن، فإذا لم يبادر الموهوب له إلى إيداع عقد الهبة لدى المحافظة العقارية المختصة قصد تسجيله بسجل التعرضات مرفقاً بتصريح من طالب التحفيظ الواهب له بهذا الحق يقبل فيه تسجيله للموهوب له عند تأسيس الرسم

¹- يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 286.

العقاري فإنه يفقد هذا الحق نتيجة لقاعدة التظهير الذي يترتب عليها بطلان أي حق سابق عليه ولو كان أنشأه طالب التحفيظ.

3-2. حلول مطلب التحفيظ للعقار الموهوب محل الحوز الفعلي :

بالنسبة للعقار غير المحفظ فإنه لا زال خاضعا للفقهاء المالكي بإحالة من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية. والحوز الفعلي من قبل المتبرع له يكفي بشأن هذا النوع من العقارات للقول بانتقال الملكية له¹. باستثناء الحالة التي يتقدم فيها بمطلب تحفيظ للملك موضوع الهبة، إذ استغنى المشرع في هذه الحالة عن عنصر مهم وأساسي في عقود التبرع بإجراء إداري مسطري لا علاقة له بمكونات العقد².

وهكذا فاعتبار مجرد تقديم مطلب تحفيظ الملك موضوع الهبة يغني عن الحوز الفعلي هو مغامرة قد تنتهي بما لا يتمناه المستفيد منها، ما دام مطلب التحفيظ يبقى قابلا للإلغاء من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ما دفع الفقه³ إلى التنبيه إلى خطورة هذا الإجراء لما اعتبر أن مطلب التحفيظ لا يدل على التملك

¹ - وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحدث قراراتها بتاريخ 2021/02/23 حيث جاء فيه: "... ومن جهة ثانية، فإنه لما كانت صدقة العقار غير المحفظ كما في النازلة، لا تصح إلا بحوزه الفعلي من قبل المتصدق عليه في حياة المتصدق وصحته وكمال أهليته وعدم إحاطة الدين بماله، وكان الحوز المعتبر في التبرع ينصرف إلى وضع اليد على العقار المتبرع به الانتفاع به أو التصرف فيه في حياة المتصدق وصحته وكمال أهليته وعدم إحاطة الدين بماله، ويضاف إلى ذلك متى تعلققت الصدقة بدار سكنى المتصدق ثبوت إخلائه لها سنة، فإن عاد إليها قبل العام بطلت، عملا بالفقه المحال عليه في المادة الأولى في ما لم يرد به نص فيها..."

- القرار عدد 2/69 في الملف الشرعي عدد 2019/1/2/615. منشور بالنشرة المتخصصة لمحكمة النقض "قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث"، ص 173 وما يليها.

² - عمر الأبييض، مرجع سابق، ص 40.

³ - عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب...، مرجع سابق، ص 361.

النهائي لاحتمال التعرضات، فالمطلب قد يصمد أو يسقط أو يعدل، مضيفاً أن الحوز الفعلي يبقى هو الأسلم في العقارات غير المحفوظة.

ويبدوا لنا أن تقديم مطلب التحفيظ في حياة الواهب لا يمكن أن يبطل عقد الهبة، ورائدنا في هذا، أن تقديم مطلب التحفيظ لم يقصد به أن ينزل منزلة الحوز الفعلي، وإنما يعتبر بمثابة الجد في طلب الحوز شريطة أن يقدم قبل وفاة الواهب أي قبل حصول المانع¹.

فالجدة في طلب الحوز في حياة الواهب يقوم مقام القبض أيضاً، وذلك بمطالبتة بالتحويل ورفع الدعاوى ونحو ذلك، لقول الشيخ خليل في مختصره: "وصح إن قبض ليتروى أو جد فيه أو في تزكية شاهده"، وقوله: "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه". وهذا ما يستفاد من قرار محكمة النقض الذي جاء فيه²: "إن الجدة في طلب الحوز قبل حصول المانع للمعطي يقوم مقام الحوز وتصح به العطية، ولما كانت المطلوبة قد تعرضت على مطلب التحفيظ الذي تقدم به موروث الطاعنين إبان حياته، مطالبة بكافة الملك أعلاه لنفسها باعتباره قد آل إليها منه بموجب عقد العطية، فإن العطية تبقى صحيحة".

الفقرة الثانية: شكلية الأشهاد على حوز الهبة وأثاره على صحتها

الأصل في شكلية التصرفات العقارية إفراغها في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ صادر عن محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض وفق ما تنص عليها المادة

¹ - ونفس الحكم يسري على سلوك مسطرة النشر المنصوص عليها في الفصل 83 من ظهير التحفيظ العقاري.

² - قرار عدد 272 الصادر بتاريخ 2018/05/08 في الملف المدني عدد 16/1/1/5824 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 85، ص 25 وما يليها.

4 من مدونة الحقوق العينية. غير أن المشرع بمقتضى المادة 274 السالفة الذكر قرر الشكل الرسمي لانعقاد الهبة¹. وعلة هذا التقييد هو خطورة العمل المقدم عليه من قبل منشئها، حيث سينقص هذا التصرف من ذمته المالية وتؤثر عليها سلبا في مقابل اغتناء الموهوب له. لذلك اعتبر الفقه المالكي-وفق ما ذكر سلفا- أن الاشهاد شرط في صحة التبرعات.

وهنا تظهر خطورة التوثيق خصوصا في مثل هذه العقود. فكثيرا ما ضاعت الحقوق وتعرضت للنزاع لعدم توثيقها أو الجهل فيه وتهور أو لتسرع وتعثر، فالتوثيق سلاح ذو حدين، إما لك إن احسنته أو عليك إن أسأته².

¹- وهكذا إذا اتفق العاقدان على ابرام عقد الهبة شفويا أو في محرر عرفي تعتبر باطلة وكأنها لم تكن، ما لم يبادرا إلى تحويل المحرر إلى محرر رسمي. والنتيجة إذا ما تقدم أطراف العقد أو أحدهما سواء إلى تسجيل عقد الهبة الخالي من الرسمية لدى إدارة الضرائب أو إلى تقييده في السجلات العقارية أو لفتح مطلب استنادا له متى كان العقار الموهوب غير محفوظ. وجب على مفتش الضرائب أو المحافظ على الأملاك العقارية رفض ترتيب أي أثر لهذا العقد.

كما أنه في حالة هلاك الموهوب له يحق للورثة استرجاع حيازة العقار من هذا الأخير إذا كان مدخله للعقار عقد هبة باطل.

- العربي محمد مياد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2021، ص155.

²- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب...، مرجع سابق، ص 441.

فكان توثيق عقد الهبة وما في حكمها¹؛ من العقود التي تحتاج إلى الدقة من حيث الصياغة على مستوى المبنى والمعنى معا². نظرا لكونها تستمد أحكامها من الفقه المالكي³ على وجه الخصوص. وهي أحكام متشعبة ومعقدة⁴.



¹ - مما ينبغي التأكيد عليه أن مدونة الحقوق العينية لم تشترط شرط معاينة الحوز في عقد العمري مما يعني أن الشرط المذكور لم يعد شرط صحة في العقد، ولا ركنا فيه وهو ما يفسر استغناء العدول على تدوين بيان معاينة الحوز في عقود العمري وعدم التوجه الفعلي لمعاينة حوز العقار موضوع العمري من طرف المعمر له تطبيقا للأحكام الجديدة التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية في هذا الشأن.

- سليمان ادخول، الوجيز في شرح الطبيعة القانونية لعمل العدول بين الاختصاص التوثيقي والإرشاد القانوني في مجال الحقوق العينية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2022، ص66.

² - للمزيد من التفاصيل حول مراحل الوثيقة العدلية وتحرير محررات الموثقين الاختلاف بينهما يراجع: محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، مكتبة المعرفة-مراكش، الطبعة الثالثة 2017.

³ - خاصة وأن جل النزاعات المثارة أمام القضاء بشأن عقد الهبة تتمحور حول مدى توافر بعض الشروط الخاصة بهذا العقد، ذلك أن القواعد القانونية المنظمة للهبة في مدونة الحقوق العينية لا تكاد تجاوز سبع عشرة مادة، ومن الطبيعي أن هذه المواد لا يمكن بمفردها أن تسعف القاضي العقاري في حل النزاعات المثارة بشأن الهبة، وخصوصا أمام تجدد القضايا، وتطور المجتمع ككل، ولهذا فالقضاء يرجع إلى الفقه المالكي باعتباره المصدر الذي استقيت منه مقتضيات وأحكام الهبة وما في حكمها.

- أنظر رشيد لعنب، الإحالة على الفقه المالكي في ضوء الحقوق العينية والعمل القضائي، مطبعة المعرفة الجديدة-الرباط، الطبعة الأولى 2016 ص236.

⁴ - كما هو الحال بالنسبة لحوز دار سكنى الواهب على سبيل المثال-فقد تشدد الفقه بأشراطه إخلاء العقار من شواغل الواهب، ومعاينة الاخلاء من طرف عدلين، وعدم رجوع الواهب له لمدة سنة.

أولاً: الإشهاد على الحوز

الإشهاد يعني به الفقه¹ هو أن يتوجه المتعاقدان إلى محكمة التوثيق محل العقد ويمثلان أمام عدلين منتصبين للشهادة، تابعين لهذه المحكمة، ليقوم العدلان الرسميان بتوثيق عقد الهبة بعد التأكد من هوية المتعاقدين، وتوفر الشروط اللازمة فمهما ويحرر العدلان العقد بدقة وعناية ورعاية، كما رعاها الفقه الإسلامي، الذي لم يترك شرطاً إلا وضعه في هذه الوثيقة، ولا ركناً إلا أوجبه، ليعطي لها مكانتها اللائقة بها، وبعدها من المنازعات والخلافات التي قد تنشأ فيها الخصومات.

ومن الضروري ان يتم التنصيب في عقد الهبة على وقوع الحوز للشيء الموهوب، وقبضه من يد الواهب، ورفع يده عنه والتصرف في الملك ورد ذلك إلى يد الموهوب له أو نائبه الشرعي. وإلا كانت الوثيقة باطلة لأن حوز الشيء الموهوب شرط صحة في الهبة- خاصة إذا العقار غير محفظ-، فيجب على العدلين أن ينصا على حوز الهبة بالمعينة للملك المحوز من طرف الموهوب له، ولا يكفي الاعتراف بالحوز فلا بد من معانيته². فقد سبق للمجلس الأعلى سابقاً أن أقر قاعدة مفادها³: "أنه لا يكفي اعتراف الواهب والموهوب له بالحيازة في الهبة بل لابد من المعينة لهذه الحيازة وما يقوم مقامها ما دام العقار مدرجا بالمحافظة ولم يتم تسجيل الصدقة قبل وفاة المتصدق".

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2012، ص 211.

² - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 212.

³ - قرار عدد 723 الصادر بتاريخ 07/27/1999 ملف عدد 94/5227، أورده إبراهيم بحماني، عقود التبرع...، مرجع سابق، ص 61 وما يليها.

ولا فرق بين أن يتم الاشهاد على الحوز في العقد الأصلي للهبه، والاشهاد عليه في عقد لاحق فيما بعد، لأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول؛ وتتم بالحوز. فالعقد الأصلي تنعقد به العطية، والعقد اللاحق تتم بها الهبة وتصير صحيحة. وللإشارة فإنه يلزم أن نميز بين توثيق عملية الايجاب والقبول والإشهاد على واقعة الحوز أو القبض للملك الموهوب.

فمعاينة الحوز يكون من قبل العدلين المنتصبين للشهادة، ولا يمكن أن يختص به الموثقون. ومرد ذلك أن عقود التبرع أصلها نابع من الفقه الإسلامي. وهذا الأخير يشترط أن يتم الاشهاد على الحوز من قبل عدلين شاهدين عليه¹. أما عملية التوثيق للإيجاب والقبول بين الواهب والموهوب له يمكن أن يحررها العدلين أو الموثق ما دام أن المادة 274 من م ح ع تتحدث عن الرسمية بصفة عامة ولم تستثنى الموثق "العصري".

إذن، فالمحركات العدلية، وكما يبدو لنا هي الأسلم للمتعاقدين في عقود التبرع مقارنة مع محررات الموثقين. لأن الموثق لا يقوم بالاشهاد على واقعة الحوز، عكس العدول الذين لهم هذه المكنة وبالتالي إثبات الحوز الفعلي الذي يغني عن التقييد والايذاء ومطلب التحفيظ. وخطورة الأمر تتجلى في أن الموثق إذا ما وثق لعقد هبة ولم يشر فيه إلى حوز الشيء الموهوب، أو اكتفى باعتراف أحد الأطراف بالحوز فهذا قد يعصف بالهبه بموجب دعوى ترمي إلى إبطالها فيما بعد، خاصة في

¹ - وفي هذا الصدد يقول الأستاذ إبراهيم بحماني أن شرط الحوز في الهبة بشاهدين لم يتم التنصيص عليه في المدونة الكبرى للإمام مالك ولا في المؤلفات القديمة ويظهر أنه من وضع فقهاء المالكية المتأخرين من شراح تحفة ابن عاصم ومختصر الشيخ خليل فليس فهما معاينة الحياة بشاهدين واكتفى ابن عاصم بذكر المعاينة في حيازة دار السكنى. إبراهيم بحماني، عقود التبرع...، مرجع سابق، ص 23.

الحالة التي يتوفى الواهب ويتراخى الموهوب له في تقييد الهبة بالرسم العقاري أو لم يسلك مسطرة الإيداع أو تقديم مطلب التحفيظ.

من صور الحوز الصوري هذا، إثبات المتعاقدين له بالرسم العقاري وهو ليس بثابت في الواقع، أو الكذب على العدلين أو الموثق والدفع بهم إلى أن يشهدوا على معاينة الحوز والحال أن ليس من حوز في أرض الواقع حتى إذا وصلا إلى مرادهما رجع المعطي للانتفاع بماله وأخرجه عن ورثته بعد مماته وهكذا فالحوز الصوري أو ما يعبر عنه بالتحايل على الحوز، لا مجال للاعتداد به إلا إذا استدرك حقيقة قبل حدوث المانع، وإذا كان جوهر الحوز رغم أنه يجوز ذلك بمختلف وسائل الإثبات "الفصل 419 من ق ل ع" ولكن في واقع الأمر يصعب ذلك وهكذا اجتهد فقهاؤنا في هذه النقطة واعتبروا رجوع الحوز إلى المعطي عن قرب من العطية قرينة على التحايل والصورية والقرب هكذا موكول للسلطة التقديرية للقضاء.

ويمكن إيجاز البيانات التي يجب أن ينص عليها في عقد الهبة أو الصدقة¹ المتمثلة في التعريف بالواهب والموهوب له والإشارة إلى درجة القرابة بينهما² وأحوالهما وخاصة حالة الواهب لأن الهبة تبطل في عته وسفه وجنون ...، والمال

¹ - انظر: عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 213 وما يليها.

عبد الرحمان بلعكيد: الهبة في المذهب والقانون، مرجع سابق ص 442 وما يليها.

² - يجد هذا المقتضى أهميته إذا ما ربطناه بمقتضيات المادة 283 وما بعدها التي تجيز الرجوع في الهبة شرط التنصيص عليها رسم الهبة؛ عندما يهب الاب أو الام لولدهما سواء كان قاصرا أو راشدا وفي حالة إعسارهما، وبالتالي لا يقبل الرجوع في الهبة في إي حالة دونها هذا من جهة. ومن جهة أخرى فدرجة القرابة لها تأثير على أداء رسوم التسجيل حيث ان النسبة تكون منخفضة اعتبارا للقرابة داخل العائلة وما تنبني عليه من احسان و تكافل ومودة بين أعضائها. انظر المواد 127 و 133 و 183 من المدونة العامة للضرائب.

الموهوب، والحوز وتاريخه والحائز لهما. وكيفية الحيازة وصفها. وتفادي كل شرط يخالف طبيعة الهبة وغايتها.

ويجب التعريف بوثيقة التبرع بتسميتها لموضوعها "الهبة" والإشهاد على أطرافه بفاعله "الواهب" والموهوب له، والفعل الدال عليها "وهب" وهذا للتعريف الجامع المانع لطبيعة التبرع تمييزا له عن العقود المشابهة، وموضوع الهبة ومحليها: دار لسكنى الواهب أم أرض عارية، فلاحية موقعها وخصائصها ورسمها العقاري ومساحتها أرضها ومشمولاتها... مع الإشارة إلى أصل الملك، وقصد من التبرع هل هو وجه الموهوب وكونها ليست بصدقة.

والإشارة إلى تطابق الإيجاب والقبول بين الطرفين وربطها بواقعة الحوز التي يختلف الإشهاد عليها¹ حسب طبيعة العقار، هل هو دار للسكن؟ فهنا يشهد على إفراغ الواهب لها وإزالة شواغله منها بمعينة العدلين ليكون حجة على الغير. فبه تنتقل الملكية إلى الموهوب له. وينقصها التقييد بالرسم العقاري إذا كان العقار محفظا.

وأهم ما يجب أن يشار إليه في الوثيقة هو تاريخ التلقي لما له من أثر قانوني، خاصة في عقود التبرع فهي لا تصح إلا إذا تمت الحيازة فيها قبل موت المتبرع ومرض موته وجنونه وخلله وسفبه وإحاطة الدين بماله باعتبارها موانع تحول دون صحة التبرع وبالتالي ورود إمكانية إبطاله من كل ذي مصلحة.

¹ - الأشهاد بالحوز تكون بالمعينة والرؤية بالانتقال إلى عين المكان والطواف به والاطلاع عليه؛ لا بإقرار الواهب والموهوب له لكون هذا الإقرار حجة من صناعة المتعاقدين وبالتالي لا يمكن يعمل كحجة في مواجهة الغير.

لأن الوثيقة العدلية لا تقع تامة من الناحية الفقهية والقانونية إلا بعد أداءها لدى القاضي والخطاب عليها من طرفه، ولما كان تاريخ الوثيقة العدلية يعتمد عليه في ترتيب مجموعة من الآثار القانونية كما هو الحال لقياس وبيان أهلية الأطراف أثناء تلقي الشهادة.

ولهذا نص المشرع المغربي بكيفية صريحة على ضرورة ذكر تاريخ تلقي الشهادة من خلال مقتضيات المادتين 27 و28 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، سواء في حالة التلقي الثنائي في آن واحد أو في حالة التلقي الفردي¹.

ومما تجدر الإشارة إليه ان القانون 16.03 حسم في مسألة تاريخ اكتساب الوثيقة العدلية صفتها الرسمية من خلال المادة 35 التي جاء فيها: "يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها. يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها. لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب وتعتبر حينه وثيقة رسمية".

¹ - تنص المادة 27 من القانون رقم 16.03 على ما يلي: "يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للشهاد. غير أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الاشهاد مثنى في آن واحد أن يتلقيان منفردين بإذن من القاضي في أماد متفاوتة، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك. إذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي.

يجب على العدلين - في حالة التلقي الفردي- أن ينصا على تاريخ تلقي الاشهاد بالنسبة لكل منهما، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك، كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما.

يحق للعدلين أن يشهدا شهادة علمية بإذن القاضي".

وقد جرى العمل القضائي على مستوى قضاء النقض على اعتبار المصادقة على التوقيع على العقد العرفي بمثابة إسهاد وهكذا جاء في قرار¹: "...لئن كان الإسهاد لازماً في صحة عقود التبرع فإن فقهاء المالكية أجازوا الاكتفاء بما يقوم مقامه، وقيام الواهب بتوقيعه على العقد العرفي وتوجيهه إلى المصالح المختصة لتصحيح التوقيع يقوم مقام الإسهاد ويجعل عقد الهبة صحيحاً...". وفي قرار آخر²: "... بأنه لئن كان الحوز شرطاً في صحة التبرعات فإن إثباته يتم بجميع وسائل الإثبات المقررة فقهاً...". إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد: أن الهبة الباطلة لتخلف عيب في الشكل لا تصحح بالتقادم مهما طال الزمن، لأنها عدم والعدم لا يصير شيئاً بمرور الزمن³.

ثانياً: هبة العقار المشاع وكيفية الإسهاد عليه

قد يتسائل البعض عن كيفية توثيق هبة الشيء المشاع وكيفية الإسهاد عليه. وهل يجوز للمالك على الشياع هبة جزئه المشاع وإن كان غير مفرز؟ فالشيء المشاع هو الشيء المشترك بين عدة أشخاص على أن يكون لكل منهم نصيب معلوم ولكنه غير مفرز وأسباب الشيعوك كثيرة ولكن السبب الغالب فيها هو إرثي.

من البديهي أن هبة الشيء المشاع جائزة، تسري عليه أحكام البيع ما عدا الشفعة، لأن الشفعة لا تصح إلا في التصرفات العوضية وإذا كانت هبة الشيء المشاع جائزة فكيف يتمكن الموهوب له من حيازة الجزء المشاع والانتفاع به.

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 74 بتاريخ 2005/2/9 في الملف 405/2/1/2004.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 107 في 2005/2/23 في الملف 611/2/1/2003.

³ - شكري السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود، طبعة 1981، ص 210.

إن الموهوب له يجب أن يتمتع بنفس الوضع الذي كان عليه الواهب، فإن كان ينتفع بجزء معين من عقار فسينتقل إليه هذا الجزء وإن كان يتمتع بقسمة مهايئة مالية أو مكانية فيستفيد الموهوب له بنفس الحقوق وفي هذه الحالة يتعين الاشهاد على ذلك وإعلام الشركاء الآخرين بموضوع الهبة.

إذن فحلول الموهوب له محل الواهب في استعمال واستغلال الحصّة الموهوبة هو عين الحوز، كانت هذه الحصّة كثيرة أم قليلة، كالنصف أو الثلث أو الربع أو أسهم في مجموع أسهم، جاء في الفصل 962 من ق ل ع: "لكل مالك على الشياح أن يستعمله استعمالاً يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له وألا يستعمله استعمالاً يتعارض مع مصلحة بقية المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفقاً مقتضيه حقوقهم"¹.

والحوز على الشياح في صناعة الوثائق، يجري عليه ما يجري على الحوز عامة؛ فهو يوثق بالتوجه إلى مكان وجود العطية، للاشهاد على المعطي والمعطى له بالحوز معاينة في حصّة من دار أو عمارة أو أرض فلاحية أو معدة للبناء، وأنه جرى الاطلاع والطواف بالعقار موضوع الحصّة المعطاة وأحل المعطي المعطى له في الانتفاع بحصته المشاعة، مع شركائه على الوجه الشرعي، وسلم له الوثائق المتعلقة بانتفاعه بحصته ووضع يده إلى جانب شركائه على العقار وبسط له اليد، فتسلم منه ذلك كله وحازه لنفسه حوزاً تاماً فعلياً معاينة².

¹ - عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق، ص 331.

² - نفس المرجع، ص 332.

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة النقض جاء فيه¹: " من المقرر نصاً أن التبرعات تصح بمعاينة الحوز أو ما يقوم مقامها، وأن صدقة المشاع تحاز بما يحاز المشاع ولا يشترط الفرز، والطاعن دفع بأن يحوز المتصدق به وأنه يسكن فيه مع المتصدق شيئاً كل في ما يخص كما يستغل الدكان المستخرج منه للتجارة قيد حياة هذا الأخير، وأدلى إثباتاً لذلك بلفيف يشهد شهوده بحيازته للمتصدق به، والمحكمة التي اعتبرت بأن الصدقة موضوع النزاع أنجزت في عقد عرفي رغم أنها تتعلق بدار للسكنى يشترط بشأنها أن تعين البينة إفراغها من شواغل المتصدق كما أنها لم تفرز النصف المتصدق عليه به رغم إحصائها لمرافق المنازل، لذلك فإنها باطلة لعدم اقترانها بالحوز ولعدم ورود ما يؤكد الحوز الفعلي بعد ذلك إلى أن حصل المانع وهو موت المتصدق، وبأن الملك المطلوب قسمته يحيط به النزاع حول الصدقة المحتج بها، دون أن تنظر في مدى توافر الحوز ببدائله في إبانته وقبل حدوث المانع بناء على ما استدل به الطاعن من حجج، وتبني قضاءها على ما ينتهي إليه تحقيقها، تكون قد عللت قرارها ناقصاً وهو بمثابة انعدامه، مما يعرضه للنقض".

ثالثاً: التحصين القضائي للاشهاد الرسمي للحوز

جاء في قرار محكمة النقض ما يلي²: " حيث صح ما عابته الطالبة على القرار، ذلك أن الحجة الرسمية بالحوز ومعاينته الشاهد بهما العدلان في عقد الصدقة وطبقاً للفصل 419 من ق ل ع لا يطعن في ذلك إلا بالزور من أجل ابطاله ولا ينفي الحوز من المتصدق عليه بإقراره الذي يعد تكذيباً لحجته إلا إذا كان صريحاً في عدم

¹ - قرار عدد 4/644 مؤرخ في 2018/10/09 في الملف المدني عدد 2018/4/1/2261 منشور في مجلة المنازعات المدنية العدد 29 الجزء الأول ص 354.

² - قرار عدد 456 المؤرخ في 2018/07/17 الصادر في الملف عدد 2017/3/1/2920 منشور بمجلة قرارات محكمة النقض العدد 39، ص 15.

حصول الحوز ولا تأويل فيه، فضلا عن اختلاف الحوز عن التصرف فلا يجعلان شيئا واحدا إذ التصرف فعل من أفعال والحوز معنى من المعاني والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بأن الطالبة أقرت بأن زوجها هو من بقي يستغل العقار الذي تصدق به عليها كذبت حجتها لأن الإقرار أقوى وأن الشهود تسمع شهادتهم وإن كانت البينة رسمية في حالة الاكراه أو التدليس أو الصورية أو الخطأ المادي. في حين أن التصرف ليس هو الحوز وليس هو الشرط الذي يطلب في الصدقة ولم يكن الطعن بأحد الأسباب المنصوص عليها الفصل 419 من ق ل ع لقبول شهادة الشهود في الطعن في صحة الحوز ومعاينته الشيء الذي عللت قرارها به تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه ويعرضه للنقض".

إن هذا التوجه التشريعي الذي كرس رسمية عقدي الهبة يستجيب لدواعي العدالة والانصاف وينسجم مع متطلبات الواقع والمنطق القانوني السليم، فما مدى صلاحية المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض لابرام عقود هبة ثابتة التاريخ طبقا للمادة 12 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية؟ فهل يحق للمحامي تحرير عقد هبة جزء مفرز في إطار الملكية المشتركة، بعله أن المادة 12 من القانون 18.00 نص خاص يسمح للمحامي بتحرير جميع التصرفات العقارية المتعلقة بنظام الملكية المشتركة دون تحديد لطبيعة هذه التصرفات؟ أم يجب أن تبرم في عقد رسمي طبقا لما هو منصوص عليه في المادتين 274 و291 من مدونة الحقوق العينية؟¹

¹ - عبد الرحيم حزيكر، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية والظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، مداخلة منشورة في الندوة الوطنية في موضوع "الامن العقاري" دفاتر محكمة النقض، العدد 26، 2015، ص184.

الواقع أن المادة 12 من القانون 18.00 تتعلق بكافة التصرفات العقارية المعنية بالملكية المشتركة على خلاف المادة 274 التي تتعلق بتصرف محدد، بالتالي فإذا أبرم عقد هبة من طرف المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، فإن طبيعة العقد في هذه الحالة تجعله عقدا عرفيا ثابت التاريخ، ما يخالف الرسمية التي نصت عليها مدونة الحقوق العينية لتوثيق عقد الهبة، خاصة وأن مقتضيات هذه المدونة فيما يخص إجبارية توثيق بعض عقود التبرعات ومنها عقدي الهبة والصدقة جاءت لاحقة لمقتضيات القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة عملا بالقاعدة: "اللاحق ينسخ السابق".

وعليه، فإن مقتضيات 274 من مدونة الحقوق العينية قد وضعت حدا للخلاف الفقهي والقضائي بين من يشترط الحيابة القانونية- التقييد في الرسم العقاري- يغني عن الحيابة المادي.

ختاما فإن تنظيم المشرع لعقد الهبة ضمن مدونة الحقوق العينية والحسم في شكليات توثيقه باستبعاده الوثيقة العرفية والمحرر الثابت التاريخ لتفادي النزاعات التي كانت تثيرها عقود الهبة العرفية هي خطوة محمودة وتحسب للمشرع.

إلا أن تكريس المشرع لقاعدة التقييد القانوني للهبة يغني عن الحوز الفعلي يبقى غير كاف للحد من النزاعات المثارة في هذا الصدد، فجل النزاعات المثارة أمام القضاء بخصوص عقود التبرع تتعلق غالبا بشرط الحوز والمنازعة في وجوده من عدمه.

فالمنازعة في عقود التبرعات لعللة عدم توفر شرط الحوز ننظره إلى من يثيره ليس إلى سبب الطعن في التبرعات. لكون الحوز مقرر لفائدة الورثة، وأن طرفي عقد الهبة في الغالب تربطهم علاقة قرابة كهبة الاب لابنه أو لزوجته او ما شابه ذلك.

المنازعة في عقود التبرع لانتفاء شرط الحوز-----د/جمال عابد، ذ/ سعيد ترحوت

وبمجرد وفاة المتبرع يبادر كل من له مصلحة في الطعن في عقد التبرع بالابطال لعدم تحقق واقعة الحوز على اعتبار الحوز واقعة قانونية يمكن نسف تحققه بمجموعة من الوسائل والقرائن المعمول بها في هذا الباب إذ يمكن ان يصل الامر إلى الطعن بالزور لهدم حجية الرسمية التي يتمتع بها العقد إذا كان محله عقار غير محفظ.

المنازعات القضائية في شكلية العقد التوثيقي

الباحث/بدر أعلال

باحث بسلك الدكتوراه بمختبر القانون والمجتمع
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر

مقدمة

ضبط المشرع المغربي التصرفات القانونية العقارية بمجموعة من القواعد الموضوعية والشكلية، قصد إنشاء تصرف قانوني محكم قابل للتنفيذ يحمي حقوق الأطراف، ويحقق النتيجة المرجوة منه، وبقدر أهمية هذه القواعد الموضوعية في بيان موضوع التصرفات وتحديد أسسها ومرتكزاتها وتداخلاتها وآثارها، فإن المشرع أولى عناية للقواعد الشكلية لأنها القالب القانوني الذي تفرغ فيه إرادة الأطراف من التنظير إلى الوجود ثم التنفيذ.

وإن كان الأصل في إبرام العقود يخضع لمبدأ الرضائية كعقد البيع مثلا يكفي لانعقاده توافق إرادة طرفيه كما هو مقعد في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي¹ غير أن المشرع المغربي جاء باستثناء لقاعدة الرضائية،² عندما نص في الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على: "أنه إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت

¹ نص المشرع في المادة 488 من قانون الالتزامات والعقود المغربي "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

² محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكلية، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي زفي مواقف القضاء، سلسلة الدراسات القانونية، العدد 1، مطبعة النجاح الجديدة - البيضاء- الطبعة الأولى 1997 صفحة 57.

التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون¹.

ورغم أن مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع، ألزمت الكتابة عندما يتعلق الأمر بالعقار دون أن تميز بين العقار المحفظ أو غير المحفظ، الأمر الذي جعل القضاء المغربي في بداية الأمر يستبعد تطبيق الفصل 489 كلما تعلق الأمر بهذا النوع الأخير من العقارات بحجة خضوعه لقواعد الفقه الإسلامي الذي يجعل الرضائية هي الأصل ولو تعلق الأمر بعقار² أو حقوقا عقارية، إلا أن القضاء تراجع عن موقفه هذا حيث أكد على أن بيع العقار غير المحفظ لا يكون منجزا إلا إذا أبرم كتابة³ شكله شكل العقار المحفظ، حيث لم يعد يميز بين التصرفات المنصبة عليهما، كما أن المشرع تدخل بعد ذلك في مجموعة من القوانين الواردة على العقارات الخاصة بما فيها غير المحفظة لإلزام الكتابة حين التصرف فيها، فنص على ذلك في القانون رقم 51.00 المنظم للإيجار المفضي إلى تملك العقار⁴، وفي القانون

¹ ومن خلال هذا الفصل يطرح التساؤل عن الكتابة في البيوع العقارية هل هي شرط للصحة أم وسيلة للإثبات، للتفصيل أكثر أنظر محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكلية، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي زفي مواقف القضاء، مرجع سابق ص 50 وما يليها.

² عبد الرحمان الشرفاوي، "قانون العقود الخاصة، الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية عقد البيع، الطبعة الرابعة، أكتوبر، 2017، ص 26.

³ - جاء في قرار محكمة النقض عدد 2744 الصادر بتاريخ 04/01/2011 ملف عدد 2009/1/1923 بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2011 ص 91 "عقد البيع المنصب على عقار محفظ من العقود الشكلية إذ يشترط لانعقاده زيادة على تراضي طرفيه أن يحزر في شأنه عقد ثابت التاريخ فلا يكفي توافق إرادتي الطرفين المتعاقدين لإنتاج الأثار القانونية أو اقرارهما بذلك، بل لابد من توافر ركن الشكلية تحت طائلة البطلان، لان الأمر يتعلق بشكلية العقد كركن لا يتم التعاقد إلا به لا بشكلية الإثبات.

⁴ تنص المادة 4 منه على أنه: "يجب أن يحزر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ...."

رقم 44.00 الذي عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 الصادر بتاريخ 3 فبراير 2016 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز¹، وفي القانون رقم 18.00 المعدل والمتمم بقانون 106.12 الصادر بتاريخ 27 أبريل 2016 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية².

وقد عادت هذه القوانين الطريق نحو توجه تشريعي يندرج ضمن مسار تحديث المنظومة التشريعية وتوحيد المقتضيات القانونية المتعلقة بالمعاملات العقارية³ ويحسم الجدل بشأن الكتابة في المعاملات المنصبة على العقارات المحفوظة وغير المحفوظة وطبيعة هذه الكتابة، حيث فرضت المادة الرابعة⁴ من مدونة الحقوق العينية شكلية الكتابة⁵ على جميع البيوع العقارية كيفما كانت وضعية العقار

¹ ينص الفصل 3-618 على أنه: "يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان."

² تنص المادة 12 منه على أنه "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان"³ زكية الكوط، الإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية - مقارنة قانونية اقتصادية - مقال منشور بموقع <https://www.droitentreprise.com>.

⁴ تنص المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على: يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خالف ذلك.

⁵ وبهذا يمكن القول بأن فرض شكلية معينة في المعاملات العقارية يعتبر من أهم الوسائل التي تلجئ لها جل التشريعات بغية تحقيق الأمن التعاقدى، وعندما نتحدث عن الأمن التعاقدى فإننا نقصد بالأساس استقرار المراكز القانونية للأطراف وتحقيق النجاعة على مستوى التعاقد العقارى والابتعاد عن أبواب المحاكم بقدر المستطاع.

موضوع التفويت، وضيق نطاق الكتابة وألزمت فيها أن تكون رسمية أو ثابتة التاريخ.

وهذا فالمشرع المغربي ينص على الشكلية والرسمية من أجل حماية حق الملكية بصفة عامة، فهو من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر يرى أن المحرر الرسمي يشكل ضماناً قانونية مهمة¹، وجعل من الشكلية ركناً للانعقاد وللإثبات وبانعدامها تنعدم التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية- سواء أكانت محفظة أم غير محفظة ولا يكون لها أي أثر في مواجهة المتعاقدين مع بعضهما البعض أو في مواجهة الغير.

غير أن تشريع الكتابة والرسمية وغيرها في مجال المعاملات العقارية لا يمكن أن يفى بمبتغى المشرع ما لم يكن محرر العقد صاحب صنعة وماهر متقن، ومبدع حاذق، وفي هذا يقول الونشريسي في المنهج الفائق: "اعلم أن علم الوثائق من أجل العلوم قدراً وأعلها إنافة وخطراً، إذ بها تثبت الحقوق ويتميز الحر من الرقيق، ويتوثق بها، ولذا سمي معانيها وثاقاً"². وقد وقعت الإشارة إلى كثير من مقدماتها ولواحقها في كتاب الله عز وجل، والموثق في عمله يتعامل مع اللغة والمصطلحات، فعليه أن يعلمها حق العلم، وأن يعلم أسرار ألفاظها ومخارجها واشتقاقها ومرادفات وأضدادها، ثم نظامها الصرفي³.

¹ - ادريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019 مكتبة المعرفة مراكش، ص 108.

² الونشريسي. المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق عبد الرحمن بن عبد الرحيم الأطرم، الطبعة: الأولى 2005، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - الإمارات العربية المتحدة، ص 27.

³ عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الرابعة، 2014، ص 351.

وقد سار المشرع المغربي¹ على هذا النحو واضعا أسسا للتوثيق الرسمي في القانون المنظم لمهنة التوثيق 32.09، ونص على مجموعة من الضوابط والأحكام الجوهرية والشكلية، التي يتعين على الموثق العمل بها وهو بصدد تحرير عقده، ليكون محررا صحيحا وخاليا من كل عيب يضر بحجته، وليكتسب صفة الإلزام القابل للتنفيذ، والمحدث للأثر القانوني المقصود منه، كما رتب جزاء مخالفة تلك الأحكام والضوابط.

وتتجلى أهمية الموضوع في دراسة الأوضاع والضوابط القانونية الجوهرية والشكلية الخاصة بالمحرر التوثيقي والحالات التي يمكن أن ينشأ منها نزاع لعدم احترام شكلية التحرير، كما تبرز أهمية الموضوع في التطرق للأحكام والقرارات القضائية حول المنازعات المتعلقة بعدم احترام الشكلية المحرر، وذلك لمحاولة تجاوزها.

وانطلاقا مما سبق فإن الإشكالية المحورية التي نهدف من خلال هذه الدراسة إلى محاولة الإجابة عنها هي:

¹ يرى الأستاذ كمال بلحركة أن " الغاية من تنظيم ممارسة مهنة التوثيق هو حسم العقود والمحررات للنزاع المحتمل بين أطرافها حالا ومآلا، بتكليف مساعدين للقضاء لممارسة التوثيق مساعدة للقضاء في منع المنازعات في المحررات والتخفيف من عبئها. ولا يتأتى ذلك إلا بدقة صياغة المحررات وإتقان بياناتها وشروطها وإجراءاتها حسما لمادة النزاع فيها بين أطرافها أو ورثتهم أو ذوي الحقوق في موضوع المحرر ؛ لأن توثيق وتحرير العقد ليس نسخا ولصقا لنماذج وقوالب جاهزة بل صياغة ماهر وخبير بتضاريس العقود ومتمرس في الممارسة".

للمزيد من المعلومات أنظر المقال المنشور للأستاذ كمال بلحركة، بعنوان "المحرر الثابت التاريخ بعد سبع سنوات من الممارسة، قراءة تحليلية وثائقية في نماذج المحررات، منشور بموقع <https://belherkate.ma>

إلى أي مدى استطاع الموثق حمل العلاقة التعاقدية بين الأطراف من
التنظيم إلى التنفيذ في محرر يلزمه فيه القانون باحترام الضوابط
الشكلية وبضمان فعالية العقد؟.

وعليه وانطلاقاً مما سبق سنحاول الإجابة على الإشكالية المطروحة وذلك
معتمدين التقسيم التالي:

المطلب الأول: الأوضاع القانونية الجوهرية الخاصة بالمحرر من خلال القانون 32.09
وجزاء الإخلال بها.

- الفقرة الأولى: الضوابط القانونية المتعلقة بالتحقق هوية الأطراف وأخذ
توقيعاتهم.
- الفقرة الثانية: الضوابط القانونية الخاصة بتاريخ المحرر ومكان ولغة التلقي.

المطلب الثاني: الأوضاع القانونية الشكلية الخاصة بالمحرر من خلال القانون 32.09
وجزاء الإخلال بها.

- الفقرة الأولى: أحكام الإضافات والكلمات المشطوبة والإحالات والملحقات في المحرر.
- الفقرة الثانية: الإجراءات الشكلية اللازمة لتنفيذ العقد.

المطلب الأول: الأوضاع القانونية الجوهرية الخاصة بالمحرر من خلال القانون 32.09 وجزاء الإخلال بها.

إن وصف الرسمية الذي ينطبق على المحررات الصادرة عن الموثق يشمل كل ما يتولى الموثق ضبطه من وقائع وأمور من جهة، والإقرارات والتصرفات الصادرة عن الأطراف بمحضه وتحت مسمعه وبصره من جهة أخرى¹.

ومن خلال مقتضيات القانون المنظم لمهنة التوثيق 32.09 نجد أن المشرع أوجب أوضاعاً قانونية خاصة يجب على الموثقين احترامها لكي تكون محرراتهم صحيحة، خالية من أي عيب ينال من حجيتها وتكون قابلة للتنفيذ، منها ما يتعلق بمجلس العقد؛ أي بمكانه وتاريخه، ومنها ما يتعلق بأطراف العقد، ومنها ما يتعلق بمحتوى المحرر.

الفقرة الأولى: الضوابط القانونية المتعلقة بالتحقق من هوية الأطراف وأخذ توقيعاتهم.

ألزم المشرع في المادة 37 من القانون 32.09 في فقرتها الأولى الموثق من التأكد من هوية الأطراف وسميتهم وأهليتهم للتصرف ومطابقة الوثائق المدلى بها إليه للقانون، كما ألزمته المادة 36 من نفس القانون بذكر الأسماء الكاملة للأطراف بما فيها اسم الأب والأم وموطنهم²، وتاريخ ومكان، ازديادهم، وجنسياتهم، ومهنتهم، ونوع

¹ - نور الدين العرج، حجية التوثيق الرسمي في الإثبات والتنفيذ مقال منشور بموقع وزارة العدل والحريات JUSTUCE.GOV.MA.

² - يرى الأستاذ عثمان بمنصور بخصوص التأكد من هوية الشخص المعنوي مايلي "إذا تعلق الأمر بالأشخاص الاعتباريين، يجب على الموثق التأكد والتحقق في هوية الشخص المعنوي وذلك بذكر اسم الاجتماعي للشركة، وكذا مقرها الاجتماعي، ورقم السجل التجاري، وممثلها القانوني؛ كما يجب على الموثق الحرص على طلب النموذج 7 للوقوف على تعيين الشركة والتقييدات المحتملة (الرهون، سقوط الاهلية، المساطر الجماعية المنصوص عليها في الباب الخامس من مدونة التجارة.... تم وخالصة القول،

الوثيقة المعتمدة في إثبات هويتهم¹ ومراجعتها، والنظام المالي للزواج بالنسبة للأطراف عند الاقتضاء².

ومن خلال البيانات التي اشترطها المشرع لتحديد هوية المتعاقد، نلاحظ أن ثمة بيانات ثابتة وأخرى قابلة للتغيير. فالنوع الأول يلعب دورا حاسما في التعريف بهوية الشخص، ويتمثل في أسماء المتعاقدين، أما البيانات المتغيرة كالبيان المتعلق بالأهلية فهو بيان غير ثابت يمكن أن يتغير، فقد يكون الشخص أهلا لكنه قد يفقد أهليته بسبب عارض من عوارض الأهلية. وما قيل عن هذا البيان يصدق أيضا عن مهنة المتعاقد التي يمكن أن تتغير، وكذلك الشأن بالنسبة لمحل إقامته.

فإن ضوابط تحديد الهوية تشكل العمود الفقري لفعالية العقد الرسمي الذي سينجزه الموثق تحت مسؤوليته، إذ يشكل ضابط الهوية بيانا جوهريا بموجبه يتم تحديد اصحاب الحقوق والالتزامات والاثار القانونية المترتبة عن العقد، كما يشكل المعيار الوحيد لتحديد مدى اهلية الاطراف للتعاقد على مستوى سن الرشد" للمزيد من المعلومات أنظر عثمان بنمنصور ، النظام القانوني لمهنة التوثيق بالمغرب، قراءة تحليلية ونقدية لمقتضيات القانون رقم 32.09 المنظم لمهنة التوثيق والنصوص التنظيمية للمهنة، الجزء الأول مطبوعة صومي برنت أكادير، ص 157.

¹ تجدر الإشارة أن المجلس الوطني للموثقين أبرم اتفاقية مع إدارة الأمن الوطني تمكّنهم من تجهيز مكاتب الموثقين بجميع جهات المملكة بجهاز البصمة الإلكترونية، الذي يمكن الموثق من التأكد من الهوية الحقيقية لأي زبون سيتقدم لإجراء معاملة عقارية بمجرد وضع بطاقة تعريفه الوطنية على هذا الجهاز أو بصمته، وجهاز البصمة الالكترونية جرى ربطه مباشرة بجهاز الحاسوب، ما يمكن الموثق من التعرف على البيانات الخاصة بالمتعاقد، من خلال مستويين، الأول عبر وضع البطاقة الوطنية الالكترونية التي يدلي بها الزبون فوق الجهاز الذي يستخرج كافة البيانات المتعلقة، ويتوصل بها الموثق بشكل آني على جهاز حاسوبه من طرف الإدارة العامة للأمن الوطني، والثاني من خلال وضع بصمة الزبون على الجهاز حيث يتوصل بالبيانات المتعلقة بهوية الزبون على حاسوبه، ويعرف إن كانت صالحة للتعامل أو وجود تناقض أو منتهية الصلاحية أو لشخص ضاعت منه أو لشخص ميت، مؤكدا أن هذه التقنية ستحد نهائيا من انتحال صفة مالك العقار، ومنع عمليات السطو على العقارات عن طريق البيع أو التزوير.

² تبرز أهمية ذكر النظام المالي للزواج في العقد لحماية أموال الزوجين من التفويت بدون إذن الطرف الآخر في حالة اتحاد ذمتهم المالية.

ونظرا لأهمية التحقق من هوية الأطراف وتضمين بياناتهم في المحرر، فما هو الجزء الذي سياترّب عن غيابه؟

أصبح الموثق بمقتضى المادة 37 من القانون 32.09 ملزما تحت مسؤوليته . مثل ما ينص عليه المشرع الفرنسي . بالتحقق من هوية الأطراف¹، وأي إخلال أو تقصير في هذا الشأن يعرضه للمسؤولية، ونشير هنا إلى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 فبراير 1979 قضت فيه بأن الموثق ملزم قانونا بالتحقق من هوية الأطراف وأي إخلال بهذا الالتزام يجعله مسؤولا عن هذا التقصير². أما بخصوص آثار غياب أسماء الأطراف عن صحة العقد، فقد اختلف الفقهاء في الجزء المترتب على غياب أحد البيانات المتعلقة بإثبات الهوية، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى عدم بطلان المحرر الذي ينقصه أحد هذه البيانات.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن مسألة التأكد من هوية الأطراف تعتبر كذلك من واجبات المحافظ على الأملاك العقارية ومن مسؤولياته وفي هذا الشأن جاء في قرار لمحكمة محكمة الاستئناف بمراكش ملف عقاري عدد 320/1402/2020 المؤرخ في 2011/11/04 : "المحافظ على الأملاك العقارية هو المسؤول عن التحقق من هوية الأطراف ومن صحة الوثائق المدلى بها له ومن كون التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات ظهير التحفيظ العقاري وكون الوثائق المدلى بها تجيز التقييد المطلوب، الشيء الذي يجعل كل ما ضمن في أسباب الاستئناف على غير أساس، ويبقى ما قضى به الحكم المستأنف بالرغم من العلل أعلاه مصادف للصواب ويتعين تأييده". نشره د. عبدالعزیز إدزني، العمل القضائي في قضايا المنازعات العقارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2022، المطبعة الوراق الوطنية، ص 346.

² محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32.09 المتعلق بالتوثيق، الطبعة الثالثة 2017، وكتبة المعرفة مراكش، ص 72.

وبالرجوع إلى المادة 149¹ من القانون رقم 32.09 التي تنص على الحالات التي يكون فيها العقد باطلا كعقد رسمي وتبقى له قيمة العقد العرفي، لم نجد من ضمنها مخالفة مقتضيات المادة 36، ولهذا فإن الجزء هنا سيكون بطلان العقد، لأن البيان المتعلق بأسماء الأطراف يعتبر من البيانات الجوهرية، لا ينبغي على الموثق إغفاله، لأن بواسطته يتم التعرف على المتعاقدين، ويعتبر نسيانه خطأ جسيما، يحمل الموثق تبعه ما سترتب عن ذلك من أضرار بالنسبة للأطراف².

أما فيما يخص توقيعات الأطراف فبعد كتابة المحرر وقراءته على المتعاقدين، وشرح موضوعه وبيان النتائج التي سترتب عليه، يقدم الموثق المحرر للأطراف قصد التوقيع عليه. ويعتبر هذا الإجراء من الشكليات البالغة الأهمية، لأنه بمثابة التعبير المادي للأطراف عن قبولهم بمضمون العقد، وفي حالة ما لم يتم التوقيع على المحرر

¹ تنص المادة 49 على مايلي: "يكون باطلا كل عقد تم تلقيه وفقا للشكل الرسمي، وأنجز مخالفا لأحكام المواد 30 و31 و32 و37 و39 و40 من هذا القانون إذا كان غير مذيّل بتوقيع كافة لأطراف، وإذا كان يحمل توقيع كل الأطراف تكون له فقط قيمة العقد العرفي مع الحق في مطالبة الموثق بالتعويض في الحالتين وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية في حقه...."

² محمد الربيعي، مرجع سابق، ص73.

من أحد الأطراف فقد يتعرض للبطلان لأن التوقيع من الإجراءات الجوهرية للزمة لصحة العقد¹ وعدم وجوده يعتبر عيبا شكليا طال المحرر².

وفي قضية عرضت على أنظار محكمة النقض، تلتخص في كون أحد الواهبين وقع المحرر في حين رفض الواهب الآخر التوقيع، حيث اعتبرت هذه المحكمة غياب توقيع هذا الأخير عيبا شكليا، وقضت ببطلان المحرر الذي تم من قبل الموثق بطلانا مطلقا³.

والمشروع المغربي تناول هذا الإجراء في المادة 43 من القانون رقم 09-32، حيث اشترط تذييل أصول العقود بالأسماء الكاملة للأطراف وتوقيعاتهم، وأن يوقع

¹ بخصوص شهادة البيع التي يقدمها الموثق للأطراف فهي لا نرقى لمستوى العقد الرسمي وفي هذا جاء في قرار لمحكمة النقض "الوثيقة الصادرة عن الموثق والتي يخبر فيها الواعد ببيع العقار بإيداع الموعد له باقي الثمن لا تعتبر حجة قاطعة على تنفيذ هذا الأخير التزامه المقابل بأداء الثمن داخل الأجل المتفق عليه، بل لا مناص عند المنازعة في ذلك من إثبات الإيداع الفعلي له، ما دام الموثق لا يعتبر مودعا عنده بمفهوم الودعية الاختيارية بل يجري الإيداع أمامه وفق الصلاحيات المخولة له بمقتضى القانون المنظم لمهنة التوثيق، والمحكمة لما اعتبرت شهادة الموثق وثيقة رسمية تفيد تنفيذ المشتري لالتزامه بإتمام البيع ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود" قرار عدد 3078 الصادر بتاريخ 28 يونيو 2011 في الملف المدني عدد 2009/7/1/4631 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 75 ص 95.

² جاء في قرار لمحكمة النقض "حيث إنه لما كانت مقتضيات الفصل 489 ق ل ع، تنص على أن البيع الواقع على عقار محفظ يجب أن يجري في محرر ثابت التاريخ، وكانت وثائق الملف، لا تتوفر على أي مستند يفيد وقوع البيع بالشكل المقرر في هذا الفصل، فإن المحكمة لما ردت الدعوى، تكون قد أصابت صحيح القانون، وهي على صواب، لما لم تلتفت إلى الشهادة الصادرة عن الموثق، التي لا تعتبر حجة في وقوع البيع، مادام الطرفان لم يوقعا أمامه على عقد مكتوب، يتضمن اتفاقهما على الثمن والمثمن، وبقبة الشروط". قرار 5647 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20/12/2011، في الملف 2010/7/1/2099

³ محمد الربيعي، مرجع سابق، ص 74.

الأطراف أيضا على كل صفحة من صفحات العقد مع كتابة تاريخ وساعة توقيع كل طرف بالأرقام والحروف.

وفي حالة كون أحد الأطراف لا يحسن التوقيع فإنه يضع بصمته على العقد ويشهد الموثق على هذه الواقعة. وإذا كان لا يستطيع البصم أيضا فإن الموثق يشهد عليه بذلك بحضور شاهدين، وأشار المشرع في المادة 43 السابقة الذكر إلى الأطراف الذين لا يحسنون التوقيع والذين يتعذر عليهم التوقيع والبصم، ووضع لكل حالة إجراءات خاصة بها. فبالنسبة للذين لا يحسنون التوقيع، فقد أخذ المشرع في هذه الحالة بالبصمة، فعلى هؤلاء أن يضعوا بصماتهم على العقد، وأن يكتب الموثق بيانا يشهد عليهم بذلك. أما الذين لا يحسنون التوقيع ويتعذر عليهم البصم، فإن الموثق يشهد عليهم بذلك بحضور شاهدين، وهذه الإجراءات وضعت لحماية هذه الفئة، وجعلها تتعاقد بعيدا عن كل استغلال أو احتيال يهدد مصالحها.

الفقرة الثانية: الضوابط القانونية الخاصة بتاريخ المحرر ومكان ولغة التلقي.

1. الضوابط الخاصة بتاريخ تحرير العقد.

لم يكن نظام التوثيق السابق يشترط ذكر تاريخ توقيعات الأطراف وتاريخ توقيع الموثق، بل اقتصر على اشتراط ذكر تاريخ تحرير العقد، أما القانون رقم 09-32 فقد سلك طريقا آخر حيث تنبه إلى أهمية الإشارة إلى تاريخ توقيع كل طرف من الأطراف وتاريخ توقيع الموثق لما له من أهمية¹ في الحاظ على حقوق الأطراف، وهذا

¹ يرى الأستاذ محمد الربيعي أن من بين الحالات التي يلعب فيها التاريخ دورا هاما نذكر ما يلي :
- عندما يقوم الموكل بعزل وكيله، هنا يجب الرجوع إلى تاريخ التصرفات التي أبرمها، فإن تمت قبل قرار العزل كانت صحيحة، أما إذا تمت بعد هذا القرار وعلم الوكيل والأطراف به، كانت هذه التصرفات باطلة.

كما أن التاريخ يلعب دورا هاما في معرفة المحررات التي تمت من قبل الموثق رغم علمه بقرار العزل أو التوقيف، حيث ستكون باطلة كمحررات رسمية، لأنه في هذه الحالة يكون قد فقد أهلية التوثيق

ما جاء في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 43 من القانون رقم 09-32 : "يوقع الأطراف على كل صفحة من صفحات العقد ويكتب تاريخ توقيع كل طرف كما يؤشر الموثق على كل صفحة يكتب تاريخ وساعة توقيع الأطراف والموثق بالأرقام والحروف.."

بخصوص تأريخ العقود يرى الأستاذ كمال بلحركة أن "الأصل والقاعدة في تأريخ العقود أن يكون بذكر الساعة والدقيقة واليوم والشهر والسنة. وذلك حماية لحقوق المشتري؛ لأنه قد يتغير الوضع القانوني للمبيع فيما بين التحرير والتسجيل أو التقييد في السجلات العقارية، أو بتوفي أحد الطرفين في ذلك اليوم كما أنه التاريخ الدقيق حاسم عند تعارض المحررات"¹.

ولما كان العقد لا يكتسي الصفة الرسمية² إلا بتوقيع الموثق، فإن تاريخ هذا التوقيع هو الذي يعتبر تاريخ العقد الرسمي حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون رقم 09-32 والذي جاء فيها ما يلي: يكتسب العقد الصبغة الرسمية ابتداء من تاريخ توقيع الموثق أما إذا فقد العقد الرسمي صفة الرسمية في حالة من

- لمعرفة متى أصبح العقد رسمياً، يجب الرجوع إلى تاريخ توقيع الموثق، لأن الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون رقم 09-32 تنص على ما يلي: "يكتسب العقد الصبغة الرسمية ابتداء من تاريخ توقيع الموثق"

¹ - الأستاذ كمال بلحركة، مقال بعنوان "المحرر الثابت التاريخ بعد سبع سنوات من الممارسة، قراءة تحليلية وثائقية في نماذج المحررات، منشور بموقع <https://belherkate.ma>.

² - بعد توقيع الموثق يكتسب المحرر الصبغة الرسمية والحجية، ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، وفي هذا جاء في قرار محكمة النقض، "حيث إن عقد البيع الذي تطالب الطالبة بإبطاله، حرر حسب ما هو ثابت من شهادة المحافظ بمراكش أمام موثق، وهو بذلك يعتبر وثيقة رسمية لا يطعن فيها طبقاً للفصلين 418 - 419 ق ل ع إلا بالزور، والطالبة لم تسلك مسطرة الزور في شأن العقد المذكور، مما يجعل دفعها بطلانها غير قائم" القرار 3434 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 96/5/28 في الملف المدني عدد 92/2409.

الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من القانون السابق الذكر، فإن العقد تبقى له قيمة الورقة العرفية، وفي هذه الحالة يكون تاريخ توقيع الأطراف هو تاريخ العقد إذا تمت توقيعاتهم في آن واحد، أو يكون هو تاريخ آخر توقيع وضع من طرفهم إذا حصلت توقيعاتهم في آماذ مختلفة. وقد نص المشرع المغربي على وجوب ذكر تاريخ العقد بالساعة واليوم والشهر والسنة بالأرقام والحروف.

وفيما يتعلق بالجزء المترتب على عدم ذكر هذا البيان، فقد رتب القانون 32.09 البطلان عن مخالفة المقتضيات الواردة في المادة 43 ويرى بعض الفقهاء¹ إلى أن عدم ذكر التاريخ إطلاقاً أو عدم ذكر بعضه لا يبطل العقد إلا إذا كان جوهرياً بالنسبة لانعقاده أو لتقادمه أو لاختصاص الموثق أو أي أمر آخر متعلق بكيان العقد ولم تكن معرفة التاريخ بصفة قاطعة من أي سبيل آخر في العقد.

إن البيان المتعلق بتاريخ المحرر يعتبر في نظرنا بياناً مهماً لأنه يحدد لنا الوقت الذي وضع فيه كل طرف توقيعته وكذلك تاريخ توقيع الموثق فهو يفيد في فض كثير من المنازعات. لهذا نرى وجوب ذكره بكل دقة بالأرقام والحروف، وبالسنة والشهر واليوم والساعة وعدم إغفاله، وهذا ما جرى به العمل في التوثيق الإسلامي².

2. - مكان تلقي الموثق للعقد.

أما بخصوص مكان تلقي الموثق للعقد فالمشرع في القانون 32.09 قد سمح للموثق بممارسة مهامه بمجموع التراب الوطني إلا أنه في نفس الوقت جعله كقاعدة عامة ملزماً بتلقي عقود وتوقيعات الأطراف داخل مكتبه المتواجد بدائرة محكمة الاستئناف المعين بها.

¹ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة 1972، دار الفكر العربي، القاهرة ص208.

² محمد الربيعي، مرجع سابق، ص80.

ولهذا يجب على الموثق أن يضع بياناً في العقد يشير فيه إلى أن عملية التلقي قد تم داخل مكتبه، للتأكد من كونه احترم المقتضيات الواردة في المادة 12 من القانون رقم 32.09، تبتدئ عقود الموثقين بجملة "بمكتب الأستاذ فلان موثق بأكادير حضر..."

فما هو الجزاء الذي يطبق في حالة عدم تقييد الموثق بما جاء في الفقرة الأولى من

المادة السابقة الذكر؟

تنص الفقرة الثانية من المادة 49 من القانون المذكور على ما يلي : «تسري نفس المقتضيات إذا تلقى موثق عقداً خارج مكتبه خلافاً لمقتضيات المادة 12 أعلاه...» ورجوعنا إلى الفقرة الأولى من المادة 49 فإن الجزاء الذي تنص عليه هو بطلان العقد كعقد رسمي وتبقى له قيمة العقد العرفي إذا كان يتضمن توقيعات كافة الأطراف. إلا أنه استثناء يجوز للموثق أن يتلقى عقود وتوقيعات الأطراف خارج مكتبه، شريطة الحصول على إذن من رئيس المجلس الجهوي للموثقين، وإخبار الوكيل العام للملك لدى المحكمة المعين بدائلتها.

3. لغة تحرير العقد

قد يحدث أحياناً أن يكون أحد الأطراف لا يعرف اللغة التي حررها العقد، ولهذا فإن القانون رقم 32-09 أشار إلى هذه الحالة ووضع لها جملة من الإجراءات لحماية مثل هؤلاء الأشخاص، حيث اشترطت المادة 38 من القانون المذكور ضرورة الاستعانة بترجمان مقبول لدى المحاكم، وفي حالة عدم وجود ترجمان يمكن للموثق الاستعانة بكل شخص يراه أهلاً لهذه المهمة شريطة أن يحظى هذا الأخير بموافقة الطرف المعني بالترجمة.

وقد اشترطت المادة المذكورة سابقا أن يكون الترجمان¹ أو الشخص الذي سيستعان به محايدا أي ألا يكون شاهدا في العقد، وألا تكون له أي مصلحة فيه. وعند انتهاء الترجمان من مهمته عليه أن يشير إلى اسمه ويوقع العقد الذي شارك في إنشائه وذلك تحت طائلة بطلان هذا العقد طبقا لمقتضيات المادة 43 التي تنص على ما يلي : تذييل أصول العقود تحت طائلة البطلان بالأسماء الكاملة وتوقيعات الأطراف والترجمان والشهود إن وجدوا ثم الموثق مع . خاتمه...».

وعلى الموثق في هذه الحالة أن يكتب بيانا يشهد فيه بأن المتعاقد لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد، وغياب هذا البيان يطبق عليه الجزء المنصوص عليه في المادة 49 من القانون رقم 30-08 أي أن العقد يفقد صبغة الرسمية، ولا تبقى له إلا قيمة العقد العرفي إذا كان يتضمن توقيعات جميع الأطراف.

المطلب الثاني: الأوضاع القانونية الشكلية الخاصة بالمحرر من خلال القانون 32.09 وجزء الإخلال بها.

¹ نظر القضاء في مسألة تحرير العقد بلغة يجهلها الأطراف بدون الاستعانة بترجمان قصد ترجمة مضمونه لأطراف العقد وجاء في القرار " طبقا للفصل 22 من الظهير المؤرخ في 04/05/1925 المتعلق بالتوثيق العصري الذي كان ساريا وقت تحرير العقد، فإنه إذا كان أحد المتعاقدين أو الشهود في العقد يجهل التكلم باللغة الفرنسية فيجب على الموثق أن يستعين بمترجم عدلي أو بمترجم محلف، ويفسر المترجم موضوع العقد قبل كتابته وبعد تحريره، ثم يمضي عليه بصفته شاهدا والمحكمة لما ثبت لها أن العقد التوثيقي محرر باللغة الفرنسية من طرف الموثقة دون أن تستعين فيه بأي ترجمان قصد ترجمة مضمونه لطرفيه، بل أشير فيه فقط إلى أنه بعد تلاوته وترجمته من طرفها، فإنها لما لم تلتفت لذلك رغم تمسك الطاعن به، ولم تتأكد من معرفة الطالب للغة التي حرر بها العقد وترتب على ذلك الآثار القانونية حسب ما إذا كان العقد محررا بالشكل القانوني حتى يعتبر ورقة رسمية، أم مخالفا لمقتضيات الفصل 22 أعلاه، يكون قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه. القرار عدد 409 الصادر بتاريخ 25 ماي 2017 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 84 ص 46.

الفقرة الأولى: أحكام الإضافات والكلمات المشطوبة والإحالات والملحقات في

المحرر.

حرصا من المشرع على أن تأتي العقود مكتوبة بوضوح، وخالية من كل العيوب والشوائب التي قد تمس بحجيتها، وضع المشرع جملة من القواعد، يتوجب على الموثقين احترامها أثناء كتابتهم للمحررات. وفي هذا الشأن، اشترط أن يكون العقد دون انقطاع أو بشر أو إصلاح في صلبه أو إقحام أو كتابة بين السطور أو تشطيب أو ترك بياض أو ثغرات في العقد يمكن استغلالها بإضافة كلمات تغير فحوى الاتفاق كما اشترط الإشارة إلى البياض الموجود في العقد وعدد الخطوط التي وضعت عليه. وضرورة ترقيم الصفحات مع الإشارة إلى عددها في آخر العقد.

والموثق قد يفاجأ أحيانا بعد انتهائه من كتابة المحرر، وأثناء قراءته على الأطراف، أنه نسي كلمة من الكلمات، أو استعمل تعبيرا غامضا وغير دقيق¹، لذلك منحه المشرع في هذه الحالة وسيلة قانونية، لتدارك الأمر، وذلك عن طريق الإحالات.

1. أحكام الإضافات في المحرر:

¹ إن المشرع المغربي منح قاضي الموضوع الحق في تفسير وتأويل هذه المقتضيات الغامضة وذلك بمقتضى الفصل 462 ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي:

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.

3 - 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.»

يذهب الفقيه عبد الرزاق السنهوري إلى القول في أحكام الإضافات في المحرر أنه: "يجب أن تكون - الورقة - مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط، وذلك لإبعاد كل شبهة في المحرر، وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً، فيجب ذكر ذلك في آخر المحرر موقعا عليه من ذوي الشأن والموثق".

وهذا نفس الاتجاه الذي سار عليه القانون 32.09 فقد منع في الفقرة الأولى من المادة 41 الإضافات في صلب العقد وذلك بإقحام الكلمات أو كتابتها بين السطور، وإذا حصل شيء من ذلك، لا بد من وضع بيان في الصفحة الأخيرة من العقد يشار فيه إلى هذه الكلمات المضافة مع ضرورة توقيعه من قبل الأطراف والموثق مع وضع خاتمه أيضاً وفي حالة عدم القيام بهذا الإجراء فسيكون مصير هذه الكلمات هو الإلغاء حسب الفقرة الأخيرة من المادة ويتحمل الموثق المسؤولية عن هذا التقصير.

وإذا أُلغيت كلمة أو كلمات مضافة، فهل سيكون لذلك أثر على صحة العقد بكامله أم يقتصر ذلك على الإضافة فقط؟

أما بخصوص إلغاء كلمة أو كلمات فقد ميز الفقهاء بين الإضافة التي تتعلق ببيانات جوهرية والعكس. فإذا وردت الإضافة على النوع الأول، فإن ذلك سيؤدي إلى بطلان العقد بكامله أما إذا وردت الإضافة على بيان غير جوهري، فإن البطلان يقتصر على هذا البيان، دون المساس بصحة العقد ككل.

وقبل الانتهاء من الحديث عن الإضافات نود الإشارة إلى أن المشرع في القانون رقم 32-09 منع وبصراحة الإضافات التي تأتي في متن العقد دون احترام الإجراءات المطلوبة، وجعلها ملغاة وذلك حماية لسلامة العقود من عمليات التحايل والتزوير التي ستكثر لو فتحنا الباب على مصراعيه لهذه الإضافات في صلب العقد.

2. أحكام الكلمات المشطوبة

الموثق معرض بدوره للخطأ والنسيان كباقي الأفراد. فقد يخطئ أحيانا ويكتب كلمة أو كلمات في المحرر لا داعي لكتابتها، أو لا تمت إلى الموضوع بصلة، أو أن ذكرها من شأنه أن يحور موضوع المحرر لهذا سمح له المشرع بشطب هذه الكلمات شريطة القيام ببعض الإجراءات، وهكذا نجد المادة 41 من القانون رقم 09-32 في فقرتها الأولى تنص على أن يحرر العقد دون انقطاع أو بشر أو إصلاح في صلبه أو إقحام أو كتابة بين السطور أو إلحاق أو تشطيب.. وإذا حصل شطب فإن الفقرة الرابعة من المادة السابقة وضعت إجراءات يجب على الموثق اتباعها حيث يجب أن يضع بيانا في آخر العقد يشير فيه إلى هذه الكلمات وأن يوقع الموثق والأطراف على هذا البيان والتشطيب ينبغي أن يتم بطريقة تبقى معه الكلمات ظاهرة حيث يمنع على الموثق اللجوء إلى أي مركب كيماوي لمحو الكلمات المراد حذفها، بل عليه أن يكتفي بشطبها عن طريق وضع خطوط عليها¹.

والملاحظ أن الفقرة الأخيرة من المادة 41 نصت على مصير الكلمات المشطوبة دون احترام الموثق للإجراءات المنصوص عليها في هذا الشأن حيث جعلتها ملغاة، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن بعض الفقهاء تعرضوا إلى هذه الحالة حيث ذهب أحدهم إلى أن الشطب المخالف للإجراءات المنصوص عليها قانونا يعتبر باطلا، في حين تبقى الكلمات المشطوبة صحيحة.

3. أحكام الإحالات:

يقصد بالإحالة العلامة التي يضعها الموثق في المكان الذي حصل فيه نقص أو تعبير غامض للرجوع إلى العلامة المشابهة لها الموجودة إما في الهامش أو في أسفل المحرر.

¹ - محمد ربيعي، مرجع سابق، ص 84.

وقد أجاز المشرع الإحالة، لأن الموثق بشر قد ينسى كلمة من الكلمات، أو يعبر بطريقة غير واضحة ولا يدرك ذلك إلا بعد الانتهاء من كتابة المحرر وأثناء قراءته على الأطراف. لهذا السبب منحه المشرع وسيلة قانونية لتدارك ما شاب المحرر من نقص وما اعتراه من غموض، عن طريق اللجوء إلى الإحالات، وقد أشار إلى ذلك في الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 41 من القانون رقم 09-32 حيث جاء فيها: "يجب تصحيح الأخطاء والإغفالات بواسطة إحالات تدون إما في الهامش أو في أسفل الصفحة".

يجب التنصيص في الصفحة الأخيرة على الكلمات والأرقام الملغاة وعدد الإحالات والإشارة إلى الحيز الفارغ من الكتابة مع بيان عدد الخطوط التي وضعت عليه، ويذيل الموثق هذه البيانات بتوقيعه وخاتمه مع توقيع باقي الأطراف بعد اطلاعهم على مضمون التصحيح».

والملاحظ أن هذا القانون الجديد حدد مكان الإحالة في الهامش أو أسفل الصفحة ولم يشترط أي توقيع أو تأشير من طرف الموثق والأطراف بخصوص هذه الإحالة وكان ينبغي أن يتم ذلك لضمان صحتها، بل اشترط المشرع أن يضع الموثق بياناً في آخر العقد يشير فيه إلى عدد الإحالات والتوقيع عليه من طرف الموثق مع وضع خاتمه وتوقيع الأطراف بعد اطلاعهم بمضمون التصحيح، ولم يشر إلى الجزاء المترتب عن غياب هذا الإجراء¹.

لقد بين المشرع في هذا الفصل من القانون السابق الإجراءات التي ينبغي على الموثق اتباعها في الإحالات وميز هنا بين الإحالة التي تكتب في الهامش لقصرها، حيث يتم التوقيع أو التأشير عليها من قبل الموثق وباقي الموقعين، وبين تلك التي يتطلب المشرع كتابتها في آخر المحرر نظراً لطولها، وهنا زيادة في الضمانات لم يكتف المشرع

¹ - محمد ربيعي، مرجع سابق، ص 85-86.

بالتوقيع أو التأشير عليها فحسب، بل استلزم بالإضافة إلى ذلك أن تتم المصادقة عليها صراحة من قبل الأطراف ورتب البطلان على غياب هذا الإجراء.

وتجدر الملاحظة، إلى أن الفقرة الأخيرة من المادة 41 من القانون 09-32 حددت الإلغاء كجزء في حالة عدم إتباع الموثق الإجراء المنصوص عليه بخصوص الكلمات والأرقام التي وقع فيها بشر أو إصلاح أو تشطيب أو أقحمت أو ألحقت أو كتبت بين السطور، في حين لم يشر إلى الجزء المطبق في حالة غياب الإجراءات المتعلقة بالإحالة والذي ينبغي أن يكون هو البطلان، كما كان يشير إلى ذلك نظام التوثيق السابق وقانون التوثيق الفرنسي الحالي¹، وهو جزء سيحي إرادة المتعاقدين من التلاعب والتزوير.

إن الغاية من استعراض هذه الضوابط والشكليات التي أوجب المشرع اتباعها عند إنجاز الشهادات العدلية التي يتلقاها العدول، والعقود التي يتلقاها الموثقون، هي أن نبين كيف حدد المشرع شروط إضفاء صفة الرسمية على هذه المحررات، من خلال إجراءات دقيقة توفر أسباب الثقة والاطمئنان فيها، والتي بدون احترامها تفقد شكلها الرسمي كما نصت على ذلك المادة 48 من القانون 09-32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق من أن العقود والمحررات التي ينجزها الموثق لا تكون لها الصبغة الرسمية المقررة في قانون الالتزامات والعقود إلا إذا أنجزت وفقا لمقتضيات

¹ - كان القانون الفرنسي القديم في قرار تنظيمي صادر بتاريخ 4 شتنبر 1685 ينص لا على بطلان الإحالة غير المصادق عليها فحسب بل المحرر بكامله مع الحكم على الموثق المخالف بغرامة إلا أن هذا الموقف، قد تم التخلي عنه بمقتضى قانون 25 فانتوز في فصله 15 الذي رتب على عدم احترام شكليات الإحالة بطلان هذه الأخيرة دون المحرر. وهذا ما ذهب إليه الفقيهان أبري ورو أما الفقيه دير انتون Duranton فيرى أنه إذا كان موضوع الإحالة شرطا جوهريا في المحرر، كما لو تعلق الأمر بثمان البيع، ولم تتم هذه الإحالة طبقا للشروط المطلوبة، فإن الأمر لا يقتصر على بطلان الإحالة فحسب، بل يشمل المحرر بكامله.

هذا القانون. إن هذه الضوابط هي التي تجعل من هذه المحررات «ترتقي إلى معارج الحجج القاطعة التي لا يطعن فيها إلا بالزور ولعل هذا ما يفسر الثقة والمكانة التي يحظى بها المحرر الرسمي في العملية التوثيقية»¹.

الفقرة الثانية: الإجراءات الشكلية اللازمة لتنفيذ العقد.

إن المحررات التي يشرف عليها الموثقون تستلزم أن تكون صحيحة وأن تؤدي دورها² كمحركات رسمية، لذلك يجب على الموثق أن يراعي جملة من الضوابط العامة والخاصة بتلقي التصرفات القانونية، والاخلال بهذه الضوابط قد يفقد السند قيمته كمحرر رسمي إما بجعل باطلا أو الاعتداد به كمحرر عرفي عندما يتضمن توقيعات الأطراف وفي جميع الحالات يعتبر الموثق مسؤولاً³ عن الضرر الذي يصيب الأطراف بسبب خطئه.

¹ - المصطفى عامر وعبد الكافي ورياشي، تزوير المحررات في التشريع الجنائي المغربي دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة على ضوء العمل القضائي المغربي، الطبعة الثانية 2021مكتبة الرشاد، سطات ص 204.

² - جاء في قرار لمحكمة النقض "حيث ان مهمة الموثق عملا بأحكام الفصل الأول من ظهير 1925/6/23 المحتج به، لا تقف عند حد إضفاء الصبغة الرسمية على الاتفاقات بين الأطراف، بل أبعد من ذلك فإنه يعتبر مستشارا ومرشدا لزنائنه، وأميننا وحريصا على أن يتم التعاقد في أحسن الظروف، دون أن تشوبه أي شائبة من شأنها الإضرار بالأطراف وإثارة النزاعات" القرار 4295 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2010/10/12 في الملف 2009/7/1/683.

³ - جاء في قرار لمحكمة النقض "لما كان الباعث على الإشهاد بواسطة موثق هو ضمان تحقيق نتيجة من المعاملة المشهود بها. وذلك بحفظ حقوق المتعاقد القانونية، وكل ما يترتب عن ذلك من نتائج، وهو باعث مشروع لحماية حقوقه، وهو ما يوجب اتخاذ الموثق جميع الإجراءات الضامنة لنقل ملكية الأصل التجاري وحواله الحق بشأنه طبقا لما يقتضيه البند 12 من الفصل 30 من ظهير 25/5/4، باعتباره على علم تام بأن تحرير عقد بحوالة الحق في الأصل التجاري دون إعلام مالك الرقبة بهذه الحوالة بتبليغ رسمي بالطرق القانونية المتطلبية، وليس بمجرد إشعار دون إثبات لاستلام، يجعل العقد المحرر من طرفه، والتصرف القانوني المشهود به غير ناجز، وغير قابل للتنفيذ، وهو بذلك غير تام"

والقول بأن مهمة الموثق تتمثل في إنشاء المحررات الرسمية لا يعني أن مهمته تتوقف عند هذا الحد، لأن الموثق ملزم بالقيام بمجموعة من الواجبات الإضافية التي تجعل التصرف نافذا ومنتجا لكل آثار¹، من هذه الواجبات التزامه بتسجيل بعض التصرفات لدى إدارة التسجيل والتزامه كذلك بتقييدها بالمحافظة العقارة وبتصفية العقار من جميع التحملات.

أولاً: التزام الموثق بتسجيل وتقييد العقد

تنص المادة 47 من القانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق انه: " يجب على الموثق ان يقدم نسخا من المحررات والعقود بعد الاشهاد بمطابقتها للأصل من طرفه، لمكتب التسجيل المختص لاستيفاء إجراء التسجيل وأداء الواجب في الأجل المحدد قانوناً...". وتتضمن كذلك المدونة العامة للضرائب مجموعة من الالتزامات التي يجب على الموثق الالتزام بها، يجد هذا الالتزام أساسه في مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 137 من المدونة العامة للضرائب، حيث تلزم الموثق بتضمين العقود بالبيانات والتصاريح التقديرية اللازمة لتصفية واجبات التسجيل، حيث يلزم الموثق حسب هذه المادة بأداء واجبات التسجيل المتعلقة بالعقود التي يتلقاها في أجل ثلاثون يوماً، وتختلف الرسوم حسب الطبيعة القانونية للعقد².

القرار 2144 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2005/7/20 في الملف 2004/5/1/423.

¹ - كريم ايت عسى، مقال واجب الموثق بإسداء النصح، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، مطبعة الأمانة - الرباط - 2015، ص 84.

² - عثمان بن منصور، النظام القانوني لمهنة التوثيق بالمغرب، قراءة تحليلية ونقدية لمقتضيات القانون رقم 32.09 المنظم لمهنة التوثيق والنصوص التنظيمية للمهنة، الجزء الأول مطبعة صومي برنت أكادير، ص 171.

من خلال مقتضيات المادتين يتضح أن الموثق ملزم بتسجيل العقود التي يقوم بتحريرها وان يؤدي رسوم التسجيل والتمبر داخل الأجل المحدد قانونا تحت طائلة المساءلة¹ وأداء الغرامات والزيادات في حالة عدم أدائه أو تأخره في الأداء.

كما يشكل التقييد أهم الشكليات الضرورية التي فرضها القانون من اجل حماية الملكية العقارية ومن أجل استكمال إجراءات نقل الملكية²، حيث يمنح التقييد أثرا منشئا للحق³، وهذا ما ينص عليه الفصلان 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري فلا وجود للحق العيني لا فيما بين الطرفين ولا

1 - جاء في حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتمارة بتاريخ 2009/10/16: حيث ان المحكمة بعد استقرارها لوثائق الملف تبين لها ان البيع النهائي للملك ذو الرسم العقاري عدد 7658 تم بتاريخ 2006/03/23 بعد ان توصل الموثق بجميع المبالغ لأداء الضرائب، والتي اقر بتوصله بها، غير انه لم يقم بأداء الضرائب المتعلقة بالملك المذكور إلا في تاريخ لاحق لتاريخ البيع، كما هو ثابت من الإبراء الضريبي المدلى به في الملف.

وحيث ان الموثق تسلم المبالغ التالية من المشتكي لأداء الضرائب وهي تمثل وديعة مؤتمن عليها لحساب الغير، وظلت بحوزته دون قيامه بالمهمة المنوطة به، مما تكون معه المخالفة المتابع من اجلها ثابتة في حقه، ويتعين التصريح بإدانته من اجلها.

2 - جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش ملف عقار عدد 02/1402/2019 صدر بتاريخ 2020 / 10/ 08 "باعتبار القيد بالرسم العقاري وإشهار العقد به إجراء من الإجراءات المتطلبه قانونا لاستكمال إجراءات نقل ملكية المبيع متى كان عقارا محفظا ، وتحصين حق ملكية المشتري في مواجهة الأغيار، فإن الدعوى المتعلقة به لا يطالها التقادم، ويحق للمشتري رفعها في أي وقت متى تطلب الأمر ذلك، وغير مقيد في ذلك بأي قيد زمني".

3 - جاء في قرار لمحكمة النقض "الأثر الإنشائي للتسجيل بالرسم العقاري - خلف عام - أثره. بمقتضى الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الخلف العام يلتزم بما التزم به سلفه ، وان التسجيل بالسجل العقاري شرط صحة التفويت في العقارات المحفظة ، ولا يتم نقل ملكية الملك موضوع التفويت بدونه"، القرار رقم 132 الصادر بتاريخ 28 مارس 2023 في الملف العقاري رقم 5568|1|2020 منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض.

بالنسبة للغير إلا من تاريخ تقييده في الرسم العقاري، وهذا ما أكده القضاء المغربي في العديد من القضايا التي عرضت عليه¹.

وبرجوعنا إلى المادة 47 من القانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق والتي تنص "...وانجاز الإجراءات الضرورية للتقييد في السجلات العقارية وغيرها لضمان فعاليتها ويقوم بإجراء النشر والتبليغ عند الاقتضاء"، يتضح تحرير عقد بيع مثلا يخص عقارا محفظا أو حقوقا عينية متعلقة به ليس وحده كافيا لنقل الملكية، بل لابد من تقييد هذا التصرف بالرسم العقاري التابع له العقار وأي سهو أو إغفال بهذا الخصوص قد تترتب عنه أحيانا آثار وخيمة، والمشرع وهو يحمل الموثق العصري بهذا الالتزام أخذ بعين الاعتبار مسألتين هامتين تتمثل الأولى في جهل غالبية الأفراد للآثار المنئشة للتقييد في الرسوم العقارية، أما الثانية فتتعلق بالآثار الخطيرة التي تترتب عن الإغفال أو التماطل في القيام بهذا الإجراء².

ثانيا: التزام الموثق بتصفية العقار من التحملات

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 171 من القانون رقم 47.06 كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون 07.203.38، فإن الموثق ملزم تحت طائلة التضامن مع البائع الملزم في أداء جميع الضرائب والرسوم المستحقة على العقار موضوع المعاملة، ما لم يثبت حصوله على شهادة جبائية (الإبراء الضريبي)، و التي تفيد أداء الرسوم و الضرائب المثقل بها العقار؛ حيث جاء في مقتضيات هذه المادة ما يلي " في حالة تفويت عقار للغير أو انتقال ملكيته، وجب على العدول والموثقين وعلى كل شخص

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 265 صادر بتاريخ 12 يونيو 1968 - منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى الجزء الثاني 1966 إلى 1982، ص. 133. قرار المجلس الأعلى عدد 640 الصادر بتاريخ 20 شتنبر 1978 - منشور بمجلة المحاماة- السنة 12 - العدد 14 ص 205.

² - محمد الربيعي، مرجع سابق، ص 63.

آخر يمارس مهنة تحرير العقود طلب تقديم شهادة من المصالح المكلفة بالتحصيل تثبت أداء مبالغ الرسوم المتعلقة بسنة تفويت أو انتقال الملكية والسنوات السالفة وإلا أصبحوا مسؤولين على وجه التضامن مع الملزم بأداء الرسوم المستحقة على العقار موضوع التفويت. يجب أن يحتفظ مفتش الضرائب المكلف بالتسجيل بكل وثيقة متعلقة بتفويت عقار يقدمها المتعاقدان مباشرة إليه إلى أن يتم تقديم الشهادة المنصوص عليها بالفقرة السابقة¹.

ثالثاً: التزام الموثق بتعيين العقار وحالته وأصله.

يكتسي تحديد العقار أهمية قصوى، فعن طريقه يحدد العقار عما سواه من أملاك الغير. ويحدد المبيع من بين الأملاك الأخرى للبائع. ولما كان العقار إما محفظ أو في طور التحفيظ أو غير محفظ، فإن ثمة عناصر تحديد مشتركة بينهما وأخرى مختلفة: فالعناصر المشتركة ترجع إلى الموقع والعنوان والمساحة²، والعناصر المختلفة إلى الرسم العقاري بالنسبة للعقارات المحفظة والمطلب للعقارات في طور التحفيظ، والحدود المتعارف عليها عند العدول والموثقين بالنسبة للعقارات غير المحفظة³.

والقاعدة في المبيع أن يكون معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة⁴، وقد يغفل الموثق في ذكر مساحة العقار المعين أو يخطئ فيها، فالبنسبة للعقار المحفظ لا يثار إشكال

¹ - عثمان بن منصور، مرجع سابق، ص 166.165.

² جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يونيو 1989: "لما كان الإقرار بالمبيع ينصب على رقم القطعة في الرسم العقاري رقم كذا فإن هذا يعد كافياً لتعيين الشيء المبيع تعييناً نافياً للجهالة وان إضافة كلمة تقريبا إلى مساحة القطعة لا أثر له في هذا الشأن" مجلة القضاء والقانون عدد 140 و 141 نوفمبر 1989، ص 149.

³ عبدالرحمن بلعكيد، مرجع سابق، ص 164.

⁴ عبدالرحمن بلعكيد، مرجع سابق، ص 173.

في هذا الأمر لكون العبرة بالبيانات المسجلة بالرسم العقاري وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض في قرار لها عدد 84 المؤرخ في 2003/01/0 بأن "المساحة المبينة على النسخة المطبوعة من طرف الموثق ولو كانت بألة مغايرة لا تأثير لها على صحة الوثيقة مادام الموثق هو الذي يشهد بصحة مطابقتها لما وقع تحريره من طرفه . العقد المحرر والموقع من طرف الموثق يعتبر وثيقة رسمية ولا يقبل الطعن إلا بالزور والعبرة بالبيانات المسجلة في الرسم العقاري لا بذكر المساحة"¹.

ولما كان عقد البيع من العقود التي تنصب على الملكية، وجب أن يكون البائع مالكا للمبيع ملكية شرعية تامة حتى يتمكن من نقلها بأمان إلى المشتري، وإلا ما جاز له أن يظهر بصورة المالك ولا أن يلتزم ببيع شيء لا يملكه. ويرجع أصل ملكية المبيع في العقار أو المنقول إلى مختلف الوثائق الرسمية والعرفية والدفاتر والسندات والمراسلات والشهادات وغيرها ... التي تثبت بها الملكية ثبوتا لا شك فيه².

تنص المادة 46 من قانون مهنة التوثيق 32.09 على أنه: «يجب أن تلحق بالعقد الوثائق التي استند عليها الموثق لإبرامه تكون هذه الوثائق حاملة لإشارة تثبت هذه الإضافة ومذيلة بتوقيع الموثق والأطراف إن اقتضى الحال».

ويعمل الموثقون في ضوء النص الوارد على استحضار أصل الملكية³ في عقود البيع لأهميته القصوى والغاية منه أساسا إثبات مشروعية الحيابة، وإثبات صحة

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 84 بتاريخ 2003/01/09 ملف مدني عدد 2002/2/3/242، نشره ادريس الفاخوري، قضايا المنازعات العقارية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية منشورات مجلة الحقوق الطبعة الثانية 2016 دار النشر والمعرفة ص 477.

² عبدالرحمن بلعكيد، مرجع ساق، ص 177.

³ جاء في قرار لمحكمة النقض: "إن العقود ملزمة لعاقديها وخلفائهم من غير نظر إلى أصل الملك، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من رسم الاتفاق المذكور أن المدعى فيه مملوك مناصفة بين المالكين الأصليين موروث المطلوبين وموروث البائعين لموروث المطلوبين في الاستحقاق

تواتر الملكية وانتقالها من شخص إلى آخر. ويدونون البيانات الدالة عليه وخاصة التاريخ ومراجع التسجيل ومبالغ الاستخلاص، وذلك لتفادي بيع ملك الغير. وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض ما فاده أنه لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفوظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية عملا بمقتضيات المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية¹.

خلاصة:

إن عمل الموثق يهدف إلى حمل العلاقة التعاقدية بين الأطراف من التنظير إلى التنفيذ في محرر يُلزّمه فيه القانون باحترام الضوابط الجوهرية والشكلية الخاصة بعملية التعاقد وبالمحرر الذي ينجزه محاولا وملتزمًا بضمان فعالية عقده. ونقصد هنا بضمان فعالية العقد تفرغ إرادة المتعاقدين في عقد صحيح، ناجز للآثار القانوني، وفي احترام كامل لجميع الضوابط الشكلية والموضوعية، التي أقرتها النصوص القانونية المنظمة للمهنة، بمعنى أن الموثق ملزم بصناعة عقد يتمتع بالقيمة القانونية والرسمية والحجية المطلقة في الإثبات، أي انتاج عقد ناجز لجميع آثاره القانونية، عن طريق استيفاء جميع الإجراءات القبلية والبعديّة وتقييد العقد أو المحرر في السجلات العمومية.

والطاعتان منهم فألزمتها بشريعة عقده في إطار الخلفية العامة للعقد لصحته، وردت الدفع بتجرده من أصل الملك لذاك وقضت بما جرى به منطوق قرارها تكون قد بنت قضاءها على أساس قانوني ولم تخرق أي مقتضى منه وعللت قرارها تعليلا كافيا وساغا قانونا" قرار محكمة النقض رقم 87/2 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2023 ملف عقاري رقم 3790/1/4/2019.

¹ - قرار محكمة النقض رقم 10/3 الصادر بتاريخ 24 يناير 2023 ملف عقاري رقم 285/1/8/2021.

ويبقى السؤال المطروح هل يكفي التزام الموثق بالضوابط المنصوص عليها في القوانين المنظمة للمهنة والقوانين الأخرى الخاصة والمتعلقة بعمله التوثيقي بخلق محرر مكتمل الأركان تام ونافذ ليس فيه ما يدفع الأطراف للمنازعة فيه؟

إن مهنة التوثيق صنعة، والصانع كما أشرنا سابقا يلزمه أن يكون ذو خبرة متقن لصنعتة مركّب ومبرّئ، ومبدع حاذق، فالوثيقة في آخر الأمر أداة لكشف الواقع الحضاري والثقافي والاجتماعي والاقتصادي والسياسي الذي تكون عليه الأمة في حقبة من الحقب، فليس الهدف هو تحرير الوثيقة وكفى وإنما حياكتها وسبكها لتبقى شاهدة على محررها و على المجتمع الذي حررت فيه.

المراجع

- محمد الكشبور، بيع العقار بين الرضائية والشكلية، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي زفي مواقف القضاء، سلسلة الدراسات القانونية، العدد 1، مطبعة النجاح الجديدة - البيضاء - الطبعة الأولى 1997.
- عبد الرحمان الشرقاوي، "قانون العقود الخاصة، الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية عقد البيع، الطبعة الرابعة، أكتوبر، 2017.
- ادريس الفاخوري، الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، الطبعة الثالثة 2019 مكتبة المعرفة مراكش.
- الونشريسي. المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق عبد الرحمن بن عبد الرحيم الأطرم، الطبعة: الأولى 2005، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - الإمارات العربية المتحدة.
- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الرابعة، 2014.
- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32.09 المتعلق بالتوثيق، الطبعة الثالثة 2017، وكتبة المعرفة مراكش.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة 1972، دار الفكر العربي، القاهرة.
- المصطفى عامر وعبد الكافي ورياشي، تزوير المحركات في التشريع الجنائي المغرب دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة على ضوء العمل القضائي المغربي، الطبعة الثانية 2021 مكتبة الرشاط سطات.
- كريم ايت عسي، مقال واجب الموثق بإسداء النصح، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، مطبعة الأمانة - الرباط - 2015.

- عثمان بنمنصور، النظام القانوني لمهنة التوثيق بالمغرب، قراءة تحليلية ونقدية لمقتضيات القانون رقم 32.09 المنظم لمهنة التوثيق والنصوص التنظيمية للمهنة، الجزء الأول مطبعة SO-ME PRINT.
- عبدالعزيز إدزني، العمل القضائي في قضايا المنازعات العقارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2022، المطبعة الوراقة الوطنية.
- كمال بلحركة، مقال بعنوان "المحرر الثابت التاريخ بعد سبع سنوات من الممارسة، قراءة تحليلية وثنائية في نماذج المحررات، منشور بموقع <https://belherkate.ma>.
- نور الدين العرج، حجية التوثيق الرسمي في الاثبات والتنفيذ مقال منشور بموقع وزارة العدل والحريات JUSTUCE.GOV.MA.
- زكية الكوط، الإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية - مقارنة قانونية اقتصادية- مقال منشور بموقع <https://www.droitentreprise.com>

منازعات تملك العقار المحفظ بالشراء في المزاد العلني

د.د.إسماعيل أقادي

أستاذ محاضر مؤهل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير،

جامعة ابن زهر

د/عبد الناصر بنميلود

دكتور في القانون الخاص، ومنتدب قضائي

اختيار هذا الموضوع -في تقديري- لم يكن محض صدفة، وإنما جاء في سياق ما يعرفه نظام التعاقد ككل من اختلالات عميقة وجوهرية، عصفت وتعصف بالأمنين القانوني و التعاقد. وهو ما يظهر جليا في عدد القضايا المسجلة بمحاكم المملكة، والتي لها صلة وثيقة بالمنازعة في صحة العقود والمحركات.

والجدير بالذكر أن أعمال المنهج الإحصائي في قراءة الإحصائيات المسجلة في هذا الإطار، يشي بأن نظام التعاقد يعاني من أزمة بنيوية، تثقل كاهل القضاء بالقضايا المعرضة أمامه من جهة، وتمهز ثقة المتعاقدين في منظومة التعاقد، بما في ذلك، ثقهم في المهنيين المؤهلين قانونا لتوثيق التصرفات القانونية الواقعة على العقار المحفظ.

وعلاقة بموضوع الندوة¹ الموسومة "بالمنازعات القضائية في العقود والمحركات"، اخترت أن أسلط الضوء في هذه المدخلة على نوع آخر من أنواع العقود

¹ - ندوة وطنية منظمة من طرف مختبر القانون والمجتمع بشراكة مع هيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير كلميم والعيون، وبدعم من المركز الوطني للبحث العلمي والتقني، في موضوع "المنازعات القضائية في

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

-إن جاز لنا تسميه كذلك لما له من خصوصيات- وما يثيره من إشكالات عديدة على مستوى الممارسة العملية، ويتعلق الأمر كما هو مبين في برنامج الندوة بشراء العقارات المحفظة بالمزاد العلني، وما ينشأ عن هذا النوع من العقود من منازعات قضائية كثيرة ومتنوعة.

يعتبر البيع الجبري للعقار المحفظ بالمزاد العلني، من أهم آليات التنفيذ الجبري للمقررات القضائية التي سنّها المشرع المغربي¹ -على غرار باقي التشريعات المقارنة- والتي يلجأ إليها الدائن - طالب التنفيذ- كوسيلة جبرية لاستخلاص ما له من دين في ذمة المدين- المنفذ عليه- بعد فشل محاولات الصلح، واستنفاذ المساعي الودية والسبل القانونية الأخرى، قبل الوصول إلى مرحلة الحجز التنفيذي للعقار وعرضه للبيع بالمزاد العلني².

وعلى الرغم من أهمية هذه الآلية في تنفيذ الأحكام القضائية المدنية، ودورها في استرداد الحقوق المالية المسلوقة، فإن هذا النوع من المعاملات لا يخلو من إشكالات قانونية وعملية، من شأنها أن تحول دون تحقيق الغاية منها، كما يمكنها أن تعصف بحقوق الدائن؛ في حالة بقاء العقار معروضاً للبيع بالمزاد العلني لسنوات

العقود والمحرمات "أيام 18، 19، 20 يناير 2024، بالمركب الإداري لهيئة المحامين أكادير كلميم والعيون، وكلية الحقوق بأكادير.

1- نظم المشرع المغربي إجراءات البيع الجبري للعقارات في الفصول 469 وما يليها من قانون المسطرة المدنية، كما نظمها في بعض النصوص الخاصة كما سنشير لاحقاً.

2- تجدر الإشارة إلى أن البيع الجبري للعقار لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة عدم وجود منقولات أو وجوده وعدم كفايته لسد الديون المطلوبة في التنفيذ، عملاً بالقاعدة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 469 من ق.م. التي تنص على أنه: "لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان المدين مستفيداً من ضمان عيني".

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

دون جدوى، إما لقلّة عروض الشراء أو إما لانعدامها من الأساس، وذلك لعدة أسباب؛ منها مثلا ارتفاع الثمن الافتتاحي المحدد لانطلاق المزاد، أو أن يكون العقار في وضعية غير القانونية يحتاج فيها المشتري إلى سلوك مساطر إدارية و قضائية لتسويتها، أو يكون مثقلا بتحملات ثقيلة، يصبح معها شراء العقار من طرف الشخص المتزايد بمثابة مقامرة من شأنها أن تكبده خسارة فادحة.

لذلك فإن عرض العقار للبيع بالمزاد العلني لا يضعُ حداً للمنازعات المرتبطة به، وإنما يفتح باباً جديداً لنوع آخر من المنازعات التي تنشأ خلال المرحلة اللاحقة لتملك العقار بالشراء بالمزاد العلني، فضلا عن المنازعات المتعلقة بصحة إجراءات التنفيذ. الشيء الذي يكون له كبير الأثر على ضعف إقبال الأشخاص على هذا النوع من البيوع العقارية، وهو ما يشكل حاجزا كبيرا أمام تنفيذ الأحكام القضائية من جهة أولى، واستيفاء الحقوق المالية التي قضت بها لفائدة الدائن طالب التنفيذ من جهة ثانية

وقبل أن نسلط الضوء على هذا النوع من المنازعات القضائية التي تنشأ خلال المرحلتين المذكورتين، ارتئينا في البداية أن نحدّد ماهية عقد البيع بالمزاد العلني في المطلب الأول، قبل أن نشير إلى أهم الدعاوى الناشئة عن شراء العقار بالمزاد العلني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للبيع بالمزاد العلني:

يأتي بيع العقار المحفظ بالمزاد العلني في المرحلة الأخيرة من مراحل الحجز العقاري، بعد سلسلة من الإجراءات التي نص عليها المشرع في قانون المسطرة

المدنية، حيث يتم عرض العقار محل الحجز العقاري للبيع بالمزاد، ليتم استخلاص الديون المستحقة على المحجوز عليه من الثمن الذي رسا به المزاد، وبذلك يشكل البيع بالمزاد العلني آخر محطة في مراحل الحجز التنفيذي للعقار وغاياته.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينصّ على أحكام البيع بالمزاد العلني ولم يشر إلى طبيعته في قانون الالتزامات والعقود، وإنما نظم شروطه وشكليات إجرائه في قانون المسطرة المدنية، وهو ما يثير التساؤل حول طبيعة هذا البيع هل هو بيع عادي، وبالتالي يخضع لنفس الأحكام المنظمة لعقد البيع في قانون الالتزامات والعقود، أم هو بيع ذو طبيعة خاصة تطبق فيه أحكام خاصة؟

ولتحديد طبيعة البيع الذي يتم بالمزاد العلني، سنحاول أن نتعرف على أهم خصائصه في الفقرة الأولى، ليتأتى لنا- في الفقرة الثانية- تحديد ما يميز هذا العقد عن باقي العقود الأخرى الناقلة للملكية.

الفقرة الأولى: خصائص عقد البيع بالمزاد العلني:

أشرنا فيما تقدم، إلى أن المشرع المغربي لم يحدّد ماهية البيع بالمزاد العلني، هل هو عقد بيع عادي، وبالتالي يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود المدنية في قانون الالتزامات والعقود، أم هو عقد قضائي على اعتبار أنه يتم إبرامه تحت إشراف القضاء، أم أنه ذو طبيعة خاصة، خاضع لنظام قانوني خاص، أم هو شيء آخر غير كل ذلك، لاسيما وأن هناك من الأنظمة القانونية المقارنة من يعتبره حكما قضائيا، لأن مهمة تسيير جلسة المزاد موكولة لقاضي التنفيذ، وليس لمأمور التنفيذ بكتابة الضبط.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

ولتكييف طبيعة هذا العقد في القانون المغربي، هل هو عقد عادي أم هو عقد ذو طبيعة خاصة، حاولت أن نستقرأ بعض المقتضيات القانونية التي تناولت هذا النوع من البيوع، وخلصنا إلى مجموعة من الخصائص التي نرى أنها تميز هذا العقد:

أولاً: البيع بالمزاد العلني عقد مسمى:

العقد المسمى هو كل عقد خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم¹، لذلك فإن البيع بالمزاد العلني يعتبر عقداً مسمى contrat nommé، لأن المشرع المغربي أطلق عليه اسماً معيناً وهو اسم البيع الجبري، سواء في ظهير التحفيظ العقاري كما تم تغييره و تميمه بمقتضى القانون رقم 14.07²، أو في مدونة الحقوق العينية³ أو قانون المسطرة المدنية⁴، كما خصه بأحكام خاصة في القوانين المذكورة.

ثانياً: البيع بالمزاد العلني ليس عقداً رضائياً:

يكون العقد رضائياً إذا كان يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول، غير أن تسمية البيع بالمزاد العلني بالبيع الجبري ينفي عنه بالتبعية- أن يكون بيعاً رضائياً بالنسبة للمالك الأصلي للعقار على الأقل، إذ كما هو معلوم فإن البيع بالمزاد العلني- على خلاف البيع العادي- لا يتم برضى المدين مالك

¹ -عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث، بيروت، ص 130

² -أنظر الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري.

³ -أنظر القسم الثالث من الباب الأول من المدونة.

⁴ -تنص الفقرة الأولى من الفصل 469 من ق.م.م على أنه: " لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان المدين مستفيداً من ضمان عيني.

العقار المحجوز والمعروض للبيع، وإنما يباع جبرياً عن طريق القضاء، ودون حاجة إلى رضى مالك العقار أو موافقته، ولا يمكنه أن يمنع هذا البيع إلا بأداء ما بذمته من ديون، وذلك إلى حين اليوم المحدد لإجراء السمسرة¹.

ثالثاً: البيع بالمزاد العلني عقد شكلي:

يكون العقد شكلياً إذا استوجب المشرع لتمامه اتباع شكل مخصوص يعينه القانون²، والغرض من ذلك هو تنبيه المتعاقدين إلى خطورة ما يقدمون عليه من تصرف. والشكلية في البيع بالمزاد العلني تتجلى في الشروط والشكليات التي استلزمها المشرع في الفصول من 469 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية، والتي يجب احترامها تحت طائلة الطعن بالبطلان³. وتبعاً لذلك فإن الشكلية في عقد البيع بالمزاد العلني، شكلية انعقاد لا شكلية إثبات؛ لأن البيع لا يكون صحيحاً إلا إذا تم وفقاً للشكل المنصوص عليه في الفصول المذكورة.

والجدير بالملاحظة أن هذه الشروط والإجراءات، مطبوعة إلى حدّ ما بنوع من الصرامة والتعقيد، لأن المشرع أراد أن يُمتّع المنفذ عليه -المالك الأصلي للعقار- بأقصى الضمانات الإجرائية التي تمكنه من تجنب عقاره للبيع بالمزاد العلني، لما يشكله ذلك من مسّ خطير بحق الملكية العقارية وهو حقّ مقدس⁴، فضلاً عن أثر ذلك على الأمنين الاقتصادي والاجتماعي.

1- أنظر الفصل 477 من قانون المسطرة المدنية.

2- للمزيد أنظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 127.

3- أنظر الفصل 484 من قانون المسطرة المدنية.

4- أنظر الفصل 35 من دستور المملكة المغربية.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

لذلك فإن البيع بالمزاد العلني يمرّ بمرحلة تمهيدية تشكّل ضمانته لصالح المدين مالك العقار، حيث يلزم قبل عرض العقار للبيع، أولاً أن يقوم مأمور التنفيذ بإعداد دفتر التحملات خاصة من أجل تقدير قيمة العقار محل البيع الجبري وتحديد البيانات الخاصة به، كما يقوم بالإعلان عن يوم المزاد وإشهاره بالطرق القانونية على نفقة الدائن ويبيّن في الإعلان تاريخ افتتاح المزاد¹، من أجل دعوة أكبر عدد ممكن من المتزايدين، مما يسمح ببيع العقار بثمن يخدم مصالح أطراف الحجز. وعليه، فإن المشرع قد أحاط هذا البيع بنظام إجرائي صارم، قصد حماية حق الملكية العقارية الذي يتمتع به المدين، وإعطائه مهلة كافية للوفاء بدينه بأداء ما عليه من دين، دون اللجوء إلى بيع عقاره بالمزاد العلني². وفي مقابل ذلك، يرى الدائن في هذا النظام الإجرائي الموسوم بالتعقيد، إضراراً بحقه في إتمام إجراءات الحجز العقاري ببيع العقار المحجوز بالمزاد العلني، ليتأتى له استيفاء دينه من ثمن البيع.

رابعاً: البيع بالمزاد العلني عقد إذعان:

إن الأصل في العقود أنها تقوم على حرية الأطراف في التعاقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة والتوازن في المصالح المتوخاة من إبرامها، كما أن المبدأ في التعاقد هو

¹ - أنظر الفصل 474 من ق.م.م.

² - تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي منح للمنفذ عليه أجل شهر من تاريخ إجراء الحجز التنفيذي، ويمكن أن يتم تمديد هذا الأجل لظروف خاصة بأمر معلل من رئيس المحكمة، وذلك لمدة يمكن أن تصل في مجموعها إلى 90 يوماً من تاريخ الحجز. كما أوجب على المكلف بالتنفيذ تبليغ المنفذ عليه استدعائين، الأول في الأيام العشرة الأولى من هذا الأجل والثاني في الأيام العشرة الأخيرة من نفس المدة، يخطره فهما بوجود الحضور في اليوم المحدد للسمسرة وذلك عملاً بالفصل 476 ق.م.م.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

حرية كل طرف في المناقشة والتفاوض بشأن بنود العقد، إلا أن هناك من العقود ما ليست كذلك، حيث يضع فيها أحد الطرفين لوحده شروط العقد دون تفاوض مع الطرف الآخر، والذي لا يملك إلا أن يقبلها أو يرفضها كلية، وبالتالي فالقبول فيها أقرب إلى التسليم منه إلى الرضا.

ومن تم فإن البيع بالمزاد العلني يعتبر من العقود التي يدعن فيها المشتري لشروط البيع، حيث ليس له الحق في مناقشة شروط البيع، بل يخضع للشروط المضمنة بدفتر التحملات أو دفتر شروط البيع كما تمت تسميته في مشروع قانون المسطرة المدنية، وهذا ما يجعل إقبال الأشخاص على هذا النوع من البيوع ضعيف جدا، لأنه يبيع بشروط محددة لا تقبل التفاوض أو التعديل، لذلك فإن أغلب الأشخاص الذين يحضرون يوم البيع ويشاركون في المزايمة، إما أن يكونوا تجارا في المجال العقاري أو سماسرة يحترفون شراء العقارات بالمزاد العلني باسم الغير.

والجدير بالذكر أن سبب عدم إقبال الأشخاص العاديين على شراء العقارات المحفظة بالمزاد العلني، يرجع بالأساس إلى تخوفهم من الخسارة التي قد يتكبدها جراء شرائهم لعقار مثل بشروط وتحملات قد تكون ظاهرة أو خفية، وهذا ما يفسر بقاء عدد كبير من العقارات المعروضة للبيع بالمزاد العلني لسنوات طويلة دون تباع¹.

خامسا: البيع بالمزاد العلني بيع قضائي:

¹ تؤكد الإحصائيات المسجلة بالمحاكم الابتدائية بالدائرة الاستئنافية بأكادير أن عدد ملفات التنفيذ العقاري التي تنفذ بالبيع بالمزاد العلني لا تتجاوز نسبة 15 % من مجموع الملفات المسجلة خلال السنة، وهذا يعكس ضعف إقبال الأشخاص على شراء العقارات عن طريق البيع بالمزاد العلني لكونه لا يخلوا من مخاطر.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

إن أهم ما يميز بيع العقار المحفظ بالمزاد العلني هو أنه يبيع يتم تحت إشراف القضاء، أي أن بيع العقار لا يتم إلا بعد وضعه بين يد القضاء من طرف الموظف المكلف بالتنفيذ¹، وهذا ما يميزه عن باقي البيوع العقارية التي يتم إبرامها من طرف المهنيين، الذين سمح لهم المشرع بتوثيق العقود الواردة على العقارات المحفظة، كالموثقين، والعدول، فضلا عن المحامين المقبولين لدى محكمة النقض عملا بأحكام المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية². لذلك فإن إجراءات البيع بالمزاد العلني تتم في محل كتابة الضبط التي نفذت الإجراءات وأودع فيها محضر الحجز العقاري في اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة³.

وبناء عليه، فإن البيع بالمزاد العلني في القانون المغربي هو عقد بيع من نوع خاص، يخضع لشروط وإجراءات خاصة، غير أنه يشترط فيه ما يشترط في العقود المدنية، من الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة، من أهلية ومحل وسبب⁴، إلا أن التراضي في البيع بالمزاد العلني يتحقق فيه الإيجاب بإقامة المزايدة، والقبول ممن يعرض الثمن الأخير الذي رسا عليه المزايد⁵.

الفقرة الثانية: خصوصية عقد البيع بالمزاد العلني

1 - جاء في الفقرة الأولى من الفصل 470 من ق.م.م ما يلي: "إذا لم يكن العقار محل حجز تحفظي سابق وضعه العون المكلف بالتنفيذ بين يدي القضاء بإجراء حجز عقاري عليه يبين محضره تبليغ الحكم وحضور المنفذ عليه أو غيبته في عمليات الحجز وموقع العقار وحدوده بأكثر دقة ممكنة والحقوق المرتبطة به والتكاليف التي يتحملها إن أمكنت معرفتها وعقود الكراء المبرمة في شأنه وكذا حالته تجاه المحافظة العقارية عند الاقتضاء".

2 - أنظر المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

3 - أنظر الفصلين 476 و477 من ق.م.م.

4 - أنظر في الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود.

5 - ينص الفصل 32 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "إقامة المزايدة تعتبر دعوة للتعاقد. وتعتبر المزايدة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير، ويلتزم هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض".

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

سنخصص هذه الفقرة للإشارة لأهم الخصوصيات الإجرائية التي يتميز بها هذا العقد عن باقي العقود الناقلة للملكية:

أولاً: عقد البيع بالمزاد العلني عقد خاضع لشروط:

أشرنا فيما سبق إلى أن البيع بالمزاد العلني عقد إذعان؛ أي أنه عقد خاضع لشروط مسبقة لا يملك المشتري إزاءها أي سلطة في مناقشتها أو تعديلها، وتتمثل هذه الشروط في البنود التي يتضمنها دفتر التحملات، الذي يهيئه الموظف المكلف بالتنفيذ¹، ولأهمية هذا الدفتر ارتئينا أن نشير إلى كيفية إعداده والبيانات التي يجب أن يتضمنها:

1. إعداد دفتر التحملات:

الجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم ينظم دفتر التحملات *cahier des charges*²، على خلاف المشرع الفرنسي الذي بين كيفية إعداد هذا الدفتر، كما حدّد ما يجب أن يتضمنه من شكليات وبيانات³، من ضمنها بيان سند التنفيذ، و المبالغ المستحقة للدائن بما فيها المصاريف و الفوائد، فضلا عن تعيين العقار المحجوز ووصفه، و بيان أصل الملكية، و حقوق الارتفاق و عقود الكراء، و الثمن الافتتاحي للبيع بالمزاد.

¹ - أنظر الفصل 474 من ق.م.م.

² - لسد هذا الفراغ التشريعي وبالنظر لأهمية دفتر التحملات فقد أولاه المشرع المغربي في مشروع قانون المسطرة المدنية الحالي عناية خاصة من خلال تنظيمه وبيان كيفية إعداده في المادة 474 منه، كما حدد أجله والبيانات التي يجب أن يتضمنها.

³ - Art 322-10 code des procédures civiles d'exécution.

كما أن المشرع المغربي لم يعرف مفهوم دفتر التحملات على خلاف بعض الفقه¹ الذي عرفه بأنه تلك الوثيقة المحررة من طرف عون التنفيذ والتي تتضمن جميع المعطيات الخاصة بالعقار محل الحجز وبعملية السمسرة، كما عرفه نفس الفقه بأنه بمثابة مشروع عقد بيع.

وأمام إحجام المشرع المغربي عن تعريف دفتر التحملات، نرى أن المقصود بهذا الدفتر من خلال المقترحات التي أشارت إليه سواء في قانون المسطرة المدنية أو مدونة الحقوق العينية، هو ذلك المستند الذي يتضمن الشروط التي سيخضع لها المتزايدون بالمزاد العلني *La vente par adjudication*، والذي يتم إعداده من طرف الموظف المكلف بالتنفيذ، داخل أجل شهر من تاريخ تبليغ الحجز التنفيذي، على الرغم من أن المشرع لم يحدد الأجل بشكل دقيق وإنما يستشف من مضمون الفصل 476 من ق.م.م.²

2. بيانات دفتر التحملات:

الملاحظ أن المشرع المغربي على خلاف المشرعين الفرنسي والمصري، لم يحدّد البيانات التي يجب أن يتضمنها دفتر التحملات بشكل دقيق، رغم الأهمية البالغة التي يكتسبها هذا الدفتر، والذي يمكن أطراف الحجز والمتزايدين من الاطلاع على شروط البيع، وضعية العقار المعروض للبيع، وكذا الارتفاقات التي يتحملها فضلا عن الثمن الافتتاحي الذي سينطلق به المزاد.

¹ -V.Cécile Robin : *procédures civiles d'exécution*, Vuibert, 2004, p 108

² -من المستجدات التي جاء بها مشروع قانون المسطرة المدنية أنه حدّد أجل إعداد دفتر التحملات في 10 أيام من تاريخ الحجز بمقتضى المادة 474 من المشروع.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

وبما أن المشرع المغربي لم يحدّد هذه البيانات فقد أعدت وزارة العدل نموذجاً نظامياً (60033) يتضمن 14 فصلاً، وتبين فيه مراجع السند التنفيذي الذي يتم التنفيذ بمقتضاه والمحكمة المصدرة له، وهوية طالب التنفيذ ومحاميه وهوية المنفذ عليه وتاريخ تبليغ الحجز العقاري، كما يتضمن تعيين العقار موضوع الحجز ووصفه وصفاً دقيقاً مع ذكر الحقوق والتحملات الواقعة عليه و الثمن الذي حدده الخبير لافتتاح المزايمة¹.

وإلى جانب ذلك، يتضمن دفتر التحملات النظامي مجموعة من الشروط التي لا تقبل التفاوض أو التعديل، ومن أهم هذه الشروط:

- أن المشتري يتسلم العقار على الحالة التي يوجد عليها يوم البيع بالمزاد ولا يمكنه له أن يطالب المنفذ عليه أو ذوي حقوقه بأي تخفيض في الثمن أو ضمانته أو تعويض من أجل أضرار أو إصلاحات أو أخطاء من الوصف أو المحتوى أو المساحة.

¹ - الجدير بالإشارة أن المشرع المغربي قد قام بسد هذا الفراغ التشريعي من خلال تحديد بيانات دفتر التحملات في المادة 474 من مشروع قانون المسطرة المدنية الحالي، والتي جاء فيها ما يلي: " بمجرد ما يقع الحجز، وينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 471 علاء يقوم المكلف بالتنفيذ بتبرئ دفتر شروط البيع خلال عشرة أيام يضمن فيه:
- خلاصة الإجراءات السابقة؛
- بيان العقار المحجوز ومشمولاته وماله من حقوق وما عليه من تحملات وفق ما هو مفصل بمحضر الحجز طبقاً للمادة 460 - 1 أعلاه؛
شروط البيع والثمن المحدد من طرف قاضي التنفيذ لانطلاق المزاد العلني استناداً إلى تقرير خبير مختص يبلغ، عند الاقتضاء، تقرير الخبرة الأطراف التنفيذ "

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

- أن المشتري في مقابل تمتعه بحقوق الارتفاق الإيجابية، يتحمل حقوق الارتفاق السلبية ظاهرة كانت أو خفية سواء وقع التصريح بذلك أم لا. ويقوم باستحقاق الأولى وبالطعن في الحقوق الثانية تحت عهده ودون إمكانية الرجوع على المنفذ عليه.

- أن المشتري ملزم بتنفيذ عقود الكراء الكتابية والشفوية التي تكون مبرمة وقت إرساء المزاد

- أن المشتري يتحمل الضرائب والتحملات المفروضة على العقار كيفما كان نوعها. وله أن يرجع بها على المدين الحقيقي بها.

- أن البيع لا يكون نهائيا إلا بعد انصرام أجل عشرة أيام من تاريخ رسو المزاد، لأنه خلال هذه المدة يمكن لكل شخص أن يقدم السدس وتعاد عملية السمسرة. ومعنى هذا أنه معلقا على شرط فاسخ متمثلة في تقديم عرض جديد.

وعليه فإن البيع بالمزاد العلني يتم وفقا لشروط مسبقة لا يمكن للمشتري أن يعترض عليها في التنفيذ، أو يحتج بها أمام القضاء بعلّة أنها شروطا تعسفية، وهذه خصوصية ينفرد بها هذا النوع من البيوع عن باقي البيوع العادية الخاضعة لقانون الالتزامات والعقود.

ثانيا: البيع بالمزاد العلني يبرمه موظف عمومي

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

من الخصوصيات كذلك التي تميز هذا العقد، أن الجهة المكلفة بإبرامه هو مأمور التنفيذ بالمحكمة، وهو أحد موظفي هيئة كتابة الضبط¹ بالمحكمة محل التنفيذ، على خلاف العقود الأخرى الواردة على الملكية العقارية، والتي يعهد تحريرها إلى الموثقين والعدول بموجب محرر رسمي، وكذا المحامين المقبولين لدى محكمة النقض بمقتضى محرر ثابت التاريخ عملاً بأحكام المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية².

والجدير بالملاحظة أن إسناد مهمة بيع العقار بالمزاد العلني للموظف المكلف بالتنفيذ يعد استثناء عن المبدأ المنصوص عليه في المادة الرابعة المذكورة، كما يعتبر خروجاً عن التوجه الذي سارت فيه بعض التشريعات المقارنة، كالتشريعين الفرنسي³ و المصري مثلاً، واللذين أسندا مهمة بيع العقار بالمزاد العلني إلى قاضي التنفيذ وليس إلى مأمور التنفيذ، حيث يتم البيع بالمزاد العلني بالجلسة التي يعقدها

¹ - تخضع هذه الفئة من الموظفين العموميين للمرسوم رقم 2.11.473 صادر في 15 من شوال 1432 (14 سبتمبر 2011) بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة كتابة الضبط، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5981 بتاريخ 27 شوال 1432 (26 سبتمبر 2011)، ص 4760.

² - تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: " يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو وبمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته. تصحح إضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإضاءات المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائلتها "

³ - Art 322-26 10 code des procédures civiles d'exécution stipule : « Lorsque le juge de l'exécution ordonne la vente forcée, il fixe la date de l'audience à laquelle il y sera procédé dans un délai compris entre deux et quatre mois à compter du prononcé de sa décision. Le juge détermine les modalités de visite de l'immeuble à la demande du créancier
poursuivant »

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

قاضي التنفيذ بحضور كاتب الضبط، وتفتتح الجلسة من طرف رئيسها ويتم المناذاة على أطراف التنفيذ، للتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز، كما يتأكد من إتمام إجراءات التبليغ والنشر والتعليق، ثم يعلن عن البدء بعملية البيع بعد التذكير بشروطه ونوع العقار أو الحق العيني العقاري والتمن المحدد لافتتاح المزيدة.

فبعد إعداد دفتر التحملات، والإعلان عن المزاد وتلقي العروض، يقوم الموظف المكلف بالتنفيذ بإجراء السمسرة في اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة، بعد التذكير بالعقار وبالتكاليف التي يتحملها و الثمن الافتتاحي للمزاد أو العروض الموجودة، وإرساء المزاد على آخر متزايد بعد ثلاث دقائق من رسو المزاد، ويحرر بذلك محضرا بإرساء السمسرة.

هذا المحضر الذي يعتبر سنداً للملكية¹ بالنسبة للمشتري بصريح الفصل 480 من ق.م.م و المادة 220 من مدونة الحقوق العينية، وبمثابة عقد بيع تام الأركان يمكن تسجيله بالمحافظة العقارية.

والجدير بالذكر أن المشرع وفي إطار مشروع قانون المسطرة المدنية عزز القوة الثبوتية لهذا المحضر من خلال اعتباره سنداً تنفيذياً لتسليم العقار المبيع للراشي عليه المبيع أي أن المشتري لن يكون بحاجة بعد هذا التعديل إلى رفع دعوى لاستحقاق العقار المبيع للراشي عليه المزاد. كما اعتبر المشروع هذا المحضر سنداً تنفيذياً في مواجهة المتزايد المتخلف².

¹ - خروجاً عن مقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، بشأن الجهات المخول لها صلاحية تحرير التصرفات المتعلقة بنقل الملكية العقارية، يعهد إلى مأمور التنفيذ بكتابة الضبط مهمة تحرير محضر رسو المزاد، الذي يعد بمثابة عقد رسمي ناقلاً للملكية.

² - المادة 487 من مشروع قانون المسطرة المدنية

ويترتب على تقييد هذا المحضر بالرسم العقاري، الآثار التالية:

- انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد: مع الإشارة أن انتقال الملكية

لا تكون إلا بعد انصرام أجل 10 أيام من تاريخ رسو المزاد

تطهير العقار من جميع الامتيازات والرهون: ويستثنى من ذلك التقييدات الاحتياطية السابقة على تاريخ الحجز والمسجلة بناء على دعاوى متعلقة بالعقار المبيع وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض في العديد من قراراته. بالرغم من أن هذا الاستثناء من شأنه أن يعصف بحق المشتري في أية لحظة، إذا أنتجت هذه التقييدات الاحتياطية حقوقاً لأصحابها، وهذا الأمر سبق أن وقع، حيث يمكن أن يفقد المشتري الراسي عليه المزاد حق الملكية على العقار إذا أقر القضاء هذا الحق لشخص آخر، نتيجة قبول أحد التعرضات الواقعة على مطلب التحفيظ.

- لا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن هذا البيع يتم تحت إشراف القضاء، فإنه مع ذلك لا يخلو من إشكالات قانونية وعملية تنشأ عنها مجموعة من المنازعات سواء أثناء إجراء الحجز العقاري و تجهيز العقار لبيعه بالمزاد العلني أو خلال المرحلة التي تلي بيع العقار و انتقال ملكيته إلى المشتري الجديد، لذا سنخصص المطلب الموالي للحديث عن أبرز المنازعات المرتبطة بهذا النوع من العقود.

المطلب الثاني: المنازعات القضائية المثارة بشأن عقد البيع بالمزاد العلني

تنشأ مجموعة من المنازعات القضائية نتيجة عرض العقار المحفظ للبيع بالمزاد العلني، وتنقسم هذه المنازعات إلى صنفين: صنف يتقدم به المنفذ عليه وينصب على صحة إجراءات الحجز و البيع، أما الصنف الثاني فهو الذي يباشره المشتري الراسي عليه المزداد،

الفقرة الأولى: الدعاوى المقدمة من طرف المالك الأصلي للعقار

يمكن للمنفذ عليه بصفته مالكا للعقار المعروض للبيع أن ينازع في مسطرة البيع بالمزاد العلني، إما من خلال الطعن في صحة الحجز العقاري أو من بالطعن في صحة إجراءات البيع

أولاً: المنازعة في صحة الحجز العقاري:

تعتبر إجراءات الحجز العقاري من الضمانات القانونية الممنوحة لأطراف الحجز، فمن جهة تحمي الائتمان العقاري، ومن جهة أخرى تحمي المدين المنفذ عليه من التعسف الذي قد يطاله من جانب طالب التنفيذ أثناء القيام بإجراءات الحجز، لذلك فإن قواعد الحجز تعد من النظام العام والإخلال بها يعرض الحجز إلى البطلان.

وبالرجوع للمقتضيات المنظمة لدعوى المنازعة في صحة الحجز العقاري، يتبين لنا أن المشرع المغربي لم يحصر حالات الطعن بالبطلان في الحجز العقاري، ولم يحدّد الأسباب التي يمكن أن تؤسس عليها هذه الدعوى، وهذا من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه لمختلف الطعون. غير أنه اشترط توافر شرطين؛ أولهما: تقديم مقال مستوف للشروط الشكلية إلى المحكمة التي تشرف على إجراءات الحجز العقاري مع توضيح الأسباب الدافعة إلى المطالبة بالبطلان وإرفاق المقال بالحجج

المثبتة لذلك¹، ثانيهما أن يتم تقديم الطعن قبل رسو المزايدة النهائية² وذلك تحت طائلة الحكم بعدم قبول الدعوى المرفوعة بعد هذا الأجل.

ومن جملة الأسباب التي يمكن أن تؤسس عليها دعوى بطلان الحجز العقاري

نجد ما يلي :

أ- الطعن ببطلان تبليغ الحجز العقاري:

نصّ المشرع المغربي على وجوب تبليغ المنفذ عليه بإجراءات الحجز العقاري وفقا للكيفية و الشروط المنصوص عليها للفصلين 469 و 470 من ق.م.م، كما حدد الشكليات التي يجب احترامها إذا تعلق الأمر بتبليغ الإنذار العقاري في المادتين 215 و 216 من مدونة الحقوق العينية، وذلك تحت طائلة الطعن بالبطلان، وفي هذا الإطار جاء في قرار محكمة النقض ما يلي " لكن، ردا على الوسيلة فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، قد عاينت أن التبليغ قد تم في عنوان غير عنوان أو موطن الشركة المطلوبة في النقص، وأنه بمقتضى الفصل 38 من ق.م.م المحتج به سلم الاستدعاء تسليما صحيحا إلى الشخص نفسه أو في موطنه إلى ... أو خدمه. ولذلك فإن القرار حين ردّ الدفع بعلّة أن الإنذار العقاري تم تبليغه إلى المستأنف عليها شركة طبیحة في شخص ممثلها القانوني أیت المهدي بوجمعة بتجزئة لاروزة رقم 5 شارع الحزام الكبير بواسطة سائقه آیت بلا عبد الله بتاريخ 30-03-1998 وأنه بالرجوع إلى عقد القرض يتبين أن موطن الشركة طبیحة هو حي مولاي رشيد 1 الرقم 65 الدار البيضاء. وأنه يتحصل من ذلك أن تبليغ الإنذار العقاري لم يتم بموطن الشركة طبیحة الذي يوجد به مركزها الاجتماعي، مما يكون مخالفا

¹ - الفقرة الأولى من الفصل 484 من ق.م.م.

² - الفقرة الثانية من الفصل 482 من ق.م.م.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

لمقتضيات الفصل 38 من ق.م.م. ومن ثم فإنه لا يعتد به ولا يرتب أي أثر قانوني، وبالتالي يبقى أجل التعرض على الإنذار العقاري مفتوحا، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار مرتكزا على أساس وغير خارق للفصول المستدل بها على النقص والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار¹.

وجاء في قرار آخر ما يلي: "حقا لقد صح ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه يتضح من شهادة تسليم تبليغ الإنذار العقاري ومحضر الحجز التنفيذي العقاري أنه وقع تبليغهما إلى زوجة الطالب، فالمحكمة لما اعتمدت التبليغ الواقع لزوجة الطالب بمقر عملها، وهو غير موطن الطالب الحقيقي، وبنت عليه قضاءها تكون قد خرقت الفصل 38 الذي ينص على أنه إذا وقع التسليم إلى الأقارب أو الخدم أو لكل شخص آخر يسكن مع من يراد التبليغ إليه فإنه يتم ذلك التبليغ في موطن هذا الأخير وبالتالي عرضت قرارها للنقض"².

ب- المنازعة في ثبوت المديونية:

من الأسباب الشائعة التي يمكن أن يستند عليها المدين في الطعن ببطلان الإنذار العقاري، المنازعة في ثبوت المديونية، ومن القرارات الصادر في هذا الشأن، نورد ما جاء في قرار صادر عن المحكمة الاستئنافية التجاري بمراكش: "و حيث استنادا لما ذكر يتبين أن الدين موضوع الإنذار العقاري أصبح مؤجلا لاتفاق الطرفين على طريقة لأدائه و على جدولة جزء منه في شكل أقساط وفق ما تم توضيحه في الفصل الأول من البروتوكول الاتفاقي مما يكون بذلك الإنذار قد أصبح

¹ -قرار عدد 3049 صادر بتاريخ 2006/10/11 في ملف مدني عدد 2004/1/1/3395 غير منشور.

² -قرار عدد 2965 صادر بتاريخ 1997/5/15 في ملف مدني عدد 95/1/2851 منشور بمجلة الملف، العدد

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

غير مرتب لأثره الذي هو تحقيق الرهن لتراجع موجهه عنه باتفاقه مع الموجه لها على جدولة الدين موضوعه مما يتعين بذلك اعتبار الاستئناف و إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض للطلب والحكم من جديد بإبطال الإنذار وتحميل المستأنف عليه الصائر¹.

وعلاوة على ذلك، يمكن أن يؤسس بطلان الحجز العقاري على أسباب أخرى كالدفع بكفاية المنقولات، ذلك أنه وكما هو منصوص عليه في الفصل 469 من ق.م.م، لا يقع الحجز على العقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات، كما يمكن أن يؤسس على أسباب لا حصر لها.

ثانيا: المنازعة في صحة إجراءات البيع بالمزاد العلني

يخضع البيع بالمزاد العلني لجملة من الشكليات الإجرائية التي يجي احترامها أثناء سلوك مسطرة البيع، وذلك تحت طائلة الطعن بالبطلان من طرف من له مصلحة في ذلك، خاصة المنفذ عليه، وتشمل المنازعة في صحة إجراءات البيع، المنازعة في دفتر التحملات، والمنازعة في صحة الإعلان عن البيع بالمزاد وفقا للآتي:

¹ - قرار رقم 756 صادر بتاريخ 2009/02/05 في الملف التجاري عدد 14/05/2228 غير منشور. وفي السياق ذاته جاء في قرار محكمة الاستئناف التجاري بالدار البيضاء ما يلي: "حيث يستفاد من وثائق الملف أن تعرض المستأنف عليه على الإنذار العقاري موضوع الدعوى انصب على المنازعة في مبلغ الدين الوارد في الإنذار المذكور، وانه وخلافا لما تمسكت به الطاعنة في استئنافها فان التعرض على الإنذار العقاري لا يؤسس فقط على سلامة الالتزام موضوع الرهن أو شهادة التقييد الخاصة أو شكليات الإنذار بل يؤسس كذلك على المنازعة في قدر المديونية وانه لما تبين أن الرهن الممنوح من قبل المستأنف عليه لفائدة البنك اتخذ لضمان مبلغ 296,000.00 درهم، وأن مبلغ المديونية تم حصره في مبلغ 215.174.68 درهم بمقتضى الحكم رقم 7945 الصادر بتاريخ 08/07/2009، أي أن المستأنف عليه أدى جزءا من الدين إلا أن الطاعنة ورغم علمها بالأداءات ضمننت الإنذار كافة الدين (296.000.00 درهم مما تكون معه منازعة المستأنف عليه في طلب تحقيق الرهن على عقاره قصد استيفاء كل الدين منازعة جديدة تستوجب تأييد الحكم المستأنف" قرار صادر بتاريخ 2010/05/11 في الملف 2010/540 غير منشور.

1. المنازعة في دفتر التحملات:

فكما سبقت الإشارة يعتبر البيع بالمزاد العلني عقدا خاضعا لشروط ولا يمكن للمشتري أو لأي طرف آخر أن يعترض على شروط البيع، على الرغم من أن هذه الشروط تعتبر شروطا تعسفيا لأنها لا توفر الضمانات الكافية للمشتري الراسي عليه المزداد.

غير أنه يمكن لمن له مصلحة أن ينازع في عدم استكمال دفتر التحملات للبيانات اللازمة فيه، من ذلك ما جاء في قرار لمحكمة النقض: لكن حيث يستفاد من مقتضيات الفصلين 474 و 471 من ق.م.م أن دفتر التحملات ينبغي أن يكون مشتملا على كافة البيانات التي تهم أصحاب ذوي الشأن في التنفيذ، سواء الراغب في الشراء أم من له مصلحة فيه، ويشمل كل ما يتعلق بمسطرة إجراءات التنفيذ ببيان السند التنفيذي وتعيين العقار من موقع وحدود ومساحة وغيرها من البيانات المذكورة في الرسم العقاري، والتمن الأساسي الذي تبتدىء به المزايدة في جلسة البيع يحدد من طرف خبير تعيينه المحكمة¹.

وفي إطار توفير بعض الضمانات اللازمة في هذا النوع من البيوع، فقد ذهب المشرع المغربي إلى تنظيم دفتر شروط البيع في مشروع قانون المسطرة المدنية، ونص فيه على مقتضيات جديدة ومهمة، ستسمح لكل ذي مصلحة بالتعرض على دفتر شروط البيع، حيث نص في المادة 475 - 1 منه على أنه: "يحق لكل ذي مصلحة ممن أشير إليهم في المادة السابقة إبداء أوجه تعرضه على الإجراءات وجميع

¹ -قرار عدد 516 الصادر بتاريخ 4 ماي 2005 في الملف رقم 1366/1/2004/3 غير منشور.

الملاحظات على شروط البيع والتمن المحدد لانطلاق المزاد العلني خلال أجل عشرة أيام من تاريخ الإشعار وإلا سقط حقه في التمسك بها".

ويبت قاضي التنفيذ في هذه التعرضات ويفصل فيها على وجه السرعة، ويكون أمره غير قابل لأي طعن لكي لا يكون تغرة جديدة يلجأ إليها المتعرض لتعطيل مسطرة البيع، كما يصبح دفتر شروط البيع نهائيا وغير قابل للتغيير إذا انقضى أجل التعرضات دون تقديم أي تعرض عليه أو بعد صدور أمر قاضي التنفيذ كما سبقت الإشارة.

2. المنازعة في صحة إعلان البيع:

عملا بأحكام الفصل 474 من ق.م.م، يجب على المكلف بالتنفيذ أن يقوم بإشهار إعلان البيع بالمزاد العلني، من خلال تعليقه على باب مسكن المحجوز عليه، وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة، وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات، كما يقوم بتعليقه باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ، وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية، فضلا عن إشهاره بإحدى الجرائد الوطنية المخصصة للإعلانات القضائية. وذلك لدعوة أكبر عدد ممكن من المتزايدين، كما ألزم المشرع المكلف بالتنفيذ بضرورة تبليغ المنفذ عليه أو من يقوم مقامه بتاريخ وساعة إجراء السمسرة، من أجل حضور البيع¹، وفي حالة الإخلال بهذه الضمانة يمكن للمنفذ عليه أن يطعن في بطلان إجراءات البيع.

¹ - أنظر الفصل 476 من ق.م.م.

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

وفي هذا الإطار جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، ردت ما أثير أمامها بأنه علاوة على عدم التقيد بالإجراءات القانونية التي يتطلبها إشهار البيع بالمزاد العلني وفق أحكام الفصل 474 من ق م م وعدم كفاية وسائل الإشهار بالنظر لأهمية الحجز فإنه ليس هناك ما يفيد انجاز محضر تمام إجراءات الإشهار من طرف العون المكلف بالتنفيذ وتبليغه للطاعن كما أنه لا دليل على تبليغ الطاعن - المنفذ عليه بأي إخطار بوجود الحضور في اليوم المحدد للسمسة و الذي يعتبر إجراء جوهريا طبقا لمقتضيات الفصل 476 من ق.م.م وحتى شهادة التسليم المضافة للملف المحررة في 15/11/06 إضافة الى كونها لا تتضمن الإشارة الى طبيعة ونوع الإجراءات فإنها لا تفيد التوصل، وإنما تحمل عبارة ترددت على المحل مرات متعددة أجده مغلقا، وكذا الشأن بالنسبة لشهادة التسليم المؤرخة في 19/11/04 التي رجعت بنفس الملاحظة، وليس بالملف ما يفيد استيفاء إجراءات التبليغ المنصوص عليها في الفصل 39 من ق م م المحال عليها بمقتضى الفصولين 476 و 469 من نفس القانون، مما يجعل إجراءات التبليغ باطلة وعديمة الأثر القانوني، وأن عدم استيفاء الإجراءات السابقة لإعلان البيع، وجهل الطاعن بالتاريخ المحدد للسمسة بسبب عدم إخطاره طبقا للقانون، يجعله أمام استحالة قانونية وواقعية لممارسة طعونه بالشكل الذي يضمن حقوقه، وداخل الأجل القانوني مما لا يمكن مواجهته بسقوط الحق لفوات الأوان.... تكون قد ردت ضمينا ما أثير بشأن خرق مقتضيات الفصل 484 من ق.م.م¹

وفي السياق ذاته جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: "حقا، حيث من جهة فإن الفصل 469 من ق م م المنظم لإجراءات الحجز التنفيذي على العقارات وبيعها ،

¹ -قرار عدد 984 صادر بتاريخ 2012/11/1 ملف تجاري عدد 2011/1/3/868 غير منشور

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

نص في فقرته الأخيرة على أنه (إذا لم يتأت التبليغ طبقا للفقرة السابقة - أي التبليغ للمنفذ عليه شخصيا أو في موطنه أو محل إقامته - أجريت المسطرة طبقا للفصل 39 من ق.م.م) وهو ما يعني أن بيع العقار عن طريق السمسرة وبالمزاد العلني يتطلب سلامة إجراءات التبليغ وورودها على الشكل الصحيح وهو ما لم تعند به المحكمة، إذ الثابت من ملف التنفيذ عدد 78/03 أن بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني بتاريخ 15/10/03 تم في غياب الطاعن ولا يوجد ضمن وثائق ملف التنفيذ ما يفيد توصله بالاستدعاء الموجه إليه لحضور إجراءات البيع المذكورة والقرار المطعون فيه حين رد دعوى الطاعن بعلّة (أن الطعن في إجراءات البيع يجب أن يقدم قبل إجراء المزايدة أمام قضاة الموضوع و إلا اعتبر التعرض قد وقع خارج الأجل القانوني) بالرغم من أن إجراءات السمسرة تمت في غيابه ودون علمه، ولم يكن في إمكانه التعرض على إجراءاتها، مادام لم يقع إعلامه بها ولا بإنجازها ، تكون بذلك قد طبقت الفصل 484 من ق.م.م تطبيقا سيئا ومن غير مراعاة لما نص عليه الفصل 469 من ق م م . مما يعرض قرارها للنقض¹.

3. المنازعة في محضر رسو المزايد:

فمحضر إرساء المزايد يعتبر وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، على الرغم من أن قانون المسطرة المدنية لم يحدد الحالات التي يمكن فيها الطعن في هذا المحضر، لذلك يمكن في بعض الحالات للمنفذ عليه أو من الراسي عليه المزايد أن يطعن في المحضر وما يتضمنه من وقائع أو لأسباب أخرى. وللمحد من هذه المنازعة وتأثيرها، عمل المشرع في مشروع قانون المسطرة المدنية على حصر الجهة التي يمكنها

¹ - قرار عدد 3907 صادر بتاريخ 2012/09/11 في ملف مدني عدد 2011/2/1/1/4071 غير منشور.

الطعن في هذا المحضر وهو الطرف المنفذ عليه، وحدد حالات الطعن على سبيل
الحصر وهي:

- وجود سبب خطير مبني على أساس صحيح
 - أو وجود عيب في إجراءات البيع من شأنها تبرير الطعن بالبطلان
- وهذا المسجد في نظري مهم جدا لأنه سيدسد الباب على الطعون الكيدية التي
تهدف إلى زعزعة ثقة المتزايدين في المزاد.

الفقرة الثانية : الدعاوى المرفوعة من المشتري الراسي عليه المزاد:

إذا رسا المزاد على آخر المتزايدين سواء في السمسرة الأولى أو السمسرة الثانية
مع الزيادة بالسدس¹، يؤدي الثمن النهائي الذي رست به المزايدة بكتابة الضبط،
كما يجب عليه علاوة على ذلك أن يؤدي مصاريف التنفيذ المحددة من طرف
القاضي والمعلن عنها قبل السمسرة². ويتربط عن ذلك انتقال ملكية العقار إلى
الراسي عليه المزاد، وتطهير العقار ، غير أن المشتري المالك الجديد غالبا ما يجد
نفسه مضطرا لسلوك مجموعة من المساطر القضائية أمام القضاء الاستعجالي
وأمام قضاء الموضوع من أجل استرجاع العقار المحفظ الذي تملكه بالشراء في المزاد
العلني، خاصة إذا رفض المنفذ عليه المالك الأصلي تسليم العقار المبيع، أو إذا احتج
الأغيار بوجود عقود كرائية كتابة أو شفوية مما يضطر معه المشتري إلى اللجوء
لل قضاء لاسترجاع العقار.

¹ - الفصل 479 من ق.م.م.

² - الفصل 477 من ق.م.م.

أولاً: المنازعات المرفوعة أمام القضاء الاستعجالي:

بالرجوع للفصل الثاني من دفتر التحملات النموذجي المشار إليه أعلاه، نجد أنه ينص على أن المشتري في مقابل تمتعه بحقوق الارتفاق الإيجابية، يتحمل حقوق الارتفاق السلبية، ظاهرة كانت أو خفية سواء وقع التصريح بذلك أم لا. ويقوم باستحقاق الأولى وبالطعن في الحقوق الثانية تحت عهده ودون إمكانية الرجوع على المنفذ عليه.

والجدير بالإشارة أن الارتفاقات السلبية التي يتحملها المشتري - حسب هذا الفصل- لا حصر لها كما لا يمكن توقعها، لأنها قد تكون خفية وقت شراء العقار بالمزاد العلني. لذلك فإن المشتري قد يصادفه عارض قانوني أو واقعي يعيق تمتعه بحق الملكية¹، مما يضطر معه إلى طرق باب القضاء لإزالة هذا العارض أو ذلك. ومن الصور الشائعة التي يلجأ فيها المشتري إلى القضاء الاستعجالي بعد تملك العقار المحفظ نذكر ما يلي:

1- دعوى طرد محتل بدون سند:

¹ - تنص المادة 14 من مدونة الحقوق العينية على أنه: " يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

استقر اجتهاد محكمة النقض على أن دعوى طرد محتل بدون سند، ينعقد فيها الاختصاص لقاضي المستعجلات إذا تعلق الأمر بعقار محفظ¹، وهو ما كرسه العمل القضائي بمحاكم المملكة².

وهكذا فإن من اشترى العقار المحفظ بالمزاد العلني يمكنه أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة لطرد المنفذ عليه - الملك الأصلي- أو من يقوم مقامه، وفي هذا الإطار فقد جاء في أمر صادر عن قاضي الأمور المستعجلة ما يلي: "وحيث إن الثابت للمحكمة من خلال تصفحها العرضي لظاهر الوثائق أن المدعي قد تحصل على العقار المدعى فيه بمقتضى محضر البيع بالمزاد العلني في إطار مسطرة التنفيذ الجبري وبالتالي فإنه ينتقل إليه مطهرا من جميع التحملات المثقل بها، وبالتالي فإن استمرار تواجد المدعى عليها بالمدعى فيه أضحى من باب الاحتمال بدون سند والذي يفرض علينا كقاضي للمستعجلات وضع حد له إصباغا للحماية القانونية المكفولة لمحضر البيع بالمزاد العلني مما يتعين معه الاستجابة للطلب"³.

¹ - وهكذا ذهب المجلس الأعلى إلى الاستجابة لطلب طرد المحتل بدون سند إذا كان العقار محفظا والمحتل لا يتوفر على ما يبرر تواجده بالعقار بالقول: "إن الاجتهاد القضائي قد استقر على أن المالك يمكنه المطالبة بطرد كل شخص يحدث انزعاجا للملكه إذا كان هذا الشخص غير مسجل بالرسم العقاري ومحتلا بدون حق".

-قرار المجلس الأعلى عدد 95 صادر بتاريخ 10/1/1986 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 15، ص 14.
² -ومن ذلك ما جاء في أمر صادر عن قاضي المستعجلات: "حيث إنه بثبوت تواجد المدعى عليهم على جزء من الرسم العقاري المملوك للمدعين يكون هذان الأخيران محقان في المطالبة بطردهم أمام القضاء الاستعجالي رفعا للضرر الحال الناتج عن حرمانهم من الانتفاع بعقارهما واستغلاله واستعماله وفقا لما يخولهما القانون"
-أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالجديدة بتاريخ 2009/03/25 غير منشور.

³ -أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بأكادير تحت عدد 641 بتاريخ 2023/07/05 في الملف 2023/1101/660 غير منشور

1- فتح محل:

يمكن أيضا للمشتري أن يلجأ إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات، لاستصدار أمر بفتح المحل المغلق إذا كان العقار الذي اشتراه مهجورا ولا يقيم به المنفذ عليه أو من يقوم مقامه، وذلك ليقف مأمور التنفيذ على حالة العقار، ويحرر بشأن ذلك محضرا يبين فيه ما قد يجد فيه من أثاث ويحصيها ويبين حالتها ونوعها، قصد تسليمها للمالكها إن وجد، أو يطلب المشتري -بصفته حارسا عليها- من رئيس المحكمة إذنا ببيعها بالمزاد العلني عن طريق المفوض القضائي، ووضع ثمنها رهن إشارة صاحبها بصندوق المحكمة محل التنفيذ.

ثانيا: المنازعات المرفوعة أمام قضاء الموضوع:

إذا كان شراء العقار المحفظ بالمزاد العلني يطهره من جميع التحملات المثقل بها، فإنه مع ذلك قد يجد المشتري نفسه مضطرا إلى اللجوء لقضاء الموضوع، لتخليص العقار من بعض التحملات التي كانت خفية عنه وقت شراء العقار، مثل عقود الكراء التي قد يبرمها المنفذ عليه قصد الاضرار بمصالح من سيرسو عليه المزاد، وهو ما سنبينه في الآتي:

2- دعوى إبطال عقود الكراء:

من الدعاوى أيضا التي يمكن للمشتري رفعها بعد تملك العقار المحفظ، نجد دعوى إبطال عقود الكراء التي أبرمت من طرف المالك الأصلي للعقار بغرض الإضرار بمن رسا عليه المزاد، حيث نجد المشرع المغربي ينص في الفقرة الأولى من الفصل 475 من ق.م.م على أنه: " إذا لم تكن العقارات مكتراة وقت الحجز فإن المنفذ عليه

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني
د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنمیلود

يبقى حائزا لها بصفته حارسا قضائيا حتى يوم البيع ما لم يصدر الأمر بغير ذلك، ويمكن للمحكمة أن تبطل عقود الكراء إذا أثبت الدائن أو من رسا عليه المزاد أنها أبرمت إضرارا بحقوقه دون مساس بمقتضيات الفصلين 453 و454".

وهكذا فقد جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: "حقا، ومن جهة أولى فإن عدم إشارة محضر الحجز ودفتر التحملات إلى كون العقار مثقلا بالكراء أو خاليا منه، وإشارة الفصل الرابع من دفتر التحملات إلى " أن الذي رسا عليه المزاد ملزم بتنفيذ عقود الكراء سواء كانت شفوية أو كتابية والتي تكون مبرمة وقت إرساء المزاد " دون أي تشطيب لا يبرر رفض إبطال عقد كراء ثبت إبرامه بعد الحجز التحفظي للعقار وبعد حجزه تنفيذيا مادام عقد الكراء أبرم بتاريخ 3/7/91 والعقار حجز تحفظيا منذ سنة 1989 وتحول الحجز إلى تنفيذي بتاريخ 28/1/91. ومن جهة ثانية فإن الفصل 475 من ق.م.م أعطى الحق لمن رسا عليه المزاد أن يبطل عقود الكراء إذا أثبت أنها أبرمت إضرارا بحقوقه دون مساس بالفصل 454 ق.م.م الذي لا يجيز للمحجوز عليه كراء العقار المحجوز تحفظيا إلا بإذن القضاء والمحكمة بتعليقها الذي ورد فيه(.... مادام من رسا عليه المزاد لم يثبت أنه اشترى عقارا خاليا من أي كراء ثم وجده مكري فإنه لم يثبت الضرر اللاحق به الذي يخوله حسب الفصل 475 ق.م.م أن يطالب بإبطال عقد الكراء بسبب ذلك....) تكون قد خرقت الفصلين 475 و 454 من ق.م.م. كما أن المحكمة أثارت تلقائيا أنه لا يوجد بالملف ما يفيد كون المدين أشعر بالحجز، في حين أن المدين المحجوز عليه لم ينازع خلال مناقشة الدعوى في تبليغه بالحجز مما تكون معه المحكمة قد تجاوزت صلاحياتها واشتطت فيها، مما يعرض القرار للنقض"¹.

¹ - قرار عدد 3995 مؤرخ في: 27/12/2006 ملف مدني عدد 2004/1/2/192 غير منشور.

3- دعوى الإفراغ:

ينص الفصل الرابع من دفتر التحملات على أنه "يلزم من رسا عليه المزاد بتنفيذ عقود الكراء الكتابية والشفوية التي تكون مبرمة وقت إساء المزاد وذلك خلال المدة التي حددت لها أو حسب استعمال الأماكن".

والملاحظ أن هذا البند يلزم المشتري المالك الجديد للعقار المحفظ، بتنفيذ عقود الكراء المبرمة وقت إرسا المزاد، ومع ذلك يمكنه أن يلجأ إلى قضاء الموضوع من أجل إفراغ المحل للحاجة أو لسبب آخر يبرر طلب الإفراغ طبقا لمقتضيات المادة 45 من القانون 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني¹. غير أنه لقبول دعوى الإفراغ للحاجة، يشترط أن يمر على تملك العقار مدة 18 شهرا عملا بأحكام الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون 67.12 المذكور².

وفي السياق ذاته، جاء في قرار آخر ما يلي: "لكن حيث إنه بخصوص ما تمسك به الطاعنان من خرق المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه للفصل 475 من ق م م الذي يعطي الحق لمن رسا عليه المزاد المطالبة بإبطال العقود اللاحقة للحجز التحفظي والتنفيذ وأن صفتها ثابتة للتقدم بطلب ابطال عقد الكراء ثابتة فإنه تغيير لسبب الدعوى التي بنيت على المطالبة ببطان عقد الكراء لمخالفته للبند الثامن من عقد الرهن الرابط بين المكري المالك السابق والبنك الراهن، وليس على مخالفة الفصل 475 المذكور وإن السبب الجديد لم يسبق مناقشته أو عرضه على قضاة الموضوع ولا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض من جهة، ومن جهة أخرى فقد سبق القول بأن ما ضمن بالبند الثامن من عقد الرهن إنما قرر لمصلحة البنك الراهن ولا يستفيد منه الطاعنان كونهما ليسا خلفا خاصا له والوسيلتين على غير أساس عدا ما هو غير مقبول".

قرار عدد 2/617 المؤرخ في 2014/10/23 ملف تجاري عدد 2012/3/2/580 غير منشور.

¹ -ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435(28 نوفمبر 2013) ص 7328.

² -تنص الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون 67.12 على ما يلي: "لا يقبل طلب تصحيح الإشعار بالإفراغ للسبب المشار إليه في البند الأول من المادة 45 أعلاه إلا بتوفر الشرطين التاليين:

المنازعات القضائية الناشئة عن تملك العقار المحفظ عن طريق الشراء بالمزاد العلني د/إسماعيل أقادي، د/عبد الناصر بنميلود

ختاماً، فقد حاولنا في هذا المقال أن نسلط الضوء على أهم المنازعات التي قد تنشأ عن تملك العقار المحفظ بالشراء بالمزاد العلني، وما تثيره هذه المنازعات من إشكالات تعترض حق المشتري في التمتع بحق الملكية كما ذكرنا، والتي قد تصل إلى حد حرمان المشتري الجديد من العقار الذي تملكه، خاصة في الحالة التي يكون فيها العقار في طور التحفيظ. ومن جملة ما خلصنا إليه في هذا البحث من توصيات، أن المشرع مدعو إلى توفير الضمانات الكافية للمشتري الراسي عليه المزاد، والتي تغنيه عن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتمكينه من العقار الذي اشتراه بالمزاد، وذلك من خلال تنظيم هذا النوع من البيوع الذي يتميز بعدة خصائص، تميزه عن العقود المبرمة لدى الموثقين و العدول و المحامين، وإعطاء محضر رسوا المزاد طابع السند التنفيذي الذي يغني المشتري عن الحاجة إلى استصدار حكم قضائي جديد، لطرده محتل بدون سند قانوني أو لإبطال عقد كراء أبرم قصد الإضرار بمصالح من رسا عليه المزاد.

1. أن يكون المحل المطلوب إفراغه ملكاً للمكري منذ 18 شهراً على الأقل من تاريخ الإشعار بالإفراغ، على أن للوارث والموصى له والمكفول حق الاستفادة من احتساب المدة التي كان يملكه خلالها المالك السابق؛"

إشكالية المادة 278 من مدونة الحقوق العينية: بين العمل القضائي والفقهاء الإداري: دراسة مقارنة

إسماعيل البركاني

إطار بالمحافظة العقارية بأكادير، وباحث بسلك الدكتوراه بجامعة ابن زهر

تنص المادة 278 من مدونة الحقوق العينية⁽¹⁾ أنه لا تصح الهبة⁽²⁾ ممن كان الدين محيط بماله، وهي على أهميتها البالغة في حماية الأعيان من آثار التصرفات التعسفية التي قد يجريها المدين في ماله إضراراً بمصالحهم، فقد جاءت مقتضبة في مبنائها ومختصره في أحكامها، حيث أقرت في صيغة عامة ومجردة ما يمكن أن يعد بطلاناً يطال تصرف المدين في ماله على النحو المذكور، فيما شكل ترسيخاً للقاعدة العامة المكرسة في المادة 1241 من قانون الالتزامات والعقود⁽³⁾ من أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، دون أن تضع شروطاً لذلك أو استثناءات يمكن

(1) الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، الصادرة بتاريخ 24 نونبر 2011، ص. 5587.

(2) عرفت المادة 273 من مدونة الحقوق العينية الهبة بأنها تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

(3) الظهير المتعلق بقانون الالتزامات والعقود Code des obligations et des contrats، منشور بالنشرة الفرنسية للجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص. 78، ضمن الملحق السابع للظهير المؤرخ في 12 غشت 1913، المتعلق بالمصادقة على عدة ظهائر في شأن إدارة القضاء بالمغرب، المنشور بنفس الجريدة الرسمية، ص. 12، حيث لم يطرأ على الفصل المذكور أي تغيير منذ تشريعه أول مرة.

معها تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الواهب و الموهوب له من جهة، وبين مصالح الواهب ودائنه من جهة أخرى.

ذلك أن عقد الهبة والحالة هذه لا يؤدي إلى انبثاق رابطة موضوعية بين الواهب والموهوب له فقط، وإنما يؤدي الى انبثاق رابطة موضوعية أخرى تجمع الواهب بدائنه، حيث يكون هذا الأخير وفقا لهذه الحالة غيرا معنيا بعقد الهبة إلى الدرجة التي يكون له معها الحق في المطالبة بإبطال هذا العقد إذا ما ترتب عنه مساس بمصلحته كدائن للواهب⁽¹⁾.

لكل ذلك فقد خلفت هذه المادة سجال ونقاش عميقا في أوساط القضاء بجميع درجاته وتخصصاته إذ تلمص دوره في محاولة العمل على تكملة مقتضياتها باجتهادات رصينة، محاولا التليين من مقتضيات المادة المذكورة، منقسما في ذلك حسب ما سيتضح إلى اتجاهين رئيسيين، يدعو أولهما إلى التطبيق الصارم للمقتضيات المادة المذكورة، بينما يدعو الآخر إلى ضرورة إيجاد بعض الاستثناءات التي تفرضها بعض الصور العملية التي تقتضي ضرورة خلق توازن في مصالح كافة الأطراف المعنية بعقد الهبة.

⁽¹⁾ راجع حول مفهوم الغير المعني والمسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تثار ضد المتعاقد من الغير الدائن لأحدهم:

- Claire-Marie Péglion-Zika : " Responsabilité délictuelle du contractant à l'égard des tiers : le réveil de la relativité de la faute contractuelle ", *Revue Lamy Droit Civil*, n° 151, sept. 2017

- Patrice Jourdain : " Vers une dissociation des fautes contractuelle et délictuelle ? ", *RTD civ.* 2017, p. 666.

ولا شك أن هذا الاختلاف قد اقتحم أسوار مصالح المحافظة العقارية كذلك ولعله قد انطلق منها كما سيتضح، هاته المصالح التي لا شك أنها ساهمت ولازالت تساهم في بلورة فقه اداري منبثق من خلاصة التجارب العملية التي تراكمها من خلال الاحتكاك الدائم الإشكالات التطبيقية.

واعتبارا لما قد خضع له القانون المدني الفرنسي من تأثر بالفقه المالكي⁽¹⁾ إذ تناول بدوره هذه الإشكالية لقول صاحب التحفة ومن بماله أحاط الدين لا *** يمضي له التبرع ان فعل⁽²⁾، فقد نص القانون المذكور في المادة 1341-2⁽³⁾ على حق الدائن في المطالبة بعدم نفاذ التصرفات الضارة المنجزة من قبل مدينة في حقه، وإذا تعلق الأمر بتصرف بغير عوض فإنه يتعين على الدائن إثبات سوء نية الموهوب له.

لذلك سوف اتولى من خلال هذا المقال إن شاء الله كشف جديد ما قام به العمل القضائي والإداري المغربي والفرنسي من مجهودات رصينة في سبيل استكمال ما اعترى المادة 278 من مدونة الحقوق العينية ونظيرتها المادة 1341-2 من القانون المدني الفرنسي من نقص خلال مطلبين على ضوء التقسيم التالي :

(1) للتوسع في هذا الموضوع ينظر مقال الأستاذ عبد السلام فيغو : "أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي - قانون نابليون"، في المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة، أشغال الندوة الدولية المنظمة من قبل الرابطة المحمدية للعلماء والمركز الأكاديمي للثقافة والدراسات والمؤسسة العلمية الكتانية أيام 14، 15 و 16 فبراير 2012، الرابطة المحمدية للعلماء الرباط، فبراير 2012، المجلد الثاني، ص. 639.

(2) أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي "البهجة في شرح التحفة"، الجزء الثاني، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، طبعة 1991، ص. 627.

(3) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n° 0035, du 11 fév. 2016, texte n° 26.

المطلب الأول : مدلول الإحاطة في المادة 278 من مدونة الحقوق العينية.

المطلب الثاني : إشكالية عي الإثبات في المادة 278 و آثاره القانونية.

المطلب الأول : مدلول الإحاطة في المادة 278 من مدونة الحقوق العينية.

الأصل أن أموال المدين تعتبر ضمانا عاما لدائنيه، وأن أثر تصرفات المدين القانونية في ماله ينصرف إلى الدائن، سواء زادت هذه التصرفات في قيمة الضمان المخول للدائنين أو نقصت منه، فعندما لا يكون بيد الدائن سبب خاص لضمان حقه كالرهن الرسمي أو كفالة عينية، فإنه يظل متروكا لمصير هذا الضمان الذي يحتمل الزيادة أو النقصان⁽¹⁾.

لهذا السبب شرعت المادة 278 من مدونة الحقوق العينية لفائدة الدائنين الذين يمكنهم بناء على مقتضياتها المطالبة القضائية بإبطال عمل التبرع الذي يهدد بشكل مباشر إلى قدرة المدين على الوفاء بالدين.

إلا أنه قد برزت إشكاليه هامة جراء تعامل القضاء مع مقتضيات المادة المذكورة، ويتعلق الأمر بإشكالية مدى اشتراط أن يكون المال المتبرع به المشكل الوحيد للضمان (الفقرة الأولى)، على غرار إشكالية عدم جدية طلب الدائن بإبطال الهبة، ذلك أن الدين قد لا يكون مستحق أو حال الأداء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مدى اشتراط أن يكون المال الموهوب المشكل الوحيد للضمان.

⁽¹⁾ سعيد الناوي : "الدعوى البوليلانية ودعوى الصورية وموقف القضاء المغربي"، مجلة المناهج، عدد مزدوج 5-6، 2004، ص. 112.

لقد ثار اختلاف قضائي على مستوى تطبيق المادة 278 من مدونة الحقوق العينية أمام مختلف درجات المحاكم، خاصة فيما يتعلق بمسألة الإحاطة، فبرز اتجاه أول يدعو إلى التطبيق الصارم لمقتضيات المادة 278 من المدونة في علاقتها بالفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود باعتبار كل تصرف صادر من المدين قابلاً للإبطال (أولاً)، بينما طفا على السطح اتجاه حديث يدعو إلى التخفيف من صرامة هذه المقتضيات القانونية (ثانياً).

أولاً: الاتجاه الداعي بإعمال مبدأ الضمان العام لمصلحة الدائنين.

تعتبر جميع أملاك المدين سواء منها الحالية والمستقبلية ضماناً مشتركاً لجميع دائنيه، الذين يستفيدون مجتمعين كأثر لذلك من الحق في الضمان العام Droit du gage général⁽¹⁾، حيث يوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية فيما بينهم⁽²⁾.

ويترتب عن اعتبار أموال المدين ضماناً عاماً لدائنيه، أن يمنع عليه التصرف فيها أو تفويتها للغير إلا بعد التحلل من الدين، وأن ما يمكن أن يتم الدفع به حسب رأي محكمة الاستئناف بأكادير في قرارها الصادر بتاريخ 2015/12/15 من كون الواهب ملئاً الذمة لا يشفع له بإبرام عقد الهيئة مالم تثبت تحلله من الدين الثابت⁽³⁾.

(1) Gérard Cornu: " *Vocabulaire juridique*", Association Henri Capitan, 12e éd., PUF, 2018, p. 1046.

(2) الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود السابق الإشارة إليه.

(3) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 686 بتاريخ 2015/12/15 في الملف التجاري عدد 2015/179 (غير منشور).

وتأزر هذا الاتجاه بدوره محكمة النقض في تطبيقاته المتعلقة بالمادة 278 من مدونة الحقوق العينية، إذ جاء في بعض قراراتها أنه كلما أدت الهبة إلى إضعاف الضمان العام المقرر على أموال المدين طبقاً لمقتضيات الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود، فإن المحكمة تكون ملزمة بالتصريح بإبطالها ويكون حكمها بذلك مؤسساً ومعللاً تعليلاً سليماً⁽¹⁾، كما أن عمل الكفيل الواهب شأنه في ذلك شأن المدين الأصلي على إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على هذا الأخير بأداء معين، يستشف منه أن إرادته تستهدف إبعاد الملك من ذمته المالية للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلاً للمدين الأصلي⁽²⁾.

والرأي فيما أعتقد أن صياغة المادة 278 واضحة في اشتراط أن يكون الدين محيطاً بمال الواهب، بمعنى أن يكون الدين زاد على مال الواهب أو مساوياً له، فلصاحب الدين في هذه الحالة أن يمنع الواهب من تبرعه⁽³⁾، وإلا تكون هبة الواهب الذي لم يحيط الدين بماله صحيحة ما دامت ذمته مليئة تسعفه في أداء ما عليه من دين، وهو الرأي الذي سأبين مرتكزاته القضائية في الفقرة الموالية.

ثانياً: الاتجاه الذي يكتفي بأن يكون المال الموهوب المشكل الوحيد للضمان.

(1) قرار محكمة النقض عدد 1/430 بتاريخ 2015/09/15 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/838 (غير منشور)؛ وفي نفس الإطار ذهب قرار محكمة النقض عدد 211 بتاريخ 2016/03/01 في الملف الشرعي عدد 2015/02/02/418 (غير منشور)؛ وقرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 3375 بتاريخ 2014/11/10 في الملف المدني عدد 12/1028 (غير منشور)؛ وقرار المحكمة الابتدائية بأكادير عدد 15/33 بتاريخ 2015/02/03 في الملف العقاري عدد 14/255 (غير منشور).

(2) قرار محكمة النقض عدد 152 بتاريخ 2019/03/05 في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/765 (غير منشور).

(3) محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي المالكي: "حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل"، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص. 178.

على خلاف الرأي الأول الذي كان يعمل بحرفية الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر أموال المدين ضمان عام لدائنيه، وما يترتب عن ذلك من منع المدين في التصرف في بعض أمواله إلى أن يقوم بالوفاء بما عليه من دين، برز اتجاه قضائي آخر يدعو إلى التخفيف من صرامة هذا النص بالاكتفاء باشتراط ألا يكون المال الموهوب المكون الوحيد لأموال المدين التي تشكل الضمان العام، وبالتالي يجوز للواهب وفق هذا الاتجاه هبه بعض أمواله ما لم يؤدي ذلك إلى سيورة ماله محاطا بالدين.

وهكذا ورد عن محكمة النقض قرار صادر بتاريخ 2020/01/28 اشترطت في سلامة التصريح بإبطال عقد الهبة ألا يكون في ملكية الواهب أي ضمان آخر، حيث جاء فيه أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه...لما ألغت الحكم المستأنف وحكمت بعد التصدي بإبطال الهبة...استناد إلى ما ثبت لها من وثائق الملف، التي تفيد بأن المطلوب دائن للواهب...وأن هذا الأخير رغم أن ذمته كانت عامرة...ولا يتوفر لديه أي ضمان آخر لسداد دينه عمد إلى تفويت العقار عن طريق الهبة...الشيء الذي يجعل عقد الهبة باطلا⁽¹⁾.

وهو الرأي الذي كانت قد أخذت به محكمة الاستئناف بأكادير في قرارها الصادر بتاريخ 2017/07/03 حيث جاء فيه أنه مادامت ملكية الواهب للعقار قد تحققت بعد نشوء الدين في ذمته لفائدة الدائن، ومادام لم يثبت أنه يملك غيره فانه طبقا لمقتضيات الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود يصبح ذلك العقار ضمانا

(1) قرار محكمة النقض عدد 2/66 بتاريخ 2020/01/28 في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/969 (غير منشور).

عاما للطالب بصفته دائنا له، ولم يبق من حقه التصرف فيه بالتفويت مالم يف بدينه او تكون له اموال أخرى كافية لضمان سداد دينه او ديونه⁽¹⁾.

وعليه فالهبة، تجوز وفق هذا الرأي وتصح وتلزم إلا في حالة وجود مانع يمنعها من ذلك، كالدين المحيط بمال الواهب، فالهبة إن حصلت وكان الواهب مدينا بصورة استغرق معها دين الغرماء ماله وأحاط به، فإنه يتعين التصريح بإبطالها لحق الغرماء في مال المتصرف، فإذا فضل من مال المدين ما يمكن التصرف فيه بالهبة، بعد استخلاص الغرماء لديونهم فإن الهبة تكون نافذة وتلزم فيما بقي من المال⁽²⁾.

وهو الرأي الذي أخذ به السيد المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في استشارته الموجهة للسيد الأمين العام للحكومة بتاريخ 9 نونبر 2011، حيث فسر مضمون الإحاطة المنصوص عليه في المادة 278 من مدونة الحقوق العينية، بأن يكون الدين محيطا بجميع أموال الواهب سواء كان منقولاً أو عقاراً أو كانت دين مضموناً ضمان عينياً أو شخصياً أو غير مضمون⁽³⁾. هذا بالإضافة إلى أنني أعتقد ببقاء الهبة صحيحة حتى وإن كان مال الواهب محاط بالدين، ذلك أن الهبة تبقى صحيحة وكل ما في الأمر أنه يتعين اعتبارها

(1) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 2585 بتاريخ 2017/07/03 في الملف المدني عدد 2016/1201/927 (غير منشور).

(2) عبد الكريم شهبون: "الشافعي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق قانون رقم 39.08"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2015، ص. 482.

(3) طلب إبداء الرأي في شأن مقتضيات المادة 278 من مدونة الحقوق العينية بتاريخ 09 نونبر 2012 تحت عدد 154 و.و.م.ع.م.ع.خ/م.ع.

موقوفة في نفاذها على شرط⁽¹⁾ أداء الواهب لما يثقل ذمته من ديونه، فالدين لا يعدو أن يكون مانع من موانع نفاذ عقد الهبة، حيث إذا ما تمكن الدائنون من استخلاص ديونهم من الواهب قبل صدور الحكم القاضي بإبطال الهبة فإن هذه الأخيرة بعد ذلك تكون نافذة وملزمة له تجاه الموهوب له، أما عن حقوق هذا الأخير في العين الصائرة إليه بمقتضى الهبة الموقوفة على الشرط، فإن يستفيد من مقتضيات الفصل 125 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الأولى إذ ينص على أنه لا يجوز للملتزم تحت شرط واقف أن يجري قبل تحقق الشرط، أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن وهو الموهوب له في هذه الحالة مباشرة حقوقه التي تثبت له إذا ما تحقق الشرط.

ونفس الحكم ينطبق على الدائن الذي يصرح فيما بعد بموافقته على تصرف مدينه بالهبة إذ يبقى عقد الهبة موقوفا في نفاذه على شرط موافقة الدائن لقول الإمام الخرخشي في حاشيته على مختصر الشيخ خليل أن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن تصح هبته إن كان راهنه موسرا..فإن أعسر راهنه فالمرتهن أحق بالرهن من الموهوب له إلا أن يرضى مرتهنه بالهبة فتصح⁽²⁾.

(1) فهو في نظري انسب حل يحفظ حقوق كافة الأطراف المتدخلين في عقد الهبة من واهب وموهب له ودائن، ما دام يقتضي الشرط الواقف أن يتوقف نفاذ الالتزام على تحقق حدث احتمالي غير محقق الوقوع.

- للتوسع في مضمون نظرية الشرط الواقف تراجع مساهمة الأستاذ أوليفي باري ضمن موسوعة Dalloz للقانون العقاري:

- Olivier Barret : " Vente", Rép. Civ. Dalloz, fév. 2023, n° 79.

(2) محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 408.

وهو الرأي الذي أخذت به الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2014/06/03⁽¹⁾، حيث جاء فيه أن مقتضيات الفصل 278 من مدونة الحقوق العينية إنما تقررت لفائدة الدائنين الذين لهم وحدهم الصفة لطلب إبطال الهبة إذا ما أحاط الدين بمال الواهب المدين، وأنه أمام موافقة الدائن المرتهن المقيد الوحيد كدائن على الرسم العقاري موضوع الهبة فإنه ليس هناك مجال للمحافظ على الأملاك العقارية للتمسك بمقتضيات الفصل 278 المذكور، وأن الرهن المقيد بالعقار يظل قائما حتى بعد تسجيل عقد الهبة بالرسم العقاري

(1) قرار محكمة النقض عدد 309 الصادر بتاريخ 2014/06/03 في الملف المدني عدد 2013/1/1/5299، مجلة القانون المغربي، العدد 25، نونبر 2014، ص. 207 وما بعدها، ثم أخذ به بعد ذلك في إطار توحيد العمل الإداري لمصلحة المحافظة العقارية السيد المحافظ العام بالرباط في مذكرته الصادرة بتاريخ 2015/02/17 تحت عدد 402، حيث جاء فيها أنه "تبعاً لاستشارة الأمانة العامة للحكومة، التي اقترحت تقديم طلب لوزارة العدل والحريات لتنظيم مقتضيات المادة 278 المذكورة، وذلك من أجل تلافي الاختلاف في تأويل مقتضياتها، فقد تمت مراسلة وزارة العدل والحريات في الموضوع، التي أوضحت من خلال رسالتها الجوابية عدد 74 س 2 بتاريخ 2015/02/05 أن الأمر لا يحتاج إلى تعديل تشريعي حيث جاء فيها ما يلي: ونظرا لكون الإشكال المطروح قد صدر فيه قرار قضائي عن محكمة النقض يفسر مقتضيات المادة 278، فإنه يبدو أن الأمر أصبح لا يحتاج لتعديل، مستندة في ذلك إلى قرار محكمة النقض رقم 1/309 بتاريخ 2014/06/03 (ملف عدد 2013.1.1.5299)، والذي تضمن في تعليقه "أن مقتضيات المادة 278 من مدونة الحقوق العينية إنما تقررت لفائدة الدائنين الذين لهم وحدهم الصفة لطلب إبطال الهبة إذا ما أحاط الدين بمال الواهب المدين، وأنه أمام موافقة الدائن المرتهن المقيد الوحيد كدائن على الرسم العقاري موضوع الهبة فإنه ليس هناك مجال للمحافظ على الأملاك العقارية للتمسك بمقتضيات الفصل 278 المذكور. وبناء عليه، فإنه لا مانع من الاستجابة لطلبات تقييد أو إيداع عقود الهبة المرفقة بموافقة الدائن المرتهن وذلك في حالة عدم الإدلاء برفع اليد عن الرهن، ومتى استوفت باقي الشروط المتطلبية قانونا".

ويبقى دين البنك مضمون، والشرط الذي أورده المشرع في المادة 278 أعلاه أضحى منتفيا مع موافقة الدائن المرتهن على تسجيل عقد الهبة بالرسم العقاري.

الفقرة الثانية: مدى اشتراط جدية طلب الدائن في شأن عقد الهبة.

يرى أحد الباحثين أن الواهب لا يعتبر في حالة عسر يفيد إحاطة الدين بماله إلا عندما مباشر في حقه مسطرة التنفيذ الجبري التي قد تبدأ بإجراء الحجز التحفظي على أملاكه عملا بالفصل 453 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر⁽¹⁾.

غير أن إحاطة الدين بمال الواهب قد يتحقق قبل التنفيذ عليه، ذلك أن التنفيذ على الذمة المالية للواهب لا يعني بالضرورة عدم ملائمتها، كما أن الحكم الوارد في المادة 278 من المدونة لا يتصل إلا بالدين، ولا يمتد ليصل إلى إجراءات التنفيذ الجبري ضد الواهب.

ولذلك فإنه سأعمل في هذه الفقرة على بيان ما يتصل بالدين كمانع من موانع نفاذ عقد الهبة من قبيل وجوب أن يكون الدين سابقا على الهبة وثابتا، وأن يكون طلب الدائن إبطال الهبة على قدر من الجدية.

أولا: مدى اشتراط أن يكون الدين سابقا على الهبة.

(1) ميموني عبد اللطيف: "المادة 278 من مدونة الحقوق العينية بين النظرية والتطبيق"، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 7، 2016، ص. 126.

يستفاد من صياغة المادة 278 من مدونة الحقوق العينية ان الدين الموجب للأبطال يتعين أن يكون سابقا على إبرام عقد الهبة.

الا انه امام وضوح هذه الصياغة فإنه تدق في بعض الأحيان مسألة تحديد فيما إذا كان الدين سابقا عن الهبة في التاريخ أم أن الهبة هي التي كانت سابقة على الدين، فيصعب في بعض الأحيان تحديد تاريخ تحقق المديونية الذي على ضوءه تتم معرفته التصرف القانوني السابق على الآخر وبالتالي تحديد إمكانية أعمال مقتضيات المادة 278.

حيث إن مجرد ثبوت قيام المديونية بين الواهب والدائن دون اثبات كون قيام تلك المديونية كان بتاريخ سابق على الهبة المطلوبة ابطالها يجعل طلب الابطال غير مؤسس⁽¹⁾.

ذلك أن المحكمة في إطار تحقيقها لدعوى الفصل 278 قد تعرض عليها أدلة متناقضة متعارضة فيما بينها مما يستوجب معه إعمالها لقواعد الترجيح بين الحجج⁽²⁾، فيقر على سبيل المثال المدين على نفسه بأن الدين قائم قبل تاريخ الهبة ويتمسك الدائن بذلك أمام المحكمة، في حين يثار امام المحكمة بعد ذلك بأن الدين ثابت بمقتضى مجموعة من الكمبيالات المحررة بعد تاريخ الهبة، فتاريخ قيام المديونية في هذه الحالة تتجاوزه وسيلتين متعارضتين من وسائل الاثبات، فان أخذت المحكمة بإقرار المدين بأن الدين قائم قبل تاريخ الهبة، حكمت بإبطالها اما ان اخذت المحكمة بالحجة الكتابية اللاحقة على تاريخ الهبة صرحت برفض الطلب.

(1) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 493 بتاريخ 2013/02/18 في الملف المدني عدد 11/882 (غير منشور).

(2) أنظر في التعارض بين الحجج مقال الأستاذ عثمان حيدر أبو زيد: "التعارض بين الحجج في وسائل الإثبات"، مجلة معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، العدد 6، 2009، ص. 54.

فوجه النزاع في هذه الحالة ينطلق من نقطة إثبات أي التصرفين سابق على الآخر، وبالتالي تاريخ اكتساب الطاعن في الهبة صفة الدائن، كما هو الشأن في قرار محكمة الاستئناف بأكادير الصادر 2013/02/18 المشار إليه، حيث صرحت بأن ادعاء الطاعن قيام المديونية منذ سنة 2002 متمسكا في ذلك بإقرار المدين، مع العلم ان الهبة المطعون فيها محررة سنة 2004، في حين انه لم يحصل على حجة كتابية لإثبات الدين إلا سنة 2008 عن طريق الكمبيالات يجعل هذا التاريخ الاخير هو المحتج به في اثبات تاريخ قيام المديونية في مواجهة الغير.

نفس الأمر يظهر في حالة ما إذا كان الدين ناشئا عن الجرم أو شبه الجرم، وصورة هذا الإشكال حينما يقوم الواهب بهبة جزء من امواله بين تاريخ احدائه للفاعل ضار بالغير وتاريخ الحكم بتحديد مبلغ التعويض، فهل تكون الهبة المجرات بين هذين التاريخين صحيحة.

أجابت عن هذه النقطة محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2016/01/05 من أن المحكمة لما ثبت لها مما قدم أمامها أن الطاعن عقد الهبة بتاريخ 2009/08/04 حال أنه مدين للمطلوب تضامنا بمقتضى القرار الاستئنافي الجنحي رقم 7910 الصادر بتاريخ 2010/07/29 بتعويض مدني إجمالي قدره - 15000 درهم وإرجاع قيمة الشبكات وقدرها 362000 درهم، الذي نشأ الحق فيه من تاريخ ارتكاب الفعل الجرمي، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا ولم تخرق المقتضيات القانونية المحتج بها وكان ما أثير على غير أساس⁽¹⁾.

⁽¹⁾ قرار محكمة النقض عدد 12، الصادر بتاريخ 2016/01/05، في الملف الشرعي عدد 2015/2/2/211 (غير منشور).

بمعنى أن محكمة النقض اعتبرت الدين في هذه الحالة سابقا على الهبة مادام الفعل الضار بالدائن قد ارتكب قبل تصرف المدين في ماله، حيث لم تأخذ المحكمة بتاريخ المقرر القضائي الذي حدد مبلغ التعويض وصرح به، لكونه لا يعدو ان يكون حكما كاشفا لهذا الحق وليس منشأ له، فالحق في التعويض ينشأ بمجرد حصول الفعل الضار⁽¹⁾.

ثانيا : مدى اشتراط جدية الطلب.

لابد للدائن كي يحظى طلبه الرامي إلى إبطال عمل التبرع الصادر من مدينه بالقبول، أن يثبت جدية طلبه، على أن هذا الشرط قد استحدثه العمل القضائي إن على المستوى الوطني أو المقارن، من خلال الوقوف على أهمية بعض القواعد التي تشكل مجتمعة عنصر الجدية، ومن بينها أن يكون الدين ثابتا، وأن يبدأ الدائن بالمطالبة باستخلاص مبلغ الدين، بالإضافة إلى التقييد الاحتياطي للدعوى إذا ما كان العقار الموهوب محفظا.

1 - مدى اشتراط أن يكون الدين ثابتا.

حيث يستنتج من مقتضيات المادة 1341-2 من القانون المدني الفرنسي انه حتى وان كان على الدائن الذي يمارس حقه في الدعوى البوليصية أن يثير وجود دين ثابت في حق الواهب، على أن يكون الدين ثابتا على الأقل في مبدئه بتاريخ تصرف مدينه، وفي تاريخ رفع الدعوى، فإن دعواه تكون مقبولة كذلك في حالة ما إذا كان سبب

⁽¹⁾ عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني"، الجزء الثاني: المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2021، ص. 139-

غياب شرط ثبات الدين يعزى لفعل الواهب الاحتياالي موضوع الدعوى⁽¹⁾، كما هو الشأن في حالة ما إذا كان الدائن حائزا وثيقة رهن رسمي ولم يتمكن من تضمينها هذه الوثيقة قصد إعطائها الحجة الكاملة تجاه الغير من تقييدها في السجل العقاري بسبب خروج هذا الأخير من ملكية الواهب.

وإذا كان المشرع الفرنسي واضحا في الاكتفاء باشتراط أن يكون الدين ثابتا بصريح المادة 1341-2 المذكورة، فإن المشرع المغربي لم ينص على أي مقتضى مشابه في هذا الإطار، وهو ما يبرر الاختلاف في العمل القضائي وعدم توحد رأيه، إذ تراوح ما بين الاكتفاء بأن تكون هناك مظنة مديونية، وبين الاشتراط أن يكون الدين مستحق الأداء لا أن يكون ثابتا فحسب.

وهكذا اعتبرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2019/10/15 أن مجرد قيام مظنة المديونية استنادا الى شكاية ضد أحد الشركاء من أجل تبديد أموال الشركة، متبوع بعد ذلك بهبة أمواله لابنه، تجعل من شريكه محقا في المطالبة بإبطال عقد الهبة، حيث جاء في قرارها أنه لما اعتبرت المحكمة المطعون في قرارها أن مديونية المطلوب في النقض - المدين - غير محققة حين إبرامه لعقد الهبة لأن الشكاية لا تثبت ديننا ولا تنشئ التزاما يغل يد المشتكى به عن التصرف في أمواله، والحال أن الدين محقق قبل وقوع العطفية، فإنها عرضت قرارها للنقض(2).

(1) Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-20-033, *D. actu.* 12 avr. 2021, obs. J.-D. Pellier ; *D.* 2021, p. 1319 note Sautonie-Laguionie ; *RTD civ.* 2021, p. 410, obs. Barbier ; *JCPE.* 2021, n° 1339, note Alidor ; *RJDA.* 2021, n° 512 ; *Banque et Dr.* n° 5-6, 2021, p. 34, obs. Rontchevsky ; *Defrénois*, 2021, n° 201i5, p. 31.

(2) قرار محكمة النقض عدد 652، الصادر بتاريخ 2019/10/15، في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/810، نشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 46، 2021، ص. 155-156.

بينما ارتأت في قرار آخر صادر بتاريخ 2019/03/05 اكتفاء الدائن بأن يكون دينه موجودا وثابتا قبل عقد العطفية الذي عقده مدينه حتى يتمكن من مواجهته بعدم نفاذ تصرفاته المضرة بالضمان العام⁽¹⁾.

لتعود بعد ذلك في قرار آخر صادر بتاريخ 2021/06/15 لتتشرط أن يكون الدين مستحق الأداء قبل إبرام عقد الهبة ومحيطا بمال الواهب⁽²⁾.

وهو نفس اتجاه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قبل صدور المدونة، إذ اعتبرت أن الغير الذي يتضرر من الاتفاقات المبرمة من طرف مدينه قصد تفويت أمواله للإضرار بحقوق الدائن يكون من حقه الطعن عن طريق القضاء في تلك الاتفاقات بالصورية، وليس من الضروري لإبطال عقد الهبة أن يكون الدين مستحق الأداء⁽³⁾.

وهو الرأي الذي اعتقد بصحته حيث لا يمكن المطالبة بإبطال عقد هبة استنادا إلى وجود دين غير مستحق الأداء في مجموع مبلغه، كما هو الشأن بالنسبة للدائن الذي يرتبط بالمدين بعقد قرض مقسط الأداء، حيث لا يتصور أن يقوم هذا الدائن بالمطالبة بتحقيق الضمان العام المخول له لمجرد مطل المدين في أداء قسط واحد من أقساط القرض.

(1) قرار محكمة النقض عدد 152، الصادر بتاريخ 2019/03/05، في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/765، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 87، 2021، ص. 65.

(2) قرار محكمة النقض عدد 310، الصادر بتاريخ 2021/06/15، في الملف الشرعي عدد 2020/1/2/126 (غير منشور).

(3) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 1105 و 01/1106، الصادر بتاريخ 2001/05/15 في الملف عدد 2/01/1157 و 10/11/1921، مجلة المحاكم المغربية، العدد 89، 2001، ص. 196 وما يليها؛ مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي، محمد بفقير، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2015، ص. 246.

اللهم إلا إذا كان الدين ناتجا عن الجرم أو شبه الجرم فيكون بذلك مستحق الأداء برمته بمجرد حصول الفعل الجرمي أو الموجب للتعويض، ذلك أن حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر لا من وقت صدور الحكم بالتعويض، فالحكم ليس إلا كاشفا ومقوما لهذا الحق لا منشئا له⁽¹⁾.

2 - مدى اشتراط سببية مطالبته الدائن بالدين.

وبمعنى آخر هل يشترط أن يكون المدين في حالة مطل أو يكتفى في الدين بأن يكون ثابتا أو مستحقا، ذلك أنه عملا بمقتضيات الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود فإن المدين يكون في حالة مطل بمجرد حلول أجل السداد، وإلا فلا يكون في حالة مطل في غير ذلك من الحالات إلا بعد ان يوجه إليه إنذار صريح بالوفاء بالدين، ولا يكون هذا الإنذار واجبا بمقتضى الفصل 256 إلا إذا رفض المدين صراحة تنفيذ الالتزام أو إذا أصبح التنفيذ مستحيلا.

إلا أنه على خلاف الوضوح الذي يميز مقتضيات قانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة التي تطبق على المدين في حالة مطله، فإن المادة 278 من مدونة الحقوق العينية باعتبارها نصا خاصا يقدم في التطبيق على النص العام، لم تبين جراء صياغتها المقتضبة طبيعة الدين الذي يستند إليه في رفع الدعوى البوليصية، فيما إذا كان قد سبقت المطالبة به من قبل الدائن أو غير ذلك، حيث انعكس هذا الإشكال على العمل القضائي الذي تراوح اجتهاده ما بين اشتراط سببية مطالبة الدائن بدينه على رفع الدعوى البوليصية، وبين اجتهاد اكتفى بأن يكون الدين ثابتا ومستحق الأداء.

(1) قرار محكمة النقض الأخير.

وهكذا فقد قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2004/05/26 أن 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 الكفيل بالدين، 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 للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلا للمدينة الأصلية، تكون قد جعلت قرارها الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس وعرضته للنقض⁽¹⁾.

في حين قضت المحكمة الابتدائية بأكادير على خلاف ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 2001/01/29 أمام عدم إدلاء المدعية " بما يفيد قيامها بتنفيذ الأحكام القضائية المعتمدة في الدعوى، وثبوت عسر المدين أو امتناعه عن التنفيذ، وكل ذلك يدل على أن منازعتها في صحة التنازل الصادر عن زوجها تبقى منازعة غير جديرة بالاعتبار، وادعاؤها تهريب زوجها لضمأن مدينه ليس بالملف ما يعضده"⁽²⁾.

إلى أن الرائي فيما اعتقد انه يتعين مؤازرة اتجاه المحكمة الابتدائية بأكادير الذي يستلزم وجوب أن يكون المدين في حالة مطل، ليتمكن مطالبته بالأداء الفوري

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 638 بتاريخ 2004/05/26 في الملف التجاري عدد 2002/12/967، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 7، 2005، ص. 105؛ محمد بفقير: "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2015، ص. 243.

(2) حكم المحكمة الابتدائية بأكادير عدد 2001/66 بتاريخ 2001/01/29 في الملف عدد 1994/964 (غير منشور).

للدين وبالتالي ترتيب حق الدائن في مباشرة الدعوى البوليصية ضده، ذلك أنه يتعين منح الفرصة للمدين من أجل أن يعبر عن حسن نيته في أداء ما عليه من التزام، وإن اقتضى الحال انذاره بذلك بالإجراءات زيادة المنصوص عليها في المادة 255 من قانون الالتزامات العقود، خاصة وأن المادة الأولى من المدونة في فقرتها الثانية قضت بتطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في المدونة.

وهو ما يبرر فيما أعتقد رأي أحد الباحثين في أن بقاء المال الذي سبق للمدين التصرف فيه في إطار الضمان العام وما يخول وراء ذلك للدائن من التنفيذ عليه، لا يمتد أثره إلى بقية الدائنين اللذين لم يشكلوا جزء من أطراف الدعوى البوليصية، ولم يساهموا فيها كخصوم بأي شكل⁽¹⁾.

وأضيف الى ذلك انه لا يستفيد من آثار الدعوى البوليصية إلا ذلك الدائن الذي عمل على المطالبة بدينه كإجراء سابق عملا بالقواعد العامة على مباشرة هذه الدعوى، فعلى النحو الذي يكون معه الدائن ملزما بإثبات دعواه بجلب وثيقة الالتزام التي تفيد دائنيه للواهب، فإنه في رأبي يكون كذلك ملزما بإثبات ما يفيد امتناع الوهب عن الوفاء بالتزامه، لأنه قد ثبت لدي من خلال الاطلاع على وقائع المقررات القضائية المعتمد عليها في هذا البحث، على يفترض أن يكون الواهب ملبيئ الذمة لا إشكال لديه في الوفاء بهذا الالتزام، إلا أن العمل بحرفية المادة 278 من مدونة الحقوق العينية وصرامة بعض المحاكم في أعمال مقتضياتها قد يؤدي إلى إبطال عقد هبة مال قد يمثل جزءا صغيرا من الذمة المالية للواهب، وفي نفس

(1) سعيد الناوي، الدعوى البليانية ودعوى الصورية وموقف القضاء المغربي، مقال سابق، ص. 121.

الوقت قد يؤدي ذلك الى تراجع في استقرار المعاملات خاصة تجاه الأغيار الذين يعدون حسني النية غير عالمين بوجود مال الواهب مثقل بدين.

3 - اشتراط التقييد الاحتياطي للدعوى.

ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري⁽¹⁾ على أنه يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا.

حيث يتضح الإشكال المطروح عن مدى دخول دعوى الفصل 278 ضمن الدعاوى العقارية التي يصح تقييدها تقييدا احتياطيا، ذلك أن الدائن لا يرمو من خلالها المطالبة باستحقاق عقار كما لا يستهدف المطالبة لنفسه بأي حق عيني عقاري متعلق بعقار محفظ، حتى يكون في الإمكان المطالبة بتقييده احتياطيا قصد الحفاظ على رتبته عند تقييده تقييدا نهائيا.

فمفهوم التقييد الاحتياطي كما جاء في قرار للمحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 2007/04/05 هو إمكانية يخولها القانون لكل من يدعي حقا على عقار محفظ من أجل أن يحفظ له حق الأولوية في تسجيل حقه في الرسم العقاري إزاء كل شخص أراد تسجيل حقوق أخرى على نفس العقار، إلى غاية تحويل هذا التقييد الاحتياطي إلى تسجيل نهائي أو إلغائه، مما مؤداه أن التقييد الاحتياطي بالإضافة إلى أنه يتعلق بالعقارات المحفوظة وحدها، لا يمكن أن ينصب إلا على حقوق عينية

(1) الظهير المتعلق بتحفيظ العقارات Dahir sur l'immatriculation des immeubles، منشور بالنشرة الفرنسية للجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص. 206، ضمن الملحق التاسع للظهير المؤرخ في 12 غشت 1913، المتعلق بالمصادقة على عدة ظهائر في شأن إدارة القضاء بالمغرب، المنشور بنفس الجريدة الرسمية، ص. 12، كما تم تغييره وتتميمه أساسا بمقتضى القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432، (22 نونبر 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص. 5575.

قابلة للتسجيل فيما بعد ، وهذا يقتضي أن يكون مقال الدعوى المستند إليه في التقييد الاحتياطي متعلقا بإثبات الحق المراد تقييده و مقدما أمام الجهة القضائية المختطفة بالبت في مثل هذه المنازعة⁽¹⁾.

بمعنى أن التقييد الاحتياطي يتعين أن يتبعه تقييد نهائي لنفس الحق المطالب به والسابق تضمينه احتياطيا⁽²⁾، وهو الأمر غير المحقق في دعوى الفصل 278 من مدونة الحقوق العينية، حيث لا يتبعها أي تقييد لأي حق عيني جديد متخذ لصالح الدائن اللهم إلى إذا كان دائئا مرتبنا، وكانت مطالبته التقييد الاحتياطي لعقد الرهن أو لمقال الدعوى المرتبط به.

إلا أن الأمر في رأيي أن التقييد على الاحتياطي لا يرمي في بعض حالاته الى استحقاق عقار أو حق عيني مع العقار محفظ فحسب، ولكنه قد يرمي في كثير من الحالات الى التشطيب على ذلك الحق من الرسم العقاري دون أن يتبعه تقييد نهائي لعدم وجود حق مطلوب تقيده نهائيا، فيكتفي الدائن على سبيل المثال بالمطالبة بإبطال عقد الهبة فقط وارجاع الحالة الى ما كانت عليه بأن يعود العقار في اسم مدينه وبالتالي يشكل مجددا جزءا من الضمان العام.

(1) قرار المحكمة الإدارية بالرباط عدد 668 بتاريخ 2007/04/05 في ملف الإلغاء عدد 06-505 غ (غير منشور).

(2) أنظر في نفس الرأي: مطبوع الأستاذ محمد ابن الحاج السلي: " التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي"، سلسلة التحفيظ العقاري، ص، 104 وما تلاها، غير أن الأستاذ قد تدارك موقفه وأشار في طبعة لاحقة من مؤلفه إلى أن التقييد الاحتياطي يمكن أن يتعلق بدعوى ترمي إلا التشطيب على حق عيني من الرسم العقاري، أنظر في ذلك: محمد ابن الحاج السلي: " التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي"، دار القلم، الرباط، الطبعة الثانية، 2014، ص. 211.

ولذلك تفتن المشرع لمثل هذه الحالات بأن أشار إلى أن التقييد الاحتياطي قد يكون متعلقا بدعوى ترمي الى إسقاط عقد منشي أو مغير لحق عيني على عقار محفظ، وهو ما تم التنصيص عليه في إطار الفصل 202 التشريع المطبق على العقارات المحفظة، الذي تحول فيما بعد الى المادة 13 من مدونة الحقوق العينية إذ تنص على أن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشي أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

أما إذا كان الدائن مرتبنا، فإن دعوى إبطال عمل التبرع تعتبر في هذه الحالة دعوى ترمي بشكل مباشر إلى استحقاق حق عيني على العقار موضعها، ما دام يترتب عنها إرجاعه في ملكية الواهب ثم تضمين عقد الرهن به، تمهيدا للتنفيذ عليه لاستخلاص الدين، وهي بذلك شأنها شأن باقي الدعاوى العقارية الرامية إلى استحقاق حق عيني عقاري، لا يمكن أن يحتج بها في مواجهة الأغير إلا من تاريخ تقييدها احتياطيا عملا بالمقتضيات القانونية السالفة الذكر، ومن ثم فإن إغفال القيام بهذا الإجراء يترتب عنه إهدار حفظ الحق بأثر رجعي عند التقييد النهائي للحكم الذي يمكن أن يصدر وفق الطلب، الأمر الذي يلحق بالتالي الضرر بالدائن خاصة إذا ما عمل الموهوب له بدوره إلى تفويت العقار الموهوب لفائدة الغير.

المطلب الثاني: إشكالية عمى الإثبات في المادة 278 و آثار مخالفتها.

تعرف الصورية في مفهومها الضيق بأنها اتفاق ارادتين على إخفاء ما قاما بالاتفاق عليه في عقد سري راضيا بأحكامه، تحت غطاء عقد آخر ظاهر لم يرضيا بحكمه⁽¹⁾.

(1) مأمون الكزبري: " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول - مصادر الالتزامات، دار القلم الرباط، الطبعة الثالثة، 1974، ص. 294.

إلا أن هذا المفهوم الضيق الكلاسيكي للصورية لا يعمل به في إطار الوضعية القانونية التي تنظمها مادة 278 من مدونة الحقوق العينية، إذ لا وجود لعقد آخر مضاد لعقد الهبة مبرم بين ذات أطرافها.

فالصورة في إطار هذه المادة عوضا عن ذلك يؤطرها المفهوم الواسع الذي استحدثه الفقه الحديث⁽¹⁾ معتبرا أن هذا المفهوم قد تخطى دائرة قانون العقود المشار إلى هذه المادة 1201⁽²⁾ من قانون المدني الفرنسي يقابلها الفصل 22 من ظهير الالتزامات والعقود، حيث لم يعد هذا الفصل الأخير الى تطبيقا واحدا من التطبيقات المعقدة التي تطورت وفقا لها أشكال الصورية، التي أصبحت تمارس اليوم في كثير من الأحيان دون وجود عقد مضاد.

إلا أنه لا يستقيم الانتقال إلى بحث مدى توفر شائبة الصورية في تصرف الواهب قبل الحديث عن مانع الإحاطة كمعرقل لمسألة نفاذ عقد الهبة لمصلحة الموهوب له في (فقرة أولى)، ثم اختتام هذا البحث بالحديث عن آثار تبوئ مخالفة التبرع لمقتضيات المادة 278 من المدونة وما يقابلها في القانون الفرنسي حيث يتحدث هذا الأخير عن جزاء عدم النفاذ، بينما تتحدث الأولى عن جزاء الإبطال وذلك في (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: عبئ إثبات الإحاطة والصورية.

لنتمكن المحكمة من تكوين قناعتها بضرورة التصريح بإبطال تبرع المدين الضار بدائه، فإنه يجب ان يثبت لديها عنصرين اساسيين، يتعلق الأول بثبوت إحاطة الدين بمال الواهب، بينما يرتبط الثاني بشبهة الصورية التي قد تشوب تصرفه.

(1) Claude Ophèle : " Simulation ", Rép. civ. Dalloz, juin 2012, n° 10.

(2) Ordonnance n° 2016-131 précité.

هذا وقد اختلفت المحاكم في تحميل عبئ إثبات هذين العنصرين، وذلك بسبب اختلاف زاوية نظر كل محكمه عن الأخرى، فاذا ما حمل عبء الإثبات للمدين، فإنه سوف ينطلق من محاولة اثبات ملاءة ذمته وقدرته على الوفاء بديونه رغم تبرعه، أما إذا حمل عبء الإثبات للدائن فإنه سوف يحاول البرهنة على مدى إحاطة الدين بمال الواهب وهو الأمر الذي قد يستتبعه ثبوت صورية عملية التبرع.

أولاً: عبئ إثبات الإحاطة.

لم تحدد المقتضيات القانونية المتعلقة بالضمان العام سواء في الشريعة العامة أو مدونة الحقوق العينية الجهة من فريقى دعوى الإبطال المكلف بإثبات الإحاطة وما يتصل بها من ملاءة، ولهذا اختلف على مستوى العمل القضائي في ذلك وظهر اتجاهين أساسيين، يتمسك الأول بتحميل عبئ إثبات المدين لملاءته، بينما يدعو الاتجاه الآخر إلى تحميل عبئ إثبات الإحاطة للدائن.

1 - الاتجاه القائل بتحميل عبء إثبات الملاءة للواهب.

على اعتبار أن عمل المدين على هبة جزء من ماله الذي يعتبر ضماناً عاماً لدائنه خاصة إذا كان المال المفوت هو الضمان الوحيد، يجعل عقد الهبة مقترناً بسوء النية، رغم أن القضاء نفى ضرورة إثبات سوء نية الواهب عملاً بحرفية المادة 278 من المدونة التي قررت جزاء الإبطال دون أن تشترط ثبوت عنصر سوء النية⁽¹⁾.

غير أنني أرى فيما أعتقد في نفس الإطار أن إثبات سوء نية الواهب في هذه القضية ليس لازماً ما دام أنه أقدم على مخالفة نص المادة 278 المشار إليها بتفويت جزء من ذمته المالية إلى الغير، مع علمه اليقيني أنه ذمته تعتبر منشغلة بدين غير

(1) قرار محكمة الاستئناف بأكاير عدد 2305 بتاريخ 2014/06/23 في الملف المدني عدد 13/766 (غير منشور).

آخر، وهذا العمل في حد ذاته يعتبر منما عن سوء نيته في إضعاف الضمان العام الممنوح للدائن أو إعدامه، وخطأه في هذه الحالة أعتقد أنه خطأ مفترض لا يتطلب مزيداً من الإثبات في باب سوء النية.

وفيما يتعلق بالمقابل بنقطة إثبات ملائة الذمة، فإن محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 2008/06/18 قد حددت الطرف الذي يقع عليه عبئ إثبات هذا الأمر، حيث جاء في قرارها أن المدين الذي رتب الفصل 1241 من ق ل ع عليه التزاما قانونيا بضمان الوفاء بما عليه من دين، يكون هو الملزم بإثبات ملائة ذمته، وليس الطاعن - الدائن - التي تقرر لمصلحتها هذا الالتزام بالضمان... ومحكمة الاستئناف لما حملت الطاعن عبئ إثبات أن المال الذي تنازل عنه المطلوب في النقض هو المال الوحيد المشكل للضمان العام للوفاء بدينها، فإنها تكون قد قلبت عبئ الإثبات⁽¹⁾. إضافة إلى ذلك يرى الأستاذ الزهري أن مثل هذا القرار قد عمل على إعفاء الدائن من إثبات الضرر المنصوص عليه في الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود، واعتبر أن الهبة المنجزة بين الكفيل وابنه بعد الحكم على المدين الأصلي قرينة كافية على سوء نيته في إخراج أمواله من الضمان العام المخول لدائنيه، ورتب على ذلك القول بصورتها⁽²⁾.

2 - الاتجاه القائل بتحميل عبء إثبات الإحاطة للدائن.

⁽¹⁾ قرار محكمة النقض عدد 2355 بتاريخ 2008/06/18 في الملف المدني عدد 2006/2/1/2443 (غير منشور)؛ وفي نفس الاتجاه ذهب قرار محكمة الاستئناف بأكاير عدد 1936 بتاريخ 2010/10/11 في الملف المدني عدد 08/747 (غير منشور).

⁽²⁾ يونس الزهري: "المعايير القضائية لاستخلاص سوء النية في التصرفات العقارية"، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 9، 2012، ص. 91.

ينص الفصل 399 من قانون الالتزامات العقود على أن إثبات الالتزام على مدعيه كما ينص الفصل الموالي له على أن من يدعي انقضاء الالتزام أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

فبناء على هذه القواعد العامة في الإثبات ترى بعض المحاكم أن إثبات عسر المدين أو مدى إحاطة الدين بجملة أمواله يقع على عاتق الدائن باعتباره مدعيا. وتطبيقا لذلك ارتأت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2009/06/04 أن المطالبة بإبطال عقد هبة لكونها أنجزت إضرارا بالدائنين يتوقف على ثبوت عسر المدين، ويكون الدائن المطالب بالإبطال هو الملزم بإثبات عدم كفاية الأموال أو المنقولات المرهونة المخصصة لضمان الدين أو تعذر متابعة إجراءات التنفيذ الجبري لبيع العقار المرهون أو استحالة التنفيذ لصالحه قصد التمكن من الطعن في العقد⁽¹⁾.

كذلك قررت محكمة الاستئناف بأكادير⁽²⁾ بأنه " تطبيقا للقواعد العامة للإثبات فإن المدعية الدائنة هي المكلفة بإثبات إعسار المدين، وكون المال موضوع التصرف هو المال الوحيد الذي يملكه وليس له مال آخري يفي بحق الدين".

ثانيا : عمى إثبات الصورية.

يستشف بعد الاطلاع على عدة مقررات قضائية تتعلق بمسألة إثبات صورية عقد الهبة عملا بالمادة 278 من مدونة الحقوق العينية، أن محاكم المملكة كثيرا ما

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 331، صادر بتاريخ 2009/06/04، في الملف عدد 07/91، مجلة القضاء المدني، العدد 5، 2012، ص. 138 وما يليها.

(2) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 2557 بتاريخ 2005/10/31 في الملف المدني عدد 01 958 (غير منشور).

تأخذ التصرف بالهبة مأخذ خطأ مفترض مقترف من قبل الواهب المدين، حيث لا يتوقف معه التصريح بإبطاله على إثبات الضرر، فإعمال مقتضيات المادة 278 المذكورة يكون آليا، فبمجرد أن يقدم المدين على هبة جزء من ماله فإن ذلك يستتبع التصريح بإبطاله بشكل آلي دون حاجة إلى إثبات أي ضرر، بل يمكن التصريح بإبطال العقد حتى في الحالة التي لا يتحقق فيها للدائن أي ضرر كما هو في الحالة التي يكون فيها الواهب مليء الذمة.

وبالتالي تكون صورية العقد حسب رأي محكمة الاستئناف بأكادير في قرارها الصادر بتاريخ 2014/11/10 ثابتة من خلال الهبة للزوجة بدون عوض في وقت كان فيه الواهب مدينا للغير، إذ يستشف منه إرادة الواهب إبعاد الموهوب من ذمته المالية، فصورية العقد بذلك ثابتة وأن من حق الدائن أن يتعرض على تصرفات المدين في أمواله متى ثبت أن هذه التصرفات صورية الهدف منها إضعاف الضمان المقرر للدائن بمقتضى الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾.

(1) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 3375 بتاريخ 2014/11/10 في الملف المدني عدد 12/1028 (غير منشور)، وانظر في نفس الرأي قرار المجلس الأعلى عدد 638، الصادر بتاريخ 26/05/2004، في الملف عدد 967/02، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 7، 2005، ص. 105 وما يليها إذ جاء فيه أن: "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 إن الفصل 1241 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 للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلاً للمدينة الأصلية تكون قد جعلت قرارها الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه".

حيث يشكل الركن المعنوي الذي يبرر لجوء الدائن للدعوى البوليصية في مواجهة الواهب، فإذا كان الركن المادي يتمثل في نقل ملكية العقار الموهوب إلى الغير، فإن الركن المعنوي يتمثل في نية الإضرار بالضمان العام الممنوح للدائنين من خلال إجراء نقل ملكية المذكور بغير عوض مادي⁽¹⁾، وبالتالي فإن مجرد خروج جزء من ملك الواهب مجاناً بغير عوض يشكل عملاً ضاراً بالضمان العام المخول للدائنين لا يستوجب معه أي إثبات إضافي على كاهل الدائن⁽²⁾.

غير أن المحكمة الابتدائية بأكادير كان لها رأي مخالف في حكمها الصادر بتاريخ 2011/12/06 حيث أوقفت التصريح بإبطال عقد الهبة على ضرورة إثبات الصورية، حيث إن تقدم الطرف المدعي بطلبه الرامي إلى الحكم بإبطال عقد الهبة...لصورية العقد، والحال أن الدعوى جاءت مجردة من إثبات الصورية المزعومة طبقاً للفصل 413 من قانون الالتزامات والعقود، يجعل طلبه جديراً بعدم القبول⁽³⁾.

وفي غير ذلك من الحالات فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود السالف الذكر، والفصل 32 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثانية التي توجب على المدعي أن يرفق مقاله بالمستندات التي ينوي استعمالها عند الاقتضاء، وهو ما عبرت عنه محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2004/12/15 من أنه لما طبقت المحكمة شروط العقد دون

⁽¹⁾ Éloïse Bentéjac : " La contestation de la donation-partage par les créanciers", AJ Famille, 2022, p. 21.

⁽²⁾ Cass. com., 14 mai 1996, n° 94-11-124, RTD civ. 1997, p. 943, obs. J. Mestre.

⁽³⁾ حكم المحكمة الابتدائية بأكادير عدد 169 بتاريخ 2011/12/06 في الملف عدد 12/82 (غير منشور).

أن تلتفت إلى الدفع بالصورية التي لا يوجد في الملف ما يثبتها تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما الأمر الذي يجعل ما بالوسيلة عديم الأساس⁽¹⁾.

وفي الأخير وجب التأكيد على أن مسألة الإحاطة تعتبر من مسائل الواقع التي يختص القضاء لوحدة حصرا في البت فيها وتقدير مدى تحققها من عدمه، بحيث لا يدخل ذلك في اختصاص المحافظ العقاري إذا ما كان العقار الموهوب محفظا أو في طور التحفيظ، وإلى اعتبار منه هذا التصرف تجاوزا في استعمال السلطة⁽²⁾.

الفقرة الثانية: آثار خرق عقد الهبة للفصل 278 من مدونة الحقوق العينية.

أولا: جزاء عدم النفاذ في حق الدائن.

ليتمكن دائن الواهب بداية من التملص من آثار عقد الهبة الضار به بحيث لا تنسحب آثارها عليه، يتعين عليه أن يقوم برفع الدعوى البوليصية داخل أجل 15 سنة من تاريخ نشوء الالتزام المتعلق بها، وهو تاريخ إبرام عقد الهبة موضوع الطعن، وذلك عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود إذ تنص على أن كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة.

ذلك أن الدعوى البوليصية في أصلها ليست ترمي إلى البطلان، فليس من آثارها أن تبطل تصرف المدين، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين أما في

(1) قرار محكمة النقض عدد 612 بتاريخ 2004/12/15 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/40 (غير منشور)

(2) قيطوني مهدي إدريسي: "قراءة فقهية للمادة 278 من مدونة الحقوق العينية"، مجلة منازعات الأعمال، العدد 15، 2016، ص.9.

حق غيرهم فيبقى التصرف قائما منتجا كل آثاره، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين⁽¹⁾.

فإذا كان البطلان نظاما يعدم العقد ويمنع من ترتيب آثاره سواء بين المتعاقدين أو بينهم وبين الأغيار، فإن جزاء عدم النفاذ Inopposabilité يجعل من العقد غير نافذ في حق الغير فقط، إذ يحتفظ بكافة آثاره بين عاقديه، فقد يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية بين عاقديه ولكن يظل في نفس الوقت غير ساريا تجاه الأغيار⁽²⁾، مثله مثل عقد هبة العقار المحفوظ الذي لم يتم إشهارة بالسجل العقاري، حيث يبقى بذلك غير منتج لأي أثر في مواجهة الغير عملا بالفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري⁽³⁾.

وأمام ما قد يثيره إشكال عدم تحيين الرسم العقاري من قبل الموهوب له من تفويت لفرصة الدائن في الطعن في عقد الهبة حفاظا على الضمان العام المضمون له على أملاك مدينه، بحيث قد يتعمد الموهوب له عدم تضمين عقد الهبة بالرسم العقاري ليظل هذا الأخير مسجلا في اسم الواهب، فإن المشرع المغربي لم يشترط

(1) قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 1358 بتاريخ 2022/06/02 في الملف عدد 2021/8201/1150 (غير منشور)؛ حكم المحكمة التجارية بأكادير عدد 2426 بتاريخ 2021/11/22 في الملف عدد 2021/8201/1150 (غير منشور).

(2) أحمد شكري السباعي: "نظرية بطلان العقود في القانون المدني والفقہ الإسلامي والقانون المقارن"، منشورات عكاظ، الرباط، الطبعة الثانية، 1987، ص. 18-19.

(3) ينص الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري على أن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم.

لاحتساب أجل سقوط حق الدائن في الدعوى أن يكون عالما بحصول التحايل من مدينة بإبرام عقد الهبة.

وهذا خلافا لما اختاره المشرع الفرنسي الذي اشترط ان يكون الدائن عالما بذلك أو أن يكون في حكم العالم به، وعمل بذلك على تقصير أجل تقادم الدعوى وحصره في خمسه سنوات من تاريخ العلم، وذلك عملا بمقتضيات المادة 2224 من القانون المدني.

وتطبيقا لذلك قضت الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8 ديسمبر 2021⁽¹⁾ بأنه يمكن مباشرة الدعوى البوليصية من الدائن ابتداء من يوم علمه بتحايل مدينة أو ابتداء من اليوم الذي يفترض فيه أن يكون عالما بذلك، وأن عمل الموهوب له على تضمين عقد الهبة بمصلحة الشهر العقاري يجعل من الدائن في حكم العالم بذلك.

فأجل التقادم على رأي محكمة النقض هذا لا يحتسب من اليوم الذي يكون فيه الدائن عالما بهبة مدينة علم اليقين فحسب، وانما تحسب كذلك من اليوم الذي يفترض فيه أن يكون الدائن عالما بذلك من خلال التضمين بالسجل العقاري⁽²⁾، أو ما يحمل على المشهور بواسطة بعض القرائن الأخرى التي تجعل من المحتمل تفويت منقول أو عقار إلى الغير كإسناد الاستعمال والسكنى إليه.

⁽¹⁾ Cass. 3^e civ., 08 déc. 2021, n° 20-18.432, D. actu. 8 févr. 2022, obs. G. Tamwa Talla ; D. 2021, p. 2232 ; AJDI. 2022, p. 382, obs. Cohet ; Dr. fam. 2022, n° 20, obs. Tani ; RDC. N° 2, 2022, p. 43, note Libchaber.

⁽²⁾ Guy Tamwa Talla : " La connaissance réputée ou supposée de l'acte frauduleux du débiteur", D. actu. 08 fév. 2022.

والخلاصة أن القضاء المغربي لا يأخذ في هذه المادة بجزء عدم النفاذ في مواجهة الدائن، ذلك أن هذا الجزء لا يمثل في الحقيقة إلا بطلاناً جزئياً⁽¹⁾ يطال فقط التزامات العاقدين التي لها تأثير مباشر على مصالح الدائنين، فعقد الهبة ليس من العقود المركبة التي تحمل في طياتها العديد من الالتزامات التي يمكن معها الاحتفاظ ببعضها وإبطال البعض الآخر، ذلك أنها لا تتجاوز حسب منطوق الفصل 273 من مدونة الحقوق العينية كونها عقد يتم بمقتضاه تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض، لذلك فأغلب المحاكم الوطنية كما سبقت الإشارة إلى بعضها لا تأخذ بجزء عدم النفاذ وإنما تقرر الإبطال الكلي للعقد، ولو أن الأستاذ بلعقيد يرى عن حق بأنه إن كان المشرع المغربي لم ينص صراحة على تشريع الدعوى البوليصية لمصلحة الدائن، إلا أن ما نص عليه في الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود يعد إقراراً عاماً لهذه الدعوى⁽²⁾.

ثانياً: جزاء الإبطال تجاه الكافة وحالات خاصة.

1 - جزاء الإبطال تجاه الكافة.

تعتبر الصورية غير مشروعة إذا كان الغرض منها الغش والإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو القانون، فالصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان العقد وأن العقد

⁽¹⁾ مع العلم أن المشرع المغربي يأخذ بنظرية البطلان الجزئي كما هو وارد في الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود إذ ينص على أن بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً باعتباره عقداً متميزاً عن العقد الأصلي.

⁽²⁾ عبد الرحمن بلعقيد: "الهبة في المذهب والقانون - دراسة للهبة وما يتصل بها من صدقة وحبس وعمري... في المذهب المالكي والقانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2001، ص. 76.

المستتر يعتبر صحيحاً منتجاً لكل آثاره القانونية بين المتعاقدين طالما لم يكن هناك غش نحو القانون⁽¹⁾، أو إضرار بمصلحة الغير.

فإذا كان من المستساغ الاعتراف للدائن بحقه في أن يثير أمام المحكمة عدم نفاذ عقد ابرم بين الأغيار في حقه، ما دام لا يستهدف من حيث المبدأ المطالبة ببطالان هذا العقد او حتى إبطاله، على اعتبار أن الدائن يعد من الأغيار الذين لم يساهموا في إبرام العقد، فإن الإشكال يثور في الحالة التي يثير فيها الدائن مسألة الإبطال أمام القضاء فيما إذا كانت له الصفة في ذلك.

وجواباً على ذلك أورد رأي محكمة الاستئناف بأكادير في قرار لها صادر بتاريخ 2016/05/03، ذلك أنه تمشياً مع مبدأ نسبية الأحكام، الذي يجد سنده وتأصيله في نسبية العقود بحيث لا تلزم إلا من كان طرفاً فيها وخلفهم العام طبقاً لأحكام الفصلين 228 و 229 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه يبقى للطاعنين الصفة في الطعن والمطالبة بإبطال العقد التوثيقي والتشطيب عليه من الصك العقاري وإن لم يكونوا طرفاً في هذا العقد من منطلق حصول الضرر والمساس بالمركز القانوني⁽²⁾.

بل إن محكمة النقض استبعدت بدورها في قرارها الصادر بتاريخ 2022/03/01 متمتع الواهب بالصفة في تحريك دعوى الفصل 278 من مدونة الحقوق العينية، بأن هذه المقتضيات التي كرست القواعد الفقهية المعمول بها، إنما تقررت لفائدة

(1) رأفت محمد أحمد حماد: "مشروعية الصورية في القانون المدني المصري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مج 18، العدد 18، 2003، ص. 17.

(2) قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 332 بتاريخ 2016/05/03 في الملف العقاري عدد 15/225 (غير منشور).

الدائنين أو ورثتهم الذين لهم وحدهم الصفة لطلب إبطال الصدقة إذا ما أحاط الدين بمال المتصدق المدين⁽¹⁾.

وخلافا لذلك يرى الأستاذ حسن فتوخ أنه لا يمكن إلا لأحد أطراف العقد المطالبة أمام القضاء المختص محليا ونوعيا دون غيرهم، ببطان العقد المقيد بالسجل العقاري أو إبطاله⁽²⁾.

2 - مسائل خاصة.

أ- وضعيه الكفيل.

تثور كذلك إشكالية مدى امكانية أعمال مقتضيات المادة 278 من مدونة الحقوق العينية ضد كفيل المدين، بمعنى هل يكون الكفيل حرا في التصرف في أملاكه بغير عوض رغم كونه يعتبر مدينا فرعيا للدائن.

جوابا على هذه الإشكالية أورد ما جاءت به محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2013/03/26 حيث تعاملت مع الكفيل بنفس المنطق الذي تتعامل به مع المدين الأصلي، حيث اعتبرت أن إقدام الكفيل على هبه جزء من المال الذي يشكل الضمان العام للدائنين يشكل إضرارا منه بمصلحتهم كذلك، حيث صرحت بأنه من المقرر نصا وقضاء أن الهبة تعترض بالدين المحيط بالواهب لفائدة دائنيه لما في ذلك من إنقاص الضمان العام المقرر لفائدتهم، والمحكمة لما ثبت لها أن الطالب كان قدم كفالة شخصية لفائدة المطلوب لضمان دين الشركة، وأنه عمد إلى عقد هبة لفائدة

(1) قرار محكمة عدد 96 الصادر بتاريخ 2022/03/01 في الملف الشرعي عدد 2020/2/2/494 (غير منشور).

(2) حسن فتوخ: "الدعوى الناشئة عن الالتزامات التعاقدية في ضوء العمل القضائي"، المجلة المغربية للقانون التجاري والأعمال، العدد 3، 2015، ص. 9.

الغير، وأنه اعتبارا لثبوت الدين وثبوت كفالة الطالب تكون قد بنت قضاءها - بإبطال الهبة - على أساس من القانون⁽¹⁾.

كذلك الشأن بالنسبة للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24 مارس 2021⁽²⁾، إلا أنها أضافت أنه لا يتعين معاملة الكفيل معاملة المدين الأصلي إلا في حالة عسر هذا الأخير، حيث لا يمكن مطالبة الكفيل بأداء مبلغ الدين إلا في حالة عسر المدين الأصلي وذلك عملا بالمادة 2288 من القانون المدني الفرنسي.

وهو المقتضى القانوني المنصوص عليه في الفصل 1136 من قانون الالتزامات والعقود حيث لا يجوز إلزام الكفيل بالأداء محل المدين الأصلي إلا بعد تجريد هذا الأخير من أمواله المنقولة والعقارية القابلة للتنفيذ عليها إذا ما تمسك الكفيل بحقه في ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار موانع تمسك الكفيل بالحق في التجريد الوارد النص عليها في الفصل 1137 من ذات الظهير⁽³⁾.

⁽¹⁾ قرار عن محكمة النقض عدد 254، صادر بتاريخ 2013/03/26، في الملف عدد 2012/01/02/237، مجلة ملفات عقارية، العدد 3، 2013، ص. 33 وما يليها.

⁽²⁾ Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-20.033, *D. actu.* 12 avr. 2021, obs. J.-D. Pellier ; *D.* 2021, p. 1319, note L. Sautonie-Laguionie ; *RTD civ.* 2021, p. 410, obs. H. Barbier ; *D.* 2021, p. 696 ; *JCPE.* 2021, n° 1339, note Alidor ; *RJDA.* 2021, n° 512 ; *Banque et Dr.* n° 5-6, 2021, p.

34, obs. Rontchevsky ; *Banque et Dr.* n° 7-8, 2021, p. 21, obs. Gjidara-Decaix.

⁽³⁾ ينص 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

اللهم إلا إذا كان عقد الكفالة يشتمل على شرط من شروط منع التفويت، حيث يتعين معه على الكفيل الامتناع عن إجراء أي تفويت لجزء من الأموال التي تشكل الضمان العام على النحو الذي قد يؤدي الى اعاقه حسن تنفيذ التزامه بأداء الدين محل المدين الأصلي في حاله عسره⁽¹⁾.

إلى أن هناك من يرى عن حق أنه لا يتعين إلزام الكفيل بأداء الدين في حالة ما إذا كان مبلغه لا يتناسب وأمواله ومدخوله، بحيث لا يمكن أن يؤدي ذلك الى وضعه بدوره في حالة عسر إذا كان الدائن مهنيًا⁽²⁾، وذلك عملا بمقتضيات المادة 343-4 من مدونة الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه لا يمكن للدائن المهني أن يثير تنفيذ عقد كفالة سبق إبرامه مع شخص طبيعي في الحالة التي يكون فيها موضوع الالتزام عند إبرامه غير متناسب بشكل بين مع أموال الكفيل ومدخوله، ما لم يسعفه ذلك في الوفاء بالتزاماته حين مطالبته بذلك.

بكل حق الدائن، أو لم يكن للمدين عليها إلا حق قابل للفسخ"، وانظر في إثارة مقتضيات الفصلين 1136 و 1137 في شأن دعوى الفصل 278 من مدونة الحقوق العينية قرار محكمة النقض عدد 35 الصادر بتاريخ 2021/02/02 في الملف الشرعي عدد 2019/2/2/491 (غير منشور).

⁽¹⁾ Jean-Denis Pellier : " Cautionnement et fraude paulienne ", D. actu. 12 avr. 2021.

⁽²⁾ Laura Sautonie-Laguionie : " Assouplissement des conditions de recevabilité de l'action paulienne ", D. 2021, p. 1319.

وهو نفس المقتضى الذي تم التنصيص عليه لاحقا في إطار المادة 147⁽¹⁾ من القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁽²⁾.

ب- وضعية الهبة المحكوم بصحتها.

إذا كان المشرع قد حسم في إمكانية التصريح بإبطال عقد الهبة الذي يبرم خلافا لمقتضيات المادة 278 من مدونه فوق العينية، فإنه قد أغفل الإشارة إلى وضعية الهبة الناقصة أو غير التامة التي يتكفل القضاء بالتصريح بصحتها أو بتمامها، حيث يثور التساؤل عن مدى قابلية الهبة المصححة أو المتممة بحكم قضائي لمثل الطعن المذكور.

غير أنه قد اتضح بعد إجراء بحث في الموضوع على مستوى العمل الفقهي والاجتهاد القضائي أن هذه الحالة لا زالت لم تحظى باهتمام الدارسين كما أنها لا زلت إلى حدود ما توصلت إليه لم تشكل نازله أمام القضاء.

على أن القضاء الفرنسي خلافا لذلك قد تصدى لمثل هذه النازلة وكان له رأي في أن الهبة التي تم تصحيحها أو تميمها بحكم قضائي لا تسري عليها مقتضيات المادة 1341-2 من القانون المدني، المقابلة للمادة 278 بحيث لا يكون في إمكان الدائن

⁽¹⁾ تنص المادة 147 من القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه لا يمكن للمقرض أن يعتد بعقد كفالة يتعلق بعملية من العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول أو الثاني من هذا القسم، أبرمه شخص طبيعي يكون التزامه، عند إبرامه، غير متناسب بشكل واضح مع أمواله ومداخيله، ماعدا إذا كانت للكفيل ذمة مالية تساعده على الوفاء بالتزامه عند دعوته إلى ذلك.

⁽²⁾ ظهر شريف رقم 1.11.03 الصادر بتاريخ 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 الصادرة بتاريخ 07 أبريل 2011 ص. 1072.

مباشرة الدعوى البوليصية في شأنها، ما دامت متاحة له مسطرة تعرض الغير الخارج عن الخصومة ضد الحكم الصادر بالتصريح بصحة الهبة⁽¹⁾.

ويرى احد الباحثين تعليقا منه على هذا القرار بأنه قد ميز في طبيعة اساس الهبة القانوني المتنازع عليه فيما اذا كان عقدا أو حكما، وانه كل ما كان أساس التصرف القانوني المتمثل في الهبة عقدا، كلما لزم أن يكون الطعن فيها بالطريق الوارد في المادة 1341-2 من القانون المدني، بينما اذا كان اساس الهبة حكما قضائيا فإنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق المحدد في المادة 583 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الهبة لم تكن لتصح لولا صدور الحكم الذي صرح بذلك، حيث لم يكن عقد الهبة صحيحا في ذاته وبالتالي فهو لم يكن قابل للطعن بطريقة الدعوى البوليصية⁽²⁾.

والرأي في أعتقد على خلاف موقف محكمة النقض الفرنسية أنه يتعين معاملة الهبة المصححة قضاء معاملة الهبة الاتفاقية، فتكون قابلة للإبطال بمقتضى الدعوى المقامة من الغير الدائن ولو لم تحظى بالأتمية إلا به صدور الحكم القضائي، ذلك أنه يتصور أن يقوم طرفي عقد الهبة بتحريرها في محرر ناقص في احد بياناته او غير تام في شكليات تحريره عمدا، من اجل تفويت الفرصة على الغير

(1) Cass. 1^{er} civ., 26 janv. 2012, n° 10-24.697, *Procédures*, 2012, n° 66, obs. Perrot et Comm. 75, obs. M. Douchy-Oudot, n° 76, obs. Douchy-Oudot ; *D.* 2013, p. 1095, obs. Lemouland et Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 150, obs. de Boysson ; *RTD civ.* 2012, p. 295, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 40, note Larribau-Terneyre ; *D.* 2012, Chron. p. 635, spéc. n° 7, obs. Vassallo et Creton ; *D.* 2012, p. 370.

(2) Hugo Barbier : " *Le droit légal d'opposition du créancier ne la prive pas d'action paulienne* ", *RTD civ.* 2020, p. 385.

في الطعن فيما لذاتها، ليفاجأ ذلك الغير بصدور حكم قضائي يقضي في بآتمية تلك
الهيئة أو صحتها ويأمر كذلك بتقييدها بالرسم العقاري.

توثيق المحامي للتصرفات العقارية: الحدود والنطاق

ذة/د. حكيمة مؤذن

أستاذة محاضرة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية
جامعة الحسن الثاني

إن مشروع الدولة الحديثة -دولة الحق والقانون- وضع المغرب في قلب هذه النهضة التشريعية وحمله على تحديث منظومته القانونية بمنهج متبصر وبوثيرة مسترسلة، وفي هذا السياق تأتي مدونة الحقوق العينية¹ بعدما وجه المشرع المغربي دفعة الإصلاح التشريعي نحو المجال العقاري؛ بعدما أضحى العقار يشكل عامل إنتاج استراتيجي ورافعة أساسية للتنمية المستدامة بمختلف أبعادها، بل هو محرك ضروري للاقتصاد الوطني لأنه يوفر الأرضية الأساسية لإقامة مختلف البنيات التحتية والتجهيزات العمومية².

فمدونة الحقوق العينية تشكل التفاتة تشريعية ذات أهمية بالغة تروم بالدرجة الأولى الاستجابة لحاجات التنمية العقارية المستدامة ببلادنا؛ وتعد المادة 4 من م ح ع من اهم المستجدات ذات الصلة بمجال تحرير العقود العقارية وتوثيقها؛

¹- القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

²- مقتطف من الرسالة الملكية التي وجهت من طرف جلالة الملك محمد السادس إلى المشاركين في المناظرة الوطنية التي أقيمت بالصخيرات يومي 8 و9 دجنبر 2015، حول موضوع: "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية".

حيث نصت على ان توثيق التصرفات العقارية يتم اما في محرر رسمي او محرر ثابت التاريخ من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض .

وإسناد مهمة تحرير العقود العقارية إلى محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض يوضح وبشكل صريح رغبة المشرع المغربي في إشراك المحامون في النهضة التشريعية التي تبناها -ولا يزال- بمنهج متبصر وبوثيرة مسترسلة في المجال العقاري في أفق ضمان الأمن و الاستقرار العقاريين.

من هنا تظهر لنا أهمية التطرق إلى موضوع "المحامي وتوثيق التصرفات العقارية" على مستويين؛ أهمية نظرية قانونية وتتجلى من خلال الوقوف عند أهم النصوص القانونية المؤطرة لمهمة المحامي في تحرير التصرفات العقارية والمحددة لأهم الضوابط التي تطلبها المشرع كحد أدنى إن من جهة المحرر الثابت التاريخ أو من جهة المحامي محررها.

وأهمية عملية تكمن في الوقوف عند أهم الإشكالات العملية التي برزت عند إنزال مقتضيات المادة الرابعة من م ح ع، وما صاحب ذلك من جدال فقهي كبير خصوصا فيما يرتبط بمسألة التكييف القانوني للمحرر الثابت التاريخ الصادر عن المحامي.

لنتساءل عن ماهي ضوابط تحرير التصرفات العقارية من لدن المحامي ؟

في محاولة منا للإجابة عن التساؤل المحوري اعتمدنا التصميم التالي:

المطلب الأول: صلاحية المحامي ونطاق اختصاصه في توثيق التصرفات العقارية

المطلب الثاني: حدود المحامي في توثيق التصرفات العقارية

المطلب الأول: صلاحية المحامي ونطاق اختصاصه في توثيق التصرفات العقارية

إن صياغة العقود-خاصة في المجال العقاري- ليست بالأمر الهين بل هي تلك القدرة على نقل إرادات الأطراف في عبارات واضحة وبأسلوب قانوني سلس يحول دون قيام مشكلات ناتجة عن عيوب الصياغة أو غموضها ولا يدع مجالاً للقضاء لإعمال آلية تفسير بنود العقد وشروطه المتفق عليها¹، الأمر الذي يتطلب أن يتم في إطار واضح ومفهوم من قبل المتعاقدين ليحظى بثقتهم .

لذا عمل المشرع المغربي على حصر الجهات المؤهلة لإبرام التصرفات العقارية في كل من الموثقين العصريين² والعدول³ بالنسبة للمحركات الرسمية، والمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض في المحركات الثابتة التاريخ ما لم يوجد قانون خاص يخالف ذلك، الا اننا سنقتصر في مداخلتنا هاته على المحرر الثابت التاريخ وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي تميزه وما يتطلبه من شروط و شكليات لازمة لتحريره.⁴

¹- محمد انميجي: " نموذج عقد محرر من طرف محام "، مجلة المحامي ، العدد 74 ، يناير لسنة 2020 ، ص84

- عبد الرحيم حزيكر: " توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية و الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري "، الندوة الوطنية المنظمة من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية و محكمة النقض في موضوع الأمن العقاري المنظمة يومي 29 و 30 ماي 2015 بقصر المؤتمرات مراكش، دفاتر محكمة النقض، العدد 26 مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

²- ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432(24 نوفمبر 2011،) ص 5611.

³- ظهير شريف رقم 1-06-56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 556.

⁴- فيروز بجداي: " تاريخ العقد "، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر، الطبعة الأولى لسنة 2022، ص

وصلاحيات المحامي في تحرير العقود عرفت تطورا كبيرا عبر مراحل عديدة وهو ما سنحاول الوقوف عنده في (الفقرة الأولى) على أن نقف في (الفقرة الثانية) عند الاختصاص بشقيه النوعي والمكاني .

الفقرة الأولى : صلاحيات المحامي في تحرير العقود العقارية

قبل الشروع في تبين صلاحيات المحامي بخصوص تحريره للعقود ، كان لزاما علينا الوقوف عند أهم المحطات التشريعية التي خولت للمحامي تحرير العقود بالتدرج ، وبالتالي معرفة التطور الذي عرفته صلاحيات المحامي سواء قبل أو بعد صدور مدونة الحقوق العينية.

أولا : قبل صدور مدونة الحقوق العينية: مما لا شك فيه أن صلاحية المحامي في تحريره للعقود كانت ولا زالت مكتسبة من القانون المنظم لمهنة المحاماة ، إذ كان النص السابق من قانون 1993¹ المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة في المادة 30 منه كانت تتيح للمحامي تحرير كل العقود العرفية بدون استثناء؛ لأن النص هنا ورد بصيغة عامة دون تقييد أو تحديد لطبيعة العقود التي يمكن للمحامي تحريرها سواء تعلق موضوع العقد بالمجال العقاري أو التجاري أو الإداري أو المدني... فالإمكانية مفتوحة للمحامي ليحرر أي عقد عرفي كيفما كان نوعه، فتحرير العقد العرفي في إطار القانون المنظم لمهنة المحاماة يبقى عاما.²

ويمكن اجمال أهم المحطات التي تدخل فيها المشرع في مجال التصرفات العقارية وفق الشكل التالي:

¹- ظهير شريف رقم 1.93.162 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) معتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 4421.

²- محمد بلهاسمي التسولي: "المحامي وتحرير العقود"، المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2006 ، ص46.

أ: فترة ما قبل 07 نونبر 2003: كان الأصل في القانون المغربي هو ترك حرية الاختيار للمتعاقدين بين المحرر الرسمي والمحرر العرفي ، إذ كان المشرع يشترط فقط الكتابة في البيوعات العقارية وفقا لمقتضيات الفصل 489 من ق ل ع. وإذا كان توثيق التصرفات العقارية يخضع لشكلية الكتابة طبقا لمقتضيات هذا الفصل، وأن المشرع المغربي وفق هذا المبدأ، قد ترك الحرية للأطراف المتعاقدة لتوثيق تصرفاتهم العقارية إما في محرر رسمي أو عرفي¹، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 30 من القانون المنظم لمهنة المحاماة نجد أنها تتيح له تحرير كل عقد عرفي وبالتالي فهو يدخل ضمن زمرة هذه الفئة بنص قانوني.

ب: فترة ما بعد 07 نونبر 2003: في هذه الفترة صدرت مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنظيم مجال توثيق التصرفات العقارية بتاريخ 07 نونبر 2003 دخل كل من القانون 00-18² المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية حيز التنفيذ ، وقد تضمنت المادة 12³ من هذا القانون مقتضيات جديدة متعلقة بإبرام التصرفات العقارية المرتبطة بالملكية المشتركة، حيث حصرت الاختيار في إبرام التصرفات العقارية المذكورة بين المحرر الرسمي والمحرر ثابت التاريخ الصادر عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض أو المهني المنتهي إلى

¹ - إدريس الفاخوري: " اتجاه المشرع المغربي نحو رسمية التصرفات العقارية"، مجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الثالث، دجنبر 2019. ص 4.

² ظهير شريف رقم 1.02.298 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 - 7 نوفمبر 2002، ص 3175.

³ -تنص المادة 12: "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية علما أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان..."

مهنة قانونية ومنظمة يسمح قانونها بتحرير العقود؛ وبالتالي كانت المرة الأولى التي أتاح فيها المشرع -وبشكل صريح- للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض تحرير التصرفات المتعلقة بهذا القانون .

ويلاحظ على هذا القانون قد أخضع تحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة إلى كل من يمتن مهنة قانونية يسمح القانون المنظم لها بتحرير العقود، مما يفهم معه استثناء الأشخاص الذين يمارسون مهنة قانونية والتي لا يسمح القانون المنظم لها بتحرير العقود كالخبرة مثلا.¹

كذلك الأمر بالنسبة لقانون 44.00² المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز والمتمم لقانون الالتزامات والعقود، وقد نص الفصل 3-618 منه على نفس مقتضيات المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 18.00 ، بمعنى آخر أنها هي الأخرى أتاح للمحامي تحرير التصرفات العقارية الخاصة بها، شريطة أن يكون مقبولا للترافع أمام محكمة النقض،

و بعدها صدر في تاريخ 25 دجنبر 2003 قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار³، وقد نصت المادة 4 منه على نفس مقتضيات المنصوص

¹ - عمر الاسكرمي: "دور المحامي في تحرير العقود-قراءة في المادة 12 من قانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية"، المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاوله، العدد5، ماي 2004، ص74.

² - ظهير شريف رقم 1.02.309 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى (1437)، 18 فبراير 2016، الصفحة رقم 932.

³ - ظهير شريف رقم 1.03.202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، الجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1414 (25 ديسمبر 2003)، ص4375.

علمها في المادة 12 من القانون 18.00؛ بحيث أشارت هي الأخرى إلى المهنيين الذين يمكنهم إبرام التصرفات العقارية و التي سمح لهم قانونها بتحرير العقود، وهم المتمثلون في الموثق والعدول و المحام المقبول للترافع أمام محكمة النقض ، وهذا الأخير كانت تنص على أنه يجب أن يقيد في اللائحة الاسمية السنوية لوزير بالعدل.

ج: فترة 6 نونبر 2008: بعد سن المشرع لكل هذه النصوص القانونية التي منحت - وبشكل صريح- للمحامي صلاحية تحرير التصرفات العقارية المتعلقة بها، كان ولا بد من إصلاح على مستوى القانون المنظم لمهنة المحاماة لذلك وفي نفس الإطار المتعلق بخاصية التدرج صدر قانون 28.08¹ المنظم لمهنة المحاماة بتاريخ 6 نونبر 2008 و الذي جاء بمجموعة من التعديلات والمستجدات من أهمها مقتضيات المادة 30 منه².

وهنا لابد من الإشارة إلى أن هناك اختلافا على مستوى النص القديم والنص الحالي لأن مصطلح تحرير العقود سابقا كان يعنى به تحرير المحامي للعقود العرفية فقط إذ جاء فيه " يمكن للمحامي تحرير كل عقد عرفي كيفما كان نوعه" هذا من جهة ، أما من جهة أخرى ، فقد أضاف المشرع "غير أنه يمنع على المحامي الذي حرر العقد ، أن يمثل أحد طرفيه في حالة حدوث نزاع بينهما بسبب العقد" ، وهو من

¹ - ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم للمحاماة . الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 و القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

² - تنص المادة 30 من القانون المنظم لمهنة المحاماة على أنه : " يمارس المحامي مهامه بمجموع تراب المملكة مع مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة 23..."

الإيجابيات التي جاءت بها هذه المادة ، بحيث حاول المشرع تدارك القصور الذي كان يعترى النص السابق.

بقي ان نشير أن تدخل المشرع لم يقتصر في تنظيمه على القوانين العقارية فقط بل شمل تنظيم المهن المكلفة بتحرير التصرفات العقارية، على غرار الاصلاح الذي جاء على مستوى القانون المنظم لمهنة المحاماة، فقد طال الاصلاح كل من مهنة الموثقين والعدول ، حيث صدر بتاريخ 02 مارس 2006 القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة الذي ينظم مهنة العدول ، ليصدر بعد ذلك قانون "32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق بتاريخ 2 نونبر 2011 الذي دخل حيز التنفيذ يوم 24 نونبر 2012 .

د : فترة 14 يونيو 2010 : أصدر المشرع بتاريخ 14 يونيو 2010 مدونة الأوقاف¹ التي نصت على عدة مستجدات في مجال تنظيم الأملاك الوقفية²، وبالرجوع إلى مسألة توثيق التصرفات العقارية نجد وطبقا لمقتضيات المادة 25³ من

¹ - الظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الأوقاف والصادر في 8 ربيع الأول 1431 الموافق لـ 23 فبراير 2010 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 الموافق لـ 14 يونيو 2010.

² - للتوسع في الوقف راجع:

- عبد الرزاق اصبيحي: "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، مطبعة الأمنية-الرباط، 2009.
- مجيدة الزباني: "مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس والابعاد"، الطبعة الأولى، مطبعة الكرامة، الرباط سنة 2014.

- زهيرة فونتير: "منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهي والحماية القضائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2014-2015.

- إسماعيل الرضوع: "إثبات الصبغة الوقفية على ضوء العمل القضائي في القانون المغربي"، مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية، العدد 3، سبتمبر 2021. ص 102.

³ - تنص المادة 25 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " يتلقى العدول الإشهاد على الوقف و إذا تعذر تلقي الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا

هذه المدونة ؛ أن الاصل في توثيق الاملاك الوقفية هو الاشهاد العدلي؛ لكن جاء
المشرع باستثناء والذي يعتبر من بين المستجدات ، وهو المتعلق بإعتماد المحرر
العرفي كإستثناء في الوقف وبالتالي نجد أن التوثيق الوقفي يخضع لنظامين:
✓ الإشهاد العدلي على الوقف وفقا لمقتضيات المادة 25 من مدونة الأوقاف،
حيث أن المشرع جعل من الإشهاد كتابة شكلية أساسية لقيام الوقف
صحيحا، بل وإشترط في الكتابة أن تكون رسمية من طرف عدلين، حيث لا
يجوز لغيرهما تلقي الإشهاد على الوقف أو توثيقه كتابة.

✓ إعتداد المحرر العرفي كإستثناء في الوقف وذلك من باب التيسير؛ حيث أجاز
المشرع وعلى وجه الإستثناء الإعتداد بالمحرر العرفي الموقع عليه من طرف
الواقف مصادق على صحة توقيعه طبقا للقانون، وذلك متى تعذر الإشهاد
بواسطة العدلين ، كما نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة 25 من مدونة
الأوقاف .

وبالتالي يظهر أن المشرع لم يتدخل بموجب مدونة الحقوق العينية إلا بعد
أن استكمل كل هذه النصوص القانونية ، وذلك عبر محطات تشريعية متوالية،
نظم من خلالها المشرع كل من الجهات الخاصة بتوثيق التصرفات العقارية ، والتي
منحها امكانية التوثيق عبر قوانينها من جهة و كذا عن طريق القوانين العقارية
الخاصة من جهة ثانية ، وهنا نخص بالذكر كل من قانون 44.00 المتعلق ببيع العقار

للقانون . يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أي كان نوعه ، عند
مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف ، مصحوبة بالوثائق المثبتة وعلى أبعاد تقدير داخل ثمانية أيام، من
تاريخ المخاطبة."

في طور الإنجاز و قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار و قانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية ، والتي أتاحت كلها للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض تحرير التصرفات العقارية بموجب قانونها إلى جانب الموثقين و العدول بخلاف بعض الاستثناءات كتلك المتعلقة بمدونة الأوقاف.

ثانيا : بعد صدور مدونة الحقوق العينية :

إن صدور القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، وما جاء به من مستجدات فيما يرتبط بتوثيق التصرفات العقارية يشكل لبنة مهمة وخطوة هامة تحسب للمشرع المغربي، إذ بموجبه سيتم تجاوز العديد من العيوب التي كانت تعترى العقود العرفية، التي تقل فيها الضمانات المحفزة لها من حيث المضمون، والتي كانت تفتقر إلى المستلزمات المتطلبة أركاناً وشروطاً وصياغة وشكليات وأحيانا إلى أصل التملك فكانت محل قرح وطعن بدعاوي البطلان والإبطال كما كان يقع رميها بالزور بشقيه الأصلي والفرعي ، وكانت مصدر مساس محقق بالاستقرار القانوني والاقتصادي فكان ضررها أكثر من نفعها¹، لذلك حاول المشرع المغربي اصلاح نظام التوثيق في مجال المعاملات العقارية من خلال المادة الرابعة من م ح ع حيث قضت م 4 اعلاه على مايلي: "يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان -جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بانشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو اسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي ، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي و

¹ - مولاي اسماعيل الأخوان: " دور المحامي في توثيق التصرفات العقارية"، مجلة المحامي، العدد 74

التأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته. تصحح امضاءات الأطراف من لدن السطات المحلية المختصة ويتم التعريف بامضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

وبالتالي يتضح أن المبدأ العام حسب المادة 4 من م ح ع هو مبدأ الاختيارية في توثيق التصرفات العقارية بين المحررات الرسمية و المحررات الثابتة التاريخ المعدة من قبل المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض ، لكن ما يهمننا هنا المحامي و الذي أتاح له المشرع إضافة إلى القوانين العقارية الخاصة هو تحرير التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها على الرغم من أن هذه العبارة أتت بصيغة عامة تحيل على أن المحامي يمكنه تحرير جل التصرفات العقارية الواردة في م ح ع، إلا أن الأمر ترد عليه بعض الاستثناءات ، و هو ما وضحه المشرع بعبارة، " ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك."

ولعل السبب يكمن في حرص المشرع على تحصين المجال العقاري، من زاويتين، الأولى تكمن من خلال تنظيم المهن المكلفة بتوثيق التصرفات العقارية "المحامين، الموثقين، العدول..."، و الثانية تتجلى في بناء أرضية متينة لهذه الفئة من خلال تجويد القوانين العقارية التي ستعكس لا محال على استتباب الامن العقاري. الفقرة الثانية : صلاحيات المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض بين القوانين العامة والخاصة:

تظهر أهمية إبراز حدود اختصاص المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض في رسم الإطار الذي ينبغي عليه عدم تجاوزه و إلا أثرت مسؤوليته، لذا سنتناول الاختصاص النوعي للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض (أولا)، لنتطرق (ثانيا) للاختصاص المكاني للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض .

أولاً : الاختصاص النوعي للمحامي القبول للترافع أمام محكمة النقض بشأن توثيق التصرفات العقارية :

ينصرف مفهوم الاختصاص القضائي للدلالة على صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها، ويميز عادة في الاختصاص بين الوظيفي والنوعي والمحلي أو المكاني؛ فأما الاختصاص الوظيفي فهو الذي يحدد الجهات القضائية المختلفة ونصيبها من ولاية القضاء معتدا في ذلك بطبيعة الدعوى، أما الاختصاص النوعي فهو الذي يمنح للمحكمة النظر في النزاع استنادا إلى نوعه ، أما الاختصاص المحلي أو المكاني ، فهو الذي يعطي للمحكمة صلاحية الفصل في الدعوى بناء على أساس جغرافي تحقيقا لمصالح الخصوم ولتقريب القضاء من المتقاضين¹.

ولتأصيل الاختصاص النوعي للمحامي ، لا بد أن ننطلق في بادئ الأمر من المادة 4 من م ح ع التي تخص المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض بتوثيق التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى، أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها ، سواء تعلق هذه التصرفات بعقار المحفظ أو الغير المحفظ، ولم يقتصر الأمر على مدونة الحقوق العينية بل طال توثيق المحامي لكل من التصرفات المتعلقة بالملكية المشتركة، و العقار في طور الانجاز، وكذا الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وهي قوانين في مجملها كرس طابع الازدواجية الذي تبناه المشرع المغربي بين المحررات الرسمية والمحررات العرفية.

في المقابل نجد أن المشرع تدخل أحيانا وأقر إجبارية توثيق بعض العقود في شكل معين وذلك عن طريق وضع استثناءات على الأحكام التي تقرها المادة الرابعة

¹ - عبد الكريم الطالب: " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" ، الطبعة 9، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ، السنة 2019، ص17.

من م.ح.ع ، وهو ما وضحه المشرع بعبارة "ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك"، وهذه الاستثناءات لم تقتصر على مدونة الحقوق العينية بل نص عليها المشرع في بعض القوانين العقارية الخاصة.

أ- الاستثناءات الواردة في مدونة الحقوق العينية : على الرغم من أن

الصيغة التي جاءت بها المادة الرابعة من م.ح.ع كانت عامة في مضمونها؛ تفيد التخيير بين المحرر الرسمي أو الثابت التاريخ المنجز من لدن محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض، إلا أن هذا الأخير منع من توثيق بعض التصرفات العقارية، التي أوجب المشرع توثيقها بصورة رسمية؛ مما يعني أن توجه المشرع نحو الرسمية في بعض العقود هو مسألة جديدة لا تقبل أي نقاش¹؛ ونذكر من بين هذه الاستثناءات:

توثيق عقدي الهبة² و الصدقة³: ألزم القانون المغربي توثيق عقود الهبة

والصدقة في محرر رسمي تحت طائلة البطلان؛ حيث نصت المادة 274 من م ح ع على ما يلي: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي..."، وما يسري على عقد الهبة يسري على عقد الصدقة .

وهاذين العقدين من العقود المكسبة للملكية التي ألزم المشرع إضفاء صبغة الرسمية عليها وذلك تحت طائلة البطلان؛ اذ يتعين تحريرهما في وثيقة رسمية

1 - فيروز بجدادي مرجع سابق، ص 371 .

2 - عرف المشرع عقد الهبة من خلال المادة 273 من مدونة الحقوق العينية كما يلي : " الهبة، تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض ."

3- تنص المادة 291 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : " تسري على الصدقة أحكام الهبة ..."

- عرف المشرع الصدقة من خلال المادة 290 من مدونة الحقوق العينية، على ما يلي : " الصدقة تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها لوجه الله

يحررها العدلان المنتصبان للشهادة العادلة أو الموثقين الذين لهم الصلاحية بتحرير الرسوم و الوثائق الرسمية ، وفق قانون التوثيق الجاري به العمل.

توثيق عقد المغارسة¹ : اذ نصت المادة 268 من م ح ع² على أنه ولصحة عقد المغارسة؛ " يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه و يبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر"؛ ولقيام عقد المغارسة من الناحية القانونية لابد من تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 272 من م ح ع وهي كالتالي:

- إن عقد المغارسة لا يرتب أي حقا عينيا إلا إذا تحقق الإطعام والإثمار.
- أن يشهد الطرفان بتحقق الإطعام وأن يعترفان به في محرر رسمي من طرف موثقين وعدول الذين لهم صلاحية التوثيق الرسمي.
- أو يثبت تحقق الإطعام بإجراء خبر قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة، ويعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية المذكورة بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس³.

¹ - تطرق المشرع لتعريف عقد المغارسة من خلال المادة 265 من مدونة الحقوق العينية على أنها : " المغارسة عقد يعطي مالك بموجبه أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام .لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقا مشاعة ."

² تنص المادة 268 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : " يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي ، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه و يبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر ."

³ -للتوسع أكثر في عقد المغارسة راجع:

-محمد ابن معجوز:"الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، سنة 2008، ص 329 وما بعدها.

- عبد الكريم شهبون:" الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08"، دار السلام، الرباط، سنة 2018 . ص 474 و 475 .

توثيق عقد العمرى¹: تنص المادة 106 من م ح ع على أنه: "تنعقد العمرى بالإيجاب و القبول. يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي..."، اذ اشترط المشرع لتمام انعقاد عقد العمرى شكلية الكتابة كركن؛ و الكتابة المشترطة هنا يجب أن ترد في محرر رسمي؛ و رتب على تخلفها وفق المادة 106 من م ح ع جزاء البطلان ، و البطلان كما هو معلوم يترتب في حالة تخلف الركن.²

توثيق الرهن الحيازي: يشترط لصحة الرهن الحيازي حسب المادة 147 من م ح ع، أن يتم إبرام عقد الرهن الحيازي في محرر رسمي، و أن يكون لمدة معينة، كما يجب أن يتضمن هذا العقد معاينة الحوز، أي حوز الملك إذا كان العقار محفظا وذلك تحت طائلة البطلان؛ مما يعني أن المشرع قطع الطريق أمام المحرر الثابت التاريخ، إذ لا مجال لإعماله في نطاق الرهن الحيازي.

ب – الاستثناءات الواردة في القوانين الخاصة: ونذكر منها على سبيل المثال:

مدونة الأوقاف : وفقا لمقتضيات المادة 25 من مدونة الأوقاف، نجد أن المشرع جعل من الإشهاد كتابة شكلية أساسية لقيام الوقف صحيحا، بل و اشترط في الكتابة أن تكون رسمية من طرف عدلين، حيث لا يجوز لغيرهما تلقي الإشهاد على الوقف أو توثيقه كتابة، ولعل السبب يرجع للطبيعة الشرعية الخاصة لهذا

¹ - عرف المشرع حق العمرى ضمن المادة 107 من م ح ع على انها: " العمرى حق عيني قوامه تمليك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة ."

² - ادريس الفاخوري: "الحقوق العينية وفق القانون رقم 08-39"، دار نشر المعرفة، الرباط، 2013، ص 162 وما بعدها

- نجيم أهتوت: " توثيق التصرفات العقارية ودورها في تحقيق الأمن العقاري"، مجلة المنبر القانوني، العدد 7 ، سنة 2015. ص 39.

التصرف الذي يستلزم ضرورة الإشهاد عليه بواسطة عدلين من جهة و توثيق هذه الشهادة وفقا للمقتضيات القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة من جهة أخرى، حيث إن العدلين يجمعان عند تلقيهما الإشهاد على الوقف، بين مهمة الشهادة ومهمة توثيقها في محرر رسمي¹.

✓ مدونة الأسرة : تنص المادة 296 من مدونة الأسرة² : " يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه." وبالتالي فإن الوصية الصحيحة تستوجب لصحتها أن يصدر بها إشهاد عدلي أو من أي جهة رسمية، بالتوثيق أو بخط يد الموصي.

الفصل 427 من ق.ل.ع: أوجب الفصل 427³ على أن التزامات الأمي، يجب إفراغها في محرر رسمي، وهو ما يوضح توجه المشرع في تعميم الرسمية، لكن لا يوضح حصره على فئة الموثقين والعدول، و الذين افترض فيهم المشرع النصح لأمي و تفسير بنود العقد، وهو أمر لا يقتصر على الموثقين والعدول، بل المحامي هو الآخر يوفر هذه الضمانات لهذه الفئة من العاقدين، خصوصا إذا كان المحامي مقبولا للترافع أمام محكمة النقض.

1- اسماعيل الرضوع؛ مرجع سابق، ص 102.

2- ظهير شريف رقم 11.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 14 و الحجة 14224 (5 فبراير 2004)، ص 418.

3 ينص الفصل 427 على ما يلي: " المحررات المضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك."

وعموما فإن توجه المشرع نحو تعميم رسمية التصرفات العقارية، يبقى أمرا محمودا لما يوفر للمتعاقدین مجموعة من الضمانات التي تحول دون ضياع لحقوقهم، وهو أمر لديه ما يبرره نظرا للطبيعة الحساسة التي تعترى هذه التصرفات المنصبة على العقار، ومع ذلك يبقى أمر إقصاء المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض من تحريره للعقود الرسمية غير مبرر، على الرغم من أنه الأكثر قدرة على صياغة العقود صياغة قانونية صحيحة، نظرا لاحتكاكه بعدة قضايا، والتي يكون في غالب الأمر محلها القانوني عقدا، بالإضافة إلى تراكم خبرته.

ثانيا : الاختصاص المكاني للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض بشأن توثيق التصرفات العقارية :

بالرجوع إلى المادة 30 من القانون المنظم لمهنة المحاماة، نجد الفقرة الأولى منها تنص على ما يلي : " يمارس المحامي مهامه بمجموع تراب المملكة... " و إذا ما استرسلنا في سرد المادة 30 سنجدها كذلك تحيل على صلاحية المحامي لتحرير العقود، وهذا المقتضى جاء بصيغة عامة دون تقييد الاختصاص المكاني للمحامي في تحريره للعقود، بمعنى أنه غير ملزم، وذلك ضمن صلاحياته، برقعة جغرافية معينة من أجل تحرير العقود.

لكن؛ وفي الإطار المتعلق بحدود صلاحيات المحامي في تحريره للعقود، نجد أن المادة 4 من م ح ع تنص على ما يلي : "... يتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها. " وهو شرط يمارس على محامي نوع من التحجير والتبعية، والتي هي عبارات استعملها البعض

توثيق المحامي للتصرفات العقارية: الحدود والنطاق ذة/د.حكيمة مؤذن

لوصف عدم وجهة العمل التشريعي القاضي بتكليف رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية كجهة مختصة بالتعريف بإمضاء المحامي¹.
غير أن ما يهمننا في هذا المقام هو إشكال الاختصاص المكاني الذي خلفه هذا المقتضى القانوني، المتمثل في التعارض الحاصل كما أشرنا إلى ذلك سابقا بين المادة 30² من القانون 28.08 و المادة 4 من م ح ع.

بحيث يرى البعض أن تصحيح إمضاء المحامي لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية، فيه تقييد الاختصاص المكاني للمحامي على اعتبار أن المحامي يمارس مهامه بمجموع التراب الوطني كما نص القانون المنظم لمهنة المحاماة على ذلك، و بالتالي فهو غير مقيد في تحريره للعقود بمنطقة جغرافية معينة³.

ونحن نرى بأن الأمر ليس كذلك؛ و دليلنا مقتضيات المادة نفسها من القانون المنظم لمهنة المحاماة، التي أشار المشرع المغربي من خلالها، على أن المحامي يمارس مهامه بمجموع التراب الوطني؛ بمعنى أنه لم يقيد مسألة تحرير المحامي للعقود في رقعة جغرافية معينة، لأن التخصيص الوارد في المادة الرابعة هو تخصيص الإمضاء وليس تخصيصا لتحرير العقود.

المطلب الثاني: حدود المحامي في توثيق التصرفات العقارية

¹ - محمد بلهاشي التسولي؛ مرجع سابق، ص14.

² - تنص المادة 30 من القانون المنظم لمهنة المحاماة: " يمارس المحامي مهامه بمجموع تراب المملكة مع مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة 23..."

³ - عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات العقارية في محررات رسمية على ضوء مستجدات القانون 39.08 ، مجلة القسطاس ، عدد مزدوج 8 و 9 دجنبر 2015.

سبق وان قلنا أن المشرع المغربي أبقى على الطابع المزدوج للمحركات في مدونة الحقوق العينية؛ في كل من المحرر الرسمي والمحرر ثابت التاريخ؛ هذا الأخير موضوع مداخلتنا قد أخضعه المشرع لمجموعة من الضوابط القانونية، التي أوجبه المشرع في المحرر الثابت التاريخ دوناً عن المحركات الصادرة عن الموثقين و العدول؛ وذلك لتتمام التصرف بشكل صحيح عن طريق إخضاعها لجملة من الشروط الشكلية، وإفراغه في الشكلية التي حددها القانون أحدثت جدلاً واسعاً على مستوى الشروط الإجرائية المتعلقة بالمحرر الثابت التاريخ.

كما أن تحديد هوية المحرر الثابت التاريخ من حيث الطبيعة القانونية لهذه الوثيقة التي يحررها المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض يبقى أمراً ضرورياً في أفق ازاحة الغموض عن طبيعتها القانونية، لهذا سنقف عند تحديد ماهية المحرر ثابت التاريخ في (الفقرة الأولى)، على ان نردف الحديث عن حجية هذه الوثيقة في الإثبات في(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ماهية المحرر ثابت التاريخ

أولاً : مفهوم المحرر ثابت التاريخ : لم يضع المشرع تعريفاً للمحرر الثابت التاريخ بشكل مباشر، لكن وبالرجوع إلى ق ل ع نجد ان لفظ "المحرر الثابت التاريخ" قد ورد ذكره عدة مرات، نذكر منها الفصول 195-196-213-418-1195، والحقيقة أن أغلب هذه الفصول ما هي إلا تطبيق للفصل 489 ق.ل.ع الذي جاء فيه: "إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ؛ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

هذا الفصل أعطى للمحرر ثابت التاريخ مدلولاً واسعاً؛ حيث كان يشمل المحرر الرسمي والمحرر العرفي معاً، على اعتبار أن الأول يلحقه ثبوت التاريخ بصفة تلقائية، في حين يلحق الثاني عندما تتحقق مجموعة من الأمور المنصوص عليها في الفصل 425¹ من ق.ل.ع، أهمها المصادقة على الإمضاء من لدن الموظف العمومي المختص.

غير أن تطبيق مقتضيات الفصل 489 طرح مجموعة من الإشكالات القانونية و العملية ترتبط أولها بمسألة الكتابة في التصرفات العقارية هل هي متطلبة للانعقاد أم للإثبات، وثانيهما تتعلق بالمقصود بالتسجيل هل هو تسجيل بالمحافظة العقارية أم تسجيل لدى إدارة التسجيل و التمير خاصة وان مصطلح التسجيل الوارد في هذا الفصل جاء مطلقاً و لم يربطه المشرع بقيد معين².

¹ - ينص الفصل 425 من ق.ل.ع، على أن: المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه. ولا تكون دليلاً على تاريخها في مواجهة الغير إلا:
- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛
- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي؛
- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقداً أو شاهداً قد توفي أو أصبح عاجزاً عن الكتابة عجزاً بدنياً؛
- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛
- إذا كان التاريخ ناتجاً عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.

- إذا كان التاريخ ناتجاً عن التوقيع الإلكتروني المؤهل الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه".

² - نبيل عبد الله حسين الطاهيري: "حماية المتعاقدين في البيع العقاري في التشريع المغربي واليمني"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 183.

لكن وبمجرد صدور مدونة الحقوق العينية تم اعتبار أن الكتابة في التصرفات العقارية هي للانعقاد تحت طائلة البطلان ، كما تم الحسم في كون التسجيل المنصوص عليه يتم في المحافظة العقارية إن كان العقار محل التصرف عقار محفظ.

ومع صدور مدونة الحقوق العينية نجد ان المشرع قد حدد في المادة 4 منها مفهوماً جديداً للمحرر الثابت التاريخ؛ إذ اعتبره تلك الوثيقة المحررة من قبل محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض، و المصادق عليها من طرف السلطات المحلية خاضعة للتعريف بإمضاء المحامي للعقد من قبل رئيس كتابة الضبط. وبالإضافة إلى المادة الرابعة توجد مقتضيات قانونية متعلقة بالمحرر ثابت التاريخ، ونذكر منها:

❖ المادة 618-3 من القانون رقم 44.00¹ المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز

- محمد مومن: "مفهوم التسجيل الوارد في الفصل 489 من ق ل ع"، اشغال الندوة العلمية الوطنية حول موضوع توثيق التصرفات العقارية" بكلية الحقوق مراكش، فبراير 2005.

¹ - تنص المادة 618-3 من القانون 44.00 على أنه: " يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان..، يقيد باللانحة المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض طبقاً للفصل 34 من الظهير يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود، يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررتة..، يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها..، تحدد بنص تنظيمي تعريفية إبرام هذا المحرر."

❖ المادة 4 من قانون رقم¹ 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى التملك،

❖ المادة 12 من رقم 18.00 قانون الملكية المشتركة.

إن أول ملاحظة يمكن إبدائها بشأن هذه النصوص أن المشرع جاء فيها بنص يكاد يتشابه وإن لم نقل مكررا أو مشتركا بين القوانين الثلاثة²؛ فقد أوجب أن يتم تحرير العقار في طور الإنجاز و الملكية المشتركة و الإيجار المفضي إلى التملك إما في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ مع احترام شرط المصادقة و التأشير و التوقيع تحت طائلة بطلان المحرر.

ويختص العدل والموثق في تحرير العقود الرسمية في ظل هذه القوانين، في حين يختص المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض بتحرير المحرر ثابت التاريخ، لنتساءل عن مفهوم المحرر الثابت التاريخ؟.

تعددت التعاريف التي أعطيت للمحررات الثابتة التاريخ؛ فجانبا يرى على انها عقود عرفية مقيدة من لدن المشرع بضوابط خاصة وتجعل منها محررات ذات حد أدنى من المصادقية دون أن يغير ذلك من طبيعتها أو الارتقاء بها إلى مستوى

¹ -تنص المادة 4 من قانون 51.00 على أنه: " المادة 4 قانون الإيجار المفضي إلى تملك: " يجب أن يحضر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان. يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض طبقا للفصل 34 من قانون يحدد نص تنظيمي شروط تقيد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررتة. يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها. تحدد بنص تنظيمي تعريفه إبرام هذا المحرر."

² -ادريس الفاخوري؛ اتجاه المشرع المغربي نحو رسمية التصرفات العقارية"، مرجع سابق، ص 9.

الوثائق الرسمية¹، في حين اعتبره جانب من الفقه بأنه كل ورقة لم يكن بالإمكان وصفها بالرسمية لسبب من الأسباب شريطة أن يذيل بتوقيع من هو حجة عليه، كما يمكن وصفها بكونها حجة كتابية يتولى أهل الشأن و الاختصاص تحريرها ويقوم الأطراف بتوقيعها²، كما يمكن تعريفها بأنها تلك الورقة المكتوبة من طرف أشخاص خاصة من أجل إثبات تصرف أو واقعة قانونية³.

وان كنا نميل إلى القول ان المحرر ثابت التاريخ له مرتبة وسطى بين المحررات الرسمية والمحررات العرفية، كما سنوضح في ما يلي.

ثانيا: الطبيعة القانونية للوثيقة المحررة من قبل الحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض

لم يحدد المشرع المغربي طبيعة المحرر الثابت التاريخ الصادر عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض؛ هل الأمر يتعلق بمحرر رسمي أم عرفي أم محرر من نوع خاص ذو طبيعة مختلطة يزاوج بين كل من الرسمية والعرفية، وهو الامر الذي يصعب عملية التكييف القضائي عند أي منازعة في شأن هذه العقود، فهل ستعتبر محررات وتكون لها حجية المحررات الرسمية، أم ستكون لها حجية المحررات العرفية⁴.

¹ - الحسين بلحساني: "الموجز في العقود الخاصة"، دون ذ دن، دون ذ ط، سنة 2014-2015، ص 71.

² - إدريس العبدلاوي: "وسائل الاثبات في التشريع المدني المغربي"، الطبعة الأولى، د ذ دن، السنة 1977، ص 84.

³ - عبد الرحمان الشراوي: "القانون المدني، الجزء الرابع، إثبات الالتزام"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة 2020، ص 98.

⁴ - صلاح الدين بوجدة: "تحرير المحامي للعقود العقارية ورهان الأمن العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة شعيب الدكالي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة، 2021، ص 52.

اذ يرى جانب من الفقه أن العقود الثابتة التاريخ عقود عرفية مقيدة من لدن المشرع بضوابط خاصة تجعل منها محررات ذات حد أدنى من المصادقية دون أن يغير ذلك من طبيعتها أو الارتقاء بها إلى مستوى الوثائق الرسمية¹.

كما يرى جانب آخر بأنه و انطلاقا من المادة الرابعة من م ح ع ، فإن المحرر الذي يحرره المحامي لا يكون ثابت التاريخ إلا بالمصادقة على توقيعات أطرافه طبقا لما جاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة السالفة الذكر ، كما أن تسجيل العقد العرفي المذكور له أهمية قصوى سواء من أجل تقييد العقد بالمحافظة العقارية ، أو إضفاؤه على العقد صفة ثبوت التاريخ . ويعتبر العقد الذي يحرره المحامي والذي يهيم تصرف منصب على العقار كيفما كان نوعه ، عقدا عرفيا ، بصريح المادة 4 من م ح ع ، وبالتالي يرى هذا الجانب أن المحررات الصادرة عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض محررات عرفية².

في حين أن البعض الآخر يشير إلى أن الوثيقة التي يحررها المحامي تبقى محررا ذو طبيعة خاصة، و القول بأنه محرر ثابت التاريخ، مع وجوب تصديق إمضاءات الأطراف لدى الجهات الرسمية على تاريخ وتوقيع المحرر³؛ فهو إذن محرر يتأرجح في طبيعته القانونية بين الرسمية و العرفية ؛ وفي حقيقة الامر هذا التوجه لم يشر صراحة إلى أن المحرر الصادر عن المحامي هو محرر عرفي كسابقه، ولم يشر على أنه رسمي كذلك، بل اعتبره محرر من نوع خاص، فرض فيه المشرع

¹ إدريس الفاخوري، اتجاه المشرع المغربي نحو رسمية التصرفات العقارية، مرجع سابق، ص 12.

² -نادية يونسى: "الشكلية في التصرفات العقارية على ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، مجلة القانون المدني الاقتصادي والمقارن، العدد 1، السنة 2020، ص 119.

³ -مولاي اسماعيل الأخوان، دور المحامي في توثيق التصرفات العقارية، مجلة المحامي، ع 74، لسنة

مجموعة من شروط يكتسب من خلالها تلك الخصوصية؛ بمعنى آخر أن المحرر انطلاقاً من هذا التوجه ، هو محرر يتأرجح في طبيعته القانونية بين الرسمية و العرفية.

ويرى البعض الآخر¹ عن طريق استنادهم على مرجعية المصلحة بأن الأمر يتعلق بمحرر المحامي رسمي، اعتباراً لتدخل الدولة في تحديد الجهات المكلفة بتحريرها، إذ أن اشتراط هذه الشروط ليكون المحرر الذي يحرره المحامي صحيحاً و سليماً دليل على أنه يدخل في خانة المحررات الرسمية التي لها القوة الثبوتية مثلها مثل أي محرر صادر عن موثق أو عدلين، ينطبق عليه ما ورد في الفصل 419² من ق ل ع.³

انطلاقاً مما سبق؛ يتضح أن الغالب في الآراء الفقهية أنها تتوجه نحو القول بعرفية العقد المحرر من قبل المحامي؛ بالرغم من أن البعض أشار بخصوصية المحرر العرفي المنجز من قبل المحامي، لكن هذا التوجه الوسط لا يؤدي بالضرورة إلى حل مشكلة التكييف القانوني للوثيقة المحررة من قبل المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض.⁴

¹ - محمد الشيلح: "قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك عقار في ضوء القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار"، أشغال الندوة العلمية الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية العقارية بكلية الحقوق مراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 23، الطبعة الثانية 2010. ص 139.

² - ينص الفصل 419: " الورقة الرسمية حجية قاطعة ، حتى على الغير في الوقائع و الاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور..."

³ - محمد بلهاسشي التسولي، مرجع سابق، ص 67.

⁴ - عبد الهادي نجار: "المحرر الثابت التاريخ في القوانين العقارية الجديدة"، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 56، لسنة 2017، ص 109.

ونحن نرى بأن المادة الرابعة من م ح ع كانت واضحة في مضمونها؛ على أن محرر المحامي هو محرر عرفي، لأن هذه المادة ميزت بين المحرر الرسمي و المحرر الثابت التاريخ، ومع ذلك يمكن اعتباره ذو طبيعة خاصة من خلال الشكلية التي فرضها المشرع على هذا المحرر دوناً عن المحررات الرسمية.

ثالثاً: شروط المحرر الصادر عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض يمكن حصر الشروط التي تطلبها المشرع وجوباً في المحرر الصادر عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض لتمام التصرف بشكل صحيح في القوانين العقارية مجتمعة؛ انطلاقاً من قانون الملكية المشتركة للعقارات المبنية ضمن المادة 12 منه، وكذا المادة 4 من قانون الإيجار المفضي لتملك العقار، وصولاً إلى قانون بيع العقار في طور الإنجاز¹ ضمن المادة 618-3، أو في م 4 من م ح ع، وهذه الشروط هي:

الشرط الاول : أن يكون المحرر ثابت التاريخ : أي يجب أن يفرغ في شكل محرر ثابت التاريخ، وهو شرط مرتبط بصحة التصرف القانوني الناشئ على العقار، وذلك تحت طائلة بطلانه، وثبوت تاريخ المحرر الصادر عن المحامي مرتبط بتوفر شروط منصوص عليها في الفصل 425 من ق.ل.ع .

واشترط المشرع لإفراغ المحرر الصادر عن المحامي في محرر ثابت التاريخ كانت الغاية من ورائه حماية المتعاقدين و حماية الغير و الذي يقصد به كل شخص عدا العاقدين و خلفائهما و دائنهما .

¹- ظهير شريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات و العقود كما تم تغييره و تميمه بالقانون رقم 107-12 الصادر بتنفيذ الظهير شريف رقم 05-16-1 (3 فبراير 2016).

الشرط الثاني: أن يحرر من قبل محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض : حيث نصت المادة¹³³ من القانون المنظم لمهنة المحاماة على المدة التي يحتاجها المحامي لكي يكون مقبولاً للترافع أمام محكمة النقض وهي بمرور 15 سنة في مهنة ، أي باعتماد معيار الأقدمية ؛ والحال اذا ما رجعنا إلى قانون المهنة نفسه نجده لا ينص على هذه التفرقة في تحرير العقود، بل يمنح سلطة تحريرها دون تقييد ذلك بشرط قبولهم لدى محكمة النقض، وهو ما لا نجده ضمن المهنة القانونية الأخرى المختصة بتوثيق التصرفات العقارية، من موثقين وعدول.

الشرط الثالث: أن تكون هذه المحررات موقعة و مصححة الإمضاء : حسب المادة 4 من م ح ع ، فإنه لا بد من توقيع العقد المحرر من طرف المحامي و التأشير على كافة صفحات العقد من أطرافه المعنيين بالأمر، وكذا التأشير على هذا المحرر من طرف الجهة التي قامت بتحريره وإنشائه وتصحيح إمضاءاتهم على المحرر لدى السلطات المحلية التي لها صلاحية تصحيح الإمضاءات القانونية، وهنا لا بد من التمييز بين نقطتين :

الأولى تتعلق بالتوقيع و التأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته ، وتوقيع العقد والتأشير على صفحاته هو خطاب موجه حتى للمحامي الذي يتولى توثيق المحرر الثابت التاريخ، وباستقراء النص العام من الفصل 426² من ق ل ع يتضح ما يلي:

1 - لا يقبل مؤازرة الأطراف وتمثيلهم أمام محكمة النقض، مع مراعاة الحقوق المكتسبة، إلا:

- المحامون المسجلون بالجدول منذ خمس عشرة سنة كاملة على الأقل؛....".

2 -ينص الفصل 426 : "يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه..."

❖ لم يعد يكفي توقيع الأطراف فقط بل لابد من توقيع العقد من طرف الجهة التي حررته أيضا، وبذلك يلزم المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض والأطراف بتوقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته.

❖ تم استبعاد الطبع أو الختم وحصر التوقيع في الإمضاء باليد .

الثانية تتعلق بالتعريف بإمضاء المحامي و تصحيح إمضاءات الأطراف : بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 4 من م ح ع يتضح لنا جليا أن المشرع قد ميز بين المصادقة على إمضاءات الأطراف لدى السلطات المحلية المختصة و التعريف بإمضاء المحامي لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية. في حين جاء الفصل 3-618 من القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز بصيغة مختلفة " يتم تصحيح جميع الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي..."،

لنتساءل هل تصحح إمضاءات الأطراف والمحامي مجتمعة لدى رئيس كتابة الضبط ؟

هنا لابد من الادلاء بملاحظتين أساسيتين:

الملاحظة الأولى تتعلق بحصر المصادقة على إمضاء المحامي لدى كتابة الضبط : اذ يرى جانب من الفقه بأن مصادقة رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية على محرر المحامي فيه نوع من الحجر والوصاية عليه، وأنه من الأولى اسناد هذه المهمة إلى نقيب الهيئة، وذلك من خلال إلى إحداث سجل وطني خاص بتحرير العقود من طرف المحامين يوضع تحت إشراف نقيب الهيئة الذي يشرف

على تصحيح إمضاءات المحامي وطرفي العقد، وأن في هذا الإجراء ضمانة من أي تلاعب أو تحريف¹.

الملاحظة الثانية : تتعلق بالجهة الأولى بالتقديم، هل تصحيح إمضاءات الأطراف لدى السلطة المحلية أم المصادقة على توقيع المحامي لدى كتابة الضبط، خصوصا وان المشرع لم يحسم في ذلك، فقد يرفض رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية المصادقة على توقيع المحامي بدعوى أن توقيع الأطراف لم يصح لدى السلطة المحلية ،

وهنا نرى أن يصحح كل من توقيع الأطراف و المحامي لدى كتابة الضبط، أو تصحيح إمضاءات أطراف العقد دوناً عن المحامي، وذلك لعدم الخوض في مسألة من الأولى بالتقديم، لأن "الواو" الواردة في المادة الرابعة من م ح ع، قد تفيد الترتيب أي رجاحة تصحيح الأطراف أولا، أو تفيد التخيير أي سواء كانت مصادقة المحامي هي الأولى أو مصادقة الأطراف هي الأولى، فهنا ينتفي الإشكال من أساسه.

الملاحظة الثالثة: وتعلق بإمكانية تفويض الاختصاص وهي تشمل حالتين:

أ: تفويض تحرير العقود بالنسبة للمحامي المساعد، يرى البعض أنه لا يمكنه ذلك لأن ليست له الأهلية في الترافع و الموازنة و النيابة شخصيا وإنما باسم المحامي المسؤول عن المكتب باستثناء القضايا المساعدة قضائية، فالمحامي مسؤول عن تحرير العقود وفق ما يجب قانونا، إذا وجبه التحري وتوفر الشروط المتطلبية قانونا وأيضا صفة وأهلية البائع و المشتري، ويتحمل نتيجة أخطائه المهنية والعقدية، والمحامي المساعد غير مسؤول عن العقد الذي يحزر باسم المحامي صاحب المكتب، وبالتالي نفس الأمر يمكن إسقاطه على تفويض صلاحية التوقيع،

¹ -محمد بلهاشمي التسولي، مرجع سابق، ص 51-52.

لأن العقد في مجمله لا يمكن تحريره إلا من المحامي المخول له ذلك ووفق الشروط المنصوص عليها في قانوننا.

ب- تفويض رئيس كتابة الضبط لمهام التعريف بإمضاء المحامي للموظف آخر يعمل معه بنفس المصلحة؛ فنظرا لعدم وجود نص صريح يخول لرئيس كتابة الضبط تفويض اختصاص التأشير على التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد ، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يستند قرار التفويض إلى العرف؛ فقياسا على استناد اختصاص تسليم النسخ العادية والتنفيذية والشواهد الضبطية من طرف رئيس كتابة الضبط إلى رؤساء المكاتب والشعب ، وتعارف المتقاضين وكذا المحامين على ذلك ، وباستثناء الإجراءات المحاسبية المتمثلة في التوقيع على الشيكات والتوقيع على سجل المداخل والمصاريف، فإن باقي الإجراءات غالبا ما يفوضها رئيس كتابة الضبط إلى موظفين معتمدين من قبله نظرا كما قلنا سابقا للمهام الكثيرة والمتعددة والثقيلة الموضوعة على كاهله ، ونظرا لأن هذا التفويض لا يترتب عنه أية ضرر للأغيار¹.

الفقرة الثانية: حجية الوثيقة المحرر من طرف المحامي في الإثبات:

أولا: حجية المحررات الثابتة التاريخ في مواجهة الأطراف وخلفائهم:

إن القاعدة بشأن حجية تاريخ المحرر العرفي بالنسبة للمتعاقدين أن هؤلاء يكون المحرر العرفي حجة عليهم بتاريخه، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل قابلة لإثبات العكس ، وبالتالي يعتبر التاريخ العرفي صحيحا بالنسبة لهؤلاء الأشخاص إلى أن يتمكنوا من إثبات عدم صحته طبقا للقواعد العامة للإثبات.

¹- الشرفي حراث، مرجع سابق، ص125.

أ - حجية المحررات الثابتة التاريخ في مواجهة الأطراف: يكتسب التاريخ الذي تتضمنه الوثيقة المحررة من قبل المحامي حجة بين الأطراف المتعاقدة، سواء كانت تلك الورقة معترفا بصحتها من قبل من تثار ضده أو تثبت صحتها بعد إنكارها.¹ ومن تم يتضح أن حجية المحرر الثابت التاريخ في مواجهة الأطراف أن هؤلاء يكون المحرر حجة عليهم بتاريخه، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة بل قابلة لإثبات العكس؛ وبالتالي يعتبر التاريخ العرفي صحيحا بالنسبة لهؤلاء الأشخاص إلى أن يتمكنوا من إثبات عدم صحته طبقا للقواعد العامة للإثبات،² فبالرجوع إلى الفصل 425 من ق ل ع في فقرته الأولى ينص على ما يلي: "المحدرات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه"، ومما تجب الإشارة إليه كذلك إلى أن الفصل 424 من ق.ل.ع أشار إلى ما يلي: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات و البيانات التي تتضمنها و ذلك في الحدود المقررة في الفصولين 419 و 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد." ومن خلال هذا المقتضى يتضح أن هناك تباين تجب الإشارة إليه:

الحالة الأولى: أن الورقة العرفية المعترف بها أو التي هي في حكم المعترف بها، تصبح مثل الورقة الرسمية، حيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور.

¹- بشرى الفقيه: " المعاملات العقارية وإشكالية توثيقها بالمغرب"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر العقار والتنمية، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013. ص115.

²- فيروز بجاداي، مرجع سابق، ص313.

الحالة الثانية: أما إذا كانت الورقة العرفية غير معترف بها، فإن المشرع حدد طرق الطعن فيها، و التي تتمثل في إنكار الخط أو التوقيع¹.

وقد نص المشرع على هذه الطريقة من طرق الطعن في الورقة العرفية ضمن الفصل 431 من ق.ل.ع الذي نص على ما يلي: " يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه، فإن لم يفعل اعتبرت الورقة معترفا بها."، وهكذا تكون الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها، حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع، ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع في ذاتها، فتكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس².

وبالتالي فالمحرر العرفي حجة على المتعاقدين بما ورد به كالمحرر الرسمي شرط عدم إنكار كتابته أو إمضائه؛ حيث يعتبر المحرر العرفي بمجرد اعتراف موقعه به ودون حاجة إلى ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا حجة على الكافة؛ كالعقد الرسمي، باستثناء حجية تاريخ المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير فيشترط فيها ثبوت التاريخ ثبوتا رسميا؛ وعليه وبخلاف المحرر الرسمي الذي يعتبر حجة بتاريخه بالنسبة للمتعاقدين والغير كذلك، فإن تاريخ المحرر العرفي يعتبر حجة بالنسبة للمتعاقدين فقط، أما بالنسبة للغير فلا يعد كذلك إلا إذا كان له تاريخ ثابت³، وهو ما نص عليه المشرع في الفصل 425 ق.ل.ع: " المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينها يعمل كل منهم باسم مدينه، ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا..."

¹-عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، ص126.

²-فيروز بجداي، مرجع سابق، ص315.

³ - محمد الكشور: "ثبوت التاريخ الوثيقة العرفية في التشريع المغربي"، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون. ع21، سنة 1994. ص45.

ب - حجية المحررات الثابتة التاريخ بالنسبة للخلف العام: يقصد بالخلف العام من يخلف سلفه في مجموعة من التركة أو في جزء منها وهذا ما يتحقق بالنسبة للوارث الوحيد أو المشترك مع غيره في استحقاق التركة ويدخل الموصى له ضمن هذه الحلقة إذا كانت الحصّة منها شائعة أيضاً.¹

وبالتالي لا يقتصر العقد على أطرافه فقط، بل يمتد إلى الخلف العام أيضاً؛ إذ الفرد عندما يتعاقد بنفسه، فإنه يتعاقد ضمنياً لورثته ومن يود الإيصال لهم، إذ لا تستقيم المعاملات بين الأفراد إذا كانت الحقوق و الالتزامات المترتبة بين الأفراد على العقود تنقضي بوفاة أطرافها، إذ يؤدي ذلك إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها، والمنطق والعدالة يقضيان انتقالهما إلى الخلف العام.²

وقد ذهب البعض بخصوص سرّيات تاريخ التصرف المضمن في ورقة عرفية في حق الخلف الخاص إلى القول أنه لا بد من استحضار الفرضيتين الآتيتين:

❖ إما أن يكون الخلف الخاص عالماً بالقيّد، وهنا يسري هذا القيد في حقه ولو لم يكن تاريخ التصرف ثابتاً، والأصل هو جهل الخلف بهذا التاريخ، وعلى من يدعي العلم أن يثبت ما يدعيه، طبقاً للمبادئ العامة.

❖ وإما ألا يكون الخلف عالماً بتاريخ العقد العرفي المتضمن للقيّد، ولم يستطع من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه، وفي هذه الحالة لا يكون ذلك

¹- عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزام الكتاب الأول، نظرية العقد"، الطبعة 4، دار الأمان، لسنة 2014، ص331 وما بعدها.

² - حذيفة الشعرة: "الغير عن العقد في التشريع المغربي"، دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود و القانون العقاري"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2017-2018، ص40.

التاريخ منتجا في حقه إلا إذا كان ثابتا،¹ ومعنى ذلك أن عدم العلم بالقيود ومنعا لكل تواطؤ قد يضر بمصالح المشتري ويجعله في هذه الحالة لا يحتج ضده إلا بالتاريخ الثابت.

ثانيا: حجية المحررات الثابتة التاريخ في مواجهة الأغيار: إذا كان الفصل 425 من ق.ل.ع قد تطرق إلى حجية التاريخ الثابت بالمحرر العرفي، وأثر هذه الحجية بالنسبة للمتعاقدين وورثتهم و الخلف الخاص إذا كان أحد هؤلاء يعمل باسم مدينه، فإنه قد حدد الحالات التي يكون فيها لتاريخ المحرر العرفي حجية بالنسبة للغير؛ فما المقصود بالغير في تاريخ الورقة العرفية؟.

بالرجوع إلى مقتضيات ق ل ع المغربي، نجد أن المشرع المغربي في تحديده لمفهوم الغير لا يتقيد بمعيار قانوني واضح، فهو تارة يستعمل لفظ الغير بالمعنى الضيق لمفهوم الغير أي الشخص الأجنبي عن العلاقة التعاقدية، ومن الأمثلة على ذلك ما صرح به المشرع المغربي في الفصل 33 من ق.ل.ع على أنه: " لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون."²، كذلك الأمر بالنسبة للفصل 228 من ق.ل.ع المتعلق بمبدأ نسبية العقد الذي جاء فيه: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون.

و يختلف الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة في هذه الورقة، فالغير في هذا الإطار هو كل من يحتج في مواجهته

¹ -محمد الكشور، ثبوت التاريخ الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص 19.

² -فيروز بجدادي، مرجع سابق، ص 236.

بصفة ثبوت تاريخ الورقة العرفية عدا العاقدين وخلفائهم و دائنهما و الذين تسري عليهم تاريخ الورقة العرفية كما سبق ذكرها.

ويتضح أن الغير في هذا الصدد كل شخص عدا العاقدين و خلفائهما والذين يسري تاريخ الورقة العرفية عليهم بالشكل الذي سبقت الإشارة إليه¹، فإذا استبعدنا هؤلاء الأشخاص ، لم يبقى إلا الخلف الخاص وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات ، ولا تسري في حقه تصرفات إذا كانت لاحقة.

وبالتالي فإن الغير في تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص ، إذ يتلاءم وصفه " مع الغيرية " في هذه الحالة ، فهو شخص يخلف آخر في مال معين بالذات ، وتكون تصرفات السلف نافذة في حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتا وسابقا على هذا التاريخ.²

وعلى أساسه؛ يشترط للاحتجاج بتاريخ الورقة العرفية على الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتا ، فإن لم يكن كذلك تكون الورقة كأنها خاليا من التاريخ بالنسبة إلى الغير³، وهذا ما نص عليه المشرع من خلال الفصل 425 " المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه ، ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا... "، الأمر الذي يحلنا إلى التساؤل عن كيفية ثبوت التاريخ بالنسبة للورقة العرفية لكي تكون دليلا في مواجهة الغير؟

¹ -محمد الكشور، مرجع سابق، ص 21.

² -فيروز بجدادي، مرجع سابق، ص 327.

³ -عبد الرزاق احمد السهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، 1968.ص231.

كيفية ثبوت التاريخ في الورقة العرفية : حدد المشرع وسائل إثبات الورقة تاريخ العرفية من خلال الفصل 425 من ق.ل.ع، بحيث وردت على الشكل التالي:

أ – ثبوت تاريخ الورقة العرفية من يوم تسجيلها في السجل المعد لذلك؛

ب – ثبوت تاريخ الورقة العرفية من يوم إيداعها بين يدي موظف عمومي؛

ج – ثبوت تاريخ الورقة العرفية من يوم الوفاة أو العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدًا أو شاهداً قد توفي أو أصبح عاجزاً عن الكتابة عجزاً بدنياً؛

د – ثبوت تاريخ الورقة العرفية من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك، أو من طرف قاض سواء بالمغرب أو في الخارج؛

هـ – ثبوت تاريخ الورقة العرفية في الحالة التي يكون فيها هذا التاريخ ناتجاً عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة

ز – ثبوت تاريخ الورقة العرفية في الحالة التي يكون فيها هذا التاريخ ناتجاً عن التوقيع

الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

وانطلاقاً مما سبق ذكره؛ نخلص إلى أن حجية المحررات العرفية ما هي إلا حجة نسبية، إذ يكفي إنكار التوقيع من أحد أطراف التعاقد حتى يتوقف مفعولها إلى أن قول القضاء كلمته الفصل بشأنها¹، كما يمكن للخلف العام والخلف الخاص والدائن، وكما هو مستدل من أحكام الفصل 431 من ق.ل.ع السابق ذكره، التصريح بعدم معرفة خط أو توقيع من نسبت إليه الوثيقة حتى تتوقف حجيتها،

¹ -بشرى الفقيه، مرجع سابق، ص116.

الأمر الذي يجعل من المحررات العرفية، عبارة عن عقود تقل فيها الضمانات التي من الممكن أن تحفز المتعاقدين على اللجوء إلى هذه النوعية من العقود، على غرار ما عليه المحررات الرسمية من ضمانات تكاد تجعل من المحرر العرفي مجرد ورقة عادية ولو كانت منظمة بنص القانون، لذلك الأمر يلح على المشرع التخلي عن المحررات العرفية بشكل نهائي و تعميم رسمية العقود في المجال العقاري نظرا لطبيعته الخاصة، مع عدم حرمان فئة المحامين من تحرير العقود الرسمية، إذا كان قانون المهنة نفسه لا يمنع ذلك.

خاتمة:

ختاما نخلص إلى القول؛ انه اذا كان المشرع المغربي قد أشرك -او على الأقل حاول- المحامون في النهضة التشريعية التي تبناها -ولايزال- بمنهج متبصر وبوثيرة مسترسلة في المجال العقاري في افق ضمان الامن و الاستقرار العقاريين، عبر بوابة م 4 من م ح ع وسمح له بتوثيق التصرفات العقارية، لكنه في نفس الوقت سلب منه صلاحية تحريرها بشكلي رسمي، لأن محرر المحامي مجرد محرر عرفي تقل في الضمانات التي يمكن أن تشجع الأطراف المتعاقدة إلى الاقبال على هذا النوع من المحررات لكونه لا يرقى إلى مصاف المحررات الرسمية.

والقول بإلغاء المحررات العرفية وتعويضه بالرسمية فيه مبالغة كبيرة، اذ من الصعب الاستغناء عن المحررات العرفية في ظل ما تمتاز به من سرعة في التحرير وتدن في سعر التكلفة.

هنا تظهر الحاجة، إلى تدخل تشريعي لتحقيق مايلي:

-تبيان ماهية المحررات الثابتة التاريخ و تحديد مفهومها وكذا تحديد طبيعتها القانونية بشكل صريح لتجاوز الغموض الذي يعتري وضعية هذه الوثيقة من الناحية القانونية، مع تحديد التزامات و مسؤوليات المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض تجاه المحررات التي تصدر عنه لرسم حدود اشتغاله شأنه في ذلك شأن العدول والموثق.

-كان من الأولى الإشهاد على توقيعات و تأشيرات المتعاقدين لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية، دونا عن توقيع المحامي محرر للعقد، والاكتفاء بتوقيع المحامي ووضع ذلك تحت مسؤوليته، في حالة ما إذا حرر العقد وهو غير مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

-إلغاء شرط الأقدمية بالنسبة للمحامي أسوة بالموثقين و العدول لتحرير جل العقود العقارية بدون استثناء.

-إلغاء التعريف بإمضاء المحامي لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية، على اعتبار أن الأمر يمارس نوعاً من الحجر على المحامي، أو على الأقل تعويض أمر التعريف بإمضاء المحامي إلى نقيب الهيئة .

-إحداث سجل وطني خاص بتحرير العقود من طرف المحامين يوضع تحت إشراف نقيب الهيئة الذي يشرف على تصحيح إمضاءات المحامي وطرفي العقد.

لائحة المراجع:

المؤلفات:

- الشريقي الحراث: " دور كتابة الضبط في القضايا العقارية"، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى 2014.
- عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني، الجزء الرابع، إثبات الالتزام"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة 2020.
- عبد الرزاق اصبيحي: "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، مطبعة الأمنية-الرباط، 2009.
- محمد بلهاشي التسولي: "المحامي و تحرير العقود"، المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، سنة 2006 .
- ادريس الفاخوري: "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39-08"، دار نشر المعرفة، الرباط، 2013،
- إدريس العبدلوي: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، الطبعة الأولى، د ذ ن، السنة 1977 -الحسين بلحساني: "الموجز في العقود الخاصة"، دون ذ ن، دون ذ ط، سنة 2014-2015
- عبد الرزاق احمد السهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، اثار الالتزام"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، 1968.
- عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزام الكتاب الأول، نظرية العقد"، الطبعة 4، دار الأمان، لسنة 2014
- عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، الطبعة 9، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، سنة 2019.
- عبد الكريم شهبون: "الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08"، دار السلام، الرباط، سنة 2018 .
- فيروز بجدادي: "تاريخ العقد"، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر، الطبعة الأولى لسنة 2022.

-مجيدة الزباني: "مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس والابعاد"، الطبعة الأولى، مطبعة الكرامة، الرباط سنة 2014.

-محمد ابن معجوز: "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، سنة 2008.

البحوث الجامعية:

-زهيرة فونتير: "منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهي والحماية القضائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2014-2015.

-بشرى الفقيه: "المعاملات العقارية وإشكالية توثيقها بالمغرب"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر العقار والتنمية، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-، طنجة، السنة الجامعية 2012-2013.

-ريحان اليازي: "تحرير المحامي للتصرفات العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر القانون العقاري والحقوق العينية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2018/2019.

-حذيفة الشعرة: "الغبر عن العقد في التشريع المغربي"، دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود و القانون العقاري"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2017-2018.

-صلاح الدين بوجدر: "تحرير المحامي للعقود العقارية ورهان الأمن العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة شعيب الدكالي، لسنة 2021.

المقالات:

- إدريس الفاخوري: "اتجاه المشرع المغربي نحو رسمية التصرفات العقارية"، مجلة فضاء المعرفة القانونية، العدد الثالث، دجنبر 2019.

- إسماعيل الرضوع: "إثبات الصبغة الوقفية على ضوء العمل القضائي في القانون المغربي"، مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية، العدد 3، سبتمبر 2021.

- محمد انميبي: " نموذج عقد محرر من طرف محام"، مجلة المحامي ، العدد 74 ، يناير لسنة 2020 .

- نجيم أهتوت: " توثيق التصرفات العقارية ودورها في تحقيق الأمن العقاري"، مجلة المنبر القانوني، العدد 7 ، سنة 2015.

-عبد الهادي نجار: "المحرر الثابت التاريخ في القوانين العقارية الجديدة"، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 56، لسنة 2017،

-عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات العقارية في محررات رسمية على ضوء مستجدات القانون 39.08 ، مجلة القسطاس ، عدد مزدوج 8 و 9 دجنبر 2015.

-عمر الاسكرمي: " دور المحامي في تحرير العقود- قراءة في المادة 12 من قانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية"، المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاوله، العدد5، ماي 2004.

-محمد الكشبور: " ثبوت التاريخ الوثيقة العرفية في التشريع المغربي"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون. ع21، سنة 1994.

-مولاي اسماعيل الأخوان: " دور المحامي في توثيق التصرفات العقارية"، مجلة المحامي، العدد 74 يناير 2020.

-نادية يونسى: " الشكلية في التصرفات العقارية على ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، مجلة القانون المدني الاقتصادي والمقارن، العدد 1، السنة 2020 .

الندوات:

عبد الرحيم حزيكر: " توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية و الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري"، الندوة الوطنية المنظمة من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية و محكمة النقض في موضوع الأمن العقاري المنظمة يومي 29 و 30 ماي 2015 بقصر المؤتمرات مراكش، دفاتر محكمة النقض، العدد 26 مطبعة الأمنية، الرباط، 2015.

-محمد الشيلح: " قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك عقار في ضوء القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار"، أشغال الندوة العلمية

توثيق المحامي للتصرفات العقارية: الحدود والنطاق ذة/د.حكيمة مؤذن

الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية العقارية بكلية الحقوق

مراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 23

، الطبعة الثانية 2010 .

**المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية: شكليّة انعقاد
وشكليّة تمام ونفاذ: قراءة في قرار محكمة النقض عدد: 40
الصادر بتاريخ 2023/01/12، ملف مدني عدد 5819/1/9/2022**

ذ/د. عمر أزوكار
محام بالداخلة وادي الذهب

تناولت محكمة النقض الجواب على سؤال جوهري وأساسي بعد أكثر من عقد من الممارسة القضائية التي لا تستقيم وموقفها، إذ اعتبرت أن عقد التفويت الوارد على حق عيني عقاري عقد يتضمن التزامات صحيحة وملزمة مما تصلح معها مؤيدا قانونيا لإجبار الملتزم بالالتزام العقدي المضمن في المحرر العرفي من إجباره على تنفيذ الالتزام وذلك بإبرام العقد في شكل المحرر الرسمي أو العرفي الثابت التاريخ المحرر من طرف المهني المقبول لدى محكمة النقض.

وتتلخص وقائع القضية في التزام مالك لعقار أن يفوت جزءا منه إلى المتعاقد معه، وتوصل منه بالمقابل، وحرر معه عقدا عرفيا مصحح الإمضاء في زمن كانت مدونة الحقوق العينية سارية التطبيق. ولما بادر المفوت إليه بعقد الشراكة إلى مطالبة المالك للعقار بالحصّة المفوتة إليه قضاء بعد أن أنكر عليه الحق فيها، دفع المفوت بمخالفة العقد العرفي لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، مما يجعل الالتزام باطلا بصريح النص.

ولما استفدت الإجراءات المختلفة في القضية قضت المحكمة الابتدائية بالحكم على الملتزم بالتفويت بمقتضى العقد العرفي بعد صدور مدونة الحقوق

العينية بإبرام العقد وفقا للشكل المتطلب في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ليتمكن المفوت إليه من نقل الملكية العقارية اليه، وفقا لما هو مقرر في القانون، ومما جاء في تعليل محكمة النقض ما يلي:

"حيث عملا بالفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود فإن الالتزامات المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى تنشئتها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون وعملا بالفصل 231 من نفس الظهير، فكل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته وعملا بالقاعدة الفقهية أنه من سعى إلى نقض ما أبرمه بيه فسعيه مردود عليه، والثابت من الوثائق المعروضة أمام محكمة الموضوع وخاصة عقد الشراكة الذي تضمن أن أطراف النزاع شركاء سوية بينهم في جميع المستودع بهوائه، وأن العقد المذكور يكون ملزما لطرفيه ويتعين تنفيذه بالصياغة التي يفرضها القانون في نقل الملكية، والمحكمة المصدرة القرار المطعون فيه لما أبدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من إلزام الطالب وفق مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية باعتبار عقد الشراكة تصرف يهدف إلى نقل الملكية تكون قد اعتبرت أن الطالب ملزم بتنفيذ ما التزم بهلا وأن التنفيذ لا يكون ناقلا للملكية إلا بإبرامه وفق الشكل المحدد قانونا، فضلا عن أن الطالب لا يمكنه التذرع بالمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية بالنسبة لتصرف أبرمه بنفسه، مما يكون القرار المطعون فيه معللا تعليلا سليما ولم يخرق أي مقتضى، رفض الطلب."

وعليه فيستفاد من قرار محكمة النقض :

1- أن الالتزام المنصب على حق عيني عقاري موجود وصحيح وقائم بمجرد أن

ينصب في محرر مكتوب: و يكون الملتزم به مجبر على تنفيذه و القيام بما يلزم عرفا

وقانونا و بالنظر إلى طبيعة الالتزام لتحقيق الغاية من موضوع العقد، بالتراضي او عن طريق سلطة الجبر و الاكراه المملوكة للدولة.

2- القراءة الأولى لقرار محكمة النقض موضوع التعليق الحالي و تتمثل في أن موضوع الالتزام المنصب في المحرر العرفي؛ إذ لا يعدو إلا أن يكون التزاما شخصيا بموجبه يلتزم الملتزم بنقل الحق العيني إلى المفوت اليه، مما يبقى هذا العقد خرج نطاق المادة الرابعة لان التزام بالتفويت و ليس بتفوت لوجود المانع من قيام الالتزام به، مما يكون هذا الالتزام الشخصي كاف باللجوء إلى القضاء لحمل الملتزم بتنفيذ التزامه الشخصي بالقيام بما هو مقرر قانونا و عرفا وطبيعة للالتزام لتحقيق محل التعاقد، و هذا الانجاه ما سار عليه قضاء محكمة النقض في قراراته، و لم نعرف لهذه القاعدة إلى كتابة هذا التعليق من عدول في موقف محكمة القانون.

3- القراءة الثانية لقرار محكمة النقض موضوع التعليق الحالي تكمن في أن المادة الرابعة من مدونة الحقوق تحتوي شكلية الكتابة كشرط انعقاد من جهة، و بين شكلي الكتابة المحددة في الشكل الرسمي أو الشكل العرفي الثابت التاريخ، مما يجعل في الكتابة أساسا شكلية انعقاد من حيث وجوب أن ينصب الإرادة في الشكل المكتوب ليقوم الالتزام وجودا و قياما وصحة، و بين شكلي الكتابة / المحرر الرسمي او العرفي الثابت التاريخ المحرر من طرف المهني المقبول لدى محكمة النقض و هما شكلي نفاذ و تمام التصرف، و يجبر على الملتزم التنفيذ لأنه ما تدخل في موضوع الالتزام و الغاية المقررة له. و سواء تمت مقارنة القراءة الأولى او الثانية فإن النتيجة الذي خلص إليها القرار سواء، و سوف نبني هذا التعليق على القراءة الثانية.

4- أن الكتابة بدون وصف لاحق بها، شكلية قيام الالتزام بتفوت الحق العيني العقاري متطلب تحققه وقت إبرام التعاقد، إذ بتخلف الكتابة ينعدم الالتزام، وبتحققه يكون الالتزام قائما وواجب التنفيذ جبرا. إذ يجبر الملتزم على القيام بما يلزم من أجل إقرار الانوار الحق العيني العقاري للملتزم له في العقد العرفي.

5- أن الكتابة العرفية وإن تحققت لوحدها يكون الالتزام قائما وصحيحا ومنتجا لآثاره، مما لا مجال للاحتجاج بالبطلان المقرر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لاعتبار الالتزام غير موجود وفي حكم العدم.

6- أن مخالفة العقد العرفي للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لا يجعل ركن الكتابة متخلفا في أساسه، ومانع من قيام الالتزام أصلا الموجب للإلزام من جانب القائل به.

7- أن مخالفة العقد العرفي لشكلي الكتابة المقررة للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لا يعني تخلف الكتابة التي تعتبر شكل انعقاد للالتزام المضمنة فيه، ولا تجرد هذا الالتزام من قيامه ووجوده وقوته الملزمة للملتزم به، ولا إجبار الملتزم بإبرام العقد وفق الشكل المقرر في المادة الرابعة.

8- أن الكتابة العرفية منشأة للالتزام الموجب للتنفيذ جبرا، وإعمال العقد العرفي لإقرار القوة الملزمة بين أطرافه، ولولم يأخذ احد الشكليين المقررة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، من المحرر الرسمي أو المحرر العرفي الثابت التاريخ المحرر من طرف المهني.

9- أن المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية تتضمن ركن انعقاد التصرفات الواردة على الحق العيني العقاري من جهة أولى، ومن جهة ثانية قاعدة تنظم أوصاف وشكل الكتابة المتطلبة في هذه الأخيرة لتنتج آثارها النهائية بين أطرافها وفي مواجهة

الأغيار، مما تكفي معه الكتابة لوحدها في قيام الالتزام وإجبار الملتزم به بتنفيذ محله جبرا ولا يمكن التحلل منه بدعوى انه مخالف للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، إنما إجبار الملتزم بإبرام العقد وفق الشكل المقرر في المادة الرابعة. 10- وجوب التمييز بين آثار العقد العرفي المنصب على حق عيني عقاري من جهة بين أطرافه من جهة، حيث الالتزام نافذ وواجب التنفيذ جبرا في حالة المناعة بالحكم على الملتزم بالتفويت بإبرام العقد في الشكل المتطلب قانونا أي في الشكل الرسمي أو في محرر ثابت التاريخ المحرر من طرف المهني المقبول لدى محكمة النقض، و بين آثار العقد العرفي هاته في مواجهة غير أطراف العقد حيث لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة المحافظة على الأملاك العقارية من أجل إجراء التقييد المباشر في الرسم العقاري أو إيداعه في مطلب التحفيظ، أو اعتبار مؤيدا لتقديم الخلاصة الإصلاحية ولا الاعتداد به مدخلا للملك من طرف العدل أو المهني المقبول لدى محكمة النقض ما لم يبرم في الشكل المقرر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

11- أن الغاية المقررة من اشتراط شكلين محددين للكتابة المتعلقة بالتصرفات التي ترد على العقار، حماية المالك للعقار من خروج الملك من ذمته المالية بمجرد الاستدلال والاحتجاج بالعقد العرفي، خاصة وان هذه الصنف من العقود أبانت عن عدم كفالتها في حماية الحقوق العقارية لأصحابها و ضياع الحقوق و لو بعد المناعة فيها إما بالاحتجاج بقاعدة التطهير إن استعملت في مسطرة التحفيظ أو بقاعدة المقيد حسن النية اذا تعلق الأمر بالتقييدات العقارية دون الأحوال الأخرى، مما اتجهت معه إرادة التشريع أن لا يخرج الملك من وعاء صاحبه إلا بواحد الشكلين المقرر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أو بحكم القضاء بعد إقامة البيئة على وجود الالتزام و إجبار الملتزم به على إبرام العقد وفق الشكل

المتطلب قانونا، بعد ان يتحقق من وجود الالتزام تحت طائلة اعتبار الحكم القضائي عقدا موافقا للمادة الرابعة و الأمر بتقييده في الرسم العقاري او الحكم باستحقاقه من الملزم به.

12- أن الغاية المقررة من المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ليس تمكين الملزم في العقد العرفي من التحلل من التزامه من خلال الدفع بالبطلان لعدم نشوء الالتزام وتجريده من أي أثر ملزم، وإنما مفهوم البطلان حمائي ونسي مقرر لمصلحة مفوت الحق العيني العقاري وبالتالي فهو بطلان نسي: إذ سبق لمحكمة النقض أن رد تمسك الغير بالمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية و اعتبره مقرر لمصلحة المالك العيني، وأن كنا نميل إلى اعتبار عدم دقة المفهوم المستعمل من طرف الشرع لان النهاية المتوخاة عدم الاحتجاج بالعقد المخالف للمادة الرابعة في مواجهة الأغيار، و بالتالي فإن الدفع لا يمكن و لا يتصور ان يتمسك به من تقرر في مصلحته لتجريد العقد العرفي من قيمته الملزمة، وإنما التزام قانوني قرره المشرع لفائدة صاحب الحق العيني في ذمة الأغيار و عدم أحقيتهم بالاحتجاج بحق عقاري نشأ لهم بناء على عقد عرفي مخالف للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

13- أن قيام الالتزام صحيحا بتضمينه في العقد العرفي الوارد على حق عيني عقاري، لا يمكن التحلل منه بدعوى مخالفته لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لكون الالتزام الصحيح لا يمكن إلغاؤه إلا بموافقة أطرافه، ولا تشكل المادة الرابعة من الحالات القانونية لإلغاء الالتزامات الواردة في العقد العرفي.

14- أن أساس الحكم على الملزم بإبرام التصرف بالشكل المتطلب قانونا في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية كون الملزم ملزم ليس فقط بما وقع

التصريح به في العقد / الشركة في العقار، و إنما يقع عليه بموجب الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود الالتزام بملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف، و ما الشكل المقرر في المادة الرابعة الا من ملحقات الالتزام التي تقع على الملتزم بالتفويت و التي قررها القانون صراحة في المادة الرابعة متى انصب الالتزام نهاية على نقل الحق العيني العقاري أو إقرار أو انقضائه، و من جهة أخرى فإن طبيعة الالتزام متوقف على إجراءات التقييد في الرسم العقاري أو الإيداع في مطلب التحفيظ مما يكون طبيعة الالتزام تقتضي تنفيذ ما يقتضيه طبيعة الحق العيني العقاري من إجراءات لتحقيق الغاية منه.

15- ولقد سطر قرار محكمة النقض في مؤيد إجبار الملتزم في العقد العرفي على إبرام العقد وفق الشكل المقرر قانوناً، على رد الدفع بالبطلان المشار اليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية رغم عدم دقة الجزاء، و أراد أن يخضعه لأحكام البطلان المطلق الذي يجيز للكافة التمسك به و لو تعلق الأمر بأطراف التعاقد انفسهم، على قاعدة أخلاقية ذات المرجعية التشريعية والتي مفادها أن الأصل تنفيذ الالتزامات بحسن النية؛ إذ لا يستساع أن يتحلل المرء من من التزامه بنفسه من غير الأحوال المقررة له قانوناً، و هذا ما ردته محكمة النقض بالاستناد على القاعدة الأصولية التي تقضي أن من سعى إلى نقض ما أبرمه بيده، فسعيه مردود، مما يجبر معه على تنفيذ التزامه.

16- من الخطأ الاعتقاد أن محكمة النقض قد خالفت مقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية بقدر ما أجبرت الملتزم على التقييد بأحكامها، ورفض أن تكون قراءة المادة مخالفة للغاية المقررة لها، وسيلة من التحلل من الالتزام والتراجع عنها بدل أعمال العقد الذود على الوفاء بالعقود.

17- وتتعدد زوايا مناقشة هذا القرار الرصيد تعليلا، والمتين تأصيلا، والبين حكما: ومنها أن قيام الالتزام المضمن في العقد العرفي واستحالة تنفيذه لمبرر قانوني و لوجود مانع من الموانع القانونية، حق للمستفيد منه المطالبة بالتعويض في حين ان العقد الباطل لا يفتح مجالا للتعويض و إنما استرداد ما دفع من غير حق طبقا للمقررات في قانون الالتزامات و العقود.

18- ويطرح من جهة أخيرة تاريخ خروج الملك من ذمة الملتزم في العقد العرفي هل من تاريخ العقد العرفي او من تاريخ إتمام شكلية تمام المقررة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ومدى مواجهة الدائن الحاجز للملتزم بالتفويت. لقد تقاعس من خط هذا التعليق بيمينه التعليق عن فقه القضاء المضمن في القرارات القضائية إلى درجة ان هجره تقنية التعليق والياته ناهيك عن ما يلاحظ من ضعف -بفتح العين- في الرصيد القانوني للتعبير والتحليل وكان القانون بالنسبة لرجل القانون كالحافظ للشيء حفظا، وإن تغافل عنه وانفض، ذهب من غير استئذان، و نسأل الله لنا ولكم حسن الخاتمة.

دور المحرر الثابت التاريخ في تعزيز الأمن العقاري

ذ/د. محمد لشقار

أستاذ باحث، بكلية الحقوق - أكادير، جامعة ابن زهر

نظم المشرع المغربي عقد البيع في الفصول من 478 إلى 618 من ق.ل.ع، وجعله كأصل عام عقدا رضائيا، يقوم حسب الفصل 488 من ق.ل.ع. بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، والاتفاق على المبيع والتمن، وسائر شروط العقد الأخرى، غير أنه استثنى البيوع العقارية من هذه القاعدة وجعلها بحكم الفصل 489 من ذات القانون عقودا شكلية يجب تحريرها في محرر ثابت التاريخ، كلما كان محلها عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا، وهو

الفصل الذي أثار نقاشاً مستفيضاً فقها وقضاء حول طبيعة الكتابة المنصوص عليها في هذا الفصل هل هي شكلية للإثبات¹ أم للانعقاد²؟

¹ يرى أنصار هذا الاتجاه بأن عقد البيع العقاري كغيره من العقود عقدا رضائيا، ويبررون الطبيعة الأمرة للفصل 489 المذكور باعتبار الكتابة هي السبيل الوحيد لإثبات البيوع العقارية، كما أن شرط الكتابة لا يعدو في نظرهم سوى ضمانه وحماية لرضائية العقود ولإستقرار المعاملات العقارية. ومن الفقه المقارن من أيد هذا الرأي على اعتبار أن عقد البيع وإن كان يغلب فيه التدوين في محرر، فإن ذلك لا يكون إلا لإثبات التعاقد لا لإبرامه، أي أن المحرر يعتبر أداة إثبات فقط لا إجراء شكليا لازما لانعقاد العقد.

ويجد هذا الرأي ما يبرره في العمل القضائي المغربي الكثير من القرارات والأحكام من أهمها: القرار عدد 1650، م.م.ع. 3940، الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1990/07/25 والقرار عدد 109، ملف 12/2000/7205، الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2001/07/10 والحكم رقم 138، ملف مدني رقم 03/1/168، الصادر عن المحكمة الابتدائية لقصبة تادلة بتاريخ 2007/04/26. ومن العمل القضائي المقارن الذي أخذ برضائية عقد البيع العقاري نجد: القرار التعقيبي المدني عدد 6598، الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1982/11/24 والقرار التعقيبي المدني عدد 9291، الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1974/07/09. لمزيد من التفصيل يُنظر:

- سيدي عبد العزيز كيان «حماية المستهلك في بيع العقار في طور الانجاز- قراءة في مضامين قانون 44.00» رسالة لنيل د.د.ع.م. في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس: 2006/2005، ص. 12.
- محمد مترعم «عقد بيع العقار وصناعة التوثيق في المغرب» رسالة لنيل د.د.ع.م. في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض بمراكش، 2000/1999، ص. 46.
- عبد الرحيم بلعكيد «وثيقة البيع بين النظر والعمل» مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثالثة: 2001م/1422هـ، ص. 19.
- نور الدين الجازولي «بيع العقار المحفظ بين الرضائية والشكل» مجلة المحامي، العدد: 17، ص. 25.
- عبد الرحمان اللمتوني «النظام القانوني لبيع العقار بالمغرب» مداخلة في ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، التي نظمها المجلس الأعلى بالقاعة الكبرى لولاية الشاوية ورديغة يومي 27/26 أبريل 2007، مطبعة الأمنية بالرباط، نشر جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، ص. 352.

² يتشبه أصحاب هذا الرأي بحرفية الفصل 489 من ق.ل.ع معتبرين الكتابة المنصوص عليها في الفصل المذكور شكلية لانعقاد لا يقوم عقد البيع العقاري إلا بقيامها، مبررين ذلك بوضوح دلالتة التي لا

غير أن المشرع المغربي سرعان ما أبان عن رغبته الجادة في الأخذ بمبدأ تعميم رسمية العقود التي طالما نادى بها فقهاء القانون الوضعي، ذلك أن توثيق التصرفات العقارية بصفة عامة قد أضحى ينحو نحو الرسمية سيما بعد صدور مجموعة من القوانين العقارية الحديثة،¹ التي عمل من خلالها على تكريس الكتابة كشرط لانعقاد البيع الوارد على العقار تحت طائلة البطلان.

تحتل في نظرهم أي تفسير آخر إلا من باب التعسف. بل إن هناك من أنصار هذا الاتجاه من يرى بضرورة تعميم إلزامية شكلية الكتابة سواء تعلق الأمر بالعقار المحفظ أو غير المحفظ. وهو الرأي الذي تبناه القضاء المغربي في أكثر من حكم منها:

- القرار عدد 433، الملف المدني 66415، الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1978/12/14.

=

- القرار عدد 1650، الملف المدني 3940، الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1990/07/25.

لمزيد من التفصيل يُنظر:

- محمد الكشور «بيع العقار بين الرضائية والشكل» سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 1997، ص. 63.

- رضوان مفتاح «قراءة لمفهوم الكتابة والتسجيل من خلال الفصل 489 من ق.ل.ع» مجلة البحوث، العدد السابع 2007، ص. 177 وما بعدها.

- عبد الرحمان اللمتوني «النظام القانوني لبيع العقار بالمغرب» م. س، ص: 351 وما بعدها.

- محمد وفلوسن «النظام القانوني للتسجيل العقاري- عقد البيع نموذجاً» رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، طنجة 2008/2009، ص: 20.

¹ من جملة هذه القوانين:

- القانون رقم 90.25 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 بتاريخ 15 ذي الحجة 1412 هـ الموافق لـ 1992/06/17، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4159، الصادر بتاريخ 1992/07/15، ص. 880.

- القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.298 بتاريخ 25 رجب 1423 هـ الموافق لـ 2002/10/03، الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادر بتاريخ 02 رمضان 1423 (2002/11/07)، ص. 3175.

- القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 107.12 المتتم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 هـ (1913/08/12) بمثابة ق. ل.

وإذا كانت قراءة فصول ومواد هذه القوانين؛ توحى من الوهلة الأولى بتوجه المشرع المغربي نحو تكريس الكتابة كشرط لقيام عقد البيع العقاري بغض النظر عن طبيعة العقار ما إذا كان محفظاً أم غير محفظ، فإن ذلك لم يكن محض صدفة. بل غاية في ربط العقود العقارية بمجموعة من الأنظمة التوثيقية؛ لما تكتسبه من أهمية في حماية المشتري؛ ولما تتمتع به من كفاءة قانونية وتجربة مهنية كفيلتين بصيانة الحقوق وضمان استقرار المعاملات وتعزيز الأمن العقاري.

ومن ثم، فإن الإشكالية العلمية لهذه الورقة تتمحور حول السؤال الآتي: ما هو المحرر الثابت التاريخ؟ وما دوره في تعزيز الأمن العقاري؟ وهل كان المشرع المغربي موفقاً في تكريس المحرر الثابت التاريخ كآلية من آليات تعزيز الأمن العقاري أم لا؟ إن الجواب على هذه الإشكالية يقتضي مناقشة موضوع هذه الورقة من خلال بعدين: الأول يتمثل في تحديد المشرع المغربي الجهات المخول لها تحرير العقود العقارية ثابتة التاريخ (المحور الأول)، والآخر يتجلى في إلزامية التصديق على إمضاءات أطراف العقد ثابت التاريخ والجهة المحررة له (المحور الثانية).

المحور الأول: ضمانات المحرر ثابت التاريخ من حيث الجهة المحررة له

ع. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)،
الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 09 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.
- القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم
1.03.202 بتاريخ 16 رمضان 1424 هـ الموافق لـ 11 نونبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 5172 ليوم
الخميس 25 دجنبر 2003، ص. 4375.
- القانون رقم 39.08 المتعلق م.ح.ع. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 ذي
الحجة 1432 هـ الموافق لـ 2011/11/22، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 27 ذي
الحجة 1432 هـ الموافق لـ 2011/11/24، ص. 5587.

اشترط المشرع المغربي في محرري العقود الثابتة التاريخ مجموعة من الشروط من أهمها امتحان المحرر مهنة قانونية منظمة قانونا، وتخويل القانون المنظم للمهنة صاحب المهنة إمكانية تحرير العقود.¹

وبذلك يكون المشرع المغربي قد استثنى فئات عريضة من تحرير العقود ثابتة التاريخ، الذين لا تتوفر فيهم شروط التكوين والخبرة لتحرير هذا النوع من العقود.²

¹ وفي هذا يقول محمد الشليح إن الشرط الأول يفتح علب الأقلام وينشر الورق بين أيدي كثيرة من المهنيين لكتابة المحرر الثابت التاريخ، كالمحامي والوكيل العدلي ووكيل الأعمال والمستشار القانوني والسمسار والخبير القضائي والترجمان المقبول لدى المحاكم والعون القضائي وال كاتب المحلف بمكتبه والنساخ. بل يمكن إضافة أمين الحرفة وال كاتب المشهور جدا لدى العامة، أساسا ككاتب عمومي.

أما الشرط الثاني فيخرج الكثير ممن ذكروا قبله من جنة المقبولين لكتابة المحرر الثابت التاريخ، لأن منهم وإن كانت منظمة إلا أن قوانينها لا تسمح بإمكانية تحرير العقود.

- محمد الشليح «قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك الربع المبني لغرض السكنى في ضوء القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار» مداخلة في أشغال ندوة توثيق التصرفات العقارية، التي نظمتها مركز الدراسات القانونية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005، المطبوعة والوراقة الوطنية بمراكش، طبعة 2005، ص. 131.

² من هذه الفئات نجد مهنة الكتاب العموميون التي لا تخضع لأي تنظيم قانوني ولا يؤثر عملها أي مقتضى قانوني، ويكفي فقط الحصول على تصريح من السلطات المحلية لفتح مكتب للكتابة العمومية. وإذا كان بعض الدارسين ينوه بالفائدة التي يقدمها هؤلاء للمتعاقدين، مطالبين وزارة العدل بالتدخل لتنظيم هذه المهنة وإصدار قانون يحدد الشروط الواجب توافرها في الكاتب العمومي واختصاصاته، مع إعادة تأهيله وتكوينه التكوين اللازم لتحرير مثل هذه العقود.

- عمر بكاري «الإشهاد على صحة توقيعات ونسخ الرسوم العرفية الواردة على البيوعات العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي» مجلة محاكمة، العدد الرابع، أبريل- يونيو 2008، ص. 100.

- محمد الخضراوي «إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية - قراءة في قانون 44.00» مجلة البحوث، العدد السابع 2007، ص. 122.

فإن هناك من حملهم مسؤولية التسبب والفوضى التي يعرفها ميدان تحرير العقود، وجعل من مهنتهم حقلًا خصبا للتلاعب والنصب والاحتيال، مبررا ذلك بافتقارهم للخبرة والمعرفة الكافيتين بقواعد التوثيق، والإحاطة بالقوانين الجاري بها العمل.

وعليه، فإن الجهات التي خصها المشرع المغربي بتحرير العقود الثابتة التاريخ على صنفين، فهي إما جهات مقيدة بحكم القانون في اللائحة السنوية للمهنيين المقبولين لتحرير العقود (أولا)، أو جهات مقيدة باللائحة بناء على شروط محددة قانونا (ثانيا).

أولا: المحررون المقيدون باللائحة بحكم القانون

نصت الفقرة الثالثة لكل من الفصل 618-3 من ق.ل.ع، والمادة الرابعة من القانون 51.00، والمادة 12 من القانون رقم 18.00 على أنه «يقيّد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 162.93.1 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 هـ الموافق 10 شتنبر 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة»، وبقراءة هذه المواد يتضح أن المشرع المغربي أكد في أكثر من مرة على أن الأشخاص المخول لهم تحرير العقود العقارية، الذين تم قيدهم بقوة القانون باللائحة السنوية للمهنيين المقبولين لتحرير العقود ثابتة التاريخ، هم المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض.

- محمد خيرى «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» أشغال ندوة العقار والإسكان المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش وبلدية المنارة جليز يوم 2003/04/24، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 20، منشورات كلية الحقوق التابعة لجامعة القاضي عياض بمراكش، الطبعة الأولى 2003، ص. 133.

- سعيد الوجدي «الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الانجاز» رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، طنجة: 2010، ص. 30.

والراجع أن يتدخل المشرع المغربي وينظم هذه المهنة بشكل يتناسب وتطلعاته نحو رسمية العقود، فيجعلها مهنة منظمة قانونا وتسمح لمن ينتمون إليها بتحرير العقود الثابتة التاريخ، لما في هذا التدخل من تأهيل لهذه المهنة وحفظ لقوت يوم ممتنها، ولما فيه كذلك من حفظ لحقوق الأطراف الذين يلجؤون إليها لتحرير عقودهم مستفيدين من تكلفتها المنخفضة، وانتشارها الواسع في كافة أرجاء التراب الوطني سواء في المدن أو القرى والبوادي.

وقد خولت المادة 30 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، المحامي صلاحية تحرير العقود دون قيد أو شرط، إلا أن النصوص المشار إليها سالفًا قد ضيقت في المقابل من نطاقها عندما أوكلت مهمة تحرير عقود العقارية للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض،¹ وهذه الصفة لا يكتسبها طبقًا للمادة 33 من القانون رقم 28.08 المذكور سوى:

- المحامون المقيدون بالجدول منذ خمس عشرة سنة كاملة على الأقل.
 - المحامون الذين سبق أن عملوا كمستشارين أو محامين عامين بصفة نظامية في محكمة النقض.
 - قدماء القضاة، وقدماء أساتذة التعليم العالي المعفون من شهادة الأهلية ومن التمرين، عقب انصرام خمس سنوات من تاريخ تقييدهم في الجدول.
- إلا أن كل فرد من أفراد هذه الفئات وحسب نص المادة 34 من القانون المذكور؛ لا يكتسب صفة المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض إلا بعد قبول تسجيله من قبل مجالس الهيئات في اللائحة الاسمية للمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض التي يفتح باب الترشيح إليها في شهر كتوبر من كل سنة. وبعد توصل الرئيس الأول لمحكمة النقض بالقائمة من طرف نقيب المحامين، تنشر في الجريدة الرسمية.

إلا أن توثيق المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض للعقود ثابتة التاريخ، سيعرف بعض التعثرات خاصة أمام المحافظة العقارية التي علق ت تسجيل

¹ سعيد الوجدي «الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الانجاز» م. س، ص. 31.

هذا النوع من العقود على صدور اللائحة الخاصة بأسماء المهنيين المقبولين لتحريرها.¹

الأمر الذي دفع بالمشرع المغربي إلى إصدار مجموعة من المراسيم² أكد من خلالها على أهلية المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض لتحرير هذا النوع من العقود حالهم في ذلك حال العدول والموثقين ودون حاجة إلى انتظار صدور اللائحة السنوية التي سيحددها وزير العدل.

وهو في اعتقادي عين الصواب، لأن نشر لائحة المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض بالجريدة الرسمية يغني عن قيد أسماء هؤلاء باللائحة السنوية

¹ عبد الحفيظ مشماشي، «بيع العقار في طور الانجاز» مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى: 2012، ص. 76.

- Bouchra NADIR « le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement »

أشغال ندوة الجهوية الخامسة حول « المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى » المنظمة من طرف المجلس الأعلى بالقاعة الكبرى لولاية الشاوية وريغة بالسطات يومي 26-27/04/2007، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2007، ص. 17.

² المرسوم رقم 2.03.852، الصادر بتاريخ 18 ربيع الثاني 1425 هـ الموافق لـ 07/06/2004 بتطبيق أحكام المادة 12 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الجريدة الرسمية عدد 5222، الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1425 هـ الموافق لـ 17/06/2004، ص. 2639.

- المرسوم رقم 2.03.853، الصادر بتاريخ 18 ربيع الثاني 1425 هـ الموافق لـ 07/06/2004 بتطبيق أحكام الفصلين 3-618 و 16-618 من الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 هـ الموافق لـ 12/08/1912 بمثابة ق.ل.ع، الجريدة الرسمية عدد 5222، الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1425 هـ الموافق لـ 17/06/2004، ص. 2640.

- مرسوم رقم 2.04.757 الصادر بتاريخ 14 ذي القعدة 1425 الموافق لـ 27/12/2004، الجريدة الرسمية عدد 5280، الصادر بتاريخ 24 ذي القعدة 1425 هـ الموافق لـ 06/01/2005، ص. 46.

للمهنيين المقبولين لتحرير العقود ثابتة التاريخ، ومن ثم لا داعي للنشر المزدوج لقائمة هذه الفئة.

وعليه، يقتصر اختصاص توثيق العقود ثابتة التاريخ على المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، وبذلك يكون المشرع قد كرس تمييزا بين المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض وغير المقبول لذلك.

وإذا كان هذا الموقف قد أثار حفيظة بعض الدارسين الذين رأوا بعدم منطقية هذا التمييز مبررين رأيهم بشمولية المادة¹ 30 من القانون رقم 28.08² المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، وبعدم استجابة المشرع لمطالب المحامين بخصوص تحرير العقود.³

فإن هناك من يرى بأن حصر المشرع المغربي مهمة تحرير العقود ثابتة التاريخ في المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض له ما يبرره، خاصة إذا كانت مهمة

¹ جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 28.08 «يمارس المحامي مهامه بمجموع تراب المملكة مع مراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة الثالثة والعشرين أعلاه من غير الإدلاء بوكالة. تشمل هذه المهام:

1. ...

6. تحرير العقود، غير أنه يمنع على المحامي الذي حرر العقد أن يمثل أحد طرفيه في حال حدوث نزاع بينهما بسبب هذا العقد...»

² الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 بتاريخ 20 شوال 1429 هـ الموافق لـ 20/10/2008، الجريدة الرسمية عدد 5680 الصادر بتاريخ 07 ذي القعدة 1429 هـ الموافق لـ 06/11/2008، ص. 4044.

³ محمد بلهاشي «مدى استجابة ما ورد بالنصين التشريعيين المتعلقين بنظام الملكية المشتركة وبيع العقار في طور الإنجاز لمطالب المحامين بتوسيع مهامهم» مجلة المحامي، العدد 42، دون ذكر سنة الإصدار، ص. 33.

- فدوى العمري «الضمانات القانونية في بيع العقاري في طور الإنجاز- دراسة مقارنة» رسالة لنيل د.د.ع.م في قانون العقود والعقار بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة: 2004/2005، ص. 40.

التوثيق تتطلب من المحامي تأهيلا خاصا، غير ذلك الذي يرتبط بالترافع والدفاع وإجراءات التحقيق أمام المحاكم، لكون التحرير صناعة تتطلب مجموعة من التقنيات الخاصة التي على الموثق أن يلم بها.¹

وإذا رجحت الرأي الأخير لما تتطلبه مهنة التوثيق من دراية ومعرفة بأصول التوثيق وضوابطه، فإنه على الأجدد بالمشرع المغربي أن يقيد تحرير المحامي للعقود ثابتة التاريخ بشرط مدة الممارسة لا بالتسجيل في قائمة المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.

وعليه، أرى بأن يرخص بتحرير العقود ثابتة التاريخ للمحامين المقيدين بالجدول منذ عشر سنوات، لا أن يكون مقتصرًا فقط على أولئك المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.

كما أن تحرير المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض للعقود ثابتة التاريخ يطرح إشكالية الاختصاص المكاني للمحامي في تلقي هذه العقود، في الوقت الذي يقيد فيه بجدول الهيئة داخل دائرة محكمة الاستئناف، ويمتد عمله ونشاطه المهني إلى كافة التراب الوطني، ويصادق على إمضائه أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

في نظري، وقياسا على الاختصاص المكاني للعدل والموثق في تلقي العقود، يجب على المحامي أن يتلقى تحرير العقود ثابتة التاريخ في دائرة المحكمة الابتدائية التي يمارس بها كقاعدة عامة، وله استثناء تلقي العقود خارج دائرة هذه المحكمة وفي

¹ محمد خيري «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» م. س، ص. 134.

- محمد بلهاشمي التسولي «المحامي وتحرير العقود» المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى: 2006، ص. 48.

حدود الدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف شريطة أن يكون التلقي بمكتبه، لما في ذلك من ضمان لحقوق الأطراف وتسريع في وتيرة إنجاز العقود.

أما القول باختصاص المحامي بتحرير العقود ثابتة التاريخ على الصعيد الوطني أمر مناف للصواب، ويحول دون تحقيق الغاية التي كرسها المشرع من خلال التشريعات العقارية الحديثة، المتمثلة في تسريع المعاملات العقارية وضمان استقرارها.

وإذا كان المحامون المقبولين للترافع أمام محكمة النقض قد خولهم المشرع المغربي توثيق العقود دون انتظار صدور اللائحة السنوية الخاصة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود، مع ضرورة التصديق على إمضاءاتهم أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارسون بدائرتها، فإنني سأحاول الوقوف عند المهنيين الذين يتوقف أمر تحريرهم للعقود ثابتة التاريخ على تقييد أسمائهم في اللائحة السنوية للمهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

ثانيا: المحررون المقيدون باللائحة بناء على شروط

نص الفصل 618-3 من ق.ل.ع، ومن بعده المادة 12 من القانون 18.00 والمادة الرابعة من القانون 51.00 على أن وزير العدل هو المختص بتحديد اللائحة السنوية بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير العقود الثابتة التاريخ، معلقا أمر تحديد شروط التقييد في هذه اللائحة على صدور نص تنظيمي.

وجاء في المراسيم التطبيقية لذات المواد أن تحديد لائحة المهن القانونية والمنظمة، غير مهنة العدول والموثقين والمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، المقبولة لتحرير العقود ثابتة التاريخ، وكذلك شروط تقييد أعضائها في

اللائحة الاسمية المحددة سنويا، يتم بقرار مشترك لوزير العدل ووزير الفلاحة والتنمية القروية والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالإسكان والتعمير. وهي النصوص التي يُنتظر من وزارة العدل أن تقوم بتفعيلها عن طريق تعيين لجنة يعهد إليها بفتح لائحة المرشحين المقبولين لتحرير العقود ثابتة التاريخ، وتحديد شروط الترشيح ووضع المعايير العلمية والمهنية التي سيتم الاعتماد عليها لانتقاء الأشخاص المؤهلين.¹

وفي انتظار تدارك التأخير الحاصل، وصدور اللائحة الاسمية عن وزارة العدل يمكن التمييز ضمن محرري العقود بين من يمتنون هذه المهنة بصورة أصلية وبين من يأخذ بها عن طريق التبعية.

¹ محمد خيري، «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» م. س، ص. 136.

فبصورة أصلية يمتحن تحرير هذه العقود وكلاء الأعمال،¹ والمحامون غير المقبولون للترافع أمام محكمة النقض بعد تسجيلهم باللائحة السنوية.²

¹ تعتبر مهنة وكيل الأعمال مهنة حرة ومنظمة بمقتضى الظهير 1945/01/12، الذي نصت مادته الأولى على أنه «يعتبر وكيلا للأعمال الأشخاص الذاتيون أو المعنويون الآتون الذين يزاولون بصفة اعتيادية مهنة:

- سمسار أو وسيط من أجل بيع العقارات أو الأصول التجارية أو من أجل البحث عن رؤوس الأموال بقصد توظيفها أو الحصول على سلفات مضمونة برهن رسي أو حيازي.
- الأشخاص الذين يقومون بتدبير الأعمال المتعلقة بالغير سواء كان فيها نزاع أو لم يكن وبالخصوص تدبير العقارات والإرثات والأموال.
- الأشخاص الذين يقومون بكراء العقارات والشقق.
- الأشخاص الذين يسعون لتحصيل الديون.
- الأشخاص الذين يتدخلون للقيام بالإجراءات المتعلقة بإيداع براءة الاختراع والعلامات الصناعية والتجارية.

- الأشخاص الذين يقومون اعتياديا - من غير المحامين - بتحرير العقود والقيام بإجراءات تحفيظ الأملاك العقارية، وكذا الأشخاص الذين يمارسون اعتياديا مهنة الاستشارة القانونية والجبائية، ومراقبوا الحسابات والخبرة المحاسبية، والمسح العقاري.»

- عبد الحفيظ مشماش «توثيق التصرفات العقارية في ظل القوانين الخاصة» ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م. س، ص. 397.

- محمد خير «مهنة تحرير العقود بين التنظيم والإطلاق» المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، العدد 25 لسنة 1991، ص. 69.

وتنص المادة الأولى من مسودة القانون رقم 88.12 المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ على أن مهنة وكيل الأعمال تختص بتحرير العقود ثابتة التاريخ بصفتها مهنة حرة، من طرف كل شخص ذاتي يتكلف بتحرير العقود ثابتة التاريخ ما لم ينص قانون على خلاف ذلك.

ويتم حسب المادة 22 من ذات المشروع التصديق على إمضاءات الأطراف من طرف السلطة المختصة بالإشهاد على الإمضاءات، في الوقت الذي يصادق فيه على إمضاء وكيل الأعمال أمام رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

- مشروع القانون رقم 88.12 المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ، منشورات الموقع الإلكتروني لمجلة العلوم القانونية: www.justice.gov.ma، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2013/05/21 على الساعة 23:00.

وبصفة تبعية نجد فئة الخبراء في الشؤون العقارية والشركات العامة التابعة للدولة، التي بدورها تتولى تحرير عقود بيع العقارات التي تنجزها مثل المؤسسات الجهوية للبناء والتجهيز والشركة العامة العقارية، والوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق وغيرها من المتدخلين في مجال انجاز العقارات.¹

ورغم تحرير العقد ثابت التاريخ من قبل من تم ذكرهم آنفا، فإنه يظل مجردا من هذه الصفة إذا لم يتم التصديق على إمضاءات الأطراف والجهة المحررة للعقد من قبل الجهات المختصة بذلك، وهو ما سأحاول الوقوف عنده من خلال العنوان الآتي بعده.

المحور الثاني: ضمانات المحرر ثابت التاريخ من حيث الإشهاد على الإمضاءات
إن وثيقة عقد العقاري المحررة من قبل المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، أو من قبل أحد المهنيين المنتظر صدور أسمائهم باللائحة السنوية للمهنيين المقبولين لتحرير العقود ثابتة التاريخ، لا تكتسب صفة ثبوت التاريخ إلا بالمصادقة على إمضاءات أطرافها والجهة المحررة لها.

فما المقصود بالمصادقة على الإمضاء؟ وما هي الجهات المختصة بذلك؟

أولا: تعريف المصادقة على الإمضاء

² جدير بي أن أتوقف عند المادة 30 من القانون رقم 28.08 التي سمحت للمحامي بتوثيق العقود العرفية بغض النظر عما إذا كان مقبولا للترافع أمام محكمة النقض أم لا.
ومن ثم، فللمحامين غير المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، وبحسب تكوينهم القانوني مطالبة وزير العدل بتسجيلهم باللائحة السنوية للمهنيين المقبولين لتحرير العقود الثابتة التاريخ، على أن يكون التصديق على إمضاءهم أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارسونها بسوة بزملائهم المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.

¹ محمد بن أحمد بونبات «بيع العقار في طور الانجاز - دراسة في ضوء القانون 44.00» المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، طبعة 2004، ص. 112.

لم يعرف المشرع المغربي المصادقة على الإمضاءات، مكتفياً بتنظيمها بمجموعة من النصوص القانونية، من جملتها الظهير الشريف المتعلق بالتصديق على خطوط اليد الصادر بتاريخ 12 رمضان 1333 هـ الموافق لـ 1915/07/25¹، والقانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي²، والقانون رقم 30.89 المتعلق بنظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها³، والمنشور عدد 127 ق.م.م/3 المتعلق بالأشهاد على صحة الإمضاء والإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1995.

هذا، بالإضافة إلى القوانين العقارية الحديثة المشار إلي بعضها في بداية هذه الورقة، التي أكدت جميعها على ضرورة تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود ثابتة التاريخ.

والملاحظ بخصوص القوانين المنظمة للتصديق على الإمضاء، هو اعتمادها مصطلح «تصحيح الإمضاء»، الأمر الذي حدا بثلة من الباحثين إلى رفض هذه التسمية، بعلّة أن الإمضاء غير خاطئ أو مشوب بغلط كي يصحح عن طريق استنفاذ إجراء معين أمام جهة مختصة⁴.

¹ المنشور بالجريدة الرسمية عدد 121 الصادر بتاريخ 11 شوال 1333 هـ الموافق 23 غشت 1915، ص. 277.

² الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 بتاريخ 25 رجب 1423 هـ الموافق لـ 2002/10/03، الجريدة الرسمية عدد 5058، الصادر بتاريخ 16 رمضان 1423 هـ الموافق لـ 2002/11/21، ص. 3468.

³ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 بتاريخ 21 ربيع الثاني 1410 هـ الموافق لـ 1989/11/21، الجريدة الرسمية عدد 4023، الصادر بتاريخ 06 جمادى الأولى 1410 هـ الموافق لـ 1989/12/06، ص. 1573.

⁴ عبد الحفيظ مشماشي «توثيق التصرفات العقارية في ظل القوانين الخاصة» م. س، ص. 405.
- محمد الشليح «قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك الربع المبنى لغرض السكني في ضوء القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار» م. س، ص. 136.

ولا يسعني في هذا الباب إلا القول: إن التسمية الراجحة التي كان على المشرع المغربي أن يأخذ بها؛ هي المصادقة على الإمضاء؛ لما لهذه الأخيرة من دلالة بالغة على تلك الشهادة الصادرة عن الجهات المختصة؛ على أن الإمضاء موضوع هذا الإجراء قد صدر فعلا عن المعني بالأمر وأمامها بدليل توقيعه في سجل خاص يعد لهذه الغاية بعد التأكد من هويته.¹

وبذلك، هي تلك الشهادة التي تدلي بها الجهات المختصة بصحة الإمضاء المثبت على وثيقة معينة،² الذي يفيد في معناه تعبير الشخص المعني بتلك الوثيقة بكيفية صريحة عن إرادته وقبوله لما هو مضمن بالوثيقة التي وقع عليها.³

وتتم عملية المصادقة على الإمضاء؛ بالإشهاد على صحة الإمضاء المتواجد على الوثيقة دون التطرق إلى مضمونها، بشرط عدم مخالفته للنظام العام والأخلاق الحميدة،⁴ وذلك بالتوقيع خطيا على الوثيقة المعنية بالتصديق مع وضع الخاتم الخاص بذلك، وكذا التاريخ بالإضافة إلى عبارة «أطلع على صحة التوقيع»، مع تبيان هوية الأشخاص الراغبين في التصديق على نسبة إمضاءاتهم إليهم.⁵

¹ الحفيظ مشماشي «توثيق التصرفات العقارية في ظل القوانين الخاصة» م. س، ص. 405.

² لمزيد من التفصيل حول كيفية المصادقة على الإمضاء ينظر للدليل الصادر عن المديرية العامة للجماعات المحلية التابعة لوزارة الداخلية المعنون «بدليل حول مسطرة تصحيح الإمضاءات ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها» منشورات مركز التوثيق للجماعات المحلية، سنة 2005، ص. 15.

³ محمد خيري «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» م. س، ص. 138.

⁴ «دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاءات ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها» م. س، ص. 09.

⁵ نفسه، ص. 09، 21.

وعليه، يمكن القول: إن المصادقة على الإمضاء شرط صحة في العقود ثابتة التاريخ، ولأهمية هذا الإجراء في حفظ وصون حقوق المشتري، أناط المشرع المغربي اختصاص القيام به لجهات بعينها دون غيرها.

ثانيا: الجهات المختصة بالمصادقة على الإمضاء

هنا لابد من التمييز بين الجهات المختصة بالمصادقة على الإمضاءات بالنسبة للعقود التي يحررها المحامي، وتلك المختصة بالمصادقة على الإمضاءات المحررة من طرف المحررين المقيدین باللائحة السنوية.

أ. الجهات المختصة بالمصادقة على الإمضاءات بالنسبة للعقود التي يحررها

المحامي

أكد المشرع المغربي في غير ما مرة¹ على أن إضفاء ثبوتية التاريخ على المحرر الذي يوثقه المحامي، لا يكون إلا بالمصادقة على الإمضاءات لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يزاول مهامه ضمن دائرتها،² وهو ما يصعب على كتابة الضبط القيام به بالنظر إلى المهام الكثيرة التي تقوم بها،³ فضلا على أنه يصطدم بنصوص ق.م.م.⁴

¹ جاء في الفقرة السادسة لكل من الفصل 618-3 من ق.ل.ع. والمادة الرابعة من القانون 51.00 والمادة 12 من القانون رقم 18.00 ما يلي: «...يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها...».

² عبد الحق صافي «بيع العقار في طور الانجاز» دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011م/1432هـ، ص. 118.

³ فدوى العماري «الضمانات القانونية في بيع العقاري في طور الإنجاز- دراسة مقارنة» م. س، ص. 41.

⁴ يراجع في ذلك الفصل 53 من ق.م.م الذي جاء فيه «تسلم نسخ مصادقة على مطابقتها للأصل من جميع الأحكام بواسطة كاتب الضبط بمجرد طلبها...»

والفصل 348 من نفس القانون الذي نصه «تسلم كتابة الضبط نسخة مطابقة للأصل من كل قرار بمجرد ما تطلب منها وتضاف نسخة من القرار إلى الملف بمجرد توقيعه».

التي لا تخول كتاب الضبط ممارسة مثل هذا الاختصاص، ويتناقض مع المقتضيات القانونية المنظم للتصديق على الإمضاءات ومطابقة النسخ لأصولها. ومن ثم، لا أحد من رؤساء كتاب الضبط سيقبل بالقيام بمثل هذا الإجراء لخروجه عن دائرة اختصاصه،¹ وهو ما يفسر عدم توفر رؤساء كتابات الضبط على أي معلومة بخصوصه، أو نماذج له مما يعطل العمل بحكم النصوص المذكورة.²

ومما يلاحظ كذلك على المصادقة على الإمضاءات لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، هو الغموض الذي يحوم حول أطراف العقد الذين يجب التصديق على إمضاءاتهم أمام هذه الأخيرة، هل يتعلق الأمر بالتصديق على إمضاء المحامي المحرر للعقد فقط أم يتعداه ليشمل التصديق على توقيعات الأطراف؟ فضلا على عدم تحديد محل التصديق على الإمضاء، هل يقتصر على الإمضاء أم يتعداه إلى مضمون العقد وعناصره التي تم النص عليها في الفصل 618-3 من ق.ل.ع، والمادة السابعة من القانون 51.00؟

جوابا على السؤال الأول يمكن القول: إن سكوت المشرع المغربي عن تحديد الجهات المختصة بالتصديق على إمضاءات أطراف العقد، في الوقت الذي أشار فيه إلى ضرورة التصديق على إمضاء المحامي المحرر للعقد أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، أثار حفيظة الدارسين بين من يرى اختصاص هذه الأخيرة بالتصديق على

¹ محمد خيري «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» م.س، ص. 142.

² محمد بلهاشي التسولي «المحامي وتحرير العقود» م.س، ص. 60.

إمضاءات الأطراف إلى جانب التصديق على إمضاء المحامي،¹ وبين من يذهب خلاف ذلك معتبرا التصديق على إمضاءات أطراف العقد من اختصاص السلطة المختصة بالإشهاد على صحة الإمضاءات ومطابقة النسخ.²

وهو الخلاف الذي تجاوزه المحافظ العام في مذكرته الموجهة إلى المحافظين على الأملاك العقارية، حيث كان تفسيره للمواد الآنف ذكرها بشكل جعل معه التصديق على إمضاء المحامي المحرر للعقد من اختصاص كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، وذلك لأجل التعريف بصفة محرر العقد عن طريق التأكد من توفر الشرط الذي حدده المشرع من عدمه، وهو أن يكون محاميا مقبولا للترافع أمام محكمة النقض.

في الوقت الذي أكد، أي المحافظ العام، على أن التصديق على إمضاءات الأطراف من اختصاص السلطات المختصة³ وليس من اختصاص كتابة ضبط

¹ ومن الذين أخذوا بهذا القول محمد بلهاشي التسولي الذي جاء في قوله: «...يتم تصحيح إمضاءات أطراف العقد ومحرره لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي عمله بدائرتها...» - محمد بلهاشي التسولي «المحامي وتحرير العقود» م. س، ص. 63.

² وفي هذا يقول محمد خيري «إن العقود المحررة من طرف المحامين منهم المقبولين بالمجلس الأعلى أو غير المقبولين والمتعلقة بتصرفات تم اقتناء أو بيع شقق بالملكية المشتركة يجب أن يتم الإشهاد على صحة إمضاءات أطرافها لدى رؤساء المجالس الجماعية وليس لدى كتابة ضبط المحكمة.» - محمد خيري «الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز» م. س، ص. 140.

³ تحدد السلطات المختصة بالإشهاد على الإمضاء في:

- رئيس المجلس الجماعي

- رئيس مجلس المقاطعة ونوابه

- العامل

- السلطات القضائية وأمناء المخازن

- الأعيان الدبلوماسية والقناصل

المحكمة الابتدائية التي تقوم بتصحيح إمضاء المحامي المحرر للعقد دون إمضاءات أطرافه.¹

وقد تبنى المشرع المغربي هذا الطرح عند إصداره القانون رقم 39.08 المتعلق م. ح. ع. حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه «...تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة، ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها».² وهو عين الصواب بالنسبة للتصديق على إمضاءات الأطراف، في الوقت الذي كان بالأحرى على المشرع المغربي أن يسند أمر التصديق على إمضاء المحامي إلى نقيب

- وزير الشؤون الخارجية والتعاون.

- «دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاءات ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها» م. س، ص. 12.

¹ المذكرة رقم 553، الصادرة عن المحافظ العام بتاريخ 2006/03/17، م. س، ص. 385.

Conservateur Général «Recueil des principales circulaires en vigueur 1917- 2010»

A.N.C.F.C.C, Op. p: 423.

² إن جعل المشرع المغربي تصحيح إمضاء المحامي الموثق للعقد من اختصاص كتابة ضبط محكمة الابتدائية أثار الكثير من ردود الفعل لدى بعض المهتمين، الذي رأوا بأن المشرع المغربي مازال حريصا على أن يكون عمل المحامي تحت رقابة القضاء وأنه قاصر لا يستطيع ممارسة عمله بمنأى عن هذه الرقابة، وإلا كيف يمكن تفسير تصحيح إمضاءات المتعاقدين والمحامين لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، وألا يكون هذا التصحيح لدى نقيب الهيئة أو كاتب مجلس الهيئة في كل نقابة.

- محمد بلهاشي «المحامي وتحرير العقود» م. س، ص. 35.

- عسيلا ياسين «المحامي وتوثيق العقود» منشورات موقع العلوم القانونية www.marocdroit.com

تم الإطلاع عليه بتاريخ 2013/01/10 على الساعة 07:16، ص. 01.

هيئة المحامين لعلمه المطلق بدرجة وصفة المحامي، وذلك تماشياً مع ما أخذت به القوانين العربية المقارنة.¹

وجواباً على السؤال الثاني، فإن الجهة المختصة بالتصديق ينحصر اختصاصها في نسبة التوقيع لصاحبه، بحيث لا يمكنه إنكاره بعد المصادقة عليه،² ولا صلاحية لها في فحص العقد الذي يتحمل المحامي مسؤوليته كمحرر له،³ ومن ثم لا تشهد على مضمونه.⁴

ومما تجدر الإشارة إليه؛ هو أن عمل المحامي ونشاطه المهني يمتد إلى كافة التراب الوطني، كما أنه يقيد بجدول الهيئة داخل دائرة محكمة الاستئناف وليس المحكمة الابتدائية كما أقرت بذلك المقتضيات القانونية الأنفة الذكر، وهو ما يثير مجموعة من الإشكاليات بخصوص الاختصاص المكاني للمحامي فيما يتعلق بتحرير العقود ثابتة التاريخ، هل يتحدد بحدود دائرة محكمة الاستئناف التي يزاول بها مهامه أم بحدود دائرة المحكمة الابتدائية التي يصحح بكتابة ضبطها إمضاءه؟ ثم ما هي آثار

¹ أخذ بقاعدة المصادقة على توقيع المحامي من قبل هيئة المحامين كل من القانون المصري للمحاماة، حيث نص في مادته 59 على أن التصديق على إمضاء المحامي من اختصاص النقابة الفرعية المختصة بصفته ودرجة قيده.

والقانون السوري من خلال المادة 51 التي جاء فيها أن التصديق على توقيع المحامي يكون لرئيس فرع النقابة أو من ينتدبه، كما كرس نفس القاعدة المشرع اللبناني من خلال المادة 64 من قانون المحاماة.
² حسن البكري «الأمية وأثرها على الالتزام في التشريع المدني المغربي» مكتبة الرشاد بالسلطات، الطبعة الأولى: 1420هـ/ 2000، ص. 107.

³ محمد بلهاشي «المحامي وتحرير العقود» م. س، ص. 35.

⁴ عمر بكاري «الإشهاد على صحة توقيعات ونسخ الرسوم العرفية الواردة على البيوعات العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي» م. س، ص. 103.

عدم احترام المحامي للقواعد المؤطرة لاختصاصه المكاني على العقد الذي قام بتحريره؟¹

وفي هذا السياق يتضح أن المشرع المغربي قد جانب الصواب عندما جعل التصديق على إمضاء المحامي من اختصاص كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، فالأحرى به أن يجعله من اختصاص هيئة المحامين المقيد بها المحامي محرر العقد، وذلك تخفيفا للضغط الذي تعرفه المحاكم المغربية، وتسريعا لوثيرة الحصول على وثيقة العقد من جهة، ولتوسيع دائرة تلقيه العقود لشمول دائرة الهيئة كافة دائرة محكمة الاستئناف من جهة ثانية.

كما كان على المشرع المغربي أن يفتح باب الاستثناء في تلقي المحامي للعقود كما فعل مع العدول والموثقين، عندما سمح لهم بتلقي الشهادة خارج دائرة اختصاصهم المكاني بشروط، وهو ما كان سيعالج الكثير من الإشكاليات العملية، فمثلا إذا تلقى محامي مسجل بهيئة المحامين بطنجة بمدينة الحسيمة تحرير عقد يخص عقارا بالرباط من شخصين أحدهما يقطن بالدار البيضاء والآخر بشفشاون، فما هي كتابة الضبط المختصة بالتصديق على إمضاء المحامي، إن كان التصديق على توقيعات الأطراف يتم أمام السلطات المحلية أيا كان محلها، فهل هي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بطنجة باعتبارها المحكمة التي يزاول بها المحامي مهامه أم هي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية للحسيمة باعتبارها مكان التلقي أم هي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بالرباط باعتبارها موطن العقار محل العقد أم هي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية للدار البيضاء وشفشاون باعتبارها محكمة موطن الطرفين؟

¹ إدريس فجر «فعالية نظام توثيق التصرفات العقارية بين التوحيد والتنوع» مجلة الأملاك، العدد الثاني 2007، ص. 124.

وبالرجوع إلى المواد السالفة، أجد أن كتابة الضبط المختصة هي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بطنجة، لكونها موطن عمل المحامي المحرر للعقد، وتطبيق هذه القاعدة يجعل المحامي المتلقي للقاعدة أمام خيارين: إما أن يرفض التلقي الذي من شأنه أن يضيع على الأطراف حقوقهم ويفوت عنهم فرصة التعاقد، أو يتلقى الشهادة ويقوم بالتصديق على إمضاءه أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية بطنجة، مما سيكون له الأثر الوخيم على سير المعاملات العقارية والتنمية العقارية لا محالة في وقت تتطلع فيه الأنظمة القانونية المقارنة إلى تسريع المعاملات العقارية بشكل يؤثر إيجابا على نمو اقتصاداتها.

ومن ثم، أقترح أن يكون التصديق على إمضاء المحامي المحرر للعقد من اختصاص هيئة المحامين موطن التلقي لما في ذلك من سرعة في انجاز المعاملات العقارية، ولما فيه من حفظ للحقوق وضمن لها قبل ضياعها.

ب. الجهات المختصة بالمصادقة على الإماءات بالنسبة للعقود التي يحررها المحررون المقيدون باللائحة السنوية.

توحي القراءة الأولية للفصل 618-3 من ق.ل.ع والمادة الرابعة من القانون رقم 51.00 والمادة 12 من القانون 18.00، فضلا على المادة الرابعة من م.ح.ع. بأميرين اثنين:

الأول، ويستفاد من حرفية النصوص السالفة الذكر، التي تفيد أن المشرع المغربي لم يلزم بصفة صريحة موثوق العقود ثابتة التاريخ غير المحامين بالتصديق على إمضاءاتهم وإماءات الأطراف.

الثاني وهو الأرجح، ويتجلى في كون إلزام المشرع المحامي المحرر للعقد ثابت التاريخ بالتصديق على توقيعه وتوقيع الأطراف، يفيد بالقياس ضرورة التصديق على توقيع محرري العقود ثابتة التاريخ من غير المحامين، وتوقيع أطرافها. الأمر الذي يثير التساؤل حول الجهة المختصة بالتصديق على إمضاءات محرري عقود ثابتة التاريخ من غير المحامين؟

جوابا على هذه الإشكالية، وأخذا ببعض المعطيات الراهنة، والمتمثلة في تفصيل المشرع المغربي من خلال المادة الرابعة من م. ح. ع. ما كان مجملا في نظيراتها السابقة عندما أكد على أن الجهة المختصة بالتصديق على إمضاءات الأطراف هي السلطة المحلية.

فضلا على ما جاءت به المادة 22 من مشروع القانون رقم 88.12 الآتي نصها: «...تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطة المختصة، ويتم التعريف بإمضاء وكيل الأعمال المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة ضبط النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية التي يمارس بدائلتها».

وبذلك، وأمام غياب نص يحدد الجهة المختصة بالتوقيع على إمضاءات محرري العقود ثابتة التاريخ وأطرافها، وإلى حين مصادقة البرلمان على مشروع القانون رقم 88.12، يبقى أمر التصديق على الإمضاءات التي يذيل بها هذا النوع من العقود من اختصاص السلطة المحلية سواء تعلق الأمر بالجهة المحررة أو بأطراف العقد.

ومن ثم، فإن تحرير عقد البيع العقاري وفق الشكل القانوني المحدد له، يضيف عليه قيمة ثبوتية حماها المشرع المغربي بمجموعة من الضمانات.

الخاتمة

إن بحث دور المحرر الثابت التاريخ في تعزيز الأمن العقاري بين تعددية التشريع وتنوع إشكالات الواقع، يبين بجلاء ووضوح تمييز المشرع المغربي بين الجهات المخول لها تحرير المحررات الرسمية والجهات المخول لها تحرير المحررات ثابتة التاريخ، التي بدورها تنقسم إلى صنفين: يتعلق الأول بالمحررين المقيدين في اللائحة بحكم القانون، وهم المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض، حيث خولهم المشرع تحرير هذا النوع من العقود دون حاجة إلى انتظار صدور اللائحة السنوية التي سيحددها وزير العدل.

ويتعلق الثاني؛ بالمحررين المقيدين باللائحة بناء على شروط، وهم وكلاء الأعمال والمحامون غير المقبولين للترافع أمام محكمة النقض بعد تسجيلهم باللائحة السنوية وفئة الخبراء في الشؤون العقارية والشركات العامة التابعة للدولة... ولا تقوم المحررات التي يحررها هؤلاء تامة صحيحة، إلا بعد المصادقة على توقيع محرريها وتوقيع الأطراف من قبل الجهات المختصة.

ومن ثم، فإن المشرع المغربي مطالب في إطار موضوع هذه الورقة بما يلي:

- ربط تحرير المحامي للعقود ثابتة التاريخ بشرط مدة الممارسة لا بالتسجيل في قائمة المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.

- ربط تلقى المحامي تحرير العقود ثابتة التاريخ بدائرة المحكمة الابتدائية التي يمارس بها كقاعدة عامة، مع السماح له استثناء بتلقي العقود خارج دائرة هذه المحكمة وفي حدود الدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف شريطة أن يكون التلقي بمكتبه، لما في ذلك من ضمان لحقوق الأطراف وتسريع في وتيرة إنجاز العقود.

- ضرورة أخذ المشرع المغربي بعبارة "المصادقة على الإمضاء" بدل عبارة "تصحيح الإمضاء"؛ لما لها من دلالة بالغة على تلك الشهادة الصادرة عن الجهات المختصة؛

على أن الإمضاء موضوع هذا الإجراء قد صدر فعلا عن المعني بالأمر وأمامها بدليل توقيعه في سجل خاص يعد لهذه الغاية بعد التأكد من هويته.

- ضرورة اسناد أمر التصديق على إمضاء المحامي إلى نقيب هيئة المحامين لعلمه المطلق بدرجة وصفة المحامي، وذلك تماشيا مع ما أخذت به القوانين العربية المقارنة.

- جعل التصديق على إمضاء المحامي المحرر للعقد من اختصاص هيئة المحامين موطن التلقي؛ لما في ذلك من سرعة في إنجاز المعاملات العقارية، ولما فيه من حفظ للحقوق وضمان لها قبل ضياعها.

. منازعات عقود تقويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار

ذ/د. إدريس كركين

أستاذ محاضر مؤهل، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أيت ملول،
جامعة ابن زهر

يسهم الملك الخاص للدولة¹ في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمملكة المغربية، حيث نهجت الدولة خططا واستراتيجيات في سبيل تحقيق ذلك.² وهو ما تجسده مجموعة من القوانين المؤطرة للمجال العقاري عموما، ولأمالك الدولة

¹ - تنقسم أملاك الدولة إلى أملاك عامة تخضع في تنظيمها القانوني إلى ظهير فاتح يوليوز 1914 والظهير المتعلق بالاحتلال المؤقت للملك العام بتاريخ 30 نونبر 1918، وتسهر على تسييرها وتديريها العديد من الإدارات والمؤسسات العمومية، وفي مقدمتها وزارة التجهيز. وإلى أملاك خاصة تنقسم بدورها إلى ملك خاص غابوي منظم بمجموعة من الظهائر والقوانين والمراسيم، أهمها الظهير الشريف الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1917 في حفظ الغابات واستغلالها كما وقع تعديله وتتميمه، ويخضع في تديريه للوكالة الوطنية للمياه والغابات. وإلى ملك خاص عادي تسييره وتديريه مديرية أملاك الدولة التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية. وهو غير منظم قانونا بمدونة خاصة، بل تطبق بشأنه العديد من المقتضيات القانونية المتناثرة في نصوص قانونية مختلفة في المنظومة التشريعية.

² - يشكل الملك الخاص للدولة ثروة مهمة يعبأ من أجل دعم الاستثمار العمومي والاستثمار الخاص، حيث أصبح منذ سنة 2002 - بداية العمل بسياسة التدبير اللامركز للاستثمار، وإنشاء المراكز الجهوية للاستثمار - دعامة أساسية لنمية الاستثمار الخاص والأوراش الكبرى والمخططات القطاعية في مختلف المجالات المنتجة للثروة والشغل. - ينظر في ذلك: التقرير المنجز حول العقار العمومي المعبأ للاستثمار، والمرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2024، متوفر بالموقع الرسمي لوزارة الاقتصاد والمالية:

<https://www.finances.gov.ma>، تاريخ الاطلاع: 2024/01/21.

منازعات عقود تقويت عقارات الدولة المعبئة للاستثمارذ.د. إدريس كركين

بصفة خاصة، وقد أكد هذا الأمر القانون-الإطار رقم 22-03، بمثابة ميثاق الاستثمار، الصادر في 9 ديسمبر 2022¹ في مادته 23: "تسهر الدولة على تسهيل ولوج المستثمرين إلى عقار يمكن تعبئته بسهولة وبأسعار تنافسية.

ولهذه الغاية ستتخذ الدولة التدابير اللازمة قصد تشجيع:

- تهيئة مناطق للأنشطة في مجالات الصناعة واللوجستيك والتجارة والسياحة والخدمات تستجيب لحاجيات المستثمرين، والسهر على تنميتها واستغلالها؛

- تامين القطع الأرضية المخصصة لمشاريع الاستثمار ذات القيمة المضافة والمحدثة لمناصب شغل قارة".

وفي إطار إصلاح المراكز الجهوية للاستثمار ومن أجل تحفيز الاستثمار جهويا والتدبير الجيد للملفات المقدمة في هذا المجال،² تدخل المشرع المغربي فأصدر

¹ - ظهير شريف رقم 1.22.76 صادر في 14 من جمادى الأولى 1444، (9 ديسمبر 2022) بتنفيذ القانون رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار، منشور بالجريدة الرسمية، عدد 7151، بتاريخ 17 من جمادى الأولى 1444، (12 ديسمبر 2022)، ص 7900 وما بعدها.

² - كانت ملفات الاستثمار في المغرب- قبل صدور القانون رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار- تعالج وفقا للرسالة الملكية الصادرة بتاريخ 9 يناير 2002 الموجهة للوزير الأول آنذاك في موضوع التدبير اللامركز للاستثمار الهادفة إلى وضع خطة استراتيجية لدعم الاستثمار، وبموجب هذه الرسالة تم تفويض بعض الاختصاصات لولاية الجهات من أجل تفعيل المساطر الضرورية لإنجاز الاستثمارات في قطاعات: الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والصناعة التقليدية والسكن، والتعليم والتكوين والصحة والطاقة، وفي حدود المبالغ المنصوص عليها في البند

2-3 من هذه الرسالة. وقد استهلته بما يلي: "الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه؛

خديمتنا الأرضى ووزيرنا الاول السيد عبد الرحمان يوسفى؛
أمنك الله ورعاك وعلى طريق الخير سدد خطاك، وبعد؛

فإنك تعلم مدى عزمنا الوثيق وعملنا الدؤوب على إنعاش الاستثمار والنهوض به باعتباره وسيلة فعالة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، مؤكداين في عدة مناسبات على دوره الحيوي كمحفز أساسي للنمو ولا سيما في دعم مشاريع المقاولات الصغرى والمتوسطة في الصناعة التقليدية والسياحة والسكن وفي القطاعات الصناعية ومجالات الصناعات المرتبطة بالإنتاج الفلاحي والمعادن، التي تعد مصدرا لا ينضب معينه لتوفير مناصب الشغل وخلق الثروات، وتشكل محركا قويا للتنمية ولتعزيز الطاقات الإنتاجية وإمكانيات الادخار بالنسبة لشبابنا ولفئات الوسطى التي تتطلع، بكل استحقاق، إلى المزيد من التقدم وتحمل المسؤولية، وتحفيز طاقاتها الخلاقة."

- نص الرسالة الملكية متوفر بالبوابة الوطنية للجماعات الترابية، عنوانها الالكتروني:

<https://www.collectivites-territoriales.gov.ma/ar/discours-et-messages-royaux/ns-alsalt-alsamyt-alty-wjhha-jlalt-almk-aly-alwzyr-alawl-fy-mwdw>

القانون رقم 47-18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار،¹ ثم بعد ذلك صدر المرسوم التطبيقي له تفعيلا لمقتضياته.²

فقد أعيد النظر في هيكله هذه المراكز وفي اختصاصاتها، حيث حولت إلى مؤسسات عمومية تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي يترأسها والي الجهة، وتخضع لوصاية رئيس الحكومة أو السلطة الحكومية المفوضة من لدنه لهذا الغرض، طبقا لمقتضيات المادة الأولى من المرسوم رقم 2.19.67 الصادر في 11 من شعبان 1440 (17 أبريل 2019) بتطبيق القانون رقم 47.18.³

¹ - ظهير شريف رقم 1.19.18 صادر في 7 جمادى الآخرة 1440 (13 فبراير 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار، منشور بالجريدة الرسمية رقم 6754 بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 (21 فبراير 2019)، ص 834.

² - مرسوم رقم 2.19.67 صادر في 11 من شعبان 1440 (17 أبريل 2019) بتطبيق القانون رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6774 بتاريخ 26 شعبان 1440 (2 ماي 2019)، ص 2191، كما وقع تغييره وتتميمه بموجب المرسوم رقم 2.23.310 بتاريخ 21 شوال 1444 (12 ماي 2023)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7196 بتاريخ 27 شوال 1444 (18 ماي 2023)، ص 4820.

³ - تنزيلا لمقتضيات المادة الأولى أعلاه صدر مرسوم لرئيس الحكومة رقم 2.23.414 بتاريخ 24 شوال 1444 (15 ماي 2023)، نشر بالجريدة الرسمية عدد 7196 بتاريخ 27 شوال 1444 (18 ماي 2023)، ص 4820. تم بموجبه تفويض ممارسة وصاية الدولة على المراكز الجهوية للاستثمار، حيث نص في مادته الأولى على أنه: "يفوض إلى الوزير المكلف بالاستثمار وصاية الدولة على المراكز الجهوية للاستثمار".

وأصبحت لها صلاحيات واسعة وواضحة في مجال معالجة ملفات الاستثمار وتتبعها وتبسيط المساطر والإجراءات ورقمنتها.

ومن بين هذه الاختصاصات إصدار القرارات الأذنة بإبرام عقود البيع والكرء المتعلقة بعقارات من ملك الدولة الخاص؛

ولا شك أن هذه القرارات وعقود البيع المؤسسة عليها قد تثار بشأنها مشاكل وخلافات عدة أثناء تطبيقها، فيكون المستثمر في نزاع مع الإدارة، مما يستدعي تدخل الجهات المخول لها قانوناً فض هذا النزاع.

فقد يكون النزاع ناشئاً عن أخطاء مرتكبة من قبل الإدارة، أو بسبب شططها أو تعسفها، فتلغى المشروع الاستثماري أو تصادره أو تؤممه دون مسوغ قانوني.

وقد يكون النزاع بسبب مخالفة المستثمر لشروط الترخيص، أو إخلاله ببنود العقد، فتتدخل الإدارة باتخاذ قرارات في حق المستثمر.

من هنا، نتساءل عن حدود اختصاص الإدارة في فض المنازعات التي تثيرها عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار؟ وما هي مجالات تدخل القضاء للبت في هذه المنازعات؟

ولمعالجة هذا الموضوع سنتطرق -إن شاء الله- لأهم الإشكالات القانونية والواقعية التي تثيرها المنازعات الإدارية والقضائية بمناسبة إبرام عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار وتنفيذها. وذلك من خلال مبحثين اثنين، نخصص الأول لفض منازعات عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار أمام الجهات الإدارية المختصة، ونتحدث في الثاني عن المنازعات المثارة بشأن هذه العقود أمام القضاء.

المبحث الأول: المنازعة في عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار

أمام الإدارة

عند وجود خلاف أو نزاع بين المستثمر والإدارة فيما يخص عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار¹ أمكنه اللجوء إلى مسطرة التظلم أو الطعن أمام الإدارة نفسها، وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا، ولاسيما تلك الواردة في القانون رقم 47-18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار.

المطلب الأول: التظلم الاستعطافي

التظلم الاستعطافي بخصوص طلب تفويت عقار للدولة (المملك الخاص) في إطار الاستثمار، هو عبارة عن طلب يتقدم به صاحب المشروع الاستثماري أمام

- 1 - يتعين على كل مستثمر يريد شراء عقار من ملك الدولة الخاص سلوك المسطرة الآتية:
- طلب موجه الى رئيس اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار، يحدد موضوع المشروع والقرارات والرخص المطلوبة؛
- التصميم العقاري؛
- مذكرة المعلومات التعميرية؛
- تصميم الموقع؛
- بيان الإحداثيات الطبوغرافية (Levée topographique) ؛
- التزام المستثمر باحترام إنجاز مشروعه في الأجل المحددة؛
- كتيب يوضح طبيعة المشروع؛
- نسخة من السجل التجاري المحين، في حالة القبول المبدئي؛
- النظام الأساسي للشخص المعنوي، في حالة القبول المبدئي؛
- محضر آخر اجتماع لمجلس الإدارة أو الجمع العام، في حالة القبول المبدئي.

<https://idarati.ma/informationnel/ar/thematique>

الوالي بصفته رئيس اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار قصد إعادة النظر في طلبه ومراجعة القرار الذي تم اتخاذه في هذا الشأن لتضرره منه، أو لبعده عن الواقع أو مخالفته للقانون.

وقد جاء في المادة 37 من القانون رقم 47-18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار أنه: "يجب أن يكون كل قرار بالرفض صادر عن اللجنة الجهوية معللاً.

ويمكن أن يكون هذا القرار موضوع طعن يقدمه المستثمر المعني أمام اللجنة الوزارية للقيادة المنصوص عليها في القسم الثالث من هذا القانون، وذلك داخل 10 أيام تحتسب ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

غير أنه يمكن للمستثمر قبل إحالة الأمر إلى اللجنة الوزارية أن يتقدم بتظلم استعطافي إلى والي الجهة الذي يعرضه على اللجنة الجهوية التي تبت داخل أجل 10 أيام من تاريخ توصلها بالتظلم..."

يتجلى من هذه المقتضيات أن المستثمر قد يتضرر من قرار اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار حينما تبت في طلبات تفويت الأراضي التابعة لملك الدولة الخاص بترفض طلبه، أو تقبل طلبه لكن بشروط لا تستجيب لتطلعاته، أو مجحفة في حقه، أو حينما تحدد قيمة هذه الأراضي التجارية، ويكون الثمن مرتفعاً في نظره، الأمر الذي يؤدي به إلى سلوك مسطرة التظلم الاستعطافي أمام الوالي بصفته رئيس اللجنة، فيعرضه عليها قصد إعادة النظر فيه.

كما أنه طبقاً لمقتضيات المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية يمكن لكل من تضرر من قرار إداري بسبب تجاوز السلطة أن يلجأ إلى مسطرة التظلم الاستعطافي¹.

¹- تنص المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية على ما يلي:

"يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوماً يبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر. ويجوز للمعنيين بالأمر أن يقدموا، قبل انقضاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة، تظلماً من القرار إلى مصدره أو إلى رئيسه، وفي هذه الصورة يمكن رفع طلب الإلغاء إلى المحكمة الإدارية داخل أجل ستين يوماً يبتدئ من تبليغ القرار الصادر صراحة برفض التظلم الإداري كلياً أو جزئياً.

إذا التزمت السلطة الإدارية المرفوع إليها التظلم الصمت في شأنه طوال ستين يوماً اعتبر سكوتها عنه بمثابة رفض له، وإذا كانت السلطة الإدارية هيئة تصدر قراراتها بتصويت أعضائها فإن أجل ستين يوماً يمد، إن اقتضى الحال ذلك، إلى نهاية أول دورة قانونية لها تلي إيداع التظلم.

إذا كان نظام من الأنظمة ينص على إجراء خاص في شأن بعض الطعون الإدارية فإن طلب الإلغاء القضائي لا يكون مقبولاً إلا إذا رفع إلى المحكمة بعد استنفاد هذا الإجراء وداخل نفس الأجل المشار إليها أعلاه.

إذا التزمت الإدارة الصمت طوال ستين يوماً في شأن طلب قدم إليها اعتبر سكوتها عنه ما لم ينص قانون على خلاف ذلك بمثابة رفض له، وللمعني بالأمر حينئذ أن يطعن في ذلك أمام المحكمة الإدارية داخل أجل 60 يوماً يبتدئ من انقضاء مدة الستين يوماً المشار إليها أعلاه.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق: هل تعد مسطرة التظلم الإداري إجراء إلزاميا يتعين سلوكه قبل اللجوء إلى مسطرة الطعن القضائي؟ أم أنها مسطرة اختيارية غير ملزمة؟

بالرجوع إلى النصوص المنظمة ولا سيما المادة 37 السالفة الذكر، يتضح أنه لا توجد أي مقتضيات تلزم المتضرر من قرار اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار اللجوء إلى مسطرة التظلم، بل هي مسألة اختيارية.

ومع ذلك، فإن هذه المسطرة لها أهمية بالغة وتأثير كبير في هذا المجال، بحيث إن الغاية من التنصيص عليها تكمن في تفادي المساطر القضائية المعقدة والطويلة، وتوفير الجهد والمال، وهو ما يتماشى مع أهداف الاستثمار والغايات المرجوة منه.

المطلب الثاني: الطعن الإداري

يمكن اللجوء إلى مسطرة الطعن الإداري في قرار اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار أمام اللجنة الوزارية للقيادة التي يرأسها رئيس الحكومة، حيث نص القانون رقم 47-18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار صراحة في المادة 37 منه على أنه: "يمكن أن يكون هذا القرار موضوع طعن يقدمه المستثمر المعني أمام اللجنة الوزارية للقيادة المنصوص عليها في القسم الثالث من هذا القانون، وذلك داخل 10 أيام تحتسب ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

.....

لا يقبل الطعن الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعون من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل."

إذا لم تبت اللجنة الجهوية داخل الأجل المذكور أو إذا أصدرت قرارا بتأييد قرارها السابق، أمكن للمستثمر تقديم طعن أمام اللجنة الوزارية للقيادة التي تبت في الأمر داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما.

وورد التنصيص على هذه اللجنة في المادة 40: "من أجل تتبع عمل المراكز في مجال تنفيذ سياسة الدولة على المستوى الجهوي الرامية إلى إنعاش الاستثمارات والتحفيز عليها وتنميتها، بتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية، تحدث تحت رئاسة رئيس الحكومة لجنة تحمل اسم «اللجنة الوزارية للقيادة» ويشار إليها بعده باللجنة الوزارية."¹

¹ - تشكيلة هذه اللجنة نصت عليه المادة 7 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 47-18: "تتألف اللجنة الوزارية للقيادة المنصوص عليها في المادة 42 من القانون السالف الذكر رقم 47.18 من:

- وزير الداخلية؛

- الأمين العام للحكومة؛

- وزير الاقتصاد والمالية؛

- الوزير المكلف بالاستثمار.

ويمكن لرئيس اللجنة أن يدعو للمشاركة في أشغالها كل سلطة حكومية أخرى معنية بالنقاط المدرجة في جدول أعمال اجتماع اللجنة.

تجتمع اللجنة الوزارية للقيادة، كلما اقتضت الضرورة ذلك، بدعوة من رئيسها الذي يحدد جدول أعمال اجتماعاتها، على أن تخصص اجتماعا يعقد خلال شهر أبريل من كل سنة لاسيما لدراسة تقارير تقييم أداء المراكز الجهوية للاستثمار والنظر في الاقتراحات التي

تقدمها هذه المراكز وفقا لأحكام المادة 41 من القانون السالف الذكر رقم 47.18.

يمكن لأعضاء اللجنة اقتراح إدراج أي نقطة ذات صلة باختصاصات اللجنة ضمن جدول أعمال اجتماعاتها.

وتتولى اللجنة الوزارية طبقاً لأحكام المادة 41 البت في الطعون المنصوص عليها في المادة 37 من هذا القانون؛ بالإضافة إلى اختصاصات أخرى.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القانون-الإطار رقم 22-03، بمثابة ميثاق الاستثمار، الصادر في 9 ديسمبر 2022 نص في المادة 37 منه على أنه "يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنوداً انص على أنه سيتم إجراء تسوية ودية لأي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر، وذلك قبل إقامة أي دعوى قضائية أو اللجوء إلى التحكيم."

المبحث الثاني: المنازعات القضائية المثارة بشأن عقود تفويت عقارات الدولة المعبأة للاستثمار

يخضع تفويت أملاك الدولة الخاصة لمساطر قانونية حددها الفصل 82 من نظام المحاسبة العمومية لسنة 1967 كما وقع تعديله وتتميمه.¹ ومن ذلك بيعها

¹ - يرخّص اقتناء العقارات وبيعها من طرف الدولة بقرار للوزير المكلف بالمالية.

يباشر بيع العقارات من ملك الدولة الخاص عن طريق المزاد العلني ما عدا إذا نصت أحكام تشريعية أو تنظيمية على خلاف ذلك.

ويمكن بيع عقارات أو حقوق عينية مرتبطة بها من ملك الدولة الخاص بالتراضي بموجب قرار للوزير المكلف بالمالية لفائدة:

-لجماعات المحلية والمؤسسات أو المقاولات العامة؛

-الملاك على الشياح مع الدولة إذا كان تقسيم العقارات غير قابل للاستغلال العقلاني؛

-صناديق التوظيف الجماعي للتسديد، عندما يتعلق الأمر بعملية إصدار شهادات الصكوك التي تكون فيها الدولة هي المؤسسة المبادرة.

-الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين قصد إنجاز مشروع استثماري، إذا كانت القيمة التجارية الحقيقية للعقار المراد بيعه لا تتجاوز 10 % من التكلفة التقديرية الإجمالية للمشروع المذكور.

غير أن البيع المذكور يرخص من طرف ولاية الجهات عندما يتعلق الأمر بإنجاز مشاريع استثمار في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والسياحة والصناعة التقليدية والسكن والتعليم والتكوين والصحة والطاقة، تقع داخل نفوذهم الترابي ويقل مبلغها عن مائتي مليون (200.000.000) درهم.

تتم الموافقة على عمليات بيع الأراضي المنجزة وفق الفقرة السابقة مع مراعاة ما يلي:

1- أن يتم تحديد المساحات المراد تفويتها حسب طبيعة المشاريع المزمع إنجازها وعناصرها؛

2- أن تحدد القيمة التجارية الحقيقية من طرف لجنة إدارية للخبرة تتألف من:

-العامل أو ممثله، رئيساً؛

-مندوب الأملاك المخزنية الذي يتولى سكرتارية اللجنة؛

-ممثل عن مديرية الضرائب؛

-ممثل عن السلطة الحكومية التابع لها القطاع الذي ينتمي إليه مشروع الاستثمار ؛

-الممثل الجهوي للسلطة الحكومية المكلفة بالتعمير.

3- ألا تتجاوز هذه القيمة 10 % من التكلفة التقديرية الإجمالية لمشروع الاستثمار .

4- أن يتضمن دفتر التحملات التزامات المفوت لهم ولا سيما إنجاز المشاريع التي تم تقويت الأراضي من أجلها داخل الأجل المحدد وشروط فسخ العقد عند إخلال المفوت لهم بالتزاماتهم، ولا سيما كيفية فسخ البيع واسترجاع الأراضي المفوتة.

تودع طلبات بيع العقارات التابعة لملك الدولة الخاص وفق الفقرة الرابعة من هذا الفصل إما لدى مندوب الأملاك المخزنية التابع له العقار أو مدير المركز الجهوي للاستثمار .

يوجه ملف كل طلب مودع لدى مندوب الأملاك المخزنية من طرف هذا الأخير إلى المركز الجهوي للاستثمار داخل أجل أقصاه 20 يوما ابتداء من تاريخ تسلمه.

عندما يودع الطلب لدى المركز الجهوي للاستثمار، يتخذ مديره الإجراءات التي تمكن من تطبيق المسطرة اللازمة لدراسة الطلب وفق النصوص التشريعية أو التنظيمية السارية عليه.

يكلف مندوبو الأملاك المخزنية بتنفيذ مقررات ولاة الجهات التي يرخص بمقتضاها بيع العقارات من ملك الدولة الخاص وبالسهر على مراقبة احترام بنود دفتر التحملات المشار إليه أعلاه.

يوجه ولاة الجهات كل ثلاثة أشهر تقارير إلى الوزير المكلف بالمالية تتضمن عمليات البيع الموافق عليها والمعلومات المفيدة عن المشاريع المقبولة وعن تتبع إنجازها ."

- مرسوم ملكي رقم 330-66 بتاريخ 10 محرم 1387 (21 أبريل 1967) بسن نظام عام للمحاسبة العمومية، كما وقع تعديله وتغييره، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2843 بتاريخ 1967/04/26 الصفحة 810.

منازعات عقود تفويت عقارات الدولة المعبئة للاستثمارذ/د.إدريس كركين

للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من أجل إنجاز مشروع استثماري، على يقدم طلب في هذا الشأن إلى المركز الجهوي للاستثمار حيث يوجد العقار، ويدرس من قبل اللجنة الموحدة للاستثمار التي تبت فيه قبولاً أو رفضاً، ثم صدور قرار لوالي الجهة يأذن من خلاله بتفويت العقار في حالة القبول، على أن لا يتجاوز مبلغ الاستثمار مائتي مليون (200.000.000) درهم.

واستناداً إلى هذا القرار يبرم عقد البيع في الشكل المتطلب قانوناً، إما من قبل موثق أو عدلين أو محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض وفقاً للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية.

وفي حالة نشوب نزاع بين المستثمر والإدارة حول بنود العقد، أو القرار الذي بني عليه، ولم يتم التوصل إلى حل النزاع على مستوى الإدارة، فإن المتضرر قد يلجأ إلى القضاء لفض هذا النزاع، إما بالمنازعة في القرار بالطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري (المطلب الأول)، أو بالمنازعة في موضوع العقد أمام القضاء الشامل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطعن بالإلغاء في القرارات الأذنة بتفويت عقارات الدولة

من أجل الاستثمار

يؤدي القضاء الإداري وظيفة أساسية في تحقيق التنمية الاقتصادية وحماية الاستثمار من خلال الرقابة التي يمارسها على الأعمال والقرارات الصادرة عن الإدارة وفحص شرعيتها، والتصدي لأي شطط في استعمال السلطة.

وبذلك، فهو يساهم بشكل فعال في تكريس مبادئ الشفافية والمساواة والمنافسة بمناسبة البت في القضايا المعروضة عليه، خاصة تلك المتعلقة بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية.¹

وفيما يخص القرارات المتخذة في إطار الاستثمار، فإنه قبل اتخاذ الوالي للقرار الآذن بالتقويت لعقار من أملاك الدولة الخاصة، المعروضة على المركز الجهوي للاستثمار، لا بد من دراسة الطلب والبت فيه من قبل اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار.

ولذلك، فإن الطعن بالإلغاء قد ينصب على أعمال هذه اللجنة (الفقرة الأولى)، وقد يطال القرار الصادر عن الوالي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطعن في قرارات اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار

كان الطعن في قرارات اللجان الجهوية للاستثمار - قبل صدور القانون 47 - 18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار، وبإحداث اللجان الجهوية للاستثمار- يثير نقاشا فقهيا وقضائيا، وذلك بالنظر إلى الطبيعة القانونية لهذه القرارات. فهل تعتبر قرارات ذات طبيعة استشارية؟ أم أنها تكتسي صبغة تفريرية، تجعل منها قرارا إداريا قابلا للطعن بالإلغاء؟

غير أنه بصدور القانون المذكور، أضحى جهازا تفريريا عملا بأحكام المادة 28 من القانون 47-18،² ووسع المشرع من صلاحياتها في إطار تدبير المشاريع

¹ - محمد لمزوعي، الإصلاح القضائي وعلاقته بالاستثمار، مقال منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة، العدد 3، مارس 2012، ص 126.

² - تنص المادة 28 من القانون رقم 47-18 على ما يلي: "من أجل ضمان معالجة مندمجة ومتسقة لمفاتيح الاستثمار، يحدث على صعيد كل جهة من جهات المملكة جهاز

الاستثمارية، حيث أصبحت لقرارتها صبغة مزدوجة، فإما أن تبت في الطلبات وتقرر بشأنها قبولاً أو رفضاً، وإما أن تبدي رأيها أو رأيها المطابق، وذلك حسب الحالات التي حدد لها القانون مجال التدخل فيها (المادة 29 من القانون رقم 47-18).¹

تقرير يعهد إليه بتنسيق عمل الإدارات المختصة في مجال الاستثمارات يحمل اسم «اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار» يشار إليها في هذا القانون باللجنة الجهوية.¹

¹ - جاء في المادة 29 من القانون رقم 47-18: تحل اللجنة الجهوية محل اللجان التي تمارس في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ الاختصاصات المنصوص عليها في هذه المادة، وتتولى، بالرغم من جميع الأحكام التشريعية والتنظيمية المخالفة، القيام بما يلي على صعيد نفوذها التراي:

أ) إجراء تقييم مسبق لمشاريع الاستثمار المعروضة عليها، من الجانب الاقتصادي والاجتماعي والبيئي والعمراني، وكذا فيما يتعلق بإحداث مناصب الشغل، والتحقق عند الاقتضاء، من قابليتها للاستفادة من نظام التحفيز والامتيازات التي تمنحها الدولة كما هو منصوص على ذلك في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل؛

ب) البت أو إبداء رأيها أو رأيها المطابق، حسب الحالة، وفق الشروط والمساطر المحددة بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، في جميع القرارات الإدارية الضرورية لإنجاز مشاريع الاستثمار. وفي هذا الإطار، تمارس اللجنة الجهوية الاختصاصات التالية:

1 - تبت في طلبات تقويت الأراض ي التابعة لمك الدولة الخاص أو كرائها، بما في ذلك الأراض ي الفلاحية أو ذات الصبغة الفلاحية وتحدد قيمة هذه الأراض ي التجارية أو الكرائية، حسب الحالة؛

2 - تبت في طلبات الأشهاد بعدم الصبغة الفلاحية للأراض ي المزمع إنجاز مشاريع استثمارية فوقها؛

3 - تبت في طلبات الترخيص بتقسيم الأراض ي الواقعة داخل دوائر الري أو دوائر الاستثمار في الأراض ي الفلاحية غير المسقية من أجل إحداث منشآت غير فلاحية أو توسيعها؛

4 - تبت في إنجاز مشاريع استثمارية في منطقة ساحلية لا تشملها وثائق التعمير أو في المناطق الحساسة حسب مدلول النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل؛

5 - تبت في الطلبات المتعلقة بالاحتلال المؤقت للقطع الأرضية التابعة للملك العام للدولة وللملك الغابوي وتحدد الإتاوة المرتبطة بهما، وكذا في الطلبات المتعلقة بالمعاوضة والمقايضة العقارية بخصوص الأراض ي الغابوية المخصصة لإنجاز مشاريع استثمارية؛

6 - تبدي رأيها المطابق بخصوص رخص البناء وأذن إحداث التجزئات العقارية وتقسيم العقارات وإحداث المجموعات السكنية وكذا رخص السكن وشواهد المطابقة المطلوبة لإنجاز مشاريع الاستثمار أو استغلالها؛

7 - تبدي رأيها المطابق في منح تراخيص، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، بممارسة أعمال التصدير ذات الطابع الصناعي أو التجاري وأعمال الخدمات المرتبطة بها داخل مناطق التصدير الحرة؛

8 - تفحص دراسات التأثير على البيئة وتبدي رأيها في شأن الموافقة البيئية حول مشاريع الاستثمار المعروضة عليها؛

9- تبدي رأيها في ترتيب المؤسسات السياحية ورخص استغلالها؛

10 - تبدي رأيها في طلبات إسناد القطع الأرضية في المناطق الصناعية ومناطق الأنشطة الاقتصادية وفقا للشروط والكيفيات المحددة في اتفاقيات تهيئة المناطق المذكورة وتطويرها. (ج) دراسة وإبداء رأيها في مشاريع الاستثمار المعروضة عليها للاستفادة من الامتيازات الممنوحة في إطار المنظومة التحفيزية المعمول بها أو الصناديق المخصصة لهذا الغرض أو هما معا، وفي العقود والاتفاقيات المتعلقة بها.

وبصفة عامة، يمكن للجنة الجهوية البت في جميع المجالات المتعلقة بالاستثمار."

ولا ضير أن نتعرض في هذه الفقرة إلى الطبيعة الاستشارية لهذه اللجان، ثم لطبيعتها التقديرية وما يترتب على ذلك من آثار وما تثيره من نقاش فقهي وقضائي.

أولاً: الطبيعة الاستشارية لأعمال اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار

تقتضي الطبيعة الاستشارية للجنة الجهوية للاستثمار حصر مهمتها - فيما مضى قبل صدور القانون رقم 47.18- في دراسة ملفات الاستثمار وتقديم اقتراحات إلى السيد الوالي الذي يتمتع بصلاحيات اتخاذ القرار المناسب، إما بقبول المشروع أو رفضه.

فالقرار الإداري القابل للطعن بالإلغاء هو الذي تفصح الإدارة من خلاله بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث مركز قانوني معين، أو تعديله، أو إلغائه، متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث على ذلك تحقيق المصلحة العامة. ومن ثم، فإن الأعمال التي تقوم بها اللجان الإدارية المتعلقة بالاستثمار تفتقر إلى مقومات القرار الإداري بالمفهوم القانوني.

وهذا الأمر ينطبق على الحالات التي الواردة في البنود 6-7-8-9-10 (ب) من المادة 29 من القانون رقم 47-18، إذ أن هذه البنود تستهل بعبارة "تبدي رأيها" أو "تبدي رأيها المطابق".

وعليه، فإن الآراء والمقترحات الصادرة عن هذه اللجان هي آراء تمهيدية ذات صبغة استشارية غير قابلة للطعن بالإلغاء، طالما أنها لا تؤثر بذاتها في المركز القانوني لصاحب المشروع.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض إلى أنه: "لا يمكن الطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة إلا ضد القرارات التي من شأنها أن تؤثر في مركز الطاعن.

وأن القرارات الأخرى التي تعد مجرد اقتراح متوقف على موافقة ومصادقة السلطة المختصة التي حولها القانون ذلك لا ترقى إلى درجة القرار القابل للإلغاء"¹

وجاء في قرار آخر بأن: "اللجنة التي صدر عنها القرار المطعون فيه لجنة استشارية تقدم مشورتها للدوائر المختصة... وأن مجرد الآراء الصادرة من قبل هذه اللجنة غير قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء"².

يمكن القول إن هذا الرأي وجيه وجدير بالتأييد، على اعتبار أن اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار حينما تنظر في ملفات الاستثمار وتبدي رأيها أو رأيها المطابق، ليس لها الصلاحية في اتخاذ القرار بقبول الطلب أو المشروع الاستثماري أو الترخيص له بصفة نهائية، بل إن ذلك يبقى من اختصاص الجهات الإدارية المخول لها قانونا البت في تلك الطلبات والتقارير بشأنها. وبالتالي إصدار قرار إداري يكون له أثر قانوني ويؤثر في مركز أطرافه.³

¹ - قرار عدد 92 بتاريخ 1991/03/31، ملف إداري عدد 85/7083، المنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية، وزارة العدل، يوليو 2010، ص 18.

² - قرار عدد 68 بتاريخ 1982/03/19، ملف إداري عدد 80897، المنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية، م س، ص 8.

³ - يمكن مقارنة قرارات اللجان الاستشارية والقرارات الإدارية المؤثرة في المراكز القانونية للمعنيين بها، والتي صدرت استنادا إلى مقترحات هذه اللجان، بالأحكام القضائية التمهيدية والأحكام القضائية الفاصلة في الموضوع. ذلك أن المشرع في قانون المسطرة المدنية نص صراحة في الفصل 140 منه على عدم جواز الطعن في الأحكام التمهيدية انفراداً، بل لا بد لمن ينازع فيها أن يطعن فيها مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى.

ثانياً: آراء اللجان لها صبغة القرار الإداري

وفقاً لهذا الطرح فإن آراء اللجان التي تنظر في ملفات الاستثمار تعد قرارات مؤثرة في المركز القانوني لصاحب المشروع، وبالتالي يجوز الطعن فيها بالإلغاء. وذلك في حالتين:

- تجاوز اللجان لحدود اختصاصاتها وصلاحياتها.

- تراجع هذه اللجان عن موقف إيجابي سابق.

الحالة الأولى: تجاوز اللجان لحدود اختصاصاتها وصلاحياتها

وذلك حينما تتجاوز هذه اللجان الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم عمليات تدبير طلبات الاستثمار، أي الرسالة الملكية والمراسيم والقرارات التطبيقية لها سابقاً، والقانون رقم 47-18 ومراسيمه التطبيقية. كما لو بتت مثلاً في نقطة قانونية.

وهذه الحالة هي استثناء من المبدأ العام القائل بعدم جواز الطعن في قرارات اللجان، وهو استثناء مقبول ومعقول، بالنظر إلى أن تجاوز اللجان لاختصاصاتها وتناولها على اختصاصات جهة أخرى، يؤدي إلى عدم مشروعية قراراتها.

الحالة الثانية: تراجع هذه اللجان عن موقف إيجابي سابق

عندما تتخذ اللجنة قراراً بالموافقة المبدئية على المشروع الاستثماري، أو الموافقة على منح إحدى الرخص الإدارية (مثلاً منح شهادة عدم الصبغة الفلاحية،

وقياساً على ذلك يمكن القول إن الطعن في قرارات اللجان الاستشارية على انفراد لا يجوز، ويمكن المنازعة فيها ومناقشة مضمونها عند الطعن في القرار الإداري المبني عليها.

أو الترخيص بإنجاز مشروع في منطقة ساحلية أو في إحدى المناطق الحساسة...) ثم
تراجع عن هذا القرار، فهل يجوز الطعن فيه بالإلغاء أم لا؟

هناك من يعتبر أن التراجع عن قرار الموافقة هو قرار إداري قابل للطعن
بالإلغاء، على اعتبار أنه ملزم للجنة ومكسب للحق ومؤثر في المركز القانوني للطاعن.
وفي هذا الإطار جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 303 بتاريخ
1997/03/27 ما يلي:

"وحيث إن ما استقر عليه القضاء الإداري هو أن القرارات الإدارية التي
تولد حقا مكتسبا أو مركزا قانونيا ذاتيا لا يجوز سحبها في أي وقت متى صدرت
سليمة، إذ ينحصر أجل السحب في أجل الطعن بالإلغاء وهو ستون يوما.
وحيث إن القرار المطعون فيه صدر بعد فترة، وبعد إنشاء حقوق مكتسبة
للطاعنة، وأن المس بتلك الحقوق بدون موجب قانوني يخالف مبدأ عدم رجعية
القرارات الإدارية".

الملاحظ على هذا الحكم أنه إذا كان من الجائز الطعن استثناء في قرار اللجان
المكلفة بالاستثمار في حالة التراجع عن رأي إيجابي سابق، مادام أنه قد يؤثر في المركز
القانوني للطاعن ويضر به، فإن ذلك يجب أن لا يتوسع فيه، مع الأخذ بعين الاعتبار
أن آراء هذه اللجان ذات طابع استشاري في الأصل، ومن ثم فهي لا تنشئ حقا
مكتسبا، وإن تم التراجع عنه.

كما أن أعمال نظرية سحب القرار الإداري لإلزام اللجنة بالتراجع عن قرارها
داخل أجل السحب إذا أرادت أن لا يكون ملزما لها، يتعارض مع أسس هذه النظرية
التي لا تطبق إلا على القرارات الإدارية النهائية والنافذة التي من شأنها أن تؤثر بذاتها
في مركز قانوني معين.

الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في القرارات الولائية

تعتبر القرارات الصادرة عن الوالي في إطار الاستثمار قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء للشطط في استعمال السلطة أمام القضاء الإداري. ويمكن أن نتساءل هنا عن مدى إلزامية قرار اللجان المتعلقة بالاستثمار للوالي؟ بمعنى هل يتقيد الوالي بالنتيجة التي تخلص إليها اللجان المذكورة إما بالموافقة أو الرفض؟ وهل يمكن للوالي أن يتراجع عن قرار سابق بالسحب؟ للجواب على هذا التساؤلات يجدر بنا أن نتطرق في نقطة أولى إلى مدى إلزامية القرارات التي تتخذها اللجان للوالي (أولا)، وفي نقطة ثانية إلى سحب الوالي للقرار الاستثماري (ثانيا).

أولا: مدى إلزامية قرارات اللجان للوالي

لتوضيح هذه النقطة عمليا، نشير إلى نازلة عرضت على المحكمة الإدارية بأكادير، مفادها أن شركة تقدمت بطلب إنجاز مشروع سكني ذي طابع اجتماعي على عقار في ملكية الدولة (الملك الخاص)، فأصدرت اللجنة المنعقدة تحت إشراف عمالة إنزكان قرارها بالموافقة على الطلب... كما أكدت ولاية الجهة على هذه الموافقة، وعقدت اللجنة الإدارية للخبرة اجتماعا قصد تحديد الثمن... كما اجتمعت اللجنة التقنية التي حددت شروط التفويت من قبل والي الجهة، مما جعل صاحبة المشروع تلجأ إلى القضاء مطالبة بإلغاء قرار والي جهة سوس ماسة درعة برفض تفويت العقار موضوع المشروع، مع ما يترتب على ذلك من إتمام إجراءات التفويت...

وقد استجابت المحكمة الإدارية لطلب المدعية فقضت بإلغاء قرار والي الجهة، معتبرة الموافقة المبدئية ملزمة للوالي، الذي يتعين عليه إصدار قرار

بالتفويت، وحينما لم يفعل اعتبرت ذلك قرارا ضمنيا برفض التفويت لفائدة الشركة المدعية، وأنه متسم بالتجاوز في استعمال السلطة ليعيب السبب...¹ غير أن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش كان لها رأي مخالف، حيث اعتبرت بأن الموافقة المبدئية غير ملزمة للوالي، ولا تشكل في حد ذاتها قرارا قابلا للطعن، فهي مجرد وعد ولا يترتب عليها أي التزام ولا تلزم الوالي في شيء. جاء في تعليل قرارها²:

"وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن المدعية الشركة الجنوبية للإسكان قد تقدمت فعلا بطلب اقتناء القطعة الأرضية موضوع الصك المشار إليه أعلاه بتاريخ 2002/03/13 حظي بالموافقة المبدئية للجنة المنعقدة بتاريخ 2002/04/19 تحت إشراف عمالة إنزكان أيت ملول، وكذا بالموافقة المبدئية لولاية جهة سوس ماسة درعة حسب الرسالة المؤرخة في 2004/02/20. ومعلوم أن الموافقة المذكورة لا تشكل في حد ذاتها التزاما من جانب السيد الوالي الذي يرجع إليه وحده الحق في إصدار قرار بالموافقة النهائية على التفويت. ومن ثم، فإن امتناعه عن ذلك لا يمكن بحال أن يجعل قراره موسوما بالتجاوز في استعمال السلطة، خلافا لما ذهب إليه محكمة الدرجة الأولى الشيء الذي ينبغي معه التصريح بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا برفض الطعن".

¹ - حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2010/180 ش، بتاريخ 2010/03/30، في الملف الإداري عدد 2008/81 ش (غير منشور).

² - قرار رقم 1040 بتاريخ 2010/12/29، في الملفين المضمومين عدد 2010-1/5/297 وعدد 2010/5/319-1 (غير منشور).

وقد سايرت محكمة النقض هذا التوجه، مبرمة هذا القرار بقولها¹:
"لكن، حيث إن محكمة الاستئناف لما تبين لها بأن الموافقة المبدئية لا تشكل في حد ذاتها التزاما من الوالي بالموافقة النهائية على تفويت العقار، وأن امتناعه التفويت ليس فيه أي تجاوز في استعمال السلطة، وألغت الحكم الابتدائي القاضي بخلاف ذلك، فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية، وما بالوسيلة ناقص عن درجة الاعتبار."

ثانيا: سحب الوالي للقرار الاستثماري

مبدئيا لا يجوز للإدارة أن تسحب القرار الذي تتخذه بشأن قضية معينة، إلا إذا كانت هناك أسباب وجيهة ومبررات معقولة تستوجب ذلك، وحينئذ لا بد من احترام الإجراءات والمساطر القانونية في هذا المجال مع توضيح الأسباب الداعية إلى ذلك في صلب القرار القاضي بالتراجع أو سحب القرار السابق.

فالقضاء الإداري ما فتئ يلغي القرارات الإدارية التي تتسم بعدم المشروعية والشطط في استعمال السلطة، من ذلك ما ورد في قرار لمحكمة النقض²:

"إن سحب الإدارة لقرارها هو جزء لعدم مشروعية ذلك القرار، ويجب أن لا يمس قرار السحب بالحقوق المكتسبة. ومن شروط اتخاذ قرار السحب أن يتم داخل أجل الطعن بالإلغاء للشطط وهو 60 يوما مبدئيا مع استثناءات منها أن يكون

¹ - قرار محكمة النقض عدد 1/1045 بتاريخ 2013/11/14، ملف إداري عدد 2011/1/4/371 (غير منشور).

² - قرار عدد 1269 بتاريخ 2004/12/22، ملف إداري عدد 2002/1/4/2322، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 64-65، ص 331.

المعني بالأمر قد استعمل مناورات تدليسية للحصول على القرار الإداري موضوع السحب."

ونعرض هنا أيضا لنازلة عرضت على القضاء، "مفادها أن المؤسسة الجهوية للبناء باعت قطعة لأحد المستثمرين من أجل بناء معمل بالمنطقة الصناعية دون أن يلجأ إلى تسجيل بيعه في الرسم العقاري، فصدر قرار من طرف والي الجهة قضى بسحب القطعة منه بسبب تقاعسه في إنجاز المشروع، وتم إبرام عقد بيع ثان لفائدة إحدى الشركات التي سجلت عليه رهنا من الدرجة الأولى لفائدة مصرف المغرب. فطعن هذا المستثمر في قرار الوالي بالإلغاء للشطط أمام القضاء الإداري، فقررت الغرفة الإدارية إلغاء قرار السحب بعد أن ثبت لها أن البيع لم يكن معلقا على شرط، وأن المستثمر أنجز استثمارات وبنيات فوق العقار..."¹

المطلب الثاني: المنازعات المنصبة على عقود تفويت عقارات الدولة وتنفيذ

بنودها

بعد موافقة اللجنة الموحدة للاستثمار على طلب تفويت عقار مملوك للدولة لفائدة المستثمر، يصدر والي الجهة القرار الأذن بالتفويت وفق الشروط المحددة في دفتر الكلف والشروط العام الملحق بظهير 5 رمضان 1367 (12 يوليوز 1948) كما وقع تغييره بظهيري 30 غشت 1949 و 6 يناير 1954. وكذا دفتر الكلف والشروط الخاص الملحق بأصل القرار.

¹ - إدريس بلحجوب، جمود التشريع العقاري وانعكاساته على الاستثمار والعمل القضائي، مقال منشور بكتاب الندوة الجهوية الرابعة المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه، تحت عنوان: "قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، 18-19 أبريل 2007، ص 173.

واستنادا إلى هذا القرار يحرر عقد البيع إما رسميا أو عرفيا ثابت التاريخ من قبل محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض عملا بأحكام المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، ويوقعه المستثمر ومندوب أملاك الدولة. غير أن الأمر لا ينتهي عند هذا الحد، بل تظل الإدارة مسؤولة عن تتبع تنفيذ المشروع الاستثماري المقام على عقار الدولة إلى حين إنجازه بصفة نهائية، ويكون مطابقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ودفتر الكلف والشروط. لكن قد يقع تعثر للمشروع أو خلاف بين الإدارة والمستثمر حول عقد التفويت هذا، فيضطر أحد الطرفين إلى المنازعة فيه أمام القضاء.

وتتعدد الحالات التي يمكن أن تثار فيها المنازعات القضائية بخصوص عقود تفويت عقارات الدولة وتنفيذ البنود المضمنة فيها أو الواردة في دفتر التحملات والشروط المرفق بالعقد.

وسنقتصر في هذه الورقة البحثية على بعض الإشكالات القانونية مستنديين في ذلك تطبيقات قضائية بهذا الخصوص، حيث نتحدث عن الاختصاص القضائي والصفة في الادعاء في فقرة أولى، ثم نتطرق إلى المسؤولية الإدارية العقدية في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي والصفة في منازعات عقود تفويت

أملاك الدولة

تثير منازعات العقود التي تبرمها الدولة بمناسبة تفويت عقاراتها من أجل الاستثمار إشكالات قانونية عديدة من حيث تحديد المحكمة المختصة نوعيا للبت فيها (أولا). كما تطرح مشكلة صفة الدولة (المالك الخاص) في التقاضي، سواء كانت مدعية أم مدعى عليها (ثانيا).

أولاً: الاختصاص النوعي للبت في منازعات عقود تفويت عقارات الدولة في

إطار الاستثمار

تطرح العلاقة التعاقدية بين الدولة والخواص في عقود تفويت أملاكها من أجل الاستثمار نقاشاً قانونياً حول طبيعة العقد المبرم في هذا الصدد، فهل يعتبر عقداً إدارياً ينعقد اختصاص النظر في المنازعات التي يثيرها إلى القضاء الإداري أم يعد عقداً مدنياً يخضع في منازعاته لاختصاص القضاء العادي؟

الإجابة على هذا التساؤل تختلف باختلاف مضمون العقد ومحتواه، وبحسب طبيعة الشروط المتفق عليها بين الطرفين. ولذلك فإن الفقه والقضاء وضعوا معايير لتحديد طبيعة العقد. فيكون العقد إدارياً إذا توفرت فيه الشروط الآتية: 1- أن تكون الدولة طرفاً في العقد. 2- أن يرتبط العقد بالمرفق العام. 3- أن يتضمن شروطاً استثنائية أو غير مألوفة. وإلا فإنه يعتبر عقداً مدنياً.

واستناداً إلى ذلك، ذهب محكمة النقض إلى أن النزاع بين المستثمر والإدارة بشأن قطعة أرضية فوتت له من أجل إنجاز مشروع استثماري، ينعقد للقضاء الإداري، مادام أن التفويت تم وفق دفتر التحملات والشروط الخاص بالاستفادة من العي الصناعي في إطار تشجيع الاستثمار، والذي تضمن شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة.¹

كما أكدت في قرار آخر ما يلي: "لكن، حيث يتبين من معطيات الملف أن تفويت القطعة الأرضية محل النزاع للمستأنفة تم في إطار إنشاء وتنمية المنطقة

¹ - قرار محكمة النقض عدد 315، بتاريخ 14 مارس 2019، في الملف الإداري عدد 2019/1/4/820، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض المغربية (البوابة القضائية للملكة): <https://juriscassation.cspj.ma>.

الصناعية أولاد زعير عين عودة، وتحت وصاية وزارة الداخلية وعمالة تمارة والمركز الجهوي للاستثمار، والمحكمة لما عللت حكمها بأن الهدف من العقد الرابط بين الطرفين هو تحقيق مصلحة عامة، وأنه ودفتر التحملات المتعلق به يتضمنان شروطا استثنائية لفائدة الإدارة لا تنطبق على العقود العادية، وأنه عقد إداري تختص المحاكم الإدارية نوعيا بالبت في النزاع المتعلق به، تكون قد صادفت الصواب وحكمها واجب التأييد.¹

ثانيا: صفة الادعاء في دعوى تنفيذ عقود بيع أملاك الدولة

تعتبر الصفة في الدعوى من الشروط الأساسية لإقامتها، حيث يجب توفرها في المدعي وفي المدعى عليه إلى جانب الشروط الأخرى من أهلية ومصلحة وإذن بالتقاضي عند الاقتضاء تحت طائلة عدم القبول طبقا لمقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.

وقد أثير مشكل الصفة في الادعاء في منازعات عقود تفويت أملاك الدولة الخاصة، عندما رفعت دعوى أمام القضاء² من قبل مستثمر يطلب من خلالها إتمام إجراءات البيع، حيث ادعت إحدى الشركات أنها استفادت من قطعة أرضية محفظة في إطار تشجيع الاستثمار بمدينة أكادير... والتمست من المحكمة إصدار حكم بإتمام إجراءات بيع القطعة الأرضية المذكورة في مواجهة مدير أملاك الدولة

¹ - قرار محكمة النقض عدد 1/183، بتاريخ 23 فبراير 2023، في الملف الإداري عدد 2023/1/4/575، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض المغربية (البوابة القضائية للمملكة): [/https://juriscassation.cspj.ma](https://juriscassation.cspj.ma).

² - قرار محكمة النقض عدد 114 بتاريخ 4 مارس 2014، في الملف المدني عدد 2011/7/1/1837، منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 77، ص 20 وما بعدها.

باعتبارها المالكة، مقابل أداء ثمن التفويت المتفق عليه بين الطرفين، فقضت محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى وأيدته محكمة الدرجة الثانية، بعلّة أن الدعوى يجب توجيهها ضد لجنة الإسناد التي يرأسها العامل. غير أن محكمة النقض نقضت هذا القرار لخرقه مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، لأن الدولة الملك الخاص هي من لها الصفة في الادعاء عليها وليس لجنة الإسناد. جاء في قرار محكمة النقض:

"حيث تمسكت الطاعنة أمام محكمة الاستئناف بأن الدولة الملك الخاص هي المالكة للعقار المدعى فيه موضوع الرسم العقاري عدد 2181/م وأنه لا وجود لأي مدخل لعامل عمالة أكادير إداوتنان في الدعوى، ومحكمة الاستئناف عللت قرارها بما جاءت به من أن: "ما أثارته المستأنفة في تعقيبها من أن دور لجنة التخصيص التي يرأسها عامل عمالة أكادير إداوتنان انتهى بإسناد القطعة الأرضية المذكورة للمستأنفة، وبالتالي فلا موجب لإدخالها في هذه الدعوى على اعتبار أن الدولة الملك الخاص هي المالكة الوحيدة للقطعة موضوع الإسناد لا ينسجم مع ما ثبت من مواصلة لجنة التخصيص لدورها المنوط بها بصدور قرار سحب جزء من القطعة الأرضية المذكورة، بحيث أصبحت المساحة لا تتعدى 10.890 م م"، والحال أن البين من وثائق الملف أن الدولة الملك الخاص هي المالكة للعقار المحفظ تحت عدد 2181/م موضوع الدعوى ويدعى عليها بهذه الصفة في دعوى إتمام إجراءات البيع، ويقتصر دور لجنة الإسناد التي يرأسها العامل على تتبع مدى احترام المستفيد للالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب كناش التحملات مع ما يستتبع ذلك من جزاءات، ولا يتعدى ذلك إلى إبرام العقد النهائي عند معاينة نهاية الأشغال، والقرار المطعون فيه الذي اعتبر اللجنة المذكورة هي من لها الصفة في الادعاء عليها تحت

طائلة عدم قبول الدعوى يكون قد خرق مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية وتعرض للنقض".

ويبدو من هذا القرار أن قضاء الموضوع (المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف) لم يميز بين الإجراءات التمهيديّة السابقة على التعاقد، والتي تتولاها اللجان الإدارية (لجنة الإسناد أو التخصيص في هذه النازلة)، وبين إجراءات إبرام العقد الذي يكون من صلاحية مديرية أملاك الدولة باعتبارها المالكة للعقار، ومن ثم يكون قضاء الموضوع قد أول مقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية تأويلا غير سليم، عندما اعتبر أن مديرية أملاك الدولة لا صفة لها في الادعاء عليها بإتمام إجراءات البيع المنصب على عقار للملك الخاص للدولة، وأن لجنة الإسناد أو التخصيص التي يرأسها العامل هي من يجب توجيه الدعوى ضدها، مادام أن هناك إجراءات تمهيدية سابقة لإبرام عقد البيع تقوم بها هذه اللجنة، وأنها هي من تتمتع بصلاحية الموافقة على التفويت ومنح القطعة الأرضية المعنية للمستثمر أو سحبها منه جزئيا أو كليا.

الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة المملك الخاص عن تنفيذ العقد

من المبادئ القانونية المقررة في نظرية العقد، أن كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية ملتزم بتنفيذ ما التزم به بحسن نية، استنادا إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

وعليه، فإن أي إخلال بنود العقد يرتب مسؤولية الطرف المخل، يحق بموجبها للمتضرر مطالبة المسؤول عن ذلك بجبر الضرر. وهو الأمر الذي يسري على العقود التي تبرمها الدولة مع الخواص في إطار تفويت عقاراتها من أجل

الاستثمار، حيث يمكن أن تثار مسؤولية المستثمر في حالة إخلاله بنود العقد، كما لو تقاعس في إنجاز المشروع في الآجال المحددة، أو عدم تقييده بالمعايير والضوابط التي التزم بها، فحينئذ تلجأ الإدارة إلى تطبيق الغرامة أو الذعيرة عن التأخير، أو أن تطالب بفسخ العقد في حالة توفر موجباته. كما يمكن أن تثار مسؤولية الدولة إذا أخلت بالتزاماتها القانونية¹ أو التعاقدية تجاه المستثمر.

وفي هذا الإطار عرضت على القضاء نازلة تتعلق بموافقة الدولة على تفويت عقار لأحد المستثمرين، غير أن هذا العقار كان مثقلا بمجموعة من التعرضات، مما جعل الإدارة تتأخر في إبرام العقد النهائي إلى حين تصفية الوضعية القانونية للعقار، وقد ادعى المستثمر أن هذا التأخير سبب له أضرارا كبيرة، طالبا التصريح بمسؤولية الدولة والحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك. لكن محكمة النقض قررت انتفاء مسؤولية الدولة لانعدام الخطأ من جانبها، وعدم وجود أي اتفاق بين الطرفين على الأجل المحدد لتنفيذ بنود العقد. جاء في قرار محكمة النقض²:

"لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما استندت في تعليل قضائها إلى أنه بالاطلاع على كافة وثائق الملف ومعطيات القضية، يتبين بأن المستأنف كان على علم مسبق بأن مسطرة التفويت لا يمكن أن تتم إلا بعد استعادة الدولة (الملك الخاص) للعقار موضوع الطلب، وأن تتصرف فيه بحرية المالك في ملكه، وموافقة اللجنة الوزارية المشتركة المكلفة بالتهيئة السياحية للساحل

¹ - ينص الفصل 79 من ق ل ع على أن: "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها."

² - قرار محكمة النقض عدد 1/293، بتاريخ 16 مارس 2023، في الملف الإداري عدد 2020/1/4/3362، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض المغربية (البوابة القضائية

المجتمعة بمصالح الوزارة المنتدبة لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية آنذاك، وهما الشرطان اللذان يعينان أن الإدارة المالكة للعقار قد وافقت على الطلب والعقار لازال في طور التحفيظ، ويتطلب سبيل من الإجراءات المسطرية وهو الأمر الذي وقع فعلا، سواء خلال مرحلة التحفيظ ومواجهة ذلك بمجموعة من التعرضات، أو بعد الحكم القضائي بظهور مجموعة أخرى من التقييدات الاحتياطية التي استتبعت بإجراءات قضائية للتشطيب عليها، وهو ما تحقق فعلا بمجهود من إدارة أملاك الدولة إلى أن أصبح الرسم العقاري مؤسسا بصفة قانونية وخاليا من جميع التقييدات، بعدما استجابت الإدارة لورثة محمد (ع) الذي كان يستغل العقار وفق مسطرة الكراء الممهدة للتملك، الشيء الذي يؤكد عدم مسؤولية الإدارة عن التأخير الحاصل في مسطرة التحفيظ وتنفيذ الأحكام القضائية، فضلا على أن الطرفين لم يتفقا على أجل محدد لتنفيذ كل طرف لالتزاماته الخاصة به، لتنتهي تبعا لذلك إلى انتفاء مسؤوليتها (أي الإدارة) عن الضرر المتمسك به من قبل المستأنف (الطالب)، فإنها (أي المحكمة) تكون قد وقفت من خلال كل ذلك على عدم وجود عناصر ومقومات قيام المسؤولية الإدارية المرتبة للحق في التعويض، وفقا لما هو منصوص عليه في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، من خلال عدم وجود خطأ مرفقي مرتكب من قبل الإدارة (المطلوبة) بمناسبة تدبير الوضعية القانونية للعقار موضوع الاتفاق المبرم بين الطرفين، أو تعمد عرقلة تنفيذ المشروع الاستثماري موضوعه، وكذا انعدام أية علاقة سببية بينه وبين الضرر الذي يتمسك به الطالب للحصول على التعويض المطالب به، وعللت قرارها تعليلا مقبولا، وما بالوسيلة على غير أساس".

ويستفاد من هذا القرار، أن الدولة (المالك الخاص) لا يمكنها أن تفوت عقارات للمستثمرين إلا إذا كانت وضعية هذه العقارات سليمة من الناحية القانونية، تفاديا لأي نزاع مع الأغيار بشأن الملكية.

وحتى يتسنى لها ذلك، لا بد من سلوك المساطر القانونية واتخاذ الإجراءات الضرورية لتصفية وعائها العقاري، عن طريق ضبط وضعيته القانونية، إما بسلوك مسطرة التحديد الإداري، المنظمة بموجب ظهير 3 يناير 1916، أو مسطرة التحفيظ العقاري بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 كما تم تعديله، وكذا القوانين الخاصة المعمول بها في هذا المجال. ومن ثم، فإن الدولة لن تضع أمام المستثمرين سوى العقارات الخالية من النزاع.

الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي

ذ/هشام زريوح

أستاذ محاضر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن
زهر.

د/مصطفى باحو

أستاذ محاضر بالمعهد العالي للمهن التمريضية وتقنيات الصحة أكادير

مقدمة

منح المشرع المغربي للمحررات الرسمية قوة ثبوتية اطلاقية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور. وإذا كان المشرع قد نظم الزور باعتباره جريمة يعاقب عليها بمقتضى القانون الجنائي، فإنه لم يتوجه توجه بعض التشريعات، ومنها التشريع المصري في تنظيم دعوى الزور الأصلي.

والزور أو التزوير هو تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي بينها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا للغير¹.

والزور إما أن يكون موضوعا لدعوى عمومية تثار أمام المحكمة الجزرية المختصة لعقاب المزور وشركائه، وإما أن يكون موضوعا لدعوى مدنية الهدف منها إثبات تزوير المحرر العرفي أو الرسمي وهدم حججته في الإثبات.

فدعوى الزور الأصلي هي دعوى يرفعها مدعي الزور بصفة أصلية وبغير انتظار مطالبته أو التمسك قبله بالمستند المزور في دعوى قائمة فعلا²، فهي دعوى ترفع أمام القضاء الاستعجالي، وهكذا يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة

¹ والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني. ط 2، ص 594.

² الفكهاني، سعيد وبناني، عبد السلام وآخرون، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء. الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى، 1983، ج 1، ص 491.

أن يخاصم من بيده تلك الورقة أو من يستفيد منها بموجب دعوى أصلية تقام أمام المحاكم المدنية لإثبات التزوير سواء استعملت الورقة أم لا.

أما دعوى الزور الفرعي فهي دعوى عارضة تثار أثناء سريان دعوى أصلية عندما يقوم أحد الخصوم بالاستناد إلى محرر عرفي أو رسمي لإثبات ادعاءاته فيقوم الخصم الآخر بالطعن فيه بالزور.

والمشروع المغربي اكتفى بتنظيم دعوى الزور الفرعي في الفصول 92 إلى 102 من ق.م.م. دون أن يقوم بتنظيم دعوى الزور الأصلي.

والادعاء بالزور يعتبر من الدفوع الموضوعية التي يمكن إثارتها في سائر أطوار المسطرة¹ ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لكن لا يجوز ذلك أمام محكمة النقض إلا وفق شروط ومسطرة خاصة نظمها المشروع المغربي في الفصلين 386 و387 من ق.م.م. تحت تسمية "دعوى الزور".

وتتميز دعوى الطعن بالزور الفرعي في المحررات الرسمية بأهمية بالغة تكمن في اعتبارها آلية قانونية منحها المشروع للمحتج ضده بمحرر رسمي للوقوف بحقيقته، وصحته. كما لدراسة هذا الموضوع أهمية بالغة تتجلى في رصد بعض الثغرات التي تشوب هذه المسطرة؛ مثل نقلها من وسيلة لصيانة الحقوق إلى وسيلة كيدية غرضها المماطلة، والتعسف، ولكي نعالج هذا الموضوع، نطرح إشكالية مفادها: ما هي إجراءات وشروط دعوى الزور الفرعي، وإلى أي حد يؤثر الحكم الفاصل فيما على الدعوى الأصلية؟

¹ إذا تم تقديم الإدعاء بالزور بعد إقفال باب المرافعة جاز للمحكمة أن تقرر فتح باب المناقشة من جديد ولها ألا تلتفت للإدعاء بالزور وإذا ما اعتبرت أنه غير منتج في الدعوى.

من أجل مقارنة هذه الإشكالية، ارتأينا اعتماد منهج وصفي مقترن بالتحليل،
والمقارنة وفق التصميم الآتي:

المبحث الأول: شروط وإجراءات دعوى الزور الفرعي المدني

المبحث الثاني: حجية وأثار الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي.

المبحث الأول: شروط وإجراءات دعوى الزور الفرعي

اشترط المشرع عدة اجراءات وشروط لتقديم دعوى الزور الفرعي، وهذا ما سنحاول معرفته في هذا المبحث، ولذلك سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين؛ حيث سنخصص المطلب الأول لشروط قبول الطعن بالزور الفرعي ووقت تقديمه. بينما سنتناول في المطلب الثاني إجراءات الطعن بالزور الفرعي.

المطلب الأول: شروط قبول دعوى الزور الفرعي ووقت تقديمها

إن طبيعة هذا المطلب يقتضي تقسيمه إلى فقتين، حيث سنتناول في الفقرة الأولى شروط قبول دعوى الزور الفرعي بينما سنخصص الفقرة الثانية لوقت تقديم دعوى الزور الفرعي.

الفقرة الأولى: شروط قبول دعوى الزور الفرعي

يشترط لقبول دعوى الزور الفرعي أربع شروط هي:

- **الشرط الأول: أن يدعى بأن المحرر مزور؛ ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزور ماديا أو معنويا، معاقب عليه جنائيا أو لا تتوافر فيه صفة الجريمة.**
ويجب على من احتج عليه بمحرر مزور في نزاع قائم أصلا أن يسلك طريق الادعاء بالزور الفرعي باعتباره الطريق الذي وضعه القانون لهدم حجية ذلك المحرر. فالادعاء بالزور الفرعي يجب تقديمه أمام نفس المحكمة التي تنظر موضوع الدعوى الأصلية، وفي حالة قام المحتج عليه بمحرر مزور في قضية معينة، برفع دعوى أصلية

بالزور، فالمحكمة لن تقبل هذه الدعوى لأن إجراءات التقاضي التي رسمها المشرع لكل دعوى تكون من متعلقات النظام العام، ولا يجوز للأطراف مخالفتها، وفي حالة مخالفتها، تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها¹. وفي حالة لم يستطع الطرف المحتج عليه بالمحرر أن يسلك طريق الادعاء بالزور فيه كما في حالة لو أدلي به في دعوى استعجالية، فيجوز آنذاك أن يرفع بشأنه دعوى أصلية بالزور. كما أنه يجب أن تقام دعوى الزور الفرعي ضد محرر مقدم في دعوى لا زالت قائمة؛ أي قبل أن يتم البت فيها بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به. أما في حالة تم الفصل في تلك الدعوى، فيجب على مدعي الزور في المحرر أن يرفع دعوى أصلية بالزور.

• **الشرط الثاني:** أن يدعي بالزور في دعوى أصلية قائمة؛ فدعوى الزور الفرعي تقام أثناء سريان دعوى أصلية، فبانتهاء الدعوى الأصلية لا يبقى محل لإقامة دعوى الزور الفرعي، على أنه يبقى للخصم أن يرفع دعوى الزور الأصلي أو أن يقدم شكاية بالزور الجنائي.

• **الشرط الثالث:** أن تكون دعوى الزور منتجا في النزاع؛ هذا الشرط لا يقتصر على الادعاء بالزور بل يتعلق بكافة إجراءات التحقيق، على أن المشرع المغربي ارتأى أن ينص عليه صراحة بالنسبة لدعوى الزور الفرعي فلقد جاء في الفصل 1/92 من ق.م.م. أنه "إذا طعن أحد الأطراف أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعي صرف القاضي النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على هذا المستند"، لذلك فالمحكمة لن تستجيب إلى طلب مدعي الزور الفرعي في مستند قدم ضده إلا إذا كان هذا المستند ذا أهمية كبيرة في

¹. جواد بو كلاطة، الطبيعة القانونية للدعوى الزور الفرعية في التشريع المغربي والمقارن، مكتبة الرشد، 2005، ص 120.

الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي-----د/ذ. هشام زريوح، د/مصطفى بحو

الدعوى، ويتوقف عليه الفصل فيها. أما إذا لم يكن منتجا، فإن المحكمة لن تقبل دعوى الزور الفرعي، لأنه في هذه الحالة لن تكون لها أهمية في سريان الدعوى الأصلية.

ويجب أن يكون المحرر الرسمي المطعون فيه بالزور الفرعي ذا أهمية كبيرة في النزاع؛ بحيث يتعلق بموضوع الدعوى الأصلية، ولا يمكن الفصل في الدعوى دون الفصل في الادعاء بالزور، ومن تطبيقات الفصل 92 المشار إليه سابقا قرار محكمة النقض، والذي جاء فيه "إن الدفع بالزور في عقد الزواج قد تجاوزه القرار المطعون فيه لوجود أحكام سابقة في الموضوع، لوجود عقد الطلاق من الطاعن أوقعه على المطلوبة في النقض، الأمر الذي جعل القرار يستغني عن النظر في الدفع المذكور بعدم جدواه؛ إذ لا يتوقف الفصل في الدعوى عليه طبق ما نص عليه الفصل 92 من ق. م. م خصوصا وأن الطاعن يعترف بالطلاق ولا طلاق بدون زواج، مما يجعل القرار على صواب"¹.

أما على مستوى الاجتهاد القضائي المقارن، فقد أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا تقضي بموجبه "يشترط لقبول الادعاء بالتزوير على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون الادعاء منتجا في النزاع، فإن كان غير ذي أثر في موضوع الدعوى، تعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبوله دون أن تبحث في تحقيقها"². ويتبين مما سبق أنه لقبول الادعاء بالزور الفرعي، لا بد أن يكون منتجا للفصل في موضوع الدعوى الأصلية.

¹. قرار عدد: 715 وتاريخ 1989/04/25، منشورات بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44 – 43 نونبر، 1989، ص. 152.

². نقض مصري، صادر بتاريخ: 1982/03/10 مجموعة محكمة النقض، طعن 891/44.

الشرط الرابع: يجب أن يكون الادعاء بالزور الفرعي جدياً؛ أي أن ما يشهده الواقع، ويسانده الدليل، أما لو كان الادعاء بالزور الفرعي غير جدي، وكان المقصود منه هو عرقلة سير إجراءات الدعوى الأصلية، وذلك من أجل تأخير الفصل فيها، فيجب على المحكمة أن لا تلتفت إليه، وتواصل البت في الدعوى الأصلية¹. وقد تطرق المشرع المغربي لشرط الجدية بصفة ضمنية في مقتضيات الفصل 92 من ق. م. م المشار إليه سابقاً.

ويستلزم شرط الجدية من مدعي الزور التمسك بادعائه في صيغة صريحة، وحازمة، لذلك لا يمكن أن يكون بصيغة مهمة غير مقطوع فيها شيء. وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يقبل الادعاء بالتزوير بصفة مهمة غير مقطوع فيها بشيء، فمن يطعن في إمضاء موقع به دفتر التصديقات بأنها إمضاء مزور، وأن طريقة تزويرها هي أن امرأة غير معينة قد مرنها المزور على تقليد اسم البائعة، فوضعت هذا الإمضاء المقلد على دفتر التصديقات، فلا يقبل ادعاؤه ما دام الإمضاء موقعاً بصفة رسمية على يد موظف مختص، وما دام مدعي التزوير لم يتبين من هي تلك المرأة التي وقعت الإمضاء المزور، ومن الذي مرنها، وما دليل حضورها، وتسليمها باسم البائعة، وتوقيعها بهذا الاسم المنتحل أمام كاتب التصديقات"².

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير جدية الادعاء بالزور الفرعي من عدمه يعتبر مسألة موضوعية تدخل في سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا من حيث سلامة التعليل، لأنه مسألة واقع.

¹. جواد بوكلاطة، م س، ص. 126.

². نقض صادر بتاريخ: 22/04/1935، مجموعة القواعد القانونية 1، ص. 115 – 424.

الفقرة الثانية: وقت تقديم الادعاء بالزور الفرعي

يجوز الادعاء بالزور الفرعي أمام القضاء المدني في أي حالة تكون عليها الدعوى الأصلية، وفي أي مرحلة من مراحلها¹. وهذا ما نص عليه الفصل 92 من ق. م. م الذي أجاز الادعاء بالزور الفرعي أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المدلى بها في تلك الدعوى، كما أن هذا الفصل لم يحدد وقتا معيناً لتقديم الادعاء بالزور الفرعي. كما أن الفصل 299² من نفس القانون أجاز الطعن على وجه الاستقلال في الحكم الفاصل في الزور الفرعي بالاستئناف، أو بإعادة النظر، أو بالنقض.

بناء على ما سبق يجوز أن يقدم الادعاء بالزور الفرعي في أي مرحلة من مراحل سريان الدعوى الأصلية، ولكن شريطة أن يتم هذا التقديم قبل قفل باب المرافعة. فالقيد الوحيد الذي يرد على رفع دعوى الزور الفرعي المدني في نطاق التشريع المغربي هو قفل باب المرافعة، ويعتبر باب المرافعة مقفولا إذا أصدرت المحكمة حكما أو قرارا صريحا بذلك، أو بصفة ضمنية إذا بدأت المحكمة في المداولة³.

ف مدعي الزور يجب عليه أن يتقدم بادعائه في مرحلة لا تزال فيها الدعوى قيد التحقيق، ولم تجهز بعد لإصدار حكم بشأنها، وقد نص الفصل 113 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يمكن أن يؤخر التدخل، والطلبات العارضة الأخرى في الطلب الأصلي إذا كان جاهزا للحكم"⁴. فمتى أصبحت قضية جاهزة للحكم، وأقفل

1. جواد بو كلالطة، م. س، ص. 127.

2. انظر الفصل 99 من ق. م. م.

3. خالد الغزاوي، دعوى الزور الفرعي؛ رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، ص. 50.

4. الفصل 113 من ق. م. م.

الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي-----د/ذ. هشام زريوح، د/مصطفى بحو

باب المناقشة بشأنها امتنع تقديم طلبات عارضة، والتي قد تكون لها آثار سلبية على إجراءات التقاضي أمام المحاكم، حيث ستؤدي لتأخير الفصل في الدعاوى الأصلية.

المطلب الثاني: إجراءات تقديم دعوى الزور الفرعي وطرق تحقيقه

سنعرض في البداية لإجراءات تقديم دعوى الزور الفرعي، ثم بعدها نعرض لطرق تحقيق الزور الفرعي.

الفقرة الأولى: إجراءات تقديم دعوى الزور الفرعي

أولاً: تقديم الادعاء بالزور

يجب على الخصم إذا أراد الادعاء بالزور الفرعي في المحرر العرفي أو الرسمي أن يتقدم بادعائه بصفة صريحة فلا يقبل منه الادعاء بالزور إذا كان بصورة مهمة غير مقطوع فيها بشيء ويتعين عليه أن يقدم طلبه بصفة نظامية فإذا كان الخصم ممثلاً بواسطة محام وجب على هذا الأخير أن يقدم وكالة مكتوبة للإدعاء بالزور¹. ولقد أشارت محكمة النقض في أحد قراراتها² أن: "الإدعاء بالزور ليس دفعا حتى تستدعى المحكمة إلى القيام بأي إجراء بل هو طعن يجب أن يقدم في صورة دعوى عارضة "أو أصلية" يكون منطلقا للقيام بالإجراءات المنصوص عليها في القانون"

ثانياً: موقف المحكمة من الإدعاء بالزور

عندما يقدم الخصم إدعاء بالزور في المستند المدلى به في الدعوى تكون المحكمة أمام موقفين:

¹ - المادة 30 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة (منشور في الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044).

² - قرار رقم 56 وتاريخ 1982/2/9 ملف شرعي 80824، قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، س 7، أكتوبر 1982، ص 77.

● إما أن تعتبر أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على المستند المدعى فيه بالزور فتصرف النظر عن هذا المستند ولا تعتمد عليه في البت في الدعوى وبهذا تتوقف إجراءات الإدعاء بالزور.

● وإما أن تعتبر أن الفصل في الدعوى يتوقف على المستند المدعى فيه بالزور فتوجه إنذارا للخصم الذي قدم المستند ليصرح بما إذا كان يريد استعمال المستند أم لا¹.

ثالثا: موقف الخصم بعد توجيه الإنذار إليه

عندما توجه المحكمة إنذارا للخصم الذي قدم المستند بشأن ما إذا كان يتمسك بالمستند المدعى فيه بالزور، فإن الخصم يمكن أن يعبر عن موقفه كالاتي:

● أن يصرح بأنه يتخلى عن استعمال المستند المطعون فيه بالزور. والخصم في هذه الحالة غير ملزم بتبرير موقفه بحيث يكتفى بتصريحه دون مطالبته بتقديم تعليل، ولا يعتبر موقفه المتمثل في التخلي عن المستند المدعى فيه بالزور إقرارا بزورية المستند.

● ألا يصرح الخصم بشيء بعد ثمانية أيام من إنذاره. ويعتبر القانون موقفه هذا بمثابة تخلي عن المستند المطعون فيه بالزور.

● أن يصرح الخصم بأنه ينوي استعمال المستند المدعى فيه بالزور ويجب أن يكون تصريحه هذا صريحا لا لبس فيه.

رابعا: رد المحكمة على موقف الخصم بعد توجيه الإنذار إليه

إذا صرح الطرف بعد إنذاره أنه يتخلى عن استعمال المستند المطعون فيه بالزور الفرعي أو لم يصرح بشيء بعد ثمانية أيام قامت المحكمة بتنحية المستند من

¹. الفقرة الثانية من الفصل 92 من قانون المسطرة المدنية.

الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي-----د/ذ. هشام زريوح، د/مصطفى بحو

الدعوى وأوقفت إجراءات الإدعاء بالزور. أما إذا صرح الطرف الذي وقع إنذاره بأنه ينوي استعمال المستند أوقفت المحكمة الفصل في الدعوى الأصلية وعمدت إلى التحقيق في دعوى الزور الفرعي.

خامسا: الأمر بإيداع أصل المستند

إذا كان المستند المطعون فيه بالزور مجرد نسخة أمر القاضي الخصم بإيداع أصل المستند داخل ثمانية أيام بكتابة الضبط وإلا اعتبر الطرف الذي أثار زور المستند قد تخلى عن استعماله.¹

وإذا كان أصل المستند المطعون فيه بالزور محفوظا في مستودع عمومي أصدر القاضي أمرا لأمين المستودع بتسليم هذا الأصل إلى كتابة ضبط المحكمة.²

سادسا: التأشير على المستند وتحضير محضر بحالته

يقوم القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية خلال ثمانية أيام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند الاقتضاء بكتابة الضبط بالتأشير على المستند أو الأصل وتحضير محضر يبين فيه حالة المستند أو الأصل.

وتجري هذه الإجراءات بحضور النيابة العامة وبحضور الأطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية، كما يؤشر على المحضر القاضي وممثل النيابة العامة والأطراف الحاضرون ووكلاؤهم، ويشار في المحضر إلى امتناع الأطراف أو أحدهم عن التوقيع أو إلى أنهم يجهلونه.

الفقرة الثانية: طرق تحقيق الزور الفرعي

¹ . الفصل 93 من قانون المسطرة المدنية

² . الفصل 93 من قانون المسطرة المدنية

يقع الشروع فور تحرير محضر بحالة المستندات في إثبات الزور بنفس الطريقة التي يتم بها تحقيق الخطوط، أي التحقيق بالسندات أو بشهادة الشهود أو بواسطة خبير عند الاقتضاء.

بعد انتهاء التحقيق في الزور الفرعي تقوم المحكمة بعرض نتيجة التحقيق على الخصوم لإبداء وجهة نظرهم بشأنه، وبعد ذلك تصدر المحكمة حكماً في الدعوى، إما برفض الإدعاء بالزور والحكم بصحة المقرر المطعون فيه، وإما بقبول الإدعاء بالزور والحكم بزور المحرر.

المبحث الثاني: آثار وحجية الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي

بعد انتهاء المحكمة من التحقيق في صحة المحرر بجميع الطرق المنصوص عليها قانوناً، تتوصل إلى نتيجة مفادها إما وجود الزور أو عدمه، والحكم القاضي بإحدى النتيجتين يترتب آثار قانونية تختلف بحسب صحة المحرر أو زورته، وهذا الحكم تكون له الحجية في الدعوى الأصلية الموقوفة إلى حين البت في دعوى الزور الفرعي، فما هي الآثار المترتبة عن هذه الدعوى؟ (المطلب الأول)، وما حجية الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي

تختلف آثار الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي بحسب ما إذا قضى بوجود الزور (الفقرة الأولى) أو قضى بعدم وجوده، وأكد صحة المحرر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار الحكم القاضي بوجود الزور

الحكم القاضي بوجود الزور يترتب أثر قانونية سواء على المحرر الذي توصلت المحكمة إلى ثبوت تزويره كلاً أو بعضاً، أو سواء على أطراف دعوى الزور الفرعي والدعوى الأصلية الموقوفة.

أولاً: آثار الحكم بوجود الزور بالنسبة إلى المستند

بالرجوع للفصل 99 من قانون المسطرة المدنية نجده ينص على أنه: "يوقف تنفيذ الحكم الفاصل في الزور الفرعي بحذف أو تمزيق المستند كلاً أو بعضاً، أو تصحيحه أو إعادته إلى أصله داخل أجل الاستئناف أو إعادة النظر أو النقض، وكذا أثناء سريان هذه المسطرة عدا إذا وقع التصريح بقبول الحكم أو بالتنازل عن استعمال طرق الطعن".

فانطلاقاً من هذا الفصل عندما يكون المحرر مزوراً كلاً أو بعضاً، فإن المحكمة تتخذ إجراءات مادية تختلف حسب ما إذا كان المحرر مزوراً بأكمله، فتقوم بحذفه أو تمزيقه، أما إذا كان التزوير جزئياً، فإن البيانات التي حكم بتزويرها هي وحدها ينصرف إليها الأثر الذي يفقدها قوة إثباتيه وتنفيذية¹.

وتطرح هنا إشكالية في مدى إمكانية المحكمة الابتدائية مباشرة الإجراءات المادية المنصوص عليها في الفصل 99 من قانون المسطرة المدنية مباشرة بعد حكمها القاضي بزورية المستند بأكمله أو جزء منه² لأن نفس الإجراءات نصت عليها كذلك المادة 583 من قانون المسطرة الجنائية والتي جاء فيها: "إذا ثبت الزور في وثيقة رسمية كلها أو بعضها تأمر المحكمة التي بنت في دعوى الزور بحذفها أو تغييرها أو ردها إلى نصها الحقيقي ويحرر محضر بتنفيذ الحكم".

¹. جواد بوكلاطة الإدريسي، م س ، ص. 223.

². هشام درقاوي، م س ، ص. 90.

في هذه الحالة، لا يمكن للمحكمة أن تنفذ هذه الإجراءات المادية إلا إذا كان الحكم القاضي بوجود الزور قد اكتسب قوة الشيء المقضي به¹، أي أصبح نهائيا أو باتا تفاديا لصدور قرار من محاكم الدرجة الثانية أو محكمة النقض مناقض لحكم المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بزورية المحرر.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن الحكم القاضي بتزوير المستند كليا يجرى المحرر من كل أثر قانوني، أي من كل قوة في الإثبات، والتنفيذ، فتأمر المحكمة باستبعاده في الدعوى الأصلية الموقوفة، ولا يمكن استعماله في المستقبل كسند في أي إجراء من إجراءات التنفيذ²، أما إذا صدر الحكم بزورية المحرر جزئيا في هذه الحالة تجرد البيانات التي لحقها الزور من كل أثر قانوني في الإثبات والتنفيذ³. والحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به والقاضي بزورية المستند كلا أو بعضا هو الذي يأمر باتخاذ الإجراءات المادية التي نص عليها المشرع في الفصل 99 من قانون المسطرة المدنية في حق المحرر.

وتجب الإشارة إلى أن الحكم بزورية المحرر لا يمتد إلى التصرف أو الاتفاق الذي يتضمنه السند؛ فهو يقتصر على الحكم ببطلان المحرر أي الورقة التي أفرغ فيها التصرف أو الاتفاق⁴.

ثانيا: آثار الحكم بوجود الزور بالنسبة للأطراف

¹ . الحكم لا يجوز حجته وقوته إلا بعد أن يكون قد استنفذ كافة إجراءات ومراحل التقاضي، وأصبح الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به.

² . جواد بوكلاطة الإدريسي، م س ، ص. 223.

³ . خالد الغزاوي، م س ، ص. 75.

⁴ . هشام درقاوي، م س ، ص. 69.

إن الحكم القاضي بوجود الزور يرتب آثار ذات طبيعة مختلفة بالنسبة لأطراف دعوى الزور الفرعي. إذ يخلف آثارا ذات طبيعة مدنية، تقع على كاهل المدعى عليه الذي خسر الدعوى، وثبت زورية المحرر الذي قدمه لإثبات حقوقه، هذه الآثار تتجلى في تحمله عبء أداء مصاريف الدعوى عملا بالفصل 124 من قانون المسطرة المدنية¹.

بالإضافة إلى تحمل المدعي مصاريف الدعوى، فمدعي الزور يحق له عند ثبوت هذا الأخير أن يرفع دعوى يطالب من خلالها بتعويض الضرر الذي لحقه جراء تزوير المحرر، وهذا الحق يستند في وجوده على القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود².

ويمكن أيضا للمتضرر من حكم سابق والذي كان قد استند على المستند المحكوم بتزويره، الطعن بإعادة النظر مع احترام شروطه المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية في الفصول من 402 إلى 410، وذلك عملا بمنطوق الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على إمكانية الطعن بإعادة النظر إذا بني الحكم على مستندات اعترف أو صرح بأنها مزورة، وذلك بعد صدور الحكم، شرط استعمال هذا الحق داخل الأجل الذي نص عليه المشرع في الفصل 403 من قانون المسطرة المدنية، وهو أجل ثلاثين يوما، يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه.

الفقرة الثانية: آثار الحكم القاضي بعدم وجود الزور

¹ . مصاريف الدعوى مواد كانت رسوما قضائية أو أتعابا مترجمين وخبراء، ومصاريف تنقل الشهود يؤديها مسبقا طالب الإجراءات، وحكم بها على من خسر الدعوى من الأطراف.

² . ينص الفصل 17 من ق. م. ع على "أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضرا ماديا أو معنويا، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر..."

تقضي المحكمة بصحة المحرر في حالة نتج عن التحقيق الذي أجرته عدم وجود الزور، ثم تستأنف النظر من جديد في الدعوى الأصلية الموقوفة، لكن هذا الحكم يختلف تبعاً لما إذا كان قد صدر بمناسبة الفصل في دعوى الزور الفرعية الجنائية أو في دعوى الزور الفرعية المدنية. وبما أن هذه الأخيرة هي موضوع دراستنا، فإننا سنكتفي بالتطرق إلى حكمها القاضي بصحة المحرر.

ينص الفصل 98 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يحكم على مدعي الزور المرفوض طلبه بغرامة تتراوح بين خمسمائة وألف وخمسمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمتابعات الجنائية."، ومن منطلق هذا الفصل، يتعين على المحكمة أن تحكم على مدعي الزور بالغرامة المنصوص عليها في الفصل أعلاه، والغاية من ذلك هي الرد على دعواه الكيدية التي يروم من خلالها عرقلة سير التقاضي في الدعوى الأصلية التي أجلت إلى حين البت في دعوى الزور الفرعي¹.

وعكس المشرع المغربي الذي يحكم بغرامة الزور على مدعيه في حالة واحدة هي الحالة التي ترفض فيها المحكمة دعواه بغض النظر عن سبب الرفض²، فإن المشرع المصري أضاف حالات أخرى تقضي فيها المحكمة بالغرامة في حق مدعي الزور من بينها حالة تخلف المدعي بغير عذر عن حضوره الجلسة المحددة للتحقيق، وحالة سقوط حقه في ادعاء الزور بسبب عدم إعلان خصمه بمذكرة شواهد التزوير. كما أن المشرع المصري وخلافاً للمشرع المغربي، نص على حالات عدم الحكم

¹. هشام درقاوي، م س ، ص. 77.

². قد يكون نتيجة عدم اقتناعها بأقوال الشهود، أو اعتمادها على تقرير خبير الخطوط، أو نتيجة فحصها بنفسها للمحرر.

بغرامة الزور وهي حالة إثبات تزوير بعض أجزاء المحرر، وحالة الحكم بعدم قبول الادعاء بالزور برفضه وحالة التنازل عن الادعاء بالزور¹.

المطلب الثاني: حجية الحكم الفاصل في الزور الفرعي

لا يعد الزور الفرعي دعوى مستقلة بذاتها، فهو دعوى مرتبطة بدعوى أصلية متوقفة، والحكم الفاصل في الزور الفرعي القاضي بوجود الزور أو عدمه تكون له الحجية عند الفصل في الدعوى الأصلية، ويؤثر على حكمها، وهذه الحجية تكون مباشرة، وأنية بمجرد صدور الحكم الجنائي الفاصل في الزور الفرعي (الفقرة الأولى) في حين يتوقف تأثيره إلى حين صدور حكم نهائي، وبات إذا تعلق الأمر بالحكم المدني الفاصل في الزور الفرعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حجية الحكم الجنائي الفاصل في الزور الفرعي

يكتسب الحكم الذي تصدره المحكمة في الزور الفرعي الجنائي الحجية في الدعوى الأصلية الجنائية، ويؤثر فيها مباشرة بمجرد صدور الحكم، فإذا قضى الحكم الصادر في الزور الفرعي بتزوير المستند، فذلك يؤدي إلى استبعاد المحكمة المستند المزور من الأدلة التي قد تعتمد عليها خلال فصلها في الدعوى الأصلية²، أما إذا صدر الحكم بعدم وجود الزور، فإن المحكمة تعتمد على المستند خلال الفصل في الدعوى الجزرية الأصلية³.

¹. جواد بوكلاطة، م س، ص. 232 – 233.

². إذا كانت الواقعة الأصلية الإجرامية هي إصدار شيك بدون رصيد، فإن المدعى عليه زور المستند، وتبث للمحكمة في دعوى الزور الفرعية أنه مزور، فإنها تنقيذ بهذا الحكم، وتستبعد هذا الشيك في المناقشة، وبناءً عليه، يحكم ببراءة المتهم لأن التهمة بدون دليل، وتصرح المحكمة بعدم اختصاصها في الدعوى المدنية التابعة.

³. جواد بوكلاطة، م س، ص. 234 – 235.

إن التأثير المباشر للدعوى الأصلية الموقوفة بالحكم الفاصل في الزور الفرعي الجنائي، يبرره عدم قابلية الحكم الفرعي الجنائي للطعن بالاستئناف أو النقض مستقلا عن الدعوى الجنائية الأصلية تطبيقا لمقتضيات الفصلين 461 و 522 من قانون المسطرة الجنائية¹.

الفقرة الثانية: حجية الحكم المدني الفاصل في الزور الفرعي

تكون للحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي حجية وأهمية بالغة بالنسبة للدعوى الأصلية الموقوفة، وهو ما حدى بالمشرع إلى تقرير إيقاف الدعوى الأصلية، كما نص على ذلك في الفصل 93 من قانون المسطرة المدنية، أسوة بعدة تشريعات أخرى كالتشريع المصري الذي نص على هذا المقتضى في الفصل 244² من قانون الإثبات المصري.

والهدف من إقرار هذا المبدأ هو عدم حرمان المدعى عليه في دعوى الزور الفرعي من استعمال المستند المطعون فيه بالزور في الدعوى الأصلية، كما أن هذه القاعدة تبين مدى حجية وتأثير الحكم الفاصل في الزور الفرعي على الدعوى الأصلية. لو لم يكن له تأثير جدي وحاسم قد يغير منطوق الحكم ما كانت أغلب التشريعات لتقر هذه القاعدة³.

وعلى خلاف الحكم الفاصل في الدعوى الفرعية الجنائية الذي يكون له تأثير مباشر على الدعوى الأصلية بمجرد صدوره، فالحكم الذي تصدره المحكمة في الزور

¹. المشرع في هذين الفصلين منع الطعن بالاستئناف أو بالنقض في الأحكام التمهيدية، أو من كل عارضة أو في مسائل الدفع إلا بعد صدور الحكم في جوهر الدعوى.

². ينص هذا الفصل على أنه "إذا قضت المحكمة بصفة المحرر أو برده، أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته، أخذت في نظر

³. هشام درقاوي ر.س.، ص 91، 92.

الفرعي لا يجوز للقاضي المدني استعماله كحجية للفصل في الدعوى الأصلية فور صدوره، بل عليه أن ينتظر حتى يكتسب الحكم لقوة الشيء المقضي به؛ أي أن يصبح باتا، ونهائيا، وغير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية المنصوص عليها في الفصل 99 من قانون المسطرة المدنية، لأن الحكم الفاصل في دعوى الزور الفرعي يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أو بالنقض، أو بإعادة النظر على وجه الاستقلال عن الصادر في موضوع الدعوى الأصلية¹. على خلاف ما أشرنا إليه بخصوص الطعن في الحكم الصادر عن دعوى الزور الفرعي الجنائية؛ إذ لا يجوز أن يكون مستقلا عن الطعن في الحكم الصادر عن دعوى الزور الأصلية.

خاتمة

نستنتج مما سبق أن المشرع المغربي أحاط المحررات الرسمية بقوة ثبوتية، نظرا للدور البارز الذي تؤديه في إطار حماية حقوق المواطنين، ولذلك فلا يمكن الطعن فيها إلا بالزور. وعليه، كان موضوع دراستنا الطعن في المحررات الرسمية بدعوى الزور الفرعي، والتي تهدف إلى هدم حجية المحرر الرسمي المقدم كوسيلة للإثبات في دعوى أصلية قائمة أمام القضاء المدني.

وتعد هذه الدعوى ذات طبيعة مزدوجة لا يكفي لقيامها مجرد إثارتها أو الوقوف عند حد الدفع بالزور، وإنما يجب أن تقدم بوساطة طلب عارض يكون منطلقا لقيام المحكمة المدنية بإجراءات الزور الفرعي.

1. جواد بوكلاطة، م س، ص 236

المنازعات الناشئة عن عقد التأمين : دراسة حول بنية العقد وخصوصية بعض الجزاءات الواردة في مدونة التأمينات

ذ/د.رشيد خوازي ، ذ/د.محمد لكبايش

أستاذان باحثان ، بمختبر القانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية باكادير - جامعة ابن زهر

أضحت حياة الإنسان المعاصر معقدة نظرا لما يستجد من الأخطار المصاحبة
للتطور التكنولوجي والحضاري، لذلك أصبح التأمين الوسيلة المثلى للاحتماء من
تلك الأخطار. ويعتبر عقد التأمين الآلية القانونية لتزليل العملية التأمينية وتحقيق
أهدافها على أرض الواقع، غير أن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه لا يخلو من إكراهات
ومنازعات بين طرفيه.

فإذا كان الهدف من التعاقد هو تنفيذ ما تم التعاقد عليه، فلن يتم ذلك
إلا إذا تم رفع كل المعوقات التي تعترض طريقه، ومن بينها رفع الغموض واللبس في
المقاصد أو العبارات، المترجمة لعنصر الرضى في العقد، حيث تتعدد أسباب
غموض هذا العقد، إذ نجد تلك التي تعزى إلى غموض نصه، وأخرى ترتبط بتعدد
وتنوع الوثائق المكونة له.

يضاف إلى ما سبق، أن مصالح الطرفين -أي المؤمن والمؤمن له- متعارضة،
فإذا كانت مصلحة المؤمن في التضييق من نطاق الضمان، وهو ما يحرص على بلوغه
لكونه المشرف على توثيق عقد التأمين، ووضع الشروط المقيدة لنطاق الضمان،
فإن مصلحة المؤمن له تكمن في عكس ذلك تماما، أي في التوسيع من نطاق الضمان،
وهو ما يلاحظ بخصوص بعض الجزاءات التي يتعرض لها المؤمن له في حال إخلاله

ببعض التزاماته العقدية، خاصة أن تطبيق بعضها يفرض على المؤمن إثبات سوء نية المؤمن له.

واستحضارا لخصوصية عقد التأمين ذي الطبيعة الإذعانية، والتنظيم القانوني الخاص، وما يترتب عليه من التزامات متقابلة ومصالح متعارضة، فإن هذا الموضوع يثير إشكالا قانونيا يتمثل في مدى نجاعة التطبيق القضائي للنصوص التشريعية في حماية مصالح كل من المؤمن والمؤمن له، بما يحقق غاية التأمين وفلسفته.

لمعالجة هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين، حيث سنخصص الأول لتناول أسباب النزاعات المرتبطة بخصوصية بنية عقد التأمين، في حين سنتطرق إلى خصوصية الجزاءات المقررة لحل النزاعات المتعلقة بإخلال المؤمن له بالتصريح بالخطر والكارثة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أسباب النزاعات المرتبطة بخصوصية بنية عقد التأمين

يعتبر الغموض السبب الرئيسي الذي يؤدي إلى إحالة النزاع حول مضمون العقد على المحكمة، حيث يتدخل قاضي الموضوع من خلال عملية التفسير لتجاوزه، سواء بالوصول إلى القصد المشترك للمتعاقدين، أم بحل النزاع بشكل موضوعي.

وقد حدد المشرع المغربي حالات غموض عبارات العقد بصفة عامة، في الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود¹، لكنه ونظرا للخصوصية المميزة لعقد التأمين المتعدد الوثائق والمرفقات، فإن حصر صور غموضه يعتبر أمرا صعبا.

¹-ينص الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:

" يكون التأويل في الحالات الآتية:

ويرتبط غموض عقد التأمين بعدم صراحة نصه وبغياب القصد منه، كما يظهر الغموض من خلال التقريب بين مضمون الوثائق المختلفة المكونة له، لذلك ولمحاولة التوقف عند أسباب الغموض المختلفة لهذا العقد، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: غموض نص عقد التأمين

الفقرة الثانية: الغموض الناجم عن تعدد وثائق عقد التأمين

الفقرة الأولى: غموض نص عقد التأمين

يعتبر نص عقد التأمين، المرآة التي من خلالها يتم التوقف عند القصد المشترك للمؤمن والمؤمن له، وذلك كلما كان مضمون هذا النص واضحا لا يكتنفه أي غموض أو إبهام¹ من شأنه إثارة النزاع، لكن كثيرا ما تنم شروط هذا العقد عن الغموض، سواء على مستوى ألفاظها، أم على مستوى مضمونها. ويعزى غموض نص عقد التأمين، إلى قصور الالتزام العام بالإعلام الملقى على عاتق المؤمن الأكثر علما ودراية بمجال التأمين، أمام المؤمن له الذي غالبا ما يكون

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.
3- إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود...."

¹- يكون اللفظ غامضا عندما يكون غير بين الدلالة ولا يمثل أي معنى محدد. ويكون مبهما عندما يحتمل معنيين متميزين متضادين ويحصل التردد في المراد منهما.

- محمد شليح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أطروحة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، 1995-1996، ص 300

- عبد الحق صافي، القانون المدني ج.1:المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد"، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، 2007، ص.87.

جاهلا للغة التأمين، سواء كان شخصا عاديا أم شخصا مهنيا ينشط في غير مجال التأمين، كما يرجع الغموض إلى الإفراط في العموميات، بحيث نجده يوظف ألفاظا وعبارات تنم عن الغموض واللبس في ذهن المؤمن له، من خلال تقديم صياغات فضفاضة وغير صريحة للشروط المحددة لنطاق الضمان، وكذا لشروط الاستثناء، التي تلعب أيضا دورا أساسيا بخصوص معرفة المؤمن له حدود ونطاق التغطية التي يتمتع بها بواسطة عقد التأمين.

هكذا، وفي محاولة منا تحديد أهم صور الغموض التي تطال نص عقد التأمين، سنقسم هذه الفقرة إلى ما يلي:

أولا: غموض دلالات ألفاظ عقد التأمين

ثانيا: غموض مضمون الشروط التي تحد من نطاق الضمان

أولا: غموض دلالات ألفاظ عقد التأمين

تتميز عقود التأمين بطغيان الطابع التقني على ألفاظها، بالإضافة إلى طابعها القانوني، مما يشكل مصدرا لغموضها، وهو الأمر الذي يتضح من خلال الاطلاع على النزاعات المتعلقة بتفسير هذه العقود، إذ اللفظ هو القالب المادي الذي يتجسد فيه المعنى¹.

فيمكن أن ينجم غموض عقد التأمين عن غموض ألفاظه بسبب الاشتراك اللفظي، الذي يقصد منه احتمال اللفظ الواحد أكثر من معنى، مما يجعل الشرط غير محدد.

¹ محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ص 39.

ويدخل في هذا الإطار، لفظ "الليل" الذي يدرج في عقود التأمين من السرقة، ويعد مصدرا للغموض، لأنه لا يعرف المقصود منه، هل تخييم الظلام حسب العمومية، أو الفترة الممتدة بين غروب الشمس وشروقها من منظور علم الفلك. ففي عقد تأمين من السرقة، ألزم المؤمن له على تسخير كل الوسائل لحماية مسكنه في حالات الغياب الطويلة، وخاصة خلال الليل، غير أن هذا اللفظ ينم عن الغموض بالنظر إلى الظروف الخاصة لارتكاب السرقة، كتلك التي ترتكب في غياب المؤمن له بين الساعة السادسة مساء والساعة الحادية عشر ليلا، وذلك في فصل لا يبدأ فيه الليل إلا حوالي الساعة الثامنة مساء، فوجود الضمان يرتبط في هذه الحالة، بمدى كون الغياب من الساعة السادسة مساء إلى الساعة الحادية عشر ليلا بمثابة خروج ليلى¹.

نفس الأمر يقال عن مصطلح "عدم شغل الأمكنة" المؤمن عليها ضد السرقة، ذلك أن إدراج هذه العبارة في عقود التأمين، يطرح التساؤل بخصوص قصد المؤمن، أيقصد بذلك الغياب عن الأمكنة المؤمن عليها بشكل مستمر، أو فقط الغياب عنها لساعات².

كما شكل لفظ "الوثائق" المضمن بالفصل الثاني عشر من الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك مصدرا للغموض، نظرا لكثرة الوثائق اللازم توفرها لسياقة عربة ذات محرك، وقد فسرها المجلس الأعلى بأنها لا تعني مرفقات شهادة السياقة، كالفحص التقني

¹ M.-H. MALVILLE, l'interprétation des contrats d'assurance terrestre, LGDJ, 1991, p. 41-6. - يقصد بالليل حسب معجم "لاروس" (Larousse): تلك المدة الفاصلة بين غروب الشمس وطلوعها والتي تغيب فيها الرؤية.

² - J. KULLMANN, note sous Civ.1^{re}, 10 mai 1989, RGAT, 1989, p. 423.

والطبي وغيرها، وإنما تعني شهادة السياقة نفسها والوثائق التي تحل محلها في المغرب وأنواعها مختلفة¹، كما قضى بعدم اعتبار رخصة النقل² ضمن الوثائق اللازم توفرها لدى السائق، طبقا لقوانين التأمين، وأنه لا أثر لها على الضمان. ويعتبر أيضا من الشائع أن يرد في عقود التأمين ألفاظ واضحة مثل النار أو الحريق أو الانفجار، غير أنها تكون مصدرا للغموض، نظرا لتعدد مدلولاتها التقنية والقانونية³، مما يجعل تدخل قاضي الموضوع من أجل الكشف عن القصد المشترك للمتعاقدين أمرا لازما.

كما أثار لفظ "راكب" المدرج في عقد تأمين الغموض، بحيث طرح التساؤل في ما إذا كان السائق يدخل ضمن فئة الركاب أم لا، وفي جوابه عن هذا الدفع، جاء ضمن حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى⁴ ما يلي:

¹- قرار المجلس الأعلى ع. 444 الصادر بتاريخ 1981/5/7، في الملف الجنحي رقم 53915، والمنشور بمجلة المحاكم المغربية ع. 25 ص 88.

²- جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى بخصوص رخصة النقل أنه: "حيث لئن كان سائق سيارة رونو وهي سيارة أجرة لا يتوفر على الرخصة البلدية وقت وقوع الحادث فإن هذه الرخصة لها صبغة إدارية محضة ينحصر مفعولها في الدائرة التي يشملها نفوذ مصدر الوثائق المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل الثاني عشر من الشروط النموذجية العامة لعقدة تأمين السيارات ولا يمكن بحال أن يكون لها أثر على العلاقة القانونية التي تربط بين المؤمن له بمقتضى عقد التأمين، مما يكون ما علل به القرار المطعون فيه في هذا المجال على صواب، وتكون الوسيلة على غير أساس".

- قرار المجلس الأعلى ع. 1470 الصادر بتاريخ 1978/07/22، في الملف الجنائي رقم 29353 والمنشور بقرارات المجلس الأعلى في المادة الجنائية 1961-1997.

J. FOSSEREAU, La notion d'incendie, pré. H. MAZEAU, LGDJ, 1963, pp. 37 et s.³

⁴- قرار المجلس الأعلى ع. 2/330 المؤرخ في 2008/3/12 في الملف الجنحي ع. 07/7250، والمنشور ب: عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في حوادث السير والتأمين، م.س، ص 111 و112.

"لكن حيث إن السائق أصلا مستثنى من الضمان عملا بمقتضيات المادة 124 من مدونة التأمينات وأن الراكب هو غير السائق وأنه لا يعيب القرار اعتماده على علل وأسباب الحكم الابتدائي المستأنف ما دام قد أيده وتبنى علله التي ورد فيها أن الآلة أداة الحادثة كانت تحمل راكبا واحدا وهو المنصوص عليه في عقدة التأمين وأن السائق لا يعد من الركاب فتكون المحكمة قد أبرزت الأساس الواقعي التي اعتمده في تفسير وثيقة التأمين وطبقت بذلك القانون فالوسائل على غير أساس".

أما بخصوص عبارة "عدم توفر السائق على رخصة السياقة"، المدرجة بالفصل 12 من الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية عن العربات البرية ذات محرك المنسوخ، فقد كانت مصدرا للغموض بسبب تضارب معناها العرفي، الذي يقصد به عدم توفر السائق على رخصة السياقة بين يديه وقت الكارثة، ولو حصل عليها من الجهة المختصة، مع معناها القانوني الذي يفيد وجود رخصة السياقة لدى السائق، الذي حصل عليها من الجهة المخول لها قانونا صلاحية منحها، سواء بالمغرب أم بالخارج، وذلك ولو لم يكن حائزا لها بين يديه وقت الحادث، إذ العبرة للحيازة القانونية وليس للحيازة المادية¹.

ثانيا: غموض مضمون الشروط التي تحد من نطاق الضمان

¹- جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي: "انعدام الحيازة القانونية يكون بعدم حصول السائق على الرخصة أصلا أو انتزاعها منه بحكم نهائي أو قرار إداري بالإلغاء أو التوقيف. وحيث إن الأصل أن المحصل على رخصة السياقة حائز لها للحيازة القانونية ولا يؤثر على ذلك فقدان الحيازة المادية وعلى من يدعي خلافا الأصل إثباته".

- قرار المجلس الأعلى ع. 1773 الصادر بتاريخ 1988/06/22 في الملف المدني رقم 84/1926. مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ج. 2 من 1983 إلى 1991، إعداد إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص 570 وما بعدها.

يعتبر غموض شروط الاستثناء من الضمان مصدر عدد كبير من النزاعات التي تعرض على القضاء، وذلك نظرا لما لهذه الأخيرة من دور أساسي في معرفة المؤمن له حدود الضمان الذي يتمتع به، الشيء الذي يدفع هذا الأخير إلى إثارة كل غموض ينتابها.

وقد عرف المشرع المغربي الاستثناء في المادة الأولى من مدونة التأمينات، بأنه واقعة أو حالة شخص غير مؤمنة لأنها مستبعدة من الضمان، كما عمد إلى تحديد شروط صحته في المادتين 14 و 17 من هذه المدونة، في حين عرفه بعض الفقه الفرنسي من خلال تحديد موضوعه، المتمثل في تجنب تحمل بعض الأخطار أو بعض الأضرار التي يمكن لها أن تكون منتمية لموضوع عقد التأمين¹، كما عرفه جانب من الفقه المغربي²، بأنه الشرط الذي يتفق الأطراف من خلاله على استبعاد بعض الأخطار من إطار عقد التأمين.

ويتخذ شرط الاستثناء من الضمان صورتين تتمثلان في الاستثناء المباشر والاستثناء غير المباشر، فنتحدث عن الاستثناء المباشر عندما يتفق طرفا عقد التأمين بصراحة على أن المؤمن لا يضمن خطرا محددًا، كأن يستثني من الضمان بخصوص تأمين العربات البرية ذات محرك، الحوادث التي تقع ولا يتوفر السائق

- P. FADEUILHE, « l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : le contrôle de ¹ 5.qualification exercé par la cour de cassation », LPA., 15/03/2000, p.

- مثل الحالة التي يأذن فيها مالك العربة لشخص آخر بالسياقة، ثم يتبين له بعد ذلك أن هذا الأخير لا يتوفر على رخصة سياقة، مما يجعل الحادثة غير مشمولة بالضمان، لأنها لا تدخل ضمن الأخطار المؤمن عليها، وبالتالي ستستجيب المحكمة لطلب إخراج المؤمن من الدعوى بناء على هذا الاستثناء.

² - الحسين بلوش، " شرح مدونة التأمينات ج.1: عقد التأمين، ط.1، مطبعة قرطبة، 2016، ص.69.

وقت الكارثة على رخصة سياقة¹، أما بالنسبة للاستثناء غير المباشر، فهو يتم من خلال تعريف الضمان ومن تم فكل خطر لا يدخل في نطاق ذلك التعريف يعد مستثنى من الضمان، كأن ينص في عقد التأمين على القنص بأن المؤمن يضمن الأضرار التي يتسبب فيها المؤمن له للغير أثناء قيامه بعملية الصيد، وبالتالي فإن كل الحوادث التي يتسبب فيها المؤمن له خارج أوقات الصيد، تعتبر مستثناة من الضمان.

فصحة شرط الاستثناء من الضمان متوقفة على وضوحه، بكيفية تجعله قاطع الدلالة على نية المؤمن في حرمان المؤمن له من الحق في ضمان خطر مستهدف بعقد التأمين²، مما من شأنه أن يمكن المؤمن له من معرفة حدود التغطية التي يتمتع بها.

كما يشكل إدراج شروط الاستثناء ضمن وثيقة الشروط العامة، والإحالة عليها في الشروط الخاصة، الموقع عليها من قبل المؤمن له، مصدرا للغموض يثيره هذا الأخير كلما كانت هذه الشروط غير صريحة وغير محددة، غير أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في أحد قراراتها على أن شرط الاستثناء الصريح والمحدد، والمدرج فقط ضمن الشروط العامة، يكون صحيحا كلما كانت الشروط الخاصة موقعة من قبل المؤمن له وتحيل على تلك الشروط العامة³.

, le contrat d'assurance, LGDJ, 1, Les assurances terrestres, t. - M. PICARD et A. BESSON¹
Paris, 1982, 5ème éd., n° 69, p. 119.

- P. FADEUILHE, « l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : le contrôle de²
qualification exercé par la cour de cassation », op.cit, p. 2.

³- جاء ضمن حيثيات قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية ما يلي:

"ولكن حيث إنه، جوابا عن الخلاصات، بعد توقفها على أنه عند توقيعه على الشروط الخاصة للبوليصة والتي تحيل على الشروط العامة فإن كاز (Cazes) توصل بنسخة منها، وقد توقفت محكمة

كما أن توجس قضاة الموضوع والمشرع تجاه شروط الاستثناء من الضمان، نظرا لما تشكله من خطورة على توازن عقد التأمين، يعتبر أمرا يساهم في حماية المؤمن له من عواقب جهله بالمفاهيم التقنية والقانونية الضرورية للفهم الدقيق لنطاق الاستثناءات المحددة من قبل المؤمن.

فقد أكدت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، بأن غاية المشرع من استلزام أن يكون شرط الاستثناء محددًا، هي أن يكون نطاق هذا الاستثناء من الضمان واضحًا ومحددًا لا يرقى إليه أي شك، وذلك لكي يعي المؤمن له بالضبط الحالات التي لا يستفيد فيها من التغطية¹، فعندما يكون شرط الاستثناء من الضمان غير صريح وغير محدد، فإن قاضي الموضوع يكون أمام حلين إيجابيين لصالح المؤمن له، فإما أن يقضي بعدم صحة الشرط تبعًا لمقتضيات المادة L113-1 من قانون التأمين الفرنسي الموافقة للمادة 17 من مدونة التأمينات المغربية،

الاستئناف على أن تعابير المادة 11 من الشروط العامة المذكورة والتي تستثني من الضمان الأضرار التي تصيب أحدا من الغير المنقول على متن عربية ذات عجلتين، تستجيب لشروط الفصل 11 من مرسوم 7 يناير 1959 المعوض بالمادة R 211-12 من قانون التأمين؛ وبالتالي فالوسيلة على غير أساس.

- Civ. 1^{ère} 3 mars 1981, 79-16.323, Bull. Civ., n° 75.

¹- مما جاء ضمن حيثيات هذا القرار نجد:

"لكن حيث إنه وبعد التصريح عن صواب أنه " باشتراط استثناء [...] محدد، فإن غاية المشرع هي أن يكون مضمون أو نطاق الاستثناء دقيقًا، محددًا، بدون أي شك [...] حتى يعلم المؤمن له بالضبط الحالات والظروف التي لا يستفيد فيها من الضمان، [...]؛"

- Cass. 1^{ère} civ., 8 octobre 1974, n° 73-12.497, Bull. Civ., n° 253, p. 216.

وبالتالي يعتبر كأن لم يكن¹، وإما أن يصح بغموض وعدم صراحة الشرط وبالتالي تفسيره ضد المؤمن الذي وضعه².

وتعتبر هذه الشروط اتفاقية، لأن إدراجها ضمن الشروط الخاصة لبعض عقود التأمين، يأتي بعد اتفاق إرادتي طالب التأمين والمؤمن، وهذه الشروط تختلف عن شروط الاستثناء القانونية التي يضعها المشرع³ والشروط التي تضعها الإدارة بخصوص بعض أصناف عقود التأمين، وتفرضها على طرفي العلاقة التأمينية، على سبيل المثال، الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية عن العربات البرية ذات محرك، الصادرة في 26 يونيو 2006⁴.

¹- هذا التوجه تبنته محكمة النقض الفرنسية على أساس مقتضيات المادة 113-1 L. من قانون التأمين الفرنسي.

انظر على سبيل المثال القرار الحديث الصادر عن هذه المحكمة، والذي جاء ضمن حيثياته ما يلي: "حيث إن محكمة الاستئناف التي قامت بتفسير شرط الاستثناء الغامض، والذي نتج عنه شرط غير صريح وغير محدد، قد خرقت النص المذكور أعلاه".

- Cass. 2^{ème} Civ., 16 juillet 2020, n°19-15.676, inédit. Consulté sur: www.legifrance.gouv.fr

²- قضت محكمة النقض برفض الطعن بالنقض المقدم ضد قرار قضى بأنه يجب تفسير شروط الاستثناء من الضمان الغامضة بشكل ضيق لفائدة الطرف الذي لم يحرر البوليصه.

- J. KULLMANN, note sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n° 85-11.920, *RGAT*, 1989, p. 424.

³- استثنى المشرع المغربي الأضرار الناتجة عن الخطأ المتعمد أو التدليسي للمؤمن له من الضمان (انظر المادة 17 من مدونة التأمينات).

- استثنى المشرع المغربي أيضا من الضمان الخسائر والأضرار الناتجة عن حرب خارجية أو عن حرب أهلية أو عن فتن واضطرابات شعبية، عدا اتفاق مخالف (انظر المادة 45 من مدونة التأمينات).

- A. PIMBERT, *L'essentiel de droit des assurances*, 4^{ème} éd., lextenso, 2019-2020, pp. 95 et 4

وحتى يكون شرط الاستثناء من الضمان صريحاً، وجب التنصيص عليه ضمن الشروط العامة، وكذا ضمن الشروط الخاصة¹، وذلك بعد مناقشته من قبل طرفي العلاقة التأمينية، باعتبار أن القضاء يقدم هذه الأخيرة على الشروط العامة عند تعارضهما².

¹ - في هذا الإطار جاء ضمن حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش ما يلي: "وحيث [...] وأنه لما كانت الشروط الخاصة لعقد التأمين قد استثنت من الضمان الأضرار الناتجة عن انكسار الآلات ، فإنه بالنظر إلى طبيعة الأضرار اللاحقة بمركز التبريد أعلاه والأسباب المؤدية إلى ذلك كما هو مفصل أعلاه، يكون العطب اللاحق بهذا المركز معتبراً ضمن الحالات المستثناة من الضمان وفقاً لما هو منصوص عليه ضمن الشروط النموذجية لعقد التأمين..."

- قرار ع. 837 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، بتاريخ 2010/05/10، في الملف ع. 10/05/907. (غير منشور)

- Rabat 21 déc. 1960, *GTM*. 25 Juin 1961, p. 70.²

- انظر أيضاً: - قرار المجلس الأعلى ع. 4500 الصادر بتاريخ 14 دجنبر 1994 في الملف المدني ع. 85/1470، والمنشور في: عبد العزيز توفيق ومحمد أفركوس، قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال الأربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة 1999، الدار البيضاء ، ص 364 وما يليها.

- ومما جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في نفس الاتجاه نجد ما يلي:

" حيث إن الشروط الخاصة لعقد تأمين تقدم على الشروط العامة في حالة استحالة التوفيق فيما بينها؛

؛...

وحيث تم رفض البحث في ما إذا كان الاستثناء المنصوص عليه ضمن الشروط العامة، لم يكن غائباً ضمن الشروط الخاصة...، فإن محكمة الاستئناف لم تجعل لقرارها أي أساس قانوني؛"

- Civ. 1^{ère}, 17 juin 1986, n°84-14.717, *Bull. civ.* 1986, n° 166, p. 167.

- استجابة لما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقديم الشروط الخاصة على الشروط العامة، عمد المشرع الفرنسي إلى إدماج هذه القاعدة في الفقرة الثالثة من المادة 1119 من القانون المدني، بمقتضى التعديل التشريعي لسنة 2016، حيث تنص على ما يلي:

« En cas de discordance entre les conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières. »

وتفسر شروط الاستثناء التي تحيل على تدابير غير محددة، والتي تفسح المجال للمؤمن لإعمال سلطته واستبعاد الضمان بأنها شروط غير صريحة، ففي هذا الإطار، قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته¹ باستبعاد شرط الاستثناء الذي لم يكن محددًا، ومما جاء فيه:

"حيث تعيب الطاعنة على القرار [...] ذلك أنه رد الدفع بانعدام الضمان بعلّة لئن كانت شركة التأمين لا تضمن إلا الجرار فإن آلة الدرس تعتبر من ملحقات الجرار كما أن هذا الأخير بطبيعة عمله أن يعمل في الأراضي الفلاحية ويشغل الآلات التي تلحق به وبالتالي فلا مجال للحديث عن انعدام الضمان في حين يظهر من محضر الضابطة القضائية أن الضحية أصيب بآلة الدرس وأن الطاعنة حسب عقدة التأمين لا تضمن إلا الجرار الفلاحي من نوع بيبيلاروس ولا تشمل آلة الحصاد والتي ليست من ملحقات الجرار [...]"

لكن لما كان المتفق عليه بعقد التأمين المبرم بين الطرفين أن الطالبة تؤمن الجرار في جميع استعمالاته الفلاحية فإن المحكمة كانت على صواب لما اعتبرت

¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى ع. 8، الصادر بتاريخ 2003/01/02، في الملف المدني ع. 2002/2861. عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في مادة التأمين، م.س، ص 207 وما بعدها. - فعندما يكون شرط الاستثناء من الضمان غير واضح، فإنه لا يمكن لقاضي الموضوع تحت ذريعة القصد المشترك للمتعاقدين، أن يوسع من نطاق هذا الشرط ولا أن يستبعد الخطر المؤمن منه. وهذا ما عبر عنه البعض قائلا:

"ومع ذلك، فإننا نرى أنه في حالة عدم ذكر هذا الاستثناء صراحة، فإنه لا يمكن للمحاكم أن تفترض نية الأطراف في استبعاد مخاطر المسؤولية المهنية. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاستثناء الصريح، فإنه لا يوجد أيضًا أي مبرر لتوسيع نطاق الاستثناءات الأخرى المنصوص عليها في البوليصة من أجل استبعاد المسؤولية المهنية ضمنيًا."

- M.-J. TEIXEIRA, *L'assurance de responsabilité civile des risques d'entreprise*, th., LAVAL, Québec, 2018, p. 290.

الضمان قائما بالعلة المنتقدة بالوسيلة فكان قرارها معللا وما بالوسيلة على غير أساس".

ونفس الموقف استقر عليه القضاء الفرنسي، حيث قضت الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، بعدم صراحة شرط الاستثناء غير المباشر الذي يدرج في عقد التأمين من السرقة، والذي يلزم المؤمن له باتخاذ بعض الاحتياطات أثناء غيابه عن الأمكنة المؤمن عليها¹، وهو الأمر الذي قضت به ذات الغرفة، بخصوص شرط استثناء من الضمان مدرج في بوليصة تأمين متعددة المخاطر، من خلاله ألزم المؤمن له على الحرص كرب الأسرة العاقل على حماية وسلامة العقار المؤمن عليه².

الفقرة الثانية: الغموض الناجم عن تعدد وثائق عقد التأمين

مهما حرص المؤمن على تجويد وتوضيح شروط عقد التأمين، إلا أن ذلك يعد أمرا صعب المنال نظرا للخصوصية التقنية للغة التأمين³، فليس هناك عقد تأمين

1- Civ. 1^{ère} 17 février 1993, *RGAT*, 1993.

- Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1993, n° 91-17010, inédit. Consulté sur : www.legifrance.gouv.fr

- كما قضت ذات الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بعدم صراحة شرط عقد التأمين ضد السرقة الذي يستثني من الضمان السلع المسروقة في مركبة غير مزودة بمضاد للسرقة معتمد من قبل المؤمن ومركب من طرف مهني طبقا لتوجيهات الصانع، وذلك دون وضع وصف دقيق للعناصر الخاصة المكونة لهذا الجهاز.

- Cass. 1^{ère} Civ., 3 Janvier 1991, *Bull.civ.*, n°2, p.2.

3- هذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي "إفينر" (IVAINER (T.)) بخصوص وضوح النص التشريعي حين قال:

"كيفما كان مضمون نص تشريعي وغايته، فإن شبح الغموض ما يزال يلاحق نشأته."

- T. IVAINER, « qu'est ce qu'un texte clair ? », article, p. 23. Publié sur:

واضح، باعتبار ارتباطه بشخصية المؤمن له وبمستواه الثقافي، فالصياغة الناقصة لشروط عقد التأمين، تعد أحد روافد الغموض الذي ينم عنه هذا العقد. كما يعتبر من الشائع أن يتم تتميم أو تغيير الشروط العامة لعقود التأمين، والتي تعد سلفا من قبل المؤمن، بمقتضيات خاصة في كل حالة، كما يتم إرفاقها بعدة وثائق مختلفة مثل مذكرة التغطية أو ملحق أو إضافة أو بيان الاكتتاب، والتي قد تثير الغموض عند قراءة مضمونها.

فمهما كانت شروط عقد التأمين المختلفة والمتنوعة صريحة ومحددة في ذاتها، فإنه يمكن أن يؤدي التقريب فيما بينها إلى بروز التناقض، وبالتالي إلى غموض المعنى المقصود من العقد.

ومن أبرز حالات التناقض التي يمكن التوقف عندها نجد تناقض الشروط العامة مع الشروط الخاصة، (أولا)، إلى جانب حالات اختلاف وثائق التأمين المتعددة (ثانيا).

أولا: تناقض الشروط العامة مع الشروط الخاصة

تتميز بوليصة التأمين بتعدد وتنوع الوثائق المكونة لها، الشيء الذي يجعل من ذلك مصدرا للغموض بخصوص القصد الحقيقي للأطراف المتعاقدة، لذلك يحدث أن يأتي شرط خاص وينص على مقتضى يناقض ما هو منصوص عليه في أحد الشروط العامة¹، بحيث يعد توقيع المؤمن له على الشروط الخاصة التي تحيل

¹- في هذا الإطار نورد قرارين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية، يجسدان هذه الوضعية:

فقد جاء ضمن حيثيات القرار الأول ما يلي:

" حيث إن الشروط الخاصة لبوليصة التأمين تقدم على شروطها العامة، وذلك عندما لا تكون قابلة للتنسيق معها؛

[...]؛ فإن محكمة الاستئناف لم تجعل لقرارها أي أساس قانوني؛"

على الشروط العامة، بمثابة قبول بإذعان لكل هذه الشروط التي تكون عقدا واحدا¹.

- Cass.1^{ère}civ., 17 juin 1986, n° 84-14.717, *Bull. civ.* 1986, n° 166, p. 167.

- أما بخصوص القرار الثاني، فإنه يتعلق بعقد تأمين من المسؤولية المدنية مكتتب من قبل شركة متخصصة في استيراد وتسويق لعب مصنوعة من نسيج ذي وبر، وقد نص في أحد شروطه العامة تحت عنوان "موضوع ونطاق الضمان" بأنه تدخل في نطاق الضمان "العواقب المالية للمسؤولية المدنية التي يمكن للمؤمن له أن يتعرض لها بسبب الأضرار البدنية والمادية وغير المادية سواء كانت متعاقبة أم لا، والتي تلحق الغير جراء الأنشطة التي صرح بها المؤمن له والتي يمارسها بنفسه أو لحسابه"، في حين نص في أحد الشروط الخاصة أن "الأنشطة المصرح بها هي على سبيل الذكر وليس الحصر"، الشيء الذي يجعل الاستفادة من الضمان أمرا مهما. وقد قضت محكمة الاستئناف بعدم دخول الحريق في نطاق الضمان من خلال إعمال مقتضيات الشرط العام. وهذا القرار طعن فيه المؤمن له بالنقض مؤسسا طعنه على خرق القرار قاعدة "الشرط الخاص يقدم على الشرط العام" وعلى تحريف المحكمة للشرط الخاص الواضح. لكن محكمة النقض رفضت طلب المؤمن له معللة قرارها بأن المحكمة لم تحرف مقتضيات الشرط الخاص بل فسرتة تفسيراً صحيحاً، ذلك أن ضمان كل الأنشطة الأخرى الممارسة من قبل المؤمن له رهين بالتصريح بها لدى المؤمن له.

- Cass.2^{ème}civ. 11 décembre 2014, n°13-21511, inédit. Consulté sur : www.legifrance.gouv.fr

¹- في هذا الصدد، ذهبت محكمة الاستئناف بليون في أحد قراراتها إلى إلغاء الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة "بور أون بريس"، فقضت باستحقاق المؤمن له للتعويض مؤسسه قضاءها على أن الشروط العامة المحال عليها بواسطة شرط الإحالة المدرج ضمن الشروط الخاصة لا تلزم المؤمن له في ما تتضمنه، وذلك لكون هذا الأخير لم يوقع على الشروط الخاصة المذكورة.

- A. ASTEGIANO-LA RIZZA, note sous CA Lyon, 1^{ère} ch. Civ., sect. B, 23 octobre 2018, n°17/05830, publié à : hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr

ويعزى خطر التناقض بين هذه الشروط إلى أن الشروط الخاصة تأتي لتتيمم الشروط العامة، وجعلها ملائمة للخطر المؤمن منه من قبل المؤمن¹ خصوصا من خلال تعديلها، كما يرجع سبب اختلافها أيضا إلى كونها منجزة في زمنين مختلفين. ونجد من صور الغموض ما ينم عنه التقريب بين الشروط العامة والشروط الخاصة، خصوصا المتعلقة منها بنطاق الضمان وبآليات تنفيذ العقد.

فبخصوص الشروط المتعلقة بآليات تنفيذ العقد، من الشائع أن تنص الشروط العامة المطبوعة على سريان مفعول بوليصة التأمين في اليوم الموالي لتوقيعه أو بعد أداء القسط الأول، مما يجعلها تتقابل مع الشروط الخاصة المخطوطة، التي تحدد بالضبط تاريخ دخول الضمان حيز التنفيذ، ففي هذا الإطار دأبت محكمة النقض الفرنسية على تطبيق قاعدة ترجيح الشروط الخاصة على الشروط العامة²، وذلك دون إلزامية إدراج شرط خاص في العقد يقضي بتطبيق

¹ - A. VIALARD, «Contrat-type et clauses manuscrites. Petit voyage dans le passé comme démonstration de la relativité restreinte », in Études offertes à Hubert Groutel, Lexis NexisLitec, 2006, p.470.

² - في هذا الصدد وبخصوص حادث تحطم مروحة، تقدم مالك هذه الأخيرة بطلب التعويض للمؤمن، لكن هذا الأخير رفض بدعوى أن الآلة لم تكن مؤمنة وقت وقوع الحادث. فاكتتاب بوليصة التأمين تم بتاريخ 5 أبريل 1991، على أن تدخل حيز التنفيذ بتاريخ 9 أبريل 1991 لمدة 12 شهرا حسب الشروط الخاصة، أما الشروط العامة، فقد نصت على أن الضمان يدخل حيز التنفيذ على الساعة الثانية عشر زوالا لليوم الموالي ليوم أداء القسط الأول، مما يجعل الضمان يبدأ بتاريخ 13 أبريل 1991.

- Cass.1^{ère}civ., du 9 avril 1999, n° 96-19538, Bull. civ. 1999, n°44, p. 30.

تلك القاعدة¹، كما لا تتوانى ذات المحكمة في نقض القرارات التي لا تحترم هذه القاعدة².

إضافة إلى ما سبق، فإن مقارنة بند الضمان مع بند الاستثناء منه، يثير غموض نطاق التغطية، فقد نصت الشروط العامة لعقد تأمين، على استثناء ضمان الحوادث التي تتسبب فيها الحيوانات، في حين نصت الشروط الخاصة منه على ضمان الحوادث التي تحدث بسبب تدخل الحيوانات أثناء المسابقات، الشيء الذي يثير التساؤل حول مدى استفادة الفلاح الذي تسببت عجلته في جرح أحد الأفراد أثناء مسابقة للحيوانات من الضمان، فحسب القضاء، فإن الشرط الخاص لا يغطي سوى الحوادث التي تتسبب فيها الحيوانات خلال المسابقات³، مما يجعل المؤمن له لا يستفيد من الضمان.

¹- يجسد ذلك ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها، الذي جاء ضمن حيثياته بأن: "الشروط الخاصة لعقد التأمين تقدم على شروطه العامة، وذلك من غير حاجة إلى أن يتضمن العقد شرطا خاصا ينظم هذه الأولوية."

- Cass. 1^{ère} civ. 7 octobre 1963. *Bull. civ.*, n° 411.

- V. : Cass.civ.1,12 mai 1969, *Bull. civ.*, n° 174.²

- Civ. 1^{ère} 26 juin 1956, *Bull. civ.*, n° 262, p. 211.³

- في نفس الإطار وفي نازلة تعارضت فيها مقتضيات القانون المغربي مع مضمون عقد التأمين، ويتعلق الأمر بتعرض عائلة أجنبية لحادثة سير فوق التراب المغربي، فثار نزاع حول مدى استحقاق الركاب للضمان، فقضت محكمة الاستئناف بعدم استحقاقهم للضمان مطبقة القانون المغربي على النازلة والذي لا يعتبر الركاب أغيارا، إلا أن محكمة النقض الفرنسية طبقت شروط العقد فنقضت هذا القرار مستندة على المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن العقد الصحيح هو بمثابة قانون طرفيه.

- Cass.1^{ère}civ., 4 juillet 2012, n° 10-23.572, *Bull. civ.* 2012, 1, n° 150, note : Lamy Droit civil,

n°97, 1^{ère} oct. 2012.

أما بخصوص التناقض بين الشروط العامة التي ينفرد المؤمن بوضعها، فنجد المشرع الفرنسي ينص في الفقرة الثانية من الفصل 1119 من القانون المدني المعدل، على جعل تلك الشروط العامة غير المتناسقة عديمة الأثر¹، غير أن مقتضيات هذا الفصل تنافسها مقتضيات الفصل 1190 من نفس القانون² من حيث التطبيق، كونه أفيد للمؤمن له.

ثانيا: اختلاف وثائق التأمين المتعددة

لا يعتبر الغموض حكرا فقط على الشروط التعاقدية، بل يطال أيضا الوثائق المكونة لبوليصة التأمين عند التقريب فيما بينها، ويعزى ذلك إلى تنوع وتعدد تلك الوثائق، إضافة إلى اختلاف أزمنة بلورتها، إذ هناك وثائق تضاف إلى البوليصة أثناء مرحلة تنفيذها.

أ. اختلاف البوليصة مع الملحق

ينشأ الغموض كذلك بالتقريب بين بوليصة التأمين وملحقها، الذي يأتي في وقت لاحق لتغيير مقتضيات هذه الأخيرة بالتعديل أو بالإضافة³، ليشكل بذلك جزءا لا يتجزأ منها، كما يعتبر الوسيلة القانونية لإثبات ذلك⁴.

¹- تنص الفقرة الثانية من المادة 1119 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.»

²- تنص المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"عند الشك، يفسر عقد المساومة ضد الدائن ولفائدة المدين، وعقد الإذعان ضد من وضعه."

³ M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t.1, le contrat d'assurance, op.cit. - n°62, p. 104.

⁴- تعرف المادة الأولى من مدونة التأمينات الملحق بأنه: " اتفاق إضافي بين المؤمن والمؤمن له يتم أو يعدل عقد التأمين ويصبح جزءا لا يتجزأ من بوليصة التأمين."، فالملحق يبقى تابعا لعقد التأمين الرئيسي.

فقد نص عقد تأمين من الحوادث التي تتسبب فيها آلة فلاحية على ضمان "المقطورة" أيضا، في حين أشار الملحق إلى عبارة "لا شيء" في المكان المخصص للتأمين على المقطورات، مما أسفر عن غموض نطاق الضمان، وقد فسرت محكمة النقض الملحق على ضوء العقد الرئيسي واعتبرت بأن مرد ذلك هو السهو عند الطبع¹.
فالقضاء مستقر على تقديم مقتضيات الملحق على مقتضيات البوليصة عند تعارضهما، باعتبار أن الملحق ينسخ عناصر البوليصة التي يعبر عنها فقط بالنسبة للمستقبل²، كما يعتبر في نظر الفقه³ بمثابة شرط خاص يعكس الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

ونظرا إلى أن الملحق بمثابة اتفاق رضائي بين الطرفين فإنه لا يستلزم التوقيع⁴، غير أن محكمة النقض الفرنسية استثنت الحالة التي يتضمن فيها الملحق

- للتوسع حول أحكام ملحق عقد التأمين يراجع:

-A. TURINETTI, « L'avenant au contrat d'assurance », *RGDA*, 01/03/2017, n°03, p.163.

- Civ. 1^{re} 26 avril 1978, D. 1978, IR. 463. Cité par : M.-H. MALVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, op.cit, p. 31.

²- جاء ضمن حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي:

" وحيث إن الثابت من هذه الملحقات أنها قد نصت على أن العقدة المبرمة بين الطرفين تتجدد بكل آثارها مما يستفاد معه تبعا لذلك أن الشروط الخاصة الواردة في إطار ملحقات التأمين قد حلت محل الشروط العامة وأوقفت آثارها وأصبحت الشروط الواجبة التطبيق هي الشروط الخاصة المنصوص عليها في إطار ملحقات عقد التأمين. "

- القرار رقم 6068 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/11/26، في الملف ع. 2015/8232/71. (غير منشور)

Les assurances terrestres, t.1, le contrat d'assurance, op.cit, n° - M. PICARD et A. BESSON,³ 62, p. 105.

⁴- هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 22 أبريل 1992، إذ جاء ضمن حيثياته ما يلي:

تقليصا أو تضييقا من الضمان، أو كذلك زيادة في التزامات المؤمن له بمبادرة منفردة من المؤمن، فاشتترط لذلك ضرورة توقيع المؤمن له لهذا الملحق حتى يواجه بمضمونه¹.

" لكن حيث قضى القرار المطعون فيه وعن حق، على أن تعديل عقد تأمين يكون تاما بمجرد تقابل إرادتي المؤمن والمؤمن له، [...]، فإن محكمة الاستئناف استنتجت بالضببط بأن العقد قد تم تعديله في هذا التاريخ، ولا يهم ما إذا كان الملحق موقعا من قبل المؤمن له [...]؛ وهي بذلك تكون قد علقت قرارها بشكل قانوني وأن الوسيلة على غير أساس؛

- Cass. 1^{ère} Civ., 22 avril 1992, n° 89-10.822, Bull. civ. 1992, n° 126, p. 85.

- Cass. 2^{ème} Civ., 21 avril 2005, n° 03-19.697, Bull. civ. 2005, n° 107, p. 95.¹

- Cass. 2^{ème} Civ., 15 déc. 2011, n° 10-26.618, inédit. Consulté sur : www.legifrance.gouv.fr

- حرص المشرع المغربي على التنصيص على واجب الإعلام، من خلال إلزامية التوقيع، حتى يصير الملحق نافذا في مواجهة المؤمن له، وذلك في المادة 11 من مدونة التأمينات المغربية الذي جاء فيه: "يجب إثبات كل إضافة أو تغيير في عقد التأمين الأصلي بواسطة ملحق مكتوب وموقع من الأطراف"، وذلك في الحالة التي يأتي فيها المؤمن بملحق يضييق فيه من نطاق الضمان. وهو نفس المقتضى المنصوص عليه في المادة L.112-3 من قانون التأمين الفرنسي.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا الإطار ما يلي:

"إن المؤمن الذي لم يقم بلفت انتباه المؤمن لهم بخصوص تخفيض الضمانات المعمول بها، لم يف بالتزامه بالإعلام الذي لا يعد محصورا فقط في تسليم الشروط العامة."

- A. PELISSIER, note sous cass. 2^{ème} civ., 25 juin 2015, n° 14-18486 ; 14-19786, RGDA, n°08-09, 01/09/2015, p. 395.

- كما جاء في قرار آخر بأن الزيادة في مبلغ القسط بواسطة ملحق من قبل المؤمن لا يلزم المؤمن له الذي لم يوقع عليه، وأن أداء هذا الأخير مبلغ تلك الزيادة المقررة في مبلغ القسط لا يثبت قبوله بها كونه لم يكن يعلم بها عند الأداء. انظر:

- M. ASSELAIN, note sous Cass. 2^{ème} civ., 8 sept. 2016, n°15-21.655, RGDA, n°10, p.472.

- أما إذا جاء الملحق فقط لتأكيد نطاق الضمان أو لتوسيعه، فإن التوقيع لا يلزم المؤمن له، ويعزى ذلك إلى ما يكتسبه ذلك من إفادة لهذا الأخير. انظر في هذا الإطار:

ب. اختلاف نظائر عقد التأمين

يعتبر اختلاف نسخة عقد التأمين التي يحوزها المكتب مع تلك المملوكة من قبل المؤمن، أحد الصور التي تثير الغموض، حيث يطرح التساؤل التالي: أي منهما أولى بالتطبيق؟

جاء الجواب بواسطة الاجتهاد القضائي وبشكل ثابت، على أن المقتضيات المتضمنة في النظرير المسلم للمؤمن له هي الأولى بالتطبيق، فقد قضت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية¹ على أنه، عند وجود اختلاف بين المقتضى المتعلق بحساب مقدار التعويض في نظير البوليصه المسلم للمؤمن له، والنظير المحتفظ به من طرف المؤمن، فإنه يتم تغليب المقتضى المنصوص عليه في النظرير المسلم للمؤمن له.

ويعزى هذا التوجه القضائي إلى ضرورة تحميل المؤمن تبعات إهماله، لعدم التزامه الدقة عند تحريره لنظائر مماثلة من عقد التأمين².

– Cass.2^{ème} Civ., 21 avril 2005, n°03-19.697, *Bull. civ.* 2005, n° 107, p. 95.

– Cass. 2^{ème} Civ., 14 juin 2018, n°17-10.097, inédit. Consulté sur : www.legifrance.gouv.fr

- للمزيد من التوضيح حول مكانة التوقيع في قانون التأمين، وتطور الاجتهاد القضائي بخصوصه، يمكن الرجوع إلى:

- J. KULLMANN, Signature et contrat d'assurance, *RGDA*, n° 08-09, 1/09/2018, p. 381.

- J. KULLMANN, De la modification du contrat d'assurance à la modification de la jurisprudence : La signature de l'avenant n'est pas nécessaire, *RGDA*, n°08-09, 1/09/2018, p. 398.

1986, n° 85-11.599, *Bull. civ.* 1986, n° 249, p. 239. - Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 1

Le contrôle judiciaire du contrat d'assurances terrestres –Essai sur les - A. PIMBERT,² rapports entre le droit commun des contrats et la législation spéciale de l'assurance- », th.,

Poitiers, 2000, n° 232, p. 200.

المطلب الثاني: خصوصية الجزاءات المقررة لحل النزاعات المتعلقة بإخلال المؤمن له بالتصريح بالخطر والكارثة

تندرج النزاعات المتعلقة بإخلال المؤمن له بالتزاماته الناشئة عن عقد التأمين، لاسيما تلك المرتبطة بالتصريح بالبيانات المتعلقة بالخطر والتصريح بالكارثة عند حدوثها داخل الأجل القانوني المحدد، من أهم القضايا المعروضة أمام القضاء، والتي حاول المشرع من جانبه معالجتها من خلال التنصيص على مقتضيات يروم من خلالها حماية مصالح الطرفين بما يحقق التوازن العقدي.

ومن أجل ذلك، ميز المشرع بين حالات الإخلال بالالتزام عن حسن النية أو عن سوء النية، باعتبار ذلك المحدد الرئيس في تطبيق الجزاءات المناسبة التي ترقى أحيانا إلى مستوى العقوبات الخاصة، وهو ما سنتولى تناوله بشيء من التفصيل في هذا المطلب، حيث سنخصص الفقرة الأولى لتناول جزاء الإخلال بالالتزام بالتصريح بالخطر عن حسن نية، على أن نتناول إخلال المؤمن له بالالتزام بالتصريح بالكارثة في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: جزاء الإخلال بالالتزام بالتصريح بالخطر عن حسن نية

يعتبر المؤمن له حسن النية إذا لم يكن يقصد تضليل المؤمن لحمله على إبرام العقد أو تخفيض قسط التأمين. وعلى هذا الأساس، كان الجزاء المطبق على المؤمن له في حال إخلاله بالالتزام بالتصريح بالخطر عن حسن نية أخف وأقل وطأة من الجزاء المقرر في حال ثبوت سوء نيته.

- كذلك عند تعارض مقتضيات عقد التأمين مع شهادة التأمين التي تنجز في وقت لاحق لوقت إبرامه، فإن مضمون العقد هو الذي يطبق، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها التالي:

- Cass.2^{ème}civ., 10 mai 2007, n° 06-14.543, Bull. civ. 2007, n° 125.

ويختلف الجزاء الموقع على المؤمن له حسن النية باختلاف وقت اكتشاف حقيقة الظرف، كما سنوضح فيما يلي.

أولاً: اكتشاف التصريح الخاطئ قبل وقوع الكارثة

تنص المادة 31 من مدونة التأمينات في فقرتها الثانية على ما يلي:

" إذا تمت معاينة هذا الإغفال أو التصريح الخاطئ قبل أي حادث يحق للمؤمن الإبقاء على العقد مقابل زيادة في القسط يقبلها المؤمن له، وإما فسخ العقد 10 أيام بعد تبليغ المؤمن له بذلك بواسطة رسالة مضمونة، مع إرجاع جزء القسط المؤدى عن الفترة التي لم يعد فيها التأمين سارياً".

ونستشف من مضمون المادة 31 من مدونة التأمينات، أن المشرع حول إمكانية الفسخ أو الإبقاء على العقد للمؤمن فقط دون المؤمن له. بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى الفسخ بدعوى أنه لم يصرح بالخطر عن حسن نية، بل يبقى هذا الخيار بين يدي المؤمن يلجأ إليه في الحالة التي يواجه بالرفض عند اقتراحه الاحتفاظ بالعقد مع الزيادة في القسط. وهذا ما سنفصل فيه الحديث فيما يلي:

1- إبقاء عقد التأمين ساري المفعول

يقتضي ضمان توازن العقد أن يكون القسط المؤدى متوافقاً مع حجم الخطر الملقى على عاتق المؤمن تطبيقاً لقاعدة تناسب القسط مع حقيقة الخطر المؤمن منه. ففي هذه العلاقة تكمن مشروعية الزيادة في القسط في حالة اختيار المؤمن الاحتفاظ بالعقد عند اكتشاف الإغفال أو التصريح الخاطئ بحسن النية قبل وقوع الكارثة، حماية لحسن نية المؤمن له من جهة، ومراعاة لعدم الإضرار بمصالح المؤمن

من جهة أخرى. ويتم تفعيل هذه الزيادة من تاريخ قبولها من قبل المؤمن له، وهو ما يعني أنها لا تسري بأثر رجعي¹. غير أنه لا يمكن للمؤمن أن يفرض على المؤمن له هذا الخيار نظراً لأن ذمة المؤمن له ستتأثر بفعل الزيادة في القسط، لذلك فإن قبول هذا الأخير ضروري، ولا يسع المؤمن إلا أن يقترح هذا الحل المتعلق بالاحتفاظ بالعقد دون فرضه².

ويعتبر قبول المؤمن له لهذه الزيادة في القسط سبباً لعدم إمكانية لجوء المؤمن إلى الخيار الثاني المتعلق بفسخ العقد، لا من ناحية اختلال التوازن العقدي؛ حيث يعد تعديل القسط بمثابة إعادة التوازن للعقد، ولا من ناحية سوء النية؛ إذ يفترض حسن النية من قبل المؤمن له³.

2- خيار فسخ العقد

حول المشرع للمؤمن خيار فسخ العقد في حالة عدم قبول الزيادة في القسط، على أن يتم تفعيله عشرة (10) أيام بعد تبليغ المؤمن له بذلك بواسطة رسالة مضمونة⁴. وهو ما يعني أن فشل المفاوضات بين المؤمن والمؤمن له حول الزيادة في القسط هو الذي يدفع المؤمن إلى استعمال حقه في وضع حد للعقد.

وعلاوة على ذلك، يرى بعض الفقه⁵ أن المؤمن يستطيع أن يطالب المؤمن له بأداء

1- غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2011، ص. 312.

2- الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، م.س.، ص. 168.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقود الغرر، ج. 7، مج. 2، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ف. 629، ص. 1282.

4- المادة 31 من مدونة التأمينات.

5- M. PICARD et A. BESSON, *Le contrat d'assurance*, op.cit. n° 95, pp.162 et S.

تعويض عن الضرر الذي لحقه جراء إنهاء العقد، في الحالة التي يرفض فيها المؤمن له الزيادة المقترحة في القسط من قبل المؤمن رغم كونها زيادة معقولة.

وقد تثار مسألة إغفال التصريح ببيان ما عند نشوء نزاع حول تسوية آثار الكارثة، في الحالة التي يكتشف المؤمن، وهو بصدد التحقق من الأضرار التي لحقت المؤمن له، بأنه أغفل الإعلان عن بيان جوهرى له علاقة بخطر آخر غير الذي تحقق ونشأ حوله نزاع. ففي هذه الحالة يستطيع المؤمن فسخ العقد حتى ولو لم تكن هناك أي علاقة بين الظرف الذي تم إغفاله والخسارة التي تحققت¹.

ويترتب على الفسخ زوال آثار العقد بالنسبة للمستقبل فقط مع احتفاظ المؤمن بالأقساط المدفوعة نظير تحمله لتبعة الخطر في تلك الفترة، وله الحق في المطالبة بكافة الأقساط المستحقة لغاية الفسخ، ويلتزم في المقابل برد جزء الأقساط المؤداة عن المدة التي لم يعد فيها العقد ساريا وفق مقتضيات المادة 31 من مدونة التأمينات. أما إذا وقعت الكارثة قبل الحسم في مصير العقد، فإن المؤمن له لا يستحق إلا التعويض المخفض تناسباً مع نسبة الأقساط المؤداة ونسبة الأقساط التي كان من المفروض أن يؤديها لو صرح بشكل صحيح بظروف الخطر كما سنرى.

ثانياً: اكتشاف حقيقة الظرف بعد وقوع الكارثة

إذا اكتشف المؤمن بعد وقوع الكارثة حقيقة الخطر المؤمن منه، وأن التصريح الذي أدلى به المؤمن له لم يكن صحيحاً، فإنه يلتزم مع ذلك بتعويض المؤمن له. غير أن هذا التعويض يكون جزئياً طبقاً لقاعدة تناسب القسط مع الخطر (La règle

¹ - كريس بارسونس، (ترجمة الحسين العجمي وإبراهيم الريس)، الأوجه القانونية للتأمين، ط.1، البحرين، 2001، ص. 265.

(proportionnelle de prime)¹. حيث يتم تخفيض مبلغ التعويض الذي التزم المؤمن بدفعه، بنسبة الفرق بين نسبة الأقساط المؤداة، ونسبة الأقساط التي كان من المفروض أن يؤديها فيما لو كانت البيانات المصريح بها صحيحة، جزاء لعدم أداء القسط المناسب للخطر الحقيقي.

ويتم حساب ذلك وفق القاعدة التالية:²

التعويض = قيمة الضرر × نسبة الأقساط المؤداة / نسبة الأقساط التي كان يتعين أدائها

فمثلا، إذا كانت قيمة الأضرار التي لحقت المؤمن له محددة في 60000 درهما وكانت نسبة القسط المتناسبة مع الخطر المصريح به هي 1٪ في حين أن النسبة الحقيقية للقسط، لو تم التصريح بشكل سليم من قبل المؤمن له حسن النية، هي 3٪، فإن مبلغ التعويض المخفض سيكون كالتالي:

التعويض المخفض = 60000 د × 1٪ / 3٪ = 20000 درهما

وهكذا يصبح التعويض الذي يلتزم المؤمن بأدائه للمؤمن له هو 20000 درهما عوض 60000 درهما.

ويعتبر الفقهاء "بيكار" و"بوسون"³ أن التخفيض النسبي للتعويض، الذي يطبق حتى في الحالة التي لم يكن فيها للإغفال أو التصريح الخاطئ أثر على وقوع

¹ - تُراجع المادة 31 من مدونة التأمينات.

² - الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، ط.1، مطبعة بن سي، الداخلة، 2010، ص.173.

³ - M. PICARD et A. BESSON, *le contrat d'assurance, op.cit.* n°94, p. 159.

الحادث، هو إجراء منصف يجد تبريره ومشروعيته في فكرة التعاون التي يتأسس عليها التأمين بصفة عامة¹. فالمؤمن الذي لم يحصل على القسط المناسب للخطر الحقيقي لم يكن ملزماً بتحمل كل تبعات وقوع الكارثة، كما أن مبدأ الإنصاف يقتضي عدم حرمان المؤمن له حسن النية من كل الضمان، لذلك يبقى مستفيداً من التغطية في حدود ما يتناسب والأقساط التي دفعها.

وفضلاً عن ذلك، يرى البعض² أن أساس التخفيض النسبي للتعويض يجب البحث عنه في الأساس القانوني للالتزام بالتصريح بالخطر، الذي أسسه على مبدأ حسن النية وعلى الاعتبارات الاقتصادية والفنية. فاعتماداً على فكرة حسن النية، ينص المشرع على صنفين من الجزاءات بحسب ما إذا كان المصرح المخل حسن النية أو سيء النية، بحيث يبطل العقد إذا كان سيء النية أما إذا كان حسن النية فإن الجزاء المترتب على التصريح الخاطئ أو الكتمان يكون أخف ويصل إلى التخفيض

¹ - يعتبر التأمين مظهراً من مظاهر التعاون بين الأفراد، ويقوم المؤمن فيه بدور الوسيط المدبر لهذا التعاون عن طريق إبرامه لعقود التأمين مع المؤمن لهم، وهو ما يوجب على كل مؤمن له التحلي في جميع أعماله بروح التعاون والرغبة في تحقيق المصالح المشتركة التي يهدف إليها التأمين. للمزيد من التوسع، يراجع:

- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، أحكام عقد التأمين، ط.1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص.

ويرمي التعاون في إطار التأمين إلى تحقيق مجموعة من المزايا لفائدة المتعاقدين معاً، حيث يتحقق الأمان بالنسبة للمؤمن، وذلك من خلال جمع أقساط التأمين التي تمكنه من القيام بالتزاماته المتعلقة بتغطية الكوارث. كما يؤدي التعاون أيضاً إلى تحقيق الأمان بالنسبة للمؤمن له، وذلك بضمان حصوله على التعويض إذا لحقه ضرر. للمزيد، ينظر:

- أحمد محمد لطفي أحمد، نظرية التأمين، نشر دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص. 46.

² - الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، م.س.، ص. 180.

النسبي للتعويض، تطبيقاً لقاعدة تناسب القسط مع الخطر¹.

ويطرح تساؤل حول إمكانية لجوء المؤمن إلى فسخ العقد بعد وقوع الكارثة، على غرار ما يخوله المشرع للمؤمن الذي اكتشف إغفال المؤمن له حسن النية، أو تصريحه الخاطئ حول ظرف ما قبل وقوع الكارثة. فإذا كان المشرع لم يتطرق إلى هذه الإمكانية في المادة 31 من مدونة التأمينات المشار إليها أعلاه، فإن بعض الفقه² يرى أنه ما دام هذا الخيار وارداً بالنسبة للمؤمن في حالة اكتشاف التصريح الخاطئ قبل وقوع الكارثة، فإن المنطق يقتضي أن تتوافر هذه الإمكانية بعد وقوع الكارثة حيث تظهر أهمية وضع حد لتحمل الخطر في المستقبل بالنسبة للمؤمن.

الفقرة الثانية: إخلال المؤمن له بالالتزام بالتصريح بالكارثة

إلى جانب الالتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المؤمن له، يتحمل هذا الأخير التزاماً بالإشعار عن وقوع الخطر المؤمن منه، أو ما يسمى بالالتزام بالتصريح بالكارثة بمجرد علمه بها، وعلى أبعد تقدير داخل أجل خمسة أيام الموالية لوقوعه كمبدأ عام، في سبيل تنوير المؤمن وإعلامه بما يعرفه عنها، ومنحه فرصة البحث والتقصي حول أسباب وظروف الكارثة كي يتخذ ما يلزم من إجراءات وتدابير في أسرع وقت للمحافظة على حقوقه ومصالحه، وذلك طبقاً لمقتضى البند 5 من المادة 20 من مدونة التأمينات .

¹ - يستند التخفيض النسبي للتعويض إلى قاعدة مهمة في التأمين، ويتعلق الأمر بقاعدة تناسب القسط مع الخطر. ومؤدى هذه القاعدة أن القسط يتبع الخطر وجوداً وعدماً، زيادة ونقصاناً.

للمزيد في هذا الاتجاه، يراجع:

- الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، م.س.، ص 180 وما بعدها.

-M. PICARD et A. BESSON, *Le contrat d'assurance*, op.cit., n°94, p. 161.²

ومن الناحية العملية، يلاحظ أنه غالباً ما يتضمن عقد التأمين، بحسب نوع التأمين، شرطاً بتقديم معلومات أو وثائق تتعلق بالحادث، حيث يبدأ الالتزام بالتصريح بوقوع الكارثة، ثم تقديم بيانات ووثائق ذات الصلة بالخطر المؤمن منه، والشهود عند وجودهم، والإجابة عن الأسئلة التي يضعها المؤمن وفقاً لنوع الخطر الذي تشمله التغطية¹.

وقد يغفل المؤمن له تنفيذ التزامه بإشعار المؤمن بوقوع الكارثة، وهنا يطرح التساؤل حول الجزاء المطبق في هذه الحالة، علماً أن فكرة منتهى حسن النية التي يتأسس عليها عقد التأمين تفرض على كل طرف الحفاظ على مصالح الطرف الآخر².

أولاً: النزاع المتعلق بإغفال التصريح بالكارثة

بالرجوع إلى مدونة التأمينات نجد أنها لم تنص على جزاء خاص بإخلال المؤمن له بالتزامه بالتصريح بوقوع الكارثة، وهو ما يعني أن القواعد العامة هي المطبقة في هذه الحالة، حيث يسأل المخل بالتزامه مسؤولية عقدية عن الضرر الذي لحق الطرف الآخر، غير أنه في الواقع العملي يتم التنصيص في عقد التأمين على جزاء اتفاقي يوقع على المؤمن له عند إخلاله بالتزامه بالتصريح بالكارثة يتمثل في سقوط الحق في الضمان (La déchéance).

وجدير بالإشارة أن هذا الجزاء يختلف عن جزاء الإخلال بالالتزام بالتصريح بالخطر، فسقوط الحق في الضمان لا يعدم العقد، وإنما يؤدي فقط إلى زوال الحق

¹ - فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين، ط 1، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2011، ص. 123.

² - Voir dans ce sens :

- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2017, p.

في التعويض بالنسبة لحادث معين على إثر إخلال المؤمن له بأحد التزاماته، وهو الالتزام بالتصريح بالكارثة في هذه الحالة.

ويعتبر السقوط دفع يمكن المؤمن من رفض تنفيذ التزامه بالضمان، ولو أن الخطر الذي تحقق هو نفسه الخطر الذي تشملته التغطية، وذلك بسبب عدم تنفيذ المؤمن له لالتزامه الذي يفرضه عليه العقد أو القانون في حالة وقوع الكارثة¹. وقد عرفت المادة الأولى من مدونة التأمينات سقوط الحق في الضمان على أنه "حالة لا تعدم عقد التأمين ولا يزول إلا حق التعويض بالنسبة لحادث معين على إثر إخلال المؤمن له بأحد التزاماته".

وعرفه بعض الفقه في فرنسا² بأنه فقدان المؤمن له لحقه في الضمان، إذا أخل بالتزامه بالتصريح بالكارثة في الميعاد المتفق عليه عن وقوع الخطر المؤمن منه، شريطة أن يكون منصوباً عليه في العقد.

1- خصائص سقوط الحق في الضمان

بناء على ما سبق، يتضح أن سقوط الحق في الضمان يتميز بخصائص نذكر أهمها في ما يلي.

أ- السقوط جزاء اتفاقي

يعتبر السقوط جزاء لا يجوز توقيعه إلا باتفاق خاص، وعليه فإنه يجب على المؤمن أن يشترط على المؤمن له في عقد التأمين أن يسقط حقه في التعويض عما

¹ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، ط. 1، مطبعة الكرامة، الرباط، 2017، ص. 146 وما يليها.

² - Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op.cit., p. 388.

لحقه من ضرر جراء وقوع الكارثة إذا ثبت إخلاله بالتزامه بالتصريح بها ولو لم يلحق المؤمن أي ضرر¹، بالإضافة إلى احتفاظ هذا الأخير بالأقساط المؤداة. ويمكن للمؤمن له أن يتحلل من تطبيق سقوط الحق إذا أثبت أن إخلاله بالالتزام بالتصريح بالحادث يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، طبقا لمقتضى المادة 20 من مدونة التأمينات التي تنص على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بسقوط الحق الناشئ عن أحد شروط العقد تجاه المؤمن له الذي ثبت استحالة قيامه بالتصريح داخل الأجال المحددة، بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة".

ب- السقوط هو فقدان للحق في الضمان

يفترض في سقوط الحق في التعويض قيام التزام المؤمن بالأداء بسبب وقوع الخطر المؤمن منه الذي يترتب عليه نشوء حق المؤمن له في التعويض وفقا لمقتضيات العقد.

أما إذا لم يكن للمؤمن له أي حق في الضمان، إما لأن العقد باطل أو لأن الخطر مستبعد من الضمان أو لأن الضمان متوقف بسبب عدم أداء قسط التأمين، فإنه لا مجال للحديث في هذه الحالة عن سقوط الحق. وعليه، فإن السقوط يكون في الحالة التي ثبت فيها حق المؤمن له في الضمان، ويسقط هذا الحق بموجب نص في العقد بسبب إخلال هذا الأخير بأحد التزاماته².

¹ - يعتبر السقوط جزاء اتفاقي لا يهدف إلى تعويض الضرر الذي يحصل للمؤمن إذ يوقع حتى في حالة عدم لحوق أي ضرر بالمؤمن. لذلك ينظر إليها على أنها عقوبة خاصة ترمي إلى حماية مصالح خاصة للمستفيد منها من خلال ردع المسؤول عن الإخلال بالتزامه أكثر من جبر الضرر اللاحق بالمتضرر. للتوسع أكثر، انظر: أستاذنا الحسين بلوش، الشرح الوافي لأحكام عقد التأمين، ط.1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2022.

² - Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op.cit, p. 389.

ج- سقوط الحق في الضمان هو جزاء عدم تنفيذ المؤمن له لالتزامه بعد وقوع الكارثة

يستشف من تعريف السقوط أن الحق في الضمان قد تولد عن الكارثة، وفقدان المؤمن له لحقه في الضمان هو نتيجة إخلاله بالتزامه بعد وقوع الكارثة، ولا يمكن استيعاب جزاء السقوط بشكل واضح إلا في إطار عدم تنفيذ المؤمن له، أو تنفيذه المعيب لالتزاماته بعد وقوع الكارثة¹.

ويستوي في تطبيق السقوط أن يكون المؤمن له حسن النية أو سيء النية، وهو ما يسمح بالقول إن قسوة هذا الجزاء تفسد صورة التأمين لدى الجمهور².

2- شروط سقوط الحق في الضمان

تنص المادة 14 من مدونة التأمينات على ما يلي: " مع مراعاة الأحكام الخاصة المنصوص عليها بالنسبة لتأمينات المسؤولية، فإن شروط العقد التي تنص على حالات البطلان المنصوص عليها في هذا الكتاب أو على حالات سقوط الحق أو الاستثناءات أو حالات انعدام التأمين، لا تكون صحيحة إلا إذا أشير إليها بحروف جد بارزة."

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي حرص على وضع شرط شكلي مهم لا بد من توفره لكي يكون شرط سقوط الحق في الضمان صحيحا وناظرا، وهو التنصيص عليه في بوليصة التأمين بحروف جد بارزة، حتى يكون محددًا ودقيقًا.

¹ ibid

² - انظر في هذا الصدد: الحسن اوبعيد، الالتزام بالتصريح بالكارثة في ضوء مدونة التأمينات، مطبعة قرطبة، أكادير، 2015.

وبما أن المؤمن هو من يتولى وضع بنود العقد وتحريره، فإن كل غموض أو لبس يكتنف ما ورد فيه يجب أن يفسر لصالح المؤمن له.

ويضيف المشرع الفرنسي إلى هذا الشرط الشكلي شرطا موضوعيا يتعلق بسقوط الحق في الضمان في حالة التأخر عن التصريح بالكارثة، بحيث يشترط لتطبيق شرط السقوط أن يترتب على هذا التأخر ضرر بالنسبة للمؤمن، كأن يتعذر مثلا اتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من آثار الكارثة بسبب التأخر في التصريح بها. كما لا يمكن تطبيق شرط السقوط إذا ثبت أن عدم التصريح بالكارثة راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي¹.

ثانيا: جزاء التصريح الخاطئ بالكارثة عمدا

أثار لجوء المؤمن إلى تفعيل شرط السقوط بسبب التصريح الخاطئ بالكارثة نقاشا واسعا، وتضاربت بشأنه أحكام وقرارات قضائية، الأمر الذي دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى حسم هذا النقاش من خلال قرارها² الصادر بتاريخ 16 دجنبر 2021.

و يتمحور هذا القرار حول الآثار المترتبة على التصريح الخاطئ بالكارثة، علما أن عبء إثبات التصريح الخاطئ بالكارثة يقع على عاتق المؤمن. ونكون بصدد التصريح الخاطئ عمدا في حالتين: إما التصريح بكارثة لم تقع أصلا، أو التصريح بقيمة أضرار

¹ - V. article 113-2 du code des assurances français.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 1262 F-D، صادر بتاريخ 16 دجنبر 2021 عن الغرفة المدنية الثانية، طعن رقم 20-15.126، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية:

غير مطابقة للقيمة الحقيقية وذلك بنية الحصول على تعويض أكبر من التعويض
المستحق¹

بيد أن ثبوت الحالة الأخيرة يتوقف على إثبات سوء نية المؤمن له. ففي هذه
النازلة أثير نقاش حول حريق تعرض له العقار المؤمن عليه في وقت سابق، وحصل
على إثره المؤمن له على تعويض من مؤمن سابق، نظرا لما لهذه المعلومة من تأثير كبير
على المبدأ التعويضي الذي يستلزم ضرورة تناسب التعويض مع الضرر الذي لحق
بالمؤمن له.

وتتمثل المسألة القانونية التي يناقشها هذا القرار في وجوب إثبات سوء نية المؤمن
له الملتزم بالتصريح بالكارثة من أجل الدفع بسقوط الحق في الضمان، خاصة أن
المؤمن له لم ينكر أبدا عدم تصريحه أثناء إنجاز الخبرة بكونه لم يقم بالإصلاحات
اللازمة في العقار بعد وقوع الحريق الأول (كما هو وارد القرار المطعون فيه)، كما أن
تعليل محكمة الاستئناف قرارها بكون المؤمن له امتنع عمدا عن التصريح بوقوع
حريق سابق في نفس العقار، وحصل على إثر ذلك على تعويض، وأنه لم يثبت علم
المؤمن بذلك، يتناقض مع الوثائق المدلى بها، والتي يتبين من خلالها أن وكيل المؤمن
قام بزيارة العقار بعد وقوع الحريق الأول، ووقف على حالته قبل إبرام العقد مع
المؤمن الحالي، بالإضافة إلى أن المؤمن له أجاب عند إبرام العقد بالإيجاب عند
سؤاله عما إذا وقعت كارثة من نوع آخر غير السرقة والأضرار الناجمة عن المياه

¹ - V. dans ce sens :-

- Ch. LACHIÈZE, « la fraude à l'assurance : le point de vue du civiliste », *JCP*, n° 13 - 29
mars 2012, p. 2 ;

fraude à l'assurance : le point de vue des - M. JELEVA et P. PICARD, « Assurance – La
économistes », *JCP* Entreprise et Affaires, n°13, 29 Mars 2012, p. 3.

والكوارث الطبيعية، مما يبين أن المؤمن كان على دراية بوقوع كارثة سابقة قبل إبرام العقد.

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن عدم سعي محكمة الاستئناف إلى تعميق البحث في كون الخبرة التي قام بها المكتب (أ) قد استبعدت بعض مكونات العقار والتجهيزات المنزلية التي تعرضت للحريق الأول من القيمة المحددة للأضرار، وأن الخبير الذي وكله المؤمن لتقييم هذه الأضرار قد أخذ بعين الاعتبار بعض المكونات دون الأخرى، مما يفيد أنه استبعد بدوره الأشياء التي تعرضت للهلاك أثناء الحريق الأول، عند احتسابه لقيمة الأضرار التي لحقت المؤمن له، وهو ما جعل قرار محكمة الاستئناف غير مبني على أساس قانوني.

ونستشف من هذا القرار أن تفعيل شرط السقوط يستلزم إثبات تعمد إخلال المؤمن له بالتزام متعلق بالتصريح بالكارثة¹، وأن الاحتجاج بعدم توظيف التعويض المحصل عليه بعد وقوع الحريق الأول في إصلاح العقار غير مبني على أساس قانوني إذ لا يلزم المؤمن له بذلك.

وإذا كان شرط السقوط وسيلة لدفع المؤمن له إلى تنفيذ التزاماته بحسن نية، فإن تطبيق هذا الشرط - في المقابل- يقتضي أن يتم بحسن نية أيضا، وهو ما يستلزم عدم إمكانية تطبيقه تلقائيا.

¹ - V. aussi : Cass. 2^e civ., 5 juil. 2018, n° 17-20488.

المراجع المعتمدة

➤ المراجع باللغة العربية

- أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، ط. 1، مطبعة الكرامة، الرباط، 2017.
- أحمد محمد لطفي أحمد، نظرية التأمين، نشر دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007
- الحسن اوبعيد، الالتزام بالتصريح بالكارثة في ضوء مدونة التأمينات، مطبعة قرطبة، أكادير، 2015.
- الحسين بلوش، شرح مدونة التأمينات ج.1: عقد التأمين، ط. 1، مطبعة قرطبة، 2016.
- الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، ط.1، مطبعة بن سي، الداخلة، 2010.
- الحسين بلوش، الشرح الوافي لأحكام عقد التأمين، ط.1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2022.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، أحكام عقد التأمين، ط.1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
- عبد الحق صافي، القانون المدني ج.1:المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد"، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، 2007.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، عقود الغرر، ج.7، مج.2، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.

● غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2011.

● فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين، ط 1، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2011.

● كريس بارسونس، (ترجمة الحسين العجي وإبراهيم الريس)، الأوجه القانونية للتأمين، ط.1، البحرين، 2001.

● محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد.

● محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أطروحة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، 1995-1996.

➤ المراجع باللغة الفرنسية

➤ OUVRAGES :

○ M.-H. MALVILLE, l'interprétation des contrats d'assurance terrestre, LGDJ, 1996.

○ J. FOSSEREAU, La notion d'incendie, pré. H. MAZEAU, LGDJ, 1963.

○ M. PICARD et A. BESSON , Les assurances terrestres, t.1, le contrat d'assurance, 5ème éd. LGDJ, Paris, 1982.

○ A. PIMBERT, L'essentiel de droit des assurances, 4ème éd., lextenso, 2019-2020.

○ M.-J. TEIXEIRA, L'assurance de responsabilité civile des risques d'entreprise, th., LAVAL, Québec, 2018.

○ A. PIMBERT, Le contrôle judiciaire du contrat d'assurances terrestres – Essai sur les rapports entre le droit commun des contrats et la législation spéciale de l'assurance- , th., Poitiers, 2000.

○ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, Droit des assurances, 14ème éd., Dalloz, 2017.

➤ **ARTICLES :**

○ P. FADEUILHE, « l'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance : le contrôle de qualification exercé par la cour de cassation », LPA., 15/03/2000.

○ T. IVAINER, « qu'est ce qu'un texte clair ? ». Publié sur: www.persee.fr

○ A. Astegiano-La Rizza, note sous CA Lyon, 1re ch. Civ., sect. B, 23 octobre 2018, n°17/05830, publié à: hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr

○ A. VIALARD, « Contrat-type et clauses manuscrites. Petit voyage dans le passé comme démonstration de la relativité restreinte », in Études offertes à Hubert Groutel, Lexis NexisLitec, 2006.

○ TURINETTI, « L'avenant au contrat d'assurance », RGDA, 01/03/2017, n°03, p.163.

○ J. KULLMANN, « Signature et contrat d'assurance », RGDA, n° 08-09, 1/09/2018, p. 381.

- J. KULLMANN, « De la modification du contrat d'assurance à la modification de la jurisprudence : La signature de l'avenant n'est pas nécessaire », *RGDA*, n°08-09, 1/09/2018, p. 398.
- Ch. LACHIÈZE, « la fraude à l'assurance : le point de vue du civiliste », *JCP*, n° 13 - 29 mars 2012.
- M. JELEVA et P. PICARD, « Assurance – La fraude à l'assurance : le point de vue des économistes », *JCP Entreprise et Affaires*, n°13, 29 Mars 2012.
- A. PELISSIER, note sous cass. 2èmeciv., 25 juin 2015, n° 14-18486 ;14-19786, *RGDA*, n°08-09, 01/09/2015, p. 395.

➤ **JURISPRUDENCE COMMENTE :**

- J. KULLMANN, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1989, n° 85-11.920, *RGAT*, 1989, p. 424.
- J. KULLMANN, note sous Civ.1re, 10 mai 1989, *RGAT*, 1989, p. 423.
- M. ASSELAIN, note sous Cass.2èmeciv., 8 sept. 2016, n°15-21.655, *RGDA*, n°10, p.472.

المحكمة المختصة نوعيا للنظر في منازعات التأمين

ذ/د.الحسن أوبعيد

أستاذ محاضر مؤهل بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

مقدمة

يعد عقد التأمين من العقود التي تختلف طبيعتها بحسب صفة الأطراف، فقد يكون مدنيا أو تجاريا أو مختلطا¹؛ فالمؤمن إما أن يكون شركة تجارية وإما مقاوله تعاقدية. ومن ثم فالعقد يكون تجاريا بالنسبة للأولى، ومدنيا بالنسبة للثانية. والمكتتب قد يكون أيضا شخصا عاديا يكون العقد بالنسبة إليه مدنيا، أو

1 - معلوم أن الممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لعملية التأمين بالأقساط الثابتة تكسب الشخص صفة التاجر عملا بأحكام المادة 6 من مدونة التجارة، ولكن هذا لا يكفي لإضفاء الطابع التجاري على عقد التأمين بصرف النظر عن أطرافه. فالشخص الذي يمارس عملية التأمين بالأقساط الثابتة وحده يكتسب صفة التاجر أما الطرف الآخر فيمكن أن يكون تاجرا أو لا يكون. فضلا عن ذلك، وبطريق الاستبعاد، فالشخص الذي يمارس التأمين التعاوني لا يكتسب صفة التاجر.

- تنص المادة السادسة من مدونة التجارة على ما يلي: "مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1.

8. عملية التأمين بالأقساط الثابتة؛

"...

تاجرا، شخصا ذاتيا كان أم اعتباريا، يبرم العقد لأغراض تجارته، فيكون عقد التأمين عقدا تجاريا تطبيقا لنظرية التبعية¹.

ويستشف من ذلك أن عقد التأمين يكون مدنيا إذا أبرم بين شخصين مدنيين، ويكون تجاريا إذا أبرم بين تاجرين، في حين يكون مختلطا إذا كان أحد الأطراف تاجرا والآخر مدنيا. ولتحديد طبيعة العقد أهمية قصوى لكونه ينعكس على معرفة المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى التأمين.

¹ - (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, droit des assurances, 13^{ème} édition, éditions Dalloz, 2011, p. 238

- قضت محكمة النقض المغربية "حيث انه إذا كان إبرام عقد التأمين مع المستأنف عليها يشكل في حد ذاته عملا مدنيا، إلا أنه نظرا لصدوره عن التاجر على اعتبار أن المستأنفين يمارسون تجارة مواد البناء وارتباطه بهذا العمل التجاري فإنه يكتسب الصفة التجارية بالتبعية تطبيقا لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل.

حيث إنه استنادا إلى مقتضيات المادة العاشرة من مدونة التجارة فإن الحكم المستأنف يبقى قائما على أساس مما ينبغي تأييده وبالتالي رد هذا الطعن لعدم ارتكازه على أساس".

- قرار رقم 99/1100 بتاريخ 99/7/22 في الملف عدد: 9/99/1182، موقع التحميل .adala.justice.gov.ma

- وورد في قرار آخر "وحيث إن هذه المنازعة وإن انصبت على عقد مدني إلا أنها اعتبارا لصدورها عن تاجر ولارتباطها بنشاطه التجاري فإنها تكتسب الصفة التجارية التبعية وما يعزز ذلك ما نصت عليه المادة 10 من مدونة التجارة التي تقر أن الوقائع والأعمال التي يقوم بها التاجر بمناسبة تجارته يفترض أنها تجارية ما لم يثبت ما يخالف ذلك".

- قرار رقم: 98/578 بتاريخ 98/12/24 في الملف عدد: 4/98/589، موقع التحميل .adala.justice.gov.ma

ويعتبر تحقق الكوارث من صميم نشاط التأمين وأن تسويتها تندرج في تنفيذ عقد التأمين. ما يجعل التأمين مصدراً طبيعياً للعديد من المنازعات¹. وتنطوي المنازعة عموماً على أذى يكشف عن عيب في العقد، أو خطأ في التواصل، أو تحايل من قبل أحد المتعاقدين؛ فهي بمثابة إخفاق².

ويمكن لمنازعات عقد التأمين أن تنشأ بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إذ تحقق الخطر المضمون، طبيعياً كان أم مفتعلاً، هو بطبيعته حادث مؤلم في إطار الحياة الاجتماعية. وهذه المنازعات قد تتعلق إما بتحديد المسؤوليات، أو البحث عن الضمان لدى شركات التأمين³.

وفي حال نشوء النزاع أمكن اللجوء إلى طرق عدة لفضه وتسويته إما عن طريق تحسين التواصل من جانب المؤمنين، أو عبر اللجوء إلى الوساطة باعتبارها من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات الملازمة لعقد التأمين. إلا أن بعض الصعوبات يتعذر حلها بسلوك الطرق المذكورة، ما يفسح المجال للجوء إلى الدعوى القضائية⁴. وتكون شركة التأمين باعتبارها شخصاً معنوياً، ومشغلاً، ومساهماً، ومالكا، عرضة لنزاعات متعددة أمام مختلف المحاكم، ولكن فيما يخص نشاطها المرتكز

1- (J.) Bigot et autres, traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, DELTA, L.G.D.J, 2000, p. 1197

2- (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, op.cit., p. 237

3- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1197

4- (S.) Bertolaso, assurances terrestres, contrat d'assurance, règles communes, contentieux du contrat, Jurisclasseur civil, Fasc. 5-50, date de fraîcheur 12 mai 2008, p. 3

على عقد التأمين، فالأصل أن تقام الدعاوى المتصلة بها أمام المحاكم المدنية بالمفهوم الواسع -أي المحاكم المدنية والتجارية-، ومع ذلك صار بإمكان المؤمن أن يحضر الدعوى الجنائية في حالات معينة¹ سنتطرق لها في حينها.

وتحديد المحكمة المختصة في مادة التأمين تثير بعض الصعوبات بسبب تعدد المتدخلين في هذا المجال، وبالنتيجة طبيعة ونوعية الدعاوى المقامة من جهة، فضلاً عن تأثر تحديد المحكمة المختصة بطبيعة عقد التأمين نفسها من جهة ثانية، وخضوعه لقواعد قانونية متعددة، مما من شأنه أن يضعنا أمام تعارض محتمل للقواعد القانونية من جهة ثالثة.

ومن ثم لا بد من معرفة القواعد التي تؤطر الاختصاص النوعي للمحاكم في مادة التأمين، حتى يعرف المدعي وجهته إذا قام نزاع بخصوص عقد أبرمه للاحتماء من المخاطر الجمة التي تهدد شخصه وماله من كل جانب.

ولئن كان الاختصاص في النزاعات المرتبطة بعقد التأمين ينعقد من حيث المبدأ للمحاكم المدنية دون المحاكم الجزئية، فإن هذه القاعدة العامة تعرف

¹ - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1199 et s.

استثناء بعد أن تدخل التشريع ليفسح المجال أحيانا لإدخال المؤمن في الدعوى الجنائية للمؤمن له¹ أو تدخله فيها بشكل إرادي².

وعلى أساسه، وفي غياب مقتضيات خاصة بالمنازعات في عقد التأمين، تظل القواعد العامة هي المعمول بها في مادة الاختصاص النوعي³، ومن ثم فالاختصاص للبت في النزاعات المرتبطة بعقد التأمين يتوزع بين المحاكم المدنية (المطلب الأول) وبين المحاكم الجزئية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المحاكم المدنية صاحبة الاختصاص من حيث المبدأ

ينعقد الاختصاص في النزاع المتعلق بعقد التأمين للمحاكم العادية والتجارية بحسب صفة المؤمن والمؤمن له تباعا (الفقرة الأولى) كما يمكن أن ينعقد استثناء للمحاكم الإدارية (الفقرة الثانية).

¹ - انظر مثلا المادة 129 من مدونة التأمينات، وتنص على أنه: "يحل المؤمن بقوة القانون محل المؤمن له في حدود الضمان المنصوص عليه في العقد لأداء التعويضات أو الإيرادات الممنوحة للأشخاص المنقولين أو الأغيار أو ذويهم وكذا أداء المصاريف الناجمة عن الحادثة.

في حالة رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار أمام محكمة مدنية أو جنائية، يجب إدخال المؤمن لزوما في الدعوى من قبل طالب التعويض، أو من قبل المؤمن له. ويجب أن يشير القرار القاضي بمنح تعويض أو إيراد إلى إحلال المؤمن محل المؤمن له في حدود الضمان المنصوص عليه في عقد التأمين.

لا يمكن للدائنين أو الدائنين بالإيراد أن يرجعوا على المؤمن له إلا فيما يخص جزء التعويضات أو الإيرادات والمصاريف الذي يتجاوز حدود الضمان."

²- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op.cit., p. 237

³- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 3

الفقرة الأولى: انعقاد الاختصاص للمحاكم المدنية

تطبق القواعد العامة للاختصاص من حيث المبدأ على اختصاص المحاكم العادية والتجارية في مجال التأمين، ومن ثم يكفي لتحديد القاضي المختص معرفة طبيعة العقد نفسه، هل هو عقد مدني أم تجاري أم مختلط؟
فيكون العقد مدنيا إذا كان مكتوبا من قبل أحد الخواص لأغراضه الشخصية مع شركة تعاضدية للتأمين. وفي هذه الحالة وحده القاضي المدني يكون مختصا. وينعقد الاختصاص لقاضي القرب¹ إذا كانت الطلبات تقل عن المبلغ المحدد قانونا²، وللمحاكم الابتدائية إذا تجاوز ذلك المبلغ³.

¹ - (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 284

² - حدد المشرع الاختصاص القيمي لقضاء القرب في 5000 درهم بموجب المادة 10 من القانون رقم 42.10 يتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.151 المؤرخ في 17 أغسطس 2011، ج. ر. عدد 5975 بتاريخ 5 سبتمبر 2011، ص 4392.

- فيما حدد في 4000 أورو بالنسبة لقضاء القرب في التشريع الفرنسي (الفصل -231 L 3 من التنظيم القضائي الفرنسي).

³ - ينص الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر:

- ابتدائيا، مع حفظ حق الاستئناف أمام غرف الاستئنافات بالمحاكم الابتدائية، إلى غاية عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛

- وابتدائيا، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية، في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20.000 درهم)؛

- يبت ابتدائيا طبقا لأحكام الفصل 12 أعلاه، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية."

ولئن كان عقد التأمين عملا تجاريا بالنسبة للشركة التجارية التي يتطلب شكلها صفة تاجر، وبوليصة التأمين المكتتبة من قبل التاجر الشخص الذاتي لأغراض تجارته عملا تجاريا بالتبعية، فإن ذلك لا يكفي حتى ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية، مادام أن العمل قد يكون مختلطا إذا لم يكن المؤمن نفسه تاجرا، ولذلك ينبغي أن تكون شركة التأمين هي الأخرى تاجرا لكي تكون المحكمة التجارية هي صاحبة الاختصاص¹.

ومن ثم يكون العقد تجاريا إذا كان مكتتبا من قبل تاجر لأغراض تجارته مع شركة مساهمة للتأمين². وفي هذه الفرضية يختص القاضي التجاري وحده بالنظر في النزاع الناشئ عن عقد التأمين³، مع مراعاة الاختصاص القيمي المنصوص عليه

- يراجع بالنسبة للقانون الفرنسي قانون المسطرة المدنية (الفصلان 4-221 و-211 L 3 من التنظيم القضائي الفرنسي).

¹- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1203

² - تنص المادة 171 من مدونة التأمينات، بخصوص مقاولات التأمين التي تتخذ شكل شركات المساهمة، وهي شركات تجارية بحسب شكلها، على أنه: "استثناء من أحكام المادة 6 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، يجب على مقاولات التأمين وإعادة التأمين أن تثبت توفرها على رأسمال لا يقل عن خمسين مليون (50.000.000) درهم. إلا أنه يمكن للهيئة أن تلزم مقاولة التأمين وإعادة التأمين، اعتبارا للعمليات التي تعتمزم مزاولتها وتوقعات التزاماتها، بتكوين رأسمال يفوق المبلغ الأدنى المشار إليه في الفقرة السابقة.

يجب أن يحرر رأس المال المذكور أعلاه بكامله نقدا عند اكتتابه.

يجب أن تكون كل الأسهم اسمية، ولا يمكن تحويلها إلى أسهم لحاملها طيلة مدة الشركة."

³- (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, op. cit., p. 239

- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 25

في المادة السادسة من القانون 53.93 القاضي بإحداث محاكم تجارية¹. ويبقى القاضي التجاري مختصا بالنظر في مجموع النزاع الذي يتضمن جانبا مدنيا كما هو الحال بالنسبة لكفيل شركة تجارية².

بينما يكون العقد مختلطا في الحالة التي يبرم فيها عقد التأمين من قبل أحد الخواص مع شركة مساهمة للتأمين، أو عندما يكتب من قبل تاجر لأغراض تجارته مع شركة تعاضدية للتأمين³. وفي هذه الحالة لا يستطيع المدعي الذي يعتبر العقد

¹ - القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.97.65 بتاريخ 12 فبراير 1997، ج. ر. عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997. وتتص المادة السادسة منه على ما يلي: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في الطلبات الأصلية التي تتجاوز قيمتها 20.000 درهم، كما تختص بالنظر في جميع الطلبات المقابلة أو طلبات المقاصة مهما كانت قيمتها."

² - جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة النقض حيث إن "النزاع القائم بينهما بسبب معاملتهما التجارية وأن الكفيلين ... وإن كانا شخصين مدنيين إلا أنهما كفلا شركة تاجرة بمناسبة عملها التجاري ويكون التزامهما ... متفرعا عن الالتزام الأصلي الشيء الذي يبقى معه الاختصاص منعقدا للمحاكم التجارية للنظر في مجموع النزاع حتى ولو كان أحد الأطراف أشخاص مدنيين."

وحيث إن هذا المبدأ كرسه الفصل التاسع من القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي ينص على أنه تختص المحكمة التجارية بالنظر في مجموع النزاع الذي يتضمن جانبا مدنيا. وبذلك فإن الحكم المستأنف صادف الصواب فيما ذهب ويتعين تأييده."

- قرار رقم 98/342 بتاريخ 98/11/5 في الملف عدد: 6/98/412، موقع التحميل adala.justice.gov.ma.

- انظر في هذا الصدد أيضا الفصل التاسع من القانون رقم 53.93 المحدث للمحاكم التجارية.

³ - تنص المادة 173 من مدونة التأمينات على ما يلي: "الشركات التعاضدية للتأمين هي شركات لا تستهدف الربح و:

تجاريا بالنسبة إليه أن يقيم دعواه إلا أمام المحكمة العادية. وعلى ذلك لا تكون المحكمة التجارية مختصة بالنظر في دعوى موجهة ضد تعاضدية للتأمين لكونها

1. تضمن لصالح أعضائها، أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين يدعون شركاء، مقابل دفع اشتراك ثابت أو متغير، الوفاء الكامل بالتزاماتها في حالة وقوع الأخطار التي تعهدت بتحملها؛
 2. توزع بين أعضائها فائض المداخل وفق الشروط المحددة في نظامها الأساسي بعد تكوين الاحتياطات والمخصصات وتسديد الاقتراضات؛
 3. لا تمنح متصرفيها أو أعضاء مجلس رقيبها أي مكافأة، عدا بدل الحضور والأجر الممنوح مقابل القيام بنشاط آخر لحساب الشركة التعاضدية للتأمين.
- لا يمكن للشركات التعاضدية للتأمين أن تكون ذات اشتراكات متغيرة إلا إذا كان لها طابع جهوي أو مهني."
- استقر القضاء على أن تعاضديات التأمين لا تكتسب صفة التاجر نظرا لأنها لا تسعى إلى تحقيق الربح، وعلى ذلك، فالنزاعات التي تكون طرفا فيها لا تندرج على الإطلاق في اختصاص المحاكم التجارية.

- Cass. civ., 3 août 1921, DP 1925, 1, 157 ; 6 mai 1930, RGAT, 1930, p. 889.

ليست تاجرا¹. وفي المقابل، يستطيع المدعي الذي يعتبر العقد مدنيا بالنسبة إليه إقامة دعواه باختياره إما أمام المحكمة العادية وإما أمام المحكمة التجارية².

1- "Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des dispositions de l'article L. 322-26-1 du Code des assurances, que les sociétés d'assurances mutuelles ont un objet non-commercial ; qu'elles échappent, dès lors, à la compétence des tribunaux de commerce, même si elles accomplissent des actes qui, telles les assurances concernant le commerce de la mer visées par l'article 633 du Code de commerce, sont réputés actes de commerce, la cour d'appel a violé le texte susvisé"

- cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, n° 93-17255, bull. civ. 1996, I, n° 360

- وورد في قضاء محكمة النقض المغربية "أن العقد إذا كان يعتبر عملا تجاريا بالنسبة للمدعية فهو عمل مدني بالنسبة للمدعى عليه ... مما يعتبر العمل مختلطا ينعقد الاختصاص للنظر فيه إلى محكمة المستأنف ضده الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه عملا مدنيا مما يتعين معه تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به لمصادفته للصواب وذلك بعد رد الاستئناف مع إحالة الملف على المحكمة الابتدائية بالرباط للاختصاص.

- قرار رقم 98/337 بتاريخ 98/11/5 في الملف عدد: 10/98/413، موقع التحميل adala.justice.gov.ma

2 - (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 284

- تطبيقا لهذه القاعدة قضت محكمة النقض المغربية أن "الطاعن مكتسب لصفة التاجر ويمارس أعمالا تجارية وبذلك لا مصلحة له في إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التجارية ويبقى الخيار للمدعي غير التاجر في مقاضاته أمام المحكمة العادية باعتبارها محكمته أو أمام المحكمة التجارية باعتبارها محكمة المدعى عليه. لذلك فإن الحكم المستأنف صادف الصواب فيما ذهب إليه ويتعين تأييده ورد الاستئناف.

واستثناء من القواعد العامة للاختصاص، نص القانون رقم 18.12¹ المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل بمقتضى المادة 35 منه² على أن الاختصاص في دعوى المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في ذات القانون ينعقد للمحكمة الابتدائية المختصة، ما يعني أن المحاكم التجارية ليست مختصة بالنظر في هذا

- قرار رقم 2000/336 بتاريخ 2000/2/10 في الملف عدد: 13/2000/178، موقع التحميل adala.justice.gov.ma.

- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 25

¹- القانون رقم 18.12 يتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.190 بتاريخ 29 شتنبر 2014، ج. ر. عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص 489. وتتص الفقرة الأولى من المادة 35 منه على أنه: "يجب على المصاب أو ذوي حقوقه أو المشغل المؤمن له، في حالة عدم التوصل إلى الصلح المنصوص عليه في المادة 133 من هذا القانون، إدخال المقاوله المؤمنة للمشغل لزوما في دعوى المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في هذا القانون المقامة أمام المحكمة الابتدائية المختصة." - في الوقت الذي نص الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بالاختصاص المكاني على ما يلي:

...

يحدد الاختصاص المحلي في القضايا الاجتماعية كما يأتي:

1 - ...

3 - في دعاوى حوادث الشغل، أمام المحكمة التي وقعت الحادثة في دائرة نفوذها؛ غير أنه إذا وقعت الحادثة في دائرة نفوذ محكمة ليست هي محل إقامة الضحية جاز لهذا الأخير أو لذوي حقوقه رفع القضية أمام محكمة محل إقامتهم؛

4 - في دعاوى الأمراض المهنية، أمام محل إقامة العامل أو ذوي حقوقه."

² - انظر كذلك المادة 141 من نفس القانون التي تخول الاختصاص للمحكمة الابتدائية بالنسبة لجميع النزاعات المترتبة عن تطبيق أحكام القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه.

النوع من النزاعات¹. كما لا تختص أيضا في طلبات التعويض عن حوادث السير التي تسببت فيها عربات ذات محرك ولو أن هذه الأخيرة استخدمت لأغراض تجارة مالكمها التجار²، وبصرف النظر عما إذا كان كلا الطرفين تاجرا³. وفي نفس السياق استبعد القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، بمقتضى المادة الثامنة منه، اختصاص المحاكم الإدارية للبت في طلبات التعويض عن الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام⁴.

¹ - سار المشرع الفرنسي في نفس الاتجاه بخصوص التأمين ضد الحوادث والأمراض المهنية بالنسبة للأشخاص غير أجراء القطاع الفلاحي، وذلك حسبما يستفاد من الفصل R 211-4 من التنظيم القضائي الفرنسي.

² - (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, op.cit., p. 239

- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 26

- الأمر الذي يمكن استشفافه ضمنا من مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.84.177 صادر 2 أكتوبر 1984 معتبر بمثابة قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك، ج. ر. عدد 3753 بتاريخ 3 أكتوبر 1984، ص 930. سيما المادتان 18 و19 منه.

³ - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1202

⁴ - انظر: المادة الثامنة من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 10 سبتمبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993، ص 2168.

- كما أن المادة 18 من نفس القانون تنص على أنه: "استثناء من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 15 من قانون المسطرة المدنية تكون المحكمة العادية المرفوعة إليها الدعوى الأصلية مختصة أيضا بالبت في كل دعوى فرعية تهدف إلى الحكم على شخص من أشخاص القانون العام بأنه مدين للمدعي".

ويخرج عن اختصاص المحاكم التجارية أيضا النزاعات الناشئة بين المورد والمستهلك عملا بمقتضيات المادة 202¹ من القانون 31.08 القاضي بتدابير لحماية المستهلك حيث تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في هذا النوع من النزاعات. وبالنسبة للدعوى المباشرة، فهي تبقى خاضعة للقواعد العامة في الاختصاص القضائي، بحيث يتوقف تحديد الاختصاص النوعي في الدعوى المباشرة للضحية في مواجهة مؤمن المسؤول على صفة المؤمن والمؤمن له تباعا. فإذا كان كل من المؤمن والمؤمن له مدنيا، كانت المحكمة المدنية هي المختصة. بينما إذا كان لكل منهما صفة التاجر، وجب التمييز بين حالتين تبعا لطبيعة الضرر الحاصل للضحية هل هو من طبيعة مدنية أم تجارية. فبالنسبة للحالة الأولى، يستطيع المضرور أن يقيم دعواه باختياره إما أمام المحكمة المدنية أو المحكمة التجارية. أما في الحالة الثانية، فيجب دائما مقاضاة المؤمن أمام المحكمة التجارية².

ونافلة القول ينعقد الاختصاص نوعيا للنظر في الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين من حيث الأصل للمحاكم المدنية تبعا لصفة الأطراف، وللمحاكم الجزئية في فرنسا في حدود ضيقة عملا بالقانون رقم 83-608 بتاريخ 8 يوليوز 1983³. واستثناء ينعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية في الحالة التي يبرم فيها عقد التأمين

1 - تنص المادة 202 من القانون 31.08 - المعدلة والمتممة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 78.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.85 بتاريخ 11 ديسمبر 2020، ج. ر. عدد 6945 بتاريخ 21 ديسمبر 2020، ص 8465- على أنه: "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن الاختصاص القضائي النوعي ينعقد حصريا للمحكمة الابتدائية. تعتبر المحكمة المختصة مكانيا في النزاعات الناشئة بين المورد والمستهلك، محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير."

2- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 26

3- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1215.

وفقاً لمسطرة إبرام الصفقات العمومية، أي عندما يتم التعاقد باستخدام وسيلة من وسائل القانون العام¹ كما سيأتي بيانه.

الفقرة الثانية: اختصاص المحاكم الإدارية في مادة التأمين

يُنظر إلى عقد التأمين على أنه من العقود الخاصة، لذلك لم يكن مقبولاً إسباغ الطابع الإداري عليه ولو أبرم من قبل شخص عام. ومن ثم لا يتعقد الاختصاص من حيث المبدأ للمحاكم الإدارية للنظر في الدعاوى المقامة ضد مقاولي للتأمين بخصوص تنفيذ عقد التأمين²، ولو كان المؤمن شخصاً من أشخاص القانون العام³. وبذلك يستبعد اختصاص المحاكم الإدارية، والحال أن هذا النشاط تتحمله الدولة باعتبارها مؤمنة نفسها، وأن الأشخاص الاعتبارية للقانون العام قد تؤمن لدى شركات التأمين الخاصة⁴.

وسبق لهذه المسألة أن عولجت بصدد التأمينات البحرية من قبل مجلس الدولة الفرنسي، لما اعتبر أن هذه التأمينات ليست لها صفة العقد الإداري⁵، وتبعه

¹ - انظر: قرار عدد 2019/285 بتاريخ 2019/03/07، ملف رقم 2019/1/4/804 منشور بموقع البوابة القضائية: juriscassation.cspj.ma

²- (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, op.cit., pp. 238-239

³- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 285

⁴- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1200

⁵- CE. 23 déc. 1921, RID mar. 1933, p. 760.

في ذلك الاجتهاد القضائي¹، سواء كان المؤمن شخصا عاما²، أو كان المؤمن له شخصا عاما كالجماعة الترابية أو مؤسسة عامة³.

وفي قرار آخر قضت محكمة التنازع الفرنسية بأن "وحدها المحاكم العادية المختصة بالنظر في الدعاوى التي تروم وفاء المؤمن بالتعويضات المستحقة بمناسبة التزاماته في إطار القانون الخاص وبسبب الفعل الضار المقترف من قبل المؤمن له، حتى ولو كان تقدير مسؤوليته عن ارتكاب الفعل الضار يندرج ضمن اختصاص القاضي الإداري"⁴. وعلى ذلك يسحب الاختصاص من القاضي الإداري بسبب أن

1- T. confl., 11 mai 1992, n° 2677, Gaz. Pal. 1993, 1. Pan. P.1

2- CE, 29 déc. 1949, RGAT, 1950, p. 158

3- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1200

4- T. confl., 13 nov. 2000, RGDA 2001, 159, note F. Vincent.

- يمكن الرجوع في هذا الصدد كذلك إلى قرار لمحكمة النقض المغربية التي اعترفت باختصاص المحكمة الإدارية للنظر في نزاع أحد أطرافه مؤسسة عمومية مؤمنة من مسؤوليتها المدنية. ومما ورد فيه: "حيث صح ما عابته الطالبتان في الوسيلة على القرار، ذلك أن الدعوى وجهت ضد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء بمراكش وهي مؤسسة عمومية أي من أشخاص القانون العام من أجل تعويض عما نسب إليها من أضرار بسبب أشغال عامة تنجزها (صرف المياه المستعملة) وذلك بواسطة الطالبة شركة هيدرو شالنج وكذا العقد الرابط بين الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء وشركة هيدرو شالنج والذي تتحمل فيها الوكالة مسؤولية المراقبة التقنية والإدارية للأشغال المعهود بها للشركة المذكورة وبذلك يكون القرار المطعون فيه حينما صرح باختصاص المحاكم العادية للبت في طلب التعويض المذكور الموجه ضد مؤسسة عمومية خارقا لمقتضيات المادة 8 من القانون 41/90 المستدل به بالوسيلة ومعرضا للنقض."

- قرار عدد 593 بتاريخ 2007/02/21، ملف مدني عدد 2005/3/1/2467.

عقد التأمين هو من عقود القانون الخاص¹. ولم تتأخر محكمة النقض هي الأخرى بخصوص تأمين القرض في اعتبار عقد التأمين من عقود القانون الخاص بالرغم من تضمينه مقتضيات غير مألوفة في القواعد العامة².

وفي هذا الإطار كذلك يسحب الاختصاص من هذه المحاكم للنظر في الدعوى المباشرة المقامة ضد المؤمن³. الأمر الذي ينجم عنه فصل للدعوى المقامة أمام المحاكم من طبيعة مختلفة عندما تندرج دعوى المسؤولية في مواجهة المؤمن له ضمن اختصاص المحكمة الإدارية⁴. فتكون المحكمة المدنية المختصة للبت في الدعوى المباشرة ملزمة بأن توقّف الدعوى إلى حين صدور قرار المحكمة الإدارية في شأن مسؤولية المؤمن له⁵، سواء فيما يخص قيامها من عدمه أو المبلغ المستحق

1- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 285

2 - cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, RGAT 1993, p. 153, note (J.) Kullmann.

3- T. conflit., 3 mars 1969, RGAT, 1969, p. 371, note A. Besson.

- ميز هذا القرار بين الدعوى المباشرة تجاه المؤمن ودعوى المسؤولية تجاه المؤمن له،
ومما ورد فيه:

"si ces deux actions sont fondées l'une et l'autre sur le droit de la victime à la réparation du préjudice qu'elle a subi, l'action directe ne poursuit que l'exécution de l'obligation de l'assureur à cette réparation, laquelle est une obligation de droit privé."

4- (J.) Bigot et autres, op. cit., pp. 1214 et s.

5- Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1984, RGAT 1985, p. 282, note G. Viney

للضحية ضد المؤمن له¹، ما لم يعترف المؤمن بمسؤولية المؤمن له²، أو يعترف الشخص العام المؤمن له مسبقاً وبشكل صريح بمسؤوليته³.

ومع ذلك، ترد على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الإدارية للنظر في النزاعات الناشئة عن عقد التأمين بعض الاستثناءات كالاتي⁴:

- لا يحول كون عقد التأمين من عقود القانون الخاص دون تكييفه عقداً إدارياً من قبل القاضي. ويحدث ذلك عندما يُبرم عقد التأمين من لدن شخص من أشخاص القانون العام بشكل تبعية لعقد رئيسي يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص⁵. ويستشف من ذلك أن عقد التأمين الملحق بالعقد الرئيسي يصير بالتبعية ذا طابع إداري، وبالنتيجة تقام النزاعات الناشئة عنه أمام القاضي الإداري.

¹– Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, Bull. civ., I, n° 223

²– Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1995, RGAT 1995, p. 420, note F. Vincent

³– Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, Bull. Civ., I, n° 130

⁴– (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 285

– (S.) Bertolaso, op. cit., p. 26

⁵– "Attendu, d'autre part, qu'elle a relevé que les garanties des compagnies d'assurance étaient indissociablement liées au fonctionnement du Fonds de péréquation géré par la SAF, faisant ainsi ressortir que les contrats d'assurance souscrits par le SMPDC auprès de la SMABTP et de la CGU étaient accessoires à la convention de garantie initiale, ce dont elle a exactement déduit qu'ils présentaient, comme ladite convention, un caractère administratif "

– Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2003, n° 01-03717, bull. civ., I, n° 198

- أضيف الفصل الثاني من القانون الفرنسي رقم 1168-2001 المؤرخ في 11 دجنبر 2001 المتعلق بتدابير الإصلاح المستعجلة ذات الصبغة الاقتصادية والمالية (MURCEF) صفة العقود الإدارية على الصفقات المبرمة من قبل الأشخاص العامة. أي أنه بعد صدور قانون "مورسيف" (MURCEF) سنة 2001 والذي يقضي في فصله الثاني بأن: "الصفقات المبرمة طبقا لمدونة الصفقات العمومية تكتسي طابع العقود الإدارية"¹، صارت عقود التأمين المكتتبة وفقا لمسطرة إبرام الصفقات العمومية عقودا إدارية، فتندرج تبعا لذلك ضمن الاختصاص الحصري للقضاء

¹ - القانون 1168-2001 المؤرخ في 11 دجنبر 2001 المعدل بالقانون رقم 1268-2015 بتاريخ 14 أكتوبر 2015. وينص الفصل الثاني منه على ما يلي:

I. - Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.

Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

II. - Les dispositions du I sont applicables en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

Toutefois, pour leur application, les mots : " Les marchés passés en application du code des marchés publics " sont remplacés par les mots : " Les marchés passés par l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les îles Wallis et Futuna ou par leurs établissements publics respectifs ainsi que ceux passés par les provinces, les communes et les groupements de communes de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française ou par leurs établissements publics respectifs ".

الإداري. وليس لهذا الأمر تأثير على القانون المطبق على العقد نفسه، ما يعني أن القاضي الإداري مطالب بتطبيق مدونة التأمينات¹.

وينجم عن ذلك أيضا أن الاختصاص ينعقد كذلك للمحاكم الإدارية للنظر في الدعوى المباشرة للضحية تجاه مؤمن الشخص العام².

هذا، ولم نصادف مقتضى خاصا في التشريع المغربي يعطي الاختصاص للمحاكم الإدارية للبت في الدعاوى المرتبطة بعقد التأمين، بل أكثر من ذلك جعل مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية³ بعض التأمينات من العقود التي يمكن أن تكون موضوع عقود أو اتفاقات خاضعة للقانون العادي⁴، وتأكيدا لهذا الأمر قضت محكمة النقض بأن عقد التأمين المبرم بين الجماعة وشركة التأمين لتغطية الأضرار التي قد تلحق العاملين بالجماعة نتيجة الحوادث التي يتعرضون لها، لا يكتسي صبغة العقد الإداري لمجرد إبرامه من قبل الجماعة لانعدام مقومات هذا العقد، باعتبار أن عقد التأمين ينظم العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، ولا يخرج عن كونه عقدا مدنيا أو تجاريا حسب صفة كل طرف، الشيء الذي يجعل الاختصاص

¹ - (Y.) Lambert-Faivre et (L.) Leveneur, op. cit., pp. 238-239

² - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1200

³ - مؤرخ في 20 مارس 2013، الجريدة الرسمية عدد 6140 بتاريخ 4 أبريل 2013، ص 3023.

⁴ - انظر المادة الرابعة من المرسوم 2.12.349 السالف الذكر، والتي تحيل على الملحق رقم 1 بخصوص لائحة الأعمال الممكن أن تكون موضوع عقود أو اتفاقات خاضعة للقانون العادي؛ ويتعلق الأمر بتأمين حظيرة سيارات الإدارات العمومية، وتأمين سيارات وقوارب وآليات الإغاثة والدراجات المائية، وتأمين التغطية الصحية الأساسية والتكميلية، وتأمين الموظفين أو الشخصيات المأذون لها في التنقل جوا بمناسبة مأموريات رسمية.

في النزاع الناشئ بصدده منعقدا للمحكمة الابتدائية¹. ولكن في قرار آخر اعتدت بصفة الشخص العام للقول باختصاص المحكمة الإدارية²، مخالفة بذلك التوجه الذي تبنته محكمة التنازع الفرنسية كما أسلفنا³.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن المرسوم المذكور تحدث عن مجرد الإمكانية، فهل يعني ذلك أنه يمكن إبرام هذه العقود بطريقة أخرى، عن طريق مسطرة الصفقات العمومية مثلا؟

لقد وضع الاجتهاد القضائي قاعدة عامة مفادها أنه عندما يتم التعاقد باستخدام وسيلة من وسائل القانون العام باللجوء إلى صفقة يحكمها القانون العام استنادا إلى مسطرة طلب العروض، فإنه في هذه الحالة يندرج النزاع الناشئ بين أطرافها ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية⁴، فهل يسري الأمر حتى على عقود التأمين؟

¹ - قرار محكمة النقض عدد 436 صادر بتاريخ 04 أبريل 2019، ملف إداري عدد 2019/1/4/885، منشور بالبوابة القضائية للمملكة: juriscassation.cspj.ma

² - قرار محكمة النقض عدد 1053 صادر بتاريخ 12 شتبر 2019، ملف إداري عدد 2019/1/4/3888، منشور بالبوابة القضائية للمملكة: juriscassation.cspj.ma

وورد فيه: "لما كان الأمر يتعلق بحادثة سير على الطريق السيار الذي تتولى الإشراف عليه الشركة الوطنية للطرق السيارة باعتبارها مرفقا عموميا، مما يجعل النزاع بشأن إقرار مسؤولية الشركة المذكورة وشركة التأمين المستأنفة والتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمدعي يندرج ضمن اختصاص المحاكم الإدارية..."

³ - T. confl., 13 nov. 2000, RGDA 2001, 159, note F. Vincent.

⁴ - انظر أيضا قرار عدد 593 بتاريخ 2007/02/21، ملف مدني عدد 2005/3/1/2467 المشار إليه سابقا.

⁴ - ورد في قرار لمحكمة النقض المغربية أنه: "لما كانت المستأنفة قد اختارت وسيلة من وسائل القانون العام للتعاقد مع المستأنف عليها بلجؤها إلى صفقة يحكمها القانون العام

لم نصادف حقيقة قرارا عالج نازلة من هذا القبيل، ولكن ما يمكن ملاحظته هو أن المحكمة بالرغم من إرسائها للمبدأ المذكور، فهي لا تتحرى تحققه في النوازل التي تعرض عليها، وهو ما يتضح من حيثيات القرار عدد 1053 المؤرخ في 12 شتنبر 2019 السالف الذكر، عندما قضت بانعقاد الاختصاص للمحكمة الإدارية بمجرد أن أحد أطراف العقد مرفق عمومي دون الكشف عما إذا كان قد أبرم باستخدام وسيلة من وسائل القانون العام، أي كونه أبرم طبقا لمسطرة الصفقات العمومية. وينعقد الاختصاص أيضا لجهة القضاء الإداري في الحالة التي تكون فيها الدولة شريكا إلى جانب شركة التأمين في تقديم ضمان متعدد الأخطار المناخية، باعتباره تأميننا يستفيد من مساهمة مالية للدولة ويمنح بموجبه للفلاحين المتضررين تعويضا عن الأضرار التي لحقتهم جراء تضرر محاصيلهم الفلاحية بسبب الظروف المناخية¹.

استنادا إلى مسطرة طلب العروض، فإن المحكمة لما تبين لها أن العقد المبرم بين الطرفين تم في إطار صفقة تقديم خدمات في نطاق المرسوم رقم 2.12.349 بتاريخ 2013/03/20 المتعلق بالصفقات العمومية وأنه يهدف إلى تنظيم ورشات تكوينية لفائدة الأطر العاملة في مجال التأمين الصحي وتوفير الوسائل اللوجستكية لتسيير المرفق العام، واعتبرت أن البت في النزاع القائم بين الطرفين يندرج ضمن اختصاصها النوعي، كان حكما صائبا وواجب التأييد.

- قرار عدد 2019/285 بتاريخ 2019/03/07، ملف رقم 2019/1/4/804 المشار إليه سابقا.

¹ - قرار محكمة النقض المغربية عدد 2019/580 بتاريخ 2019/04/25، ملف إداري رقم 2019/1/4/244، منشور بموقع البوابة القضائية: juriscassation.cspj.ma. وورد فيه: "لما كان الطلب يندرج في إطار مخطط المغرب الأخضر وبرنامج الضمان المتعدد المخاطر المناخية للأشجار المثمرة المحدث من طرف وزارة الفلاحة والصيد البحري بشراكة مع شركة التأمين قصد منح الفلاحين المتضررين تعويضا عن الأضرار اللاحقة

ونحن إذ نؤيد هذا التوجه الذي يفسح المجال أمام القاضي الإداري للنظر في نزاعات عقود التأمين المبرمة باستخدام وسيلة من وسائل القانون العام، إلا أن الأمر يستدعي تدخلا تشريعا يرفع اللبس عن هذه المسألة في اتجاه السماح بإبرام عقود التأمين وفق مسطرة الصفقات العمومية بمقتضيات صريحة، وبالنتيجة انعقاد الاختصاص للقاضي الإداري درءا لتنازع الاختصاص بين المحاكم من جهة، وضمانا للفعالية والسرعة في تسوية هذه النزاعات من جهة ثانية.

المطلب الثاني: انعقاد الاختصاص النوعي للمحاكم الجزئية استثناء

لم يتضمن قانون المسطرة الجنائية المغربي أي مقتضى يخص التأمين أو المؤمن. إذ باستثناء الحالة التي يكون فيها المؤمن نفسه ضحية مباشرة للضرر كما لو كان ضحية نصب أو احتيال، فهو يظل بعيدا عن الدعوى الجنائية¹. بيد أن المشرع في مادة تأمين العربات ذات محرك، ألزم، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة

بهم جراء ما قد تتعرض له محاصيلهم الفلاحية من أضرار نتيجة ظروف مناخية، وهو تأمين يستفيد من مساهمة مالية للدولة بحسب مستوى الضمان، فإن الاختصاص نوعيا للبت في الطلبات المترتبة عنه ينعقد لجهة القضاء الإداري، والمحكمة مصدرة الحكم المستأنف لما صرحت بعدم اختصاصها النوعي للبت في الطلب، تكون قد جانبت الصواب وحكمها واجب الإلغاء.

- وينعقد الاختصاص أيضا للمحاكم الإدارية بالنسبة للحالة التي توجد فيها شركة التأمين في حالة التصفية مع ما يستتبع ذلك من تعيين وزير المالية لموظف يتابع تصفيتها ما يفقدها الشخصية المعنوية ويجعل وزارة المالية هي المسؤولة في شخص الموظف المذكور عن أداء ديونها، ويرى القضاء أن الدولة تكون مسؤولة عن الأضرار الحاصلة من جراء نشاط هذا المرفق، طالما أن مرفق المالية من المرافق التابعة للدولة.

- قرار محكمة النقض عدد 1211 بتاريخ 2000/09/14، ملف إداري عدد 2000/1/4/1006.

¹ - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1224

129 من مدونة التأمينات¹، طالب التعويض أو المؤمن له بإدخال المؤمن في كل دعوى تتعلق بالمطالبة بالتعويض سواء أمام محكمة مدنية أو جنائية. بيد أن هذا الأمر يقتصر على تأمين العربات ذات محرك.

وسار القضاء المغربي في نفس الاتجاه، مستندا على أحكام الفصل 112 من ق. المسطرة المدنية وليس على المادة 129 من مدونة التأمينات، بحيث قرر أن لكل صاحب مصلحة أن يدخل المؤمن في الدعوى سواء كانت مدنية أم جنائية، ويكتسب بذلك صفة الطرف الأصيل في الدعوى². وعبارة "صاحب المصلحة" هنا تشمل، في

1 - انظر المادة 129 من مدونة التأمينات المشار إليها سابقا.

2 - برغم أن المسطرة الجنائية المغربية لم تشر إلى التأمين أو المؤمن، إلا أن الاجتهاد القضائي لم يستبعد إمكانية إدخال المؤمن في الدعوى الجنائية. فقد ورد في قرار لمحكمة النقض: "في حالة إدخال المؤمن من طرف صاحب المصلحة أمام محكمة مدنية أو جنائية فإنه يجب اعتباره طرفا أصيلا في الدعوى طبقا للفصل 112 من ق. م. م. وأن هذا الإجراء جوهرى في مسألة الضمان ولا يمكن تجاوز هذا الإجراء بمجرد أن الحكم أو القرار المطعون فيه لم يشر إلى ذكر المؤمن المدخل في الدعوى من طرف المؤمن له وأن الحكم الابتدائي المطعون فيه قد أشار في تعليقه إلى أن جميع طلبات الإدخال مقبولة، فإن عدم ذكر المؤمنة المذكورة في الحكم الابتدائي لا يعدم صفتها كطرف أصيل في الدعوى...".

- قرار محكمة النقض عدد 270 بتاريخ 17 يناير 2012، ملف مدني عدد 2011/5/1/2633، منشور على الموقع www.caa.ma

- ينص الفصل 112 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يجوز للمحكمة في حالة طلب إدخال الغير في الدعوى أن تحكم في الطلب الأصلي منفصلا إذا كانت القضية جاهزة، أو أن تؤجله لتبت فيه وفي طلب إدخال الغير في الدعوى بحكم واحد".

- في هذا الصدد ينبغي استحضار النقاش الفقهي وتذبذب الاجتهاد القضائي الحاصل حول مدى اعتبار قانون المسطرة المدنية بمثابة الشريعة العامة لقانون المسطرة الجنائية. مع أن جزءا من هذا النقاش تم حسمه على الأقل بالنسبة للدعوى المدنية التابعة، حيث إن

اعتقادي، الضحية والمشتبه فيه معا حسب الأحوال. على أنه قد يفهم من قرار آخر أن المؤمن لا يكون طرفا أساسيا في النزاع المتعلق بدعوى التعويض، بل مجرد ضامن يحل محل المؤمن له إذا صدر عليه حكم بالأداء¹. مع ملاحظة أن القضاء هنا تحدث عن واقعة الإدخال فقط دون التدخل الإرادي بمبادرة من المؤمن نفسه، ولكن في قرار آخر ورد بصيغة العموم قضي بأن قبول التدخل الإرادي في الدعوى الجنائية أمام محكمة النقض يخضع لمقتضيات قانون المسطرة المدنية كلما كانت هذه المقتضيات لا تتناقض مع قانون المسطرة الجنائية². وإن كان هذا التوجه مما يصعب قبوله على إطلاقه للمبررات التي سيأتي بيانها.

وفي المقابل نجد أن محكمة النقض الفرنسية ما فتئت تؤكد على أن الضرر الذي يلحق شركة التأمين جراء تسديد التعويض إلى المؤمن له ضحية الجريمة المرتكبة، ليس ضررا مباشرا بسبب أنها لم تقم سوى بتنفيذ التزام تعاقدي سابق مصدره عقد التأمين³.

المادة 752 من قانون المسطرة الجنائية سمحت بتطبيق مقتضيات المسطرة المدنية على هذه الدعوى شريطة ألا تتعارض مع أحكام المسطرة الجنائية.

- انظر، عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة التاسعة 2021، ص 12 وما يليها

¹ - قرار محكمة النقض عدد 948 بتاريخ 2011/03/01، ملف مدني عدد

Jurisprud_Maroc 2009/7/1/2809، موقع

² - قرار محكمة النقض المغربية عدد 4783 بتاريخ 12/12/26، ملف

11/4/6/4434، نقلا عن محمد بفقير، قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي،

مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الرابعة 2017، ص 551

³ - cass. crim., 29 déc. 1961, bull. crim. n° 552

وعلى أساسه لا يستطيع المؤمن أن يتدخل بصفته طرفا في الدعوى¹ العمومية أو الجنائية² المقامة ضد المؤمن له. وتعتبر هذه القاعدة تطبيقا للمبدأ العام المنصوص عليه بمقتضى قوانين المسطرة الجنائية³ الذي قصر إمكانية التدخل في الدعوى الجنائية كطرف على أولئك الذين تأذوا شخصا وبصفة مباشرة من الضرر الناشئ عن ارتكاب الجريمة. والحال أن المؤمن ليس معنيا بالجريمة إلا من خلال التزامه بالضمان. فهو ليس ضحية للجريمة، وبالتالي فهو لا يملك حق المشاركة في أطوار القضية⁴. ومن ثم لا يستطيع المؤمن الذي يرغب في ممارسة الرجوع عن طريق الحلول على مرتكب الجريمة عقب تعويض المؤمن له الضحية، أن يكون مدعيا بصفته طرفا مدنيا أمام المحكمة الزجرية⁵. كما ليس ممكنا إدخال المؤمن في الدعوى بجانب المشتبه فيه عندما يكون ملزما بضمان الضرر، فقد قضي أنه لا يمكن تشبيه المؤمن بالمسؤول مدنيا عن المؤمن له، وبالتالي لا يمكن إدخاله في الدعوى بهذه الصفة⁶.

1 - تخول صفة "الطرف في الدعوى"، وهي صفة مشتركة بين المدعي والمدعى عليه، لكل شخص، ذاتيا كان أم اعتباريا، قدم طلبا، أو قُدم ضده طلب أمام جهة قضائية ويظهر باسمه في المسطرة.

- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1197

2 - استعمل المشرع المغربي عبارة الدعوى العمومية، ولم يستعمل عبارة الدعوى الجنائية في قانون المسطرة الجنائية إلا مرة واحدة وبالضبط في المادة 523.

3 - المادتان الثالثة والسابعة من قانون المسطرة الجنائية المغربي، ويقابلها الفصل الثاني من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

4- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 286

5- (S.) Bertolaso, op. cit., p. 26

6- cass. crim., 26 nov. 1953, RGAT, 1954, p. 104

ومع ذلك، لا يمكن إخفاء أن غياب المؤمن في الدعوى الجنائية يثير إشكالا بالنسبة إليه من عدة أوجه. فمن جهة قد يتراخى المؤمن له في الدفاع عن نفسه، طالما يعلم أن المؤمن ملزم بتغطيته تنفيذا لالتزامه بالضمان. ومن جهة أخرى، فالمؤمن الذي لم يشارك في القضية ولم يناقش بشكل توافقي مبلغ الضرر، يحق له أن يرفض تسديد تعويض التأمين إلى الضحية الذي يتمسك بالحكم الجنائي، مادام أن هذا الحكم لا يحتج به ضده في المطالب المدنية¹. وبسبب أن المحاكم الجزئية لم تكن مختصة بالنظر في النزاعات المرتبطة بالتأمين، فقد كان لزاما على الضحية أو المستفيد من الحكم المتعلق بالمطالب المدنية الانتظار إلى حين صدور حكم المحكمة

¹ - (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 286

- تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الحكم الصادر عن المحكمة الجزئية بخصوص المطالب المدنية لا يكتسي قوة الشيء المقضي به تجاه المؤمن، ولكن مع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يحتج به ضده في قرار صدر عنها بتاريخ 12 ماي 1968. نقلا عن:

- GROUDEL (H.) et autres, Traité du contrat d'assurance terrestre, Lexis Nexis 2008, p. 1195

- وتعتبر محكمة النقض الفرنسية أن القرار القضائي الذي يدين المؤمن له، ولو كان جنائيا، وفي حدود مسؤوليته، يشكل تحققا للخطر المضمون بالنسبة لمؤمن هذه المسؤولية، سواء من حيث مبدؤه أو مداه، ويحتج به ضده، عدا في حالة غش في حقه.

- cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 2006, comm. n° 354, note (H.) GROUDEL.

- (J.) BIGOT et (M.) PERIER, Risques et assurances construction, éditions L'ARGUS, Dalloz 2007, p. 259

المدنية إما في إطار الدعوى المباشرة المقامة ضد المؤمن أو دعوى المؤمن له المقامة ضد هذا الأخير¹.

ومن شأن السماح للمؤمن بالتدخل في الدعوى الجنائية أن يحقق مصلحة مزدوجة؛ فإقامة الدعوى المتعلقة بالمطالب المدنية أمام المحكمة الجزئية ليس سوى أحد مظاهر النزاع الذي يضع مؤمن المسؤول مدنيا في مواجهة الضحية، ويترتب على ذلك تركيز للعناصر المتفرقة في الدعاوى المدنية سيما تمكين المؤمن من تقديم وسائل دفاعه بخصوص طلب الضحية الموجه ضد المؤمن له ومن المنازعة في ضمانه سواء في علاقته مع المؤمن له أم الضحية، فضلا عن الاحتجاج ضده بالقرار الصادر بخصوص هذا الطلب².

ولذلك أورد المشرع الفرنسي، بموجب القانون المؤرخ في 8 يوليوز 1983، استثناء على المبدأ العام الذي يسحب الاختصاص من المحاكم الجزئية للنظر في قضايا التأمين، ويتعلق الأمر بجريمتي القتل والجرح غير العمديين، حيث يمكن إدخال المؤمن في القضية الجزئية أو تدخله كطرف فيها³. أما بالنسبة للحالات

¹ – GROUDEL (H.) et autres, op. cit., p. 1195

² – GROUDEL (H.) et autres, op. cit., p. 1195

³ – البند الثاني من الفصل 388-1 من مدونة المسطرة الجنائية الفرنسية، وورد فيه:

" La personne dont la responsabilité civile est susceptible d'être engagée à l'occasion d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires qui a entraîné pour autrui un dommage quelconque pouvant être garanti par un assureur doit préciser le nom et l'adresse de celui-ci, ainsi que le numéro de sa police d'assurance. Il en est de même pour la victime lorsque le dommage qu'elle a subi peut être garanti par un contrat d'assurance. Ces

الأخرى (السرقه، والجروح العمديه، والحريق المتعمد...) فتبقى الحلول المعمول بها في إطار القواعد العامة هي الواجبة التطبيق¹.

ونجد لدى المشرع المصري موقفاً مماثلاً، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة 253 من نفس قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان، ولا أن يدخل في الدعوى غير المدعى عليهم بالحقوق المدنية والمسؤول عن الحقوق المدنية والمؤمن لديه." وأكثر من ذلك قرر صراحة إمكانية إقامة دعوى المطالبة بالتعويض أمام المحاكم الجزئية، وليس فقط إدخال المؤمن في الدعوى، بحيث أجاز، بمقتضى المادة 258 مكرر من نفس القانون²، رفع الدعوى

renseignements sont consignés dans les procès-verbaux d'audition.

Lorsque des poursuites pénales sont exercées, les assureurs appelés à garantir le dommage sont admis à intervenir et peuvent être mis en cause devant la juridiction répressive, même pour la première fois en cause d'appel ; ils doivent se faire représenter par un avocat."

- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي استعمل في قانون المسطرة الجنائية عبارة "القضية الجزئية" تارة (المادتان 746 و 747) و"القضية الجنائية" تارة أخرى (المادة 102).

¹- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 286

² - تمت إضافة المادة 258 مكرر لقانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم 865 لسنة 1976، ج. ر. العدد 35 مكرر في 28 غشت 1976.

- وتطبيقاً للمادتين 253 و 258 مكرر السالفتي الذكر، قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الفرقة الأخيرة من المادة 253 إجراءات جنائية... قد أجازت للمضروب من الجريمة إدخال المؤمن لديه في الدعوى لمطالبته بالتعويض، كما أجازت المادة 258 مكرر من ذات القانون... رفع الدعوى المدنية قبل المؤمن لديه لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة

المدنية قبل المؤمن لديه لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية، وتسري على المؤمن لديه جميع الأحكام الخاصة بالمسؤول عن الحقوق المدنية المنصوص عليها في القانون.

وعلى أساسه ينبغي تبيان نطاق تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية (الفقرة الأولى) ثم الطريقة أو المسطرة التي يتم بها هذا التدخل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية

بخلاف ما سار إليه القضاء المغربي الذي لم يحدد نطاق إدخال المؤمن في الدعوى، بل جاء موقفه عاما، يشمل جميع الدعاوى المدنية والجنائية تأسيسا على أحكام الفصل 112 من قانون المسطرة المدنية، فمشروع مدونة التأمينات قصر إدخاله لزوما في الدعوى، مدنية كانت أم جنائية، على التأمين على العربات ذات محرك بمقتضى المادة 129 المشار إليها سابقا.

أما في التشريع الفرنسي، فيقتصر تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية، بالاستناد إلى مقتضيات البند الثاني من الفصل 388-1 مدونة المسطرة المدنية الفرنسية، على بعض الجرائم فقط دون غيرها. ويهم الأمر جرائم القتل والجرح غير العمديين، وإلا كان تدخل المؤمن مستحيلا¹. ويظهر من ذلك ضمنا كيف أن المشرع الفرنسي قد استحضر حوادث السير نظرا لأهميتها ومكانتها من بين الدعاوى المتصلة بالمطالب المدنية، ولكن لا يتوقف الأمر عند عواقب هذه الحوادث فحسب، بل تشمل أيضا الحوادث الناشئة عن ممارسة الهوايات والرياضة والحياة اليومية،

أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى الجنائية، وتسري على المؤمن لديه جميع الأحكام الخاصة بالمسؤول عن الحقوق المدنية المنصوص عليها في هذا القانون.

- نقض جنائي 14 يونيو 1981، مجموعة أحكام محكمة النقض الجنائي، السنة الثانية والثلاثون، رقم 117، ص 662.

¹ - GROUDEL (H.) et autres, op. cit., p. 1197

وقد تهم أيضا الأطباء، والمشيدين، وبائعي المنتجات المعيبة والجرائم غير العمدية. وفي المقابل يستبعد من هذا النطاق الأضرار الأخرى، سيما تلك الناجمة عن الأفعال الإرادية¹. بحيث كلما كانت المتابعة بناء على جرائم عمدية وجب على المحكمة إخراج المؤمن من الدعوى².

ويستشف من حرفية الفصل 388-1 السالف الذكر أن بإمكان المؤمن بالنسبة للحالات المعنية التدخل في الدعوى الجنائية بالنسبة لجميع الأضرار المضمونة من قبله، غير أن نية المشرع لا تسير في هذا الاتجاه، فهو على العكس يصبو إلى تقليص نطاق أعمال الفصل المعني، وهو ما سائرته فيه محكمة النقض الفرنسية بتبنيها تفسيراً ضيقاً لما رفضت تدخل مؤمن الضحية في حريق إرادي³، وسرقة⁴ وجروح عمدية⁵.

¹ – (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1228

² – GROUDEL (H.) et autres, op. cit., p. 1198

– cass. crim., 23 mai 1991, Bull. crim. 1991, n° 220

– لا يضمن المؤمن الجنايات والجنح المرتكبة عمداً. بحيث ورد في البند الثاني من المادة 35 من مدونة التأمينات ما يلي: "يقع باطلا ما يرد في عقد التأمين:

1. كل شرط من الشروط التي تنص على سقوط حق المؤمن له في حالة خرقه للنصوص التشريعية أو التنظيمية ما لم يشكل هذا الخرق جنائية أو جنحة مرتكبة عمداً؛"
– في نفس الاتجاه تنص الفقرة الأخيرة من المادة 17 من نفس المدونة على ما يلي: "غير أن المؤمن لا يتحمل، رغم أي اتفاق مخالف، الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليسي للمؤمن له."

³ – cass. crim., 2 mars 1988, RGAT 1989, p. 132, note H. Margeat et J. Landel.

⁴ – cass. crim., 8 avr. 1986, RGAT 1987, p. 140, note R. Bout

⁵ – cass. crim., 31 mai 1989, Bull. crim., n° 229.

والاقتصار على الحالات المذكورة قد يثير بعض الاستفهام بالنظر إلى كونه يصعب مسألة تعويض الضحية. وتولد عن ذلك ظهور وضع غريب عندما يقع تعويض الضحية من طرف المؤمن قبل تحريك الدعوى. ففي مثل هذه الفرضية، في حالة القتل أو الجرح غير العمديين، يستطيع المؤمن التدخل في الدعوى الجنائية، حتى لو لم ينتصب الضحية طرفاً مدنياً فيها. وفي المقابل، لا يملك المؤمن بالنسبة للحالات الأخرى أن يتدخل في القضية الجنائية، حتى ولو كان قد عوّض الضحية¹. إلا أن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 26 ستمبر 1996، قبلت بأن "التعويض المحتمل للضحية من قبل المؤمن الذي لا يتوفر أمام المحكمة الجزئية، وخارج حالات القتل والجرح غير العمديين [...]، على أي رجوع عن طريق الحلول ضد المسؤولين عن الضرر، لا يعفي هؤلاء من جبر الضرر الناجم عن الجريمة المرتكبة من قبلهم"².

وسوف يترتب عن ذلك في مرحلة أولى أن الضحية يستطيع الحصول على التعويض عن السرقة في هذه الحالة من مؤمنه، وأن يطالب، في مرحلة ثانية، بمبلغه من المسؤول عن السرقة أمام القاضي الجنائي. ولما كان هذا التعويض المزدوج يخالف المبدأ التعويضي، فيجب أن يستشف من ذلك أن المؤمن له، في هذه الفرضية، يتصرف كما لو كان وكيلاً عن المؤمن. وهذا الحل القضائي يبين بوضوح ضيق مجال تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية³.

¹– (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 286

²– Cass. crim. 26 sep. 1996, n° 96-80 679, Bull. crim. 1996, n° 332

³– (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 287

ويمكن أن يتدخل في الدعوى الجنائية مؤمن مسؤولية المتهم شريطة أن يقيم الضحية دعواه المدنية بالتعويض¹، كما يستطيع التدخل فيها أيضاً مؤمن أموال الضحية، مادام أن الفصل 1-388 L المذكور في بنده الثالث قد أشار إلى كل من مؤمن المتهم وكذا مؤمن الطرف المدني. وبصفة استثنائية، يستطيع أن يتدخل فيها أيضاً مؤمن الأضرار الجسدية لضحية جريمة القتل أو الجرح غير العمديين. وإذا كانت التأمينات ضد الحوادث البدنية لها طابع جزافي من حيث المبدأ، ما يحول دون رجوع المؤمن عن طريق الحلول على الغير المسؤول، فإن البعض منها لها طابع تعويضي، بحيث ينشأ للمؤمن في هذه الحالة حق الرجوع على الغير المسؤول، ومن ثم يستطيع أن يتدخل في الدعوى الجنائية². وفي المقابل ليس للمؤمنين الآخرين الحق في التدخل في الدعوى، وهو ما ينطبق مثلاً على مؤمن المسؤول الذي لم يكن

¹ - "Si, en application de l'article 388-1 du Code de procédure pénale, l'assureur du prévenu, appelé à garantir le dommage est admis à intervenir et peut être mis en cause devant la juridiction répressive, c'est à la condition que la victime elle-même exerce l'action en réparation qui lui appartient en vertu de l'article 2 du même Code.

A défaut, l'intervention, volontaire ou forcée, de cet assureur est sans objet."

- cass. Crim. 12 oct. 1994, n° 93- 85113, Bull. crim. 1994, n° 330, p. 804

- يمكن لمؤمن المسؤول مدنياً عن المتهم أن يتدخل هو الآخر في الدعوى الجنائية.

- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 287

²- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 287

- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1229.

متابعا جنائيا من أجل فعل القتل أو الجرح غير العمديين¹، وعلى مؤمن مسؤول قام بتعويض الضحايا ويعتزم إقامة دعواه في مواجهة بقية المسؤولين المتابعين أمام محكمة زجرية، بدعوى أنه لا تربطه بالضحية علاقة تعاقدية، فهو ليس إذن مؤمن طرف مدني².

ويسمح التدخل في الدعوى للمؤمن بمناقشة المطالب المدنية للمؤمن له بشكل تواجهي. وبالتالي يصير الحكم الصادر بشأنها نافذا في حقه. ولكن دون أن يستطيع المطالبة باسترجاع التعويضات التي أداها للمؤمن له. وحتى لو أنه حل محل الضحية في مواجهة المتهم ومؤمن مسؤوليته، فمحكمة النقض الفرنسية رفضت أن يطلب مؤمن الضحية من القاضي الجنائي الحكم على مؤمن المتهم باسترجاع التعويضات التي سددها للمؤمن له³. ويترتب على هذا الحل القضائي التقليل من أهمية تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية، نظرا لأن الاحتجاج بالحكم ضد هذا الأخير لا يسعف وحده في حصول الضحية على سند تنفيذي تجاه المؤمن⁴.

الفقرة الثانية: مسطرة تدخل أو إدخال المؤمن في الدعوى الجنائية

لا يعد تدخل المؤمن في الدعوى الجنائية سوى إجراء تبعي، وينجم عن ذلك أن تدخل مؤمن المشتبه فيه لا يكون له محل، وبالتالي عدم قبوله، إذا لم يتدخل الضحية أولا في الدعوى⁵. ويجد ذلك سنده في الفصل 388-3 من مدونة المسطرة

1- cass. crim., 23 avr. 1991, RCA 1991, RCA 1991, comm. 228

2- cass. crim., 3 juin 1992, RCA, 1992, comm. 23.

3- Cass. crim., 23 sept. 1998, n° 97-85316, www.legifrance.gouv.fr

4- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 288

5- (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1232

- cass. crim., 12 oct. 1994, RGAT 1995, p. 984, note J. Beauchard

الجنائية الفرنسية الذي ينص على أن القرار الصادر بخصوص المطالب المدنية يحتج به ضد المؤمن الذي تدخل في الدعوى. وتعبير أوضح فالغرض من حضور المؤمن في الدعوى الجنائية هو مناقشة المطالب المدنية، وأنّ تدخله سيكون بدون محل في غياب الضحية الطرف المدني في الدعوى¹.

وما قيل عن مؤمن المشتبه فيه لا يسري على مؤمن الضحية، بحيث قضي بقبول تدخل هذا الأخير في الدعوى للمطالبة باسترجاع المبالغ المؤداة من قبله، شريطة أن يكون الضحية نفسه ممّن تُقبَل دعواه المدنية عندما لا يتم تعويضه بموجب عقد التأمين². ومؤدى ذلك أن مؤمن الضحية الذي حل محل الأخير في حقوقه، يمكن أن يتدخل في الدعوى بمفرده. غير أن هذا الحل قد يترتب عنه بعض اللبس؛ فالمؤمن الذي يتدخل في الدعوى عوضاً عن الضحية الذي لم تعد له مصلحة في التدخل فيها، لا يستطيع أن يقيم دعواه إلا بصفته حالاً محل الضحية في حقوقه. وعلى ذلك، فالمؤمن يمارس دعوى الضحية الأصلية، فهو لا يتدخل في الدعوى، وإنما يشكل طرفاً مدنياً فيها كما يمكن للضحية نفسه أن يفعل³. ويمكن لتدخل المؤمن في الدعوى أن يأخذ إحدى الصورتين⁴:

- التدخل الإرادي: لم يحظ هذا النوع من التدخل بتنظيم خاص عدا فيما يخص لزوم تمثيل المؤمن من طرف محام أمام المحكمة الجزرية. ومن ثم تسري، عملاً بالفصل 1-388 من مدونة المسطرة الجنائية الفرنسية، على مؤمن المشتبه فيه القواعد المطبقة على الأشخاص المسؤولين مدنياً، وعلى مؤمن الضحية القواعد السارية على الأطراف المدنية. ولا يخضع هذا التدخل لأي شكلية محددة، ولا لأي أجل بحيث يصح أن يقع حتى خلال مرحلة الاستئناف. ومفاد ذلك أن المؤمن

¹ - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1232

² - cass. crim., 26 mai 1988, Bull. crim., n° 266.

³ - (J.) Bigot et autres, op. cit., pp. 1232-1233

⁴ - (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1233

يستطيع أن يشارك في المناقشات، وأن يودع مستنتاجاته، وأن يمارس مختلف الطعون شأنه في ذلك شأن المسؤول مدنيا أو الطرف المدني حسب الأحوال.

- التدخل الإجباري: يقع إدخال المؤمن من قبل أحد أطراف الدعوى الذي له مصلحة في ذلك¹. ومن الناحية العملية، فالذي يتم إدخاله في الدعوى هو مؤمن

¹ - ورد في قرار لمحكمة النقض المغربية: "في حالة إدخال المؤمن من طرف صاحب المصلحة أمام محكمة مدنية أو جنائية، فإنه يجب اعتباره طرفا أصيلا في الدعوى، ...، عدم ذكر المؤمنة المذكورة في الحكم الابتدائي لا يعدم صفتها كطرف أصيل في الدعوى، ومحكمة الاستئناف حينما قضت بعدم قبول استئناف الطاعن بالعلة المنتقدة تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما ..."، والمقصود بالعلة المنتقدة هو عدم توجيه استئنافه ضد الشركة المؤمنة رغم إدخالها في الدعوى في المرحلة الابتدائية، بالتالي فهي تعتبر طرفا في الدعوى لها مصلحة تتأثر بهذا الاستئناف.

- قرار محكمة النقض عدد 270 بتاريخ 17 يناير 2012، ملف مدني عدد 2011/5/1/2633، المشار إليه سابقا.

- كما أنه لا حق لشركة التأمين في أن تناقش الدعوى العمومية لتعلقها بالغير.

- قرار محكمة النقض عدد 11/342 الصادر بغرفتين بتاريخ 2007/3/7، ملف جنحي 02/5728، منشور بالبوابة القضائية للمملكة www.juriscassation.cspj.ma

- ونجد في إطار التأمين من المسؤولية المدنية عن العربات البرية ذات محرك أن المادة 21 من الشروط النموذجية العامة تنزع من المؤمن صلاحية الدفاع عن المؤمن له لدى المحاكم الجنائية في حالة إقامة دعوى قضائية ضده بشأن مسؤوليته المدنية، في مقابل السماح له بتوجيه الدفاع عن المؤمن له أمام هذه المحاكم ما لم يعترض هذا الأخير على ذلك، أو المشاركة في هذا الدفاع وممارسة طرق الطعن المرتبطة بالمطالب المدنية.

- انظر المادة 21 من الملحق الأول بقرار لوزير المالية والخصوصية رقم 06.1053 بتاريخ 26 ماي 2006 يحدد الشروط النموذجية العامة للعقود المتعلقة بتأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك.

- وفي تطبيق مقتضيات المادة 21 السالفة الذكر، انظر:

المشتبه فيه أو مؤمن المسؤول عنه مدنيا، ويكون ذلك إما من طرف المشتبه فيه أو المسؤول عنه مدنيا، أو الضحية أو مؤمن الضحية¹. في حين لا يمكن إدخال مؤمن أحد المسؤولين - في حال تعددهم- في الدعوى لجعل الحكم نافذا في حقه، إذا لم يكن هذا المسؤول متابعا².

ويجب أن يتم إدخال المؤمن في الدعوى طبقا للفصل 388-2 من مدونة المسطرة الجنائية الفرنسية 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة. وهذا الأجل مقرر لمصلحة المؤمن حتى يتمكن من إعداد دفاعه. وهو نفسه الأجل الذي يستفيد منه جميع المتقاضين-الفصل 552 من مدونة المسطرة الجنائية الفرنسية-. ويترتب عن

- قرار محكمة النقض رقم 78 المؤرخ في 01 فبراير 2022، ملف مدني رقم 2020/5/1/830، منشور بموقع البوابة القضائية للمملكة juriscassation.cspj.ma.

- تجد الإشارة إلى أن المشرع أوجب طبقا للمادة 129 من مدونة التأمينات إدخال المؤمن في دعوى المطالبة بالتعويضات من قبل طالب التعويض أو المؤمن له بالنسبة لتأمين العربات ذات محرك، سواء أمام محكمة مدنية أم زجرية، كما تقدم معنا.

- انظر كذلك بالنسبة لحوادث الشغل، لزوم إدخال المؤمن في دعوى المطالبة بالتعويضات من قبل المصاب أو ذوي حقوقه أو المشغل المؤمن له (المادة 35 من القانون 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل المشار إليها سابقا)، وذلك في حالة عدم التوصل إلى الصلح المنصوص عليه في المادة 133 من نفس القانون، أي الاتفاق المبرم بين المصاب أو ذوي حقوقه والمقاول المؤمنة للمشغل من أجل تمكينهم من الاستفادة من المصاريف والتعويضات.

¹ - لم تستبعد محكمة النقض الفرنسية إدخال من يقوم مقام المؤمن في الدعوى كالمنظمات التي تؤدي دورا مماثلا لدوره. كما هو حال المكتب المركزي الفرنسي (bureau central français) مع أنه ليس مؤمنا.

- cass. crim., 11 mai 1988, Bull. crim., 1988, n° 205

² - cass. crim., 2 avr. 1992, Bull. crim., 1992, n° 138

عدم احترام هذا الأجل عدم قانونية إدخال المؤمن في الدعوى، وبالتالي لا يحتج ضده بالقرار الصادر بخصوص المطالب المدنية¹. كما لا يصح إدخاله مباشرة في الدعوى في المرحلة الاستئنافية لأن في ذلك مساس بحقوقه ويشكل حرماناً له من درجة التقاضي الابتدائية². ولكن في المقابل، تفسح عدم قانونية الإدخال الطريق أمامه كي يتدخل بمبادرته في الدعوى للمرة الأولى في مرحلة الاستئناف³.

ويقع إدخال المؤمن في الدعوى إما عن طريق المفوض القضائي أو بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل. وينبغي أن تشير الوثيقة إلى طبيعة المتابعات، وهوية المشتبه فيه والطرف المدني، وعند الاقتضاء المسؤول مدنياً، وكذا رقم بوليصات التأمين، ومبلغ الطلب أو في غيابه حجم الضرر، والمحكمة المرفوع لها النزاع، وتاريخ وميعاد الجلسة⁴.

غير أن تدخل المؤمن له سواء الإرادي أم الإجباري هو مقيد من حيث نطاقه. فالبند الأول من الفصل 1-385 L من المسطرة الجنائية الفرنسية⁵ قيّد سلطة

¹ – cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. crim. n° 23

² – قرار محكمة النقض بتاريخ 25 نونبر 1992، ملف مدني عدد 90/3890، منشور لدى عبد العزيز توفيق ومحمد أفرкос، عبد العزيز توفيق ومحمد أفرкос، قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة، الطبعة الأولى 1999، ص 347

³ – GROUDEL (H.) et autres, op. cit., p. 1199

– cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. civ., 1997, n° 23

⁴ – (J.) Bigot et autres, op. cit., p. 1234

⁵ – ينص الفصل 1-385 L من مدونة المسطرة المدنية الفرنسية على ما يلي:

"Dans les cas prévus par les articles 388-1 et 388-2, l'exception fondée sur une cause de nullité ou sur une clause du contrat d'assurance et tendant à mettre l'assureur hors de cause est, à peine de forclusion, présentée par celui-ci avant toute défense au

المؤمن في تقديم الدفع المرتبط بالضمان، بأن يقوم بذلك، تحت طائلة سقوط الحق، قبل أي دفاع في الجوهر. بيد أن هذه القاعدة لا تسري على الدعوى المدنية المقامة أمام المحكمة المدنية، ما جاء تأكيده من قبل محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 3 نونبر 2011 ورد فيه أن "سقوط الحق الوارد في الفصل 1-385 L من المسطرة الجنائية الفرنسية لا يتعلق إلا بالدعوى المدنية المقامة أمام المحكمة الجزرية [أي الدعوى المدنية التابعة]، ولا يحول دون احتجاج المؤمن بسبب من أسباب انعدام الضمان ضد المؤمن له أمام المحكمة المدنية"¹.

ولا يقبل الدفع المذكور إلا إذا كان من شأنه أن يعفي المؤمن كلية من التزامه بالضمان تجاه الغير، ويستشف من ذلك بمفهوم المخالفة أن الدفع التي يحتج بها ضد المؤمن له وحده لا تكون مقبولة أمام المحكمة الجزرية²، كما هو الحال مثلاً بالنسبة لسقوط الحق في الضمان للتأخر في التصريح بالكارثة من قبل المؤمن له³.

fond. Elle n'est recevable que si elle est de nature à exonérer totalement l'assureur de son obligation de garantie à l'égard des tiers.

L'assureur mis en cause dans les conditions prévues par l'article 388-2 qui n'intervient pas au procès pénal est réputé renoncer à toute exception ; toutefois, s'il est établi que le dommage n'est pas garanti par l'assureur prétendu, celui-ci est mis hors de cause par le tribunal."

1 – cass. 2^{ème} civ., 3 nov. 2011, n° 10-19572, Bull. 2011, II, n° 203

2- (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 288

3- "Mais attendu qu'en examinant ainsi le mérite d'une exception qui, n'étant pas de nature à exonérer l'assureur de son obligation

مادام أن هذا الدفع لا يحتج به ضد الضحايا أصحاب الدعوى المباشرة تجاه مؤمن مسؤولية مرتكب الفعل الضار¹. وأضافت محكمة النقض الفرنسية شرطا آخر يقضي بضرورة إدخال المكتتب، إذا لم يكن هو المتهم أو المسؤول عنه مدنيا، في الدعوى عندما يدفع بانعدام الضمان، تحت طائلة عدم قبول الدفع². وإلى جانب ما قيل حدد الفصل 509 من المسطرة الجنائية الفرنسية حدود رجوع المؤمن، بحيث لا ينتج استئنافه أثره إلا فيما يخص الدعوى المدنية، ولا يجاوزها إلى الإدانة الجنائية للمؤمن له، كما ليس من شأنه تشديدها³.

de garantie à l'égard des tiers, comme en dispose l'article R. 124-1 du Code des assurances, devait être déclarée d'office irrecevable par application du texte susvisé, la juridiction du second degré a excédé ses pouvoirs."

- cass. Crim., 9 oct. 1986, n° 85-91040, bull. crim. 1986, n° 279

¹ - انظر المادة 125 من مدونة التأمينات.

² - "Attendu, en outre, qu'il résulte des textes susvisés, qui imposent le respect du caractère contradictoire des débats, que, si le souscripteur du contrat n'est présent à l'instance à aucun titre, l'assureur qui soulève une telle exception doit, à peine d'irrecevabilité de celle-ci, le mettre en cause"

- cass. Crim., 14 déc. 1989, n° 89-80192, bull. crim. 1989, n° 480

³ - (M.) Chagny et (L.) Perdrix, op. cit., p. 288

خاتمة

كانت هذه محاولة للخوض في خبايا الاختصاص في مادة التأمين بصفة عامة والاختصاص النوعي بصفة خاصة، سيما وأن هذا الأمر قلما أشارت إليه أقلام الباحثين في دراساتهم لموضوع التأمين.

ويتوزع الاختصاص النوعي بين المحكمة المدنية والتجارية تبعا لطبيعة عقد التأمين، بحيث تكون الأولى هي صاحبة الاختصاص عندما يكون العقد مدنيا بينما ينعقد للثانية إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لطرفيه، أما إذا كان العقد مختلطا ففي هذه الحالة يتوجب على المؤمن التاجر إذا كان مدعيا إقامة دعواه أمام المحكمة المدنية، أما إذا كان المدعي هو المؤمن له غير التاجر فيتمتع بالخيار بين إقامة دعواه أمام المحكمة المدنية أو التجارية باختياره.

هذا في الوقت الذي عمد فيه التشريع الفرنسي إلى فسح المجال لتدخل المؤمن في الدعوى الجنائية في حالتي القتل والجرح الخطأ، كما فسح المجال أمام المحاكم الإدارية للنظر في دعاوى التأمين عندما تبرم التأمينات وفقا لمسطرة إبرام الصفقات العمومية، بما في ذلك الدعوى المباشرة للضحية.

ونظرا لما يترتب على غياب المؤمن في الدعوى الجنائية من إشكالات جمة بالنسبة إليه، ذلك أن عدم مشاركته في أطوار القضية وعدم مناقشته مبلغ الضرر بشكل تواجهي يسمح له برفض تسديد تعويض التأمين إلى الضحية الذي يتمسك بالحكم الجنائي، مادام أن هذا الحكم لا يحتج به ضده في المطالب المدنية، فضلا عن أن المؤمن له قد يتراخى في الدفاع عن نفسه، طالما يعلم أن المؤمن ملزم بتنفيذ التزامه بالضمان، الأمر الذي يهدد مصالح هذا الأخير، ينبغي للمشرع المغربي أن يراجع موقفه في اتجاه السماح للمؤمن بالتدخل في الدعوى العمومية أو إدخاله فيها، وخاصة إذا تعلق الأمر بجريمتي القتل والجرح غير العمديين بسبب عدم احتياط المؤمن له، ولما لا النص صراحة على أحقية المضرور في مخاصمة المؤمن أمام المحاكم الجزرية.

كما أن فسح المجال كذلك أمام المحاكم الإدارية للبت في دعاوى التأمين في الحالات التي تبرم فيها عقود التأمين وفقاً لمسطرة إبرام الصفقات العمومية، بما في ذلك الدعوى المباشرة للضحية، بات أمراً ضرورياً تلافياً لما يترتب عن ازدواجية الاختصاص القضائي للنظر في الدعاوى المتصلة بهذه الصفقات من بطء وتطويل لأمد النزاعات الناشئة بمناسبة، فضلاً عن تضارب مواقف القضاء بشأنه.

الأمن التعاقدى لمنتج المراجعة العقارية ودور القضاء في تسوية منازعاته

د/ أحمد أموزاي
دكتور في القانون الخاص

معلوم أن من سمات اعتماد تقنية النموذجية في صياغة العقود-خاصة التي تجمع بين المني والمستهلك-إدراج بنود تخدم في الغالب مصالح الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وهذا المعطى نجده حاضرا بقوة في العقود البنكية الخدمائية التي تبرم بين مؤسسة الائتمان وعميلها التوافق للتمويل.

ومع دخول قانون 103-12 حيز التنفيذ،¹ وبداية تفعيل تجربة تمويل العملاء بمنتجات المالية التشاركية ببلادنا أواخر سنة 2017 بعد إصدار النصوص التنظيمية الإطار للعمل البنكي التشاركي. واستكمالاً لما تتطلبه التجربة بادرت المجموعة المهنية لبنوك المغرب الى إصدار مجموعة من نماذج العقود ذات الصلة بتمويل حاجات عملاء البنوك والنوافذ التشاركية، وذلك في قالب جاهز وموحد اتخذ شكل عقود نموذجية. ولعل ما ميز تجربة منتجات المالية التشاركية بالمغرب أن كافة العقود التي تم استصدارها تكون حائزة-لزما-للرأي بالمطابقة الشرعية الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية التابعة للمجلس العلمي الأعلى طبقاً للمادة 02 من مشور

1- الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12، المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، صادر بالجريدة الرسمية عدد 6328، في فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.

والي بنك المغرب 1-و-17¹، وهو الرأي الذي يؤكد انتفاء الغبن، والجهالة، والغرر بعقود هذه المنتجات.

وبيع المراجعة² باعتباره عقدا بنكيا، وآلية جديدة للتمويل من داخل البنوك والنوافذ التشاركية³ فقد تم اصدار نماذج عقود مرتبطة أساسا بهذا المنتج التمويلي، غطت كافة المراحل التي تمر منها هذه العملية، ومنها نموذج الوعد الأحادي الجانب بالشراء والتراجع عنه، نموذج عقد المراجعة للأمر بالشراء لتمويل عقار،

1- منشور والي بنك المغرب رقم 1-و-17 الصادر في 27 يناير 2017، المصادق عليه بقرار وزير المالية رقم: 17.399 والذي نشر بالجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1438، الموافق ل 2 مارس 2017، والمتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفية تقديمها للعملاء.

2- عقد المراجعة هو ضرب من ضروب البيع، صنفه الفقهاء في زمرة بيوع الأمانة. وهو بيع بثمن الشراء الأول، وزيادة ربح معلوم على رأس المال الذي اشترى به، لكن وبالرغم من أن هذا العقد من أنواع البيع إلى أن القانون المدني المغربي لم يدرجه مع بعض أنواع البيوع التي تناولها ظ.ل.ع، ولم يخصص له تعريفا على غرار بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والسوداني، بل تناوله المشرع بالتعريف ولأول مرة في المادة 58 من القانون البنكي 103-12 بقوله: "كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليه هامش ربح متفق عليه مسبقاً، يتم الأداء من طرف العميل لهذه العملية تبعاً للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين".

أما منشور والي بنك المغرب 1-و-17 فقد عرف عقد المراجعة في الباب الثاني منه، وتحديدًا في المادة 03 منه بقوله "يقصد بعقد المراجعة كل عقد يبيع بموجبه مؤسسة منقولاً أو عقاراً محددًا في ملكيتها لعميلها بتكلفة اقتنائه، مضافاً إليها هامش الربح متفق عليهما مسبقاً بين طرفي العقد. يقصد بثمن الاقتناء ثمن شراء المبيع من قبل المؤسسة مضاف إليه مجموع المصاريف المؤداة من قبلها، والمرتبطة باقتناء المبيع من لدن المؤسسة المذكورة. تشكل تكلفة الاقتناء وهامش الربح المذكور ثمن البيع بالمراجعة".

3- للتوسع أكثر ينظر أحمد أموزاي: "عقد المراجعة في القانون البنكي دراسة في الأصول النظرية والجوانب التطبيقية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض، مراكش الموسم الجامعي 2021-2022.

نموذج عقد المراجعة لتمويل اقتناء عربة، وأخيرا نموذج رهن عقار في إطار عقد المراجعة للأمر بالشراء...

ولئن كان اعتماد النمذجية في عقود منتج المراجعة مرده إلى التقنية التدقيق العالي المستوى الذي تتطلبه في مثل هذه العقود ذات الصبغة التمويلية، إلا أن لها سلبيات عديدة لعل أبرزها أنها تكون مرتعا لإدراج بنود، وشروط ذات طبيعة تعسفية ترجح مصلحة الطرف القوي في العملية التعاقدية. وهو ما يدفعنا للتساؤل حول مدى استجابة نماذج هذه العقود لقواعد التعاقد وفق ظ.ل.ع، وقانون حماية المستهلك، بما يسهم في تحقيق توازن تعاقدى لعملية التمويل بالمراجعة العقارية في التجربة المغربية.

وكنتيجة حتمية لما اشتملت عليه هذه العقود من بنود يمكن وصفها بالإذعان، باعتبار أنها تكن محل اتفاق مسبق بين العميل والبنك التشاركي، فالمؤكد أن مجموعة من المنازعات ستطفو للسطح لا محالة عند تنفيذ بنود عقد المراجعة العقارية.

لذلك، فدراسة موضوع عقود عملية التمويل بالمراجعة العقارية يكتسي أهمية علمية ونظرية واقتصادية كذلك، باعتبار جودة وحداثة العقد موضوع الدراسة من جهة، وارتباطه بقطاع التمويل ومنح الائتمان والقيمة الاعتبارية للعقار من جهة ثانية، وهو ما يحتم علينا الوقوف على الجوانب الحمائية المقررة للعميل باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، خاصة وأن منتج المراجعة العقارية هو عقد مركب يمر بمراحل عقدية عدة، وذلك قبل الحديث عن الدور المأمول من القضاء لتسوية المنازعات التي قد تظهر عند تنفيذ بنود هذا العقد المركب.

من كل ما سبق نجد أن الموضوع يطرح إشكالية جوهرية مرتبطة أساسا بمدى مراعاة العقود النموذجية ذات الصلة بعملية التمويل بالمراجعة العقارية، نحو تحقيق توازن في الأداءات بين أطراف العملية وهما البنك التشاركي والعميل التواق للتمويل، وما هو الدور المأمول للقضاء للتصدي لكل ما من شأنه الإخلال بالتوازن العقدي لعقد المراجعة العقارية؟

ومن أجل مقارنة إشكالية هذا الموضوع لا بد من تقسيمه إلى مبحثين كالآتي:

- المبحث الأول: الأمن التعاقدى لمنتج المراجعة العقارية في ظل نموذجية عقودها.
- المبحث الثاني: دور القضاء في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ بنود عقد المراجعة العقارية.

المبحث الأول: الأمن التعاقدى لمنتج المراجعة العقارية في ظل نموذجية

عقوده

إن الناظر في واقع عمل البنوك التشاركية ببلادنا خصوصا فيما يتعلق بطريقة تسويقها، وتوظيفها لمنتجاتها التمويلية، سيلاحظ أنها لازالت مقتصرة في تمويل عملائها بمنتج المراجعة على المنقول أم العقار، باعتباره صيغة التمويل الوحيدة المفعلة دون غيره من باقي المنتجات التشاركية الأخرى، بالرغم من مرور أزيد من خمس سنوات على اعتماد هذه البنوك إلى جانب البنوك التقليدية. وصدور منشور والي بنك المغرب رقم 1-و-17 جاء منظما للمواصفات التقنية لخمس منتجات خاصة بالمالية

التشاركية وهي إضافة إلى عقد المراجعة، عقد الإجارة المنتهية بالتملك،¹ وعقد المشاركة،² وعقد المضاربة،³ وأخيرا بيع السلم، ثم بيع الاستصناع⁴ الذي نظمه المشرع بمنشور خاص به.⁵

والقصد في هذا المطلب هو معرفة حدود الحماية التي كرسها قانون 103-12 ومنشور 1-و-17 للعميل، باعتباره طرفا ضعيفا في عملية التمويل بالمراجعة العقارية،

1- عرفت المادة 58 من القانون البنكي الاجارة المنتهية بالتملك بما يلي "كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي، عن طريق الإيجار، منقولا أو عقارا محددًا وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانونا. تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:

- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط. - إجارة منتهية بالتملك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين."

2- عرف المنشور 1-و-17 في المادة 31 هذا العقد بما يلي "يقصد بعقد المشاركة كل عقد يكون الغرض منه مشاركة مؤسسة في رأس مال مشروع جديد أو قائم، قصد تحقيق ربح، وتوزع الأرباح ويتم تحمل الخسائر بين الشركاء، بحسب حصصهم في رأس مال الشركة، ما لم يتفق الأطراف خلاف ذلك فيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة."

3- عرف المشرع عقد المضاربة في المادة 58 من القانون البنكي 103-12 بقوله: "هي كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاوّل أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين. ويتحمل المقاوّل أو المقاوّلون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر، إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش، أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.

4- عرف القانون البنكي عقد الاستصناع في الفقرة السادسة من المادة 58 منه أنه "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها ويثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

5- يتعلق الأمر بالمنشور رقم 2-و-19 المتعلق أساسا بالمواصفات العملية لتنفيذ عقد الإستصناع وكيفية تقديمه للعملاء.

والوقوف على حقيقة وجود توازن في الأداءات من عدمه، وذلك بمطالعة العقود النموذجية ذات الصلة بتنفيذ مراحل هذه العملية التمويلية المستحدثة.

المطلب الأول: العقود النموذجية لمنتج المربحة البنكي وسؤال التوازن

العقدي

كثيرة هي المزايا التي يوفرها عقد المربحة البنكية لعملاء البنوك التشاركية، حيث أضحى منتجا بنكيا بارزا بيد هذه الأخيرة، إذ بفضلها تمكنت تمويل حاجات ورغبات عملائها في العقار والمنقول أفرادا كانوا أم مؤسسات، باعتبار هذا العقد أصبح بديلا شرعيا للتمويل عن عقد القرض بفائدة بناء على الرأي الشرعي الصادر بخصوصه. ولعل ما ساهم في هذا التميز هو تنوع المجالات التي يمكن تمويلها بمنتج المربحة، وهو ما يفسر الإقبال المطرد لعملاء البنوك التشاركية، وتزايد الطلب على هذا المنتج على حساب باقي منتجات المالية التشاركية الأخرى، وهو ما يشكل في نظرنا تجديدا حقيقيا لأساليب التمويل التقليدي القائم على القرض بفائدة السائد في البنوك التقليدية منذ أمد غير قصير.

الفقرة الأولى: حدود تقيد المؤسسة بضوابط العقد النموذجي للمربحة

بعد إصدار المجموعة المهنية للبنوك التابعة لبنك المغرب للعقود النموذجية المرتبطة بعملية المربحة لتمويل شراء عقار، وبعد عرضه على المجلس العلمي الأعلى، وإصدار الرأي بمطابقة بنوده لأحكام الشريعة الإسلامية من قبل الهيئة الشرعية للمالية التشاركية، التابعة للمجلس العلمي الأعلى. أصبح من اللازم على المهنيين وأطراف العملية التقيد الحرفي بنماذج عقود المربحة المعتمدة.

ومطالعة هذه العقود خاصة العقد النموذجي لعقد المربحة لتمويل شراء

عقار يثير فضولنا كباحثين للوقوف عن حدود ملائمة بنوده ومقتضياته للضوابط

الشرعية، والشروط القانونية التي القائمة على سلطان الإرادة، بما يكفل توازن الأداءات بين البنك التشاركي والعميل، خاصة أن المراجعة هو عقد تبادلي يتضمن التزامات متقابلة بين طرفيه، يتعين الالتزام بها في كافة مراحل هذا العقد المركب.

في اعتقادنا، فالإجابة على هذا التساؤل تقتضي الوقوف على مدى مراعاة نموذج عقد المراجعة لتمويل اقتناء عقار لحقوق العميل في ظل اعداده في قالب جاهز، وهل يمكن اعتبار ما تضمنه من شروط في مواجهة العميل من قبيل الإذعان، سواء خلال مرحلة ما قبل التعاقد، ثم مرحلة التعاقد النهائي المتعلقة بتوقيع عقد المراجعة، وتمكين العميل من المبيع (أولاً).

واستحضارا للطبيعة الشرعية لبيع المراجعة باعتباره من عقود المعاوضة، نجد أنه يثقل كاهل البنك التشاركي بوصفه البائع-بجملته من الالتزامات، والتساؤل هنا منصب حول حدود تقييد البنك التشاركي بالالتزامات التي يفرضها هذا المنتج التمويلي من خلال التطبيق العملي (ثانياً).

أولاً: حدود حرية العميل للتفاوض في مرحلة الوعد

جاء في الرأي رقم 70 الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية¹ بخصوص نموذج الوعد بالشراء الأحادي الجانب في إطار عملية المراجعة للأمر بالشراء ما يلي "...إن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية من خلال فحصها المواد مشروع وثيقة نموذج الوعد بالشراء الأحادي الجانب في إطار عملية المراجعة استنادا

1- الرأي الشرعي رقم 70 الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية التابعة للمجلس العلمي الأعلى بتاريخ 20 يوليوز 2017، بخصوص مواد نموذج الوعد بالشراء الأحادي الجانب في إطار عملية المراجعة للأمر بالشراء، المصدر موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بشبكة الانترنت

إلى أحكام الفقه الإسلامي وأصوله ولاسيما الفقه المالكي بأدلته وأصوله وقواعده... من أجل ذلك تؤكد أن الصيغة النهائية لهذه الوثيقة سليمة وأن مقتضياتها مطابقة لمقررات الفقه الإسلامي عامة، والفقه المالكي منه على الخصوص، ومنسجمة مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، ومقاصدها، وقيمها، ولاسيما منها قيم الوسطية، والاعتدال، والتيسير المنضبطة لأصول الشريعة الإسلامية وقواعدها..."

انطلاقاً مما تضمنته خلاصة الرأي الشرعي أعلاه، بخصوص نموذج الوعد بالشراء الخاص بعملية المراجعة، يمكن القول بأن تكليف المجموعة المهنية لبونك المغرب بمهمة إعداد العقود النموذجية لمنتج المراجعة البنكية، وتوحيد مضامينها أملت الطبيعة الشرعية لهذا العقد، باعتباره من بيوع الأمانة، غير أن الواقع أبان عن سلبيات بهذا الخصوص أبرزها أن التقنية فسحت المجال أمام هذه البنوك التشاركية تسهيل احتكار مضامين هذه العقود، وتوظيفها بما يخدم مصالحها¹، وتجنب المخاطر المحيطة بمنح التمويل للعملاء في ظل طغيان هذه النماذج على كافة العمليات البنكية.

وهنا يجب التذكير أنه وبالرغم من أن البنوك والنوافذ البنكية التشاركية هي المؤهلة حصراً لممارسة الأنشطة المشار إليها في المادتين 55 و58 من القانون البنكي، فتكون بذلك ملزمة بالتقيد بالضوابط الشرعية لعقد المراجعة بها عند تمويل عملاءها بهذا المنتج، بل يمكن اعتبار مقتضيات العقد النموذجي بمثابة قواعد قانونية ملزمة، باعتبار أنها يحظر عليها التعامل بالفائدة أخذاً أو عطاءً، طبقاً للمادة 54 من القانونون 12-103 بمثابة القانون البنكي.

1- شيماء الطيبي: إشكالية التوازن العقدي في عقد المراجعة البنكي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدوبة، العدد 32 فبراير 2021 ص 207.

والمثير للانتباه كذلك، وفقا لما جاء في منطوق الرأي الشرعي أعلاه، أنه خصص عملية المراجعة كأداة للتمويل من داخل البنوك التشاركية دون غيرها من دون باقي المؤسسات الائتمان، في حين أن هذا التمويل هو متاح لجميع مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، شريطة حصولها على الترخيص والإذن لممارسة أداة التمويل هذه طبقا للمادة 61 من القانون البنكي. وتأسيا عليه، كان الأجدر بأن تكون الآراء الشرعية المتعلقة بمنتجات المالية التشاركية صادرة باسم كافة المؤسسات المتدخلة في التمويل التشاركي وخاصة بيع المراجعة المعمول به حاليا.

والظاهر، أنه وبالرغم من أن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية تؤكد أن الشروط العامة والخاصة الواردة في العقود النموذجية لبيع المراجعة سليمة، وموافقة لمقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية، ومبادئها القائمة على الوسطية والاعتدال، إلا أننا خالصنا أن كلا النموذجين قد أغفلا مجموعة من الجوانب المتعلقة أساسا بطرق تنفيذ عملية المراجعة، لذلك فلا مناص من الرجوع إلى ما سطرته المعايير الشرعية، وخاصة المعيار رقم 8 الخاص بالمراجعة للأمر بالشراء.

وباعتبار المراجعة من أنواع البيوع، فإن الرضائية فيها هي الأصل، ذلك أن العميل هو من يبادر بتقديم طلب التمويل بعقد المراجعة، ويتم قبوله من طرف البنك التشاركي بعد دراسة جدواه وربحيته، بحيث نجد أن كلا الطرفين إنما يؤسسان لعقد رضائي في الأصل، وإذ كانت تتداخل في مجموعة من العقود. وهذا الأمر لا شك أنه يفرض في واضعي نماذج العقود هذه إقرار نوع من التوازن العقدي بين حقوق، وواجبات الطرفين كل على حدى، في جميع مراحل عملية التمويل بالمراجعة، باعتباره عقدا تبادليا ملزما للجانبين.

وقبل تناول نطاق توازن الالتزامات المفروضة على البنك التشاركي والعميل، خلال مرحلة تنفيذ عقد المراجعة، نرى أنه من اللازم بيان نطاق التفاوض المتاح للعميل خلال مرحلة التوقيع على الوعد بالشراء، أمام إقرار المشرع لنموذجيته¹. وتظهر أهمية هذه المسألة بالنسبة للعميل أساسا في مرحلة البيع الأول، الذي يبرم بين البنك التشاركي والمالك الأصلي للمبيع، والذي يجب أن يتم بالمساومة والمشاححة والمغالبة. غير أن الملاحظ عمليا أن العميل-وقبل لجوئه للبنك التشاركي بطلبه شراء مبيع لفائده، متعهدا بشرائه منه بثمنه إضافة لربح معلوم لفائده- يقصد في البداية البائع الذي يعرض العين المرغوب فيها للبيع، ويفاوضه أو يساومه على ثمن المبيع الذي يبتغيه، وفي حالات كثيرة يضطر إلى تقديم تسبيق للثمن المعروض به المبيع، تحت مسمى مثلا في المراجعة على المركبات "مصاريف تسجيل المركبة" أو "تسبيق لحجز الشقة" في المراجعة على العقار، لتنعقد حينئذ مواعدة ملزمة بين العميل والبائع الأول عارض العين، وعند مباشرة البنك التشاركي لإجراءات شراء المبيع، وأداء ثمنه يخصم منه التسبيق الذي قدمه له العميل، مما يشكل مخالفة شرعية غير مقبولة، ذلك أن البنك التشاركي تدخل في معاملة بالبيع والشراء سبق وأن شر

ع فيها العميل، وأدى مقدما عن الثمن كأنه يشتري لنفسه، وهذا مخالف لما نصت عليه المعايير الشرعية خاصة المعيار رقم 08 المتعلق بالمراجعة البند 1/2/2 في

1- تم اصدار المطبوع الخاص بالوعد بالشراء الأحادي الجانب في شكل وثيقة ضمنت بها كافة بنوده تكون معدة سلفا، يكون ممسوكا لدى المؤسسة، إذ يكفي العميل على التوقيع على بنوده المدرجة سلفا دون مناقشتها، أو المساومة بشأن مضمونها، والحال أن التفاوض بخصوص الوعد بالشراء وما يتم ادراجه به من بنود يجب أن يكون بحسن نية، وأن يتسم بالنزاهة، والتوفيق بين مصالح الأطراف المتعارضة.

فقرته الثانية التي جاء فيها " يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل الأمر بالشراء والبائع الأول إن وجد ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية."

في مقابل ذلك، نجد المنشور 1-و-17، والعقود النموذجية لعملية المراجعة قد أغفلت تناول هذه المسألة على الرغم من أهميتها. خاصة أن العميل حينما يوقع الوعد بالشراء الأحادي الجانب للبنك التشاركي فهذا الأخير يصير-بصفة ضمنية-ملتزما بشراء المبيع الموصوف في وثيقة الوعد لحساب للعميل، وإن وبالتالي تعهد هذا الأخير بشراء المبيع، لا يعني بالمرّة الزامية المواعدة في مواجهة البنك التشاركي، وبتعبير آخر فالمواعدة الملزمة غير جائزة في عقد المراجعة المركبة، لأنها بمثابة العقد الناجز.

ومن المسائل المقترنة بالوعد الملزم الذي يوقعه العميل لفائدة البنك التشاركي في المراجعة المركبة، نجد ما يسمى بـ"هامش الجدية"¹ الذي تم فرضه للتأكد من القدرة المالية للعميل، وحصول الاطمئنان على امكانية الحصول على تعويض منه عند إلحاق ضرر فعلي بالبنك التشاركي، ناتج عن تراجع عن وعده الملزم بالشراء. والملاحظ عمليا أن هامش الجدية هو مرتبط بجميع أنواع التمويلات بعقد المراجعة، ويعتبر شرطا أساسيا لقبول ملف التمويل خلال مرحلة طلب التمويل، وتوقيع على الوعد بالشراء الأحادي الجانب وبالرغم من أهميته في الحفاظ على استقرار المعاملات، في زمن يشهد فساد الذمم. إلا أن ادراجه، أو التنصيص عليه في صلب بنود نموذج الوعد بالشراء،

1- تناولت المادة 12 من المنشور 1-و-17 مسألة هامش الجدية، مؤكدة أنه "مبلغ نقدي يلتزم العميل بتقديمه للمؤسسة خلال مرحلة التوقيع على وثيقة الوعد بالشراء. ويتم دفعه في صورة ضمانات تكفل عدم نكول العميل عن وعده بالشراء، ويتم تجميده في حساب خاص كأمانة لدى المؤسسة الموعودة، ولا يجوز لها التصرف فيه، بل تعتمد إلى اقتطاع قيمة ما أصابها من خسارة وضرر فعلي مثبت نتيجة نكول العميل عن شراء المبيع بعد تملكه وحيازته من قبل المؤسسة".

فيه إقرار لنوع من الحماية لمصالح البنك التشاركي على حساب مصلحة العميل.¹ ولا بد من التأكيد هنا أن إقرار هذا المبلغ المالي يعد عبئا إضافيا سيثقل لا محالة كاهل العميل التواق لتمويل حاجاته، إضافة إلى التزامات المالية الأخرى والمتعلقة بمصاريف أو تكلفة اقتناء المبيع من قبيل مصاريف التسجيل والتحفيز وغيرها.

وهنا تثار مسألة متعلق بحق من حقوق العميل المكفولة قانونا وهو حقه في التراجع عن إبرام عقد الرابحة البنكية، وفي هذا الصدد الخصوص ذهب بعض الباحثين للقول أن ممارسة حق التراجع غير مكفول للعميل في عملية المراجعة، أو بتعبير آخر فالعميل لا يمكنه أن يتراجع عن التعاقد سواء قبل إبرام عقد المراجعة أي في مرحلة الوعد، وحتى بعد إبرام عقد المراجعة مع البنك التشاركي، باعتباره منتجا تمويليا معروضا لفائدة العميل حينما يكون مستهلكا، وبذلك لن يستفيد من الضمانات الحمائية التي أتى بها القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، باعتبار أن وثيقة الوعد الأحادي الجانب بالشراء يكبل إرادة العميل، كما أن اشتراط دفع هامش الجدية معه دليل على اتجاه نية المشرع لحماية البنك التشاركي من أي خسارة محتملة بسبب نكول العميل عن إبرام عقد المراجعة، حين متعها بأحقية جبر هذا الضرر، باقتطاع تعويض في حدود خسارتها من مبلغ هامش الجدية²

1- ذلك أنه بالرغم من أن المنشور 1-و-17 أشار إلى مجرد إمكانية لاقتران الوعد بالشراء بهامش الجدية كضمان لتنفيذ العميل لوعده، إلا أن الواقع العملي أفرز أن هذه الضمانة هي شرط أساسي لقبول ملف التمويل بالمراجعة من قبل جميع البنوك والنوافذ التشاركية، الحاصلة على الترخيص بمزاولة أنشطة المالية التشاركية ببلادنا.

2- عبد الحكيم النوايتي: وضعية العميل في الوعد الأحادي بالشراء لعقد المراجعة المركبة" المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، 5 N° RERJ العدد 05، سنة 2019 ص 72.

وفي تقديرنا للمسألة، نقول بأن حق التراجع عن إبرام عقد المراجعة بين العميل والبنك التشاركي هو حق مكفول لكليهما خاصة في الفترة التي تلي مرحلة التوقيع على الوعد الأحادي بالشراء، إلى غاية تاريخ أو الأجل المتفق عليه مع البنك التشاركي بشراء وتملك المبيع، إذ خلال هذه المدة يمكن للعميل إلغاء وعده مع البنك التشاركي، أو التراجع عنه لسبب من الأسباب واسترجاع مبلغ هامش الجدية كاملاً، وهو المقتضى الذي نصت عليه صراحة الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة السابعة من نموذج الوعد الأحادي بالشراء تنص على ما يلي "ويسترد الواعد كذلك هامش الجدية في حالة تراجع عن وعده ما لم يقطن البنك العقار...".

ولتأكيد ذلك نجد أن الجهة المختصة قد أعدت نموذجاً خاصة بهذا الغرض سمي بـ "طلب التراجع عن الوعد" وأحال بمقتضاه على المادة 07 من نموذج عقد الوعد الأحادي بالشراء المذكور، وعليه، نستطيع القول، بأن العميل له الحق في التراجع عن إبرام عقد المراجعة، حتى وإن فرضنا جدلاً أن البنك التشاركي قد شرع في إجراءات تملك المبيع، وأعلمه العميل بتراجع عن وعده بالشراء. آنذاك يكون من حق البنك التشاركي اقتطاع مبلغاً لا يتجاوز الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله جراء شراء نكول العميل عن الشراء، مباشرة من مبلغ هامش الجدية المحفوظ لديه.

ثانياً: مظاهر حماية حقوق العميل في ظل نموذجية عقود المراجعة

معلوم أن عقد المراجعة هي منتج بنكي، وأداة عمل لتمويل حاجات العملاء، ولذلك جاءت صياغة مقتضياته في قالب نموذجي يحكمه منطق احتكاري، أملت فيه الطبيعة التمويلية لهذا العقد. ولعل الطبيعة الائتمانية للمنتجات التي تقدمها البنوك المرخص لها بمزاولة أنشطة المالية التشاركية، والزامية توافقه مع القواعد الفقه الإسلامية، هي الدافع الرئيس لتضمين عملية المراجعة في نماذج عقود معدة

سلفاً، ومذيلة برأي شرعي صادر عن الجهات المختصة بمطابقة ما تضمنه من بنود لأحكام الشريعة.

وبالعودة لمضامين الرأي بالمطابقة الشرعية الخاص بنموذج عقد المراجعة لتمويل شراء عقار،¹ نجد أنه يؤكد بأن الصيغة النهائية لمشروع نموذج هذا العقد فيما يخص الشروط العامة، والخاصة المتعلقة به سليمة، وأن هذه مقتضياته مطابقة لمقررات الشرع الإسلامي عامة، والفقهاء المالكي منه بصفة خاصة، ومنسجمة مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ومبادئها، وأحكامها المبينة على الوسطية، والاعتدال، والتيسير. وليس فيه ما يخالف هذه الأحكام استناداً للأدلة الشرعية المقررة والاجتهادات الفقهية المعتمدة.²

1- يتعلق الأمر بالرأي الشرعي رقم 6 الصادر في 20 يوليو 2017 للجنة الشرعية للمالية التشاركية بخصوصه خاصة الشروط العامة والخاصة المضمنة في نموذج عقد البيع بالمراجعة للأمر بالشراء لتمويل عقار الخاص بالبنوك التشاركي.

2- جاء في تعليق الرأي الشرعي رقم 6 الصادر في 20 يوليو 2017 للجنة الشرعية للمالية التشاركية بخصوص نموذج عقد المراجعة لتمويل عقار ما يلي: "بناء على الدراسات والاجتهادات الفقهية المعاصرة ذات الصلة بموضوع عقود البيع بالمراجعة للأمر بالشراء، بما فيها المعايير الشرعية المعتمدة بهذا الصنف من العقود، وبناء على التقريري المفصل الذي أعدته اللجنة في موضوع عقد البيع بالمراجعة للأمر بالشراء وشروطه العامة، والخاصة والضوابط الشرعية الواجب التقيد بها عن إبرام هذا الصنف من العقود، وبناء على مداوات اللجنة خلال اجتماعاتها الدورية بمقر المجلس العلمي الأعلى ما يلي - أولاً: مضمون مشروع نموذج الشروط العامة والخاصة المتعلقة بعقد المراجعة للأمر بالشراء الخاص بالبنوك التشاركية المعروف على أنظار اللجنة. -ثانياً: الرأي الشرعي "في ضوء ما سبق فإن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية من خلال فحصها لمواد مشروع نموذج الشروط العامة والخاصة المتعلقة بعقد البيع بالمراجعة للأمر بالشراء الخاص بالبنوك التشاركية استناداً إلى أحكام الفقه الإسلامي وأصوله، ولاسيما الفقه المالكي وأدلته، وأصوله، وقواعده وبعد إدخال التعديلات التي اقترحتها اللجنة خلال الجلسات التي عقدتها من أجل ذلك تؤكد أن الصيغة النهائية لمشروع نموذج هذا العقد فيما يخص الشروط العامة والخاصة المتعلقة به سليمة وان هذه المقتضيات مطابقة وموافقة لمقررات

بناء على الرأي الشرعي أعلاه، فإن عقود عملية المراجعة وبالرغم من إفراغها في قالب جاهز وفق عقود نموذجية إلا أن إمكانية التفاوض، أو المساومة بخصوص بعض بنوده تبقى متاحة للعميل، ونقصد هنا ما تعلق بهامش ربح البنك التشاركي، استنادا للمادة 58(أ) من القانون البنكي 12-103، والمادة 03 من المنشور 1-و-17- اللتان تؤكدان بأن هامش الربح في عملية المراجعة، يكون محل اتفاق بين البنك التشاركي والعميل.

وبالرجوع لمضامين الآراء الشرعية الصادرة عن اللجنة الشرعية للمالية بخصوص العقود النموذجية المشككة لمختلف مراحلها، بما فيها الرأي الشرعي الخاص بمقتضيات المنشور 1-و-17،¹ التي تؤكد جميعها أن المقتضيات والبنود المضمنة بها هي محل اتفاق بين أطراف العقد، ومطابقة لأحكام الشريعة. نستطيع القول بأن عملية التمويل بمنتج المراجعة ليس بعقد إذعان، وأنه لا مجال للحديث عن وجود

الشرع الإسلامي عامة، والفقهاء المالكي منه بصفة خاصة هي منسجمة مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ومبادئها، وأحكامها المبنية على الوسطية، والاعتدال، والتيسير. وبناء عليه فإن اللجنة تعتبر أن ما ورد في مشروع هذا النموذج في صيغته النهائية المرفقة مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وليس فيه ما يخالف هذه الأحكام استنادا للأدلة الشرعية المقررة والاجتهادات الفقهية المعتبرة".

1- جاء في مضمون الرأي الشرعي الخاص بالمنشور 1-و-17 ما يلي "إن الصيغة النهائية لمشروع هذا المنشور تتضمن مقتضيات تخص مواصفات عدد من منتجات التمويل التشاركي وبصفة خاصة المراجعة... وأن هذه المقتضيات، وما تنص عليه من شروط، وكيفيات، وقواعد يجب مراعاتها عند تسويق هذه المنتجات... بما فيها قواعد التعاقد القائمة على مبدأ التراضي وانتفاء أي صيغة الإكراه، والإذعان بين البنك والعميل ومبدأ التعاقد على ما هو معلوم في محل العقد. وألا يكون مجهولا وأن يكون موجودا ولو حكما، وأن يكون مما ينتفع به شرعا، وأن يكون خاليا من أي نوع من أنواع الربا سواء تعلق الأمر بربا الفضل، أو ربا النسئة، خاليا من الغبن، والتحليل، كالعينة، والتورق الممنوع وغير ذلك من مبطلات العقود شرعا. تؤكد اللجنة أن هذه المواصفات، والقواعد كما وردت في مشروع المنشور متوافقة مع أحكام الشرع وليس فيها ما يخالفها".

صيغة للإجبار في بنوده. غير أن هذا القول يبقى محل نظر، إذ أن التطبيق العملي للتمويل بهذا المنتج التمويلي هو الكفيل بتأكيد هذا القول أو نفيه.

الفقرة الثانية: واقع تنفيذ مراحل عملية التمويل بالمراجعة العقارية

أظهر تنفيذ عملية المراجعة في الممارسة العملية بأن البنك/النافذة التشاركي بوصفه مانح التمويل، عادة ما يزيغ عن الضوابط القانونية لعملية المراجعة، حيث نجد العميل بمناسبة تقديمه لطلاب شراء عقار لفائدته، وبعد دراسة جدوى العملية، وربحيتها، فإنه يشترط إنجاز خبرة عقارية كشرط لقبول طلب التمويل. والعميل هو من يتحمل مصاريف هذه الخبرة، ويجبر على أداء وأتعاب منجزها، ليتم اعتبارها من تكاليف الاقتناء وتضاف للثمن الإجمالي الذي يحدد الربح على أساسه، بالرغم من أن هذه المرحلة هي سابقة على التعاقد، ولا علاقة للعميل بوضعية العقار ولا يدخل في ضمانه.

ووعليه فالمنطق هنا يفرض على البنك التشاركي التكلف بهذه المهمة وبمصاريفها، وله أن يدخلها في تكلفة ثمن الشراء الأول، مع بيان طبيعتها، ومقدارها للعميل، أما أن يلزم العميل بأداء مصاريف كهذه، فنعتقد أنها مخالفة تسائل شرعية عقد المراجعة، وضوابطه التي يجب التقيد الصارم بها.

وبالنظر لأهمية هذه المسألة، نجد البند 2/2/3 من المعيار الشرعي رقم 08 الصادر عن هيئة أيوفي نص عليها صراحة حيث جاء فيه "...يجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري، وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف إلى آخر." ولذلك، فإن مراعاة الترتيب الزمني لمراحل عملية المراجعة، يعد شرطاً جوهرياً لصحة هذا العقد المركب. واعمالاً لما ذكر، فالعميل يبقى بعيداً عن عملية التعاقد التي تتم بين البنك التشاركي ومالك المبيع،

وتقتصر مهمته على تعيين، وصف المبيع وصفا دقيقا، بعد توقيعه على وعد بالشراء، ودفع مبلغ هامش الجدية المثبت لعزمه وحاجته له، وعندئذ يكون البنك التشاركي ملزما بتملك المبيع تملكا صحيحا قبل بيعه له مرابحة.

وباعتبار أن هذا المنتج هو عقد مركب يمر بمراحل متسلسلة، تشكل في مجموعها كتلة تعاقدية واحدة تطول آثارها وتمتد للمستقبل، أهمها نشوء مديونية للعميل اتجاه البنك الى حين أداء جميع أقساط الثمن المؤجل. لذلك فإن اختلال التوازن العقدي في منتج المرابحة العقارية، يظهر بجلاء في استئثار البنك أو النافذة التشاركية بتحديد هامش الربح، ومرد ذلك غياب توازن الأداءات بين المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة، بحيث ييسط البنك بطريقة أو بأخرى قوته الاقتصادية، باعتباره طرفا يحترف وظيفة التمويل ومنح الائتمان، وقلما نجده ينضبط لأخلاقيات التفاوض المبني على الرضا، بل يسيطر على العملية التعاقدية برمتها. وبالتالي فمسألة تحديد هامش ربح البنك التشاركي¹ لا زال يعرف ضبابية، وغيابا تاما لمؤشر معين لتحديد قيمة ربحه من عملية المرابحة المؤجل الثمن، بالرغم من تنصيص المشرع على أن هامش الربح يتم الاتفاق عليه مسبقا بين البنك التشاركي والعميل.

ولذلك نجد البنك التشاركي محتكرا لهذه المسألة، مستغلا حاجة العميل للمبيع، بأن يفرض عليه معدلات ربح مرتفعة، ومبالغ فيها²، جعلت من المرابحة عقد إذعان بامتياز، في ظل غياب مؤشر واضح، يتم تحديد نسبة ربح البنك التشاركي من

1- بالرغم من أهميته ودوره في تشجيع الإقبال على هذه المنتج التمويلي الجديد وتوافق أحكامه مع أحكام الشريعة.

2 - أيوب تابت : توثيق معاملات البنوك التشاركية، المرابحة العقارية نموذجا، مطبعة دار الأفق المغربية للنشر الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2022، ص 35.

عقد المراجعة في ضوءه، وبالتالي فليس من المعقول أن يترك تحديد الريج لمؤشرات مجهولة، أو قابلة للتمديد مستقبلا.

هذا بالرغم من أن بعض الباحثين يدعون بأن المراجعة لا يمكن ادراجها ضمن عقود الإذعان¹ باعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تجيز احتكار بنود العقد، وتمنع أي إخلال بالتوازن العقدي. كما أن هذا البيع من بيوع الأمانة وفيه مراعاة لجانب إعلام العميل بجميع تفاصيل عملية الشراء، بما فيها ثمن المبيع، وتكاليف تملكه، ثم نوع السلعة وما لحقها من نقص، أو زيادة قبل وبعد تملكها من قبل البائع وهو البنك التشاركي.²

وبالرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أن واقع تنفيذ عقد المراجعة في الواقع العملي هو غير ذلك، إذ نجد أنه تكتنفه بعض التجاوزات، ذلك أن العميل لا يمكنه التفاوض³ أو مناقشة الشروط التي تملها عليه البنك التشاركي، والتي تكون في غالبيتها

1- يرى هؤلاء أن المراجعة هو عقد بنكي تمويلي مركب، واعتبارا لطبيعته الشرعية فهو ينفرد بخصائص ومقومات عقود الأمانة، واستصدار عقود نموذجية بشأنه باعتباره معاملة شرعية هو أمور ضروري، كما أن إقرار نموذجية عقودها هي معززة بأراء بالمطابقة الشرعية صادرة عن المجلس العلمي الأعلى، يشكل ضمانا قوية لسلامتها من الناحية الشرعية، أمام ما قد تثيره كثرة الصياغات من إشكالات قد تخرج العقد من قلبه الشرعي، وترمي به إلى دائرة العقود غير الشرعية من جهة، للمزيد ينظر: عبد السلام بلاجي: "البنوك التشاركية وأدوات المالية الإسلامية الخصوصية المغربية" أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي، المنظمة بالرباط- المغرب في بتاريخ 21 و22 يناير 2016.

2- عبد السلام بلاجي: المرجع نفسه.

3- في ظل نصوص قانونية واضحة ومنظمة لمرحلة التفاوض فقد استقر الفقه والقضاء على إلزامية التفاوض بحسن نية، و أن يتصف سلوك التفاوض بالنزاهة والشرف و الأمانة والثقة. ينظر- أمل مالح: بعنوان "توثيق عقود الائتمان الاجاري بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي" أطروحة لنيل

لمصلحتها، أما الالتزامات الملقاة على عاتقها فتحاول التخفيف منها قدر الامكان، باستبعاد مسؤوليتها التعاقدية. وبالمقابل، تعمل إلى التشديد من مسؤولية الطرف الآخر وهو العميل، وكمثال على ذلك تحليلها من مسؤولية تسليم العقار للعميل إذ لم يتم التسليم لسبب خارج عن إرادتها، وذلك بالاستفادة من عدم دقة الألفاظ المستعملة، وتعتمد إدراجها على عموميتها، مما يجعل أي سبب كيفما كان، قد يكون حائلا دون تسليمها المبيع للعميل، ويمكنها إدراجه في خانة الشرط المبين أعلاه، ليكون بذلك مطية لعدم تحميلها أي مسؤولية جراء عدم التسليم، أو التأخير فيه، خاصة إذا كان سبب عدم التسليم أو انعدامه راجع إلى مالك المبيع.

وإذا كانت نصوص المنشور تلزم البنك التشاركي بتملك المبيع حقيقة أو حكما، مع ضمان استحقاقه للعميل قبل توقيعها لعقد المراجعة معه، إلا أن مقتضيات العقد النموذجي يمكن البنك من التحلل من هذا الالتزام، ويظهر جليا أن مقتضياته إنما وضعت لحماية مصالح للبنك أكثر من العميل، بما يجنبه المخاطرة بأمواله في معاملة قد تحتل الخسارة أكثر من الربح. والمؤكد أن إدراج هذا المقتضى في صلب العقد النموذجي فيه ترجيح لمصلحة الطرف القوي اقتصاديا وهو البنك التشاركي، وهو ما يؤسس لنوع من الحماية لمصالحها الخاصة حساب مصالح العميل باعتباره طرفا ضعيفا. وما من شك أن هذا المعطى يؤثر سلبا على التوازن بين الأطراف المتعاقدة، ويشكل اختلالا بينا في توازن التزاماتهم.

وعليه، نستطيع القول أن إدراج هذا المقتضى في صلب العقد النموذجي يعتبر أحد صور الشروط التعسفية التي تناولتها المادة 15 من قانون 31-08 المتعلق بحماية

المستهلك، إذ نجد البنك التشاركي ولكي تستجيب لطلب تمويل العميل لاقتناء عقار مثلا، فإنها تشترط عليه تقديم مجموعة من الضمانات، والتي تظهر بطابع إلزامي كالوعد الملزم، وهامش الجدية، والرهن وغيرها من الضمانات، ناهيك عن اشتراط العقد النموذجي لبيع المراجعة لكفيل شخصي، أو كفيل صاحب رهن، ضمانا لحسن أداء العميل لالتزامه بأداء أقساط دين المراجعة. إضافة إلى إلزامه بإبرام عقد تأمين تكافلي على المبيع. ونفس هذه الالتزامات التي تقع على عاتق العميل نصت في المادة 07 والمادة 08 تواليا من خلال نموذجي عقد المراجعة لتمويل شراء عقار ومركبة.

وما من شك أن جملة هذه القيود، لها تأثير على حق ملكية العقار وتحد من سلطة العميل في استغلاله والتصرف فيه কিفما شاء العميل، وكمثال لهذه الشروط المجحفة نجد شرط منع إيجار العقار موضوع الرهن، أو توطين أصول تجارية به، أو تقديمه حصة في شركة، أو رهنه للغير إلا بعد أخذ موافقة صريحة من البنك التشاركي، ناهيك عن إدراج التزام غريب على العميل، وهو تعهده بعدم الاستدانة بشكل قد يؤثر على قدرته في تسديد ما بذمته من أقساط عقد المراجعة، وعدم ضمان ديون الغير سواء بالضمان الاحتياطي، أو الكفالة.

والمؤكد، أن إيراد كل هذه القيود غير المبررة بالمرة، لا يمكن وصفها إلا بالشروط التعسفية التي ستعصف بالتوازن العقدي المأمول في هذا العقد ذي الطبيعة الشرعية، وستضرب في الصميم مبدأ العدالة التعاقدية. وتجعل من نموذج عقد البيع بالمراجعة المعتمد بالبنود التي تضمنها أقرب ما يكون إلى عقد القرض العقاري بفائدة، الذي تمويل به البنوك التقليدية حاجات عملائها. وسنعمل في المطلب الموالي الوقوف على بعض هذه الشروط ذات الطابع التعسفي المضمنة في العقدين النموذجي عقد المراجعة لتمويل شراء عقار.

المطلب الثاني: حقيقة الشروط المدرجة بعقد المراجعة البنكي

لوقوف على حقيقة الشروط المدرجة في بنود العقود النموذجية المرتبطة بعملية المراجعة بوجه عام، لابد من البحث بداية عن حدود اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف هذا العقد. بدءاً بمرحلة ما قبل التعاقد، مروراً بمرحلة تنفيذ العقد بين أطرافه، ووصولاً لمرحلة الآثار المترتبة عنه بين أطرافه. ويمكن اعتبار الشرط تعسفياً كلما كان الاختلال بيننا وجسيمياً بين واجبات وحقوق أطراف العقد (الفقرة الأولى).

والحقيقة أن المراجعة عقد بنكي مركب في صورة منتج تمويلي، يدخل في قائمة أدوات توظيف أموال البنك التشاركي للحصول على الربح، يتم اعتماده بشكل مستمر واعتيادي. ولذلك نجد أن البنك التشاركي هي التي ينفرد بتحديد المضمون التعاقدى لنموذج العقد، وهو ما جعله لم يخل كغيره من العقود البنكية التمويلية من النزج في صلبه ببعض الشروط التي يمكن أن تتصف بطابع التعسف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حماية العميل من الشروط التعسفية في عقد المراجعة

سبقت الإشارة إلى أن عقد المراجعة المركبة هو من عقد بنكي مستحدث، واعتباراً لدوره التمويلي نجد أن غالبية العقود المرتبطة به قد تمت صياغتها قالباً موحد في شكل عقود نموذجية. وتبعاً لذلك، نجد المشرع يتدخل بمقتضيات قانونية ذات طابع وقائي بوجه خاص، لتجنب الاختلال في توازن العقود التي يتم تحريرها وانجازها بصفة فردية من قبل المني، وذلك بفرض رقابة على محتوى العقد، واستبعاد فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، بموجب قانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك (أولاً) حيث من خلال هذه النصوص يتضح المعيار المعتمد لتعسف الشروط (ثانياً).

أولاً: موقف القانون 08.31 من الشروط التعسفية في العقد لنموذجي

عمل المشرع بموجب قانون 31.08 على وضع مقتضيات خاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أخذا بعين الاعتبار طبيعة العلاقة التعاقدية وصفة أطراف العقد سعياً منه لتحقيق عدالة تعاقدية ناجحة.

ومحاولة منا إبراز الأبعاد الحمائية التي أرساها المشرع في المجال التعاقدى بصفة عامة، لا بد من الوقوف عند بعض المواد التي تبنت حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في العقد، بالرجوع لقانون 08-31 المتعلق باتخاذ تدابير لحماية المستهلك وخاصة المادة 15 منه، نجدها قد وسعت من مجال تطبيق المقتضيات المتعلقة بالشروط التعسفية، حيث لم يعد الأمر متعلقاً بنوع من الشروط الواردة في نوع معين من العقود فقط، بل يهتم كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين المورد والمستهلك بوجه عام. وهو ما يظهر بشكل جلي من خلال عبارة "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك" وهو ما يؤكد على أن عبارة-العقود-وردت عامة دون تخصيص.

وفي نفس الإطار نجد الفقرة الثانية من المادة 15 السالفة الذكر قد وسعت من مجال الحماية من الشروط التعسفية حيث جاء فيها "تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد والتي تتضمن شروطاً متفاوضاً في شأنها بحرية، أو غير متفاوض بشأنها، أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقاً" والجلي من هذه الفقرة، أن المشرع ينص صراحة بأن مجال الحماية لا يقتصر على إذعان العقد فقط، بل يشمل أيضاً كافة العقود الرضائية إذا كانت تتضمن شروطاً ذات طابع تعسفي. وعليه، فخاصية التعسف قد توجد حتى في عقود المعاوضة أو المساومة، إذ بإمكان المحترف دائماً أن يتعسف في حق المستهلك سواء من خلال استغلال ضعفه،

أو من خلال الاستفادة من جهله، ذلك أن ما يحدث في الغالب هو أن عدم كفاءة المستهلك سواء الفنية، أو التقنية، والتي لا تمكنه من مناقشة شروط العقد، لافتقاره لخبرة قانونية تخوله إمكانية تقدير الآثار الحقيقية لهذه الشروط على مركزه المالي. ويتم التعاقد باختلال التوازن بين التزامات كلا الطرفين، بالاستفادة طبعاً من ميزة احتكار وضع بنود العقد، وصعوبة مناقشة الشروط والمقتضيات المضمنة به. مما يثور معه تساؤل بخصوص المعيار المعتمد بفي وصف بنود العقد النموذجي بأنها تعسفية؟

ثانياً: المعيار المعتمد لتقدير الشرط التعسفي

إن البنود التي تتخذ طابع التعسف، والتي يمكن لأحد المتعاقدين فرضها في صلب العقد، هي في حقيقة الأمر مؤشر واضح ودال على اختلال موازين القوى بينهما. وهو ما يؤدي إلى انعدام التوازن بين أطراف العقد، فباستحضار مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون حماية المستهلك السالفة الذكر، نخلص بأنه ولتحقق تعسفية الشروط المدرجة في العلاقة التعاقدية، فلا بد من أن يكون البند أو الشرط المدرج في صلب العقد قد أحدث اختلالاً كبيراً¹ بين حقوق وواجبات طرفي العقد أو أحدهما.

لذلك، فإن معيار التعسف هنا كما يرى بعض الفقه² راجع إلى وجود اختلال كبير في التوازن العقديين أطراف العقد نفسه، وهذا المعيار نفسه يمكن استنتاجه

1- باعتبار أن تحديد الطابع التعسفي للشرط المضمن في العقد لا ينظر إليه من خلال الشرط نفسه، بل من منظور مقصد الأطراف من العقد، ثم أثره المباشر على إرادة على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية برمها، خاصة إذا كان الشرط أو الشروط عبارة عن التزامات بدون مقابل.

2- عبد الرحمان الشرفاوي: "دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط-المغرب، س 2002. وكذلك: -عبد القادر العرعاري: "ضمان العيوب الخفية في عقد

كذلك من خلال التعريف الوارد بالمادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي،¹ الذي يعتبر الشروط التعسفية هي التي يتجسد موضوعها أو أثرها في خلق اختلال مبالغ فيه، بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب الطرف غير المحترف أو المستهلك، وأوردت هذه المادة قائمة بيانية وليست حصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية في قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك الفرنسي.

وباعتبار أن الاختلال البين لتوازن الأداءات بين طرفي العقد هو المعيار الأساسي المعتمد لتقدير تعسف الشروط، فإن الأمر يقتضي إجراء موازنة بين حقوق والتزامات الأطراف في عقد المربحة المركب، من أجل تجاوز الاختلال الكبير الذي يحدثه الشرط التعسفي إذا وجد بها، خاصة في الحالة التي يرجح كفة المورد، بتخفيف التزاماته على حساب المستهلك فإننا نكون أمام شرط تعسفي وجب استبعاده.²

الفقرة الثانية: الوضعية القانونية لعقد المربحة البنكي أمام الشروط

التعسفية

البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي" منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية، د.م.ط، سنة 1996 ص 58.

1- القانون رقم 93-949 الصادر في 26 يوليوز 1993، بمثابة مدونة عامة لحماية المستهلك الفرنسي.
2- جدير بالإشارة أن الاختلال يجب كما أقرته المادة 15 من قانون 31-08 وجب أن يكون كبيرا أو بشكل لا رجعة فيه، فتحديد الطابع التعسفي للشرط لا ينظر إليه من خلال الشرط نفسه، بل من الجانب الاقتصادي العام للعقد، لذلك فإذا كان الاختلال بسيطا فهو يكون مقبولا، ولا يصطبغ بالطابع التعسفي، كما أن مسألة تقدير جسامته الشرط التعسفي يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي، الذي يعمل على إرجاع التوازن للعقد باستبعاد هذه الشروط التعسفية.

باعتبار عقد المراجعة هو منتج تمويلي يتم في إطار خدمة بنكية، فهو داخل في زمرة العقود البنكية التي يتعامل بها بشكل اعتيادي ومستمر، لذلك نجد البنك التشاركي بدوره، ووعيا منه بحساسية العملية وتعقيدها، فقد كلف نفسه عناء تحديد المضمون التعاقدى لعقود عملية المراجعة ممثلة في جهة مهنية ينتهي إليها (أولا)، وهو ما جعل هذا العقد لم يخل كغيره من العقود البنكية من بعض الشروط التي تتسم بنوع من التعسف، مما سبب في اختلال بين لفي التوازن العقدي لأطراف عقد المراجعة (ثانيا).

أولا: إرادة العميل في إقرار تحملاته من خلال نماذج عقود المراجعة الأصل أن لكلا المتعاقدين كامل الحرية في إبرام التزاماتهم تماشيا مع مقتضيات الفصل 230 من ظ.ل.ع الذي ينص على أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون." وعليه، كان بديهيا أن تترك للأطراف كامل الحرية في نسج ملامح علاقتهم التعاقدية، بما يسهم في توفير مجال رحب أمام إرادتهم، والتعبير عن مطامحهم، ورسم الإطار الذي سوف تتموقع فيه الالتزامات والحقوق المتبادلة بينهم، تجسيدا لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة في العقود كمبدأ مهيم على القانون التعاقدى، بل وفي بعض الأحيان حتى على القانون المدني¹ ولذلك، فكل ما ورد في صلب العقد من بنود، هو ترجمة للإرادة الأسى للأطراف والتي تشكل مصدرا للإلزام والالتزام. وهو المبدأ الذي يجد تأصيله في الفقه الإسلامي. غير أنه وبقراءة متأنية لما ورد في نموذج عقد المراجعة سواء لتمويل عقار من

1- محمد الشليح: م.س، ص 78.

بنود، ومقتضيات، يتبين أن إرادة العميل في إقرار تحملاته في العقد تكاد تكون محدودة، أو منعدمة إذ تصب غالبيتها في مصلحة البنك التشاركي، بحكم صياغة العقد في قالب جاهز أنفا في ظل احتكار المجموعة المهنية للبوك لهذه الصياغة، وتعتمد وضع شروط العملية التعاقدية بما يخدم مصالحها.

ومن أهم الإشارات التي تجعل من عقد المراجعة المركبة عقدا احتكاريا، نجد اعتماد الصياغة الواردة في العقد النموذجي على عنصر التكرار، وبتعبير آخر تعتمد إدراج نفس الشروط في العقد وبصورة منتظمة، ومطردة، على نحو يتوافر فيه ركن الاستقرار، والثبات في إتباع مضمونه. وهو الأمر يصفه البعض باعتياد أو تعود المتعاقد المحتكر لمضمون العقد على إدراج شروط ذات طبيعة واحدة، على شكل صيغ نموذجية تحتوي المضمون ذاته، وتتكرر في كافة العقود، ليكون بذلك نموذج العقد واحد.¹

وبإلقاء نظرة على البنود المسطرة في عقدي المراجعة الخاص بتمويل اقتناء عقار، نجد أن هذا العناصر حاضرة بقوة في البنود المدرجة بهما. مما يظهر لنا بوضوح حجم تأثير تقنية "النموذج" المعتمدة في صياغة عقد المراجعة في اختلال توازن شروط العقد، ذلك، وهو ما سهل على البنك التشاركي-باعتبارها طرفا قويا-بسط شروطه، وإيراد البنود التي تقلل من مسؤوليته تارة، أو نفى تارات أخرى.

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن مسألة احتكار تحديد مضمون عقد المراجعة المركبة في ظل النموذجية المقررة له أسست لمناخ أو أرضية مناسبة للنزح

1- العربي مياد: "إشكالية التراضي في عقود الإذعان" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء الموسم الجامعي 2008-2009، ص

ببعض الشروط التعسفية، وهذا ليس بغريب على عقد المراجعة باعتباره من العقود البنكية، شأنه شأن أغلب عقود الائتمان المعمول بها في المغرب التي تكون حافلة بهذا النوع من الشروط، فما هي إذن أهم مظاهر وتجليات تعسف الشروط في عقد المراجعة لتمويل اقتناء عقار؟

ثانيا: مظاهر تعسف الشروط المضمنة في عقد المراجعة البنكي

تلعب التقنية التي تصاغ بها العقود دورا هاما في تحديد مضمون العقد ومدى تعسف شروطه،¹ لذلك كان بديهي أن تتخلل نموذج عقد المراجعة البنكي شروط ومقتضيات ذات طابع تعسفي، ولعل أهم نقطة وجب الوقوف عندها، هي مسألة تقييم مدى وضوح هذه الشروط، لأن وضوح بنود العقد وشروطه يعتبر أمرا إلزاميا، وهذا الأمر قلما تحترمه البنوك في صياغتها للعقود، إذ غالبا ما تعتمد صياغات يصعب استيعابها من قبل المتعاقد، مما يسهل اعتماد الشروط التعسفية التي تخدم مصلحة البنك. وما من شك بأن المستوى المعرفي للعميل له دور هام في إمكانية قبوله بالشروط التعسفية دون فهمها، فالعقد يتكون من جملة من البنود، والمواد القانونية غير أن المتعاقدين للأسف ليسوا بنفس درجة الكفاءة، مما يشكل عائقا أمام سهولة استيعاب ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية.

ومن أهم مظاهر التعسف في عقد المراجعة نجد مسألة منع أطراف الأخرى من صياغة العقد أو حتى الاقتراح، فالعقد النموذجي يؤكد صراحة على أن المهني المكلف بتحرير العقد مقيد بعدم التدخل، أو حتى المشاركة في تحديد مضمونه، وهذا الأمر يؤكد الطابع الاحتكاري للعقد. كما أن من بين صور الشروط التعسفية في هذا

1-رهان لطيفي: "صياغة العقود في تمويل البنوك التشاركية عقد المراجعة نموذجا" المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، 5-N RERJ عدد 5 سنة 2020 ص 82.

عقد المراجعة مسألة اختلال توازن الأداءات، ذلك أن البنك التشاركي ولكي تقبل تمويل العميل، وتمكنه من اقتناء العقار لفائدته، فيتعين عليه مقابل ذلك تقديم مجموعة من الضمانات التي تظهر بطابع إلزامي كهامش الجدية، والرهن، والتأمين، وكذا الاقتطاع من المنبع وغيرها، والأكثر من ذلك أنها لا تقف عند العميل وحده وإنما تمتد لتشمل الكفيل المتضامن.

إضافة لما ذكر، نجد المادة 03 من نموذج عقد المراجعة لتمويل اقتناء عقار، تؤكد على أن البنك التشاركي تتجرد من مسؤوليتها في حال عدم تمكنها من تسليم العقار لسبب خارج عن إرادته. ونتيجة لذلك نقول بأن مصطلح "السبب الخارج عن إرادة البنك" يشكل هو الآخر مظهرا من مظاهر إذعانية عقد المراجعة، والتي تنم عن سوء نية البنك التشاركي، الذي قد يتملص من التزاماته عن تسليم المبيع للعميل باعتماده لهذا البند، دون أن يتحمل مسؤولية عدم تسليم المبيع للعميل كالتزام أصيل على عاتقه، ولا يمكن حتى مواجهته بالجزاء المفروض عليه قانونا.

وعليه، نخلص للقول أن تأخر البنك التشاركي غير المبرر، أو عدم تسليمه المبيع للعميل بعد إبرام عقد المراجعة، سواء كان سبب ذلك راجع له أو للبائع في ظل إقرار العقد النموذجي لبند "الإعفاء من أي مسؤولية" وهو شرط مخالف للقانون، باعتبار أن عقد المراجعة عقد بيع، وتسليم المبيع للمشتري هو أهم التزام يقع على عاتق البنك بوصفه بائعا. وبالتالي، كان الأجدر بوضعي العقد النموذجي التنصيص على أن يتم تشطير مسؤولية تحمل مصاريف اقتناء المبيع، بين البنك التشاركي والعميل-على الأقل-إذا لم تتمكن من تسليم المبيع لسبب خارج عن إرادتها، لأن البنك التشاركي يمارس نشاطا تجاريا بالتمويل بعقد المراجعة، ومن الواجب عليه تحمل بعض المخاطر، ويتحمل بعض الخسارة، ما دام العمل التجاري يحتمل الربح

والخسارة. أو أن يكون البند المتعلق بتحمل العميل لمصاريف تملك البنك التشاركي للمبيع، محل تفاوض واتفاق، باعتبار أن هذا الأمر فيه تجسيد لشرط يوصف بكونه تعسفي في عقد المراجعة العقارية. ويمكن ادراجه في صلب مقتضيات المادة 15 من قانون 08-31 في فقرتها الأولى، وقد يوصف بالاختلال الكبير في توازن الأداءات.

وصفوة القول، إن اعتماد عقود نموذجية لببيع المراجعة سواء لتمويل اقتناء عقار، باعتبارها عقودا بنكية تمويلية، لا شك أنه سيكون مجالا خصبا لمثل هذه الشروط التي تحد من مسؤولية المهني وضمانه. وهذا الأمر يؤكد إذعانية عقود المراجعة في بعض البنود المدرجة بها، وهو ما سيرجع-بدون شك-مصلحة الطرف القوي اقتصاديا وهو البنك التشاركي على حساب العميل، والذي يسعى جاهدا لحماية مصالحه الخاصة، من خلال فرض امتيازات قانونية، واقتصادية، من خلال التحديد الأحادي لمضمون العقد.

ونتيجة لذلك، نجد بأن ادراج مثل هذه الشروط في نماذج عقود المراجعة من شأنه إضعاف التوازن العقدي لهذه الآلية التمويلية، وهو سيكون سببا مباشرا لنشوء منازعات بين أطراف هذا العقد البنكي، مما يستدعي ضرورة تدخل جهات أخرى أوكل لها المشرع مهمة فض النزاعات المثارة بشأن مثل هذه العقود التي تتصف بعدم التوازن، وذلك قصد إعادة التوازن لها والعمل على تكافؤ حقوق وواجبات أطرافها.

المبحث الثاني: تدخل القضاء لحماية المستهلك من بنود التعسفية لمنتج

المراجعة

إذا كان العميل هو من يقدم على التعاقد مع البنك التشاركي لحاجته للمبيع محل التمويل، بمنتج المراجعة، بغرض الاستفادة من امتيازاته كأداة شرعية للتمويل،

ويعتبر بذلك مستهلكا، ولما كان القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، قد كفل لهذا الأخير جملة من الحقوق التي يرتبها العقد بمجرد انعقاده، فإن نشوء نزاع بشأنه يتطلب ضرورة اللجوء إلى القضاء المختص للبت في النزاع، واسترجاع حقوق الطرف المتضرر. ولذلك، فالاستفادة من التدابير الحمائية التي أتى بها قانون 31-08، يبقى مرهونا بالتقيد بأساسيات الدعوى الاستهلاكية، التي تعد من الضمانات القانونية المكرسة لفائدة العميل المتضرر.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي للبت في منازعات عقود المراجعة

لا شك أن تنفيذ مقتضيات عقد المراجعة سيثار معه الإشكال المتعلق بالمحكمة المختصة للنظر في الدعوى الاستهلاكية لعقد المراجعة المبرم بين البنك التشاركي والعميل.

الفقرة الأولى: الاختصاص النوعي لمنازعات منتج المراجعة

بمطالعتنا لمقتضيات قانون 31-08 القاضي باتخاذ تدابير لحماية المستهلك، نجد أن المشرع لم يكن حاسما في مسألة الاختصاص النوعي في القضايا المتعلقة بنزاعات الاستهلاك بصفة عامة، والدعاوي الاستهلاكية على وجه الخصوص. حيث ظل هذا الأمر ولا زال محط جدل واسع، نتج عنه تضارب في الاتجاهات القضائية بين المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية، بين من يسند الاختصاص للمحاكم التجارية بموجب القانون المحدث لها، بصرف النظر عن صفة العميل المستفيد من التمويل شخصا عاديا كان أم تاجرا محترفا، على اعتبار أن عقد القرض وعقود التمويل الائتمانية هي في الأصل عقود تجارية، عملا بمقتضيات الفقرة السابعة من المادة 06 من م.ت، وهذا التوجه أخذت به محكمة النقض في مجموعة من القرارات الصادرة عنها، ونورد أحدها هنا على سبيل الاستئناس حيث جاء فيه: "إن عقد الرهن والقرض

الرابط بين الطرفين الذي هو عقد تجاري بطبيعته، بصرف النظر عن طرفيه، تماشيا مع ما نصت عليه المادة 06 من م.ت. لذلك ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية للبت في النزاع ولو كان طرفيه مدنيين.¹ وعكس هذا التوجه نجد اتجاهات قضائية صادرة عن محاكم الموضوع، ومحكمة النقض كذلك، تسند الاختصاص في دعاوي القروض الاستهلاكية للمحاكم الابتدائية التي تبقى لها ذات الولاية العامة، باعتبار أن عقد القرض الاستهلاكي هو عقد مختلط باعتبار أن أحد أطراف العقد وهو العميل هو شخص مدني، وليس تاجرا بالضرورة حتى يكيف هذا العقد بأنه عقد تجاري صرف. وبالتالي فالقول بانعقاد الاختصاص النوعي في هذا النوع من العقود للمحاكم التجارية هو مناف لمنطوق وروح المادة 05 من قانون إحداث المحاكم التجارية في فقرتها ما قبل الأخيرة، التي تنص أنه بإمكان اتفاق التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد يقع بينهما من نزاع بسبب أعمال التاجر.²

ومن وجهة نظرنا نقول بأن مسألة تحديد المحكمة المختصة نوعيا للبت في المنازعات الناشئة عن العقود البنكية ومنها عقد المراجعة العقارية المستجد يقتضي نوعا من التدقيق، حيث أنه ولئن اتفقنا على أن عقد المراجعة هو عقد تجاري صرف، ويدخل في زمرة العقود التجارية التي أشارت إليها المادة 05 من قانون المحاكم التجارية، والتي تسند الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية في الدعاوى، والمنازعات المتعلقة بالعقود التجارية، وهذه الأخيرة هي تلك التي نظمها المشرع في الكتاب الرابع من م.ت،

1-قرار محكمة النقض رقم 289 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2002، الملف التجاري عدد 353_3_2006،

منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، ع 05، س 2010، ص 12.

2-أحمد كويسي: الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في العقود المختلطة في ضوء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2002، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ع 04، س 2011، ص 162.

والتي تجمع عادة بين طرفين يكتسبان كلاهما للصفة التجارية، فلا خلاف بأن الاختصاص النوعي لهذه العقود ينعقد قطعاً للمحاكم التجارية، باعتبار أن أحد طرفي عقد المراجعة قد يكون طرفياً مدنياً، لتنصرف فالمعاملة حينئذ إلى نظرية الأعمال المختلطة. والعقد المختلط الذي يجمع بين طرفين أحدهما مدني والآخر مكتسب لصفة التاجر، ذلك أن المادة 04 من م.ت، تقر بأنه إذا كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد أطراف العقد، ومدنياً بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجارياً. ولا يمكن أن يواجه به الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنياً.

وعليه، وبالنظر للجدل الفقهي الذي وقع نتيجة هذا التضارب في الاجتهاد القضائي فيما يخص الجهة المختصة قانوناً للبت في منازعات عقد القرض الاستهلاكي، والذي يتشابه في فلسفته مع عقد المراجعة، نجد محكمة النقض قد أصدرت قراراً دقيقاً بهذا الشأن، حسمت بموجبه النقاش المرتبط بالاختصاص النوعي في إطار العقود التجارية والعقود المختلطة، متجاوزة بذلك الاختلاف الذي طبع الآراء الفقهية بهذا الخصوص حيث جاء في حيثياته "لكن حقيقة أنه بالنسبة للعقود المختلطة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها، ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية. في حين أن غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية."¹

1- القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 19 مارس 2003، غير منشور أورده أحمد كويسي في مرجعه السابق ص 163.

والمؤكد أن هذا التوجه في نظرنا هو المصادف للصواب، لأنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصل 18 من ق.م.م الذي جعل المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة في جميع القضايا المدنية، والإدارية، والتجارية... وأن عرض النزاع الناشئ عن العقود البنكية التمويلية ومنها عقد المراجعة أمام القضاء العادي للبت فيه، هو الأسلم والأنسب لحماية حقوق العميل لأن مكانه الطبيعي هو القضاء العادي وليس القضاء التجاري الذي أحدث أساسا للبت في المنازعات التي تنشأ بين التجار بصدد أعمالهم التجارية.

وبالتالي، فإدراج بند يقضي بإسناد البت في منازعات عقد المراجعة البنكي للقضاء التجاري في صلب العقد النموذجي، يمكن اعتباره تجسيدا للشروط التعسفية التي تكون العقود التمويلية حبلى بها. لتشكل بذلك مثالا حيا للشروط التعسفية التي تناولتها المادة 15 من قانون 31-08، والتي أوجبت على قاضي النزاع التصريح باستبعادها والحكم ببطالها. لنخلص في الأخير أن الاختصاص النوعي للبت في منازعات هذا العقد البنكي التمويلي يتعقد للمحكمة الابتدائية، ولا يمكن مقاضاة العميل أمام محكمة متخصصة في قضايا تخص التجارة، والتجار الذي تفترض فيهم الحرفية. وهذا الأمر بلا شك فيه ضمانات لحماية الطرف الضعيف في عملية المراجعة، وإعمال لقواعد الإنصاف القضائي¹.

الفقرة الثانية: الاختصاص المكاني لمنازعات عقد المراجعة

تناول العقد النموذجي للمراجعة لتمويل اقتناء عقار مسألة الاختصاص المكاني لمنازعات عقد المراجعة وذلك بمقتضى المادة 15 منه، وذلك في وثيقة الشروط

1- عبد المهيم حمزة: "النظام القانوني للقروض العقارية البنكية المخصصة للسكن، دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية" م.س، ص 245.

العامّة والتي جاء فيها "كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يعرض على المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها الترابي، محل إقامة المشتري، أو على المحكمة التي يوجد في دائرة نفوذها الترابي العقار موضوع العقد."

وما يمكن استخلاصه من المادة أعلاه، أنها لا تتطابق مع المبدأ العام لإسناد الاختصاص المحلي طبقاً للفصل 27 من ق.م.م، الذي يسند الاختصاص المحلي يكون محكمة الموطن الحقيقي، أو المختار للمدعي عليه. وهي نفس القاعدة التي أكد عليها القانونون 95-153¹ القاضي بإحداث المحاكم التجارية، في المادة 10 منه،² والتي تقر نفس المبدأ وهو أن الاختصاص المحلي ينعقد للمحاكم التي يوجد بدائرة نفوذها موطن المدعي عليه الحقيقي، أو المختار، أو محل إقامته في حال انعدام أي موطن لديه.

والواضح، أن تنصيب العقد النموذجي بأن الاختصاص المحلي للمنازعات الناشئة عن عقد المراجعة ينعقد للمحكمة التابعة لها محل إقامة المشتري، فيه تكريس لمبدأ تقريب القضاء من المتقاضين، وبالتالي، فإسناد الاختصاص للمحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها العقار محل عقد التمويل بالمراجعة العقارية، يعبر عن وعي تام بأهمية إبقاء العميل أمام القضاء العادي، وعدم التنصيب على أن محكمة نفوذ المقر الاجتماعي للمؤسسة هي التي تختص بالنظر في النزاع.

1- الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر بتاريخ 04 شوال 1417، (12 فبراير 1997) الصادر بتنفيذ القانون 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997.

2- نصت المادة 10 من قانون 53.95 على ما يلي: يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الوطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه. إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب، ولكنه يتوفر على محل إقامة به، كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل. إذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولا محل إقامة بالمغرب، أمكن مقاضاته أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي أو واحد منهم في حالة تعددهم.

والمؤكد أن هذا المقتضى في انسجام مع التعديل الأخير الذي طال المادة 202 من القانون 31-08 القاضي باتخاذ تدابير لحماية المستهلك، التي أرسى نظاما خاصا للاختصاص الترابي لمنازعات القروض والتمويلات الاستهلاكية حيث نص الفصل المذكور على ما يلي "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن الاختصاص القضائي النوعي ينعقد حصريا للمحكمة الابتدائية. تعتبر المحكمة المختصة مكانيا، محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".¹

وخلاصة القول، إن تحديد الاختصاص النوعي والمحلي في إطار الدعاوى المثارة بخصوص عقد المراجعة يعد أمرا ضروريا، ذلك أن توزيع الاختصاص النوعي ينبغي أن يكون واضحا بين المحاكم الابتدائية والمتخصصة، بشكل يراعي مصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو العميل غالبا. مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ تقريب القضاء من المتقاضين، وعدم إلزام الطرف المدني بمساطر قضائية تؤرق كاهله بمصاريف هو في غنى عنها.

ولا بد من الإشارة هنا أنه ولضمانا لإنجاح الدعوى الاستهلاكية عموما، فلا بد من الاستعانة بمحام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، للدفاع عن مصالح الطرف المتضرر من بنود، ومقتضيات العقد التي تتخذ طابعا تعسفيا، ويرجع السبب في ذلك لكون القوانين الاستهلاكية المطلوب تطبيقها تعرف نوعا من التعقيد، والدقة، وهو ما يستدعي أن يكون المحامي على درجة عالية من الكفاءة، والخبرة، المهنية التي تكتسب

1- تم تغيير وتتميم المادة 202 بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 78.20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.85 بتاريخ 25 من ربيع الآخر 1442 (11 ديسمبر 2020)؛ الجريدة الرسمية عدد 6945 بتاريخ 6 جمادى الأولى 1442 (21 ديسمبر 2020)، ص 8465.

بطول الممارسة العملية، خاصة في مثل هذه العقود التمويلية المستجدة حفاظا على حقوق المتقاضين من الضياع.

المطلب الثاني: حدود تدخل القضاء لإعادة التوازن لعملية المراجعة

لا شك أن اعتماد تقنية النمذجية في صياغة العقود التي تجمع بين المهني والمستهلك، والتي تخدم مصالح الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، ولأن العقود البنكية بوجه خاص تتميز عادة بإيرادها في نماذج في شكل عمليات بنكية معقدة، تتطلب نوعا من التقنية والتدقيق عالي المستوى. هذا الأمر لن يتحقق إلا باعتماد النمذجية، بالرغم من سلبياتها.

ونتيجة لما ذكر، فكلما تخللت أي عقد بنود أو شروط تخدم مصلحة طرف دون أخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر، فيتحتّم حينئذ تدخل القاضي كسلطة ثالثة في العقد لإعلاء العدالة التعاقدية، وإعادة التوازن العقدي، ويمكن أن يتحقق ذلك عبر سلطة القاضي في تفسير العقد (الفقرة الأولى)، أو تعديله إن دعت الضرورة لذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سلطة القاضي في تفسير عقود المراجعة

بما أن العقد ينتج عن توافق إرادتين، فإن الالتزامات الناشئة عنه تتحدد بما اتجهت إليه إرادة الطرفين معا، لا بما اتجهت إليه إرادة واحدة دون الأخرى، لذلك تعد مؤسسة تفسير القاضي هي الكفيلة بمعالجة كل عقد أبرم دون مراعاة لجهل أحد أطرافه بتفاصيله، أو لشروطه التعاقدية وما يمليه عليه من واجبات وما يوفر له من حقوق. ولا شك أن هذا الأمر سيمكن القاضي من تحديد مضمون العقد، والوقوف على الالتزامات المتقابلة للأطراف لاستخلاص مكامن الغموض والخلل فيه، خاصة عندما يتعلق الأمر بغموض ينصب أساسا على تفسير بنود هذا العقد، وذلك بالعمل

على رفع الغموض، واللبس عنه، قبل البحث عن مضمون التزامات المتعاقدين عند غموضها.

والعقد يكون غامضا حسب البعض من الفقه عندما يتم استعمال عبارات لا تعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين، أو عندما يكون لها أكثر من معنى، بما يحمل الشك في الغرض المقصود منه، أما إذا كان العقد واضحا فإن سلطة القاضي في التفسير تكون ضيقة أو منعدمة.¹ وعلى هذا الأساس فإن العقد الذي يحمل عبارات مهمة، أو عبارات فضفاضة تؤدي إلى غموض في تحديد المعنى، بحيث لا تظهر معها نية العاقدين في ترتيب أثر معين، فيتم معالجتها بتدخل القاضي لتفسيرها وقد تكفل المشرع المغربي من خلال الفصل 462 من ظ.ل.ع،² ببيان الحالات يكون فيها العقد غامضا، ومنها الحالة التي تكون الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها، وبين الغرض الواضح المقصود عند تحرير العقد، أو تكون غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها. إضافة إلى الحالة التي يكون فيها الغموض ناشئا عند مقارنة بنود العقد المختلفة، وتكون المقارنة هنا مثيرة للريبة حول مدلول تلك البنود. ولن تفوتنا الفرصة هنا، دون التذكير بأن المشرع لم يدرج الحالات المذكورة في الفصل

1- عامر أبو رمان: "دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني" دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 01، 2015، ص 98.

2 - نص الفصل 462 من ظ.ل.ع على ما يلي "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. 3- 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".

462 من ظل.ع على سبيل الحصر، وإنما يتحقق لغموض كلما كانت عبارات المستعملة في العقد تحول دون معرفة النية المشتركة للعاقدين.

وبتسليط الضوء على عقد المراجعة العقارية باعتباره عقدا نموذجيا، فإن تقدير مدى وضوح عباراته يتطلب منا وقفة تمحيصية حتى نميط اللثام عما يكتنف بنوده ومواده من غموض، خاصة على مستوى العبارات ونسوق مثلا هنا لعبارة تم اعتمادها بكثرة وهي "الضرر الفعلي المثلث الذي يتحملة البنك" فالعقد يقر على أن البنك التشاركي له الحق في أخذ تعويض عن الأضرار التي تلحق به، كشرط جزائي لعدم تنفيذ العميل لالتزاماته أو أحدها.

ولأن العميل هو من يستفيد من منتج المراجعة فيكون بذلك مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالبنك التشاركي، خاصة في حالة تماطله أو توقفه عن أداء الاستحقاقات دين المراجعة في الأجل المحددة بموجب العقد بدون عذر مبرر. وتبعا لذلك، فإن عبارة "الضرر الفعلي" هي واردة على إطلاقها، ولم يوضح واضعوا العقد النموذجي كيفية إثباته، ولا الجهة التي ستتكلف بتقدير حجم الضرر، وجسامته، ثم مقدار التعويض الذي يلائم الضرر، وهل يشمل الضرر حتى تفويت الفرصة على البنك التشاركي؟

وفي ظل غياب توضيح لمعنى هذه العبارة، فالمعول عليه هو جهاز القضاء في تفسير هذا المقتضى، بإقراره لسلطاته التفسيرية لفائدة العميل. بل إن تدخله لاستجلاء الضبابية التي تكتنف هذه العبارة هو أمر ضروري، وذلك لتقدير حجم الضرر، ومقدار التعويض الذي يتناسب معه، لما فيه من حماية الطرف الضعيف في عقد المراجعة العقارية وهو العميل بدون أدنى شك.

ونتفق في هذا الإطار مع ما ذهب إليه البعض من الفقه¹ الذي يرى بأن الضرر الذي على العميل تعويضه للمؤسسة من الواجب أن يتم اثباته سواء بمستندات الملكية، أو وصولات أداء الثمن، وكذا فواتير الشراء، شريطة أن يشمل ما صرفه البنك التشاركي قصد تملك المبيع مباشرة، مع بيان نوعها وقيمتها. لذلك وجب تفسير هذه العبارة في حدود سياقها، وذلك باحتساب الضرر الواقع للمؤسسة فعلا، دون إدخال الكسب الذي قد يكون فوت على البنك التشاركي جراء فعل العميل ضمن عناصر الضرر الحاصل لها، أو ما يسمى بتفويت الفرصة².

والجدير بالذكر هنا، أن القاضي المكلف بتفسير العقد الغامض، يستعين أثناء قيامه بهذه العملية بمجموعة من الضوابط المتمثلة أساسا في العوامل الداخلية للعقد، أي العبارات والألفاظ التي استعملها الأطراف في العقد للتعبير عن إرادتهما، كما يتعين عليه مراعاة نص العقد ذاته أخذا بعين الاعتبار جميع الظروف والملابسات التي صاحبت اللفظ، وذلك على اعتبار أن بنود العقد يؤول بعضها بعضا³. ومن اللازم مراعاة جملة هذه الأمور للوقوف على الغموض، والتناقض الحاصل بين هاتيه البنود، واستحضار العوامل الخارجية المؤثرة ولو بشكل غير مباشر، فضلا عن العوامل الذاتية المرتبطة بشخص المتعاقدين خاصة منهيته، وكفاءته العلمية، وغيرها.

1- محمد جعواني: منتجات التمويل التشاركي دراسة فقهية تأصيلية، مطبعة دار الأمان للنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الثالثة، سنة 2021 ص 64.

2- محمد قراط: "المطالب الضرورية في شرح مقتضيات المقتضيات القانونية للبنوك التشاركية" م.س، ص 117.

3- سعاد بوختالة: "دور القاضي في تكملة العقد" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2015-2016، ص 18.

وعليه، نخلص أن المركز القانوني للبنك التشاركي باعتبارها شخصا مهنيا يحترف عمليات التمويل والائتمان، ليس هو المركز القانوني للعميل-المستهلك-الذي يكون تواقا للتمويل نظرا لحاجته الملحة للشيء المبيع، مستفيدا من تأجيل ثمنه وتبسيطه، وهو ما يجعله غير آبه بالبنود، والمقتضيات المدرجة في صلب العقد. وبالتالي فهذا الأمر سيولد اختلافا في المراكز القانونية بين أطراف عقد المراجعة العقارية، إلى جانب عوامل أخرى موضوعية، والتي تجد أساسها في مقتضيات الفصل¹²³¹ من ظ.ل.ع، لتحديد الطبيعة القانونية للعقد، وإعطائه التكيف القانوني الملائم، في إطار التدابير التي يعتمد عليها في تحديد آثار العقد، ثم العرف، وفقا لما نص عليه الفصلين²⁴⁶³ و³⁴⁷⁰ من ظ.ل.ع. وأخيرا قواعد العدالة والإنصاف التي يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص قانون منظم أو عرف متداول.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تعديل بنود عقد المراجعة العقارية

التعسفية

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، غير أن هذا المبدأ لا يمكنه الصمود طويلا، خاصة مع وجود عقد يعاني من

1- نص الفصل 231 من ظ.ل.ع، على ما يلي "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".

2- ينص الفصل 463 من ظ.ل.ع، على ما يلي "تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجاري بها العمل في مكان إبرامه والشروط التي تقتضها طبيعته".

3- كما نص الفصل 464 من ظ.ل.ع على ما يلي "بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد. وإذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بأخرها رتبة في كتابة العقد".

اختلال في توازنه العقدي. وتحقيقا للعدالة منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العلاقات العقدية للحد من القوة الملزمة للعقد، فبالإضافة للسلطة التفسيرية التي يتمتع بها القاضي إزاء العقد الغامض نجد من التشريعات ما وسع من سلطة القاضي إزاء العقد، وأقر له الحق الكامل لتعديل بنوده كلما كانت مقترنة بشروط تعسفية أو

مجحفة، ويتحقق ذلك عبر أساليب تمكنه من إرجاع العقد لتوازنه المنشود.

وبالرغم من أن الأصل في التعاقد هو توافق إرادة العاقدين، لأنها السبب الأول لإنشائه، ووحدها التي تستطيع إنهاءه أو تعديله. لذلك، نجد أن دور القاضي كان يقتصر على تفسير العقود بنية إعمال حكم القانون عليها، لكن وخروجا عن هذه القاعدة فمن الواجب على هذا الأخير التدخل لإعادة ترتيب المضمون التعاقدى، في ظل الاختلال الصارخ والكبير الذي يعاني منه العقد على مستوى الالتزامات المتقابلة¹. وكما هو معلوم، فإن اكتفاء المتعاقد بتوقيع العقد أصبح أمرا معتادا في حياتنا اليومية، لدرجة أن التوقيع أصبح يتم تلقائيا بدون أي تمحيص لشروط التعاقد، وهو ما يفتح المجال للمهني لدس جملة من الشروط المجحفة، خاصة تلك التي يتم إعدادها وطبعا سلفا تحت مسمى "العقود النموذجية" التي تعرف بها العقود البنكية على وجه الخصوص.

وأمام هذا الوضع، وفي ظل ما يكتنف هذه العقود من بنود غير قانونية، سمىها التعسف في استعمال الحق، وهو أمر يجهز على مبدأ سلطان الإرادة بذريعة تمكين المستهلك من تمويل سلع وخدمات متطورة، وهو ما يستدعي استحضار الوعي

1- عامر أبو رمان: م.س، ص 135.

بخطورة العقود النموذجية وما تتضمنه من بنود لا تخدم مصلحة المتعاقد، بل يخدم مصلحة الطرف القوي في العلاقة وهو البنك التشاركي في عقد المراجعة. والمؤكد، أن تفعيل التمويل بمنتجات المالية التشاركية عمليا سيفرض لا محالة تدخلا مباشرا لجهاز القضاء لإعادة التوازن لعقوده، لأنها في الأول والأخير عقود بنكية تكتسي طابع الإذعان، مما يستلزم بسط نوع من الحماية للطرف الضعيف وهو العميل في هذه مثل العقود، عبر أعمال القضاء لسلطته في تعديل العقد. ومن مظاهر أعمال سلطة القاضي التعديلية لبنود العقد خاصة عندما يتعلق الأمر بتعديل شروط تعسفية أو إلغائها، نجد سلطته المطلقة في رفع الضرر الاحق بالطرف الضعيف جراء اقرار الشروط التعسفية في العقد إما بتعديل أو إلغاء هذه الشروط كلية. أو بتعديل العقد بتفعيل الشرط الجزائي، أو التعويض الاتفاقي وتخفيضه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا طبقا لمقتضيات الفصل 264 من ظ.ل.ع.

وكخلاصة، يمكننا التأكيد أنه وفي ظل الحيز الضيق الذي تتفاعل فيه مقتضيات الالتزام التعاقدى فإن البحث عن الحد الأدنى من التوازن العقدي بين طرفيه هو أمر جليل، وهو ما يحتم على القاضي التوقيع مكان الطرف المدعن في العقد كلما سنحت له الفرصة بذلك، لوسط نفوذه على العقد غير المتوازن، بإعادة ترتيب مضمونه التعاقدى. ذلك أنه في الوقت الحاضر لم يعد القاضي هو ذلك الشخص الأجنبي عن العقد، والا ينحصر دوره في حراسة إرادة المتعاقدين والنطق باسم

الأمن التعاقدى لمنتج المراجعة العقارية ودور القضاء في تسوية منازعاته ----- د/أحمد أموزاي

المشرع، بل أضحى يوصف بالقاضي المتدخل لإيجاد التوازن العقدي المنعدم من الأصل،¹ أو على الأقل لصياغة المفقود منه بمرور الزمن.

47- ماجدة عبد العزيز المختارة: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول فاس، الموسم الجامعي 2013-2014 ص 96.

لائحة المراجع:

- عبد الحكيم النوايي: "وضعية العميل في الوعد الأحادي بالشراء لعقد المراجعة المركبة" المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، N°5 RERJ العدد 05، سنة 2019.
- عبد السلام بلاحي: "البنوك التشاركية وأدوات المالية الإسلامية الخصوصية المغربية" أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي، المنظمة بالرباط- المغرب في بتاريخ 21 و22 يناير 2016.
- عبد الرحمان الشرفاوي: "دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط-المغرب، سنة 2002.
- عبد القادر العرعاري: "ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي" منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية، د.ذ.م.ط، سنة 1996.
- عبد المهيمن حمزة: "النظام القانوني للقروض العقارية البنكية المخصصة للسكن،" مقال منشور بمجلة الحقوق، ع 07 سنة 2013.
- عامر أبوorman: "دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني دراسة مقارنة" دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 01، سنة 2015.
- أمل مالحي: بعنوان "توثيق عقود الائتمان الايجاري بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاص، السنة الجامعية، 2010-2011.
- أحمد أموزاي: "عقد المراجعة في القانون البنكي دراسة في الأصول النظرية والجوانب التطبيقية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض، مراكش الموسم الجامعي 2021-2022.
- أحمد كويسي: الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في العقود المختلطة في ضوء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2002، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد 04، سنة 2011.
- أيوب تابت: توثيق معاملات البنوك التشاركية، المراجعة العقارية نموذجا، مطبعة دار الآفاق المغربية للنشر الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2022.

1- العربي مياد: "إشكالية التراضي في عقود الإذعان" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء الموسم الجامعي 2008-2009.

-رهان لطيفي: "صياغة العقود في تمويل البنوك التشاركية عقد المراجعة نموذجاً" المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، 5-5 RERJ N ع 5 سنة 2020.

1قرار محكمة النقض رقم 289 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2002، الملف التجاري عدد 353_3_2006، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، ع 05، سنة 2010.

- محمد شليح: سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود أسسه، ومظاهره في نظرية العقد" دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس الموسم الجامعي 1982-1983.

- محمد جعواني: منتجات التمويل التشاركي دراسة فقهية تأصيلية، مطبعة دار الأمان للنشر الرباط، الطبعة الثالثة، سنة 2021.

- محمد قراط: "المطالب الضرورية في شرح مقتضيات المقترضات القانونية للبنوك التشاركية" منشورات معهد المعالي " الدر البيضاء، سنة 2018.

-ماجدة عبد العزيز المختارة: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول فاس، الموسم الجامعي 2013-2014.

- سعاد بوختالة: " دور القاضي في تكملة العقد" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2015-2016.

-شيماء الطيبي: إشكالية التوازن العقدي في عقد المراجعة البنكي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدوية، العدد 32 فبراير 2021.

خصوصيات الإثبات في منازعات المسؤولية العقدية

د/د. إبراهيم العسري

أستاذ محاضر مؤهل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أيت ملول،
جامعة ابن زهر

الباحث/محمد الزموري

طالب باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول
وجدة

إثبات العلاقة الكرائية السكنية بين الحرية والتقييد:

قراءة في مقتضيات القانون 67.12

ذ/د. حمدناه بوكنين

أستاذ محاضر مؤهل، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أيت ملول،
جامعة ابن زهر

المنازعات الوقفية وازدواجية الاختصاص القضائي بشأنها

د/إسماعيل حسني

دكتور في القانون الخاص، ومنتدب قضائي إقليمي

مقدمة

تعتبر المنازعات الوقفية من المواضيع المعقدة، نظرا لصعوبة وتشعب موضوعها، ولما تعرضت له الأملاك الوقفية من تجاوزات أدت إلى فقدان الكثير منها.

واعتبارا لما يمثله موضوع المنازعات الوقفية من خطورة خاصة أمام تنامي ظاهرة الاستيلاء على عقارات الأوقاف وعدم تقديم الوثائق التي تثبت حبسيتها، وتغيير موقف القضاء من هذه، فإن المشرع المغربي من خلال مدونة الأوقاف سن مجموعة من القواعد القانونية اللازمة، التي تكفل السير الحسن بمرفق العدالة، واتخاذ الإجراءات المناسبة أمام المحاكم المختصة في البت في هذه المنازعات، بالرغم من عدم استقرار الأحكام القضائية الصادرة بشأنها.

والثابت أن المشرع المغربي تناول وسائل الإثبات في قانون الالتزامات والعقود بمقتضى الفصل 404 منه وأيضا في قانون المسطرة المدنية، تحت اسم إجراءات التحقيق في الفصول من 55 إلى 102 وأيضا الفصول 334 و336 التي تطرقت للقواعد المسطرية للقيام بهذه الإجراءات أمام مختلف المحاكم التي أثرت المنازعة أمامها، والمتمثلة في الخبرة ومعاينة الأماكن واليمين وتحقيق الخطوط والزور الفرعي...

ويكتسي موضوع المنازعات الوقفية أهمية لغة تتمثل في الحماية الخاصة التي أولاها المشرع المغربي للوقف من خلال الحفاظ على مختلف خصوصياته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ومدونة الأوقاف، وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة، وهو ما يظهر بشكل جلي في إقرار المشرع المغربي للحرية في إثبات الصبغة الوقفية.

فعلى المستوى الاقتصادي تعتبر الأملاك الوقفية ثروة وطنية هامة، وعنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية على السواء، غير أن مساهمة الرصيد العقاري الوقفي في التنمية الاقتصادية، يتوقف على توسيع صيغ استثمار الأملاك الوقفية، وترشيد صيغ استثمارية جديدة مع مراعاة الخصوصية الوقفية لهذه الأملاك.

واجتماعيا يعتبر الوقف دعامة للتكافل الاجتماعي، ووسيلة من وسائل علاج مختلف الآفات الاجتماعية، فقد شرعت الأوقاف ليكون ريعها صدقة جارية لا تنقطع، وعملا صالحا يدر الخير الوافر على المحتاجين والمستحقين.

ويثر موضوع "المنازعات الوقفية وازدواجية الاختصاص القضائي فيها" إشكالات عدة قانونية وعملية، لذا كان لزاما الرجوع إلى الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف وظهير وقانون الالتزامات والعقود، بالإضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية ذات الصلة لموضوع، فمن المعلوم أن ما يعرفه العقار من استنزاف، واختلال التوازن بين العرض والطلب، وارتفاع الأسعار، إضافة إلى ضعف الوازع الديني والأخلاقي في أغلب المعاملات، أصبحت الأطماع تتجه نحو الاستيلاء على الأملاك الوقفية، وأمام هذا الوضع عمل المشرع المغربي لتوفير الحصانة القانونية إلى جانب الحصانة الشرعية لملكية الأوقاف بشكل يراعي خصوصيات هذه

الأخيرة من جهة، ويضمن استقلاليتها المستمدة من طابعها الإسلامي الخالص من جهة أخرى.¹

وتأسيسا على ذلك، نتسأل هنا عن دور المشرع والقضاء المغربي في الحد من المنازعات المرتبطة بالملكية الوقفية؟ وعن الإجراءات المتخذة من طرف الجهات الوصية عليهما في تشخيصها؟

وتبعاً لذلك، ارتأينا تناول هذه الإشكالية وغيرها من الإشكالات المرتبطة بها من خلال مبحثين: أولهما يتناول طبيعة المنازعات المرتبطة بالأموال الوقفية وإشكالاتها، وعمدنا في المبحث الثاني للإشارة إلى الاختصاص القضائي في المنازعات الوقفية؟

المبحث الأول: أسباب المنازعات المرتبطة بالأموال الوقفية وإشكالاتها
للمنازعات الوقفية أسباب عدة، منها ما يرجع إلى الواقف أو المال محل الوقف، ومنها ما هو مرتبط بإدارة الوقف وأسلوب استثماره.

المطلب الأول: أسباب منازعة الأملاك الوقفية
تعتبر المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية من المنازعات التي يستحيل حصرها بسبب كثرة عددها وتنوعها، وعلى هذا الأساس فإن أسباب المنازعات الوقفية يمكن تصورها في أربعة أنواع وهي: المنازعات التي تعود إلى الواقف أو المال

¹ - محمد الحمداي : المنازعات المتعلقة لوقف ووسائل إثبات، مداخلة منشورة ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير، 2006، في موضوع الأملاك الحسبية، ط، 1، 2006، م ط الوراثة الوطنية مراكش، ص 15.

موضوع الوقف أو بسبب إدارة الوقف واستثماره وتوزيع ريعه أو بسبب الموقوف عليهم أو الغير.

الفقرة الأولى: الأسباب المتعلقة بالواقف والمال الموقوف

إن الواقف يشترط فيه أن يكون مالكا للمال محل الوقف أو وكيلًا قانونيًا عنه، كما يشترط فيه أهلية الإدارة وأن لا يكون حين إبرام عقد الوقف مريضًا مرض الموت. وعليه إذا تصرف الواقف في مال غير مملوك له ملكية مطلقة فإن تصرفه هذا يكون محل منازعة وسيبها الواقف نفسه.

وقد يحدث أيضًا أن يتصرف شخص في مال مملوك له ملكية مطلقة ولكنه عديم الأهلية أو ناقصها أو محكوم عليه قضائياً بحرمانه من التصرف في أملاكه أو كان مريضًا مرض الموت، فيرفع من له الصفة والمصلحة دعوى أمام القضاء للمطالبة بإبطال التصرف ويكون سبب المنازعة هنا هو الواقف بتصرفه الغير جائز قانونًا.

إن المال محل الوقف يشترط أن يكون: ملكًا للواقف ملكية مطلقة، مما يجوز التعامل فيه ومن طبيعته يجوز الانتفاع به بصفة مستمرة وبكيفية دائمة¹. وعليه إذا كان المال الموقوف مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام والآداب العامة فإن الوقف يكون باطلاً ليس لعيب في الواقف وإنما بسبب المال الموقوف².

¹ - جاء في المادة 5 من م.الاقواف على أنه: "يجب أن يكون الواقف متمتعًا بأهلية التبرع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلاً".

² - راجع المادة 15 من م. الاوقاف.

لفقرة الثانية: الأسباب الراجعة إلى إدارة الملك الموقوف

قد يعتقد الموقوف عليهم أو الجهات الموقوف عليها أن حقوقها قد هضمت من طرف الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف أو أن هذه الأخيرة قامت بتحويل ريع الوقف إلى الجهة غير الجهة الموقوف عليها أو أن الناظر قد أنقص من حصة أحد الموقوف عليهم ومنحه للآخر أو منحه لغير المستحق.

وتعود كذلك إلى أن بعض النظار يقومون بتعيين حراس على الأملاك الوقفية بدون عقد او وثيقة تثبت ذلك، وبعد مرور مدة من الزمن يقوم هؤلاء بالتصرف في الأملاك الوقفية أو عائدتها معتقدا أنها حصته في الحراسة عليها، أو يقدموا على إقامة منشآت عليها.¹

ففي كل هذه الحالات يحق للموقوف عليهم أو الجهات الموقوف عليها اللجوء إلى القضاء بواسطة دعوى للمطالبة بحقوقها وللسلطة المكلفة بالأوقاف أن تدافع عن شرعية التصرف الذي قامت به.

المطلب الثاني: موضوع منازعة الأملاك الوقفية

قد تكون المنازعة موضوعها يتعلق بأصل الوقف، وقد تكون المنازعة موضوعها يتعلق بمناسبة إدارة الوقف وتسييره واستثماره

الفقرة الأولى: المنازعات المرتبطة بمحل الوقف

¹ - زهيرة فونتير، "منظومة الأوقاف العامة لمغرب بين التأطير القانوني والفقهية والحماية القضائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2014/2015 ص 35.

إن محل الوقف قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة أخذها بالمذهب المالكي ووفقا لمدونة الأوقاف،¹ فالعقار محل الوقف إما أرضا أو بنايات، وهي بطبيعتها هذه تثير أطماع الطامعين فيقومون بالاعتداء عليها ماديا أو يستعملون حيلة لأخذها وذلك باستعمال شتى الطرق. وحماية لها وضع المشرع وسائل وطرق لحمايتها وخول لناظر الأوقاف بصفته الممثل القانوني لها الدفاع عنها باللجوء إلى القضاء ضد المعتدي للمطالبة بإزالة الاعتداء والتعويض أو المطالبة بإلغاء التصرف القانوني الغير المشروع.

فقد تكون الدعوى المرفوعة لحماية المال الوقفي دعوى الحيازة أو دعوى الملكية، أو سببا لانقضاء حقا من الحقوق العرفية المنشأة على الأملاك الوقفية ففي كل الحالات فإن موضوع المنازعة يرمي إلى حماية الأملاك الوقفية.

وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الابتدائية بسيدي بنور حكما يقضي ب:"
إفراغ المدعى عليهم من الملك الحبسي عدد... وبأدائهم تعويضا عن كل تماطل عن ذلك قدره 2000 درهم، والحكم بانقضاء الحق العرفي المنشأ على ملك الأوقاف وشمول الحكم بالتنفيذ المعجل."²

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا حكمهم القاضي برفض دعوى المدعى عليهم التي يدعوا فيها أن لهم حق الكراء الطويل الأمد، فإنهم لم يلتزموا تطبيق القانون استنادا للمادة 105 من الأوقاف حيث أن عدم أداء الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين يستوجب انقضاء الحق العرفي بقوة القانون، وأن المال

¹ - المدة 16 من م.الاقواف.

² - حكم عدد 326 صدر بتاريخ 2022/10/12 عن المحكمة الابتدائية بسيدي بنور غير منشور.

المحسب لا يمكن أن يكون محل دعوى الملكية أو الحيازة مما يتعين معه الاستجابة للجهة الداعية.

الفقرة الثانية: المنازعات التي تتعلق بإدارة الوقف وأسلوب استثماره

إن إدارة واستثمار الوقف وتوزيع ريعه على المستحقين له تعتبر المجال الخصب في أسباب المنازعات التي طرحت وتطرح بشدة، ويتصور طرحها على القضاء لإصدار حكما فيها؛ ونظرا لتعددتها وتنوعها فلا يمكن حصرها.

فمن أبرز الأسباب تلك التصرفات الصادرة المضرة بحقوق المستحقين، وكذا إهمالهم في إدارة العين والعناية بها مما يؤدي إلى ضعف الغلة وضياع بعض الأعيان، ومن الأمثلة المتصور فيها حدوث المنازعة في هذا الصدد إخلال الناظر بالتزاماته: كأن يرفض منح ريع الوقف للموقوف عليهم بدعوى أنه مقبل على ترميم العين الموقوفة أو إعمارها، أو يوزع ريع الوقف خلافا لشروط الواقف أو يستدين من الغير على ذمة الوقف أو يرهن العين الموقوفة أو يخون الأمانة والثقة الموضوعتين فيه.

كما قد يطلب الموقوف عليهم تنحية الناظر لأسباب يدعونها أو تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بعزل الناظر الذي عينته، كما قد يعتدي الغير على الأملاك الوقفية أو يتصرف الناظر باسم الواقف تصرفا يلحق ضررا بملك الغير، وقد يرفض استئجار العين الموقوفة، أو عدم تقديم الحسابات داخل الأجل القانوني مما يعرضه للمسائلة المدنية والجنائية.

وقد يمتد ذلك إلى تلاعب بعض الموظفين الذين يتم تكليفهم ببعض مهام النظائر في استخلاص مبالغ الأكرية وريع الأملاك الوقفية مما يزيد من الحاق الإضرار

بالأملاك الوقفية. ومادام أن الناظر هو من عهد إليه إدارة هذه الأملاك واقترح صيغ استثماره وتوزيع ريعه على الموقوف عليهم أو الغير المستفيد فإن لهؤلاء مصالح وحقوق تتعلق بالعين الموقوفة، فإذا تبين لهم أن مصالحهم وحقوقهم وقع الاعتداء عليها من طرف الناظر، فإنه بإمكانهم منازعته أمام القضاء للمطالبة بإزالة الاعتداء لأنه يعتبر مسؤولاً أمامهم.

فكل هذه التصورات يمكن أن تكون محل منازعة قضائية وسبب ذلك يرجع إلى سوء إدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتوزيع ريعها.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في المنازعات الوقفية

يقصد بالاختصاص القضائي في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية تلك السلطة التي تملكها الجهات القضائية المختلفة في النظر في المنازعات المعروضة على أنظارها سواء محليا أو نوعيا، كما ينصرف إلى طبيعة المنازعات التي تعرض على القضاء بمختلف هياكله ودرجاته ليكون مختصا بالفصل فيها والتي تدخل في ولايته من عدمها، لذلك يمكن أن يتعلق موضوع المنازعة بمحل الوقف أو بطريقة إدارته وتسيير أو استثماره.

فالمنازعة الوقفية المطروحة على القضاء تتنوع وتتوزع ما بين المنازعة العادية والمنازعة الإدارية، فيتم تحديد الاختصاص القضائي حسب نوع القضايا المطروحة.

المطلب الأول: اختصاص القضاء العادي في المنازعات الوقفية

إن منازعات الوقف العادية هي التي تقوم بين أطراف عاديين، ويعود الاختصاص فيها على مستوى الدرجة الأولى للمحاكم الابتدائية باعتبارها صاحبة

الولاية العامة، وتكون أحكامها قابلة للطعن بالاستئناف كدرجة ثانية، وهي قابلة للنقض أمام محكمة النقض.

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم الدرجة الأولى

باعتبار الوقف موضوع من المواضيع التي تناولته مدونة الأوقاف سواء كان محل النزاع عقارا أو منقولاً موقوفاً، فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم الابتدائية في المنازعات المرتبطة بها بصفتها ذات الولاية العامة.

وتختص الغرفة المدنية¹ والعقارية بها في البت فيما بأحكام قابلة للطعن بالاستئناف أمام محاكم الدرجة الثانية، وينعقد هذا الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تواجد العقار المؤسسة إذا كانت ثابتة.

ما دام اعتبرنا المنازعات القضائية المتعلقة بالأموال الوقفية من اختصاص القضاء العادي فهذا الأخير ينعقد له الاختصاص تبعا لطبيعة المنازعات، فإذا كانت المنازعة تتعلق بالعقار محل الوقف فإن الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها هي القسم العقاري الموجود بالمحكمة التي يقع عقار الوقف بدائرة اختصاصها.

ويستوي في ذلك إذا كان محل الوقف منقولاً أو عقاراً أو منفعة وهي طبيعة الملك الوقفي، وعليه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص المحلي للمحاكم، وتبعاً لما لذلك أنه إذا كان محل الوقف عقاراً فإن الدعاوى المتعلقة

¹ - لجأت الوزارة الوصية إلى استئناف الأحكام القضائية رغم صدورها بشكل نهائي لفائدة الأوقاف في المادة الكرائية؛ ويرجع ذلك بالأساس إلى توجيه إنذارات بالأداء إلى كل مكتر متقاعس عن أداء كراء ثلاثة أشهر، وتسجيل دعوى في مواجهته مباشرة بعد انصرام الأجل القانوني. كما ساهمت تداعيات جائحة كورونا وما خلفته من انعكاسات سلبية على المستويات الاقتصادية والاجتماعية، في ارتفاع عدد المكترين المتقاعسين عن الأداء.

بالعقارات الموقوفة أو الأشغال المتعلقة بهذه العقارات أو الدعاوى المتعلقة بإيجارها فإنها ترفع أمام محكمة موقع العقار. أما إذا كان محل الوقف منقولاً فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تواجد هذا المنقول، وكذلك بالنسبة للقضايا المستعجلة المتعلقة بالأموال الوقفية فتتظر أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان المشكل أو التدبير المطلوب.

وإذا كان موضوع المنازعة التزام عبارة عن تنفيذ عقد للقيام بعمل فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق وتنفيذه متى كان أحد الأطراف مقيماً في ذلك المكان،...

وفي هذا الصدد وحسب حصيلة تدبير المساطر القضائية لسنة 2022 فإن عدد المنازعات العقارية الوقفية المعروضة على القضاء ارتفعت بنسبة 38% مقارنة بالسنة قبلها بما يقارب 4300 دعوى مقابل 3100 قبلها.

الفقرة الثانية: اختصاص محاكم الدرجة الثانية

وترفع المنازعات العقارية والمدنية وكذا الجنائية التي يتم الطعن فيها أمام محاكم الدرجة الثانية طبقاً لما هو معمول به قانوناً، والتي تفصل فيها بحكم قابل للاستئناف أمام محكمة النقض.

أما فيما يخص الفصل في الطعون في القرارات الصادرة عن الطعون الخاصة بتفسير ومدى شرعيتها فإن الاختصاص يؤول لمحاكم الاستئناف الإدارية أما الطعون بالبطالان ضد القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية الإدارية والطعون الخاصة بتفسيرها ومدى مشروعيتها، والمنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والرامية لطلب التعويض فيعود الاختصاص لذات المحاكم.

وعليه يمكن أن نستنج مما تقدم بأن الاختصاص النوعي في المنازعات المتعلقة بالأموال الوقفية من حيث تسلسلها كجهة استئناف كدرجة ثانية أو بالنقض كجهة مراقبة لاحقة للأحكام والقرارات القضائية بشأن تطبيق القانون. يختص بها القضاء المدني؛ أو العقاري يتم الطعن فيها أمام محاكم الاستئناف متى وجد سبب يقضي بذلك.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري في المنازعات الوقفية والإجراءات البديلة للحد من منها

إن المنازعة الإدارية هي كل منازعة يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية...) تخضع في تكييف اختصاصها لأحكام القضاء الإداري، وعليه ترفع المنازعات الوقفية الإدارية أمام الغرفة الإدارية المختصة طبقا لما هو معمول به، والتي تفصل فيها بحكم قابل للاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية¹.

الفقرة الأولى: دور القضاء الإداري في المنازعة الوقفية

وباعتبار الأملاك الوقفية أموال تتكون من عقارات ومنقولات ومنافع؛ وبحكم أن الملك الوقفي هو ملك الله، لذلك فهو ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة شخص وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية على احترام إرادة الواقف وتنفيذها.

¹ - فحسب الحصيلة لتدبير المساطر القضائية لسنة 2022 فإنه عرفت الدعاوى الإدارية ارتفاعا مقارنة مع سنة 2020، حيث تصدرت دعاوى نزاع الملكية مجموع الدعاوى بتسجيلها 1330 دعوى سنة 2021 في مقابل 885 خلال سنة 2020 أي بنسبة ارتفاع 50,28%، تلتها دعاوى إيقاف الأشغال بنسبة 88,88%، في حين سجلت دعاوى الاعتداء نسبة 25% ببلوغها 120 دعوى.

وعليه يمكن أن نستنج مما تقدم بأن الاختصاص الإداري في المنازعات المتعلقة بالأموال الوقفية التي ينظر فيها القضاء الإداري؛ ليس بالاختصاص الأصيل مدام أن الوقف ليس لزيد أو عمر وليس لمؤسسة عمومية ذات الصبغة الإدارية، لذلك فالمنازعات الوقفية المتعلقة بملكية الوقف تخرج عن اختصاص القضاء الإداري، ولا ينظر إلا في المنازعات التي تكون في إطار نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة أو الاعتداء المادي.

فالاعتداء على الأملاك الوقفية ينهى قانونا بموجب حكم قضائي إذا لم تثمر المساعي الودية في إزالته وكذا في حالة الاختلاف الناشئ عن استثمار الأملاك الوقفية يتم تسويته عن طريق القضاء في حالة فشله وديا.

وحتى لو فرضنا أن وزير والأوقاف والشؤون الإسلامية هو الناظر العام للأملاك الوقفية وفوض بعض اختصاصاته لنظار الأوقاف أو المندوبين الجهويين أو الممثلين على مستوى المجالس، وبالرغم من أنه يجوز لهؤلاء أن يوظفوا عمالا لتسيير واستثمار الأملاك الوقفية. فإن ذلك لا يكسب الصبغة الإدارية على الأملاك الوقفية مادامت هذه الأخيرة ليست أملاكاً للدولة، وميزانية تسييرها مستقلة عن ميزانية الدولة.

وبالتالي فالاختصاص الأصيل ينعقد للقضاء العادي على مستوى الدرجة الأولى، ومحاكم الاستئناف، ثم محكمة النقض.

أما فيما يخص الفصل في الطعون في القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية تكون أمام محكمة الاستئناف الإدارية في الشق المتعلق بمدى أحقية الجهة المشكية أو التي نازعت في الأمر، والملاحظ أنه أصبحت الدعاوى ترفض من قبل بعض المحاكم، ليس لعدم الإختصاص وإنما لعدم دفع الرسوم وهذا فيما يخص الوقف

الخاص لأن المنازعات المتعلقة بالوقف العام معفاة من الرسوم لتضارب لأحكام هذه الرسوم بين مدونة الاوقاف والظهير الرسوم القضائية.

والحال أنه مادام ظهير الرسوم القضائية ومدونة الاوقاف من القوانين الخاصة فإن اللاحق يلغي السابق، وبالتالي ينبغي قبول الدعاوى الوقفية التي تقدم أمام جميع المحاكم بمختلف درجاتها واختصاصها، سواء كان وفقا عاما أو خاصا مجاناً ومعفاة من كل رسم قضائي¹.

الفقرة الثانية: المساطر البديلة لحل المنازعات الوقفية

عملت الوزارة على تفادي اللجوء إلى القضاء والحرص ما أمكن على سلوك الطرق البديلة للتسوية كلما كانت فيها مصلحة ظاهرة للوقف، بل وإنهاء بعض المنازعات المعروضة على القضاء عن طريق الصلح شريطة ضمان الحماية اللازمة للأموال الموقوفة، وعلى هذا الأساس تقود بسلوك مسطرة إبرام الصلح في شأن عدد كبير من الدعاوى الرائية، والتنازل عن تنفيذ مجموعة من الاحكام والقرارات القضائية الصادرة بالإفراغ، بعد استخلاص كافة متأخرات الأكرية المترتبة في ذمم طالبي الصلح، مع استرجاع مبالغ الصوائر القضائية المترتبة عن الدعاوى القضائية المرفوعة ضدهم واستخلاص مبالغ التعويضات عن التماطل، فضلا عن تعهدهم بإصلاح عدد من المحلات الوقفية على نفقتهم ودون مطالبة الأوقاف بأي تعويض².

1 - جاء في المادة 151 من م. الاوقاف أنه: "تعفى الأوقاف العامة، فيما يخص جميع تصرفاتها أو أعمالها أو عملياتها وكذا الدخول المرتبطة بها من كل ضريبة أو رسم أو أي اقتطاع ضريبي آخر يكون له طابع وطني أو محلي..".

2 - بالرجوع إلى حصيلة حصيلية تدبير المساطر القضائية للمنازعات الوقفية بين سنتي 2020 و2021 نجد إبرام الصلح في شأن 69 دعوى رائية، والتنازل عن تنفيذ 53 حكما قضائيا صادر بالإفراغ.

كما عمدت إلى تسوية وضعية ملفات متعلقا بالاعتمارات غير القانونية للمحلات الوقفية، بشكل ودي، الشئ الذي مكن من تصحيح الوضعيات التعاقدية عن طريق إبرام عقود كراء جديدة لهذه المحلات وبوجييات وقتية،¹ واستخلاص التعويضات المترتبة عن استغلالها، واسترجاع الصوائر القضائية المترتبة عن ممارسة الإجراءات القضائية في مواجهة المدعى عليهم.

فضلا عن إبرام ثلاث اتفاقيات لتسيط المبالغ المالية المحكوم بها عن النزع الجبري للملكية الأراضي الحبسية من طرف جهات إدارية على دفعات سنوية شاملة لمبالغ المصاريف القضائية التي صرفت عن جميع الإجراءات القضائية.

كما لجأت إلى توجيه إنذارات بتسوية الوضعية إلى المعتمرين قبل اللجوء إلى القضاء، فضلا عن المرونة التي تلجأ إليها الوزارة في تسوية حالات الاعتمارات غير المستوفية لشروط مذكرة الوزارة بشأن تولية الأملاك الحضرية انسجاما مع التوجه الذي تم التأكيد عليه ضمن استراتيجية النهوض بالوقف بعدم اللجوء إلى القضاء إلا إذا تعذرت مسطرة التسوية الودية، الشئ الذي أدى إلى انخفاض عدد دعاوى الطرد للاحتلال من الأملاك الحضرية.²

¹ - ما يقارب 120 ملف بين الى حدود سنة 2022 حسب الحصيلة الاحصائية.

² - انخفاض هذه النسبة بين سنة 2021 بنسبة 32,37% مقارنة مع سنة 2020.

خاتمة

وفي ختام هذه النظرة الوجيزة حول المنازعات الوقفية التي تتطلب بحثاً معمقاً في تشخيصها والوقوف على مكان الخلل للحد من المنازعات نرجى لجوء الوزارة إلى تفعيل الوسائل البديلة بإبرام الصلح مع عدد من المحكوم عليهم؛ واستئناف الأحكام القضائية رغم صدورها بشكل نهائي لفائدة الأوقاف في المادة الكرائية.

زيادة عن بطء المساطر القضائية، وعدم إيلاء قضايا الأوقاف من طرف بعض المحاكم ما تستحق من عناية واهتمام، وعدم توفر النظارات على معطيات دقيقة حول المحكوم ضدهم بسبب عدم تضمين عقود الكراء القديمة أرقام البطائق الوطنية للتعريف، وصعوبة تنفيذ الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف عند وفاة المحكوم عليه، وكذا في مواجهة ورثته لصعوبة معرفتهم أو في حال عسرهم، نهيك عن إنجاز محاضر امتناع مع عدم وجود ما يحجز في شأن عدد من الأحكام القضائية النهائية، وعدم إمكانية تطبيق مسطرة الإكراه البدني ضد مجموعة من المكترين لتجاوز سنهم ستين سنة، أو لجوء بعض المدينين لعسرهم عن أداء الواجبات الكرائية المحكوم بها إلى قضاء العقوبة الحبسية، بعد تفعيل مسطرة الإكراه البدني في حقهم.

ومن جهة أخرى تسرب بعض الأخطاء المادية للأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف في مواجهة بعض المدينين مما يثير صعوبة في تنفيذها، ولجوء النظارات إلى رفع دعاوى جديدة لإصلاح الأخطاء المادية واستصدار أحكام جديدة وفتح ملفات تبليغية وتنفيذية جديدة؛ ورفض تسخير القوة العمومية لتنفيذ بعض الأحكام القاضية بالإفراغ أو الطرد للاحتلال، تحت ذريعة الحفاظ على الأمن والحيلولة دون

الإخلال به؛ إضافة إلى بقاء مسطرة إحالة الأحكام القضائية النهائية في دعاوى التحفيظ على مصالح المحافظات العقارية المعنية لإتمام إجراءات التحفيظ وتأسيس رسوم عقارية في اسم الأوقاف العامة؛

وكذا صعوبة تنفيذ عدد من الأحكام لعدم تطابق منطوقها مع محل التنفيذ، وعدم وضوح مساحة وحدود العقارات المطلوب إفراغها؛ أو تلك الصادرة ضد عدد من الإدارات والمؤسسات العمومية لعدم توفرها على الاعتمادات المالية الكافية لتغطية النفقات المترتبة عن ذلك؛

عدم توفر الأوقاف على سندات ملكية بعض الأراضي محل الاعتداء المادي ونزع الملكية للمتكمين من استخلاص التعويضات المودعة لدى صندوق الإيداع والتدبير والتباطؤ في سلوك مسطرة التعليق المنصوص عليها في الفصل 30 من القانون 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة...

وعلى مستوى المصاريف القضائية فقد كلف تدبير المنازعات الوقفية خزينة الأوقاف العامة مبالغ مالية مهمة حيث بلغ مجموع الصوائر القضائية المصروفة خلال هذه السنة 2.046.911,72 درهما أي ما يعادل 74,26 % من المبلغ المرصود لتغطية هذه النفقات. ويرجع ذلك للتعاطي السلبي مع مقتضيات المادة 151 من مدونة الأوقاف و منشور رئيس الحكومة عدد 2016/8 من طرف عدد من المحاكم، فضلا عن صوائر إجراءات تحقيق الدعاوى كألعاب المفوضين القضائيين ولجان الوقوف... ومكافآت الملكتين بالمنازعات بناء على مقتضيات المادتين 2 و56 من مدونة الأوقاف.

**الوعد بالبيع العقاري في ضوء قرار محكمة النقض عدد
246/7 بتاريخ 26 أبريل 2022**

ذ/د. إبراهيم أحطاب

أستاذ محاضر مؤهل، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير،
جامعة ابن زهر

الباحث/رشيد بلعواد

باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة

الحماية القانونية للمتعاقد الإلكتروني بين: القانون 53.05 المتعلق
بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والقانون 31.08 القاضي
بتحديد تدابير حماية المستهلك

محمد أطوف

أستاذ محاضر مؤهل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن
زهر- أكادير

شهد العصر الحديث تقدما علميا وتكنولوجيا ألقى بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة، حيث أطلق على عصرنا هذا عصر المعلومات، وهذا كله بفضل الاتصالات التقنية التي أدت إلى تحويل العالم إلى قرية صغيرة متصلة مع بعضها البعض، من خلال نقل ما يجري في كافة بقاع الأرض عن طريق استخدام الأجهزة الإلكترونية. فأدت هذه الطفرة إلى تسهيل عملية الاتصال بين الأفراد في كافة بقاع الأرض وهذه المستجدات أتت بميلاد عقود جديدة صبت في عالم افتراضي ألا وهي العقود الإلكترونية، وتميزت هذه العقود عن العقود التقليدية بأنها تتم بوسائل إلكترونية حديثة وفي مجلس عقد افتراضي عبر شبكة المعلومات العالمية وبسرعة فائقة جدا.

ف نجد أن عملية البيع والشراء أو أي عملية أخرى تتم خلال دقائق معدودة بينما العقود التقليدية، تعتمد على عقود لأوراق والسندات التي يتم تداولها عبر الوسائل التقليدية التي تتسم بطابع البطء. وبالتالي أدى ظهور الإنترنت وما رافقها من تطور في مجال الإعلاميات إلى إحداث تغييرات كبيرة على مستوى المعلومات لاسيما التجارية منها والتي لم تعد في حاجة إلى عقد مجالسة يحضرها الأطراف ولا إلى تدوين الاتفاقات نقدية أو غيرها، كل هذا حل محله الحضور الافتراضي والكتابة والتسويق بالبطاقة الائتمانية واستخدام الشبائيك الأتوماتيكية، والسرعة والدقة في إبرام العقود وتنفيذها بأقل جهد وأدنى نفقات. وبذلك اتسعت دائرة التعامل مع عملاء والموردين، نتيجة سهولة التواصل عبر

الموقع المفتوح على مدار الساعة، لتبادل المعلومات التي تتيح العلم الفوري بكل تقلبات الأسواق من ممارسة الأنشطة التجارية تشكل جانبا مهما من التجارة الالكترونية¹.

ولا شك أن هذه التجارة بقدر ما تحتاج إلى مستوى متقدم من التقنيات الخاصة بالحاسوب لدى الأفراد، تحتاج كذلك إلى قدر من المعرفة والتقدم في العلوم التكنولوجية لدى الدولة لتخرج من بوتقة التبعية والترقي إلى مستوى الدولة المنتجة، فالتقدم العلمي انعكس بشكل كبير على الحياة الناس وتطور وسائل الاتصال ساعد على معرفة رغبتهم واحتياجاتهم، لتلك السلع والخدمات من الدول المتقدمة التي أدركت إقتصاداتها، إن البلدان ذات النصيب المتواضع من العلوم والتكنولوجيا لسوق الاستهلاكية، وأعدت كما أدركت في نفس الوقت أن ما وصلت إليه من علم، وما حققته من مصالح في حاجة ماسة إلى حماية قانونية وطنية، ودولية تضمن لها حق احتكار التكنولوجيا والتحكم في الأسواق وضمان تنفيذ الالتزامات، وترتيب المسؤوليات من المواثيق الدولية لتشريعات الوطنية، ودعت الدول التابعة لها اقتصاديا والتكنولوجيا إلى إعادة النظر في نظامها

¹ - هناك من يرى أن للتجارة الالكترونية منظورين الأول ضيق يحصرها في المبادلات التي تتم عبر الانترنت، والثاني واسع يطلق على المبادلات التجارية التي تعتمد تبادل المعلومات ليس عبر الانترنت فحسب وإنما عبر كافة الشبكات الاتصال اللاسلكية الأخرى من تيليكس والفاكس وغيرها وهذا المفهوم الواسع لوسيلة الاتصال يتبعه مفهوم واسع كذلك الأطراف المعاملة والمحل موضوع تلك المعاملة وتدخله هناك الأنشطة التجارية والصناعية والثقافية وغيرها سواء تمت بين مهنيين أنفسهم في مختلف الميادين والمشاريع أو بينهم وبين المستهلكين سواء كانوا من الخواص أو جهة عموميه.

المرجع: الدكتور فاروق الأباصري: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية دراسة تطبيقية لعقد الانترنت، دار النهضة العربية للنشر القاهرة، سنة 2003 ص 18.

التقليدي، لاسيما التعاقدية منها، بما يلائم من ما تفرضه المعاملات المالية العامة والتجارية الإلكترونية.

إلا أنه رغم هذه المزايا التي قد يوفرها التعاقد الإلكتروني، فهو في نفس الوقت يعرف مجموعة من المخاطر والمجازفة التي قد تضر بحقوق المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، هذه المخاطر التي إما تعد إلى جهل المستهلك الإلكتروني لشروط التعاقد، أو الراجعة لطريقة وكيفية إبرام هذا النوع من العقود بحيث يمكن أن بين المنتج أو السلعة أو الخدمة على غير حقيقتها، وذلك راجع لعدم قدرة المستهلك الإلكتروني على معاينة المبيع بطريقة حقيقية.

ونظرا لهذه الخطورة التي قد تصيب المستهلك من جراء إبرام العقود الإلكترونية اتجهت جل تشريعات دول العالم إلى توفير نوع من الحماية لهذه الطائفة الخاصة بالمستهلكين، والمغرب بدوره سار على نفس النهج بحيث أصدر سنة 2007 أول قانون يهتم تنظيم العلاقات التعاقدية المبرمة بشكل إلكتروني وهو القانون رقم 53.05¹ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

ولعل أبرز قانون جاء به المشرع المغربي من أجل توفير الحماية القانونية لطائفة المستهلكين بصفة عامة والمستهلكين الإلكترونيين بصفة خاصة هو القانون 31.08² القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث حمل في طياته مجموعة من الضمانات القانونية الهادفة إلى توفير الحماية اللازمة لهذه الفئة سواء أثناء تكوين العقد أو أثناء تنفيذه.

¹ - قانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 129.07.1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007، ص 3879.

² - قانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 18 فبراير 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011، ص 1072.

وتتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع في كون أن التعاقد بطريقة إلكترونية فرض نفسه في الواقع لاسيما في مجال الاقتصاد، حيث أصبح معظم المستهلكين والموردين يلجؤون لتداول السلع والمنتجات والخدمات عن طريق التجارة الإلكترونية.

وهنا نطرح الإشكالية الرئيسية وهي كالتالي: إلى أي مدى توفق المشرع المغربي بفعالية وقدرة النصوص التي أقرها خاصة القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والقانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك في حماية المتعاقد بشكل إلكتروني؟

ومن أجل بلوغ غايات هذه الدراسة وتحقيق أهدافها، وحرصا على أن تكون دراسة موضوع "الحماية القانونية للمتعاقد الإلكتروني بين قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك" تتسم قدر الإمكان بالدقة العلمية وبغية حصر التساؤلات القانونية التي يمكن أن تخدم إشكالية الموضوع، ارتأينا الإجابة على الإشكالية المحورية وفق التصميم التالي:

المطلب الأول: ماهية العقد الإلكتروني

المطلب الثاني: حماية المتعاقد قبل إبرام العقد الإلكتروني

المطلب الثالث: حماية المتعاقد بعد إبرام العقد الإلكتروني

المطلب الأول: ماهية العقد الإلكتروني

هناك من يربط تعريف العقد الإلكتروني بتعريف التجارة الإلكترونية، لأنها المجال الذي يبرز فيه هذا العقد من جهة ولأن المقصود من تلك التجارة كافة المعلومات التي تتم عبر الإنترنت حتى ولم تتصف تلك المعلومات بصيغة التجارية، حيث يعتبر أن عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني لا يختلف عن أي عقد سواء من حيث محله، الذي يتمثل في الأشياء أو الخدمات التي يرد عليها، طالما أنها غير خارجة عن دائرة التعامل، أو من حيث أطراف العقد الذين هم نفس الأطراف

في أي تجارة أخرى، من بائعين، ومشتريين، ومقدمي الخدمات، ومستهلكين، سواء كانوا أفراداً أو مؤسسات خاصة أو عامة¹.

ومن التعاريف أن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يبرم عبر شبكة الانترنت، وهو في الأصل عقد عادي، لكن يكتسب هذه الصفة من خلال الطريقة التي يعقد بها، حيث ينشأ بوسيلة سمعية بصرية عن بعد عبر شبكة الانترنت².

وقد أشير للعقود التجارية الإلكترونية في توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97. 27 الصادر في 20 مايو 1997 تحت عنوان العقود هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات بين مورد ومستهلك في نظام البيع، أو تقديم خدمات بواسطة آلية أو أكثر للاتصال عن بعد أعدها المورد لإبرام العقد وتنفيذه.

وعرف الاتصال عن بعد بأنه كل وسيلة يمكن أن تستخدم لإبرام العقد في غير حضور المادي الآتي لطرفيه وهما المورد والمستهلك³.

وفي مشروع القانون الموحد الذي عدته اليونسטרال للتجارة الإلكترونية لم يرد أي تعريف للعقد الإلكتروني، وإنما اكتفى بتعريف تبادل المعلومات الإلكترونية واصفا إياه بأنه النقل الإلكتروني للمعطيات ما بين جهازين الكمبيوتر أو أكثر باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات.

رأت لجنة اليونسטרال أن هذا التعريف الموضوع ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية في التجارة، واعتبرت تابعا لذلك أن من وسائل الاتصال التي تتم بها تلك التجارة نقل المعلومات التجارية وهي بيانات وعروض.

¹ - أسامة أبو حسين ماجد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2003، ص 34.

² - Poitier: Le commerce sur internet.GP, P 298.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، نقلا عن الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 2002 ص 23 وما يليها.

الفقرة الأولى: تعريف العقد الإلكتروني في التشريع المغربي والمقارن

أولاً- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع المغربي

بملاحظة لنصوص قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يتبين أن واضعي القانون اجمعوا على صياغة تعريف لعقد الإلكتروني في الفصل 365 من قانون الالتزامات والعقود المضاف بموجب قانون رقم 53.05 لم يعرف العقد الإلكتروني وفقاً لكثير من التشريعات الأخرى، وإنما اقتصر فقط على ذكر الوسيلة المستخدمة في إبرامه بنصه على ما يلي: "يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارات العموم من أجل إبرام عقد من العقود"¹.

يمكن الرجوع إلى قانون 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعلومات الإلكترونية، لنستخلص منه بطريقة استنتاجية معنى قانونياً يقربنا من التعريف للعقد الإلكتروني، حيث جاء في المادة اثنان منه ما يلي يراد في مدلول هذا القانون بما يلي: "المعلومات الإلكترونية هي كل تبادل أو مراسلة أو عقد أو وثيقة أو أي معاملة أخرى تبرم أو تنفذ بطريقة إلكترونية بشكل كلي أو جزئي".

فالمعلومات الإلكترونية وفقاً للتعريف السابق تحوز وعاء واسعاً من المضامين تتجسد سعته، في تعدد وتنوع هذه المعلومات والتي جعلها النص إشكالات مجردة أمثلة قد تضاف إليها إشكالات أخرى وهو ما عبر عنه النص بعبارة أو أي معاملة أخرى.

مهما يكن من أمر هذا النص فإن التركيز فيه على عنصرين جعلنا نستخلص معنا الذي يقربنا من أدراك تعريفين للعقد الإلكتروني، أولهما أن هذا

¹ - إضافات المادة 3 من الظهير الشريف رقم 129 071 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، سبعة فصول بعد الفصل 65 من قانون الالتزامات والعقود في الفصول 65_1 / 65_2 / 65-3 / 65-4 / 65-5 / 65-6 / 65-7.

العقد حسب النص. شكل من أشكال المعلومات الالكترونية، يعرف بتعريفها والثاني أن المعاملة هذه تبرم وتنفذ بطريقة الكترونية كلية أو جزئية، لتكون محطة هذين العنصرين وبطريقة استخلاص العكسي أن العقد الإلكتروني هو معاملة الكترونية بشكل كلي أو جزئي.

ثانيا- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع المقارن

عرفت المادة الأولى، من الفصل الأول من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي العقد الإلكتروني بارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، والذي يتم بوسيلة الكترونية، ويكون المشرع العراقي بهذا التعريف قد أحسن صنعا شكلا ومضمونا لكونه جاء مدركا لعنصرين لازمين للعقد، العنصر الذاتي، وهو المفهوم المجرد للعقد بوصفه توافقا بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أو كما عبر عنه المشرع العراقي وبصيغة من صنيع الفقه الإسلامي، ارتبط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. والعنصر الخارجي عن العقد اللازم لإظهاره إلى حيز المادي، هو الوسيلة المستخدمة في التعاقد الإلكتروني وبهذا التعريف، يكون المشرع العراقي قد أكد الآثار العارض للوسيلة الالكترونية على الأصل العقدي كما سبق بيانه في مناقشته تسمية العقد الإلكتروني.

وعرف العقد الإلكتروني كل من المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الأردني¹ بالاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو

¹ - قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية رقم 524

جزئياً¹، والمادة الثالثة من قانون تنظم المعاملات الإلكترونية اليابانية العقد المنظم بوسائل الكترونية.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

إن التساؤل الذي يطرح بصدد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، يتمحور بينما إذا كان هذا الأخير ينعقد بين حاضرين أو بين غائبين أو يختلط فيه الأمران. فقه قانوني مستقر يرى، أن معايير تمييز التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد عن تعاقد بين غائبين. هو وجود فترة زمنية، تفصل ما بين إعلان الإيجاب وصدور القبول، مما يفيد أن مكان كل منهما مختلف عن الآخر، ومن هذا المنطلق، رأى البعض أن التعاقد عبر الإنترنت يشبه التعاقد بالمراسلة².

وهناك من ذهب إلى أن التعاقد عبر الإنترنت لا يعتبر تعاقدًا بين الحاضرين ولا بين الغائبين، على الأقل في ما يتعلق بلحظة التقاء الإيجاب بالقبول، هل هو وصول القبول إلى الموجب عبر شبكه الإنترنت، أو هو تاريخ علم الموجب بمحتوى رسالة القبول، وفي كلتا الحالتين يبقى السؤال مطروحاً حول وجود فاصل زمني من عدمه بين إرسال القبول، ووصوله إلى حاسوب الموجب أو علمه به³.

واتجه فقه آخر رأى أن التعاقد عبر الإنترنت تعاقد بين حاضرين في الزمان غائبين من حيث المكان، وفي هذه الحالة تنطبق عليه قواعد التعاقد بواسطة الهاتف لعدم وجود نص قانون خاص بالقبول، أما زمانه فيعتبر بين

¹ - قد يكون إبرام العقد وتنفيذه الكترونياً كما لو تعلق الأمر بشراء كتاب الكتروني عبر شبكه الإنترنت ولكن قد يكون التنفيذ وحده الكترونياً ومن جهة أخرى قد يكون إبرام العقد وتنفيذه الكتروني في جميع مراحلها أو في بعض هذه المراحل فقط.

² - أسامة أبو الحسين مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 81.

³ - احمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية تكوين العقد وإثباته، دروس في القانون الخاص والقانون التجارة الدولية، جامعه عين شمس مصر، ص 154 - 155.

حاضرين لعدم وجود فاصل زمني بين إعلان القبول وأصوله إلى العلم الموجب، لاسيما وأن أهميه التمييز بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به ضئيلة جدا¹. وفريق آخر رفض فكرة التعاقد بين الحاضرين من حيث الزمن، والغائبين من حيث المكان، في العقد الإلكتروني، لما في ذلك من خلط بين مفهوم المجلس الحقيقي للعقد، وبين مفهوم الحكم فبالنسبة لهذا الفرق أما أن يكون المجلس حقيقيا، وأما أن يكون حكما، أما فكرة المجلس المختلط أو المزدوج بهذا الشكل فتؤدي إلى تجزئته مما يقضي إلى تطبيق مقتضيات المجلس الحقيقي على زمانه، ومقتضيات المجلس الحكمي على مكانه، وهذه الإزدواجية تنطوي على تعارض واضح، ومن ثم لا يدومنا القول بأن الطبيعة القانونية للتعاقد عبر الانترنت ما هي إلا تعاقدين غائبين سواء تم بالكتابة، أو بالحوار الصوتي، أو بالصوت والصورة والكتابة.

وقد راء البعض أيضا أن العقد الإلكتروني نوع من العقود التي تجرى عن بعد، أي بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، وإذا كان التعامل هنا يشبه التعاقد عن طريق الهاتف أو الفاكس، فإن الخلاف بينهما يكمن في عنصر التفاعلية بين أطراف العقد، والذي توفره شبكة الانترنت، تلك التفاعلية التي تحول غياب الأطراف الفعلي إلى حضور افتراضي يسمح لهم بتبادل المعلومات والخدمات إلى حد إبرام العقد وتنفيذه على شبكه ذاتها².

¹ - ممدوح خيرى هاشم مسلم: مشكله البيع عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2000، ص 19 و 20.

² - بشر طلال احمد مومني: مشكله التعاقد عبر الانترنت، أطروحة جامعه المنصور مصر سنة 2003، ص 25.

ويبدو أن هذا الرأي مقتبس من تعريف فقه آخر، يعتبر أن العقد الإلكتروني اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة الدولية المفتوحة للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل¹.

المطلب الثاني: حماية المتعاقد قبل إبرام العقد الإلكتروني

قام المشرع المغربي خلال قانون رقم 31.08 بإرساء مجموعة من الضمانات القانونية الهادفة إلى تنوير إرادة المتعاقد الإلكتروني في إطار العقود الإلكترونية وذلك قبل التعاقد، حيث تتمثل أهم هذه الضمانات في التزام المورد بإعلام المستهلك بالمعلومات الحاسمة (الفقرة الأولى)، وفي حماية المستهلك من الإضرار المضلل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق المتعاقد الإلكتروني في الإعلام

حرصت التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني على نحو معين يختلف عن الحق في الحالات العادية، وعليه سنتناول من خلال هذه الفقرة تبيان مفهوم الإعلام (أولاً)، ثم نتطرق لمضمونه (ثانياً).

أولاً- تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني

أدى التطور الاقتصادي والعلمي الحاصل في مجالات مختلفة، والذي صاحبه ثورة صناعية غير مسبوقة، إلى إغراق الأسواق الاقتصادية بالمنتجات المتنوعة والمبتكرة، والتي يبقى المستهلك عاجزاً عن فك رموز وعلامات تصنيعها ومكوناتها، والمواد المستعملة في صنعها وتأثيرها على الصحة، الشيء الذي أسفر عنه اختلال واضح في المراكز القانونية لطرفي العقد الاستهلاكي²، مما أدى إلى التفكير في

¹ - عرف التفاعل بأنه إمكانية التبادل بين مستعمل نظام معلوماتي وبين آلة الحاسوب بواسطة نهاية طرفي مجهزة بشاشة للرؤية.

² - المهدي ابن شقرون: "حماية المستهلك في عقد البيع عن بعد"، بحث نهاية التكوين بسلك الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر، أكادير 2015، ص 74.

ضرورة إلزام المهنيين المحترفين بإعلام وتبصير المستهلك الذي أصبح عاجزا عن الإلمام بجميع تفاصيل العقد في الوقت المعاصر، مما استوجب إعلامه وتعريفه بظروف هذا التعاقد¹.

فالالتزام يعتبر من أهم التدابير الحمائية المقررة لفائدة المستهلك التقليدي بصفة عامة، والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة، ويقصد به إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات اللازمة والمؤثرة في إقدامه ودفعه إلى التعاقد².

أما بخصوص الالتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرف كونه، التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد يفي جميع العقود الإلكترونية، وعرفه البعض الآخر أنه ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق التاجر الإلكتروني والذي بمقتضاه يعلم ويبصر المستهلك بالمعلومات الجوهرية والتي يتخذ المستهلك بناء عليها قراره بإتمام التعاقد أو الانصراف عنه³.

وما نستخلص من خلا هذه التعاريف أن الإعلام هي الوسيلة التي تبصر المستهلك بكل ما يتعلق بالعقد المزمع إبرامه، فإن كانت صالحة له أبرم العقد، وإن كانت ضارة له انصرف عن العقد.

ثانيا- مضمون الإعلام في العقد الإلكتروني

¹ - محمود الخمرتي: "حماية المستهلك في العقد الابتدائي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة مولاي إسماعيل مكناس السنة الجامعية 2016/2017، ص 49.

² - محمد جحا: "حماية المستهلك الإلكتروني على ضوء مقتضيات قانون رقم 31.08"، مجلة الممارسات القانونية والقضائية، العدد الثالث أبريل 2019، ص 53.

³ - بدر منشيف: "حماية المستهلك في العقد الإلكتروني"، المجلة العربية، العدد مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، مطبعة فارير سطات، الطبعة الأولى 2020، ص 325 و326.

يعتبر الحق في الإعلام وسيلة للأمان ضد المخاطر التي قد يتعرض لها المستهلك أثناء التعاقد، فهي حماية للمستهلك ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كانت سلعة أو خدمة، وهو ما يلزم على المورد أن يعلم المستهلك مسبقا بكل المعلومات والتفاصيل المتعلقة بالعقد.

ويجد الإعلام أساسه في التشريع المغربي في المادة 3 من قانون 31.08 حيث نصت: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقيم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته...".

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بإعلام المستهلك يجب أن يشمل أيضا نوع العقد المراد إبرامه، هل يتعلق بعقد تقليدي عادي، أم بعقد إلكتروني.

وعند قراءتنا لبعض المواد التي جاء بها قانون 31.08، نجد أنها نصت على ضرورة التوفر في عقد البيع عن بعد على مجموع من المعلومات نذكر منها:

1- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة محل

العرض؛

2- إسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من

التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة عن العرض.

وفي نفس الإطار أضافت المادة 30 من نفس القانون على أنه "يجب على

المورد أن يمكن المستهلك من الولوج بسهولة والاطلاع على الشروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتجات والسلع على تقديم الخدمات عن بعد، وذلك صفحة الاستقبال في الموقع الإلكتروني لمورد السلعة أو مقدم الخدمة أو على أية دعامة اتصال تتضمن عرضا للمورد كما يجب أن تكون هذه الشروط موضوع قبول صريح من طرف المستهلك وذلك قبل تأكيد قبول العرض".

وتأسيساً على ما سبق فإن إقرار المشرع الحق في الإعلام تمكن المستهلك من معرفة الالتزامات القانونية الخاصة بالطرف الآخر، كما تمكن كل متعاقد من تقدير مضمون الالتزامات التي يتحملها، وذلك مع مراعاة الوسائل الحديثة التي أنتجت مستهلكاً غير عادي يتخذ من وسائل الاتصال الإلكتروني أساساً لتعاقداته.

الفقرة الثانية: حماية المستهلك الإلكتروني من الإشهار المضلل

نظراً للقوة الاقتصادية التي يتميز بها المورد عن المستهلك الضعيف، قد يلجأ هذا المورد إلى إعلام وإشهار يتضمن معطيات ومعلومات كاذبة، وهذا التصرف يمنعه القانون. وفي هذا الصدد سنحاول أن نتطرق لتبيان مفهوم الإشهار المضلل (أولاً)، ثم بعد ذلك لعناصره الأساسية (ثانياً).

أولاً- مفهوم الإشهار المضلل:

مع انتشار أنظمة المعلومات، وتطور تقنية الاتصالات عبر شبكة الأنترنت برزت إلى الساحة الاقتصادية ظاهرة التجارة الإلكترونية، ومعها اتخذ الإشهار صوراً مختلفة تماماً عن الأشكال المعتادة استعمالها للتأثير على المستهلكين، ولقد جاء ذلك نتيجة لما حققته التكنولوجيا الرقمية من مزايا والإبتكارات في مجال التواصل اللاسلكي¹.

ويقصد بالإشهار المضلل ذلك الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك، والإعلام المضلل لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع الجمهور². ويمكن تعريفه أيضاً بأنه هو الذي يؤدي إلى تغليط المستهلك، سواء باستعمال الكذب أو بدون عن قصد أو دون قصد حتى

¹- مهدي منير: "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2005/2004، ص 323.

²- محمد جحا: "حماية المستهلك الإلكتروني على ضوء مقتضيات قانون رقم 31.08"، مرجع سابق، ص 50.

وإن كان بإهمال. فالإشهار المضلل يكون له طابع تضليلي، وهذا يعني أن طبيعته ومحتواه يؤدي إلى التخليط.

ونظرا للوسائل التكنولوجية الأكثر استعمالا والأكثر تأثيرا في تبليغ الوصلات الإشهارية كممارسة تجارية، وحتى يتمكن المستهلك من سلامة استعمال خدمات الاتصال دون التأثير من سلبياتها، لاسيما في جانب الإشهار التجاري، أوجب المشرع المغربي ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة والحررة الصريحة للمستهلك لاستعمال بريده الإلكتروني، بغرض الإشهار، والتقييد بمجموعة من الالتزامات نصت عليها المادة 23 من قانون 31.08¹.

وحماية للمستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ألزم المشرع المغربي المورد على القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني وذلك بالتزامه بمجموعة من الضوابط القانونية التي نصت عليه المادة 24 من قانون 31.08 وهي كالآتي:

- تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات.

- تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني؛

- استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته؛

- تزييف أو إخفاء معلومة تمكن من تحديد مصير الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد، وكل خرق لهذه الأحكام ستوجب العقوبة الزجرية.

¹ - في هذا الصدد نصت المادة 176 من قانون 31.08 "يعاقب بالغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم المورد الذي يقوم بكل إشهار كيفما كانت تقنية الاتصال عن بعد وذلك دون مراعاة أحكام المادتين 23 و24".

ثانيا- عناصر الإشهار المضلل

حتى يتحقق الإشهار المضلل أو الكاذب، فإنه يتم عن طريق الخداع لتنصب على مجموعة من العناصر التي نصت عليه المادة 21 من قانون 31.08 وهي كالتالي:

- أن ينصب الخداع على طبيعة ومميزات المنتج أو الخدمة؛
 - أن ينصب الخداع على تركيب محتوى المنتج أو الخدمة المفيدة؛
 - أن ينصب الخداع على نوع ومنشأ وكمية وتاريخ صنع المنتج؛
 - أن ينصب الخداع على صفة المهني؛
 - أن ينصب الخداع على ثمن المنتج أو السلعة.
- وجريمة الإشهار لا تقوم إلا إذا تعلق التضليل بوحدة أو أكثر من العناصر المحددة قانونا، كما يتعين على القاضي أن يحدد العنصر أو العناصر التي وقع فيها التضليل معتمدا في تقديره للإشهار المضلل وهو ذلك الذي يقع بين الإشهار الصادق والإشهار الكاذب، على أحد المعيارين وهما، المعيار الذاتي¹ أو المعيار الموضوعي².

ومما لا شك فيه فإن المساس بمؤسسة الإشهار هو مس بالنظام العام الاقتصادي، وبالتالي من الواجب إرساء مجموعة من العقوبات التي تخص كل مورد لم يحترم الضوابط القانونية المحددة قانونا، وهذه المسؤولية قد تكون مدنية أو جنائية.

فمن ناحية المسؤولية المدنية للمورد، فيمكن الاستناد على القواعد العامة لعيوب الرضا وتحديد الغلط والتدليس³ حتى يستفيد المستهلك الإلكتروني

¹ - المتمثل في الشخص المتلقي.

² - المتمثل في الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس.

³ - نزهة الخلدي: "الموجز في النظرية العامة للالتزامات"، مطبعة تطوان 2016، ص 68 وما يليها .

من حقه في التعويض إذا كان أمكن ذلك وقبله بإبطال العقد، إلا أن الارتكاز على هذه القواعد لا يعد ممكناً إلا إذا كان هناك عقد يجمع بين المهني والمستهلك، وبالتالي فيجب أن يكون الإشهار قد حقق مبتغاه وأدى إلى خلق رابطة عقدية بين هذين الطرفين¹.

أما العقوبة الجنائية فقد سن القانون 31.08 العقوبات المتعلقة بالإشهار، ولكن ما يخصنا هو الإشهار بواسطة تقنية الاتصال عن بعد، والذي لا يراعي أحكام المادتين 23 و24 فيعاقب مرتكبه بغرامة تتراوح بين 10.000 و50.000 درهم، ويمكن الحكم أيضاً بعقوبة إضافية تتمثل في نشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة².

المطلب الثالث: حماية المتعاقد بعد إبرام العقد الإلكتروني

لم يجد المشرع المغربي حماية المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد فحسب، بل أرسى مجموعة من الضمانات الأخرى والتي تحمي المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواء التقليدية أو الإلكترونية، لذلك سنحاول تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى إلغاء الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي الإلكتروني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق المستهلك الإلكتروني في التراجع

يعتبر الحق في التراجع أو العدول أحد الآليات لحماية المستهلك بعد إبرامه للعقد الإلكتروني، فبمجرد ممارسة هذا الحق من طرف المستهلك الإلكتروني يصبح العقد المبرم منعماً، يصبح كأن لم يكن وبالتالي لن ينتج أي أثر في المستقبل.

¹ محمد جحا: "حماية المستهلك الإلكتروني على ضوء مقتضيات قانون رقم 31.08"،

مرجع سابق، ص 52.

² أنظر المادة 176 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.

وفي هذا الصدد سنتناول مجال تطبيق الحق في التراجع (أولاً)، ثم بعد ذلك لآثار ممارسة الحق في التراجع (ثانياً).

أولاً- مجال تطبيق الحق في التراجع

قبل أن نخوض الحديث والتفصيل في مجال تطبيق الحق في التراجع، لا بد أن نشير إلى تعريف هذا الأخير، وكما هو معلوم، يعتبر الحق في التراجع كأحد المستجدات التي جاء بها قانون 31.08 وقد لفت الانتباه بشكل كبير لعدد كبير من المهتمين بمجال حماية المستهلك.

ويعرف الحق في التراجع في أنها إمكانية المستهلك بإعادة النظر في العقد الذي أبرمه والعدول عنه خلال مدة محددة تختلف باختلاف محل العقد في مادته 36 من قانون¹ 31.08، حيث إن هذا القانون قد حدد للمستهلك أجل ممارسته للعدول في سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع، وثلاثين يوماً لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يفى المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32، وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال. وتسري الأجل المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و42.

ومن ناحية نطاق تطبيق الحق في التراجع² نجد أن المشرع المغربي تعرض لنطاق تطبيق حق التراجع من خلال تطرقه لجملة من الاستثناءات التي

¹ - المهدي ابن شقرون: "حماية المستهلك في عقد البيع عن بعد"، مرجع سابق، ص 109.

² - يتميز الحق في التراجع عن مهلة التفكير في كون أن مهلة التفكير هو تقرير مزيد من الضمانات للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في عقد البيع، وهذه الحماية تبرز من خلال جعل مدة المهلة فترة تأمل وتفكير قبل إبرام العقد، فلا يتم انعقاده إلا بعد انقضاء هذه المادة والتي غالباً ما تحدد في سبعة أيام. في حين أن التراجع لا يمكن ممارسته إلا

وردت في المادة 38 من القانون 31.08، وكذلك جاءت في الفقرة الأخيرة من المادة 36 من نفس القانون التي نصت "...تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و42" كل هذا يوضح اتساع نطاق هذا الحق ليشمل جميع العقود الاستهلاكية سواء تلك التي تعتمد على الوسائل العادية أو الإلكترونية، لكن المشرع من خلال المادة 42 يستثني من العقود التي تتم عن طريق وسائل الاتصال عن طريق الإنترنت من نطاق ممارسة حق التراجع، حيث استثني بعض السلع والخدمات من ممارسة حق التراجع كخدمات التوريد بسجلات سمعية أو بصرية، أو الجرائد أو المجلات، أو السلع السريعة التلف، أو التي صنعت خصيصا للمستهلك بحسب المواصفات التي يطلبها¹.

وفي هذا الإطار نصت المادة 38 من قانون 31.08 على ما يلي: "لا يمكن أن يمارس حق التراجع، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك في العقود المتعلقة بما يلي:

- 1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة؛
- 2- التوريد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفاتها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية؛
- 3- التوريد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛

في إطار عقد تم إبرامه، وترتبت آثاره تجاه كل من المستهلك والمهني، ولا يملك فيه المستهلك إلا استمرار في العقد وتحمل آثاره أو التراجع عنه وبالتالي يعود طرفاه إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

¹ - بدر منشيف: "حماية المستهلك في العقد الإلكتروني"، مرجع سابق، ص 337.

4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات."

ثانيا- آثار ممارسة الحق في التراجع

يحق للمستهلك بعد ممارسته لحقه في الرجوع في إطار العقود الإلكترونية، إما باسترداد المبالغ المدفوعة، أو حق في استبدال المنتج بغيره. وقد نصت المادة 37 من قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك "عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارس الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور تترتب، بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به".

ولكن الإشكال الذي نطرحه في هذا الصدد هو أن المشرع لم يتطرق بالبتة إلى تحديد كيفية وطريقة استرداد المبلغ المدفوع، لأن بعض الموردين يعملون على اللجوء على رد المبلغ في شكل قسيمة شراء الشيء الذي يجعل المستهلك في حالة تبعية للمورد.

وفي حالة رفض المورد برد المبلغ المدفوع فإنه يعاقب بالغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم كما جاء ذلك في المادة 178 من قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك.

بالإضافة إلى أثر استرداد المبالغ المدفوعة، يتمثل الأثر الآخر في استبدال المنتج أو السلعة أو الخدمة، حيث نص الفصل 41 من قانون حماية المستهلك: "يمكن للمورد أن يوفر منتوجا أو سلعا أو خدمة تكون لها نفس الجودة ونفس الثمن إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة ومفهومة. وفي هذه الحالة، يتحمل المورد مصاريف الإرجاع المترتبة عن ممارسة حق التراجع، ويجب أن يخبر المستهلك بذلك".

غير أن الإشكال الذي نطرحه في هذا الصدد هو أن المستهلك في هذه الحالة إذا توافرت الشروط السالفة الذكر لا يمكن أن يطالب باسترداد المبلغ المدفوع، إذا هذا فيما يخص الشق الأول عن الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني أثناء تنفيذ العقد.

الفقرة الثانية: إلغاء الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي

الإلكتروني

يجمع بين المورد والمستهلك علاقة تعاقدية، سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً، ونظراً للوضعية الاقتصادية التي يتميز بها المورد على المستهلك الضعيف، قد يلجأ المورد إلى زعزعة مبدأ التوازن بينه وبين المستهلك، وذلك عن طريق إدراجه شروط تعسفية تمس بمصلحة المستهلك. وعليه سنتطرق لتوضيح مفهوم الشروط التعسفية (أولاً)، ثم إلى إلغائها (ثانياً).

أولاً- مفهوم الشروط التعسفية

يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يؤدي إلى اختلال في حقوق والتزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين، أو هو الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة مفرطة على حساب الطرف الآخر، كما تم تعريفه كونه كل شرط محرر مسبقاً وبشكل منفرد من طرف المهني في عقد إذعان مبرم بينه وبين المستهلك، ويسبب لفائدة المهني عدم توازن مفرط في حقوق والتزامات الطرفين¹.

وعليه، يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط يفرض على المستهلك من طرف المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال سلطته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة، ويمكن التمييز بين نوعين من الشروط التعسفية:

¹ - نزهة الخالدي: "الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجاً"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2004/2005، ص 52 و 53.

- النوع الأول: شروط تعسفية بذاتها حيث يظهر التعسف واضحا منذ إدراجها في العقد، وقد تصدت لها أغلب التشريعات بنصوص قانونية.

- النوع الثاني: شروط تعسفية بحكم استعمالها وهي شروط عادية لا يظهر فيها التعسف عند إدراجها في العقد وإنما عند التطبيق، لذلك فهي أخطر من النوع الأول، كما أنها تنبني على صفة النسبية، إذ تختلف من عقد لآخر لذلك فأمر تقديرها يجب أن يترك للقضاء¹.

ويقوم الشرط التعسفي على مبدأين وهما، الأول هو الامتياز المجحف: ليكون الشرط تعسفيا أن تكون فيه مصلحة للطرف المورد، وذلك باختلال الالتزامات المتبادلة بينه وبين المستهلك، مما يؤدي إلى عدم تناسب وتساوي الالتزامات التعاقدية، صحيح أن الإنسان يسعى لتحقيق الربح من التعاقد لكن بالكيفية المطلوبة وليس أن يكون مبالغا فيه.

أما المبدأ الثاني هو التعسف في استعمال القوة الاقتصادية: إن القانون وإن كان يعترف للمهني بإمكان فرض شروطه على المستهلك، إلا أنه يمنع عليه في الوقت نفسه أن يستغل هذه السلطة على حساب المستهلك، خاصة وأن المتعاقدان ليس لهما نفس الوضع الاقتصادي، فالمورد قوي والمستهلك ضعيف². وهذا ما يخول للمورد استعمال سلطته الاقتصادية خاصة وأن المستهلك يجد نفسه أمام خياران: إما الإذعان لهذه الشروط التعسفية وما يصاحبها من نتائج

¹ - محمد المسلموي: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد"، مجلة الملف، العدد الثامن، أبريل 2006، ص 166.

² - محمد المسلموي: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد"، مرجع سابق، ص 167.

سلبية أو الامتناع عن التعاقد. وتحرير الشروط التعسفية في عقود الإذعان يتم من جانب واحد وهو المهني¹.

ثانيا- إلغاء الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي الإلكتروني

يجب على المستهلك بصفة عامة المتضرر من جراء وجود شرط تعسفي في إطار عقد استهلاكي اللجوء إلى القضاء المختص من أجل المطالبة بإلغائه، فحسب المادة 19 من قانون 31.08 تنص يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. وبالتالي يحق للمستهلك أن يرفع الدعوى ضد المورد أمام القضاء المدني.

وقد أشارت المادة 18 من نفس القانون إلى مجموعة من النماذج التي يمكن أن تكون بمثابة شروط تعسفية في إطار عقود الاستهلاك بصفة عامة من بينها إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد.

ويعتبر الحق في ممارسة الدعوى من صميم الأهداف التي أنشأت من أجلها قواعد قانون الاستهلاك، فالمستهلك عندما يقوم بإبرام العقد يغلب عليه الاعتقاد بأنه ملزم بكل الشروط التي يتضمنها وبأن تصرفاته لا تصح إلا بالالتزام بها لا إلى درجة أنه لا يفكر تماما في مراجعتها، أو التفاوض بشأنها، أو المطالبة بإلغائها، وهو الأمر الذي يؤكد عدم معرفته بالإجراءات القانونية التي تضمن له حرية اتخاذ القرار والاختيار في المعاملات التعاقدية².

¹ - إن التحرير المسبق لعقود الإذعان من طرف المهني يشكل في الواقع ممارسة لسلطة واقعية وليس حقا ذاتيا.

² - مهدي منير: " المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، مرجع سابق، ص 233.

وتجدر الإشارة إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق المورد، وذلك بدليل المادة 34 من قانون 31.08 التي نصت "في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدا واحترام الأجل وكذا قبول المستهلك.

يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر".

وصفوة القول أنه نظرا للمخاطر والمعاناة التي قد تعترض الطرف الضعيف في العقد الاستهلاكي الإلكتروني فقد سن المشرع المغربي من خلال مقتضيات القانون رقم 31.08 مجموعة من الضمانات القانونية والقضائية التي تهدف إلى إقرار نوع من الحماية لهذه الفئة وتوفير الأمن التعاقدي الإلكتروني وذلك عن طريق محاولة التوفيق بين مصالح الطرفين دون تغليب واحد على الآخر¹.

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن نشيد المشرع المغربي على مجهوداته التي تمثلت في إرساء مجموعة من الآليات التي تهدف إلى حماية المستهلك الذي يلي حاجياته عبر شبكة الأنترنت، وهذه الحماية لا تقتصر فقط في قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، وإنما سيمتد لمجموعة من القوانين الأخرى التي يمكن أن تكون في المستقبل محل دراسة شأنها شأن قانون 31.08.

لقد حاولنا من خلال هذا البحث في موضوع الحماية القانونية للمتعاقد الإلكتروني، محاول فيه إبراز بعض الآليات التي من شأنها، أن تعطي المستهلك المتعاقد بشكل إلكتروني، حماية قانونية تضمن له حقه في الشئ المعقود عليه، وبيننا كيفية حماية مستهلك المتعاقد بشكل إلكتروني.

وإذا كان المشرع قد اهتم بهذا الجانب من خلال إصدار القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، فإن الملاحظ أن تعامل

¹ - محمد جحا: "حماية المستهلك الإلكتروني على ضوء مقتضيات قانون رقم 31.08"،

مرجع سابق، ص 65.

المواطن المغربي في مجال التعاقد الإلكتروني عامة، والتجارة الإلكترونية خاصة، مازال في بدايته، وتشكل هذه المبادرة خطوة كبيرة في الاستعداد للمستقبل القريب، لكن ليس معنى هذا أن هذا القانون غير قابل للتطبيق الآن، وإنما على العكس من ذلك؛ فمن جهة، أتى بالحلول الملائمة التي يستند إليها القضاء في اعتماد الوثائق الإلكترونية حجة في الإثبات، بما في ذلك البريد الإلكتروني والفاكس ميل ومضامين المواقع الإلكترونية وغيرها إذا توافرت فيها شروط الدليل كما حددها القانون الجديد. ومن جهة أخرى، فإن معظم التبادل التجاري الدولي مع المغرب يتم عن طريق التبادل الإلكتروني وقد أوضح مصادر إعلامية أن حجم المعاملات في هذا الصدد تضاعف ثلاث مرات خلال الثلاث سنوات الأخيرة، ومن ثم فإن القضاء المغربي أمام أولى تحديات تطبيق قواعد التنظيم القانوني للمعلومات والانترنت.

كما أن إصدار المشرع المغربي لقانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ليس معناه الإحاطة بكل مجالات التعامل، فالمنظومة القانونية المغربية في حاجة إلى المزيد من التنظيم في مجال الالتزامات والعقود وآثارها القانونية تبعاً لما يحقق من تقدم ووعي بأهمية استخدام هذه التقنيات لدى الأفراد بشكل يوازي ما بين حقوق المتعاقدين ويحمي المستهلكين ويزيح العوائق التي تحول دون التبادل الواسع للمعطيات القانونية عبر شبكة الأنترنت دون إغفال العناية بتكوين رجال القانون من قضاة ومحامين وموثقين وخبراء ومحققين في هذا المجال.

يمكن القول أن المشرع المغربي في محاولة منه لمواكبة هذه التطورات الاقتصادية التي شابت التكنولوجيا الحديثة استطاع من خلال صدور قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك الإحاطة بدراسة جميع الجوانب القانونية لحماية هذا المستهلك، قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والزيادة في تفعيل آليات حمانية وتوفير الضمانات القانونية التي كان المتعاقد الإلكتروني بحاجة إليها لمواجهة المخاطر التي قد يتعرض لها في أي مرحلة من مراحل العقد.

كما عمد المشرع المغربي بصدور هذا القانون إلى تكريس نظام خاص بالمتعاقد الإلكتروني عكس ما كان معمولاً به في القواعد العامة. ذلك أن عقد البيع الإلكتروني يختلف عن عقد البيع العادي، لأن المستهلك عندما يبرم العقد الإلكتروني فإن ذلك التعاقد يتم عن بعد ودون رؤية الطرف الآخر الذي يتعاقد معه وهذا قد يعرضه لأن يكون ضحية الشروط التعسفية، الأمر الذي استلزم إفراد الحماية الكاملة له حتى لا تضيع حقوقه.

إلا أن الآليات التي وضعها المشرع المغربي لحماية المستهلك تظل محدودة وغير كافية سيما وأن مقتضيات هذا القانون لا تنطبق مع ما هو واقعي. ولتجاوز هذه النواقص سنحاول تقديم بعض التوصيات:

- العمل على مواكبة التطورات الحديثة الحاصلة على مستوى آليات الاستهلاك الإلكتروني لحماية سائر التصرفات المبرمة عبر الإنترنت.
- تكوين قضاة وفرق متخصصة بالمحاكم الابتدائية والتجارية تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بعقود الاستهلاك الإلكتروني.
- العمل على نشر ثقافة التسوق عبر شبكة الإنترنت من خلال تنظيم ندوات وبرامج تحسيسية تهدف إلى توعية المتعاقد الإلكتروني بحقوقه التي يتمتع بها.
- ضرورة استعمال اللغة العربية في العقود الإلكترونية لفهم محتوى بنود العقد الذي يقدم عليه المتعاقد الإلكتروني احتراماً لمقتضيات الدستور.

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز

ذ/د. حكيم كرام

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أيت ملول، جامعة
ابن زهر.

الباحثة/فاطمة بومالكي

باحثة بسلك الدكتوراه، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أيت ملول

لم يكن القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز¹ قبل تعديله ينظم عقد التخصيص، إذ أن هذا النوع من البيوعات كان يمر بمرحلتين فقط هما العقد الابتدائي ثم النهائي. غير أن الممارسات التي كانت تفرض من طرف البائع² بصفتهم الطرف القوي في هذه العلاقة التعاقدية وذلك بإفراغ التصرفات الممهدة للعقد النهائي المنصب على عقار في طور الإنجاز في أشكال تعاقدية مخالفة لما نص عليه القانون رقم 44.00 وما صاحب هذه الممارسات من تأويلات وتفسيرات قضائية

(¹) - القانون رقم 44.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309، بتاريخ 25 رجب 1423 (03 أكتوبر 2002)، المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود، جريدة رسمية عدد 5054، بتاريخ 07 نوفمبر 2002، الصفحة: 3183 وما يليها.

(²) - فالبايع يمكن أن يكون منعشا عقاريا مهنيا أو يكون شخصا غير مهني يمارس عمليات بناء وبيع العقارات بشكل عرضي. - أنظر في هذا الصدد:

- عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، الطبعة الأولى، 2011، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الصفحة: 83 وما بعدها.

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالي

مختلفة ومتناقضة¹ أحيانا جعلت المشرع يتدخل لإضافة عقد التخصيص لزمرة التصرفات القانونية التي يجب أن يفرغ فيها أي إجراء أو تصرف ممهّد لبيع العقار في طور الإنجاز. وبالتالي لا يمكن أن ترد هذه التصرفات إلا في شكل عقد تخصيص وعقد ابتدائي وعقد نهائي.²

الشيء الذي جعل المشرع يتبنى الازدواجية على مستوى العقود التمهيدية لبيع العقار في طور الإنجاز بدل العقد الواحد. وفكرة عقد التخصيص تعد من بين أفكار المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي³ الذي أبدى رأيه حول مشروع القانون رقم 107.12 حين أوصى على ضرورة إدماج مرحلة جديدة في عملية بيع العقار في طور الإنجاز.

(1) - كالتى يقدم فيها المنعش العقاري على تلقي تسبيقات من طرف المشتريين مقابل وصل لا يحمل سوى ما دفعه المشتري.

انظر في هذا الصدد:

-محمد الخضراوي، نظام بيع العقارات في طور الإنجاز في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2012/2013، الصفحة: 83.

(2) - محمد كرام، قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز في ضوء القانون رقم 107.12، مجلة المحامي، عدد 69، 2017، الصفحة: 96.

(3) - تم إحداث المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بموجب القانون التنظيمي رقم 128.12 المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.124، بتاريخ 03 شوال 1435 (03 يوليو 2014)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6282، بتاريخ 17 شوال 1435 (14 أغسطس 2014)، الصفحة: 6370.

- يعتبر هذا المجلس مؤسسة دستورية مستقلة ذات مهام استشارية من خلال إبداء آرائها حول الاختيارات التنموية الكبرى والسياسات العامة في العديد من المجالات.

الأمر الذي لم يلق أي اعتراض من لدن الفرق البرلمانية عندما أحيل عليها نفس المشروع.¹ مما جعل المشرع يعمد إلى احتضان هذه الفكرة وإحاطتها بالكثير من العناية وإقحامه لأحكام هذا العقد ضمن مقتضيات القانون رقم 107.12² بغية منه على إعادة التكافؤ والتوازن بين أطرافه ومحاربة مبدأ عدم التوازن العقدي وما يترتب عنه من تفشي الشروط التعسفية داخل هذه المنظومة التعاقدية.

وبالرغم مما يمتاز به عقد التخصيص إلا أنه يبقى ذو طابع اختياري³ الشيء الذي يمكن استنتاجه حينما عمد المشرع إلى عدم وضعه لأي تعريف لهذا العقد واكتفى فقط بتحديد الشكلية التي ينبغي أن يرد عليها ثم على مضمونه طبقاً للفصل 3-618 مكرر مرتين.⁴

(5) - أنظر تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون 44.00، منشور بالموقع الإلكتروني www.chambrede representatives.ma تم الاطلاع عليه بتاريخ 08 مارس 2023، على الساعة 17:35.

(0)² - القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05، بتاريخ 23 ربيع الآخر 1437 (03 فبراير 2016)، جريدة رسمية عدد 6440، بتاريخ 09 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016)، الصفحة: 923.

(3) - يمكن لطرفيه ممارسته أو الاستغناء عن ذلك لأنه أحدث لضمان مصلحة الطرف المشتري-المقبل على الشراء- بالأساس، وعليه فإبرامه يعلق على انصراف إرادتهم إلى ذلك.

(4) - ينص الفصل 618-3 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12 على الآتي:

" يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ وفقاً للشكل المتفق عليه من الأطراف.

يتضمن عقد التخصيص البيانات الواردة في البنود 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7 المنصوص عليها في الفصل 3-618 مكرر أعلاه".

في حين عرفه بعض الباحثين على أنه ذلك "العقد السابق على العقد الابتدائي الذي بمقتضاه يتم إسناد رقم الشقة أو المنزل الذي في طور البناء للمستفيد المحتمل من المشروع"

انظر في هذا الصدد:

إلا أن الطابع الإختياري لهذا العقد فيه نوع من التضييق على حقوق المشتري بالنظر لمركز القوة الذي يوجد عليها المنعش العقاري البائع الذي قد يعتمد إلى التشويش على المشتري ويجبره على إبرام العقد الإبتدائي مما قد يلحق بهذا الأخير ضررا بمصالحه.

إلا أننا لن نخوض النقاش في هذه المسألة فما يهمننا في هذا المقال هو الحالة التي يتراضى فيها الطرفان معا نحو إبرام عقد تخصيص سابق لعقد إبتدائي في بيع عقار في طور الإنجاز بغض النظر عن خاصيته المؤقتة وما قد ينتهي به.¹ تأسيسا على ما سبق، فإن عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز شأنه كشأن باقي العقود إذ يمكن أن تثار بشأنه بعض المنازعات القضائية. وعليه

- الاخوان مولاي يوسف، أحكام بيع العقار في طور الإنجاز وفق مستجدات القانون 107.12، مجلة المحامي، عدد 69، الصفحة: 112.

- العربي محمد مياد، الموجز في العقود المدنية الأكثر تدولا- بيع العقار في طور الانجاز، الايجار المفضي إلى تملك العقار، الوكالة المبرمة خارج المغرب- طبعة أولى، 2016، مطبعة الأمنية، الرباط، الصفحة: 19.

- أشرف جنوي، بيع العقار في طور الإنجاز في ضوء مستجدات القانون 107.12 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2016، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 56، 2017، الصفحة: 76.

- عرفه محمد كرام بأنه: "اتفاق اختياري بين البائع والمشتري يحتفظ بمقتضاه هذا الأخير خلال مدة زمنية معينة بحقه في شراء عقار في طور الإنجاز مع إمكانية التراجع عن هذا الحق خلال هذه المدة واسترجاع كل المبالغ المؤداة من طرفه كتسبيق".

- انظر في هذا الصدد: محمد كرام، مرجع سابق، الصفحة: 96.

(¹) طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 618-3 مكرر 3 مرات من القانون رقم 107.12 الذي جاء فيها:

...

...

وتحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز ستة(6) أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الإبتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة."

- بالرغم من عدم وجود ما قد يمنع الأطراف من إبرام العقد الإبتدائي مباشرة بعد مرور شهر أو أقل على إبرام عقد التخصيص في الحالة لم يمارس فيها المشتري حقه في التراجع.

سنحاول في هذه الدراسة الحديث عن المنازعات المرتبطة بحالة إخلال أحد أطراف العقد بالتزامه وعدوله عن إبرام العقد الإبتدائي لنعرج بعد ذلك للتطرق إلى حالات إغفال تضمين العقد لبعض البيانات الإلزامية و مخالفة شكلية الإبرام المتطلبة قانونا في هذا العقد.

وانطلاقا مما سبق فإن موضوع الدراسة يطرح إشكالية محورية أساسية والتي تتجلى حول إبراز أهم النزاعات التي قد يكون موضوعها عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ومدى تحقيق الجزاء الذي يقرر عليها للفاعلية والتوازن بين طرفيه؟ وتتفرع عن الإشكالية المحورية المطروحة التساؤلات الآتية:

- ما الجزاء القانوني المقرر على تخلف أو رفض أحد أطراف عقد التخصيص تنفيذ التزاماته أو تماطله عن ذلك وكذا في حالة مخالفة شكليات وضوابط إبرام هذا العقد؟
- مدى تحقيق الجزاءات المقررة على هذه النزاعات لنوع من التوازن والتكافؤ بين أطراف عقد التخصيص في ظل تفاوت مراكزهم القانونية؟

وللإجابة على الإشكاليات المطروحة، ارتأينا التطرق للمنازعات المثارة أمام القضاء بشأن عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز في مرحلة إبرام عقد التخصيص (مطلب أول) ثم بمرحلة ما بعد إبرامه (مطلب ثان).

المطلب الأول: منازعات عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز أثناء إبرام العقد

قد تثار العديد من المنازعات في مرحلة إبرام عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز، فإما أن تتعلق بإغفال تضمين العقد لبعض البيانات الإلزامية (الفقرة الأولى) أو بمخالفة شكلية إبرام العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إغفال تضمين عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز بعض البيانات

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالكي

نص الفصل 3-618 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12 في فقرته الأخيرة على :
" ...يتضمن عقد التخصيص البيانات الواردة في البنود 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7 المنصوص عليهم بالفصل 3-618 مكرر أعلاه.¹"

إلا أننا لن نخوض الحديث عن كافة البيانات العامة والخاصة الواجب تضمينها بعقد التخصيص وسنكتفي في دراستنا لهذه النقطة بالحديث عن بعض البيانات الخاصة والمتعلقة بالأساس بمحل العقد المرتبطة بضمان حسن تنفيذه والتي تطرح بشأنها بعض الإشكالات والنزاعات. ويتعلق الأمر:

أولاً: بيان تحديد محل عقد التخصيص، موقعه، وصفه ومساحته التقريبية
لعل البيانات المحددة لمحل العقد وموقعه ووصفه ومساحته تعد ذات أهمية كبرى، إذ تجعل المشتري على بينة وعلم بالعقار الذي سيتعاقد من أجله من خلال تحديد ما إذا كان على زاوية الطريق العام أم لا، أم له حدود مغلقة² إلى غير ذلك.
فمسألة بيان وصف العقار محل عقد التخصيص ومساحته التقريبية، تتعلق بوصف الحالة التي سيكون عليها العقار في المستقبل وصفا دقيقا يشمل كافة مكوناته، والتي يشترط فيها أن تكون واضحة وكاملة بشكل يزيل كل الغموض واللبس لدى البائع.

¹ (-) حيث أشار الفصل 3-618 مكرر من ذات القانون إلى مجموعة من البيانات بما فيها هوية الأطراف، محل المخابرة، رقم الرسم العقاري أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، تاريخ ورقم رخصة البناء، موقع العقار ووصفه ومساحته التقريبية، ثمن البيع النهائي أو الإجمالي، أجل التسليم،...
-أنظر ذات الفصل .

² (-) عبد الرزاق أيوب، مظاهر حماية المستهلك في بيع العقار في طور الإنجاز، سلسلة دراسات وأبحاث، المنازعات العقارية، الجزء 1، العدد 5، 2013، الصفحة: 26.

وتأسيساً على ما سبق، فإنه من بين الأمور التي قد تثار حول هذه المسألة والتي قد تشكل خلافاً بين البائع والمشتري هي الفرق في المساحة بين العقود التمهيديّة والعقد النهائي والتي قد تشكل مدخلاً للنزاع بين الطرفين فيما بعد إبرام عقد التخصيص. ذلك أن البائع قد يعتمد أحياناً إلى النقص من المساحة -التقريبية- المحددة بالعقد كما في حالة إقامة الأدراج أو تركيب المصعد أو تخصيص بعضها لمرافق مشتركة¹ إذا تعلق الأمر بنظام الملكية المشتركة.²

وإلى جانب الإشكالات المشار إليها سلفاً قد تطرح إشكالات أخرى تتعلق بنطاق عقد التخصيص من حيث موضوعه، فكما هو معلوم فعقد التخصيص لا يمكن إبرامه إلا على عقار مستقبلي لم يتم الشروع في إنجازه بعد.³ ويتعلق أول إشكال بتلك الحالة التي قد يبرم فيها عقد التخصيص على عقار قد سبق وأن شرع في إنجازه فما مآله؟

وللإجابة عن التساؤل المطروح، نرى أن مسألة إبرام عقد تخصيص على عقار سبق وأن شرع في إنجازه أمر يتعارض مع مقتضيات الفصل 6-18-6 من القانون رقم 107.12 الذي حدد كفاءات أداء المشتري للأقساط. الشيء الذي قد لا يتناسب مع

¹ (-) حسن أبو درقة، خصوصيات بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون رقم 107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة المولى إسماعيل، السنة الجامعية: 2016/2017، الصفحة: 10.

² (-) القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.298 بتاريخ 25 رجب 1423 (03 أكتوبر 2002)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 02 رمضان 1423 (07 نوفمبر 2002)، الصفحة: 3175، المعدل بالقانون رقم 106,12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.4 بتاريخ 19 رجب 1437 (27 أبريل 2016)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465، بتاريخ 09 شعبان 1437 (16 مايو 2016)، الصفحة: 3781.

³ (-) وذلك كون المشرع اشترط ضرورة حصول البائع-المنعش العقاري- على رخصة البناء ورتب على تخلفها جزاء البطلان طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 6-18-3 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12.

نسبة 5 في المائة المشتراط تأديتها من طرف المشتري عند إبرام العقد وكذا مع مراحل أداء باقي الأقساط ابتداء من هذا العقد مروراً بالعقد الإبتدائي ثم مرحلة إبرام العقد النهائي. الشيء قد يكون مصدراً للنزاع بين طرفي العقد.

إلى جانب ما سبق، قد تطرح إشكالات حول طبيعة العقار المبرم بشأنه عقد التخصيص، فانطلاقاً من الفصل 618-2 من القانون 107.12 الذي نص على: " يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان معداً للسكنى أو للإستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وسواء تم من طرف أشخاص خاضعين للقانون العام أو الخاص طبقاً لأحكام هذا الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان." نستشف أن المشرع عمل على تمديد نطاق بيع العقار في طور الإنجاز ليشمل جميع المباني بغض النظر عن طبيعتها أو وضعها القانوني الشيء الذي قد يطرح إشكال حول التمييز بين الأشخاص المؤهلين للقيام بهذه العملية- البيع- الذين قد يكونوا أشخاص القانون العام أو الخاص حيث كان على المشرع العمل على حصر مجال تطبيق هذا القانون في العقار المعد للسكنى فقط لكونه المجال الأساسي لتطبيق القانون المذكور.¹ وبالتالي فتمديد نطاق إبرام عقد التخصيص ليشمل كافة العقارات المشار إليها أعلاه قد يؤدي كذلك إلى تنوع وتفاوت النزاعات التي قد تطرح بشأنه.

¹ (0) - تجدر الإشارة إلى أن المجلس الإقتصادي والإجتماعي والبيئي في محاولته إبداء رأيه حول مشروع القانون رقم 107.12 قد أكد على هذه المسألة، لكن المشرع تبني موقفاً مغايراً لرأي المجلس وكذا لموقف نظيره الفرنسي بخصوص هذه البيوعات الذي حصر نطاقها في بيع الوارد إما على العقار المعد للسكنى أو للإستعمال المهني.

وهكذا، عمل المشرع على توسيع دائرة العقارات محل عقد التخصيص لتشمل إلى جانب العقارات المحفوظة¹ حتى العقارات غير المحفوظة. الشيء الذي من شأنه أن يؤدي إلى إدخال احتياطات عقارية مهمة في مجال التداول، إذ يشكل العقار غير المحفوظ نسبة مهمة من هذا الإحتياط أمام المشاكل التي تواجهها إجراءات التحفيظ خاصة مشكلة التعميم وتمديد هذا النظام.²

وفي هذا الصدد نرى أنه كان على المشرع أن يمنع أي بيع لعقار في طور الإنجاز وإبرام عقود تخصيص عليه إذا كان محله عقار غير محفوظ أو في طور التحفيظ، وذلك لما قد يطرح بسببها من مشاكل يمكن إجمالها في الآتي:

كون الشخص المالك يكون غير محدد بشكل يقيني، خاصة وأن المشرع حرص على تضمين العقد رقم الرسم العقاري إذا تعلق محله بعقار محفوظ أو مراجع الملكية إذا تعلق الأمر بعقار غير محفوظ.

غير أن ما يمكن مؤاخذته على المقتضى الأخير هو تنصيب المشرع على مراجع الملكية دون اشتراطه أن يكون البائع هو المالك الأصلي للعقار محل عقد التخصيص قد يطرح العديد من المشاكل لاسيما وأن شهادة ملكية هذا الأخير قد لا تعطي الجزم

1 () - القانون 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331(12) أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177، بتاريخ 25 ذي الحجة 1432(22 نوفمبر 2011) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 27 ذي الحجة 1432(24 نوفمبر 2011) الصفحة: 5575.

2 () - مولاي الشريف الطاهري، القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز واقع وأفاق، سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد 02، 2011، الصفحة: 176.

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالكي

الكافي بكون صاحب الملكية هو البائع نفسه، بحيث أنها قد تكون ناقصة على درجة الاعتبار وقد تشوبها بعض العيوب وتجعلها غير مرجحة على غيرها.¹
كون العقارات تخضع لتعدد الأنظمة العقارية المطبقة عليها.
إمكانية المنازعة في صفة المالك ونطاق حق الملكية ونطاقه أو الحقوق العينية التي قد ترد عليه.

وعلى هذا الأساس يرى أحد الباحثين بأنه بالرغم من توسيع المشرع لنطاق محل عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ليشمل حتى العقار غير المحفظ الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم الوضوح و الشفافية وعدم الإستقرار² مما قد يكون سببا في طرح العديد من النزاعات أمام القضاء حول عقود التخصيص المبرمة بشأنها.

ثانيا: بيان تحديد ثمن العقار محل عقد التخصيص وأجل تسليمه

يعتبر الثمن محلا للالتزام المقبل على الشراء العقار قيد الإنجاز لذلك تطلب المشرع تعيينه تعيينا وافيا، وقد وصفه المشرع بالثمن النهائي طبقا للفصل 618-3 مكرر³ وهذا إحالة منه إلى أنه مبلغ إجمالي غير قابل للتعديل يحدد بكيفية نهائية

¹ ()- خالد يوسف- حكيمة السديري، بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء التشريع المغربي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 143، نونبر-دجنبر 2013، الصفحة: 28.

² () - محمد الخضراوي، إدماج العقار غير المحفظ في النظام القانوني لبيع العقارات في طور الإنجاز: الغايات والإكراهات، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق بمراكش، تحت عنوان: العقار غير المحفظ إلى أين؟ يومي 27 و28 فبراير 2004، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، الصفحة: 108.

³ ()- حيث أشار البند 6 من الفصل 618-3 مكرر من القانون 107.12 والذي جاء فيه:

...

6- ثمن البيع النهائي للمتر المربع وكيفية الأداء أو ثمن البيع الإجمالي بالنسبة للبيع المتعلق باقتناء عقار في إطار السكن الإجتماعي كما هو محدد بالتشريع الجاري به العمل.."

ويؤدى على شكل أقساط تبعا لتقدم الأشغال وحسب عدة مراحل.¹ والملاحظ من خلال البند السادس من الفصل 618-3 مكرر أن المشرع ميز بين العقار في طور الإنجاز بين ما إذا كان عاديا وبين الحالة التي يكون فيها متعلقا بالسكن الاجتماعي،² وهذا التمييز بين نوعية العقار المبرم بشأنه عقد التخصيص ما هو إلا مراعاة لخصوصية بعض العقارات التي لا ينبغي أن يتم تقدير الثمن فيها بناء على مساحتها لما في ذلك من حماية لبعض الفئات الاجتماعية المستفيدة من السكن الاجتماعي ذات المركز الهش. وعليه فإن أداء المبلغ الإجمالي شرط لازم لإبرام العقد النهائي.

إلا أن ما قد يثار من نزاعات بهذا الخصوص هو ما قد ينتج عن بعض محاولات البائع النيل من نهائية الثمن عن طريق العمل على تعديله بالرفع من قيمته أثناء إبرام العقد النهائي كما في حالة فرضه لبعض الزيادات في الثمن ودفعتها من طرف المقبل على الشراء نتيجة غلط أو تدليس سواء قبل إبرام العقد أو أثناء ذلك.³

وتأسيسا على ما سبق، يرى أحد الباحثين⁴ أنه بإمكان هذا الأخير مطالبة البائع باسترداد ما دفع على أساس الدفع غير المستحق ولا يحق للبائع مواجهة المقبل على الشراء بكون الثمن المتفق عليه في عقد التخصيص قد طاله التعديل أو التمسك بالظروف المستجدة بعد إبرام العقد لكون هذا الأخير ما هو إلا امتداد للعقد النهائي.

¹ () - طبقا للفصل 618-6 من القانون 107.12.

⁽²⁾ - بحيث اشترط المشرع في الحالة الأولى ذكر الثمن النهائي للمتر المربع للعقار في عقد التخصيص في حين اشترط في الحالة الثانية ذكر الثمن الإجمالي للبيع.

⁽³⁾ () - والجدير بالذكر أن المشرع قد نص بصريح العبارة بالفصل 618-8 من القانون رقم 107.12 عن بطلان كل أداء كيفما كان قبل التوقيع عن عقد التخصيص في حالة إبرامه.

⁽⁴⁾ () - عبد الرزاق أيوب، مرجع سابق، الصفحة: 29.

أما بخصوص تحديد بيان أجل تسليم العقار محل عقد التخصيص فهو يلعب دورا كبيرا في ضمان حقوق المقبل على الشراء وحمايته من كل تلاعب قد يتعرض له من طرف البائع.

والأصل أن يكون التسليم إما فوراً أو بحسب اتفاق أطراف العقد، إلا أن حرية هؤلاء في تحديد أجل التسليم تسمح للطرف الأكثر خبرة بفرض شروط مجحفة على الطرف الثاني الأقل خبرة وكفاءة خدمة لمصالحه بالأساس كأن يعتمد إلى وضع بعض التواريخ التي لا تقيّد الطرف البائع وفي ذات الوقت تعمل على مساعدته في التحلل من المسؤولية عن التأخر في التسليم الشيء الذي قد ينعكس سلبياً على حق المقبل على الشراء في الحصول على الغاية المرجوة من إبرامه للعقد، و نرى أنه في حالة تخلف البيان المتعلق بأجل التسليم بعقد التخصيص لابد من أعمال قاعدة لا بطلان إلا بنص صريح إذ يحق للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء إما لأجل تعيين أجل للتسليم وإما طلب فسخ العقد مع التعويض كجزء إضافي وتكميلي لقيام مسؤولية البائع¹ مع مراعاة أحكام الفصل 618-7.²

ولعل أهم ما يلاحظ من هذه البيانات أن تضمينها بالعقد إلى جانب بقية البيانات العامة المشار إليها بالفصل 618-3 مكرر، من شأنه أن ينير رضا المشتري

¹-() فاطمة بومالكي، أحكام عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز- دراسة في ضوء القانون رقم 107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر أكادير، السنة الجامعية: 2020/2019، الصفحة: 50 وما يليها.

²-() إذ ينص الفصل 618-7 من القانون 107.12 في فقرته الثانية على ما يلي:

...

غير أنه، يمكن للبائع، عند الاقتضاء، الاستفادة من أجل إضافي لإتمام أشغال بناء العقار لا تتجاوز مدته ستة أشهر مع إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام أجل إتمام الأشغال الأصلي."

والتقليل من النزاعات التي قد تثار بسبب غموض بنود العقد خاصة وأن المشرع عند تنصيبه على كافة هذه البيانات لم يعمد إلى الإشارة إلى أي مقتضى أو عبارة تفيد بطلان العقد بالفصل 618-3 مكرر مرتين على نقيض العقد الابتدائي كما أشار بالفصل 618-3 مكرر عند استعماله لعبارة "يجب"¹، الشيء الذي قد يجعل عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز مرتعا لأغلب النزاعات التي قد تعرض على القضاء والتي قد يكون موضوعها تخلف إحدى بيانات العقد أو تعيينها.

الفقرة الثانية: مخالفة شكلية إبرام عقد التخصيص لبيع العقار في طور

الإنجاز

سنشير في هذه الفقرة إلى بعض حالات مخالفة الشكلية المتطلبية في إبرام عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز والتي تطرح بعض الإشكالات (أولا) إلى جانب حالة غياب أي تحديد لتعريف إبرام هذه العقود (ثانيا).

أولا: إشكالية مخالفة شكلية إبرام عقد التخصيص المتطلبية قانونا

إذا كان الأصل في العقود الرضائية أن يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين إلا أن القانون أوجب إيراد بعضها في شكل معين، وجعله ركنا من أركان العقود يستوجب مراعاته أثناء التعاقد لكونه يعبر بشكل واضح عن مضمون العقد.

وعلى هذا الأساس، فحتى القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز قد تبنى هذه الشكلية على مستوى عقود التخصيص حين أقر بوجود تحريرها إما في محررات رسمية أو عرفية ثابتة التاريخ وذلك بموجب الفصل 618-3 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12 حيث جاء فيه: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد

¹ - اذ نصت الفقرة الأولى من الفصل 618-3 مكرر على ما يلي:

" يجب أن يتضمن عقد البيع الابتدائي على الخصوص البيانات التالية:

"...

الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف."

ويستشف من الفصل أعلاه أن المشرع حول لأطراف العقد إمكانية الخيار بين تحرير العقد إما بمحرر رسمي أو بمحرر عرفي ثابت التاريخ، بمعنى أن المشرع قد عمل على إدماج المحررات العرفية الثابتة التاريخ في مجال المعاملات العقارية وأعطاه نفس القوة الثبوتية التي تتمتع بها الورقة الرسمية في حالة الاعتراف بها من قبل المتعاقدين ولم ينكرها الشخص المنسوبة إليه.¹

غير أن الملاحظ هو عدم اشتراط المشرع أن يحزر هذا العقد العرفي من قبل أشخاص أو مهنيين محددين كما هو عليه الأمر بخصوص العقد الابتدائي الذي اشترط فيه ضرورة توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقود.² وهذا ما أخذت به المحكمة الابتدائية لمراكش في حكم صادر عنها حيث جاء فيه: "... يلزم لصحة العقد الابتدائي المبرم بشأن عقار قيد الإنجاز أن يحزر من طرف مهني مأذون له قانونا بذلك تحت طائلة البطلان."³ وهو نفس

¹ (0) - نور الدين طفيل، حماية مشتري العقار في طور الإنجاز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويدي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2016/2015، الصفحة: 37.

² (-) - فاطمة بومالكي، مرجع سابق، الصفحة: 57.

³ (-) - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لمراكش، ملف عدد 2010/9/292، بتاريخ 2011/03/03، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 6، ماي 2011، الصفحة: 357.

الإتجاه الذي أخذ به أحد الباحثين¹ عند إشارته إلى أنه لا بد للمحرر العرفي أن يحرر من قبل مني تخول له مهنته قانونا صلاحية تحرير العقود.

وإذا كانت عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز المحررة بمحررات عرفية، وحتى تصبح ثابتة التاريخ فإنها تستوجب ضرورة المصادقة على تاريخها وعلى توقيعات الأطراف من لدن جهات أخرى تكون مؤهلة لذلك، و عليه فحتى يعتد بهذا العقد كان لا بد أن يتم بتوقيع أطرافه عليه ولا يغني عن ذلك الطابع أو الخاتم أو التوقيع بالبصمة.² وهو نفس التوجه الذي تبنته محكمة النقض في أحد قراراتها.³ ولا يخفي علينا كون العقود العرفية هي محررات ذات حد أدنى من المصادقية لكونها عرضة للتحريف والتزوير، بالإضافة إلى كون المشرع عند تنصيبه على إمكانية إبرام عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز لم يقيد الأطراف بنوع معين من هذه المحررات.⁴

(1)- Otmane Chaabti , le contrat de vente d'immeuble en état future d'achèvement –étude -
a la lumière de la loi n 107.12 , revue mohit des études et des recherches juridiques,
numéro 1, 2018 , page :20.

(2) - الإخوان مولاي يوسف، مرجع سابق، الصفحة: 117.

(3) - قرار صادر عن محكمة النقض، في الملف عدد 81663، بتاريخ 11/06/1980، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، الصفحة: 46.

(4) - فقد حاول أحد الباحثين استجماع بعض النقائص التي تعترى المحررات العرفية في مجموعة من النقاط:

- كونها محررات غير محكمة في صياغتها قد يعثرها النقص والغموض.
- تصحيح التوقيع في هذه المحررات لا ينصرف إلى مضمون العقد بل إلى صحة التوقيع فقط.
- محرروها لا يخضعون لأية مراقبة.

-انظر في هذا الصدد:

وما يثير الانتباه في هذا الصدد، هو وجود بعض المحررات بالواقع العملي أضحى التعامل بها ولم يتم تنظيمها قانونا من قبيل "الوصل"، بحيث يقوم البائع بتسليم المشتري وصلا أو توصيلا بحسب التسمية التي يطلق عليها بينهم ويكون دلالة على دفع المشتري لكل قسط من الأقساط المستحقة واعتماد هذا الوصل كدلالة على أنه وصل حجز لعقار في طور الإنجاز.

وعلى هذا الأساس نتساءل حول القيمة القانونية لهذا الوصل ومدى إمكانية اعتماده بمثابة عقد تخصيص محرر عرفيا وعن قيمته القانونية؟

وكإجابة عن التساؤل المطروح نرى أن الوصل يعد وثيقة عرفية متى كان مطابقا لمقتضيات الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود¹ وكان مستوفيا لكافة البيانات الواجب توافرها بعقد التخصيص بموجب القانون 107.12. وبالتالي يمكن للأطراف الاحتجاج بها للدفاع عن حقوقهم أمام القضاء. وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية لمراكش في حكم صادر عنها.²

- رشيد بن يحيى، بيع العقار بين الموثق العصري والعدول، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسبي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2010/2011، الصفحة: 54.

¹ (0) - ينص الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في كم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصولين 419 و420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد."

² (0) - حكم عدد 2016/1201/2345، في الملف المدني، منشور بمجلة المحامي، عدد 69، الصفحة: 501. والذي جاء فيه: "وصل الحجز المدلى به من طرف المدعى الأصلي لم يحجر من طرف مني ولا تتوفر فيه البيانات القانونية ولم يدلي الطرفان بما يثبت إتباعهما لمختلف الإجراءات اللازمة لصحة عملية بيع العقار في طور الإنجاز ..."

عدم تحرير اتفاق الطرفين على بيع العقار في طور الإنجاز في الشكل المتطلب قانونا وعدم تضمينه البيانات القانونية يرتب بطلانه ويتعين على المحكمة معانيته..."

ثانياً: إشكالية غياب تحديد لتعريف إبرام عقد التخصيص لبيع العقار في طور

الإنجاز

وإلى جانب النزعات التي يمكن أن تثار بسبب مخالفة شكلية إبرام عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز، قد تثار بين أطراف هذا الأخير نزاعات أخرى وذلك بسبب النزاع تعريفية إبرام هذه العقود خاصة وأن المشرع قد أغفل تحديد هذه التعريفية، والسبب في ذلك راجع إلى أن الفصل 17-618 الذي يحيل على المرسوم التطبيقي المحدد لتعريفية إبرام المحررات المتعلقة بعقدي البيع الابتدائي والنهائي لبيع العقار في طور الإنجاز¹ لم يطله أي تعديل منذ صدوره إلى وقتنا الحالي حتى تراعى فيه خصوصية عقد التخصيص وتعريفته كمستجد جاء به القانون رقم 107.12 في انتظار تدخل تشريعي يحدد تعريفية إبرام هذا العقد.²

المطلب الثاني: منازعات عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز بعد إبرام

العقد

الواجب على البائع (المنعش العقاري) أنه بعد انتهاء الأجل المخول للمقبل على الشراء للتراجع عن عقد التخصيص دون ممارسة هذا الأخير لهذا الحق أن يعتمد إلى إبرام عقد البيع، وعلى هذا الأساس خول المشرع للطرف المتضرر من هذا العقد الخيار إما في اللجوء إلى دعوى الفسخ (الفقرة الأولى) أو سلوك دعوى إتمام إجراءات البيع (الفقرة الثانية).

¹ (0) - المرسوم التطبيقي رقم 2.042.143، الصادر في 14 ذي القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5280، بتاريخ 24 ذي القعدة 1425 (06 يناير 2005)، الصفحة: 41.

(²) - فاطمة بومالكي، مرجع سابق، الصفحة: 74 وما بعدها.

ونرى أنه ليس هنالك ما يمنع من اتفاق الأطراف عند إبرام عقد التخصيص، على تحديد تعريفية إبرامه شريطة ألا تتعدى تعريفية العقد الابتدائي (500 درهم) المحددة بموجب المرسوم المحدد لها.

الفقرة الأولى: دعوى طلب فسخ عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز يمكن لأطراف عقد التخصيص قصد إنهاء العلاقة التعاقدية بينهم طلب فسخ العقد أمام القضاء لوضع حد للعقد الذي بينهم (أولا) مع حصول طالب الفسخ- المتضرر- على تعويض مناسب لقاء ذلك (ثانيا).

أولا: شروط قيام دعوى الفسخ

يمكن إجمال الشروط الضرورية لقيام دعوى الفسخ في الآتي:

1-الشروط العامة:

لقيام دعوى فسخ عقد التخصيص لا بد من احترام مجموعة من الشروط العامة وهي:

أ-أن يتعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين:

تنطبق هذه الحالة على عقد التخصيص بمجرد انقضاء الأجل الممنوح للمقبل على الشراء للتراجع عن العقد دون ممارسته لهذا الحق ليصبح بذلك العقد ملزما لطرفيه معا.

ب-أن يكون المدين في حال مطل:

وطبقا لمقتضيات الفصل 254¹ من قانون الالتزامات والعقود فإن حالة المطل في عقد التخصيص هاته تتحقق في حالة تماطل أو امتناع أحد طرفي العقد أو

¹ () - حيث جاء فيه: " يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا، من غير سبب مقبول."

تراخيه عن إبرام العقد الابتدائي. وحتى يعتبر الطرف مماتلا عن التنفيذ لابد وأن يكون قد وجه له إنذارا مسبقا بذلك.¹

ج-وفاء المطالب في دعوى الفسخ بالتزاماته أو كونه قادرا على تنفيذه:

إن ما يعبر عن رغبة المطالب بالفسخ ونيته على كونه يرغب في الاستمرار في تنفيذ العقد هو تنفيذه لالتزاماته أو جزء منها قبل رفعه لدعوى الفسخ ضد المماطل عن التنفيذ. فلا يجوز لأي أحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف.²

2- الشروط الخاصة:

باستقراء الفصل 618-19 من القانون 107.12 نستشف أن المشرع قد أضاف شرطين أساسيين إلى جانب الشروط العامة لدعوى الفسخ وهي كالتالي:

أ-ضرورة الإنذار بالوفاء:

حتى يحق للمتضرر من عقد التخصيص رفع دعوى الفسخ استوجب المشرع أن يقوم بإشعار الطرف الثاني الممتنع عن تنفيذ العقد-إبرام العقد الابتدائي-وذلك بدعوته إلى إتمام البيع داخل أجل 60 يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار. وفي حالة عدم استجابته بعد مرور الأجل المذكور حق للمتضرر رفع دعواه بالفسخ.

¹ (0) - وقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض ما يلي: "لاعتبار المدين في حالة مطل يجب أن يوجه إليه إنذارا يتضمن أجل الأداء، وعدم تضمن الإنذار لهذا الأجل يجعله معيبا شكلا ويتعين عدم ترتيب أي أثر عليه."

- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 479، في الملف المدني عدد 04/3626، بتاريخ 2007/02/07، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2007، الصفحة: 131.

(2) - عبد الحق صافي، مرجع سابق، الصفحة: 272 ومايلها.

ب- حصول الضرر:

لقيام دعوى فسخ عقد التخصيص لأبد من أن يكون هذا العقد قد ألحق ضررا برافع هذه الدعوى. وعليه يتعين على المحكمة التأكد من وجود شرط الضرر ومن قيامه نتيجة علاقة تعاقدية صحيحة تامة الأركان والشروط وذلك قبل بثها في دعوى الفسخ.

وعليه نرى بأنه بسلوك الأطراف الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 19-618 السالف الذكر- بالرغم من عدم وجود اتفاق بينهم في العقد يقرر الفسخ- يعد بمثابة إدراج شرط الفسخ الإتفاقي في العقد لاسيما وأن المشرع قد أحال بصريح العبارة على مقتضيات الفصل 1260¹ من قانون الالتزامات والعقود.

ثانيا: الحصول على التعويض

إضافة إلى انحلال العقد وزوال آثاره المترتب عن فسخ عقد التخصيص، يظل أهم أثر يترتب عن هذا الجزاء هو استحقاق الطرف المتضرر للتعويض بناء على مقتضيات الفصل 14-618 من القانون 107.12 والذي حدد بموجبه المشرع النسب المستحقة للتعويض عن الفسخ حيث جاء فيه: " في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين، يستحق المتضرر من الفسخ، مع مراعاة مقتضيات الفصل 19-618 أدناه، تعويضا محددًا في :

- 15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار .
- 20% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة.

¹ () - إذ جاء فيه: " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء."

غير أنه يحق للمشتري فسخ العقد دون تحمل أي تعويض إذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لتسليم العقار مع مراعاة مقتضيات الفصل 618-7 أعلاه، وفي هذه الحالة، يستحق المشتري تعويضا محددًا في 20% من المبالغ المؤداة.

يعفى المشتري من أداء التعويض إذا تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

غير أن ما يلاحظ على الفصل أعلاه أن المشرع عند تحديده لنسب التعويض عن فسخ عقد التخصيص لم يعمل على إخضاعها للأحكام العامة الواردة بالفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، كما أنه ربطها بالمبالغ المؤداة وليس بثمن البيع الإجمالي. غير أن هذا المقتضى وإن كان ينطبق على العقد الإبتدائي، فإنه لا يمكن أن ينطبق على عقد التخصيص الذي لا يمكن اعتباره التزاما بالبناء بل هو مجرد التزام بتخصيص العقار. وبالتالي لا يمكن تصور أعمال النسب المذكورة بالفصل أعلاه على هذا العقد.

ويمكن القول أن نسبة 15 في المائة كتعويض عن فسخ عقد التخصيص هي الممكن تصورها في هذا العقد طالما أن هذا الأخير محدد المدة في 6 أشهر ولا يمكن أن يصل إلى المراحل الأخيرة للأشغال النهائية حتى يتم إعمال نسبة 20 في المائة.

كما أن المشرع عند ربطه لفسخ هذا العقد بنسب التعويض عن ذلك يكون بذلك قد راعى خصوصية الأحكام المنظمة لهذا العقد التمهيدي الذي يخول للمستفيد منه إمكانية التراجع عنه داخل أجل معقول دون تحميل المتراجع لأي تعويض طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل أعلاه، لما في ذلك من ضمانة حمائية للمقبل على الشراء داخل هذه المنظومة التعاقدية.¹

(1) - فاطمة بومالكي، مرجع سابق، الصفحة: 112 وما يليها.

الفقرة الثانية: دعوى إتمام إجراءات البيع

إلى جانب خيار الفسخ المخول لأطراف عقد التخصيص سلوكه عند إخلال أحد الأطراف بالعقد وتضرره من ذلك، فإن المشرع خولهم خيار ثان وهو رفع دعوى إتمام إجراءات البيع وذلك بصريح الفصل 618-19 من القانون 107.12 في فقرته الثالثة.¹

والأصل أن دعوى إتمام إجراءات البيع كباقي الدعاوى لا تقوم إلا إذا توفرت فيها مجموعة من الشروط، ويمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: الشروط الموضوعية:

يمكن إجمال الشروط الموضوعية المتطلبية في قيام دعوى إتمام إجراءات البيع لعقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز في ما يلي:

1-قيام علاقة تعاقدية صحيحة بين طرفي العقد:

حتى يكون هذا الشرط ثابتاً لا بد وأن يتم العقد كتابة إما في محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ بحسب اتفاق أطراف عقد التخصيص طبقاً لمقتضيات الفصل 618-3 مكرر مرتين.

وعلى المحكمة عند نظرها في هذه الدعوى مراعاة شرط توفر كافة الأركان اللازمة لصحة العقد والتأكد من ثبوت العلاقة بين المدعي والمدعى عليه. هذا متقضت به محكمة النقض في إحدى قراراتها، والذي جاء فيه: "إذا اتفق الطرفان على

(¹)- والتي جاء فيها:

..."

- اللجوء إلى التحكيم أو إلى المحكمة من أجل إتمام البيع مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 12-618."

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالكي

البيع وباقي الشروط، فإن البيع يعد منعقدا وتكون المحكمة على صواب لما قضت بإتمام البيع بين الطرفين.¹

2- وفاء المطالب بإتمام البيع:

طبقا للفصل 234² من قانون الالتزامات والعقود، يجب على طرفي عقد التخصيص أن يفيا كل على حدة بالالتزامات الملقاة علي، ولا تقضي المحكمة بإتمام البيع الابتدائي إلا إذا اتضح لها وفاء المطالب بكافة التزاماته في عقد التخصيص.

3- امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته:

عملا بمقتضيات الفصل 259³ من قانون الالتزامات والعقود، فإن امتناع أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزاماته أو جزء منها يخول للطرف الثاني حق اللجوء إلى القضاء لإجباره على إتمام البيع كليا أو جزئيا.

ثانيا- الشروط الشكلية:

تتجلى الشروط الشكلية المتطلبية لقيام دعوى إتمام إجراءات البيع في الآتي:

1- إشعار المطالب (المدعي) بإتمام البيع للطرف المماطل (المدعى عليه) عن التنفيذ

قبل رفع الدعوى:

(¹)- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 752، في الملف رقم 812/90، بتاريخ 14/11/1982، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، الصفحة: 5 وما بعدها.

(²) – الذي جاء فيه: "لا يجوز أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزما به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف."

(³)- إذ جاء فيه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكننا، فإن لم يكن ممكننا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد. وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكننا، إما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين."

حتى تقوم دعوى إتمام إجراءات البيع لابد من أن يقوم المطالب بإتمام البيع مسبقا قد أندر المماطل عن التنفيذ بأنه في حالة مطل، وتذكيره بكون الأجل قد حان وأن فواته قد يستوجب اتخاذ الإجراءات الضرورية. وبمرور 60 يوما على تاريخ توصله بالإشعار أنذاك يحق له رفع هذه الدعوى.¹

2- الاختصاص النوعي والمكاني:

- الاختصاص النوعي:

طبقا للفصل 28² من ق.م.ق.م³ فإن الجهة القضائية التي ينعقد لها الاختصاص للبت في دعوى إتمام إجراءات البيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز هي المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار محل البيع داخل دائرة نفوذها باعتبارها ذات الولاية العامة حسب الفصل 18 من ذات القانون.

غير أنه قد ينعقد الاختصاص إلى المحكمة التجارية باتفاق طرفي العقد على إسناد الاختصاص لهذه الجهة في حالة اندراج العملية التعاقدية ضمن الأعمال

¹(0) - تجدر الإشارة إلى أنه تمت مضاعفة هذا الأجل بموجب الفقرة الأولى من الفصل 618-19 من القانون 107.12 بعد أن كانت المدة محددة في 30 يوما في إطار القانون 44.00. كما أن المشرع عند تنصيبه في إطار الفصل المذكور على ضرورة إشعار الطرف المتضرر للمطالب بإتمام البيع فإنه لم يحدد الطريقة التي ينبغي أن يتم بها هذا الإشعار في حالة كان المتضرر هو المشتري. غير أنه باستقراء الفصل المذكور نستشف بأن إمكانية رفع هذه الدعوى مخولة لطرفي عقد التخصيص معا من خلال عبارة "إذا رفض أحد الطرفين..." الواردة بذات الفصل.

²(0) - حيث جاء فيه: "تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية:
- في الدعاوى العقارية تعلق الأمر بدعوى الاستحقاق أو الحيازة، أمام محكمة موقع العقار المتنازع فيه..."

³(3) - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974)، بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 سبتمبر 1974)، الصفحة: 2741.

المختلطة المنصوص عليها ضمن القانون التجاري. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في قرار لها، والذي جاء فيه: " لكن حيث إنه بالنسبة للعقود المختلطة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن لمنح قرض السك، فإن التاجر ليس له الخيار بين رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية، بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية، وهو ما اختاره المدعي الذي هو غير تاجر(المطلوب في الخصومة)..."

وعلى هذا الأساس فإن الطرف المتضرر يمكنه رفع دعواه بإتمام إجراءات البيع إما أمام المحكمة الابتدائية أو التجارية إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على إسناد الاختصاص إلى القضاء التجاري.

- الاختصاص المكاني:

بخصوص الاختصاص المكاني الذي تم تحديده بموجب الفصل 27 من ق.م.م في ظل الحماية التي قررها المشرع كطرف مستهلك مقارنة به مع الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية التي غالبا ما تعتبر غير متوازنة بين أطراف عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز، خاصة في الحالات التي يعمد فيها البائع إلى إدراج بعض الشروط التعسفية بالعقد بغاية تقييد الاختصاص المكاني في حالة نشوب نزاع بين طرفي العقد أو على الأقل مخالفة قواعده.

وبهذا الخصوص وقصد وضع حد لهذه الشروط التعسفية التي تقضي أحيانا بإسناد الإختصاص لمحكمة معينة، عمل المشرع على تحديد المحكمة المختصة في

حالة وجود نزاع بين طرفين أحدهما مستهلك بموجب المادة 202¹ من القانون رقم 31.08² ليجعل الإختصاص المكاني في هذه الحالة ينعقد إما لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير. هذا ما أخذت به المحكمة التجارية لمراكش في حكم صادر عنها والذي جاء فيه: " ...حيث تمسكت المدعى عليها بعدم اختصاص هذه المحكمة محلها للبت على أساس أن طرفي الدعوى قد اتفقا في الفصل 15 من عقد الحجز على إسناد الاختصاص إلى محاكم الدار البيضاء.

وعلى اعتبار أن العقد القائم بين الطرفين يخص اقتناء شقة في مشروع المدعى عليه، ...

واستنادا عليه فإن المحكمة تكون مختصة مكانيا للبت، مما يتعين معه التصريح برد الدفع المثار في هذا الشأن.³

3-تقديم المتضرر لمقال افتتاحي أمام المحكمة المختصة:

(¹) - نصت المادة 202 من قانون حماية المستهلك على ما يلي: " في حالة نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير."

تم تغيير وتتميم هذه المادة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 78.20، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.85 بتاريخ 25 ربيع الآخر 1442 (11 ديسمبر 2020) منشور بالجريدة الرسمية عدد 6945، بتاريخ 06 جمادى الأولى 1442 (21 ديسمبر 2020) الصفحة: 8465.

(²) - القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03، الصادر في 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 03 جمادى الأولى 1432 (07 أبريل 2011)، الصفحة: 1072.

³ - (0) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لمراكش، عدد 1399، في الملف رقم 2018/8201/887، بتاريخ 2018/05/17، غير منشور.

على الطرف المتضرر أن يرفع مقاله الافتتاحي إلى المحكمة المختصة، مع إرفاقه بمجموعة من الوثائق والتي تختلف بحسب الطرف المتضرر. إلا أن ما يطرح إشكال بخصوص هذه الوثائق هي ما يتعلق بعرض باقي الثمن على البائع في حالة كان المتضرر (المدعي) هو المقبل على الشراء، حيث نتساءل حول الطريقة التي سيتم بها عرض هذا الثمن؟

وفي هذا الإطار يرى أحد الباحثين،¹ أنه يكفي أن يجري عرض باقي الثمن بكل ما من شأنه أن يدل صراحة عليه، سواء تم ذلك كتابة في كل رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو في شكل برقية. إلا أننا نتساءل عن حالة وفاة أحد أطراف العقد، فمضد من ستوجه دعوى إتمام إجراءات البيع؟

وفي هذا الصدد تجيب محكمة النقض في إحدى قراراتها عن هذا التساؤل، حيث جاء فيه: "إن محكمة الاستئناف عندما صرحت بأن الطالبين ملزمون بتحمل التزامات مورثهم المتعلقة بتركته ومنها إتمام البيع مع المطلوب بخصوص القطعة المدعى فيها، وأن القول بانتقالها بموجب القسمة 'المالو إدريس' لا يرفع عنهم هذا الالتزام وأيدت الحكم الابتدائي القاضي بإتمام البيع، قد عللت قرارها تعليلاً سليماً ويبقى ما أثير بدون أساس".²

¹ () - نور الدين طفيل، مرجع سابق، الصفحة: 111.

² () - قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 391، في الملف المدني، عدد 2007/5/1/1411، بتاريخ 2009/02/04.

- أورده إسماعيل حنيوي، بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون الجديد رقم 107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية، جامعة محمد الخامس الرباط، الموسم الجامعي: 2015/2016، الصفحة: 80.

فإذا كان المشرع قد اعتبر الحكم النهائي الصادر في دعوى إتمام إجراءات البيع بمثابة عقد بيع نهائي، والذي يصدر في المراحل النهائية للمشروع، فإنه لم يعمل على التخصيص على أي مقتضى من هذا القبيل على مستوى عقد التخصيص. وعلى هذا الأساس نتساءل حول مدى جواز اعتبار الحكم الصادر بإتمام البيع في عقد التخصيص بمثابة عقد ابتدائي؟

وتبعاً للتساؤل المطروح يذهب بعض الباحثين¹ إلى اعتبار امتناع الطرف الثاني لعقد التخصيص عن تنفيذ الحكم الصادر بإبرام العقد الابتدائي بمثابة عقد يخول للطرف الأول -رافع الدعوى- اعتبار هذا الحكم بمثابة عقد ابتدائي ضمناً حتى ولو لم يفصح عنه، وبالتالي يمكن لهذا الأخير سلوك الإجراءات المناسبة قصد إرغام الطرف الممتنع على تنفيذ الحكم بما في ذلك طلب الحكم بالغرامة التهديدية على المنفذ عليه.²

¹ (0) - صالح لهمام، القضاء باعتبار الحكم بمثابة عقد في التشريع والعمل القضائي، مجلة المحامي، عدد 69، الصفحة: 180 وما يليها.

² (0) - وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لإنزكان، عدد 598، في الملف رقم 2018/363، بتاريخ 2018/11/07، غير منشور.

ما يلي: "وحيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليها بإتمام إجراءات تقييد البيع... وحيث أثارت المدعى عليها المدعى عليها دفعا مفاده عدم بيان مآل إجراءات التنفيذ المتبعة في حق المشتري الأصلي بعد امتناعه مع ورود إمكانية إجباره عن طريق الغرامة التهديدية. لكن حيث أن الغرامة التهديدية يلجأ إلى تصفيتها متى تم الحكم بها أصلاً في حين أن الحكم القاضي بإتمام البيع في مواجهة المنفذ عليه لم يقضي بالغرامة التهديدية في حقه، مما يكون معه الدفع غير مرتكز على أساس قانوني ويتعين رده."

خاتمة :

ختاماً، تبقى المنازعات القضائية التي تثار بشأن عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز متعددة وذلك لعدة اعتبارات. أولها راجع لكون هذا العقد شأنه كشأن باقي العقود، قد تثار بشأنه العديد من النزاعات، ثانياً يتجلى في كونه عقداً مستجداً لم يكن منظماً قانوناً إلا بموجب القانون رقم 107.12 المعدل للقانون رقم 44.00، وهو بذلك يعبر عن مرحلة تعاقدية جديدة لم تكن تعرفها المنظومة التعاقدية لبيع العقار في طور الإنجاز سابقاً.

أملين من الله عز وجل أن نكون قد وفقنا في تسليط الضوء على بعض النقاط التي تكون في الغالب محل النزاعات التي تطرح أمام القضاء بمناسبة عقود التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز و محاولة الإجابة عن بعض الإشكالات التي تطرح بهذا الخصوص من خلال استجلاء بعض آراء مختلف الباحثين والنصوص التشريعية المنظمة لهذا العقد.

لائحة المراجع:

➤ باللغة العربية

▪ الكتب:

- عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، الطبعة الأولى، 2011، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- العربي محمد مياذ، الموجز في العقود المدنية الأكثر تداولاً- بيع العقار في طور الإنجاز، الايجار المفضي إلى تملك العقار، الوكالة المبرمة خارج المغرب- طبعة أولى، 2016، مطبعة الأمنية، الرباط.
- الرسائل والأطروحات:
- محمد الخضراوي، نظام بيع العقارات في طور الإنجاز في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2012/2013.
- فاطمة بومالكي، أحكام عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز- دراسة في ضوء القانون رقم 107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر أكادير، السنة الجامعية: 2019/2020.
- نور الدين طفيل، حماية مشتري العقار في طور الإنجاز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2015/2016.
- حسن أبو درقة، خصوصيات بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون رقم 107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالكي

القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة المولى إسماعيل، السنة

الجامعية: 2016./2017

- رشيد بن يحيى، بيع العقار بين الموثق العصري والعدول، رسالة لنيل دبلوم

الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و 2016 الاقتصادية والاجتماعية

السويسية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2010/2011.

- إسماعيل حنيوي، بيع العقار في طور الانجاز على ضوء القانون الجديد رقم

107.12، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية السويسية، جامعة محمد الخامس الرباط، الموسم

الجامعي: 2015/2016.

- المقالات:

- محمد كرام، قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز في ضوء القانون

رقم 107.12، مجلة المحامي، عدد 69، 2017.

- الاخوان مولاي يوسف، أحكام بيع العقار في طور الإنجاز وفق مستجدات

القانون 107.12، مجلة المحامي، عدد 69. 2017.

- أشرف جنوي، بيع العقار في طور الإنجاز في ضوء مستجدات القانون

107.12 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2016، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن،

عدد 56، 2017.

- عبد الرزاق أيوب، مظاهر حماية المستهلك في بيع العقار في طور الإنجاز،

سلسلة دراسات وأبحاث، المنازعات العقارية، الجزء 1، العدد 5، 2013.

- صالح لهما، القضاء باعتبار الحكم بمثابة عقد في التشريع والعمل

القضائي، مجلة المحامي، عدد 69. 2017.

- مولاي الشريف الطاهري، القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز واقع وأفاق، سلسلة ندوات محكمة الإستئناف بالرباط، العدد 02، 2011.
- المداخلات:

- محمد الخضراوي، إدماج العقار غير المحفظ في النظام القانوني لبيع العقارات في طور الإنجاز: الغايات والإكراهات، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق بمراكش، تحت عنوان: العقار غير المحفظ إلى أين؟ يومي 27 و28 فبراير 2004، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى.

- باللغة الفرنسية:

Articles :

- Otmane Chaabti , le contrat de vente d'immeuble en état future d'achèvement –étude a la lumière de la loi n 107.12 , revue mohit des études et des recherches juridiques, numéro 1, 2018 .

➤ النصوص القانونية:

- القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03، الصادر في 14 ربيع الأول (18 فبراير 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 03 جمادى الأولى (07 أبريل 2011)، الصفحة: 1072.

- القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.298 بتاريخ 25 رجب 1423 (03 أكتوبر 2002)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 02 رمضان 1423 (07 نوفمبر 2002)،

المنازعات القضائية في عقد التخصيص لبيع العقار في طور الإنجاز ----- د./حكيم كرم، فاطمة بمالكي

الصفحة: 3175، المعدل بالقانون رقم 106,12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.4 بتاريخ 19 رجب 1437 (27 أبريل 2016)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465، بتاريخ 09 شعبان 1437 (16 مايو 2016)، الصفحة: 3781.

- القانون 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177، بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011) الصفحة: 5575.

- (الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974)، بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 سبتمبر 1974)، الصفحة: 2741.

- المرسوم التطبيقي رقم 2.042.143، الصادر في 14 ذي القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5280، بتاريخ 24 ذي القعدة 1425 (06 يناير 2005)، الصفحة: 41.

منازعات بيع العقار في طور الإنجاز

الباحث/ نور الدين المودن

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الشريعة جامعة ابن زهر

من المعلوم أن الدولة قد أولت عناية خاصة لقطاع العقار، ولا سيما ما يتعلق منه بالسكن، لأنه يعد من بين أهم المؤشرات التي تقاس بها التنمية، وباعتبار أهميته كرافعة اقتصادية واجتماعية، من شأنها وضع الأرضية الأساسية لكل إقلاع اقتصادي، وتحقيق الرفاه الاجتماعي. كما أن اعتمدت السياسات العمومية في بلادنا استراتيجيات شمولية، وبرامج مندمجة لمعالجة الإقصاء الاجتماعي، وتأهيل الأحياء الفقيرة، ومحاربة السكن العشوائي، ومدن الصفيح، وتوفير السكن اللائق لذوي الدخل المحدود والطبقات المتوسطة، وفي سياق هذه الإصلاحات التي تهتم بالقطاع، جاء إصدار قانون 44.00، ثم مراجعته وإصلاحه بمشروع قانون آخر 107.12 موضوع هذه الإحالة.

وعلى الرغم من كل المؤاخذات التي أثرت حول القانون الحالي، فهو يعتبر، مع ذلك، نصا إيجابيا لما يحققه من طفرة قانونية مهمة لمواجهة كل الممارسات غير القانونية والمشينة، والتي يذهب ضحيتها المواطن. غير أن هذا النص القانوني غير كاف وحده لوضع حد للمشاكل المطروحة، وامتصاص الطلب المتزايد على السكن بصفة عامة، والسكن الاجتماعي بصفة خاصة، ذلك أن لإشكالية السكن تداعيات أخرى لا تقتصر فقط على العلاقة بالبائع والمشتري، وإنما هي مرتبطة أساسا بالتدفق المستمر للهجرة القروية، وما تسببه من رفع لمؤشرات الفقر، ومن توسيع لهوة الفوارق الاجتماعية، وانتشار السكن العشوائي، واستفحال المضاربات المتوحشة.

ويعد بيع العقار في طور الإنجاز بمثابة تعاقد ممتد في الزمان على إنجاز بناء في أجل محدد، وهذا البيع العقاري أصبح مرسوم له أن يبرم من خلال عدة مراحل هامة، من مرحلة عقد التخصيص مروراً بمرحلة العقد الابتدائي ووصولاً إلى مرحلة العقد النهائي، وتؤدي بالموازاة مع ذلك الأقساط بالثمن خلال أجل معين وتبعاً لتقدم الأشغال.

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة نظراً لكون هذا العقد من البيوع المستقبلية في قانون الالتزامات والعقود، وكونه خلق إشكالات متعددة من خلال اختلال التوازن العقدي بين طرفيه، مما ينعكس سلباً على الالتزامات الملقاة على أطراف العقد، مما يستلزم إعادة النظر في كيفية صياغة تلك العقود وكذا تحديد الشروط الجزائية لتنفيذ العقد.

وبالتالي فالإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع بشدة هي:

- إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق التوازن العقدي وتوفير الحماية اللازمة لأطراف عقد بيع العقار في طور الإنجاز؟
- ومن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات والتي نوردتها كالتالي:
- ما المقصود بعقد بيع العقار في طور الإنجاز؟
- ماهي الالتزامات والضمانات القانونية التي حولها المشرع لأطراف العلاقة التعاقدية بشأن هذه العقود؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سيكون تقسيم الموضوع على الشكل التالي:

المقدمة.

المطلب الأول: العقود التمهيدية لبيع العقار في طور الإنجاز.

الفقرة الأولى: مفهوم عقد التخصيص في التشريع المغربي.

الفقرة الثانية: خصائص عقد التخصيص.

المطلب الثاني: العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي.

الفقرة الثانية: الشروط الجزائية في العقد الابتدائي.

المطلب الثالث: آثار العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

الفقرة الأولى: آثار العقد الابتدائي على البائع.

الفقرة الثانية: آثار العقد الابتدائي على المشتري.

خاتمة.

مقدمة:

إن من خصوصيات بيع العقار في طور الإنجاز عدم وجود المبيع أثناء التعاقد، وهو ما يعتبر جوهر هذا البيع وسبب نشأته، فلو كان البناء موجودا لما اعتبر البيع بيعا للعقار في طور الإنجاز، وفقا لمقتضيات القانون 44.00 كما عدل وتمم بالقانون 107.12.

فإذا كان المشرع المغربي في القانون 44.00 جعل بيع العقار في طور الإنجاز متوقفا على إبرام عقد ابتدائي يمهد لإبرام العقد النهائي، بمعنى أنه من العقود الشكلية، حيث أكد الفصل 618.3 من قانون الالتزامات والعقود على ضرورة تحرير عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز من طرف موثق عصري أو عدل أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود. وتطبيقا لهذا النص صدر المرسوم رقم 2.03.853 بتاريخ 7 يونيو 2004 ولا سيما المادة الأولى منه، والتي نصت على أنه يؤهل لتحرير عقود البيع الابتدائية والنهائية الخاصة ببيع العقار في طور الإنجاز الموثقون

والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض، على أن يصدر قرار مشترك لكل من وزير العدل والحريات ووزير الفلاحة والصيد البحري ووزير السكنى وسياسة المدينة الذي يضيف لائحة المهن القانونية الكفيلة بممارسة هذه المهمة.

غير أن هذا المرسوم حقيقة يعتبر ملغى بمقتضى المادة 4 من مدونة الحقوق العينية الصادرة بتاريخ 22 نونبر 2011، والتي حددت على سبيل الحصر الأشخاص الذين بإمكانهم تحرير العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية الناقلة للملكية وهم الموثقون والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض.

وغني عن البيان أن الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود أوجب إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ متى تعلق المبيع بعقار، مما يفيد أن البيوع العقارية تعتبر عقودا شكلية، إلا أن الجديد هو أن المشرع أضاف الرسمية إلى هذه العقود عوضا أن تظل عرفية حصريا، وحتى بالنسبة للعقود العرفية فقد حصر تحريرها من طرف المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض دون غيرهم من زملائهم المحامين.

والشكلية هنا هي شرط صحة ونفاذ، بحيث لا يكفي لكي يكون البيع تاما مجرد تراضي عاقديه، وإنما لابد أن يأخذ شكل محرر، بحيث لا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا اتخذ الشكل المحدد بمقتضى القانون، تحت طائلة البطلان.

إن عقد بيع العقار في طور الإنجاز من العقود المترامية في الزمن، ومن أهم خصائصه أنه ميز بين محل العقد ومحل الالتزام، حيث أن محل العقد هو بيع العقار، بينما محل الالتزام هو إنجاز هذا البيع على مراحل، وهو بهذه الطريقة يكون محل التزام البائع هو القيام بعمل أي إنجاز عقار داخل أجل محدد في مقابل التزام المشتري بأداء الثمن تباعا لتقدم الأشغال.

وعقد بيع العقار في طور الإنجاز من العقود الملزمة للجانبين: وهذا يعني أن هناك التزامات متقابلة في ذمة كل متعاقد، بحيث يلتزم البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد مع ما يسبق ذلك من دراسة وإعداد التصاميم والحصول على رخص البناء والسكن، وغير ذلك من المسائل القانونية والتقنية، وانتهاء بنقل الملكية للمشتري، في مقابل التزام المشتري بأداء الثمن على دفعات تحت طائلة التعويض. كما يمكن وصف إدراج هذا العقد ضمن العقود التبادلية لأن كل طرف فيه يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت.

عقد بيع العقار في طور الإنجاز من العقود الرضائية حيث يرى جانب من الفقه أن هذا العقد من عقود الإذعان، على اعتبار أنه يتعلق بمرفق مهم هو السكن، ولا يمكن إبرامه إلا عن طريق شركات متخصصة وفق عقود نموذجية متضمنة لبنود محددة مسبقا.

وفي إطار القانون 107.12 الذي جاء فيه أنه لا يمكن إبرام العقد النهائي إلا بعد إبرام نوعين من العقود التمهيدية، ويتعلق الأمر بكل من عقد التخصيص وعقد البيع الابتدائي، والذي يتم إبرامهما وفقا لشروط خاصة تتماشى مع خصوصية هذا النوع من البيوع العقارية.

المطلب الأول: العقود التمهيدية لبيع العقار في طور الإنجاز.

إذا كان المشرع المغربي قد منح أطراف عقد بيع العقارات العادية حق اشتراط الخيار في التراجع عن البيع خلال مدة محددة، وذلك بمقتضى الفصل 601 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على أنه: "يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة..."، وقد حددت المادة 604 من نفس القانون هذه المدة بالنسبة إلى العقارات في ستين يوما تبتدئ من تاريخ العقد،

حيث تنص الفقرة الأولى من الفصل 604 على أنه: "يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار ان يصرح بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه". ونظرا للخصوصية التي يتسم بها بيع العقار في طور الإنجاز في التشريع المغربي من حيث تعدد المراحل التي يمر منها إبرام هذا البيع، وانسجاما مع طبيعة البناء المعقود عليه والذي سيبنى مستقبلا، فقد قنن المشرع مرحلة تمهيدية لإبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز يتم خلالها منح المشتري مهلة لنقض أو إمضاء البيع على غرار حق الخيار في البيع العقاري العادي، أطلق على هذه المرحلة عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز.

الفقرة الأولى: مفهوم عقد التخصيص في القانون المغربي

ينتهي عقد التخصيص للاتفاقات التمهيدية التي يتم إبرامها قبل الارتباط بالعقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، ومن أجل الإلمام بالأحكام القانونية لهذا العقد، سنعرج من خلا ما سيأتي على دراسة مفهوم عقد التخصيص وبيان مسوغات تنظيمه وشكلية توثيقه.

أولا: مفهوم عقد التخصيص

يعتبر تقنين هذا العقد من المستجدات التي أدخلها المشرع بموجب القانون رقم 107.12 من قانون الالتزامات والعقود، ولكنه لم يتعرض لتعريف لهذا العقد، وإنما يمكن أن نستخلصه من خلال الفصل 618.3 مكرر من قانون الالتزامات والعقود، حيث جاء فيه: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد التخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحرر إما في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف.

ولا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء".

يلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع لم يبين المقصود بعقد التخصيص، وإنما اكتفى بتحديد الشكل الذي يمكن أن يحرر فيه باتفاق الأطراف، وضرورة الحصول على رخصة البناء كشرط أساسي لإبرامه، ثم الإحالة على البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا العقد.

وبالرجوع إلى الكتابات الفقهية في هذا الموضوع نجد جانبا من الفقه قد حاول تعريف هذا العقد بأنه: "العقد السابق على العقد الابتدائي الذي بمقتضاه يتم إسناد رقم الشقة أو المنزل الذي في طور البناء للمستفيد المحتمل من المشروع"¹. وبالتأمل في هذا التعريف نلاحظ أنه اكتفى بمجرد بيان رتبة عقد التخصيص ضمن المراحل التي يمر منها التعاقد حول بيع العقار في طور البناء، دون بيان الالتزامات التي يرتبها هذا العقد على عاتق كل من البائع والمشتري، كما أنه قصر مقتضى هذا العقد على مجرد إسناد رقم الشقة أو المنزل للمستفيد المحتمل من المشروع، وهذا ما يجعل من هذا العقد شبيهاً بمجرد وصل يفيد حجز الشقة أو المنزل، حيث يتبادر إلى الذهن عند قراءة التعريف أن عقد التخصيص لا يتضمن إلا هذا الرقم في حين أن المشرع قد نص على مجموعة من البيانات الأخرى التي يجب أن يتضمنها عقد التخصيص والتي من شأنها التعريف بشكل كاف بالمعاملة التي سيقدم المشتري عليها.

¹ الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز، المدني أعباس، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، السنة الجامعية 2016/2015، ص:56.

وهذا ما يجعل من هذا التعريف في نظرنا لا يعكس ماهية عقد التخصيص بما يتوافق مع مضامين الفصول المنظمة له، مما حدا ببعض الباحثين إلى تعريفه بأنه: "ذلك العقد الذي يمنح للمشتري مهلة للتفكير والتروي فيما سيقبل عليه، وفي المقابل يخول للبائع الحصول على تسبيق قبل إبرام العقد الابتدائي"¹.

ويقدر لهذا التعريف بالإضافة إلى بيانه المرحلة التي يبرم فيها عقد التخصيص، إشارته إلى ميزة من ميزات هذا العقد وهي منح المشتري مهلة للتفكير والتريث قبل الإقدام على الالتزام بالعقد الابتدائي، الشيء الذي يستنتج معه أن عقد التخصيص عقد زمني مؤقت، إلا أنه قد أغفل الغاية التي من أجلها يمنح المشتري مهلة للتروي وهي للاختيار بين التراجع عن العقد أو إمضائه، كما يحسب له الإشارة إلى أهم التزام يرتبه هذا العقد على المشتري وهو أداء تسبيق للبائع، غير أنه لم يبين مصير هذا التسبيق في الحالة التي يقرر فيها المشتري العدول عن العقد حتى يتميز عن العربون على اعتبار أن هذا الأخير هو كذلك يحفظ للمتعاقد التراجع عن الاتفاق مع الحق للطرف البائع في الاحتفاظ بالعربون، عكس ما عليه الحال في عقد التخصيص حيث البائع ملزم بإرجاع التسبيق للمشتري في حالة اختيار التراجع عن العقد.

وهناك من يعرف عقد التخصيص بأنه: "اتفاق اختياري بين البائع والمشتري يحتفظ بمقتضاه هذا الأخير خلال مدة زمنية معينة بحقه في شراء عقار في طور

¹ الموجز في العقود المدنية الأكثر تداولاً، العربي محمد مياد، سلسلة إعلام وتبصير المستهلك، مطبعة الأمنية، الرباط، ص: 19.

الإنجاز مع إمكانية التراجع عن هذا الحق خلال هذه المدة واسترجاع كل المبالغ المؤداة من طرفه كتسبيق"¹.

والواقع أن هذا التعريف قد وفق إلى حد كبير في الإحاطة بصورة عقد التخصيص إذ أتى على كافة الخصائص المميزة لماهيته، ومن ذلك إشارته إلى الطابع الاختياري لهذا العقد حيث يمكن للأطراف تجاوزه والمرور مباشرة إلى إبرام عقد البيع الابتدائي، كما يبين أنه عقد محدود الصلاحية من حيث المدة الزمنية، بالإضافة إلى إبراز الغاية التي من أجلها أحدث المشرع هذا العقد وهي إتاحة الفرصة للمشتري من أجل التراجع عن التعاقد حول المشروع المحتمل إنجازه، كما أنه لم يغفل الالتزامات الجوهرية لأطراف هذا العقد والمتمثلة في التزام المشتري بأداء جزء من الثمن مقابل استفادته من الحق الذي يتيح هذا العقد، والتزام البائع برد هذه النسبة في حال قرر المشتري ممارسة حقه في التراجع عن العقد.

ثانيا: خصائص عقد التخصيص

عقد مسمى: ورد التنصيص على هذا العقد في قانون الالتزامات والعقود تحت اسم: "عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز"، وذلك في الفقرة الثانية من الفصل 618.3 مكرر مرتين من قانون الالتزامات والعقود، حيث جاء فيها ما يلي: "لا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء"، وقد درج المشرع في الفصول الموالية على استعمال مصطلح "عقد التخصيص" دون إضافته إلى عبارة العقار في طور الإنجاز، وهذا العقد يبرم بين البائع والمشتري في نطاق بيع البناء على التصميم، ولا يمكن تصوره

¹ قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز، محمد كرم، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 69، يوليو 2017، ص: 95 و96.

إلا في هذا المجال لأن محله ينحصر لزوما في العقارات في طور البناء دون غيرها من الأشياء الأخرى¹.

عقد اختياري: ينص الفصل 618.3 مكرر مرتين على أنه: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز...".

ويستفاد من سياق استعمال المشرع لمصطلح "يمكن" في هذا الفصل أنه أعطى مكنة الخيار للطرفين في إبرام عقد التخصيص أو الاستغناء عنه والانتقال مباشرة إلى إبرام عقد البيع الابتدائي.

والواقع أن عقد التخصيص كغيره من العقود يتطلب لانعقاده توافق إرادة الطرفين، لذلك لا يمكن إجبار أحد المتعاقدين الآخر على إبرامه.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه² أن مكنة الخيار هذه من شأنها تهميش هذا النص في الواقع العملي، وبالتالي حرمان المقبلين على شراء منتج عقاري من فائدته المتمثلة في إتاحة الفرصة أمامهم للتفكير جيدا قبل الاقدام على عملية اقتناء العقار، فعلاوة على المشتري الذي غالبا ما يرحب بإبرام هذا العقد ما دام يلي مصلحته الأكيدة، فإن البائع صاحب المشروع لن يقبل به في الغالب ما دام هو الطرف القوي، لاسيما عندما تتوفر لديه فرص جديدة لإبرام عقود بيع ابتدائية ترتب التزامات نهائية لا تقبل الرجوع.

¹ قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز، محمد كرم، مرجع سابق، ص: 95.

² عقد البيع دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى، عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص: 335.

كما يرى أحد الباحثين¹ أن هذه المكنة فيها نوع من التضييق على حقوق المشتري لأن مركز الطرفين غير متعادلين، وبما أن سلطة البائع تبقى في مركز قوة، فقد يؤثر على المشتري بتجربته في المجال بممارسته اللأ أخلاقية والتشويش على أفكار المشتري وإجباره على الإسراع بإبرام العقد الابتدائي أو مباشرة إبرامه.

عقد تمهيدي مؤقت: يعتبر عقد التخصيص عقداً أولياً يمهد لقيام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، وإذا أبرم هذا الأخير فلا يمكن تصور عقد تخصيص بعده²، كما أنه يعتبر عقداً مؤقتاً تحدد صلاحيته في مدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد، تؤدي لزوماً إلى إبرام العقد الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة.

مدى لزوم عقد التخصيص: يعتبر عقد التخصيص عقداً غير لازم في حق المشتري خلال مدة شهر تحتسب من تاريخ إبرام العقد، حيث يخول للمشتري خلال هذه الفترة ممارسة حقه في الخيار بين إمضاء العقد أو التراجع عنه، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 618.3 من ق.ل.ع والتي تنص على أنه: "يحق للمشتري التراجع عن عقد التخصيص داخل أجل لا يتعدى شهراً ابتداءً من تاريخ إبرام العقد". وعند حلول الأجل الذي حدده المشرع لصلاحية عقد التخصيص والمتمثل في مضي ستة أشهر تحتسب من تاريخ إبرام العقد، فإن ذلك يؤدي لزوماً إلى إبرام العقد الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المدفوعة، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من الفصل أعلاه التي جاء فيها: "وتحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوماً إلى إبرام

¹ الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 58.

² قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 95.

عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة"، غير أن هذه الفقرة يكتنفها شيء من اللبس على مستوى الصياغة، فقد رتب المشرع لزوم أمرين على انتهاء مدة صلاحية عقد التخصيص هما: إبرام العقد الابتدائي، أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة، هذا العطف يوحي بأن المشتري بعد نفاذ مدة صلاحية عقد التخصيص يمكن له الاختيار بين إبرام العقد الابتدائي، أو التراجع عن عقد التخصيص حتى وإن لم يمارس حقه في التراجع داخل أجل شهر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من نفس الفصل، وكأنا أمام أجل للتراجع الأول صريح بمقتضى الفقرة الأولى ومحدد في ثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص، والثاني ضمني بمقتضى الفقرة الثالثة والمحدد في ستة أشهر ابتداء من تاريخ إبرام العقد، إلا أن المشرع قد رتب في الفصول الموالية عن فسخ عقد التخصيص الحق للمتضرر في الاختيار بين أمرين: إما فسخ العقد بقوة القانون تطبيقاً لأحكام الفصل 260 من ق.ل.ع مع حفظ حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 618.14 من ق.ل.ع، وإما اللجوء إلى التحكيم أو إلى المحكمة من أجل إتمام البيع مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 618.12 من ق.ل.ع، وهذا ما يتنافى مع خاصية المجانية التي يتميز بها حق التراجع، حيث نصت جميع تشريعات حماية المستهلك على أن التراجع حق مجاني للمستهلك، ومن أمثلة ذلك قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث نص على ذلك في جميع المواد التي تناولته، وسار على ذات النهج قانون حماية المستهلك المغربي، حيث أكد على انتفاء المقابل المالي لحق التراجع في المادة 36 التي تناولت التراجع عن العقود المبرمة عن بعد، والمادة 49 الخاصة بالعدول عن العقود المبرمة خارج المحلات التجارية، والمادة 85 في شأن العدول عن عقد القرض، بل حتى التشريعات التي لم تقر حق العدول بالمفهوم

القانوني الدقيق نصت أيضا على أن حق الإرجاع والاستبدال مجاني، ومثال ذلك المادة 8 من قانون حماية المستهلك المصري، والمادة 16 من المرسوم السلطاني العماني، والمادة 88 من قانون حماية المستهلك البحريني، ومما يترتب على كون التراجع حقا مجانيا أن المستهلك لا يتحمل في مقابل ذلك أية مصروفات، فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع السلعة إلى المحترف التي تبدو كنتيجة مباشرة لاستعمال هذا الحق، وعليه فإن المستهلك لا يلتزم بدفع أي تعويض للمتعاقد معه مقابل ممارسته للعدول، حيث إن إلزام المستهلك بأداء مقابل مالي على سبيل التعويض أو الضمان يمكن أن يحرمه من الحماية المقررة بموجب هذا الحق، ولعل هذا هو ما يجعل حق المستهلك في العدول أكثر حماية وفائدة من حق المؤلف في السحب والندم، حيث يشترط لمباشرة هذا الحق أداء مبلغ معين على سبيل الضمان، أو الإتيان بكفيل موسر يتعهد بسداد التعويضات التي قد يحكم بها لمصلحة المنتج أو الناشر¹.

وقد أقر المشرع مجانية حق التراجع الممنوح لمشتري العقار في طور الإنجاز، حيث أعفى المشتري من أداء التعويض إذا تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 618.14 من ق.ل.ع.

لكنه ربط التراجع عن عقد التخصيص بعد انصرام أجل ثلاثين يوما بأداء التعويض للطرف المتضرر، وهذا ما يدل على أن المشرع في نظرنا لا يقصد من وراء تنصيبه على أن عقد التخصيص ينتهي لزوما بعد مضي ستة أشهر بإبرام العقد

¹ حق المستهلك في العدول عن التعاقد دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجهات الأوروبية، سالم يوسف العمدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2018، ص: 142.

الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة، منح المشتري أجلا آخر ضمنيا للتراجع، وهذا الالتباس مرده إلى طريقة صياغة الفقرة الثالثة، حيث كان على المشرع تفادي استعمال مصطلح "التراجع" واستبداله بمصطلح "الفسخ"، حتى ينسجم ذلك مع حفظ الحق في التعويض للطرف المتضرر من جهة، ويرتفع التعارض بين مجانية حق التراجع والالتزام بالتعويض في حالة ممارسته من جهة أخرى، ونقترح لتجنب هذا التعارض أن تكون صياغة هذه الفقرة كما يلي: "وتحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو فسخ عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة، مع مراعاة مقتضيات الفصل 618.14 أدناه".

بهذا يمكن القول أن عقد التخصيص يمر بمرحلتين من حيث اللزوم وعدمه،

هما:

المرحلة الأولى: تبدأ منذ إبرام عقد التخصيص إلى غاية مرور أجل الثلاثين يوما حيث يكون عقدا غير لازم في حق المشتري الذي يمكن له التراجع عنه، واسترجاع المبلغ المدفوع كاملا داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة هذا الحق، وذلك طبقا للفقرة الثانية من الفصل 618.3 مكرر ثلاث مرات من ق.ل.ع.

المرحلة الثانية: تبدأ بعد مضي أجل التراجع المحدد في ثلاثين يوما مع إحجام المشتري عن استعمال حق التراجع خلاله، إلى غاية حلول أجل أقصاه ستة أشهر تحتسب من تاريخ إبرام عقد التخصيص، حيث يكون هذا العقد لازما في حق الطرفين، ويتعين عليهما أن يبرما البيع الابتدائي تحت طائلة تطبيق الجزاءات العقدية المنصوص عليها في الفصل 618.14 من ق.ل.ع.

غير أن المشرع لم يحدد ما إذا كان بوسع أحد الطرفين إلزام الطرف الآخر قضاء على إبرام العقد الابتدائي في حالة رفضه ذلك عن طريق دعوى إتمام إجراءات البيع الابتدائي¹، واقتصر على التنصيص على حق الطرف المتضرر من فسخ عقد التخصيص من الحصول على التعويض المشار إليه سابقا في الفصل 618.14 من ق.ل.ع.

عقد غير ناقل للملكية: على غرار العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، يعتبر عقد التخصيص عقدا ممهدا لنقل الملكية وليس عقدا ناقلا لها، لذلك لا يخول عقد التخصيص أي حقوق عينية للمستفيد منه، إذ يحتفظ البائع بموجب الفقرة الثانية من الفصل 618.1 من ق.ل.ع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال، لأن انتقال ملكية العقار قيد الإنجاز لا يحصل إلا بعقد البيع النهائي الذي يبرم بعد الانتهاء من الأشغال والحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة وأداء بقية الأقساط، حيث ينص الفصل 618.20 من ق.ل.ع على أنه: "تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد النهائي أو صدور الحكم النهائي في الدعوى إذا كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، أما إذا كان العقار محفظا، فإن الملكية تنتقل من تاريخ تقييد العقد أو الحكم المذكورين في الرسم العقاري".

المطلب الثاني: العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

إذا كان بيع العقار يسبقه عادة في البيع العادي اتفاقات تمهيدية بالبيع لعدم إقدام المتابعين على إبرام العقد النهائي مباشرة، فإن وجود عقد ابتدائي يسبق بيع العقار في طور الإنجاز له أكثر من سبب، فالبناء المبيع غير موجود وقت التعاقد،

¹ قراءة في عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 107.

والثمن لم يدفع بصفة كاملة، مما يجعل من العقد الابتدائي مشروعاً متكاملًا يهدف للتحضير لعملية البيع النهائي، وهذا ما يستلزم الوقوف عند خصوصية هذا البيع.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لعقد البيع الابتدائي.

إن التوصل للتكييف القانوني الملائم لعقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز يستدعي الوقوف عند ماهيته وتمييزه عن عقد التخصيص باعتباره أيضا من العقود التمهيدية لهذا النوع من البيوع.

على غرار عقد التخصيص، لم يتناول المشرع المغربي تعريف العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، مكتفيا عند أول إشارة إليه في الفصل 618.3 من ق.ل.ع بتحديد الشكل الذي يجب أن يفرغ فيه، وحصر المهنيين المسموح لهم بمباشرة توثيقه، خلافا لصنيع نظيره الفرنسي الذي عرف العقد الابتدائي من خلال المادة 11 من القانون المدني بأنه: "العقد الذي بمقتضاه يلتزم البائع بحجز عقار أو جزء من عقار لفائدة المشتري مقابل إيداع ضمانته في حساب خاص".

يلاحظ من خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي للعقد الابتدائي أن الغاية من هذا الاتفاق هي عدم الالتزام النهائي لكلا طرفي العقد¹، وهذا ما يجعل موقف المشرع الفرنسي يختلف عن موقف المشرع المغربي من العقد الابتدائي، حيث يستفاد من الفصول المنظمة لهذا العقد في التشريع المغربي أن العقد الابتدائي يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، بحيث يمكن لأحدهما اللجوء للقضاء من أجل مطالبة الطرف الممتنع منهما بتنفيذ التزامه.

¹ عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية، علاء حسين علي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص: 74.

ويرى بعض الفقهاء بأن العقد الابتدائي هو: "عقد بمقتضاه يلتزم البائع تجاه المشتري بأن ينقل له ملكية عقار سينجزه في المستقبل وخلال مدة محددة، في مقابل ثمن يلتزم المشتري بدفعه له موازاة لتقدم الأشغال". وهذا التعريف هو الجدير بالتأييد، لأن التزام البائع ليس فقط ببناء العقار موضوع العقد الابتدائي، بل يضاف إليه الالتزام بنقل ملكية هذا العقار عند حلول الأجل المتفق عليه، فيكون بذلك الالتزام ببناء العقار التزام تبعي للالتزام بنقل الملكية، التي لا تتم إلا بمقتضى عقد نهائي، أي أن البائع يلتزم ببناء العقار وإبرام العقد النهائي الذي ينقل ملكية هذا العقار إلى المشتري، بالإضافة إلى التزام هذا الأخير بتقسيط الثمن المتفق عليه تبعا لتقدم الأشغال في البناء، أو بحسب الكيفية المتفق عليها.

الفقرة الثانية: الشروط الجزائية في العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

أضفى المشرع على هذا العقد طابعا خاصا حيث أفرد لهذا النوع من العقود شروطا خاصة لا يسلم العقد بدونها، مع ضرورة أن يحزر في الشكل الذي حدده القانون.

- شروط إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز

بالإضافة إلى الشروط العامة المطلوبة لقيام كل عقد، اشترط المشرع المغربي شروطا خاصة لإبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز وهي محددة في شرطين:

الشرط الأول: الحصول على رخصة البناء.

وذلك بموجب الفصل 618.5 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "لا يجوز إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز إلا بعد الحصول على رخصة البناء"،

ويعتبر هذا الشرط أحد أهم المستجدات التي جاء بها القانون رقم 107.12 من ق.ل.ع، حيث جعل هذا المقتضى شرطا واقفا أمام إبرام العقد الابتدائي، خلافا لما كان عليه الحال في ظل القانون القديم رقم 44.00 من ق.ل.ع الذي كان يلزم البائع بالانتهاء من بناء الأساسات على مستوى الطابق الأرضي كشرط لإبرام العقد الابتدائي، وقد أثار هذا التعديل جدلا واسعا في أوساط الباحثين في هذا الموضوع، فهناك من يرى أن المشرع راعى من خلال هذا التعديل تسهيل المساطر وتشجيع المنعشين العقاريين على التعامل في مثل هذا النوع من البيوع العقارية حيث كان المقتضى السابق يشكل شرطا مجحفا في حقهم وعائقا لانطلاق المشروع وتمويله¹، في حين يرى البعض الآخر أن الشرط القديم كان يمثل ضمانا قوية للمشتري لأن الانتهاء الفعلي من هذه الأساسات يفترض معه وجود محل البيع على أرض الواقع بصورة ملموسة، ويضمن انطلاق المشروع إلى نهايته مما يوفر الطمأنينة في التعامل ويقطع حسما مأل هذا المشروع، أما ربط إبرام العقد الابتدائي بمجرد الحصول على رخصة البناء فإنه يتنافى مع غاية وفلسفة المشرع من إصدار قانون بيع العقارات في طور الإنجاز والمتمثلة في حماية حقوق المشتري من الضياع².

وعموما فإن هذا الشرط يخدم مصلحة البائع قبل المشتري، وإن كان المشرع من خلال هذا التعديل يرمي إلى توفير مصادر مالية للبائع من خلال المواد الأولية التي سيؤديها المشترون، بعيدا عن اللجوء إلى القروض الربوية المجحفة من أجل إقامة الأساسات، إلا أنه بذلك قد خالف مقاصد قانون بيع العقارات في طور الإنجاز والتي يعتبر الدفع بالموازاة مع تقدم أشغال البناء أبرزها، مع العلم أن

¹ الحماية القانونية والقضائية لبيع العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 46.

² الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 52.

الحصول على هذه الرخصة ليس من أشغال البناء، وهذا ما سيفتح الباب أمام ذوي النيات السيئة لممارسة أعمال غير أخلاقية تضر بمصلحة المشتريين، لهذا كان على المشرع بالموازاة مع حذف هذا الشرط الوقائي، سن مقتضيات زجرية على كل بائع يخل بالتزاماته خلال هذه المرحلة من المشروع.

الشرط الثاني: إعداد دفتر التحملات.

يعد هذا الدفتر من بين الوثائق الأساسية التي تكون مرفقة بالعقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، لذلك يعتبر وجوده شرطا ضروريا لإبرام هذا العقد¹، ويشكل إلى جانبه مرجعا يستند إليه لمعرفة مدى تقييد البائع بما تم التعاقد عليه²، ومن أجل هذا نص المشرع من خلال الفصل 618.4 من ق.ل.ع على أنه: "يجب على البائع أن يضع دفتر تحملات مطابقا للتصميم المعماري المرخص به يتضمن مكونات المشروع وما أعد له ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم. يوقع البائع والمشتري على دفتر التحملات مع تصحيح إضاءتهما بعد إطلاع المهندس المعماري عليه وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها للأصل. يرفق دفتر التحملات عند الاقتضاء ببطاقة تقنية موجزة موقعة من قبل البائع تتضمن وصفا لمكونات محل نموذجي منجز من طرفه".

وقد عرف أحد الباحثين دفتر التحملات بأنه: "وثيقة قانونية ذات طبيعة مزدوجة تعاقدية ونظامية ترتب آثارا بالنسبة للأطراف سواء كانوا أشخاص القانون

¹ بيع العقار في طور الإنجاز ودوره في التخفيف من أزمة السكن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2014/2015، ص: 61.

²² الضمانات القانونية في بيع العقارات في طور الإنجاز دراسة مقارنة، فدوى العمري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2004/2005، ص: 79.

الخاص (المتعاقدين) أو أشخاص القانون العام (الإدارة)¹، وانتقد على هذا التعريف أن دفتر التحملات لا يجسد الطابع التعاقدي لكونه لا يعكس نقطة تطابق بين إيجاب البائع وقبول المشتري، بل هو وثيقة يتم إعدادها من طرف البائع لتكون حجة في بيان مكونات المشروع، ونوع الخدمات والتجهيزات الواجبة إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم، وهو يرتبط بجميع المشتريين ويكون حجة عليهم ولا يعكس حقيقة العلاقة الخاصة القائمة بين البائع والمشتري، إذ إن خصوصية هذه العلاقة إنما تتجسد في العقد الرابط بين الطرفين²، في حين يرى البعض الآخر أن هذا الدفتر يصدر في البداية بالإرادة المنفردة لبائع العقار قيد البناء، وعقب ذلك يكتسب طابعا تعاقديا في مواجهة كل مقبل على الشراء³، وهذا ما كرسه العمل القضائي فقد جاء في حكم لابتدائية الرباط: "حيث أنه من المقرر أن دفتر التحملات هو وثيقة ملحقة بالعقد الذي يرمه الطرفان بهدف تحديد شروط تكميلية لهذا العقد وهذه الشروط من طبيعتها نوعان: شروط تهم المتعاقدين وتغلب عليها الصفة التعاقدية، وشروط تهم المسائل التنظيمية أو نظامية والتي على أساسها كان هناك تعاقد وبالتالي تكون ملزمة للطرفين معا"⁴.

ودفتر التحملات بهذا المفهوم يشكل الجزء الأهم في المشروع لأنه يتضمن بيانات تكميلية بخصوص مكوناته وما أعد له، وبصفة عامة ما تم الالتزام به، وكلما

¹ النظام القانوني لعقود اقتناء السكن بالمدار الحضري، جيلالي بوحبص، أطروحة دكتوراه في قانون العقار والتعمير والإسكان، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، 2008، ص: 257.

² بيع العقار في طور الإنجاز، وفاء جوهر، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2009، ص: 74.

³ بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق، ص: 154.

⁴ حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، رقم 427 ملف عدد 2001/284/09 بتاريخ 2004/12/15.

تضمن دفتر التحملات معطيات أكثر دقة عن مكونات المشروع والخدمات والتجهيزات التي يجب القيام بها وباقي الالتزامات الأخرى، ساهم في تفادي الكثير من النزاعات التي قد تنشأ بين البائع والمشتري مستقبلاً¹، لذلك أكد المشرع في الفصل 618.7 من ق.ل.ع على أنه: "يتعهد البائع باحترام التصميم الهندسية وأجل إنجاز البناء، وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات المشار إليه في الفصل 618.4 أعلاه".

والجدير بالذكر أنه تودع نسخ من هذا الدفتر ومن التصميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابلة للتغيير" وتصاميم الإسمنت المسلح ومن نظام الملكية المشتركة، عند الاقتضاء، بالمحافظة على الأملاك العقارية، كلما تعلق الأمر بعقار محفظ، وإذا كان العقار غير محفظ، تودع وتسجل هذه النسخ بسجل خاص لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار.

- توثيق العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

إذا كان الأصل في عقد البيع أنه عقد رضائي، ينعقد بمجرد تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، واتفقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى²، فإن المشرع المغربي استثنى من هذا الأصل بعض البيوع، نظراً لأهمية المحل الذي ترد عليه، ومن هنا جاء تنصيبه من خلال الفصل 489 من ق.ل.ع على ضرورة

¹¹ إشهار بيع العقار في طور الإنجاز، عبد الصادق الوناس، مذكرة نهاية الدراسة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية القانون المدني، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، الموسم الجامعي: 2010/2009، ص: 90.

²² ينص الفصل 488 من ق.ل.ع على أنه: "يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، واتفقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى".

تحرير كل التصرفات الواردة على العقارات في شكل مكتوب¹، وأكد على ذلك من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي اعتبرت الكتابة ركنا شكليا لانعقاد التصرفات العقارية تحت طائلة بطلان التصرف، وتبنى نفس الشكلية في العقود الواردة على بيع الأبنية في طور الإنجاز بحيث إذا تخلفت فيها الكتابة اعتبر العقد باطلا، فقد نص في الفقرة الأولى من الفصل 618.3 من ق.ل.ع على أنه: "يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان". يتبين من خلال هذه الفقرة أن الجهات المتدخلة في تحرير العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز تختلف باختلاف طبيعة العقد المراد تحريره بين ما إذا كان عقدا رسميا أو ثابت التاريخ.

المطلب الثالث: آثار العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

الفقرة الأولى: آثار العقد الابتدائي على البائع

تبرز خصوصيات الآثار المترتبة عن العقد الابتدائي في الالتزامات الملقاة على عاتق البائع، فهو لا يلتزم فقط بنقل الملكية وتسليم المبيع، بل يصبح التزامه أكثر ثقلا من خلال تشييد البناء، كما أنه يلتزم بإنجاز وتقديم ضمانات مالية تسمح للمشتري باسترجاع الأقساط التي دفعها في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزاماته.

أولا: الالتزام بإتمام البناء

¹ ينص الفصل 489 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، يجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

يعد الالتزام بالبناء قطب الرحى الذي تدور عليه العملية التعاقدية في بيع البناء في طور الإنجاز، وعلى أساسه يكون النظر في تنفيذ الالتزامات الأخرى، فيلتزم مالك المشروع بالبناء كما يلتزم المقاول في مقاولات البناء سواء كان مالك المشروع نفسه يحمل هذه الصفة أو كان شخصا آخر يتعاقد مع مقاولين ومهندسين معماريين لتنفيذ أعمال البناء بصفته رب عمل، مع بقاء المشتري أجنبيا عن هذه العقود فيسأل مالك المشروع أمام المشتري عن أي إخلال من المقاول أو المهندس بالعقود التي أبرمها معهم.

وإذا كان المشرع لم يعرف البناء فإن منشور وزارة الداخلية رقم 288 بتاريخ 8 دجنبر 1989 حدد المقصود من عمليات البناء بأنه كل ما تم على أرض غير مبنية والذي يجب أن يثبت على الأرض بواسطة أساس مبني أو الاسمنت والذي لا يمكن تحويله بدون هدمه¹.

ويعتبر هذا الالتزام، التزاما بعمل لكونه ينصرف إلى القيام بجميع الأشغال الضرورية المادية والإدارية لتشييد العقار المتفق عليه، كإنجاز التصميم الهندسي والرخص الإدارية، كما أنه التزام بتحقيق نتيجة لتقييده بتشديد البناء وفق المواصفات والمواد والتجهيزات والخدمات المتفق عليها في العقد الابتدائي ودفتر التحملات²، وهذا ما أكده المشرع في الفقرة الأولى من الفصل 618.7 من ق.ل.ع الذي

¹ بعض الضمانات القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون رقم 44.00 والقواعد العامة، مصطفى حتيقي، أشغال الندوة الوطنية: العقار والاستثمار، جامعة محمد الأول وجدة، 2006، ص:139.

² أحكام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز على ضوء مستجدات القانون رقم 107.12، عثمان سحيب، رسالة انيل دبلوم ماستر الدراسات العقارية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2018/2017، ص:66.

جاء فيه: "يتعهد البائع باحترام التصاميم الهندسية وأجل انجاز البناء وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات المشار إليه في الفصل 618.4".

ولا يكتفي البائع بمجرد الالتزام بالبناء، بل هو ملزم أيضا بالانتهاء منه داخل الأجل المتفق عليه في العقد الابتدائي، وذلك بموجب الفقرة الأولى من الفصل 618.1 من ق.ل.ع التي تنص على أنه: "يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري..."، كما تعرض لهذا الأجل بكيفية ضمنية عندما أشار إلى وجوب بيان أجل التسليم بصلب العقد الابتدائي، ومن المعلوم أنه لا يمكن الحديث عن التسليم إلا بعد الانتهاء من أشغال البناء وجعله صالحا لما أعد له وفق الاتفاق، وطبقا لما ورد في دفتر التحملات، مع مراعاة بطبيعة الحال المواصفات التقنية المطلوبة في قوانين التعمير¹.

وتتجلى أهمية تحديد هذا الأجل في عدة مستويات²:

- أن نهاية مدة الإنجاز هي بداية احتساب التزام البائع بتسليم العقار للمشتري.

- إن تفعيل الجزاءات المنصوص عليها في الفصل 618.12 من ق.ل.ع في مواجهة البائع مرتبط بتأخره في بناء العقار في الأجل المحدد.

- إن أداء باقي أقساط الثمن مرتبط بمبدئيا، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، بتقديم الأشغال وذلك حسب المراحل التي حددها الفصل 618.6 من ق.ل.ع.

¹ بيع العقار في طور الإنجاز دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص: 149.

² نظام بيع العقارات في طور الإنجاز في القانون المغربي، محمد الخضراوي، مرجع سابق، ص: 147.

غير أن بناء العقار داخل الأجل المحدد بالعقد الابتدائي قد يتأثر بمجموعة من العوامل المتداخلة تتعلق مثلا بالظروف الطبيعية والمناخية والمالية وعدم توفر مصادر التمويل، فترهق كاهل البائع وتجعل أمر البناء داخل الأجل المحدد مستحيلا، مما دفع المشرع إلى توفير إمكانية تعديل أجل البناء، حيث نجد الفقرة الأخيرة من الفصل 618.7 من ق.ل.ع تنص على ما يلي: "غير أنه يمكن للبائع عند الاقتضاء الاستفادة من أجل إضافي لإتمام أشغال بناء العقار لا تتجاوز مدته ستة أشهر مع إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام أجل إتمام الأشغال الأصلي"، وتعتبر هذه المكنة من المستجدات التي جاء بها القانون 107.12 من ق.ل.ع حيث كان البائع في ظل القانون القديم 44.00، مقيد بموافقة المشتري من أجل منحه أجل إضافي، عكس القانون الجديد الذي أوجب على البائع إشعار المشتري فقط دون الحاجة إلى موافقته، لكن بشرط أن لا يتعدى هذا الأجل ستة أشهر، وإلا فإن البائع سيتحمل جراء التأخر في البناء تعويضا بنسبة 1 % عن كل شهر من المبلغ المؤدى على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10 % في السنة.

ثانيا: الالتزام بتقديم الضمانات المالية.

إن المشرع المغربي في سياق سعيه لتحقيق حماية قوية لمشتري العقار في طور الإنجاز، ألزم البائع بتقديم بعض الضمانات المالية المتعلقة باسترجاع الأقساط أو إنهاء الأشغال، وذلك من خلال الفصل 618.9 من ق.ل.ع الذي ينص في فقرته الأولى على أنه: "يتعين على البائع بعد توقيع عقد البيع الابتدائي أن يقدم لفائدة المشتري إما ضمانا لإنهاء الأشغال أو ضمانا لاسترجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد"، وتعتبر ضمانا لإنهاء الأشغال التي أشار إليها المشرع في هذه الفقرة من المستجدات التي منحها القانون 107.12 من ق.ل.ع للمشتري لضمان حقوقه في

حالة تعرض البائع لصعوبات تحول دون إتمام المشروع، وهي من الضمانات المهمة التي تبعث على الارتياح والاطمئنان لدى المشتري وتكون دافعا للإقبال على اقتناء العقار الخاضع لهذا النظام القانوني، غير أن هذه الضمانة تكتسي نوعا من اللبس حول طبيعتها، كما أن المشرع قد سكت عن توضيحها، ولكن بالرجوع إلى القانون المقارن نجد المشرع الفرنسي يعرف هذه الضمانة بأنها: "التزام أحد البنوك أو أية منشأة مالية أخرى حددها القانون بتمويل تمام بناء العقار المبيع في حال عجز المستثمر العقاري عن القيام بذلك"، وعرفها أحد الباحثين بأنها: "عقد بين طرفين الأول هو المستثمر العقاري، أما الثاني فهو المصرف أو المؤسسة المالية، يلتزم الأخير بمقتضاه في مواجهة الدائن (المشتري) وبالتضامن مع المستثمر العقاري بدفع المبالغ اللازمة لتمام إنجاز العقار في حالة عجز المستثمر عن القيام بذلك نتيجة لعدم توفر السيولة النقدية عنده، ولا تسقط تلك الضمانة إلا بتمام إنجاز البناء"¹، لذلك فإن الالتزام الملقى على عاتق البائع بخصوص ضمانة إنهاء الأشغال يندرج ضمن قائمة الالتزامات بغاية التي لن يقبل المشتري بديلا عنها ألا وهي نتيجة إنهاء أشغال البناء وتسليمه للمشتري في الوقت المتفق عليه في العقد الابتدائي²، وبالتالي فإن الضمانة تفيد أمرين يتمثلان في ضمان بناء العقار وفق المواصفات المنصوص عليها في دفتر التحملات، ثم ضمان احترام أجل التسليم الذي يحتل مكانة هامة في التزامات البائع والتي يترتب على مخالفتها تعويض لفائدة المشتري، طبقا لمنطوق الفصل 618.14 من ق.ل.ع.

¹ عقد بيع العقار على الخريطة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص: 201.

² نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة، عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص:

ومن هنا يظهر أن المشرع لما وضع هذه الضمانة قد حاول تفادي نقائص الفصل 618.9 في صيغته القديمة في ظل القانون رقم 44.00، الذي كان يطرح مجموعة من الإشكالات، كما راعى البعد الاجتماعي وكذلك الأزمة السكنية التي يشهدها المغرب، لأن العملية التعاقدية لشراء العقار ليست باقتصادية فحسب، بل ترمي كذلك إلى ما هو اجتماعي، وتسعى إلى تحقيق كرامة وارتقاء اجتماعي من خلال توفير سكن لائق وليس فقط الضمانة المادية للمشتري أو لاسترجاع المبالغ التي دفعها لاقتناء السكن¹.

ويلاحظ من خلال صياغة المشرع للفقرة الأولى من الفصل 618.9 من ق.ل.ع أنه خول للبائع إمكانية الاختيار بين ضمانات إنهاء الأشغال أو ضمانات استرجاع الأقساط، والحال أن اختيار البائع لواحد منها قد لا تتحقق به الغاية المرجوة، فضمانة إنهاء الأشغال لا تعتبر بديلا لضممانة استرجاع الأقساط باعتبار أن لكل ضمانات من هذه الضمانات غاية مستقلة تختلف عن الأخرى لذلك كان يتعين إلزام البائع بتقديمهما معا²، ولعل هذه المكنة الاختيارية ستجعل المشتري في حيرة من أمره عند الخيار بين هذه الضمانات، لكونها ضمانات فعالة وإن كانت ضمانات إنهاء الأشغال أكثر أهمية للمشتري حيث تجعله مركز مطمئن بإتمام بناء العقار حتى ولو تعرض البائع للإفلاس أو غير ذلك، غير أنه يجب التنبيه إلى أن الحديث عن حيرة المشتري في الاختيار ليست دائما متاحة حيث أن الواقع أبان عن انفراد البائع باعتباره طرفا قويا في التعاقد بلجونه إلى اختيار الضمانات التي تناسبه دون النظر إلى مصالح المشتري³، لكن التجربة العملية تثبت أن خيار البائع أيضا ليس على

¹ رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول مشروع قانون 107.12، مرجع سابق، ص: 74.

² نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص: 274.

³ الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق، ص: 91.

إطلاقه، فالبائع تحت تأثير ظروف الواقع قد يجد نفسه غير قادر على ممارسة حريته في اختيار نوع الضمان، فهناك بعض البنوك مثلا ترفض منح الضمانات المالية التي يريدها لأسباب معينة متعددة ومتنوعة ولكنها في الغالب تعود إلى عدم ثقتها في البائع ذاته نظرا لعدم جدية مشروع البناء الذي يقدمه، أو قد تضع عليه بعض الشروط التي يصعب عليه الاستجابة لها¹.

وإذا كانت ضمانات إنهاء الأشغال ترمي إلى احترام البائع النفقات اللازمة لإتمام بناء العقار، فإن ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة، تهدف إلى تمكين المشتري من المبالغ التي دفعها للبائع، ورغم أهمية هذه الضمانات فإنها لا تفي بالغرض الذي أراده المشتري لكونها تؤدي إلى فسخ العقد واسترجاع ما دفع من أقساط، وبالتالي تبقى ضمانات إنهاء الأشغال أفضل بكثير للمشتري لأنها تحقق رغبته في امتلاك السكن الملائم².

وبقراءة لمضامين الفصل 618.9 من ق.ل.ع أعلاه يمكن استنباط شرطين أساسيين يتوقف عليهما إعمال ضمانات استرجاع الأقساط:

الشرط الأول: أداء أقساط الثمن، بحيث لا بد لسريان هذا النوع من الضمان أن يكون المشتري قد أدى على الأقل قسطا من الثمن، وبالتالي فمن غير المعقول الحديث عن سريان هذا الضمان في غياب أي تسبيق للثمن. ويقتضي هذا الشرط ألا ينصب ضمان الاسترجاع على مبالغ نقدية لم يؤديها المشتري فعلا، وتطبيقا لذلك لا يمكن إلزام الكفيل بإرجاع مبالغ واجبة على المدين الأصلي البائع كغرامات أو

¹ نظام بيع العقارات في طور الإنجاز في القانون المغربي، مرجع سابق، ص: 168.

² حماية المتعاقد في الميدان العقاري، مرجع سابق، ص: 67.

تعويضات إضافية أو تعويضات عن الضرر، أيضا لا يستطيع المشتري المطالبة باسترجاع مبالغ الفوائد المؤداة لفائدة المؤسسة المقرضة¹.

الشرط الثاني: عدم تنفيذ العقد الابتدائي، ويتحقق ذلك في حالة عدم احترام المتعاقدين للأجل التعاقدي المضمن بالعقد الابتدائي، أو في حالة فسخ العقد الابتدائي أو إبطاله، كما في فرضية تعجيل جزء من ثمن بيع العقار قبل التوقيع على عقد البيع الابتدائي، على ما نص عليه الفصل 618.8 من ق.ل.ع، وذلك لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، فلا يرتب أثرا سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير².

كما أنه في إطار حماية المستهلك فقد نص المشرع على عدم تمكين البائع من الأقساط المودعة لدى محرر العقد من قبل المشتري إلا بعد تقديم ضمانات تغطي كل قسط يؤديه المشتري، وذلك في الفقرة الخامسة من الفصل 618.9 من ق.ل.ع التي جاء فيها: "لا يجوز لمحرر العقد الإفراج عن الأقساط المودعة لديه لفائدة البائع إلا بعد حصوله من طرف هذا الأخير على الضمانة التي تغطي كل قسط يؤديه المشتري"، هذا من جهة ومن جهة أخرى وفي سياق العدالة التعاقدية القائمة على التوازن العقدي فإن المشرع وضع كيفية تحلل البائع من هذه الضمانات بحسب وضعية العقار فنص في الفقرة الثالثة من الفصل 618.9 من ق.ل.ع على أنه: "يتحلل البائع بقوة القانون من الالتزام بالضمانة بمجرد تقييد عقد البيع النهائي أو الحكم القضائي النهائي بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظا أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ أو بمجرد إبرام العقد أو صدور الحكم

¹ بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق، ص: 223.

² بيع العقار في طور الإنجاز دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص: 160.

القضائي إذا كان العقار غير محفظ"، ويضيف المشرع في الفقرة الموالية من الفصل السالف ذكره أنه: "يتحلل البائع من الالتزام بالضمانة بمجرد صدور حكم نهائي بالفسخ ناتج عن رفض المشتري تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الابتدائي أو إتمام البيع بعد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في المادة 618.18 أدناه"، وبهذا يكون المشرع قد حسم الخلاف الذي كان يثار حول تاريخ سقوط الضمانة بخصوص العقارات غير المحفظة والتي تطرح سؤالاً مفاده هل الضمانة تسقط من تاريخ إبرام العقد النهائي أم بتحقيق آثار البيع وهو تسليم المبيع.

وأمام سكوت المشرع المغربي عن تحديد صور وأشكال هذه الضمانات، فإن الباحثين الذين سبقوا إلى تناول موضوع بيع العقار على التصميم من الناحية القانونية يكادون يجمعون أن هذه الضمانات لن تخرج عن الصور التالية:

الكفالة البنكية: وهي التصرف الذي يتعهد بمقتضاه البنك في مواجهة الغير بتأدية الالتزام الذي يتحمله عميله تجاه هذا الغير، إذ لم يرق العميل بتأديته بنفسه، وبهذا المعنى تكون الكفالة البنكية إحدى صور ضمان استرداد أقساط الثمن المدفوعة من طرف المشتري لشراء عقار في طور البناء، وهي تفترض بداية وجود اتفاق بين المدين-البائع، وكفيله-المؤسسة البنكية- على إحلال هذا الأخير محله في أداء الأقساط التي دفعها المشتري بمناسبة إبرام العقد الابتدائي في حالة عدم قدرة البائع على السداد.

فتح الاعتماد: هو عبارة عن عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف عميله بحيث يكون له الحق في استعماله مرة واحدة أو عدة مرات خلال أجل معين، ويعرفه المشرع المغربي بأنه: "التزام البنك بوضع وسائل

الأداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود".

وتجدر الإشارة إلى أن البائع يستطيع اختيار إحدى الضمانات الخاصة الأخرى، عينية كانت أم شخصية، لتمكين المشتري من استعادة أقساط الثمن المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد، بحيث يمكن أن تكون هذه الضمانة عبارة عن رهن حيازي، أو رهن رسمي، إذ لا يوجد مبرر لاستبعاد هذا النوع من الضمانات العينية ولو كان استحقاق الدين المتعلق بأقساط الثمن المستوفاة معلقا على شرط واقف وهو حصول إخلال البائع المدين بالتزاماته كما هي محددة في العقد الابتدائي، إلا أن اعتماد هاتين الضمانتين يعتبر أمرا نظريا أكثر منه عمليا لأن البائع المدين بهذه الأقساط يكون في مركز قوة، بحيث لن يرضى بإثقال أمواله أو أموال غيره بالرهن، لذلك فهو يفضل في العادة أن يرتب بهذا الخصوص الضمانات الأخرى السالفة الذكر.

الفقرة الثانية: آثار عقد البيع الابتدائي المترتبة على المشتري.

يعد دفع الثمن تبعا لتقدم أشغال البناء الالتزام الرئيسي المترتب في ذمة المشتري، الذي يقابل جل الالتزامات المترتبة في ذمة البائع، مع العلم أن المشرع قد تعامل بمرونة مع المشتري، الذي خول له حق التخلي عن حقوقه في العقار لفائدة الغير.

أولا: الالتزام بتقسيط الثمن تبعا لتقدم أشغال البناء.

إن أهم التزام يلقي على عاتق المشتري هو أداء ثمن الشراء، ولأن بيع العقار في طور الإنجاز له خصوصياته، فإن هذا الثمن يقسم بحيث يؤدي أقساطا تبعا لتقدم أشغال بناء العقار، وقد نص المشرع على هذا الالتزام في الفصل 618.6 من ق.ل.ع

الذي جاء فيه: "يؤدي المشتري، كحد أقصى، قسما من الثمن الإجمالي تبعا لتقدم الأشغال حسب المراحل التالية:

5% عند إبرام عقد التخصيص.

5% عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عند عدم وجود عقد التخصيص.

10% عند بداية الأشغال.

60% مقسمة على ثلاث مراحل وتؤدي حسب اتفاق الأطراف عند الانتهاء من

أشغال إنجاز كل مرحلة:

- مرحلة الأشغال المتعلقة بالأساسات على مستوى الطابق الأرضي.

- مرحلة الأشغال الكبرى لمجموع العقار.

- مرحلة الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة.

20% عند إبرام عقد البيع النهائي وتسلم المفاتيح."

لقد جاء هذا النص لمعالجة الوضعية الشاذة التي كانت سائدة قبل تشريع

قانون بيع العقار في طور الإنجاز، حيث كان المقبل على الشراء يوجد في كثير من

الحالات تحت رحمة البائع الذي يتسلم منه كليا أو جزئيا مبلغ الثمن، وهو يشمل في

العادة القدر غير المصرح به¹، وذلك قبل الشروع في عملية البناء ويوجهه لأغراض

أخرى أو يماطل في تنفيذ المشروع، بل قد يكون محتالا منذ البداية هدفه الاستيلاء

على أموال الناس دون حق، لذلك ليس غريبا أن يقدم المشرع على اعتماد تقسيط

الثمن مع وجوب تضمين العقد الابتدائي بيانا يتعلق بكيفية أدائه، لأن نيته تتجه في

المنطلق نحو تأمين إشراك المقبلين على شراء عقارات على التصميم في تمويل عملية

¹ بيع العقار في طور الإنجاز دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص: 153.

البناء، وذلك مع أخذ الاحتياطات على مستوى قدر الدفعات، ومن ثم قد كرس المشرع من خلال هذا النص السالف مبدأ تقسيط أداء الثمن. ومسألة تقسيط الثمن لها فوائد بالنسبة للبائع وللمشتري، فبالنسبة للبائع فهو يستفيد من هذه الدفعات النقدية لتمويل مشروعه جزئياً قبل اللجوء إلى القروض الربوية ذات الفوائد المرتفعة، أما بالنسبة للمشتري فتقسيط الثمن معناه منحه تسهيلات في الأداء من جهة، ومن جهة أخرى منحه نوعاً من الرقابة على جدية المشروع، خاصة إذا كانت الأقساط تستحق تباعاً لبلوغ أشغال البناء مراحل معينة، وهذا ما سيدفع البائع إلى تنفيذ المشروع بمزيد من الجدية استعجالاً للاستفادة من أقساط الثمن.

وزيادة في إضفاء الثمن للمشتري، قرر المشرع بطلان كل أداء يتم قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص إن وجد، حيث نص في الفصل 618.8 من ق.ل.ع على أنه: "يعد باطلاً كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص في حالة اللجوء إلى إبرامه"، ويتجلى الهدف من هذا النص في حماية مصالح المقبل على الشراء، ضد خطر الانحراف بالأموال التي سبقها عن الغاية التي رصدت لأجلها من قبل البائع المتلاعب، الذي يرفض التوقيع على البيع الابتدائي عقب تحصيله مبالغ برسم تسبيقات من الثمن يستحوذ عليها دون حق، ويوجهها لغرض آخر غير ذي صلة بإنجاز مشروع البناء المزعوم، لكن مع الأسف لازال النص السالف غير محترم في الواقع العملي الذي يشهد اختلالات كثيرة بهذا الخصوص، وعدم وجود أي ضابط ينظم مسألة سداد الثمن، الذي قد يوفي به المقبل على الشراء كلاً أو بعضاً مقابل تسلمه وصلاً بالأداء لا يحل محل عقد البيع الابتدائي الذي يتعين إبرامه طبقاً للفصل 618.3 من ق.ل.ع السالف، وعلى خلاف المشرع

الفرنسي الذي حدد عقوبات جنائية لمخالفة نظام التقسيط المحدد قانونا، تراجع واضعوا مشروع القانون المغربي عن بعض المقتضيات القانونية المهمة التي تحض على معاقبة كل شخص حصل على أقساط في إطار عملية بيع وارد على عقار في طور البناء بعقوبة جريمة خيانة الأمانة إذا استخدمها في غير الغرض الذي خصصت له، وقد تم تبرير هذا التراجع بعدم ملاءمة إضافة نص يتضمن مقتضيات جنائية إلى قانون الالتزامات والعقود الذي لا تعرف بنوده مثيلا لتلك المؤيدات.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه كثيرا ما تحصل في الواقع العملي تطورات اقتصادية بين تاريخ إبرام البيع الابتدائي وبين تاريخ إبرام البيع النهائي، قد تفضي إلى زيادة تكلفة بناء المشروع بسبب ارتفاع قيمة مواد البناء وأجرة اليد العاملة، مما يطرح التساؤل حول مدى إمكانية مطالبة البائع رفع مبلغ الثمن عند التعاقد النهائي؟

بعد تفحص القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز في التشريع المغربي نجده لم ينظم هذه المسألة، لذلك يجب التمييز بين حالتين:

- حالة عدم اتفاق الأطراف على مراجعة الثمن: في هذه الحالة نرجع إلى القواعد العامة فنجد أن العقد هو شريعة المتعاقدين، وأن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون، وهذا ما أكده القضاء، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أن: "العقد ينعقد بمجرد تراضي الطرفين، وحين ينعقد صحيحا يصبح بمنزلة القانون بين منشئيه"، وعليه فإنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أو للقاضي المس بالقوة الملزمة للعقد¹، ومراجعة الثمن، حتى لو أصبح

¹ نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص: 276.

تنفيذ الالتزام أمرا مرهقا لأحد المتعاقدين نتيجة تغير الظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه، تغييرا فجائيا بسبب حادث لم يكن في الحسبان، وذلك نظرا لأن قانون الالتزامات والعقود لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، غير أن القضاء المغربي وحفاظا منه على ضمان التوازن الاقتصادي للعقد أخذ بنظرية الظروف الطارئة من خلال أحد قراراته معللا بما يلي: "وجود حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة أخرى غير الجهة الإدارية المتعاقد معها لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما من شأنه أن يلزم الجهة الإدارية المتعاقدة بأن تشارك المتعاقدة معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ...، ثبوت ذلك يجعل من حق المتعاقد المتضرر المطالبة من الإدارة أن تشاركه هذه الخسارة بتعويضه عنها تعويضا جزئيا".

- حالة اتفاق الطرفين في العقد على مبدأ مراجعة الثمن: ذهب أحد الباحثين إلى أن إرادة البائع في تعديل الثمن لأبد أن تتوافق مبدئيا وإرادة المشتري، لأن العقد نتاج إرادتهما والقواعد التي أنشأت هذا العقد هي نفسها الواجبة التطبيق عند تعديله أو حله، ومع ذلك تبقى هذه المراجعة تخضع لمجموعة من الضوابط، حيث نجد المشرع الفرنسي قيد حرية طرفي بيع العقار في طور البناء بضرورة اشتراط ربط الثمن بمؤشر وزارة التعمير والإسكان، أو مؤشر تكلفة عمليات البناء المنشور من طرف المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية.

إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به في ظل القانون المغربي، وخاصة الفصل 618.3 من ق.ل.ع الذي يشترط في الثمن صفة مهمة، تتمثل في النهائية، وهذه الصفة

أو الخاصية النهائية للثمن تعني أن الطرفين قد اتفقا على تعيين الثمن بكيفية نهائية، وعليه فإن أي اشتراط أو اتفاق على مراجعة الثمن وفق مؤشر معين، يجعل الثمن قابلا للتعيين، والقابلية للتعيين تتعارض مع خاصية الصفة النهائية للثمن، إذ ستفوت الغاية أو الحكمة من وراء إعطاء المشرع المغربي للصفة النهائية للثمن أهمية كبرى¹، فليس عبثا أن ينص المشرع على وجوب تضمين العقد الابتدائي البيان المتعلق بثمان البيع النهائي للمتر المربع ويجعله الزاميا، وليس عبثا أيضا أن يسكت عن تنظيم مسألة مراجعة الثمن، مع علمه بسريان هذا المبدأ في القوانين المقارنة والتي سبقت تنظيم هذا النوع من البيوع.

ثانيا: إمكان تخلي المشتري عن البناء للغير.

إن عقد البيع الابتدائي لا يخول للمشتري إلا حقا شخصيا في مواجهة البائع، يتمثل في التزام هذا الأخير بإبرام البيع النهائي وفق الثمن المتفق عليه، لذلك لا وجود لأي مانع من شأنه أن يمنع المشتري من حقه في التنازل عن هذا الشراء لفائدة الغير سواء كان ذلك بمقابل أو بدونه، وهذا ما تقتضيه القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 189 من ق.ل.ع الذي جاء فيه أنه: "يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر إما بمقتضى القانون وإما بمقتضى اتفاق المتعاقدين".

وقد طبق المشرع هذه القاعدة في البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز، عندما خول للمشتري إمكانية التخلي عن حقوقه المنصبة حول البناء الذي هو محل هذه المعاملة بحيث جاء في الفقرة الأولى من الفصل 618.13 من ق.ل.ع أنه: "يجوز

¹ نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص: 278.

للمشتري التخلي عن حقوقه المترتبة عن بيع العقار في طور الإنجاز لشخص آخر"، ومع أن المشرع قد أحسن صنعا بسماعه بهذه الامكانية، لا أن ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع حصر حق المشتري في التصرف عن طريق البيع فقط، وهكذا نجد الفقرة الأخيرة من الفصل ذاته تنص على أنه: "تنتقل بقوة القانون، حقوق والتزامات البائع إلى المشتري الجديد"، ويقصد بمصطلح "البائع" الوارد في هذه الفقرة، المشتري الأصلي المتخلي عن حقه إلى المشتري الجديد، بمعنى أن التخلي المنصوص عليه في هذا الفصل يتعلق بالبيع الصادر من المشتري الملزم الأصلي، والواقع أن تفهم المشرع لوضع المشتري على هذا النحو نابع من قناعته بأن حاجة المشتري إلى سكن على الخصوص، تمنعه من الإقدام على تصرف مماثل إلا إذا كانت هناك ضرورة قصوى توجبه، كما أن البائع لن يخسر شيئا إذا تغيرت شخصية المشتري، فمثل هذا العقد لا يتأثر بشخصية الملزم معه.

ولتقنين هذا الحق فوائد كثيرة بالنسبة للمشتري الأصلي وكذلك البائع الأصلي، ويمكن إجمال هذه الفوائد فيما يلي:

- رغبة المشرع إكساب عقد البيع الوارد على البناء في طور الإنجاز مرونة أكبر، قصد التكيف مع تغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الوظيفية التي قد يجتازها المشتري، والتي تضطره إلى عدم تحمل سريان آثار العقد مستقبلا.
- تغير نظرة المشتري إلى النتائج المتحصلة من العقد الابتدائي، مع رغبته في إنهاء العقد، إلا أن هاجس الخوف من مطالبته بالتعويض طبقا للفصل 618.14 من ق.ل.ع يحول دون تحقيق هذه الرغبة، مما حدا بالمشرع إلى تهيئ هذه المكنة للمشتري إسعاف له في وقت الشدة.

- تغير النظرة إلى العقد في حد ذاته، فلم يعد العقد مجرد وسيلة لتبادل المنافع، بل أصبح مؤسسة ذات قيمة اقتصادية قابلة للتداول كسائر الأموال.

- يعد التخلي أيضا بالنسبة للبائع وسيلة لاقتصاد الجهد والنفقات المترتبة عن إنهاء العقد مع المشتري الأول، وإبرام عقد آخر مع مشتري جديد، وما يتطلبه ذلك من إهدار للوقت في البحث عن متعاقد جديد، واستنفاد أشواط طويلة من المفاوضات، حيث يمكن التخلي عن تحلل البائع الأصلي من كافة هذه الأعباء، وتحمل المشتري الأصلي لها بتعاقد المباشرة مع الغير الراغب في الحلول محله في العقد الابتدائي. وتخلي المشتري عن حقوقه للغير لا ينتج أثره إلا بتحقيق شرطين أساسيين، وهما:

- الشرط الأول: استلزم المشرع أن يبرم عقد التخلي كتابة وفق الشكل والكيفية المقررة في عقد التخصيص أو العقد الابتدائي، حيث نص في الفقرة الثانية من الفصل 618.13 من ق.ل.ع على أنه: "يجب أن يتم هذا التخلي وفق الشكلية والكيفية المقررين لعقد التخصيص أو لعقد البيع الابتدائي والمنصوص عليهما في الفصول 618.13 و618.3 مكررا مرتين أعلاه"، وهذا يعني أن المشرع قد تبني مبدأ تماثل الشكل بين العقد الأصلي والعقد التابع له بحوالة، وعليه يجب أن يرد عقد التخلي باعتباره حوالة عقد في شكل محرر رسمي أو ثابت التاريخ أو بواسطة محرر عرفي على اعتبار أن المشرع خول إمكانية توثيق عقد التخصيص بالطريقة التي يراها الأطراف مناسبة لهم، وزيادة على ذلك فإن عقد التخلي يجب أن يتضمن البيانات

المنصوص عليها في الفصل 618.3 من ق.ل.ع وأن يرفق العقد بالوثائق التي سبق أن تسلمها المحيل من المحال له¹.

- الشرط الثاني: إعلام المشتري للبائع بالتخلي بإحدى الطرق المعتمدة قانوناً، وهذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الثالثة من الفصل 618.13 من ق.ل.ع حيث جاء فيها: "لا يسري هذا التخلي في مواجهة البائع إلا إذا بلغ إحدى الطرق المعتمدة قانوناً"، وهكذا يكون المشرع قد وسع من إمكانية الإعلام وأحال على طرق التبليغ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ولم يحصر ذلك في الرسالة المضمونة مع الإشعار بالتوصل كما كان عليه القانون 44.00 قبل التعديل، والملاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع اكتفى بالتنصيص على وجوب إشعار البائع الأصلي بهذا التخلي من قبل المشتري الأصلي، ولم يحدد الوقت الذي ينبغي أن يشعره فيه، والواقع أن الإشعار يكون بعد ممارسة حق التخلي لأن المشرع لم يشترط موافقة البائع على تصرف المشتري، وهذا في حد ذاته ضماناً لصالح المشتري تراعي اضطرابه لمثل هذا التصرف².

خاتمة:

يتبين من خلال دراستنا في هذا الموضوع أن هناك عدة إشكالات عملية تعترض تطبيق هذه القوانين المنظمة لبيع العقار في طور الإنجاز، وقد نلتمس هذه المشاكل من خلال واقعنا الحالي فيما يخص مشاريع السكن الاجتماعي، وما يلزمه من إشكالات من ضياع حقوق الأفراد في أموالهم المرصودة لاقتناء هذا النوع من

¹ الضمانات القانونية في بيع العقارات في طور الإنجاز دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 108.

² نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص: 291.

السكن، وقد لاحظنا هذا في الكم الهائل من الملفات التي ترد على المحاكم باختلاف أنواعها، مما يهدد الأمن والاستقرار المالي والاقتصادي للبلاد مما يؤثر بشكل سلبي على الاستثمار في المجال العقاري، وعليه يمكن التصريح بضرورة إعادة النظر في القوانين المنظمة للمجال العقاري، خصوصا وأنه يسهل السقوط من خلاله في فجوة اختلاس وتبيد الأموال واستعمالها في غير المجالات التي خصصت لها، وذلك بوضع قانون جنائي يعاقب من خلاله كل من سولت له نفسه استعمال واستغلال والتصرف فيما لا يملكه الشخص، والحفاظ على الممتلكات.

لائحة المراجع

- أحكام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز على ضوء مستجدات القانون 107.12، عثمان سحيب، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2018/2017.
- إشكالات بيع العقار في طور الإنجاز، محمد الخضراوي، سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 4، 2013.
- إشهار بيع العقار في طور الإنجاز، عبد الصادق الوناس، رسالة نيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2010/2009.
- بعض الضمانات القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون رقم 44.00 والقواعد العامة، مصطفى حتيقي، أشغال الندوة الوطنية: العقار والاستثمار، جامعة محمد الأول وجدة، 2006.
- بيع العقار في طور الإنجاز دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، عبد اللطيف مشماشي، مكتبة الرشاد سطات، 2012.
- حق المستهلك في العدول عن التعاقد دراسة مقارنة، سالم يوسف العمدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2018.
- الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الإنجاز، المدني أعباس، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة ابن زهر، 2016/2015.
- حماية المتعاقد في الميدان العقاري - بيع العقار في طور الإنجاز نموذجا-، صلاح الدين فؤاد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، 2019/2018.
- شكلية إبرام العقود وحماية مستهلك البيوع العقارية نموذجا، محمد العربي مياد، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 5، 2014.
- ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، عبد القادر العرعاري، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- الضمانات القانونية في بيع العقارات في طور الإنجاز دراسة مقارنة، فدوى العماري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الأول وجدة، 2005/2004.

- ضمانات عقد بيع المباني قيد الانشاء دراسة مقارنة، سبيل جعفر حاجي عمر، أطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين أربيل، 2011.
- قراءة في عقد تخصيص عقار في طور الإنجاز، محمد كرم، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 69، يوليو 2017.
- الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، عبد الحكيم فودة، دار الكتب القانونية، 1992.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة 16.30

الباحثان سعيد درقاوي، أسماء أشتوك

باحثان بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير،
جامعة ابن زهر

مقدمة

يرتبط تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي ارتباطا وثيقا بحسن سير الإدارة والمؤسسات والخدمات بمختلف أنواعها، في ظل نظام قانوني وتنظيمي محكم، وقد أضى التوثيق ضمن الخدمات التي تتطلبها فئة عريضة في المجتمع، باعتباره ضمانا أساسية لحفظ المعاملات وإثبات كل التصرفات القانونية للأفراد، الشيء الذي يتوجب معه العمل على تدبير شؤونه بكل فعالية وحكمة جيدة.

فمهنة التوثيق من أجل وأشرف المهن القانونية المنظمة، كما هو الشأن بالنسبة للمحاماة والطب وغيرهما، فهي شريفة كالشرف، ونبيلة كالنبيل، تساهم في توفير العدالة الوقائية، وتشارك في تحقيق العدالة الرسمية وهي ركن ركين في التنمية الشاملة، ورافد من روافد تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية التي تزداد اتساعا في عصر العولمة الذي يرخي بظلاله على كل الدول بتحدياته ورهاناته وإكراهاته المتسمة بكثير من الحدة في الدول النامية، إن صحت تسميتها بهذه التسمية.¹

¹ - عبد الله درميش: أخلاقيات مهنة التوثيق وسلطة التنظيم". "إصلاح مهنة التوثيق في ظل تحديات العولمة"

أعمال الندوة الدولية المنعقدة بالمعهد العالي للقضاء يوم 3 نونبر 2008 الطبعة الأولى منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة 2010 ص23.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

ولأهمية مهنة التوثيق العدلي في الحفاظ على الحقوق والأعراض والأنساب
عمل المشرع المغربي على وضع قواعد قانونية محكمة، تحدد حقوق التزامات
الأطراف، محددًا للواجبات والتزامات السادة العدول التي بمجرد إخلالهم بها
يتعرضون للمساءلة بشتى أنواعها جنائية ومدنية وتأديبية، حماية للمهنة وتأصيلها
من شتى أنواع الفساد وفي الوقت ذاته حدد مجموعة من الضمانات الحمائية
للعدول وحصانتهم في مزاولة مهنتهم.

والمسؤولية¹ عموماً هي التبعة أو الجزاء المترتب عن ترك الواجب أو فعل ما
كان يجب الامتناع عنه، وعند الحديث عن مسؤولية العدل بالخصوص، فالمقصود
منها تلك التي تنشأ أثناء مزاولته لمهنته أو بسبب قيامه بها، ودأب الفقهاء على تقسيم
المسؤولية إلى قسمين أساسيين هما: المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية.²

فالمسؤولية الأدبية للممارس المهني الحر بصفة عامة، تتمثل في إخلاله بواجب
أخلاقي تفرضه أصول المهنة، كالصدق والجدية في العمل والظهور بمظهر الوقار

¹ - مصطلح المسؤولية لم يكن متداولاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان مقالبه عندهم هو الضمان، قد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 416 بأنه: "إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات". وعرفه وهبة الزحيلي من الفقهاء المعاصرين بقوله: "هو الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال وضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" فجمع بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في هذا التعريف. للمزيد حول الضمان أنظر: وهبة الزحيلي: "الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء 9، مطبعة دار الفكر دمشق، الطبعة 6، سنة 2008، ص 664 وما بعدها.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي القوقى، بيروت، طبعة 2011، الجزء الأول، ص 842.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدرقاوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

والاحترام، واحترام المواعيد المضروبة للزبناء، والابتعاد عن كل ما يضع الشخص عادة موضع شبهة أمام الناس.¹

وهذه المسؤولية الأدبية أكثر صرامة عند العدول الذين تفرض عليهم صفة العدالة تجنب بعض الأفعال، ولو كانت مباحة ضرعا وقانونا، متى كانت تقدر في المرءة.²

وتجدر الإشارة أن دائرة المسؤولية الأدبية أكثر اتساعا من دائرة المسؤولية القانونية، لأنها لا تقتصر فقط على سلوكيات الفرد نحو غيره من الأفراد، وإنما تشمل روابط الفرد بخالقه أيضا، وأغلب حالات المسؤولية الأدبية ليس لها مظهر خارجي كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية القانونية.³

أما المسؤولية القانونية فهي التي يترتب عليها جزاء قانوني، وهي بدورها تنقسم إلى ثلاثة أنواع: مسؤولية تأديبية ومسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية.

¹ - محمد الكشيبور: المهن القانونية الحرة، انطباعات حول المسؤولية والتأمين، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 25، سنة 1991، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء، ص 30.

² - من تعريفات العدالة عند الفقهاء تعريف ابن الحاجب لها بأنها: "المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة".
أورده: العلوي الحراق: الوجيز في شرح قانون خطة العدالة، مطبعة كانابرات، الرباط، طبعة 2009.
أما المرءة فقد عرفها ابن عرفة بقوله: المرءة هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفا كترك الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافيا، وعلى ترك ما فعله من مباح يوجب ذمة عرفا كالأكل عندنا في السوق أو في حانوت الطباخ لغير الغريب. العلوي الحراق: م س، ص ...

³ - عبد القادر العرعاري: المسؤولية المدنية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة 3، سنة 2004، ص 13.

وتكون مسؤولية العدل تأديبية كلما أخل بالتزاماته المهنية المفروضة عليه طبقاً للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها.¹

تكون مسؤولية جنائية إذا كانت الأفعال التي ارتكبها تعتبر جريمة بنص قانوني، فيكون الجزاء هو العقوبة، وتهدف المسؤولية الجنائية إلى حماية كيان المجتمع وتجد سندها. في فصول القانون الجنائي خاصة؛ كجرائم النصب وخيانة الأمانة والتزوير في محررات رسمية،² وبعض الجرائم منصوص عليها في قانون خطة العدالة؛ كالمشاركة في جريمة انتحال صفة عدل،³ جريمة سمسرة الزبناء.⁴

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية التوثيق العدلي من خلال كونه يعبر بصفة عامة عن نتاج المجتمع وتطوره، وتطور المعاملات السائدة فيه، وكذلك من خلال ثقة الزبناء في الفئات

1 - تنص المادة 42 من القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة على ما يلي : "يتعرض العدل كلما ارتكب مخالفة للقواعد المقررة، أو إخلال بالواجبات المفروضة عليه طبقاً للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها لمتابعة تأديبية وفق المقتضيات المحددة في هذا القسم."

والمقتضى هذه المادة لم يعد بالإمكان متابعة العدل تأديبياً إلا بارتكابه مخالفة للقواعد والواجبات المفروضة بمقتضى النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيق هذه القوانين، سواء تعلق الأمر بنصوص المراسيم أو بقرارات وزارية. أنظر : العلمي الحراق : م س، ص 133.

2 - لبنى الوزاني : المسؤولية التأديبية للموثق على ضوء العمل القضائي، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الأولى سنة 2011، ص 6.

3 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 23 من قانون خطة العدالة على ما يلي : يعاقب كل عدل تثبت مشاركته في ذلك (تعني انتحال صفة عدل) بنفس العقوبات، بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي يمكن أن تعرض لها."

4 - تنص المادة 25 من قانون خطة العدالة على أنه :

يعاقب كل شخص قام بسمسرة الزبناء أو جلمهم، بالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بغرامة من 1000 إلى 2500 درهم. يعاقب كل عدل ثبت أنه ارتكب الأفعال المذكورة بصفته فاعلاً أصلياً أو مشاركاً، بنفس العقوبات بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي يمكن أي يتعرض لها.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

المخول لها ممارسة هذه المهنة التي تتجاوز المعقول وما هو منطقي، لذلك فإن مسؤوليتهم تحتاج للدراسة والوقوف عند حدودها.

وتتجلى أهمية دراسة العدول في كونها منظمة بمقتضى القانون الخاص بمهنة التوثيق العدلي من جهة، وبالقوانين العامة من جهة ثانية¹، لذلك جاءت هذه الدراسة لتؤطر نطاق وحدود وطبيعة هذه المسؤولية وتكشف عن الثغرات التي يمكن أن تعترض النصوص القانونية ومن ثم تقديم مقترحات لإعادة صياغتها، أو إضافتها في النظام القانوني المنظم لهذه المسؤولية، خصوصا أن العدول يعتبرون فئة ضرورية في المجتمع وذلك لارتباطهم بحياة المواطنين الخاصة منها والعامة، فلا مفر لأحد منا في ضرورة اللجوء إليهم لتوثيق معاملاتنا المدنية منها والتجارية، وبالتالي فإن الاطلاع على مسؤوليتهم أمر ضروري بالإضافة إلى كون من يرغب في امتحان هذه المهنة يجب عليه أن يكون ملما بالتزاماته من جهة ولما يترتب عن خرق هذه الالتزامات من مسؤولية من جهة ثانية ناهيك عن كون دراسة المسؤولية القانونية لهذه الفئة من شأنه وضع تصور شامل حول مسؤوليتهم.

اشكاليات الموضوع:

1 - القوانين المنظمة لمهنة العدول إضافة إلى قانون خطة العدالة قانون الالتزامات والعقود مدونة الأسرة ومدونة التسجيل والتمرير ومدونة تحصيل الضرائب والديون العمومية وقانون رقم 34.94 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دائرة الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية والقانون المتعلق بنظام الملكية المشتركة والقانون المتعلق بالإيجار المفضي لتملك العقار ومدونة الحقوق العينية والقانون الجنائي.

كذلك نجد أن هناك بعض الاتفاقيات الدولية التي تنظم هذه المهنة كالاتفاقية الدولية المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر والتعاون القضائي المنشورة في الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 7 أكتوبر 1987.

لقد أسفر الواقع العملي لمهنة العدول، عن العديد من الإشكاليات المرتبطة بمناسبة ممارسة هذه المهنة، حيث نجد كثرة الشكايات والمتابعات في حق العدول رغم ما تكتسبه هذه الفئة من الثقة والأمانة، فكان لزاما دراسة هذه الإشكاليات والمرتبطة أساسا بمسؤولية العدول سواء منها المدنية أو التأديبية أو الجنائية من خلال طرح الإشكال التالي :

- ما مدى كفاية القواعد المنظمة لمسؤولية العدول في حماية هذه المهنة ؟
- ويرتبط بهذا الإشكال عدة تساؤلات فرعية تتمثل فيما يلي :
- ما هو نطاق مسؤولية العدول الجنائية ؟
- ما هي صلاحيات وسلطا النيابة العامة في متابعة ومراقبة العدول ؟

ولدراسة هذا الموضوع سنتناوله وفق التصميم التالي :

- المطلب الأول : المخالفة المهنية كسبب لإيقاف العدل مؤقتا
- المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للعدول
- المطلب الثالث : المسؤولية التأديبية للعدول

المطلب الأول: المخالفة المهنية كسبب لإيقاف العدل مؤقتا

تعتبر المخالفة التأديبية نقطة ارتكاز تدور حولها كل دراسة متعلقة بالتأديب، وباستقراء المواد المنصوص عليها في قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، نجد أن المشرع المغربي قد أحجم عن تعريف المخالفات التأديبية التي تستوجب المخالفات التأديبية و العقاب، وعلى هذا الأساس سنحاول ملامسة تعريف المخالفة المهنية (الفقرة الأولى) على أن نتطرق بعد ذلك إلى بعض صور المخالفات المهنية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم المخالفة المهنية

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

يطلق على مفهوم المخالفة التأديبية عدة أسماء مختلفة، منها على سبيل المثال لا الحصر ، الخطأ التأديبي أو الجريمة التأديبية...هكذا حاول بعض الفقه والقضاء تحديد هذا المفهوم.

● المفهوم الفقهي : عرف محمد الأعرج المخالفة التأديبية : "بأنها الاخلال بالواجب المهني أو أكثر والتي تنتهي بثبوت خطأ المخالف وتوقيع الجزاء التأديبي عليه من قبل السلطة التأديبية المختصة وبمفهوم آخر هي كل اخلال بواجبات ومقتضيات الوظيفة سواء إيجابا أو سلبا وسواء تم التنصيص عليها قانونا أو كانت بمناسبة أدائه مقامه.

وعرفها كذلك عبد الفتاح حسن "أن الخطأ التأديبي في نطاق الوظيفة العمومية هو كل تصرف يصدر عن العامل أو الموظف أثناء أداء الوظيفة أو خارجا ويؤثر فيها بصورة قد تحول دون قيام المرفق بنشاطه على الوجه الأكمل وذلك يمكن ارتكب هذا التصرف عن إرادة أتمه.¹

وارتباطا بالمخالفة التأديبية في إطار قانون خطة العدالة يرى أحد الباحثين أن المادة 42 من القانون السالف الذكر وضع قطيعة مع المتابعات التأديبية التي تؤسس على مخالفة العدل لقواعد فقهية أو عرفية أو لقاعدة ما جرى به العمل في المذهب المالكي. فلا متابعة تأديبية في حق العدل إلا بنص قانوني أو تنظيمي.²

¹ - محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي الجزء الثاني منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة، العدد61، طبعة 2009، ص 137.

² - سليمان الطماوي، قضاء التأديب بواسطة المسؤولية التأديبية والمدنية للمفوض القضائي، دراسة نظرية وتطبيقية معززة بأحكام وقرارات قضائية حديثة ومذيلة بالنصوص القانونية المنظمة للمهنة مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، طبعة 2014، ص50.

إلا أنه في رأينا يمكن تحريك المتابعة التأديبية إذا ما خالف العدل قاعدة فقهية أو عرفية أو الراجح والمشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي حسب المادة الأولى من قانون خطة العدالة التي نصت على أنه "تمارس خطة العدالة بصفتها مهنة حرة حسب الإختصاصات والشروط المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة ويعتبر العدول من مساعدي القضاء.

تجدر الإشارة إلى أنه رغم تعدد المفاهيم الفقهية للمخالفة التأديبية أو الخطأ التأديبي أو الجريمة التأديبية حسب كل توجه، إلى أنه نرى أن الخطأ المهني الذي يمكن أن يكون موجب للمساءلة التأديبية للعدل لا يخضع من الناحية القانونية لمبدأ الشرعية على اعتبار أن المصطلحات المستعملة في هذا النطاق لا حصر لها، بخلاف ما يجري به الأمر في القانون الجنائي الذي يرتكز أساسا على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

• المفهوم القضائي

إن ما يسري على الخطأ المهني عموما ينطبق على الخطأ الذي يمكن أن يكون موجبا لمساءلة العدل، فالمشرع لم يقيم بتعريف الأخطاء أو المخالفات المهنية التي يمكن أن تكون مبررا لمتابعة العدل تأديبيا وبعد الوقوف على بعض التعاريف الفقهية تدخل القضاء المغربي بدوره في بعض القرارات القضائية ليصف بعض الأفعال التي يقدم عليها العدل بالمخالفات التأديبية معتمدا في ذلك على بعض التعاريف الفقهية ودون أن يعطي تعريفا محدد وواضحا للخطأ التأديبي. وفي هذا الصدد نورد قرار محكمة النقض الذي قضى برفض الطلب الذي تقدم به العدل، بخصوص القرار الإستئنائي الصادر تحت عدد 90 بتاريخ 2014/02/11 في الملف الشرعي عدد 2012/01/492، والذي أسس للقاعدة التالية، خطة العدالة_ عدول_

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

تلقي شهادة عقار غير محفظ، بموجب خطة العدالة يجب على العدل عند تلقيه الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ، والتأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية وليس عون رئيس الجماعة من كونه ليس ملكا جماعيا أو حسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها، والثابت من شهادة الملكية وتصريحات العدلية المتابعين أنهما لم يقوما بواجبهما المهني وفق ما يقتضيه القانون مما يجعل المآخذة والمعاقبة في حقهما قانونية¹.

ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع لم يحدد مفهوم المخالفة المهنية بنوع من الدقة وذلك راجع إلى صعوبة التكمين بما يمكن أن يرتكبه العدل من أخطاء تاركا أمر التقدير والتفصيل فيها إلى السلطة التأديبية المختصة.

○ الفقرة الثانية : صور المخالفات التأديبية

إن تعدد أشكال وصور المخالفات التأديبية التي تكون نتيجة إخلال العدل بالواجبات التي تفرضها عليه طبيعة المهنة وكذا الضوابط المحددة لمزاولة مهنة العدالة، وإذا كانت العقوبات التأديبية على سبيل الحصر فإن المخالفات التأديبية ليست كذلك نظرا لتعدد أشكالها وصورها.

أ- صور المخالفات التأديبية في ضوء القانون 16.03

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 90، المؤرخ في 11 فبراير 2014، ملف شرعي عدد 2012/01/02/492، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد، ماي 2014، مطبعة دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، ص262.

تتجسد المسؤولية التأديبية أساسا في مخالفة العدل لواجباته المهنية عند إتيانه عملا إيجابيا أو سلبيا محددًا، يعد إخلالا منه بواجباته المهنية أو خروجا على مقتضياتها والمسؤولية التأديبية هي نتيجة لمخالفة تأديبية ولا يمكن تصور هذه الأخيرة إلا إذا كان الشخص منتميا إلى هيئة مهنية معينة كالمحامين والأطباء والموظفين. ويهدف النظام التأديبي إلى معاقبة السلوكات التي تسيء إلى القواعد المفروضة على الشخص باعتبار أنه يمارس مهنة معينة ويعاقب على مخالفة القواعد والواجبات المهنية.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع المغربي تعرض للمسؤولية التأديبية في قانون 16.03 حيث خص القسم الثالث لذلك وكذلك للمسطرة الإدارية التي يتعين سلوكها في شأن العدول، وعموما يمكن رصد بعض المخالفات الموجبة للتأديب، من خلال الإخلال ببعض القواعد التي يجب على العدلية الالتزام بها أثناء قيامهما بعملهما واحترامها فيما يلي :

■ بعض القواعد المتعلقة بتلقي الشهادة.

الوثيقة العدلية قبل أن تصبح حجة كاملة ووثيقة تامة تمر في طور إنجازها بمراحل متعددة، يرتبط بعضها ببعض وينبغي آخرها على أولها وتستبق في بعضها أو جملها بإجراءات وترتيبات لا يمكن الإستغناء عنها كما أن الحاجة قد تدعو إلى نسخها وتعتبر مرحلة التلقي و الأداء من أهم المراحل¹.

¹ - العلمي الحراق : "التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة"، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2013، ص92.

وتعتبر مهمة تلقي الإشهاد واجبا يقع على العدول المنتصبين لمهنة العدالة، كما جاء في قرار من المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)- الغرفة الإدارية-قرار عدد 366 صادر بتاريخ 1978/08/25 أنه لا يجوز لا شرعا ولا قانونا للعدلين أن يمتنعا عن تلقي إشهاد دعيا له لقوله تعالى: {ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا...} ¹ يجب على العدلين تلقي الإشهاد بصفة ثنائية من قبلهما، واستثناء وفي حالة التعذر لابد من إذن القاضي المكلف بالتوثيق أو إشعاره بذلك، خلال الثلاثة أيام الموالية لتاريخ التلقي، كما يجب على العدلين الحصول على إذن القاضي المكلف بالتوثيق من أجل تلقي شهادة علمية ²، ويتعين على العدلين أيضا، التقيد بحدود دائرة النفوذ الترابي لمحكمة الاستئناف المنتصبين فيها، وتلقي الإشهاد بدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المعينين بدائرتها، ولا ينتقل خارج دائرة المحكمة الابتدائية المحدث بدائرتها إلا بإشعار القاضي المكلف بالتوثيق كتابة من طرف طالبي الشهادات ³.

كما يمنع على العدلين أيضا تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارجا عن دائرة التعامل ⁴، وهكذا فأهم الاختصاصات التي يزاولها العدول في هذا الشأن، تتعلق إما بقضايا الأسرة والميراث، أو القضايا التي لها علاقة بشؤون القاصرين،

¹ - لطيفة أهضمون " العمل القضائي المرتبط بمسؤولية الموثقين أو العدول وحرري العقود"، مجلة محكمة الإستئناف بالدار البيضاء، العدد 2 السنة 2012 ص 49.

² - المادة 14 من قانون 16.03 تنص الفقرة الخامسة على ما يلي: يجب على العدل أن تلقي الإشهاد بمكتبه كلما تعلق الأمر بشهادات خارجة عن دائرة نفوذ المحكمة الاستئناف، إلا بعد إشعار القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه من طرف طالبي الشهادات، بطلب كتابي يسجل بكتابة ضبط القاضي بسجل خاص معد لهذه الغاية يشار وجوبا في الشهادة إلى مراجع تسجيل الطلب.

³ - المادة 14 من قانون 16.03.

⁴ -تنص المادة 32 من قانون 16.03 على ما يلي: "يمنع تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارج عن دائرة التعامل".

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدرقاوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

واختصاصاتهم كذلك في توثيق العقار المحفظ وغير المحفظ وفي طور التحفيظ¹، وفي الشهادات المختلفة، وفي المسائل الإدارية المرتبطة بعملهم. ومن القواعد الجوهرية والأساسية في تلقي الإشهاد، عدم جواز الامتناع عن تلقي الإشهاد بحكم المهنة، مادام أنه لا يخرج عن دائرة التعامل القانوني، ولا يتنافى مع النظام العام والآداب العامة، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا، محكمة النقض حاليا، "لا يجوز للعدلين المنتصبين لخطة العدالة أن يمتنعا عن تلقي إشهاد دعيا له بحكم وظيفتهما سواء كان ما تلقياه صحيحا ومطابقا للواقع، أو غير صحيح ومخالف للواقع"².

• بعض القواعد المتعلقة بتقنيات التوثيق

من أهم القواعد التي أقرها الفقه في هذا الباب، أن يكون العدل الموثق حسن الكتابة قليل اللحن عالما بفقه الوثائق، لما للكلمة الواحدة من أثر في تغيير المعنى، فاشتراط الفقه شروطا صارمة في كاتب الوثيقة، وهكذا يلزم العدلين، بكتابة الشهادة تحت مسؤوليتهما في وثيقة واحدة، دون أن عيب يمكن أن يثير الشك في حجيتها، من انقطاع، أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب³. كما يجب أن تتضمن الشهادة جميع الأركان والشروط

¹ - للمزيد من التفاصيل بخصوص اختصاصات السادة العدول يرجى الرجوع إلى العلوي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، الطبعة الأولى، 2009، من الصفحة 49 إلى الصفحة 63، ومن الصفحة 99 إلى الصفحة 106.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 364 صادر بتاريخ 25 غشت 1978، منشور بمجلة القضاء القانون، عدد 130، نونبر 1980، ص120.

³ - طارق القاسمي. المسؤولية التأديبية للعدول دراسة في ضوء قانون التوثيق العدلي. المجلة الغربية للدراسات القانونية والاقتصادية. العدد يناير 2016. ص169

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

المستندات المتعلقة بها، وتعريف المشهود عليه تعريفاً كافياً، من حيث هويته وحقه في التصرف، ومدى أهليته للقيام بالتصرف إضافة إلى التعريف بالمشهود فيه¹. ونظراً للأهمية التي تكتسبها الوثيقة العدلية، فقد أصدرت وزارة العدل عدة منشورات ودوريات ركزت فيها على احترام الضوابط التوثيقية والقواعد الفقهية للوثائق العدلية، وحثت القضاء والعدول على ضبط الإجراءات التوثيقية، وإيلائها المزيد من العناية، فالوثيقة الحسنة هي التي يتسم أسلوبها بالبساطة والوضوح، ويتجنب فيها الغموض وركاكة الأسلوب، وهي أيضاً التي يعتمد فيها الإيجاز وتفادي الحشو والتلفيف والإطناب والتكرار، وهي فضلاً عن ذلك التي تتصف بسلاسة الأسلوب مع السلامة من اللحن، وفي هذا السياق تنال الفقه مجموعة من القواعد في هذا الباب².

• بعض القواعد المتعلقة بكيفية التعامل مع المتعاقدين

إن مهمة تقديم النصائح والإرشادات واطلاع المتعاقدين على الآثار الآتية والمستقبلية لعقودهم، يتطلب في من يقوم بالعمل التوثيقي الإمام الواسع بمختلف الميادين التي لها علاقة بالتوثيق. ومن بين أهم القواعد التي يلزم على العدل احترامها، والتي تم التنصيص عليها في قانون خطة العدالة، ضرورة احترام العدلين للتعريف المحددة والملحقة بالمرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة، كما يتعين على العدلين تسليم المتعاقد وصلاً مرقماً مستخرجاً من كناش ذي جذور مرقم ومؤشر عليه من لدن القاضي المكلف بالتوثيق³. الحفاظ على أسرار المتعاقدين طبقاً للمادة

¹ - يرجى الرجوع إلى المادة 31 من قانون 16.03.

² - للمزيد من التفصيل يرجى الرجوع إلى محمد الشناوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، الطبعة الأولى، 2001، ص 28 وما بعدها.

3 - المادة 21 من قانون 16.03.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

الثانية من القانون 16.03 التي تنص على أنه "يتعين على كل عدل التحلي بالأمانة والوقار والحفاظ على شرف المهنة وأسرار المتعاقدين" والحفاظ كذلك على وثائقهم ابتداء من تاريخ الخطاب عليه. والمستندات الإدارية التي تسلمها منه قصد إنجاز الشهادة، وذلك لمدة خمس سنوات إبتداء من تاريخ التلقي.

ومن تم يتحتم على العدل الموثق إسداء النصح للأطراف، وإن إلتزم المشرع الصمت حول واجب إسداء النصح للمتعاقد في قانون 16.03، لا يجعل العدل بمنأى عن المسؤولية إذا لم يقدم النصائح الكافية للمتعاقد لأن هذا الإلتزام وإن لم يورد بشأنه نص، فهو واجب تفرضه طبيعة مهنة التوثيق وأعرافها¹. كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها، قبل الكتابة وأثناءها وبعدها، احتراماً للمقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للعدول

قد يرتكب العدل أفعالاً يعتبرها القانون الجنائي مجرمة، وهي جرائم لا يمكن أن ينتج عنها التوقيف المؤقت للعدل من طرف الوكيل العام للملك، إلا إذا ارتكبت أثناء ممارسته لمهنته، وبالتالي فالجرائم الأخرى غير المرتبطة بمهنته ليست أساساً ليتابع عنها تأديبياً.

وقد نظم المشرع الجرائم التي يرتكبها العدل في كل من القانون الجنائي (أولاً)، والقانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة (ثانياً).

الفقرة الأولى : الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي

1 - محمد الربيعي، "الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم" دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتوثيق العصري: الطبعة الأولى، مطبعة الوراقة الوطنية بمراكش 2008، ص.206

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدراوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

يتابع العدل بعدة جرائم أثناء ممارسته لمهنته في القانون الجنائي، أحيانا يتابع بوصفه موظفا عموميا، وأحيانا بصفته عدلا.

أولا : الجرائم التي يتابع فيها بصفة موظفا عموميا

ينص القانون الجنائي على جرائم ترتكب من طرف العدل ويتابع عنها حتى ولو كان الفصل المنظم لا يشترط صفة العدل وإنما صفة الموظف العمومي.

1 - اكتساب العدل لصفة الموظف العمومي في القانون الجنائي

عرف القانون المغربي الموظف العمومي في الفصل الثاني من قانون الوظيفة العمومية¹ بأنه: "يعد موظفا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة".

بينما عرف الفصل 224 من القانون الجنائي المغربي الموظف العمومي على أنه: "يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام، وتراعى صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها."

ونلاحظ من خلال هذا التعريف الجد موسع، بأن صفة موظف عمومي واسعة، يلزم بها القاضي الجنائي حينما يبحث عن مفهوم الموظف العمومي، ولا يمكنه الرجوع إلى تعريف قانون الوظيفة العمومية وإلا عرض حكمه للطعن.

1 - ظهر شريف رقم 1.58.008 يتعلق بقانون الوظيفة العمومية

يكتسي الفصل 224 من القانون الجنائي أهمية من نوع خاص، لأنه يضع بالنسبة للقانون الجنائي كله تعريفا للموظف يسري على تطبيق العقوبات المخصصة لجرائم الرشوة واستغلال النفوذ والغدر¹، وغيرها من الجرائم. فالفصل 224 من القانون الجنائي يحدد تعريف الموظف العمومي كتعريف عام خاص بأحكام التشريع الجنائي المغربي².

رغم أن مهنة العدل مهنة حرة، ولها نظام خاص، فإن العدل حينما يرتكب الجرائم المنصوص عليه في القانون الجنائي، قد يتابع عنها بصفته موظفا عموميا.

2 - نماذج من الجرائم التي يتابع فيها العدل بصفة موظف عمومي

سنكتفي بأهم الجرائم التي قد يرتكبها العدل ويتابع عنها بصفته موظفا عموميا دون أن يخصه القانون الجنائي بصفة العدل.

أ - جريمة الاختلاس: نظم المشرع المغربي جريمة الاختلاس في الفصلين 241 و242 و242 مكرر من القانون الجنائي³. ويتمثل النشاط المادي لجريمة الاختلاس طبقا للفصل 241 من القانون الجنائي⁴ في فعل الاختلاس أو التبيد أو الاحتجاز بدون

¹ - وزارة العدل، القانون الجنائي في شروح، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، دار نشر المعرفة، 1990، ص 265.

² - حسن الفكهاني، سعيد الفكهاني، حامد الحرفه، التعليق على القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1992-1993، ص 110.

³ - ادريس الحياتي، دروس مختصرة في القانون الجنائي الخاص المغربي، مطبعة semi print اكادير، الطبعة الأولى، 2023، ص 91 وما يليها.

⁴ - ينص الفصل 241 من القانون الجنائي "يعاقب بالسجن من خمس إلى عشرين سنة وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم كل قاض أو موظف عمومي بدد أو اختلس أو احتجز بدون حق أو أخفى أموالا عامة أو خاصة أو سندات تقوم مقامها أو حججا أو عقودا أو منقولات موضوعة تحت يده بمقتضى وظيفته أو بسببها.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

حق أو الإخفاء لأموال معينة حددها الفصل 241 ق.ج، ما يهيم العدل فيها الحجج أو العقود أو المنقولات الموضوعة تحت يده، وبحكم مهنته.

ويتطلب الركن المادي في الفصل 242 من القانون الجنائي¹ الإلتلاف وهو تعطيل منفعة شيء معين بذاته، أو التبريد. ويجب أن يقع الفعل المادي على أحد المحلات التالية: المستندات، الحجج، العقود، والمنقولات، كما يجب أن يكون محل الجريمة مما أؤتمن عليه أو وجه إليه بسبب مهنته.

وبالنسبة للفصل 242 مكرر من القانون الجنائي² يتخذ الركن المادي شكل فعل الإهمال الخطير، الذي يترتب عنه ارتكاب الغير أحد الأفعال المنصوص عليها في الفصلين 241 و242 من القانون الجنائي.

ب - جريمة إفشاء السرياني

فإذا كانت الأشياء المبددة أو المختلسة أو المحتجزة أو المخفأة تقل قيمتها عن مائة ألف درهم، فإن

الجاني يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من ألفين إلى خمسين ألف درهم."

¹ - ينص الفصل 242 من القانون الجنائي: "كل قاض أو موظف عمومي أتلّف أو بدد مستندات أو حججا أو عقودا أو منقولات أؤتمن عليها بصفته تلك، أو وجهت إليه بسبب وظيفته، وكان ذلك بسوء نية أو بقصد الإضرار، فإنه يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات."

² - ينص الفصل 242 مكرر من القانون الجنائي: "كل إهمال خطير صادر عن قاض أو موظف عمومي، نتج عنه ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في الفصلين 241 و242، من طرف الغير، يعاقب عليه بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وبغرامة من ألفي درهم إلى عشرين ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين.

تضاعف العقوبة إذا تجاوزت قيمة الأشياء المبددة أو المختلسة أو المحتجزة أو المخفأة مائة ألف درهم."

تعتبر المحافظة على أسرار الزبناء من أهم الالتزامات التي يتحملها العدل، وقد نص الفصل 446¹ على جريمة إفشاء السر المهني بشكل عام دون أن يحدد صفة العدل، بل حدد صفات أخرى وأتبعها بعبارة "كل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار"، ويمكن اعتبار العدل ضمن الأمناء على الأسرار بحكم مهنتهم.

لم يحدد الفصل 446 من القانون الجنائي المقصود بالسر المهني، ويعرف عموماً بأنه كل ما يتوصل إليه المؤمن عن الأسرار، سواء كان بواسطة صاحب السر أو من خلال مزاولة المؤمن لنشاطه المهني²، وينطبق هذا التعريف على العدل، الذي يجب متابعته بنجحة إفشاء السر المهني مما يسمح للوكيل العام للملك بتوقيفه مؤقتاً.

¹ - ينص الفصل 446 من القانون الجنائي: "الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة، وكذلك الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار، بحكم مهنته أو وظيفته، الدائمة أو المؤقتة، إذا أفشى سرا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له فيها القانون أو يوجب عليه فيها التبليغ عنه، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم.

غير أن الأشخاص المذكورين أعلاه لا يعاقبون بالعقوبات المقررة في الفقرة السابقة:
1 - إذا بلغوا عن إجهاض، علموا به بمناسبة ممارستهم مهنتهم أو وظيفتهم، وإن كانوا غير ملزمين بهذا التبليغ؛

2 - إذا بلغوا السلطات القضائية أو الإدارية المختصة عن ارتكاب أفعال إجرامية أو سوء المعاملة أو الحرمان في حق أطفال دون الثامنة عشرة أو من طرف أحد الزوجين في حق الزوج الآخر أو في حق امرأة¹، علموا بها بمناسبة ممارستهم مهنتهم أو وظيفتهم.

إذا استدعي الأشخاص المذكورون للشهادة أمام القضاء في قضية متعلقة بالجرائم المشار إليها في الفقرة أعلاه، فإنهم يكونون ملزمين بالإدلاء بشهادتهم، ويجوز لهم، عند الاقتضاء، الإدلاء بها كتابة".

² - محمد الربيعي، حماية السر المهني في مجال التوثيق، مجلة الإشعاع، يونيو 2008، عدد 33، ص

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

وتشمل جنحة إفشاء السر المهني من طرف العدل الأسرار التي يودعها لديه الزبون وتلك التي يتوصل إليها وهو يقوم بنشاطه المهني¹.

ثانيا : الجرائم التي يتابع بصفته عدلا

يمكن أن يتابع العدل بجريمة في القانون الجنائي بضرورة توافر عنصر مفترض في الجريمة بصفته عدلا، وبالتالي يمكن أن يكون محلا للتوقيف المؤقت من الوكيل العام للملك خاصة وأنها لا يمكن ارتكابها إلا أثناء مزاولته لمهنته.

1 - جريمة التزوير

¹ - محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتوثيق العصري، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008، ص 206.

خص القانون الجنائي جريمة المحررات الفصول 351 إلى 367 من القانون الجنائي¹، وقد تطلب فيها القانون ضرورة توافر صفة العدل في فصلين هما 352² و353³ من القانون الجنائي.

لقد نص الفصل 351 من ق ج على أنه: "تزوير الأوراق هو تغيير الحقيقة فيها بسوء نية، تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا متى وقع في محرر بإحدى الوسائل المنصوص عليها في القانون".

1 - فرق القانون الجنائي بين خمسة أنواع من التزوير وهي:
- التزوير الذي يرتكبه قاض أو موظف عمومي موثق أو عدل (الفصل 352 و353 من القانون الجنائي).

- التزوير الذي يرتكبه أي شخص في الأوراق الرسمية (الفصل 354 من القانون الجنائي).

- التزوير في محرر تجاري أو بنكي (الفصل 357 من القانون الجنائي).

- التزوير في الأوراق العرفية (الفصل 358 من القانون الجنائي).

- تزوير أنواع خاصة من الوثائق الإدارية والشهادات (الفصول من 360 إلى 367 من القانون الجنائي).

2 - ينص الفصل 352 من القانون الجنائي على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل قاض أو موظف عمومي وكل موثق أو عدل ارتكب، أثناء قيامه بوظيفته، تزويرا بإحدى الوسائل الآتية:

- وضع توقيعات مزورة؛

- تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع؛

- وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص آخرين؛

- كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات أو المحررات العمومية، بعد تمام تحريرها أو اختتامها".

3 - ينص الفصل 353 من القانون الجنائي على أنه: يعاقب بالسجن المؤبد كل واحد من رجال القضاء أو الموظفين العموميين أو الموثقين أو العدول ارتكب، بسوء نية، أثناء تحريره ورقة متعلقة بوظيفته، تغييرا في جوهرها أو في ظروف تحريرها، وذلك إما بكتابة اتفاقات تخالف ما رسمه أو أملاه الأطراف المعنيون، وإما بإثبات صحة وقائع يعلم أنها غير صحيحة، وإما بإثبات وقائع على أنها اعترف بها لديه، أو حدثت أمامه بالرغم من عدم حصول ذلك، وإما بحذف أو تغيير عمدي في التصريحات التي يتلقاها.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

تتكون جريمة التزوير المرتكبة من طرف العدل من ثلاثة أركان يمكن استخلاصها من خلال استقراءنا لمقتضيات الفصل 351 من القانون الجنائي :

الركن الخاص : وهو الصفة، يجب أن يكون الفاعل عدلا

الركن المادي : المتمثل في تغيير الحقيقة في محرر رسمي بإحدى الطرق المنصوص عليها في القانون الجنائي¹

الركن المعنوي : وهو القصد الجنائي، وهو ما عبر عنه المشرع حينما اعتبر التزوير بمثابة تغيير الحقيقة بسوء نية.

لقد حدد الفصلان 352 و353 من القانون الجنائي وسائل ارتكاب العدل للتزوير وهي على الشكل التالي²:

- * الوسائل المنصوص عليها في الفصل 352 من القانون الجنائي هي:

-- وضع توقيعات مزورة : ويقصد بها أن يضع الفاعل على المحرر الرسمي توقيعاً منتحلاً لشخص آخر.

-- تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع: وهي تعتبر طريقة ذات معنى واسع، فهي تعني كل أساليب التشويه المادي التي تتصور بالنسبة للمحرر بعد الفراغ من تحريره. وهي تشمل تغيير المحرر بأكمله أو مجرد التغيير للكلمات أو مجرد التغيير في التوقيع.

- وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص آخرين:

¹ - نور الدين العمراني، المسؤولية الجنائية للموثق والعدل من تزوير المحررات، مجلة الأملاك العدد 1. 2006. ص 180

² - ادريس الحباني، مرجع سابق، ص 105 وما يليها.

- في هذه الوسيلة يتم التزوير عن طريق وضع أسماء أشخاص وهميين، أو استبدال أسماء أشخاص بأسماء أشخاص آخرين وذلك أثناء التحرير.

-- كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات والمحركات العمومية، بعد تمام تحريرها أو اختتامها هذه الوسيلة تكون بعد الانتهاء من التحرير، بإضافة كتابة أو إقحامها في سجل أو محرر. وتتم إما بملاً الفراغ بين الكتابة بإضافة أو إقحام كلمة ما أو رقم معين أو بيان من البيانات لم يكن موجوداً من قبل.

- * وسائل التزوير المنصوص عليها في الفصل 353 من القانون الجنائي

- تهم قيام العدل أثناء تحريره لورقة متعلقة بمهنته بتغيير جوهرها أو بإحداث تغيير في ظروف تحريرها، وذلك:

-- إما بكتابة اتفاقات تخالف رسمه أو أملاه الأطراف المعنيون.

- وإما بإثبات صحة وقائع يعلم أنها غير صحيحة

- وإما بإثبات وقائع على أنها اعتراف بما لديه أو حدثت أمامه بالرغم من عدم حصول ذلك.

- وإما بحذف أو تغيير في التصريحات التي يتلقاها.

2- جريمة خيانة الأمانة

نظم جريمة خيانة الأمانة الفصل 547 من القانون الجنائي¹، ولم يشترط

فيها صفة العدل لأنها جاءت عامة.

¹ - ينص الفصل 547 من القانون الجنائي: "من اختلس أو بدد بسوء نية إضراراً بالمالك أو واضع اليد أو الحائز، أمتعة أو نقوداً أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقاً من أي نوع تتضمن أو تنشئ التزاماً أو إبراء كانت سلمت إليه على أن يردها أو سلمت إليه لاستعمالها أو استخدامها لغرض معين، يعد خائناً للأمانة ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم.

ونظمها الفصل 1549¹ من القانون الجنائي، تعتبر جريمة خيانة الأمانة من الجرائم الخطيرة. ولكي تتحقق جريمة خيانة الأمانة من طرف العدل لا بد من توفر شرط مفترض وأركان الجريمة الثلاث². يتخذ الركن المادي صورة الاختلاس بتحويل العدل حيازة الشيء وإضافته إلى ملكه بعد أن كان حائزا له، أو صورة التبيد بأن يخرج به العدل الشيء الذي أوّتمن عليه من حيازته كله أو بعضه، باعتباره مملوكا له، ويجب أن يقع الاختلاس أو التبيد على مال منقول مملوك للغير³، وأن يوقع فعل الاختلاس أو التبيد أضرارا بالمالك أو الحائز أو واضع اليد على المال المنقول.

وإذا كان الضرر الناتج عن الجريمة قليل القيمة، كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى مائتين وخمسين درهما، مع عدم الإخلال بتطبيق الظروف المشددة المقررة في الفصلين 549 و550"

1 - الفصل 549 من القانون الجنائي: ترفع عقوبة خيانة الأمانة إلى الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، في الحالات الآتية:

- إذا ارتكبتها عدل أو حارس قضائي أو قيم أو مشرف قضائي، وذلك أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها.
- إذا ارتكبتها الناظر أو الحارس أو المستخدم في وقف، إضرارا بهذا الأخير.
- إذا ارتكبتها أجير أو موكل، إضرارا بمستخدمه أو موكله.

2 - عبد الغافي عابد، الجرائم المرتكبة من طرف العدول على ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الجنائي المغربي، بحث لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الخاص، العلوم والمهن الجنائية، جامعة محمد الخامس، كلية سلا، 2011/2012 ص45

3 - وقد حدد الفصل 547 من القانون الجنائي المال المنقول بأنه:

الأمتعة.

النقود.

البضائع.

المستندات.

الوصلات.

الأوراق من أي نوع تتضمن أو تنشئ التزاما أو إبراء.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

لقد حدد القانون الجنائي صفة العدل في جريمة خيانة الأمانة كظرف مشدد حينما نص الفصل 549 من القانون الجنائي¹ على أنه ترفع عقوبة خيانة الأمانة إلى الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، إذا ارتكها عدل.

ويترتب عن متابعة العدل بجريمة خيانة الأمانة توقيفه مؤقتا من طرف الوكيل العام للملك ومتابعته تأديبيا.

وقد قضت غرفة المشورة باستئنافية اكادير على أنه "وحيث أنه من الثابت من وقائع القضية ومعطياتها أن العدل المتابع قد أدين بسنة واحدة ونصف حبسا نافذا وغرامة نافذة قدرها ألف درهم من أجل جنحة خيانة الأمانة بمناسبة قيامه بوظيفته الأفعال المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 549 من القانون الجنائي وذلك حسب الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بانزكان بتاريخ 2020/08/13 في الملف الجنحي عدد 2020/1262، وهو الحكم المؤيد في الدعوى العمومية حسب القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف باكاير تحت عدد 3390 بتاريخ 2021/03/02 في الملف عدد 2020/2601/2914، هذا القرار الذي أصبح نهائيا ومكتسبا لقوة الشيء المقضي به لعدم الطعن فيه بالنقض داخل الأجل القانوني حسب الإشهاد بعدم الطعن بالنقض المؤرخ في 2021/06/24....

¹ - ينص الفصل 549 من القانون الجنائي: "ترفع عقوبة خيانة الأمانة إلى الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من مائتي إلى خمسة آلاف درهم، في الحالات الآتية:

- إذا ارتكها عدل أو حارس قضائي أو قيم أو مشرف قضائي، وذلك أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها.

- إذا ارتكها الناظر أو الحارس أو المستخدم في وقف، إضرارا بهذا الأخير.

- إذا ارتكها أجير أو موكل، إضرارا بمستخدمه أو موكله.

في الموضوع بمؤاخذة العدل المتابع... من اجل المخالفة المهنية المنسوبة إليه ومعاقبته عنها بعقوبة العزل عن ممارسة المهنة"¹.

الفقرة الثانية: الجرائم المنصوص عليها في القانون 16.03

نص قانون 16.03 المنظم لخطة العدالة على جرائم أخرى لم ينص عليها القانون الجنائي، وهي أيضا تدخل ضمن المتابعة بجنحة التي يوقف مؤقتا على أساسها الوكيل العام للملك العدل. ويمكن أن نذكر من تلك الجرائم، جريمة انتحال صفة، وسمسة الزبناء.

أولا: جريمة انتحال صفة

نصت المادة 23 من قانون 16.03 على ما يلي: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 381² من القانون الجنائي- كل شخص نسب لنفسه علانية من غير حق صفة عدل أو زاول مهام العدول دون أن يكون مؤهلا لذلك.

- كل شخص لا حق له في صفة عدل وانتحلها أو استعمل أية وسيلة ليوهم

الغير أنه يزاول مهنة العدالة، أو أنه مستمر في مزاولتها أو مأذون له فيها.

يوقف توقيفا مؤقتا كل عدل تبنت مشاركته في جريمة انتحال صفة،

بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي يمكن أن يتعرض لها.

ثانيا: جريمة سمسة الزبناء

¹ - قرارغرفة المشورة باستئنافية اكادير رقم 841 ، بتاريخ 2022/03/09 ، ملف عدد 2021/1125/100 ، قرار غير منشور.

² - ينص الفصل 381 من القانون الجنائي على ما يلي "من استعمل أو ادعى لقباً متعلقاً بمهنة نظمها القانون أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العامة شروط اكتسابها، دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل ذلك اللقب أو تلك الشهادة أو تلك الصفة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتينوغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يوجد نص خاص يقرر عقوبة أشد.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدرقاوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

تعتبر المادتان 124¹ و 225² من القانون 16.03 أساسا للركن القانوني لجريمة سمسرة الزبناء، وقد نص القانون المنظم لمهنة العدول على جريمة سمسرة الزبناء على أساس أن مهنة العدل مهنة نبيلة، وهو ما يميزها عن المهن التجارية.

المطلب الثالث: المسطرة التأديبية للعدول

لقد نظم المشرع القواعد المتعلقة بتحريك مسطرة التأديب في القوانين المنظمة للمهن، ما يفرض علينا تناولها في نقطتين، تتعلق الأولى بشرعية إجراء التوقيف وتحريك المسطرة التأديبية (الفقرة الأولى) على أن نتناول في (الفقرة الثانية) غرفة المشورة والتوقيف المؤقت بسبب جنائية أو جنحة.

الفقرة الأولى: شرعية إجراء توقيف العدل وتحريك المسطرة التأديبية

أولا: شرعية إجراء توقيف العدل

تعتبر النيابة العامة هيئة قضائية من نوع خاص وتسمى بالقضاء الواقف، فهي تقوم بتمثيل المجتمع والدفاع عن المصلحة العامة من خلال إقامة الدعوى العمومية³.

وإذا كانت مهمة النيابة العامة هي تمثيل المجتمع في إقامة الدعوى العمومية فهل يجب عليها أن تقوم بهذه المهمة وتتابع المجرم كلما وصل إلى علمها ارتكاب جريمة أو

¹ - لا يجوز للعدل أن يمارس أي عمل يستهدف جلب الزبناء، ولا أن يقوم بأي إشهار كيفما كانت وسيلته، مع مراعاة مقتضيات المادة 16 أعلاه.

² - يعاقب كل شخص قام بسمسرة الزبناء أو جلبهم، بالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بغرامة من 1.000 إلى 2.500 درهم. يعاقب كل عدل ثبت أنه ارتكب الأفعال المذكورة بصفته فاعلا أصليا أو مشاركا، بنفس العقوبات بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي يمكن أن يتعرض لها.

³ - الدكتور عبد السلام بن حدو، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، الطبعة الرابعة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2001 ص 107.

تستطيع على العكس من ذلك أن تتجاهل القضية وتترك الجريمة بدون متابعة¹. في هذه الحالة يوجد أسلوبان :

الأول : وهو الأسلوب المعروف بالقانوني وبمقتضاه يتوجب على النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بمجرد علمها بارتكاب جريمة ما ضد الشخص الذي نسب إليه في المحضر أو الوشاية أو الشكاية ... حتى ولو كانت أدلة الإدانة عنها غير كافية أو غير صحيحة أو مشكوك فيها أو حتى غير موجودة بسبب خلو المسطرة من أية إشارة إليها².

والثاني : وهو الأسلوب التقديري أو أسلوب ملاءمة المتابعة وبمقتضاه لا يفرض على النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بمجرد ما ترد عليها محاضر أو وشايات أو وثائق أو بلاغات ... تفيد اقرار جريمة من طرف شخص ما، وإنما تترك لها سلطة تقديرية معتبرة في تحريك الدعوى العمومية من عدمها بناء على ملاءمة ذلك للصالح العام أو العكس³. وهذه الملاءمة تتحدد بدلالة عدة عناصر (متغيرات) كتفاهة الجريمة المرتكبة رغم وجود أدلة ضد مرتكبها، أو عدم كفاية الأدلة⁴ ضد شخص ينسب إليه اقرار جريمة والذي سيؤدي حتما للتبرئة أمام المحكمة حيث يكون ملائما في هاتين الحالتين - وغيرها المشابهة - عدم المتابعة عنها.

1- الدكتور عبد السلام بن حدو، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، م. س. ص 110.

2- عبد الواحد العلمي، "شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 101-102.

3- عبد السلام بن حدو "الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية" م س ص 117.

4- أحمد الخمليشي "شرح قانون المسطرة الجنائية" الطبعة الأولى، مكتبة المعارف (الرباط) 1985

وهذا الأخير تستعمله النيابة العامة عن طريق عمليتين ذهنيتين : تبدأ بفحص مشروعية المتابعة ثم تنتقل إلى فحص ملاءمة المتابعة.

ففحص مشروعية المتابعة، يقصد به التثبت من وجود الجريمة ثم المسؤولية. سواء الجنائية منها أو التأديبية وكون الدعوى مقبولة، فمن ناحية وجود ذلك الجرم أو الخطأ المهني الذي إرتكبه العدل، فإن النيابة العامة تقوم بدراسة الوقائع والأفعال التي تم اقترافها من طرف المتهم، ثم تحاول أن تخضعها لنص عقابي يجرمها وذلك بعد أن يتم التأكد من أن الجريمة أو المخالفة موضوع الدراسة متوفر فيها جميع الأركان القانونية المنصوص عليها، ومن خلال دراسة الوجود القانوني للجريمة أو المخالفة التأديبية للعدل، يتضح للنيابة العامة في شخص الوكيل العام للملك الصفة التي سيلاحق بها العدل، والتي تكون صفة الفاعل الأصلي في الدعوى العمومية، أو في المتابعة التأديبية. لينتقل بعد ذلك لدراسة مسؤولية العدل في إطار التكييف الأولي، حيث يقوم بالتأكد من عدم وجود سبب من أسباب الإباحة، او مانع من موانع المسؤولية وإذا تأكد من وجودها أصدر أمراً بحفظ الملف، فيكون أمره هذا تطبيقاً لمبدأ الملاءمة.

ولاستكمال فحص مشروعية المتابعة على النيابة العامة أن تتأكد من كون الدعوى العمومية أو المتابعة التأديبية مقبولة النظر أمام القضاء، ثم يدرس مدى إنعدام أسباب سقوط الدعوى العمومية والتي بتحقيقها تمنع النيابة العامة من إحالة القضية على هيئة الحكم إذا كان السبب قد حصل أثناء هذه المرحلة وبالتالي اتخاذ قرار بحفظ الملف بصفة نهائية وقد تولى قانون المسطرة الجنائية تحديد أسباب سقوط الدعوة العمومية وذلك على سبيل الحصر في المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية والتي نصت على أنه تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدرقاوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

وبالقادم وبالعمو شامل، وبنسخ مقتضيات القانون الجنائي التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتساب قوة الشيء المقضي به، وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.

تسقط أيضا بتنازل المشتكي عن شكايته، إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المتابعة التأديبية في حق العدل تتقادم بمرور ثلاث سنوات إبتداء من تاريخ ارتكاب المخالفة وتتقادم الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا². لينتقل بعد ذلك إلى فحص ملاءمة المتابعة.

وإذا انتهت النيابة العامة من رفع الدعوى العمومية لها حق ممارستها ومباشرتها إلى حين صدور بات وذلك بعد أن يختار عضو النيابة العامة الذي انتهى من فحص مشروعية المتابعة بتوافر شروطها القانونية، بين أن تقوم المتابعة في حق العدل أو حفظها وذلك بعد عملية مفاضلة ذهنية بين هذا الاختيار أو ذاك على أساس المصلحة العامة³.

ثانيا : تحريك المسطرة التأديبية

بالرجوع إلى القانون المتعلق بخطة العدالة 03.16 فإن مسطرة تأديب العدل يبدأ سريانها في حقه بإجراء النيابة العامة لدا محكمة الاستئناف بحثا أوليا في كل

¹ - الدكتور محمد أهداف، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى مطبعة سجلماسة مكناس، 2012/2011، ص. 256-257.

² - الدكتور محمد البوشواري، التوثيق العدلي (مبادئ أولية)، الطبعة الأولى، بدون ذكر مطبعة 2005 ص.98.

³ - هشام الهلاني، مسؤولية العدول، بحث لنيل شهادة الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرز بفس، السنة الجامعية 2012/2013، ص.14.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/ سعيد الدرقاوي، الباحثة/ أسماء أشتوك

شكاية تتعلق بإخالات مهنية ارتكها عدل، مع الاستئناس برأي القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه العدل المشتكى به، ما لم يكن هو الذي أثار المخالفة، وكذا برأي المجلس الجهوي للعدول بدائرة محكمة¹ استئناف التي ينتهي إليها العدل. المسؤولية التأديبية للعدول - بينة التوثيق والحقوق ويتعرض العدل لمتابعة تأديبية كلما ثبت عند النيابة العامة أنه ارتكب مخالفة للقواعد المقررة أو إخلال بالواجبات المفروضة عليه طبقا للنصوص² وقد تسفر هذه المتابعة عن إدانة القانونية أو التنظيمية المعمول بها، العدل، فيعاقب تبعا لذلك بحسب درجة مخالفته إما بالإنذار أو التوبيخ³ أو الإقصاء المؤقت عن العمل لمدة لا تتجاوز سنة⁴ أو العزل. وال يمكن أن يتعرض العدل إلى المتابعة التأديبية في حالات التقادم التي تتحدد بمرور ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب المخالفة؛ أو بتقادم⁵ الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا. بينما يمكن أن يتعرض العدل إلى المتابعة التأديبية عن الأفعال التي⁶ ارتكها قبل تقديم استقالته التي تم قبولها. ولا يحول تعرض العدل إلى المتابعة التأديبية - أولا - دون أن تتحرك في حقه الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو المتضررين، زجرا للأفعال⁷ التي تكون جنحا أو جنايات. وتتم متابعة

1- المادة 41 من قانون 03.16 المتعلق بخطة العدالة.

2- المادة 42 من قانون 03.16 المتعلق بخطة العدالة.

3- المادة 43 من قانون 03.16 المتعلق بخطة العدالة.

4- خصوص الإشكالات التي يطرحها تداخل مدد الإقصاءات المؤقتة في حالة تعدد العقوبات، انظر: _العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، مكتبة دار السالم، الرباط، طبعة 2009، ج 1، ص 325.

5- الفقرة الأولى من المادة 44 من قانون 03.16.

6- المادة 45 القانون 16.03.

7- المادة 46 من القانون 16.03.

العدل تأديبيا بأن يحيل الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف المعين العدل بدائرة نفوذها المتابعة التأديبية إلى محكمة الاستئناف التي تبت في غرفة المشورة وهي مكونة من خمسة أعضاء، بعد استدعاء الأطراف المعنية لسماع ملاحظاتهم وتلقي الملتزمات الكتابية¹ للوكيل العام للملك، وتطبق قواعد المسطرة العادية على هذه المتابعة. ويعد قرار غرفة المشورة قابلا للطعن بالنقض من طرف الوكيل العام للملك والعدل المحكوم عليه تأديبيا وفقا للشروط والقواعد والأجال² العادية. المسؤولية التأديبية للعدول - بينة التوثيق والحقوق وإذا ما صدر قرار محكمة النقض فإن العدل يتعين عليه إذا ما صدرت في أو أوقف، أو أعفي من عمله، أو حقه عقوبة العزل، أو الإقصاء المؤقت، أسقط من الخطة، أن يكف عن مزاوله عمله بمجرد تبليغ المقرر إليه بقصد التنفيذ، وأن يسلم فوراً مذكرة الحفظ الخاصة به إلى القاضي المكلف بالتوثيق لختمها وحفظها بكتابة الضبط لديه، على أن ترد له بعد انتهاء مدة³ الإقصاء المؤقت أو الإيقاف، أو عند زوال سبب الإعفاء. لكن من الناحية العملية فإن عودة العدل إلى مهنته بعد انتهاء العقوبة يصطدم في كثير من الأحيان بإجراءات معقدة ومساطر لا نرى لها موقفاً، ما دام العدل قد أثبت ما يفيد انقضاء عقوبته.

والملاحظ أن ما يمكن تسجيله في هذه المرحلة الأولى من المتابعة التأديبية للعدل هو قلة الضمانات الممنوحة له في مقارنتها مع تلك المنصوص عليها في قانون المحاماة، فمن جهة المشرع لم يحدد آجالاً محدد لرفع المتابعة أمام محكمة الاستئناف من طرف الوكيل العام للملك في حين تم حصر آجال 15 يوم في عرض أية شكوى تقدم

¹ - المادة 47 من القانون 16.03.

² - الفقرة الأولى من المادة 49. قانون 16.03.

³ - المادة 51 من القانون 16.03.

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

من قبل المتضرر أو الوكيل العام أمام مجلس الهيئة ومعلوم أن عدم تحديد الآجال قد يؤدي إلى تماطل الوكيل العام للملك في عرض القضية على محكمة الاستئناف خصوصا أمام ثقل المهام المسندة إليه ثم إنه من جهة أخرى قد تم تخويل الوكيل العام للملك إمكانية توقيف العدل بمجرد فتح المتابعة ضده بموجب المادة 48 من القانون 16.03 وعلقت هذا التوقيف على إذن من وزير العدل مما يجعل العدل المعني يفقد الصفة في مزاولة مهنته لمدة 3 أشهر من تاريخ الإيقاف في حالة عدم صدور قرارا المتابعة¹. ولا يخفى على أحد طول مدة 3 أشهر وما تلحقه من آثار سلبية على الحياة المهنية للعدل بالإضافة إلى المس بسمعته المهنية.

الفقرة الثانية : غرفة المشورة والتوقيف المؤقت بسبب جنائية أو جنحة
إذا كان الوكيل العام للملك هو الذي يصدر قرار التوقيف المؤقت للعدل، فإن غرفة المشورة تلعب دورا في المتابعة التأديبية.
سنحاول الوقوف على القواعد القانونية لغرفة المشورة في المتابعة التأديبية، وخطورة التوقيف المؤقت المبني على ارتكاب جنائية أو جنحة على حقوق العدل.

أولا : قواعد غرفة المشورة في المتابعة التأديبية
منح المشرع سلطات واسعة للوكيل العام للملك في حالة متابعة العدل بجنحة أو جنائية، فيمكن للوكيل العام للملك، حسب المادة 48 من القانون 16.03 ، أن يوقف العدل مؤقتا عن العمل.

¹ - محمد الشتوي المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لحقوق العدالة الطبعة الأولى 2001، ص

لقد نصت الفقرات من الخامسة إلى الثامنة من المادة 48 على مآل التوقيف المؤقت في حالة متابعة العدل من أجل جنائية أو جنحة.

ففي حالة متابعة العدل الموقوف مؤقتا عن عمله من أجل جنحة تمس شرف المهنة، فإنه يستأنف عمله تلقائيا وبقوة القانون بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ إيقافه وإدلائه بشهادة موقعة من قبل رئيس كتابة الضبط تفيد عدم صدور قرار بالمتابعة التأديبية، ما لم تبت المحكمة ببراءته قبل ذلك، فيستأنف عمله فوراً، أو بإدانتها فيستمر إيقافه إلى أن يبت في متابعته التأديبية.

أما في حالة متابعته جنائياً، فإن إيقافه عن العمل يستمر إلى حين صدور أمر نهائي بعدم المتابعة، أو حكم ببراءته في الموضوع، وفي كلتا الحالتين لا تتعدى مدة الإيقاف سنة، وفي حالة الحكم بإدانتها من طرف غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بعد استئناف عمله يمكن للوكيل العام للملك أن يوقفه مؤقتاً عن عمله من جديد، ويستمر إيقافه إلى أن تبت غرفة المشورة في متابعته التأديبية.

غير أنه إذا صدر حكم بإدانتها قبل مرور سنة على إيقافه، فإن إيقافه يستمر إلى أن تبت غرفة المشورة في متابعته التأديبية.

ويتعين على الوكيل العام للملك - عند صدور حكم نهائي بالإدانة في الموضوع - إحالة المتابعة التأديبية على غرفة المشورة دخل أجل ثلاثة أشهر.

ويلاحظ أن المادة 48 من قانون 16.03 ربطت بين مسؤولية العدل التأديبية المترتبة عن مسألة جنحية أو جنائية بالمساس بشرف المهنة، وقد قضت محكمة النقض¹ برفض طلب النيابة العامة نقض القرار رقم 04/68 الصادر عن غرفة

¹ - قرار محكمة النقض عدد 204 بتاريخ 2006/3/29 ملف شرعي عدد 2005/1/2/135 ، قرار غير

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

المشورة بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 2004/12/24 في القضية عدد 04/46 و الذي قضى بمؤاخذة عدول من اجل ارتكابهم التزوير في عقود رسمية و الارتشاء و بإنزال عقوبة تأديبية عليهم بالإقصاء عن العمل لمدة سنتين و كانت النيابة العامة قد التمتست معاقبتهم بالعزل من خطة العدالة لإخلالهم بشرف المهنة و وقارها.

كما قضت محكمة النقض أيضا في قرار آخر على أنه " لما اعتبرت أن إدانة العدل بجنحة الاتجار في المخدرات تفقده الأهلية لممارسة خطة العدالة بقطع النظر عن مرور أمد التقادم أو رد الاعتبار القانوني تكون عللت قرارها تعليلا سليما"¹.

ثانيا: خطورة التوقيف المؤقت المبني على ارتكاب جنائية أو جنحة على حقوق العدل يتسم التوقيف المؤقت للعدل بالخطورة، خاصة وانه يمس بمبدأ قرينة البراءة، إذ يمكن أن تترتب عن المتابعة الجنحية أو الجنائية البراءة، لذلك نصت المادة 48 من القانون 16.03 على ضرورة بت غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف المحالة عليها المتابعة التأديبية² في أقرب أجل ممكن كي تسوي وضعية العدل

¹ - قرار محكمة النقض عدد 616 بتاريخ 2006/11/8 ملف شرعي عدد 2005/1/2/225 و الذي رفض طلب النقض المقدم من طرف دفاع عدل ضد القرار عدد 1133 الصادر عن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بتطوان بتاريخ 2004/6/8 في القضية عدد 04/214 و الذي قضى بفقدان العدل المعني الأهلية لتلقي الشهادات العدلية و عزله عن ممارسة خطة العدالة بسبب إدانته بجنحة الاتجار في المخدرات و رغم أن دفاع العدل دفع بان إدانته صدرت قبل انخراطه في سلك العدالة و بان حكم الإدانة طاله التقادم و بأن العدل المدان أعيد إليه اعتباره بقوة القانون

² - أسندت المادة 47 اختصاص متابعة العدل تأديبيا إلى غرفة المشورة لدى محكمة الاستئناف المعين بدائرة نفوذها العدل المتابع، كما نصت المادة 44 من قانون 16.03 على أنه تتقادم المتابعة التأديبية بمرور ثلاثة سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب المخالفة أو بتقادم الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

الموقف، إذا لم يصدر قرار في المتابعة التأديبية عند انتهاء مدة ثلاثة أشهر من طرف رئيس كتابة الضبط¹

وتتجلى خطورة التوقيف المؤقت حالة صدور حكم ببراءة العدل من الجناية أو الجنحة، فمن له حق إلغاء هذا التوقيف وإرجاعه إلى العمل؟.

لقد صدر عن غرفة المشورة عدة أحكام تقضي بعدم اختصاصها للبت في الطلب باستصدار قرار قضائي من أن الرجوع إلى العمل بعد صدور قرار جنائي بالبراءة، على أساس أن الأمر يتعلق بأمر ولائي صادر عن الوكيل العام للملك ويملك صلاحية العدول عنه².

حقيقة لا يمكن لغرفة المشورة أن تبت في قرار التوقيف المؤقت بعد صدور حكم بالبراءة، خاصة وأنه لا يمكنها أن تتدخل إلا في إطار الفصل 48 من القانون المنظم لمهنة العدل، وتدخلها رهين بوجود متابعة تأديبية في مواجهة العدل. ونظن أنه كان يجب علي غرفة المشورة أن تتبع الحكم بعدم الاختصاص بالإحالة على المحكمة الإدارية، لأن العدل لم يلجأ إليها إلا بعد رفض الوكيل العام للملك العدول عن قرار التوقيف المؤقت.

خاتمة:

حاولنا على امتداد مراحل هذا الموضوع، قدر الإمكان إبراز واستجلاء مختلف حيثيات موضوع المسؤولية التأديبية وخصوصا أساسها القانوني، واتضح أن

¹ - العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة ، ص 132 .

² - قرار صادر عن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بأكادير، قرار رقم 704 ، بتاريخ 2021/02/24

، ملف رقمه بمحكمة الاستئناف 2021/1125/02 ، قرار غير منشور

- قرار صادر عن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بأكادير، قرار رقم 705 ، بتاريخ 2021/02/24

، ملف رقمه بمحكمة الاستئناف 2021/1125/01 ، قرار غير منشور

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

موضوع المسؤولية التأديبية يعرف فراغا تشريعا بينا، خصوصا في ظل غياب مدونة سلوك تتضمن القواعد الأخلاقية والمهنية التي يجب الإلتزام بها من قبل المعنيين بها، كما أن الإجتهد القضائي في موضوع المسؤولية التأديبية يظل ضعيفا بسبب ندرة الأحكام والقرارات القضائية في هذا الباب، الشيء الذي جعلنا نواجه مجموعة من الصعوبات في هذه الدراسة، وهكذا، فأهم الاستنتاجات التي خلصنا إليها في هذا الموضوع، والتي تستدعي ضرورة تدخل المشرع المغربي لتعديلها أو تنظيمها يمكن تلخيصها فيما يلي :

تبين لنا أن تحديد مفهوم المخالفة المهنية عند العدول يشوبه غموض كبير، حيث إن إسناد المراقبة للقاضي المكلف بالتوثيق والوزارة الوصية دون الهيئة الوطنية للعدول وأجهزتها، يجعل من هذه المراقبة لا تفي بالأهداف المرجوة، خصوصا أن القسم الثالث من قانون 16.03 ركز على الجانب الجزري دون الوقائي، حيث جاء تحت عنوان التأديب ومسطرته، بخلاف قانون 32.09 في قسمه الرابع عند تنظيمه للتأديب زواج بين الجانب الوقائي المتمثل في المراقبة، وكذا الجانب الجزري المتمثل في التأديب الذي جاء تحت عنوان المراقبة والتأديب ... كما أن إسناد سلطة التأديب للنيابة العامة التي خول لها المشرع - حسب سلطة الملاءمة - صلاحيات واسعة في تحريك المتابعة من عدمها بدل الهيئة الوطنية للعدول ودون إشراكها كذلك، قد يدفع النيابة العامة في بعض الأحيان إلى التغاضي عن ممارسة سلطتها عند توصلها بشكاية معينة ضد عدل، كما قد يدفعها في أحيان أخرى إلى متابعة العدل دون وجه حق خصوصا في ظل غموض مفهوم المخالفة التأديبية، مما يشكل في الحالتين معا ضررا كبيرا للمتعاقد من جهة، وللعدل من جهة أخرى رغم أن المشرع المغربي في قانون خطة العدالة نص على ضرورة استشارة المجالس

الجهوية للعدول – هذا المقتضى غير مفعّل بشكل إيجابي - ، ورغم أن باقي المهمم القضائية والقانونية وغيرها تتمتع بحقوق في هذا الباب، كما هو الشأن بالنسبة للوظيفة العمومية، وللمحامين، والأطباء حيث تسند سلطة التأديب لهيئة داخلية (اللجان المتساوية الأعضاء بالنسبة للوظيفة العمومية، ومجلس الهيئة بالنسبة للمحامين والأطباء) فإن المشرع المغربي قد تعامل مع هيئة العدول في هذا الباب – باب التأديب – بصورة مخالفة تماما حيث لم يمنحها هذه الصلاحية على شاكلة الهيئات المذكورة، وهو ما يطرح معه التساؤل عن ازدواجية التعامل هذه لدى المشرع وتمييزه لهيئة على أخرى، خصوصا أن مؤسسة العدل تعتبر جهازا مساعدا للقضاء وجب تمكين أجهزتها من كل الآليات القانونية للقيام بدورها على النحو المطلوب، هذا الوضع انعكس بشكل مباشر على محتويات النظام الداخلي للهيئة الوطنية للعدول، حيث لم يتضمن ما يسمح بالقيام باتخاذ إجراءات تأديب العدول على نحو داخلي، هذا علاوة على عدم إلزاميته حتى وإن تضمن ما يجيز ذلك. كما أن تدخل مجموعة من الأطراف، منها مؤسسة الناسخ، ومؤسسة قاضي التوثيق الذي يقوم بدور مراقبة الوثيقة والخطاب اللذين لم تصبح لهما جدوى غير أنهما يشكلان عرقلة للعملية التوثيقية، خصوصا وأن مؤسسة قاضي التوثيق لا تتحمل المسؤولية عن أخطائها، وارتباط مؤسسة العدول بها، رغم أن التوصية رقم 12 من ميثاق إصلاح منظومة العدالة أكدت على ضرورة مراجعة التشريعات المنظمة للمهن القانونية والقضائية في اتجاه تعزيز استقلاليتها، يؤكد مطلب استقلالية مهنة التوثيق العدلي عن هذه المؤسسة على غرار التوثيق العصري.

والملاحظ أن تأديب السادة العدول، يجدها تعج بالكثير من الإشكالات، ومن أهمها إشكال التوقيف المؤقت عن العمل الذي تنص عليه المادة 48 من 03-16،

قراءة في المادة 48 من قانون خطة العدالة-----ذ/سعيد الدرقاوي، الباحثة/أسماء أشتوك

والذي يتنافى مع قرينة البراءة المنصوص عليها دستوريا، والتي أكدت عليها المسطرة الجنائية في مادتها الأولى التي ترى أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، فلا يعقل أن يوقف العدل عن عمله في انتظار ثبوت إدانته من عدمها، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته. ويخطر الأمر حينما يستحضر الولايات التي يجرها توقيف العدل من عمله من تفكك أسري ومشاكل عائلية تضر بكرامة العدل ووضعها الاجتماعي. ولقد كان حريا إزالة هذا الجزاء في انتظار ثبوت أو نفي ما نسب إلى العدل في انسجام مع المقتضيات الدستورية ومقتضيات حماية حقوق الإنسان التي صادق المغرب على العديد من الاتفاقيات الدولية

حجية الوثيقة العدلية ودورها في تحقيق الأمن التعاقدى

الباحثة/حفصة قصتان

باحثة بسلك الدكتوراه، مختبر القانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر

يعتبر العقد آلية قانونية لإجراء مختلف تصرفات الأفراد والمقاولات وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وبذلك تشكل العقود أدوات عملية متحركة على مستوى الحياة الاقتصادية، ومن هنا تتبع أهمية قانون العقود أو القانون التعاقدى الذي يهدف أساسا إلى تحديد قواعد القانون المتعلقة بالتزامات أطراف العقد، ويعتبر الأمن التعاقدى من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد، إلى جانب كل من الحرية التعاقدية، والعدالة التعاقدية والنزاهة التعاقدية.

وهكذا، وبصفة عامة يقصد بالأمن التعاقدى توقع المخاطر التعاقدية وتلافيا وذلك باتباع إجراءات محددة عند التعاقد، لاسيما بشأن ما يتعلق بالتنفيذ والمسؤولية العقدية، أما من حيث المقصود بالأمن التعاقدى كمبدأ، فإنه يتجلى من خلال المرتكزات التي يبني عليها والتي تتجلى على عدة مستويات؛ مبدأ القوة الملزمة للعقد، الحق في تنفيذ الالتزام، تنفيذ العقد بحسن نية.

وعلى هذا الأساس، فإن هاجس توفير الأمن التعاقدى ينطلق من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه.

ويلعب الأمن التعاقدى دورا مهما في ازدهار حركية التعاقد داخل المجتمع، ويساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويؤدي إلى إضفاء الجدية على العلاقات التعاقدية والالتزام بقواعد حسن النية أثناء إنشاء العقد أو تنفيذه، لأن كل من المتعاقدين يعلم مسبقا أن الآخر ما يكفي من الوسائل القانونية لإجباره على

حجية الوثيقة العدلية ودورها في تحقيق الأمن التعاقدي----- الباحثة/حفصة قصبان

التنفيذ في أسرع وقت ممكن وبأقل المجهودات والتكاليف مع ما يمكن أن يلحقه به ذلك من ضرر، مما سوف يقلل من النزاعات القضائية المرتبطة بهذه العقود.

هذا، ويعتبر التوثيق الرسمي من بين أهم الأليات التشريعية التي جاء بها المشرع المغربي لتحقيق الأمن التعاقدي، وقد عرف قانون الالتزامات الورقة الرسمية طبقا للفقرة الأولى من الفصل 418 بأنها: "هي تلك التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون".

وتبعاً لذلك، فإن الذي يهمننا في هذه المداخلة هو التوثيق العدلي الذي يلعب دوراً مهماً وأساسياً في توثيق الحقوق والمعاملات والحفاظ على أعراض الناس، وأنسابهم، وقد نظمته المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 16.03 الذي نفذ بواسطة ظهير 14 فبراير 2006¹.

وتبعاً لكل ما سبق، نطرح التساؤل التالي: ما مدى مساهمة الوثيقة العدلية في تعزيز الأمن التعاقدي؟

وسنحاول الإجابة عن السؤال في مطلبين: الأول في حجية الوثيقة العدلية في التشريع المغربي، والثاني لبيان دور النظام القانوني للوثيقة العدلية في تحقيق الأمن التعاقدي

المطلب الأول: حجية الوثيقة العدلية في التشريع المغربي

تعتبر المحررات العدلية من بين الأدلة الكتابية التي يعتمد عليها الأفراد في إثبات حقوقهم، وعلى هذا الأساس، سنتطرق إلى دور الشهادة العدلية في الإثبات (الفقرة الأولى) ثم نشير إلى دور الشهادة العدلية في التنفيذ (الفقرة الثانية).

¹ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 566.

الفقرة الأولى: دور الشهادة العدلية في الإثبات

إن الشهادة العدلية هي تلك التي يكون مضمونها وموضوعها من إملاء المشهود عليه، ويقتصر فيها الشاهد العدل أو الشاهدان على تسجيل ما يسمعه منه والشهادة عليه به، بحيث يتلقى العدلان للشهادة من طرف المتعاقدين ويدرجان فصولها الجوهرية في مذكرة أحدهما، ثم يوقع عليه الأطراف رفقتهم ليتم تحرير الشهادة في صك الوثيقة، ثم تقدم لقاضي التوثيق الذي يطلع عليها ليراقب سلامتها، وخلوها من أي عيب أو نقص ليأمر بتضمينها في سجل التضمين، ليخاطب عليها بالصيغة الشرعية، فتصبح هذه الوثيقة حجة قاطعة على الأطراف وعلى الغير، بحيث تكون في شكل محرر رسمي بعد خطاب وتوقيع قاضي التوثيق.

وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى حجية الشهادة العدلية الأصلية؟ وعن مصدر هذه الحجية؟ هل من بيانات الوثيقة؟ أم من خطاب قاضي التوثيق؟ تستمد الشهادة العدلية الأصلية حجيتها من خلال الفصول 418، 419 و420 من ق.ل.ع، وكذا من الفصل 35 من القانون رقم 03-16 المتعلق بتنظيم خطة العدالة، وبالتالي فإن الشهادة العدلية المستوفية لشروطها وأركانها والمخاطب عليها من طرف القاضي المكلف بالتوثيق تعتبر ورقة رسمية تتمتع بحجية قوية في الإثبات بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها إلى حد الطعن فيها بالزور بالنسبة للوقائع والتصريحات التي يشهد العدول بوقوعها بمحضرهم. إلا أنه وإن كان المشرع قد أضفى على الشهادة العدلية الأصلية الصفة الرسمية، فإن هذا لا يعني أن جميع بيانات هذه الأخيرة تنسحب عليها الصفة المذكورة، بحيث أن هناك نوعان من البيانات:

- بيانات تتعلق بوقائع وتصرفات تمت أمام العدول، فهذه تتمتع بالحجية الرسمية المنصوص عليها في الفصل 419 من ق. ل.ع، ومن ثم لا يجوز الطعن فيها إلا بدعوى الزور، وذلك على غرار محررات الموثقين العصريين لما في ذلك من مساس بشرف وسمعة الموثق العدل، ويتعلق هذا النوع من البيانات بالضوابط التي يقوم بها العدل تنفيذا لقانون التوثيق، كما هو الشأن بالنسبة للبيان المتعلق بكون المتعاقد صحيحا رشيدا وطائعا أو ما يعرف بالأتمية والتي تعبر عن أمور ثلاثة؛ صحة العقل والبدن والرشد والطواعية، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه: "إن عقد الشراء المطلوب إبطاله، حرره عدلان يشهدان بالأتمية، والأتمية شرعا هي الطوع والرضا وصحة العقل والبدن، وأن رسم الشراء الذي حرره عدلان .. يعتبر ورقة رسمية"، وهنا نتساءل حول المؤهلات العلمية للسادة العدول للتأكد من أتمية المشهود عليهم؟

-أما بالنسبة للنوع الثاني من البيانات، فيتمثل في تلك التي يقوم العدلان بتدوينها في الرسوم انطلاقا من إقرارات وتصريحات الأطراف، ودون التحري عن مدى صحتها في الواقع، وبالتالي فإن هذه البيانات يجوز إثبات ما يخالفها بوسائل الإثبات العادية دون الحاجة لدعوى الزور.

وكمثال على ذلك حالة شخصان تربط بينهما علاقة مديونية، فيقوم المدين بتسليم مبلغ الدين إلى دائنه بمحضر العدلين، فإذا كانت واقعة تسليم مبلغ الدين إلى الدائن تكتسي حجية قاطعة، حيث لا يسوغ إنكار وقوعها أمام العدلين إلا بدعوى الزور فإنه يجوز الطعن بالصورية في هذا الوفاء في حد ذاته بوسائل الإثبات العادية دون اللجوء إلى دعوى الزور.

هذا، وبما أن هذا البيان الذي تضمنه الوثيقة العدلية يضم العديد من التواريخ حيث نجد تاريخ تلقي الشهادة أو الإشهاد من قبل العدلين، تاريخ التضمين بأحد سجلات المحكمة، تاريخ التحرير وخطاب القاضي المكلف بالتوثيق ارتأينا الوقوف عند هذا البيان لمعرفة التاريخ الذي يتعين الاعتداد به في حالة نشوء منازعة؟

وفي هذا الصدد أجاب المجلس الأعلى "محكمة النقض حالياً" عن هذا التساؤل بحيث ميز بين:

- الحالة الأولى: وهي المتعلقة بالتاريخ الذي ينبغي الاحتجاج به فيما بين الأطراف، فإن التاريخ الذي يتوجب الاعتداد به هو تاريخ تلقي الإشهاد، وهكذا جاء في قرار مجلس الأعلى "محكمة النقض" أن سريان أمد التقادم بالنسبة لبطلان عقد البيع الذي تم بين الطرفين يبدأ لا من تاريخ تدوين المحرر العدلي بسجلات المحكمة بل من تاريخ الإشهاد¹.

- الحالة الثانية: وهي عندما يتعلق الأمر بالاحتجاج بتاريخ الوثيقة في مواجهة الأعيان، فإن التاريخ الذي يتوجب الأخذ به هو تاريخ تضمين الوثيقة العدلية بسجلات المحكمة، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في أحد قراراتها الذي جاء فيها: "أن العقود التي يتلقاها العدول تكتسب تاريخاً صحيحاً ويمكن أن تكون حجة على الغير منذ تاريخ تسجيلها بدفاتر المحكمة"².

¹ -قرار المجلس الأعلى رقم 527، صادر بتاريخ 28-7-1982

² - قرار المجلس رقم 54 صادر بتاريخ 24 دجنبر 1958 في الملف المدني عدد 615، عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1999، ص 21.

الفقرة الثانية: دور الشهادة العدلية في التنفيذ

تتوفر الوثيقة العدلية على ميزة النفاذ المعجل القضائي الوجوبي عند الاستناد عليها في دعوى قضائية وهذا ما نصت عليه المادة 147 من قانون المسطرة المدنية، إذ جاء فيها " يجب أن يؤمر بالتنفيذ المعجل رغم التعرض أو الاستئناف دون كفالة رسمية أو تعهد معترف به، أو حكم سابق".

وبالتالي فإن العقد المحرر من طرف العدول يعتبر رسميا طبقا للمواد المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني: الوثيقة العدلية ودورها في تحقيق الأمن التعاقدى

يكتسي التوثيق العدلي أهمية كبيرة في استقرار المعاملات التعاقدية وذلك من خلال الأحكام العامة للمنظمة للوثيقة العدلية (الفقرة الأولى) وكذا من حيث الرقابة على الوثيقة العدلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور الأحكام العامة ودورها في تحقيق الأمن التعاقدى

أحاط المشرع المغربي التوثيق العدلي بمجموعة من الضمانات القوية التي يقدمها للمتعاقدين والغير وفي الحماية التي يوفرها للمتقاضين، والخدمات الجليلة التي يقدمها للقضاء، والدور الفعال الذي يقوم به في حفظ الحقوق والأعراض والأموال، إلا أن هذا يبقى رهين بمدى احترام الوثيقة العدلية لمجموعة من المقتضيات القانونية، سواء ما يتعلق بالبيانات التي يجب أن تتوفر فيها وكذا على مستوى مراحل تأسيسها.

أولاً: حصر الجهة المختصة بتحرير الوثيقة العدلية

لقد اهتم الفقه الإسلامي بمحرر الوثيقة العدلية، واشترط فيه مجموعة من الشروط، فمهنة العدل، لا يمكن ممارستها من طرف أي كان، بل لا بد أن يتصف

بمجموعة من الصفات نجملها في مايلي: أن يكون عدلا، ويقظا، ومتكلما، وسميعا، وبصيرا وعالما بالفقه وقواعد التوثيق، وأن يكون كذلك سالما من اللحن¹.

وإذا كان الفقهاء المسلمون قديما يتشددون في اختيار من يزاول مهنة الإسهاد بين الناس حيث كان القاضي يجري بحثا دقيقا على الأشخاص الذين يريدون الولوج إلى هذا الميدان يشمل الجوانب الأخلاقية والعلمية، فإن المشرع المغربي في قانون خطة العدالة حاول بدوره ضبط مؤسسة التوثيق، فاشتراط فيمن يريد الولوج إليها مجموعة من الشروط تتعلق بالسلوك والأخلاق والكفاءة العلمية والعملية².

ومن هنا تتضح أهمية التوثيق العدلي، ودوره الفعال في تحقيق الأمن التعاقدى، وذلك من خلال تشديد الشروط التي يتعين أن يلتزم بها محرر الوثيقة العدلية، باعتباره الضامن الأساسي لسلامتها وعدالتها، خاصة في الوقت الراهن

1- الفقيه العلامة المفتي، النوازلي سيدي محمد بن أحمد بن حمدون بناني، شرح الوثائق طبع على نفقة الشركة المغربية لأصحابها القادرين وأبي عبد الله، شارع السبطين فاس، 1367-1949، ص1.

2- يشترط في المرشح لممارسة خطة العدالة:

- 1- أن يكون مسلما مغربيا مع مراعاة القيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية
- 2- أن يكون بالغا من العمر خمسا وعشرين سنة، وألا يزيد على خمسة وأربعين سنة بالنسبة لغير المعفيين من المباراة والتمرين وذلك حسب التقويم الميلادي.
- 3- أن يكون متمتعا بحقوقه الوطنية وذا مروءة وسلوك حسن.
- 4- أن يكون متوفرا على القدرة البدنية المطلوبة لممارسة المهنة
- 5- أن يكون في وضعية صحيحة تجاه القوانين المتعلقة بالتجنيد العسكري
- 6- ألا يكون قد حكم عليه من أجل جنحة مطلقا، أو بحبس منفذ أو موقوف التنفيذ من أجل جنحة باستثناء الجنج غير العمدية، أو بغرامة ولو موقوفة التنفيذ من أجل جنح تتعلق بالأموال.
- 7- ألا يكون مشطبا عليه بقرار تأديبي بسبب شرف المهنة، أو الوظيفة المشطب عليه منها.
- 8- ألا يكون قد حكم عليه بإحدى العقوبات المالية المنصوص عليها في قانون التجارة في حق مسيري المقاول أو سقوط الأهلية التجارية ما لم يرد اعتباره.
- 9- أن ينجح في مباراة تنظم لولوج الخطة ما لم يعفه القانون منها".

الذي يعرف تزايد متطلبات المجتمع، إضافة إلى التطور السريع الذي تشهده الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتطورات التكنولوجية، فتحقيق الأمن التعاقدى رهين بتفعيل الشروط التي حددها السلف الصالح باعتباره المدخل الأساسي لتحقيق الأمن التعاقدى الذي يعتبر أرضية.

ثانيا: بيانات وضوابط الوثيقة العدلية كأليات لتعزيز الأمن التعاقدى

اشترط المشرع المغربي في الوثيقة العدلية مجموعة من الضوابط التي من خلالها تحديد مدى عدالتها وفعاليتها وصدقيتها، بحيث يجب أن تكون ألفاظها واضحة الدلالة مشتملة على كل ما يلزم أن يكون محررا فيها منعا للجهالة والإنكار وتفاديا لما قد ينشأ من نزاع بين المتعاقدين، وذلك من أجل جعل الوثيقة العدلية آلية أساسية لحماية الحقوق، وليست مصدرا للنزاعات والمشاكل.

1- تحرير الوثيقة العدلية بطريقة واضحة

إن العدل في عمله يتعامل مع اللغة والمصطلحات، فعليه أن يكتب الوثيقة بخط واضح وسط، لا دقيق جاري ولا غليظ جاف ولا يتوسط في السطور بين التوسيع والتضييق، ولتكن بعبارة واضحة صحيحة تفهمها العامة، ولا تزدهر بالخاصة وينبغي له أن لا تختلف أقلامه وخطوطه وأوضاعه خوفا من التزوير، وأن لا يتصدى للكتابة إلا بعد أن يعرف اصطلاحهم ونقودهم ومكيالهم وأسماء الأمتاع والطرق والشوارع¹، وزاد البعض أن يكون عالما بالتنزيل لأنها صناعة إنشاء فقد يرد عليه ما لم يسبق بمثاله ولا حدى على مقاله، وكذلك ينبغي أن يكون له حظ من اللغة وعلم الفرائض والعدد ومعرفة النعوت والشيات وأسماء الأعضاء والشجاج.

¹ - العلامة الجليل، أبي عباس بن سيدي الحسن الزحلي الشفشاوني الشهير بابن عرضون، الكتاب اللائق لمعلم الوثائق، المطبعة المهدية تطوان، المغرب، ص5.

علاوة على ذلك من الصفات التي يجب توفرها في العدل أيضا أن يكون له رصيد لغوي وقدرة على إتقان الألفاظ المناسبة وذلك من خلال كتابة وثيقة لا غموض فيها ولا تحتمل أكثر من معنى.

2- وصف المتعاقدين

من خلال مقتضيات المادة 31 من القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة نجد أنها تنص على أنه: "يتعين أن تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه"، وبالتالي فهذه المادة تنص على أهمية ضبط أسماء المتعاقدين في صلب الوثيقة العدلية خاصة أمام تنامي ظاهرة تشابه الأسماء، فالعدل ملزم بوصف المتعاقدين وصفا ينفي الجهالة، حيث يعرف بالطرفين المتعاقدين ويميز بينهما حتى لا يختلط بغيره وذلك من خلال ذكر نسبه، وتحديد الحالة المدنية الكاملة للمشهود عليهم ومهنتهم وعنوانهم الكامل مع ذكر رقم بطاقة التعريف الوطنية وتاريخها ومصدرها. وبالتالي، فهذه الإجراءات المهمة تزيد من حصانة ومناعة الوثيقة العدلية من أي تزوير أو تحريف قد يصيها.

3- تاريخ الوثيقة العدلية

إن للتاريخ المحدد بالوثيقة العدلية أهمية قصوى في ميدان التوثيق العدلي حيث يشكل عنصرا حاسما في العديد من النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن الوثيقة، حيث يتم حسم النزاع حولها بالرجوع إلى تاريخ المحرر، وذلك بالإشارة إلى الساعة واليوم والشهر والسنة.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 27 والمادة 28 من القانون 16.03 نجدهما تلزمان العدلان بأن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد سواء كان بصورة منفردة أو مجتمعين، بالإضافة إلى تذييل الوثيقة بتاريخ تحريرها، هذا ويرى بعض

الفقه أنه لا وجود ما يمنع من تحرير الوثيقة العدلية من طرف عدل واحد وأن يخاطب عليها القاضي، إذا تعلق الأمر بعقد من العقود التي يتم إثباتها بعدل واحد¹. ولعل هذا هو الاتجاه الذي سارت عليها محكمة النقض والتي ما فتئت تقرر على أنه يسوغ للعدل الواحد تلقي شهادة اللفي، وأن الوصية والحبس يثبتان بعدل واحد مع يمين المشهود له²، كما يعد ذكر مكان تحرير الوثيقة بدوره ضمانا أساسية، إذن بموجبه يتم التعرف على مدى احترام العدل للمقتضيات القانونية التي تفرض عليه الاشتغال بدائرة تعيينه، حيث يتم ذكر مكان تحرير الوثيقة وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 14 من القانون 16.03.

4- وصف المشهود عليه وطلب المستندات اللازمة

يجب على العدل وصف المشهود عليه وصفا دقيقا نافيا للجهالة والغموض، فإذا تعلق الأمر مثلا بعقار وجب تحديد رقم رسمه العقاري، إذا تعلق الأمر بعقار محفظ وكذا تعيينه ووصف مشتملاته وتحديد مساحته وحدوده، كما أن المشرع المغربي نص مثلا على ما يجب أن يتضمنه عقد الزواج من معلومات في مدونة الأسرة لتفادي أي لبس ممكن أن يشوب الوثيقة العدلية. وتثار مسؤولية العدل عند الإخلال بهذه الإجراءات، وهذه تعتبر ضمانا من الضمانات التي تتمتع بها الوثيقة العدلية والهدف من وراء ذلك هو تحصينها من أي تحريف، أو تزوير.

¹ - محمد ابنمعجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 1984-1404، دار الحديث الحسنية، ص339.

² - قرار عدد 354 صادر بتاريخ 1987/03/21، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، ص149 نقلا عن الدكتور العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، المطبعة الأولى 2009-1430، ص83.

هذا، وقد نظم المشرع المغربي تحرير الوثيقة العدلية وشكلياتها بمقتضى المادة 33 من القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة حيث نص على: "تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب. تذييل الوثيقة بتوقيع عدلها مقرونا بإسمهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير".

فبمجرد تلقي العدل الشهادة وذلك بتحديد اسم العدلين المتلقين، ووضع العلامة الخاصة به، حيث تمنع الوثيقة من أي تزوير مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير.

لأهوائهم. كما أنه ليس المقصود بكتابة الشهادة في وثيقة واحدة منع العدلين تحرير الشهادة في نظير أو عدة نظائر عند هنا يظهر بوضوح اهتمام المشرع المغربي بتحرير الوثيقة وشكلياتها، حيث لم يترك المجال لاختبارات العدول وفقا للاقتضاء. الفقرة الثانية: الرقابة على الوثيقة العدلية ودورها في تعزيز الأمن

التعاقدى

كما سبقت الإشارة تمر الوثيقة العدلية بمجموعة من المراحل سواء قبل التلقي أو حتى عند تلقي الإشهاد وتحرير الوثيقة العدلية وإنهاءا بمرحلة المراقبة الممارسة سواء من طرف إدارة التسجيل وقاضي التوثيق والمحافظ على الأملاك العقارية.

وتبعاً لذلك يقتضى منا تناول المؤسسات التي تقوم بدور الرقابة على الوثيقة العدلية.

أولا: رقابة إدارة التسجيل

طبقا لمدونة الضرائب¹، يقوم الموظف المكلف بالتسجيل باحتساب الرسوم وتدوين العقود في سجلات خاصة بالتتابع حسب تاريخ ورودها عليه. ويقصد بتسجيل الرسوم العدلية أداء رسوم عنها في شكل ثابت بالنسبة لبعض العقود، أو في شكل متحرك بالنسبة للبعض الآخر، على أساس نسبة مئوية معينة من الثمن أو القيمة المالية المحددة لدى مصلحة التسجيل التي أوكل لها القانون هذه الصلاحية، وبذلك فالمشعر المغربي لم يترك المجال مفتوح للعدل المزاولة عمله دون رقابة، حيث يخضع لرقابة إدارة التسجيل، لكونه مرتبط مباشرة بخزينة الدولة.

وتأسيسا على ما سبق، يتضح أن المشعر المغربي أخضع المحررات المتعلقة بتفويت العقارات أو الحقوق العينية التي ترد عليها سواء كانت بعوض أو بدون عوض المسطرة التسجيل مع أداء الرسوم المفروضة لفائدة الدولة. ومن أجل تفعيل هذا الإجراء الشكلي ألزم قانون 16.03 المتعلق بتنظيم خطة العدالة ألزم قاضي التوثيق عدم المخاطبة على أية رسوم خاضعة للتسجيل إلا بعد القيام بهذا الإجراء.

ثانيا: رقابة المحافظ على الأملاك العقارية

يلعب المحافظ على الأملاك العقارية دورا محوريا في عملية التحفيض من بدايتها إلى نهايتها، فهو ملزم بالتأكد من صحة الوثائق المدلى بها أثناء مسطرة التحفيض وعند مباشرة التقييدات حيث يتعين عليه التأكد من وجود علاقة مباشرة بين السندات وطالب التحفيض سواء كان مالكا أو شريكا على الشيع أو صاحب حق عيني أو حائز عقاري يتوفر على حكم حائز لقوة المقضي به.

¹ - الفقرة الأولى من المادة 138 من المدونة العامة للضرائب.

وهذا، فإن المحافظ ملزم أن يتأكد من أن السندات لا تتعارض مع أحكام القانون، مع مراعاة كذلك دوريات ومنشورات السيد المحافظ العام لما تتضمنه من شروح للنصوص الغامضة إضافة إلى ضرورة إلمامه بالاجتهادات القضائية والفقهية لاستحضرها عند الضرورة.

فهذه الرقابة الممارسة على الوثيقة العدلية تعد بمثابة ضمان للمالك الحقيقي من كل مطالب أو نزاعات مما ينتج عنه تأسيس الملكية العقارية على أساس متين مما يساهم في تعزيز الأمن التعاقدى بصفة عامة والأمن العقاري بصفة خاصة، على أساس أن العقار يعتبر من روافد التنمية الاقتصادية والاجتماعية في أي مجتمع.

خاتمة:

يعتبر التوثيق العدلي جزءاً مهماً وأساسياً في المنظومة القضائية هدفها الأساسي توثيق الحقوق والمعاملات والحفاظ على أعراض الناس وأنسابهم، وتحضير وسائل الإثبات، التي تمكن القضاء من فض النزاعات والفصل في الخصومات بالإضافة إلى المساهمة في التنمية العقارية والاقتصادية والاجتماعية لأجل ذلك جاء القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة لتقنين الأحكام المتعلقة بالتوثيق العدلي.

رسمية الوثيقة بين القانونين 16.03 و32.09

دة/ خديجة المنير
دكتوراه في القانون الخاص.

مقدمة:

يشكل التوثيق ضرورة مهمة في الحياة العملية، واليومية للأفراد لما يؤمنه من ضمان وحماية للحقوق والمصالح، على أن هذه الضرورة تصل مداها إذا ما أخذنا بعين الاعتبار حفاظه على تأمين الملكية العقارية والحقوق المرتبطة بها. وتعتبر المعاملات العقارية الميدان الخصب لنظام التوثيق لما تستوجبه هذه الأخيرة من ضرورة صياغتها في قالب شكلي منضبط لكافة الشروط الشكلية والجوهرية المفروضة قانونا، صيانة للحقوق وضمانا لاستقرار المعاملات. وإذا كان القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية¹، قد اهتم بتنظيم مختلف الحقوق العينية العقارية، فإنه عمل أيضا على تحديد شكلية توثيق التصرفات الواردة على هذه الحقوق، حيث أقر المشرع من خلال المادة الرابعة من هذه المدونة، بأن توثيق التصرفات العقارية يجب أن يرد -تحت طائلة البطلان- إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

1 ظهر شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص: 5587.

ونظرا للأهمية التي تكتسبها المحررات الرسمية في مجال توثيق المعاملات، وتحقيق الأمن التعاقدى، فسيتم التركيز في هذه المداخلة على كيفية اكتساب الوثيقة العدلية الصفة الرسمية في القانون 16.03¹. مقارنة مع الوثيقة التي يحررها الموثقون في القانون 32.09².

إشكال الموضوع:

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود خاصة الفصول 418³ و419⁴ و420⁵ فإن الورقة الرسمية؛ هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك وفق الشكل الذي يحدده القانون. لكن يبقى الإشكال الكبير هو: لماذا جعل المشرع الوثيقة المنجزة من قبل الموثقين تكتسب الرسمية بمجرد توقيعها في المقابل علق ذلك بالنسبة للوثيقة العدلية على خطاب القاضي؟.

المطلب الأول: خصوصية رسمية الوثيقة في القانون 16.03

1 قانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر بتنفيذه ظهير رقم 1.06.56 بتاريخ 2006/02/14. الجريدة الرسمية عدد 5400، ص:566.

² ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 2011/11/24، ص:5611.

³ ينص الفصل 418 من ق.ل.ع على ما يأتي: "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون...".

⁴ ينص الفصل 419 من ق.ل.ع على ما يأتي: "الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها...".

⁵ ينص الفصل 420 من ق.ل.ع على ما يأتي: "الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها، وكل ما عدا ذلك من البيانات التي لا يكون لها أثر."

تعتبر مؤسسة التوثيق الرسمي التي تسهر على تفعيلها واقعيًا كل من الموثق والعدل إحدى الدعامات الأساسية لاستقرار المعاملات العقارية، وترسيخ وتثبيت مبادئ، وقواعد نظام التحفيظ العقاري، عن طريق الضمانات العديدة التي يوفرها للمتعاقدين في الحصول على وثيقة رسمية مضبوطة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور. ويتم إضفاء الصفة الرسمية على الاتفاقات القائمة بين الأطراف، متى أنجزت من قبل أشخاص لهم صلاحية التوثيق وفق إجراءات شكلية محددة تجعل البيانات والوقائع الواردة فيها التي يشهد الموثقون بحصولها أمامهم ذات حجية قوية بالنسبة للأطراف وكذا الغير.

ولتوضيح خصوصية رسمية الوثيقة والاشكالات التي تطرح واقعيًا سأتطرق إلى الاختصاص المحلي للعدل (الفقرة الأولى). وخطاب القاضي وفق المادة 35 من القانون 16.03 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص المحلي للعدل

بالرجوع للمادة 14 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة نجدها حصرت الاختصاص المكاني للعدل في تلقي الشهادات المتعلقة بالعقار والتركبة في حدود دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار أو موطن الموروث.

ومن تم يلزم الأشخاص بتوثيق تصرفاتهم العقارية لدى العدل الموجودين في دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار موضوع التصرف، باستثناء ما أوردته الفقرة الأخيرة من المادة 14 من خطة العدالة التي أجازت للعدل في حالة الظرف القاهر تلقي الوصية المتعلقة بعقار، بمكان وجود الموصي، وذلك بعد الحصول على إذن القاضي. وإذا كان هذا الاستثناء يبدو إيجابيًا في ظاهره، فإنه يبقى غامضًا من

حيث مفهوم "الظرف القاهر"، فماذا يقصد المشرع بهذه العبارة؟ وهل سلطة تقديره تعود للعدول، أم للقاضي المانح للإذن؟.

في هذا الإطار أعتقد إلى جانب أحد الأساتذة¹ بأن تقييد توثيق الأشهاد بالوصية على عقار في هذه الحالة بإذن من القاضي، ليس منطقيا ولا يتناسب وحالة الظرف القاهر التي يوجد عليها الموصي، ذلك أن الإذن قد يحتاج إلى وقت طويل، حيث أن القاضي وقبل تسليمه للإذن، يعمل على إجراء أبحاثه وتحرياته للتأكد من وجود حالة الظرف القاهر، كما قد يتزامن طلب الإذن مع يوم عطلة، فمن شأن كل ذلك أن يفوت المصالح على أصحابها، مما يتوجب معه استبعاد هذا الإذن.

الفقرة الثانية: خطاب القاضي وفق المادة 35 من القانون 16.03

بالرجوع إلى المادة 35 من قانون 16.03 فقد نصت بما يأتي: "يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها. ويتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها. ولا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية". وانطلاقا من المادة أعلاه، فإن خطاب القاضي² على الشهادات العدلية يتوقف على تحقق عدة شروط أهمها:

¹ العلمي الحراق: "الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة"، مطبعة كانا برانت، الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص:61.

-بوبيكري عبد القادر: "توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعملية"، مجلة القانون المدني، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد الأول، سنة 2014، ص:78.

² خطاب القاضي هو إعلام القاضي المخاطب على الرسم، وإخباره من يقف عليه ليعمل بمقتضاه بما ثبت عنده من عدالة شهود، ويكون بالأداء والإعلام.

• الشرط الأول: أن تكون الشهادة تامة، حيث يتعين على القاضي المكلف بالتوثيق ألا يخاطب على الشهادات العدلية إلا بعد التأكد من أنها تامة وفق ما نصت عليه المادة 35 من خطة العدالة.

• الشرط الثاني: أن تحمل الرسوم الخاضعة للتسجيل تأشيرة مصلحة التسجيل، إذ إنه يمنع على القاضي المكلف بالتوثيق أن يخاطب على الشهادات الخاضعة للتسجيل إلا بعد تأديتها.

• الشرط الثالث: أن تكون الشهادة مدرجة بمذكرة الحفظ.

• الشرط الرابع: أن تكون الشهادة مضمنة بسجلات التضمين.

• الشرط الخامس: أن يكون الرسم منجزا من قبل عدلين اثنين، فليس للقاضي أن يخاطب على رسم يحمل اسم شاهد واحد.

وتجدر الإشارة إلى ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 16.03 بما يأتي: "إذا توفي عدل، أو زالت عنه الصفة، أو فقد أهليته أو عاقه عائق آخر عن الأداء بعد تلقي شهادة بصفة قانونية، وأثبتها في كناش جيب أو في مذكرة الحفظ، كلف القاضي المكلف بالتوثيق- بناء على طلب من ذوي المصلحة- عدلين للتعريف به مع إدراج نص الشهادة موضوع التعريف في مذكرة الحفظ لأحد العدلين المعرفين ضمن شهادة التعريف بعد الخطاب عليه بمثابة أصل.

تطبق نفس المسطرة بالنسبة للتعريف فيما يخص الشهادة المضمنة بسجل التضمين المذيلة بشكل العدلين المتلقين لها عند تعذر الوقوف على كناش الجيب أو مذكرة الحفظ."

لذلك لا يكفي في الوثيقة العدلية وجود التلقي، والتحرير، والتضمين، بل لابد من عرضها على القاضي المكلف بالتوثيق، للتأكد من مطابقة الوثيقة العدلية لأحكام الشرع وقواعد التوثيق، للمخاطبة عليها.

وبه يضيف خطاب قاضي التوثيق الرسمية على الوثيقة العدلية، لكن هذه الرسمية تشمل الشكل فقط دون الجوهر الذي يظل خاضعا في مراقبته لمحكمة الموضوع، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة النقض، إذ جاء فيه: "لكن، حيث إن المحكمة غير ملزمة بمناقشة حجج طالبي التحفيظ ما دام المتعرض لم يثبت الحقوق المتعرض عليها بحجة، وأن المحكمة ناقلة حجة المتعرض، لم تأخذ بها، وعللت ما قضت به بأنه: 'يتضح من تصفح ملكية المتعرض أنها غير مخاطب عليها بالصيغة المقررة فيها في الخطاب على الرسوم وأن التوقيع غير المفتوح لا يكفي وحده بل لابد من كتابة الاسم الكامل للقاضي مع التوقيع... وبالنظر إلى هذه العيوب كلها التي اكتنفت الرسم المذكور، فإن الاحتجاج به لا يقوم على أساس...' مما يكون معه القرار مرتكزا على أساس، ومعللا تعليلا كافيا وغير خارق للفصل المحتج به، والسبب على غير أساس"¹.

ويلاحظ مما سلف ذكره أن خطاب القاضي على الرسوم أضحي إجراء ضروريا، إذ بواسطته يتم إضفاء الصفة الرسمية على المحررات العدلية، الشيء الذي دفع

¹ كثره غنام: "مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض -مراكش-، السنة الجامعية 2015-2016. ص:211.

بعض الفقهاء إلى التساؤل عن الموثق الحقيقي في ميدان التوثيق العدلي هل هو العدل أم القاضي؟.

نعتقد أنه يجب مراجعة مؤسسة قاضي التوثيق مراجعة شاملة لتحقيق التغيير البنيوي المؤمل في مؤسسة التوثيق، خصوصا أن الأحكام التي بنى عليها القانون رقم 16.03 أغلبها مستمد من الفقه الإسلامي، وهذا الأخير يعترف بتغيير الأحكام مع تغير الظروف والزمان. فالإبقاء على الخطاب لتبريرات واهية لا يمكن السماح به، خاصة أن العدول اليوم يعينون من قبل الدولة بعد أداء اليمين، وليسوا بحاجة لمن يعرف بهم، لذلك يجب التخلص من خطاب القاضي وفق مقاربة قانونية وتشاركية.

المطلب الثاني: خصوصية رسمية الوثيقة في القانون رقم 32.09

تعتبر مؤسسة التوثيق هي المؤهلة لتوثيق التصرفات بين الأطراف وإضفاء الصفة الرسمية على عقودهم، فإن وضعية الزبون تقتضي الحماية أخذها بعين الاعتبار مركزه القانوني باعتباره مستهلكا، وهذا ما حرص عليه المشرع من خلال إعادة صياغة قواعد التوثيق بشكل يتوافق مع طبيعة المجتمع المغربي.

لذلك فإن توثيق التصرفات له من المكانة السامية ما يجعل القانون الذي ينظم التوثيق يحظى بالأولوية ضمن سائر القوانين الأخرى، وكذا إحاطة الممارسين لمهنة التوثيق بجملة من البنود القانونية، باعتبارهم مهنيين يمارسون مهنة تتميز بعدة صعوبات من خلال تبنيهم الحيطة والحذر من التصرفات التي يشرفون على توثيقها والتمعن في كيفية تحريرها، وكذا التريث من حيث توثيقها ومعرفة أصحابها، ذلك أن التقصير أو الرعونة من حيث عدم إعطائها الوقت اللازم قد يؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد. وانطلاقا من هذا المطلب سأطرق إلى الاختصاص المحلي للموثق في (الفقرة الأولى)، والتلقي الفردي في التوثيق العصري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص المحلي للموثق

يختص الموثق مكانيا بتوثيق جميع التصرفات العقارية بصرف النظر عن موقع العقار محل التصرف، غير ان تلقيه لهذه التصرفات يجب ألا يكون خارج مكتبه إلا في حالات استثنائية، وبعد إذن من رئيس المجلس الجهوي للموثقين وإخبار الوكيل العام للملك.

ومن تم فإنه يحق للأفراد اللجوء إلى أي موثق يختارونه لتوثيق اتفقاتهم على صعيد التراب الوطني، كأن يتم اللجوء إلى موثق بأكادير قصد توثيق عقد بيع يتعلق بعقار كائن بمدينة مكناس¹.

وأعتقد في هذا الإطار أن كان على المشرع إلزام الموثق بالاقتصار على توثيق التصرفات التي يكون موضوعها العقارات التي توجد بدائرة نفوذ محكمة الاستئناف التابع لها مكتب الموثق، وذلك لكون الموثق يكون أكثر دراية بوضعية العقارات التابعة لدائرة نفوذه، فضلا عن عدم احتكار التوثيق من طرف فئة معينة من الموثقين على الصعيد الترابي للمملكة.

وهنا نتساءل عن حجية الوثيقة المبرمة بالخارج؟

فقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يأتي: "يمكن للمحافظ العقاري إجراء تقييد بالرسم العقاري استنادا على عقد بيع تم إنجازه في فرنسا من طرف الموثق، الذي له صفة موظف عمومي مخول له بمقتضى قانون بلده إضفاء الصبغة الرسمية على العقود التي يحررها. وهذا العقد معفى من التصديق، ومن كل إجراء

¹ بوبكري عبد القادر: "توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعملية"، مجلة القانون المدني، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد الأول، سنة 2014، ص:78.

مماثل عند الإدلاء به أمام الإدارات المغربية، ومنها المحافظة العقارية بمقتضى الفصل 3 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية التعاون القضائي بين المملكة المغربية، والجمهورية الفرنسية المؤرخ في 10 غشت 1981¹.

الفقرة الثانية: التلقي الفردي في التوثيق العصري

يعتمد التلقي في التوثيق العصري على التلقي الانفرادي باعتباره قاعدة في المعاملات، فالمعلوم من منهجية التوثيق العدلي أن الوثيقة يجب أن تنصدر بذكر اسم العدلين، ودائرة انتصاهما، وتذيل بشكلهما، وتوقيعهما، إذ تعتبر هذه البيانات من أهم ضوابط الوثيقة الأساسية التي يؤدي إغفالها إلى المس بالقوة الثبوتية للوثيقة، أما التوثيق العصري، فإن التلقي فيه لا يتم إلا بموثق واحد، ولا يتوقف على آخر، ودون حاجة إلى خطاب القاضي المكلف بالتوثيق مثلما هو الشأن بالنسبة للوثائق العدلية.

أما تحرير الوثيقة العصرية، فيجب أن تكون الورقة مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو كشط، وذلك لإبعاد كل شبهة في المحرر، وإذا اقتضى الأمر إضافة، أو حذف، فيجب أن يكون في آخر المحرر موقعا عليه من ذوي الشأن والموثق، وحرصا من المشرع على أن تأتي المحررات مكتوبة بوضوح، وخالية من كل العيوب والشوائب التي قد تمس حجيتها وضع المشرع جملة من القواعد، ويجب على الموثق احترامها أثناء الكتابة للمحركات².

¹ قرار لمحكمة النقض عدد 1351، الصادر بتاريخ 13 مارس 2012، في الملف المدني عدد 2010/1/1/477، أشارت إليه كزرة غنام: "مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، المرجع نفسه، ص:230.

² يلتزم الموثق العصري المصدر لأي وثيقة عصرية بأن يحدد أوضاعا، وضوابط، وأسسها أوجها القانون، وينبغي أن لا تخرج عن إطارها، وذلك على شكل فصول وقواعد مترادفة ومتناسقة، يبين في كل فصل

إلى جانب ذلك، فهناك مجموعة من الشكليات الأخرى التي تشكل مجموعة من القواعد التي لها أهميتها في منح العقد مقوماته، وتكسبه الصفة الرسمية، وتميزه عن غيره من المحررات العرفية، وهي ضوابط شدد عليها المشرع، وأكد على ضرورة توفرها، ومن أهمها أنه أوجب على الموثق أثناء تحريره لمختلف العقود أن يتقيد باستعمال أسلوب يتضمن التعبير الدقيق عن إرادة الأطراف ليسد بذلك باب التأويل، وقيام النزاعات حول عيب أو لبس في الأسلوب، إما لعدم دقته أو لغموضه، والتقيد بما استوجبه المشرع بخصوص لغته، لما في ذلك من تعبير عن احترام خصوصيات المجتمع، ولتمكين الأطراف من التأكد والثقة بما تتضمنه العقود التي يبرمونها من حقوق والتزامات¹.

من هذه الفصول عناصر الاتفاقية الأساسية منها، أو الثانوية أو القانونية، وذلك تحت طائلة بطلان المحرر التوثيقي، أو انقلابه إلى محرر عرفي إذا اشتمل على توقيع الأطراف. ونشير هنا إلى أنه يجب أن تكون الوثيقة مستجعة للشروط المنصوص عليها في قانون 32.09 من أجل إضفاء الصبغة الرسمية على الوثيقة، فبالرجوع إلى مقتضيات هذا القانون نجد يشير إلى أوضاع تتعلق بمضمون الوثيقة، وأوضاع تتعلق بأشخاص الوثيقة من موثق وأطراف وشهود، وحدد شروطها لضمان أهلية الموثق، وحياده، ومجال تخصصه النوعي، والترابي، ومن هذه الشكليات التي اشترطها هذا القانون ما يجب تحديده بدقة، ووضوح في صلب الوثيقة. كذكر الأسماء الكاملة للأطراف، وباقي الموقعين على العقد، إذ لا يسمح باختصارها مع ذكر موطنهم، وتاريخ ومكان ازديادهم، وجنسياتهم، وبشكل عام جميع البيانات المحددة لهويتهم، وصفاتهم مع تحديد أركان وشروط العقد ومحلله وذكر جميع الوثائق المستند إليها في إبرام العقد، مع كتابة المبالغ المالية أرقاماً، وحروراً حسب ما نصت عليه المادة 36 من قانون 32.09. كما يجب أن تحرر الوثيقة باللغة العربية إلا إذا اختار الأطراف تحريرها بلغة أخرى.

للتوسع أكثر انظر خالد سعيد: "الإثبات في المنازعات المدنية"، الطبعة الأولى 2014، دار السلام للطباعة والنشر المطبعة الأولى 2014، ص: 157 وما بعدها).

¹ خالد سعيد: "الإثبات في المنازعات المدنية"، الطبعة الأولى 2014، دار السلام للطباعة والنشر المطبعة الأولى 2014، ص: 157.

ويتضح أن المشرع تطرق لشكلية التوقيع، والطريقة التي يتم بها تحت طائلة البطلان، ويوقع الأطراف على كل صفحة من صفحات العقد، وإذا كان أحد الأطراف لا يحسن التوقيع، فإنه يضع بصمته على العقد، ويشهد له الموثق على ذلك، وإذا تعذر عليه حتى الإبصار، فإن الموثق يشهد على ذلك بحضور شاهدين، ويوقع الموثق على العقد بعد آخر توقيع للأطراف، ويكتسب العقد الصبغة الرسمية من تاريخ توقيع الموقع.

ومن ثم فالقاعدة؛ هي أن محررات الموثقين العصريين المستجمة لكافة الشروط القانونية التي فرضها المشرع، تتمتع بقرينة الرسمية، ومن ثم فهي تصير حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، وقرينة الرسمية تعفي من يتمسك بها من عبء إثبات رسميتها، غير أن هذه القرينة ليست مطلقة، بل يمكن دحضها عن طريق الادعاء بالزور، أو الطعن في الوثيقة بإكراه¹، أو الاحتيال، أو التدليس²، أو الخطأ المادي، أو الصورية.

خاتمة:

يعد توثيق المعاملات والعقود بين الناس منبعا لاستقرارها وشعور المتعاملين في إطارها بالأمن والاطمئنان، وضمان حقوقهم، فالتوثيق من أهم عناصر بناء المجتمعات إذ يشكل العمود الفقري للحركة الاقتصادية والصناعية، باعتبارها من

¹ حسب الفصل 46 من ق.ل.ع. فإن: "الإكراه إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه".

² حسب الفصل 52 من ق.ل.ع. فإن: "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ مع قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به.

بين أهم الآليات القانونية لتنظيم المعاملات والعلاقات الاقتصادية بين أفراد المجتمع ومؤسساته.

ونظرا لأهمية هذه المؤسسة يجب على المشرع إعادة النظر في مؤسسة التوثيق العدلي وإعطائه حقه ليرقى إلى التوثيق العصري، وحبذا لو وحد المؤسستين ووضع استثناءات لبعض المعاملات.

لائحة المراجع:

- بوبكري عبد القادر: "توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعملية"، مجلة القانون المدني، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد الأول، سنة 2014.
- خالد سعيد: "الإثبات في المنازعات المدنية"، الطبعة الأولى 2014، دار السلام للطباعة والنشر المطبعة الأولى 2014.
- العلمي الحراق: "الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة"، مطبعة كانا برانت، الرباط، الطبعة الأولى 2009.
- كنزة غنام: "مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض -مراكش-، السنة الجامعية 2015-2016.

رسمية العقود العقارية ودورها في تكريس الأمن العقاري

د/د. إسماعيل أبو ياسين

أستاذ محاضر مؤهل بكلية الحقوق بأكاير. جامعة ابن زهر
الباحثة/فتحة أقدام

باحثة في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة
ابن زهر

إن القاعدة العامة التي تحكم شكل العقود هي مبدأ الرضاية، وهو إحدى نتائج وأثار إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في المجال التعاقدي، وتعني قيام وانعقاد العقد بمجرد توافر عنصر التراضي بين المتعاقدين، إذ يكفي صدور إيجاب من الطرف الأول ليقابله قبول من الطرف الآخر حتى ينعقد العقد.

إلا أن المشرع أورد قيوداً على هذا المبدأ، حيث اشترط في بعض منها توفر شكلية معينة دون الاكتفاء بتوافق وتطابق إرادتي المتعاقدين، ومن بين الاعتبارات التي جعلت المشرع يستلزم تلك الشكلية، هناك اعتبار يتعلق بالمصالح الخاصة للأشخاص حيث لا يتم النظر إلى الشكلية كقيد على الإرادة، وإنما من أجل حماية هذه الإرادة نفسها من الأخطار اللصيقة بنوع معين من العمليات التعاقدية التي يتطلب الإقدام عليها كثيراً من التروي والحيلة. فالشكلية كفيلة بحماية المتعاقد وسلامة رضائه، وخاصة إذا تجسدت في كتابة رسمية أو حتى في شكل كتابة عرفية، واعتبار يتعلق بالمصلحة العامة، والمتصلة أساساً بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، والتي لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العمومية، بل امتدت إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي، سعياً إلى ضمان التكافؤ العقدي بين أطرافه بتحقيق الأمان القانوني، وتقوية الثقة العقدية وضمان استقرار المعاملات.

والكتابة كأهم شكلية متطلبة للانعقاد، فرضها المشرع لتقوم بحماية إرادة المتعاقد من خلال تنبيهه إلى ما هو مقدم عليه من تصرف لا يكفي فيه مجرد رضاه، ولا يقبل منه أي شكل من أشكال التعبير عنها، بل لا بد أن يفرغ إرادته في الشكل المرسوم قانوناً، فالشكل الرسمي أداة قانونية لتقوية التراضي، وإثارة انتباه المتعاقد حول خطورة بعض العقود التي لها أهمية كبرى.

فالكثافة إذن هي ضمان للحرية التعاقدية كونها تحمي المتعاقد نفسه، وتعمل على ضمان جدية الالتزام، وتسهل مهمة إثبات التصرف القانوني، وتحدد آثاره خاصة إذا استغرق تنفيذ ذلك العقد زمناً طويلاً

بأن العقود الشكلية هي عقود يتطلب تكوينها إفرغ التراضي عند إبرامها ضمن شكل معين يبينه القانون، وذلك تحت طائلة البطلان. وهي مجموعة من المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد إتباعها في تصرفاتهم حتى يمكن لها أن ترتب آثارها القانونية؛ بحيث يضاف إلى العنصر الداخلي عنصر خارجي يؤكد وجوده، ويضمن تحقيق مفعوله في نطاق القانون

وتعتبر العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني يرد على عقار من العقود التي تستوجب الشكلية الرسمية أمام الموثق كركن للانعقاد وذلك بقوة القانون وتحت طائلة البطلان المطلق.

وترجع اعتبارات اشتراط الشكلية الرسمية في العقود والتصرفات القانونية التي ترد على العقار، سواء تعلق الأمر بنقل الملكية أو بنقل الحقوق العينية الأخرى، إلى أهمية العقار في تنشيط الحركة الاقتصادية، وتحقيق التنمية العقارية وتحريك النشاط العقاري من جهة، وتنبيه المتعاقد بتلك الأهمية، وبخطورة التصرف القانوني الذي يقدم عليه من جهة أخرى.

كما أن للشكلية في إبرام التصرفات العقارية أهمية اجتماعية، تظهر بالأساس في كون ضبط طريقة إبرام التصرفات العقارية وحصر الجهات المؤهلة بتحرير العقود، تسهم في الحفاظ على السلم الاجتماعي، والقضاء على ظاهرة الاستيلاء على ممتلكات الغير بدون سند قانوني. وتأسيساً على ذلك، فسنقوم بتعريف المحررات الرسمية في المحور الأول على ان نبرز أهمية الرسمية في العقود الواردة على العقار في المحور الثاني

المحور الأول: المحررات الرسمية

عندما يفرض القانون مجيء الكتابة المعتبرة ركناً لصحة العقد في شكل رسمي، فإن العقد في هذه الحالة يطلق عليه اصطلاح العقد الرسمي¹. والعقد الرسمي هو التصرف الذي يقوم بتحريره "موظف عمومي له صلاحية التوثيق في

(1) محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 170.

مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون¹. وعرف أحد الفقهاء العقد الرسمي، بأنه ذلك الذي يقوم بتوثيقه موظف عام مختص بذلك². فوصف الورقة بالرسمية إذن هو نتيجة لتحريرها بمعرفة شخص له صفة رسمية أي موظف عام الذي يمكن تعريفه بأنه " هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء أجرته على هذا العمل أو لم تؤجره. ولا يقصد بتحرير العقد الرسمي من طرف الموظف العمومي بالضرورة كتابته بخط يده، بل يكفي أن تكون الكتابة الرسمية صادرة باسمه. وذلك لأن الذي يصبغ صفة الرسمية على الكتابة في جميع الأحوال هو صفة الموظف وتوقيعه³.

(1) عرف المشرع المغربي الورقة الرسمية في الفصل 418 من ق.ل.ع بأنه " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون رسمية أيضا :

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

2- الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

- انطلاقا من هذا الفصل يتضح أن الأوراق الرسمية هي ليست من نوع واحد، حيث نجد منها الأوراق المدنية التي تثبت العقود أو التصرفات المدنية التي يحررها الموظفون العموميون " كالموثق " مثلان ومنها الأوراق الرسمية العامة كالأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم " كالعقود والاشهادات العدلية التي يتلقاها العدول"، وأيضا منها الأوراق الرسمية القضائية، بمعنى الحكام والقرارات الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية التي تذييل بالصيغة التنفيذية، وتصبح صالحة للتنفيذ داخل التراب الوطني، بل إن المشرع أكد على أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ فإنها تكون لها صبغة الرسمية من خلال حجيتها على الوقائع التي تثبتها.

(2) محمد الكشيبور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية محاولة للتمييز بين

الواقع والقانون، الطبعة الأولى 2001 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 274.

(3) محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 171.

وينسحب وصف الموظف العمومي إلى كل شخص مكلف بخدمة عامة، وله صلاحية التوثيق، ويتنوع الموظف العمومي بتنوع الأوراق الرسمية، فهو الذي يقوم بتوثيق التصرفات (الموثق¹ والعدل²)، والذي يخاطب عليها، ويتولى إصدار الأحكام³، والذي يتأكد من الإجراءات والمرافعات.

(1) مهنة التوثيق منظمة بمقتضى القانون 32.09 الصادر بتنفيذه، ظ.ش رقم 1.11.179 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ب.ج.ر.ع 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011). وحسب المادة 35 منها نجدتها تنص على الآتي: "يتلقى الموثق - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - العقود التي يفرض القانون إعطاءها الصبغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية أو التي يرغب الأطراف في إضفاء هذا الطابع عليها ويقوم بإثبات تاريخها وضمان حفظ أصوله وتسليم نظائر ونسخ منها".

(2) مهنة العدول منظمة بمقتضى القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، والصادر بتنفيذه ظ.ش رقم 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006)، ج.ر.ع 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 556. الذي جاء بمجموعة من المقتضيات الخاصة بتحرير العقود الرسمية التي تتعلق بالأحوال الشخصية، من عقود الزواج واشهادات الطلاق، إلى غيرها من العقود التي تختص بتحريرها. (3) نص الفصل 418 من ق.ل.ع على أنه، تكون رسمية أيضا الأحكام الصادرة على المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الحكام يمكن حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على وقائع تثبتها، ومثال على ذلك ما نص عليه الفصل 618-19 من القانون 44.00 المغير والمتمم بالقانون 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز على أن الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع يقوم مقام عقد البيع النهائي القابل للتقييد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظا أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان في طور التحفيظ. وهو ما قضت به محكمة النقض في مجموعة من قراراتها، حيث قضت في هذا الصدد في قرار لها أن الأحكام حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ عملا بالفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود

- قرار عدد 1203 بتاريخ 05/12/7 في الملف الاجتماعي عدد 05/770 منشور بمجلة الإشعاع عدد 33، ص 239 وما يليها.

كما قضت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 00/09/14 ما يلي: "بمقتضى الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية تعتبر ورقة رسمية وتكون حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ".

- قرار عدد 3370 في الملف عدد 99/506 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2000، ص 81.

ولكي تكتسب الكتابة المشترطة للانعقاد صفة الرسمية، يلزم أن يكون الموظف العمومي قد صدرت منه الكتابة في حدود اختصاصه، والاختصاص يكون نوعيا ينصب على طبيعة التصرف، أو مكانيا يتحدد بالحدود الإدارية لدائرة الموظف، أو زمانيا يمارسه من لم تزل له صلاحية ذلك¹.

ففيما يتعلق بطبيعة العقد، يجب أن يكون الموظف العمومي أو الشخص الذي له صلاحية التوثيق مختصا بتحرير العقد، وأن يكون هذا التحرير مما يدخل في عمله من حيث نوع العقد². وألا يوجد مانع قانوني³ يحول دون مباشرته لعمله بحيث إذا نزع منه الاختصاص وقت تحرير الورقة وهو عالم بذلك كانت الورقة باطلة كمحرر رسمي.

وبالرجوع للمادة 35 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق نجدها تنص على أن الموثق يختص بتلقي العقود- ما لم ينص القانون على خلاف ذلك- وهذه العقود هي التي فرض القانون إعطاءها الصبغة الرسمية المرتبطة بأعمال

(1) حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، مرجع سابق، ص: 138.

(2) محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص: 171.

(3) كأن لا تتوفر للعدول القدرة البدنية المطلوبة لممارسة العدالة حيث إن القانون 03-16 قد اعتبر القدرة البدنية شرطا من شروط ممارسة العدالة في المادة 4 منه، وهو نفس المقتضى الذي كان منصوصا عليه في القانون المتعلق بخطة العدالة الملغى والذي كان يسانده القضاء في ذلك أيضا حيث ذهبت محكمة الاستئناف بوجدة في أحد قراراتها أنه: "... وحيث إن العدل بإقراره أمام المحكمة بأنه عاجز بدنيا لحالته الصحية وكبر سنه الذي بلغ ما يزيد عن 85 سنة أصبحت وضعيته الصحية المذكورة لا تسعفه للقيام بمهامه كعدل... الشيء الذي يجعل ملتزم النيابة العامة الرامي إلى إعفائه من مهامه استنادا إلى ما ذكر في محله مما يستوجب الاستجابة له طبقا للفصل 8 من الظهير المذكور..."

قرار رقم 824 بتاريخ 17-04-2002 ملف عدد 01-2692.

- وانظر أيضا قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 66 بتاريخ 09-1-02 ملف عدد 01-2048.

السلطة العمومية، أو التي يرغب الأطراف في إضفاء الطابع الرسمي عليها. ويقوم الموثق بإثبات تاريخها وضمّان حفظ أصولها وتسليم نظائرها ونسخ منها، هذا مع مراعاة العقود التي يحررها العدول وفقا للقانون رقم 16.03 والمرسوم التطبيقي الخاص به¹. ومن هذه العقود نذكر العقود المتعلقة بالزواج، ووثيقة الطلاق، والوصية ...

أما فيما يتعلق بمكان العقد، فبالنسبة للعدول، وبالرجوع للمادة 14 من القانون 16.03 يجب أن يتقيد العدل في ممارسة الخطة بحدود دائرة محكمة الاستئناف المنتصب فيها.

ويجب على العدل أن يتلقى الإشهاد بمكتبه كل ما تعلق الأمر بشهادات خارجة عن دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المحدث مكتبه بدائرتها، ولا يجوز له التوجه لتلقي هذه الشهادات في حدود دائرة محكمة الاستئناف إلا بعد إشعار القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه من طرف طالبي الشهادات بطلب كتابي يسجله كتابة ضبط القاضي بسجل خاص معد لهذه الغاية، ويشار وجوبا في الشهادة إلى مراجع تسجيل الطلب.

وبالنسبة لمهنة التوثيق، فالموثق يمارس مهامه بمجموع التراب الوطني. غير أنه يمنع عليه تلقي وتوقيع الأطراف خارج مقر مكتبه. ويمكن للموثق أن يتلقى تصريحات الأطراف والتوقيع على العقود خارج مكتبه وبصفة استثنائية، وذلك بإذن من رئيس المجلس الجهوي وإخبار الوكيل العام للملك لدى المحكمة المعين بدائرتها².

(1) مرسوم رقم 2.08.378 الصادر بتاريخ 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) بتطبيق الأحكام المتعلقة بخطة العدالة، نشر ج.ر.ع 5687 بتاريخ 2 ذي الحجة 1429 (فاتح ديسمبر 2008).

(2) المادة 12 من القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق.

وفيما يتعلق بالاختصاص الزمني كما هو واضح من اسمه، فهو يفيد أن لا تكون للكتابة صفة الرسمية إلا إذا صدرت من موظف يمتلك صلاحية إصدارها، أو بتعبير آخر إلا إذا صدرت من موظف لا يزال محتفظا بوظيفته أو بالصلاحيات التي تخولها له، فلا تصح إذا كانت خدمة الموظف قد انتهت بالنقل أو التعاقد أو العزل¹.

المحور الثاني: أهمية الرسمية في العقود الواردة على العقار

تعتبر العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني يرد على عقار من العقود التي تستوجب الشكلية الرسمية أمام الموثق كركن للانعقاد وذلك بقوة القانون وتحت طائلة البطلان المطلق.

وترجع اعتبارات اشتراط الشكلية الرسمية في العقود والتصرفات القانونية التي ترد على العقار، سواء تعلق الأمر بنقل الملكية أو بنقل الحقوق العينية الأخرى، إلى أهمية العقار في تنشيط الحركة الاقتصادية، وتحقيق التنمية العقارية وتحريك النشاط العقاري من جهة، وتنبيه المتعاقد بتلك الأهمية، وبخطورة التصرف القانوني الذي يقدم عليه من جهة أخرى.

كما أن للشكلية في إبرام التصرفات العقارية أهمية اجتماعية، تظهر بالأساس في كون ضبط طريقة إبرام التصرفات العقارية وحصر الجهات المؤهلة بتحرير العقود، تسهم في الحفاظ على السلم الاجتماعي، والقضاء على ظاهرة الاستيلاء على ممتلكات الغير بدون سند شرعي².

(1) حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، مرجع سابق، ص

(2) Nadia Younsi, FORMALISM IN REAL ESTATE BEHAVIOR IN LIGHT ARTICLE 4 OF REAL REGHT AND JUDICIAL WORK, Journal of Civil, Economic and Comparative law, VOL 1, NO1, 2020, p : 114.

وباستقراء نص المادة 489 من ق.ل.ع نجدها تنص على أنه إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء يمكن رهنها رسميا وجب أن يجري البيع كتابة¹ بمحرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أي أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل وفقا للشكل المحدد بمقتضى القانون².

إلا أن مصطلح الكتابة الذي جاء به المشرع في هذا الفصل كان يثير جدلا نظرا لأن المشرع لم يحدد المقصود بالجهة التي يمكن لها أن تحرر هذه العقود مما ترك المجال واسعا لكل جهة مختصة وغير مختصة، وهذا ما أنتج مجموعة من العقود العرفية، وبالتالي يترتب على ذلك إهدار حقوق الأفراد.

(1) في هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض في إحدى قراراتها أن إبرام العقد البيع كتابة ومصادقة البائع على توقيعه لدى السلطات المختصة يجعل العقد صحيحا ولا يمكن ادعاء مرض الموت بمجرد لفيق عدلي،

- قرار عدد 674 بتاريخ 2002/10/2، ملف عقاري عدد 2002/1/2/26، قضاء مجلس الأعلى عدد مزدوج 59-60، ص 220.

(2) إذا كان الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود المذكور لم يحدد نوع المحرر الذي تجري فيه التصرفات العقارية فإن ذلك لا يخرج عن إطار المحررات الرسمية أو العرفية، وقد كانت عملية توثيق جميع المعاملات بما فيها العقارية تتم في

المغرب قبل مجيء الحماية من طرف العدول وحدهم وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، إلا أن سلطات الحماية رأت أنذاك في مؤسسة العدول عرقلة لامتلاك الأجانب العقارات في المغرب، حيث كانوا - العدول- يعتبرون أن الشكلية التي جاء بها قانون الالتزامات والعقود شكلية دخيلة، ولا علاقة لها بالمبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية، فما كان على السلطات الفرنسية إلا أن أقرت نظامين آخرين للتوثيق، توثيق عصري وتوثيق عرفي إلى جانب التوثيق العدلي لتحقيق الأهداف المجسدة في استيلاء الأجانب على الأراضي المغربية.

- أنظر في ذلك: محمد خيري، التعاقد في الميدان العقاري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 2، 1986، ص 28.

الأمر الذي أدى إلى ارتفاع أصوات كافة المتدخلين في مجال المعاملات العقارية، وطالبوا بعدم تطبيق هذا الفصل على العقود العقارية، ووضع حد نهائي للازدواجية التعاقدية في الميدان العقاري والمتمثلة في وجود محررات رسمية وأخرى عرفية، لكون هذه الأخيرة تشكل مصدرا للزعزعة الاستقرار في المعاملات العقارية، إذ يتم تحريرها بطريقة معيبة وتفتقد إلى أدنى شروط الدقة والوضوح¹.

وبالفعل استجاب المشرع المغربي لنداءات المتدخلين والباحثين القانونيين الداعين لتكريس مبدأ الرسمية، نظرا لما يعرفه الواقع المغربي من تطورات مختلفة، لا سيما تلك التي تتعلق بالمعاملات العقارية²، حيث حاول عن طريق مجموعة من النصوص الخاصة التدخل لتدارك الثغرات التي عرفها الفصل 489، والتي جاءت بمقتضيات جديدة دالة على رغبة المشرع الملحة في التوجه نحو الرسمية في الميدان العقاري.

(1) إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07 طبعة 2016، دار نشر المعرفة، الرباط، ص: 179.

(2) ساير المشرع المغربي التحولات التي يعيشها المجتمع في ميدان المعاملات العقارية، فبدا بنهج سياسة التغيير في مسألة تحرير العقود وإبرام التصرفات المنصبة على العقار العادي والمحفظ، حيث صدرت مجموعة من التشريعات التي تنص صراحة على وجوب إجراء بعض المعاملات في قالب رسمي أو محرر ثابت التاريخ.

- أنظر في ذلك: فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكى ومدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة الجوهر والدرر، مطبعة دار السلام، الرباط، ص: 279.

حيث نصت هذه القوانين على ضرورة أن تحرر جميع التصرفات العقارية المتعلقة بها بمحرر رسمي أو ثابت التاريخ يتم تحريرها من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

كما هو الشأن بخصوص القانون رقم 44.00 المعدل والمتمم بالقانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز¹، الذي نص على وجوب إبرام العقد الابتدائي والنهائي بواسطة محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ، محرر من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية²، وهو نفس ما نصت عليه المادة 12³ من القانون رقم 18.00 المعدل والمتمم بالقانون رقم 106.12 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية⁴، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، التي سارت

(1) ظ.ش رقم 1.16.05 الصادر بتاريخ 23 ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير وتميم القانون 44.00 بشأن بيع العقار في طور الانجاز المتمم بموجبه ظ.ش. صادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج.ر.ع 6440 بتاريخ 18.02.2016، ص 932.

(2) ينص الفصل 3-618 من ق.ل.ع على أنه: " يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الانجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان". كما تطبق نفس المقضييات بالنسبة لإبرام العقد النهائي طبقاً للفصل 16-618 من نفس القانون.

(3) تنص المادة 12 من القانون 18.00 الذي عدل وتمم بالقانون رقم 106.12 على أنه: " يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".

(4) ظ.ش رقم 1.02.298 الصادر بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، ج.ر.ع 5054 بتاريخ 7 نوفمبر ص 3175، الذي تم تعديله وتغيير بعض مقتضياته بالقانون رقم 107.12 الصادر بتنفيذه ظ.ش. 1.16.49 بتاريخ 27 أبريل 2016، ج.ر.ع 6465 بتاريخ 16 ماي 2016 ص 3781.

هي الأخرى نحو إلزامية توثيق التصرفات التي تدخل في إطار هذه القوانين في المحررات الرسمية أو الثابتة التاريخ.

وتأتي بعد ذلك مدونة الحقوق العينية 139.08¹، في المادة الرابعة منها²، لتؤكد على ضرورة تحرير بعض المعاملات العقارية في المحرر الرسمي³، وحصر الجهات

(1) القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه ظ.ش رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر.ع 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

(2) جاء في المادة 4 من القانون رقم 39.08 ما يلي: " تحرر- تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررتة.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

(3) إن فرض المشرع المغربي توثيق بعض التصرفات العقارية بموجب محرر رسمي يشكل استثناء من حق الاختيار المنصوص عليه في المادة الرابعة، فمثلا نجد المادة 274 من مدونة الحقوق العينية تنص على إلزامية تحرير عقد الهبة في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، ونفس الأمر بالنسبة لعقد المغارسة بموجب المادة 268 من نفس القانون، وكذا حق العمرى في الفقرة الثانية من المادة 106 من مدونة الحقوق العينية وهو الأمر الذي تم تكريسه على المستوى القضائي، حيث اعتبرت محكمة النقض أنه ما دام حق العمرى حقا عينيا واردا على منفعة عقار محفظ، فإنه لا يكون له وجود ويحتج به في مواجهة الغير إلا عن طريق تسجيله وابتداء من تاريخ التسجيل.

- قرار عدد 107 بتاريخ 12 فبراير 2013 ملف عدد 20112/1/2/504، قضاء محكمة النقض عدد 76، ص 118.

كما اشترط المشرع المغربي لصحة الرهن الحيازي على أن يبرم في محرر رسمي المادة 147 من نفس القانون، ومن تم فتخلف شرط التوثيق في محرر رسمي يرتب بطلان العقد وعدم صحته حتى بين الأطراف.

المخول لها تحرير مثل هذه العقود تحت طائلة البطلان. مما يعني أن بيع العقار يعتبر كأن لم يكن إذا لم يتم تحريره من طرف موثق أو عدلين أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض¹.

كما يلاحظ من خلال التعديل الأخير الذي طال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أن المشرع المغربي أضاف الوكالات الخاصة² إلى التصرفات العقارية حكم المادة المذكورة، وبالتالي أصبحت تنص على وجوب تحرير عقد الوكالة المتعلق بتصرف عقاري إما لدى الموثقين أو العدول أو لدى محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، تكريسا للأمن التعاقدي من خلال القطع مع الوكالات العرفية التي كانت عرضة للتزوير³.

(1) يثار إشكال في مسألة توثيق العقود التي يكون موضوعها تجزئة عقارية و المجموعات السكنية وتقسيم العقارات، حيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 36 والمادة 61 من القانون رقم 25.12 كما وقع تعديله بالقانون رقم 66.12، لا نجد ذكرا للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض ضمن هاته الفئة بالرغم من أن صلاحيته في تحرير العقود العقارية قائمة بنص القانون، ويترب عن ذلك أنه ليس هناك ما يلزمه عند القيام بتحرير مثل هكذا عقود التقييد بما ألزم القانون غيره وذلك ينم عن فراغ تشريعي، الأمر الذي يتوجب تدخلا تشريعا قصد تعديله. أنظر في ذلك: مصطفى البوداني، توثيق التصرفات العقارية في ضوء تشريعات التعمير، مجلة المحاكم المغربية، العدد 180-191، نونبر فبراير 2022، ص: 159.

(2) عرف الفصل 891 من ق.ل.ع الوكالة الخاصة بأنها: "هي التي تعطى من أجل إجراء قضية أو عدة قضايا أو التي لا تمنح الوكيل إلا صلاحيات خاصة.

وهي لا تمنح الوكيل صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى القضايا أو التصرفات التي تعينها وكذلك توابعها الضرورية وفقا لما تقتضيه طبيعتها أو العرف المحلي".

(3) ذهب العمل القضائي في عدة محاكم على أن ثبوت أن التقييد بالرسم العقاري كان بناء على وكالة مزورة يبرر التشطيب عليه حتى ولو تم من طرف الغير حسن النية.

-أنظر مثلا الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2012/11/14، ملف عقاري عدد 09/563 أوردته: نادية يونس، الشكلية في التصرفات العقارية على ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، مرجع سابق، ص: 115.

وانطلاقا مما سبق ذكره يمكن القول، إن المشرع المغربي يتجه نحو تقييد الإرادة التعاقدية نظرا لخطورة تأثير العقود العرفية في مجال تداول الملكية العقارية على استقرار المعاملات وقام باستبعادها من التصرفات العقارية لصالح تدعيم المحرر الرسمي¹، نظرا لقيمة المحرر الرسمي، والضمانات القانونية التي يقدمها للأطراف المتعاقدة والدور الفعال الذي يلعبه في حفظ وصيانة حقوق وأموال المتعاقدين من الضياع.

هذا وفي الأخير، فإن المشرع رتب حجية للمحرر الرسمي إذا كان مستوفيا الشروط السابق ذكرها بأن جعل هذه الحجة ملزمة للكافة، ولا يطعن بها إلا بالتزوير. أما أثر الإخلال بشروط صحة المحرر الرسمي، فإنه من الطبيعي أن يتأثر المحرر سلبا بهذه الحجة، إذ جاء نص الفصل 423 من ق.ل.ع كما يلي: "الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة".

ووفقا لهذا النص، فإن الورقة الرسمية إذا لم تتوفر فيها الشروط التي سبق ذكرها فقد رتب المشرع حكما على تلك المحررات بأن تصبح محررات عرفية شريطة أن تكون موقعة من ذوي الشأن، وهو ما قضى به المجلس الأعلى² في أحد قراراته والذي جاء فيه: "إن رسم الوصية المعتمد من طرف المدعين موقع من طرف عدلين وتم التعريف بأحدهما فقط لم يخاطب عليه القاضي، لذلك يفقد صفة

(1) إدريس فاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، مرجع سابق، ص: 180.

(2) قرار صادر بتاريخ 00/11/1 تحت عدد 1024 في الملف عدد 94/5031 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2000 ص 103.

الورقة الرسمية كما لا يعتبر محررا عرفيا لعدم التوقيع عليه من طرف من له
الصلاحية في ذلك وعليه لا يمكن الاحتجاج به على الخصم".

وعلى هذا الأساس تزعزعت المبادئ التي ظهر من أجلها مبدأ سلطان الإرادة،
وأصبح الفصل 19¹ من قانون الالتزامات والعقود يطبعه القصور، لا يؤخذ به على
أصله، وأصبح ذو استثناءات بفعل تدخل المشرع، وجنوحه نحو الشكلية في معظم
العقود، والتي أصبحت تعد من أركان العقد ينبغي توافرها إلى جانب الأركان
الأخرى، وانعدامها يحول دون ترتيب أي اثر للعقد.

(1) ينص الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود على أنه : " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على
العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

آليات إنقاذ العقد: نظرية تحول العقد نموذجا

ذ/عبد السلام بوعلسل، ليلي أسموك

باحثان بسلك الدكتوراه، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بأكادير، جامعة ابن زهر

مقدمة:

عرف العقد على مر التاريخ أهمية كبيرة في حياة المجتمعات البشرية، فقد ترسخ في وعي الانسان قبل أن تظهر العلوم التي اتخذت منه موضوعا للدراسة والتحليل والتقنين، بداية من بنائه إلى تنفيذه ثم انتهائه من خلال انقضاء الالتزامات الخاصة بكل طرف فيه، وكذا القضايا والمنازعات التي تنشأ بشأنه.

ومن هنا تطور العقد واحتل مكانة مرموقة في السياقات المرتبطة بالتعاملات البشرية داخل المجتمعات المعاصرة، حيث وصف بأنه الركيزة الأساسية في التعاملات سواء كانت مدنية أو تجارية، وأنه أساس لضبط العلاقات وعقلنتها وفق القاعدة المنتشرة والمعروفة والتي مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي القاعدة المعبر عنها في التشريع المغربي بمضمون الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

وإذا كانت التشريعات المقارنة، قد أحاطت العقد في مختلف مراحلها بمقتضيات عدة تبرهن على أهميته وتعزز مكانته، فإن المشرع المغربي، وسيرا على نهج المشرع الفرنسي والجزائري على سبيل المثال لا الحصر، قد تطرق إلى الأركان اللازمة لصحة العقد المعتبرة في الفصل الثاني من ق.ل.ع، والمتمثلة في الأهلية والرضى والمحل والسبب، واعتبرها أركاناً عامة لا يستقيم للعقد كيانه إلا بتوفرها، سواء كان العقد رضائياً أو شكلياً أو عينياً، مسمى أو غير مسمى، فورياً أو زمنياً، فإن قيامه عقداً صحيحاً يستلزم توفر تلك الأركان تحت طائلة العدم أو البطلان.

ولم يكتف المشرع المغربي بهذه الأركان التي فرضها الفصل 2 المكرر أعلاه؛ كقاعدة تدخل ضمن النظام العام، بل تعداها في قواعد خاصة إلى الشكلية، كما في

عقد بيع العقار مثلا، حيث نص الفصل 489 من ق.ل.ع على أنه "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محررات ثابتة التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون"، والتسليم في العقود العينية كما في عقد الوديعة مثلا وعقد الرهن الحيازي كذلك، حيث يتعين على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن (الفصل 1174 من ق.ل.ع) تحت طائلة اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة من أجل ذلك.

وهكذا، فإنه وبالإضافة إلى الأركان العامة للعقد، أدى تطور المجتمعات وتطور المعاملات وتنوعها وتشعبها إلى ظهور قواعد جديدة على شكل أركان خاصة تتعلق بأنواع معينة من العقود، اعتبرت من طرف المشرع هي الأخرى أركان صحة لا يتصور قيام تلك العقود الموصوفة بالتعيين إلا بتوفرها ضمن أركانه الأصلية في نظام العقود عامة.

ولئن كان العقد خاضعا للأركان العامة فقط، أو امتد في خضوعه إلى أركان خاصة فرضها المشرع تماشيا مع خصوصية العقد التي تميز نوعا من العقود، فإن البطلان جزاؤهما معا في حالة أفول ركن من الأركان العامة أو الخاصة المنفلتة من التأطير الرسمي والحصري للنظرية العامة.

وإذا كان البطلان في العقود المبنية على الأركان العامة، الموما إليها في الفصل 2 من ق.ل.ع الممثلة في الأهلية والرضى والمحل والسبب، ينتج بشكل مباشر عن تخلف بعض أو أحد هذه الأركان كقاعدة عامة لا يمكن التنصل منها، فإن القاعدة العامة تلك تنسحب أيضا على العقود المنظمة بتشريعات خاصة لتبقى القاعدة ثابتة ومستمرة على جميع العقود حتى المتسمة بالخصوصية والتي تتغير خصوصيتها وفق التسمية أو التخصيص.

ويبقى بديهيا أن تخلف أحد الأركان الخاصة في العقود المؤطرة بالقوانين الخاصة يطالها البطلان في حالة ما إذا غاب أحد تلك الأركان، وفق القواعد

المنصوص عليها في الفصول من 306 إلى 310 من ق.ل.ع. المغربي، حيث إن هذا القانون حصر أسباب البطلان من خلال الفصل 306، في سببين اثنين أولهما غياب أحد الأركان اللازمة لصحة العقد، وثانيهما لما يقرر القانون البطلان في حالات خاصة. وتفصيلا لما سبق، وبخصوص السبب الأول، يلاحظ أن المشرع في إطار حديثه عن البطلان لم يشر بأي شكل من الأشكال إلى الأركان الواردة في الفصل 2 من ق.ل.ع، بل أورد عبارة الأركان في صيغة مجردة من كل وصف أو تعيين، الشيء الذي يفيد انطباق هذا الوصف حتى على الأركان الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة، إلا أن هذا التعميم تحده مجموعة من الاستثناءات التي أوردتها المشرع إن في إطار القوانين الخاصة أو ضمن القواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود، كما هو الحال بالنسبة لنظرية موضوع هذه الدراسة، أي نظرية تحول العقد.

وإذا كان تحول العقد قاعدة من قواعد النظام العام بمقتضى نص الفصل 309 من ق.ل.ع، فإنها تثير إشكالية جوهرية تعتبرها مدخلا مهما للنقاش العلمي حولها، وهي إشكالية يمكن صياغتها على كالآتي:

ماهي نظرية تحول العقد، وما هي الأسس التي تقوم عليها وماهي شروط تفعيلها؟ والغايات التي تتوخاها؟

وهي إشكالية تظهر للقارئ بادئ الأمر أنها من البساطة بما كان، ولكن هي في الحقيقة تخفي في طياتها ما لا يمكن الاستهانة به من التعقيد.

لذا، فإن الإجابة عنها ستأتي في قلب الموضوع، بحيث لن تكون في إطارها الكلاسيكي الذي يقيد الإشكالية ويحصرها في القلب النابض للدراسة في معزل عن المحاور المتبقية، مما يؤدي إلى إبعادها عن التفاعل مع نسق الدراسة المؤدي إلى حلها، مما يستوجب أن تكون الإجابة عنها داخل المتن من خلال استحضار غايات نظرية تحول العقد وأسبابها في كل شق من الدراسة ومتى أتاحت الفرصة لذلك.

وهو ما يتطلب تقسيم هذه الدراسة إلى محورين اثنين: الأول سيخصص للبحث في الأحكام العامة لنظرية تحول العقد فيما سيخصص الثاني لدراسة آثار ذات النظرية.

المحور الأول: الأحكام العامة لنظرية تحول العقد

ينص الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

وتنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله". وينص أيضا الفصل 144 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا كانت نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

وما يلاحظ من استقراء هذه الفصول أن المشرعين المغربي والجزائري جاءا بنصين حاملين لنوع من الغموض في الصياغة، في حين أن المشرع المصري كان أكثر وضوحا في صياغته للنص، غير أن الثلاثة أحجموا عن تعريف نظرية تحول العقد معتبرين ذلك من اختصاص الفقه الذي اضطلع بهذه المهمة، لذا وقصد الإحاطة بكل جوانب هذه النظرية، ارتأيت أنه من الضروري في البداية التطرق إلى تعريف النظرية وتحديد منطلقاتها وأسسها في الفقرة الأولى، ثم تمييزها عن ما يشاركها أو يشابهها في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تعريف نظرية تحول العقد ومنطلقاتها

التحول في اللغة مصدر مشتق من الفعل حول، ومعناه انتقل من موضوع إلى آخر،¹ ومنه فالتحويل مصدر لحول الشيء، وتدور معانيه حول النقل والتغيير والتبديل.

أما تحول العقد في الاصطلاح القانوني، فقد عرفه الأستاذ Olivier Cornaz بأنه استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل²، واعتبره الأستاذ Philippe Simler بمثابة ظاهرة قانونية بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توفر شروط صحة هذا الأخير، بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الأطراف.³

ومن ثم، فإن تحول العقد هو تصحيح العقد الباطل أو القابل للإبطال بتسميته الراهنة إلى عقد صحيح، لكن بتسمية أخرى يتولاها القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك وفق الشروط المعتمدة قانوناً.⁴

وفي المقابل، عرفه المشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة بأنه استبدال عقد باطل بعقد جديد صحيح، إذ قد تتجه إرادة الأطراف إلى إبرام عقد معين، إلا أنه يشوبه عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله، فإذا أمكن أن يستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر قام هذا العقد الجديد صحيحاً إذا تبين اتجاه إرادة العاقدين إليه عند علمهما ببطلان عقدهما الأصلي.

وهي نظرية متعلقة بطبيعة العقد وتكييفه، وليس بكمه، كما هو الحال في نظرية الإنقاص، حيث تقوم هذه النظرية على أساس الإرادة المفترضة للعاقدين، لا الحقيقية، وتحل محلها إرادة القاضي، التي تهدف إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه من

¹ - عبد الحميد محمود بعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون: دراسة مقارنة وموازنة، منشورات دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بالإمارات العربية، طبعة 2009، ص. 32.

² - Olivier Cornaz, la conversion des actes juridique, thèse lausanne, 1937, page 172

³ - Philippe Simler, la nullité des actes juridiques, thèse, la librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1969, page 15.

⁴ - الدكتور محمد عمار تراكمية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية التحول – دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية بقطر، بدون ذكر عدد المجلة وسنة صدوره، ص. 8.

العقد الأصلي، ومن أمثلة ذلك تحول الوعد بجائزة إلى مجرد إيجاب وقبول، وكذا البيع بثمان تافه يبطل لانعدام الثمن فيتحول العقد إلى هبة. ويعرفه بعض الفقه بأنه تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي، كما يرى البعض الآخر أنه نوع من تأويل العقد بما يرجع به إلى تحقيق المقصود منه، وحفاظا على كيانه ووجوده، ويصبح بذلك التزاما غير ذاك الذي اقتضاه ظاهر التعبير.¹ وهو رأي لا يخرج عما ذهب إليه عبد الرزاق الذي عرف نظرية تحول العقد بأنها "نظرية تتلخص في أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل، إلى العقد الذي توفرت عناصره، وهو العقد الصحيح، وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج آثاره قانونيا".² وعليه، فإن كنهه وصلب نظرية تحول العقد مرتببا أصلا بالإبقاء على العقد، ومن ثم على العلاقة التعاقدية التي تربط الأطراف، لكن ينقلها من قالبها الأصلي الذي أريد لها أن تكون فيه إلى قالب جديد بعد حصول تصدع معين في مبنى العقد أدى إلى انهياره، ويهدف الحفاظ على العلاقة التعاقدية يتم تحويل العقد من صورته ومبناه الأصلي إلى صورة ومبنى جديد.

والآثار المترتبة بعد التحول لا يمكن بأي حال من الأحوال نسبها إلى العقد الباطل، بل تعتبر آثار للعقد الجديد، الذي حل محل العقد الأصلي بعد إعمال نظرية تحول العقد، التي شكلت استثناء على القواعد المقررة للبطلان. وإذا ما تمعنا في التعريفات السابقة لنظرية تحول العقد، فإننا لاشك سنلاحظ أنها تتفق جميعها على انبعاث عقد جديد من أنقاض العقد القديم، اعتبارا لأن العقد الأخير، الذي اتجهت إرادة الطرفين إلى تحقيق آثاره، لم يستطع

1- سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 2، دجنبر 2017، السنة التاسعة، ص. 138.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص. 634.

إقامة كيانه بالشكل الذي يفرض وجوده كاملا فانتفت ذاته، واستعمر مكانها ما يقيم بناء جديدا ويحقق بروز عقد جديد، ويمكن اعتبار هذه العملية تطبيقا واضحا للقاعدة الفقهية القائلة: "ما لا يدرك كله لا يترك جله".

ومفاد هذه القاعدة في سياق نظرية تحول العقد أن العقد المراد تكوينه لا يُدرك في ذاته، وذاتية العقد هنا تعبير عن الكل المتوخى من لدن أطراف العقد، كون أن إرادتهما قد وُجدت لأجل العقد الأصلي الذي وقع إبطاله، وهو الكل الذي لم يُدرك، تطبيقا للشق الأول من القاعدة "ما لا يُدركُ كُلُّهُ"، على أن التشريع المغربي ومعه التشريعات المقارنة، قد نصت على نظرية تحول العقد، كاستثناء من القواعد المقررة للبطلان، فأنيطت بالنظرية مهمة تحويل العقد من مساره الموسوم بالبطلان، إلى مسار آخر يُؤسس لعقد جديد، نابع في أركانه وشروطه من العقد الأصلي الذي وقع بطلانه، تطبيقا للشق الثاني من القاعدة الفقهية "لا يُتركُ جُلُّهُ". والبطلان هو الأساس التشريعي المؤطر لنظرية تحول العقد، فالعقد الذي يعتره نقص في أركانه يقع باطلا ويعتبر كأن لم يكن.

والبطلان لا يوجد له تعريف في التشريعات وكذا في التشريعات المدنية المقارنة، لاعتبار <لك من اختصاص الفقه الذي لم يتوان عن وضع تعاريف عدة للبطلان، حيث عرف هذا الأخير على أنه الجزء الذي يقرره المشرع إما على عدم توفر ركن من أركان العقد (كعيب في الأهلية مثلا، استحالة في محل الالتزام أو افتقار في السبب)، وإما بموجب قانون يقضي بترتيب البطلان في حالات خاصة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام حتى وإن توفرت جميع أركانه.¹ كما يشار إليه بأنه جزء مدني يصيب التصرفات القانونية نتيجة لتخلف أحد أركانها أو اختلال شرط من شروط صحتها.²

¹ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1972، ص. 198.

² - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، دار الأمان، الطبعة الرابعة: 2014، ص. 276.

وبالنسبة للآثار المترتبة عن البطلان، هي إما آثار عرضية غير مباشرة أو آثار أصلية مباشرة، فالعرضية هي تلك التي لم تنصرف إرادة الأطراف إلى إحداثها، إذ لم تكن هي التي يتوقعون نشوؤها وقت التعاقد وإبان انعقاد مجلس العقد، وهي مشتملة حسب الفقهاء على كل من نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد ونظرية التعويض الناشئ عن بطلان العقد، في حين يقتصر بعض الفقهاء على كل من نظرية تحول العقد ونظرية الخطأ في تكوين العقد (نفس نظرية التعويض الناشئ عن بطلان العقد).

وفي جميع الأحوال، فإن ما يهمننا هنا هو أن الثابت لدى الفقهاء في النقاش حول الآثار العرضية للبطلان هو اتفاقهم على نظرية تحول العقد، وهو ما يمكن الانطلاق منه للقول بأن الآثار العرضية للبطلان هي المنطلق أو الأساس المنتج لنظرية تحول العقد، إضافة إلى نظرية انتقاص العقد، ونظرية الخطأ في تكوين العقد، مع الاحتفاظ بحق الفقه في الاختلاف، وهو ما يقودنا مباشرة وإلزاماً إلى تمييز نظرية تحول العقد عن ما يشابهها أو يشاركها في الأساس والمنطلق المنتج لها.

الفقرة الثانية: تمييز نظرية العقد عما يشابهها

يقتضي موضوع هذه الفقرة تمييز تحول العقد عن غيره من المؤسسات المشابهة، مثل انتقاص العقد وسلطة القاضي في نزع الشق الباطل المهدد للعقد بالبطلان وتصحيح العقد ثم سلطته، أي القاضي، في إضافة عنصر جديد للعقد ينقله من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة.

وإذ يعتبر تحول العقد من قبيل الآثار العرضية، التي تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة مادية، فإن انتقاص العقد يعتبر صورة خاصة، تترتب من خلالها على العقد الباطل بعض آثاره الأصلية دون البعض الآخر، ففي التحول يجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً بأكمله وينتج عنه عقد آخر جديد؛ يختلف عن العقد القديم، يمنحه القاضي تكييفاً قانونياً جديداً يراعي فيه الغاية العملية للعقد وليس الإرادة القانونية التي تم التعبير عنها في العقد الباطل، فالقاضي إذن يضع نفسه

محل المتعاقدين ويبدل عقدهما القديم عقدا جديدا، لكن طبعا دون إنكار الإرادة وإن كانت تصورية، أما إذا كان جزء من العقد باطلا وكان قابلا للانقسام فلا يكون هناك مجال لتحول العقد. بل انتقاصه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، مع الاحتفاظ بالطبيعة القانونية للعقد دون تغيير، ويكتفي القاضي فقط بتفسير إرادة المتعاقدين أي تطبيق القواعد العامة.

وقد نص على ذلك المشرع المغربي في الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود، الذي جاء فيه "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقد متميزا عن العقد الأصلي".

فنظرية انتقاص العقد إذن، لها ارتباط بأجزاء من محل العقد، ومعنى هذا أن هذه النظرية لا يمكن تفعيلها إلا في العقود التي يكون محلها قابلا للانقسام، أما في الحالة التي لا يكون فيها المحل قابلا لذلك، وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 181 من قانون الالتزامات والعقود،¹ فمن غير الممكن العمل بانتقاص العقد، ومنه فإن نظرية انتقاص العقد لا تهتم عموما بالعناصر الخاصة بتكوين العقد، بل ينحصر الاهتمام من خلالها بمحل العقد ومدى قابليته للانقسام، ليبقى العقد قائما بذاته بلا تغيير في تكييفه. وتقف آثار نظرية الانتقاص عند حدود استبعاد بعض أجزاء محل العقد تبعا لبطلانها، والاكتفاء بما تبقى من الأجزاء غير الباطلة من المحل.

ففي حالة البطلان الجزئي يتم إنقاذ الالتزام عن طريق إلغاء الأركان الباطلة، والإبقاء على ما تبقى من الأجزاء التي تم التأكد من صحتها، إذا كان بطلان الأركان لا يعدم استمرارية وجود العقد.

¹- نص الفصل 181 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

- بمقتضى طبيعة محله، إذا كان هذا المحل شيئا أو عملا لا يقبل القسمة سواء كانت مادية أو معنوية؛

- بمقتضى السند المنشئ للالتزام أو بمقتضى القانون، إذا ظهر من هذا السند أو من القانون أن تنفيذ الالتزام

لا يمكن أن يكون جزئيا".

أما في حالة تعذر الإبقاء على الأجزاء الصحيحة دون الأجزاء المعيبة فإن البطلان يمتد ليشمل الجزء الصحيح أيضا، فيصبح الالتزام باطلا في مجمله. وتحول العقد ليس مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، بل إن القاضي يحل محلها بنفسه ويبدلها عقدها القديم عقدا جديدا انطلاقا من بطلان العقد القديم، ووجه الشبه بين المفهومين هو أن القاضي في كليهما يسعى إلى التوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان في عقدهما؛ محاولا تبييد الغموض الذي شاب الإرادة،¹ غير أن الفرق بين تحول العقد وتفسيره يكمن في أن القاضي يحاول أثناء تطبيقه لعملية التحول معرفة ما إذا كانت إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت إلى عناصر العقد الصحيح، المتضمنة أصلا في العقد الباطل، وبالتالي يكون اتجاهه نحو الإرادة المتوقعة للمتعاقدين.

أما في تفسير العقد فالأمر مختلف؛ إذ أن القاضي لا يكون في مواجهة حالة من البطلان تقبل التصحيح، بل أنه يبحث عن الإرادة الحقيقية وليس الاحتمالية للأطراف المتعاقدة، التي لم يتم التعبير عنها بشكل واضح وجلي من خلال الألفاظ المستعملة في العقد، التي انعكست على الإرادة فجعلتها مشوبة بالغموض، وبالتالي فليس من مهام القاضي في تفسير العقد البحث عن عناصر عقد صحيح، إذ الفرض أن العقد صحيح أصلا.

أما تكييف العقد؛ فهو عمل تقني يقوم به القاضي من خلال تفسيره للعقد وتحديدته للالتزامات التي يتضمنها، واستجلائه لإرادة الأطراف المتعاقدة، من أجل إعطاء التصرف القانوني المعروف أمامه التسمية القانونية الصحيحة، إلا أن المفهومين، وإن اختلطا في بعض الأحيان، إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في أن عملية تغيير وصف العقد التي يقوم بها القاضي عند تحويله للعقد، لا يستطيع أن يقوم بها ما لم يتبين بطلان العقد أولا، ثم يتبين توافر العناصر المكونة للوصف الجديد في التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، أما في التكييف، فإن العقد الأصلي

¹ -سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 140.

يستقيم صحيحا إلا أن القاضي يبدل تسميته فقط، وغالبا ما يكون تكييف العقد موال لتفسير ألفاظه المستخدمة في غير معناه.¹

فالفرق يكمن فقط في أن الآثار التي ينتجها تحول العقد، هي آثار عرضية لا يرتبها العقد الأصلي بعله أنه باطل أصلا، أما العقد المكيف فإنه بتسميته المعدلة ينتج آثارا أصلية اعتبارا لأن العقد مستمر في أصله ومكمونه، أما الذي تغير فهو وصفه، وما يجب ألا نغفل الإشارة إليه، هو أن تكييف العقد مرحلة من مراحل عملية تحويل العقد، حيث إن القاضي إبان تحويل العقد يستعرض كلا من الوقائع والألفاظ المستخدمة والأطراف المتعاقدة؛ ليستشعر إمكانية تكييف العقد ليصبح بموجب ذلك العقد الباطل عقداً آخر صحيحاً؛ دون إضافة أو نقصان أي ركن من أركان أو عناصر العقد الأصلي.

وقد يحدث عمليا أن يُلحق العقد الباطل أو الذي تم إبطاله بطلانا نسبيا، ضررا بأحد الطرفين دون أن يكون للطرف المتضرر دخل في هذا البطلان، فيصير من حق هذا الأخير مطالبة المتعاقد الثاني المتسبب في الضرر بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، كما أن هذا التعويض يعتبر في مثل هذه الحالات أثرا عرضيا للعقد الباطل أو ذاك الذي قُضي بإبطاله.

وقد قام المشرع المغربي بالتنصيص على ذلك في الفصل 60 من ق.ل.ع،² كما نجد تطبيقا آخر لنظرية الخطأ في تكوين العقد الموجبة للتعويض بسبب الإبطال فيما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 485 من نفس القانون.³

¹- نفس المرجع، ص 141.

²- نص الفصل 60 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "المتعاقد الذي كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الالتزام يكون ملزما بالتعويض تجاه الطرف الآخر".

³- نص الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق على أنه: "إذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير".

كما نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 182 مكرر من القانون المدني، وذلك بعد تعديل 2005.¹

فهذه النظرية مبنية أساسا على فكرة التعويض لا فكرة إنقاذ العقد، كما هي الحال مع نظرية تحول العقد، حيث إن هذا العقد في نظرية الخطأ في تكوين العقد يؤول إما للبطلان أو الإبطال من غير إمكانية إنقاذه أو تحويله، فيلحق بطلانه أو إبطاله ضررا بأحد الأطراف، الشيء الذي يؤدي إلى التعويض، وبالتبعية لهاته النظرية؛ فإن العقد لا يبقى قائما بذاته، بل ينتفي تبعا لبطلانه أو إبطاله على العكس من نظرية تحول العقد.

لذا، فإن الاختلاف واضح بين النظريتين، وهذا يجد أساسه في غاية كل نظرية على حدة، فغاية نظرية تحول العقد؛ تكمن في استمراريته في الزمان والمكان، حيث يستجمع أركانه اللازمة ليتحول إلى عقد جديد، أما غاية نظرية الخطأ في تكوين العقد، فلا ترمي إلى الإبقاء على العقد الأصلي، بل إلى إعدامه والاكْتفاء بتعويض الطرف المتضرر.

المحور الثاني: آثار نظرية تحول العقد

لا يمكن الحديث عن وجود واقعي لأية نظرية؛ كيفما كان حقلها العلمي، إلا بإخضاعها للتطبيق من أجل قياس نتائجها في الواقع؛ من حيث الماهية والأدوار ومدى إمكانية التطابق مع الواقع، والتأثير في إرادة الأفراد والأشخاص عموما؛ سواء الذاتية منها أو المعنوية.

¹ - بين المشرع الجزائري نصوصا تفر التعويض عن الضرر المعنوي من خلال نص المادة 182 مكرر من القانون المدني بالإضافة إلى نصوص أخرى في مختلف فروع القانون نذكر منها المادة 05 من قانون الأسرة والمادة 43 من قانون الإجراءات الجزائية والمادة 08 من القانون 78 / 12 المتعلق للقانون الأساسي العام للعامل وغير ذلك، وهذا على غرار التشريعات المقارنة العربية والغربية التي أقرت في معظمها للمتضرر الحق في المطالبة بالتعويض، وقد طبق القضاء الجزائري ذلك وحكم بالتعويض حتى في ظل غياب النص العام في القانون المدني الذي أضيف في تعديل 2005.

ونفس الأمر ينطبق على نظرية تحول العقد، مع ضرورة ضبط واقعها ومجال تفعيلها لشروط خاصة، تعتبر الوسيلة الهامة لقياس تجلها في الواقع، وهي شروط أساسية ومهمة للنزول بنظرية تحول العقد من المستوى النظري إلى المستوى التطبيقي.

والعقد هو الضابط الأساسي للتعامل الإنساني والتناغم البشري، وبالتالي فنظرية تحول العقد في بعدها التطبيقي دعامة هامة للإبقاء على ذلك التناغم في قالب قانوني مناسب ومحين من حيث تكييف العلاقة التعاقدية، فينتقل العقد من صيغته الأصلية الباطلة أو المبطللة إلى صيغة جديدة برزت أركانها من أنقاض العقد الأصلي.

غير أن هذا التماهي لا ينسحب على جميع العقود، بل يكتفي بالعقد الذي وقع عليه البطلان بعلّة عدم استجماع الأركان، أو تعرض للإبطال لانتهاء شرط الرضا، وهو ما يسير بنا نحو الخوض في نطاق تأثير نظرية تحول العقد (الفقرة الأولى)، وكذا شروط تفعيل هذه النظرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق تأثير نظرية تحول العقد

ينحصر نطاق تأثير هذه النظرية في العقود التي تعرضت للبطلان أو الإبطال، وهذا هو المجال الذي يؤسس لبروز عقد جديد ناتج عن عقد أصلي باطل، وحيث إن هذه الحالات قد وردت في قانون الالتزامات والعقود، فإنه لا مجال للإسهاب فيها. بل يمكن فقط تناولها وتحديد مدى دقة المشرع المغربي وباقي التشريعات المقارنة في التنصيص عليها، خاصة أنها لا تتعدى حالي البطلان والإبطال.

فمن حيث البطلان، فإن الفصل 309 من ق.ل.ع. ينص على ما يلي: "إذ بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".¹

¹ -سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 147.

كما تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

وقد أشار القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 في الفصل 1168¹ إلى أنه في العقود التبادلية لا يعد انعدام التوازن بين الأداءات سببا لإبطال العقد؛ إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.²

كما نص القانون المدني المصري في مادته 144 على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا كانت نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد".³

وهو الدأب نفسه الذي صاار عليه المشرع المدني الألماني، الذي أقر في نص المادة 140 بما يلي: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان".

والخلاصة من الفصول أعلاه، أن نظرية تحول العقد لا تسري على العقد الصحيح الذي استجمع أركانه وشروط صحته، فالعقد الصحيح كيفما كانت صور تكييفه سواء كان عقد بيع أو عقد قرض أو عقد كراء أو عقد رهن، يستمر في الزمان والمكان على صيغته ولا يخضع لنظرية تحول العقد، لسبب بسيط هو أن هذا العقد

¹ L'article 1168 du code civil français: « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

² أحمد الدراري، مصادر الالتزام، دراسات في قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، الجزء الأول، ص 208.

³ سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 148.

استجمع شروط صحته وأركان قيامه لذاته، مما يمكنه من وجوده القانوني وكذا الواقعي، منتجا آثاره من خلال تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها؛ من غير أن يلحق بالعقد عطب يحمل على إقرار البطلان أو تقرير الإبطال.

فالعقد الأصلي الصحيح، وإن حمل بين طياته عناصر تصرف آخر يفضله الأطراف على العقد الصحيح، فإن هذا الأخير لا يتحول بتاتا كعقد الهبة الصحيح الذي يتضمن بين ثناياه عقد وصية وتبين أن الواهب يميل إلى الوصية، فلا تحويل في هذه الحالة، لأن الهبة صحيحة، ولا مجال لإعمال التحويل، وبالتالي لا مجال لإعمال نظرية تحول العقد.

لذا واعتبارا لذلك، فإن العقد الذي يستوي صحيحا لا يستقيم تحويله إلى عقد آخر بالمرّة، لأن تغيير العقد من تكييف إلى آخر مرتبط أساسا بمدى صحة العقد المراد تحويله من شكله الأصلي، لانتهاء أركانه وشروط قيامه، إلى شكل جديد يستجيب للشروط والأركان الضامنة لصحته.

وقد يحدث أن يتحول العقد تبعا لسلطة القاضي في تفسيره واستكشاف معانيه، إلا أن المسألة قد تصطدم بما جاءت به أغلب التشريعات، التي تنص على أنه في البطلان المطلق لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وفي حال البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، يجوز لمن تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به.

ومن هنا يمكن التساؤل عن دور القاضي في التوفيق بين مطلبين قد يواجههما عند فصله في النزاع العقدي، وهما تمسك المدعي بالبطلان، بحيث يكون القاضي، من حيث المبدأ، ملزما بالقضاء به، والثاني سلطة القاضي في إعمال نظرية تحول العقد إذا ما توافرت شروطها.¹

فاستنادا إلى القاعدة الفقهية "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني"، فإن التصرف كيفما كان لا يدرك في مكمّن وجوده وذاته،

¹ -سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 149.

بالتعابير سواء ألفاظ أو مباني، بل يؤخذ من جانب مقاصده والمعاني التي يتضمنها في جوهره.

أما بالنسبة للأنظمة التي تكتفي بتبني تطبيقات خاصة دون أن تتبناها كنظرية في نظامها القانوني مثل التشريع الفرنسي، فالقاضي لا يمكنه تحويل العقد إلا في الحالات التي نص القانون عليها، وفيما سواها فإنه ليس أمامه إلا الحكم ببطلان التصرف الباطل.

إلا أنه في حالة الأخذ بالعقد القابل للإبطال، كمجال لإعمال نظرية تحول العقد في اقترانه مع شرط ضرورة اشتغال العقد القابل للإبطال على عناصر العقد الجديد، سترطم بعلّة أن الأسباب الموجبة لإبطال العقد غالباً ما تتعلق أساساً بالأركان العامة المنصوص عليها في الفصل الثاني من ق.ل.ع، كعيوب الإرادة التي تُعدم الرضى، والأخير يعتبر ركناً أساسياً في مسار إنشاء العلاقة التعاقدية.

ومن ثم، فإذا انتفى في العقد عنصر التراضي أو كان مشوباً بعيوب من عيوب الرضى، وقيام العقد الجديد هو الآخر بصيغة معيبة، حتى لو استبدل القاضي تكييف العقد، إذ والحالة هاته أن الرضى في مجال التعاقد يعتبر من الأركان العامة التي لا يمكن بأي شكل من الأشكال قيام العقد بدونها، فإن تعيبه يعطي الحق لمن عُيبت إرادته في رفع الدعوى لأجل إبطال العقد، لا أن يتم تحويل العقد، وفق تكييف القاضي، فالعقد الذي يراد تحويله، لا يتصور منطقياً رفع دعوى قصد إبطاله، فإذا كنا نفهم أن تحول العقد الباطل نتاج لعدم توفر الأركان اللازمة لقيامه، غير أنه يحتوي على عناصر بروز العقد الجديد، فإن العقد القابل للإبطال لا يكون ناقصاً من حيث الأركان، بل قد تكون أحد أركانه مشوبة، وليست منعدمة،

حتى نقول أن العقد القابل للإبطال في أصله يمكن الاستعاضة عنه لصالح عقد آخر، عن طريق تحول العقد.¹

الفقرة الثانية: شروط تفعيل نظرية تحول العقد

إن البطلان كما سبق ذكره هو المجال الأساسي لتفعيل نظرية تحول العقد من حيث المبدأ، زيادة على أن العقد القابل للإبطال وبصريح الفصول السالف ذكرها، وعلى الخصوص الفصل 306 من ق.ل.ع.² فإنه لا يمكن الحديث بتاتا عن تحول العقد دون وجود عقد باطل أو عقد قابل للإبطال، وبالتالي الأساس المنتج لتحويل العقد من تكييف قانوني أصلي إلى تكييف قانوني غيره منبثق عن العقد الأصلي.

والبطلان عبارة عن وصف يمكن أن يطلق على التصرف الذي لحقه عيب جعله مخالفا للقواعد القانونية أو الاتفاقيات المعمول بها، وهو الأمر الذي يجعل فاعلية هذا التصرف منعدمة وآثاره القانونية تتلاشى، وذلك يعد بمثابة توقيع الجزاء على من يخالف القواعد والمقاصد التي رعى المشرع إلى تحقيقها من ضرورة احترام القواعد القانونية التي من شأنها إنشاء تلك التصرفات وتنظيمها والعمل على جعلها ضماناً لطرفي التعاقد.³

¹- زينة الشريف، نظرية تحول العقد في القانون، منشورات موقع حماة الحق للمحاماة: <https://jordan-lawyer.com>، تم الاطلاع عليه يومه 2023/09/22 على الساعة 14:00، ص. الكترونية.

²- الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له.

ويكون الالتزام باطلاً بقوة القانون:

-إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛

-إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه.

³- زينة الشريف، نظرية تحول العقد في القانون، مرجع سابق، ص. الكترونية.

وعليه، فإن الشرط الأساس في نظرية التحويل، يتمثل في اشتغال العقد الباطل على العناصر المؤدية لتكوين العقد الجديد، إضافة إلى شرط توجه الإرادة الخاصة بالمتعاقدين إلى تبني مضمون العقد الجديد.

فمن حيث الشرط المتعلق بتوفر العقد الأصلي على عنصر من العناصر المؤدية لتكوين العقد الجديد، فإنه ولكي تصدق عملية التحويل، لا بد من اشتغال العقد الباطل أو ذاك القابل للإبطال؛ على عناصر العقد الذي سوف ينتج عن العملية ذاتها، وهو ما جاء في الفصل 423 من ق.ل.ع.¹ حيث تتحول الورقة الرسمية، التي تتوفر على الشروط الشكلية التي تحقق رسمية العقد، إلى ورقة عرفية، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال استكمال العقد الذي ينتج عن عملية التحويل بعناصر مستوردة من غير العقد الأصلي الباطل.

فالعقد الأصلي رغم بطلانه، يجمع العناصر اللازمة لتكوين العقد الجديد، أما إذا لم يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد الناتج فلا يجوز التحويل،² حتى وإن كان المتعاقدان يفضلان العقد الجديد.

وجدير بالذكر، أنه إذا كان التصرف القانوني صحيحا في شق وباطلا في شق آخر، وكان هذا التصرف يقبل الانقسام، فإن نظرية تحول العقد لا يمكن إعمالها على كامل التصرف، بل يكون هناك مجال لانتقاص التصرف حيث ينتقص ويزول

¹- نص الفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة"

²- عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص. 637.

الجزء الباطل منه أو يتم تحويله، في حين يظل الجزء الصحيح منتجا لآثاره القانونية.¹

أما التصرف القانوني المنعقد كلياً والذي لا يقبل الانتقاص، فلا بد من إبطاله جملة وتفصيلاً، وهو ما يتيح الفرصة لإعمال نظرية تحول العقد على التصرف القانوني كاملاً ليتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح.

أما من حيث شرط الإرادة، فإنه يبقى لزاماً أن تنصرف نية الأطراف المحتملة إلى تبني العقد الجديد لو علمنا أن العقد الأصلي باطل، وعلى القاضي أن يتيقن من أنهما سيقبلان العقد الجديد بالرغم من بطلان العقد الأصلي.²

وفي سياق البحث عن نية أطراف العقد، يأخذ بعض من الفقه بالإرادة المحتملة أو المفترضة أو المستنتجة، في الوقت الذي يأخذ فيه البعض الآخر بالإرادة الإضافية أو العكسية أو الاحتياطية، ويبني رأي ثالث تحويله للعقد على إرادة غير موجودة أو منعدمة.

ومنه، فإن الأقرب إلى الصواب هو أن هناك إرادة حقيقية، وهي التي انصرفت إلى التصرف الأصلي الباطل، وإرادة محتملة هي الغاية القانونية التي يقصدها الطرفان أو الغرض الاقتصادي الذي يهدفون إلى تحقيقه،³ وهي الغاية التي تبتغها نظرية تحول العقد.

¹- زينة الشريف، نظرية تحول العقد في القانون، موقع حماة الحق للمحاماة، نفس المرجع أعلاه على الساعة 20:34

²- عبد القادر العرعري، مرجع سابق، ص. 310.

³- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الرباط، المغرب، الطبعة الثانية، ص 379.

إلا أنه في الحالات التي تتعلق بالعقد القابل للإبطال كمجال لإعمال نظرية تحول العقد في اقتترانه مع الشرط القاضي بضرورة توفر العقد ذاته على عناصر العقد الجديد، فإن الإشكال يطرح في أن الأسباب الموجبة للإبطال غالبا ما تتعلق بالأركان العامة للتصرف القانوني والمنصوص عليها في الفصل 2 من ق.ل.ع. كعيوب الإرادة التي تنفي معها الرضى الذي يعتبر ركنا أساسيا في إنشاء العلاقة القانونية، ومنه فإن العقد في هذه الحالة ينشأ هو الآخر معيبا، حتى لو قام القاضي باستبدال وتكييف العقد، لأن تعييبه بهذا الشكل يعطي الحق لمن عيبته إرادته أن يرفع دعوى الإبطال لا دعوى التحويل، أضف إلى ذلك أن القاضي مقيد بالطلبات التي توضع أمامه، فهو ملزم بالفصل فيما يعرض عليه من دعاوى، وفي سبيل تحقيق ذلك يجد نفسه مقيدا بالعديد من المبادئ التي تحكم نطاق الدعوى المدنية، التي أهمها مبدأ الطلب القضائي،¹ الذي يلزم القاضي بالبت فيما طلب منه دون تجاوز، فهو مقيد بموضوع الطلب وسببه وأطرافه كما تم تحديدها من طرف الخصوم.

وتفسير الاتجاهات الفقهية والقضائية السائدة لمقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية،² كمعطى أولي متعلق بإلزام القاضي بضرورة الوقوف عند طلبات الأطراف، ومستند في تفسيره هذا على العبارات التي أوردها المشرع في هذا الفصل من قبيل "يتعين على القاضي" و"لا يسوغ له أن يغير تلقائيا" على اعتبار أن العبارات المذكورة تفيد صيغة الوجوب بما يتماشى ومفهوم النظام العام الإجرائي القائم على تحديد نطاق تدخل القاضي المدني في الخصومة المدنية،³

¹ - العبي محمد، الطلبات والدفع في قانون المسطرة المدنية، مجلة القضاء والقانون، العددان 9_10، ماي-يونيو 1970، ص. 419.

² - ينص الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

³ - عبد الحكيم الحكماوي، الدور الإيجابي للقاضي المدني في إطار الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، منشورات موقع الجامعة القانونية المغربية الافتراضية: www.aljami3a.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 24/09/2023، على الساعة 21.49، ص. الكترونية.

وبالتالي فإن أعمال نظرية تحول العقد على العقد القابل للإبطال غير منطقية في العديد من الجوانب رغم تنصيب المشرع المغربي عليها.
خاتمة:

تم التطرق في هذه المقالة إلى الكشف عن نظرية تحول العقد من خلال أسسها القانونية ونطاق تطبيقها وكذا شروط أعمالها، بشكل يميظ اللثام عن هذه النظرية التي بدأت تلقى اهتماما واسعا من طرف القانونيين والاقتصاديين. وتظهر أهمية هذه النظرية في التطور الاقتصادي المتسارع الذي تعرفه بلادنا، وبالتالي ضرورة تطور العقود نظرا لما لها من دور كبير في استقرار المعاملات، ومن ثم المساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يخطط لها المغرب منذ سنوات عدة، خصوصا مع النموذج التنموي الجديد.

لذا ولزاما على الفقه والتشريع معا، العمل على تفعيل بهذه النظرية وتطويرها بيد القضاء ليستثمرها وينسَلَّ من القيود التي تفرضها عليه التشريعات الحالية وخصوصا الفصل الثالث من ق.م.م، وتماشيا مع هذا الطرح لابد من التطرق إلى نقطتين أولاهما النتائج وثانيتهما المقترحات.

أولا: النتائج

(1) إن نظرية تحول العقد تستجيب للتحولات والمتطلبات الجديدة للقانون المعاصر والمتمثلة في البحث عن استقرار العلاقات التعاقدية، وذلك بإنفاذ العقد من البطلان، فتطبيق هذه الآلية من شأنه أن يوفر ضمانات أكبر للمتعاقدين بالحفاظ على مصالحهم، وتلافي البطلان والتأسيس لعقد جديد تبعا للإرادة المحتملة فيه وريح كثير من الوقت ومزيد من المصاريف.

(2) إن لنظرية تحول العقد خصائص ومميزات، تبعدها عن الخلط مع غيرها من النظم والنظريات، حتى وإن كانت تشترك معها في كونها تشكل وسيلة لتصحيح التصرف من العيب الذي يلحقه.

(3) تبني المشرع المغربي لنظرية تحول العقد كمبدأ عام يتماشى مع المطالبة بتوسيع سلطة القاضي في التقليل من حالات البطلان، وبالتالي العمل على إنقاذ الكثير من العقود لدورها الهام في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

(4) إن عملية تحول العقد لا تتم إلا عن طريق القضاء، وهذه العملية تهدف إلى إنشاء عقد جديد صحيح تتوفر أركانه وعناصره في ذات العقد الباطل دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر، معتمدا في ذلك على الإرادة الافتراضية والغرض الاقتصادي للأطراف من التعاقد.

(5) إن سلطة القاضي في تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح في أغلب التشريعات المقارنة، يعتبر أصلا قائما بذاته بحيث لا يمكن اتهام القاضي بأنه خرق مبدأ الحياد أو أنه غير سبب الدعوى أو أنه حكم بأكثر مما طلب منه.

(6) الادعاء بأن البحث عن إرادة الأطراف المحتملة أو المفترضة هو بحث عن إرادة وهمية قد تشكل عائقا أمام القاضي في ظل وجود إرادة صريحة وحقيقية، فيه نوع من المبالغة لأن ذلك يخفف من تعسف القاضي ويمنعه من تجاوز السلطات المخولة له في ما لو أقصى المشرع دور الإرادة في عملية التحول، ومن هنا تكثر الطعون المعارضة للتحول، وبالتالي الحد من الدور الإيجابي للقاضي.

ثانيا: المقترحات

1. إذا كان المشرع المغربي قد سار على نهج التشريعات المقارنة في التنصيب على نظرية تحول العقد، فالأهم هو تجسيد هذه النظرية في العمل القضائي ضمانا لاستقرار التعاملات وتحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة، والقاضي مطالب الآن أكثر من أي وقت مضى بإرساء قواعد متناغمة مع تطبيقات نظرية تحول العقد قصد إنقاذ العقود من البطلان ضمن الشروط العامة لنظرية تحول العقد.

2. إن المشرع المغربي قد جعل نظرية تحول العقد قاصرة على شرط توجه إرادة الأطراف في العقود القابلة للإبطال خصوصا، كما جعل السلطة التقديرية للقاضي مقيدة بالفصل 2 و3 من ق.م.م. مما يصير معه لزاما على المشرع تعديل

آليات إنفاذ العقد: نظرية تحول العقد نموذجا ذ/محمد بوعسل، ليلي أسموك

الفصلين وخصوصا الفصل 3 من القانون إياه لفسح المجال أمام المحكمة قصد تحقيق الأهداف المرجوة من النظرية المتعلقة بتحويل العقد، وبالتالي تحقيق المنافع الفردية والجماعية (أي الخاصة بالأطراف والعامّة المتعلقة بالتنمية الاقتصادية) المتوخاة من العقود.

**أثر تخلف شكلية توثيق التصرفات الناقلة للملكية العقارية طبقاً
للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية: تعليق على قرار محكمة
النقض عدد 40 الصادر بتاريخ 2023/01/12**

ذ/د. محمد العلمي
أستاذ التعليم العالي، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير،
جامعة ابن زهر

الأصل في العقود الرضائية، بحيث أن العقد يكون تاماً بمجرد تراضي الطرفين¹،
لكن خروجاً عن هذا المبدأ أصبحت مختلف التشريعات الدولية المقارنة ومنها
المغرب تخرج عن هذا المبدأ، بأن أصبحت تتطلب إفراغ الرضى في قالب شكلي
محدد.²

¹. راجع مثلاً:

- الفصل 491 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه."
- وكذا الفصل 492 من نفس القانون الذي يقرر بأنه: "بمجرد تمام البيع، يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم، ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء. وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه. ولا يعمل بهذا الحكم في بيع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين."
- ضف إلى ذلك الفصل 493 من نفس القانون الذي ينص على أنه: "بمجرد تمام العقد، يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء التي يتحملها الشيء المبيع ما لم يشترط غير ذلك. ويقع على عاتقه أيضاً مصروفات حفظ المبيع وجني ثماره. وعلاوة على ذلك، يتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم، ما لم يتفق على غير ذلك."

². ظهرت هذه العقود الشكلية منذ القدم وبدأت بالظهور في القانون الروماني، لأنه كان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاماً فالشكلية هي القاعدة بخلاف القانون حيث لم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام العقد. الإرادة عند الرومان القدماء لم تكن كافية لإنشاء التصرفات القانونية، بل لابد من عنصر الشكلية، أما الرضائية فكان ميدانها ضيق جداً، لا يتعدى العقود الأربع التالية: البيع والإيجار والوكالة والشركة. أما بالنسبة للأشكال التي كان يحددها القانون الروماني، بالنسبة للتصرفات المولدة للحقوق الشخصية الأخرى، ؛ فهي ثلاثة: -عقد الاستدانة: عقد يتم بالسبيكة والميزان؛

وعليه، فإن العقود الشكلية هي التي يتطلب القانون لانعقادها صحة إفراغ الرضى في قلب شكلي (الكتابة وهي على نوعين، الكتابة للانعقاد والكتابة للإثبات).

ومن نماذج العقود التي أخضعها المشرع للشكلية هو البيع العقاري¹، تم بعدها كل العقود التي ترمي إلى نقل حق عيني عقاري أو تعديليه أو إسقاطه حسي المادة 4 من مدونة الحقوق العينية² التي تنص على أنه: " يجب أن تحرر-تحت طائلة البطلان -جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات المتعلقة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك."

وعليه، فإن النقاش المثار بهذا الخصوص يتعلق بطبيعة هذه الشكلية وما هو أثر تخلفها على صحة البيع العقاري أو التصرف الناقل للحق العيني العقاري؟

-العقد الشفوي: يتم بصيغة شفوية تتضمن سؤال موجها من الدائن للمدين عن قبوله التعهد، وجوابا موافقا من هذا الأخير؛

-العقد الكتابي: ويتم بقيام المدين بقيد الدين في سجل الدائن.

راجع عبد الفتاح عبد الباقي " نظرية العقد و الإدارة المنفردة" بدون إشارة إلى المطبعة و مكان النشر، سنة 1984 ، ص: 42.

¹. ينص الفصل 489 من ظهير الالتزامات والعقود على مايلي: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون."

². ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011).

وسيتم الجواب على هذا السؤال من خلال التعليق على قرار محكمة النقض ع 40 الصادر بتاريخ 12 يناير 2023 في ملف مدني ع 5819/1/9/2022، (غير منشور)، وذلك من خلال محورين:

- أولاً: طبيعة شكلية البيع العقاري أو نقل الحق العيني العقاري؛
- ثانياً: موقف محكمة النقض من خلال القرار موضوع التعليق.

أولاً: طبيعة شكلية البيع العقاري أو نقل الحق العيني العقاري

ربما يمكن الجزم بدءاً أن المشرع ارتقى بالشكل الذي يجب أن يفرغ فيه نقل الحقوق العينية بمختلف التصرفات التعاقدية إلى مصاف شكلية الانعقاد، أي الكتابة كركن في العقد، وذلك من خلال المقتضيات الصريحة الواردة في المادة 4 من م.ح.ع.

ربما لو رجعنا لفترة ما قبل إقرار مدونة الحقوق العينية سنرى رأي مخالف، وسنحتكم للفصل 489 من ظهير الالتزامات والعقود، الذي كان ينص على أنه: "إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسمياً وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون." وهنا نلاحظ أن المشرع لم يرتب جزاء البطلان بصريح النص، ولكن استعمل عبارة الوجوب "يجب..."، ضف إلى ذلك أن المشرع لم يحدد طبيعة معينة للمحرر، فقط اشترط أن يكون ثابت التاريخ (أي محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ بإحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 425

من ظل.ع). وإن كان الراجح في هذه الفترة هو اعتبار الشكلية هنا شكلية انعقاد وتخلفها يترتب عليه بطلان عقد نقل الحق العيني العقاري.

وعليه، فإن المشرع، بإقرار المادة 4 من م.ح.ع يكون قد نسخ ضمناً الفصل 489 من ظل.ع، وحسم أمر الشكلية وجعلها ركن من أركان العقد وتخلفها يكون العقد باطلاً بصريح المادة 4 من م.ح.ع.

أي أن الحق العيني العقاري لا ينتقل إلا إذا أفرغ العقد في الشكل المحدد في المادة 4 من م.ح.ع، أما ما عدا ذلك فإن كل عقد أبرم خارج المادة المؤمناً إليها أنفاً لا ينشئ إلا حقوق شخصية. وإذا كان محل عقد البيع عقار محفظ فإنه بالإضافة لاحترام شكلية المادة الرابعة (شكلية الانعقاد) فإن يتعين تقييد العقد في السجل العقاري وفقاً لما هو منصوص عليه في الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 وكما عدل وتمم بالقانون 14.07 بتاريخ 22 نونبر 2011؛ فقد ورد في الفصل 66 منه أن: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداءً من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة."

أما الفصل 67 من نفس الظهير فقد نص على أن: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون

الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم."

مما يعني أن انتقال ملكية العقارات المحفظة موضوع عقود البيع لا تنتقل إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري وفقا لصريح الفصل 67 من ظ.ت.ع، أما العقد الرابط بين الطرفين فإنه لا ينشئ إلا التزاما بنقل الملكية من البائع للمشتري لا غير¹.

ثانيا: موقف محكمة النقض من خلال القرار موضوع التعليق

وتتلخص وقائع القضية موضوع القرار أن المدعي عرض أمام المحكمة الابتدائية بميدلت أنه أبرم عقد شراكة مصحح الإمضاء مع المدعى عليه مفاده أنهما شركاء في ملكية عقار عبارة عن مستودع يقع بجماعة اشمخان بتونفيت، بجمع مساحته وهوائه والتمس من المحكمة إجراء خبرة قصد إعداد مشروع قسمة للعقار لإنهاء حالة الشيع، وبعد ذلك تقدم المدعي بمقال إضافي يلتمس من خلاله الحكم على المدعى عليه بإبرام عقد شراكة رسمي بين الطرفين أمام عدلين وذلك بجعلهما شريكين في العقار المتنازع بخصوصه. وتمسك المدعى عليه في مقال مضاد بأن عقد الشراكة المصحح الإمضاء المتمسك به من طرف المدعي باطل بالنظر لعدم إفرغه في الشكل الذي تحدده المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية (محرر رسمي أو ثابت التاريخ يحرره محامي مقبول لترافع أمام محكمة النقض).

¹ راجع في نفس التوجه عبد القادر العرعاري، " الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة-الكتاب الأول عقد البيع" الطبعة الثالثة 2011، مطبعة الكرامة الرباط، دار النشر (دار الأمان) الرباط، ص: 142.

وبعد أن أصبحت القضية جاهزة للبت أصدرت المحكمة الابتدائية بميدلت حكمها على المدعى عليه بإلزامه على إبرام عقد شراكة مع المدعي وفق ما تقتضيه المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

وأيدت محكمة الاستئناف بالراشدية ما قضت به المحكمة الابتدائية بميدلت، وتم الطعن فيه بالنقض من طرف المدعى عليه وهو يعيب عليه نقصان التعليل على أساس أن قرار محكمة الاستئناف اعتمد على العقد العرفي المصحح الامضاء باطل لعدم احترامه للشكلية التي تقتضها المادة الرابعة من م ح ع، لكن محكمة النقض اعتبرت القرار الاستئنافي المطعون فيه معللا تعليلا سليما ولم يخرق أي مقتضى قانوني؛ ونظرا لأهمية الأمر ندرج حيثية قرار محكمة النقض:

" لكن عملا بالفصل 230 من ق.ل.ع الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون وعملا بالفصل 231 من نفس القانون كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته وعملا بالقاعدة الفقهية أنه من سعى إلى نقض ما أبرمه بيده فسعيه مردود عليه، والثابت من الوثائق المعروضة أمام محكمة الموضوع وخاصة عقد الشراكة الذي تضمن أن أطراف النزاع شركاء سوية في المستودع بهوائه وأن العقد المذكور يكون ملزما لطرفيه ويتعين تنفيذه بالصياغة التي يفرضها القانون في نقل الملكية والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من إلزام الطالب بإبرام عقد الشراكة وفق ما تقتضيه المادة الرابعة من م.ح.ع باعتبار

أثر تخلف شكلية توثيق التصرفات الناقلة للملكية العقارية ----- ذ/د. محمد العلمي

عقد الشراكة تصرف يهدف إلى نقل الملكية تكون قد اعتبرت أن الطالب ملزم بتنفيذ ما التزم به وأن التنفيذ لا يكون ناقلاً للملكية إلا بإبرامه وفق الشكل المحدد قانوناً فضلاً على أن الطالب لا يمكنه التذرع بالمادة الرابعة من م ح ع بالنسبة لتصرف أبرمه بنفسه مما يكون القرار المطعون فيه معلل تعليلاً سليماً ولم يخرق أي مقتضى

"

ومن خلال ما سبق يمكن استنباط المبادئ التي قرارها قرار محكمة النقض
موضوع التعليق:

- الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛
- الفصل 231 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على ضرورة تنفيذ التعهدات بحسن نية، سواء التعهد الأصلي أو ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفق ما تقتضيه طبيعته؛
- القاعدة الفقهية القائلة بأن "من سعى إلى نقض ما أبرمه بيده فسعيه مردود عليه"¹.

وعليه، فإن القرار الصادر عن محكمة النقض هذا لم يناقش مسألة شكلية المادة 4 من م.ح.ع، بل ناقش النزاع في إطار أنه أنشأ حقوقاً شخصية بين الطرفين،

¹ - قررت هذه القاعدة لدى مجموعة من التشريعات؛ كالقانون المدني الأردني الذي قررها في المادة 238 بالقول بأن: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"، والمقصود من هذه القاعدة أن الشخص إذا أقدم على نقض ومخالفة ما سبق وأن أجراه بيده وبنفسه وتم من جهته بطوعه واختياره وإرادته الحرة، ثم أراد عقب ذلك نقض ومخالفة ما سبق وأن أبرمه فذلك مردود وغير مقبول.

وهذه الحقوق الشخصية قابلة بأن تؤول إلى حقوق عينية بعد إخضاعها للشكلية التي تفرضها المادة 4 من م.ح.ع. مما يعني أن محكمة النقض لم تناقش مسألة طبيعة شكلية المادة الرابعة هل هي شكلية انعقاد أم شكلية إثبات، بل العكس المحكمة ذاتها وبالتوجه المعبر عنه في القرار موضوع التعليق تكون قد حسمت أمر شكلية المادة الرابعة بأن جعلتها شكلية انعقاد وتخلفها يترتب عليه بطلان العقد ولكن بطريقة غير مباشرة، ويظهر ذلك عندما أكدت صوابية قرار محكمة الاستئناف بالراشيدية، بإجبار المدعى عليه بإفراغ التعاقد في الشكلية التي فرضها المشرع في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.¹

وعليه، يمكن الجزم بأن العلاقة بين أطراف النزاع نتج عنها مجرد إنشاء التزام (حق شخصي)، وهذا الحق الشخصي قابل لأن يصبح ويؤول إلى حق عيني.

وهنا يمكن أن أعطي مثال قريب شيء ما وهو المتعلق بالوعد بالبيع الذي يكون محله عقارا أو حقوقا عقارية أخرى، فهو لا يخضع لشكليات المادة 4 من م.ح.ع.²

¹ - هنا نلاحظ أن المدعي كان عليه لتأسيس أفضل لمقاله أن يزيد طلبا آخر للمحكمة مضمونه بالإضافة إلى إجبار المدعى عليه على إبرام عقد ناقل للملكية طبقا لما تقتضيه المادة الرابعة من م ح ع أن يطلب من المحكمة اعتبار الحكم القضائي بمثابة عقد عندما يرفض تنفيذ الحكم الصادر ضده بإبرام العقد طبقا لما تقتضيه المادة الرابعة من م ح ع وما دام أن المدعي في هذه النازلة لم يقدم الطلب وفق ما ذكرناه، فإن المحكمة تبت في حدود ما طلب منها. طبقا للفصل الثالث من م م.

2 - راجع قرار محكمة النقض عدد: 7/246 الصادر بتاريخ: 2022/04/26 في الملف المدني عدد: 2022/7/1/653 غير منشور، الذي قرر بأن: "الوعد بالبيع غير خاضع لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة للحقوق العينية" فالوعد بالبيع هو مجرد التزام بإبرام عقد بيع يتوقف على تحقق الشروط والالتزامات المضمنة به من الطرفين، والتي من شأن تنفيذها ان يؤدي إلى إبرام العقد النهائي الذي يجب أنذاك ان يكون طبقا للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية. الوعد بالبيع باعتباره التزاما شخصيا لا تنطبق عليه أحكام المادة المذكورة اعلاه."

ولكن بحلول أجل المضروب في عقد الوعد بالبيع يجب على الواعد أن يبادر إلى إبرام العقد النهائي وفق المادة الرابعة.

وهنا وجب التنبيه إلى أن الواعد أو الموعد له حسب الأحوال يحق له رفع دعوى إتمام إجراءات البيع وإبرام العقد النهائي عندما يمتنع الطرف الآخر في تنفيذ الوعد بالبيع. وفق ما تقتضيه مقتضيات أحكام المثل في تنفيذ الالتزامات.¹

وربما هنا الأمر أقرب بكثير للمقتضيات المنظمة لمثل المدين المنصوص عليها في الفصل 259 من ظ.ل.ع،² بحيث يكون المدين ملزما بالتنفيذ العيني متى كان ممكنا.

1 - ينص الفصل 255 من ق.ل.ع على أنه: "يصبح المدين في حالة مَطْل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المدنى للالتزام.

فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مَطْل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار:

1 - طلبا موجها إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول؛

2 - تصريحاً بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسبا إزاء المدين. ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص".

للتفاصيل راجع عثمان ثالث " الوعد بالبيع العقاري " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2023/2022. ص: 242 وما بعدها.

² - وجاء فيه ما يلي:

" إذا كان المدين في حالة مَطْل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين.

وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.

لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

وهنا مادام تنفيذ التزام (المدعى عليه) مبرم عقد الشراكة العرفي يمكننا على مستوى إتمام شكلية هذا العقد وإفراغه في الشكل الذي حدده المشرع في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فإن المحكمة كان عليها أن تجبره على ذلك لو أن المدعى كان قد أسس دعواه في هذا الاتجاه.

كما أن محكمة النقض تعتبر في قرارها هذا أن تخلف شكلية المادة الرابعة لا يمكن أن يرتب عليها نقل الملكية العقارية الذي التزم الطرف بأن ينفذ التزاماته بنقل ملكية العقار بإبرام التصرف في الشكل الذي تحدده المادة الرابعة.

شكلية المادة الرابعة هي شكلية انعقاد. وتخلفها يترتب عليه البطلان من حيث إنشاء الحق العيني لا غير، أما إن كانت هناك شكلية أخرى غير التي قررتها المادة الرابعة فإن تسعف في الاعتراف بوجود حقوق شخصية.

الحق الشخصي الذي يقبل أن يتحول إلى حقي عيني بإفراغه في الشكل الذي يحدده القانون، تطبق بخصوصه قواعد مطل المدين المنصوص عليها في الفصل 359 من ظ.ل.ع.

وهذا ما نلمسه من حيثيات القرار الذي جاء فيها: "العقد المذكور يكون ملزما لطرفيه ويتعين تنفيذه بالصياغة التي يفرضها القانون في نقل الملكية..."

عقد الشراكة العرفي المصحح الإمضاء يهدف إلى إنشاء التزام/ حق شخصي بنقل الملكية العقارية، ونقل هذه الملكية يقتضي إخضاع التصرف من جديد للشكل الذي تحدده المادة الرابعة من م.ح.ع.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي مقاربات فقهية

نور الدين بلقجر

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض

مقدمة:

التفسير كما هو معلوم يدخل ضمن مطلق صلاحيات قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه، متى كان العقد غامضاً، على أساس أن له حدوداً، تبسط عليه محكمة النقض رقابتها، وحدوده هو التحريف. والتفسير⁽¹⁾ اصطلاحاً يقصد به:

(1)- وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرقا بين التفسير و التأويل، لكن هذا الاختلاف يظهر على مستوى الفقه الإسلامي لا القانون الوضعي، بحيث يقصد بتأويل العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية: صرفه عن معناه الظاهر وإرادة معنى آخر محتمل لقيام الدليل عليه.

لأخذ فكرة عن الموضوع انظر:

- عبد الوهاب خلاف. تفسير النصوص و تأويلها. مجلة الاقتصاد. العدد الثاني. السنة 18. الصفحة 190 و ما بعدها.
- سامي الجري. تفسير العقد. مركز النشر الجامعي 1999. الصفحة 331.
- فؤاد محمد معوض. دور القاضي في تعديل العقد. دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري. دون ذكر المطبعة. الطبعة الأولى 1999. الصفحة 123 و ما بعدها.
- جاسم علي سالم الشامسي. تفسير قانون المعاملات المدنية و تأويله وفقا لمنهج أصول الفقه والقواعد الفقهية. جامعة الإمارات العربية. الطبعة الأولى. الصفحة 132.
- عبد الحكم فودة. تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن. طبعة 1985. منشأة المعارف بالإسكندرية. الصفحة 158 وما بعدها

تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به⁽¹⁾.

و تُثار مشكلة التفسير⁽²⁾ عند افتقاد التطابق بين الإرادة والتعبير عنها، فالمبدأ أن وجود العقد يستلزم وجود عنصرين أساسيين، الإرادة و هي أمر نفسي محض، لا تنتج بذاتها أثرا قانونيا، طالما ظلت حبيسة ذات المتعاقد، والعنصر الثاني هو التعبير وهو أمر خارجي ظاهر يمكن عن طريقه فهم العنصر الأول، وهو الذي يجعل الإرادة الباطنية إرادة قانونية يحفل بها المشرع، وهذان العنصران متكاملان بحيث إن كلا منهما مستقل عن الآخر، والقيمة في اجتماعهما معا متطابقين، أنه بحدوث هذا التطابق لا مجال للتفسير، وإذا أجراه قاضي الموضوع في هذه الحالة يعد تحريفا ومسحا للعقد.

والمشرع المغربي نظم المقتضيات المتعلقة بتفسير العقد في الفصول: من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ويقابله في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم: 131 المؤرخ في 10 فبراير 2016، المواد من 1188 إلى 1192، والتي حلت محل الفصول من 1156 إلى 1164 من مدونة نابوليون.

(1)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 11.

للمزيد حول تفسير العقد انظر:

- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. دراسة ميتودولوجية للفهم القضائي والفقه للقانون التعاقدية. الطبعة الأولى 2017. منشورات مختبر قانون الالتزامات والعقود. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس. الصفحة 10 وما بعدها.

- سامي الجري. تفسير العقد. مركز النشر الجامعي 1999. مرجع سابق. الصفحة 1 وما بعدها.

(2)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 3.

ويشكل تحريف العقد، حدود التفسير الذي يقوم به قاضي الموضوع، لذلك فهذا الأخير متى طُرح أمامه نزاع بشأن عقد معين، وتبين له أن التعبير واضح ومتطابق مع الإرادة المشتركة للمتعاقدَيْن، ولا يثير أي لبس ولا أي غموض، فعليه ألا يفسر العقد، تحت أية حجة مهما كانت، وبالتالي فإن تأويل العقود الواضحة الصريحة في دلالة عبارتها، يشكل تحريفا للعقد، وخروجا عنه وضربا للقوة الملزمة، طبقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، ومخالفة صريحة لمنطوق الفصل 461⁽¹⁾ من ذات القانون، ومن خلاله بناء الحكم أو القرار على خلاف إرادة الأطراف، وتركه دون رقابة يُسار إلى التنفيذ، مخالفا بذلك مبتغى الأطراف المتعاقدة، ومتجاوزا مصالحهم محققا مصلحة وهمية بسبب سوء وحيث السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من جهة، ومن جهة أخرى للدوافع التي دفعته إلى ذلك.

لذلك فخطورة تحريف العقد كامنة في تحريف الالتزامات والحقوق التي رتبها الأطراف بإرادتهم الحرة الأمر الذي يهدد استقرار المعاملات ويدل على حيف وتعسف قضاة الموضوع، وهذا يستلزم تدخل محكمة النقض لفرض رقابتها، على تفسير العقد واضح العبارات دون مبرر.

وترتبط فكرة التحريف، بالعقد الواضح العبارات أشد الارتباط، نظر لكون الوضوح من أهم المبادئ التي تأسست عليها نظرية تحريف المستندات على وجه العموم والعقود على وجه الخصوص، وكان نتيجة فهم محكمة النقض الفرنسية لفكرة التمييز بين القانون والواقع في تفسير العقود.

(1)- وفي هذا الإطار ينص الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها" و يقابل هذا الفصل في القانون المني الفرنسي لسنة 2016 المادة 1192:

« On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation »

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

كما أن تحريف العقود ارتبط بالمدرسة الجرمانية التي تلزم القضاء بالتقيد بظاهر النص القانوني متى كان واضحاً، وبالتالي فإن الخروج عنه دون مبرر فيه تحريف، وهذا الأمر انعكس على العقد بإسقاط نفس أحكام تفسير نصوص القانون على العقد استناداً إلى القوة الملزمة للعقد التي ترتقي به إلى مصاف القاعدة القانونية.

وقد ارتبط ظهور التحريف في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بالكيفية التي فهمت بها التمييز بين الواقع والقانون، ومدى رقابتها على الواقع، ويعود سبب هذا التمييز إلى مهمة محكمة النقض نفسها كما حددها قانون تأسيسها الصادر بتاريخ 27 نونبر 1790⁽¹⁾.

وبالتالي لا بد من التمييز بين الواقع والقانون، ليتسنى حصر مهمة محكمة النقض في الرقابة على الثاني دون الأول، في حين يبقى لمحاكم الموضوع الحق في التقدير بمطلق سلطتها لوقائع القضية والظروف المادية التي تحيط بالأفعال القانونية المنفردة والعقود، وثبوت الوقائع ونوايا الأطراف المتعاقدة ولا يمكن أن يكون سببا في الطعن بالنقض، إلا إذا ترتب عنه خرق لقاعدة قانونية.

لكن وكما هو معلوم، إن التمييز بين الواقع والقانون أمر يصعب الإقرار به، وبالتالي تعيين الخط الفاصل بين الميدان الذي تشمله رقابة محكمة النقض، والميدان الذي يستقل به قضاة الموضوع، وإن كان لا يمكن الحسم فيه مبدئياً إلا

(1)- إذ نص المقطع الأول من الفصل الثالث من القانون المذكور على أنه: "تبت في جميع الإجراءات التي وقع فيها خرق للقواعد الشكلية، وكل حكم يتضمن خرقاً صريحاً لنص قانوني" وتأسيساً على ما سبق أضاف المقطع الثالث من نفس الفصل أنه: "لا يجوز لمحكمة النقض لأي سبب، ولا في أي حال من الأحوال أن تنظر في أساس القضايا".

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

أنه يحدث أحيانا أن قضاة الأساس يغيرون معنى العقود المعروضة عليهم والآثار المترتبة عليها، وهم يقومون على التغيير والذي يسمى بتحريف العقود، تحت ستار التفسير، الأمر الذي يفرض على محكمة النقض التدخل لتقويم ذلك الاعوجاج، ومن هنا نشأت رقابة محكمة النقض على حالة تحريف قضاة الموضوع للأفعال القانونية، وكان أول قرار يبرز هذه الرقابة في 20 يناير 1868، وكانت بداية نظرية التحريف في مجال تفسير الوصايا لتمتد إلى ميدان العقود عموما حيث لقيت رواجاً مبهراً، لتمتد بعد ذلك إلى مختلف نواحي القانون.

وفي 1872م تأسست هذه النظرية بناء على التميز بين تفسير العقود الغامضة والعقود الصريحة والواضحة، وبالتالي فتفسير العقود الغامضة من قبل قضاة الموضوع يكون بمطلق سلطتهم، أما العقود الواضحة فلا يجوز لهم تحريفها تحت ستار التفسير⁽¹⁾.

ومنذ ذلك الحين إلى اليوم، استقرت محكمة النقض الفرنسية على تبني نظرية التحريف، بل وقد تم التنصيص عليها بشكل صريح في إطار المادة 1192 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، حيث جاء فيها أنه:

"لا يجوز تفسير الشروط الواضحة والمحددة تحت طائلة التحريف"

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، قد تم عرضه على محاكم الموضوع، وتم اقتراح فقرة تنص على منع تحريف العقود، إلا أنه في النسخة النهائية تم حذفه، ليُعاد التنصيص عليه في إطار المادة المشار إليها أعلاه،

(1)- موسى عبود. التحريف كسبب من أسباب الطعن بالنقض. تعليق على حكمين صادرين عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 أكتوبر 1960. مجلة القضاء والقانون. السنة الرابعة. العدد 35-36. يناير وفبراير 1961. ال.صفحة 197 وما بعدها.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

ولقد وجدت نظرية التحريف صدى وإقبالا مهما من طرف التشريعات العربية الحديثة، كالتشريع المصري⁽¹⁾ والتشريع السوري⁽²⁾ والتشريع الليبي⁽³⁾ والتشريع العراقي⁽⁴⁾، إضافة إلى التشريع المغربي⁽⁵⁾.

وقد سار المجلس الأعلى⁽⁶⁾ وفق نفس النهج، الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية، من خلال العديد من القرارات التي صدرت عن القضاء المغربي في هذا المجال⁽⁷⁾.

ومن خلال ما تقدم نتساءل عن جوهر فكرة تحريف العقد وأساس رقابة قضاء النقض عليهما؟.

وتتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من التساؤلات:
ما المقصود بفكرة تحريف العقد؟

-
- (1)- نصت الفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني المصري:
" إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها"
(2)- المادة 151 من القانون المدني السوري.
(3)- المادة 152 من القانون المدني الليبي.
(4)- والمادة 155 من القانون المدني العراقي.
(5)- انظر الفصل 461، قد سبق إيرادها.
(6)- حلت عبارة " محكمة النقض " محل عبارة "المجلس الأعلى، وذلك بموجب القانون رقم 11-58. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر. بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (الموافق ل 26 أكتوبر 2011). الصفحة 5228.

- (7)- للتوسع في السياق التاريخي لنظرية التحريف انظر:
- محمد الكشبور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية " محاولة للتمييز بين الواقع والقانون". الطبعة الأولى 2001. دار الطبع غير مذكورة. الصفحة 528.
- حلبي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. دراسة مقارنة. الجزء الثاني الطبعة الأولى 2004. مؤسسة دار الحديث للكتاب طرابلس لبنان. الصفحة. 431.
- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 437 وما بعدها.

ما هو نطاق رقابة قضاء النقض على التحريف؟؛

ماهي تجليات ومعايير رقابة قضاء النقض على تحريف العقد؟.

وعليه سأتناول هذا الإشكال من خلال مطلبين اثنين كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم تحريف العقد

المطلب الثاني: رقابة القضاء على تحريف العقد

المطلب الأول: مفهوم تحريف العقد

سنتناول في هذا المطلب مفهوم التحريف، والذي يرد بمصطلح التصحيف في الفقه الإسلامي، غير أنه لا يختلف في شيء عن ذلك التحريف الذي تناولته بعض الدراسات التي تهتم بموضوع تفسير العقد، كما سنتناول نطاق نظرية التحريف التي توسعت اتساعا كبيرا، حيث ظهرت في مجال العقود لتنصرف إلى جميع المحررات خصوصا المكتوبة منها.

وعليه سنتناول هذا المطلب كالتالي:

الفقرة الأولى: تعريف تحريف العقد

الفقرة الثانية: نطاق نظرية التحريف

الفقرة الأولى: تعريف تحريف العقد

إن معظم التشريعات قررت قرينة، مفادها أن العقد الواضح ينفذ، ولا يفسر لأنه قد يكون موضوع تحريف، بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين.

يقترّب المعنى اللغوي⁽¹⁾ للتحريف من المعنى الاصطلاحي.

(1)- للمزيد من الإيضاح انظر:

- أحمد ابن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين. معجم مقاييس اللغة. المحقق عبد السلام محمد هارون. مادة "حرف". طبعة 1399هـ/1979. دار الفكر. الصفحة 42-43.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

وعرفه بعض الفقه بأنه: "مخالفة الظاهر من الوثيقة"⁽¹⁾، ويقصد به في نظر بعض الفقه المصري: "تجاهل المعنى الواضح والمحدود للتعبير من أجل أن يسند إليه معنى مغاير للمعنى الحقيقي"⁽²⁾.

ويكسر بعض الفقه الطرح نفسه، حين اعتبر التحريف خروجاً غير مبرر تبريراً معقولاً وكافياً عن معنى العقد الواضح البين في معناه البديهي المتبادر إلى الذهن⁽³⁾.

ومن ثم يمكن القول إن التحريف يتجسد في صورة تنكّر محكمة الموضوع للمعنى الواضح والصريح لمخطوطة موجودة في ملف الدعوى، استند إليها القرار المطعون فيه، دون أن يكون في هذه المخطوطة أو في غيرها من المخطوطات المتوفرة في الملف ما يجيز هذا التنكر لمعنى المخطوطة⁽⁴⁾.

وهكذا يضع وضوح العقد الحد الذي لا يمكن لقاضي الموضوع أن يتجاوزه عند استعمال سلطته في التفسير، حيث لا يمكنه أمام عقد مجرد من الغموض واللبس إلا أن يطبقه باعتباره قانون المتعاقدين بدون قيد أو شرط وبدون تعديل أو بتر أو إضافة⁽⁵⁾.

- العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، ص 43.

(1)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 531.

(2)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 436.

(3)- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 16.

(4)- حلمي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني مرجع سابق. الصفحة 477.

(5)- Académie des . Jacques Ghestin et Christophe Jamin et Marc billiau. Traité de droit civil- sciences morales et politiques 1980. page 37 .

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

نخلص إلى أن التحريف له علاقة وطيدة بالتفسير كمسألة عادية، أما التحريف فهو "تعسف" على حد تعبير بعض الفقه⁽¹⁾، حيث تتجلى خطورته في الآثار القانونية التي تترتب عنه، بإسناد مادة وهدف للعقد مغايرين لمادته وهدفه الحقيقيين واللذنين ينتجان عنه بالطبيعة والمنطق، حيث إن تفسير العقد الواضح والدقيق بإعطائه معنى مخالفاً للتعبير البين والواضح، من شأنه أن يحمل أحد أطرافه التزامات على الطرف الآخر أو هدر أحد حقوق المتعاقدين لفائدة المتعاقد الآخر، وهذا لم يكن موجوداً في العقد، وفي كل الأحوال سيؤدي تحريف العقد واضح العبارات إلى إهدار الحقوق وتحميل التزامات لم ينص عليها قانون الأطراف و لم يرتضيها.

هذا، ويتميز تحريف العقد بمجموعة من الخصائص في مقدمتها أنه خطأ ظاهر يشوب استخلاص مضمون وثيقة واضحة، وهذا يعني أن الخطأ المادي الناتج عن قراءة وثيقة أو الإشارة إليها يدخل في هذا الإطار، إلا أن الأمر عكس ذلك لكون الخطأ المادي خطأ غير إرادي حيث يكون الباب أمام القاضي مفتوحاً لإصلاحه شريطة ألا يمس بجوهر النزاع، لهذا فإنه في الغالب لا يكون له أثر على النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع⁽²⁾.

في حين أن التحريف قد يكون إرادياً أو غير إرادي، فهو يكون إرادياً متى تعمد قاضي الأساس إبعاد شرط من شروطه الواضحة في العقد أو الوثيقة لأسباب تتعلق بمبادئ العدالة، كتعطيل شرط تعسفي في وثيقة التأمين مثلاً؛ ويكون غير إرادي

(1)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 437 وما بعدها.

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 535.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

وصورته تتجلى في عدم توفيق القاضي في استعمال سلطته التقديرية على مستوى استخلاص ما بالوثيقة أولم يستطع أن يوفق ما تحتويه من بنود فيما بينها⁽¹⁾. ومن أهم خصائص التحريف أيضا أنه خطأ في التقدير وليس انعداماً للتقدير، وهذا معناه أنه يتميز عن باقي العيوب الأخرى المتعلقة بالتسبيب، والتي تنتج إما عن غياب التقديرات الواقعية أو قصور فيها كتخلف الأسباب وانعدام الأساس القانوني للحكم، لذلك فالتحريف ينصب على وثيقة مكتوبة وواضحة وكشفه لا يتأتى إلا من خلال مقارنة الحكم بوثيقة خارجة عنه⁽²⁾.

الفقرة الثانية: نطاق نظرية التحريف

ظهرت نظرية التحريف بداية في مجال تأويل الوصية⁽³⁾، ثم انتقلت بعد ذلك إلى مجال العقود.

وفي سنة 1893 طبقتها محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لتقرير الخير، لتستمر هذه النظرية في التوسع لدرجة أنها تطبق حالياً بالنسبة لجميع المستندات المكتوبة

Edition . Dalloz .2008. page (1)- Jacques Boré et Louis Boré. La cassation en matière civile. 449.

(2)- محمد الكشيبور رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 483 وما بعدها.
(3)- جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1868: " إذا كان تفسير الوصية يعود إلى قضاة الأساس وحدهم فإن سلطتهم هذه لا تعطيم الحق بتغير وتبديل الوصية وحذف فقرة واضحة من فقراتها وتعويضها بفقرة أخرى محدثة آثاراً قانونية مغايرة"

- Arrêt de la chambres/ civile. 20 Janvier 1868. Dalloz.22/01/1868

(أشار إليه محمد الكشيبور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 539 وما بعدها).

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

الواضحة المفهومة، والتي يقوم قاضي الموضوع باستخلاص محتواها استخلاصا واضحا⁽¹⁾.

وعلى غرار محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾، فإن المجلس الأعلى، أخذ بتطبيق نظرية التحريف فمددها⁽³⁾ إلى مجالات أخرى لدرجة يمكن القول كما جاء على لسان بعض الفقهاء إنها - نظرية التحريف في المغرب- عرفت نفس التوسع الذي عرفته في فرنسا⁽⁴⁾.

ولزيد من التوضيح قررنا تقسيم هذه الفقرة إلى نقطتين، حيث سنتناول في النقطة الأولى؛ المستندات الملزمة لقاضي الموضوع، ثم في النقطة الثانية؛ المستندات الغير ملزمة لقاضي الموضوع والتي يُستأنس بها فقط.
أولا: المستندات الملزمة

لقد درجت محكمة النقض الفرنسية منذ ظهور نظرية التحريف على نقض كل حكم يظهر من خلاله أن قاضي الموضوع قد حرّف مستندا ملزما له من حيث

(1)- محمد الكشيبور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 539
(2)- لقد طبقت محكمة النقض الفرنسية نظرية التحريف على وسائل الإثبات والطلبات الكتابية التي يتقدم بها الخصوم، كما طبقتها في مجال تأويل القوانين الأجنبية وتأويل براءات الاختراع، واستخلاص ما بالمراسلات والمحاضر على اختلاف أشكالها والاعترافات المكتوبة والأنظمة التي يضعها ملاك الشقق في العمارات المكونة من عدة طبقات.
(3)- ويعتبر القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1958، أول قرار صدر في مجال التحريف، عندما نقضت المحكمة حكما لأن قاضي الموضوع وهو بصدد تفسير عقد تأمين صريح وواضح قد رتب عليه آثارا تتنافى ومضمونه.

- Arrêt du 29 Avril 1959. Revue Marocaine de droit. 1958.

(أشار إليه محمد الكشيبور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 545).

(4)- محمد الكشيبور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 544 وما بعدها.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

محتواه، كالعقد والوصية ووسائل الإثبات وطلبات الخصوم، كلما كان هذا المستند واضحا وجليا، وهو نفس توجه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، والذي سنعرضه من خلال مجموعة من القرارات في مجالات متعددة كالتالي:
بخصوص العقود⁽¹⁾:

يفرق بين العقود المهمة والعقود الواضحة⁽²⁾. على أساس أن محكمة النقض منحت لقضاة الموضوع بخصوص العقود المهمة سلطة واسعة في استخلاص مضمونها، ولا يمكن تأسيس الطعن بالنقض في هذه الحالة بناء على عيب التحريف⁽³⁾.

(1)- نعلم أن العقود ملزمة لأطرافها وكذلك للقاضي وهذا ما يظهر من خلال الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

للمزيد حول الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي انظر:

- محمد المقريني. قراءة في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي محاولة للتقييم. مقال منشور ب نشرة قرارات محكمة النقض. الغرفة المدنية. السلسلة 6. العدد 27. الصفحة 129.

- محمد رياض دغمان. إلزامية العقد. دراسة مقارنة. مكتبة زين الحقوق. الطبعة الأولى سنة 2010.

(2)- كما سنتناول في القادم من الدراسة إن شاء الله تعالى.

(3) وجاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: " عندما صرحت المحكمة بأنه ينتج من عناصر الدعوى أن المتعاقدين اختارا التماسي مع مقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ وأن العقد ينص على أن: {للمشتري جميع الصلاحيات ليطلب من المحافظ تقييد هذا العقد في ملف المطلب رقم 5601، بدون الإشارة إلى أن واجبا آخر على المشتري بالتدخل في مسطرة التحفيظ بكيفية أخرى}، فإنها بما لديها من سلطة تقديرية استنتجت ما اتفق عليها الطرفان بدون ارتكاب أي تحريف للعقد إذ لم تتجاوز مالها من حق في تأويل العقود عند الإجمال والإبهام ولا أي خرق للقانون".

- قرار رقم 108 بتاريخ 24 يناير 1968. مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1982/1966. الصفحة

692.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

وبمفهوم المخالفة فإن العقد الواضح كقاعدة يمتنع على قاضي الموضوع تحريفه بحجة تفسيره، كما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى: "إذا كان بإمكان قاضي الموضوع تفسير العقود التي حررها الأطراف فإنه لا يستطيع تحت ستار التفسير تحريف بنودها الواضحة..."⁽¹⁾

وجاء في قرار آخر: "لقضاة الموضوع مهمة تطبيق اتفاقات الأطراف وليس لهم بحجة التأويل أن يحرفوا بنودها الواضحة والدقيقة وعليه يجب أن ينقض الحكم الذي يصرح بانعدام أساس الدعوى بأداء ضريبة النظافة التي رفعها مالك على مكتره، مع أن أحد بنود الكراء كان ينص على أن المكتري يبقى عليه فقط عبء الضريبة الحضرية المفروضة على المالك"⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن منع قاضي الموضوع من تأويل العقود الواضحة ليس مطلقا، بل يمكنه دائما أن يستعمل سلطته في التفسير، إلا أنه يبقى من الواجب عليه أن يوضح الأسباب التي دفعته إلى هذا التفسير والتغاضي عن بعض الشروط في العقد.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى: "إن المحكمة وإن كان لها سلطة في تفسير العقود المعروضة عليها وفق مقصود العاقدين فإن ذلك مشروط بأن تبرز في قراراتها العناصر التي على أساسها عدلت عن المدلول الظاهر لعقود التنازلات دون أن تبين

(1)- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 26 مارس 1964. منشور بالمجلة المغربية للقانون 1964. الصفحة 249.

وجاء في قرار آخر: "لا يكون هناك محل للتفسير عندما تكون عبارة العقد واضحة..."

- قرار المجلس الأعلى 10 يوليوز 1962. المجلة الغربية للقانون 1963. الصفحة 169.

(2)- قرار 96 صادر عن المجلس بتاريخ 13 شتنبر 1962. عن منشورات المجلس الأعلى في ذكراه

الأربعين 1997. (أشار إليه عبد العزيز توفيق. التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998. الجزء الأول. صوما ديم. الطبعة الأولى 1999. الصفحة

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

كيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت به ورجحته بكونه هو مقصود المتعاقدين..."(1).

بخصوص الحجة الكتابية

يُقصد بالحجة الكتابية الدليل الكتابي الذي يكون معدا للإثبات كالسند الرسمي والسند العرفي متى استوفى الشروط المنصوص عليها قانونا، من أجل اكتسابه الحجية المطلقة في الإثبات، حيث لا يطعن فيه إلا بالزور ويبقى مجال أعمال سلطة القاضي المدني في تقديرها محدودا وضيقا.

إن الحجة الكتابية في غالب الأحوال تلزم قاضي الموضوع في الأخذ بها، لهذا فإن المجلس الأعلى نقل نظرية التحريف من مجال العقود إلى الحجة الكتابية أي الدليل الكتابي كوسيلة إثبات يتمسك بها الخصم في مواجهة الآخر.

وعليه فإن الحجة الكتابية سواء أكانت رسمية أو عرفية⁽²⁾ في مجملها تُقيد قاضي الموضوع الذي يجب عليه ألا ينكر صفتها إلا عن طريق الطعن فيها بواسطة مسطرة

(1)- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 غشت 2007. تحت عدد3377. في الملف المدني عدد 06/3744. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69. الصفحة 39.
وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: " إذا أبعدت المحكمة شرطا من شروط العقد وجب عليها أن تبين الأسباب التي اعتمدها لتكوين اقتناعها وإلا كان قرارها غير معلن."
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 20ماي 1977. مجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 25. الصفحة 120.

(2)- انظر الفصل من 418 وما بعده من قانون الالتزامات والعقود.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

الزور الفرعي، أو عن طريق مسطرة تحقيق الخطوط حسب الأحوال⁽¹⁾، وإلا كان محرفا لها⁽²⁾.

ويجب على قاضي الموضوع كلما كانت الوثيقة واضحة لا تثير أي شك أن يمتنع عن تحريفها بحجة التفسير، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى: "إن تحريف المعنى المفهوم من نص الوثيقة المدلى بها كحجة واعتماد المحكمة على ذلك التحريف يجعل حكمها غير مرتكز على أساس"⁽³⁾.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: "إن تحريف وثيقة حاسمة في الحكم يؤدي إلى فساد في التعليل"⁽⁴⁾

(1)- نظم المشرع المغربي في إطار قانون المسطرة المدنية مسطرتي تحقيق الخطوط والزور الفرعي في الفصول من 89 إلى 102.

للتوسع انظر:

- إدريس الشبلي. مسطرة تحقيق الخطوط في القانون المغربي. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى 2016. الصفحة 55 وما بعدها.

- جواد بوكلاطة الإدريسي. الطبعة القانونية لدعوى الزور الفرعية في التشريع المغربي. مكتبة الرشاد. الطبعة الأولى. 2005. الصفحة 66 وما بعدها.

(2)- جاء في قرار للمجلس الأعلى: "يسوغ لمحكمة الموضوع أن تستخلص من نص وثيقة عدلية أن الموكل المذكورة موافقته على عقد الصلح لم يكن حاضرا ساعة إبرامه دون أن تنكر على الوثيقة صفتها الرسمية ودون أن تتبع في ذلك مسطرة الطعن بالزور، ولا يعتبر استخلاصها لهذه النتيجة تحريفا للعقد نظرا للالتباس الذي يحيط بنصه..."

- قرار 25 فبراير 1961. مجلة القضاء والقانون. عدد 38. الصفحة 404.

(3)- قرار 17 دجنبر 1968. مجلة قضاء المجلس الأعلى. عدد 10. الصفحة 58.

(4)- قرار عدد 699 بتاريخ 10 ماي 1979. ملف مدني عدد 72118. (قرار غير منشور أشار اليه محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 552).

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

صفوة القول إن القاضي إزاء وسائل الإثبات ذات الحجية المطلقة⁽¹⁾، لا يتمتع بهامش لاستعمال سلطته، الأمر الذي يجعل دوره سلبيًا، وكلما حاول تغيير هذا المنحى إلا وسقط في مظنة التحريف.

بخصوص نسخ الأحكام:

تصير للحكم قوة عندما يصبح باتًا غير قابل للطعن فيه بأي شكل من طرق الطعن، لهذا فإن نسخة الحكم بما اشتملت عليه من وقائع وأسباب ومنطوق تعد من قبيل الوثائق الرسمية بصريح البند الثاني من الفقرة الثانية من الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود.

وهذا الكلام يعني أن ما دونه القاضي من وقائع على أنه وقع تحت سمعه وبصره لا يجوز إثبات عكسه، إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير⁽²⁾، طبقًا لما جاء في الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود.

وعليه فإن الحكم باعتباره وثيقة رسمية فهو ملزم للمحكمة لا تستطيع بأي وجه من الوجوه تحريف مقتضياته وإلا عرضت حكمها للنقض⁽³⁾.

(1)- ونقصد هنا الدليل الكتابي والإقرار القضائي واليمين الحاسمة.

للتوسع انظر:

- بنسالم أوديغا. سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية الاجتماعية أكادال. جامعة محمد الخامس. السنة الجامعية 2014-2015. الصفحة 26 وما بعدها.

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 549.

(3)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 549.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى: " إن الاعتماد في حكم على عكس منطوق حكم سابق يعد تحريفاً للوثائق المدلى بها"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: " وحيث إن تفسير الحكم المطلوب نقضه للحكم المشار إليه؛ بأن معناه الإيقاف وعدم التفويت و التحسيس لا يثبت إلا بحجة هو تحريف لمقتضيات الحكم المشار إليه و تفسير مخالف لنصه واعتماد المحكمة في حكمها على هذا التفسير المنحرف موجب للنقض"⁽²⁾.

بخصوص طلبات الخصوم:

يتقدم أطراف الدعوى بطلبات كتابية في غالب الأحيان إما في صورة مقال افتتاحي لدعوى أو في صورة مقال إضافي، وإما في صورة مستنتاجات يُفندون بواسطتها مزاعم خصومهم⁽³⁾.

(1)- قرار صادر بتاريخ 24 أكتوبر 1960. أشار إليه موسى عبود. مجلة القضاء والقانون. مرجع سابق. الصفحة 197.

(2)- قرار صادر عن المجلس الأعلى. بتاريخ 17 دجنبر 1968. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقبي. دجنبر 2000. العدد 10. الصفحة 57.

(3)- للتوسع في هذه النقطة انظر:

- السعدية مجيدي. حدود سلطة المحكمة المدنية في التكييف القانوني للدعوى. مرجع سابق. الصفحة 148 و ما بعدها.

- عبد الكريم الطالب. الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية. دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015. الصفحة 182 وما بعدها.

وعلى العموم فالطلبات ملزمة للقضاء لبيت فيما بصريح الفصل 3⁽¹⁾ من قانون المسطرة المدنية⁽²⁾

لهذا يتمتع على قاضي الموضوع أن يحرف طلبات الخصوم متى كانت واضحة لا لبس فيها، وقضى المجلس الأعلى في هذا الإطار بما يلي: "وحيث أنه يتبين من حقيقة المقال الافتتاحي الذي جاء بعنوان "مقال مدني" أنه رفع إلى محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم الابتدائي بهذه الصفة وفي نطاق المسطرة العادية الشيء الذي تكون معه محكمة الاستئناف التي اعتبرت الحكم كأنه صدر عن القضاء الاستعجالي وبتت قضاءها المطعون فيه على هذا الأساس، وقد حرفت المقال وعللت قضاءها تعليلا خاطئا..."⁽³⁾.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى ما يلي: "... وحيث إن محكمة الاستئناف بتحريفها لطلب الغريب لم تعلق حكمها تعليلا كافيا ولم تعطه الأساس القانوني"⁽⁴⁾.

ثانيا: المستندات غير الملزمة

(1)- ينص الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

(2)- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما تم تعديله. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، الصفحة 2741.

(3)- قرار عدد 87، بتاريخ 19 يناير 1983. ملف مدني عدد 94323. (قرار غير منشور أشار إليه محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 550).

(4)- قرار مدني عدد 229. بتاريخ 6 ماي 1970. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقيي. دجنبر 2000. العدد 13. الصفحة 46.

هناك من المستندات ما لا تعدو أن تكون مجرد وسائل يَستأنس بها قاضي الموضوع، بحيث له من السلطة التقديرية التي منحها إياه القانون بأن يأخذ بكل أو ببعض ما جاء فيها بل له أن يطرحها جملة وتفصيلا. ومن هذه المستندات تقارير الخبرة والرسائل المتبادلة بين الأشخاص ومحاضر الشرطة والدرك، وكل المحررات الأخرى التي لا تلزم قاضي الموضوع من حيث مضمونها⁽¹⁾.

وعليه سنتناول في هذا الإطار بعض المستندات غير الملزمة لقاضي الموضوع كالتالي:

بخصوص تقارير الخبرة:

إن القاضي غير ملزم بالأخذ بالخبرة حتى بعد إنجازها وله أن يأخذ ببعض ما جاء فيها ويستبعد البعض الآخر متى ثبت له مبرر لذلك⁽²⁾، أو يأخذ بخبرة إذا تعددت الخبرات ويستبعد أخرى، على أساس أن رأي الخبير مجرد عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لسلطة القاضي الذي يقدر مدى لزومها، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته: "يكون تقرير الخبرة عنصرا من عناصر الإثبات التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع، دون رقابة عليهم من المجلس الأعلى، ما لم ينع عليهم أي تحريف لها"⁽³⁾.

(1)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 541.

(2)- للتوسع بخصوص هذا الموضوع انظر:

- بنسالم أوديغا. سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية. مرجع سابق. الصفحة 106 وما بعدها.

(3)- قرار صادر بتاريخ 10 مارس 1999. تحت عدد 1179. الملف المدني رقم 93/4000. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي دجنبر 2004. العدد 55 الصفحة 66.

وحسب الفصل 60 من قانون المسطرة المدنية فإن الخبرة توضع في تقرير كتابي كأصل، لهذا فعندما يكون تقرير الخبير واضحا فيجب على قاضي الموضوع ألا يحرف مضمونه، وقد ورد في هذا الإطار قرار للمجلس الأعلى: "... أن تقرير الخبير المعتمد في رفع السؤمة الكرائية ليس فيه ما يفيد إبراز العنصرين الأساسيين لمراجعة قيمة كراء محل النزاع وعلى الأخص حدوث تقلبات في الميدان الاقتصادي أثرت في القيمة الكرائية لمحل النزاع بما يفوق الربع، والقرار المطعون فيه الذي نص في تعليقه على أن الخبرة تضمنت الشرط المذكور يكون قد حرّف مضمون الوثيقة مما أدى إلى خرق الفصل 2 من ظهير 5 يناير 1953"⁽¹⁾.

ولقد كانت محكمة النقض الفرنسية سباقة في هذا المجال عندما نقضت لأول مرة حكما قضائيا بسبب تحريفه لتقرير خبير، بسبب التسوية بين الأوراق الملزمة والأوراق غير الملزمة في هذا المجال وذلك سنة 1893⁽²⁾.

بخصوص محاضر الدرك أو الشرطة:

تعتبر محاضر الضابطة القضائية إحدى الركائز التي تعتمد عليها سلطات المتابعة في تحريك الدعوى أو حفظ الملف حسب ما يتبين لها بعد أعمال سلطة الملاءمة، وعلى العموم فإن عملية البحث التمهيدي⁽³⁾ تختتم وجوبا بإعداد محاضر من طرف الشرطة القضائية⁽⁴⁾.

(1)- قرار رقم 1530. الصادر بتاريخ 3 يونيو 1992. في الملف المدني عدد 619-1990. (قرار غير منشور. أشار إليه الأستاذ محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 551).

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 541 وما بعدها.

(3)- ونقصد هنا البحث التمهيدي التلبيسي والبحث التمهيدي العادي.

(4)- عبد الواحد العلمي. شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية. الجزء الأول. مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة السادسة. سنة 1437-2016. الصفحة 428 وما بعدها.

والمحضر حتى يكون صحيحا من الناحية القانونية فإن قانون المسطرة الجنائية⁽¹⁾ فرض إجراءات وشروط وجب احترامها تحت طائلة البطلان⁽²⁾.
وعليه فإن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى قد نقلت نظرية التحريف بصفة خاصة إلى مجال الاعترافات المكتوبة⁽³⁾، حيث درجت على نقض الأحكام التي يتبين من خلالها أن قاضي الموضوع قد حرف المحضر الذي يتضمن اعترافا حاسما في الدعوى، وقد جاء في قرار للغرفة المذكورة: "إذا بنت المحكمة حكمها على أساس اعتراف المتهم أمام الدرك وتبين من محضر الدرك أن المتهم أنكر التهمة المنسوبة إليه وتمادى في إنكاره في سائر أطوار التحقيق تكون المحكمة قد حرفت التصريحات وبنت حكمها على غير أساس"⁽⁴⁾.

وجاء في قرار آخر لنفس الغرفة: "يجب أن يكون كل حكم معللا وإلا كان باطلا ويعد تحريفا وثيقة حاسمة بمثابة انعدام التعليل.
ولما كانت وثائق الملف تفيد أن المتهم قد أنكر تهمة تبادل الضرب المنسوب إليه يؤكد أنه المضروب من طرف المتهم الثاني بالفأس فإن تصريح المحكمة بأنه قد اعترف يعد تحريفا لوثيقة حاسمة يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بالقصور في التعليل يعرضه للنقض"⁽⁵⁾.

(1)- ظهير شريف رقم 1.02.255. صادر في 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002. بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1424. الموافق ل 3 يناير 2003). الصفحة 315.

(2)- انظر المادتين 23 و 24 من قانون المسطرة الجنائية.

(3)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق الصفحة 550.

(4)- قرار صادر بتاريخ 14 فبراير 1974. منشور بمجلة القضاء والقانون. عدد 126. الصفحة 190.

(5)- قرار صادر بتاريخ 17 ماي 1983. منشور بمجلة القضاء والقانون. عدد 49-50. الصفحة 72 وما

بعدها.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

هذا وقد مددت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى، نظرية التحريف إلى مجال الوثائق التي تعرض عموماً على محاكم الموضوع فيستخلصون منها عكس ما ورد فيها، وهذا ما أكده في أحد القرارات الصادر عنها: "إذا كان لقضاة الموضوع سلطة تقديرية فيما يعرض عليهم من وثائق فليس لهم - تجنباً للتحريف- أن يغيروا معناها وأن تحريف وثيقة حاسمة من وثائق المسطرة ينزل منزلة انعدام التعليل..."⁽¹⁾.

المطلب الثاني: رقابة القضاء على تحريف العقد

تفرض الحماية القضائية وجود محكمة عليا تسهر على حسن تطبيق القواعد القانونية من جهة، وتوحيد الاجتهاد القضائي من جهة أخرى، لأن ترك المحاكم المتعددة والمتنوعة على حالها دون رقابة، سيؤدي إلى اختلافها في فهم القانون وبالنتيجة الاختلاف في تطبيقه حسب فهم كل محكمة وفقاً للنزاع المعروض عليها، مما سيؤدي إلى مخالفة قصد المشرع ومنه قصد الأطراف.

لذلك فوجود قضاء النقض له ما يبرره من الناحية العملية وهو حماية حقوق الافراد من كل زيغ في السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع بمناسبة تفسيره للعقود، عامة و العقود الواضحة خاصة.

وعليه يقضي الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود والذي تقابله المادة 1103⁽²⁾ من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، بأن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فالعقد يمثل حسب هاتين المادتين قانوناً ملزماً للأطراف الذين أبرموه من جهة، وملزم للقاضي الذي عليه أن يعمل بمقتضياته في حالة وجود نزاع يتعلق به من جهة أخرى.

(1)- قرار صادر بتاريخ 16 دجنبر 1976. مجلة القضاء والقانون. عدد 128. الصفحة 182.

(2)- ينص الفصل 1103:

« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

لهذا فإن تطبيق ما ورد في العقد من وجهة نظر محكمة النقض يدخل ضمن النشاط القانوني الذي يخضع لرقابتها، على اعتبار أن العقد قانون صادر عن سلطة الأطراف.

ولإعمال العقد يجب على قاضي الموضوع أن يحدد مضمونه، فإذا كان هذا المضمون واضحاً، التزم باحترام بنوده، وإلا عرض حكمه للنقض، أما إذا كان هذا المضمون غامضاً، وجب عليه أن يفسره، ومسألة تفسير العقد الغامض كمبدأ من الأمور الواقعية التي تندرج ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية⁽¹⁾.

وقد كان لموقف محكمة النقض الفرنسية أثر بالغ على مواقف بعض محاكم النقض العربية، من بينها محكمة النقض المغربية، بل وعلى بعض التشريعات أيضاً⁽²⁾.

وستناول هذا المطلب كالاتي:

الفقرة الأولى: تجليات رقابة قضاء النقض على تحريف العقد

الفقرة الثانية: معيار رقابة قضاء النقض على تحريف العقد

الفقرة الأولى: تجليات رقابة قضاء النقض على تحريف العقد

لفهم الطبيعة القانونية للتحريف لابد من تناول المراحل التي قطعها القضاء الفرنسي، خاصة محكمة النقض إلى أن استقرت على رقابة التحريف، وفهم التحريف هذا يرتبط برقابة تفسير بنود العقد، حيث إن التحريف يسقط فيه قاضي الموضوع وهو بصدد تفسيره لعقد مضمونه واضح.

(1)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 177.

(2)- ومن خلال تتبع أصول الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود، أكد الأستاذ محمد شليح، أنه يستقي أصوله من الفقه الفرنسي والقرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية.

- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 224.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

وظهور التحريف والرقابة عليه، كان بفضل اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، وذلك من خلال فهمها التمييز بين ما يعتبر ضمن مسائل الواقع وما يعتبر ضمن مسائل القانون، فيما يتعلق بتفسير العقد (أولا)، على أساس أن هذا الاجتهاد الذي وصل ذروته في فرنسا عرفه القضاء المغربي إبان الحماية، ليمتد هذا التأثير على مستوى قانون الالتزامات والعقود، وعلى مستوى عمل قضاء النقض بالمغرب (ثانيا).

أولا: تبلور الرقابة على التحريف من طرف القضاء الفرنسي

إن موقف القضاء الفرنسي بخصوص رقابة التحريف تجسد من خلال فصل وفهم ما يعد من مسائل الواقع وبالتالي متروك لتقدير قاضي الموضوع، وما يعد من مسائل القانون تستقل به محكمة النقض:

ولفهم موقف محكمة النقض الفرنسية بخصوص مسألة الرقابة على التحريف، لا بد من تناول ثلاث مراحل تاريخية فاصلة في الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص تفسير بنود العقد عامة، والرقابة على التحريف خاصة.

المرحلة الأولى: من 1790 إلى 1808

منذ تأسيس محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 نوفمبر 1790⁽¹⁾ وهي تماثل بين مقتضيات العقد والنص القانوني الصادر عن السلطة التشريعية، وعلى هذا

(1)- إن فكرة الطعن بالنقض عرفت تطورا مهما في فرنسا، حيث كانت صورة تعكس سياسة ملوك فرنسا، لمقاومة الإقطاعيات الفرنسية وبعدها البرلمانات القضائية بفرنسا. ونتج عن هذا التطور لفكرة النقض إنشاء مجلس خاص بالبلاط الملكي آنذاك، أطلق عليه مجلس الخصوم، تتمثل وظيفته بالخصوص في نظر الطعون، وقد كان ذلك سنة 1578، وقد كان هذا المجلس بمثابة النواة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، حيث استمر العمل به إلى حدود ثورة 1789، ليتم إلغاؤه من طرف رجال الثورة وأسسوا على أنقاضه محكمة النقض الفرنسية.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

الأساس ظلت محكمة النقض مباشرة بعد تأسيسها تراقب تفسير العقود من طرف محاكم الموضوع، سواء أكانت بنود هذه العقود واضحة أو غامضة، واستمر هذا الوضع إلى غاية مطلع سنة 1808⁽¹⁾.

وكانت هذه الرقابة تبرر من الناحية العملية بكون محكمة النقض حلت محل مجلس الخصوم، وكان بعض قضاتها مارسوا عملهم سابقا بهذا المجلس، حيث لم يكن التفريق بين ما يعد من مسائل القانون وما يعد من مسائل الواقع، بما فيه الكفاية، مما سهل الرقابة على تفسير العقود هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن التبرير من الناحية النظرية يتجلى في صدور القانون المدني الفرنسي بتاريخ 21 مارس 1804، حيث نصت المادة 1134⁽²⁾ منه على أن العقود المنشأة على وجه قانوني لها قوة القانون تجاه المتعاقدين، وكان من السهل الاستناد إلى هذا النص لتبرير الرقابة على التحريف، نظرا لمقارنة وتشبيه العقد بالقانون ومن

وبعد نقاش طويل من طرف الجمعية التأسيسية الفرنسية، عقب انتهاء الثورة الفرنسية انعقد الاتفاق على إنشاء محكمة النقض، لينعقد الاتفاق أيضا أنها ستكون محكمة وحيدة، مقرها سيكون بمدينة باريس. أنظر في هذا الإطار:

- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 54 وما بعدها.
- حلي محمد حجاز. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الأول. مخالفة القانون. الصفحة 36 وما بعدها.
- مليكة الصروخ. القانون الإداري. دراسة مقارنة. مطبعة النجاح الجديدة. الطبعة السابعة 2010. الصفحة 17 وما بعدها.

(1)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 178.

(2)- تقابلها في القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، كل من المادتين 1103 و1193.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

ثم كان من السهل على محكمة النقض أن تمارس رقابتها على تفسير العقد الذي له قوة القانون تجاه المتعاقدين⁽¹⁾.

إلا أن موقف محكمة النقض الفرنسية هذا لم يعمر طويلا بسبب الانتقادات التي وجهت لها من قبل كثير من الفقهاء أمثال "ميرلا (Merlin) و "توليه" (Toullier) و"بيريات سانت بري" (Berriat saint-) prix و "بونسيه" (Poncet)، فهؤلاء الفقهاء كانوا ينادون بضرورة تقييد محكمة النقض بدور حامية القوانين، وحارسة ومراقبة قضاء الموضوع للتأكد من مدى تطبيقه السليم للقانون، وهذا يفيد وجوب تخلها عن ممارسة سلطتها في مراقبة تأويل العقود لأن هذا التأويل إنما يبقى داخلا ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ليس إلا⁽²⁾، الأمر الذي مهدا للمرحلة الثانية كما سنتناولها في ما يلي بحول الله تعالى .

ونستنتج من خلال ما تقدم أن قضاء النقض الفرنسي في بداياته الأولى لم يكن يميز بين ما يدخل ضمن مسائل القانون، وما يدخل ضمن مسائل الواقع، وبالتالي مماثلة العقد بالقانون جعله يبسط رقابته على كل من القانون والواقع في إطار تفسير العقود، كما أنه لم يميز بين العقود الواضحة والعقود الغامضة، وبالتالي إلى حد الآن فمعالم نظرية التحريف في القضاء الفرنسي لم تتبلور، كما أن موقفها هذا المنتقد أفرز مرحلة أخرى، جعلها تقتنع بأن المماثلة بين القانون والعقد بشكل مطلق ليست في محلها.

(1)- حلبي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 436.

(2)- ولقد انضمت محكمة النقض الفرنسية إلى موقف هؤلاء الفقهاء، وتحت تأثير خلاصات واستنتاجات المدعي العام ميرلان، وذلك بموجب قرارها الصادر في 2 فبراير 1808.

- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 215-

المرحلة الثانية من 1808 إلى 1872

لقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق إثر القرار الصادر عن غرفها مجتمعة⁽¹⁾ بتاريخ 2 فبراير 1808، بعد الاقتناع بالمستنتجات التي أدلى بها المدعي العام الأستاذ "ميرلان" (Merlin).
ولفهم موقف محكمة النقض هذا لابد من الإشارة إلى أن قانون 16 شتنبر 1807 والمتعلق بالاستعجال التشريعي⁽²⁾ مازال حديث العهد بالوجود، وأنه طبقا لمقتضيات هذا القانون، فإنه كان من المحتم على محكمة النقض الفرنسية بعد ثاني نقض - متى ظهر أن محكمة الإحالة لم تلتزم برأيها - أن تطلب من السلطة التشريعية إصدار نص قانوني، يبين مدلول النص القانوني المتنازع بشأنه⁽³⁾.

suivant. 1808. 1. 183. Juris. Générale. Volume. (1)- chambres réunies. 2 Février. 1808
Société. N° 1093

(2)- ويقصد بالاستعجال التشريعي أنه يجب على السلطة القضائية أن تستجد بالسلطة التشريعية على وجه السرعة كلما وجدت نفسها أمام نقص تشريعي.
(3)- وهذا يعتبر مظهرا من مظاهر ربط محكمة النقض بالسلطة التشريعية، على اعتبار أن هذه الأخيرة هي التي تضع القوانين، ومحكمة النقض هي وسيلتها للسهر على حسن تطبيق هذه القوانين، لذلك قيل في الجمعية التأسيسية الفرنسية بأن على محكمة النقض أن تؤدي دور الحارس الخاص للقوانين، بل اقترح البعض تسميتها بالمجلس الوطني للمحافظة على القوانين.
ومن مظاهر ربط محكمة النقض بالجهاز التشريعي، أن المشرع الفرنسي حرم عليها - كما حرم على محاكم الموضوع- ممارسة أي اجتهاد، وعول عليها لمحاربة هذا الاجتهاد متى وجد، ذلك أن وضع النصوص القانونية وتكاملها وتوضيحها مسألة تدخل ضمن صميم عمل السلطة التشريعية، لذلك فهي التي يجب أن تقوم به وليس السلطة القضائية، وقد كانت هذه الفكرة وراء إنشاء ما يسمى "بالاستعجال التشريعي بمقتضى المادة 22 من قانون 27 نوفمبر 1790.

وقد كان هذا الاستعجال التشريعي إما جوازيا وإما وجوبيا، فأما الأول هو الذي يمكن به لقاضي الموضوع أن يطلب من السلطة التشريعية مباشرة توضيح نص غامض أو إيجاد نص منعدم، والوجوبي هو الذي تلجأ إليه محكمة النقض بعد نقض حكمين متعاقبين متعلقين بنفس النزاع وبين نفس

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

وقد سبق القرار الصادر بتاريخ 2 فبراير 1808 جدل حول مدى رقابة محكمة النقض الفرنسية على تفسير العقود عامة والتحريف خاصة، وبالفعل كانت محكمة النقض الفرنسية قد نقضت بتاريخ 28 ماي 1806 قرارا صادرا عن إحدى محاكم الاستئناف لأنها أخطأت في تفسير نظام شركة، وأحالت القضية بعد النقض إلى محكمة استئناف أخرى غير التي أصدرت القرار الأول، إلا أن قرار محكمة الاستئناف الثانية جاء موافقا لقرار محكمة الاستئناف الأولى، ولما قدم الطعن الثاني بخصوص قرار محكمة الاستئناف الثانية أمام محكمة النقض، لجأت هذه الأخيرة إلى الاستعجال التشريعي من أجل إصدار قانون تفسيري لتبيان مدلول القانون المتنازع بشأنه و هو نظام الشركة⁽¹⁾.

وانطلاقا مما سبق وضع الأستاذ ميلان أن المماثلة بين النص القانوني ومقتضيات العقد لا تصح دائما، كما بين أنه من السذاجة أن تطلب محكمة

الخصوم، دون أن تدعن محكمة الإحالة لرأيها، حيث تفرض السلطة التشريعية الرأي الواجب الإتياع، والذي يلزم المحكمتين معا
ولقد استقلت محكمة النقض تجاه هذا الحصار الذي فرضته عليها السلطة التشريعية لدرجة أنه خول لنفسه نقض بعض قراراتها بموجب قانون 11 نوفمبر 1790، علما أن الاستعجال الوجوبي عمر إلى حدود فاتح أبريل 1837، ليعطي محكمة النقض الفرنسية الضوء الأخضر كي تفرض على محاكم الموضوع آراءها، بعيدا عن كل تسلط تباشره عليها السلطة التشريعية.

- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق الصفحة 58 وما بعدها.

(1)- وكان هذا الطلب الذي تقدمت به محكمة النقض نتيجة منطقية على اعتبار أنها تماثل بين القانون والعقد.

- Faye la cour de cassation, Réédition, paris 1970 N°169

أشار إليه حلي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 438.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

النقض من المشرع إصدار نص قانوني لاستجلاء نية المتعاقدين المفترضة؛ أي تفسير عقد عادي⁽¹⁾ وعلى أساس المطالعة السابقة صدر قرار محكمة النقض الفرنسية برد طلب النقض الثاني، وقد استند القرار⁽²⁾ إلى التعليل التالي: "حيث إن المحكمة المطعون في حكمها أصدرت قرارها استنادا لتفسير بنود العقد المرعية، وهو أمر يدخل ضمن اختصاصها، وبالتالي فلم تخالف أي قانون"

وكان القرار أعلاه لا يجسد سوى حالة خاصة وضع لها حلا، ولم يتضمن بالتالي مبدأ عاما بالموضوع، لكن سرعان ما أعلنت محكمة النقض المبدأ بعد ذلك في قرارين لاحقين، الأول صدر بتاريخ 5 يوليو 1808 حيث ورد فيه ما معناه: "بما أن مخالفة قانون العقود المتدرع به، وعلى فرض ثبوته، لا يشكل سببا قانونيا للنقض". ثم صدر القرار الثاني بتاريخ 5 غشت 1808 الذي كان أكثر صراحة في رفض أي سبب يبنى على مخالفة المبادئ المتعلقة بقانون العقود، وقد ورد فيه أيضا: "بما أن طلب النقض لم يؤسس إلا على مخالفة مبادئ قانون العقود، وهو لا يتضمن أي سبب حقيقي للنقض"⁽³⁾....

وعلى العموم فإن قرار 2 فبراير 1808 قد وضع مجموعة من المبادئ استمرت محكمة النقض الفرنسية بالتمسك بها زهاء نصف قرن من الزمن⁽⁴⁾، بحيث يتمتع

(1)- يقول المدعي العام مرلان: "عن أي قانون تتحدثون يمكن أن تعطيه السلطة التشريعية بناء على طلبكم؟، إن النص التفسيري المعلن للقانون يفترض بالضرورة وجود قانون سابق، وبالتالي لا يمكن إصدار أي مرسوم تفسيري بشأن موضوع لم ينظمه أي قانون".

(2)- قرار أورده حلمي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة

(3)- حلمي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 439.

(4)- انظر بخصوص هذه المبادئ كلا من:

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة لتفسير العقود، أي البحث عن نية الأطراف المتعاقدة، من أجل ترتيب الآثار اللازمة عليهما، وكيفما كانت النتيجة التي انتهت إليها قاضي الموضوع وفقاً للمنطق السالف الذكر، فإنه لا يعتبر خارقاً للفصل 1134⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي، والذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين؛ وعلى فرض أن قاضي الموضوع قد أخطأ خطأً فادحاً في تفسير مقتضيات العقد، فإن حكمه يعتبر من باب القضاء السيء الذي يقف طلب إصلاحه في مرحلة الاستئناف دون مرحلة الطعن بالنقض؛ هذا ويعرض الحكم للطعن بالنقض عندما يكون هناك خرق للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وذلك في الحالة التي يستخلص فيها قاضي الموضوع مفهوماً معيناً للعقد، ثم يرفض تطبيق ما استخلصه لأسباب تتعلق بمبادئ العدالة أو الإنصاف على سبيل المثال، كما أن محكمة النقض تتدخل كلما لاحظت أن قاضي الموضوع الذي يتمتع في الأصل بسلطة تقديرية في مجال تفسير العقود قد أسبغ عليها طبيعة غير طبيعتها الحقيقية، كما لو اتضح مما استخلصه قاضي الموضوع أن العقد عقد كراء و لكنه رتب عليه آثار عقد البيع⁽²⁾.

وقد أعيد التأكيد على هذه المبادئ بموجب قرار 22 نونبر 1865، الصادر من طرف غرفة العرائض، حيث أكدت فيه أن تأويل العقد، لا يمكنه مهما كان خاطئاً

- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 179 - 180.

- حلي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 439 وما بعدها.

(1)- تقابله المادتان 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016.

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 180.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

أن يعتبر وجها من أوجه الطعن بالنقض، اللهم إذا أقدم القاضي بعد استخلاصه لمضمون العقد على التنكر لما سبق له أن أثبتته من شروط⁽¹⁾.

وعليه فإن القواعد التي اعتمدها محكمة النقض الفرنسية في هذه المرحلة كانت تترك لقاضي الأساس تحديد معنى ومدى العقد، بحيث لا يخضع للرقابة إلا إذا رفض تطبيق القاعدة التي تضمنتها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادتان 1103 و1193 القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، أو أخطأ في الوصف القانوني للعقد وذلك بالاستناد إلى النصوص الخاصة بكل نوع من أنواع العقود.

إلا أن توجه محكمة النقض الفرنسية هذا يؤدي إلى نتائج غير منطقية ومتناقضة، حيث إنه وإن كان قاضي الموضوع قد حدد معنى ومدى العقد، إلا أن هذا التحديد استخلصه بشكل معاكس لما ضُمن بالعقد فيسقطه في التحريف، وبالتالي فإن قراره يبقى بمنأى عن أي طعن.

لهذا، فإن التعسف الذي اتسمت به السلطة التقديرية التي منحت لقضاة الموضوع بخصوص تفسير العقود، حيث ينفذ العقد دون مخالفة المادة 1134 والتي تقابلها المادتان 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، لكن هذا التنفيذ يكون عكس إرادة الأطراف، استنادا إلى ما ضُمن في القرار، سيؤدي إلى أوضاع كارثية وظلم ظاهر للمتعاقدين، وما سيجرب عليه من عدم استقرار المعاملات، فكان لزاما تصحيح هذا الوضع، وبالفعل بدت ملامح التصحيح منذ سنة 1872، ليدخل القضاء الفرنسي مرحلة جديدة.

Arrêt de la chambre des requêtes. 22 Novembre 1865. Dalloz. 661. 108-(1)

(أورده محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 180).

المرحلة الثالثة من سنة 1872 إلى الآن

بدأت هذه المرحلة عام 1872 إلى اليوم مع اتجاه متصاعد في التوسع في إعطاء محكمة النقض حق الرقابة على التحريف⁽¹⁾.

هذا وأمام ضغط طلبات النقض، والتي يأمل أصحابها-وجلهم لا يعلمون الدور المنوط بمحكمة النقض-رفع المظالم التي يزعمون أنهم وقعوا ضحيتها بمناسبة أعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية في تفسير العقود، وأمام الضغط النفسي الذي تثيره في قضاة محكمة النقض، تلك الأحكام المجانبة للصواب والعدالة بشكل صارخ، وبعد تردد طويل اضطرت محكمة النقض تعديل موقفها⁽²⁾.

وتغير موقف محكمة النقض الفرنسية كان نتيجة صدور قرارين، أحدهما بتاريخ 15 أبريل 1872، والثاني بتاريخ 22 يونيو من السنة نفسها، علما أن بوادر هذا الموقف الجديد ظهر من خلال بعض القرارات السابقة⁽³⁾.

(1)- وبالفعل صدر قرار بتاريخ 5 أبريل 1872 عن الغرفة المدنية في محكمة النقض الفرنسية أعلنت فيه حق المحكمة العليا بالرقابة على قاضي الموضوع عند تحريف بنود العقد الواضحة والصريحة، وقد ورد في هذا القرار ما معناه: " حيث انه بالاستناد إلى المادة 1134 من القانون المدني، أن العقود المنشأة على وجه قانوني تشكل بالنسبة للأطراف العقد القانون الذي اتفقوا عليه. وحيث إنه لا يعود للقاضي، عند ما تكون عبارات العقد واضحة صريحة أن يحرف مدرجاته والالتزامات الناتجة عنه..."

- انظر هذا القرار في مؤلف حلبي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني.

مرجع سابق. الصفحة 441.

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 181.

(3)- لقد صدرت عن محكمة النقض الفرنسية مجموعة من القرارات مهدت لدخولها هذا العهد الجديد بخصوص تفسير العقد، وهو عهد إنم عن الكيفية التي فهمت به محكمة النقض التمييز بين الواقع والقانون في مجال تفسير العقود، ومن أهم هذه القرارات، القرار المؤرخ في 8 يونيو 1858، حيث

وقد حصل الاتفاق على أن قرار 15 أبريل 1872⁽¹⁾، دشّن عهداً جديداً لموقف محكمة النقض الفرنسية، ويتجلى هذا العهد الجديد في التمييز بين العقود الغامضة والمهمة، حيث تبقى محاكم الموضوع متمتعة بسلطتها التقديرية، وخارجة عن مراقبة محكمة النقض، وبين العقود الواضحة والصرحة حيث تسترجع محكمة النقض حقها في مراقبة محاكم الموضوع عند التفسير⁽²⁾.

والقرار المؤرخ في 15 أبريل 1872 الصادر بشأن القضية المشهورة بين شركة أرملة فوكولد وكولومب من جهة، والعامل برينكولت من جهة أخرى⁽³⁾، والذي جاء

صدر بمناسبة مراقبة العبارات الواضحة لعقد الزواج بعدما طالب المدعي العام دويان Dupin من محكمة النقض مراقبة عقد الزواج الصريح في عباراته. وجاء في قرار آخر عن نفس المحكمة بتاريخ 12 يناير 1865، ما معناه: "إذا كان تأويل الوصية يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية، فإن هذه السلطة لا يمكن أن تقوده إلى حذف شرط واضح والأخذ مكانه بشرط آخر يرتب آثار مغايرة". انظر:

- فيما يخص القرار الأول أورده الأستاذ محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 217.
- بخصوص القرار الثاني أورده الأستاذ محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 181.

(1)- إن هذا القرار صدر عقب تعيين الفقيهين " أوبري " و "رو" مستشارين بمحكمة النقض، وذلك مباشرة بعد حرب 1870 وضم الألزاس، ومحكمة النقض الفرنسية لم تكن تتساهل في عدم الأخذ بأرائهما فيما يخص القانون المدني.

- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 216.

(2)- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 217.

(3) - و تتلخص وقائعها في أن الشركة المذكورة، تعهدت، في نظام معملها، بأداء مكافآت للعمال مع التنبيه إلى أن هذه المكافآت اختيارية في كل الأحوال ، وعندما طالب العامل برينكولت بهذه المكافآت، و امتنعت الشركة عن أدائها، رفع الدعوى أمام مجلس الخبراء بفلبرس (Flers) الذي قضى له بها على أساس أنه كان قد اعتاد على تلقها كلما قام بعمله على وفق الإعلان التنظيمي (نظام المعمل). غير أن

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

في منطوقه:" بناء على المادة 1134 من القانون المدني، وحيث ينص هذا الفصل على أن الاتفاقات المبرمة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها، فإنه لا يسمح للقضاء عندما تكون عبارات هذا الاتفاقات واضحة بينة بتحريف الالتزامات الناتجة عنها وتعديل البنود التي تتضمنها"⁽¹⁾.

ويظهر من خلال هذا القرار أنه أقر بشكل واضح الحدود الفاصلة بين السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وبين سلطة محكمة النقض، على اعتبار أن سلطة قاضي الموضوع تبقى مطلقة ما لم يحرف المعنى الواضح والصرح للعقود⁽²⁾.

وبعد مرور بضعة أشهر من صدور القرار الأول وبالضبط في تاريخ 22 يونيو 1872، صدر قرار آخر يعضد الموقف الجديد لمحكمة النقض، وتتلخص المبادئ⁽³⁾ التي جاء بها القرار في ما يلي:

أولاً: إذا كانت عبارات العقد غامضة وثار نزاع بشأنها، فإن لقاضي الموضوع أن يفسرها، أي عليه أن يجتهد لتقصي إرادة الأطراف، وعمله هذا يدخل في مجال الواقع الذي لا رقابة عليه من طرف محكمة النقض.

محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 15 ابريل 1872 نقضت هذا الحكم بحجة أن الشركة عندما امتنعت عن أداء المكافآت، تكون قد استعملت خيارها المصرح به في نظام المعمل، وعليه فإن مجلس الخبراء، بحكمه على الشركة بأداء المكافآت المطالب بها من قبل العامل يكون قد خرق مقتضيات الفصل 1134.⁽¹⁾ أورد هذا القرار:

- محمد شيلج. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 217-218.

- موسى عبود. التحريف كسبب من أسباب الطعن بالنقض. مرجع سابق. الصفحة 199.

- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 181.

(2)- حلمي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 442.

(3)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 182.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

ثانيا: وفي المقابل، إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز لقاضي الموضوع أن يحرفها عن معناها الحقيقي إلى معنى آخر تحت ستار التفسير وإلا عرض حكمه للنقض.

واستمرارا في تأكيد محكمة النقض الفرنسية لموقفها، صدر قرار بتاريخ 6 مارس 1876، جاء فيه: "إن القاعدة التي تكرسها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي عامة ومطلقة، وتحكم العقود التي يمتد تنفيذها في الزمان، كما تحكم بقية العقود الأخرى، لذلك لا يعود إلى المحاكم مهما بدت أحكامها منصفة أن تأخذ بالاعتبار الزمان والظروف لتعديل اتفاقات الأطراف وإحلال بنود جديدة محل البنود التي تم قبولها بحرية من طرف المتعاقدين..."⁽¹⁾.

وتلاحقت بعد ذلك قرارات المحكمة العليا بفرنسا، وكلها تقر بحقها في الرقابة القانونية عند تحريف المعنى الواضح والصريح للعقود والمستندات بصفة عامة⁽²⁾.

(1)- وتتلخص وقائع هذا القرار في قضية قناة كرابون (Canal de Craponne) المشهورة في انه في القرن 16 ميلادي، ابرم عقد بموجبه التزم مالك قناة الرأي في سهول أربلس (d'Arles)، بتوفير ماء السقي للمتعاقدين معه بمقابل.

وبعدما انخفضت قيمة العملة في أواخر القرن 19 ميلادي طالب صاحب القناة من المحكمة مراجعة المقابل المحدد في العقد قبل ما يقرب من ثلاثة قرون، فلبت محكمة الاستئناف بإيكس (la cour d'Aix) طلبه، ليتم الطعن في هذا القرار بالنقض، الأمر الذي جعل محكمة النقض تصدر قرارها المشار إليه في المتن.

- انظر هذا القرار في مؤلف الأستاذ محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 214-215.

(2)- حلمي محمد الحجار. أسباب الطعن بطريق النقض. الجزء الثاني. مرجع سابق. الصفحة 442.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

و عليه يكون المبدأ من خلال ما سبق أن محكمة النقض الفرنسية دائما في اجتهاد متواصل، وهذا أمر محمود يدخل في صميم صلاحيات القضاء لا لشيء إلا من أجل تحقيق العدالة، وتطبيق النصوص القانونية بكيفية صحيحة وسليمة.

ثانيا: رقابة القضاء المغربي على التحريف

تبنى المجلس الأعلى نفس توجه محكمة النقض الفرنسية، ولم يتساهل في رقابته على تحريف العقد، ويظهر ذلك من خلال العديد من القرارات، بل إن بعض الفقه المغربي أقر بشكل قاطع أن القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية لسنة 1872 تعتبر مصدرا غير مباشر للفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود المغربي⁽¹⁾، الذي يعتبر الأساس القانوني لمنع تحريف العقد متى كانت عبارات هذا الأخير واضحة، علما أن العديد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى كانت متأثرة بتوجهات محكمة النقض الفرنسية من خلال الاستناد على الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود والذي تقابله المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن هذا الأخير ليس فيه فصل يماثل أو يقابل الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود، لكن القضاء المغربي، تراجع عن موقفه، وأصبح يعتمد على الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود منفردا كأساس لمنع تحريف العقد، وتارة يقرنه بالفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

وفرض الحماية الفرنسية على المغرب هو الذي جعل المستعمر يعتمد إلى إصدار ثلة من القوانين من بينها ظهير الالتزامات والعقود، كما عمل على إيجاد بنية

(1)- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 163 وما بعدها.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

قضائية عصرية، وكانت طلبات النقض من اختصاص محكمة النقض الفرنسية بباريس إلى أن تم إنشاء المجلس الأعلى⁽¹⁾ بعد حصول المغرب على استقلاله. ومن أهم القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية الموجودة أثناء تطبيقها لظهير الالتزامات والعقود إبان فرضها الحماية على المغرب، قرار جاء فيه: «إن قاضي الموضوع يملك سلطة مطلقة في البحث عن قصد الأطراف وتفسير البنود الغامضة للعقد، وحكمه في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا أنه لا يسمح له عند قيامه بالتفسير بتحريف عبارات العقد محل النزاع»⁽²⁾.

(1)- للمزيد حول المجلس الأعلى الذي أصبح يحمل اليوم اسم محكمة النقض:

- ندوة حول عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، أشغال الندوة تليدا لذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى. الرباط في 17-19 شعبان 1418 الموافق ل 18-20 دجنبر 1997 منشورات المجلس الأعلى. 1999. الصفحة 29 وما بعدها.
- خالد الإدريسي. إصلاح المجلس الأعلى ودوره في تحقيق الأمن القضائي. دراسة تحليلية نقدية لموضوع تضارب المجلس الأعلى في توجهاته القضائية. والسبل الكفيلة لتوحيد الاجتهاد القضائي وتحقيق الأمن القضائي. دار القلم. الطبعة الأولى. 2010. الصفحة 23 وما بعدها.
- عبد القادر الرافي. المجلس الأعلى كمحكمة للنقض المدني. وسائل التحكم في العمل بين التقنين وعدم الجدوى. دار القلم. الطبعة الأولى. 2005. الصفحة 11 وما بعدها.
- محمد الكشور. طلب النقض بسبب خرق قواعد الموضوع وخرق قواعد الإجراءات. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. الطبعة الأولى 2006.
- عبد العزيز توفيق. المجلس الأعلى طبيعته واختصاصاته. المجلة المغربية لقانون واقتصاد، العدد 17. سنة 1988.
- محمد الوكيل. المجلس الأعلى هل هو فعلا محكمة عليا. المجلة المغربية لقانون واقتصاد. العدد 17. سنة 1988.

(2)- قرار مؤرخ في 11 يونيو 1925. تحت رقم 361. (أشار إليه نور الدين الناصري. دور القاضي في تفسير العقد. دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة. وحدة القانون المدني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، الموسم الجامعي 1998-1999. الصفحة 56).

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلعجر

وجاء في قرار آخر: "ينجو من رقابة محكمة النقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، الذي يصح انطلاقاً من مجموع معاينات وبواسطة تفسير قصد الأطراف الذي لم يحرف أياً من الاتفاقات التي تم فحصها بأن هذه الأطراف قد قررت تعويض اتفاق مؤقت ليتم تنفيذه باتفاق جديد الذي حدد شروط البيع وكذا توزيع نتاج هذا البيع"⁽¹⁾.

والملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية استندت إلى الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، التي يخول لها إمكانية رقابة قضاء الموضوع، وأغفلت اعتماد الفصل 461⁽²⁾ من ذات القانون الذي يعتبر في حقيقة الأمر الأساس الحقيقي لنظرية التحريف، وهذا الإغفال مقصود، لأنها فهمت الفصل على كونه يمنع القاضي أصلاً من القيام بالتفسير بمجرد وضوح العبارات، إلا أن أعمال السلطة التقديرية يقتضي تفسير اللفظ الواضح، وهو ما يسميه الأستاذ محمد شليح بالتفسير المستتر الذي لا يصح به قضاة الموضوع في أحكامهم وقراراتهم أثناء التزامهم للفظ الواضح⁽³⁾.

وبعد الاستقلال وإنشاء المجلس الأعلى، فإن موقفه لم يتغير من خلال الرقابة على تحريف المعنى الصريح والواضح لعبارات العقد، تحت ستار التفسير، وكان يعتمد على نفس الأساس الذي تعتمد عليه محكمة النقض الفرنسية، وهو الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، إلا أنه تراجع عن هذا الأساس وأصبح

(1)- قرار محكمة النقض الفرنسية. مؤرخ في 24 مارس 1936. (أشار إليه نورالدين الناصري. دور القاضي في تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 56).

(2)- نورالدين الناصري. دور القاضي في تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 56.

(3)- محمد شليح. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 55-56.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

يعتمد على الفصل 461 من ذات القانون أو يقرنه مع الفصل 230 من القانون نفسه كما سبق القول، وجاء في أحد القرارات الصادرة عنه: "يتعرض للنقض القرار الذي يحرف العقد العدلي المتضمن كراء محل تجاري لمقهي مغربي، بتفسيره بكونه يتعلق بكراء محل معد لاستغلال مقهى مغربي، ومحكمة الاستئناف لم تقض كذلك إلا عن طريق تحريف العقد العدلي وبالتالي خرق الفصل 230"⁽¹⁾.

هذا "ومهمة قضاة الموضوع هي تطبيق اتفاقات الأطراف وهم لا يملكون حق تحريف البنود الواضحة والدقيقة وذلك تحت ستار التفسير"⁽²⁾.

ويظهر تراجع المجلس الأعلى عن اعتماد الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود، وبدأ يعمل تارة الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود، وتارة يقرنه مع الفصل 230 من ذات القانون، وجاء في أحد قرارات المجلس الأعلى: "إذا كان لقضاة الموضوع تأويل اتفاق الاطراف، فإنه لا يجوز لهم تحت ستار التأويل تحريف معنى ومضمون بنودها الواضحة والمحددة"⁽³⁾.

(1)- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 ابريل 1958. تحت رقم 2. الغرفة المدنية. منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى. السنة 57/62. الصفحة 20. (أشار إليه نورالدين الناصري. دور القاضي في تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 56 وما بعدها).

(2)- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962. تحت رقم 183. منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى. مرجع سابق. الصفحة 301. (أشار إليه نورالدين الناصري. دور القاضي في تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 56 وما بعدها).

(3)- قرار المجلس الأعلى. الصادر بتاريخ 26 مارس 1964. (أشار إليه محمد الهيني و فاتح كمال. دور القاضي في تفسير العقد. مجلة الإشعاع. العدد التاسع والعشرون. سنة 2004. الصفحة 89).

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

وجاء في قرار آخر: "يتعرض للنقض القرار الذي يحرف المعنى الواضح البين لوثائق الطرفين أو للمراسلة المعروضة للنقاش كي يستخلص من هذه الوثائق إثبات توافق الطرفين على ثمن الشيء المبيع"⁽¹⁾.

وفي إطار التمييز بين الواقع والقانون في تفسير العقود جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى: "تقدير الشروط المهمة أو المتعارضة في اتفاقات الأطراف لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى"⁽²⁾.

وجاء في قرار آخر: "تفسير العقد المهم يخضع للسلطة المطلقة لقضاة الموضوع"⁽³⁾.

(1)- قرار المجلس الأعلى عدد 61/59. المؤرخ في 2 يناير 1962. مجلة الإشعاع. العدد التاسع والعشرون. سنة 2004. الصفحة 89.

(2)- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 12 أبريل 1964. مجلة الإشعاع. مرجع سابق. الصفحة 90). وجاء في أحد القرارات: "عندما صرحت المحكمة بأنه ينتج من عناصر الدعوى أن المتعاقدين اختارا التمشي مع مقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري و أن العقد ينص على: « أن للمشتري جميع الصلاحيات ليطلب من المحافظ تقييد هذا العقد في ملف المطلب رقم: 5601 » بدون إشارة إلى أن واجبا آخر على المشتري بالتدخل في مسطرة التحفيظ بكيفية أخرى فإنها بما لديها من سلطة تقديرية استنتجت ما اتفق عليه الطرفان بدون ارتكاب أي تحريف للعقد إذ لم تتجاوز مالها من حق في تأويل العقود عند الإجمال و الإبهام ولا أي خرق للقانون".

- قرار مؤرخ في 24 يناير 1968. تحت رقم 108. منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى 1966-1982. الصفحة 662.

(3)- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7 أبريل 1964. (أشار إليه محمد الهبني و فاتح كمال. دور القاضي في تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 90).

ويظهر من خلال هذه القرارات أن قضاء النقض كرس كون تفسير العقد الغامض هو من الاختصاصات الأصلية لقضاء الموضوع، وبالتالي لا يخضع لرقابته، على عكس العقد الواضح الذي يخضع لهذه الرقابة.

ومن خلال القرارات السالف ذكرها يتبين لنا أن تحريف العقد يعتبر من مسائل القانون، وتتدخل محكمة النقض للرقابة عليه، وبالتالي فإن العبارات الواضحة في الحقيقة هي التي تعتبر من مسائل القانون والتي تبسط عليها محكمة النقض المغربية كما الفرنسية رقابتها، وذلك من أجل منع تعسف قضاة الموضوع في استعمال سلطاتهم التقديرية، بشكل يؤدي إلى زيغ عن إرادة الأطراف عن محلها وترتيب آثار مخالفة للوضع العادي والمألوف والملائم مع مقصود المتعاقدين.

لكن هذا لا يعني أن اللفظ الواضح لا يفسر، خاصة في الحالة التي يكون وضوحه ظاهرياً، لا يعبر حقيقة عن مقصود المتعاقدين، بل يوجب على القاضي تفسيره حتى يتلاءم مع مقصود العاقدين، إلا أننا نعتقد أن اللفظ الواضح وإن كان وضوحه وضوحاً ظاهرياً ولكنه لا يعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فما هو في الحقيقة إلا غموض، والغموض يبرر التفسير، وعلى كل فإن قضاء النقض فرض على قضاة الموضوع التسبب من خلال تبيان الدوافع التي أدت إلى العدول عن المعنى الظاهر للفظ إلى غيره، وفي هذا جاء في قرار لمحكمة النقض: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها، ولا يكون للتأويل موجب إلا في الحالات التي حددها القانون في الفصل 462، من قانون الالتزامات والعقود، لتقدير ما إذا كانت عبارات العقد واضحة أو غامضة، وإن كان يدخل في إطار سلطتهم التقديرية، إلا أن ما اعتمده قضاة الموضوع، للعدول عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما سواه وما استخلصوه خطأ من ذلك يدخل في رقابة محكمة النقض ما دام الأمر يتعلق بتطبيق

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

القانون على الواقع، الذي يعد من المسائل القانونية لا الموضوعية التي يستقل
قضاة الموضوع بتقديرها⁽¹⁾.

وعلى كل حال ومن خلال هذا التطور التاريخي، لرقابة على التحريف
استخلصنا أن عيب التحريف ذو طبيعة قانونية، يندرج ضمن مسائل القانون لا
الواقع، وبالتالي يدخل ضمن اختصاص رقابة محكمة النقض، وذلك عن طريق
رقابة العبارات التعاقدية الواضحة والمكتوبة، وحتى نستكمل فهم هذه الطبيعة لا
بد من دراسة المعيار الذي تقوم عليه رقابة التحريف من طرف محكمة النقض، من
أجل لمس جوهر مسائل القانون التي تتصل بتفسير العقد، والتي لها ارتباط وثيق
بفكرة تحريف العقد للحد من تعسف قضاة الموضوع، وهم بصدد تفسير العقد
الواضح دون وجه حق، وتكريس دور محكمة النقض في السهر على حسن تطبيق
القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي.

الفقرة الثانية: معيار رقابة القضاء على التحريف

إن المتأمل فيما تناولناه من قرارات لا تلك الصادرة عن محكمة النقض
المغربية ولا تلك الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، يستنتج معيار وضوح
التعبير كمناط لرقابة قضاء النقض على التحريف، إلا أن هذا المعيار وجهت له
انتقادات ترتب على إثره ظهور معيار الإرادة، غير أن جوهر قضاء النقض خلاف
ذلك، حيث كرس معيار كفاية التسبب عند تفسير العقد الواضح كمعيار لرقابة
التحريف⁽²⁾.

(1)- قرار مؤرخ في 17 مارس 2011. في الملف التجاري عدد 2010/2/3/541. نشرة قرارات محكمة
النقض. السلسلة السادسة. العدد 33. سنة 2017. الصفحة 61.

(2)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 478 وما بعدها.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

لهذا فالمعيار المعتمد من طرف قضاء النقض يتجلى في احترام مسائل القانون في تفسير العقد من طرف قاضي الموضوع، التي من خلالها تراقب محكمة النقض تحريف العقد، وسنعالجها إتباعا كالاتي:

أولاً: التزام قاضي الموضوع بالعبارات الواضحة

ثانياً: الأخذ بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين

ثالثاً: كفاية التسبب عند استخلاص النية المشتركة

أولاً: التزام قاضي الموضوع بالعبارات الواضحة

من خلال القرارات الصادرة عن قضاء النقض المغربي وكذلك عن نظيره الفرنسي، نتساءل عن مبررات الالتزام بالعبارات الواضحة.

إن الإجابة المنطقية على العموم تتجلى في كون العقد المنشأ على وجه صحيح يقوم مقام القانون، طبقاً للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقابل المادتين 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي، لهذا إذا كانت عبارات العقد واضحة فإنه لا يجوز تحريفها، باستبدال الإرادة الحقيقية التي كشفت عنها بإرادة مغايرة دون مبرر⁽¹⁾، وذلك بطبيعة الحال سيؤدي إلى مخالفة مقتضيات المواد السالفة ذكرها وكذلك المادة 1192 من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه: "إذا كانت شروط العقد محددة وواضحة امتنع على القاضي تفسيرها وإلا كان محرفاً لها"، والتي يقابلها الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص بدوره: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها".

(1)- لأن الظاهر حجة على الغير وعلى القاضي إلى أن يثبت العكس، للتوسع في الظاهر ودوره في الإثبات انظر:

- إسماعيل حسن سرکوت. الظاهر ودوره في الإثبات في القانون الخاص. منشورات الحلبي الحقوقية. الصفحة 11 وما بعدها.

إن الالتزام باحترام عبارات العقد الواضحة ليس تكريسا لنظرية الإرادة الظاهرة بل هو نتيجة التفسير بالإيضاح في حدود تلك العبارات التي يلازمها الغموض⁽¹⁾.

ثانيا: التزام الإرادة الحقيقية المشتركة

الإرادة الحقيقية المشتركة أو النية المشتركة للمتعاقدين⁽²⁾، هي عماد العقد وجوهره، لهذا فإعمالها فيه احترام للقوة الملزمة للعقد، وتجاوزها يعني تجاوز تلك

(1)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 425.

(2)- حسب ما قررته الفقرة الأخيرة من الفصل 462 والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

يقصد بالنية لغة: اعتراف أمر معين تتجه إليه الإرادة النفسية وهي كذلك في معناها الاصطلاحي فهي الحلقة الأخيرة في سلسلة العمل الإرادي، حيث ينتهي الفرد إلى العزم والتصميم على أمر معين، ومن ثم فالنية هي الإرادة، وإذا قلنا النية المشتركة فإن هذا لا يختلف في شيء عن قول الإرادة المشتركة.

ويقصد بالاشترائك: التقابل أو الاتحاد فالنية تكون مشتركة إذا تقابلت مع نية أخرى واتحدت معها، ولا تتصف بهذه الصفة إذا انفردت فلم تتلاق مع مثيلتها، فإذا تلاققت إرادتان وتطابقتا في المضمون، فقد اشتركت وأصبحت أمراً واحداً، وتسمى آنذاك "بالنية المشتركة".

والمنطق يفرض التساؤل عن متى تكون النية مشتركة إذا كان كل من طرفي العقد يريد شيئاً خلاف ما يريده الآخر على اعتبار أن لكل واحد منهما مصلحة متميزة متعارضة مع الطرف الآخر ويريد أن يحقق أكبر فائدة لصالحه من العقد؟

إلا أنه رغم ذلك فإن هذا التصور لا يمنع من وجود نية مشتركة بين طرفي التعاقد، وذلك أنهما يتفقان مع الهدف منه، وعلى محتوى مضمونه، ولا يعني تعارض المصالح انعدام تطابق الإرادات في العقد وتقابل وجهات النظر بشأن المضمون.

لهذا فإن الإرادة المشتركة يقصد بها تلك الإرادة الباطنة التي التقى عندها المتعاقدان، وليست الإرادة الظاهرة المشتركة إذا اختلفت مع الأولى، إلا أنه في البداية طبعا ينصب التفسير على الإرادة الظاهرة، ليستخلص منها القاضي الإرادة الباطنة المشتركة، حتى يقوم الدليل على أنها لا تعبر عنها بأمانة، آنذاك يتركها ليعود إلى الأصل، وهي الإرادة المشتركة النفسية.

ونحن نعلم من خلال التشريعات المدنية منها الغربية والعربية، في مقدمتها قانون الالتزامات والعقود المغربي، وكذلك من خلال المؤلفات التي تناولت العقد كمصدر من مصادر الالتزام أن النية المشتركة هي العمود الفقري للعقد وأساس وجوده، لذلك فالاستدلال عليها ليس بالأمر السهل، فالقاضي لا

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

القوة، وهذا يعتبر من مسائل القانون بطبيعة الحال، تسري عليه رقابة محكمة النقض.

لهذا فإن هناك فرقا واضحا بين البحث عن النية المشتركة والقضاء بموجبها، لذلك فالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، مسألة تفرض على قاضي الموضوع الاستدلال على وجودها وكيفية استخلاصها بمعايير مادية يترك أمر تقديرها لهذا الأخير، في حين أن الأخذ بحكمها فهي مسألة تهم محكمة النقض، كما يجب على قضاة الموضوع احترام حجية التصرفات وعدم تحريفها وتطبيق القانون على الواقع تطبيقا صحيحا، على الرغم أن العقد ليس قانونا بالمعنى الدقيق للكلمة لكنه في كل الأحوال قانون بمفهوم معين بين طرفين معينين⁽¹⁾.

يفترض فيه أنه ينفذ إلى أعماق الأفراد ليحلل مشاعرهم وأحاسيسهم، لذلك منحت للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقرير وجود هذه النية، واستخلاصها من عناصر الواقع المختلفة، والأمر في النهاية يعود إلى ذكائه وفطنته ودوقه.

لهذا فالقاضي عند كشفه عن الحدود الذي تلاقت عنده إرادات المتعاقدين لتصحيح مشتركة، إنما يكون ذلك بنظرته إليه لحظة التعاقد وليس لحظة التقاضي. ولذلك فالأخذ بالمعنى الحرفي لعبارات العقد يكون صحيحا وهو نقطة البداية، استنادا إلى الظاهر لكن في الحالة التي يكون فيه هذا المعنى الظاهر متفقا مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعدم وجود ما يناقضها.

انظر:

- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 52 وما بعدها.
 - محمد شيلج. تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي. مرجع سابق. الصفحة 347. وما بعدها.
 - عبد الرحمان بلعكيد. وثيقة البيع بين النظر والعملية. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء. طبعة 1995. الصفحة "339-340.
- (1)- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط. الجزء الأول. الصفحة 698. مرجع سابق. الصفحة 698. الهامش رقم(1).

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

وانطلاقاً مما قلنا فإن خطأ قاضي الموضوع في تقدير الواقع الذي استخلص منه النية المشتركة لا يخضع لرقابة محكمة النقض مادام أورد أسباباً كافية لحمل الحكم أو القرار عليه، أما إذا ما تأكد من وجود العقد صحيحاً بين طرفيه، ثم حدد معناه والغرض منه، ولكنه رغم ذلك لم يطبقه وعزف عنه تحت أية حجة كانت، فإنه والحالة هاته يكون مخطئاً في تطبيق القانون، ولو كان الحل الذي خرج به مستوحى من مقتضيات العدالة والإنصاف⁽¹⁾.

وبه يكون قد خرج عن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود التي تنصرف في كل الأحوال إلى الفصل 461 من ذات القانون، وهذا معناه أن اللفظ الواضح يعبر مبدئياً عن النية المشتركة للمتعاقدين وتجاوزها فيه مخالفة للفصل 461 والفصل 462 في فقرته الأخيرة، بل فيه مخالفة للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

ثالثاً: كفاية التسبب عند استخلاص النية المشتركة

ينص الفصل 125 من الدستور⁽²⁾ المغربي الجديد لسنة 2011 على أنه:
تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

وتعليل الحكم هو تسببه ويقصد به التسجيل الدقيق والكامل للنشاط المبدول من طرف قاضي الموضوع إلى غاية النطق بالحكم أو القرار ويتمثل هذا النشاط

(1)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 429.

(2)- ظهير شريف رقم 1-11-91. صادر في 27 من شعبان 1432. الموافق ل 29 يوليو 2011. بتنفيذ نص الدستور. منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964. مكرر بتاريخ 30 يوليو 2011. الصفحة 3600.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلكجر

بالخصوص في إبراز مجموعة من الأسباب الواقعية والقانونية التي يبني عليها المنطوق⁽¹⁾.

والأصل أن قاضي الموضوع له سلطة تقدير أدلة الدعوى بما يستقر في وجدانه ويفرض ما لا يطمئن إليه، إلا أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة من كل قيد بل يجب على القاضي أن يستند في استخلاصه إلى مصدر قائم وثابت ولا يكون رغم وجود هذا المصدر متناقضاً مع مصادر أخرى موجودة في الدعوى، لهذا يعتبر التسبب الوسيلة التي تراقب بها محكمة النقض الواقع الذي يدخل ضمن اختصاص قاضي الموضوع.

ويكون التسبب منعدماً إذا كان القاضي في مقام استخلاص لنية الطرفين المشتركة، لم يذكر كلية الوقائع التي ثبتت لديه، ورجح أنها تولد هذه النية، وسواء كانت هذه النية حصيلة ظاهر العقد أو تأويله، لهذا يجب عليه أن يورد الوقائع التي قادت به إلى ذلك الاستخلاص.

وإذا كان المنطق يلزم قاضي الموضوع وهو بصدد تفسير العقد متى تطلب ذلك، فإنه بالمقابل يكون معفى من التسبب إذا كان العقد واضحاً، إلا أن هذا المنطق غير موجود، حيث إن التزام القاضي بظاهر العقد يفرض عليه أن يسبب حكمه أو قراره، بما يثبت دوافع تشبته بالظاهر الذي يفيد الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽²⁾.

(1)- محمد زكي أبو عامر. شائبة الخطأ في الحكم الجنائي. رسالة من جامعة الإسكندرية. 1974. الإسكندرية. الصفحة 287-294.

(2) - جاء في قرار محكمة النقض المصرية: "لا رقابة لمحكمة النقض في تفسير الاتفاقات والمحركات على مقتضى مقصود العاقدين، مادامت محكمة الموضوع لا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات الاتفاق مادامت تذكر في حكمها ما يعضد هذا المعنى من الاعتبارات المعقولة".

- قرار مؤرخ في 10 فبراير 1933. (أشار إليه. عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق

الصفحة 431).

فإذا كان هناك نزاع بين طرفين بشأن شروط العقد، حيث ادعى كل منهما معنى معيناً لمضمون الشرط، ولكن القاضي رأى التزام الظاهر لوضوحه، فعليه أن يفند مزاعم الطرف الآخر الذي سعى إلى التأويل، إذ قد يكون في العدول عن الظاهر ما لا يتفق والنية المشتركة للطرفين، رغم كون اقتضاء التسبب من باب أولى عند العدول عن المعنى اللغوي للألفاظ، على اعتبار أن الظاهر نفترض فيه اتفاقه مع الإرادة الحقيقية للأطراف⁽¹⁾، إلى أن يثبت العكس.

وقاضي الموضوع يفترض فيه أنه عندما حصل النتيجة وهي النية المشتركة للمتعاقدين، لا بد أن تصاحبها الأسباب التي بني عليها هذا التحصيل، ويشترط في هذه المقدمات أن يقود إليها العقل والمنطق⁽²⁾، إلا أن تسببه قد يأتي معيباً أي غير مبني على أساس قانوني، ومن صور التعيب أن يثبت استخلاص إرادة الأطراف من مصادر كاذبة ووهمية، وإن كان استخلاص النية، مبني على ما لا ينتج من الأوراق أو على أوراق غير موجودة أو وقائع لا أصل لها، أو أقوال غير ثابتة⁽³⁾.

لأن قاضي الموضوع بعد تقديره لهذه الوقائع يرتب عليها نتائج قانونية معينة، تؤثر في المراكز القانونية لطرفي التعاقد وبالتالي يأتي التطبيق القانوني على وقائع لم تستخلص على النحو الصحيح عقلاً، وهذا يبرر تدخل محكمة النقض⁽⁴⁾.

إن قاعدة كفاية التسبب عند استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، هي قاعدة جوهرية كرسها محكمة النقض الفرنسية، وانتقلت إلى قضاء النقض المغربي والتي يتم بها نقض العديد من الأحكام والقرارات إما لصورية الأسباب أو كونها لا تتعلق

(1)- انظر: محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 185.

(2)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 499.

(3)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 431.

(4)- عبد الحكم فودة. تفسير العقد. مرجع سابق. الصفحة 432.

تحريف العقد: بين النص القانوني والعمل القضائي-----الباحث/نور الدين بلکجر

بموضوع الدعوى أو كونها أسبابا مهمة أو غامضة أو مجملة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة يمحو بعضها بعضها⁽¹⁾.

وهذا الكلام يفرض على قاضي الموضوع ألا يكتفي بالتعويل على التعبير الرئيسي المكتوب في العقد ولو كان واضحا بل لا بد من ذكر الظروف الخارجية إذا اقتضى الأمر ذلك حتى يتضح مضمون إرادة الطرفين حتى تضم محكمة النقض هذه الظروف للتعبير الرئيسي لترى هل استخلاص قضاة الموضوع استخلاص صائب له حسب ما هو ثابت في الأوراق أم أنه على خلاف ذلك⁽²⁾.

ونخلص في الأخير إلى أن انعدام التعليل، أو الأساس القانوني يعني سببا من أسباب الطعن بالنقض في القانون المغربي، طبقا للفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، كما أن قانون المسطرة المدنية فرض على المحاكم تسبيب أحكامها وقراراتها طبقا لمقتضيات الفصول 50 و 345 و 375 بل أكثر من ذلك جعلها المشرع المغربي قاعدة دستورية من خلال الفصل 125 من الدستور المغربي الجديد لسنة 2011،

(1)- محمد الكشور. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع. مرجع سابق. الصفحة 487 وما بعدها.

(2)- أحمد أبو الوفا. نظرية الأحكام في قانون المرافعات. منشأة المعارف. الطبعة الثالثة. سنة 1977. الصفحة 182. وما بعدها.

كما نص على ذات المبدأ المادة 15⁽¹⁾ من قانون التنظيم القضائي الجديد رقم 38.15 في المادة 15 منه⁽²⁾.

خاتمة:

تناولت في هذه المقالة فكرة التحريف القضائي للعقد وما تثيره من إشكالات عملية بمناسبة تفسير العقود الواضحة العبارات، حيث لها مفهوم دقيق في المجال القانوني والقضائي، ولا تثار غالبا إلا على مستوى قضاء النقض. وقد تطرقنا إلى مفهوم التحريف، ونطاق إعماله من طرف قضاء النقض، وجوهر الرقابة عليه للحد من تعسف قضاة الموضوع في استعمال سلطتهم التقديرية بشكل أو بآخر في مجال تفسير العقود الواضحة والصريحة، وذلك لأجل تكريس الأمن القانوني والقضائي بما يحافظ على استقرار المعاملات.

(1)- للمزيد حول تعليل الأحكام انظر:

- محمد مقبل دخان. تسبب الحكم المدني. دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة اليمن والمغرب نموذجا. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال. جامعة محمد الخامس الرباط. الموسم الجامعي 2018/2019. الصفحة 1 وما بعدها.
- المختار زبيلا. تسبب الأحكام المدنية في القانون المغربي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش. جامعة القاضي عياض. الموسم الجامعي 2001/2002. الصفحة 1 وما بعدها.
- عزمي عبد الفتاح. تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية. دون ذكر المطبعة. طبعة 1983. الصفحة 1 وما بعدها.
- أحمد فتحي سرور. الوسيط في النقض الجنائي وإعادة النظر. دار النهضة العربية. طبعة 2018. الصفحة 365 وما بعدها.

(2)- ظهير شريف رقم 1.22.28. صدر في 30 يونيو 2022. بتنفيذ القانون رقم 38.15. المتعلق بالتنظيم القضائي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7108 في 14 ذو الحجة الموافق ل 14 يوليوز 2022. الصفحة 4568.

من خلال ما سبق نود الإشارة إلى ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: تتجلى في كون نظرية التحريف ترعرعت في مجال العقود والوصايا، خاصة المكتوبة، وهذا يعني عمليا أن العقود الشفوية لا مجال للحديث فيها عن التحريف، مادام لم تأت في قالب شكلي واضح، لتتطور لتشمل جميع المستندات المكتوبة سواء الملزمة منها أو الغير ملزمة، وهذا ما يظهر من خلال بعض القرارات التي استعرضناها أعلاه.

الملاحظة الثانية: تتجلى بكون نظرية التحريف، تطورت بشكل ملفت للانتباه في فرنسا، باعتبارها سببا في الطعن بالنقض، بل أصبحت سلاحا في يد محكمة النقض الفرنسية تستعمله للضغط على قضاة الموضوع لكي يقوموا باستخلاص وقائع النزاع بكيفية سليمة وجدية.

وقد وصل الأمر بمحكمة النقض الفرنسية إلى كون النقض من أجل تحريف الوثائق أصبح بمثابة العرف القضائي المستقر الذي لا ينتظر سوى تدخل المشرع لإدراجه ضمن أسباب الطعن بالنقض، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي من خلال التنصيص على هذه النظرية بشكل صريح بموجب التعديل الذي لحق القانون المدني الفرنسي سنة 2016.

ولا يختلف قضاء النقض المغربي عن مثيله في فرنسا في أعمال النقض استنادا إلى سبب التحريف، معتمدا في أغلب الأحوال على الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود، وهو سبب كرسته الممارسة القضائية، في غياب نص تشريعي يقرره، وبالتالي نقترح إعادة صياغة الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، بإضافة سبب النقض للتحريف.

انتهى

وصلی اللہ وسلم علی نبینا محمد وآله وصحبه

الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة: إضاءات وملاحظات

ذ/ د. عبد الله بوضاض

أستاذ محاضر، بكلية الشريعة بأيت ملول، جامعة ابن زهر

مقدمة

عرفت المقاولة العامة بالمغرب مسارا طويلا¹، منذ فترة الحماية إلى حدود التسعينيات من القرن الماضي، يمكن تقسيمها إلى ثلاث مراحل أساسية لكل منها أهدافها والسياق العام الذي يبرر توجه الدولة فيها، ففي فترة الحماية أنشئت العديد من المقاولات العمومية كالمكتب الشريف للفوسفاط² ومكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية³، وزادت وثيرة إنشاء مقاولات أخرى تحت مبرر تدخل الدولة لحماية الاقتصاد بسبب الأزمة الاقتصادية لسنة 1929⁴، غير أن الحقيقة كانت هي استنزاف السلطات الاستعمارية لخيرات المغرب لتموين جبهات الحرب التي تعرفها أوروبا في تلك المرحلة.

¹ - للمزيد من التوسع بهذا الخصوص أنظر: - محمد الأعرج، تطور أسلوب المقاولة العمومية بالمغرب. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 61. مارس-أبريل 2005. ص 11.
- مليكة الصروخ، النظام القانوني للمقاولات العمومية الوطنية والدولية. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى 1991. ص 127.

² - بموجب الظهير الشريف الصادر بتاريخ 7 غشت 1920. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 407. النسخة الفرنسية. عدد 1342. وقد ألغي بموجب الظهير الشريف 1.08.15 الصادر بتاريخ 26 فبراير 2008 بتنفيذ القانون رقم 46.07 القاضي بتحويل المكتب الشريف للفوسفاط إلى شركة مساهمة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5608 في 28 فبراير 2008. ص 589.

³ - بموجب الظهير الشريف الصادر بتاريخ 15 دجنبر 1928. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 844. النسخة الفرنسية. عدد 3280.

⁴ - أنظر: - مليكة الصروخ، مرجع سابق. ص 128.

إلا أنه بمجرد حصول المغرب على الاستقلال سنة 1956، اتجهت الحكومة نحو إسترجاع المقاوالت العمومية الاستراتيجية وتطهيرها من الرأسمال الأجنبي¹، وإعادة بناء وإنعاش الاقتصاد الوطني عن طريق إحداث مقاوالت عمومية جديدة في مجال الصناعة²، وفي مجال التمويل³، وكذا في الميدان الفلاحي⁴، واستمرت هذه السياسة إلى حدود الثمسينات من القرن الماضي، إذ أبان تدخل الدولة في الاقتصاد عن فشل كبير أدى إلى اعتماد سياسة التقويم الهيكلي، وتعالى الأصوات بضرورة فتح المجال أمام المبادرة الخاصة.

هذا ما دفع المغرب بإيعاز من الهيئات المالية الدولية إلى تبني برنامج لإعادة هيكلة القطاع العام وتشجيع مشاركة الخواص في التنمية، وهو ما أكده الملك الراحل الحسن الثاني في خطابه أمام مجلس النواب بتاريخ 8 أبريل 1988⁵.

-
- 1- محمد الأعرج، تطور أسلوب المقاولة العمومية بالمغرب. مرجع سابق. ص 12.
 - 2- مكتب الأبحاث والمساهمات الصناعية الذي أحدث بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.57.378 الصادر بتاريخ 31 دجنبر 1957. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2359 في 10 يناير 1958. ص 2359.
 - 3- تم إنشاء مؤسسة بنك المغرب بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.233 الصادر بتاريخ 30 يونيو 1959. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2436 في 3 يوليوز 1959. ص 2038.
 - أنشئ كذلك في ميدان التمويل البنك الوطني للتنمية الاقتصادية في شكل شركة مساهمة بتاريخ 24 يوليوز 1959.
 - 4- أحدث في هذا الميدان مجموعة من المقاوالت العمومية كالشركة المغربية لتسويق المنتجات الفلاحية سنة 1962.

5- جاء فيه: "إن القرار الهادف إلى تمكين القطاع الخاص من الاضطلاع بجزء مهم من الأنشطة الصناعية والتجارية التي تتولاها الآن الدولة أو مؤسساتها العامة، ليس صادرا عن نظرة قصيرة المدى ولا عن رغبة في مسايرة بعض الآراء التي كثر الحديد عنها، بل هو نابع من تصور بعيد المرامي، يراعي معطيات الاقتصاد المغربي في الماضي والحاضر والمستقبل، وليس الغرض منه -كما سنرى فيما بعد- تخفيف الأعباء التي تتحملها الميزانية العامة، أو تخلي الدولة

وقد تبلورت تلك التوجهات الملكية على مستوى القانون رقم 39.89 المؤذن بموجبه تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص¹، الذي نظم إجراءات وضوابط تفويت المقاولات العمومية إلى القطاع الخاص، فكان هذا القانون بحق بداية مرحلة جديدة لدور الدولة في الاقتصاد، إذ تخلت عن العديد من الشركات التي كانت تملك كل رأسمالها، مع احتفاظها ببعض الأنشطة الاستراتيجية كاستغلال مناجم الفوسفات وتوزيع الماء والكهرباء، واستغلال الموانئ وغيرها، ولكن بإتباع أسلوب يزاوج بين أسلوب الخواص واستعمال وسائل القانون العام.

وعلى الرغم من الأهمية البالغة لمفهوم المقاولة العامة، لم يعن المشرع والقضاء الإداري بوضع تعريف دقيق لها، في حين تسجل للفقهاء الإداري بعض المحاولات في هذا الصدد، منهم من عرفها بأنها تلك "الوحدة الاقتصادية التي تملك الدولة فيها رأس المال كلياً أو جزئياً لتحقيق نشاط تجاري أو صناعي فتمتع بالشخصية المعنوية وتخضع كلياً أو جزئياً للقانون الخاص فيما يخص التدبير والتنظيم"². أو أنها تلك "الهيئة الاقتصادية المتمتعة بالشخصية المعنوية والتي تزودها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى برأسمال كلي أو جزئي بقصد تنفيذ نشاط اقتصادي، مستعملة قواعد يغلب عليها طابع القانون الخاص

عن الدور الذي عليها أن تقوم به في تنمية البلاد، ولكنه يرمي -على العكس من ذلك- إلى أن يكون محركاً لتجديد الاقتصاد المغربي، ورفع مستوى معيشة المواطنين..." - أنظر الخطاب كاملاً في ديباجة القانون رقم 39.89 المؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص.

¹ - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.90.01 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4042 في 18 أبريل 1990. ص 711.

² - مليكة الصروخ، مرجع سابق، ص 30.

مع خضوعها لرقابة الشخص المعنوي العام¹، أو هي "ذمة مالية تنشؤها الدولة تتمتع بالشخصية المعنوية، بهدف تحقيق غرض اقتصادي"².

وبناء على هذه التعاريف، تتميز المقاولة العمومية بأربع خصائص أساسية³:

- 1- تتمتع بالشخصية المعنوية الخاصة أو العامة بحسب الشكل الذي تتخذه؛
 - 2- تملك الدولة أو هيئات عامة كل أو جزءا من رأسمالها؛
 - 3- يكون غرضها تحقيق هدف صناعي أو تجاري؛
 - 4- إزدواجية القواعد التي تستعين بها المقاولة العامة لتحقيق غرضها؛ فتتبع في ذلك قواعد القانون الخاص، مع استعانة بوسائل القانون العام كذلك.
- وتعرف منازعات المقاولة العامة إشكالية الاختصاص النوعي والتي لا تنحصر في المجال العقدي فقط، بل تتعداه إلى مجالات عدة؛ كما هو الحال بالنسبة

1- محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي، الجزء الأول. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 74. الطبعة الثالثة 2011. ص 399. - مولاي إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث. الطبعة الأولى 2009. ص 38 و ص 39.

2- رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة. الطبعة الأولى 2000. ص 96.

هناك من عرف المقاولة العامة على أنها: "جهاز صناعي و تجاري مشخص - أي يتمتع بشخصية قانونية عامة أو خاصة- يمارس فعلا نشاطا صناعيا أو تجاريا و يخضع لمراقبة السلطات العامة التي تتحكم في أجهزته الإدارية سواء من جراء شخصيته العامة (مؤسسة عامة صناعية و تجارية)، أو من جراء حيازة أغلبية المال (من 51 إلى 100%)، أو من جراء بند استثنائي يمنح السلطات العامة إمكانية مراقبة المقاولة دون الحصول على أغلبية رأس المال..."

- جمال الدين زهير، المقاولة العامة و المؤسسة العامة. المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية. العدد 11. أبريل-يونيو 1995. ص 51-52.

3- للمزيد من التوسع في خصائص المقاولة العمومية راجع: - مليكة الصروخ، مرجع سابق. من ص 31 إلى ص 43.

لدعاوى تسوية الوضعية الفرضية لعمال ومستخدمي المقاولة العامة¹، ودعاوى التعويض عن الضرر الذي يصيب الغير بسبب نشاط المقاولة العامة²، كما هو الحال في الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة عن المقاولة العامة لاسيما التي تتخذ شكل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، من قبيل رفض الربط بمادتي الماء والكهرباء أو توقيف التزود بهاتين المادتين الحيويتين.

ويخرج عن نطاق واهتمام هذه المقالة الإشكالات الإجرائية التي تثيرها المقتضيات المنظمة للدفع بعدم الاختصاص النوعي التي يطعنها التضارب والتباين بين قانون المسطرة المدنية والقانون المحدث للمحاكم الإدارية والقانون المحدث للمحاكم التجارية، وهو ما يحاول المشرع تجاوزه -مبدئيا- على مستوى مشروع قانون رقم 02.23 يتعلق بالمسطرة المدنية من قبيل: طبيعة الدفع بعد الاختصاص النوعي وإمكانية إثارته تلقائيا؛ وتقنية البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي (بحكم مستقل أو بضمه للجوهر)، ثم أحكام الإحالة بعد التصريح بعدم

1- أنظر على سبيل المثال: قرار محكمة النقض عدد 124 بتاريخ 03 فبراير 2022 في الملف الإداري عدد 121/4/1/2022، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 20 أكتوبر 2023 على الساعة 21 س 20 د].

2- من نماذج القرارات القضائية نورد قرار محكمة النقض عدد 564 بتاريخ 2014/4/24 في الملف الإداري عدد 2014/1/4/1135، الذي جاء فيه: "إن الضرر المطلوب التعويض عنه تعرض له أحد زبناء المكتب الوطني للسكك الحديدية في إطار تنفيذ عقد النقل أثناء رحلة، وبما أن المكتب المذكور يمارس نشاطا تجاريا فإن النزاعات الناشئة عن علاقته بزبنائه تحكمها مقتضيات القانون الخاص، بما في ذلك التعويض عن الأضرار الناتجة بمناسبة تنفيذ عقد النقل الذي هو عقد تجاري."

- منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 87، ص 189. وفي نفس السياق أنظر: - قرار محكمة النقض عدد 275 بتاريخ 2019/3/7 في الملف الإداري عدد 2019/1/4/238، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 87

الاختصاص النوعي؛ لاسيما ما يتعلق بمدى إلزامية الإحالة للمحكمة المحال عليها، وكذلك الجهة المختصة بنظر الطعن بالاستئناف في الحكم الفاصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

وبالتالي، سنقتصر فقط على تحديد أسباب إشكالية الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة، وتحليل المعايير المعتمدة من طرف القضاء لتحديد المحكمة المختصة بعد أن قمنا باستنباطها من خلال تتبع دقيق وواسع للقرارات والأحكام الصادرة عن محاكم المملكة في هذا الموضوع.

وعليه، سنحاول في هذا البحث بسط الأفكار الأساسية المتعلقة بالموضوع، وذلك من خلال محورين على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: مناط إشكالية الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة

الفقرة الثانية: معايير تحديد المحكمة المختصة في منازعات عقود المقاولة العامة

الفقرة الأولى: مناط إشكالية الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة

تساهم جملة من الأسباب في إشكالية الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة؛ منها ما يتعلق بالمقاولة العامة ذاتها، ومنها ما يعود إلى مقاربة المشرع لمقتضيات توزيع الاختصاص النوعي، وهي على النحو الآتي:

أولاً: أسباب تتعلق بالمقاولة العامة

حاولنا تحديد أسباب نشوء إشكالية الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة المتعلقة النظام القانوني لهذا النوع من المقاولات، وجمعناها في ثلاث نقط على الشكل الآتي:

1- شكل المقاولة العامة

بناء على التعاريف الواردة في مقدمة هذا البحث، تتميز المقاولة العمومية بأربع خصائص أساسية¹؛ فهي بداية تتمتع بالشخصية المعنوية الخاصة أو العامة بحسب الشكل الذي تتخذه، وتملك الدولة أو هيئات عامة كل أو جزءاً من رأسمالها، ويكون غرضها تحقيق هدف صناعي أو تجاري، تتبع في ذلك قواعد القانون الخاص كقاعدة، مع استعانة بوسائل القانون العام استثناءً.

هكذا، تتخذ المقاولة العمومية إما شكل شركة مساهمة تملك الدولة كل رأسمالها²، أو شركة اقتصاد مختلط تساهم الدولة في رأسمالها بشراكة مع

¹ - للمزيد من التوسع في خصائص المقاولة العمومية راجع: - مليكة الصروخ، مرجع سابق. من ص 31 إلى ص 43.

² - من النصوص القانونية المنظمة للشركات الوطنية نذكر:

- ظهير شريف رقم 1.05.146 صادر بتاريخ 23 نونبر 2005 بتنفيذ القانون رقم 15.02 المتعلق بالموائى وإبداث الوكالة الوطنية للموائى وشركة استغلال الموائى، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5375 في 5 دجنبر 2005. ص 3177.

الخواص¹، أو أن المقاولة العمومية تمارس نشاطها وفق نظام المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية²، دون المؤسسات العمومية الإدارية، على اعتبار أن الأولى تقوم بأنشطة تجارية وصناعية من جنس ما يمارس الخواص.

وتتميز المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية³ كشكل تتخذه المقاولة العمومية عن الشركات الوطنية في مجموعة من النقاط؛ فإذا نظرنا إلى معيار الشخصية المعنوية⁴ نجد أن المؤسسة العمومية تتمتع بالشخصية المعنوية العامة

- ظهير شريف رقم 1.07.50 صادر بتاريخ 17 أبريل 2007 بتنفيذ القانون رقم 27.03 القاضي بتحويل المؤسسات الجهوية للتجهيز والبناء إلى شركات مساهمة جهوية تسمى "ال عمران". المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5519 في 23 أبريل 2007. ص 1302.

- ظهير شريف رقم 1.10.09 صادر بتاريخ 11 فبراير 2010 بتنفيذ القانون رقم 07.08 القاضي بتحويل بريد المغرب إلى شركة مساهمة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5822 في 18 مارس 2010. ص 1107.

1- أنظر: - محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي. الجزء الأول. مرجع سابق. ص 400.
2- منها مثلا: - ظهير شريف رقم 1.11.160 صادر بتاريخ 29 شتنبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 40.09 المتعلق بالمكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 في 24 أكتوبر 2011. ص 5181.

3- تعرف المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية على أنها: "مرفق عام يدار بواسطة منظمة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية، وأنها من أشخاص القانون العام المتخصصة". - فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، طبعة سنة 1973. نشر عالم الكتاب. القاهرة. ص 338.

أنظر بخصوص معايير التمييز بين المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية والشركة الوطنية على سبيل المثال: - مولاي ابراهيم كومغار، مرجع سابق. ص 40. - جمال الدين زهير، مرجع سابق. ص 51.

- فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمشروع العام، طبعة سنة 1973. نشر عالم الكتاب. القاهرة. ص 338.

4- عبد الله حداد، المرافق العامة الكبرى: دراسة نظرية وتطبيقية، طبعة سنة 1997. ص 217.

في حين تثبت للشركة الوطنية شخصية معنوية خاصة، ويساعد معيار النظام القانوني في إقامة التمييز السالف الذكر، بحيث أن المؤسسة العمومية تنهل أسلوب إدارتها من القانون العام، في حين أن الشركة الوطنية تؤسس في شكل شركة مساهمة وفق ما هو متعارف عليه في قانون الشركات.

وتلتقي المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية مع الشركة الوطنية، في كون غرضهما يروم القيام بأحد الأنشطة التجارية المنصوص عليها في مدونة التجارة، كما أن رأسمالهما عمومي، مما يخضعهما للمراقبة المالية للدولة¹.

وعليه، يركن القضاء إلى شكل المقاولة العامة لإسناد الاختصاص النوعي في منازعاتها للمحاكم التجارية، ويصرح في أحيان أخرى بأن ذلك غير كافي ومن ثم اختصاص المحاكم الإدارية كما سنرى في المحور الثاني من هذا البحث.

2- نشاط المقاولة العامة

تدخلت الدولة في بعض الأنشطة التجارية الأساسية التي يغيب عنها الخواص، عبر خلق عدة المقاولات العامة في شكل مؤسسات عمومية صناعية وتجارية أو باتباع شكل شركة المساهمة²، والتي تستهدف في غالب الأحيان تحقيق حاجيات عامة من قبيل النقل الحضري والجوي، والكهرباء والماء الصالح للشرب، وأخرى لتدعيم المبادرة الخاصة كالنشاط البنكي والتأمين وغيرها من الأنشطة الأخرى.

¹ - ظهير شريف رقم 1.03.195 صادر بتاريخ 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5170. ص 4240.

² - أنظر: - حسن الوزاني التهامي، إشكالية تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم التجارية. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام. السنة الجامعية 2010-2011. ص 37. جامعة عبد المالك السعدي. طنجة. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. ص 95.

كما أن المقاولة العامة تمارس على وجه الاعتياد والاحتراف الأنشطة المبينة في المادة 6 من القانون رقم 15.95¹ مما يجعلها تاجرة، فشركة التهيئة العمران تقوم بشراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها، وينشط المكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب في مجال توزيع الماء والكهرباء²، وهناك العديد من المقاولات العمومية تعمل في استغلال المناجم كالمجمع الشريف للفوسفاط، أما نشاط النقل الجوي والطرق والبحري والسككي فيشكل النشاط الأساسي للعديد من الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية كالمكتب الوطني للمطارات، وشركة الخطوط الجوية الملكية المغربية، والمكتب الوطني للسكك الحديدية، والوكالات المستقلة للنقل الحضري، وغيرها من الأنشطة التجارية الأخرى التي تمارسها الدولة عن طريق المقاولات العامة.

وعليه، يعد نشاط المقاولة العامة أحد أسباب إشكالية الاختصاص النوعي في العقود التي تكون طرفا فيها، بحيث تعتبر تاجرة يجوز مقاضاتها أمام المحاكم التجارية، كما أنها ما زالت تحتفظ ببعض امتيازات القانون العام التي يكون مصدرها القانون المحدث لها وحاجيات المرفق العام، مما يجعل المحكمة الإدارية المختصة في هذه الحالة³، هذا بالإضافة إلى أنها تنزل منزلة الخواص وتستعمل قواعد القانون المدني لإبرام بعض العقود الأخرى.

¹ - ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في فاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 3 أكتوبر 1996. ص 2187.

² - أنظر: - عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي: دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب. الجزء الأول: النظرية العامة للتجارة والتجار. الطبعة الثانية 2001. ص 142.

³ - من الأمثلة الواضحة عن إشكالية الاختصاص القضائي في منازعات المقاولات العمومية، تلك النزاعات المتعلقة بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، المنظم بمقتضى الظهير الشريف

3- النظام القانوني للمقاولة العامة

يتميز النظام القانوني للمقاولة العامة بإزدواجية آلياته وأدواته بهدف تحقيق الغرض الأساسي لإنشائها، فتركز تارة إلى ما يوفره القانون العام من امتيازات ووسائل، وتارة أخرى تستفيد من مقتضيات وأحكام القانون الخاص التي تملئها ضرورة إدخال أساليب الخواص في تدبير المرافق العامة من جهة أخرى¹، مع طغيان القانون الخاص² في العلاقة التي تربطها علاقاتها بالمتفاعلين من خدماتها³.

رقم 1.72.184 الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1972. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3121 في 23 غشت 1972. ص 2187.

إذ لم يحدد الفصل 71 منه كما غير وتم بموجب الظهير الشريف رقم 1.04.127 الصادر بتاريخ 4 نونبر 2004 بتنفيذ القانون رقم 17.02 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5263 في 8 نونبر 2004. ص 3876 - المحكمة المختصة بنظر النزاعات المترتبة عن هذا القانون، بل اكتفى بعبارة عامة تجعل إشكالية الاختصاص النوعي أمرا واردا.

- للمزيد من التوسع حول هذه النقطة، أنظر على سبيل المثال: - المصطفى الدحاني، الاختصاص بنزاعات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والقواعد القانون التي يخضع لها. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. العدد 101. نونبر 2011. ص 34.

¹ - أنظر في شأن عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية مثلا :

Tom I. - André de Laubadaire et Autres, Traité De Droit Administratif. 12^{eme} Edition. 1992. Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence. Paris .778P

² - حسن حوات، أية استمرارية للمرافق الصناعية و التجارية ؟ المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 35. سنة 2002. ص 89 وما بعدها.

³ - محمد ايت المكي ونجاة خلدون. من أجل تجديد المرفق العام. المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 35. سنة 2002. ص 24.

فمن جانب تستعين بقواعد القانون العام ووسائله، كالتعيين في مناصب المسؤولية وللوظائف السامية بالمؤسسات والمقاولات العمومية¹، كما تعتمد المقاولات العامة على آليات التعاقد وفق المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية²، ولها إمكانية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وتستفيد كذلك من مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية³، وتخضع للمراقبة المالية للدولة، كما حكم مبادئ المرفق العام بعض المقاولات العامة؛ كمبدأ استمرارية المرفق العمومي (كقطاع الماء والكهرباء مثلا أو النقل السككي أو الجوي...)، ومبدأ مساواة المرتفقين أمام المرفق العمومي.

ومن جانب آخر، يحكم القانون الخاص مبدئيا ما يتعلق بنشاط المقاولات العامة وطرق اشتغالها وأداء غرضها؛ فتخضع لذات الالتزامات التي يخضع لها التجار والشركات التجارية بناء على أحكام القانون رقم 88.9 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها⁴، وتتعاقد مع الخواص بالاستناد على

¹ - ظهير شريف رقم 1.12.20 بتاريخ 27 من شعبان 1433 (17 يوليوز 2012) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 02.12 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا تطبيقا لأحكام الفصلين 49 و92 من الدستور، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6066 بتاريخ 28 من ذي القعدة 1422 (11 فبراير 2012)، ص 4235، كما وقع تغييره وتتميمه.

² - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7176 بتاريخ 9 مارس 2023. ص 2861.

³ - تنص المادة 10 من القانون رقم 40.09 المتعلق بالمكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب على أنه: "تحصل الديون العمومية المستحقة للمكتب والناجمة عن نشاطه وفقا لأحكام القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية الصادرة بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 بتاريخ 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000)".

⁴ - تنص المادة 9 من القانون رقم 40.09 المتعلق بالمكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب على أنه: "يمسك المكتب محاسبته وفقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل والمتعلقة بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها".

قانون الالتزامات والعقود وقانون كراء المحالات المعدة وقانون الشغل على سبيل المثال.

وبناء عليه، يعتبر النظام القانوني المزدوج للمقاولة العامة سببا آخر لإشكالية الاختصاص النوعي في منازعات العقود المبرمة من طرفها، فتحتمل هذه الأخيرة الطبيعة الإدارية أو التجارية أو المدنية.

ثانيا: مقارنة المشرع لمقتضيات الاختصاص النوعي

أدى إحداث المحاكم المتخصصة، بداية بالمحاكم الإدارية بمقتضى القانون 141.90¹، ثم المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية بموجب القانون 53.95²، إلى تعدد أنواع المحاكم في التنظيم القضائي المغربي، مما يعني اختصاص كل نوع من هذه المحاكم في قضايا معينة، غير أن هناك تداخل بينها في منازعات المقاولات العامة.

وبناء عليه، فإن المطلع على توزيع الاختصاص النوعي في التشريع المغربي سيلمس عدم وضوح معايير توزيع الاختصاص النوعي في القوانين المحدثه للمحاكم المتخصصة، بحيث يصعب وضع حدود فاصلة بين نطاق اختصاص كل محكمة على حدة، إلى جانب غياب الانسجام بين مختلف النصوص المنظمة لقواعد الدفع بعد الاختصاص النوعي نظرا لتشتتها بين أكثر من نص قانوني، بل وتعارضها في كثير من الأحيان، مما جعل العديد من القضايا محل الدفع بعدم الاختصاص

¹- ظهير شريف رقم 1.91.255 صادر بتاريخ 10 شتبر 1993 بتنفيذ القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993. ص 2168.

²- ظهير شريف رقم 1.65.97 صادر بتاريخ 12 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997. ص 1141.

النوعي أمام المحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية والمحاكم التجارية، ومن ضمنها بطبيعة الحال منازعات العقود عموما، ومنازعات عقود المقاولة العامة خاصة:

عموما، إن هذا الخليط غير المتجانس في النظام القانوني للمقاولة العامة يجعل العقود التي تكون فيها هذه الأخيرة طرفا إما عقدا إداريا أو عقدا تجاريا أو عقد مدنيا، بالإضافة إلى أن عدم وضوح معايير توزيع الاختصاص النوعي، يدفع بإمكانية أن تكون المنازعة المتعلقة بتلك العقود من اختصاص المحكمة الإدارية أو التجارية أو الابتدائية. لذلك نأمل أن يدلل مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق المسطرة المدنية إشكالية الاختصاص النوعي، ولو في الجانب المتعلق بتوحيد مقتضيات الدفع بعدم الاختصاص النوعي وتجاوز مسألة تباين وتعارض مقتضياته بين قانون المسطرة المدنية الحالي والقوانين المحدثة للمحاكم المتخصصة.

الفقرة الثانية: معايير تحديد المحكمة المختصة في منازعات عقود المقاولة العامة

تتوزع منازعات عقود المقاولة العامة بين المحاكم الإدارية والمحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية، كما تختلف المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة هذه العقود.

أولا: اختصاص المحاكم الإدارية في منازعات عقود المقاولة العامة

أسند المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 41.90 اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إلى المحاكم الإدارية دون أن يتولى تعريف العقد الإداري¹، أو يضع على الأقل معايير يمكن بناء عليها تحديد تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود.

¹ - للمزيد من التوسع حول العقود الإدارية أنظر على سبيل المثال:

- مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب. الطبعة الثانية. سنة 2012. ص 19 وما بعدها.

وعليه، يمكن تعريف العقد الإداري "اتفاق يبرم بين الإدارة كسلطة عامة قائمة على تحقيق المصلحة العامة، وبين الأفراد أو الشركات الخاصة من أجل إنجاز عمل معين يحقق المنفعة العامة"¹.

وتنقسم العقود في القانون الإداري إلى عقود إدارية بنص القانون، وهي تلك العقود التي تولها المشرع بالتنظيم وأضفى عليها الصبغة الإدارية، كعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد²، متى استوفت عناصر ومقومات معينة³، وإلى عقود إدارية بحسب شروطها، أي تلك العقود التي لم يشملها المشرع بالتنظيم، غير أن استجماعها لمجموعة من المعايير يجعلها تدخل في زمرة العقود الإدارية، وهذه الأخيرة هي المقصودة، حيث تثار بشأنها إشكالية الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية من جهة، والمحاكم الابتدائية أو المحاكم التجارية من جهة أخرى.

– أمينة جبران البخاري، القضاء الإداري: دعوى القضاء الشامل. الطبعة الأولى. سنة 1994. ص 420 وما يليها.

¹– نورة غزلان الشنيوي، التحديات الكبرى للدستور المغربي الجديد في مجال القضاء وأوجه تطبيقاتها في مادة التنظيم القضائي للمملكة دراسة من صميم إصلاحات سنة 2011. مرجع سابق. ص 220.

²– محمد الأعرج، القانون الإداري. الجزء الأول. ، الجزء الأول. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 74. الطبعة الثالثة 2011. ص 245.

³– في ذات السياق صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 18 يونيو 1998 جاء فيه: "وحيث إنه مما لا جدال فيه أن الصفة العمومية إذا كانت فعلا تعتبر عقدا إداريا بنص القانون فإن ذلك يتوقف أولا وأخيرا على وجود توفر عناصر الصفة العمومية أي أن تقوم الإدارة المعنية بالأمر، بفتح باب المناقصة أو المزايدة ليفوز من يعنيه الأمر بالصفة المذكورة".

– القرار رقم 664 الصادر في الملف عدد 1998/1/5/194. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 55. ص 211.

هكذا، تختص المحكمة الإدارية في منازعات عقود المقاولة ذات الطبيعة الإدارية إما لكونها عقوداً إدارية بقوة القانون أو عقوداً إدارية باستجماعها شروط اعتبارها كذلك.

1- عقود المقاولة العامة ذات الطبيعة الإدارية بقوة القانون

يستند القضاء في تحديد المحكمة المختصة نوعياً في بعض منازعات المقاولة العامة على المعيار التشريعي؛ ذلك أن المحاكم الإدارية تختص نوعياً في منازعات الصفقات العمومية والعقود الإدارية¹ من جهة، ومن جهة أخرى تولى المشرع تحديد أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها (كعقود التوريد أو الخدمات أو عقد الأشغال العامة) بموجب مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية، ويمكن المقاولة العامة، لاسيما التي تتخذ شكل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، من التعاقد مع الخواص بناء على هذا المرسوم.

ومن نماذج القرارات القضائية في هذا السياق نورد الأمثلة الآتية:

أ- النموذج الأول: قرار محكمة النقض 1/999 الصادر بتاريخ

2016/06/23²

"إن العقود لا تعتبر إدارية إلا إذا توفرت فيها شروط محددة أولها أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً عاماً وأن يكون العقد المذكور الهدف منه خدمة مرفق من المرافق العامة، وأن يتضمن شرطاً من الشروط غير المألوفة في العقد الخاص،

¹ - تنص المادة 8 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية: "تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و11 من هذا القانون، بالبت ابتدائياً في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية..."

² - في الملف الإداري رقم 2016/1/4/2113، أورده: - عبد الحق أخو الزين، مقاربة قضائية لمنازعات الصفقات العمومية، مطبعة أصكوم، القنيطرة، ص 52.

ومن جهة أخرى فإن هناك عقود إدارية بنص القانون منها عقود إدارية بنص القانون كعقود التوريدات والخدمات كما في نازلة الحال المبرمة لفائدة أشخاص القانون العام، والتي نص عليها مرسوم 5 فبراير 2007 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها دون الاتفاقات والعقود التي تبرمها الإدارة طبقاً لأحكام القانون الخاص، وأنه بالرجوع إلى عقد الصفقة المبرم بين الطرفين يتضح بأنه خدمات متمثلة في صيانة وإصلاح الآليات الإعلامية، وهو ما يجعله عقداً يتعلق بتقديم إدارياً بقوة القانون وبحسب طبيعته، وبالتالي يكون القضاء الإداري هو المختص نوعياً للبت في النزاع».

ب- النموذج الثاني: قرار رقم 1/1500 الصادر بتاريخ 2016/10/27¹:

"حيث إن الطلب يهدف الحكم للمدعية بمستحققاتها عن الأشغال التي أنجزتها بموجب الصفقات التي أبرمت مع المكتب الوطني للكهرباء والماء الصالح للشرب كشخص من أشخاص القانون العام من أجل كهربة العالم القروي، وبذلك يكون العقد المبرم بين الطرفين عقداً إدارياً بقوة القانون لعلاقته بالمرفق تندرج جميع المنازعات المرتبطة به ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، والمحكمة الإدارية لما صرحت باختصاصها نوعياً للبت في الطلب، يكون حكمها صائباً وواجب التأييد."

ج- النموذج الثالث: قرار محكمة النقض 284 الصادر بتاريخ 2022/3/3²:

"إن الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة وإن اتخذت شكل شركة مساهمة طبقاً للظهير الشريف رقم 1/04/257 الصادر في 2005/01/07 بتنفيذ القانون رقم

¹- في الملف الإداري رقم 2016/1/4/3679، أورده: - عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 53.

²- في الملف الإداري رقم 2022/1/4/540، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية تم الإطلاع بتاريخ 15 أكتوبر 2023 على الساعة 11 س 25 د].

03/77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، فإنها ظلت تمارس صلاحيات ومهام تدبير المرفق العام تحت وصاية ومراقبة الدولة، وبالتالي فإن العقود المبرمة مع الأغيار في إطار هذه الصلاحيات لتزويدها بالخدمات تتعلق بإعمال الصيانة تعتبر عقودا إدارية بقوة القانون تختص المحاكم الإدارية نوعيا بالنظر في النزاعات الناشئة عنها طبقا للمادة الثامنة من القانون رقم 90/41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، والمحكمة التجارية لما صرحت باختصاصها نوعيا للبت في الطلب لم تصادف الصواب، وكان حكمها واجب الإلغاء.»

هـ- النموذج الرابع: قرار رقم 1/774 الصادر بتاريخ 2018/07/19¹ :

"حيث بالرجوع إلى عقد الصفقة المبرم بين الطرفين يتضح أنه أبرم في إطار طلب عروض للقيام بأشغال عامة تتعلق بإعادة هيكلة وكالة تابعة لبريد المغرب بناء على قانون الصفقات العمومية (مرسوم رقم 2.99.1087 الصادر بتاريخ 2000/05/04 المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال المنجزة لفائدة الدولة)، وهو ما يجعله عقدا إداريا بقوة القانون وبحسب طبيعته، وبالتالي يكون القضاء الإداري هو المختص نوعيا للبت في النزاع."

2- عقود المقاولة العامة المستجمعة لشروط العقد الإداري

أناط المشرع المغربي إلى المحاكم الإدارية اختصاص الفصل في العقود الإدارية، من دون أن يتولى تحديد مفهومه أو على الأقل إيراد معايير يمكن معها استجلاء ما يدخل في اختصاص المحاكم الإدارية في المادة العقدية وما يخرج عنه. وأمام هذا الفراغ التشريعي، تولى القضاء وضع معايير تسعف في تحديد ماهية العقد الإداري، وأوردها مجتمعة حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر

¹ - في الملف إداري رقم 1824/4/1/2018، أورده: - عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 52.

بتاريخ 2 مارس 2003¹ بقوله: "يشترط في قيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه من الأشخاص المعنوية العامة كالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، وأن يتعلق بتنظيم واستغلال أو تسيير المرفق العام، وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في التعاقد العادي، وأن تكون هذه الشروط كلها مجتمعة في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه".

وعليه، إذا لم يسمح المعيار التشريعي في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد الرابط بين المقاول العامة، خاصة التي تتخذ شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري، يلجأ القاضي إلى البحث عن الشروط المتطلبة قضاء في العقد لإضفاء الطبيعة الإدارية عليه، ومن ثم اختصاص المحكمة الإدارية وهي ثلاثة شروط جوهرية، بأن يكون أحد أطراف العقد شخصا عاما، وأن يتعلق العقد بمرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في العقود العادية بين الخواص:

أ- مناقشة شرط تواجد الشخص العام:

يثار هذا الشرط تساؤلا بالنسبة للمقاول العامة التي تتخذ شكل شركة مساهمة (شخصية معنوية خاصة)، فعلى الرغم من مساهمة الدولة في رأسمالها كليا أو جزئيا، إلا أنها من أشخاص القانون الخاص، أما بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري فتتمتع بالشخصية المعنوية العامة.

ولتدراك إشكالات شرط تواجد الشخص العام طرفا في العقد لإضفاء الطبيعة الإدارية عليه، وسع قضاء النقض من نطاق هذا الشرط، وقضى باختصاص المحكمة الإدارية في حالات عدة رغم تواجد شركات خاصة تساهم فيها

¹ - الحكم رقم 239 الصادر في الملف عدد 428/01 ش. أوردته: - إسماعيل منجيد، العقود الإدارية: إشكالية التكيف القضائي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام. السنة الجامعية 2007-2008. ص 18. جامعة عبد المالك السعدي. طنجة. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

الدولة كلاً أو جزءاً، إما بالاستناد على فكرة التفويض من الشخص العام، أو على فكرة سهر الشخص الخاص على إشباع خدمة عمومية.

فبالنسبة لفكرة النيابة عن الشخص العام¹، فقد تنبأها القضاء المغربي في العديد من قراراته كانت أولى بوادره قضية "الشركة الوطنية لتجهيز خليج طنجة" التي أصدرت فيها الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قرارها بتاريخ 12 أكتوبر 1995² الذي جاء فيه:

"أن الشركة الوطنية لتجهيز خليج طنجة والاستثمار السياحي لذلك الخليج، قد كلفت بتسيير المرفق العمومي، بحكم خضوعها لوصاية وزارة السياحة وأنه يتضح من الإطلاع على قرار الفسخ الصادر عن الشركة المذكورة بإرادتها المنفردة والذي وضع حداً لمهمة شركة البناء والأشغال ميديطراي، وأنه يستند على الشروط... غير المألوفة في عقود القانون الخاص، والتي يتضمنها العقد المبرم بين الطرفين والذي يكشف عن عدم وجود تكافؤ في الالتزامات بين طرفي العقد، مما يستنتج معه أن مقومات العقد الإداري متوفرة في النازلة، وانعقاد اختصاص القضاء الإداري للنظر في النزاع المترتب عن تنفيذه".

¹ - كان الاجتهاد القضائي الفرنسي السابق إلى الأخذ بهذا التوجه، في حكم محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 8 يوليوز 1963 في قضية " Société entreprise peyrot".
- الحكم منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>

[consulté le 17 septembre 2023]

² - أورد هذا القرار: - محمد صقلي حسيني، المنازعات العقدية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 47. السنة 2004. ص 63.

وفي ذات التوجه جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 725 الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 2003¹: "الصفقة المتنازع حول طبيعتها القانونية قد أبرمت من أجل إيصال الماء الشروب في إطار مرفق عام، و في نطاق مرسوم الصفقات العمومية، و لو كان طرفاها من أشخاص القانون الخاص ما دامت الشركة صاحبة المشروع في مركز المفوض له من قبل السلطات العامة المختصة، كل هذه العناصر مجتمعة تجعل منها صفقة عمومية و عقدا إداريا تخضع المنازعة المتعلقة به للمحكمة الإدارية".

وهو نفس المنحى الذي أكدته قرار محكمة النقض عدد 88 بتاريخ 2004/01/22² بقوله: "لئن كانت الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب شركة مساهمة مجهولة الاسم، فإنها تتوفر على حق امتياز إدارة مرفق عمومي وتقوم بمهام مفوض لها بها من طرف الدولة، اختصاص النظر في الدعاوى المرفوعة ضد الشركة المذكورة من اختصاص المحاكم الإدارية".

أما بالنسبة لفكرة السهر على إشباع حاجيات عمومية، فقد طوع القضاء المغربي شرط تواجد الشخص العام في العقد بناء عليها، بدافع التخفيف على المقاولة العامة المتخذة لشكل شركة تجارية، وهو ما كرسه في قضية الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب ضد شركة "سومي للوقود"، حيث اعتبرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في قرارها عدد 978 الصادر بتاريخ 13 دجنبر 2006، بأن: "النزاعات المتعلقة باستغلال محطات الوقود الواقعة على الطرق السيارة، تعتبر نزاعات إدارية بحكم الطابع الإداري للاتفاقيات المبرمة بين شركة الطرق السيارة ومؤسسات استغلال تلك المحطات، و إن محطة الوقود موضوع الاتفاقية هي جزء لا يتجزأ من الطريق السيار لكونها تساهم في إشباع خدمة

¹- في الملف الإداري عدد 2003/4/1535 منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية

تم الإطلاع بتاريخ 15 أكتوبر 2023 على الساعة 11 س 22 د].

²- في الملف الإداري عدد 2003/1/4/3896 منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية

تم الإطلاع بتاريخ 15 أكتوبر 2023 على الساعة 11 س 22 د].

عمومية مرتبطة بذلك الطريق فضلا عن أن العقد موضوع النزاع يكتسي طابعا إداريا، مما يجعل الاختصاص منعقدا للقضاء الإداري".

وبناء عليه، حاول القضاء تطويع شرط تواجد الشخص العام لإضفاء الصبغة الإدارية على عقود المقاولة العامة أثناء نظره في المحكمة المختصة في المنازعات المثارة بشأنها، محاولا توسيع هذا الشرط ليشمل حتى الأشخاص الخاص (المقاولة العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية الخاصة) بناء على فكرة النيابة أو التفويض من الشخص العام، وعلى فكرة سهر الشخص الخاص على إشباع وتلبية حاجيات عامة.

ب- مناقشة شرط اتصال العقد بالمرفق العمومي:

يعتبر تعلق العقد بتسيير المرفق العام¹ شرطا ضروريا لاكتسابه الصبغة الإدارية وذلك وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي. علما بأن العقود الإدارية ليست كلها على نفس القدر من الارتباط بالمرفق العام، وإنما تتفاوت حسب نوعها، وبالنظر إلى ما إذا كان المتعاقد يساهم في إدارة المرفق العام بطريقة مباشرة أو بكيفية غير مباشرة².

وقد عرف المرفق العمومي تطورات مهمة أسس لها الاجتهاد القضائي الفرنسي في العديد من قراراته³، وبناء عليها صاغ الفقه مجموعة من التعاريف،

¹ - أنظر بخصوص نظرية المرافق العمومية:

- Michel Rousset, Le service Public Au Maroc. Éditions La Porte Rabat. 1994.

² - محمد الأعرج، أطراف الصفة العمومية من الأشخاص المعنوية الخاصة. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 71. نونبر - دجنبر سنة 2006. ص 168.

³ - تبني الاجتهاد القضائي الفرنسي مفهوم المرفق العام لأول مرة بموجب حكم محكمة التنازع في قضية "blanco" المشهورة بتاريخ 8 فبراير 1873 والذي جاء فيه:

Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les " dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie

نسوق من ذلك أن المرفق العام "نشاط تتولاه هيئة عامة قصد تحقيق مصلحة عامة، ويجري عليه نظام قانوني يتمثل في القانون الإداري"¹، أو هو "مشروع ذو نفع عام خاضع للإدارة ويهدف إلى إشباع حاجات عامة ويخضع لنظام قانوني خاص أو استثنائي"².

وعليه، إن تعلق العقد بتسيير مرفق عام يعتبر أحد أهم الشروط الضرورية لاستكمال العقد لطبيعته الإدارية، وقد كرس الاجتهاد القضائي المغربي هذا الشرط في عدة مناسبات، نذكر منها مثلاً قرار المجلس الأعلى بتاريخ 12 يونيو 2003³ والذي جاء فيه: "إن العقد موضوع الدعوى لا يتعلق بتنفيذ إحدى المهام التي أسس من أجلها المكتب المستأنف وهي إنشاء واستغلال وصيانة خطوط السكة الحديدية وما يتطلبه سير عمليات النقل، ولا يدخل في هذا النطاق الأعمال الاجتماعية... وليس من الشروط المضمنة في العقد المذكور أن تغير من طبيعته القانونية كعقد خاص ويرجع النظر في النزاعات المتعلقة به إلى المحاكم العادية وأن

dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;
Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;
Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative "est seule compétente pour en connaître

- الحكم منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>

octobre 2023]19[consulté le

¹- ساق هذا التعريف: أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى. الطبعة الخامسة 2000. ص

10.

²- محمد الأعرج، القانون الإداري. الجزء الأول. مرجع سابق. ص 324.

³- قرار المجلس الأعلى عدد 402 الصادر في الملف الإداري عدد 1999/1/4/540.

المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 55. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2004. ص

150.

الحكم المستأنف عندما بت في موضوع الطلب متجاوزا مسألة الاختصاص النوعي يكون قد خالف نص المادتين 13 و 8 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية".

وفي ذات التوجه سار قرار محكمة النقض عدد 1/605 بتاريخ 2018/5/31 الذي جاء فيه: " لكن حيث إن المستأنف عليها الشركة العامة العقارية وإن كانت فرعاً لصندوق الإيداع والتدبير الذي هو مؤسسة عامة فإن هذا لا يكفي لاعتبار العقد الرابط بينها والمستأنفة عقداً إدارياً، ذلك أن موضوع العقد المذكور هو بناء 51 فيلا بمشروع بساتين المنزه»، وليس به ما يفيد أن الأمر يتعلق بتدبير مرفق عام أو أنه يستهدف تحقيق النفع العام، والمحكمة لما اعتبرت أن العقد الرابط بين الطرفين يدخل في النشاط التجاري لكل من الشركتين المتعاقدتين، ويتعلق بتنفيذ أشغال بناء في إطار مشروع تجاري لا علاقة له بأي مرفق عمومي وصرحت بعدم اختصاص البت في الطلب، كان حكمها صائباً وواجب التأييد».

غير أن أهم صعوبة أثارها الاجتهاد القضائي المغربي بشأن هذا الشرط، تلك المرتبطة بطبيعة العقود التي تبرمها المقاولة العامة التي تتخذ شكل المؤسسة الصناعية والتجارية مع الغير، ومدى إمكانية اعتبارها من العقود الإدارية إذا ما استجمعت المعايير التي وضعها الاجتهاد القضائي، خصوصاً شرط المرفق العام، هذه الإشكالية كان فيها للمجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- رأيه في عدة مناسبات، كان أبرزها القرار الصادر عن الغرفة الإدارية به بتاريخ 28 شتنبر 2000¹ الذي جاء في حيثياته: "لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يتضمن العقد

¹ - القرار رقم 367 الصادر في الملف عدد 1039/94. أورده: - صقلي حسيني، مرجع سابق. ص 61-62.

أنظر كذلك في ذات التوجه، قرار المجلس الأعلى عدد 402 بتاريخ 2003/6/12 في الملف الإداري عدد 1999/1/4/540 منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 15 أكتوبر 2023 على الساعة 11 س 35 د].

شروطا ومقتضيات غير مألوفة في القانون العادي، وإن كان مبرما بين مؤسسة عمومية، هي المكتب الوطني للكهرباء وبين الطاعن، ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة، إلا أن العقد المذكور لا يتعلق بتسيير مرفق عام، وبالتالي فإن الأمر لا يتعلق بعقد إداري يخضع النزاع المتعلق به لاختصاص المحاكم الإدارية، ولكن بعقد عادي يرجع للمحكمة ذات القضاء الشامل أو الكامل للبت في النزاع الذي يثار بصدد تنفيذه".

ج- مناقشة شرط وسائل القانون العام أو الوسائل غير مألوفة في العقود العادية

في ذات الإشكالية تبنت محاكم المملكة هذا التوجه الذي سارت فيه محكمة النقض، كما هو الحال في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 303 بتاريخ 28 مارس 2006 جاء فيه ما يلي:

"حيث يستفاد من وثائق الملف أن الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء وإن كانت مؤسسة عامة إلا أنها تعتبر مقاولا ذات طابع تجاري، بحكم خضوعها لمرسوم 1964/9/29 الذي أخضعها لعدة التزامات مهنية مفروضة على التجار كمسك حسابات وفق القواعد التجارية فضلا عن ممارستها الاعتيادية أو الاحترافية لنشاط توزيع الماء والكهرباء بقصد المضاربة وتحقيق الربح وفق المنصوص عليه في البند 17 من المادة 6 من مدونة التجارة و العقد المبرم في هذا النطاق لا يعتبر عقدا إداريا لعدم تضمينه شروط غير مألوفة في عقود الخواص، و عليه فإن الاختصاص للبت في النزاع يعود للمحكمة التجارية و ليس للمحكمة الإدارية، و هو ما انتهى إليه الحكم المستأنف الذي يبقى في محله و يتعين تأييده".

- قرار منشور بمجلة العمل القضائي في المنازعات الإدارية. الجزء الثاني. 277 و 278. راجع في نفس الموضوع القرار رقم 904 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 فبراير 2003. أورده: - أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية. الجزء الثاني. الطبعة الأولى سنة 2004. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة دلائل التسيير. العدد 16. ص 388.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 98/600 الصادر في الملف عدد 4/98/567 بتاريخ 13 دجنبر 1998. المنشور بمجلة الإشعاع، العدد 25، ص 228.

عرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية في قراره الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1952 بأنها تلك "الشروط التي من شأنها أن تمنح المتعاقدين حقوقاً أو تلقي عليهم التزامات تختلف بطبيعتها عن الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد مدني أو تجاري القائم على أساس الإرادة الحرة"¹.

ومن نماذج القرارات في هذا السياق، نورد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 أكتوبر 1997² قضى فيه: "إذا كان شرط المؤسسة العمومية قائماً بالنسبة للطرفين وإدارة مرفق عام وتوفر عناصر المنفعة العامة ماثلة، فإن الأمر يتوقف على توفر شرط أساسي آخر لا يمكن إغفاله، وهو أن يلجأ إلى استعمال وسائل القانون العام أو بعبارة أخرى أن تكون هناك شروط غير مألوفة في العقود العادية تخول أحد الطرفين اللجوء إلى جزاء معين في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية..

¹ - ساق هذا القرار - أيوب عبد الرزاق، التكييف القانوني: الأسس النظرية والجوانب العملية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. السنة الجامعية 2003-2004. ص 217. جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

² - القرار رقم 1428 الصادر في الملف الإداري عدد 97/1/5/1307. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي. دجنبر 2000. العدد المزدوج 49-50. ص 112.

أنظر كذلك في نفس المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 10 نونبر 1994 في الملف عدد 13/94/7 الذي جاء فيه: "وحيث أن العقد المتنازع فيه يتعلق بعقد مدني موضوعه إيجار قطعة أرضية فلاحية، ويتضمن شروطاً متكافئة بين عاقديه ولا يستفيد المدعي من أية امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص لأن الإدارة تنازلت مختارة عن امتيازات السلطة العامة المخولة لها، ولم تمنحها للمدعي، وإنما أكرت له فقط الأرض المذكورة - شأنها في ذلك شأن باقي الخواص - مقابل انتفاعها بأجرة الكراء تطبيقاً للقانون الخاص".

أورد القرار: - عبد الله حداد، منازعات العقود الإدارية بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء. مجلة المحاكم الإدارية دعامة من دعائم دولة القانون. الندوة الأولى للقضاء الإداري. 18 ماي سنة 1998. ص 74.

وحيث إنه أمام انعدام توفر شرط من الشروط الأساسية والجوهرية لقيام العقد الإداري فإن المحكمة العادية تظل هي المختصة للبت في النزاع مما يكون معه الحكم المستأنف في محله".

وفي نفس التوجه نسوق القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 10/09/2015¹ الذي جاء فيه: "إن مجموعة العمران وإن اتخذت شكل شركة مساهمة خاضعة للقانون رقم 25.17 المتعلق بشركات المساهمة، وذلك بعد حلولها محل المؤسسة الجهوية للتجهيز والبناء بموجب القانون رقم 27.03، إلا أنها بقيت تمارس صلاحيات ومهام تتعلق بتدبير المرفق العام، وذلك ضمن اتفاقيات تبرمها لهذا الغرض مع السلطات المعنية، وأنه اعتبارا لكونها أنشأت من أجل تنفيذ السياسات العمومية في مجال الإسكان، وفق ما تنص عليه أنظمتها الأساسية، فإن تعاقدها مع المطلوبة في النقض لإنجاز مجموعة من المشاريع العقارية لتهيئة المدينة الجديدة تأسسنا يكون مندرجا ضمن المهام المذكورة باعتبارها أصلا آلية لتنفيذ السياسات الحكومية الشاملة لكل الاتفاقيات المتعلقة بمجال نشاطها، إضافة إلى الخصائص المميزة لها عن شركات المساهمة العادية سواء من حيث طبيعة وتركيبه رأسمالها المملوك حصرا للدولة، وطرق مراقبتها الإدارية والمالية، مما يؤكد كون الشكل القانوني لا أثر له على طبيعة التعاقد المتفرع عنه النزاع، وفضلا عن ذلك فالعقد الرابط بين الطرفين تضمن شروطا غير مألوفة في العقود العادية التي تحكمها روابط القانون الخاص، بما نص عليه من استفراد الطالبة بحق فسخه بعد توجيه إنذار للمطلوبة في النقض دون تمتيع هذه الأخيرة بالامتياز المذكور، واحتفاظها بملكية العقار المنجز عليه المشروع المتعاقد بشأنه لغاية تحقيق نسبة معينة من الأشغال، وكلها شروط تؤكد الطابع الإذعاني للعقد المذكور وبالتالي

¹ - في الملف الإداري رقم: 2807/4/1/2015، أورده: - عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 57.

طابعه الإداري، والذي تختص بالبت فيه نوعيا المحكمة الإدارية وبالتبعية القاضي الاستعجالي الإداري متى توافرت الشروط المتطلبية لذلك ..."

ويتم البحث عن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص في بنود العقد¹ أو في الوثائق المحلقة به، وتستنتج كذلك من طبيعة المرفق العام، أو من القوانين والوثائق (دفتر التحملات) المحال عليها من طرف العقد نفسه²، ويدخل في حكمها

¹ - في السياق نفسه صدر عن المجلس الأعلى القرار رقم 468 في الملف عدد 95/1/5/500 بتاريخ 9 نونبر 1995 - المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000. العدد المزدوج 49-50. ص 112 - قضى فيه:

"وحيث من الواضح أن الإدارة قد سلكت وسائل القانون العام في تعاملها مع المتعاقد معها المستأنف لأن الشرط المشار إليه في الفصل الرابع ليس من نفس الشروط والمقتضيات التي توجد عادة في عقود القانون الخاص بل هو شرط غير مألوف ...

وحيث إنه اعتبارا لما تقدم فإن العقد المبرم بين المستأنف والصندوق الوطني للقرض الفلاحي يعتبر عقدا إداريا يرجع البت في النزاعات المتعلقة بتنفيذه للمحكمة الإدارية الشيء الذي يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف".

² - هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 1067 بتاريخ 12 شتبر 2019 في الملف الإداري 2019/1/4/4125 الذي جاء فيه:

"لما كان طلب المدعية (المستأنف عليها) يهدف إلى الحكم على المدعى عليها بأدائها لفائدتها مبلغ شراء ومصاريف العقار الذي يندرج ضمن العقارات التي سلمت لشركة العمران لإحداث منطقة صناعية ذات نفع عام، فإن البت فيه يستلزم الارتكاز على الطبيعة القانونية لعقد البيع المبرم مع الشركة المستأنف عليها، والذي أسس على كناش تحملات يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود البيع العادية، فضلا عن كون موضوعه يندرج ضمن إحداث منطقة صناعية ويتعلق بتسيير مرفق عمومي، فيكون عقد البيع المؤسس عليه النزاع مستجمع لكافة الشروط التي تخرجه من دائرة العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص، وتضفي عليه صفة العقد الإداري، المنجز بمتنصاه تصرف في إطار ضوابط القانون العام، مما يكون معه الحكم المستأنف بما نحاها مجانبًا للصواب ويتعين إلغاؤه."

حق الإدارة أو من ينوب عنها في التدخل للإشراف على تنفيذ العقد أو تغيير طريقة التنفيذ، أو وقفه مؤقتاً أو نهائياً¹، وكذا حقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته²، غير أن السمة الأساسية لهذه الشروط كونها لا تقبل الحصر³.

ثانياً: اختصاص المحكمة التجارية أو الابتدائية في منازعات عقود المقاولة العامة

بعد أن حللنا في النقطة السابقة حدود ومعايير اختصاص المحاكم الإدارية في منازعات عقود المقاولة العامة، سنحاول في هذه النقطة تناول مجالات اختصاص المحكمة التجارية والمحكمة الابتدائية في هذا النوع من المنازعات، ذلك أن المقاولة العامة تمارس أنشطة تجارية وتحمل نفس التزامات التجار، كما تتعاقد مع التجار وغير التجار وفق قواعد القانون الخاص.

أ- اختصاص المحكمة التجارية :

- قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: [تم الإطلاع بتاريخ 18 أكتوبر 2023 على الساعة 17 س 30 د].

¹- أنظر في هذا السياق قرار المجلس الأعلى رقم 299 في الملف الإداري عدد 2003/2/4/563 بتاريخ 25 ماي 2005. مشار إليه لدى: - امحمد لفروجي، شكليات التقاضي والترافع من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 في القضايا التجارية والمدنية والجنائية والإدارية والاجتماعية. سلسلة دلائل عملية. العدد 5. سنة 2006. ص 269.

²- أيوب عبد الرزاق، مرجع سابق. ص 218.

³- للمزيد من التفصيل أنظر: - مليكة الصروخ، الصفقات العمومية بالمغرب، مرجع سابق. ص 22 وما بعدها.

يعتمد القضاء لإسناد الاختصاص للمحكمة التجارية في عقود المقاولة العامة، على ضوابط ومعايير معينة، منها شكل المؤسسة العمومية أو طبيعة نشاطها أو تحملها للالتزامات التجارية.

ومن نماذج العمل القضائي نورد قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 28 مارس 2006¹ الذي جاء فيه: "الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء وإن كانت مؤسسة عامة إلا أنها تعتبر مقاولة ذات طابع تجاري، بحكم خضوعها لمرسوم 1964/9/29 الذي أخضعها لعدة التزامات مهنية مفروضة على التجار كمسك حسابات وفق القواعد التجارية فضلا عن ممارستها الاعتيادية أو الاحترافية لنشاط توزيع الماء والكهرباء بقصد المضاربة وتحقيق الربح وفق المنصوص عليه في البند 17 من المادة 6 من مدونة التجارة والعقد المبرم في هذا النطاق لا يعتبر عقدا إداريا لعدم تضمينه شروطا غير مألوفة في عقود الخواص، وعليه فإن الاختصاص للبت في النازلة يعود للمحكمة التجارية وليس للمحكمة الإدارية، وهو ما انتهى إليه الحكم المستأنف الذي يبقى في محله و يتعين تأييده".

وفي نفس التوجه، جاء في قرار محكمة النقض عدد 672 بتاريخ 2019/05/16 في الملف الإداري رقم 2019/1/4/2286² جاء فيه: "إذا كانت بعض عقود الصفقات التي تبرمها شركة العمران تكتسي صبغة 'دارية تختص بنظرها المحاكم الإدارية متى تعلق بتدبير مرفق عام أو نشاط ذي نفع عام، فإنه بالإطلاع على وثائق الملف يتبين بأنه ليس بها ما يفيد أن الأشغال المنجزة تهم مرفقا عام أو مشروعا يهدف إلى تحقيق نفع عام يختص بنظر المنازعات التي تثور بشأنه نوعيا القضاء الإداري، وأن الأمر يتعلق بتزاع تجاري بين شركتين يندرج ضمن اختصاص

1- القرار منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 5-6. ص 263.

2- قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 18 أكتوبر 2023 على الساعة 17 س 45 د]

المحاكم التجارية – وبصرف النظر عن الجهة التي أثارته-، فيبقى الحكم المستأنف بما نحاه صائباً وواجب التأييد."

كما أن المقاولة العامة قد تدخل في علاقة كرائية يختص القضاء التجاري بالنظر في المنازعات المثارة بشأنها، ومن نماذج القرارات القضائية نورد قرار محكمة النقض عدد 201 الصادر بتاريخ 17 فبراير 2022 في الملف الإداري عدد 1426/4/1/2022 الذي جاء فيه: "إن طلب المدعية (المستأنفة) يهدف في أساسه إلى الحكم بإفراغ المدعى عليه المكتب الوطني للماء الصالح للشرب هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه من المحل المكترى مع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وهو نزاع حول كراء محل تجاري من أجل استغلال المكتب المعني للمحل لأغراض مهنية، يندرج ضمن الاختصاص النوعي للقضاء التجاري، والمحكمة التجارية لما صرحت بعدم اختصاصها النوعي للبت في الطلب تكون قد جانبت الصواب وحكمها واجب الإلغاء."

ومن جهة أخرى، تدخل المقاولات العامة في علاقات تعاقدية فيما بينها، في إطار تكامل أنشطتها ولأجل تلبية حاجيتها، فتزود مجموعة الشريف للفوسفات بعض شركات الدولة العاملة في الميدان الفلاحي بمواد التسميد، ونفس الشيء بالنسبة للمكتب الوطني للماء والكهرباء الذي يتعامل مع الوكالات المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء نظراً لوحدة النشاط.

وفي هذا الصدد، صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 9 أكتوبر 1997² كيّف فيه العلاقة التعاقدية بين مؤسستين عموميتين ذات طابع صناعي وتجاري على أنها من عقود القانون الخاص، والتي تختص المحاكم العادية نوعياً بالبت في النزاعات

¹ - قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 20 أكتوبر 2023 على الساعة 21 س 15 د]

² - القرار رقم 1428 الصادر في الملف الإداري عدد 97/1/5/1307. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد المزدوج 53-54. الإصدار الرقمي دجنبر سنة 2000. ص 222.

التي تنشأ عنها، حيث قضى بأنه: "لا يلزم من أن العلاقة الرابطة بين الطرفين في شأن تزويد المستأنف للمستأنف عليها بمادتي الماء والكهرباء وهما مؤسستان عموميتين معا، لا يلزم في ذلك حتما أن يكون العقد المذكور عقد إداريا، ذلك أن الاجتهاد القضائي قد استقر كما لاحظ المستأنف نفسه على اعتبار العقد إداريا في حالة توفر شروط أساسية معينة... وإنه أمام انعدام توفر شرط من الشروط الأساسية والجوهرية لقيام العقد الإداري فإن المحكمة العادية تظل هي المختصة للبت في النزاع مما يكون معه الحكم المستأنف في محله".

وعليه، فإن التعاقد بين المقاولة العمومية والأشخاص العامة، قد يتم في ظل قواعد القانون الخاص، أو في نطاق قانون الصفقات العمومية، وتبعاً لذلك تختص المحاكم العادية في الحالة الأولى، وينعقد الاختصاص في الثانية للقضاء الإداري.

ب- اختصاص المحكمة الابتدائية:

من المعلوم أن المقاولة العامة لا تروم دائما تحقيق المصلحة العامة، بل تمارس بعض الأنشطة التي يقوم بها الخواص في إطار مبدأ التنافسية، مما يعني أن وضعية المتعاقد معها لا تدخل في نطاق الاستفادة من خدمات المرفق العام¹.

وعليه، يعتبر عقد البيع الذي تبرمه المقاولة العامة مع الأشخاص العاديين، من العقود التي تتم بإتباع مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، مما يجعل الاختصاص فيها يعود للقضاء العادي مبدئيا، وقد أثير الدفع بعدم الاختصاص النوعي في المنازعات المترتبة عن هذا العقد سواء أمام مختلف المحاكم، بل وحتى أمام محكمة النقض.

¹ - عبد الله حداد، تطور معيار العقد الإداري في الاجتهاد القضائي المغربي. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة. العدد 14 سنة 1998. ص 120. - محمد الأعرج، أطراف الصفقة العمومية من الأشخاص المعنوية الخاصة، مرجع سابق. ص 171.

ومن نماذج القرارات الصادرة في هذا السياق، نذكر قرار محكمة النقض عدد 259 بتاريخ 07 مارس 2019 في الملف الإداري عدد 238/4/1/2019 الذي جاء فيه: "إن الطلب يهدف إلى إبطال عقد بيع قطعة أرضية سبق أن أبرم بين شركة العمران وجمعية حفظ القرآن وهو عقد عادي أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، مما يندرج الاختصاص بشأنه نوعياً للمحاكم العادية، وأن المحكمة الإدارية لما قضت بعدم اختصاصها نوعياً للبت في الطلب تكون قد صادفت الصواب وحكمها واجب التأييد."

وهو نفس التوجه الذي سار فيه المجلس الأعلى في قراره عدد 3781 المؤرخ في 29/12/2004 في الملف المدني عدد 4280/2003² الذي جاء فيه: "لئن كان الطاعن مؤسسة عمومية، إلا أنه حينما أبرم العقد محل النزاع مع مستخدمه المتقاعد بشأن بيع ملكه الخاص فهو لم يتصرف باعتباره شخصاً من أشخاص القانون العام، وبذلك تنتفي الصفة الإدارية على تصرفه وبالتالي فإن القضاء العادي هو المختص بالبت في هذا النزاع."

يكون البيع محترماً لمقتضيات الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود إذا جاء مستجمعا لجميع شروطه بتراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على البيع والتمن."

وجاء في قرار محكمة النقض عدد 118 بتاريخ 04 فبراير 2021 في الملف الإداري عدد 90/4/1/2021³ ما يلي: "البين من معطيات القضية أن المدعي يهدف

¹ - قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 20 أكتوبر 2023 على الساعة 21 س 30 د].

² - قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 20 أكتوبر 2023 على الساعة 21 س 50 د].

³ - قرار منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية [تم الإطلاع بتاريخ 20 أكتوبر 2023 على الساعة 21 س 15 د].

إلى الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة بالعمارات السكنية، وأنه يستند في الدعوى إلى عقود التفويت التي تربط أعضائه بالمكتب الوطني للمطارات وبشركة الخطوط الجوية الملكية المغربية، وهي عقود بيع عادية لا تتضمن أي شروط غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم فإن المنازعة المؤسسة على مسؤولية البائع في ضمان المبيع تبقى خارجة عن نطاق القضاء الإداري والمحكمة الابتدائية المدنية عندما صرحت بعدم اختصاصها النوعي والإحالة القضائية على المحكمة الإدارية تكون قد خرقت مقتضيات المادة 8 من القانون المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ويتعين بالتالي إلغاء الحكم المستأنف وتصديا باختصاص القضاء العادي نوعيا للبت في الدعوى".

وفي هذا السياق نذكر حكم المحكمة الإدارية بالرباط¹ الذي صرحت فيه بعدم اختصاصها في عقد البيع الذي توجد فيه الشركة العامة المغربية للأموال العقارية كطرف، بقولها: "إن الإدارة حينما أبرمت عقد البيع مع المدعي، تكون قد تعاقدت معه كشخص من أشخاص القانون الخاص، مما يجعل النزاع المنصب حول مدى تنفيذ الإدارة المدعى عليها لالتزاماتها التعاقدية يخرج عن الاختصاص النوعي لهذه المحكمة".

غير أن الملاحظ على مجمل الأحكام والقرارات القضائية الفاصلة في الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة، أن القضاء لا يراعي منازعات العقود التي تنشأ بين المقاولة العامة والأشخاص العاديين؛ فإذا كان الاختصاص النوعي في المنازعات بين المقاولة العامة والشركات التجارية تحتل أن تكون من طبيعة إدارية تختص بالبت فيها المحاكم الإدارية، أو من طبيعة تجارية تنظر فيها المحاكم التجارية، إلا أن منازعات العقود المختلطة التي تربط المقاولة العامة

¹ - محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي. الطبعة الأولى. سنة 2005. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية. العدد 58. ص 54.

بالأشخاص العاديين (المدني) يجب أن يسند فيها الاختصاص بناء على مقتضيات مدونة التجارة والقانون المحدث للمحاكم التجارية، على أساس أن بعض العقود ليست بعقود تجارية بطبيعتها، وما دام أن أحد أطرافه شخص مدني والطرف الآخر تاجر (المقاولة العامة)، وبالتالي لا يسوغ مقاضاة الطرف المدني أمام المحاكم التجارية حسب ما تنص عليه المادة 4 من مدونة التجارية، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف¹.

¹ - حسب ما تقضي به المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية.

خاتمة

من خلال هذا البحث نخلص إلى بعض الاستنتاجات الأساسية ومنها:

أولاً: أن النظام القانوني المزدوج للمقاولة العامة، يعد السبب الرئيس لإشكالية الاختصاص النوعي في المنازعات التي تكون طرفاً فيها، لاسيما في ممارستها التعاقدية؛ سواء تعلق الأمر بشكلها القانوني (مؤسسة عمومية أو شركة تجارية)، أو رأسمالها (مملوك للدولة كلاً أو بعضاً)، أو غرضها (نشاط تجاري تنافسي أو إشباع حاجيات عمومية)، أو آليات تحقيق هذا الغرض (وسائل القانون العام أو قواعد القانون الخاص)...إلخ.

ثانياً: أن القضاء يستند في الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي في منازعات عقود المقاولة العامة على تقنية التدرج في تحديد الوصف الحقيقي للعقد محل المنازعة، بالبحث عن الطبيعة الإدارية سواء باعتماد المعيار التشريعي أم المعيار الموضوعي، فإن تأكدت الصبغة الإدارية صرح باختصاصه إن كان النزاع معروض على المحكمة الإدارية، وإلا صرح بعدم اختصاصه إن معروضاً على المحكمة التجارية أو الابتدائية، والعكس صحيح؛

ثالثاً: إن ما يعاب على القضاء في العديد من القرارات والأحكام القضائية المعتمدة على الأقل في إعداد هذا البحث، أنه يقع في سوء تقدير أثناء تصريحه بالاختصاص النوعي أو عدمه لطبيعة عقود المقاولة العامة التي تربطها بالخواص لاسيما غير التجار (المدني)، فتصرح المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها بتعليل لا يراعي مقتضيات المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية، أو تصرح المحكمة التجارية باختصاصها في النزاع بشأن عقد مختلط بين مقاولة عامة وشخص عادي ليس بتاجر، بل إن ذات سوء التقدير يقع فيه قضاة محكمة النقض كما أشرنا.

المنازعات القضائية في العقود الرياضية: كرة القدم نموذجا

ذ.د. عادل العابد

أستاذ التعليم العالي، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادير،

جامعة ابن زهر

ذ/مصطفى يخلف

محام بهيئة أكادير، وباحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر

عرفت المنازعات في مجال كرة القدم اهتمام واسعا من طرف القانونيين والرياضيين، و ذلك لتناميها المتزايد و لارتفاع تكلفتها المالية على القطاع، و كذا لتضارب مصالح أطرافها و تعارضها سواء كانوا رياضيين أو فاعلين أو هيئات رياضية.¹

و نظرا لخصوصية النزاعات الرياضية المرتبطة بكرة القدم التي تعرف نظاما شبه مستقل لفضها، بعيدا عن القضاء الرسمي (محاكم عادية أو محاكم مختصة: تجارية أو إدارية) وفق الآليات المشرعة دوليا (FIFA) أو وطنيا (الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم) من قبيل التسوية الودية القبلية أو المنازعات أمام غرفة التحكيم الرياضية الدولية بلوزان (TAS) باعتبارها أعلى هيئة قضائية رياضية دولية موكول لها الحسم و البث في النزاعات الرياضية المعروضة أمامها.

1. يرجع اختصاص فض النزاعات المرتبطة بالرياضة في المغرب إلى هيئة مختصة، حين تم إحداث غرفة التحكيم الرياضي تابعة للجنة الأولمبية المغربية، هدفها تسوية النزاعات الرياضية و قراراتها واجبة النفاذ و ملزمة للجميع " عبد الله أشركي فقير " المنازعات الرياضية - عقد الاحتراف الرياضي نموذجا " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة عبد الله السعدي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2020/2021.

ولعل ما يميز طبيعة النزاعات الرياضية خارج ميادين المنافسة الرياضية عن باقي النزاعات الأخرى (مدنية - تجارية - إدارية - إجتماعية).¹ هو حاجتها الملحة السرعة في البث، و بساطة الإجراءات و المساطر تماشيا مع الرهانات المعول عليها من الرياضة لتحقيق النهضة الاقتصادية و الاجتماعية.

لذا فإننا سنحاول تناول الموضوع من خلال مبحثين :

الأول سيخصص للتعريف بالمنازعة الرياضية و إبراز خصوصيتها ذات الارتباط بكرة القدم، وسنعالج في الثاني من خلاله أنواع المنازعات الرياضية و طرق فضها، و ذلك وفق ما يلي :

المبحث الأول: المنازعة الرياضية بالمغرب المرتبطة بكرة القدم

عرفت المنازعات الرياضية تزايدا وتراكما ملحوظين خلال العقدین الأخيرين، مما دفع بالمشرع إلى محاولة مواكبتها وفق المستجدات الدولية بغاية إحداث نوع من تكافؤ المصالح وتوازن القواعد القانونية الوطنية والدولية. ولفهم طبيعة المنازعات

1. "العدالة ميزان الحقوق، والقاضي مثقال العدل بما يراه مما يجعل حياده أساس حكمه، والحياد مفهوم أخلاقي يدخل ضمن صميم المفاهيم القانونية ويكمن في جوهر العمل القضائي، لا بل هو الشرط الملزم لنظام القضاء ككل الذي يؤمن فعالية القانون واحترام وجوده إذا كان القضاء ككل الذي يؤمن فعالية القانون واحترام وجوده إذا كان القضاء فاسدا، فالعمل القضائي تشوبه الشوائب إذ على القاضي أن يكون محايدا تجاه فرقاء النزاع وتجاه الموضوع المطروح أمامه وتجاه القانون الواجب التطبيق ...

يرى الدكتور يوسف الشريف رئيس هيئة التحكيم الرياضية في اتحاد كرة القدم الإماراتي، أن النزاعات الرياضية في كرة القدم سواء من قبل اللاعب أو المدرب أو النادي أو خلافه مكانها الجهات القضائية في اتحاد اللعبة وليس المحاكم المدنية، كون النزاعات الرياضية تختلف عن النزاعات الأخرى، إذ أنها متعلقة بعقود مع اللاعبين أو مدربين أو أندية، مشددا في الوقت نفسه على أنه يحق لأي شخص اللجوء للقانون المدني حال شعر بالظلم "... كمال محمد الأمين" فض منازعات كرة القدم وفقا للوائح الرياضية الصادرة عن الهيئات والاتحادات الرياضية والقضاء الرياضي الدولي والوطني والنظم والتشريعات العربية - دراسة مقارنة الصفحة 248 و261.

الرياضية وخصوصياتها لابد من الوقوف على المفهوم القانوني لهذه المنازعة وتمييزه عن باقي المنازعات.

المطلب الأول : مفهوم المنازعة الرياضية

النزاع الرياضي بمفهومه العام كل نزاع وثيق الصلة مباشرة بالممارسة الرياضية، ويقضي أن تطبق بشأنه القوانين الخاصة بالرياضة بمفهومها العام تماشياً مع المجال الذي تهدف إليه محكمة التحكيم الرياضي المختصة في كافة النزاعات المتعلقة بالأنشطة الرياضية وهو الوساطة أو التحكيم، أو عن طريق تطبيق القواعد الإجرائية المشرعة بشكل يتناسب وحاجيات عالم الرياضة.¹ ومن خلال الاطلاع على كافة القوانين المؤطرة للرياضة بالمغرب²، فستقف على أنها تخلو مما يفيد وجود تعريف قانوني واضح للمنازعات الرياضية، وهو نفس

1. محكمة التحكيم الرياضي TAS هي هيئة شبه قضائية دولية أنشأت سنة 1984 لتسوية النزاعات المتعلقة بالرياضة، ويقع مقرها الرئيسي بمدينة لوزان السويسرية، وتخص قراراتها التحكيمية بقوة التنفيذ من طرف كافة المؤسسات الرياضية الدولية.

2. بعض نماذج القوانين المؤطرة للرياضة بالمغرب ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- ظهير شريف رقم 1.10.172 صادر في (27 يوليو 2013) بنشر الاتفاقية الأوروبية الموقعة بستراسبورغ في (19 أغسطس 1985) حول أعمال الشغب خلال التظاهرات الرياضية وخاصة مباريات كرة القدم
- ظهير شريف رقم 1.23.05 صادر في (13 يناير 2023) بتنفيذ القانون رقم 78.21 الموافق بموجبه على اتفاقية مجلس أوروبا بشأن التلاعب بالمسابقات الرياضية، المعتمدة بماكولين (سويسرا) في 18 سبتمبر 2014 والموقعة من طرف المملكة المغربية بستراسبورغ في 20 سبتمبر 2021.
- مرسوم رقم 2.17.272 صادر في (31 يوليو 2017) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.10.628 الصادر في (4 نوفمبر 2011) بتطبيق القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة
- قرار لوزير الشباب والرياضة رقم 3232.15 صادر في (21 أغسطس 2015) بالمصادقة على الأنظمة الأساسية للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم
- قرار لوزير الشباب و الرياضة رقم 3233.15 صادر في (28 أغسطس 2015) بتأهيل الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم

الاستنتاج الذي يمكن الوصول إليه من الناحية الفقهية، ليبقى التعريف العام للنزاعات الرياضية هو المستخرج من المادة 9 من العقود الرياضية النموذجية¹.

مما يمكن معه استنباط مفهوم المنازعة الرياضية في كرة القدم بكونها هي الخلافات التي تكون ناتجة عن خرق الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، سواء تعلقت باللعبين أو المدربين أو الهيآت الرياضية، ليكون المعيار المؤثر للنزاعات الرياضية بكرة القدم هو المعيار الشخصي بالدرجة الأولى و يتبعه وجوب المعيار الموضوعي الذي لا يخرج عن ارتباطه الوطيد بكرة القدم و ما يتصل بها من أنشطة اجتماعية، اقتصادية و مالية و التي تعرف تزايداً و تنامياً له انعكاسات إيجابية على النهضة الرياضية² و تتأثر بعوامل عديدة و متداخلة و متناقضة حسب مصلحة كل طرف من أطراف التعاقد الرياضي، دون إغفال المعيار القضائي.

الفقرة الأولى : العوامل المؤثرة في المنازعات الرياضية

النزاعات الرياضية تكون ناتجة بسبب تداخل مجموعة من العوامل التي يمتزج فيها العطاء الرياضي بالمنافسة، و كذا ضغط الجمهور و الصحافة و قلة الموارد المالية و تعاقب المسيرين و تغير اللجان الفنية و التقنية الموكول لها الحسم

1. تنص المادة 9 من العقود الرياضية النموذجية المنشورة بقرار لوزير الشباب والرياضة رقم 1283.16 الصادر بتاريخ 27 أبريل 2016 بالجريدة الرسمية عدد 6552 بتاريخ 16 مارس 2017 صفحة 679 على ما يلي: "في حالة حدوث خلاف أو نزاع عند تنفيذ أو تأويل بنود هذا العقد، يجب على الطرفين اللجوء بالأولوية إلى مسطرة الصلح قصد التوصل إلى تسوية ودية. في حالة إخفاق هذه المسطرة، يتم عرض النزاع على مسطرة التحكيم أو غرفة التحكيم الرياضي.

2. كشف التقرير السنوي لكرة القدم سنة 2017 المنشور بجريدة الشرق الأوسط عدد 14226 بتاريخ 18 يناير 2018: أن مجموع إيرادات على ما يزيد عن 700 نادي في الدرجة الأولى في أوروبا بلغ 18,5 مليار يورو سنة 2016، مقابل 16,9 مليار يورو سنة 2015. و بحسب نفس التقرير فقد تصدر نادي مانشستر يونايتد قائمة الإيرادات ب 689 مليون أورو بخصوص سنة 2016 مقابل 521 مليون أورو سنة 2015.

في العناصر المعتمد عليها للمشاركة في المنافسات و التظاهرات الرياضية، و هو ما يفرض أساليب خاصة و استثنائية لإدارة النزاعات الرياضية¹.

فالنزاعات الرياضية في كرة القدم خصوصا قد تنطلق من المستوى الشخصي المرتبط باللاعب أو المدرب أو الإطار التقني، باعتباره أحد أطراف التعاقد مع المشغلة التي قد تكون جمعية رياضية أو شركة رياضية أو عصابة احترافية أو الجامعة الملكية لكرة القدم².

و تتنوع النزاعات الرياضية المرتبطة بكرة القدم بمناسبة تنفيذ العقد سواء أثناء سيرانه أو قد تنشأ كذلك بمناسبة إنهاء العقد أو توقيفه.

و تنقسم المنازعات المتصلة بتنفيذ عقد الرياضي المحترف بكرة القدم إلى منازعات ذات طبيعة وظيفية تكون ناتجة عن إخلال اللاعب أو المدرب بالتزاماته التعاقدية المرتبطة مثلا بمواعيد التدريبات أو الانضباط أو الغياب الغير مبرر³، و هي المنازعات المستمدة من التعاقد و تنصف على كونها نزاعات ناشئة عن المسؤولية

1 . الأسس الواجب اتباعها في إدارة النزاع من قبيل: عدم التحيز - السرية - الحوار - الاستعانة بذوي الخبرة - التفاوض - تناول النزاع في شموليته دون تجزئ - الحل العادل - الابتعاد عن الجدل و التشهير - الابتعاد عن العاطفة - النقاش الهادئ و البناء - حسن الاستماع - تحديد المسؤولية - الإقرار بالخطأ . المرجع السابق "فض منازعات كرة القدم" الصفحة 161.

2. "اتخذت الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم قرار فصل مساعد مدرب المنتخب الأول منذ 8 سنوات مصطفى حجي بداعي أنه ارتكب خطأ جسيما. وقامت الجامعة عن طريق كاتبها العام بتحرير قرار الفصل وإبلاغه لمصطفى حجي دون سابق إشعار أو تعويضات بداعي أن مساعد مدرب الأسود تغيب لأربعة أيام من 12 شهرا منذ 18 يوليوز الماضي دون مبرر. مقال "الجامعة تفصل حجي بسبب الخطأ الجسيم" منشور بالجريدة الالكترونية هيسبريس 2 غشت 2022.

3 . "المنازعات المثارة بشأن العقد الرياضي المرتبط بكرة القدم" مواضيع في القانون المدني منشور بالموقع mrlatalib.com

العقدية و التي من خلال تعاقد كلا الطرفين بغاية تحقيق منافع و مصالح مالية و رياضية متبادلة.

وتعتبر النزاعات الرياضية المرتبطة بكرة القدم كثيرة ومتنوعة، من قبيل عقود اللاعبين المحترفين¹ وعقود المدربين وعقود الرعاية والاحتضان الرياضي وعقود التأمين وغيرها...

وقد تنشأ هذه النزاعات نتيجة ممارسة كرة القدم وهي الموصوفة بكونها نزاعات تأديبية ناتجة عن ارتكاب اللاعب لأخطاء ومخالفات متصلة بقوانين اللعبة المؤطرة بقوانين وأنظمة خاصة صادرة عن الاتحاد الدولي لكرة القدم² أو عن

1. " إذا توفرت أركان عقد الاحتراف كاملة وصحيحة، فإنه سيرتب آثار قانونية تتمثل في الالتزامات المتبادلة الواجب الوفاء بها والتي تقع على عاتق طرفي العقد، وباعتبار أن العلاقة الناشئة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم علاقة عمل، فإن الالتزامات التي تترتب على كل من اللاعب والنادي الرياضي هي نفسها الالتزامات المترتبة على صاحب العمل وإن كان هناك اختلاف تقتضيه طبيعة النشاط الرياضي.

الالتزامات الملقاة على الرياضي المحترف : احترام تعليمات المشغل، القيام بالتدريبات، المشاركة في المنافسات، السماح للمشغلة بالاستغلال التجاري لصورته الفردية..

الالتزامات الملقاة على النادي الرياضي : الالتزام بأداء أجر اللاعب و المتكون من : (راتب شهري + منحة المباراة + منحة التوقيع + منحة المردودية) ، الالتزام بتصريح اللاعب لصندوق الضمان الاجتماعي ، الالتزام بتأمين اللاعب، الالتزام بسلامة اللاعب و الوقاية من الخطر، اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة داخل المنشأة الرياضية، عبد الله اشركي افيقير "المنازعات الرياضية عقد الاحتراف الرياضي نموذجاً"/

المرجع السابق الصفحة 120

2. تتكون قوانين لعبة كرة القدم من 17 قانوناً يضاف لها قانون الحكم المساعد VAR وهو المؤطر ببروتوكول خاص، مصطفى يخلف "قواعد ممارسة كرة القدم"

الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم الموكل لها بمقتضى قانون الرياضة 30.09 سلطة تطبيقها ومراقبتها وتنفيذها وكذا التأديب¹.

الفقرة الثانية : تمييز المنازعات الرياضية عن باقي النزاعات

لفهم طبيعة المنازعات الرياضية المرتبطة بالعقود النموذجية باعتبارها نوع من أنواع عقود الإذعان² وما يميزها عن باقي النزاعات المرتبطة بالعقود الأخرى سواء

1.تنص المادة 24 من القانون 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5885 بتاريخ 2010/10/25 الصفحة 4805 على ما يلي: "تمارس الجامعات الرياضية سلطة تأديبية على الرياضيين المجازين والأطر الرياضية المجازة والمسيرين والحكام والوكلاء الرياضيين والعصب المنضوية تحت لوائها والجمعيات الرياضية والشركات الرياضية وكذا كل شخص آخر ينخرط في النظام الأساسي للجامعة. و تسهر على إلزام كافة الأشخاص الذاتيين والمعنويين المشار إليهم في الفقرة أعلاه باحترام أحكام هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه و أنظمتها الأساسية و القواعد التقنية و الأخلاقية للنشاط الرياضي الذي يمارسونه.

ولهذه الغاية يجب على الجامعات الرياضية أن تنص في نظامها الأساسي على جهاز يعهد إليه بالتأديب على أساس أن يكون التأديب على شاكلة النظام التأديبي للجامعات الرياضية الدولية التي لها عضوية بها"

2. " يمكن اعتبار العقد الرياضي من عقود الإذعان ، سواء بالنية للأجير أو المشغل النادي الرياضي، مع العلم أن هذا النوع من العقود هو الذي ينعقد دون مساومة و لا مناقشة بين الطرفين، حيث يقوم أحد طرفيه بفرض شروطه و لا يبقى للطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها.

وتتمثل الصفة الإذعانية في العقود الرياضية، بكونها تبرم وفق عقود نموذجية معدة سلفا من قبل الإدارة، حيث لا يكون لأطراف العقد الرياضي حق مناقشتها أو تعديلها، لكن ذلك لا يمس برضاية هذه العقود على اعتبار أنها لا تمنع من المفاوضات بين الطرفين فقط هذه الشكلية مقتصرة في حالة توافق أطرافه على العقد، بحيث يجب أن يستجيب للنموذج المحدد من قبل قرار وزير الشباب والرياضة رقم 1283.16 الصادر بتاريخ 2016/04/27 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6552 بتاريخ 18 مارس 2017، " نور الدين منظور "المسؤولية القانونية في الميدان الرياضي" أطروحة الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 2020/2014 الصفحة 54.

كانت تجارية أو مدنية أو جنائية أو إدارية أو اجتماعية، فلا بد من الوقوف على مفهوم المسؤولية العقدية بالمجال الرياضي، وكذا تميز النزاعات الرياضية عن باقي النزاعات الأخرى سواء كانت مدنية أو إدارية أو تجارية أو اجتماعية وذلك وفق ما يلي:

1. أركان المسؤولية التعاقدية بالمجال الرياضي:

معلوم لدى الممارسين لكرة القدم والمهتمين بالتعاقدات التي تربط بين أطراف اللعبة بأنها مؤطرة بازدواجية القواعد الوطنية والدولية، وهو ما يفرض وضع قواعد قانونية تتناسب مع خصوصية التعاقد الرياضي¹ الذي تترتب عليه المسؤولية العقدية بأركانها الثلاث في حالة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته وتضرر الطرف الآخر من هذا الإخلال².

فالمسؤولية العقدية بالميدان الرياضي تستمد أركانها من المسؤولية المنصوص عليها بقانون الالتزامات والعقود، والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر³.

1. عدنان أحمد ولي العزاوي، "النظام القانوني للقضاء الرياضي"، دائرة القضاء بأبوظبي، الطبعة الأولى، الصفحة 1، 2013.

2. ينص الفصل 262 من قانون الالتزامات والعقود "على ما يلي "إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل، أصبح المدين ملتزماً بالتعويض بمجرد حصول الإخلال"

3. جاء في الباب الثالث من قانون الالتزامات والعقود تحت عنوان "الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشبه الجرائم بالفصل 78 ما يلي: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا يفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر ..."

فالخطأ في الميدان الرياضي يعتبر أحد الأركان الأساسية التي تأسس عليها المسؤولية العقدية إلى جانب ركني الضرر والعلاقة السببية، وذلك لكونه مرتبط ارتباطا جوهريا بطبيعة الالتزام موضوع التعاقد الذي يقع على الرياضي المتعاقد. ويشكل إثبات خطأ الرياضي المتعاقد المخل بالتزامه أهمية قصوى في تحديد مسؤولية كل طرف، مع استحضار أن هذا الالتزام قد يكون التزام ببدل عناية¹، وقد يكون التزام بفرض تحقيق النتيجة²، وهو ما يفرض تطبيق وسائل الإثبات خاصة حسب كل حالة.

فالضرر المادي في الميدان الرياضي هو الذي يكون مرتبطا بواقع الممارسة، ويمكن ملامسته واقعا وبشكل ملموس، على عكس الضرر المعنوي الذي يكون له ارتباط بالشعور النفسي والكرامة والشرف، وهي صفات تتفاوت من حيث آثارها على الأشخاص حسب ثقافتهم وقناعاتهم وانتمائهم الديني ووسطهم الاجتماعي.

1. من مظاهر الالتزام ببدل عناية عند لاعب كرة القدم، هو وضعه كافة مهاراته الجسدية و الفنية و الذهنية رهن إشارة فريقه دون أن يكون مجبرا على تحقيق نتيجة معينة في حد ذاتها، مثلا أن يفرض على المهاجم تسجيل 10 أهداف في مقابلة واحدة أو مجموعة من المقابلات، و نفس المعنى يطبق على المعد البدني و على المدرب و كذا الطبيب الرياضي، فمثلا لا يمكن أن يفرض عليه أن يشفي لاعبا أصيب بكسر في ساقه داخل أجل أسبوع أو حتى شهر لأن الحالة الصحية للاعب تختلف من وضعية لأخرى و قد لا تكون حالته متجاوبة مع طريقة العلاج و الاستشفاء المختار من طرف الطبيب المعالج.

2. ميز الفقه الإسلامي بوضوح الالتزام بتحقيق نتيجة بالثمن والعقار، فيما لم يقبض المشتري المبيع لا يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم، حتى ولو كان السبب في ذلك خارجا عن إرادة البائع كالأفة السماوية، السرخسي - أبو بكر بن أبي سهل المسوط القاهرة، الصفحة 9 إلى 13. 1324هـ

ولتكون المسؤولية العقدية في المجال الرياضي قائمة فلا بد من تحقق العلاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر، أي بمعنى أن الخطأ الرياضي هو الذي تسبب في وقوع الضرر.¹

2. تمييز المنازعات الرياضية عن المنازعات التجارية:

تنظيم الأنشطة الرياضية وممارستها قد يكون سببا في نشأة العديد من النزاعات والخلافات التي قد يتداخل فيها ما هو رياضي مع ما هو تجاري أو اجتماعي أو جنائي أو حتى إداري، وهو ما دفع بعض التشريعات العربية وكثير من الفقه إلى وضع تعاريف خاصة بمفهوم المنازعات الرياضية لتمييزها عن النزاعات التجارية.²

• المعيار الشخصي لتمييز المنازعات الرياضيات عن النزاعات التجارية:

المنازعات الرياضية تكون ناتجة عن إخلال أحد طرفي التعاقد بالتزاماته التعاقدية في إطار الأنشطة الرياضية أو بمناسبة تنظيمها أو المشاركة فيها، وهو ما يجعل منها منازعة متصلة بالمعيار الشخصي باعتباره المحدد لطبيعة هذه المنازعة.³

1. توفيق حسن فرج، "النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام" الدار الجامعية - بيروت طبعة 1992 الصفحة 310.

2. ورد في النظام القانوني الإماراتي عن تعريف المنازعات الرياضية في القواعد الإجرائية لمركز الإمارات للتحكيم الرياضي، وكذلك اللائحة التأديبية له. فقد تم تعريفها في القواعد الإجرائية بأنها كافة المنازعات التعاقدية والمالية والإدارية والانضباطية ذات الصلة بكافة أعمال الجهات الرياضية المتعلقة بالأنشطة الرياضية وأمورها المؤسسية"، سارة متعب محمد آل حباب الهاجري، "وسائل فض المنازعات الرياضية في دولة قطر - دراسة تحليلية"، رسالة الماجستير يناير 2023 الصفحة 13.

3. نظمت المادة 9 من العقود الرياضية النموذجية تسوية النزاعات بمقتضى قرار لوزير الشباب والرياضة رقم 1283.16 بتاريخ 27 أبريل 2016 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6552 بتاريخ 16 مارس 2017 الصفحة 679 والذي جاء فيها ما يلي: "في حالة حدوث خلاف أو نزاع عند تنفيذ أو تأويل بنود هذا العقد، يجب على الطرفين اللجوء بالأولوية إلى مسطرة الصلح قصد التوصل إلى تسوية ودية. في حالة إخفاق هذه المسطرة، يتم عرض النزاع على مسطرة التحكيم أمام غرفة التحكيم الرياضي"

أما المنازعة التجارية فمصدرها يحدد انطلاقاً من العلاقة التجارية والمعاملات المرتبطة بها، وكذا يمكن أن تكون ناشئة بسبب الخلافات بين الشركاء أو العقود أو حتى الأوراق التجارية وهو ما يجعل الاختصاص النوعي للبت فيها منحصر في المحكمة التجارية.¹

• المعيار الموضوعي لتمييز المنازعات الرياضية عن النزاعات التجارية :

يمكن كذلك تمييز المنازعات الرياضية عن التجارية من خلال المعيار الموضوعي الذي يفرض تطبيق القوانين والتشريعات الرياضية الوطنية أو الدولية الصادرة عن الهيئات المختصة رياضياً بخصوص أي نزاعات رياضية والتي لا يمكن فرض تطبيقها على المنازعات التجارية الذي تطبق بشأنها أعراف و عادات تجارية و القواعد العامة المنصوص عليها بالقانون المدني الغير متعارضة مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري.²

دون إغفال ذكر أن القانون 30.09 نظم بعض المعاملات التجارية المرتبطة بالنشاط الرياضي من حيث الممارسة من قبيل الاستغلال التجاري لصورة اللاعبين

1. تنص المادة 5 من القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية على ما يلي: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في : الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية، الدعاوى التي تنشأ بين التجار و المتعلقة بأعمالهم التجارية، الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية، النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية، النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية.

2. تنص المادة 2 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة على ما يلي: " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

و الشركات التجارية الرياضية و شروط الاستغلال التجاري للصورة الفردية المقترنة للرياضيين و المنصوص عليها بالعقد النموذجي بالمادة 6.¹

● المعيار القضائي لتمييز المنازعات الرياضية عن النزاعات التجارية:

بشكل الاختصاص القضائي معيارا مهما وأساسيا لتمييز المنازعات الرياضية عن المنازعات التجارية والذي يمكن الوقوف عليه من خلال القانون المحدث للمحاكم التجارية الابتدائية والاستئنافية رقم 53.95 بتاريخ 12 فبراير 1997 و مقارنته بالقانون 30.09 المتعلق بالتربية البدنية و الرياضة خصوصا المادة 44 المؤطرة لغرفة التحكيم الرياضي الموكول لها البث في النزاعات و العلاقات الناشئة عن العقود التجارية.²

المطلب الثاني : خصوصيات المنازعات الرياضية ذات الارتباط بكرة القدم
تفرد المنازعات الرياضية بسبب طبيعتها القانونية بخصوصيات تميزها عن باقي المنازعات، سواء من خلال المرجع القانوني المؤطر لها، أو من خلال ظروف وأسباب نشأتها وكذا أطرافها.³

1. نظمت المادتين 58 و 59 من القانون 30.09 شروط استغلال صورة الرياضيين الجماعية والفردية الذين تربطهم مع الجمعيات أو الشركات الرياضية علاقة تعاقدية.
2. تنص المادة 3 من النظام الداخلي لغرفة التحكيم الرياضي على ما يلي: "تبث هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفق القواعد القانونية المتفق عليها بين الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك يطبق القانون الأكثر اتصالا بالنزاع مع التقييد بقواعد العدالة والانصاف.
3. " إذا نظرنا إلى وقائع القضية الشهيرة المعروفة بقضية (بيشو) والتي تتلخص وقائعها بأن هناك اتفاقية أبرمت بين تجمع كرة القدم المحترفة مع الاتحاد الفرنسي لكرة القدم تلغي بموجها تفويضا من هذا الأخير لإدارة نشاط كرة القدم المحترفة وتنظيم البطولات الوطنية فيها والفصل في النزاعات الرياضية في هذا المجال، وقد قام التجمع المذكور بفصل السيد (بيشو) نائب رئيس أحد أندية كرة القدم المحترفة، وتعليق مهامه مع النادي كإجراء تأديبي بحقه. اعترض السيد (بيشو) على قرار فصله أمام المحكمة الإدارية في باريس التي ردت طلبه، وعندما استأنف قرارها أمام مجلس الدولة، أحال هذا

الفقرة الأولى: أطراف المنازعة الرياضية

تعرف المنازعات الرياضية بكونها متعددة الأطراف بسبب تداخل المصالح و تزاممها، سواء المتعلقة بالجمعية الرياضية أو الشركة الرياضية أو اللاعبين أو المدربين أو الوكلاء و غيرهم من الأطراف ذات الارتباط بالأنشطة و المنافسات الرياضية، و هو ما يجعل من أطراف العلاقة الرياضية مصنفين إلى الفئات التالية :

الأشخاص الطبيعيين : و هم الرياضيون¹ و الأطر الرياضية² و وكلاء اللاعبين الذين يمارسون بصفة اعتيادية مقابل أجر، نشاطا يتمثل في ربط العلاقة بين الجمعية أو الشركة الرياضية و بين رياضي قصد إبرام عقد رياضي، كما هو منصوص عليه في المادة 14 من القانون 30.09، أو ربط العلاقة بين جامعة أو جمعية رياضية أو شركة قصد إبرام عقد مشاركة في منافسة أو تظاهرة رياضية، أو

الأخير القضية لمحكمة حل الخلافات بغية تحديد ما إذا كان القضاء الإداري مختصا أم لا للنظر في القضية. استهلّت محكمة الخلافات حكمها بالتذكير بأن أشخاص القانون الخاص الذي يتولون مساعدة الأشخاص العاملين في مجال تنمية النشاطات الرياضية عبارة عن أشخاص مكلفون بموجب قانون 29 تشرين الأول 1975، وبأن الاتحادات الرياضية تمارس صلاحيات تنظيمية حيال الأندية المنضمة إليها سيما لجهة تأمين احترام القواعد التقنية والمسلكية، وبأن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم في معرض قيامه بهذا النوع من المهام، يكون مكلف بتنفيذ مرفق عام إداري ... مما سيتبع مع اختصاص القضاء الإداري للنظر في الدعوى. " كمال محمد الأمين " فض منازعات كرة القدم" المرجع السابق، الصفحة 156.

1. تعرف المادة الأولى من القانون 30.09 على : الرياضي بأنه كل لاعب(ة) أو ممارس رياضي (ة) يزاول نشاطا رياضيا أو بدنيا أو ذهنيا.
2. تعرف المادة الأولى من القانون 30.09 الأطر الرياضية بكونهم المدربين أو المدرسون أو المعدون البدنيون الذين يؤطرون رياضيا أو عدة رياضيين أو نشاطا رياضيا.

ربط العلاقة بين منظم منافسة أو تظاهرة رياضية و بين رياضي أو جمعية رياضية أو شركة رياضية قصد تنظيم منافسة أو تظاهرة رياضية.

فالنزاعات التي تنشأ بين اللاعبين وأنديةهم تشكل النسبة الكبرى من النزاعات المعروضة أمام اللجان القضائية التابعة للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم، وهو ما يجعل دائما أغلبية الأندية ضمن القائمة السوداء الممنوعة من الانتدابات بسبب العجز المالي الغير كفيل لسداد مستحقات اللاعبين و المديرين الحاصلين على أحكام نهائية لفائدتهم.

الأشخاص المعنويون : و هم الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم و الجمعيات الرياضية و الشركات الرياضية و العصبة الوطنية الاحترافية لكرة القدم، الموكول لها منذ سنة 2015 مهمة تسيير الأنشطة الرياضية لكرة القدم الاحترافية و كذا اتخاذ القرارات المتعلقة بتنظيم و تطوير اللعبة بالمغرب.

الفقرة الثانية : خصوصيات المنازعات الرياضية

تزخر كرة القدم، باعتبارها اللعبة الأكثر شعبية في العالم، بالعديد من المنازعات، وهو ما جعلها تنفرد بخصوصيات عديدة تختلف عن باقي المنازعات من قبيل :

- تعدد المتدخلين
- تنوع التظاهرات الرياضيات وطنية ودوليا
- تزايد عدد الممارسين للعبة عبر العالم
- تطور القوانين المؤطرة للعبة ومواكبتها للمستجدات التكنولوجية
- تفريد آليات فض النزاعات بخصوصيات استثنائية تعتبر من قواعد

النظام العام

• يتولى مجلس الاتحاد الدولي لكرة القدم¹ وضع اللوائح والتشريعات الخاصة باللعبة والتي يوجب على الاتحادات الوطنية تطبيقها والعمل على ملائمتها مع أنظمتها الأساسية.

و انطلاقا من هذه القواعد المشتركة التي تشكل خصوصيات تميز لعبة كرة القدم من حيث الممارسة و حتى من حيث النزاعات الناشئة عنها و طرق حلها و البث فيها، مما جعل القواعد المطبقة أمام الهيئات القضائية الرياضية المختصة بالمغرب وهي: الغرفة الوطنية لفض النزاعات و اللجان المختصة للنظر في النزاعات التأديبية و غرفة التحكيم الرياضي لا تجد أي صعوبة في تسوية النزاعات الرياضية، حتى و إن كانت تشمل لاعبين و مدربين و أطر أجنبية تربطها عقود رياضية بالدوري الاحترافي المغربي، أو في تعاملها أو تعاقدتها مع الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم². ومن الخصوصيات المتعارف عليها بالمنازعات الرياضية المرتبطة بكرة القدم وهي وجوب اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاع وهو ما تتضمنه العقود الرياضية النموذجية في مادتها التاسعة كما سبق الإشارة إليه سابقا.

المبحث الثاني: أنواع المنازعات الرياضية وطرق فضها.

بلغت شهرة رياضة كرة القدم حدا لم تبلغه باقي الرياضات عبر العالم، وهو ما اكسبها شعبية كبيرة، وازداد الاهتمام بها من قبل الناشئة والأندية ورجال المال

1. تأسس المجلس الدولي لكرة القدم (IFAB) سنة 1886 ويوجد مقر بمدينة زيورخ السويسرية والمعهد له تحديد قوانين لعبة كرة القدم.
2. فرض الاتحاد الدولي لكرة القدم بفرض مجموعة من الشروط على الاتحادات الكروية التي ترغب في تنظيم كأس العالم أثناء التوقيع على دفتر التحملات من ضمنها التوقيع على التزام حكومي بضمانات مالية من أجل مواكبة المشاريع المرتبطة بتأهيل البنيات التحتية واحترام حقوق الإنسان ومناهضة العنصرية وضمان حقوق الأقليات.

والجماهير التي تزايد استمتاعها بالمباريات في الملاعب أو عبر الشاشات أو الإذاعات المتخصصة بنقل التظاهرات والمنافسات والبطولة الوطنية والإقليمية والعالمية.¹

المطلب الأول : أنواع المنازعات الرياضية

ويتزايد الاهتمام بلعبة كرة القدم تزايدت معها النزاعات الناشئة عن التعاقدات ذات الصبغة الرياضية وتنوعت (المطلب الأول)، سواء ذات الطبيعة الرياضية المحضة (الفقرة الأولى)، أو النزاعات المالية الناتجة عن حقوق التعاقد (الفقرة الثانية).

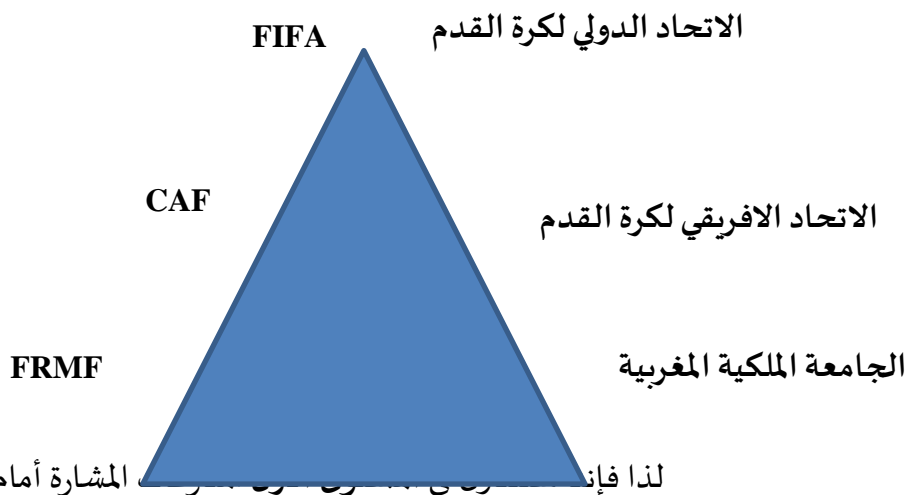
الفقرة الأولى : المنازعات الرياضية ذات الطبيعة الرياضية المحضة

تعرف المنازعات الرياضية ذات الطبيعة الرياضية المحضة مستويين: الأول يرتبط بالأجهزة الرياضية الدولية والإقليمية والوطنية والثانية: المرتبطة بتطبيق قواعد اللعبة وممارستها والتي تندرج ضمن المخالفات التأديبية وتناول المنشطات. و بغاية الإحاطة بالمستويين معا من المنازعات ذات الطبيعة المحضة فسنتناول من خلال اللوائح الصادرة عن الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA² الذي لا

1. " سبب التطور والتقدم الرهيب لكرة القدم، ظهر نظام الاحتراف وأصبحت هناك قاعدة جماهيرية عالية تتفرغ لمشاهدة هذه اللعبة في كل أنحاء العالم، و يتفرغ أكثر من ملياري شخص من كل أنحاء العالم كل أربع سنوات لمشاهدة مونديال كأس العالم الذي ينظمه الاتحاد الدولي لكرة القدم (FIFA)، و هناك منافسات تنظمها الاتحادات القارية على مستوى العالم، أما على المستوى المحلي يباشر النشاط الرياضي كل من اللجنة الأولمبية الوطنية واتحادات الهيئات الشبابية والرياضية والأندية طبقا لأحكام قانون الرياضة في كل دولة على حدة". كمال محمد الأمين "فض منازعات كرة القدم" المرجع السابق الصفحة 32.

2. " خصائص اللوائح والأنظمة المتعلقة بكرة القدم : العمومية و الالتزام، التجريد، الكتابة، تسمو اللوائح الرياضية الدولية على اللوائح الرياضية الوطنية، فالاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA هو الذي يتولى تنظيم هذه اللعبة و قوانينها حول العالم، إذ تقوم الهيئة العليا في الفيفا بالتواصل مع كل اتحاد محلي و تعقد اجتماعها كل أربع سنوات من عام 1998 لمناقشة تغيير بعض قوانين كرة

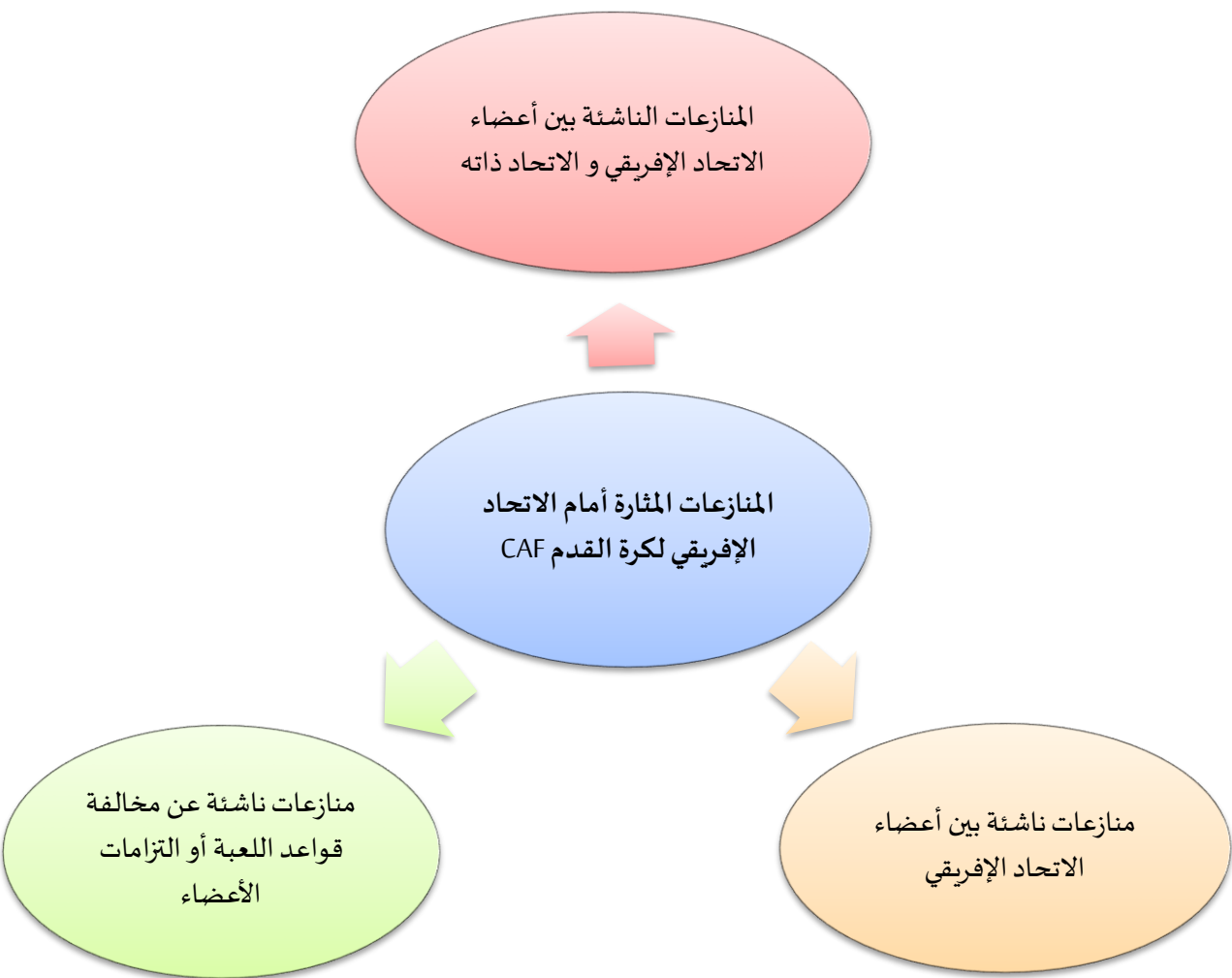
يتوانى في التدخل من خلال أجهزته القضائية لحسم المنازعات التي قد تنشأ في مجال كرة القدم الدولية حسب طبيعتها و وفق اختصاصات أجهزتها التقديرية (المؤتمر العام للفيفا و اللجنة التنفيذية) و كذا لجنتي الانضباط و الطعن .
ولأن قوانين و لوائح الفيفا هرمية تطبق من الأعلى للأسفل :



المشاركة أمام الاتحاد الإفريقي لكرة القدم (CAF) ¹ و في المستوى الثاني سنتناول المنازعات الغير تأديبية و المنازعات التأديبية و الجرمية المطبقة على كل من خالف قواعد كرة القدم وطنيا.

القدم...الاتحادات الوطنية خاضعة لسلطة و رقابة الاتحادات الدولية ... " قايدي زوليخة " القضاء الرياضي " شهادة الماستر في إطار مدرسة دكتوراه جامعة الجيلالي الياس سيدي بلعباس كلية الحقوق و العلوم السياسية الجزائر السنة الجامعية 2015-2016.
¹. تأسس الاتحاد الإفريقي لكرة القدم بتاريخ 1957/02/08 بالخرطوم و يضم حاليا 54 عضوا و يوجد مقره الرئيسي بالقاهرة بمصر و يعتمد ثلاث لغات وهي الإنجليزية و الفرنسية و العربية.

المستوى الأول : المنازعات الناشئة أمام الاتحاد الإفريقي لكرة القدم



المستوى الثاني : المنازعات الغير تأديبية و التأديبية و الجرمية:

المنازعات الغير تأديبية في كرة القدم ❖

تعتبر المنازعات الغير تأديبية الصادرة عن الاتحادات مصدرا أساسيا
للمنازعات الرياضية التي تحتاج للتسوية الودية ضمانا للاستقرار التعاقدى في
مجال الاحتراف الرياضى الدولى.¹
و من الأمثلة على المنازعات الغير تأديبية نطرح ما يلى :

¹. حدد النظام الأساسى للاتحاد الإفريقى لكرة القدم حقوق و التزامات أعضائه، و وضعت المادة 46
منه جزاءات عديدة يتم توقيعها عند أية مخالفة لهذه الالتزامات. يمكن توقيع الجزاءات المنصوص
عليها بالنظام الأساسى CAF لا يخضع لحكم أى هيئة أخرى من هيئات الاتحاد الإفريقى. قايدى زوليخة
"القضاء الرياضى" المرجع السابق

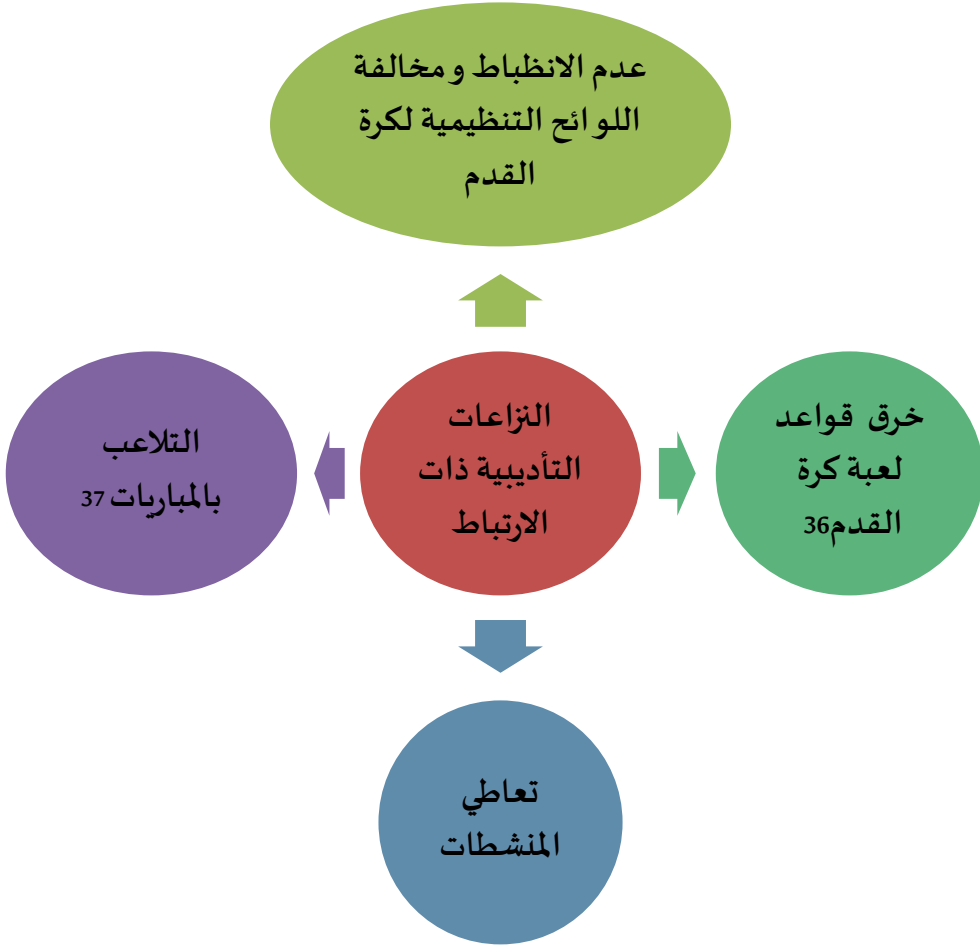


المنازعات التأديبية في كرة القدم:

تنشأ المنازعات التأديبية في كرة القدم بمجرد خرق اللاعب لقواعد اللعبة من خلال سلوكه أو أخطائه خلال المباريات، وكذا سبب عدم احترامه للأنظمة واللوائح الرياضية سواء الصادرة عن الاتحاد الدولي لكرة القدم أو الاتحاد الإفريقي لكرة

القدم أو الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم وهو ما يجعله معرضاً لعقوبات تأديبية أو انضباطية. من الجهة المخول لها ممارسة سلطة التأديب وهي الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم¹.

و أنواع النزاعات التأديبية المرتبطة بممارسة لعبة كرة القدم وهي :



1. " لم تسمح الفقرة الأولى من المادة 47 من النظام الأساسي للاتحاد الإفريقي لكرة القدم للاتحادات الوطنية و الأندية أو أعضاء الأندية، الأعضاء في الاتحاد الإفريقي، باللجوء إلى محاكم القضاء في منازعاتها مع أي اتحادات وطنية أخرى أو أندية أو أعضاء بها، بل نصت على ضرورة قبولهم إخضاع أي منازعة بينهم لمحكمة تحكيم تعين بموافقتهم ... " قايدي زوليخة " القضاء الرياضي " المرجع السابق.

النزاعات الجنائية المرتبطة بممارسة لعبة كرة القدم:

تتشكل الجرائم الرياضية المرتكبة أثناء المنافسات أو التظاهرات الرياضية، و حتى التي تكون خارج الملاعب و لكن لها ارتباط بالنشاط الرياضي، احدى أهم النزاعات في المجال الرياضي المنتشرة عبر العالم و التي قرر لها المشرع المغربي من خلال القانون 30.09 نصوصا خاصة تضاف لمجموعة القانون الجنائي قانون الانضباط الصادر عن الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم.

لذا فإننا نعمل على تقييم الجرائم الرياضية حسب إطارها القانوني العام و الخاص و ذلك وفق التفصيل التالي :

1. "الاتحاد الإفريقي لكرة القدم وضع نظاما لحسم المنازعات المختلفة الناشئة عن ممارسة كرة القدم على المستوى القاري، أهم خطوطه العريضة، إخضاع بعضها لأجهزة تابعة له، و البعض الآخر لجهة تحكيم دولية. قايدى زوليخة "القضاء الرياضي" المرجع السابق.

2. " الأجل في أعرف الرياضة العالمية وجود قضاء خاص بالرياضة، و من ذلك محاكم التحكيم بالاتحادات الرياضية، فقد نصت المادة (1/45) من لائحة النظام الأساسي للأندية الرياضية في مصر على أنه : "لا يجوز لأي عنصر من عناصر اللعبة و التي تخضع لقواعد الاتحاد المصري لكرة القدم و لوائحه اللجوء للمحاكم العادية، ما لم يذكر بشكل محدد في لائحة الاتحاد و تعليمات الفيفا ، و أي خلاف سيدعن للسلطة القضائية للفيفا، الكاف، أو الاتحاد المصري لكرة القدم. أشرف إبراهيم مصطفى محمد "الاستقرار التعاقدى في مجال الاحتراف الرياضي الدولي" المرجع السابق.



38. "يرمي مجلس الدولة الفرنسي أن رفض الانتقاء لا يعتبر استخفاف بالمبدأ العام للمساواة أو بمبدأ حرية المشاركة في النشاطات الرياضية، و أن الانتقاء

للمشاركة في الألعاب الأولمبية، لا يمكن اتهامها بارتكاب أخذ معايير تقييمية أخرى بعين الاعتبار لاسيما تراجع نتائجه الرياضية أثناء السنة" قايدى زوليخة "القضاء الرياضي" المرجع السابق

39." اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الظروف الراهنة بينت أن الخطأ وقع نتيجة المعلومات المقدمة من طرف الاتحادات وأن النادي المستخدم ليس باستطاعته أن يخمن ما إذا كان اللاعب لا يزال قيد الإيقاف و بالتالي لا يمكن تحميله مسؤولية الخطأ و معاقبته بخسارة المباراة. قايدى زوليخة "القضاء الرياضي" المرجع السابق

40." يطلق على عملية الانتقال بيع و شراء اللاعبين و رغم أن هذه العبارة غير دقيقة من الناحية القانونية، إلا أنها عبارة شائعة في المجال الرياضي كما أنها تعبر عن حقيقة الواقع الذي تعيشه الأوساط الرياضية، إذ أصبح اللاعب كالسلعة و يباع و يشتري حسب المعايير التي تبنتها معظم الاتحادات الرياضية، و هذا الأمر استلزمته طبيعة الاحتراف الرياضي الذي أخذت تمارسه معظم الأندية و اللاعبين ". قايدى زوليخة "القضاء الرياضي" المرجع السابق

41. تنص المادة 24 من القانون 30.09 المتعلق بالتربية البدنية و الرياضية على الاختصاص الأصيل للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم في ممارسة سلطة التأديب بغاية الزامهم على احترام هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه و أنظمتها الأساسية و القواعد التقنية و الأخلاقية للنشاط الرياضي الذي يمارسونه.

42. " نصت لوائح الجامعة الملكية المغربية" على ضرورة احترام قوانين لعبة كرة القدم تحت طائلة عقوبات تأديبية موكول للجنة الانضباط صلاحية البث في

نزاعاتها" مصطفى يخلف "قوانين و أنظمة الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم"
المرجع السابق.

43. "يمكن تعريف التلاعب بالمباريات على أنه التأثير أو التغيير غير القانوني،
بشكل مباشر بفعل أو تقصير، لمسار أو نتيجة أو أي جانب آخر لمباراة كرة القدم أو
مسابقة، يمكن أن يتم التلاعب في المباريات لأسباب مختلفة، أكثرها شيوعا هي :
تحقيق مكسب مالي، ميزة رياضية، ميزة غير مستحقة للنفس أو للغير"، الموقع
الالكتروني باللغة العربية الخاص بالاتحاد الدولي لكرة القدم

44. تمت المصادقة على قانون الانضباط بتاريخ 2022/06/24 بمقتضى
الجمع العام العادي للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم ويتضمن 125 مادة ودخل
حيز التنفيذ بتاريخ 2022/07/01.

و تهدف الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم من إصدار قانون الانضباط
تحقيق الأهداف التالية :

• التثبت من الأفعال و السلوكات الإجرامية المرتكبة من طرف
الرياضيين بملاعب كرة القدم.

• إعطاء الرسمية للتقارير أو الوثائق المنجزة من طرف المختصين
بمناسبة مباراة كرة القدم و هم (الحكام – مندوب المباراة – الصحفيين –
التقنيين)

• تفعيل دور و مهام اللجنة المركزية للتأديب دون إسقاط حق
المتضرر من الفعل الجرمي الرياضي في اللجوء للمساطر الجنائية الكفيلة
بإنصافه.

• حماية الأخلاق الرياضية.

• تنزيل قواعد النزاهة و المنافسة.

و هناك أيضا بعض الجرائم المنصوص عليها بمجموعة القانون الجنائي:



ومن الجرائم الرياضية المنصوص عليها بالقانون 30.09 :



الفقرة الثانية: المنازعات الرياضية ذات الطبيعة المالية

تعتبر العقود الرياضية النموذجية المؤطرة للاعتراف الرياضي حديثة من حيث تشريعها وإخراجها للحقل القانوني المغربي، وهو صعب تصنيفها ضمن باقي العقود المتعارف عليها وكذا خلق إشكاليات عملية تخص البث في النزاعات الناشئة على إخلال أحد طرفيها بالتزاماته التعاقدية والتي يمكن تصنيفها إلى :

- نزاعات إدارية
- نزاعات اجتماعية
- نزاعات مالية¹
- نزاعات تجارية
- نزاعات طبية
- نزاعات مرتبطة بقانون الصحافة والنشر

وهنا وجب طرح السؤال الإنكاري هل أجهزة وهيآت الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم والمحاكم المختلفة بالمغرب (العادية والمتخصصة إداريا وتجاريا) قادرة على الاستجابة لخصوصيات المنازعات الرياضية من قبيل²:

● مخالفات عدم احترام قوانين اللعبة

1. جاء بقرار الغرفة الوطنية لفض النزاعات المتخذ بتاريخ 2022/01/03 بالملف عدد 21-22، التعليق التالي: "من حيث الموضوع: و حيث أن النادي و اللاعب وقعا ملحقا لعقدة الاحترافي تم بموجبه تعديل مقتضيات المادتين 4 و 5 و التي تهمان مدة العقد و كذا المستحقات المالية، فبالنسبة للأول تم جعل مدة العقد ممتدة إلى غاية 2021/06/30، و منح سنوية بمبلغ مليون درهم عن الموسم 2020/2019 و 1.100.000,00 درهم عن موسم 2021/2020"

2. ربيع المولوع " المنازعات الرياضية و عقد الاعتراف الرياضي نموذجا -أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بطنجة السنة الجامعية 2020/2021.

• تداخل النزاع ما بين الاختصاص الترابي الوطني و الدولي

• الهرمية في سن القوانين من الاتحاد الدولي إلى الاتحاد الافريقي إلى

الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم

• الأولوية للوسائل البديلة بدلا من المواجهة القضائية

• سهولة حسم النزاعات الرياضية

• ربح الوقت و الزمن القضائي

• بساطة إجراءات التقاضي

• البث من طرف مختصين في المجال الرياضي

مما أصبح معه طلب القانونيين ونواب الأمة يطالبون بضرورة إخراج وإحداث

محاكم رياضية.¹ ولحصر المنازعات الرياضية في شقها الرياضي مع تسجيل أن هناك

نزاعات عديدة معروضة على المحاكم العادية من قبيل وعلى سبيل المثال لا الحصر

1. تقدم أعضاء الفريق الحركي أمام مجلس المستشارين بتاريخ 2015/11/25 المسجل تحت رقم 10 بمقترح قانون يقضي بإحداث محاكم رياضية مؤسسة على الديباجة التالية : " ... أن المنازعات و النزاعات في المجال الرياضي أخذت في التوسع و التكاثر، كما أن بعض الأندية و العصب و بعض الجامعات لم تعقد جموعها مما يطرح شرعية قراراتها على المحك، زيادة على تنامي بعض الظواهر الشاذة و الدخيلة على الرياضة الوطنية، و التي تفرض العمل معها بكل حزم، كما أن الترسنة القانونية للمجال الرياضي موجودة في غياب محاكم مختصة للتطبيق ... " و من أهم ما جاء في هذا المقترح القانوني هو تفصيل و تمديد اختصاص المحاكم الرياضية نوعيا لتبث حصريا في : الدعاوى المتعلقة بالعقود الرياضية، الدعاوى التي تنشأ بين الرياضيين و الجمعيات الرياضية و الأندية التي ينتمون إليها. الدعاوى المتعلقة بالمنشطات الدعاوى المتعلقة بالشغب في الملاعب، النزاعات الناشئة بين الأندية و الجمعيات الرياضية، النزاعات الناشئة بين الأندية و العصب و الجامعات الرياضية، النزاعات الناشئة بين الحكام و الأندية، الجرائم التي تكون الملاعب و الأندية مسرحا لها. و لفائدة الأمانة العلمية فإن هذا المقترح ذيل بتوقيع كلا من السادة النواب و هم : الادريسي عبد الرحمان - حميد كوكسوس - أحمد شد - مبارك الساقى - محمد بلعبيدي - الطيب البقالي

عدم تنفيذ التزام¹ أو طرد محتل بدون سند والمحاكم التجارية من قبل طلب الفسخ و الأداء² و المحاكم الإدارية من قبيل المنازعة في قرارات الجامعة أو العصابة الاحترافية أو العصب الجهوية.³

و يمكن تقسيم المنازعات الرياضية المالية المرتبطة بعقود الاحتراف بكرة القدم إلى نوعين وهما :

المنازعات الناتجة عن المسؤولية العقدية و المنازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية وذلك وفق التوضيح التالي :

1. " ... أن البلدية المذكورة رغم أنها سمحت للاتحاد الرياضي بعقد اجتماعاته بالمحل الذي خصصته لخزانتها، فليس بملف النازلة مت ثبت أنها سلمته للطاعن شخصيا أو أذنت له بتخصيصه لتأمينات تشكا أطلس و لا ما يثبت أنه أنفق مصاريف أذنت له بإنفاقها لإصلاحه، مما يجعل وجوده به وجود محتل له بدون سند، و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بطرده من المحل المذكور تكون قد ركزت قضائها على أساس يبرر النتيجة التي آلت إليها و ما بالوسيلة على غير أساس و تعوض العلة أعلاه بالعلة المنتقدة في الوسيلة " قرار المجلس الأعلى عدد 1195 المؤرخ في 2006/04/13 ملف مدني عدد 2005/1/1/1312.

2. " و حيث بالرجوع إلى العقد المؤرخ في 2001/01/31 يتبين أن طرفيه و أن التزما بخلق جمعية رياضية، فإن إرادتهما ذهبت في كافة بنوده إلى خلق شركة تجارية يساهم فيها المستأنف بالآلات الرياضية و التسيير مقابل ألف درهم في الشهر يخصم من المدخول الشهري على أن يتم توزيع مداخيل النادي بينهما بنسبة 50% لكل واحد بعد خصم كل المصاريف المتعلقة بالماء و الكهرباء و التنظيف و ألعاب التسيير ... " قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 1810 الصادر بالملف التجاري عدد 2007/8/2093 بتاريخ 2011/05/02.

3. " حيث أن الطلب يستهدف إجراء استجواب في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية التي تحيل عليه المادة 7 من القانون 90-41. و حيث يتعلق الأمر بإجراء في مادة لم يرد بشأنها نص خاص و ليس من شأنه الإضرار بحقوق الغير فيتعين اعتبارا لذلك الحكم وفق الطلب تحت عهده و مسؤولية طالبه جمعية تقدم بيوكرى فرع كرة القدم " الأمر الولائي رقم 2012/125 الصادر عن السيد رئيس المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2008/08/01 في مواجهة عصابة سوس ماسة درعة.



المطلب الثاني : مسطرة وإجراءات التقاضي الرياضي للنزاعات الرياضية المرتبطة بكرة القدم

أفردت قوانين الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم للغرفة الوطنية مهمة فض النزاعات المرتبطة و الناشئة عن العقود الرياضية و التي تنطلق بمقتضى مقال مكتوب يتطلب توفره على مجموعة من الشروط الشكلية و المسطرة الكتابية التي تستلزم دفع الدعوى بواسطة محامي موجه للكاتب العام للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم تحت طائلة عدم قبول الطلب.¹

الفقرة الأولى: مسطرة وإجراءات التقاضي الرياضي أمام الغرفة الوطنية لفض النزاعات

❖ الشروط الشكلية لرفع دعوى رياضية :

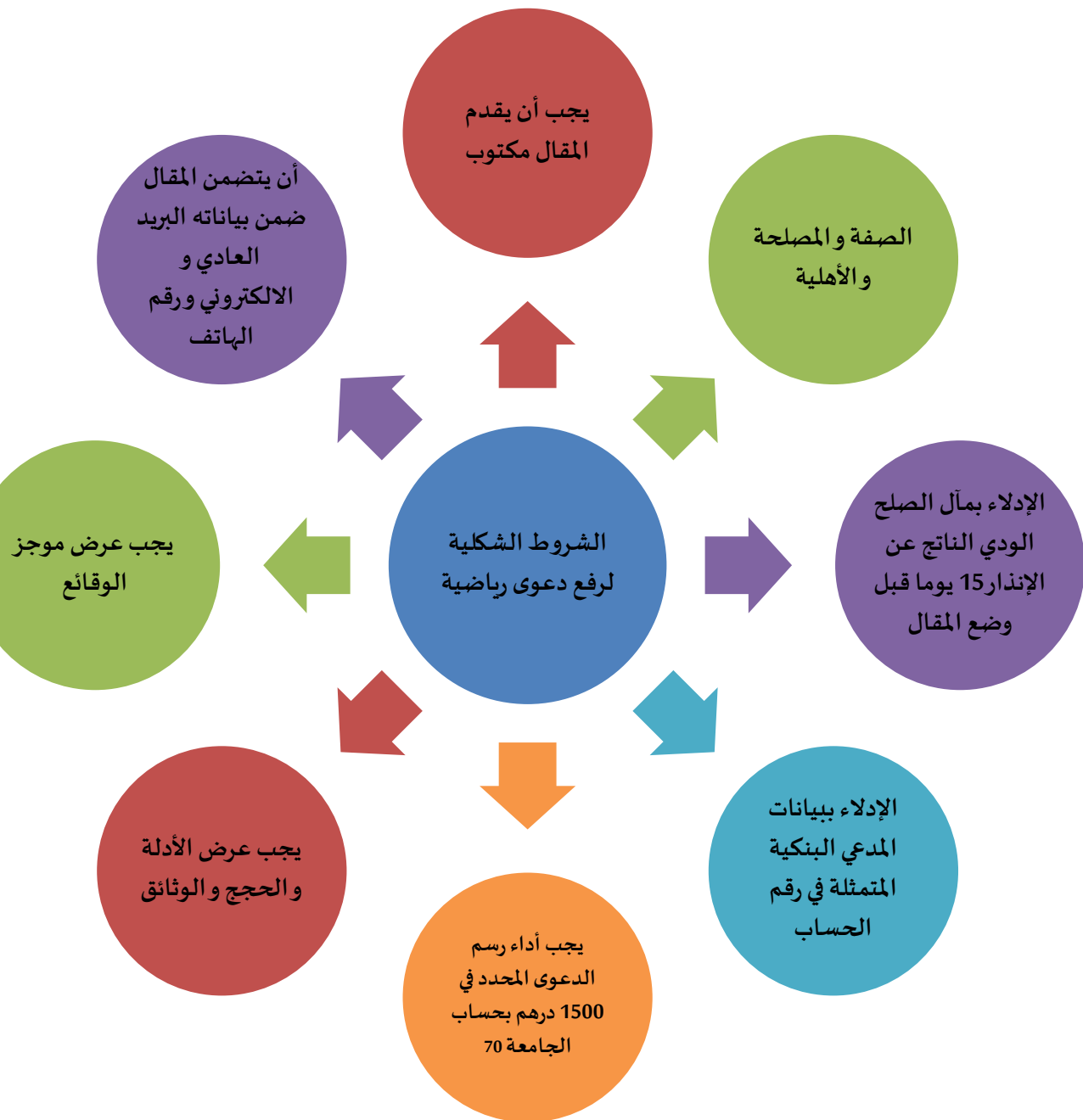
- يجب أن يقدم المقال مكتوب
- الصفة و المصلحة و الأهلية
- أن يتضمن المقال ضمن بياناته البريد العادي و الالكتروني

و رقم الهاتف

1. تنص المادة 13 من نظام الغرفة الوطنية لفض النزاعات على ما يلي :

« Procédure morale: Les requêtes doivent être formulées par écrit et adressées au secrétariat Général de la FRMF. Elles doivent comporter, sous peine d'irrecevabilité, des indications suivantes ... »

- يجب عرض موجز الوقائع
 - يجب عرض الأدلة و الحجج و الوثائق
 - يجب أداء رسم الدعوى المحدد في 1500 درهم بحساب الجامعة
 - الإدلاء ببيانات المدعي البنكية المتمثلة في رقم الحساب
 - الإدلاء بمآل الصلح الودي الناتج عن الإنذار 15 يوما قبل وضع المقال
- ❖ إجراءات رفع الدعوى الرياضية :



أجل الجواب محدد في 10 أيام من تاريخ التوصل عبر البريد الالكتروني أو العادي مع الإشعار بالتوصل

تنظر الغرفة في الدعوى بناء على الوثائق المقدمة أمامها

تخضع الدعوى الرياضية للإجراءات التالية:

- المسطرة التوجيهية
- مناقشة القضية
- البحث
- الاستماع للشهود
- الخبرة
- حقوق الدفاع

من حق المدعى عليه التقدم بالمقال المضاد بنفس طريقة المقال الافتتاحي

يحق للمدعي تقديم مقال إضافي أثناء سريان الدعوى

ينتهي الأجل الأخير منتصف الليل
(71)

أجال التبليغ كاملة لا تحتسب فيما اليوم الأول ولا الأخير من التوصل

توجيه نسخة من المقال للطرف المدعى عليه قصد الجواب

يصدر المقرر التحكيمي

يكون المقرر قابلاً للطعن بالاستئناف
(72)

تقبل الطعن أمام غرفة التحكيم الرياضي

الفقرة الثانية : التقاضي أمام غرفة التحكيم الرياضي

عملت الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم على إخراج النظام الداخلي لغرفة التحكيم الرياضي المنصوص عليها بالمادة 44 من القانون 30.09 والمتكون من ثلاث أبواب و17 مادة تنظم التعريف بالغرفة والأحكام العامة والهيكلية التنظيمية المتكونة من الهيئة الإدارية والهيئة التحكيمية.



و في الختام يمكن القول أن رغم المجهودات المبذولة من طرف الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم بغاية النهوض بالمنازعات الرياضية و وضعها في سكة التقاضي الرياضي المحض، إلا أن الواقع أثبت عدم قدرة الجامعة تحقيق هذا الهدف الاستراتيجي المؤثر جوهريا في مفهوم الحق و القانون الرياضي من حيث التطبيق و لذلك للأسباب التالية :

- تراكم النزاعات الرياضية
- تأخر البث و الصعوبة الواقعية في التنفيذ
- حجم المعلومة القضائية عن الجمهور الرياضية بسبب منع نشر المقررات التأديبية و المالية
- افتقار غرفة التحكيم الرياضي للشخصية المعنوية
- ممارسة البث في القضايا الرياضية من غير ذوي الاختصاص القضائي و القانوني و الرياضي الرزين.
- ضعف التكوين و قلة المحكمين بل و ندرتهم مقارنة بالمجال الجغرافي
- غياب تصور واقعي للغاية من سن غرفة لها بناية كجسد و تفتقر الفعالية كروح.
- التشكي من ضعف التواصل مع أطراف الدعوى الرياضية و دفاعهم.
- احتكار المنازعة الرياضية من طرف فريق معين أو فئة بعينها.
- اضعاف مفهوم القوة التنفيذية للمقررات التحكيمية بدليل عدم تنفيذ أحكام ترجع لسنوات 2019 و 2020 و 2021 و 2022 و 2023.
- مواصلة طرح المهتمين القانونيين و الباحثين في المنازعات الرياضية حدود استقلالية غرفة التحكيم الرياضي.

- تنامي ظاهرة الفساد الرياضي و توسع قاعدة الإفلات من العقاب الرياضيين الفاسدين.

**موقف القضاء من إثبات العلاقة التعاقدية في مجال الصفقات
العمومية: بين واجبي حماية المال العام وصيانة حقوق المفاوض
د/شوقي كوثار
باحث في القانون الخاص**

مقدمة

تجسد الصفقات العمومية آلية تعاقدية من بين أخرى متعددة وضعها
المشرع بين يدي الإدارة قصد تمكينها من تنفيذ برامجها التنموية وسياساتها في مجال
تدبير المرافق العمومية وخدمة المصلحة العامة على مستوى مختلف القطاعات،
حيث أصبحت تشكل وسيلة لترشيد الإنفاق العمومي وحسن تدبير الأموال العامة
وضمان الجودة في تنفيذ المشاريع والأعمال المطلوبة. ونظرا لأهميتها، حظيت
الصفقات العمومية بعناية تشريعية محكمة من خلال سن ترسانة من النصوص

التنظيمية المقننة لسبل إبرامها¹ وتنفيذها² ثم تصفيتهما³، وهي نصوص تتطور باستمرار لمواكبة الحاجيات العامة وتبني أفضل الممارسات المعمول بها على المستوى الدولي قصد تحقيق الأهداف المتوخاة من وراء إقرارها⁴، لاسيما فيما يتعلق بتكريس

¹ - يخضع إبرام الصفقات العمومية للمرسوم رقم 431.22.2 الصادر بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 7176 المؤرخة في 9 مارس 2023، الصفحة 2860.

² - يطبق على مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية كل من:

- المرسوم رقم 2-14-394 الصادر في 26 شعبان 1437 (2016/05/13) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6470 بتاريخ 2016/06/02، الصفحة 4111.

- المرسوم رقم 2.01.2332 الصادر في 22 من ربيع الأول 1423 (2002/06/04) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف المبرمة لحساب الدولة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5010 الصادرة بتاريخ 24 ربيع الأول 1423 (2002/06/06)، الصفحة 1800.

ويسري على مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية علاوة على النصوص المذكورة، دفتر التحملات الذي يضم إلى جانب دفتر الشروط الإدارية العامة، دفتر الشروط المشتركة ودفتر الشروط الخاصة وذلك طبقا لما جاء في المادة 16 من مرسوم الصفقات العمومية لسنة 2023.

³ - تخضع عملية تصفية الصفقات العمومية لمجموعة من النصوص التنظيمية الأخرى التي سنقتصر على ذكرها بإيجاز دون التفصيل في معطياتها لعدم تساع المقام لذلك، ونخص بالذكر، تلك المتعلقة بنفقات الدولة والجماعات الترابية والمنشآت العامة، وكذا قواعد المحاسبة العمومية ومسؤولية المحاسبين والمراقبين والأميرين بالصرف، وكذا بعض النصوص الأخرى التي تمس بشكل غير مباشر عملية تصفية النفقات العامة.

⁴ - نشير باقتضاب شديد ودون الخوض في التفاصيل، إلى أن نظام الصفقات العمومية في المغرب مر عبر عدة مراحل تاريخية شهدت تطورا كبيرا على مستوى المساطر والإجراءات المعمول بها في مجال إبرام الصفقات العمومية، وأولها هي معاهدة الجزيرة الخضراء سنة 1906، ثم مرسوم 19 ماي 1965، والذي أعقبه كل من مرسوم 14 أكتوبر 1976 ومرسوم 30 دجنبر 1998 ومرسوم 5 فبراير 2007 وصولا إلى مرسوم 20 مارس 2013 الذي اعتبر بمثابة ثورة تنظيمية في مجال الطلبات العمومية، غير أن الدور الذي أصبحت تلعبه الصفقات العمومية باعتبارها رافعة للتنمية وأداة استراتيجية برهانات متعددة

مبادئ حرية اللوج للصفقات العمومية والمساواة في التعامل مع المتنافسين وضمان حقوقهم، والشفافية في اختيار صاحب المشروع وإخضاع إبرام الصفقات لمبادئ النزاهة والحكامة الجيدة واحترام البيئة والتنمية المستدامة¹. وتترتب عن هذه العقود التزامات متبادلة تنبثق من دفتر الشروط الخاصة وعقد الالتزام² الذي يوقعه كل من نائل الصفقة وصاحب المشروع، إذ يلتزم هذا الأخير بأداء مقابل الأشغال الذي يشكل أهم التزام على كاهله³، في حين يتعهد المقاول

منها ما هو سياسي واقتصادي واجتماعي وبيئي، دفع السلطات إلى المضي قدما في مسلسل الإصلاح، حيث عرف نظام الصفقات العمومية إصلاحات متعددة منذ صدور مرسوم 2013 منها وضع إطار قانوني خاص بالتسبيقات بموجب مرسوم سنة 2014، وإصلاح نظام رهن الصفقات العمومية وإحداث اللجنة الوطنية للطلبات العمومية سنة 2015 وإصلاح نظام آجال الأداء وفوائد التأخير سنة 2016، علاوة على اعتماد آلية الإيداع الإلكتروني للفواتير وإقرار الزامية تطبيق نظام الأفضلية لفائدة المقاول الوطنية سنة 2019، ونظرا للتحويلات العميقة والتغيرات المتسارعة التي طبعت المحيط الدولي والوطني تم وضع خطة جديدة لإصلاح شامل لنظام الصفقات العمومية توجت بصور مرسوم 2023 المتعلق بالصفقات العمومية.

¹ - تهدف هذه المبادئ حسب ما جاء في المادة الأولى من مرسوم الصفقات العمومية لسنة 2023 إلى تأمين الفعالية في الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام واحترام واجبات اللجوء إلى المنافسة واختيار العرض الأفضل اقتصاديا.

² - أنظر البند (جيم) من المادة 16 من مرسوم الصفقات العمومية لسنة 2023.

³ - "عند ثبوت إنجاز الأشغال المطالب بأداء قيمتها فعليا وكون هذه الأشغال كانت بناء على طلب الإدارة وفق المواصفات المتفق عليها بدفتر التحملات وحيازتها بعد إنجازها فعليا، وجب على الإدارة أن تؤدي مقابل تلك الأشغال ماليا وكذلك الفوائد القانونية التي تعد بمثابة تعويض عن التخلف في تنفيذ الالتزام" القرار عدد 2020/34 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/02/11 في الملف رقم 3739/4/4/2018 غير منشور.

بتنفيذ الأشغال أو الأعمال موضوع الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها¹ وداخل الأجل التعاقدية².

لكن وبالرغم من التنظيم القانوني الذي حظيت به عقود الصفقات العمومية، فقد أبانت الممارسة العملية عن مجموعة من التجاوزات التي تقع بمناسبة إبرامها، لا سيما على مستوى عدم تقييد صاحب المشروع والمقاول المتعاقد بالقواعد الإجرائية الرامية إلى حماية المال العام وتكريس الأمن التعاقدية ونجاعة التدبير في مجال الطلبات العمومية، وذلك إمام بسبب الطبيعة الاستعجالية لبعض المشاريع التي تضطر معها الإدارة إلى خرق قواعد التعاقد، وإمام بسبب الحاجة إلى تنفيذ بعض الأشغال الإضافية غير التعاقدية والتي تقتضيها طبيعة المشروع، الشيء الذي يجعل تسوية المستحقات المترتبة عنها محل منازعة أمام القضاء.

ونظرا لتنامي المنازعات المتعلقة بإشكالية إثبات العلاقة التعاقدية في مجال الصفقات العمومية فقد شهد القضاء نوعا من عدم الاستقرار في توجهاته المتعلقة بمعالجة الإشكالية المذكورة، والتي تثار بمناسبة لجوء المقاول إلى القضاء بعد رفض الإدارة أداء مقابل الأشغال المنجزة إما لانعدام العقد باعتباره أساس المطالبة أو لعدم توفر الشروط القانونية لأداء مقابل الأشغال الإضافية المنجزة، وذلك

¹ - "الأصل في المقال هو إنجاز الأشغال المكلف بها على الوجه المطلوب ووفق المعايير المحددة لجودة البناء، ومجرد إنجازها على وجه سيء رغم التنبيه إلى العيوب التي تم الوقوف عليها يحول دون الاستجابة لأداء قيمتها المالية." القرار رقم 550/2 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2017/06/29 في الملف الإداري رقم 2016/4/2/4214 منشور في مصنف العمل القضائي لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في ضوء المبادئ الحديثة المقررة من طرف محكمة النقض، إصدارات محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط لسنة 2017.

² - أنظر المادة 8 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2016.

لاستصدار سند تنفيذي يعطي المشروعية لتلك العلاقة القانونية وبالتالي تمكينها من مستحقاتها.

وبناء على ذلك، تتحدد الإشكالية المركزية للموضوع في التساؤل حول سبل إثبات العلاقة التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في ضوء العمل القضائي، وسنحاول الجواب عنها من خلال فقرتين على الشكل التالي:

أولاً: سبل الإثبات في حالة إنجاز أشغال دون احترام ضوابط إبرام عقد الصفقة

ثانياً: سبل الإثبات في حالة إنجاز أشغال غير منصوص عليها في عقد الصفقة

الفقرة الأولى: سبل الإثبات في حالة إنجاز أشغال دون احترام ضوابط إبرام

عقد الصفقة

إذا كانت الصفقات العمومية التي تبرم طبقاً للقانون وفي احترام تام للضوابط والإجراءات المخصصة لها لا تطرح إشكاليات بخصوص إثبات العلاقة التعاقدية، فإن الأمر ليس بنفس البساطة بالنسبة للعلاقات التعاقدية التي تبرم بين الإدارة والمقاولين حياداً عن المساطر القانونية الكفيلة بضمان سلامتها، بحيث تطرح تساؤلاً مناطه كيف يمكن إثبات قيامها في ظل غياب شروط التعاقد، وهل إثبات المقاول قيامه بتنفيذ الأشغال لفائدة الإدارة كاف للقول بقيام علاقة تعاقدية يتعين ترتيب آثارها أم أن توافر عقد صفقة عمومية وفق الشكل القانوني المطلوب هو السبيل الوحيد لإثبات العلاقة الناشئة بين الطرفين.

ولما كانت المقتضيات القانونية واضحة من حيث اشتراط احترام عقود الصفقات العمومية لضوابط صحتها تحت طائلة البطلان، فكيف تعامل القضاء مع هذه الإشكالية لا سيما وأنه الساهر الأول على توفير الحماية للمتعاقدين من خلال ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، علماً بأنه مسؤول أيضاً عن حماية المال العام،

وما هي الوسائل القانونية المتاحة لتمكينه من بلوغ الغاية المنشودة دون الخروج عن دوره في تطبيق القانون؟

لقد ارتأينا انطلاقا من هذه المعطيات أن نتناول الفقرة في نقطتين، إذ نخصص الأولى لمظاهر الإخلال بضوابط إبرام الصفقات العمومية، بينما نفرد الثانية لمقاربة القضاء في معالجة إشكالية إثبات الصفقات المبرمة خلافا للقانون.

أولا: مظاهر الإخلال بضوابط إبرام الصفقات العمومية

عمل المشرع من خلال المرسوم الجديد المتعلق بالصفقات العمومية¹ على تكريس النهج الذي استقر عليه منذ عقود فيما يخص وجوب إبرام الصفقات العمومية في شكل عقود مكتوبة² تتضمن مجموعة من البيانات وتخضع لإجراءات وشكليات معينة من أجل إبرامها³ من قبيل احترام مسطرة الإشهار واللجوء إلى المنافسة، وذلك حرصا على مبادئ الشفافية وتبرير النفقة وترشيدها وكذا التدبير الأمثل للمرفق العام المعتبرة من أساسيات التعاقد الإداري.

وقد سبق لمحكمة النقض أن أكدت ذلك في عدة مناسبات منها القرار⁴ الذي جاء فيه أن "للصفقات العمومية شروطا قانونية تمس بالنظام العام حفاظا على المال

¹ - المرسوم رقم 431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية

² - الزياتي محمد، القاضي الإداري والصفقات العمومية بالمغرب، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 78-79 يناير أبريل 2008، ص 23.

³ - بمراجعة جميع المراسيم الصادرة في شأن تحديد شروط وأشكال إبرام الصفقات العمومية يتضح أن المشرع استقر على إحاطة إبرام هذا النوع من العقود بمجموعة من الشكليات والإجراءات وأوجب تضمينها مجموعة من البيانات، ومن أبرز هذه المراسيم تلك الصادرة في سنوات 1998 و 2007 و 2013 ثم أخيرا مرسوم سنة 2023.

⁴ - القرار عدد 918 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 14/12/2005 في الملف عدد 1/4/958/2005، عبد الرحيم أضاوي، الصفقات العمومية على ضوء العمل القضائي، مطبعة الأمنية الرباط 2019، ص 109 وما يليها.

العام ولا تلزم الإدارة بالصفقات إلا بمراعاة تلك الشروط"، وكذا القرار¹ الذي صرحت من خلاله بأن "إبرام الصفقات العمومية يجب أن يتم وفق الشكليات التي يستوجبها القانون إما بسند طلب أو بعقد كتابي"، وهو ما ينسجم مع ما جاء به مرسوم الصفقات العمومية الذي نص² على أن الصفقات العمومية تعتبر عقودا مكتوبة تحدد دفاتر تحملاتها طرق الإبرام وشروط التنفيذ، علاوة على ما أكده المرسوم المذكور في شأن أنها تبرم إما عن طريق طلبات العروض أو المباراة أو بواسطة سندات الطلب³، أو وفق المسطرة التفاوضية باستثناء أعمال الهندسة المعمارية⁴.

كما أنه باستقراء البند "ب" من المادة 16 من المرسوم المذكور نجد أن المشرع لم يكتف فقط بتحديد شكل الصفقات العمومية، وإنما حرص كذلك على تعداد البيانات التي يجب تضمينها في تلك العقود كطريقة الإبرام وبيان الأطراف المتعاقدة وصفات وأسماء الموقعين المتصرفين باسم الهيئة المعنية وموضوع محتوى الأعمال المراد إنجازها ومكان تنفيذها والوثائق المضمنة بالصفقة وأجل التنفيذ وغيرها من البيانات الهامة، الشيء الذي يستفاد منه بأنها عقود شكلية.

وتستلزم عقود الصفقات العمومية شأنها شأن عقود القانون الخاص، التعبير عن الإرادة وفقا للشكل التنظيمي المحدد لها، والذي يستلزم المرور بعدة مراحل حددها المرسوم المتعلق بإبرام الصفقات العمومية وصولا إلى صدورها عن الجهة التي تملك

¹ - القرار عدد 1048 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 19/11/1998 في الملف رقم 96/1277، أورده مراد أيت ساقل، تطور اجتهاد القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية، مقال منشور في مجلة المحامي، دورية تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، العدد 67 شتنبر 2016، ص 142.

² - البند (ألف) من المادة 16 من المرسوم رقم 431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية.

³ - المادة 91 من المرسوم رقم 431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية.

⁴ - المادة 19 من المرسوم رقم 431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية.

صلاحية التعاقد، بحيث لا تكون إرادة الإدارة كافية للتعاقد إلا إذا كانت سليمة بصدورها عن الجهة المختصة وبعبارة أخرى، أن يتم إبرام العقد بواسطة السلطة المختصة حتى يصح القول بوجود علاقة تعاقدية، ويفضي مفهوم المخالفة إلى أن عدم توقيع العقد وفق الشكل المطلوب أو من لدن الشخص المختص فإنه لا يرتب أي أثر قانوني ولا يمكن التمسك أو الاحتجاج به¹.

ولذلك فإن إثبات صحة العقد يستوجب أولاً إقامة الدليل على أن الإدارة قد عبرت صراحة عن إرادتها وأن طريقة تعبيرها عن تلك الإرادة كانت سليمة، وهو ما لن يتأتى إلا بإثبات احترام القواعد والطرق المسطرة تشريعياً في هذا المجال، ويستوجب ثانياً إثبات أن ذلك التعبير قد صدر

الموظف المؤهل قانوناً لذلك.

ولما كان عقد الصفقة يعتبر مبرماً بمجرد توقيعه من لدن المتعاقدين بشكل صحيح، فإن تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه متوقف على استيفاء شكلية المصادقة عليه²، ذلك أن القانون نص بشكل صريح على أن الصفقات لا تعتبر صحيحة ونهائية إلا بعد المصادقة عليها من لدن السلطة المختصة³.

ومن التجاوزات المسجلة كذلك في مجال إبرام الصفقات العمومية، نجد مخالفة شروط وقواعد الإثبات المنصوص عليها في مختلف المرجعيات المؤطرة للطلبات

¹ - هشام الوازيكي، منازعات العقود الإدارية بالمغرب، دراسة تأصيلية وتحليلية لتطبيقات العمل القضائي في مجال عقود وصفقات أشخاص القانون العام، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2021، ص 216.

² - محمد باهي، دراسات وتعاليق على بعض منازعات القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية 115، الطبعة الأولى سنة 2017، ص 74.

³ - المادة 142 من المرسوم رقم 431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 يتعلق بالصفقات العمومية.

العمومية، كما هو الشأن بالنسبة لخرق المقتضيات المتعلقة بجداول المنجزات والوضعيات والجورود ومحاضر الاستلام ومعاينة الخدمة المنجزة، والكشوف والبيانات المحاسبية والأوامر بالخدمة وملحقات العقود وغيرها من الوثائق القانونية والتعاقدية، ذلك أن إثبات الالتزام في إطار الصفقات العمومية تحكمه مسطرة خاصة تقتضي حصر قيمة الأشغال المنجزة والإدلاء بالكشف الحسابي النهائي موقع ومقبول من طرف جميع الأطراف، حفاظا على المال العام وعدم صرف الاعتمادات المخصصة للصفقة دون احترام لهذه الضوابط¹.

ومع ذلك، فقد تخالف الإدارة في بعض الأحيان كل هذه القواعد أو إحداها أو بعضها، بحيث تقدم على التعاقد دون التقيد بالشكليات المنصوص عليها في القانون، فيجد المتعاقد نفسه أمام أشغال نفذها دون التوفر على سند تعاقدي صحيح ونهائي، وعند عرض النزاع على القضاء تتمسك الإدارة ببطلان العقد أو انعدامه أو عدم المصادقة عليه، أي بصفة عامة تتمسك باختلال شروط انعقاده للتحلل من الالتزام بالأداء².

وعموما يعرف مجال التعاقد الإداري مخالفات كثيرة للضوابط والقواعد المنظمة له، وهو ما من شأنه أن يمس بالمبادئ التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية خصوصا كحرية المنافسة والشفافية والحرص على حماية المال العام وحسن تديره ناهيك عن فعالية الطلبية العمومية³.

¹ - القرار عدد 325 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2019/03/14 في الملف عدد 2017/2/4/2099، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، العدد 48، ص 156 وما يليها.

² - محمد قصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مقال منشور في مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 51.

³ - هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 218.

وتأسيسا على ذلك، يطرح التساؤل حول الموقف الذي اتخذته القضاء من إشكالية الأعمال التي ينجزها المقاول المتعاقد مع الإدارة حيادا عن قواعد التعاقد وبمعنى آخر كيف يمكن إثبات العلاقة التعاقدية في ظل غياب السند التعاقدى المنجز وفق الشكل الذي يطلبه القانون؟ وهل يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض الأشغال المعنية وما هو الأساس القانوني الذي يجدر به إقامة دعواه على أساسه؟

ثانيا: مقارنة القضاء في معالجة إشكالية إثبات الصفقات المبرمة خلافا للقانون

بإجراء مسح للعمل القضائي بالمغرب يتضح بأن جانبا مهما من القضاء أكد على ضرورة استيفاء العقد الإداري للشروط القانونية حتى ينتج كافة آثاره، وهكذا، دأبت المحاكم الإدارية بالمغرب لعقود على استلزام الإدلاء وجوبا بعقد صفقة كشرط لإثبات العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمقاول، وذلك قصد التمكن من مراقبة اجتماعه للشروط المطلوبة لانعقاده صحيحا، وقد سارت على هذا النهج ردحا من الزمن، حيث تشددت محكمة النقض في مفهوم عقد الصفقة لدرجة أنها اعتبرت واشترطت للقول بصحتها أن تتم وفق الشكليات التي يطلبها القانون وأن تتخذ إما شكل سند مكتوب أو سند طلب¹، كما اعتبرت أن عدم الإدلاء بعقد الصفقة والتمسك بمجرد وثائق عبارة عن صورة شمسية غير مصادق عليها لا حجية لها طبقا لمقتضيات الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود ولا تثبت العلاقة التعاقدية².

¹ - القرار عدد 1048 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 19/11/1998 في الملف رقم 96/1277، أورده مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 142.

² - القرار عدد 185 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 18/03/2009 في الملف رقم 2008/2/4/338، عبد الرحيم أضاوي، مرجع سابق 2019، ص 100 وما يليها.

ومكذا تواترت اجتهادات محكمة النقض بشأن هذه النقطة وكانت كلها تصب حول وجوب

المحكمة من قيام شروط صحة العقد المطلوب إعماله، حيث صرحت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في أحد قراراتها¹ بأن "غياب أمر إداري بإنجاز وغياب الأمر بالخدمة وعدم مصادقة الجهة المختصة يجعل عقد الصفقة غير مستوف لشكلياته"

وفي قرار² آخر، استبعدت المحكمة المذكورة الرسائل الصادرة عن الإدارة والتي تتضمن المطالبة بالتعجيل بإنجاز الأشغال من مجال الإثبات، واعتبرت أنها لا تقيم أي دليل على قيام العلاقة التعاقدية حيث ذهبت إلى القول " أنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أنه لا وجود لأي أمر بإنجاز الأشغال موضوع الدعوى، و المحكمة اعتمدت للقول بوجود اتفاق بين الطرفين على الرسائل الصادرة عن النائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية بإقليم قلعة السراغنة التي تتضمن المطالبة فقط بالتعجيل بإنجاز دون أن تبحث في وجود الأمر بالقيام بالأشغال و ممن صدر ذلك و بأية صفة و لفائدة من، و إذا تم الإنجاز و التسليم فلمن وقع حتى يتجسد أطراف العلاقة العقدية بشكل صحيح".

1 - القرار عدد 409 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2006/05/25 في الملف رقم 1254/4/25، ورد لدى هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 204.

2 - القرار عدد 1149 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2004/12/1 في الملف عدد 3403/4/1/2003، أورده مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 142.

وفي نفس الإطار اعتبرت محكمة النقض¹ أنه " بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن ما أدلت به المدعية المستأنفة في المرحلة الابتدائية لا يكفي للقول بمدىونية الجماعة المدعى عليها، لأن ما أدلت به مجرد شهادة صادرة عن رئيس المجلس المدعى عليه دون بيان أسباب تسليمها، و لا ماهي شكليات التعاقد مع الإدارة ويجعل الدعوى ناقصة الإثبات بخصوص شكليات الاتفاق على ما تدعيه من إنجاز الأشغال المطالب بقيمتها، لأن للصفقات العمومية شروطا قانونية تمس النظام العام حفاظا على المال العام، و لا تلزم الإدارة بالنفقات إلا بمراعاة تلك الشروط"

ومن جهتها اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في أحد قراراتها² أنه " ليس من بين وثائق الملف ما يدل على وجود عقد بين الطرفين ولا ما يفيد صدور أمر صريح موجه من الإدارة إلى المقاول لإنجاز الأشغال موضوع النزاع لإمكان تحميلها مسؤولية أداء مقابلها المادي، فإنه لا يمكن الارتكان إلى تصريحات مهندس الإدارة لوحده في الحكم بالمبالغ المذكورة".

وتجدر الإشارة، إلى أنه مازال هناك جانب من القضاء متمسك بشكليات التعاقد في مجال الصفقات العمومية ويمثله قرار حديث لمحكمة النقض كرست من خلاله قاعدة عدم مواجهة الإدارة بالمستحقات المترتبة عن الأشغال المزعومة في ظل غياب

¹ - ورد لدى كل من عبد اللطيف الشدادي، الأشغال الإضافية في الصفقات العمومية بين الإطار التنظيمي والاجتهاد القضائي، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 154، شتنبر أكتوبر 2020، ص 131. و مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 142.

² - القرار عدد 1888 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2012/4/25 في الملف عدد 100/11/7 عبد الرحيم أضاوي، مرجع سابق، مطبعة الأمنية الرباط 2019، ص 165 وما يليها.

العقد حيث جاء في القرار المذكور¹ ما يلي " لما اعتبرت المحكمة أنه في غياب باقي وثائق الصفقة التي تفيد التسليم المؤقت والنهائي وحصر الأشغال وقيمتها موقع عليه من الطرفين، وعدم وجود ما يفيد ارتباط الشركة والجماعة بأي عقد من أجل إنجاز الأشغال موضوع الدعوى، فإنه لا يمكن مواجهة الجماعة بالمستحقات الناجمة عن تلك الأشغال، سيما وأنها تنازع جديا في تكليفها المقاوله المستأنف عليها بإنجازها ولما انتهت إلى إلغاء الحكم الابتدائي والحكم تصديا برفض الطلب تكون قد عللت قرارها تعليلا صحيحا.

كما جاء في قرار² آخر ما بأنه " لما استندت المحكمة فيما انتهت إليه بأنها غير ملزمة بإجراء تحقيق في موضوع الدعوى طالما أن عناصر البت فيها ثابتة سيما أن الكتاب الموجه من والي الجهة إلى وزير الداخلية قد حث المصالح المركزية على دراسة إمكانية التعجيل برصد الاعتمادات موضوع الأشغال التي أنجزت من طرف المستأنف عليها، في حين أثار الطالبون أمامها بكون المقاوله المستأنف عليها، لم تدل في ملف المطالبة بمستحقاتها عن الأشغال التي قامت بها لفائدة الإدارة بما يفيد وجود عقد صفقة أو ما يثبت وجود اتفاق أو بما يثبت وفاءها بالتزاماتها عبر الإدلاء بمحضري التسليم المؤقت والنهائي مسلمين من طرف الإدارة وموقعين من طرفها ومعترفة من خلالهما بأداء الخدمة وفقا للمواصفات المتفق عليها، واكتفت بمجرد الإدلاء بفاتورة من صنعها لا تحمل توقيع الإدارة وتأشيرة المحاسب، والحال أن الأداء يتعلق بدين

¹ - القرار عدد 264/1 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/02/27 في الملف رقم 2018/1/4/589، قرار منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 247 وما يليها.

² - القرار عدد 481 الصادر عم محكمة النقض بتاريخ 2020/07/09 في الملف عدد 2018/1/4/59، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض، <https://juriscassation.cspj.ma> تم الولوج إليها بتاريخ 2013/05/14.

عمومي لا يمكن أن يتم إلا نطاق احترام المقتضيات التي تنظم قانون المحاسبة العمومية، وهي - أي المحكمة - لما أيدت الحكم المستأنف فيما انتهى إليه معتمدة على ما أدلت به المقاوله من وثائق وما اعتبرته إقرارا من الإدارة من أجل التصريح بمديونية الإدارة ودون مراعاة لما ذكر، لم تجعل لما قضت به أي أساس من القانون، وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدام..

ولعل ما يمكن استخلاصه من خلال القرارات المذكورة، هو تشدد الغرفة الإدارية بمحكمة النقض فيما يخص حتمية استجماع عقد الصفقة للشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته من أجل ترتيب آثاره، بحيث يقضي مفهوم المخالفة بأن تخلف أي شرط سيؤدي إلى بطلان العقد، وبالتالي فإن المنازعة تصبح غير ممكنة على أساس قواعد المسؤولية العقدية بحيث لا يمكن مواجهة الإدارة بالتزامات منبثقة عن عقد باطل والنتيجة عدم جواز مطالبتها بالأداء أو التعويض عن الضرر المترتب عن الامتناع عن الأداء أو المطالبة بفوائد التأخير لأن العقد المنشئ للالتزام باطل¹.

وفي توجه مغاير لما سبق، درج القضاء الفرنسي على عدم اعتبار انعدام الرابطة التعاقدية مبررا لحرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض، واعترف له بالحق في المطالبة بمستحققاته المترتبة عما أنجزه من أعمال لفائدتها، على اعتبار أن قواعد العدل والإنصاف تقضي بأن لا يحرم منجز تلك الأشغال من التعويض على أساس

¹ - محمد أيت حسو، الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري، مقال منشور في مجلة المحاكم الإدارية، القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، أشغال الندوة العلمية المنظمة بشراكة بين وزارة العدل والحريات وجمعية هيئات المحامين بالمغرب يومي 6 و 7 يناير 2017 بالرباط، العدد الخامس، إصدار خاص، يناير 2017،

آخر غير العقد الباطل نتيجة خلل معين في حالة إذا ما عادت هذه الأشغال بالفائدة والنفع العام¹، وذلك إما على أساس المسؤولية التقصيرية إذا تحققت شروطها، أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب متى كانت الأعمال موضوع التعويض قد عادت بالنفع على الإدارة وأن تكون هذه الأخيرة قد قبلت بها ولو بشكل ضمني².

أما بالنسبة للقضاء المغربي، فبعد أن استقرت محكمة النقض لسنوات على اشتراط استجماع عقد الصفقة العمومية للشروط والإجراءات اللازمة لإثبات العلاقة التعاقدية بين الإدارة والجهة المتعاقد معها، بدأت في التراجع عن هذا الموقف ابتداء من سنة 2010، حيث صرحت الغرفة الإدارية في قرار³ لها بأن القيام بأشغال لفائدة الإدارة لا يتطلب بالضرورة إبرام صفقة عمومية ويكفي صدور أمر بالخدمة عن الإدارة لإثبات العلاقة التعاقدية وذلك كما يلي "القيام بأشغال لفائدة شخص معنوي لا يتطلب بالضرورة إبرام صفقة عمومية كتابة، وإنما قد يتخذ أشكالاً أخرى من بينها الأمر بالخدمة، و محكمة الاستئناف الإدارية، لما تمسكت في تعليها بوجود إبرام صفقة عمومية كتابة بين الطرفين تحت طائلة عدم استحقاق أي تعويض للطاعنة، و الحال ما ذكر، تكون قد عللت قرارها تعليلاً فاسداً".

وقد شكل هذا التوجه بداية لتبني محكمة النقض موقفاً يتأسس على استبعاد دفع الإمداد المستمدة من غياب العلاقة التعاقدية أو بطلانها لتبرير رفض تسديد المستحقات المتخلدة في ذمتها لفائدة المتعاقدين معها، مراعية في ذلك حقوق المفاوض

¹ - قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية ville de cannes أورده الأستاذ محمد قصري، مرجع سابق، ص 51.

² - محمد أيت حسو، مرجع سابق، ص 149.

³ - القرار رقم 701 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2010/09/30 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/477، أورده مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 143.

أو المورد أو الخدماتي في الوضعيات التي لا يتم خلالها إبرام عقد صفقة وفق الشكليات المقررة قانونا، حيث استندت في قضائها على مجموعة من العلل كإقرار الإدارة بالدين أو المعاملة وعدم المطالبة ببطان العقد، أو علة عدم تعلق المنازعة بإبرام العقد بل بالوجود المادي لواقعة مادية أو بالتمييز بين إثبات العقد وإثبات الالتزام أو بتجاوز المنازعة لمرحلة التعاقد.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة المذكورة بأنه " بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين بأن الإدارة تجاوزت من خلال كتاباتها المدلى بها مرحلة التعاقد والتنفيذ، إذ أشارت بدقة إلى الدين الذي بقي بدمتها وما أدى منه وهو ما أخذته المحكمة بعين الاعتبار، مما يجعل كل مناقشة بصدد العلاقة التعاقدية وثبوت الدين غير منتجة، أمام ما هو ثابت من خلال رسائل الإدارة المدعى عليها والتي جاءت واضحة ومحددة، كما أشير إليه أعلاه، فيكون بذلك ما انتهى إليه الحكم المستأنف في محله وواجب التأييد"¹، ويستشف من ذلك أن المحكمة ركزت قضاءها في رد الدفع المتصل بغياب السند التعاقدية بعلّة أن الأمر تجاوز إثبات العقد بالطرق المنصوص عليها في مرسوم الصفقات العمومية إلى مرحلة التنفيذ التي لا تنكرها الإدارة.

كما ذهبت في قرار² آخر إلى أنه "إذا كان الحكم مبنيا على ما يخالف الثابت في أوراق الدعوى، فإنه يكون باطلا متعينا نقضه، و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها (أن الرسالة الصادرة عن رئيس المجلس بتاريخ 2-9-2005 و التي اعتمدها الحكم المستأنف في إثبات مديونية الجماعة لا تتضمن ما يفيد إقرار

¹ - القرار عدد 709 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 10/04/2006 في الملف رقم 2704/1/2005، أورده عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 183.

² - القرار عدد 78 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 09/2/2012 في الملف رقم 1371/4/1/2010، عبد الرحيم أضاوي، مرجع سابق، ص 97 وما يلها.

الجماعة باستفادتها من الإنجازات المذكورة، و أن المستأنف عليها لا تتوفر على أي وثيقة تدعم ادعاءها علما بأن الصفقات العمومية تنظمها قوانين و إجراءات ليس بالملف ما يدل على سلوكها...) و الحال أن الرسالة المذكورة لا تنكر الدين و إنما تقر بأنه في حالة انتظار باعتباره ديننا متخلفا عن الجماعة الحضرية لأكادير، و أن القول بعدم كفاية الرسالة المذكورة في الإثبات بدعوى عدم وجود وثيقة تدعمها هو اقتضاء الدليل على واقعة معترف بها، مما يكون معه القرار قد جاء ناقص التعليل"، ويستشف من هذا القرار أن المحكمة أسست موقفها على قرينة الإقرار حيث اعتبرت أن الرسالة الصادرة عن الإدارة والمتضمنة لإقرار بالدين تبقى كافية لإثبات إنجاز الأشغال و لا حاجة للبحث في وثائق أخرى.

وكذلك صرحت الغرفة الإدارية بمحكمة لنقض في قرار¹ لها بأن "إبطال عقد الصفقة وملحقه لمخالفته الخدمات المنجزة لشروط التعاقد في مجال الصفقات العمومية، لئن كان يترتب عنه اعتبار العقد وملحقه كأن لم يكن، إلا أن هذا الإبطال لا يحول دون أحقية المتعاقد مع صاحب الصفقة في استحقاق مقابل الخدمات المؤداة في إطاره وقبل الإعلان عن هذا البطلان إعمالا لمقتضيات الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود".

واعتبرت المحكمة ذاتها أن إخلال الإدارة بشروط الصفقات العمومية لا يصلح لتبرير بطلان العقد وحرمان المتعاقد من مستحقته، حيث جاء في قرارها² أنه

¹ - القرار عدد 222 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/06/23 في الملف رقم 2018/4/4/2779، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض، <https://juriscassation.cspj.ma/> تم الولوج إليها بتاريخ 2013/05/14.

² - القرار عدد 390/4 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/09/15 في الملف رقم 2019/2/4/2322، منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 200 وما يليها.

"لما كان عدم إتمام شروط الصفقة العمومية مرده إلى الإخلالات المنسوبة إلى مسؤولي الإدارة، سيما ما تعلق منها بعدم تحديد الحاجيات بكيفية دقيقة، لما لذلك من مساس بمبدأ التوقع والتدبير الأمثل للمرفق العام وبمبدأ الشفافية والمنافسة والإشهار، المعتبرة من متطلبات إبرام الصفقات التفاوضية وهو الشيء الغير المنازع فيه، فإنه طالما ثبت تحقق تسلم الإدارة للمعدات والآليات موضوع الصفقة وفق المواصفات المنصوص عليها في العقد، فإن الإخلالات المنسوبة لمسؤولي الإدارة لا تعتبر مبررا للتصريح ببطلان عقد الصفقة وللتنصل من مقتضياته، وبالتالي حرمان المطلوبين من مستحقتهما". وقد سبق لنفس المحكمة أن أكدت في عدة مناسبات¹ بأن عدم احترام شكليات التعاقد وفقا للقانون من طرف الجماعة لا يعفيها من أداء الدين في حالة ثبوته.

وانطلاقا مما سبق، يظهر جليا بأن محكمة النقض في أغلبية قراراتها لم تناقش بطلان العقد أو سلامته وقضت على الإدارة بالأداء اقتناعا منها بأن عدم احترام ضوابط التعاقد في إطار الصفقات العمومية لا يجب أن يكون سببا لاستبعاد مسؤوليتها وقطع الطريق على المتعاقد لاقتضاء حقوقه.

لكن هذا التوجه أثار إشكالية أساسية تتعلق بتحديد المرجعية القانونية لمحكمة الإدارة والبت في المنازعة على اعتبار أن عدم التقيد بشكليات التعاقد يجعل عقد الصفقة غير مشروع، و أمام عدم مشروعية الصفقة لا يمكن الركون إلى الأساس العقدي للقول باستحقاق مقابل إنجاز الأشغال، وهو دفع بالقضاء إلى الاجتهاد بحثا عن الأساس القانوني الواجب اعتماده لتعويض المعني بالأمر، حيث

¹ - القرار عدد 376 الصادر عن محكمة لنقض بتاريخ 2012/08/16 في الملف عدد 2011/2/4/887،
أورده مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 144.

ظل يتأرجح بين نظرية الإثراء بلا سبب استنادا إلى مقتضيات الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود ونظرية الخطأ استنادا على الفصل 79 من نفس القانون¹. وفي هذا الإطار نحت الغرفة الإدارية منحي إقرار نظرية الإثراء بلا سبب في عدة قرارات لها اعتبرت من خلالها أن انعدام المرجعية التعاقدية لا يحول دون اقتضاء المقاول لمقابل الخدمات التي قدمها للإدارة، ومن بينها القرار الذي ذهب إلى ما يلي:

"إن المحكمة استندت فيما انتهت إليه في تعليل قضائها إلى وثائق الملف لا سيما الفواتير المرفقة بطلبات مؤشر عليها من طرف المدير العام للمكتب الوطني للمطارات، والإقرار القضائي لممثل المكتب المستأنف أثناء جلسة البحث، الذي أكد حرفيا فيه على التنفيذ الفعلي لطلبات التذاكر من طرف المستأنف عليها، مما يضفي الصفة النظامية على هذه الفواتير، اعتبارا إلى كونها تمت بناء على طلب وإشراف الجهة الإدارية، ولكون المستأنف عليها لم تكن لتقوم بتنفيذ تلك الطلبات إلا بموافقة الإدارة وتحت إشراف موظفيها، وهذه الوضعية تشكل إثراء للإدارة المستأنفة على حساب المستأنف عليها، وأن افتقار المتعاقد لمرجعية تعاقدية مع الإدارة يخوله في إطار هذه النظرية (الإثراء بلا سبب) الحصول على مقابل الخدمات التي أنجزها، وانتهت إلى تأييد الحكم المستأنف في شقه القاضي بأداء المستأنف لمستحقات الشركة المدعية وفق المحدد أعلاه، تكون المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قد أسست قضائها على سند من الواقع دون أن تخرق أي مقتضى قانوني وعللت قرارها تعليلا كافيا.

¹ - مراد أيت ساقل، مرجع سابق ص 143.

ومن جهتها اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير¹ أن عدم تعزيز المدعية لدعواها بما يفيد وجود أمر بالخدمة والذي يعد المنطلق الأساسي للمقاول لمباشرة تنفيذ مقتضيات عقد الصفقة الجديد بعد انتهاء الصفقة الأولى إلى سقف المبلغ المحدد بها، فإن مطالبتها بالتعويض عن قيمة الأشغال المنجزة يبقى غير مرتكز على أساس في إطار المسؤولية العقدية، مما حاصله أن هذه الوضعية تشكل إثراء لهذا الأخير على حساب المدعي بما أنفقه من مال طبقا للفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود.

وقضت نفس المحكمة في حكم آخر² لها بأن ثبوت استفادة المدعى عليها من أشغال الردم وامتناعها عن دفع مقابلها، يجعلها مخالفة لأحكام الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود، وهو ما يشكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر مع قيام العلاقة السببية بينهما.

وما هذه التوجهات إلا تطبيقات حرفية لقرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض الصادر بتاريخ 11 يوليوز 2007³ الذي تبني نظرية الإثراء بدون سبب معتبرا أن شكليات ومواصفات إنجاز الأشغال لا يمكن مواجهة المقاول بها متى كان حسن النية ومن تم خلس إلى كون الإدارة تبقى ملزمة بأداء المقابل المالي للأشغال المنجزة استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب على حساب الغير، وبالتالي حدد القرار المذكور شروط الركون إلى نظرية الإثراء بلا سبب لاستحقاق المقابل المالي لأشغال أنجزت

¹ - الحكم رقم 277 الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2018/02/27 في الملف عدد 2017/7114/502، عبد الرحيم أضاوي، مرجع سابق، ص 280 وما يليها.

² - الحكم رقم 74 الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2018/01/09 في الملف عدد 2016/7114/841، عبد الرحيم أضاوي، مرجع سابق، ص 280 وما يليها.

³ - القرار رقم 609 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2007/07/11 في الملف عدد 2006/1/4/2195، أورده مراد أيت ساقل، مرجع سابق، ص 144.

دون التقيد بشكليات التعاقد المنصوص عليها قانونا في (أن تنجز الأشغال لفائدة الإدارة و أن يقع تسلمها من طرفها - أن يثبت صدور أمر من الإدارة بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة - أن يكون المتعاقد مع الإدارة حسن النية)

يلاحظ من خلال هذه القرارات والأحكام أن القضاء أسس حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض عن الأشغال المنجز خارج الضوابط التعاقدية على أساس نظرية الإثراء بلا سبب التي وإن كانت تروم تحقيق قواعد العدل والإنصاف فإنها لا تعد مرجعية تعاقدية، ويزيد من حدة الإشكال، هو أن نظرية الإثراء بلا سبب في ظل القانون المدني تقتضي ألا يكون الطرف المفترق قد ارتكب خطأ معيناً، والحال أن منجز الأشغال بعقد باطل أو بدون عقد يكون قد ساهم بخطئه في الإشكال المطروح، وهو ما يقود إلى التساؤل حول مدى جواز تطبيق قواعد القانون المدني في مجال الصفقات العمومية، ثم إن ما يلاحظ هو أن التعويض الممنوح على أساس نظرية الإثراء بلا سبب يعادل فقط مبلغ الإثراء الفعلي الذي حصل عليه المشتري دون الربح الذي ضاع منه ومن هنا لا يعوض إلا عن تكلفة الأشغال.

وتأسيساً على ذلك، تحول القضاء نحو تطبيق نظرية المسؤولية الإدارية والخطأ المشترك للإدارة والمقاولة رغبة منه في الاستناد على قواعد تنتهي إلى القانون العام، حيث أخذ بالتعويض عن الأشغال المنجزة خارج الضوابط التعاقدية استناداً على واقعة تغاضي الإدارة عن إبرام صفقة طبقاً للقواعد المنظمة لها، وكذا خطأ المقاول المتمثل في إنجاز تلك الأشغال بدون صفقة، حيث جاء في قرار لمحكمة

الاستئناف الإدارية بالرباط¹ ما يلي "إن كان هناك خطأ في إبرام الصفقة، فإن تبعاته لا تتحملها المقاول، لذا فإن إنجاز جزء كبير من الأشغال حسب الثابت من تقرير الخبرة، يجعل المدعية محقة في المطالبة بالتعويض عنها عملاً بمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، والتي تقضي بإمكانية مطالبة الإدارة المعنية بالتعويض عن الأضرار التي تسببها للغير بسبب نشاطها كما في نازلة الحال، لذلك تكون الأسباب المثارة غير مرتكزة على أساس ويكون الحكم المستأنف تبعاً لذلك واجب التأييد لهذه العلة".

ونفس الموقف تبنته المحكمة الإدارية الرباط² في حكم لها جاء فيه "إن القضاء في سبيل إيجاد حل قانوني لتسوية الوضعية الحسابية لأشغال إضافية أنجزت دون احترام المساطر التنظيمية الواردة في المجال التعاقدى دأب على محاكمة هذه الأشغال في إطار مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود". وعموماً فإن اعتماد القاضي على قواعد المسؤولية الإدارية لتسوية إشكالية إثبات العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمقاول، يبقى حلاً منطقياً ومنسجماً مع طبيعة المنازعة الإدارية وقواعدها.

الفقرة الثانية: سبل الإثبات في حالة إنجاز أشغال غير منصوص عليها في

عقد الصفقة

تتمتع الإدارة بسلطة واسعة باعتبارها طرفاً في عقد الصفقة مقارنة مع المتعاقد معها، ويعد الحق في تعديل الصفقة من بين الامتيازات التي تتمتع بها

¹ - القرار رقم 806 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/10/31 في الملفين المضمومين رقم 6/06/84 ورقم 6/06/137، أورد هـشام الوازيكي مرجع سابق، ص 230.

² - حكم رقم 818 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 أبريل 2007، أورد محمد قصري، مرجع سابق، ص 55.

بموجب كل من القانون ودفتر التحملات، ويبرر هذا الأمر بالحاجة إلى ملاءمة الصفقة مع الظروف المستجدة أثناء تنفيذها وقابلية المرفق العام للتغيير والتعديل لتقديم الخدمة العامة على أتم وجه، غير أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن هذا الحق ليس مطلقاً، بل يخضع لقيود المنافسة والشفافية والحرية في الولوج للطلبات العمومية، لذلك عمل الفقه والقضاء على وضع حدود الحق في التعديل الذي يجب أن يكون مدفوعاً بالمصلحة العامة وتغير الظروف التي تم التعاقد على أساسها مع الحرص على عدم تغيير موضوع أو نوع الصفقة و عدم شمول التعديل للحقوق المالية للمتعاقد تحت طائلة إثارة مسؤوليتها، وبعد القيام بأعمال أو أشغال إضافية لم تكن متوقعة أثناء إبرام عقد الصفقة الأصلي من أهم صور التعديلات التي يمكن أن تطرأ على الصفقة.

ومن أجل الإحاطة بهذه النقطة، سنسئلهما بدراسة النظام القانوني للأشغال الإضافية أولاً، ثم سننتقل للإحاطة موقف القضاء من إثبات العلاقة التعاقدية واستحقاق مقابل الأشغال الإضافية المنجزة ثانياً.

أولاً: النظام القانوني للأشغال الإضافية

يجد كل من المقاول وصاحب المشروع نفسيهما في بعض الأحيان أمام إكراه إنجاز بعض الأشغال التي لم يكن منصوصاً عليها في عقد الصفقة الأصلي أو بالأحرى لم تأخذ بعين الاعتبار أثناء التعاقد ولكنها ترتبط بالأعمال الأصلية، أي أنها أعمال لم يتم إدراجها ضمن بنود العقد في البداية ولكن يتم إنجازها عند تنفيذ العقد، وتكون من نفس نوع وجنس الأعمال الأصلية¹، وتتم هذه الأعمال إما بطلب من

¹ - عبد الحق أخو الزين، مقارنة قضائية لمنازعات الصفقات العمومية، مطبعة أكوم، الطبعة الأولى 2020، ص 196.

صاحب المشروع¹ بناء على أمر مخالف للقانون، أو بمبادرة من المقاول دون الحاجة إلى تلقي أمر مكتوب متى اقتضاها حسن تنفيذ العقد من الناحية التقنية²، وعلى العموم، استقر قضاء محكمة النقض³ على تعريف الأشغال الإضافية بأنها ضرورية لإنجاز الأشغال الأصلية موضوع التعاقد ومرتبطة بها ولا يمكن أن يتم حسن التنفيذ إلا بها.

وقد تولى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016⁴ تنظيم الأشغال الإضافية وتحديد نطاقها وشروطها ثم حالاتها⁵، حيث عرفها بأنها منشآت أو أشغال غير مدرجة في الصفقة يأمر بها صاحب المشروع المقاول بواسطة أمر بالخدمة ينفذ على الفور دون تغيير موضوع الصفقة، إذا كانت هذه المنشآت أو الأشغال غير متوقعة وقت إبرام الصفقة الأصلية وتعتبر تكملة لها، أو كان من المفيد بالنظر إلى أجل التنفيذ أو حسن سير تنفيذ الصفقة عدم إدخال مقاول جديد، أو إذا كان تنفيذها سيعتمد على معدات منصبة أو

¹ - محمد باهي، مرجع سابق، 271.

² - هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 204.

³ - القرار عدد 106 الصادر عم محكمة النقض بتاريخ 2007/01/31 في الملف الإداري عدد 2006/1/4/1679، ورد في حيثيات الحكم رقم 3571 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2017/10/12 في الملف رقم 2017/7114/290، غير منشور.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أن الأشغال الإضافية كانت منظمة قبل مرسوم 2016 بموجب المادة 51 من المرسوم رقم 2-99-1087 الصادر بتاريخ 2000/05/04 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 4800 الصادرة بتاريخ 2000/06/01.

⁵ - الفقرة رقم 1 من المادة 55 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016.

مستعملة في عين المكان من طرف المقاول، وكذا إذا كان مبلغها لا يتجاوز 10% من المبلغ الأصلي للصفقة.

ويجب أن تتم معاينة الأشغال والمنشآت الإضافية بواسطة عقد ملحق¹ يحدد طبيعتها وأثمانها وعند الاقتضاء أجال تنفيذها²، ويمكن أن تكون أثمانها إما أحادية أو إجمالية أو مركبة³، ويتم تحديدها إما على أساس أثمان الصفقة الأصلية وإما على أساس أثمان يتم التفاوض بشأنها مع المقاول بالرجوع إلى الأثمان الجارية عند إبرام العقد الملحق عندما يتعلق الأمر بأثمان غير منصوص عليها في عقد الصفقة، أو على أساس أثمان تتضمن في آن واحد أثمان الصفقة الأولية وأثمان جديدة تفاوضية⁴، وفي حالة عدم حصول اتفاق بين صاحب المشروع والمقاول بخصوص الأثمان المحددة على أساس تفاوضي فإنه يتم اللجوء إلى مسطرة تسوية الخلافات المنصوص عليها في المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016، لكن في انتظار تسوية

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016 على أن "العقد الملحق عقد إضافي للصفقة الأصلية يعاين اتفاق إرادة الطرفين ويهدف إلى تغيير أو تميم بند أو عدة بنود من الصفقة المذكورة، دون تغيير موضوعها أو محل تنفيذها مع احترام بنود هذا الدفتر"

² - الفقرة رقم 2 من المادة 55 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016.

³ - أنظر في شأن طبيعة الأثمان وكيفيات تحديدها الفقرات 1 - 2 - 3 من المادة 14 من المرسوم رقم 7176.431.22.2 بتاريخ 8 مارس 2023 بتعلق بالصفقات العمومية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 7176 المؤرخة في 9 مارس 2023، ص 2860.

⁴ - أنظر الفقرة رقم 3 من المادة 55 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016.

المشكل يتعين على صاحب المشروع تسديد مقابل تلك الأعمال بشكل مؤقت على أساس الأثمان التي حددها بنفسه¹.

وعلاوة على ما سبق، يسمح القانون بأن يكون موضوعا للصفقات التفاوضية كذلك، الأعمال الإضافية التي يعهد بها إلى صاحب الصفقة إذا كان من المفيد بالنظر إلى أجل التنفيذ أو حسن سير الإنجاز عدم إدخال مقاول جديد، وعندما يتبين أن هذه الأعمال غير المتوقعة وقت إبرام الصفقة الرئيسية تعتبر تكملة لها ولا تتجاوز نسبة عشرة في المائة من مبلغها، أما إذا تعلق الأمر بالأشغال، فيتعين علاوة على ما سبق، أن يستلزم تنفيذها وجود معدات منصبة أو تم استعمالها من لدن المقاول في عين المكان، وعموما يجب إبرامها في شكل عقود ملحقة بعقود الصفقات الأصلية².

وتختلف الأشغال الإضافية من جهة أولى، عن الأعمال المنجزة خارج إطار العقد من حيث كون هذه الأخيرة لا ترتبط بتنفيذ العقد وتتعلق بعمل مختلف عن موضوع العقد³، وهي تشكل أعمالا جديدة و متميزة عن الأعمال الأصلية⁴، وكذلك تختلف من جهة ثانية، عن الزيادة في حجم الأشغال من حيث أن هذه الأخيرة مرتبطة بنقص في الكميات المنصوص عليها ضمن الصفقة بحيث يتطلب إنجازها تجاوز الحجم الأولي للأشغال كما أن إنجازها يتطلب قرارا من صاحب المشروع يبلغ إلى المقاول⁵، بخلاف الأشغال الإضافية التي لا يكون منصوصا عليها ضمن الصفقة،

1 - الفقرة رقم 4 من المادة 55 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016.

2 - الفقرة رقم 9 من المادة 89 من المادة 14 من مرسوم الصفقات العمومية المؤرخ في 8 مارس 2023.

3 - عبد الحق أو الزين، مرجع سابق، ص 196.

4 - هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 204.

5 - محمد باهي، دراسات وتعليق على بعض منازعات القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق، ص 395.

وبمعنى آخر، يقصد بالزيادة في حجم الأشغال تجاوز المبلغ التعاقدى للأشغال المنصوص عليه في الصفقة الأصلية على ألا تتجاوز الزيادات المتراكمة في جميع الأحوال 10% من الحجم الأولي للصفقة¹.

وعلى العموم يمكن اختزال شروط إنجاز الأشغال الإضافية في وجوب أن تكون مرتبطة بالصفقة الأصلية وغير متوقعة وقت إبرامها، وألا تؤدي إلى تغيير موضوع الصفقة الأصلية، وألا تكون مضمنة في جدول الأثمان بالمتعلق بالصفقة الأصلية، وكذا أن يتم إبرام عقد ملحق بخصوصها وفق الضوابط القانونية المعمول به ناهيك عن عدم تجاوز سقف النسبة المئوية المسموح بها².

ويتضح مما سبق، بأن المشرع قد أحاط تقنية الأشغال الإضافية بمجموعة من الشروط والضوابط الصارمة والتي يروم من خلالها إلى تأطيرها وتحسينها بشكل دقيق تفاديا لما يمكن أن ينتج عنها من إشكاليات تتعلق بالأداء وتتجاوز الاعتمادات المالية المخصصة مسبقا للنفقة العامة، وكذا لتجنب بعض التجاوزات التي يمكن أن تحدث والتي قد تلحق الضرر بالمال العام.

لكن وبالرغم من المجهودات المبذولة من طرف كل من المشرع والقضاء للإحاطة بالأشغال الإضافية ومعالجة الإشكاليات التي ما فتئت تفرزها الممارسة العملية، فإن واقع المنازعات القضائية في مجال الصفقات العمومية أثبت أن مسألة إنجاز الأشغال الإضافية خارج الضوابط القانونية ودون التوفر على الإطار

¹ - أنظر المادة 57 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة لسنة 2016.

² - للمزيد من التفصيل حول هذه الشروط راجع:

- محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2015، من الصفحة 273 إلى 280.

التعاقدية الناظم لها ظاهرة مزمنة ومستمرة تطرح إشكالية الموازنة بين حماية المال العام ومراعاة مصلحة المفاوضة، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن كيفية تعامل القضاء مع هذه الإشكالية من خلال سبل إثبات العلاقة التعاقدية في هذا الإطار والحفاظ على المصالح المتعارضة.

ثانياً: موقف القضاء من إثبات العلاقة التعاقدية واستحقاق مقابل

الأشغال الإضافية المنجزة

ساهم القضاء الإداري بشكل كبير في إيجاد حلول للإشكاليات التي أفرزتها مسألة الأشغال الإضافية غير التعاقدية المنجزة دون التقيد بالشروط القانونية المخصصة لها، لا سيما الحالات المتعلقة بعدم إبرام عقود ملحقة بخصوصها أو عدم إصدار أوامر بالخدمة بمباشرتها أو عدم إبرام صفقات تفاوضية بخصوصها، ناهيك عن بعض الإشكاليات الأخرى المتعلقة يتجاوز السقف القانوني المسموح به أو حقيقة إنجازها من عدمه ومدى ارتباطها بالأشغال الأصلية.

لقد قام القضاء باستنباط مجموعة من القواعد التي كرس من خلالها لأهمية المفاوضة في استخلاص مقابل الأشغال الإضافية المنجزة حياداً عن الضوابط التعاقدية مراعيًا في ذلك تحقيق التوازن بين هاجس حماية المال العام وضرورة حماية مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها¹ إلى القول بأن "لئن كانت المادة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة تستوجب إبرام عقد ملحق مصادق عليه كلما فاقت قيمة الأشغال الإضافية نسبة 10% من قيمة الصفقة، إلا أن عدم

¹ - القرار عدد 4/340 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/07/28 في الملف رقم 2019/4/4/2489، منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 67 وما يليها.

إبرام عقد لا يمكن أن يحرم نائلة الصفقة من مستحقاتها عن الأشغال الإضافية المنجزة، طالما ثبت أن إنجازها اقتضته الضرورة واستفادت منها صاحبة المشروع التي كانت حاضرة بواسطة أطرها عند تتبع تنفيذ المشروع ولم تعارض في إنجازها". ونفس التوجه كانت قد سارت عليه سابقا في قرار¹ ذهبت من خلاله إلى ما يلي "لكن حيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وإلى فحوى الحكم المستأنف يتضح أن الأشغال المطالب بها قد تم إنجازها فعلا وهو ما أكده الحكم المستأنف، وأن تشكيلات ومواصفات إنجاز تلك الأشغال كما تحدثت عنها النصوص التشريعية والتنظيمية لا يمكن مواجهة المقاول بها متى كان حسن النية، ومتى ثبت أن الإدارة أمرت بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة، ودون الالتزام بما تفرضه تلك النصوص ومسؤوليتها في هذا الباب لا غبار عليها، مما يكون معه من اللازم على الإدارة التي أنجزت الأشغال لفائدتها ووقع تسليمها لها أن تؤدي مقابلها ماليا، حتى لا تكون أمام حالة إثراء بلا سبب على حساب الغير.

وبدورها اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط² أن إنجاز المقولة لأشغال إضافية خارج إطار عقد الصفقة، يعطيها الحق في الحصول على مستحقاتها، بصرف النظر عما إذا كان قد تم التقيد بالأساس التعاقدية المنصوص عليه قانونا قبل إنجاز الأشغال موضوع عقد الصفقة أم لا.

¹ - القرار عدد 609 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2007/07/11 في الملف عدد 2195/4/1/6، ورد في حيثيات القرار رقم 3749 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2017/10/03 في الملف عدد 2017/7207/225، منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 499 وما يليها.

² - القرار رقم 4908 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2018/11/13 في الملف عدد 2017/7207/209، منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 503 وما يليها.

ولعل السبب وراء تبني القضاء لهذه الوضعية هو الرغبة في عدم تحميل المتعاقد وحده مسؤولية عدم التقيد بإجراءات الأشغال الإضافية التي استفادت منها الإدارة، حيث اعتبر أن عدم تمسك الأطراف بالمسطرة المتطلبية في إنجاز الأشغال لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يفضي إلى اعتبار المقاول المسؤول الوحيد عن الأضرار اللاحقة به من جراء عدم أداء مستحقاته مقابل الأشغال المنجزة¹.

وقد اتجه القضاء في بعض الحالات إلى اعتماد مبدأ تشطير المسؤولية بين طرفي العلاقة التعاقدية عند عدم إبرام عقد ملحق بخصوص الأشغال الإضافية بحيث لا يكون المقاول مستحقاً إلا لقيمة الأشغال على أساس تكلفتها، وبالتالي تكون الإدارة ملزمة برد قيمة ما تسلمته من أشغال تحقيقاً للتوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومراعاة لدور القاضي في حماية المال العام².

وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض³ أن الأشغال التي تنتج عن إكراهات تقنية ولا مناص منها لإنجاز الأشغال الأصلية لا تحتاج إلى أمر كتابي من صاحب الصفقة. والمحكمة لما ثبت لها من خلال وقائع الملف ومن تقرير الخبرة أن الأشغال موضوع الفاتورة المتعلقة بتركيب 67 متر من الحبل الكهربائي لإيصال الكهرباء بين المحول الكهربائي التابع للوكالة وبين الخزانة المركبة على الجدار الخارجي للمركب هي أشغال

¹ - القرار عدد 654/1 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2018/06/21 في الملف رقم 2016/1/4/3304، منشور لدى عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 205 وما يليها.

² - الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/05/23 في الملف رقم 2013/13/49، منشور لدى هشام الوزاكي، مرجع سابق، ص 221.

³ - القرار عدد 4/686 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/12/29 في الملف رقم 2018/2/4/3141 قرار منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 75 وما يليها.

لا مناص منها وترتبط بالأشغال الأصلية موضوع الصفقة وقضت بمقابل هذه الأشغال، تكون قد بنت قضاءها على أساس.

هذا ومنح القضاء للمتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على المقابل المادي للأشغال الإضافية متى ثبت أن الإدارة أصدرت تعليمات واضحة في هذا الشأن، حيث ورد في قرار لمحكمة النقض¹ أنه "ما دامت الأشغال تمت بناء على تعليمات من الإدارة كما هو وارد في تقرير الخبير والتي تقوم مقام الأوامر بالخدمة، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وما دامت التعليمات كتابية ومؤرخة وليست وليدة استنتاجات أو استدلالات فيبقى من حق المقاتلة طلب المستحقات عما أنجزته"

كما صرحت المحكمة المذكورة في قرار آخر² بأنه " لا مجال لاحتجاج الإدارة بعدم إنجاز ملحق عقد الصفقة بشأن الأشغال الإضافية أو صدور أمر بإنجازها مادامت تلك الأشغال قمتم بإنجازها بناء على طلب الإدارة وفق المواصفات المتفق عليها بدفتر التحملات وحيازتها بعد إنجازها فعليا"، كما أوردت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرار³ لها بأن الأشغال الإضافية التي يتم قبولها من طرف ممثلي

¹ - القرار عدد 4/316 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2021/04/20 في الملف رقم 2019/2/4/4914 قرار منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 92 وما يليها.

² - القرار عدد 4/34 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/02/11 في الملف رقم 2018/2/4/3739 قرار منشور في قضاء محكمة النقض في الصفقات العمومية، سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 38، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بحكمة النقض، ص 257 وما يليها.

³ - القرار رقم 3749 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2017/10/03 في الملف عدد 2017/7207/225، منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 499 وما يليها

صاحب المشروع تثبت أن المقاولة قد أنجزت وبكيفية فعلية أشغالا لفائدة الجهة الإدارية المشرفة على المشروع وهو ما ترتب عنه تحمل المقاولة نفقات مقابل تحقيق الإدارة المنجزة لفائدتها هذه الأشغال انتفاعا ثابتا يعتبر إثراء لها على حساب المقاولة التي يحق لها رغم انتفاء المرجعية التعاقدية مع الإدارة الحصول على التعويض عن إنجاز الأشغال الإضافية على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

أما بخصوص النسبة المقررة قانونا للأشغال الإضافية وعلاقتها بضرورة إنجاز عقد ملحق فقد استقر قضاء محكمة النقض من خلال مجموعة من القرارات¹ على عدم ضرورة إنجاز عقد ملحق لعقد الصفقة الأصلي متى ثبت أن الأشغال لم تتجاوز نسبة 10% من مجموع الأشغال الأصلية، ومنها القرار² الذي جاء فيه أن عدم تجاوز الأشغال الإضافية ما هو مسموح به قانونا (10% من المبلغ الكلي للصفقة) وعدم إثبات الإدارة كون هذه الأشغال لا تخرج عن أغراض التعاقد الأصلي للصفقة لا تستلزم عقد ملحق بشأن تلك الأشغال

ويستشف مما سبق أن القضاء الإداري طبق نظرية الإثراء بلا سبب وأطرها خارج المقتضيات والضوابط القانونية المنظمة للصفقات العمومية، لكنه حدد شروط تطبيقها والتي تتمثل في حسن النية في إنجاز المقاول للأشغال بعد طلبها من طرف الإدارة وكذا تنفيذها طبقا للشروط والمواصفات التقنية المتفق عليها وبالمقابل أن تؤدي الجهة المستفيدة من الأشغال مقابلهما المالي، ويقضي مفهوم المخالفة، أن

¹ - منها القرار عدد 62 الصادر بتاريخ 2011/01/27 في الملف رقم 2009/1/4/1063، ورد لدى محمد باهي، دراسات وتعاليق على بعض منازعات القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق، ص 379 وما يليها.

ومنها كذلك القرار

² - القرار عدد 653/1 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/05/15 في الملف عدد 2012/1/4/1503، منشور لدى عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 202 وما يليها.

عدم استناد الأشغال الإضافية على أمر من الإدارة أو من يمثلها وعدم إدلاء المقاوله بما يفيد استلام الجهة الإدارية المتعاقد معها لهذه الأشغال، يجعله غير مستفيد من نظرية الإثراء بلا سبب¹.

وقد تم تكريس هذا الموقف في العديد من المناسبات منها ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الإدارية² التي اعتبرت أن عدم إدلاء المقاوله نائلة الصفقة بأية حجة تفيد توصلها بأمر من الإدارة لإنجاز أشغال إضافية أو الإشارة إلى رغبة الإدارة في القيام بذلك يجعلها غير محقة في الحصول على مقابل هذه الأشغال، ولعل هذا التوجه ينطوي على نوع من الحماية لفائدة الإدارة وتحصين المال العام الذي يجب أن يصرف وفق ضوابط قانونية محددة.

كما اعتمد القضاء³ أيضا للقول بوجود أشغال إضافية وتحديد قيمتها، على ثبوت أن الأشغال كانت لازمة ومرتبطة بأشغال الصفقة الأصلية وتشكل جزءا منها بحيث لا يمكن إنجاز الصفقة بصورة كاملة دون القيام بها وبمعنى آخر، أنها ضرورية لاستكمال المشروع.

هذا واشترط القضاء لأداء قيمة الأشغال الإضافية ضرورة التحقق من ثبوت إنجازها ومطابقتها للمواصفات المطلوبة، حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف

¹ - الحكم رقم 183 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2016/01/22 في الملف عدد 2015/7114/59، منشور في مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 514 وما يلها.

² - القرار رقم 5805 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2016/12/06 في الملف عدد 2016/7205/216 ضم إليه الملف عدد 2016/7207/388، منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 509 وما يلها.

³ - القرار عدد 1282 الصادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 2004/12/22 في الملف الإداري رقم 2004/1/4/334، منشور لدى هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 214.

الإدارية بالرباط¹ أن "الحكم الذي قضى بالأداء على الرغم من انعدام أي دليل مادي على وجود أشغال إضافية تبرر تجاوز الحجم المالي للصفقة المتفق عليه يكون مجانيا للصواب".

وقد اعتبرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2019/02/14² بأن انعدام الدليل على إنجاز أشغال إضافية يجعلها غير ثابتة حيث جاء في القرار المعني ما يلي "البين أن الطالبين أثاروا بأن ما تطلبه المطلوبة في النقض من مستحقات ناتجة عن أشغال إضافية غير ثابتة لأنها تتطلب بالضرورة إقامة الدليل على الاتفاق بشأنها مع صاحب المشروع، وأن الحديث عن الأشغال الإضافية يتطلب التقييد بالمقتضيات القانونية وخاصة المادة 52 من دفتر الشروط الإدارية العامة، وأن أي وثيقة تبرر أشغالا خارج الصفقة وخارج الإطار القانوني لا يمكن اعتبارها إلا إذا كانت صادرة ممن له الصفة لإلزام الدولة بالنفقة، والمحكمة لما أيدت الحكم المستأنف دون أن تبحث فيما أثير أعلاه، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه".

¹ - القرار عدد 52 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2017/1/2، منشور لدة هشام الوازيكي، مرجع سابق ص 2014.

² - القرار عدد 172 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2019/02/14 في الملف عدد 2017/1/4/2144، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض، <https://juriscassation.cspj.ma> تم الولوج إليها بتاريخ 2023/05/08.

وعموما استقر قضاء محكمة النقض في مجموعة من القرارات¹ إلى أن عدم صدور أوامر بإنجاز أشغال إضافية وتجاوزها للنسبة المقررة قانونا يحول دون استخلاص قيمتها باعتبارها أشغالا إضافية.

وفيما يتعلق بوسائل الإثبات فقد أكد القضاء على جواز اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات بالرغم من انفراد مجال الصفقات العمومية بقواعد خاصة في هذا المجال، حيث أكدت محكمة النقض² على أن المحكمة لما اعتبرت أن الأمر لا يتعلق بالمنازعة في قيمة الأشغال المنجزة بشأن كل صفقة على حدة، وإنما بأشغال إضافية تم الإشهاد على إنجازها تبعا للمحضر الخاص بها، لم تخرق أي قانون. لما استندت المحكمة في تعليل قرارها إلى أن الصفقات العمومية وإن كانت تخضع لقواعد قانونية متعلقة بتدبيرها ومراقبتها، فإن ذلك لا يمنع طرفي النزاع من الاستدلال بجميع وسائل الإثبات الأخرى المنصوص عليها قانونا طالما أنها تؤدي إلى نفس النتيجة، وخاصة تصريح ممثل الإدارة خلال جلسة البحث المجراة أمام المرحلة الابتدائية، من كون الإدارة لا تنازع في الأشغال المذكورة، وأنه ثبت لديها من خلال وثائق الملف وخاصة المحضرين المستوفين للشروط الشكلية لإثبات الحق المطالب به طالما أنهما موقعان من طرف الإدارة، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وبنت قضاءها على أساس.

¹ - القرار عدد 117/1 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2015/06/11 في الملف عدد 2012/1/4/384، وكذا القرار عدد 1119/1 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2015/06/11 في الملف رقم 2012/1/4/1110، أوردهما عبد الحق أخو الزين، مرجع سابق، ص 212-213.
² - القرار عدد 56 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2020/01/09 في الملف عدد 2019/1/4/4392، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض، <https://juriscassation.cspj.ma> تم الولوج إليها بتاريخ 2023/05/08.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة لها كامل الصلاحية في تقدير الأدلة المنتجة وتقييم الوقائع المؤثرة في قضائها وإعطائها الأثر الذي تستحقه ولا رقابة عليها في ذلك إلا فيما يتعلق بسلامة التعليل¹.

وخلاصة القول، أن القضاء أقر مجموعة من القواعد الرامية إلى تسوية وضعية المنازعات القائمة بشأن الأشغال الإضافية آخذاً من جهة بعين الاعتبار فعالية الطلبات العمومية وحماية المال العام، ومراعياً من جهة ثانية مصالح المقاول المتعاقد مع الإدارة، حيث كرس عدم إلزامية الإطار التعاقدى المتمثل في ملحق عقد الصفقة متى كانت الأشغال الإضافية مربطة بالأشغال الأصلية وتحترم النسبة القانونية المحددة في 10%، وأن إصدار الإدارة لأمر بالخدمة أو تعليمات لإنجاز الأشغال الإضافية يجعل المقاول محقاً في تسلم مقابلها المالي، ثم إن عدم صدور أمر بتنفيذ الأشغال الإضافية أو عدم ثبوت إنجازها فعلياً أو تجاوزها للنسبة المقررة يجعلها غير مستحقة الأداء ونفس الحكم يطبق في حالة ثبوت عدم ارتباطها بالأشغال الأصلية لعقد الصفقة.

خاتمة

خلصنا عند نهاية هذه الدراسة إلى أن القضاء المغربي على غرار نظيره الفرنسي²، بقي متأرجحاً بين نظرية الإثراء بلا سبب ونظرية المسؤولية الإدارية في

¹ - القرار عدد 271 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2021/04/06 في الملف عدد 2019/2/4/1573، منشور على المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض، <https://juriscassation.cspj.ma> تم الولوج إليها بتاريخ 2023/05/08.

² - أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1961/12/21 والذي تبني نظرية المسؤولية الإدارية والخطأ المشترك وكذا القرار الصادر عن نفس المجلس بتاريخ 1958/11/12 الذي تبني نظرية الإثراء بلا سبب، أوردهما محمد قصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مقال منشور في

إطار الخطأ المشترك بين الإدارة والمقاولة، حيث ذهب إلى اعتماد نظرية الإثراء بلا سبب في تعويض المقاولة على الأشغال المنجزة خارج الضوابط التعاقدية سواء في حالة غياب العقد أو في حالة الأشغال الإضافية غير المقررة بعقد ملحق مبرم طبقاً للقانون، معتبراً أن إنجاز المقاول أشغالاً تحمل عنها نفقات وحققت الإدارة من ورائها نفعاً ثابتاً تحت إشراف موظفيها وبموافقتهم يشكل وضعية إثراء الإدارة على حساب الغير¹، لكنها حصرت مستحققاته في استرداد تكلفة الأشغال مجردة من أي ربح أو تعويض.

وفي توجه آخر ذهب القضاء إلى تكريس التعويض عن تلك الأشغال في إطار نظرية المسؤولية الإدارية خارج قواعد إبرام الصفقات وقواعد القانون المدني، وذلك بهدف مراعاة قواعد القانون العام وتحقيق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في حماية المال العام والمصلحة الخاصة المتمثلة في حماية حقوق المتعامل مع الإدارة، وقد زكت الدراسات المتخصصة² التوجهين معا معتبرة أنهما يصلحان كأساس لتحديد التعويض عن الأشغال المنجزة من طرف المقاولة خارج الضوابط القانونية لعقد الصفقة، وذلك تحقيقاً لقواعد العدل و الإنصاف والتوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وعموما نرى بأن القضاء الإداري المغربي رغم حداثة تجربته، استطاع أن يبتكر حلولاً قانونية للأشغال المنجزة خارج الضوابط القانونية التي تحكم

مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، عدد خاص بالصفقات العمومية، دجنبر 2018، ص 52.

¹ - محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرار وأحكام القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 2007/73 ص 107.

² - محمد قصري، مرجع سابق، ص 56.

الصفقات العمومية وتعويض المقاول المتعاقد في إطار نظرية الإثراء بلا سبب وقواعد المسؤولية الإدارية تكريسا لقواعد العدل والإنصاف، وهو ما سيسهم من دون شك في تقويم بعض الانزلاقات والتجاوزات التي من شأنها أن تنسف بأهداف المجهودات المبذولة من طرف الدولة في سبيل توفير البيئة الملائمة لإنعاش الاستثمارات الأجنبية واستقطاب رؤوس الأموال وتطوير قدرات الاقتصاد الوطني لخوض غمار المنافسة الدولية بأوفر حظوظ النجاح.

دور القضاء الإداري الاستعجالي في حوكمة تدبير الصفقات العمومية بالمغرب

ذ/د. المصطفى قريشي

أستاذ التعليم العالي مؤهل بالكلية متعددة التخصصات بالناظور، جامعة محمد
الأول وجدة

إن عملية إبرام الصفقات العمومية تتسم بطابعها المركب الناتج عن تلاحق عدة إجراءات مترابطة فيما بينها، مما يجعل المنازعات المثارة خلال هذه العملية موسومة بالاستعجال، الأمر الذي يقتضي البت فيها بشكل مستعجل، لتفادي التأثير السلبي لأي إجراء غير مشروع على سلسلة الإجراءات الموالية، وعلى نتيجتها النهائية المتصلة بإرساء الصفقة على متناسف معين، كما أن حسن استعمال المال العام المتوخي من الإجراءات الخاصة بالتعاقد يبقى غير مستدرك في حالة التأخر في الفصل في منازعات من هذا القبيل نتيجة تعذر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وتصحيح الاختلالات التي شابت عملية التعاقد بعد الشروع في تنفيذ الصفقة.

لذلك، يبقى الإطار القانوني الملائم لهذا النوع من المنازعات هو القضاء الاستعجالي باعتباره الجهة القضائية الكفيلة بحسم المنازعة خلال أجل معقول بما يكفل ضمان حسن استعمال المال العام في الصفقات العمومية.

لكن مادام أن المشرع المغربي وضع الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية بموجب المرسوم 2.12.349 وحدد من خلاله سلطة الامتياز للإدارة في مقابل الطرف المتعاقد الذي يكون طرفا ضعيفا في مواجهة الإدارة لما لها من سلطات وامتيازات واسعة في جميع المجالات بصفة عامة والصفقات العمومية خاصة، باعتبارها الجهة

الساهرة عن تسير المرفق العام العمومي، ما يتطلب منا البحث عن مدى توفير المشرع المغربي للطرف المتعاقد مع الإدارة الحماية القضائية الوتقوية؟ إن المشرع المغربي لم يتطرق لتنظيم مسطرة الاستعجال بنص صريح في مجال الصفقات العمومية، عكس المشرع الفرنسي الذي "عمل بموجب القانون الصادر بتاريخ 30/06/2000 على تقوية سلطة قاضي المستعجلات الإداري في مجال الصفقات العمومية خاصة في إطار ما يسمى بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية. "Le Référé précontractuel". ولعل الهدف من هاته الدعوى هو ضمان حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام عقد الصفقة عن طريق اعطاء قاضي المستعجلات الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية".

أما الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية بالمغرب يجد سنده في المادة 8 من القانون 41.90 التي تنص في فقرتها الأولى «: تختص المحاكم الإدارية في النزعات المتعلقة بالعقود الإدارية"، ولكون أن الصفقات العمومية تعتبر من حيث البنية القانونية عقودا إدارية، وأن اختصاص القاضي الاستعجالي يستمد من الاختصاص النوعي للمحكمة التابع لها، فان اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية يستمد كذلك من المادة 8 من القانون 41.90.

ويقتضي توسيع صلاحيات القضاء الاستعجالي في منازعات الصفقات العمومية فضلا على منحه إمكانية التصريح ببطلان اجراءات التعاقد، الاعتراف له بإمكانية توجيه أوامر إلى الإدارة لتدراك الاختلالات التي شابت عملية التعاقد، بما يضمن شفافية التعاقد، لذلك سيشكل القضاء الاستعجالي آلية قضائية بديلة عن قضاء

الإلغاء وإيقاف التنفيذ، ستمكن من ضمان حماية استعجالية فعالة وأوسع بشكل يجعله حارساً على تدبير المال العام في مجال الصفقات العمومية.

ومما سبق يطرح التساؤل حول ما إذا كانت الممارسة القضائية بهذا الخصوص تسير الغاية المتوخاة من إقرار القضاء الاستعجالي سواء تعلق الأمر بقاضي المستعجلات أو دعوى إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المتعلقة بالصفقات العمومية. وبالتالي الإشكالية الرئيسية للمداخلة هي ما إذا كانت التوجهات القضائية الصادرة في إطار القضاء الاستعجالي مكنت من تحقيق وضمان فعالية الطلبات العمومية وحوكمتها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا معالجة الموضوع في مطلبين: الأول لبيان أهمية القضاء الاستعجالي في حكمة تدبير الصفقات العمومية، والثاني: تطبيقات القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول: أهمية القضاء الاستعجالي في حكمة تدبير الصفقات العمومية

إذا كانت القرارات الممهدة لإبرام الصفقات قابلة بطبيعتها للطعن بالإلغاء باعتبارها منفصلة عن العملية التعاقدية، فإن مجال تدخل القاضي الاستعجالي المتصلة بها يبقى محدوداً، وبيان ذلك أنه لما كان إيقاف تنفيذ تلك القرارات هو المسلك الناجع المتاح للمتنافسين لضمان شفافية التعاقد عن طريق استصدار مقرر قضائي بشأن تعطيل تنفيذ القرارات المذكورة، بما يترتب عنه من وقف استمرار عملية إبرام الصفقة فإن القانون المحدث لمحاكم إدارية قد نص على آلية مؤطرة للإجراء المذكور، من خلال المادة 24 منه التي نصت على أنه «يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغاءه إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة»، بما يجعل مآل الطلبات المقدمة

إلى القضاء الاستعجالي في هذا الإطار هو عدم الاختصاص، وهو ما استقر عليه العمل القضائي الاستعجالي مبررا توجهه بكون «إيقاف تنفيذ القرار الإداري من اختصاص قضاء الإلغاء الذي يبت في مشروعية هذا القرار استنادا لقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع»¹.

لذلك، يبقى مجال تدخل القضاء الاستعجالي الإداري في مرحلة ما قبل التعاقد محدودا ومنحصرا في بعض المنازعات التي لا تنطوي على إيقاف مفعول القرارات الإدارية الممهدة لإبرام عقد الصفقة، من قبيل إلزام الإدارة ببيان أسباب إقصاء أحد المتنافسين.

وستناول في هذا المطلب تعريف القضاء الاستعجالي وأهميته في مجال الصفقات العمومية، مع إبراز مجالات تدخل القضاء الاستعجالي قبل التعاقد ومحدوديته.

الفرع الأول: أهمية القضاء الاستعجالي وشروطه الموضوعية.

أولا: أهمية القضاء الاستعجالي:

بالنظر للتطورات المتسارعة للحياة البشرية والتي شملت مختلف مناح الحياة اليومية للمواطن، فإن خطى العدالة بقيت تشكو أكثر من السابق من بطء في الإجراءات، وتعقيد في المساطر، مما جعل العديد من المهنيين والباحثين في مجال القانون يفكرون في وضع مؤسسة قضائية تتميز بالسرعة، والعجلة في الإجراءات، حتى يتمكن المتقاضى من الوصول لحقه في أسرع وقت ممكن، خاصة إذا كان أمام مخاطر، وأضرار قد تهدد مصالحه والتي لا يمكن أن تسعفه مساطر التقاضي

¹ - عبد الحق أخوالزين، دور القضاء الاستعجالي في حسن تدبير المال العام في منازعات الصفقات العمومية، مجلة قراءات متقاطعة، عدد مزدوج 4-5 نونبر دجنبر 2021، ص 165.

العادية بل تحتاج إلى مسطرة مستعجلة من أجل ضمان الحماية القضائية المستعجلة.

يمكن تعريف مفهوم الاستعجال بكونه ذلك الخطر الحقيقي الذي يهدد الحق المراد حمايته، عبر اتخاذ إجراءات سريعة لا تحتمل التأخير ولا تتحقق بواسطة إجراءات القضاء العادي لكون قضاء الاستعجال يعتبر مسطرة غير عادية.

وبالتالي فالقضاء الاستعجالي الإداري يعتبر فرعاً حديث النشأة بالنسبة للمنظومة القضائية بلادنا، إذ لم يتم العمل به إلا بعد إحداث المحاكم الإدارية، بموجب المادة 19 من القانون رقم 41-90 التي نصت على قضاء مستعجل إداري مستقل عن قضاء الموضوع "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضياً للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية"، ثم جاء القانون رقم 80.03 المحدثه بموجبه محاكم الاستئناف الإدارية من خلال المادة السادسة منه لينص على أنه "يمارس الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية، أو نائبه مهام قاضي المستعجلات إذا كان النزاع معروضا عليها". ليكتمل بذلك بنيان القضاء الاستعجالي الإداري من الناحية التنظيمية .

وعليه، ولتفادي المساس بحقوقه خلال مرحلة الدعوى، أو قبل رفعها، يمكن لأحد طرفي العقد أن يطلب من القاضي اتخاذ تدابير مؤقتة لصيانة هذه الحقوق. فإذا كان الاستعجال يطبع الادعاء، فإن القاضي يكون ملزماً بالبت في الطلب تفادياً لمرور الوقت الذي من شأنه أن يؤثر على طرف دون آخر¹.

1 - عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الطبعة الأولى 2019، ص. 902.

وهو ما أكده الاجتهاد القضائي المغربي، حين صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 11 أبريل 2007: " وحيث اذا كان اختصاص القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية غير محدد بنصوص خاصة فهو يبقى خاضعا للقواعد العامة للاستعجال التي يملك في إطارها قاضي المستعجلات حق اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على الحقوق متى كانت المراكز القانونية والواقعية للأطراف واضحة ومتى توافرت في الطلب حالة الاستعجال وعدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر"¹.

مما سبق تتضح لنا الأهمية القصوى التي يلعبها القضاء المستعجل في منازعات الصفقات العمومية بالنظر إلى خصوصية هذه المنازعات التي يعد الوقت عاملا مؤثرا فيها، وذلك لاعتبارات عدة. فعقد الأشغال العامة مثلا يثير مجموعة من الإشكالات تستوجب التدخل لاتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتمل التأخير، ومن ذلك إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها أو ضياع معالمها مع الوقت، أو التحقق من قيام الأسباب القاهرة التي يمكن أن يتمسك بها مستقبلا كأسباب تجعله يتحلل من التزاماته التعاقدية أمام قضاء الموضوع، أو تقديم طلب الخبرة لاعتماده كأساس للمطالبة بالتعويض².

وما يزيد من هذه الأهمية ما تتسم به المساطر الاستعجالية من سرعة وبساطة.

3

1 - ملف رقم: 07/107 س أمر رقم: 145 بتاريخ 2007/04/11 المحكمة الإدارية بالرباط.

2 - هناء العلمي العروسي، الادريسي الحسني وكوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء القانون ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، مرجع سابق، ص. 133.

3- يونس الأزرق الحسوني، الطلبات الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية امام القضاء الإداري، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، 2018، ص 109.

ثانياً: الشروط الموضوعية للاستعجال .

لقد أحالت المادة 7 من قانون المحاكم الإدارية على المادتين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية والتي يملك في إطارها قاضي المستعجلات صلاحية اتخاذ كل إجراء وقتي كفيل بحماية الحقوق المتنازع فيها كلما تبين له من ظاهر أوراق الملف أن هناك منازعة جديدة على الموضوع مع عدم المساس جوهر الحق وأن حالة الاستعجال قائمة أيضاً. وعليه فإن قضاء الأمور الاستعجالية يقوم على شرطين موضوعيين أساسيين وهما عنصر الاستعجال، وعدم المساس بالجوهر.

شروط الاستعجال يعتبر الدافع إلى ابتكار المسطرة الاستعجالية للبت بنوع من السرعة في طلبات الخصوم التي لا تتحمل التأخير، لذلك يعتبر شرطاً أساسياً ولازماً لانعقاد اختصاص قاضي المستعجلات، ويعتبر مستعجلاً كل ما لا يقبل التأجيل. لم يعرف المشرع المغربي عنصر الاستعجال ولم يحدد ماهيته، بل اكتفى في الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية بالقول "رئيس المحكمة الابتدائية يختص وحده بالبت بصفته قاضياً للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال".

غير أن الفقه تصدى لذلك حيث عرفه بأنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يستدعي تدبيراً فورياً لتفادي ضرر لا يمكن تداركه¹.

وتوفر عنصر الاستعجال من عدمه مسألة يستقل بها قاضي الأمور المستعجلة، وليس للأطراف في الدعوى أن يتفقوا على قيام حالة الاستعجال، وهو ما أكد عليه أمر صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2010/04/08، في الملف عدد 113/1/2010، حيث جاء فيه:

¹ - محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص. 178.

"وحيث إن شرط الاستعجال المبرر لتدخل القاضي الاستعجالي يستشف من ظروف وملابسات كل قضية على حدة، وبالتالي فهو ليس رهين بإزادة الأطراف".
كما أكد ذلك أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس رقم 2017/7101/91 بتاريخ 2017/10/25 :

"وحيث إنه من جهة فإن الغاية الأساسية من مؤسسة قاضي المستعجلات هي إيجاد قضاء يملك صلاحية البت بنوع من السرعة في بعض الطلبات المقدمة إليه والتي لا تتحمل التأخير وأن قاضي المستعجلات يستخلص عنصري الاستعجال والجدية من ظروف كل نازلة على حدة، ومن خلال طبيعة الحق المراد المحافظة عليه، وأنه لا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ما دام أن الأمر يتعلق بتدبير الواقع..."
أما فيما يخص شرط عدم المساس بالجوهر أو بأصل الحق، فيعتبر كذلك من الشروط الجوهرية لانعقاد الاختصاص الاستعجالي للقاضي الإداري، حيث يضمن هذا الشرط اقتصار دور القاضي الإداري في المادة الاستعجالية على فحص الدعوى بشكل مستعجل، دون الدخول في حيثياتها، ودون المساس بما يمكن أن يقضي به قاضي الموضوع، وعليه فهذا الشرط يقوم بدور أساسي في توزيع الاختصاص بين قاضي المستعجلات وقاضي الموضوع.

إن المشرع المغربي لم يعرف شرط عدم المساس بجوهر أو موضوع النزاع، واقتصر على الإشارة إليه في الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه ما يلي: "لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر"، ومفاد ذلك أنه يمنع على القاضي الاستعجالي النظر في موضوع الدعوى وفي أصل الحق أو البت فيه، لا إيجابيا ولا سلبيا، فيما يمكن أن يتخذه من أوامره، وبتعبير آخر عدم تجاوز الاختصاص الموكل إليه باتخاذ الأوامر

الهادفة إلى حماية الحقوق، والمقصود بأصل الحق كل ما يتعلق به وجودا وعدمًا، ويعني كل ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو حتى في الآثار القانونية التي رتبها القانون له أو التي قصدها أطراف العقد¹.

وعليه فإنه لا يكفي توفر شرط الاستعجال لانعقاد اختصاص قاضي المستعجلات، بل يلزم توفر الشرط الموضوعي الثاني وهو عدم المساس بالجوهر.

وفي ذلك قضى أمر استعجالي للمحكمة الإدارية بالرباط بما يلي:

"وحيث أنه ولئن كان عنصر الاستعجال متوافرا في نازلة الحال من حيث الطابع النفعي العام للمشروع الذي تعاقدت بشأنه وزارة الأشغال العمومية مع الشركة المذكورة، إلا أنه بالنسبة للعنصر الثاني وهو وجوب عدم مساس الإجراء الوقي المطلوب بجوهر النزاع، فإن هذا الشرط يعتبر مختلا في هذه النازلة نظرا لأن البت في القضية يقتضي فحص وتدقيق الحجج والمستندات المدلى بها للقول بإخلال أو عدم إخلال الشركة المتعاقدة بالتزاماتها اتجاه الإدارة، وفي ذلك مساس صارخ بجوهر الحق، هذا فضلا عن أن النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية تختص بها المحكمة كمحكمة موضوع."

ترتيبا على ما سبق، فإنه لكي تكون الولاية للقضاء الاستعجالي في نزاع ما، يجب توفر الشرطين كليهما، الاستعجال وعدم المساس بالموضوع دون اختلال أحدهما وإلا قضى قاضي الأمور المستعجلة بعدم الاختصاص. الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الإدارية بمكناس في أمر قضائي عدد 51/7101، صادر بتاريخ 10/06/2015، في الملف عدد 2015/7101/50 حيث جاء فيه "... وحيث إن مناط انعقاد الاختصاص لقاضي المستعجلات هو توفر حالة الاستعجال في النازلة وعدم

¹ - محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، مطبعة الأمنية الرباط، الطلعة الثانية، 1998، ص. 52.

المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر كما ينص على ذلك الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إنه من خلال الاطلاع على ظاهر أوراق الملف ومستنداته يتبين أن ما تطلبه المدعية يشكل منازعة جوهرية تقتضي النظر حول مدى توفرها على شروط الحصول على مستندات المشاركة في المناقصات من عدمه وهو ما يخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات الإداري ويكون الطلب حوله غير مؤسس ويتعين التصريح برفضه."

الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال

الصفقات العمومية

أولاً: القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في التجارب المقارنة.

إن النظام القانوني للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد بفرنسا يرجع إلى أصل تشريعي أوروبي، حيث تشدد المشروع الأوروبي بشأن تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في نطاق إبرام عقود الصفقات العمومية، ولأجل ذلك قام بإصدار القانون التوجيهي الخاص 655-89 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 الذي ورد تحت عنوان "طعن ورقابة" في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال، يهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بعدما تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية، وتضمن إصدار الجزاءات في حق المخالفات المرتكبة في هذا الإطار، وكذا دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد، خاصة وان المحكمة لا تبت في طعون الإلغاء الموجهة ضد القرارات المنفصلة الا بعد إبرام العقد، علاوة على أن الحكم بالإلغاء في ذاته لا يؤثر على الوجود القانوني للعقد ما لم يتمسك طرفا هذا

الأخير بحكم الإلغاء أمام قاضي العقد من أجل إبطاله، مما ينتج معه ضياع حقوق الطرف المتضرر بسبب المخالفات المرتكبة أثناء إبرام العقد¹.

وتكمن أسباب تكريس القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في ثلاثة عناصر وهي تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية، والانتهاكات الخطيرة لقواعد المنافسة والإشهار التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية إضافة إلى الرغبة في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود.

وتأسيساً على ذلك قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون 10.92 بتاريخ 04 يناير 1992، الذي منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقد على عقود التوريد والأشغال العامة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الأصل الأوروبي، وبعده تم إصدار القانون 10.93 المؤرخ في 25/01/1993 والذي نصت المادة 05 منه على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية لتشمل مخالفات العلنية والشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية وبغض النظر عن قيمتها.

وقد نص المشرع الفرنسي من خلال المادتين L551.2 وL. 1551 من مدونة القضاء الإداري على إعطاء رئيس المحكمة الإدارية كقاض منفرد للفصل في الدعوى الاستعجالية سلطات واسعة في حالة الإخلال بالتزامات مرتبطة بالإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية وكذا من أجل تقوية فعالية الطعون في مجال القضاء الاستعجالي قبل التعاقد. من خلال هذه الدعوى يمكن لأي شخص متضرر من خرق الإدارة لقواعد العلانية والمنافسة أن يلجأ إلى قاضي المستعجلات

¹ - حميد ولد البلاد، القضاء المستعجل الإداري، مطبعة اصكوم القنيطرة، الطبعة الأولى 2020، ص.

وذلك قبل إبرام العقد لأجل استصدار أمر يوجه للإدارة المعنية قصد مراعاة قواعد إبرامه.¹

كما نصت المادة 4 L551. على أنه في حال تم اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لا يمكن إبرام عقد الصفقة، إلا بعد تبليغ صاحب الصفقة بالقرار القضائي، ويمكن أن تتحول المطالبة القضائية قبل التعاقد إلى مطالبة بعد التعاقد إذا لم يمثل صاحب الصفقة لهذا المنع وقام بإبرام العقد، رغم المطالبة الاستعجالية، على أن يكون صاحب الصفقة قد بلغ من قبل المعني بالأمر أو من قبل كتابة الضبط .

كما تبنى مجلس الدولة مبدأ مستقرا فحواه أن رقابة القاضي الاستعجالي على مشروعية العقد قبل إبرامه هي رقابة المشروعية الوقائية، أما بعد الإبرام فهي تدخل في نطاق رقابة المشروعية العلاجية، وعليه أجمع الرأي العام القانوني في فرنسا أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة ما قبل إبرام الصفقة العمومية غير أن مجلس الدولة في 16 يوليوز 2007، قد قبل بالعكس، وذلك في قضية شركة "tropic"، هذه الأخيرة رفعت دعوى استعجالية تطلب من خلالها إلغاء قرار منح صفقة لشركة "rugoway"، والتي أعلنت عنها غرفة الصناعة والتجارة. إلا أن القاضي الاستعجالي رفض الدعوى، بمبرر أن العقد قد أبرم ونفذ كلياً. لكن مجلس الدولة بعد استئناف الدعوى أمامه أقر بأنه يمكن المطالبة بوقف الصفقة ولو أبرمت.²

¹ - عبد الله بونيت، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها أمام المحاكم الإدارية، مرجع سابق، ص 299.

² - محمد الحبان، دور القاضي الإداري في حماية قواعد المنافسة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية بالمغرب، ص. 366-367.

وقد أسس مجلس الدولة الفرنسي من خلال هذا القرار أمرين هما: إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية حتى بعد إبرام العقد وحق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر يخص أطراف العقد فقط .

وقد منح المشرع الفرنسي لقاضي المستعجلات الإداري في مرحلة قبل التعاقد عدة صلاحيات يمكن إجمالها كما يلي :

-توجيه أمر للإدارة التي أخلت بالتزاماتها المفروضة عليها قانونا في مجالي العلانية والمنافسة قصد مراعاة هذه الالتزامات من خلال مدة قانونية محددة تحت طائلة غرامة طبقا للنص المادة L551.2 من مدونة القضاء الإداري .

-الأمر بوقف إجراءات توقيع عقد الصفقة لمدة لا يمكن أن تتجاوز 20 يوما كحد أقصى، حتى لا يبقى العقد المذكور معلقا .

-الأمر بوقف تنفيذ كل القرارات والإجراءات المتصلة بالعقد، و بإبطال بعض الشروط المدرجة فيه والتي تكون مخالفة للالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة .

-يمكنه إقرار أوأمره الصادرة في هذا الإطار بغرامة تهديدية وذلك بناء على طلب المعني بالأمر مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي حصر هذه الإمكانية فقط بالنسبة لحالة إبرام عقود الصفقة الخاصة بقطاع الماء، أو الطاقة، أو النقل، أو الاتصالات .

وخلافا للتشريع الفرنسي، فقد أغفل التشريع المغربي تنظيم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية، ذلك أن المادة 19 من قانون المحاكم الإدارية، والتي تتحدث عن اختصاص قاضي المستعجلات أو من ينوب عنه للبت في الطلبات الوقتية والتحفضية. تبقى غير كافية لتوفير الحماية القضائية الناجعة ضد حالات الإخلال بشروط المنافسة.

وباستقراء النصوص القانونية المنظمة للمسطرة القضائية أمام المحاكم الإدارية سواء تعلق الأمر بالقانون المحدث للمحاكم الإدارية أو قانون المسطرة المدنية فإن الدعوى الاستعجالية فيما يخص إبرام الصفقة العمومية يتم استيعابها من خلال دعوى إيقاف تنفيذ القرار المنفصل المطعون فيه.

غير أن الاجتهاد القضائي المغربي أصبح مستقرا منذ مدة على أن إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية في نطاق المادة 24 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية يندرج ضمن ولاية محكمة الموضوع ولا يختص به قاضي المستعجلات، انطلاقا من أن هذا الأخير يخرج عن نطاق اختصاصه البت فيما فيه مساس بالجوهر من خلال مناقشة مشروعية القرار الإداري .

ثانيا: القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في التجربة المغربية

إن عدم استيعاب القضاء المستعجل لمنازعات ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية راجع إلى غياب تشريع ينظمه، فرغم محاولات قضاء الموضوع من خلال دعوى إيقاف تنفيذ القرار الإداري لتدارك هذا النقص، يبقى دور قاضي المستعجلات في منازعات الصفقات العمومية ما قبل التعاقد محدودا.

1- إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية والقضاء الاستعجالي

قبل إبرام العقد الإداري، قد تصدر الإدارة أو المرفق الإداري قرارات إدارية تمهيدية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء. إن الأصل العام هو أن الطعن بالإلغاء غير موقوف لتنفيذ القرار الإداري، ومرد ذلك إلى مبدأ التنفيذ المباشر للإدارة. غير أن معظم التشريعات قد قررت دعوى فرعية لإيقاف تنفيذ القرار الإداري إلى حين البت في جوهر النزاع.

ذلك ما جاءت به المادة 24 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، والتي نصت على أنه: "للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري، رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه، إذا التمس ذلك طالب الإلغاء صراحة". هكذا، وتفاديا للنتائج الخطيرة التي قد تترتب عن تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، ويصعب تداركها فيما لو حكم بإلغاء هذا القرار، وأخذًا بعين الاعتبار المحافظة على قاعدة سلامة القرارات الإدارية. جعل المشرع للمضروور حق اللجوء إلى القضاء طلبًا لوقف تنفيذ القرار مؤقتًا حتى يصدر حكم بإلغائه في الموضوع أو برفض الإلغاء¹.

ولما كان الهدف من طلب إيقاف القرار هو الحماية الوقائية للطاعن فإن المحكمة تبت فيه دون المساس بالجواهر، ومعناه أنه يمنع على القاضي بأي حال من الأحوال أن يقضي في أصل الحقوق والالتزامات مهما أحاط بها من استعجال، بل يجب عليه ترك ذلك لقاضي الإلغاء المختص وحده للحكم فيها.

أمام بخصوص الطبيعة القانونية لطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية، فإن الأحكام القضائية تنقسم من حيث وظيفتها إلى أحكام موضوعية وأخرى وقتية، ويقصد بالحكم الموضوعي الحكم الذي يفصل في حق أو مركز قانوني موضوعي، فيؤكد وجوده أو ينفيه أو ينشئه أو يعدله أو يترتب آثاره، أما الحكم الوقتي، فهو الحكم القاضي بإجراء وقتي لحماية الحق أو المركز القانوني الموضوعي مؤقتًا من خطر التأخير الذي يهدد بأضرار يتعذر تداركها لحين حمايته بحكم موضوعي².

¹ - محمد الأعرج، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في إطار القضاء الاستعجالي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 108، 2013، ص. 112.

² - أحمد درداري، إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة الاقتصاد 2018، ص 239.

من جهة أخرى نجد أن المشرع بالرغم من منحة الطبيعة الوقتية لطلبات الإيقاف إلا أنه اشترط لقبول هذه الدعوى تقديم دعوى سابقة للطعن بالإلغاء في القرار الإداري، وهو نفس التوجه المباشر من قبل القضاء الفرنسي بالقول أنه: "ولأجل أن يكون الطلب مقبولاً، يجب أن يكون موضوع مقال في الجوهر بالإلغاء أو التعديل، وفي غياب مثل هذا الطلب فإن المقال الرامي إلى وقف تنفيذ القرار الإداري يكون ماله هو عدم القبول لاعتبارات النظام العام".

أما بخصوص الجهة القضائية المختصة للبت في طلب إيقاف تنفيذ القرار الإداري حيث أنه قبل أن تتولى المحكمة البت في طلب الإيقاف من البديهي أن تتأكد أولاً من اختصاصها، فثبوت الاختصاص للمحكمة هو الذي يمكنها من مباشرة سلطتها في الدعوى عموماً بما تحمله من طلبات، حيث تعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من النظام العام.

وفي هذا الصدد صدرت العديد من الأوامر عن قاضي المستعجلات منها الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير الصادر بتاريخ 08/10/1996 عدد 22/96 في الملف عدد 23/96 بانه:

"حيث إن الطلب يرمي إلى وقف تنفيذ القرار الإداري المرفوع إلى هذه المحكمة طلب الغائه، الصادر عن رئيس المجلس الجماعي الحضري لمدينة أكادير بالترخيص للسيد بناء مستودع بمكان مخصص لبناء فيلات وحيث إنه، وما دام الأمر يتعلق بقرار إداري، فإن محكمة الموضوع بصريح المادة 24 من قانون 41.90 هي المختصة بالبت في الطلب، مما يتعين معه التصريح بعدم اختصاصنا بصفتنا قاضياً للمستعجلات.."¹

¹ - عبد الله بونيت، الرجوع السابق، ص 93.

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه المحكمة الإدارية بالرباط، حيث صدر عنها أمر استعجالي عدد 176 بتاريخ 1997/02/24 في الملف عدد 106/1997 وذلك بقوله "... حيث إنه بقطع النظر عن كون القرار القاضي بإجراء حجز على الراتب الشهري للمدعي هو قرار إداري أم لا، فإنه ما دام أن المدعي قد تقدم بدعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة أمام محكمة الموضوع، فإن طلب إيقاف تنفيذ القرار كان يتعين تقديمه أمام نفس المحكمة، وذلك عملاً بمقتضيات المادة 24 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية".

وهو التوجه الذي سارت عليه محكمة الادارية بالدار البيضاء حيث جاء في أحد الأوامر الصادرة عنها بتاريخ 2005/04/26 في الملف عدد 2005/252: " حيث إن مؤدى الطلب هو الأمر بإيقاف تنفيذ القرار الإداري الصادر عن اللجنة المكلفة بالأراضي التابعة للمكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي بدكالة إقليم الجديدة مع الشمول بالنفذ المعجل.

وحيث إنه وبعد الاطلاع على ظاهر وثائق الملف تبين بأن طلب إيقاف التنفيذ موجه ضد قرار إداري، والحال أن المشرع وإن كان قد خول بمقتضى المادة 24 من القانون 41.90 للمحكمة إمكانية الأمر، بصفة استثنائية بإيقاف تنفيذ قرار إداري، إذا طلب منها الطاعن ذلك صراحة فإنه قد أسند الاختصاص في ذلك إلى محكمة الموضوع المعروض عليها دعوى الإلغاء أيضاً، وحيث تبعا لذلك يتعين التصريح بعدم اختصاصنا للبت في الطلب "...¹.

إذا ومن خلال عرض توجهات رؤساء المحاكم الإدارية، يتضح من إصدارهم لمجموعة من الأوامر القضائية الاستعجالية بعدم اختصاصهم بالبت في مثل هذه

¹ - المرجع السابق نفسه.

الطلبات بصفتهم الاستعجالية، لعللة عرض الطعن بالإلغاء أمام محكمة الموضوع - رغم ان هذا لن يؤثر عن الحكم في موضوع الدعوى - مادامت حجية هذه الأوامر هي وقتية فقط والهدف منها توفير الحماية المؤقتة لا غير - ومنهم من أشار في أمره إلى أن المشرع أسند الاختصاص لمحكمة الموضوع - علما أن النص جاء عاما ولم يحدد مسطرة البت في الموضوع بإيراده عبارة " المحكمة" والتي لا تفيد قضاء الموضوع¹. كما أن المحكمة في بتها في طلب الإيقاف تكون غير ملزمة بتبرير أسبابها القاضية بالوقف من عدمه ومن ذلك ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/1/1².

ومن أجل الاستجابة لطلب إيقاف التنفيذ، فبالإضافة إلى ضرورة اقتراح طلب الإيقاف بطلب الإلغاء، ينبغي توفر شرطين، وهما شرط الاستعجال وشرط جدية الوسائل، بالإضافة إلى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الإداري. ويقصد بعنصر الجدية أن يؤسس المدعي دعواه على أسباب قوية توجي لأول وهلة باحتمال إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه، وألا يكون المقصود من الطلب مجرد عرقلة النشاط الإداري.

¹ - مصطفى أديطي، مؤسسة القضاء الاستعجالي الإداري المغربي، رسالة نيل دبلوم الماستر جامعة محمد الأول وجدة كلية الناظور، 2020-2021، ص 40.

² - "لئن كانت محكمة الموضوع وهي تنظر في طلبات إيقاف تنفيذ المقررات الإدارية في إطار المادة 24 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية غير ملزمة بإبراز الأسباب المعتمدة من لدنها في الحكم بإيقاف تنفيذ تلك القرارات الإدارية، ولها أن تقرر ذلك من خلال ملامستها لظاهر أوراق الملف دون الخوض في جوهر النزاع أو موضوع الدعوى، إلا أن حكمها أو قرارها الصادر بإيقاف تنفيذ المقرر المطعون فيه يجب أن يكون مستمد من واقع النزاع ومن ظاهر أوراق الملف لتبرير الأمر بإيقاف تنفيذ المقرر الإداري المطعون فيه".

وفي غياب هذا العنصر، فإن القاضي الإداري يقضي برفض طلب إيقاف التنفيذ، ويتضح ذلك من خلال الحكم الصادر عن إدارية الرباط بتاريخ 25 أبريل 2013 والذي جاء فيه: "وحيث إن عدم توفر عنصر الجدية في طلب إيقاف التنفيذ بالنظر لعدم الإعلان عن نتائج عملية فتح الأطراف بعد، وعدم إدلاء الطاعنين بما يفيد القرار بوضعيتها في الصفقة وهو المعبر عنه بركن المصلحة، مما يحتم الحكم بعدم قبول الطلب"¹.

أما بالنسبة لعنصر الاستعجال فيتعلق بطبيعة الضرر الذي يمكن أن ينتج عن تنفيذ القرار موضوع طلب الإيقاف، إذن يجب أن يتصف بنوع من الخطورة التي يتعذر تداركها وتوضيحا لذلك فقد اعتبر القاضي الإداري أن "الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه من شأنه أن يحدث بالطاعن أضرارا جسيمة يصعب أو يستحيل معها مستقبلا إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في حالة صدور حكم بإلغاء القرار المذكور..."².

ويلاحظ أن قاضي الإيقاف يحظى بسلطة تقديرية من أجل تقدير مدى ملائمة الاستجابة لطلب الإيقاف من عدمه حتى ولو توافرت كافة الشروط اللازمة للحكم به. وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه، حيث اعتبر أن إيقاف التنفيذ ليس إلا مجرد رخصة للقاضي حتى وإن توفرت كافة الشروط. بحيث يجب ألا يكون لوقف تنفيذ القرار الإداري تأثير سلبي على المصلحة العامة.

وتجدر الإشارة أنه يشترط أن يتعلق طلب وقف التنفيذ بقرار إيجابي، وليس بقرار سلبي. هذا الأخير يعني رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان

¹- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 25 أبريل 2013، ملف رقم 4/18/2013.

²- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 14، صادر بتاريخ 6/1/2005، ملف عدد 04/2/347.

من الواجب عليها اتخاذها وفقاً للقوانين. ومرد ذلك أن القاضي لا يمكنه أن يأمر بإيقاف تنفيذ قرار رفض لأن إيقاف التنفيذ في هذه الحالة يساوي قراراً من القاضي بإعطاء الترخيص الذي رفضته الإدارة وهو أمر محضور على القاضي .

وعليه فإن الاختلالات السابقة على توقيع عقد الصفقة تتميز باتحاد طبيعتها القانونية مع قضاء الإلغاء على اعتبار كونها قرارات منفصلة عن العقد، وإيقاف التنفيذ هو المسلك الوحيد القضائي للطاعن من أجل استصدار حكم يقضي بوقف تطور عملية المنافسة مؤقتاً إلى حين البت في أصل الدعوى. غير أن هذا المسلك لا يجوز اتباعه بشأن مجرد تصرف من التصرفات الإدارية التي لا تدخل في عداد القرارات الإدارية المؤثرة بذاتها على المراكز القانونية للمخاطبين بها، مثل إعطاء معلومة امتيازية أو التظاهر بتصحيح خطأ مادي بأحد العروض بغية تقوية حظوظ المتعهد به في نيل الصفقة أو افتعال عنصر الاستعجال قصد تضييق نطاق المنافسة والتعامل وفق الصفقات التفاوضية التي توسع من حرية الإدارة في التعاقد على الرغم من أن هذه الأعمال تؤثر على مسار المنافسة.

2- محدودية دور قاضي المستعجلات في منازعات الصفقات العمومية قبل

التعاقد .

كما سبق القول، فإن المشرع منح اختصاص النظر في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة، والقرارات التي تصدرها الإدارة قبل إبرام عقد الصفقة بصفة خاصة إلى المحكمة الإدارية كقضاء موضوع تطبيقاً لمقتضيات المادة 24 من القانون 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية .

غير أنه ليس هناك ما يمنع المتنافس على صفقة عمومية من التقدم بطلب استعجالي يهدف إلى إجراء قضائي تحفظي لأجل احترام مبدأ المنافسة والعلانية وفقاً

لمبدأ المشروعية. حيث تنص المادة 19 من قانون المحاكم الإدارية على أنه "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه عنه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية للبت في الطلبات الوقتية والتحفظية". وتتجلى محدودية سلطات هذا القاضي في إطار منازعات الصفقات العمومية ما قبل التعاقد في كون التدابير الوقتية والتحفظية المذكورة في المادة أعلاه، غير كافية لتوفير الحماية القضائية الناجعة ضد حالات الإخلال بشروط المنافسة .

علاوة على أن المشرع المغربي لم ينص على قواعد إجرائية خاصة بالمنازعات الإدارية ولا على مقتضيات قانونية خاصة بمنازعات الصفقات العمومية، لذلك فالقواعد المعمول بها في هذا الإطار هي القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. ولما كان عدم المساس بالجوهر شرطا من شروط الاستعجال، فغالبا ما يتم التصريح بعدم اختصاص قاضي المستعجلات في النظر مثلا لطلبات الإقصاء من الصفقة، أو عدم احترام مبدأ المنافسة والعلانية. على أساس أنها تمس بالموضوع ولا يمكن البت فيها دون المساس بالجوهر.

فكما هو معلوم فإن إبرام الصفقة العمومية يتطلب عدة إجراءات مترابطة فيما بينها، وكل إجراء غير سليم يمكنه أن يؤثر سلبا على سلسلة الإجراءات المالية وعلى النتيجة النهائية للعملية بأكملها، الشيء الذي يجعل من تدخل القاضي الإداري على وجه الاستعجال أمرا ضروريا بقصد تفادي هذا التأثير السلبي، وبالتالي فإن الحماية القضائية المتطلبية في المنازعة الاستعجالية المتعلقة بإبرام الصفقة هي حماية ضد تبعات الإخلال بإجراء شكلي نص عليه القانون، وليس ضد عدم مشروعية قرار إداري، فالمطلوب إذن هو إجبار الإدارة على تصحيح الإجراء المعيب وإبعاد الآثار المترتبة عنه. وهذا ما يكفله القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات

العمومية في فرنسا، وذلك من خلال صلاحية توجيه الأوامر للمتسبب في الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار للامتثال لالتزاماته.

ولعله من خلال الاطلاع على بعض الأوامر والقرارات الاستعجالية في الموضوع يمكن أن نستخلص أن قاضي المستعجلات الإداري يمكن ان يجد نفسه أمام فراغ تشريعي، وغياب نص قانوني صريح، يخوله صلاحية البت في مختلف النزاعات المترتبة عن عقود الصفقات العمومية، وأنه نظرا لما قد يلحق بعض المراكز القانونية لأحد أطراف العلاقة التعاقدية المبرمة في إطار الصفقات العمومية من أضرار بالغة الخطورة، والتي لا تسعف فيها إجراءات التقاضي العادية، وما يترتب عنها من إطالة أمد البت في النزاع فان قاضي المستعجلات الإداري يعتمد في مثل هاته الحالة على القواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها بالتطبيق في المواد 149 و152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليها بموجب المادة 7 من قانون المحاكم الإدارية والتي يملك في إطارها قاضي المستعجلات صلاحية اتخاذ كل إجراء وقي كفيل بحماية الحقوق المتنازع فيها كلما تبين له من ظاهر أوراق الملف أن هناك منازعة جديدة في الموضوع مع عدم المساس بجوهر الحق، وأن حالة الاستعجال قائمة أيضا وأن المراكز القانونية واضحة.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المقتضى الأمر الاستعجالي الصادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بوجدة بعد ما تقدمت أمامه الجهة المدعية بدعوى استعجالية تطعن من خلالها في إجراءات عقد الصفقة المتعلقة بتصميم الجماعة الحضرية لمدينة أحفير مؤسسة طلبها على خرق مبدأ الشفافية والسرية، إلا أن الجهة المدعى عليها دفعت بعدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب لما في

ذلك من مساس بجوهر الحق، وجاء جواب رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات حول الدفع المذكور ما يلي :

"....حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإيقاف إجراءات تنفيذ عقد الصفقة العمومية رقم 01/2013 وذلك إلى حين البت في دعوى الموضوع . وحيث أجابت الجهة المدعى عليها الوكالة الحضرية بوجدة بواسطة نائبا بعدم اختصاص القضاء الاستعجالي للبت في الطلب لما في ذلك من مساس بجوهر وحيث أن مناط انعقاد الاختصاص لقاضي المستعجلات هو إضافة إلى ضرورة توافر حالة الاستعجال في النازلة، فإنه يتعين عدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر كما ينص على ذلك الفصلين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجبه المادة 07 من القانون المحدث بموجبه المحاكم الإداري.

وحيث انه من خلال الاطلاع على ظاهر أوراق الملف ومستنداته يتبين أن ما تطلبه الجهة المدعية يشكل منازعة جوهرية تقتضي النظر أولا من مدى شرعية قرار إقصائها من الصفقة العمومية، وكذا مدى احترام مقتضيات الفصلين 1 و167 من قانون الصفقات العمومية وهو الأمر الذي يبقى من صميم اختصاص محكمة الموضوع ويخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات"¹.

وخلاصة القول إن إمكانية إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المؤطرة بالمادة 24 من قانون المحاكم الإدارية لا توفر حماية فعلية لمبدأ العلانية والمنافسة في مجال الصفقات العمومية، فالأمر لا يعدو أن يكون مسطرة سريعة وليست مسطرة مستعجلة بقوة القانون، إضافة إلى أن قاضي المستعجلات وبالنظر إلى الصلاحيات الممنوحة له باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية في إطار المادة 19 من القانون المذكور،

¹ - أمر استعجالي عدد 201 صدر بتاريخ 2013/11/13 في الملف عدد 1/13/199. غ م.

فهو لا يملك صلاحية النظر في صحة الإجراءات القانونية التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية. وهو ما يستلزم التنصيص على قواعد خاصة بالاستعجال في هذا المجال اقتداء بالمشرع الفرنسي .

المطلب الثاني: تطبيقات القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

بعد التعاقد .

بالرجوع إلى تطبيقات القضاء الاستعجالي الإداري في مجال الصفقات العمومية بعد التعاقد، يمكن رصد عمل هذا القضاء من خلال طلبات إجراء خبرة حضورية وطلب الإفراغ أو إخلاء الورش، وكذا طلبات رفع اليد عن الضمانات أو طلبات مواصلة الأشغال.

الفرع الأول: الطلبات الرامية إلى إجراء خبرة والطلبات الرامية إلى إخلاء

الورش .

لقد حدد دفتر الشروط الإدارية المطبق على صفقات الأشغال مسطرة محددة لمعاينة الأشغال أو الخدمات المنجزة وجعلها ذات طبيعة تواجدية وحدد آثارها القانونية، حيث نجد أن المادة 48 منه، قد نصت على إمكانية القيام بمعاينة في حالة تأجيل تنفيذ الأشغال إذا كان ذلك ضروريا للمنشأة أو للجزء المنفذ منها، وكذا بالجرد التفصيلي لمعدات المقاول وتركيباته في الورش . غير أن كثيرا من المتعاقدين يلجؤون إلى قاضي المستعجلات الإداري طلبا لإجراء معاينة وخبرة بواسطة خبير مختص وذلك في إطار مقتضيات الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية والمادة 19 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

ويشار إلى أن القضاء الإداري المغربي يتأرجح موقفه بين الاستجابة وعدم الاستجابة لهذه الطلبات، فهناك توجه اعتبر أن الخبرة الحسابية المطلوبة من أجل

تقييم تكلفة الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية تخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات، ومن ذلك ما جاء في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بصفته قاضي المستعجلات:

"... حيث يرم الطلب استصدار أمر بإجراء خبرة من أجل تحديد الأشغال المنجزة برسم الصفقة عدد 25 /2009/ AMCI/ وقيمتها والمبالغ التي لا زالت بذمة الجهة المستفيدة من هذه الأشغال ... وحيث لكن تواتر عمل قاضي المستعجلات على قبول المطالبة بإجراء الخبرة الحضرية قصد إثبات حال الوقائع المادية في إطار تواجهي لاحتمال استعمالها في نزاع إداري مرتقب فإن ذلك مشروط بتوافر حالة الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق .

وحيث إن الوقائع المراد إثباتها بواسطة الإجراء المطلوب، لا تنطوي على حالة الاستعجال بمفهوم الخشية من اندثار معالمها بفوات الوقت، علاوة على خضوعها للإثبات في إطار الوسائل المقررة قانونا، أمام قضاء الموضوع المعروض عليه أصل النزاع ما يبقى معه الطلب غير مؤسس...."¹.

أما بالنسبة للتوجه الثاني والذي استجاب لهذه الطلبات، فيمكن الاستشهاد على ذلك من خلال عدة أوامر استعجالية، نذكر منها، الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش:

"حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بتعيين خبير مختص من أجل إجراء جرد لكافة موجودات الورش من سلع ومواد وآليات وإجراء تمير وتقييم الأشغال المنجزة من قبل الشركة الطالبة في إطار عقد الصفقة رقم 18/2011/BG/DH ، وحيث يختص قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية عملا بمقتضيات الفصل 149 من

¹ - عبد الله بونيت، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها أمام المحاكم الإدارية، مرجع سابق ، ص 367.

قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب الفصل 7 من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تقتضيها حالة الاستعجال دون المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر.

وحيث إن الطلب يتعلق بإجراء ضروري لحفظ الحالة وإثبات واقعتها يكتسي صبغة الاستعجال بالنظر إلى ما يمكن أن يحدث من تغيير لمعالم الأشغال المنجزة وكذا تعرض المواد والسلع والآليات الموجودة بالورش للتلف من جراء عدم استعمالها، إضافة إلى أنه ليس من شأنه المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر. لهذه الأسباب نأمر علنيا ابتداءيا وحضوريا: بإجراء خبرة بواسطة الخبير المحلف...."¹

وفي أمر آخر صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 20/03/2019:

"...حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر يقضي بإجراء خبرة حضورية بواسطة خبير مختص. وحيث دفعت الجهة المدعى عليها بعدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب وذلك نظرا لانتفاء حالة الاستعجال من جهة ولما في الطلب بمساس بجوهر النزاع. وأن ملتمس إجراء خبرة لا يمكن أن يكون كطلب أصلي .

لكن حيث إن العمل القضائي جرى على قبول طلبات الخبرة وإن كانت طلبات أصلية متى قدمت في إطار استعجالي لإثبات حالة الشيء المجراة عليه الخبرة وذلك في إطار الفصل 149 من ق.م.م. المحال عليه بمقتضى المادة 7 من قانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية والتي تسمح مقتضياته بتقديم مثل هذا الطلب أمام قاضي المستعجلات متى قدر أن هاته المحكمة الذي هو جزء منها مختصة بالنظر في

¹ - أمر رقم 58 بتاريخ 2012/06/20 ملف عدد 43/1901/2012 المحكمة الإدارية بمراكش غير منشور.

أصل النزاع فضلا عن استيفاء الإجراء المطلوب لشرطي الاستعجال والوقائية وعدم تعارض موضوعه مع نصوص خاصة. مما يكون معه الدفع المثار غير مؤسس ويتعين رده.

وحيث إن الإجراء المطالب به يعتبر إجراء وقتيا لا يمس بحقوق الأطراف موازاة مع اقترانه بحالة الاستعجال، مما يكون معه الطلب مبررا من الناحية القانونية والواقعية ويتعين الاستجابة له وذلك في حدود المهمة المحددة له بالمنطوق الوارد أسفله¹.

يتضح مما سبق، أن قاضي المستعجلات درج على الاستجابة لطلب إجراء خبرة في مجال الصفقات العمومية متى كان الطلب يهدف إلى مجرد معاينة الأشغال من طرف الخبير ووصفها وتحديد قيمتها، ومتى توفر عنصر الاستعجال.

إلا أنه يجب الإشارة إلى أن تقرير الخبير لا يقيد المحكمة في شيء، وإنما هو عبارة عن وثيقة يدخل استخلاص ما جاء فيها في مجال السلطة التقديرية للمحكمة وكيفما كانت الوضعية العلمية للخبير، أو الخبراء الذين أنجزوا التقرير. وإذا كان رأي الخبير غير ملزم للقاضي الاستعجالي، إلا أن هذا الأخير يكون ملزما بتسبيب حكمه تسببا لا يتناقض مع الوثائق التي بين يديه والمعطيات التقنية التي حصل عليها².

أما بخصوص الطلبات الرامية إلى إخلاء الورش، فعندما يتم فسخ عقد الصفقة من طرف الإدارة صاحبة المشروع كجزاء ضد الطرف الآخر المتعاقد معها،

¹ - المحكمة الإدارية بمكناس أمر رقم 24 بتاريخ 2019/03/20 ملف عدد 2019/7101/20 غير منشور.

² - محمد تفاوت، منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري المغربي، رسالة لنيل الماستر في القانون العام، جامعة محمد الأول وجدة كلية الناظور، موسم 2020-2021، ص 77.

فإنه غالباً ما لا يستجيب هذا المتعاقد لطلب إخلاء الورش من معداته، ويظل محتلاً له رغم فسخ العلاقة التي كانت تربطه مع صاحب المشروع، وعلى إثر ذلك يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لقاضي المستعجلات الإداري من أجل استصدار أمر بإفراغ المقاوله هي أو من يقوم مقامها من الورش.

إن العمل القضائي لم يحسم في مسألة قبول الطلبات الاستعجالية الرامية إلى إفراغ الورش من المقاوله ومعداتها من عدمه، كما هو الشأن في مسألة الطلبات الرامية إلى إجراء خبرة .

ومن بين التطبيقات القضائية التي قضت بقبول الطلبات الرامية إلى إخلاء الورش، نجد الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 2017/11/29 :

" وحيث إنه وكما استقر العمل القضائي فإن المقصود بجوهر النزاع أو أصل الحق الممنوع على قاضي المستعجلات المساس به هو ذلك السبب القانوني الذي يحدد حقوق كل طرف من الأطراف، والتزاماته، قبل الآخر، إذ يمنع عليه تناوله سواء بالتفسير أو التأويل وتأسيس قضائه بذلك على أسباب قد تمس أصل الحق أو الأمر باتخاذ إجراء تمهيداً لإثبات أصل الحق المراد حمايته من خلال الإجراء المطلوب، فإنه بالمقابل من ذلك لا يمنع على قاضي المستعجلات من إجراء بحث ظاهري للمستندات المقدمة إليه، عرضياً لكي يتلمس من خلالها وفي إطار سلطاته التقديرية مدى جدية الطلب المقدم إليه من عدمه.

وحيث إنه ولما كان الثابت من أوراق الملف، ومستنداته، أن طلب المدعية أسس على قرار فسخ عقد إداري يتعلق بأشغال عامة، وأن من حق الإدارة فسخ العقد الذي يربطها مع الغير في إطار الصفقات العمومية متى ارتكب هذا الأخير خطأ

جسيم يستوجب ذلك، وأنه يراعى دائما في مثل هاته العقود تغليب المصلحة العامة على مصلحة الطرف الآخر في العقد والذي يبقى حقه للمطالبة بالتعويض ثابت متى ثبت أن قرار الفسخ اتخذ بصفة تعسفية .

وحيث ومادام أن العلاقة التعاقدية التي كانت تربط المدعية بصفتها صاحبة المشروع والمدعى عليها قد انتهت بمقتضى قرار فسخ عقد الصفقة المؤرخ في 2016/12/05 والمبلغ إلى المدعى عليها بتاريخ 2016/12/09، وانصرام الأجل المضروب لهذه الأخيرة يجعلها في حكم المحتل لعقار المدعية من دون سند ولا قانون مما يكون معه طلب إفراغها من الورش و جيه ومؤسس، ويتعين الاستجابة إليه¹.

دائما وفي نفس الاتجاه القضائي الذي قبل بالطلبات الرامية إلى إخلال الورش، نجد من يرى أنه من حق الإدارة صاحبة الورش وبعد صدور قرار فسخ عقد الصفقة وسلوك كافة الإجراءات الإدارية مع المتعاقد معها خاصة منها مسألة تبليغ قرار الفسخ، ومسألة معاينة حالة الأشغال وتقييمها، أن تلجأ إلى قاضي المستعجلات الإداري من أجل استصدار أمر بإفراغ ورشها. ومن ذلك ما جاء في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بمكناس رقم 05 بتاريخ 2018/02/07 بأنه:

"وحيث إنه لما كان سند تواجد المدعى عليها بالورش المطلوب إفراغها منه هو عقد الصفقة المبرم بين الطرفين تحت عدد 213/17، فإنه بصدور قرار عن المدعية يقضي بفسخ الصفقة المذكورة، يجعل استمرار تواجدها بالورش ليس له سند

¹ - المحكمة الإدارية بمكناس أمر رقم 107 بتاريخ 29/11/2017 ملف عدد 93/7101/2017 غير

ويقوم مقام المحتل بدون وجه حق، ويبرر تدخل قاضي المستعجلات الإداري للأمر بإفراجها منه..."¹.

أما الاتجاه القضائي الذي قضى بعدم قبول الطلب الرامي إلى إخلاء الورش، فغالبا ما يعلل قضاءه هذا بعدم التزام الإدارة بمباشرة المسطرة الإدارية المتعلقة بمعاينة الأشغال وتقييمها بحسب ما هو منصوص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة، إذ تعتبر تلك المسطرة ضمانا أساسية للمتعاقد من أجل توثيق الأشغال المنجزة قبل إسناد الصفقة إلى مقاوله أخرى لإتمام ما تبقى منها. ومن أمثلة ذلك ما أكد عليه الأمر رقم 6 الصادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 09/01/2013 حيث جاء فيه:

"... وحيث إن البادي من محضري المعاينة المنجزين من طرف المفوض القضائي السيد... خلوهما من أي جرد مفصل ودقيق لحالة الورش المعني أو إبرازها بجلاء للعناصر الكيفية والكمية المنفذة فيه من المقاول المدعى عليها، مما ظلت معه المراكز الواقعية والقانونية للأطراف غير واضحة حيال عقد الصفقة عدد G11025 من ناحية الحقوق والالتزامات المعتبرة شريعة بين طرفيها بعد أن ارتضيها، المبررة لتدخل قاضي المستعجلات لاتخاذ الإجراء المطلوب المتسم بوجود خطر جسيم، والمقترن بمنازعة موضوعية لا زالت إجراءات التحقيق جارية بشأنها حسب المستشفى من ظاهر الأوراق، الأمر الذي استتبع التصريح بعدم قبول الطلب"².

1 - المحكمة الإدارية بمكناس، امر استعجالي رقم 05، صادر بتاريخ 07/02/2018 في الملف عدد 2018/7101/02..

2 - أمر استعجالي رقم 6 صدر بتاريخ 09/01/2013 في الملف عدد 2013/1/1081.

وعليه فإن قاضي المستعجلات الإداري حاول أن يوفر نوع من الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقة العمومية، عندما قضى بعدم قبول طلب الإدارة الرامي إلى إفراغ الورش بعلّة أن الإدارة لم تدل بما يفيد أنها قد باشرت المسطرة الإدارية المنصوص عليها قانوناً والمتعلقة بمعاينة الأشغال وتقييمها .

الفرع الثاني: الطلبات المتعلقة بالضمانات والطلبات الرامية إلى مواصلة

الاشغال .

قد يتم عرض بعض الطلبات المتعلقة بالضمانات المقدمة في إطار الصفقات العمومية على أنظار القضاء الاستعجالي، وذلك إما في شكل طلبات رفع اليد عنها أو في شكل طلبات إيقاف استخلاصها من طرف الإدارة. ومن المؤكد أن أي إجراء يخص تلك الضمانات يتطلب مناقشة مشروعية قرار فسخ الصفقة الصادر عن الإدارة، بما يعنيه ذلك من أن الاستجابة للطلب قد تؤدي بقاضي الأمور المستعجلة إلى المساس بالجوهـر والفصل في مشروعية القرار المذكور، ولذلك فإن الأوامر الاستعجالية ما فتئت ترفض الاستجابة لمثل هذه الطلبات أو تقضي بعدم الاختصاص للبت فيها. رغم وجود تطبيقات قضائية نادرة أقرت بتوفر حالة الاستعجال والجديّة في الطلبات الرامية إلى إيقاف استخلاص الضمانات.

ومن التطبيقات القضائية لذلك، الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2009/06/09: " حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإيقاف صرف الكفالة والضمانة الممنوحة للمديرية الإقليمية للفلاحة بمراكش والتي حصل عليها الطالب من مؤسسة القرض الفلاحي بأزيلال بقيمة درهم ضماناً لتنفيذ أشغال الصفقة عدد 2006/14 المبرمة بينهما والمتعلقة وذلك إلى حين البت في موضوع المنازعة الراجعة أمام هذه المحكمة بشأن الصفقة المذكورة.

وحيث إن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية يستتبع لزوما اختصاص قاضي المستعجلات الإداري بالفصل فيما ينبثق عن هذه المنازعات من أمور مستعجلة مادام القانون لم يسلبه ولاية الفصل فيها. وحيث إنه من خلال ظاهر وثائق الملف يتبين أن المديرية الإقليمية للفلاحة بمراكش قد أصدرت بتاريخ 16/07/2008 قرارا يقضي بفسخ عقد الصفقة المبرم مع الطالب وأن المديرية ضمنت في القرار المذكور بالإضافة إلى الفسخ أمرا بمصادرة الكفالة والضمانة النهائية وقيمتها درهم لفائدة الدولة، معتمدة في اتخاذ قرارها هذا على التأخير الحاصل في وثيرة إنجاز الأشغال وكذا جودة هذه الأشغال .

وحيث إن الكفالة أو ما يسمى بالضمانة النهائية المنصوص عليها في الفصلين 12 و15 من قانون الصفقات ترصد لتنفيذ الالتزامات التعاقدية تستحق لصاحب المشروع في حالة إخلال نائل الصفقة بالتزاماته التعاقدية موضوعها، وبالتالي فهي وسيلة قانونية لضمان تنفيذ التزام عيني، بموجبها يتعهد البنك بأداء مبلغ الضمان عند تحقق شروط استحقاقه كما هي منصوص عليها بدفتر التحملات والنصوص التشريعية الجاري بها العمل.

وحيث إنه بناء على ذلك فإن إجراء مصادرة الكفالة والضمانة بحكم طبيعته يضي على الطالب صبغة الاستعجال لما لهذا الإجراء في حالة تنفيذه من تأثير على وضعية الطالب المالية وانعكاس سلبي على دائنيته بالإضافة إلى ما يتطلبه من إجراءات ومساطر إدارية وقضائية في حالة المطالبة باسترجاع مبلغ الضمان فيما بعد.

وحيث إنه بالإضافة إلى تحقق عنصر الاستعجال فإنه بالرجوع إلى مقال دعوى الموضوع الراجعة يتبين أن الطالب ينازع بشكل جدي في مشروعية قرار فسخ عقد

الصفقة مستندا في منازعته إلى عدم احترام إجراءات الفسخ وكذا تنفيذه لجميع التزاماته التعاقدية .

وحيث إن هذه الأسباب تنهض مبررا كافيا لتدخل قاضي المستعجلات للأمر بإيقاف صرف الكفالة والضمانة بصفة وقتية وتحفظية وذلك إلى حين البت في موضوع النزاع الجاري أمام هذه المحكمة بشأن الصفقة المذكورة¹.

وقد سارت المحكمة الإدارية بأكادير في نفس التوجه وقضت بوقف إجراءات استخلاص الضمانة لقيام حالة الاستعجال:"

"...حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإيقاف استخلاص مبلغ الضمانة النهائية من طرف المندوبية الإقليمية لوزارة الصحة بتارودانت والحكم بعدم مشروعية قرار المصادرة وبأنه جاء في غير أوانه والحكم على مؤسسة لتمويل المقاولات في شخص ممثلها القانوني بإيقاف مبلغ الضمانة النهائية وقدره 516483,00 درهم بين يديها وعدم تسليمه للغير وذلك في انتظار صدور حكم نهائي في الموضوع باعتبارها المؤسسة الناتجة لمبلغ الضمانة النهائية.

في الاختصاص النوعي: حيث دفع الوكيل القضائي للمملكة بعدم اختصاص قاضي المستعجلات لدى المحكمة نوعيا للبت في الدعوى.

وحيث إنه لما كانت المحكمة الإدارية هي المختصة نوعيا للبت في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقا للمادة 08 من القانون 41.90 فإن الاختصاص فيما يتعلق بالأمور المستعجلة المرتبطة بهذه المنازعات يرجع فيها لمحكمة الرئيس بالمحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات الذي يكون معه المثار بهذا

¹ - المحكمة الإدارية بمراكش أمر رقم 71 بتاريخ 06/09/2009/ ملف عدد 67/1/2009 س غير منشور.

الصدد غير مبني على أساس ويتعين رده والتصريح بانعقاد الاختصاص النوعي لمحكمة المستعجلات بالمحكمة الإدارية بأكادير.

وحيث يهدف الطلب إلى الحكم بما هو مفصل أعلاه .

وحيث يشترط لقبول طلب إيقاف إجراءات التحصيل والذي يبت فيه قاضي المستعجلات باعتباره طلبا وقتيا :

-قيام حالة الاستعجال. - جدية المنازعة في الموضوع. - تقديم ضمانات تؤمن الأداء عند اللزوم.

وحيث إن الإجراءات لاستخلاص مبلغ الضمانة النهائية من طرف المندوبية الإقليمية وزارة الصحة بتارودانت جارية في حق المدعية مما يجعل حالة الاستعجال قائمة في الطلب.

وحيث يتبين بعد دراسة الطلب، وتفحص ظاهر الوثائق المدلى بها، وملف المنازعة في الموضوع والأسباب المعتمدة فيه، والنصوص القانونية المتمسك بها جديداً الطلب، مما يتعين معه الحكم بوقف إجراءات استخلاص الضمانة المقدمة من طرف المدعية بين يدي مؤسسة..... لتمويل المقاولات موضوع الصفقة عدد 1/2014 وذلك إلى حين البت النهائي في دعوى الموضوع مع ما يترتب عن ذلك قانوناً...¹.

وفي المقابل نجد تطبيقات قضائية ترفض هذه الطلبات بداعي مساس النظر فيما والبت فيها بجوهر الموضوع، وهو ما أكدته الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بصفته قاضياً للمستعجلات جاء فيه: "... فإنه في نازلة الحال لم يتبين من

¹ - عبد الله بونيت، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها أمام المحاكم الإدارية، مرجع سابق ، ص 364-

خلال ظاهر الأوراق المدلى بها في الملف جدية موقف المستأنف عليها من المنازعة، وتوفرها على مركز قانوني واضح له الأولوية في الحماية، وبرر التعليق المؤقت لقرار فسخ الصفقة المشار إليه أعلاه في شقه المتعلق بمصادرة الضمانة، وأن ذلك لا يكون متاحاً إلا من خلال ما تملكه محكمة الموضوع من إجراءات التحقيق المناسبة للنزاع سيما وأن الخبرة المستدل بها من طرف المستأنف عليها اقتصر على قيمتها ولا يمكن أن تتطرق إلى تحديد المسؤول عن التأخير عن التنفيذ المتحمل تبعات فسخ الصفقة، الأمر الذي يبقى معه الإجراء المطلوب فيه مساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، ويرتفع معه اختصاص قاضي المستعجلات للنظر فيه...".

ترتياً على ما سبق، فإن القضاء الاستعجالي الإداري لا يمكنه في الوضعية الحالية أن يقوم بحماية المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ مصادرة الضمانات في إطار الصفقات العمومية، تفادياً للمساس بالجوهر والفصل في مشروعية قرار الفسخ الصادر عن الإدارة.

أما بخصوص الطلبات الرامية إلى مواصلة الأشغال، فإنه أثناء تنفيذ الأشغال قد تصدر الإدارة صاحبة المشروع قراراً بإيقاف هذه الأشغال لسبب ما، مما يدفع بالمقاول المتعاقدة مع الإدارة إلى اللجوء إلى القضاء الاستعجالي قصد استصدار إذن بمواصلة الأشغال.

غير أنه، وكما هو الحال بالنسبة للطلبات الرامية إلى إيقاف مصادرة الضمانات في إطار الصفقات العمومية، حيث إن القاضي الاستعجالي يصح بعدم الاختصاص لأن من شأن البت في الطلب المساس بالجوهر.

فإن قاضي المستعجلات يقضي بنفس الشيء أمام الطلبات الرامية إلى إذن بمواصلة الأشغال وتحت نفس المبرر، بمعنى أن النظر في هذه الطلبات يستدعي

مراقبة مدى مشروعية قرار إيقاف الأشغال الصادر عن الإدارة والذي ينعقد اختصاص النظر فيه لقاضي الموضوع.

ومن بين التطبيقات القضائية لذلك، ما تبناه رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، بصفته قاضيا للمستعجلات في الأمر الصادر عنه تحت رقم 4700 بتاريخ 07 دجنبر 2016، حيث جاء فيه "وحيث أن البت في طلب السماح للطالبة بإتمام أشغال صفقة، أصدرت الإدارة صاحبة المشروع أمرا بإيقافه بصورة مؤقتة، لا يمكن أن يمر إلا عبر تقدير مدى مشروعية قرار الإيقاف المشار إليه، بعد تكييف ما إذا كان هذا القرار يعتبر في حد ذاته من صنف القرارات المتصلة بعقد الصفقة والتي لا يمكن مناقشة مشروعيتها إلا في إطار القضاء الشامل، أم أنه قرار منفصل وبالتالي يجوز الطعن فيه بشكل مستقل عن طريق دعوى الإلغاء، وهي أمور كلها تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، مما يجعل الطلب الحالي غير مستجيب لمقتضيات الفصل 152 من المسطرة المدنية ومآله الرفض"¹.

نفس المحكمة عادت وقبلت الطلبات الرامية لمواصلة الأشغال من خلال فحص مختلف الوثائق والمستندات المرتبطة بالقضية، باعتبار أن طول أمد النزاع يمكن أن يشكل أضرارا لا يمكن تداركها بعد الفصل في الموضوع، حيث جاء في الأمر الاستعجالي رقم 1464 صدر بتاريخ 2006/12/29: "

".... حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بالإذن للطالبة في مواصلة أشغال الصفقة غير المنجزة بعد المطالبة بفسخها تجنباً للأضرار الناتجة عن توقف الأشغال.

¹ - يونس الأزرق الحسوني، الطلبات الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية أمام القضاء الإداري، مجلة الوكالة القضائية للملكة، العدد الثاني، ص 131.

حيث إن اختصاص القضاء الاستعجالي باتخاذ الاجراءات الوقتية الكفيلة بحماية المراكز القانونية للأطراف في مجال الصفقات العمومية ما دام أنه غير محدد بنصوص خاصة يبقى خاضعا للقواعد العامة للاستعجال التي يملك في إطارها قاضي المستعجلات اتخاذ كل إجراء وقتي كفيل بحماية الحقوق المتنازع فيها موضوعا، كلما استبان له من ظاهر أوراق الملف مع عدم المساس بجوهر الحق أن هناك منازعة جدية في موضوع الحق وأن حالة الاستعجال قائمة وأن المراكز القانونية للأطراف واضحة إزاء موضوع المنازعة.

وحيث إنه لئن كانت الإدارة صاحبة المشروع تملك سلطة اتخاذ قرار فسخ العقد الإداري بصفة تلقائية لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية بعد استيفاء الإجراءات المقررة في هذا الشأن، فإنها تملك كذلك حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد الإداري للسبب المذكور، غير أن اللجوء إلى القضاء في هذا الشأن بما يترتب عنه من إطالة البت في النزاع على ضوء إجراءات المقرر التوجيهية، وما قد يقتضيه الأمر من اتخاذ إجراءات تحقيقية للبت في الطلب قد يعرض المشروع نتيجة لذلك لأضرار قد يصعب تداركها، أو تقويم نتائجها في حالة عدم مواصلة الأشغال، ومن هنا يملك القضاء الاستعجالي التدخل للأمر بمواصلة الأشغال بما يترتب على ذلك من آثار قانونية في حالة وجود أسباب جدية من ظاهر واقع النزاع حول المطالبة بفسخ العقد الإداري قضاء، وحالة الاستعجال بمفهوم الضرر الذي يصعب تداركه أو تقويم نتائجه بعد التنفيذ .

وحيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف، ومستنداته، وخصوصا الخبرة المضافة حول الأشغال غير المنجزة والإشعارات حول تنفيذ الالتزام التعاقدية والأسباب المعتمدة في طلب فسخ العقد الإداري قضاء على ضوء ذلك أن هناك أسباب جدية حول طلب

الفسخ ذلك، وأن حالة الاستعجال قائمة بالنظر لما يترتب عن بقاء الحال على ما هو عليه وتوقف الأشغال لغاية حسم النزاع، بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أضرار بالمشروع، وبالمال العام، الذي تم رصده لتمويله علاوة عن الأضرار الناتجة عن تعطيل الانتفاع بخدماته من طرف المستفيدين منه والتكاليف المالية المترتبة عن ذلك التعطيل في مواجهة صاحب المشروع إزاء الأغيار، مما يبرر تدخل القضاء الاستعجالي الأمر بمواصلة الأشغال من طرف صاحب المشروع بما يترتب على ذلك من آثار قانونية وبالتالي يبقى الطلب حول ذلك مبرراً¹.

إن من شأن توسيع صلاحيات القضاء الاستعجالي في هذا المجال، توسيع حق اللجوء إلى القضاء بما يوفر ضمانات إضافية للمتعاقدين في مجال الصفقات العمومية، يمكن لكل متنافس لنيل صفقة عمومية المطالبة ببطان إجراءات التعاقد أمام قاضي المستعجلات، إذا ما تبين له عدم انضباط صاحب المشروع لأحد مبادئ إبرام الصفقات العمومية، بل ويمكن لهذا الأخير كذلك أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي للتصريح ببطان إجراءات التعاقد، أو إيقاف تنفيذ الصفقة بعد المصادقة عليها كما في التجربة الفرنسية، في حالة اكتشافه لبعض الخروقات التي يمكن أن تصاحب عملية التعاقد مما سيسهم في حكمة تدبير مختلف مراحل وإجراءات ومساطر إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

ويقتضي توسيع صلاحيات القضاء الاستعجالي في منازعات الصفقات العمومية فضلاً على منحه إمكانية التصريح ببطان إجراءات التعاقد، الاعتراف له بإمكانية توجيه أوامر إلى الإدارة لتدراك الاختلالات التي شابته عملية التعاقد، بما يضمن

¹ - عبد الله بونيت، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها أمام المحاكم الإدارية، مرجع سابق، ص 360-

شفافية التعاقد، لذلك سيشكل القضاء الاستعجالي آلية قضائية بديلة عن قضاء الإلغاء وإيقاف التنفيذ، ستمكن من ضمان حماية استعجالية فعالة وأوسع من القضاء الاستعجالي القائم بشكل يجعله حارسا على تدبير المال العام في مجال الصفقات العمومية¹

¹ - عبد الحق أخوالزين، دور القضاء الاستعجالي في حسن تدبير المال العام في منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 182.

التجميد الزمني لقانون الدولة في عقد الاستثمار الأجنبي

ياسين المعتمد

باحث بسلك الدكتوراه، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي
- جامعة محمد الخامس بالرباط

يسعى المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى تفادي اختيار قانونها الوطني ليحكم عقد الاستثمار، وذلك تفاديا منه للمخاطر الممكنة الوقوع جراء هذا الاختيار¹. هذه المخاطر قد تتحقق نتيجة التعديلات أو التغييرات التشريعية التي تقوم بها الدولة، بل قد تعمد هذه الأخيرة إلى هذه التعديلات أو التغييرات من أجل المساس بتوازن العقد، أو محاولة منها لإنهائه بإرادتها المنفردة²؛ وهذا ما قد ينال من حقوق المستثمر الأجنبي.

وفي ظل فشل المستثمر الأجنبي في الكثير من الحالات إقناع الدولة المضيفة لاستثماره باختيار قانون آخر غير قانونها الوطني، وكذلك مع عدم إمكانية تقبلها فكرة تطبيق قانون دولة أخرى بذريعة تعارضه مع سيادتها. لا يبقى أمام الطرف الأجنبي من خيار تحصينا منه لحقوقه سوى اللجوء إلى وضع بنود تعاقدية تغل يد الدولة وتمنعها من القيام بأي خطوة تمس بتوازن العقد، من قبيل التعديلات أو

(1) - قرر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة أثينا باليونان سنة 1979 بمناسبة مناقشة موضوع القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية من رعايا دول أخرى في المادة 3 من القرار الذي اتخذه أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد".

(2) – Voir : BUCHER Andreas La dimension sociale du droit international privé, RCADI, p 109. Vol.341, 2009,

التغييرات التشريعية التي تهم موضوع تعاقد الأطراف¹؛ إلى جانب محاولته الحد من إمكانية الدولة تعديل أو إنهاء العقد بإرادة منفردة. وهذا ما يعرف في مجال عقود الاستثمار بالتجميد الزمني لقانون العقد أو الثبات التشريعي.

ومن خلال ما تقدم تبرز لنا الإشكالية التالية: كيف يساهم شرط الثبات التشريعي في تحقيق توازن مصالح أطراف عقد الاستثمار الأجنبي؟

للإجابة عن هذه الإشكالية نقترح معالجة الموضوع وفق التصميم التالي:

● **المطلب الأول:** طبيعة شرط الثبات التشريعي ومبررات إدراجه بعقد الاستثمار الأجنبي

● **المطلب الثاني:** موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي ونتائج أعماله

المطلب الأول: طبيعة شرط الثبات التشريعي ومبررات إدراجه بعقد الاستثمار الأجنبي

حتى نخوض في شرط الثبات التشريعي يلزم أولاً تحديد مفهومه (الفقرة الأولى)، ثم مبررات لجوء المستثمر الأجنبي إلى إدراج شرط كهذا بالعقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المقصود بالثبات التشريعي لقانون الدولة

يعتبر شرط الثبات التشريعي ذلك الشرط الذي يتم تضمينه غالباً في عقود الاستثمار بطلب من المستثمر الأجنبي². ويهدف إلى تجميد القانون واجب التطبيق

(1) - V. Nations unies, Contrats d'état, conférence des nations unies sur le commerce et le développement, collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, publication des nations unies, imprimé en suisse, 2004, p 30 et s.

(2) - راجع في هذا الصدد:

- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن جامعة المنصورة-كلية الحقوق، العدد 5، 1989، ص 125.

على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه، أي عدم سريان التعديلات أو التغييرات التي تجريها الدولة على قانونها الوطني المطبق على العقد¹. حيث تتعهد الدولة، بعدم إجراء أي تعديلات تشريعية أو إصدار أية تشريعات جديدة تمس بموضوع العقد² على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي والقانوني لأطرافه، والذي من شأنه أن يمس بالأساس مصالح وحقوق المستثمر الأجنبي³. كما يقضي شرط الثبات التشريعي إلى عدم تطبيق التعديلات أو التغييرات التشريعية على العقد إلا بموافقة المستثمر الأجنبي⁴. إضافة إلى ذلك تبقى الدولة ملزمة بإحاطة هذا الأخير بكل المستجدات التشريعية التي قد تشمل القانون واجب التطبيق على العقد.

كما يبقى الثبات التشريعي كأصل عام شرطاً غير معتاد في عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة طرفاً فيها، وهو ما يفسر عدم اهتمام الفقهاء بدراسته التفصيلية من خلال تعرضهم لطبيعته وآثاره، إلا عند وقوفهم على عقود الاستثمار

- محمد شوراق، عقود الدولة في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 127 وما بعدها.

(1) - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص 437.

(2) - انظر: وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، بيروت، لبنان، ص 768 وما بعدها.

(3) - انظر في هذا المعنى: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، 2006، ص 201-202.

(4) - EL-KOSHERI Ahmed Sadek, Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, RCADI, Vol.147, 1975, p 311.

التي تعتبر المجال الخصب لإعمال مثل هذا الشرط¹. وهذا أمر طبيعي، لأن هذه النوعية من العقود تتضمن الدولة كطرف متعاقد بسيادتها وبتشريعاتها الوطنية التي تكون محلاً لإعمال مثل هذا الشرط، خاصة إذا كانت هي التشريعات واجبة التطبيق على العقد.

ويمكن تقسيم شرط الثبات التشريعي إلى نوعين، حيث قد يكون شرطاً تعاقدياً أو اتفاقياً. أو ثباتاً تشريعياً يجد مصدره في التشريع.

1) الشرط التعاقدي أو الاتفاقي

يمكن إدراج مثل هذا الشرط مباشرة وبشكل صريح، ضمن عقد الاستثمار المبرم بين دولة ومستثمر أجنبي²، وهو يقضي بأن العقد يخضع للقانون واجب التطبيق بأحكامه وقواعده الموجودة وقت إبرامه أو تنفيذه، وعدم الاعتداد بأي تعديل لاحق يطرأ عليه. لذلك يطلق على هذا الشرط شرط عدم النفاذ، ويترتب عليه تجميد العقد في الزمان³. وكأي شرط تعاقدي فهو ملزم لأطراف العقد تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وهناك العديد من الأمثلة لتطبيقات الشرط التعاقدي أو الاتفاقي نذكر منها الشرط الوارد في العقد المبرم بين اليونان وشركة PECHINEY سنة 1960 والذي نص في مادته 27 على أنه "لن يتم تطبيق أي نص مخالف في التشريع على هذه الاتفاقية،

(1) - انظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية-تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996، القاهرة، ص 321 وما بعدها.

(2) - محمد أحمد عبد الرحمن الحميقاني، التنظيم الدولي لحماية وتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 165.

(3) - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 437.

بقدر ما يتعارض مع أحكامها"¹. كما ذكر هذا الشرط في المادة 15 من العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى الشركات المكلفة بالبحث عن البترول واستغلاله والتي نصت على أنه "لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق". يمكن كذلك ذكر ما جاء بأحد العقود المبرمة في سنة 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية من أنه يكون واجب التطبيق "القانون التونسي الساري في توقيع العقد الحالي.. ويفصل المحكمون - في النزاع- على أساس العدالة والقانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي"².

ويمكن أيضا أن نذكر ما نصت عليه المادة 14 من العقد المبرم بين دولة "توجو" وشركة مناجم Bénin من أنه "في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توجو المستقلة، فإن تلك الأخيرة تتعهد بأن تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم Bénin الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة (التصريح بالبحث، الامتيازات) الممنوحة للشركة، هذا ما لم تتمسك تلك الأخيرة بالأحكام الجديدة"³.

ويظهر من خلال الأمثلة السابقة اتفاق الأطراف على إدراج شرط الثبات التشريعي كشرط تعاقدي و متفق عليه، مما يفسر قبول الدولة بإدراج مثل هذا

(1) - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 128.

(2) - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، نفس المرجع، ص 126-127.

(3) - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، نفس المرجع، ص 127.

الشرط، ولو أن ذلك يمس بصلاحياتها التشريعية. ومن جانبنا نرى بأن الدولة ترجح مصلحتها الاقتصادية على مسألة التمسك بسيادتها التشريعية الكاملة، وهو منهج مرن تسلكه الدولة حتى لا تضيق عليها فرصة الاستفادة من الاستثمارات الأجنبية، خاصة إذا لم تكن في تشريعاتها مقتضيات تؤدي ذات الغاية.

2) الثبات التشريعي الذي يجد مصدره في التشريع

يتمثل الثبات التشريعي الوارد في التشريع في مجموع النصوص التي ترد بصلب قانون الدولة المتعاقدة، تتعهد فيها الدولة بعدم القيام بأي تعديل أو إلغاء يمس قانونها الوطني المطبق على العقد¹. وقد تتضمن بعض القوانين مقتضيات خاصة بالثبات التشريعي، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 41 من القانون الإطار رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار² التي جاء فيها أنه "...، يحتفظ المستثمرون الذين أبرموا، قبل تاريخ دخول هذا القانون-الإطار حيز التنفيذ، اتفاقية استثمار مع الدولة، بالامتيازات الممنوحة لهم وبحقوقهم المكتسبة، وذلك إلى غاية انصرام المدة المحددة التي منحت من أجلها ووفق الشروط المقررة لذلك".

وقد تبنى أيضا هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد، قانون البترول الليبي عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره (المادة 24)³. كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها

(1) - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 437.

(2) - قانون الإطار رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.22.76 بتاريخ 14 من جمادى الأولى 1444 (9 دجنبر 2022)، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 17-7151 جمادى الأولى 1444 (12 دجنبر 2022)، ص 7900.

(3) - راجع: المادة 24 من القانون الليبي رقم 25 الخاص بالبترول لسنة 1955.

بالامتيازات المتفق عليها قبل العمل بها¹. نفس الأمر نجده في قانون الاستثمار العراقي، حيث نص في مادته 13 على أن "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه"². وذات الشيء نص عليه قانون الاستثمار المصري في مادته الثانية التي تقضي بأنه "مع مراعاة حكم المادة 18 من القانون المرافق لا تخل أحكامه بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها"³.

ويرتبط تضمين الثبات التشريعي في تشريعات الدول بطبيعة النهج الاقتصادي المتبع فيها، حيث غالباً ما تتبناه الدول الأكثر حاجة للاستثمارات الأجنبية. كما يتفاوت شرط الثبات التشريعي من حيث المضمون، فقد يكون عاماً يرمي إلى عدم تطبيق النصوص التشريعية الجديدة على العقد، أو شرطاً خاصاً متعلقاً ببعض القوانين كالتشريعات الجمركية والضريبية⁴.

وقد أقرت معظم الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية شرط الثبات التشريعي، حيث أشارت المادة 4 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بأن القانون المختار هو المرجع في تحديد مدى

(1) - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 129.

(2) - راجع: قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل بقانون رقم 2 لسنة 2010.

(3) - القانون المصري رقم 8 لسنة 1997، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 19 (مكرر) في 11 ماي 1997، المعدل بالقانون رقم 13 لسنة 2004 بشأن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار.

(4) - قد يستثنى من الحظر العاملين في المشروع، وكذلك في حالة ما إذا كان القانون الجديد أصح للمتعاقدين الأجنبي من القانون القديم. انظر: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 438.

قبول شرط الثبات التشريعي المدرج في العقد. أي أنها اعتدت بإزادة المتعاقدين في التجميد الزمني لقانون العقد عند التعاقد، دون أن يؤدي ذلك في نفس الوقت إلى إفلات العقد من سلطان القانون. كما تبنى مجمع القانون الدولي شرط الثبات التشريعي في دورته المخصصة لمناقشة موضوع القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية المنعقدة في مدينة أثينا عام 1979، حيث نصت المادة الثالثة من التوصية الصادرة عنه بأنه "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"¹.

وغالبا ما يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط الثبات التشريعي بعقد الاستثمار، حيث يحقق له الأمن التعاقدي الذي قد تنال منه صلاحيات الدولة التشريعية. إضافة إلى وجود مبررات أخرى تجعل الطرف الأجنبي لا يتنازل عن إدراجه كبند تعاقدي.

الفقرة الثانية: مبررات تمسك المستثمر الأجنبي بالثبوت الزمني لقانون العقد يهدف شرط الثبات التشريعي أساسا إلى حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر التشريعية للدولة المتعاقدة بوصفها مصدر القانون واجب التطبيق على العقد، إذ

(1) - للاطلاع على هذا القرار راجع الرابط التالي:

https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_01_fr.pdf

تم الاطلاع عليه بتاريخ 11 يناير 2021 على الساعة 22:16.

انظر أيضا:

- Revue Critique de Droit International Privé, 1980 , p 427.

تبقى لها صلاحية تغييره أو تعديله¹. حيث يستخدم هذا الشرط كحصانة لحقوق الطرف الأجنبي ضد كل التغييرات التشريعية مهما كان نوعها ودرجتها². ولعل أعمال شرط الثبات التشريعي لم يكن إلا وسيلة للإفلات من إخضاع العقد لقانون الدولة المتعاقدة، مما قد يجعل العقد طليقا بدون قانون يحكمه.

فالعقد لا يمكن أن يوجد في ظل فراغ تشريعي، بل لا بد من خضوعه لقانون يحكمه³. هذا القانون لا يخرج كمبدأ عام عن قانون الدولة المتعاقدة، وهو ما يجعل المستثمر الأجنبي يتمسك بثبوتته زمنيا حتى لا تتضرر مصالحه جراء أي مستجد تشريعي يمس قانون العقد.

من جهة أخرى يستهدف تمسك المستثمر الأجنبي بالثبوت الزمني لقانون العقد الحد من صلاحيات الدولة في التشريع⁴ بوصفها سلطة تشريعية قادرة على تغيير الوضع القانوني على طول مدة سريان العقد⁵. فالهدف من إدراجه هو إخضاع العقد لقانون محدد مسبقا، ثابت ومعروف لدى الأطراف، وذلك منذ لحظة إبرام

(1) - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 761.

(2) - LALIVE Jean-Flavien, Contrats entre état ou entreprises étatiques et personnes privées-développement récents, RCADI, Vol.181, 1983, p 76.

(3) - انظر: عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 248-249.

(4) - WEIL Prosper, Droit international et contrat d'état, International Law, Supra, n 16, p 565.

(5) - انظر: مفيصل يوسف، إرادة الدولة في عقود الاستثمار الدولية بين الحرية والتقييد، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد خاص يونيو 2018، ص 416.

العقد إلى غاية الانتهاء من تنفيذه¹. فلا يمكن مع تفعيل هذا الشرط إلا تطبيق النصوص التشريعية السارية وقت التعاقد لا بعده، مع استبعاد كل التعديلات أو التغييرات التشريعية اللاحقة من التطبيق على العقد².

وبالتالي فإعمال هذا الشرط يمنح المستثمر الأجنبي حصانة ضد الدولة³ التي يعتبرها في مركز أقوى منه بسيادتها وسلطانها التشريعي، وأنه لا سبيل إلى الحد من قوتها إلا بإدراج شرط الثبات التشريعي في العقد على نحو يؤدي إلى تجميد قانونها الوطني لحظة إبرام العقد أو لحظة البدء في تنفيذه⁴. فالاستقرار الذي يبحث عنه المستثمر هو الاستقرار الاقتصادي والتشريعي والسياسي، إذ أن التغييرات التشريعية التي تحدثها الدولة تؤثر في العائدات التي ينتظرها المستثمر، وبالتالي في جودة تنفيذ العقد التي تنتظرها الدولة⁵. وعليه تبقى الدولة مطالبة باحترام إرادة المستثمر الأجنبي من خلال قبولها بإدراج شرط الثبات التشريعي كبنء تعاقدية،

(1) - بوتان عثمان حسن دزه بي، الحماية القانونية والدولية لعقد الاستثمار الأجنبي في العراق ومصر، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكءال الرباط، السنة الجامعية: 2018-2019، ص 110.

(2) - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 209.

(3) - V. ROBERT-CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Martinus nijhoff publishers, 2010, Leiden Boston, p 109 et s.

(4) - محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص 284.

(5) - انظر: لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008، بيروت، لبنان، ص 101-102.

حيث قد يؤدي رفضها لذلك إلى توقف عملية إبرام العقد¹ مما يفوت عليها فرصة الاستفادة من الاستثمار الأجنبي.

ولقد تضايرت آراء الفقه حول مسألة إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي بين مؤيد ومعارض. ويرجع بالأساس إلى طبيعته، وما قد يترتب عن إعماله من نتائج قد تنعكس على أداء قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي ونتائج إعماله

لقد اختلف الفقه حول مسألة إدراج شرط الثبات التشريعي بعقد الاستثمار الأجنبي، فهناك من سلم بهذا الخيار، وهناك من رفضه (الفقرة الأولى). ومن الطبيعي أن يؤثر التجميد الزمني لقانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على دوره كقانون واجب التطبيق على العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تباين آراء الفقه حول مسألة إدراج شرط الثبات التشريعي

بالعقد

تستند شرعية هذا الشرط في العقود كما يرى البعض إلى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة²، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين. غير أن هناك اختلافاً في الرأي فيما

(1) - V. BAHNINI Maria, Les investissements étrangers au Maroc, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Nancy 2, U.E.R. Faculté de droit et des sciences économiques, 1982, p 246 et s.

(2) - "يقصد بمبدأ الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي أن الدولة المتعاقدة لها كل الحرية في أن تغير من أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم". انظر: خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، 1999، ص 89.

يخص تفسير إدراج شرط الثبات التشريعي على أنه سلب لحق الدولة في تعديل تشريعاتها الوطنية¹. وأنه تدخل أجنبي في صلاحياتها التشريعية.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الآثار الناتجة عن إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، وحقها في تعديل قوانينها لأغراض تستدعيها مصالحها العامة ومبدأ سيادتها، حيث يمكن القول بوجود ثلاثة اتجاهات فقهية:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن شرط التجميد الزمني لقانون الإرادة المندرجة في عقود الاستثمار، يترتب عن تطبيقه الحد من صلاحيات الدولة التشريعية في القيام بأي تعديل أو تغيير يمس القانون المطبق على العقد من دون موافقة المستثمر الأجنبي. فالحق في التأميم لم يعد موضع خلاف. غير أن هذا الحق سيكون باطلا إذا كان مناقضا لمعاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات التشريعي ولا يتم لغرض عام². وفي حالة مخالفة الدولة لهذا الشرط ستكون قد أخلت بأحد التزاماتها التعاقدية مما يجعلها مطالبة بتعويض المستثمر الأجنبي عما لحقه من ضرر مع احتفاظه بحقه في المطالبة بفسخ العقد.

ويؤسس البعض من أنصار هذا الاتجاه موقفه على نظرية العقد الدولي الطليق³. إذ أن هذا الشرط يتمتع بذاتية واستقلالية عن كل نظام قانوني وطني. فهي من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات التطبيق المباشر، شأنها في ذلك شأن

(1) - محمد شوراق، مرجع سابق، ص 131-132.

(2) - ROBERT-CUENDET Sabrina, op.cit. p 116.

(3) - هي نظرية تقضي بأن العقد يستطيع تحقيق الكفاية في تنظيم ما ينشأ عنه من نزاعات من دون اللجوء لأي قانون، وبالاكتفاء فقط بما ارتضاه الأطراف من بنود مضمنة فيه، وهي نظرية لاقت انتقادا بذريعة عدم إمكانية تحقق الكفاية الذاتية للعقد. راجع في هذا الصدد: أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، 1989، القاهرة، ص 63 وما بعدها.

قاعدة استقلالية شرط التحكيم في العقود الدولية، وقاعدة صحة الدفع بالذهب¹ في العقود الدولية².

وقد تعرض هذا الأساس للنقد، حيث انتهت هيئة التحكيم في قضية Aramco إلى أنه لا يوجد عقد في فراغ، فمن الضروري أن يرتبط بقانون وضعي مما يعطي أثراً قانونياً لإرادات الأطراف المتبادلة، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني يحكمه³. إضافة إلى ذلك، لا يستقيم سلخ عقد الاستثمار الأجنبي من قانون معين ليحكم نفسه بنفسه، فالأمر هنا يتعلق بعقود كبيرة ومعقدة من اللازم إخضاعها لقانون يستوعب طبيعتها المعقدة، ويقدم الحلول اللازمة لتسوية كل ما قد ينشأ عنها من منازعات.

من جانب آخر يذهب البعض إلى أن شرط الثبات التشريعي يحكمه القانون الدولي وليس قانون الدولة المتعاقدة، ومن ثم فإن انتهاك الضمان التعاقدي المنصوص عليه في معاهدة أو عقد دولي يرقى إلى مرتبة انتهاك القانون الدولي⁴. غير

(1) - هي قاعدة تسوية المعاملات الدولية بالدفع بالذهب وليس بعملة، وقد ظهرت قاعدة مشروعية شرط الذهب في العقود الدولية إبان الحرب العالمية الثانية استجابة لضروريات تأمين الروابط الاقتصادية الدولية، حيث كانت تجد نفسها معطلة بالجوء إلى التشريعات المختلفة أو باطلة أحياناً مما يعيق خصوصيات العلاقات الدولية. للتوسع أكثر راجع: محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي "دراسة تأصيلية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994، ص 225 وما بعدها.

(2) - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 210.

(3) - للاطلاع على هذه القضية راجع الحكم المنشور على الرابط التالي:

<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-saudi-arabia-v-arabian-american-oil-company-aramco-award-saturday-23rd-august-1958>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 13 نونبر 2020 على الساعة 15:12.

(4) - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 210.

أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن قانون الدولة المتعاقدة يستبعد بشكل كامل، فإخضاع العقد لأحكام القانون الدولي ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات المتمتعة بها كدولة لصالح المستثمر الأجنبي، وتثبيت القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا ينتج عنه سمو العقد إلى درجة أعلى من القانون الوطني لهذه الدولة¹، بل يبقى هذا القانون محتفظا بدوره في تنظيم الالتزامات التعاقدية لأطرافه، كل ما هنالك أنه لا يطبق بأثر رجعي حتى لا تتضرر مصالح المستثمر الأجنبي، إلا إذا كانت المستجدات التشريعية لا تمس العقد أو تحقق نفعاً أكثر للأطراف المتعاقدة. مما يجعل إمكانية إعمالها واردة بعد موافقة الطرف الأجنبي المتعاقد.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن شرط الثبات التشريعي الذي تنطوي عليه عقود الاستثمار لا يترتب عنه أي أثر قانوني يحد من سلطات الدولة التشريعية في المستقبل، إذ يعتبر شرطاً تعاقدياً مثل بقية شروط العقد الأخرى. ومن ثم فليس له قوة ملزمة أكثر من العقد الذي يتضمنه². حيث قد يتفق الأطراف على مخالفته، كما يحق للدولة ممارسة صلاحياتها التشريعية دون التقييد بهذا الشرط إذا وجدت في ذلك مصلحتها العامة.

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم على اعتبارات السيادة التي تمنح الدولة الحق في إصدار تشريعات جديدة تسري على عقود الاستثمار، وذلك بغض النظر عن تضمن هذه العقود لشرط الثبات التشريعي. فهذا لا يشكل قيوداً على إرادة الدولة وصلاحياتها في تعديل هذه العقود، وهو حق مستمد من سيادتها على مصادر

(1) - للتوسع أكثر راجع: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 383 وما بعدها.

(2) - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 212.

الثروة الطبيعية المتواجدة بأراضيها كما كرسته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قراراتها المتلاحقة بهذا الخصوص، وكذلك طبيعة عقود الاستثمار التي غالبا ما تبرم لمدد طويلة، الأمر الذي يجعل مراجعتها تحسبا لتغير الظروف مستقبلا أمرا ضروريا، لطول مدة تنفيذها¹.

لكن هذا الاتجاه بدوره تعرض للنقد، إذ أن الأخذ بنظام يسمح فيه لأحد الأطراف أن يتنصل بحرية كاملة من التزاماته، ستكون نتيجته تحول الرابطة العقدية إلى رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الأضعف، سواء أكان هذا الطرف هو الدولة أم المستثمر الأجنبي، وهو ما قد يؤدي إلى الإضرار بالمعاملات الدولية واستقرارها، وكذا عرقلة تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية موضوع عقود الاستثمار²، إضافة إلى مساسه بالحقوق المكتسبة لأحد الأطراف المتعاقدة الذي غالبا ما يكون المستثمر الأجنبي، إذ لا يمكننا أن نتصور إصدار الدولة لقوانين تمس مصالحها ولا تنسجم مع مسلسل تنزيل خططها التنموية.

الاتجاه الثالث: يعتبر هذا الاتجاه أن شرط الثبات التشريعي يبقى عاملا من العوامل التي يتعين أخذها بعين الاعتبار عند تحديد التعويض المناسب للمستثمر الأجنبي، مع الاعتراف بحق الدولة في تعديل وإصدار نصوصها التشريعية متى كانت في ذلك مصلحتها العامة³. بالمقابل يرى أحد الباحثين أن ذلك لا يعني إفراغ شرط الثبات التشريعي من محتواه، كل ما في الأمر أن الدولة تلتزم بتقديم تعويض مناسب في حالة عدم تقيدها بهذا الشرط لأن في ذلك إخلال ببنود العقد، ويجب الأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض المستحق للطرف الأجنبي المكاسب المتوقعة الحصول

(1) - انظر: محمد شوراق، مرجع سابق، ص 133.

(2) - انظر في هذا المعنى: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 365-366.

(3) - انظر في هذا الرأي: محمد شوراق، مرجع سابق، ص 134.

عليها خلال المدة المتبقية من العقد¹. غير أن ذلك قد يكبد ميزانية الدولة خسائر مادية كبيرة. كما أن الدولة غالبا ما ترفض أداء مبلغ التعويض المقترح بعد تقييم الخبراء مما قد يجر الأطراف إلى القضاء.

ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأنه الأقرب إلى الصواب. فعلى الرغم من اتفاق الأطراف على إدراج شرط الثبات التشريعي بالعقد، تحتفظ الدولة بحقها في إصدار تشريعات جديدة أو تعديل ما هو قائم، ولو ارتبط ذلك بقانون محل تطبيق على تعاقدات أبرمتها مع أشخاص أجنب، إذا كان في ذلك مصلحتها العامة. لكنها بالمقابل تلتزم بتقديم تعويض يناسب وحجم الضرر الذي مس حقوق المستثمر الأجنبي.

الفقرة الثانية: آثار تثبيت التشريع الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي
يؤدي إدراج شرط الثبات التشريعي بالعقد إلى منع الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد، وتثبيتته على ما كان عليه عند التعاقد. بحيث لا يضر المستثمر الأجنبي ما قد يصدر عن الدولة من تشريعات أو قرارات لاحقة على انعقاد العقد². وهذا الوضع ينسجم مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك مع ما يقره مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الذي يمنح الدولة المضيفة للاستثمار حرية تغيير أوضاع الأجنب في إقليمها الوطني شريطة عدم مساسها بحقوق اكتسبها هؤلاء بموجب تشريعات قديمة.

ويبقى حق الدولة في ممارسة سلطتها التشريعية قائما، لكن تحقيق ذلك يبقى رهينا بقبول الدولة نتائج ممارستها لصلاحياتها التشريعية، والتزامها بتقديم تعويض مناسب للطرف الآخر في العقد في الحالة التي تتحقق معها زيادة الأعباء نتيجة قيام

(1) - راجع في هذا المعنى: بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 214.

(2) - بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 209.

الدولة بتعديلات أو تغييرات على قانونها الوطني¹. لكن إذا كانت المستجدات التشريعية تخدم مصالح المستثمر الأجنبي أو ليس بها ما يخل بتوازن العقد، فلن يكون هناك محل للمطالبة بالتعويض عن أضرار لم تتحقق فعلا.

وقد دعمت بعض أحكام التحكيم هذا الطرح². إذ أخذت به هيئة التحكيم في قضية Aminoil³، لما انتهت الهيئة في حكمها إلى رفض الرأي القائل بأن شرط الثبات

(1) - انظر: محمد شوراق، مرجع سابق، ص 135.

(2) - فقد جاء بحكم التحكيم الصادر في قضية Petroleum V.N.I.O.C. Sapphire international بتاريخ 15 مارس 1963 بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية أن "الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية، وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات، ومسؤوليات ومخاطر واسعة، ويبدو حينئذ من الطبيعي أن تحى ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط لقانون الإيراني، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله..".
لمزيد حول هذه القضية راجع الحكم المنشور على الرابط التالي:

<https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-sapphire-international-petroleums-ltd-v-national-iranian-oil-company-arbitral-award-friday-15th-march-1963>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2 مارس 2021 على الساعة 19:37.

(3) - تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الكويتية قررت سنة 1977 من جانب واحد إنهاء امتياز شركة Aminoil الأمريكية في الكويت وتأميم الشركة. وكان هذا الامتياز الممنوح في سنة 1948 سيدوم لمدة ستين عاما، أما السعر الذي يجب دفعه فقد كان عائدا محددًا ولم يكن في الامتياز نص يفيد بأن حاكم الكويت سيحصل على عائد أعلى إذا ارتفعت أسعار النفط.

وقد نصت الاتفاقية صراحة على عدم إجراء أية تغييرات في شروط الاتفاقية لا من قبل الشيخ ولا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان على مثل هذه التغييرات. غير أن تغييرات متعددة أجريت على هذه الاتفاقية من جانب الحكومة الكويتية. وحين شعرت شركة Aminoil بما يهددها طلبت التفاوض مع حكومة الكويت، وقد أدى الفشل في التوصل إلى اتفاق بين الطرفين، إلى صدور مرسوم بقانون رقم 124 بتاريخ 19 شتنبر 1977 والذي بموجبه تم إنهاء امتيازات شركة Aminoil وإعادة موجوداتها في الكويت إلى الدولة مع دفع تعويض عادل لها. وقد امتنعت الشركة عن الاشتراك في لجنة التعويضات، مما أدى إلى إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في 23 يونيو 1979.

التشريعي هو بمثابة تخلي الدولة عن حقها في التأميم، وفسرت هذا الشرط بأنه موجه على نحو خاص ضد "أي أمر من الممكن، بالنظر إلى طبيعة التأميم فيه، أن يسبب ضررا ماليا خطيرا لمصالح الشركة". لذلك جرى تفسير شرط الثبات التشريعي على أنه التزام بأن لا يكون للتأميم طابع المصادرة وعلى أنها تعزز "الضرورة لتعويض لائق كشرط له"¹. ولقد أقر هذا الحكم أحقية الدولة المتعاقدة في ممارسة صلاحياتها التشريعية، لأنه يجسد أحد مظاهر سيادتها مع أحقية المستثمر الأجنبي في تعويض عادل إذا ما تضررت مصالحه الاقتصادية من ذلك.

وقد دفعت الكويت أمام هيئة التحكيم بأنه "خلال السنوات الثلاثين التي انصرمت منذ منح الامتياز حدثت تغييرات كبيرة، سياسية واقتصادية واجتماعية، داخل المنطقة وخارجها. وقد تجلت هذه التغييرات في تطور القانون الدولي العام، كما تجلت على الأخص في تلك القرارات التي أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن سيادة الدولة على مصادرها الطبيعية وبشأن النظام الاقتصادي الدولي الجديد". أما الشركة فقد احتجت بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على أن تستمر في استثمار حقول النفط إلى حين انتهاء العقد في سنة 2008".

راجع الحكم المنشور على الرابط التالي:

<https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2 مارس 2021 على الساعة 43:21.

راجع أيضا في التعليق على هذه القضية:

- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

- LEBEN Charles, La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international d'investissements, RCADI, Vol.302, 2003, p 232 et s.

- REDFERN Alan et HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1994, Paris, p 95-96.

(¹) - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-قانون الإرادة وأزمته)، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 308 وما بعدها.

وبالرجوع إلى أحكام وقرارات القضاء، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت في حكمها الصادر بتاريخ 15 ماي 1935 قبول التجميد الزمني لقانون العقد في قضية نزاع بشأن عقد بيع بين مواطن فرنسي وأحد بيوت الصناعة في الألزاس عندما كانت تابعة لنفوذ ألمانيا، وقد أقرت المحكمة تثبيت قانون العقد في اللحظة التي أبرم فيها هذا الأخير، بحيث أن القوانين الجديدة اللاحقة لا تسري على العقد الذي يكون بمنأى عنها¹. نفس الأمر سارت عليه محكمة النقض البلجيكية في حكم لها بتاريخ 24 فبراير 1938² بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة ANVERS مع

(1) - تتلخص وقائع هذه القضية في أن عقدا أبرم بين مشتر فرنسي وأحد بيوت الصناعة (البائع) في الألزاس عندما كانت تابعة لألمانيا قبل الحرب العالمية الأولى. وبعد انتهاء الحرب طالب البائع المشتري بفوائد المبالغ المستحقة خلال فترة الحرب وذلك بمقتضى القانون واجب التطبيق على العقد، وهو القانون الألماني. ودفع المشتري بأن البائع لم يوجه له إعدارا وفقا لما يتطلبه المرسوم الفرنسي الصادر في 22 مارس 1919، وبالتالي فإن الفوائد تكون قد سقطت الحق في المطالبة بها وفقا لهذا المرسوم الأخير، الذي أضحي ساريا في الألزاس وحل محل القانون الألماني، بعد انضمام الألزاس إلى فرنسا. وقد أيدت محكمة النقض، قضاء الموضوع فيما ذهب إليه من أن الفوائد المطالب بها تفلت من السقوط الذي يفرضه مرسوم 25 مارس 1919 لأن العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع إلا لقانون "المكان والزمان"-1914- الذي أبرم أو انعقد فيه".

راجع نص القرار منشور في:

- Revue Critique de Droit International Privé, 1936, p 463.

, 1936, p 601. "Clunet" - Journal de droit international

(2) - "صدر هذا الحكم بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة ANVERS مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية، وكان القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الأمريكي (قانون ولاية نيويورك). وقد اشترط في العقد أن يكون الوفاء بالدين على أساس الذهب، أو بقيمته، وكان القانون الأمريكي وقت إبرام العقد يجيز هذا الاشتراط، ولكن طرأ تعديل تشريعي، بمقتضى The joint Resclution act يبطل الوفاء بالذهب أو بقيمته، وقد تمسكت مدينة ANVERS أمام محكمة استئناف بروكسيل بهذا التعديل الطارئ، وبأنها غير ملتزمة بالوفاء بقيمة الدين إلا على أساس العملة الورقية وقيمتها الإسمية sa valeur nominale.

بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أقرت المحكمة بفكرة تجميد القانون واجب التطبيق في الزمان، وبحق الأطراف المتعاقدة في ذلك باشتراط عدم سريان التعديلات المستقبلية التي تطرأ على القانون المطبق على العقد¹. ويظهر جليا تجاهل محكمة النقض الفرنسية والبلجيكية في قراريهما حق الدولة في التشريع الذي يعد من أبرز مظاهر سيادتها، حيث تمسكتا بإعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. مما يجعل الدولة المتعاقدة ملزمة باحترام شرط الثبات التشريعي.

خاتمة

خلاصة القول، إن شرط الثبات التشريعي موجود وله مفعوله في مجال عقود الاستثمار، فهو يمنح الضمان والاطمئنان للمستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة لاستثماره لا تلجأ إلى تحفيز المستثمر الأجنبي إلا إذا كانت بحاجة ماسة لرأس ماله وخبرته، خاصة في بعض القطاعات الحيوية والمشاريع الكبرى التي تعجز عن إنجازها أو تطويرها. غير أن تفعيل شرط الثبات التشريعي قد لا يصب دائما في مصلحة المستثمر الأجنبي، خصوصا إذا حمل القانون الجديد مزايا أفضل من المزايا الممنوحة له في العقد. وهو الأمر الذي يضعه أمام خيارين إما التمسك بتطبيق القانون القديم أو المطالبة بالاستفادة من مزايا القانون الجديد الذي يتوقف على

ولكن عندما طعن في حكم الاستئناف بالنقض، قررت المحكمة العليا سريان التعديل الجديد الذي طرأ على القانون الأمريكي واجب التطبيق على العقد إعمالا لقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان". انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص 132-133.

(1) - للتوسع أكثر راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، نفس المرجع، ص 131 وما بعدها.

قبول الدولة المتعاقدة، لأن هذه الأخيرة وبتمسكها بشرط الثبات التشريعي ستحرم المستثمر الأجنبي من ضمانات وامتيازات يمنحها إياه القانون الجديد. وعليه فإننا نرى أنه من اللازم التعامل بمرونة مع أعمال هذا النوع من الشروط، التي قد تحمل بين طياتها مخاطرًا تطال مصالح أحد الأطراف المتعاقدة خاصة المستثمر الأجنبي، وهو ما قد يعود بالأطراف إلى طاولة المفاوضات من أجل البحث عن توازن عقدهم. وذلك بتطبيق القواعد القانونية الأكثر استجابة لمصالحهم تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

➤ الكتب

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، 1989، القاهرة.
- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، الطبعة الأولى، 2006.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية-تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1996، القاهرة.
- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2008، بيروت، لبنان.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.
- محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2010.
- وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، بيروت، لبنان.

➤ الأطروحات

- بوتان عثمان حسن دزه ي، الحماية القانونية والدولية لعقد الاستثمار الأجنبي في العراق ومصر، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط، السنة الجامعية: 2018-2019.
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2010-2011.
- محمد أحمد عبد الرحمن الحميقاني، التنظيم الدولي لحماية وتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011.
- محمد شوراق، عقود الدولة في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية: 2014-2015.
- محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي "دراسة تأصيلية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994.

➤ المقالات

- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن جامعة المنصورة- كلية الحقوق، العدد 5، 1989.
- خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، 1999.

– مفيصل يوسف، إرادة الدولة في عقود الاستثمار الدولية بين الحرية والتقييد، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، عدد خاص يونيو 2018.

المراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages

- Nations unies, Contrats d'état, conférence des nations unies sur le commerce et le développement, collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, publication des nations unies, imprimé en suisse, 2004.
- REDFERN Alan et HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1994, Paris.
- ROBERT-CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Martinus nijhoff publishers, 2010, Leiden Boston.

Thèses

- BAHNINI Maria, Les investissements étrangers au Maroc, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Nancy 2, U.E.R. Faculté de droit et des sciences économiques, 1982.

Les Cours de l'Académie de droit international de la haye

- BUCHER Andreas La dimension sociale du droit international privé, RCADI, Vol.341, 2009.
- EL-KOSHERI Ahmed Sadek, Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, RCADI, Vol.147, 1975.

- LALIVE Jean-Flavien, Contrats entre état ou entreprises étatiques et personnes privées-développement récents, RCADI, Vol.181, 1983.
- LEBEN Charles, La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international d'investissements, RCADI, Vol.302, 2003.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

الباحث / يوسف لكيتوف

باحث بسلك الدكتوراه، بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

أضحى مفهوم انفصالية القرارات الإدارية عن العملية التعاقدية يحظى بأهمية متزايدة، ومكانة مرموقة، باعتباره صمام الأمان في يد القاضي الإداري يضمن من خلاله تطبيق مبدأ المشروعية، والحد من تعسف الإدارة تجاه المتعاقدين معها، وتوضيح الاختصاص القضائي في إطار دعوى الإلغاء، وذلك لضمان قدسية القانون، فرغم تزايد حالات رفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل عن الصفقة العمومية لعيب من عيوب المشروعية، فإنه كمفهوم لا زال يعتره غموض وصعوبة ضبطه نظرا لتعدد حالات الانفصالية في العمليات الإدارية، ونظرا لغياب معايير محددة يستند عليها القاضي الإداري لفصل التصرف القانوني عن العملية التعاقدية الحاضرة له، بل نجد أن هناك فقط اتجاهات ومدارس¹ كل لها توجه حول انفصالية القرارات الإدارية.²

¹ - تتجلى هذه الاتجاهات والمدارس التي تحدد معايير انفصالية القرارات المنفصلة في: المعيار الموضوعي: والذي يركز على القرار كما هو دون النظر إلى جوهر القرار ودون الاعتبار لوضعية الطاعن.

المعيار الذاتي: يأخذ بعين الاعتبار وضعية الطاعن تجاه القضاء أي هل يتوفر على طريق آخر لطعن، بمعنى هل هناك وجود دعوى موازية، وهناك جانب من الفقه اعتبر أن المعيارين معا غير مقنعين لأنه من الصعب تبيانها عمليا، كما هنالك معيار إمكانية فحص شرعية القرار بصفة مستقلة كمعيار للانفصالية.

² - هشام العقراوي، إلغاء القرار المنفصل وتأثيره على الصفقة العمومية في ضوء التشريع والعمل القضائي، مجلة القضاء الإداري، العدد 14/13، السنة 2019، ص 149.

وإذا كانت الإدارة تتصرف بإرادتها المنفردة في أغلب مراحل العقد الإداري دون اللجوء إلى القضاء وإنما استنادا إلى نصوص العقد أو القواعد العامة لتسيير المرفق العام فإن سلطتها التقديرية تلك ليست مطلقة بل تخضع لمراقبة القضاء، حيث تعتبر المحاكم الإدارية مختصة وحدها للبت في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية سواء فيما يتصل بصحتها أو تنفيذها أو تأويلها ويعد هذا الاختصاص من النظام العام، ولا يمكن للطرفين المتعاقدين أن يدخلوا في عقد إداري ينافي ذلك.¹

إن منازعات العقود الإدارية ومنها منازعات الصفقات العمومية تدخل ضمن ولاية القضاء الشامل كما هو واضح من خلال المادة الثامنة من القانون 90.41 المتعلق بالمحاكم الإدارية بصفة عامة، إلا أن هذا المبدأ تتخلله استثناءات، حيث ينعقد الاختصاص لقضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية وذلك كلما أصدرت الإدارة المتعاقدة قرارات منفصلة أو قابلة للانفصال وفقا للقواعد التشريعية والتنظيمية المعمول بها، بالطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة.

لقد عمل الاجتهاد القضائي على إبداع نظرية القرارات المنفصلة لتبرير اختصاص قاضي المشروعية بإلغاء القرارات التي تخرج عن دائرة العقد، لكونها صادرة من جانب الإدارة وحدها وفق ما تتيحه امتيازات السلطة العامة ومؤثرة بذاتها في المراكز القانونية، ويرجع الفضل للقضاء الإداري الفرنسي في إرساء دعائم هذه النظرية، فبعدما كان يرفض فكرة الطعن بالإلغاء ضد عقد إداري باعتباره وحدة قانونية غير

¹ - العلوي محمد، "اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 101، السنة 2011، ص 143.

قابل للتجزئة، أصبح حالياً يقبل بإمكانية الطعن الموجه ضد قرارات إدارية منفصلة عن العقد، وذلك ابتداء من سنة 1905 مع قضية martin¹ الشهيرة.²

وبالرغم من أن العملية التعاقدية تعتبر بشكل غير مباشر سياقاً عاماً ومناسبة لصدور هاته القرارات الإدارية المنفصلة، لكنه أصبح بإمكان قاضي الإلغاء أن يتدخل تدريجياً في المجال التعاقدي من خلال تقنية انفصالية القرارات المنفصلة، وقد عرفت دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة تطوراً في فرنسا ومصر والمغرب، وأثارت عدة تساؤلات حول مدى تأثيرها على تماسك البناء الداخلي للعقد الإداري، حيث أن الفقه والقضاء الفرنسي نفى في البداية أن يكون لإلغاء القرار المنفصل عن العقد تأثير على بنیان هذا الأخير وسارت على نفس الموقف العديد من الاجتهادات الفقهية والقضائية خاصة بالقضاء الإداري المصري والمغربي.³

إن الإدارة بتعاقدتها عن طريق الصفقات العمومية ملزمة باحترام جملة من الإجراءات الأساسية لإبرام العقد، ذلك أنه يمكن أن تنشأ عن إبرام هذه الصفقات مجموعة من المشاكل قد تتحول إلى منازعات تتطلب تدخلات القضاء الإداري، سواء قبل إبرام العقد أو بعده، حيث أنه بوسع الإدارة بمقتضى ما تتمتع به من سلطات

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد martin عضو في المجلس العام لإقليم Loir-et-Cher قدم طعن بإلغاء قرار صادر عن المجلس المذكور والذي يقضي بمنح شركة عقد التزام لإنجاز خدمة نقل tram-way انطلاقاً من أن المدير العام للمجلس لم يحترم المقتضيات القانونية في ذلك والتي توجب عليه أن يوزع على أعضاء المجلس تقرير عن الموضوع قبل الجلسة بثمانية أيام، وقد دفعت الإدارة الممثلة عن المجلس بأن الاختصاص لقاضي العقد وليس لقاضي الإلغاء، فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الدعوى مقبولة لانفصال العقد عن القرار الإداري المذكور بالرغم من أنه اعتبر أن القرار الإداري مشروعاً قانونياً.

² بنلمليح منية، " دور القاضي الإداري في مراقبة المشروعية في المجال العقدي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 83، سنة 2008، ص 14.

³ - هشام العقراوي، مرجع سابق، ص 150.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

استثنائية مستمدة من كونها سلطة عامة أن تتخذ قرارات انفرادية ولو في المجال التعاقدية، كالإقصاء من المنافسة أو تعديل شروط العقد بعد إبرامه أو توقيع الجزاءات التي قد تصل أحيانا إلى فسخ عقد الصفقة العمومية.

وفي هذا السياق يبرز دور القضاء الإداري باعتباره المكرس الحقيقي للضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقدین والمتنافسين سواء بضمان حقوقهم في مواجهة السلطات الممنوحة للإدارة بموجب عقود الصفقات العمومية، وأيضا في سبيل تكريس مبادئ المساواة والمنافسة التي دعا لها مرسوم 08 مارس 2023 المتعلق بالصفقات العمومية¹، وذلك عبر نظرية القرارات المنفصلة عن العملية التعاقدية التي سمح بموجها للأغيار وكذا لطرفي العقد في حالات معينة بمراجعة قاضي الإلغاء من أجل الطعن في مشروعية هذه القرارات استقلالا عن العقد التي صدرت بشأنه.

وبناء عليه، ما هو نطاق تدخل قاضي الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية؟ وماهي الآثار المترتبة عن الحكم القاضي بالإلغاء على العملية التعاقدية؟

سنعالج اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية عبر مبحثين رئيسيين كالتالي:

المبحث الأول: صور تدخل قاضي الإلغاء في مجال منازعات الصفقات العمومية
المبحث الثاني: أوجه الطعن بإلغاء القرارات المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية والآثار القانونية المترتبة.

¹ - محمد الناجم أباه، منازعات الصفقات العمومية في القضاء الإداري المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2021-2022.

المبحث الأول: صور تدخل قاضي الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

إن تكوين العقد الإداري يمر بعدة مراحل تتخذ في إطارها قرارات إدارية ويتم فيها تبادل الإيجاب والقبول بين أطراف العلاقة التعاقدية، ولذلك فإن بعض التصرفات التي تأنمها الإدارة في هذه المرحلة منها ما يصدر عنها بالإرادة المنفردة ومنها ما يعتمد على التقاء إرادتها بإرادة المتعاقد معها، وتلك التي تصدر عنها بإرادتها المنفردة هي وحدها التي تقبل الطعن بالإلغاء متى كانت قرارات يمكن فصلها عن العقد وإن كانت مرتبطة به، فالقرار المنفصل هو قرار يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

ان تدخلات قاضي الإلغاء تركز أساسا على القرارات المنفصلة عن العملية التعاقدية، وفي هذا الإطار، يمكن التمييز بين القرارات الممهدة لإبرام عقد الصفقة (المطلب الأول)، والقرارات المتخذة في مرحلة تنفيذ الصفقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رقابة قاضي الإلغاء على القرارات الإدارية الممهدة لإبرام عقد

الصفقة العمومية

يتفق الفقه¹ والقضاء على أن القرارات الممهدة للعقد الإداري تعتبر قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة بطبيعتها هاته للطعن بالإلغاء، ويتعلق الأمر بمختلف القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تكوين العقد الإداري بدءا بالإعلان عن المنافسة ومرورا بالتأكد من استيفاء المرشحين لشروط القبول، وبفحص التعهدات، والإقصاء من المشاركة والبت في العروض...، وصولا إلى المصادقة على

¹ -SERHAN EL HOUSSAINE, Le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public marocain, thés, Bordeaux1, 1989, p 113.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

العقد الإداري، وهي في جوهرها قرارات إدارية نهائية أصدرتها الإدارة بوصفها سلطة عامة لا سلطة تعاقد، الشيء الذي يجعلها قابلة للطعن بالإلغاء متى توافرت فيها شروط قبول دعوى الإلغاء، وذلك خلافا للقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لأحد بنود العقد الإداري¹.

الفرع الأول: الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المتعلقة بالإقصاء من المنافسة

تعتبر عملية المنافسة تلك العملية التي بمقتضاها يتبارى جميع المتنافسين لنيل الصفقة العمومية، فهي مرحلة تأتي سابقة لتكوين عقد الصفقة العمومية وممهدة لها، وذلك من خلال اختيار العرض الأكثر أفضلية اقتصاديا لتنفيذ الأعمال موضوع عقد الصفقة العمومية².

وبالرجوع إلى مرسوم الصفقات العمومية³ يتضح أن سلطة الإدارة صاحبة الصفقة العمومية مقيدة في مجال اتخاذ مقررات الإقصاء من المنافسة، ويظهر ذلك سويا من خلال مرحلة فحص الملفات المقدمة من طرف المتعهدين أو خلال مرحلة فحص العروض، بحيث حدد المرسوم السالف الذكر الشروط والمقاييس الواجب توافرها لصحة التعهدات، وأوكل للجان المعنية السهر على تطبيق

1 عبد الكريم حيضرة، " الثابت والمتغير في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 142 سنة 2018، ص35.

2 - الفقرة الرابعة من المادة الأولى من مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.

3- مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.

المقتضيات المتعلقة بهذه الشروط عن طريق تمحيص الملفات الإدارية والتقنية التي يتم إيداعها من طرف المقاولين.¹

أولاً: الطعن في إقصاء الملفات الإدارية والتقنية

أغلب صور الإقصاء في هذه المرحلة تنتج عن عدم تقييد المتنافسين بالشروط والمقاييس المطلوبة إما نتيجة عدم مطابقة الملفات الإدارية والتقنية للشروط والمقاييس الواردة في نظام الاستشارة² أو نظام المباراة³ أو نظام الاستشارة الهندسية⁴ حسب الأحوال المرتبطة بمؤهلاتهم المالية والتقنية أو بعد تقديمهم الوثائق المطلوبة قانوناً، أو بسبب تمثيلهم من طرف شخص واحد في إطار صفقة واحدة⁵، أو عدم تصحيح المتنافس للأخطاء المادية التي شابت ملفه الإداري أو التقني رغم إنذاره⁶، فالقرارات الصادرة في هذه الحالات تعتبر قرارات إدارية نهائية

-
- 1 - إسماعيل صفاحي، رقابة القضاء الإداري على المرحلة السابقة لإبرام الصفقات العمومية بالمغرب، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 12 أكتوبر 2017، ص 77.
 - 2 - راجع المادة 21 من المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.
 - 3 - راجع المادتين 69 و 82 من المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.
 - 4 - راجع المادتين 101 و 107 من المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.
 - 5 - تجدر الإشارة إلى أن أسباب الإقصاء في هذه الحالات منصوص عليها حصراً في المادة 36 من المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.
 - 6 - المادة 43 المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444.

منفصلة عن عقد الصفقة العمومية، يمكن الطعن فيها استثناء من باقي الإجراءات التمهيدية بدعوى الإلغاء.¹

وقد كرس الاجتهاد القضائي رقابته في هذا الصدد في العديد من القرارات القضائية منها ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في إحدى قراراتها القاضي بإلغاء قرار الإقصاء من المنافسة الصادر من طرف المكتب الوطني للمطارات في حق المقاول المتنافسة، حيث قضت، " إن المقاول تمسكت بأنه النظر إلى طبيعة الملف الذي ينبي في مجمله على مسائل علمية دقيقة وتكنولوجية حديثة، فإن المحكمة الإدارية انتدبت لذلك خيرا مختصا أفاد بأن الشركة المدعية توفرت فيها جميع شروط الصفقة المعلن عنها، وأن إقصاءها من المنافسة لا مبرر له من الناحية التقنية، والمحكمة لما ألغت الحكم المستأنف وقضت برفض الطلب، ودون الالتجاء إلى كل الوسائل العلمية المتاحة والبيانات الفنية الكفيلة لاستجلاء الحقيقة بما في ذلك خبرة جديدة لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه"².

ثانيا: الطعن في حالة إقصاء العروض

تشمل معالجة ملفات المتنافسين المقبولين بعد فحص الملفات الإدارية والتقنية والإضافية عند وجودها، فحص العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى التي استوجب نظام الاستشارة تقديمها للمتنافسين المقبولين وحدهم، ويتم إقصاء العروض من طرف لجنة

1 - بوسلهام الشمعة، رقابة قاضي الإلغاء على قرارات إقصاء المتنافس من الصفقات العمومية، مقال

منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص 193.

2 - الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، قرار عدد 1099، الصادر بتاريخ 19 شتنبر 2019، في الملف الإداري

عدد 2019/4/479، غير منشور

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية----- الباحث / يوسف الكيتوف

العروض في حالة وجود نقائص تمت معاينتها في العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى المقدمة (المادة 40 من مرسوم 08 مارس 2023).¹

كما تفحص العروض التقنية للمتنافسين المقبولين وحدها على إثر فحص وثائق الملف الإداري والملف التقني وكذا الملف الإضافي عند الاقتضاء، وفحص العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى، وأغلب صور الإقصاء في هذه الحالة تنتج عن عدم مطابقة العروض التقنية للمواصفات المطلوبة في نظام الاستشارة أو غير المستجيبة للمقاييس المحدد فيه (المادة 40 من مرسوم 08 مارس 2023).²

ويبقى فحص العرض المالي للمتنافسين المقبولين على إثر فحص العرض التقني من بين الحالات التي تصدر فيها الإدارة مقررات الإقصاء، ولاسيما ضد المتنافسين الذي ثبت أن عروضهم المالية غير مطابقة لموضوع الصفقة أو غير موقعة أو متضمنة لقيود أو تحفظات أو مشتملة على تباينات في صياغات الأثمان أو وحدة الحساب أو الكميات بالمقارنة مع المعطيات الواردة في التوصيف التقني أو في جدول الأثمان والبيان التقديري المفصل (المادة 43 من مرسوم 08 مارس 2023).³

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية لأكادير في حكم لها صادر سنة 1997، أن قرار إقصاء الطاعنة من الصفقة هو قرار سابق على إبرامها ومنفصل عن العملية التعاقدية وهو من ثمة قرار إداري نهائي صادر عن سلطة إدارية ويدخل في خانة الأعمال الإدارية الممهدة لإبرام الصفقة ويمس بطبيعته المركز القانوني

1 - بوسلهام الشمعة، مرجع سابق، ص 196.

2 - بوسلهام الشمعة، مرجع سابق، ص 196.

3 - بوسلهام الشمعة، مرجع سابق، ص 196.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية----- الباحث / يوسف الكيتوف

للتأعنة¹ ، كما ذهبت في حكم آخر المحكمة الإدارية بأكادير، بأن حرمان بعض المرشحين من المشاركة في طلبات العروض لإبرام صفقة معينة يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة.²

كما ألغت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء قرار قضى بإقصاء إحدى الشركات المتنافسة من الصفقة رغم أنه تم قبول ملفها الإداري والتقني من طرف لجنة العروض، بينما لم يتم قبول عرضها المالي من طرف لجنة فتح الأظرفة وقد كان سبب الإلغاء هو غياب تعليل الإدارة لقرار الإقصاء، وعدم استنادها إلى مبررات واقعية³

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المرتبطة باعتماد الصفقة العمومية

يقصد بهذه القرارات تلك المتعلقة بالتوقيع على عقد الصفقة أو المصادقة عليه وفق ما يقتضيه المرسوم المنظم للصفقات العمومية ولا سيما المادتين 142 و143 منه، وقد قبل القضاء الإداري الطعون الموجهة ضد هذه القرارات واعتبرها من طينة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، كما يصادف ذلك في قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 15 يوليوز⁴ 1963، حيث قضت بقبول الطعن بالإلغاء ضد مقرر الإدارة الراض إبرام الصفقة حسب المسطرة الشرعية

¹ المحكمة الإدارية بأكادير، حكم رقم 36، 10/7/1997 الوكالة الصناعية والتجارية ضد الدولة المغربية في شخص الوزير الأول ووزير التجهيز، أوردته بنلمليح منية في مقالها، " دور القاضي الإداري في مراقبة المشروعية في المجال العقدي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 83، سنة 2008، ص 83.

² حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 62 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1998.

³ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 18/10/2006.

⁴ - الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 15 يوليوز 1963، أوردته فؤاد فيشوح، القاضي الإداري وإشكالية الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة في منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 59.

للمناقصة، وهو ما اهتمت إليه المحكمة الإدارية بوجدة كذلك في قضية المجلس القروي لجماعة سيدي بلقاسم¹ حيث اعتبرت بأن "قرار المصادقة على عقود الصفقة من القرارات المنفصلة عن العقد التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء"². ويعتبر قرار التوقيع على عقد الصفقة بمثابة العملية التي من خلالها تعبر الإدارة صاحبة المشروع عن رغباتها قانونا في إبرام عقد الصفقة³، فقد اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير في حكم صادر عنها أن قرار التوقيع على عقد الصفقة يعد قرارا منفصلا عنها وبالتالي يقبل الطعن بالإلغاء، وذلك بالتأكيد على أنه "يكون قابلا للطعن بالإلغاء قرار توقيع العقد ذاته والذي لا يتخذ شكلا متميزا ماديا وإنما يترجم وجوده بالتوقيع على العقد مع ما يترتب على ذلك قانونا"⁴

كما أنه قد استقر اجتهاد القضاء الإداري على اعتبار القرارات المتعلقة بالتوقيع على العقد او المصادقة عليه، قرارات منفصلة عن العقد، وتقبل الطعن بالإلغاء، وذلك ابتداء من سنة 1905 مع القرار الشهير في قضية مارتن، كما هو الشأن في قضية Département de le chambre de commerce de creuse التي قبل

1 - المحكمة الإدارية بوجدة، حكم عدد 99/24 بتاريخ 20 فبراير 1999 المجلس القروي لجماعة سيدي بلقاسم ضد وزير الفلاحة، أورده فؤاد قيشوح، القاضي الإداري وإشكالية الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة في منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 59.

2 - فؤاد قيشوح، القاضي الإداري وإشكالية الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة في منازعات الصفقات العمومية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط، الطبعة الأولى 2017، ص 59.

3 - محمد الشاوي، إشكالية الرقابة على صفقات الجماعات الترابية بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2015/2016، ص 143.

4 - المحكمة الإدارية بأكادير، حكم رقم 126/2010، رقم 115-2009 غ، الصادر بتاريخ 11 ماي 2010، قضية شركة أكادير أوروبا GAB ضد والي جهة سوس ماسة درعة، مجلة فقه المنازعات الإدارية، العدد السنوي الثالث 2013، ص 313.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

بمناسبتها مجلس الدولة الفرنسي طعنا بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإبرام العقد¹، أو في قضية أندلوسي، إذ قبلت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الطعن بالإلغاء ضد مقرر الإدارة الرفض إبرام الصفقة حسب المسطرة الشرعية للمناقصة.² وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير، اعتبرت أن قرار عدم المصادقة على الصفقة مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة على أساس أن الإدارة (اعتبرت استعمال الطاعنة لحقها في التثبيك والتقاضى شغبا وعرقلة لأعمال الإدارة واستعملته مبررا لعدم المصادقة على الصفقة أمر غير جائز قانونا من شأنه حرمان أي مواطن يقاضى الإدارة من المصادقة على الصفقات الراسية عليه يفرغ القرار الإداري من هدفه الأسمى وهو تحقيق المصلحة العامة ليصبح عقابا للطاعنة على استعمال حقها في التقاضي).³

وتأسيسا على ما سبق، فإن جميع القرارات الممهدة لإبرام العقد الإداري والمتعلقة بالإقصاء من المنافسة أو رفض المصادقة على عقد الصفقة تعتبر قرارات منفصلة عن العقد الإداري ويجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز في استعمال السلطة.

المطلب الثاني: رقابة قاضي الإلغاء على القرارات الإدارية المتخذة في

مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

تأتي هذه القرارات الإدارية بعد أن تصبح الصفقة نهائية أي بعد المصادقة من طرف السلطة الإدارية المختصة على عقد الصفقة العمومية، والتي تتخذها الإدارة

1 - MARCEAU LONG – PROSPER WEIL – GUY BRAIBANT – PIERRE DELVOLVE – BRUNO

GENEVOIS, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit, 2011, p 87.

2- العلوي محمد، مرجع سابق، ص 147.

3 - حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 19-95، بتاريخ 23 فبراير 1995، ملف عدد 194.

صاحبة المشروع من أجل تنفيذ الأعمال المتفق بشأنها، ونظرا لاتصال هذه القرارات بعقد الصفقة العمومية تظل خاضعة لولاية القضاء الشامل.

ويخرج عن هذه القاعدة العامة استثناء أساسي متمثل في القرارات الإدارية المنفصلة عن البنود التعاقدية والمتخذة من طرف الإدارة صاحبة المشروع أثناء تنفيذ الصفقة، وذلك في إطار مخالفة صاحب الصفقة لشروط تكتسي طابعا تنظيميا خارج عن ما هو متضمن في البنود التعاقدية لعقد الصفقة¹، ذلك أن الاجتهاد القضائي سواء بفرنسا أو بالمغرب عمل على قبول الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة والمتخذة أثناء تنفيذها، متى كانت هذه القرارات تم اتخاذها بناءً على النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل .

وعموما فإنه تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، متى أخل بالتزاماته التعاقدية وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات باعتبارها مسؤولة عن ادارة المرفق العام، حتى ولو لم ينص عليها العقد باعتباره من النظام العام، وفي هذا الإطار قد تصدر قرارات بفسخ عقد الصفقة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، فهل تعتبر هاته القرارات قابلة للطعن بالإلغاء أمام قضاء الإلغاء أم أن الطعن فيها لا يستقيم إلا أمام القضاء الشامل.²

¹ - عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية دراسة نظرية وتطبيقية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 1984/1985، ص 321.

² - محمد قصري، " القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية"، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 46، ص 100.

جوابا على هذا التساؤل ذهب مجلس الدولة الفرنسي، إلى القول بقابلية القرارات المتعلقة بفسخ الصفقة، المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري للطعن فيها بالإلغاء، خلافا للقرارات التي تصدر تنفيذًا لبنود العقد الإداري التي لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى القضاء الشامل.¹

أما القضاء الإداري المصري فقد فسره هاته القاعدة حيث نص على أنه إذا كان الإلغاء مستندا إلى نص القانون فقط وتطبيقا لأحكامه، فإن القرار الصادر بالإلغاء يعتبر قرارا إداريا يطعن فيه أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه قرار وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد نفسه تنفيذا له، فإن المنازعة بشأنه تكون مجالا للطعن أمام محكمة القضاء الشامل على أساس الولاية الكاملة لهذا القضاء.²

أما بالنسبة للعمل القضائي في المغرب فقد استقر على اعتبار القرار القاضي بفسخ العقد الإداري، رغم كونه صادر عن الإدارة المتعاقدة، إلا أنه لا يعد من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخاصمتها عن طريق دعوى الإلغاء بعلّة أن فسخ العقد لا يعدو أن يكون إجراء اتخذته الإدارة بوصفها طرفا تعاقديا وليس سلطة عامة.³

غير أن هذا التوجه العام عرف استثناء جوهريا يتعلق بقبول مخاصمة قرار فسخ العقد الإداري عن طريق دعوى الإلغاء متى كان الطاعن يجادل في المقتضيات

¹ - محمد قصري، مرجع سابق، ص 100.

² - حكم محكمة القضاء المصري، بتاريخ 27 يناير 1957 قضية رقم 197 السنة 11، أورده العلوي محمد، في مقاله " اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 101، السنة 2011، ص 148.

³ - عبد الكريم حيضرة، مرجع سابق، ص 36.

والمبادئ التي تنظم العقود الإدارية، وفي هذا الصدد جاء في إحدى حيثيات الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 13 يناير 2003 ما يلي : " لكن حيث استقر القضاء والفقهاء الإداريين على كون قرار فسخ العقود الإدارية الصادرة عن الإدارة تعتبر قرارات منفصلة عن العقد متى ثبت أن هذه القرارات تم اتخاذها بناء على القوانين واللوائح واستنادا على ما تملكه الإدارة من سلطات، والتي تخول لها إنزال الجزاء في حق المتعاقد بسبب تقصيره دون اللجوء إلى القضاء من أجل تنفيذ العقد، وفقا للشروط والمواصفات المسطرة في العقد، فإنها تبقى خاضعة لرقابة قاضي الإلغاء في إطار دعوى الإلغاء وليس في إطار دعوى القضاء الشامل، وحيث أن القرار موضوع الطعن تم اتخاذه من طرف الإدارة تطبيقا للمادة 70 من مرسوم الشروط الإدارية العامة مما يكون معه القرار الإداري الصادر في هذا الإطار من اختصاص قاضي الإلغاء وليس من اختصاص قاضي العقد"¹.

وينبغي الإشارة إلى أن قرار فسخ عقد الصفقة يجب أن يكون معللا وأن تفرغ فيه الإدارة الأسباب الواقعية والقانونية التي حدت بها إلى فسخ العقد²، وأن إلزامية تعليل قرار الفسخ هذا يجد مبرره القانوني في قانون تعليل القرارات الإدارية رقم 03.01 وخاصة المادة الثانية منه التي تنص على إلزامية تعليل القرارات الإدارية

¹ - حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 13 يناير 2003، أورده عبد لكريم حيزرة، في مقاله " الثابت والمتغير في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 142 سنة 2018، ص36.

² - محمد قصري، مرجع سابق، ص 103.

القاضية لإنزال عقوبة إدارية وتأديبية والقرارات القاضية بسحب أو إلغاء قرار
منشئ لحقوق تحت طائلة عدم المشروعية¹.

ومن مثال القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ العقد يمكن أن نظيف أيضا
العقوبات التي تفرضها الإدارة على المتعاقدين معها تنفيذا لمقتضيات تعاقدية، فكل
تطبيق لهذه العقوبات بشكل يخالف القوانين واللوائح المعمول بها يعتبر عملا
تعسفيا قابلا للإلغاء².

كما أنه في مجال الصفقات العمومية مثلا نجد بأن دفتر الشروط الإدارية العامة
قد مكن الإدارة من مجموعة من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها وذلك لتسهيل
تنفيذ العقد، كالإشراف والمراقبة وكذا إمكانية تعديل العقد أو فسخه، لكن كل
تعسف في هذا المجال يعطي للطرف الآخر إمكانية رفع دعوى الإلغاء، هكذا اعتبرت
المحكمة الإدارية بفاس أن العقوبة التي عرضتها الإدارة على المتعاقد معها والتي
اتخذت شكل أداء غرامات التأخير عن تنفيذ العقد، تعد غير مشروعة ويمكن
إلغائها³.

¹ - المادة الثانية من القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات
العمومية بتعليق قراراتها الإدارية.. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-202 الصادر في 12 من
جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1423 (12
أغسطس 2002) ص 2282.

² منية بنلمليح، المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة،
منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى
2018، العدد 123، الصفحة 132.

³ حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 327 بتاريخ 1996/07/31، حكم أورده منية بنلمليح في كتابها،
المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة، منشورات المجلة
المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى 2018، العدد 123،
الصفحة 132.

المبحث الثاني: أوجه الطعن بإلغاء القرارات المنفصلة في منازعات الصفقات

العمومية والآثار القانونية المترتبة

لقد قبل الاجتهاد القضائي المغربي الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المتخذة تنفيذا لعقد إداري، على اعتبار أن كل خرق لقاعدة تعاقدية بمثابة خرق لأي قاعدة قانونية، يشكل في حد ذاته مساسا بمبدأ الشرعية¹، وإذا كان من الثابت فقها وقضاء أن الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة يتم قبوله ضد القرارات المنفصلة عن العقد، فإن هذا الأخير يجب أن يركز على أسس متينة لينتج أثره.

وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث، لأوجه فتح الطعن بإلغاء القرارات المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية (المطلب الأول)، كما سنعمل على دراسة آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد، ومدى تأثيره على عقد الصفقة (المطلب الثاني).
المطلب الأول: أوجه إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية

إن حالات فتح دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية لا تختلف عن الحالات المعتمدة في قضاء الإلغاء بصفة عامة² والتي تصلح كقاعدة لإلغاء القرارات الإدارية

¹ - حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثانية ماي 2019، ص 117.

² - في هذا الإطار تنص المادة 20 من القانون 90.41 المتعلق بالمحاكم الإدارية على ما يلي: " كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة "

غير المشروعة، إنها ترتبط بأسباب عدم المشروعية أو بالعيوب التي يمكن أن تشوب القرارات الإدارية وتؤدي إلى إلغائها.¹

هكذا يمكن أن نقسم أوجه إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية إلى صنفين: عيوب المشروعية الخارجية (الفرع الأول)، وأخرى مرتبطة بعيوب المشروعية الداخلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: على مستوى عيوب المشروعية الخارجية

تتعلق عيوب الشرعية الخارجية للقرار الإداري بالمظهر الخارجي للقرار الصادر عن السلطة الإدارية، وتتمثل كما هو معمول به فقها وقضاء حول عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل.

أولاً: عيب عدم الاختصاص

يقصد بالاختصاص الصلاحية المعترف بها لرجل الإدارة من أجل القيام بما أسند إليه، في الحدود المكانية والزمانية والموضوعية التي يبينها القانون، ويقوم ركن الاختصاص على أساس صدور القرار الإداري من الشخص المختص قانوناً بإصداره²، أما عيب عدم الاختصاص فيقصد به صدور القرار المطعون فيه ممن لم يخوله القانون إصداره، ذلك أن المشرع قد وزع الاختصاصات الإدارية على أعضاء السلطة

¹ منية بنلميح، المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة، مرجع سابق، ص 137.

² أحمد أجعون، نشاط ووسائل الإدارة وفقاً للتشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، ص 95.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

الإدارية على نحو معين، فإذا تمت ممارسة اختصاص من هذه الاختصاصات بواسطة من لم يمنحه القانون سلطة مباشرته كان التصرف باطلا ومحل إلغاء¹. وفي مجال الصفقات العمومية، تجد فكرة الاختصاص أيضا أرضية خصبة لتطبيقها، بالنظر لتعدد الجهات المتدخلة، (الأمر بالصرف، أو الشخص المفوض له، لجنة طلب العروض، العلاقات القائمة بين الأجهزة المنتخبة والسلطة المحلية الممثلة للسلطة المركزية...).

فمثلا نجد المادة 4 من مرسوم 08 مارس 2023²، تنص على أنه "الجهة المختصة هي الأمر بالصرف أو الشخص المفوض من قبله قصد المصادقة على الصفقة أو أي شخص آخر مؤهل لهذا الغرض".

وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، قضت بمشروعية القرار موضوع الطعن، على اعتبار أن الطاعنة تمسكت بكون القرار المطعون فيه قد صدر عن جهة غير مختصة لكونه اتخذ من طرف الكاتب العام للوزارة...، والذي لم تكن له صلاحية المصادقة على الصفقة حتى تكون له صلاحية الإلغاء، لكن حيث إن المادة 4 من مرسوم 20 مارس 2013³ تنص على أن "الجهة المختصة هي الأمر بالصرف أو الشخص المفوض من قبله قصد المصادقة على الصفقة أو أي شخص آخر مؤهل

¹ ثورية لعيوني، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2005، ص 158.

² - مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444، ص 2862.

³ - مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 6140 بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013) الذي غير وتمم بمقتضى المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) يتعلق بالصفقات العمومية.

لهذا الغرض ... " وأن قرار السيد وزير ... قد فوض للسيد ... الكاتب العام للوزارة الإمضاء والمصادقة على الصفقات ... كما أن مرسوم 30 أكتوبر 2008 في شأن تفويض إمضاء الوزراء ... يشير إلى سريان مفعول قرارات التفويض من تاريخ توقيعها ... ومن تم يتجلى أن القرار المطعون فيه قد صدر عن الجهة المختصة وتم توقيعه من طرف الكاتب العام فكان ما أثير لا أساس له.¹

وخلاصة القول فإنه عند تحقق عيب عدم الاختصاص يكون القرار المنفصل عن العقد الإداري مشوباً بتجاوز السلطة ويكون الإلغاء هو الجزاء الذي يوقعه القضاء الإداري نتيجة لخرق مبدأ المشروعية.²

ثانياً: عيب الشكل

يقصد بالشكل المظهر الخارجي الذي يبدو فيه القرار وكذا المسطرة المتبعة في إصداره، ويقصد بعيب الشكل إهمال أو نسيان بعض الشكليات لاتخاذ القرار الإداري والهدف من إلزام الإدارة باتباع شكليات معينة هو ضمان حسن إصدارها للمقرارات درءاً لمواطن الزلل والتسرع، وذلك حماية للمصلحة العامة ومصلحة الأفراد على حد سواء.³

يرتبط إبرام الصفقات العمومية بمجموعة من الشكليات المسطري التي ألزمها المشرع، كالإعلان المسبق وتشكيلة اللجنة، وتعليل قراراتها، كما ألزم المشرع الكتابة

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3674 بتاريخ 2015/08/31، ملف عدد 2015/7110/219، غير منشور.

² هشام الوازيكي، دعوى الإلغاء والنزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، سلسلة الأيام الدراسية لمحكمة الاستئناف الإدارية الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، 2020، صفحة 99.

³ - عبد الكريم حيضرة، القانون الإداري المغربي النشاط الإداري، مطبعة النجاح - الجديدة الدار البيضاء، مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الثانية أكتوبر 2017، ص 126.

في عقود الصفقات لارتباطها برهانات المالية وبطول المدة المتعلقة بتنفيذها، ويتجلى عيب المسطرة في إغفال الشكليات المتطلبة قانوناً في القرار الإداري المنفصل على عقد الصفقة، ويتحقق ذلك كعدم صحة مسطرة اتخاذ قرار الاعلان عن طلب العروض، كما يتجلى عيب الشكل في عدم التقيد بالشكليات المتطلبة الملازمة للقرار زمنياً، كتلك المتعلقة بتاريخ القرار والشكل الكتابي وانعدام التعليل والتوقيع أو التوقيع بالعطف.

ففي إطار الصفقات العمومية، هذه الشكليات إلزامية وغيابها يعيب من دون شك العقد، كما أنه فور خرق القواعد الشكلية يختبئ أحياناً المساس بقواعد الموضوع والتي تشكل محور مختلف المساطر، كالسلطة المتعلقة بالإشهار، والذي يكون الهدف منه إعطاء الفرصة لجميع المتنافسين لتقديم عروضهم، أو ضمان منافسة حقيقية، حيث نصت في هذا المجال المادة 23 من مرسوم 08 مارس 2023 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه " ينشر الإعلان عن طلب العروض المفتوح في بوابة الصفقات العمومية، وفي جريدتين توزعان على الصعيد الوطني على الأقل يختارهما صاحب المشروع..."

وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة الإدارية لمراكش، أن كل صفقة لا يحترم فيها شرط الاعلان المسبق خصوص إذا كان مفروضاً بواسطة القانون، فإنها تعتبر غير صحيحة ويمكن الطعن في القرار الصادر حينذاك لعيب الشكل¹، كما ألغت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء قرار قضى بإقصاء إحدى الشركات المتنافسة من الصفقة رغم أنه تم قبول ملفها الإداري والتقني من طرف لجنة طلب العروض،

¹ حكم المحكمة الإدارية بمراكش، عدد 599 بتاريخ 2010/12/23، ملف عدد 2010/13/270، غير منشور.

بينما لم يتم قبول عرضها المالي من طرف لجنة فتح الأظرفة، وقد كان سبب الإلغاء هو غياب تعليل الإدارة لقرار الإقصاء وعدم استنادها إلى مبررات واقعية.¹

الفرع الثاني: العيوب الداخلية للقرار الإداري المنفصل

يقصد بالعيوب الداخلية للقرار الإداري تلك التي تمس مادة القرار بعينه، ففي إطار المنازعة المتعلقة بالإلغاء بالقرارات المنفصلة عن عقد الصفقة، هناك ثلاث عيوب: عيب الانحراف في استعمال السلطة، ثم عيب مخالفة القانون، ثم عيب انعدام السبب، وعليه سنقوم بدراسة كل حالة على حدة.

أولاً: عيب الانحراف في استعمال السلطة أو الغاية

يقصد بالغاية الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار الإداري تحقيقه من إصدار القرار، ذلك أن سلطات الإدارة ليست بغاية في حد ذاتها وإنما هي وسيلة إلى تحقيق المصلحة العامة²، ونعني بالانحراف في استعمال السلطة أن يصدر قرار إداري من قبل سلطة مختصة محترمة للشكليات التي يجب ان يصدر فيها القرار، لكن هذا الأخير يهدف إلى تحقيق غايات أخرى غير تلك التي كلفت السلطة الادارية بتحقيقها.

¹ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 2006/10/18، أورده بوسلهم الشمعة، في مقال " رقابة قاضي الإلغاء على قرارات إقصاء المتنافس في الصفقات العمومية" المنشور بمجلة القضاء الإداري، العدد 16/15 لسنة الثامنة، 2020، ص 68.

² - مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010، ص 431.

ويأخذ هذا الانحراف أشكالاً متعددة فيما أن يأخذ شكل انحراف عن المصلحة العامة، ويتحقق ذلك حينما يتخذ القرار الإداري من أجل تحقيق مصلحة شخصية عوض تحقيق مصلحة عامة في الإجراءات أو في المسطرة¹.

وفي المادة التعاقدية، فإن الانحراف في استعمال السلطة يجد مجالاً له عندما تستعمل الإدارة المتعاقدة سلطتها الانفرادية لغاية أخرى غير تلك التي تعاقدت من أجلها²، وبموجبه يمكن للقاضي الإداري أن يتدخل لمراقبة غاية القرارات الإدارية المتخذة من طرف السلطات الإدارية وإلغائها إذا اكتشف أنها مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

وكمثال على ذلك، في إطار الصفقات العمومية المبرمة في إطار غاية واحدة وهي دعم مقاوله معينة، أو إقصاء بعض المنافسين من المشاركة في طلبات العروض، فقد صرح الاجتهاد القضائي من خلال عدة قرارات بوجود الانحراف في استعمال السلطة، ففي قرار للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء، صرحت المحكمة بوجود انحراف في استعمال السلطة، بإلغاء قرار رئيس الجماعة القاضي بإسناد عقد امتياز مبرم مع متعاقد، لشركة أخرى قبل فسخ العقد الأصلي³.

كما صرحت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في أحد أحكامها بأن "مدير المركب الرياضي كانت تربطه بالطاعنة عالقة مشوبة بالتوتر و الشكايات حين كان يشغل

¹ منية بنلمليح، المدخل لدراسة القضاء الإداري بالمغرب، سجلماسة، مكناس، طبعة 2019، ص 220.

² عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني، مطبعة سليبي أخوين، طنجة، الطبعة الأولى، يناير 2019، ص 951.

³ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 335 بتاريخ 1998/06/25، أورده عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية في ضوء مرسوم 20 مارس 2013، مرجع سابق 951.

منصب مندوب وزارة الشبيبة و الرياضة بمدينة الجديدة، و ذلك حسب الثابت من الشكاية الموجهة إلى كاتب الدولة في الشبيبة و الرياضة من طرف مموني المواد الغذائية بشأن المشاكل التي تعترضهم من طرفه بخصوص صفقات التموين، الأمر الذي يجعل من القرار الصادر من جهة الإدارة القاضي بإقصاء الطاعنة من الصفقة موضوع النزاع بعلة عدم توفرها على الشروط المتطلبة في نظام الاستشارة و دفتر الشروط الخاصة ليس له ما يبرره غير تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة التي يعمل رجل الإدارة عادة على تحقيقها، لا سيما أن الشروط المذكورة لم يتم وضعها إلا برسم سنة 2009، و دون أن تجد لها سنداً في مرسوم الصفقات العمومية مما يجعل الغاية من فرضها هي إقصاء الشركة الطاعنة بدافع العداوة الشخصية، و هو ما يجعل القرار الطعين مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.¹

ثانياً: عيب مخالفة القانون

يكون القرار الإداري في هذه الحالة مخالفاً للقواعد القانونية بمعنى أن نصه أو محتواه أو مضمونه مخالف لقاعدة قانونية أعلى درجة منه، أو بمعنى أعم، يعتبر القرار الإداري مخالفاً لأحد مصادر الشرعية.

تستهدف رقابة القضاء الإداري فيما يتعلق بمخالفة القواعد القانونية مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام²، ويتجلى عيب مخالفة القانون في رفض الإدارة الصريح تطبيق القانون، أو سوء تأويل القاعدة القانونية أو الخطأ في تطبيق هذه القاعدة على الواقع.

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 14 ماي 2009 تحت عدد 865، غير منشور.

² - بوجمعة بوعزاوي، القضاء الإداري المغربي، مطبعة المعارف الجديدة - الدار البيضاء، سنة 2018، ص 70.

ففي مجال المعاملات العقدية، يجب أن يحترم القرار الإداري نصوص العقود الإدارية، ذلك أن الإدارة المتعاقدة مع صاحب الامتياز لا يمكن أن تتخذ قرارات معارضة لنص عقد الامتياز الذي أبرمته معه، كما يجب عليها أن تحترم في إصدار قراراتها المبادئ العامة للقانون، كاحترام حق الدفاع والحقوق المكتسبة وحجية الشيء المقضي به وإلا اعتبرت قراراتها غير مشروعة يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

فالعقوبات التي تفرضها وتطبقها الإدارة على المتعاقدين معها معتمدة في ذلك على سلطتها التقديرية، يعني بدون أن تكون مقررة بواسطة قانون أو مرسوم أو حتى بواسطة دفتر التحملات تعتبر غير مشروعة كما أن عدم احترام شروط إبرام الصفقات العمومية بصفة عامة يعد مخالفا للقانون، يمكن أن يؤدي إلى إلغاء القرارات المتعلقة به¹.

فقد ألغت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء قرارا قضى بإقصاء إحدى الشركات المتنافسة من الصفقة رغم أنه تم قبول ملفها الإداري والتقني من طرف لجنة العروض، بينما لم يتم قبول عرضها المالي من طرف لجنة فتح الأظرفة، وقد كان سبب الإلغاء هو غياب تعليل الإدارة لقرار الإقصاء وعدم استنادها إلى مبررات واقعية².

وعموما يمكن القول بأن كل قرار إداري منفصل عن العقد اتخذ مخالفة لمقتضيات قانونية يمكن إلغاؤه من طرف القاضي الإداري بسبب عدم مشروعيته.

¹ منية بنلمليح، المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة، مرجع سابق، ص 152.

² - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2006/10/18، أورده بوسلهام الشمعة، في مقال " رقابة قاضي الإلغاء على قرارات إقصاء المتنافس في الصفقات العمومية" المنشور بمجلة الوكالة القضائية للملكة، عدد خاص بالصفقات العمومية، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص 194.

ثالثاً: عيب انعدام السبب

يعد السبب ركن من أركان القرار الإداري، ومن كل قرار يجب أن يقوم على سبب مشروع، حيث إن عدم إثبات ذلك في النازلة يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بعيب انعدام السبب المبرر لإلغائه، فسبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار، كما أنه لا بد لكل قرار إداري من سبب والسبب هو تلك الوقائع المادية التي تبرر صدوره.¹

وسبب القرار الإداري وإن كان يخرج عن إرادة الإدارة ويستقل عنها، إلا أنه هو الذي يحركها ويدفعها لاتخاذ قرارها، ولا يقصد بالباعث هنا الغاية أو الهدف من إصدار القرار، بل الأسباب والظروف الواقعية أو القانونية التي تحدثت قبل مولد القرار وتدفع إلى إصداره فسبب القرار سابق عليه، في حين أن غايته لاحقة لصدوره وتكون من نتائجه، حيث أن القرار الإداري يجب أن يهدف دائماً إلى الصالح العام.² فلقد اعتبر القضاء بأن "ثبوت كون قرار إقصاء المقاول الطاعنة قد تأسس على أسباب غير صحيحة من حيث القانون والواقع يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بعيب السبب"³، كما قضى في حكم آخر لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال تأكيده مشروعية قرار إقصاء متنافس لعدم إدلائه بشواهد مطابقة لنظام الاستشارة، حيث جاء في منطوق الحكم أن "الشواهد المدلى بها من طرف الطاعنة إما أنها عبارة عن رسائل شكر من المؤسسات العامة والخاصة التي استفادت من خدماتها بدون أن تشير إلى طبيعة الأعمال واسم الموقع على تلك الشهادات وصفته،

¹ - محمد الأعرج، النظام القانوني للقرارات الإدارية في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، المحلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 64 سنة 2005، ص 20.

² - محمد الأعرج، مرجع سابق، ص 21.

³ هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص 101.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

أو لا تتضمن مبلغ الأعمال المنجزة وتواريخ إنجازها، أو أن مبلغ هذه الأعمال يقل على المليون درهم، أو تشير إلى أنها مجرد صاحبة للصفقة أو تم تبليغها المصادقة على الصفقة مع أن نظام الاستشارة يشترط لقبول مثل هذه الشهادات أن تثبت إنجاز أعمال التغذية، مما لم يؤهل المستأنف عليها للحصول على عدد كاف من النقاط فيما يخص المؤهلات التقنية وذلك بالمقارنة مع باقي المتنافسين.¹

المطلب الثاني: الآثار القانونية لإلغاء القرار الإداري المنفصل في منازعات

الصفقات العمومية

إذا كانت إمكانية إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد من المسائل المسلم بها اليوم فقها وقضاء، فإن ثمة إشكالية تطرح على هذا المستوى والتي لا زالت موضوع نقاش وجدال كبيرين بين مختلف المهتمين بمنازعات العقود الإدارية وخاصة الصفقات العمومية، إن الأمر يتعلق بتحديد الآثار التي يمكن أن تنتج عن إلغاء قرار منفصل عن العملية التعاقدية كلها.

في هذا الإطار يمكن حصر آثار الإلغاء في حالتين، الحالة الأولى التي يصدر فيها الحكم القضائي بالإلغاء قبل إبرام الصفقة العمومية (الفرع الأول)، والحالة الثانية صدور الحكم القضائي بالإلغاء بعد إبرام الصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صدور حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل قبل إبرام الصفقة

العمومية

¹ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1624 الصادر بتاريخ 14/04/2015 في الملف الإداري رقم 2011/7205/220، أورده بوسلهام الشمعة، في مقال " رقابة قاضي الإلغاء على قرارات إقصاء المتنافس في الصفقات العمومية" المنشور بمجلة الوكالة القضائية للملكة، عدد خاص بالصفقات العمومية، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص 194.

في مثل هذه الحالة، وهي حالة نادرة، فإنه يتعين على الإدارة أن تتمسك بحجية الشيء المقضي به، وأن تمتنع عن إتمام إجراءات التعاقد، وإلا تكون قد خالفت القوة المطلقة لحكم الإلغاء ويستوي في هذا الشأن أن يكون الطعن بالإلغاء قد قدم من سيصبح طرفا في العقد أو من الغير وهذا هو مفهوم الحجية المطلقة لحكم الإلغاء حيث ينتج الحكم أثره ليس فقط في مواجهة أطراف الدعوى بل أيضا في مواجهة الغير¹.

وتبرز أهمية هذه الحالة عند إعمال أحكام المادة 163 من مرسوم 08 مارس 2023² المتعلق بالصفقات العمومية التي تمنح إمكانية إيقاف مسطرة طلب العروض من قبل الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة المعنية عندما يتقدم له أحد المتنافسين بشكاية تتعلق باختلالات شابت هذه المسطرة، إذ أن استصدار هذا المتنافس لحكم بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة خلال هذه المسطرة ينتج عنه ترتيب آثار الحكم بالإلغاء³.

إذا كان إلغاء القرار المنفصل المتصل بالعملية التعاقدية يجعل العقد هشاً فعلى الإدارة أن تستخلص النتائج القانونية المترتبة عن عدم شرعية قرارها المنفصل وذلك بالاختيار بين أسلوبين اثنين إما اللجوء إلى الحوار مع الطاعن للتوصل من خلال ذلك إلى تسوية حبية تسمح بإعادة تقييم وتصحيح العقد وإتمام تنفيذه، أو

¹ هشام الوزاكي، الدور الاستثنائي لقاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مقال منشور بمجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني دجنبر 2018، ص 171.

² - مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، 16 شعبان 1444، ص 2951.

³ - أحمد العيلاوي، نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها في منازعات الصفقات العمومية على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، عدد خاص بالصفقات العمومية، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص 225.

اللجوء إلى خيار إعادة تنظيم العقد بهدف تحقيق تطابق العقد الأصلي مع ما تم الحكم به من طرف القاضي الإداري للشرعية، وفي حالة عدم نجاعة هذين الأسلوبين فإنه يمكن للطاعن المثلث أمام قاضي العقد من أجل المطالبة بإبطاله وحسب الاستاذ Stephane Guérard فإن (رفض الإدارة تنفيذ قرار قضائي قضى بإلغاء القرارات المنفصلة، يكشف عن صعوبة التمييز بين أنواع القضاء) لذا فإن آثار إلغاء القرار المنفصل لا تزال جد نسبية لأنها رهينة بإرادة الإدارة، فيما أن تلتجئ إلى إعادة صياغة العقد وفق ما قضى به قاضي الإلغاء للامتثال لمبدأ المشروعية وإما أن تعتمد إلى إطالة أمد القرار المنفصل غير المشروع.¹

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن لطالب الإلغاء أن يتوجه للمحكمة الإدارية² لطلب إيقاف تنفيذ القرار الإداري المنفصل إلى حين البث في دعوى الموضوع وهي دعوى الإلغاء، وذلك كلما توفرت فيه الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لإيقاف تنفيذ القرارات الإدارية بصفة عامة.

الفرع الثاني: صدور حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل بعد إبرام الصفقة

العمومية

هذه الحالة هي الأكثر انتشارا في الواقع العملي، حيث تبقى آثار الإلغاء نسبية وضعيفة المفعول، ما لم يشعر قاضي الإلغاء أطراف المنازعة العقدية بإمكانية الجمع بين طلب إلغاء القرار المنفصل وبين ما ترتب عن هذا القرار وذلك بالمطالبة بإبطال العقد، ففي غير هذه الحالة يظل العقد قائما حتى يتمسك أحد أطرافه

¹ - محمد العلوي، مرجع سابق، ص 152.

² - تنص المادة 24 من القانون 90.41 المتعلق بالمحاكم الإدارية على أنه "للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة".

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد الإداري، أي إلى غاية تقديم دعوى البطلان أمام القضاء الشامل حيث يجوز لقاضي العقد الحكم بإلغائه استنادا إلى سببية إلغاء القرارات المنفصلة التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد.

لقد آثرت محدودية أثر حكم الإلغاء على سير العملية التعاقدية العديد من الآراء والانتقادات، فلقد أشار المفوض روميو في مستنتاجاته حول قرار Martin الشهير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بأن قيمة إلغاء القرار المنفصل تبقى "طوباوية" أو "أفلاطونية" فالعقد يبقى نافذا بالرغم من إلغاء القرار الإداري المنفصل، كما هو الشأن في قضية "الرباط باركينغ" ومجلس مقاطعة حسان حيث أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط حكما بتاريخ 2008/04/8، قضى بإلغاء عقد الامتياز المبرم نتيجة ذلك القرار المنفصل إلا أن آثار هذا الحكم بقيت حبيسة الورق تلوحها الألسن في بعض المناسبات دون أن تتجسد في الواقع العملي¹.

خاتمة:

خلاصة القول أنه يمكن القول أن مرسوم الصفقات العمومية نص على ضمانات قانونية تهدف إلى تحقيق المساواة بين المتنافسين أمام هاته الصفقات، كتحديد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد، وفي مساواة المتنافسين للوصول إلى المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية...، فإذا خرقت الإدارة هاته الضمانات فإنه يحق للمعنيين بالأمر مخاصمة قراراتها غير المشروعة أمام قاضي الإلغاء تطبيقا للفصل 118 من الدستور الذي يكرس دولة القانون واحترام المشروعية والقواعد القانونية.

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2008/04/08، عدد 581 في الملف عدد 150/07، أورده محمد العلوي، مرجع سابق، ص153.

وعلى الرغم أن نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري وقابليتها للطعن بالإلغاء أمام قاضي التجاوز في استعمال السلطة ساهمت في حماية مبدأ المشروعية في مجال عقود الصفقات العمومية، بحيث أجازت إخضاع قرارات الإدارة التي تكون مرتبطة بعقد الصفقة العمومية أو مساهمة في نشوئه لرقابة المشروعية التي تظل هي الرقابة القضائية الأصلية على القرارات الإدارية وتفسح المجال لإلغاء القرارات غير المشروعة بمعنى إعدام وجودها المادي والقانوني بما يترتب عن ذلك من إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

كما أنه إذا كان استعمال القاضي الإداري لتقنيات القرار المنفصل يحقق آثار إيجابية تتجسد في حماية المشروعية أمام تسلط وتعسف الإدارة ودعم تطور دعوى الإلغاء في المجال العقدي، فإن آثار هذه الأخيرة تظل محدودة أمام صعوبة الوصول إلى تنفيذ مقتضيات قاضي الإلغاء خاصة وأنه مقيد بمبدأ فصل السلطات الذي يمنعه من إصدار أوامره للإدارة الشيء الذي يفرض على الطاعن اللجوء مرة أخرى إلى قاضي العقد لتنفيذ ما قضى به قاضي الإلغاء، مما يبرز معه صعوبة وازدواجية وتعقيد المسطرة في مجال منازعات الصفقات العمومية التي تتأرجح بين مسطرة قاضي الإلغاء ومسطرة القضاء الشامل.

لائحة المراجع

الكتب:

- فؤاد قيشوح، القاضي الإداري وإشكالية الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة في منازعات الصفقات العمومية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط، الطبعة الأولى 2017.
- حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثانية ماي 2019.
- بوجمعة بوعزاوي، القضاء الإداري المغربي، مطبعة المعارف الجديدة - الدار البيضاء، سنة 2018.
- عبد الكريم حيضرة، القانون الإداري المغربي النشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الثانية أكتوبر 2017.
- مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010.
- منية بن مليح، المدخل لدراسة القضاء الإداري بالمغرب، سجل ماس، مكناس، طبعة 2020.2019.
- عبد اللطيف الشدادي، نظام الصفقات العمومية في ضوء مرسوم 20 مارس 2013 ودفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال 2016، الجزء الثاني، مطبعة سليكي أخوين، طنجة، الطبعة الأولى، يناير 2019.
- أحمد أجمعون، نشاط ووسائل الإدارة وفقا للتشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.
- منية بنلمليح، المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى 2018، العدد 123.
- ثورية لعويوني، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2005.

المقالات:

- أحمد اليعلاوي، نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها في منازعات الصفقات العمومية على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، عدد خاص بالصفقات العمومية، العدد الثاني، دجنبر 2018.
 - بوسلهام الشمعة، رقابة قاضي الإلغاء على قرارات إقصاء المتنافس في الصفقات العمومية" مجلة الوكالة القضائية للمملكة، عدد خاص بالصفقات العمومية، العدد الثاني، دجنبر 2018.
 - هشام الوازيكي، دعوى الإلغاء والنزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، سلسلة الأيام الدراسية لمحكمة الاستئناف الإدارية الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط 2020.
 - هشام الوازيكي، الدور الاستثنائي لقاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الثاني دجنبر 2018.
 - عبد الكريم حيضرة، " الثابت والمتغير في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 142 سنة 2018.
 - العلوي محمد، " اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 101، السنة 2011.
 - بنمليح منية، " دور القاضي الإداري في مراقبة المشروعية في المجال العقدي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 83، سنة 2008.
 - محمد قصري، " القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية"، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 46.
 - إسماعيل صفاحي، رقابة القضاء الإداري على المرحلة السابقة لإبرام الصفقات العمومية بالمغرب، المجلة المغربية لأنظمة القانونية والسياسية، العدد 12 أكتوبر 2017.
 - محمد الأعرج، النظام القانوني للقرارات الإدارية في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 64 سنة 2005.
 - هشام العقراوي، إلغاء القرار المنفصل وتأثيره على الصفقة العمومية في ضوء التشريع والعمل القضائي، مجلة القضاء الإداري، العدد 14/13، السنة 2019.
- الأطروحات الجامعية:

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

● محمد الناجم أباه، منازعات الصفقات العمومية في القضاء الإداري المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2021-2022.

● محمد الشاوي، إشكالية الرقابة على صفقات الجماعات الترابية بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2016/2045.

● عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية دراسة نظرية وتطبيقية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 1984/1985.

النصوص التشريعية والتنظيمية:

● ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية.

● ظهير شريف رقم 202-02-1 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002) بتنفيذ القانون رقم 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية.

● مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) يتعلق بالصفقات العمومية.

● الأحكام والقرارات القضائية:

● قرار الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، عدد 1099، الصادر بتاريخ 19 شتنبر 2019، في الملف الإداري عدد 2019/4/479، غير منشور.

● قرار للغرفة الإدارية بمحكمة النقض، عدد 261 مؤرخ في 11/04/1996.

● قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، صادر بتاريخ 15 يوليوز 1963.

● قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1624 الصادر بتاريخ 14/04/2015 في الملف الإداري رقم 2011/7205/220

● حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3674 بتاريخ 31/08/2015، ملف عدد 2015/7110/219.

اختصاص قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ----- الباحث / يوسف الكيتوف

- المحكمة الإدارية بأكادير، حكم رقم 126/2010، رقم 115-2009 غ، الصادر بتاريخ 11 ماي 2010، قضية شركة أكادير أوربا GAB ضد والي جهة سوس ماسة درعة.
- حكم المحكمة الإدارية بمراكش، عدد 599 بتاريخ 2010/12/23، ملف عدد 2010/13/270.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2008/04/08، عدد 581 في الملف عدد 150/07.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 335 بتاريخ 1998/06/25.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 14 ماي 2009 تحت عدد 865.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 2006/10/18.
- المحكمة الإدارية بأكادير، حكم رقم 36، 1997/7/10.
- حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 62 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1998.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2006/10/18.
- حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 10/94 بتاريخ 1995/02/23.
- المحكمة الإدارية بوجدة، حكم عدد 99/24 بتاريخ 20 فبراير 1999 المجلس القروي لجماعة سيدي بلقاسم ضد وزير الفلاحة
- حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 95-19، بتاريخ 23 فبراير 1995، ملف عدد 194.
- حكم محكمة القضاء المصري، بتاريخ 27 يناير 1957 قضية رقم 197 السنة 11.
- حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 13 يناير 2003.
- حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد 327 بتاريخ 1996/07/31.

المراجع الأجنبية:

- MARCEAU LONG – PROSPER WEIL – GUY BRAIBANT – PIERRE DELVOLVE – BRUNO GENEVOIS, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit, 2011.
- SERHAN EL HOUSSAINE, Le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public marocain, thés, Bordeaux1, 1989.

دور قاضي الإلغاء في مراقبة مشروعيات القرارات الممهدة لإبرام الصفقات العمومية

دة/مريم زان

دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية من جامعة محمد الخامس بالرباط

تكتسي الصفقات العمومية أهمية كبرى فبالإضافة إلى وظيفتها التقليدية كأسلوب من الأساليب التي تلجأ إليها الإدارات العمومية لإنجاز مختلف المشاريع والحصول على الخدمات والأدوات اللازمة لتسيير المرافق العمومية، فهي تعتبر أيضا وسيلة لتنفيذ السياسات العمومية¹.

وباعتبار الطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية وارتباطه بالمصلحة العامة والمال العام، فإنه يمر بمجموعة من المراحل ابتداء من المرحلة التحضيرية لإبرامه ومرورا بالمصادقة وانتهاء بالتنفيذ، وخلال هذه المراحل تصدر الإدارة المتعاقدة عدة قرارات إدارية ينتج عنها في كثير من الأحيان عدة إشكاليات قد تتعلق برفض المصادقة والعدول عن المزايدة وفسخ العقد الإداري، وإذا كانت الإدارة تتصرف بإرادتها المنفردة في أغلب مراحل الصفقة العمومية دون اللجوء إلى القضاء، وإنما إستنادا إلى نصوص العقد والقواعد العامة لتسيير المرفق العام، فإن سلطتها التقديرية هاته ليست مطلقة بل تخضع لمراقبة القضاء.

لذلك، فالرقابة القضائية من الدعائم الأساسية لتكريس دولة الحق والقانون وترسيخ ثقافة المشروعية وذلك من أجل ضمان احترام مبادئ النزاهة والشفافية

¹ - عبد الكريم حيزرة، تطور الاجتهاد القضائي في منازعات الصفقات العمومية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 14، ماي 2018، ص:369.

والمنافسة وضمن التقييد بمضامين ومقتضيات المرسوم الجديد الصادر بتاريخ 8 مارس 2023¹ المتعلق بالصفقات العمومية.

هكذا، فتحويل صلاحية الفصل في النزاعات التي تنشأ بين طرفي العقد في مجال الصفقات العمومية للقضاء الإداري من شأنه أن يبث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاقدين – المقاولين والمستثمرين- مع الإدارة لكون أن القضاء يعمل على التقييد بالضوابط والتطبيق السليم للقانون².

وتبعاً لذلك يمكن رد اختصاص القضاء الإداري في مجال النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية بصفة عامة إلى نوعين رئيسيين القضاء الشامل باعتباره مجالاً لاستيفاء الحقوق الشخصية، وقضاء الإلغاء باعتباره طعناً استثنائياً يؤول المقام الأول فيه للحفاظ على المشروعية³.

فالقضاء الشامل ينظر في منازعات العقود الإدارية بمختلف أوجهها ومظاهرها، لكن ذلك لم يمنع تحويل دور معين ومحدد لقاضي الإلغاء لمراقبة بعض القرارات ذات العلاقة بالعقد الإداري فنتيجة للتطور الذي عرفه القضاء الإداري، صار يقبل النظر في الطعون بالإلغاء ضد بعض القرارات الصادرة في مجال العقود الإدارية، بعدما كان يرفض فكرة الطعن بالإلغاء ضد عقد إداري باعتباره وحدة قانونية غير قابلة للتجزئة.

¹ - مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 شعبان 144 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7176، بتاريخ 9 مارس 2023، ص:2861.

² - محمد رحمانى، منازعات إبرام الصفقات العمومية، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق ظهر المهرز-، السنة الجامعية: 2008/2009، ص:13.

³ -محمد رحمانى، منازعات إبرام الصفقات العمومية، م.س، ص:14.

إن إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة بمناسبة تعاقد الإدارة، لم يتم إقرارها من لدن القاضي الإداري إلا بمناسبة إرسائه لنظرية القرارات المنفصلة التي سمح بموجبهما للأغيار - وكذا لطرفي العقد في حالات معينة - بمراجعة قاضي الإلغاء من أجل الطعن في مشروعية هذه القرارات استقلالا عن العقد الذي صدرت بشأنه وبمناسبته والذي ينعقد اختصاص المنازعة بشأنه في الأصل للقضاء الشامل¹.

وعليه، ولا يتمتع قضاء الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية سوى بدور محدود، باعتبار أن المجال الطبيعي لهذه المنازعات هو ولاية القضاء الشامل. وذلك لأن العقد ليس قرارا انفراديا صادرا عن الإدارة بل هو تصرف ثنائي يجمع بين إرادتين مختلفتين تمثلان الإدارة والمتعاقد معها، بينما القرار الإداري هو تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة، ويكتسي طابعا أمرا في مواجهة المخاطبين به، إذ يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن توجه ضد قرار إداري قابل للتنفيذ ومنتج في حد ذاته لآثار قانونية².

فالقرارات الممهدة أو المنفصلة عن العقد يمكن أن تكون سابقة كالقرارات التحضيرية والتي تستهدف التمهيد لإبرام صفقة أو إبعاد بعض المرشحين من المشاركة في المنافسة دون مبرر، ويمكن أن تكون مصاحبة لعملية التعاقد مثل قرار رفض المصادقة على العقد أو أن تصدر المصادقة مخالفة للشكليات التي فرضها

¹ - أحمد اليعلاوي، نظرية القرارات المنفصلة وتطبيقاتها في منازعات الصفقات العمومية على ضوء العمل القضائي

الإداري المغربي والمقارن، مجلة الوكالة القضائية، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص: 205

² - هشام الوازيكي، الدور الاستثنائي لقاضي لإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مجلة الوكالة القضائية، العدد الثاني،

دجنبر 2018، ص: 153.

القانون، كما يمكن أن تشمل القرارات المتخذة في مرحلة تنفيذ العقد، مثل القرارات المتخذة استنادا للقوانين والتنظيمات دون أن تركز على بنود العقد¹.

عموما، فدعوى الإلغاء تتم في بداية إبرام الصفقة حيث تعمل على الطعن في القرارات الممهدة بعد التأكد من استيفاء شروط القبول في الطعن الموجه ضد القرار المتسم بعيب عدم مراعاة ضوابط المنافسة خلال الإبرام، بالإضافة إلى صحة الأركان الأخرى كالإختصاص بإصداره وشكله وهدفه وسببه وموضوعه.

ولالإحاطة بالدور الذي صار يلعبه قاضي الإلغاء في مجال الصفقات العمومية، لابد من طرح الإشكالية التالية :

أي دور لقاضي الإلغاء في حماية مبدأ المشروعية على القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سوف نعتمد على التقسيم التالي:

المطلب الأول: نطاق تدخل قاضي الإلغاء في منازعات المتعلقة بعقد الصفقة العمومية

المطلب الثاني: آثار رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية

المطلب الأول: نطاق تدخل قاضي الإلغاء في المنازعات المتعلقة بعقد الصفقة العمومية

المبدأ العام هو أن الطعن بالإلغاء يكون ضد القرارات الإدارية، والعقد الإداري ليس قرارا إداريا وإنما عملا مركبا ومن تم فلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، لأن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية يتم تقديمها من أجل الدفاع عن المشروعية، بينما

¹- عبد الله حداد "منازعات العقود الإدارية بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء" الندوة الأولى للقضاء الإداري 18 و 19 ماي 1995 تحت عنوان المحاكم الإدارية دعامة من دعائم دولة القانون، ص: 66.

الدعاوى التي ترفع في نطاق العقود الإدارية يكون القصد منها هو الدفاع عن الحقوق الشخصية، كما أن باب الدعوى الموازية مفتوحة أمامها.

غير أن الممارسة العملية أثبتت بأن قاضي الإلغاء، وعلى الرغم من عدم اختصاصه المبدئي للبحث في منازعات العقود الإدارية عامة، ومنازعات الصفقات العمومية بشكل خاص، فقد ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد باعتبارها قرارات تصدرها الإدارة المتعاقدة خلال المراحل التمهيديّة للتعاقد وأخضعها لرقابة قاضي الإلغاء¹.

وعليه، تعتبر القرارات الممهدة للعقد وكذلك القرارات المتعلقة بعملية إبرامه من أبرز القرارات المنفصلة على العقود الإدارية، وتبرز أهميتها من كونها تلعب دورا محوريا في سلامة إبرام العقد الإداري.

وللإحاطة بنطاق بتدخل قاضي الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية، سنتطرق أولا لماهية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة (فقرة أولى). ثم أنواع القرارات المنفصلة الخاضعة لرقابة قاضي الإلغاء (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ماهية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية
إن الأعمال التي تقوم بها الإدارة نوعيين، وهي أعمال قانونية أو مادية، وهذه الأخيرة لا تهدف الإدارة من وراءها إحداث آثار قانوني معين كما أنها لا تكون محلا للدعوى الإلغاء، أما الأعمال القانونية فهي إما أن تكون قرارات إدارية والتي تكون محلا للمراقبة القضائية أو عقود إدارية.

إذا كانت القرارات المنفصلة عن عقد الصفقة تخضع لطعن فيها لولاية قضاء الإلغاء، فإن لهذا الطعن شروطا يتعين توافرها، (ثانيا) قبل التطرف لهذه الشروط

¹ -laurent Richer, droit des contrats administratifs, 2^e éd, LGDJ 1999, p: 60.

لا بد من معرفة نشأة ومفهوم القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية (أولاً).

أولاً: نشأة ومفهوم القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية
قبل التطرق لمفهوم القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة (ب) لا بد من الإشارة لنشأة هذه القرارات (أ).

أ- نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية
ابتكر مجلس الدولة الفرنسي مطلع القرن العشرين نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فقسم القرارات الإدارية المرتبطة بالعقد إلى قسمين مختلفين في طبيعتهما، فالأول لها طبيعة عقدية بحثه والثانية تتوافر فيها صفات وأركان القرارات الإدارية فهذه الأخيرة وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أن لها من الاستقلالية ما يسمح بفصلها عن العقد الإداري¹.

هكذا ظهرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على يد مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1903 في قضية Commune de Core ، ففي هذا الحكم طبق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة على العقد، وقبل الطعن على انفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد، استقلالاً عن العملية ذاتها، دون انتظار القرار النهائي فيها، وكان الطعن في هذا الحكم متعلقاً بقرارات إبرام العقد².

¹ - طيبي سعاد عمروش، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيدية للصفقة العمومية،

مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية الجزائر، المجلد 4 العدد | السنة، 2019، ص: 75.

² - طالب بن دياب اكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعقم، جامعة أو بكر بلقايد- تلمسان- كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص: 28.

وتبلور ذلك الاتجاه نحو الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء في المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري، وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Martin وتتلخص وقائع هذه القضية في ما يلي:

إن السيد MARTIN الذي هو عضو المجلس العام لإقليم LOIRE ET CHAIR حيث أنه أقام طعنا ضد القرارات التي اتخذها المجلس المذكور أعلاه بشأن منح إحدى الشركات عقد التزام نقل Tramway حيث أن الطرق التي دعي بها المجلس للتداول والإجراءات التي اتبعتها المدير والتي كانت بعدم توزيعه على الأعضاء تقريراً مطبوعاً عن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية أيام. مما منعهم من ممارسة عضويتهم وفقاً للضمانات المقررة في القانون مما أدى الإدارة إلى إبرام العقد.

وعلى الرغم من أن الإدارة دفعت في هذه القضية بعدم جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات المذكورة باعتبارها ساهمت في إبرام العقد وبالتالي شكلت جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد الذي ينعقد اختصاص البت في المنازعة بشأنه للقضاء الشامل، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء من الناحية الشكلية مكرساً بذلك مبدأ جواز الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة (أو القابلة للانفصال عن العقد، و مسترشداً في ذلك بخلاصات مفوض الحكومة Commissaire du gouvernement روميو (Romieu) "الذي دعا في تقريره إلى فتح باب الطعن بالإلغاء أمام غير المتعاقد مع الإدارة ضد القرارات التي تتخذها بمناسبة إبرام عقودها. إلا أن مجلس الدولة توسع فيما بعد وقبل الطعن المذكور حتى بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، بل وحتى بعد إبرام العقد و سريان¹.

1- أحمد البعلاوي، م.س، ص:210.

وعليه فقد استثنى مجلس الدولة الفرنسي من مجال المنازعة العقدية القرارات المنفصلة عن هذا العقد باعتبارها يمكن أن تكون محلا للطعن بالإلغاء للشطط في استعمال السلطة أمام قضاء المشروعية، قضاء الإلغاء¹.

وقد طبق القاضي الإداري المغربي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة منذ سنة 1963، عندما قضت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بعدم قبول الطعن بالإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة ضد القرار القاضي برفض مراجعة أئمنة صفقة عمومية، لأن المعني بالأمر يمكن أن يطالب بنفس الحق عن طريق دعى القضاء الشامل².

وأیضا القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) تحت عدد 56 بتاريخ 2/3/1964 الذي قضى بقبول الطعن بالإلغاء ضد قرار لجوء وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية إلى فتح مزايمة من أجل كراء ملك حبسي. وجاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي³: لكن حيث ينص التشريع الخاص بكراء الأملاك الحبسية على شرط أن يكون أهلا للمشاركة في المزايدات والمناقصات بصفة عامة وأن الإدارة لا تنازع في أهلية الطاعن من هذه الناحية، مما يجعله ذو مصلحة في إقامة دعوى الإلغاء ضد مقرر رفض الإدارة بموجبه ضمنا اللجوء إلى طريقة المزايدة."

ب- تحديد مفهوم القرارات الادارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية

¹- المرجع نفسه.

²- قرر محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 63/254، الصادر بتاريخ 14 يناير 1963 في الملف الإداري عدد 62/10268.

³- قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عدد 56 الصادر بتاريخ 1964/3/2 في قضية الحاج بوبكر ضد وزير الاوقاف والشؤون الإسلامية) أشار إليه أحمد البيلاوي، م.س، ص:211.

يعد القرار الإداري تصرفاً قانونياً صادراً عن الإرادة المنفردة للإدارة، وبالتالي يختلف القرار عن العقد اختلافاً كلياً، فالعقد الإداري يتطلب اتحاد إرادتين، بحيث لا بد أن تكون أحدهما جهة إدارية¹، أما القرار الإداري يعرف كونه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة، بمقتضى ما لها من سلطة عامة تقررها القوانين والمراسيم، وذلك بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء أحد المراكز القانونية متى كان ذلك ممكناً عملاً، جائزاً قانوناً وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة².

والذي يهمننا في هذه النقطة هو القرار الإداري المنفصل عن العقود الصفقات العمومية، فعلى الرغم من أن هذه النظرية من ابتداء القضاء الإداري الفرنسي، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً لها. وبالتالي تعددت التعريفات من طرف الباحثين بخصوص القرارات المنفصلة، فهناك من عرفها:

"القرارات الإدارية المنفصلة هي قرارات بالمفهوم العام للقرار الإداري، فهي تعبير عن إرادة منفردة من طرف الإدارة بما لها من سلطة ملزمة طبقاً للقوانين واللوائح، لإحداث أثر قانوني معين، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو التأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير أو التعديل أو حتى الإلغاء، وهو يصدر في إطار عملية مركبة، إلا أنها تستطيع أن تنفرد لوحدها كقرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يمس ذلك باقي مكونات العملية أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها³.

¹ - طيبي سعاد عمروش، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيديّة للصفقة العمومية، م.س، ص:75.

² - مليكة الصروخ، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة السابعة 2010، ص:425.

³ - جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر 2007، ص:168.

ومنهم قد عرفها على أنها " جميع القرارات التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة والتي يتوقف عليها إبرام العقد أو تصاحب إبرامه"¹.

وعليه يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة هي " تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة ويتمثل دورها في المساهمة في تكوين العقد والتي هي بطبيعتها تنفرد عنه وبالتالي يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

هكذا فجميع القرارات الممهدة للعقد الإداري سواء تلك المتعلقة بإبرامه أو الإقصاء من المنافسة أو فرض المصادقة على عقد الصفقة أو التراجع عن المصادقة على العقد كلها تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد، مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، غير أن قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع، ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه في إطار نظرية الفصل بين السلطة القضائية والتنفيذية استنادا لقاعدة القاضي الإداري يقضي ولا يدير"².

ثانيا: الشروط الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية

تعرف القرارات المنفصلة بكونها قرارات قائمة باستقلال عن العقد الذي صدرت بمناسبةه وتنفرد عنه من حيث طبيعتها ومن حيث قابليتها لإنتاج آثار قانونية بإرادة منفردة من الإدارة"³.

¹ -عبد الله منصور الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 16- 2020، ص:193.

² -المغراوي ادريس، سلطة القاضي الإداري في مراقبة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام العلوم السياسية، جامعة محمد الخامس- اكادال، كلية الحقوق الحقوق الرباط، السنة الجامعية: 2019/2018، ص:7.

³ - أحمد اليعلاوي، نظرية القرارات المنفصلة وتطبيقاتها في منازعات الصفقات العمومية ... م،س، ص:207.

لكي يكون هناك مجال لتقديم دعوى الإلغاء، فإن الأمر لا يقتصر على مجرد وجود قرار إداري، بل لا بد من توفر بعض الشروط في العمل الإداري المزمع رفع دعوى الإلغاء ضده، وهذه الشروط لا تختلف عن شروط دعوى إلغاء القرارات الإدارية بصفة عامة مع الاختلافات البسيطة.

وعليه فإن شروط القرار الإداري المنفصل المطعون فيه بالإلغاء، تتمثل في شروط متعلقة بالقرار المطعون (أ) وشروط خاصة برفع الدعوى (ب).

أ- شروط تتعلق بالقرار الإداري المنفصل المطعون فيه بالإلغاء

لكي يكون هناك مجال لتقديم دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن عقد الصفقة، فإن الأمر لا يقتصر على مجرد وجود قرار إداري، بل لا بد من توفر بعض الشروط في العمل الإداري المزمع رفع دعوى الإلغاء ضده وهي:

1- يجب أن يكون القرار تنفيذيا

القرار التنفيذي هو القرار الذي لا يجب بحكم القواعد المنظمة له استئنافه أو مناقشته أمام سلطة إدارية أعلى أو بعبارة أخرى هو القرار الذي يكون نافذا بمجرد صدوره دون حاجة إلى التصديق عليه من سلطة أخرى.

هكذا فالقرار الذي يكون في حاجة إلى إجراءات لاحقة لا يعدو أن يكون مجرد مشروع قرار ومن ثم فإن الإجراءات التمهيدية للقرارات الإدارية غير قابلة للطعن فيها بدعوى الإلغاء¹.

نظريا لا تعتبر القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد منفصلة وتطبق عليها نظرية الإدماج التنفيذية، لأنها متخذة بمقتضى العقد وفي إطاره، فتنفيذ العقد كنهائيه

¹ - محمد ايت المكي، محاضرات في القضاء الإداري، السنة الجامعية: 2008-2009، ص: 74.

يعتبر غير منفصل عن وجوده والقرارات المتعلقة به تخضع من حيث المبدأ للقضاء الشامل فقط¹.

وتعتبر لائحة القرارات الراضية لدعوى الإلغاء لائحة طويلة جدا فقد استقر المجلس الأعلى في المغرب على عدم قبول الطعون بالإلغاء الموجهة إلى القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد معتبرا عدم قابليتها للانفصال عن العقد الذي صدرت بصده، يخول لقاضي العقد إمكانية النظر فيها وليس قاضي الإلغاء².

كما رفض قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار برفض مراجعة الأثمان التي تم الاتفاق بشأنها في إطار الصفقة وذلك لوجود دعوى موازية أمام قاضي العقود بالمحاكم العادية، حيث جاء في حيثياته ما يلي " وحيث أن الشركة العارضة تتوفر للمطالبة بحقوقها على طعن عادي أمام القضاء الشامل بمفهوم الفقرة الأخيرة من الفصل 14 للظهير المتعلق بالمجلس الأعلى مما يكون معه الطعن بالإلغاء المقدم أمام المجلس الأعلى غير مقبول³.

وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 1999/01/13 إلى ما يلي " حيث يستهدف الطعن بالحكم بإلغاء القرار الصادر عن عامل إقليم الصويرة القاضي بفسخ عقد الكراء المبرم بينه وبين الطاعن... وحيث أن القرار المطعون فيه وإن كان إداريا له خصائص القرار الإداري ومقوماته، فإن الجهة الإدارية قد أصدرت تنفيذا للعقد الرابط بينها وبين الطاعن

¹ -المغراوي ادريس، سلطة القاضي الإداري في مراقبة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، م.س، ص:28.

² - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986/11/09 في الملف الإداري عدد 730/86 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد مزدوج 42-43، ص:204.

³ -القرار عدد 254/43 صادر في 14/01/1963 ملف إداري عدد 268/1/62، قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية 1958-1997، م.س، ص:53.

واستنادا إلى نص من نصوصه وبذلك يعتبر غير قابل للانفصال عن عملية التعاقد وبالتالي فهو غير قابل للطعن بالإلغاء....¹.

هكذا فقرارات تنفيذ العقود يجب النظر إليها كموضوع أساسي للقضاء التعاقدي ولا يمكن أن تكون منفصلة وتخضع مبدئيا للقضاء الشامل، ومع ذلك توجد بعض الاستثناءات عن هذه القاعدة إذ أن قاضي الإلغاء في مجال تنفيذ العقود لا يفصل بسهولة القرارات الإدارية التي لها تأثير على هذا التنفيذ. وبالتالي قد يبدو غريبا لأول وهلة دراسة انفصالية تدابير التنفيذ واستعمال دعوى الإلغاء داخل قضاء تنفيذ العقود الإدارية مادام أن هذا الأخير يشكل بامتياز مجال قاضي العقود. فإذا كانت لعدم شرعية القرارات السابقة أو المصاحبة لإبرام العقد آثارا على صلاحية الرابطة التعاقدية، فإن إلغاء تدابير التنفيذ ليس له من حيث المبدأ أية آثار على هذه الأخيرة².

2- يجب أن يكون القرار إداريا :

يمكن لكل متضرر من قرار إداري اللجوء إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بإلغائه، فدعوى الإلغاء لا تقام إلا ضد القرارات الإدارية. ومعنى ذلك استثناء الأعمال الإدارية التي لا تتوفر فيها عناصر القرار الإداري، غير أنه في بعض الحالات تصعب معرفة متى يتعلق الأمر بقرار إداري، وليس مجرد عمل مادي للإدارة أو إجراء تحضيرية لا يرقى إلى مستوى قرار إداري قابل للطعن بالإلغاء³.

¹ -حكم المحكمة الإدارية بمراكش، عدد 3 بتاريخ 13/01/1999، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 31 مارس- أبريل 2000، ص:108.

² - المغراوي ادريس، سلطة القاضي الإداري في مراقبة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، م.س، ص: 28 و 30.

³ - بوجمعة بوعزاوي، القضاء الإداري المغربي، مطبعة المعارف الجديدة 2018، ص:42.

لا يوجد تعريف متفق عليه للقرار الإداري، إلا أن القضاء المصري عرفه بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة بمقتضى ما لها من سلطة عامة، وذلك بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني متى كان ذلك ممكنا عملا وجائزا قانونا وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة".

غير أن هذا التعريف وإن كان شائعا ومقبولا في فترة زمنية سابقة، فإنه لم يعد كذلك حاليا، فلم يعد القرار الإداري وبفعل تشعب النشاط الإداري حكرا على السلطات الإدارية، بل يمكن تصور صدوره عن هيئات من القانون الخاص، لذلك جاء في الفقرة الثانية من الفصل 118 من دستور 2011، كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا. يمكن الطعن فيه بالإلغاء أمام الهيئة الإدارية المختصة¹.

من الناحية الشكلية فإن الإدارة لا تكون ملزمة بإصدار قراراتها في شكل معين إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، وفي غياب أي نص قانوني فإن الإدارة تكون لها السلطة التقديرية في إصدار قراراتها بالطريقة التي تراها مناسبة، ومن ثم فإن القرارات الإدارية تنقسم من حيث الشكل إلى قسمين²:

القرارات التي تصدر بشكل صريح عن الإدارة من خلال إصدار قرار إداري مكتوب؛
القرارات الناتجة عن التزام الإدارة الصمت لمدة معينة (غالبا ما تحدد مدة ستين يوما) وهي التي تعرف بالقرارات الضمنية.

3- أن يكون القرار مؤثرا في مركز الطاعن

إن الأثر القانوني للقرار الإداري يتعلق إما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم، أو الغائه، فالقرار الإداري هو مجرد التعبير أو الإفصاح عن إرادة

¹ - المرجع نفسه.

² - المغراوي ادريس، سلطة القاضي الإداري في مراقبة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، م.س، ص:26.

السلطة الإدارية ونيتها في إحداث أثر قانوني معين، ينشأ ويكتسب الإلزامية بمجرد تمام التعبير عن إرادة الإدارة ودون اعتداد بإرادة أخرى وإلا واعتبر عملاً تحضيرياً. هكذا، فإن ارتكاز مفهوم القرار الإداري على إرادة إحداث الأثر القانوني مسألة في غاية الأهمية. لأن هذا العنصر هو الذي يميزه عن الأعمال الأخرى الصادرة عن الإدارة.

فطالما أن العمل الإداري يتضمن إرادة نتجه نحو إحداث مفاعيل قانونية، فإنه يتميز عن العمل المادي الذي يمكنه أن يحدث مفاعيل قانونية أيضاً ولكن دون إرادة الفاعل والأعمال المادية قد تكون هي أيضاً قصدية أو عمدية، ومن هنا فهي شديدة الاقتراب من القرارات الإدارية فيمكن أن يحدث العمل المادي أثراً قانونياً ولكن ذلك يكون بدون قصد من المصدر، لكن في حالة القرار الإداري يجب أن يكون الأثر القانوني الناتج مقصوداً بالذات¹. وبالتالي فإن هذه الخاصية التي يتمتع بها القرار الإداري هي التي تبين مدى سلطة الإدارة في التصرف القانوني.

ب- الشروط الخاصة برافع الدعوى

من المفروض أن يتوفر طالب الإلغاء على الشروط المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية وهي الصفة والأهلية والمصلحة.

1- الأهلية:

لا يجوز رفع دعوى بالإلغاء إلا إذا توافرت شروط الأهلية، تتمثل بالنسبة للشخص الذاتي في بلوغ سن الرشد أي بلوغ 18 سنة شمسية كاملة مع عدم تعرضه لأي عارض من عوارض الأهلية، أما بالنسبة لمجموعات الأشخاص فإنه ينبغي أن تتوفر على الشخصية المعنوية. وهذه الشخصية المعنوية لا تظهر بمجرد إرادة

¹ - بوجمعة بوعزاوي، م.س، 52.

مجموعة من الأفراد. ولكن القانون يحدد شروط الحصول عليها، كما هو الشأن بالنسبة للجمعيات والنقابات والشركات...¹

2-الصفة:

يستلزم شرط الصفة أن يكون لرافع الدعوى شأن فيها، ومن المسلم به أن صاحب الحق في رفع الدعوى هو صاحب صفة فيها، وأن انتقال هذا الحق إلى آخرين كالورثة يجعل هؤلاء أصحاب الحق أو أصحاب الصفة في آن واحد. غير أنه في الأحوال التي يكون فيها رافع الدعوى شخصا آخر غير صاحب حق تظهر الحاجة إلى تحديد صفة رافع الدعوى وما إذا كان يملك أن يمثل صاحب الحق تمثيلا قانونيا، كأن يكون وكيلا عنه بالاتفاق أو نائبا عنه بحكم القانون.² غير أنه من المستقر عليه أن الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء متلازمان، إذا قامت مصلحة الطاعن في دعوى الإلغاء يكون ذو صفة في القرار الإداري³، وبالتالي فإن الصفة سوى مظهر أو تعبير لشرط المصلحة وأنها مندمجة في المصلحة. وتفسر المصلحة في دعوى الإلغاء تفسيرا واسعا بالنظر إلى موضوعية دعوى الإلغاء.⁴

3-المصلحة:

يعتبر شرط المصلحة أهم الشروط المتطلبية في دعوى الإلغاء، إذ لا يمكن رفع دعوى إلا لمن كانت له مصلحة في رفعها، لذلك يقال أن المصلحة هي مناط الدعوى، و"حيث لا مصلحة لا دعوى"، ومن أجل أن تثبت المصلحة لرافع الدعوى، لا يتطلب

1 - حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الثانية، ماي 2019، ص:284.

2 - ايت المكي محمد، م.س، ص:76.

3 - بوجمعة بوعزاوي، م.س، ص:141.

4 - المرجع نفسه.

الأمر أن يكون له حق، إنما يكتفي أن تكون له مجرد مصلحة شخصية ومباشرة في إلغاء القرار الإداري المنفصل، أي يكون في مركز قانوني خاص أثر فيه القرار المطلوب إلغائه تأثيرا مباشرا¹.

وتبدو من الناحية العملية أهمية شرط المصلحة، لأن دعوى الإلغاء مكلفة بسبب المؤازرة الإجبارية للمحامي، وإذا كان شرط المصلحة بالنسبة للفرد يتعلق بجانب مادي أو معنوي أو بمصلحة مهنية أو حرية، فإن الشخص المعنوي يفترض في دعواه شرط المصلحة الجماعية كمصلحة جمعية أو نقابة ويرتبط بالتالي الطعن بالإلغاء بطبيعة النشاط الذي يمارسه الشخص المعنوي، أي بالقرارات المتعلقة بالموضوع الذي أسس من أجله².

والشرط المصلحة خصوصيته في دعوى الإلغاء، فهي ليست مصلحة مجردة تماما أو نظرية، يملكها الأفراد جميعا لمجرد أنها تستهدف إقرار احترام مبدأ المشروعية بل إنه يتوجب أن تتجلى مصلحة الطاعن بشكل جلي في وضعية مادية أو معنوية تكون مهتدة من جراء القرار الإداري³.

وبالنسبة للطعن بالإلغاء الموجه ضد القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، فإنه لا يكون مقبولا إذا قدم من طرف المتعاقد مع الإدارة، باعتباره ينصب على قرارات متصلة يصطدم الطعن فيها بالإلغاء بوجود الدعوى الموازية المنصوص عليها في المادة 23 من القانون رقم 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية. ذلك أنه بوسع هذا الأخير اللجوء إلى دعوى العقد أمام القضاء الشامل⁴.

1- ايت المكي محمد، م.س، 76.

2- حسن صحيح، القضاء الإداري المغربي، م.س، ص: 284.

3- هشام الوازيكي، م.س، 162.

4- المرجع نفسه.

إلا أن إعمال المعيار الموضوعي في التمييز بين القرارات المنفصلة والقرارات المتصلة بعقد الصفقة يقضي بالقول كذلك بجواز قبول الطعن بالإلغاء المدرج من لدن المتعاقد ضد القرار المتصل بالصفقة الذي يقبل الانفصال عنها بالنظر لاستناد صاحب المشروع في اتخاذه على نصوص القانون وأحكامه دون الاعتماد عن بنود العقد ومقتضياته ذات الطابع التعاقدي الصرف¹.

ويستمد غير المتعاقد حقه في الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد من كون هذا القرار قد أثر في مركزه القانوني و من ثمة تكون له مصلحة في الطعن².

الفقرة الثانية: أنواع القرارات الإدارية المنفصلة القابلة للطعن بالإلغاء عن عقد الصفقة

إن المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية بجميع صورها سواء منها المتعلقة بانعقاد العقد أو صحتها، أوبتنفيذها أو انقضائها تخضع في الأصل إلى ولاية القضاء الشامل، إلا أن هذه القاعدة تعرف بعض الاستثناءات التي وضعها الاجتهاد القضائي وتتمثل في نظرية القرارات القابلة للانفصال التي تحقق من خلالها إخضاع أعمال مرتبطة بالعقود الإدارية إلى مراقبة قاضي الإلغاء، سواء كانت هذه القرارات في المرحلة السابقة لإبرام عقد الصفقة العمومية (أولا) أو المرحلة اللاحقة لإبرامه (ثانيا).

أولا- القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة قبل انعقاد عقد الصفقة العمومية

¹ - أحمد البعلاوي، م.س، ص:221.

² - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الادرية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص:344، ورد عند هشام الوازيكي، م.س، ص:162.

تعتمد الإدارة قبل إبرام الصفقة العمومية إلى إصدار مجموعة من التصرفات والأعمال القانونية السابق على تكوين العقد. فهذه القرارات التمهيديّة السابقة لإبرام العقد تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العملية التعاقدية، وبالتالي يمكن الطعن في مشروعيتها أمام القضاء الإداري.

وقد أخذ القضاء الإداري المغربي بنظرية القرارات المنفصلة عن العقد في العديد من أحكامه، حيث ألغت المحكمة الإدارية بأكادير¹ القرار الضمني الصادر عن مديرية الأشغال والقاضي بإقصاء الطاعنة من المنافسة مؤكدة على أن: "القرارات الممهدة لعقد الصفقات العمومية تعتبر قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة بهذه الصفة الطعن عن طريق دعوى الإلغاء".

وفي نفس الاتجاه أصدرت المحكمة الإدارية بمراكش² حكما جاء فيه: "حيث إنه وإن كانت العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها أعمالا قانونية، وأن المنازعات الناشئة بسببها لا يتم الفصل فيها إلا في إطار القضاء الشامل فإن كثير من القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بإرادتها المنفردة وبحكم سلطتها العامة في مرحلة التمهيد لإبرام العقود سواء الإدارية منها والخاصة يمكن الطعن فيها بالإلغاء وهي ما يسمى بالقرارات المنفصلة التي تسبق أو ترافق التعاقد".

ومن أهم المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية قبل إبرام العقد سواء تلك التي تكون موضوع شكاية إدارية، أو التي تطرح على القضاء الإداري مرتبطة

¹ -حكم المحكمة الإدارية بأكادير الصادر في الملف رقم 96/13 تحت عدد 1997/2/5، أنظر الميلود بوطريكي: القرارات الإدارية المنفصلة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، 2005، ص:146.

² -حكم المحكمة الإدارية بمراكش الصادر بتاريخ 1995/12/12. أشار إليه الأستاذ بوسلهام الشمعة، رقابة قاضي الإلغاء على قرارات المتنافس في الصفقات العمومية، مجلة الوكالة القضائية، العدد الثاني، دجنبر 2018، ص:184.

بمخاصمة مشروعية مقررات الإقصاء من المنافسة ويشكل هذا النوع من المنازعات المجال الخصب لمراقبة القضاء الإداري، إذ غالبا ما يعتمد المتنافس الذي أقصي ملفه أو عرضه باللجوء إلى قاضي الإلغاء ليعيب على قرار إقصائه تجاوز الإدارة في استعمال سلطتها، وهو ما يجعل من رقابة قاضي الإلغاء على تقيد الإدارة بالمشروعية في اختيارها للمتعاقدين معها في إطار الصفقات العمومية تقتضي فحص مختلف الجوانب المتعلقة بإرساء الصفقة على أحد المتنافسين سواء فيما يتعلق بمراقبة تنفيذ الإدارة بالشروط الإدارية والتقنية والمالية المتطلبية في المتنافسين التي من شأنها أن تساعد على المفاضلة بينهم والتحقق من كفاءة نائل الصفقة، أو فيما يخص مراقبة أعمال لجنة العروض نظرا لدورها المحوري في تطبيق تلك الشروط واختيار المتنافس الأفضل¹.

في هذا الإطار جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/10/18 "قضت بإلغاء قرار إقصاء إحدى الشركات من نيل الصفقة رغم أنها تم قبول ملفها الإداري والتقني من طرف لجنة العروض إلا أنها فوجئت المعارضة بمبادرة صاحب المشروع بإخبارها عن طريق رسالة بالفاكس بأن عرضها المالي لم يقبل من طرف لجنة فتح الأظرفة وبدون أن تعلق قرارها الإداري بسبب الرفض ودون أن تعطي مبررات الإقصاء².

هكذا، فجميع القرارات الممهدة للعقد الإداري، كالقرارات المتعلقة بإبرامه والقرارات المتعلقة بالإقصاء من المنافسة أو القرارات المتعلقة برفض المصادقة على عقد الصفقة أو حتى القرارات المتعلقة بالتراجع عن المصادقة على العقد، كلها تعتبر

¹ - بوسلهام الشمعة، م.س.ص:190 و191.

² - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 723 بتاريخ 18 أكتوبر 2006 ملف عدد 2006/130 قضية شركة كرامة باص حكم غير منشور.

قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، غير أن قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك إلى إصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، وذلك تطبيقاً لنظرية الفصل بين السلط ولقاعدة أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير¹.

ثانياً- القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة

القاعدة العامة في دعوى الإلغاء أنه يتم قبولها فقط إذا رفعت ضد القرارات الفردية بسبب الشطط في استعمال السلطة، أما الأعمال المرتبطة بتنفيذ أو إنهاء العقد لا يمكن الطعن فيها أمام قضاء الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة أي كانت وسيلة الطعن، لأن هذه الأعمال تعتبر مبدئياً من اختصاص القضاء الشامل.

لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، ذلك أن قضاء الإلغاء يتدخل للرقابة على بعض القرارات المنفصلة التي تصدرها الإدارة في المرحلة اللاحقة على إبرام عقد الصفقة العمومية، وتتمثل هذه القرارات في تلك المتخذة إستناداً للقوانين والتنظيمات دون أن ترتكز على بنود العقد. وتعتبر هذه القرارات صادرة عنها بإرادتها المنفردة أي أنها لم تتحرك بوصفها طرفاً متعاقداً بل بوصفها سلطة إدارية وإصدارها لهذه القرارات في مرحلة التنفيذ بوصفها سلطة عامة يعود لتمتعها بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته التعاقدية، وهي تتمتع بهاته الحقوق والسلطات باعتبارها مسؤولة عن إدارة المرفق العام حتى ولو لم ينص العقد عليها باعتبارها من النظام العام. وإذا كانت الإدارة تتوفر على إمكانية تطبيق الجزاءات على المتعاقد دون اللجوء إلى

¹ -محمد قصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة الوكالة القضائية، العدد الثاني، دجنبر

القضاء، فإن قراراتها المتخذة بهذا الشأن تبقى خاضعة للرقابة القضائية ومن ضمنها رقابة قضاء الإلغاء¹

قد جاء في قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقص الصادر في نازلة تهم الطعن في قرار أصدره وزير الأشغال العمومية فرض بموجبه على الشركة المتعاقدة أداء تعويض مقابل احتلالها أراضي عمومية مدت عليها الأسلاك الكهربائية لنقل التيار الكهربائي، وقد اعتبرت الغرفة الإدارية أن عدم النص في عقد الامتياز على أداء مقابل احتلال الأملاك العمومية يندرج ضمن المزايا المالية التي تتمتع بها الشركة صاحبة الامتياز، وذهب إلى القول وهو يلغي القرار المطعون فيه باعتباره قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري وليس متصلا به، حيث جاء في القرار:²

"إن وزير الأشغال العمومية بقراره الإنفرادي المؤدى إلى الزيادة في الأعباء المالية التي يتحملها صاحب الامتياز قد اشتط في استعمال السلطة.."

كما اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي على أن قرار الفسخ متى استند إلى نصوص القانون اعتبر قرارا إداريا مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء، حيث جاء في قرار صادر الغرفة الإدارية بمحكمة النقص بتاريخ 16 مارس 2005 على أنه "لما كان طلب إلغاء مقرر فسخ صفقة عمومية يجادل في المقتضيات والمبادئ التي تنظم الصفقات العمومية المستند إليه المقرر المطلوب إلغاؤه فإن الأمر يتعلق بطعن في مقرر إداري منفصل"³.

¹ -لمين إدريس، رقابة قضاء الإلغاء على الصفقات العمومية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني

[/https://www.droitentreprise.com](https://www.droitentreprise.com)

² -قرار الغرفة الإدارية عدد 66 بتاريخ 69/9/12 قضية الشركة الكهربائية المغربية ضد وزير الأشغال العمومية، أشار إليه: محمد قصري، م.س، ص:24.

³ - قرار محكمة النقض عدد 191 المؤرخ في 16 مارس 2005 الصادر في الملف رقم 2234-2233/2003/4/1 قضية الدولة المغربية ومن معها ضد شركة مقاول مغربية للأعمال TME ومن معها. أشار إليه: محمد قصري، م.س، ص:25.

وعليه إذا كان العقد إداريا فإن المنازعات المتعلقة به تدخل في ولاية القضاء الشامل للمحاكم الإدارية ولا تدخل في مجال الإلغاء إلا بصفة استثنائية عندما يتعلق الأمر بالطعن في قرارات منفصلة سواء كانت متخذة في مرحلة السابقة أو اللاحقة على إبرام عقد الصفقة العمومية وبالتالي يمكن الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء.

المطلب الثاني: آثار رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية

إذا كان الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة من الأمور المسلم بها فقها وقضاء لفائدة جميع المتنافسين، وخلال جميع المراحل التكوينية للعقد، وأن المبدأ القانوني يقضي بأن الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه بأحد عيوب المشروعية، يقضي بما له من حجية مطلقة إلى إعدام القرار وتجريد جميع آثاره بالنسبة للكافة، إلا أن الإجتهد القضائي المغربي استقر على التوجه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي والمصري، وهو اعتبار أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية ليس له أي آثار مباشرة على العقد الإداري حيث يظل سليما وقائما ومنتجا لآثاره القانونية إلى غاية قيام أحد أطراف العقد الإداري برفع دعوى البطلان أمام القضاء الشامل.

وللإحاطة بهذه النقطة سنتطرق أولا لمظاهر آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل على عقد الصفقة العمومية (فقرة أولى) ثم تجليات تراجع العمل بنظرية القرارات المنفصلة لدى العمل القضائي المقارن (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: محدودية آثار الحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل على عقد الصفقة

يمكن حصر آثار الإلغاء القضائي في القرار الإداري المنفصل المتعلق بالعقد الإداري في حالتين إثنتين: الحالة الأولى التي يصدر فيها القرار القضائي بالإلغاء قبل بداية تنفيذ العقد الإداري (أولا) والحالة الثانية صدور القرار القضائي بالإلغاء بعد إبرام العقد (ثانيا).

أولا- الآثار المترتبة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل قبل إبرام عقد الصفقة العمومية

يتوفر قاضي الإلغاء على سلطة تتمثل في قدرته على إلغاء القرارات الإدارية سواء بشكل كلي أو بشكل جزئي تبعا للحالات المعروضة عليه، وإذا ما ألغى القرار فإنه يرتب آثارا تتجلى بالأساس في إزالة الأثر الرجعي للقرار، بحيث يصبح كأنه لم يوجد، وتنمحي بذلك آثاره حتى في الماضي و فضلا عن ذلك فإن قرار الإلغاء يلزم الجميع بحيث يكتسب قوة الشيء المحكوم به. ذلك أن الإلغاء يكتسي حجية الشيء المقضي به ويتميز بها حتى في مواجهة الأغيار¹.

لقد أشار المفوض روميو في مستنتاجاته حول قرار Martin الشهير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بأن قيمة إلغاء القرار المنفصل تبقى طوباوية أو أفلاطونية - Platonique فالعقد يبقى نافذا بالرغم من إلغاء القرار الإداري المنفصل.

نتيجة لذلك فإنه في حالة إلغاء القرار فإن الرابطة التعاقدية لا تتأثر بسبب ذلك، رغم أن الهدف من دعوى الإلغاء - عادة - هو الإبطال وإعدام كافة الآثار إلا أن هذا الإلغاء لا ينصب مباشرة على العقد الذي لا يمكن أن يمسه قاضي الإلغاء، وإنما يقتصر على إبطال القرار المنفصل عن العقد².

¹ - هشام الوازيكي، م.س، ص:170.

² - هشام الوازيكي، م.س، ص:170.

وبالنسبة للحالة التي يصدر فيها القرار القضائي بالإلغاء قبل بداية تنفيذ عقد الصفقة، في هذه الحالة فإن آثار الإلغاء القضائي تترتب كاملة حيث يؤدي إلغاء القرار المنفصل إلى بطلان العقد الإداري المترتب عنه لأن ما بني على باطل فهو باطل، فالإدارة في هذه المرحلة لها الاختيار بين أسلوبين إثنين إما اللجوء إلى الحوار مع الطاعن للتوصل من خلال ذلك إلى تسوية حبية تسمح بإعادة تقييم وتصحيح العقد وإتمام تنفيذه، أو اللجوء إلى تنظيم العقد بهدف تحقيق تطابق العقد الأصلي مع ما تم الحكم به من طرف قاضي الإلغاء، إلا أنه تجب الإشارة إلى أن آثار هذا الإلغاء لا تزال جد نسبية لأنها رهينة بإرادة الإدارة¹.

ثانيا- الآثار المترتبة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل بعد إبرام عقد الصفقة

في حالة صدور القرار القضائي بالإلغاء بعد إبرام العقد، فإن آثار الإلغاء تبقى نسبية وضعيفة ذلك أن مصير العقد الإداري يدخل في ولاية القضاء الشامل أو بعبارة أخرى، إذا كان من حق أطراف العقد الإداري التقدم إلى القضاء الشامل بطلب إلغاء العقد وفقا لقاعدة نسبية العقد وقصر آثاره على عاقيه، فإنه لا يجوز للغير الأجنبي عن العقد أن يتقدم إلى قاضي العقد بطلب إلغائه إستناداً إلى الحكم بالإلغاء الذي صدر من قاضي تجاوز السلطة.

إن تعارض الحكم بالإلغاء وضرورة الحفاظ على استقرار العلاقة التعاقدية القائمة في إطار الصفقة بسبب تقدم مراحل التنفيذ تجعل القضاء يبحث عن

¹ - لمن إدرس، رقابة قضاء الإلغاء على الصفقات العمومية، مال منشور على الموقع الإلكتروني

تسوية للنزاع خارج الحكم بطلان الصفقة، وذلك تفادياً للكلفة الاجتماعية الباهضة التي قد تنجم عن هذا الحكم¹.

في هذا الإطار أكد مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرار المنفصل لا ينتج بذاته أي أثر مباشر على العقد الذي ينبغي الاستمرار في تنفيذه واعتباره شريعة الطرفين بما يكفل مصلحة المرفق العام مع الاحتفاظ للمنافس المتضرر من الإخلال بضوابط إبرامه بحقه في التعويض، غير أنه صرح في نفس الوقت بأن مبدأ المشروعية الذي يقوم على أساسه أي نشاط إداري يقتضي من الإدارة أن تلجأ إلى قاضي العقد للمطالبة بالحكم ببطلان الصفقة أو أن تبادر من تلقاء نفسها لفسخها².

هذا الموقف يعبر بجلاء عن توجه القضاء الإداري الفرنسي نحو ترجيح سلامة العقود والمحافظة عليها وعلى الحفاظ على المشروع خاصة إذا عرفت الصفقة تقدماً ملموساً في تنفيذها، ليبقى للمتنافس المستفيد من الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن الصفقة الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تكبده جراء إقصائه من المنافسة.

وقد استقر الاجتهاد القضائي الإداري بالمغرب على هذا المنحى في العديد من الأحكام مسائراً بذلك نظيره الفرنسي، وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة الإدارية بأكادير³ في حكمها على أنه "من الثابت من وثائق الملف أن المدعية سبق لها أن شاركت في طلب عرض مفتوح أعلن عنه المجلس البلدي لأولاد تايمه لأجل بناء حديقة بحي شراردة، وتم رفض العرض المقدم من طرفها رغم أنه كان الأقل،

¹ -الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات م.م.إ.م.ت، طبعة 2008، ص:143.

² - Rapport du conseil d'Etat au titre de l'année 1990. In Etudes et Documents du conseil d'Etat, EDCS P 2 127.

³ - حكم إدارية أكادير عدد 279 بتاريخ 2007/7/26 أشار إليه محمد قصري، م.س، ص: 90.

فاستصدرت حكما من المحكمة الإدارية بأكادير يقضي بإلغاء قرار المجلس البلدي لأولاد تايمية، وبعد الأخذ بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان من الممكن أن تحققه من الصفقة التي تم إقصاؤها منها، قررت المحكمة الإدارية بأكادير الحكم على المجلس البلدي لأولاد تايمية بأدائه للمدعية 250.000 درهم"، وهو الحكم الذي تم تأييده من طرف الغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

وعليه، فإنه وبعد الشروع في التنفيذ، فالأكيد أن هذه الآثار تبقى جد محدودة إن لم نقل منعدمة وذلك سواء بالنسبة للغير الذي لا يمكنه إبطال العقد (مبدأ النسبية وحسن النية للمتعاقد مع الإدارة)، أو بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة نفسه ما دام لا يمكنه إبطال العقد (عن طريق دعوى الإلغاء) إلا أنه يكون بمقدوره أن يلتمس ذلك صراحة من قاضي العقد بالاستناد على حكم نهائي قضى بعدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه. و في جميع الأحوال قد يشكل حكم الإلغاء سندا للمطالبة بالتعويض عند استجماع كل شروطه¹.

عموما يعتبر استعمال القرار الإداري المنفصل بالرغم من مزايا قبول هذه النظرية في تمكين المواطن من مواجهة تعسف الإدارة- مصدرا لتعقيدات مسطرية كثيرة، فإذا كان هذا المفهوم يحل إشكالات قانونية، فإنه لم يقدم التسوية المنتظرة مادام الحكم بالإلغاء غير منتج لجميع آثاره القانونية، ولأن هذا الحكم لا يصدر في أغلب الحالات إلا بعد أن يكون العقد قد أبرم وارتبط بمصلحة الغير، وبالتالي لن يكون أمام المتضرر غير المطالبة بالتعويض دون أن يتمكن من تحقيق المصلحة التي يسعى إليها في البداية وهي الفوز بالصفقة أو تغيير شروط تنفيذها.

¹ - أحمد اليعلاوي، م.س، ص:225.

الفقرة الثانية: مظاهر تراجع العمل بنظرية القرارات المنفصلة لدى العمل القضائي المقارن

بموجب قرار "تروبيك أشغال التشوير" أرسى قضاء مجلس الدولة الفرنسي تراجعهم عن فكرة العقد المغلق أمام الأغبار وعدم تأثره بإلغاء القرار المنفصل عنه والمساهم في تكوينه، وقضوا بحق المتنافس الذي وقع إقصاؤه من المنافسة في الطعن في شرعية العقد المبرم مع صاحب الصفقة مباشرة أمام القضاء الشامل.

وتعود أطوار القضية للدعوى التي رفعتها شركة "تروبيك أشغال التشوير" أمام المحكمة الإدارية ل "باسطير" تطلب من خلالها ما يلي¹:

- ✓ إلغاء قرار إقصاء عرضها من طلب العروض المعلن عنه من لدن غرفة التجارة والصناعة بمدينة "بوان أ بيتر لوريبي"؛
- ✓ إلغاء قرار إسناد الصفقة إلى الشركة المنافسة (شركة روكواي)؛
- ✓ إلغاء قرار الإبرام؛
- ✓ وكذا إلغاء الصفقة نفسها.

تقدمت الشركة إلى جانب مقال الإلغاء بطلب إيقاف التنفيذ، وبموجب الأمر الاستعجالي الصادر في طلب إيقاف التنفيذ قضت المحكمة المذكورة بعدم قبول الطعن الموجه ضد عقد الصفقة ليتم الطعن فيه بالنقض أمام مجلس الدولة من لدن شركة (تروبيك أشغال التشوير). وبعد المناقشة أصدر هذا المجلس قراره بجميع غرفه قضى فيه بقبول الدعوى الموجهة ضد العقد وإلغاء الأمر الاستعجالي بعد أن صرح بأن المتنافس المقصي يبقى مقبولا للطعن أمام قاضي القضاء الشامل ضد شرعية العقد والمطالبة بإبطاله. إلا أنه وإدراكا منه بمساس هذا الاجتهاد بالأمن

¹ - أحمد اليعلاوي، م.س: 231.

القانوني والقضائي للمتعاقدین فقد صرح مجلس الدولة في نفس القرار بتعطيل إعماله على نازلة الحال وإرجاع العمل به على الحالات التالية لتاريخ صدوره (أي بعد 16/07/2007).

وتكملة الاجتهاد تروبيك أشغال التشوير، أصدر مجلس الدولة و باجتماع غرفه أيضا - قرارا آخر مؤرخا في 04/04/2014 يعرف بإسم "طارب إكارون Tarn et-Garonne" يستشف منه أنه وضع الحد نهائيا لإمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل -عندما يتعلق الأمر بعقد إداري - مصرحا بأن المداوات المرخصة بإبرام العقد (...) و قرار توقيع (العقد) لا يمكن المنازعة فيها إلا بمناسبة الطعن الموجه ضد العقد¹.

ومن مستجدات هذا القرار أنه أكد على أن "جميع الأعيان" بالنسبة لعقد إداري الذين يمكن أن يتضرروا بشكل مباشر وأكد من مسطرة إبرامه أو من أحد بنوده هم مقبولون أمام قاضي العقد لرفع دعوى القضاء الشامل من أجل المنازعة في العقد أو في أحد بنوده غير التنظيمية التي يمكن فصلها عنه.

ويعني ذلك أن مجلس الدولة بموجب هذا القرار وسع من مفهوم المتنافس المقصي ليشمل جميع الأعيان المتضررين من مسطرة الإبرام أو من العقد نفسه. كما شمل بالمنازعة العقدية الطعن أيضا في شرعية بنود العقد التي لا تصطبغ بالصبغة التنظيمية متى أمكن فصلها عن مجمل العقد².

وهكذا، وبصدور قراري مجلس الدولة الفرنسي تروبيك أشغال التشوير بتاريخ 16/07/2007 وطارن إكارون المؤرخ في 04/04/2014 يكون القضاء الإداري الفرنسي قد اتجه إلى هجر نظرية القرارات المنفصلة والتراجع عن الأسس التي قامت

¹ - أحمد اليعلاوي، م.س: 231.

² - المرجع نفسه، ص: 232.

عليها وذلك من خلال تمكين المتنافس المقصي بصفة خاصة والأغيار بصفة عامة من المنازعة في شرعية عقد الصفقة، وذلك بموجب طعن عقدي مباشر يرفعونه أمام قاضي القضاء الشامل شأنهم شأن طرفي العقد.

إلا أن القرارين المذكورين لم يعلن موت النظرية، وإنما حد فقط من حالات اللجوء إليها لدرجة أضحت معه إمكانية مراجعة قاضي الإلغاء ضد القرارات المساهمة في تكوين العقد الإداري كعقد الصفقة محفوفة بمخاطر عدم القبول لوجود الدعوى الموازية المتمثلة في الطعن العقدي الجديد.

ومن الحالات التي يمكن القول أن مجلس الدولة أبقى فيها على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل عن عقود الإدارة يمكن الوقوف على الحالتين التاليتين¹:

1- الطعن ضد القرارات الإدارية الممهدة والمصاحبة لإبرام العقود التي تبرمها الإدارة في إطار القانون العادي، أي العقود الخاصة التي لا يختص القضاء الإداري بالنظر فيها؛

2- الطعن بالإلغاء في شرعية قرار المصادقة على الصفقة، ذلك أن مجلس الدولة أكد في قرار حديث تحت إسم "أصيكوا" (ASSEC-CFDT) بتاريخ 23/12/2016 "على أنه بعض النظر عن دعوى القضاء الشامل التي يملكها الأجنبي عن عقد إداري (...)، فإن الأغيار الذين يثبتون بأن العقد الإداري من شأنه الإضرار بشكل مباشر وأكيد بمصالحهم هم مقبولون أمام قاضي الإلغاء للمنازعة في شرعية قرار المصادقة على هذا العقد (...). ولا يمكنهم التمسك في الطعن بالإلغاء سوى بالعيوب التي شابت ذلك القرار الإداري دون المنازعة في العقد..

¹ - أحمد اليعلاوي، م.س:231.

دور القضاء الإداري في مراقبة مشروعية القرارات الممهدة للصفقات العمومية ----- دة/مريم زان

وبالنسبة للقضاء الإداري المغربي، فالوضع الراهن يؤكد بأن نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري بشكل عام وعقد الصفقة العمومية بشكل خاص ما زالت معتمدة ولم يتم اعتماد التوجه الحديث للقضاء الفرنسي في شكل اجتهادات متواترة.

خاتمة:

إن القرارات الادارية الممهدة لابرام عقد الصفقة العمومية التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة خلال المراحل التمهيديّة للتعاقد، تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العملية التعاقدية، وتعد من حيث موضوعها قرارات إدارية نهائية أصدرتها الإدارة بوصفها سلطة عامة لا سلطة تعاقد، وتكون خاضعة لرقابة قاضي الإلغاء، وذلك تطبيقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العقد التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، والتي فتحت الباب أمام الأعيار وكذا أمام المتعاقدين مع الإدارة للطعن بالإلغاء في القرارات التي تتخذها الإدارة بصفة منفردة، متى كانت منفصلة عن العقد. وبالتالي فقد ساهمت هذه النظرية في حماية مبدأ المشروعية من خلال إخضاع قرارات الإدارة المرتبطة بعقد الصفقة العمومية لرقابة المشروعية.

إلا أنه رغم المزايا استعمال القرار الإداري المنفصل، إلا أن الحكم القاضي بالإلغاء غير منتج لجميع آثاره القانونية، حيث لا تمس العقد ولا تؤثر عليه، كما أن هذا الحكم لا يصدر في أغلب الحالات إلا بعد أن يكون العقد قد أبرم وارتبط بمصلحة الغير، وبالتالي لن يكون أمام المتضرر غير المطالبة بالتعويض .

منازعات تكوين عقد التسيير الحر للأصل التجاري

Disputes for the formation of the contract of free management of the commercial asset

محمد جبران

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس - الرباط ، كلية العلوم
القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي

ملخص المقال باللغة العربية	ملخص المقال باللغة الأنجليزية
<p>يبدو من خلال التطرق للمنازعات الإجرائية أن القضاء حاول التوفيق بين المصالح المتعارضة المرتبطة بعقد التسيير الحر للأصل التجاري كما أنه وهو يبت في المنازعات الموضوعية المعروضة على أنظاره لا يقف عند الوصف الذي حدده الأطراف، وإنما يتعداه حتى يصل إلى طبيعته الحقيقية، من أجل حماية حقوق المتعاقدين وإقامة نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، وحماية كذلك لمصلحة الغير المرتبطة بعقد التسيير الحر.</p>	<p>It seems from addressing procedural disputes that the judiciary tried to reconcile the conflicting interests associated with the contract of free management of the commercial asset, and that while deciding on the substantive disputes before its attention, it does not stop at the description specified by the parties, but goes beyond it until it reaches its true nature, in order to protect the rights of the contracting parties and establish a kind of balance between the parties to the contractual relationship, as well as to protect the interest of third parties associated with the free management contract.</p>

تمهيد:

لما كان الأصل التجاري مال منقول معنوي فإنه قد يكون محل تصرفات، هذه الأخيرة منها ما يعتبر من التصرفات الناقلة للملكية (البيع وتقديم الأصل التجاري حصة في شركة)؛ ومنها ما يعد من التصرفات الواردة على منفعة الشيء (التسيير الحر).

على هذا الأساس فقد انتشر العمل بعقد التسيير الحر للأصل التجاري؛ وكثرت المنازعات بشأنه، سواء أثناء حياته (مرحلة الإبرام والتنفيذ) أو حين انقضاءه، والمنازعات في اللغة هي جمع لمنازعة ومصدرها نازع، بمعنى خصومة؛ خلاف، جدال، ومنازعات قضائية هي خصام يؤدي إلى محاكمة أو تحكيم¹، كما يرجع الاختصاص للمحاكم التجارية للنظر في النزاعات الناشئة عن تسيير الأصل التجاري²، ما دام أن

¹ _يراجع المعجم الإلكتروني www.almaany.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/02/29، على الساعة 12:00. كما تعرف منازعات في اللغة الفرنسية بأنها:

- **Contentieux** : Ensemble de conflits passés non résolus existant entre des personnes ou des groupes et pesant sur la situation présente.

• <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contentieux/18577>, vu à 5 – 07-2018, sur le 11 :36.

• BARRAINE Raymond : "NOUVEAU DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE SCIENCES ECONOMIQUES", L.G.D.J, Paris, Quatrième Ed, 1974, p : 138.

² _وهو ما أكده قرار لمحكمة النقض، حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...لكن لما كان الثابت للمحكمة من مراجعة بنود عقد الكراء الرابط بين الطرفين أن ما تكتريه الطاعنة يتعلق بأصل تجاري يتمثل في فرن لمدة محددة قابلة للتجديد اعتبرت عن صواب أن موضوع التعاقد يخضع لمقتضيات الفصل 152 من م.ت التي تطبق على كل عقد وافق بمقتضاه مالك أصل تجاري أو مشغله على إكرائه كلاً أو بعضاً لمسير يستغله تحت مسؤوليته، وما يترتب عن تسييره من منازعات تكون من اختصاص المحاكم

لها الولاية العامة للنظر في منازعات الأصل التجاري¹ ولكون التسيير الحر هو من بين أهم العقود المنصبة على هذا الأصل.

فقد عرف الاجتهاد القضائي عقد التسيير الحر - أو الإدارة الحرة كما يسميها البعض وذلك تمييزا لها عن الإدارة المأجورة² - بأنه "عقد بمقتضاه يتخلى المالك للغير لمدة معينة عن حق استغلال الأصل التجاري مع احتفاظه بملكيته مقابل

التجارية بصريح المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية والباب الخامس من مدونة التجارة خلافا لما تمسكت به الطاعنة عن غير صواب من أن ابتدائية ابن أحمد هي المختصة مكانيا ونوعيا".

● قرار عدد 53، الصادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2012/01/19، في الملف التجاري عدد 2011/2/3/593، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 139، يناير - فبراير 2013، ص: 109-112. وقد سبق أن أكد على ذلك أحد قرارات محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، حيث جاء فيه ما يلي: "حيث يعيب الطاعن عن الحكم المستأنف مجانيته للصواب فيما ذهب إليه من اختصاص المحكمة التجارية رغم منازعته في عقد التسيير الحر...وحيث إنه بعض النظر عن طبيعة، العلاقة التي تربط الطاعن بالمستأنف عليهم أي علاقة تسيير أم كراء لمحل تجاري كما يدعي المستأنف عليهم أم كراء محل تجاري كما يدعي الطاعن فكلتاها تكسب صفة التاجر بمعنى أن مسير الأصل التجاري تاجر عملا بمقتضيات الفصل 153 من م.ت...".

● قرار رقم 2000/336، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2000/2/10، في الملف رقم 13/2000/178، أورده عبد العالي العضراوي: "التسيير الحر للأصل التجاري"، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع دون ذكر مكانها، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص: 109 و110.

● قرار دون ذكر رقمه، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 1999/02/21، في الملف عدد 98/283، أشار إليه عبد العالي العضراوي، م.س، ص: 77 - 79.

● حكم رقم 99/537، الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط، بتاريخ 99/5/4، في الملف عدد 7/99/513، أورده عبد العالي العضراوي، م.س، ص: 80 و81.

¹ راجع المادة 5 من القانون رقم 53.95 كما تم تعديله، القاضي بإحداث محاكم تجارية، والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65، بتاريخ 4 شوال 1417 الموافق ل(12 فبراير 1997)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص: 1141.

² عز الدين بنستي: "دراسات في القانون التجاري المغربي - دراسة في قانون الملكية التجارية والصناعية - الجزء الثاني (الأصل التجاري)"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى سنة 2001، ص: 231.

احتفاظ هذا الغير بمنافع استغلال الأصل وتحمله التكاليف الناجمة عن الاستغلال مع التزامه بأداء مبلغ ثابت إلى المالك¹، واعتبره المشرع المغربي من خلال المادة 152 من مدونة التجارة² بكونه كل عقد يوافق بمقتضاه مالك الأصل

¹ قرار رقم 876، الصادر عن محكمة الاستئناف بسطات، بتاريخ 3 دجنبر 1985، في الملف المدني عدد 1/85/615، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 137، دون ذكر السنة، ص: 259.

² راجع المادة 152 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83، بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص: 2187، كما تم تعديله مؤخرا بـ:

• القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.76 بتاريخ 11 شعبان 1440 (17 أبريل 2019)؛ الجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 16 شعبان 1440 (22 أبريل 2019)، ص 2058؛

• القانون رقم 89.17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.110 بتاريخ 2 جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019)؛ الجريدة الرسمية عدد 6745 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1440 (21 يناير 2019)، ص 142؛

• القانون رقم 73.17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المفاوضة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص: 2345.

• القانون 54.17 القاضي بتغيير المادة 15 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.14 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص: 1438.

التجاري أو مستغله¹ على إكراهه كلاً أو بعضاً² لمسير يستغله تحت مسؤوليته، وذلك بالرغم من أن التعريفات خارجة عن اختصاصه، فهي من اختصاص الفقه.

¹ بمعنى أن يقوم مالك الأصل التجاري « Le propriétaire » بإكراهه كلاً أو بعضاً أو يقوم بإبرام اتفاق التسيير أو إكراهه مجرد مستغله « l'exploitant » ومثاله أن يتم تقديم الأصل التجاري حصة في شركة على سبيل الانتفاع، فالشركة بوضعها هذا الأصل في التسيير الحر تكون بمثابة مستغلة لهذا الأصل وبالتالي لا ما مانع من إبرامها لمثل هذا العقد. غير أن الفقه في فرنسا اختلف حول القانون الواجب التطبيق على تقديم الأصل التجاري حصة في شركة على سبيل المنفعة؛ فالرأي الأول يقول بأن القانون المنظم لإجارة - التسيير أو التسيير الحر هو المطبق، والرأي الثاني رفض ذلك لأن مقدم الحصة لا يتلقى أجره كراء بل سندات، غير أن محكمة النقض انحازت إلى الرأي الأخير، ذاهبة إلى أن تقديم الأصل التجاري حصة في شركة يخضع فقط للقواعد المنظمة للشركات وحدها على الرغم من أوجه التشابه بالبراء.

● أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الأصل التجاري - دراسة في قانون التجارة المغربي وفي القانون المقارن والفقه والقضاء -، الجزء الثالث (في العقود التي ترد على الأصل التجاري - البيع والرهن وتقديم الأصل التجاري حصة في الشركة، والتسيير الحر، والبراء التجاري-)"، دون ذكر المطبعة ورقم الطبعة، السنة 2013، ص: 476.

● عبد الرحيم شميعة: "تقديم الأصل التجاري حصة في شركة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، السنة الجامعية 1994 - 1995، ص: 53 - 58.

ويضاف إلى تلك الحالة التي نكون بتحقيقها أمام مستغل للأصل الذي منحه المشرع حق وضع الأصل في التسيير الحر، حالة إبرام عقود التسيير الحر من طرف الوكلاء المكلفين من طرف القضاء كيفما كانت صفتهم، بإدارة أصل تجاري شريطة أن يكونوا مأذونين بإبرام العقود المذكورة من السلطة التي فوضتهم وأن يستوفوا إجراءات الشهر المقررة (المادة 156 من م.ت.)...

² ولا يمكن فهم هذه العبارة دون قراءتها ومقارنتها مع المادة 79 من م.ت التي اعتبرت الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، وبالتالي فإن كلاً أو بعضاً الواردة في المادة 152 تعود على النشاط التجاري.

وفي نفس الصدد يقول أحد الفقه أن كلمة كلاً تعني استغلال الأصل التجاري بكامله، وبعضاً تعني حصر الاستغلال في قطاع من القطاعات التي تشتمل عليها، فإذا كان الأصل التجاري أو المقاوله التجارية تتألف من عدة قطاعات أو فروع أو وكالات، كأن تقوم مقاوله بصنع السيارات وقطع الغيار

ونجد الفقه الفرنسي كذلك لم يتردد لإعطاء تعريف للتسيير الحر أو إجارة – التسيير¹، إذ اعتبر الفقيه كوهن "نكون إزاء عقد التسيير الحر عندما يكتري أحد الأشخاص مقابل أجرة أصلا تجاريا مملوكا للغير من أجل استغلاله باسمه ولحسابه الشخصي"².

والإصلاح في ذات الوقت، يكون من حقها لحسن التدبير أو الحكامة أن تعهد لمسير حر، أي واحد منها، وكذلك يحق للمؤسسة السياحية التي تضم فنادق ومطاعم وأسواق مختلفة للبيوع وغيرها أن تعهد بقطاع معين من الأصل أو المقاوله إلى مسير حر بتدبير قطاع معين أو فرع أو وكالة أو أكثر من قطاعاتها أو فروعها أو وكالتها بالداخل أو الخارج.

● يراجع أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الأصل التجاري – الجزء الثالث –"، م.س، ص: 475.

1_ Location – Gérance ou Gérance libre : Mode d'exploitation des fonds de commerce, ou le bailleur reste bien propriétaire de son fonds, mais s'en est juridiquement dessaisi en le donnant en bail. Le locataire exploite en son propre nom et est commerçant, lors même que le loyer consisterait en une redevance variable, selon le bénéfice.

● BARRAINE Raymond, op, cit, P : 232.

La location – gérance, ou gérance libre, est la convention par laquelle le propriétaire _ 2 d'un fonds de commerce (l'usufruitier, conjoint survivant du propriétaire du fonds, par exemple) **le loue totalement ou partiellement** à un locataire – gérant, ou gérant libre, qui l'exploite à ses risques et périls (article L. 144-1 du code de commerce) moyennant le paiement d'un loyer périodique appelé **redevance** et dont le montant est fixé dans le contrat. Les parties au contrat peuvent être des personnes physiques ou morales (société, par exemple).

● Adelinet – Quincey Brigitte, Arnoux – Evrat Valérie, et Pauleau Karine : " Le guide de la location-gérance", DALLOZ, Paris, 1^{er} éd, 2007, P: 13.

وللمزيد من التوسع يراجع:

● Tijani Abdellatif : " La gérance libre du fonds de commerce " , article publier à revue – El echa - , N 16, 1997 , P : 95 – 101.

كما عرفه أحد الفقه المغربي¹ بكونه "اتفاق يعهد بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله لمسير حر الحق في استغلاله كلاً أو بعضاً تحت مسؤوليته لمدة معينة مقابل ثمن ثابت أو متغير" فهذا التعريف يبدو أفضل تعريف أعطي لعقد التسيير الحر نظراً لأنه ينسجم مع طبيعته وعنوانه، ويقوم على الفصل كذلك بين ملكية الأصل واستغلاله؛ كما أن عقد التسيير هذا يعطي للمسير الحر الحياة المادية التي تخضع انتزاعها لمقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي²، وبالتالي فهو ليس ببراء تجاري³.

- EL GDAIHI Mohamed : " La location – gérance, mode d'exploitation du fonds de commerce ou instrument d'optimisation fiscale" , article publier a site électronique : https://econpapers.repec.org/article/asrjournal/v_3a4_3ay_3a2014_3ai_3a1_3ap_3a70-78.htm

¹ _ أحمد شكري السباعي: " الوسيط في الأصل التجاري – الجزء الثالث – "، م.س، ص: 474.

² _ وهو ما أكد عليه قضاء النقض المغربي في إحدى قراراته، حيث قضى فيه بنقض وإبطال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء وإحالة القضية على نفس المحكمة وهي متريكة من هيئة أخرى للبت فيها من جديد طبقاً للقانون، والذي جاء فيه ما يلي: "...حيث يتجلى من تنصيب القرار المطعون فيه أن المحكمة المصدرة له حينما قضت ببراءة المطلوبة في النقض بعد إلغائها للحكم الابتدائي الذي أدانها من أجل جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير...وتبعاً لما ذكر فإن الحيازة المادية تكون بمقتضى العقد المبرم بين طرفيه (عقد التسيير الحر) قد انتقلت إلى المسيرة في نازلة الحال. وأن المحكمة حينما اعتبرت الحيازة قانونية لا مادية تكون قد أضفت على قرارها فساد التعليل الموازي لانعدامه وعرضته للنقض والإبطال".

- قرار عدد 6/375، الصادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 2008/2/20، في الملف الجنائي عدد 06/9563، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 70، السنة 2009، ص: 392 – 394.

³ _ الذي ينظمه القانون رقم 49.16 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، القاضي بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.99، بتاريخ 1437 (18 يوليوز 2016)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490، 7 ذو القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، ص: 5857.

وبغض النظر عن ذلك، فعقد التسيير الحر للأصل التجاري كسائر العقود يمر بمرحلتين أساسيتين، وعلى الرغم من خصوصيته التي تكمن في كونه كراء لمال منقول معنوي؛ وقيامه على الاعتبار الشخصي من جهة المسير الحر؛ واكتساب هذا الأخير لصفة تاجر، فإن مرحلة إبرامه تتطلب الامتثال للإجراءات التي حددتها مدونة التجارية المغربية في الباب الخامس المعنون بالتسيير الحر من القسم الثاني من الكتاب الثاني الذي خصصه المشرع للأصل التجاري، بالإضافة إلى احترام القواعد والضوابط الموضوعية المنصوص عليها في القواعد العامة من أهلية ورضا ومحل وسبب. إذ يظهر أن لها أهمية بالغة في تحديد بنوده، وضبط العلاقة بين الطرفين – المكري والمسير الحر –؛ وكذا استحضار مصلحة الأغيار – الدائنين – من خلال إجراءات الشهر؛

في نفس الإطار، ونظرا لارتباطه بعدة مصالح متعددة ومتعارضة، فإن فلسفة المشرع في إيطاره اتخذت صبغة خاصة، لحماية كافة المصالح ومحاولة الموازنة بينها كلما طرحت منازعات بشأنه؛ ومن بين أهم المنازعات المثارة بشأن عقد التسيير الحر أثناء إبرامه، نجد المنازعات المتصلة بالجانب الإجرائي، كما تثار منازعات أخرى تتصل بالجانب الموضوعي.

وقد أكد قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على أنه "لا يخضع كراء الأصل التجاري/ التسيير الحر لظهير 24 ماي 1955 وإنما للقواعد العامة من ق.ل.ع والقواعد الخاصة بمدونة التجارة".

- قرار عدد 987، الصادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 2011/08/11، في الملف التجاري عدد 2010/2/3/1408، منشور بالموقع الإلكتروني www.Jurisprudence.ma، تم الاطلاع بتاريخ 2023/02/30، على الساعة 11:00. كما أكد قرار آخر لنفس المحكمة على ما يلي: "لا تطبق مقتضيات ظهير 1955/5/24 على كراء الأصل التجاري الذي يختلف عن كراء المحل المستغل به".
- القرار عدد 120، الصادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2012/2/2، في الملف التجاري عدد 2011/2/3/905، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 139، يناير – فبراير 2013، ص: 144 و145.

من هذا المنطلق يطرح التساؤل حول طبيعة منازعات تكوين عقد التسيير الحر وكيفية تعامل المشرع والقضاء معها، وذلك في ظل تعارض المصالح المرتبطة به؟

وفي سبيل ذلك، نقسم هذه المداخلة لمحورين:

المحور الأول: المنازعات ذات الطابع الإجرائي

المحور الثاني: المنازعات ذات الطابع الموضوعي

المحور الأول: المنازعات ذات الطابع الإجرائي

إن عقد التسيير الحر للأصل التجاري باعتباره عقد له ارتباط بعدة مصالح، فالإضافة إلى مصلحة الأطراف - المكري والمسير الحر -، هناك مصلحة الاقتصاد الوطني التي تتمثل في استمرارية الأصول التجارية؛ مما أدى إلى نشوء منازعات ذات طابع إجرائي ترتبط بشكلية الكتابة ومدى إلزاميتها في عقد التسيير الحر من جهة (الفقرة الأولى)، ومن جهة أخرى بإجراءات الشهر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى إلزامية كتابة عقد التسيير الحر

اختلفت الآراء حول مسألة كتابة عقد التسيير الحر من عدمها، بحيث قبل التطرق لموقف القضاء (ثانياً)، سنتعرض لموقف المشرع والفقهاء (أولاً).

أولاً: موقف المشرع والفقهاء

تعد الكتابة مشكلة المشكلات في القانون الفرنسي كما في القانون المغربي¹، لأن المواد 1-144 إلى 13-144 من م.ف.ج والمواد 152 إلى 158 من م.ت. المغربية لم تشر

¹ إذا كان المشرع المغربي والفرنسي أعطى الحرية للأطراف حول مسألة كتابة عقد كراء الأصل التجاري، فإن المشرع الجزائري ذهب عكس ذلك، بأن اشترط الرسمية في عقد تأجير التسيير، حيث لا يكون الأطراف أحراراً في اختيار القالب الذي يرونه مناسباً، وذلك بمقتضى المادة 203 من ق.ت.ج الفقرة 3 التي تنص على أنه: "ويحرر كل عقد تسيير في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه".

لا من قريب ولا من بعيد إلى كتابة عقد التسيير الحر ولا إلى محتوى وبيانات هذا العقد¹.

يستفاد من المادة² 81 من مدونة التجارة المغربية أن المشرع المغربي أغفل مسألة كتابة عقد التسيير الحر للأصل التجاري؛ غير أن التمعن في المواد التي خصصها المشرع للتسيير الحر، يجعلنا نصل إلى نتيجة مفادها أنه بالرغم من عدم نص المشرع على إلزامية كتابة عقد التسيير الحر، فإنها تستشف من العبارة التالية: "ينشر عقد التسيير في أجل الخمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج..." التي تضمنتها الفقرة الثانية من المادة 153 من م.ت³. وبالتالي نتساءل عن مدى إمكانية تصور عقد التسيير الحر للأصل التجاري عقدا رضائيا؟

في نفس التوجه ذهب رأي من الفقه⁴ إلى أن الاتفاق على التسيير الحر الشفوي يعد اتفاقا صحيحا، وينتج آثاره بين أطرافه، حتى وإن تعذر القيام بإجراءات الشهر، إلا أن من مصلحة المتعاقدين تفاديا للانعكاسات السلبية أن يعمدوا بمحض إرادتهم إلى كتابة عقد التسيير الحر، ولهم الخيار في أن تكون هذه الكتابة رسمية أو

● يراجع طراد إسماعيل: "النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص: 87.

كما أن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري سارت في نفس الاتجاه، إذ نصت على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير... عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي..."

¹ أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الأصل التجاري (الجزء الثالث)"، م.س، ص: 500.

² نصت المادة 81 من م.ت على ما يلي: "يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة أو تخصيصه بالقسمة أو بالمزاد، بعقد رسمي أو عرفي..."

³ راجع الفقرة الثانية من المادة 153 من م.ت.

⁴ أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الأصل التجاري (الجزء الثالث)"، م.س، ص: 501.

عرفية على دعامة ورقية أو إلكترونية¹؛ كما أن المصلحة الاقتصادية ومصلحة الغير تقتضي ذلك.

كما يذهب أحد الفقه² إلى القول بأنه من الصعوبة بمكان الاقتصار على اتفاق شفوي في مجال التسيير الحر للأصل التجاري. وكذا يذهب رأي آخر من الفقه³ إلى أنه ما دام المشرع المغربي قد استحدث مقتضى خاص لتنظيم عقد التسيير الحر، فكان أولى به أن يستلزم كتابة العقد ولا يدع الأمر متروكا لإرادة المتعاقدين، ولا تغني عن ذلك إلزامية النشر، فالفرق بين اشتراط الكتابة وترتيب أثر عليها وبين إلزامية النشر واضح جدا.

ويرى جانب آخر من الفقه⁴ أن الكتابة شكلية لازمة لتكوين عقد التسيير الحر للأصل التجاري، لكونها ضرورية لشهر هذا العقد وإثباته. وهذا ما يترتب عليه ضمان حقوق أطرافه، وتفادي النزاعات التي قد تنشأ بشأنه. وإذا كانت المادة 334 تقضي بحرية الإثبات في المادة التجارية من حيث القاعدة، فإن عقد التسيير الحر للأصل التجاري يعد استثناء من المبدأ بالاستناد إلى نص المادة أعلاه ذاتها⁵؛ كما أنه يتضمن مجموعة بيانات يجب الاتفاق عليها، لتعلقها مباشرة بطرفي العقد حسب رؤيتهما

¹ بموجب القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص: 3879.

² عز الدين بنسني، م.س، ص: 246.

³ رشيد مشقاقة: "قراءة في مدونة التجارية"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد السادس عشر - السنة التاسعة - دجنبر 1997، ص: 37.

⁴ محمد مومن: "التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي"، المطبعة والوراقة الوطنية المحمدي - الداوديات - مراكش، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص: 160.

⁵ نصت المادة 334 من م.ت على ما يلي: "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك".

الخاصة لتنظيم عقدهما، لذلك يصعب إثبات تلك البيانات إذا ظلت شفوية، بل إنه قد يصعب إثبات عقد التسيير الحر في حد ذاته وما يترتب عن ذلك من آثار¹. ويستفاد من قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس²، أنه اعتبر تسيير الأصل التجاري الأصل فيه غير حر، وأن على مدعي وجود هذا العقد إثبات ادعائه، حيث جاء في حيثياته: "...وحيث ركز المستأنف في بيان وجه الاستئناف على الدفع بكون المتدخل في الدعوى خلال المرحلة الابتدائية ليس عاملاً لديه، وإنما هو مسير مسؤول عن تصرفاته في إطار نظام التسيير الحر وفق أحكام المادة 152 من م.ت....وحيث إن المستأنف لم ينف تملكه للأصل التجاري الذي تم فيه تسليم البضاعة له، ولم يدل بأية حجة لإثبات أن المسمى (...) هو المكثري للمحل في إطار نظام التسيير الحر...وحيث إن عبارة (المسير) مجردة من أي وصف آخر لا تعني سوى أن المسير ما هو إلا مجرد مسير فعلي للمحل تحت إشراف ومسؤولية صاحبه المستأنف الحالي، الأمر الذي يجعل هذا الأخير مسؤولاً عن تصرفات عماله والمسير في كل التصرفات المتعلقة بالمحل مع الغير".

مما سبق يبدو أنه وإن كان المشرع المغربي يستعمل عبارات في إطار المقتضيات القانونية المنظمة لعقد التسيير الحر للأصل التجاري توحى بأن هذا العقد يصعب تصوره في إطار رضائي؛ فإن لا شيء يمنع من ذلك، لأنه لو كان المشرع يرغب في ذلك لتدخل بنص صريح كما فعل في إطار التصرفات الأخرى المنصبة على الأصل التجاري، مما يقتضي التطرق لموقف القضاء من هذه المسألة.

ثانياً: موقف القضاء

¹ محمد مومن، م.س، ص: 160.

² قرار رقم 100، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 2000/02/22، في الملف عدد 99/822، أورده محمد مومن، م.س، ص: 160 و161.

لا شك أن الاختلاف الذي وقع بشأن مدى إمكانية تصور إبرام عقد التسيير الحر شفويا، انعكس على توجه القضاء كذلك؛ ومرد ذلك بالأساس هو غموض موقف المشرع المغربي عند تنظيمه لمثل هذا العقد الذي انتشر بكثرة على المستوى العملي، مما أدى إلى نشوء نزاعات تتعلق بالجانب الإجرائي، وخاصة على مستوى الكتابة. على هذا الأساس وبناء على ما تم التوصل إليه من مقررات قضائية في هذا الشأن؛ المنشورة منها وغير المنشورة، سيتم الوقوف عند موقف القضاء من المنازعة في شكلية كتابة عقد التسيير الحر؛ وذلك سواء على مستوى الاجتهاد القضائي الصادر عن محاكم الموضوع أو الصادر عن قضاء النقض.

في نفس التوجه، يتبين لنا من خلال تلك المقررات أن موقف القضاء ينقسم إلى اتجاهين؛ فإن كان الاتجاه الأول يقول بعدم إمكانية إبرام عقد التسيير الحر شفويا وهذا الاتجاه يساير ما ذهب إليه غالبية الفقه. فإن الاتجاه الثاني يقول بأن عقد التسيير الحر للأصل التجاري هو عقد رضائي أي ليس هناك ما يمنع من إبرامه شفويا. وبناء عليه، سنبرز موقف قضاء الموضوع في نقطة أولى؛ ثم ننتقل لإبراز موقف قضاء النقض.

1- موقف قضاء الموضوع

يؤكد هذا الموقف ما ذهب إليه غالبية آراء الفقه، من أن كتابة عقد التسيير الحر للأصل التجاري إلزامية، وفي ذات الصدد جنحت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في أحد قراراتها¹ إلى ما يلي: "ما نعاها الطاعن عن الحكم المطعون فيه من كونه منعدم التعليل كون الكتابة في عقد التسيير الحر لا تعتبر شرط انعقاد ولم

¹ قرار رقم 100، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، بتاريخ 2002/02/05، في الملف رقم 2001/1011، أشار إليه محمد مومن، م.س، ص: 158.

تستوجبها مدونة التجارة، أنه وخلافا لما زعمه المستأنف فإن الفصول 152 إلى 158 قد حددت الشروط الواجب توفرها في عقد التسيير الحر من إشهاره وغيره، وأن ذلك لا يتم إلا إذا كان العقد كتابيا، ولا يمكن أن يتصور في العقد الشفوي، وأن المشرع في الفصل 158 قد رتب على تخلف أحد الشروط المذكورة بطلان عقد التسيير الحر وهذا ما ذهب إليه الحكم الابتدائي الذي طبق المقتضيات القانونية المذكورة تطبيقا سليما، فكان والحالة هاته الحكم مصادفا للصواب وتعين تأييده...".

وقد سارت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في نفس التوجه، لما اعتبرت في قرار لها أن عقد التسيير الحر ليس عقدا رضائيا يقوم بمجرد التراضي بل يجب إشهاره، وهو ما يستفاد من تعليقه الذي جاء فيه: "وحيث من المقرر قانونا طبقا للفصل 369 من ق.م.م أنه إذا بت المجلس الأعلى في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تنقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة. وفي نازلة الحال فإن النقطة المثارة تتعلق بعدم جواب المحكمة على ما تمسك به الطرف الطاعن أمامها من مقتضيات المادتين 152 و158 م.ت، وانطلاقا من هذه العلة التي اعتمدها قرار المجلس الأعلى فإنه وجب القول أولا أن المشرع المغربي عند تنظيمه لعقد التسيير الحر، لم يجعل منه عقدا رضائيا يقوم بمجرد تراضي طرفيه على إبرامه، بل اشترط لصحته أيضا وجوب إشهاره من خلال نشره على شكل مستخرج في الجريدة الرسمية وفي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخه (الفقرة الثانية من المادة 158)، وهو إجراء جوهرى ولازم حتى يكون لهذا العقد وجود قانوني ويكون بالتالي نافذا في مواجهة طرفيه بدليل ما نصت عليه المادة 158 م.ت التي اعتبرت باطلا كل عقد تسيير حر مبرم بين المالك أو المستغل للأصل

التجاري لا يتوفر على الشروط المذكورة أعلاه، بخلاف ما عليه الأمر في نازلة الحال حيث ملف القضية خال مما يثبت إبرام عقد تسيير حر بين الطرفين وفق الشكل الذي يحدده القانون - سواء في الشق المتعلق بالكتابة أو إشهاره - وبالتالي فإنه لا مجال لاعتبار العلاقة القانونية الرابطة بينهما عقد تسيير حر للأصل التجاري لانتهاء شروطه وأركانه"¹.

إن الواضح من هذين القرارين أنهما استدلا لتعليل موقفهما من مسألة الكتابة بالفقرة الثانية من المادة 158 من م.ت، وذلك لاعتبار كتابة عقد التسيير الحر للأصل التجاري هي شكلية للانعقاد وليس مجرد شكلية للإثبات، وهو توجه يتماشى والمقتضيات القانونية التي أفردتها المشرع لعقد التسيير الحر، كما يتماشى والرأي الغالب في الفقه. إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الصدد، يدور حول كيفية تعامل قضاء النقض مع المنازعات التي تطرح عليه بخصوص مدى إلزامية كتابة عقد التسيير الحر للأصل التجاري.

2- موقف قضاء النقض

في معرض الجواب عن التساؤل أعلاه، يستشف من القرار الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) والقاضي برفض الطلب²؛ أنه ذهب عكس الاتجاه الذي سارت فيه محاكم الموضوع، وذلك لما اعتبر عقد التسيير الحر للأصل

¹ _ قرار رقم 816، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 2012/05/2، في الملف عدد 2011/1326، منشور بالموقع الإلكتروني www.Jurisprudence.ma، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/03/03، على الساعة 00:45.

² _ قرار رقم 651، الصادر عن محكمة النقض بغرفتين، بتاريخ 7 ماي 2008، في الملف عدد 2006/1/3/1143، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة - الغرفة التجارية -، السلسلة 2 سنة 2010، الجزء 5، مطبعة الأمنية - الرباط 2010، ص: 101.

التجاري عقد رضائي؛ حيث عللت المحكمة ذلك بما يلي: "حيث ينعى الطالبون على القرار، فساد التعليل وتناقضه المعترين بمثابة انعدامه ذلك أن المحكمة استنتجت من المادة 153 من م.ت لزوم شرط الكتابة لصحة عقد التسيير الحر وإثباته بين طرفيه، في حين لم تحدد عنوان الفندق المتواجد به الملمى الليلي، كما أن العقد المذكور يعد من العقود الرضائية التي لا تشترط الكتابة، إذ أن هذا الشرط لما يكون لازماً لصحة العقد ينص عليه المشرع صراحة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 489 من ق.ل.ع الذي اشترط الكتابة إن كان المبيع عقاراً، لذلك فإن نشر ملخص لعقد التسيير الحر ليس هو نشر العقد في حد ذاته، إذ أن هذه الشكلية تتعلق بالحجية في مواجهة الغير، ولا تدخل في تكوين العقد، لأنه في الأصل لا شكلية بدون نص قانوني صريح أو اتفاق مسبق بين الأطراف على ذلك، وبالتالي لا تحول هذه الشكليات، دون إنتاج العقد لآثاره بين طرفيه، وتجعله خاضعاً لحرية الإثبات في المجال التجاري موضوع نص المادة 334 من م.ت، وعليه فإن مقومات العقد وعناصره قائمة، لاتفاق طرفيه على مدة التسيير والسومة وتسليم المحل للمسييرين..."

إن القرار الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) سنة 2008، لما بني تعليله استناداً إلى الفصل 489 من ق.ل.ع يجعلنا نبدي بعض الملاحظات في شأن القياس الذي اعتمده، وذلك لكون الفصل المذكور يتعلق ببيع؛ يعد من العقود الناقلة للملكية، في حين العملية المنصبة على الأصل التجاري في نازلة الحال تتعلق بكراء للأصل التجاري ذو خصوصية، والذي يعد من العقود الواردة على منفعة الشيء. كما أن الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود يتعلق ببيع عقار، غير أنه في كراء الأصل التجاري فالأمر يتعلق بكراء منقول معنوي.

مما سبق، يمكن القول أن القرار أعلاه لو بني تعليقه على أحد المقتضيات القانونية المتعلقة بالكرء في إطار القواعد العامة، لكان أفضل بكثير. غير أن هذه الملاحظة البسيطة لا تنقص من قيمة القرار لأنه يعد اجتهاد قضائي مهم لاعتبارين: - الاعتبار الأول، كونه اعتبر عقد التسيير الحر للأصل التجاري في نازلة الحال عقد رضائي لا يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة لبيعه الذي اشترط المشرع أن يتم بعقد رسمي أو عرفي.

- الاعتبار الثاني، يتمثل في صدوره عن غرفتين مجتمعتين.

على هذا الأساس، يمكن القول على الكتابة في عقد التسيير الحر للأصل التجاري لا هي كتابة انعقاد ولا هي كتابة للإثبات، بل إنها كتابة من نوع خاص تفيد الاحتجاج بالعقد تجاه الغير، وعليه فإذا كان ما تقدم خصص لمدى إلزامية كتابة عقد التسيير الحر، فإن النقطة الموالية سيتم تخصيصها للمنازعة في إجراءات الشهر.

الفقرة الثانية: المنازعة في إجراءات الشهر

يتخذ الشهر في عقد التسيير الحر للأصل التجاري ثلاثة أشكال، ونظرا لطابعه المستمر وارتباطه بمصلحة الأغيار، فإن المشرع رتب جزاء عن الإخلال به.

يستفاد من المقتضيات القانونية المنظمة لعقد التسيير الحر، أن المشرع كان هاجسه هو حماية الغير، ولعل إجراءات الشهر خير دليل على ذلك، الذي يتخذ ثلاثة أشكال؛ التسجيل في السجل التجاري¹؛ نشر عقد التسيير على شكل مستخرج

¹ يستفاد من المادة 153 فقرة أولى أنها ألزمت المسير الحر بإبرامه لمثل هذا العقد - عقد التسيير الحر - يكتسب بذلك صفة تاجر ويخضع تبعا لذلك للالتزامات التي تخولها هذه الصفة؛ ومن بين أهم تلك الالتزامات هو الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري وفقا للمادة 37 من م.ت. كما أن الطرف الآخر - المكري - في علاقة التسيير الحر يجب عليه استنادا إلى الفقرة الثالثة من المادة 153 إما أن يطلب

في الجريدة الرسمية وفي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية¹؛ والشهر عن طريق ذكر المسير الحر في الأوراق التجارية المستخدمة من طرفه لعدة بيانات تحيط الغير علما بأن الأصل التجاري قد وضع في التسيير الحر²، غير أنه سوف يتم التركيز على المنازعات المتعلقة بإجراءات الشهر.

أولاً: على مستوى التشطيبات

شطب اسمه من السجل التجاري وإما أن يغير تقييده الشخصي (بالتنصيب صراحة على وضع أصله التجاري في التسيير الحر).

وهذا ينسجم مع نص المادة 36 من م.ت والتي نصت على أنه تحتوي التقييدات في السجل التجاري في السجل التجاري على 1- التسجيلات؛ 2- التقييدات المعدلة؛ 3- التشطيبات.

وارتباطا بالتسيير الحر، فقد نصت المادة 52 من م.ت على أنه: "في حالة تملك أو اكتراء أصل تجاري، يتم القيام بشطب تقييد الأصل التجاري المفوت أو المكري من السجل التجاري للمالك أو المكري...". كما أن المادة 76 من م.ت نصت على أنه: "لا يجوز لكاتب الضبط قبول أي طلب يرمي إلى تسجيل تاجر أو ... في السجل التجاري إلا بعد الإدلاء بشهادة التقييد في جدول الضريبة المهنية (البتانتا)، وعند الاقتضاء،... أو عقد التسيير الحر". للمزيد من التوسع حول التسجيل بالسجل التجاري يراجع:

● عبد العالي العضاوي: "التسيير الحر للأصل التجاري"، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2001، ص: 36.

● محمد مومن: "التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي"، م.س، ص: 163 إلى 167.

¹ نصت الفقرة الثانية من المادة 153 من م.ت على أنه: "ينشر عقد التسيير الحر في أجل خمسة عشر يوماً من تاريخه على شكل مستخرج في الجريدة الرسمية وفي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية...".

² نصت المادة 154 من م.ت على أنه: "يجب على المسير الحر أن يذكر في كل الأوراق المتعلقة بنشاطه التجاري وكذا المستندات الموقعة من طرفه لهذه الغاية أو باسمه، رقم تسجيله بالسجل التجاري وموقع المحكمة التي سجل فيها وصفته كمسير حر للأصل". وأن من خالف أحكام هذه المادة يعاقب بغرامة من 2000 إلى 10000 درهم. للمزيد من التوسع يراجع:

● رشيد مشقاقة: "قراءة في مدونة التجارة"، م.س، ص: 38 و39.

● محمد مومن: "التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي"، م.س، ص: 169 إلى 174.

ارتباطا بإجراءات الشهر وما قد تثيره من منازعات تتصل بعقد التسيير الحر للأصل التجاري، وخاصة التشطيبات من السجل التجاري إذ لا يحتج على الغير إلا بالوقائع والتصرفات المقيمة بصفة صحيحة بالسجل التجاري، ويبقى من اللازم قبل التشطيب على السجل التجاري تصفية التقييدات المدونة به وإخبار الدائنين المرتبهين قبل القيام بذلك¹. وفي نفس الصدد عرضت نازلة على القضاء تتلخص في كون المطلوب (...) تقدم بمقال للمحكمة التجارية بمكناس عرض فيه أنه يكتري الدكان الكائن ب...، وأنه أنشأ عليه أصلا تجاريا وقيده بالسجل التجاري تحت عدد...، ولتسيير المحل أبرم مع المطلوب حضوره (...)، شركة أرباح ساهم فيها بأصله التجاري، وساهم فيها المدعى عليه بالتسيير، إلا أنه فوجئ بالمدعى عليه (...) قيد نفسه كمالك للأصل التجاري تحت عدد...، ثم رهنه للطالب القرض الفلاحي للمغرب لضمان قرض استفاد منه، ولكون البيانات التي استند عليها لإنشاء الأصل التجاري باطلة فإن المدعي التمس الحكم بالتشطيب على تسجيل المدعى عليه بالسجل التجاري عدد...مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وبعد جواب القرض الفلاحي وتنصيب قيم عن المدعى عليه (...). قضت المحكمة التجارية بمكناس في حكمها برفض طلب المدعي، فألغته محكمة الاستئناف التجارية بفاس قاضية من جديد بالتشطيب على تسجيل المستأنف...في السجل التجاري لدى تجارية مكناس...مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. وهو القرار الذي طعن فيه بالنقض أمام المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)؛ حيث قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة المصدرة له للبت فيه

¹ راجع الفقرة الأخيرة من المادة 51 من م.ت.

من جديد وهي متركبة من هيئة أخرى طبقا للقانون، وتحميل المطلوبين في النقض الصائر.

وهو القرار الذي جاء في حيثياته ما يلي¹: " حيث ينعى الطاعن على القرار خرق المواد 37 و51 و61 من م.ت ذلك أن المطلوب نازع بمقتضى مقاله الافتتاحي في حق السيد... والمحكمة حين قضت بالتشطيب على السجل التجاري دون تصفية تقييداته تكون قد خرقت القاعدة المذكورة والفقرة الأخيرة للمادة 51 من م.ت التي استلزمت تصفية كافة التقييدات قبل التشطيب...وحيث إن القرار المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بالتشطيب على تسجيل المستأنف عليه (...) من السجل التجاري لدى تجارية مكناس مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية...، في حين الثابت لقضاة الموضوع أن الطالب القرض الفلاحي ارتهن الأصل التجاري المذكور على أساس أن مالكة الظاهر المشهر قيده بالسجل التجاري بصفته هذه لا بصفته مسيرا هو السيد (...)، مما لا مبرر معه للاحتجاج عليه بعقد التسيير الحر الرابط بين المطلوب والمسير المذكور، بسبب عدم شهره بالسجل التجاري حتى يحتج به على الغير، كما تقضي بذلك الفقرة الأولى للمادة 61 من م.ت التي جاء فيها بأنه "لا يحتج على الغير إلا بالوقائع والتصرفات المقيدة بصفة صحيحة بالسجل التجاري"، إضافة إلى أنه يبقى من اللازم قبل التشطيب على السجل التجاري، تصفية التقييدات المدونة به عملا بأحكام الفقرة الأخيرة للمادة 51 من نفس المدونة... وما دامت المحكمة بنت قضاءها على النحو المذكور ولم تلتفت للمقتضيات المحتج بخرقها فإن قرارها جاء خارقا لها عرضة للنقض".

¹ _قرار عدد 367، الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، بتاريخ 2006/4/5، في الملف عدد 2004/1/3/1474، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67، السنة 2007، ص 174.

ثانيا: إثارة بطلان عقد التسيير الحر

بالرجوع إلى المادة 158 من مدونة التجارة، نجد المشرع المغربي نص على قاعدة عامة مفادها أن عقد التسيير الحر الذي لا يتضمن الشروط المنصوص عليها في المواد من 152 إلى 158 من م.ت - لم يتم نشر ملخصه بالجريدة الرسمية أو تلك الموكول لها بنشر الإعلانات القانونية، ولم يتم تقييده بالسجل التجاري - يكون باطلا بين طرفيه، ولا يواجه بهذا البطلان الغير.

على هذا الأساس، أي ارتباطا بمسألة بطلان عقد التسيير الحر¹، فإن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أكد في قرار له²، أن المسير الحر لا يحق له الدفع ببطلان عقد التسيير الحر ما دام أنه ملزم هو الآخر بالقيام بإجراءات الإشهار. والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...وحيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلة الثانية، خرق مقتضيات المادة 158 من م.ت من حيث إنه أثار أمام محكمة الاستئناف بأن عقد التسيير باطل لأنه لا يتوفر على ما تستلزمه مقتضيات المادة المذكورة، غير أن المحكمة ردت هذا الدفع بعلّة أن عدم القيام بالإجراءات

¹ ويقول أحد الفقه "أما البطلان المنصوص عليه في المادة 158 (من النظام العام) فيتعلق ببطلان الاتفاق لا بالشهر، أي الاتفاق الذي لا يسوغ تحت طائلة البطلان أن يتضمن مقتضيات مخالفة لما هو منصوص عليه في المواد 152 إلى 157، وذلك وفقا للمادة 158 من م.ت".

● أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الأصل التجاري...، الجزء الثالث"، م.س، ص: 506. وللمزيد من التوسع حول مسألة بطلان عقد التسيير الحر يراجع:

● محمد سعيد الراضي: "الوضعية القانونية للمسير الحر للأصل التجاري في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس - أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط، السنة الجامعية 1999 - 2000، ص: 45 إلى 48.

² قرار عدد 1040، الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، بتاريخ 2011/8/25، في الملف التجاري عدد 2011/2/3/78، منشور بالموقع الإلكتروني www.Jurisprudence.ma، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/03/8، على الساعة 1:56.

المنصوص عليها في المادة 158 من م.ت لا تأثير له على الدعوى الرامية إلى فسخ عقد التسيير الحر. غير أن هذا التعليل فاسد لأنه لا يمكن الحديث عن فسخ عقد باطل والمحكمة في ذلك أساءت تطبيق القانون...لكن، حيث إن محكمة الاستئناف عندما عللت قرارها بما مضمونه...تكون قد تحققت من العلاقة الرابطة بين الطرفين بما فيه الكفاية...وبشأن ما أثير من بطلان عقد التسيير لعدم القيام بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 158 من م.ت فإن محكمة الاستئناف استبعدت الدفع، لذلك ولعدم جديته استنادا إلى أن المشرع في المادة المذكورة ألزم الطاعن هو الآخر بوصفه مسيرا بالقيام بالإجراءات المحتج بها، وهي علة لم ينتقدها الطاعن وكافية في رد الدفع المذكور وكافية في رد الدفع المذكور، فضلا على أن المحكمة لاحظت بأن الغاية من الدعوى الحالية هي فسخ العلاقة القائمة بين الطرفين وإفراغ المحل موضوع النزاع وأن الدفع ببطلان عقد التسيير لا تأثير له على موضوع الدعوى واستبعدت الدفع المذكور وهي في ذلك لم تخرق المقتضيات المحتج بها وكان ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار".

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)¹ صادر عن غرفتين، أكد فيه على أن عدم شهر عقد التسيير الحر يجعله باطلا بين طرفيه، دون مواجهة

¹ قرار عدد 651، الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بغرفتين، بتاريخ 7/ماي/2008، في الملف عدد 2006/1/3/1143، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة - الغرفة التجارية - السلسلة 2، الجزء 5، مطبعة الأمنية - الرباط، سنة 2010، ص: 102.

كما صدر في نفس الإطار حكم عن المحكمة التجارية بالبيضاء، قضى بـ "...بطلان عقد التسيير الحر لعدم توفره على الشروط المنصوص عليها في المادة 158 من م.ت ومنها النشر بالجريدة الرسمية أو في أي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وكذا طلب شطب اسم صاحب الأصل التجاري من السجل التجاري وتغيير في اسم المسير الحر"

الأغيار بذلك، على اعتبار أن شهر العقد الذي يعد وسيلة لإعلانه بنية الاحتجاج بمضمونه وبال حقوق الناشئة عنه قبل الغير، ليس هو الشكلية التي تكون شرطا لانعقاده¹. والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...لكن حيث إنه بصرف النظر عن مناقشة كون عقد التسيير الحر للأصل التجاري...، فإنه (عقد التسيير) إن لم يتم نشر مستخلصه بالجريدة الرسمية أو تلك المخول لها نشر الإعلانات القانونية، ولم يقع قيده بالسجل التجاري كما تقضي بذلك المادة 153 من نفس المدونة، فهو يعد باطلا بين طرفيه، دون مواجهة الأغيار بذلك، على اعتبار أن شهر العقد الذي يعد وسيلة لإعلانه بنية الاحتجاج بمضمونه وبال حقوق الناشئة عنه قبل الغير، ليس هو الشكلية التي تكون شرطا لانعقاده، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن عقد التسيير الحر موضوع النزاع لم يتم نشره وقيده طبقا للقانون، ولم يدع أحد طرفيه خلاف ذلك، ردت ما أثير أمامها "بأن المادة 158 من م.ت نص بصريح العبارة على أن كل عقد تسيير حر مبرم مع المالك أو مستغل الأصل التجاري ومالكه الذي لم يحترم الشروط المنصوص عليها ومنها شرط نشر مستخلصه، يعد باطلا في مواجهتها ولا يضار به الأغيار"، فتكون بتأييدها للحكم

● حكم عدد 612، الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2013/01/1، في الملف رقم 2009/06/797، غير منشور.

¹ وفي مقابل ذلك قضت محكمة النقض برفض الطلب في قرار لها سنة 2014 والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...لكن حيث إن محكمة الاستئناف تحققت من طبيعة العلاقة الرابطة بين طرفين النزاع... واستخلصت المحكمة من ذلك أن العلاقة علاقة تسيير حر للأصل... واستبعدت كذلك ما أثاره من بطلان عقد التسيير الحر لعدم وروده في محرر كتابي ولعدم إظهاره لعدم جدية الدفع إذ لا يستساغ الدفع ببطلان عقد ينفي الطاعن وجوده أصلا. والمحكمة بما ذكر عللت قرارها بما يكفي لتبريره دون خرق للمقتضيات المحتج بها وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار."

● قرار عدد 2/1، الصادر عن محكمة النقض المغربية، بتاريخ 2014/1/9، في الملف التجاري عدد 2013/2/3/586، غير منشور.

الابتدائي القاضي بطرد المدعى عليهم من الملمى محل النزاع، قد بتت في حدود ما هو معروض عليها، دون أن تتناقض في تعليلها السالف الذكر، والذي يرر لوحده دون بقية التعليلات المنتقدة الأخرى منطوق قرارها الذي أتى معللا بشكل سليم، والوسيلتان على غير أساس".

وإذا كان القرار أعلاه الصادر عن المجلس الأعلى يتعلق بنزاع تم إثارته من طرف أغيار في مواجهة طرفي عقد التسيير الحر، فإن النزاع الذي أثير أمام محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء لا يتعلق بأغيار، بل إنهم أحلوا محل مورثهم مكري الأصل التجاري في حقوقه والتزاماته وبالتالي يعتبرون طرفا أصليا في عقد التسيير الحر موضوع النزاع. وهو ما قضت به في قرارها الذي جاء فيه ما يلي¹:" حيث ارتكزت دفوع المستأنفين على أن الإخلال بالمادة 158 من م.ت يجعل العقد باطلا وأن محكمة النقض أصدرت قرارا بغرفتين يؤكد أن عدم نشر عقد التسيير الحر يجعله باطلا بين طرفيه وأن محكمة الدرجة الأولى أغفلت الإشارة إلى هذا القرار المحتج به سواء بوقائع الحكم المستأنف أو بتعليله...وحيث إن المستأنفين ليسوا بأغيار بالنسبة لطرفي العقد، بل إنهم حلوا محل مورثهم مكري الأصل التجاري المرحوم (... في حقوقه والتزاماته وبالتالي يعتبرون طرفا أصليا في عقد التسيير الحر موضوع النزاع، في حين أن القرار الصادر محكمة النقض المحتج به يتعلق بنزاع تم إثارته من طرف أغيار في مواجهة طرفي عقد التسيير...مما لا يكون هناك مجال للاحتجاج به من أحد طرفي العقد موضوع طلب التصريح ببطالانه هذا

¹ _ قرار رقم 5110، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/10/19، في الملف رقم 2015/8205/1361، غير منشور.

● قرار رقم 6686، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/12/21، في الملف رقم 2015/8205/4519، غير منشور.

من جهة. وحيث إنه من جهة أخرى فإنه باستقراء نصوص المواد من 152 إلى 158 من م.ت المنظمة لأحكام عقد التسيير الحر لأصل تجاري يتجلى بأنها ترمي أساسا إلى حماية حقوق الدائنين الأغباء...

ومن ثمة يتجلى بالملموس أن غاية المشرع لا ترمي إلى بطلان وإعلام عقد التسيير المستجمع لأركانه والمخل بإجراءات شهره لما في ذلك من تعارض مع قاعدة قانونية قارة وهي أن العقد الباطل لا يمكن أن ينتج أي أثر... في حين نجد المشرع يؤكد في المادة 158 من م.ت بأن المتعاقدين لا يحق لهما التمسك بالبطلان اتجاه الغير، مما يوضح بشكل ملموس أن المشرع من نص المادة 158 المحتجج بها من طرف المستأنفين هو عدم إمكانية الاحتجاج بعقد التسيير الذي وقع الإخلال بإجراءات شهره في مواجهة الغير وليس بعدم نفاذه بين طرفيه إذ يبقى العقد قائما ملزما لطرفيه متى كان تاما مستوفيا لكافة أركانه وذلك في إطار نظرية تحول العقد المنصوص عليها في الفصل 309 من ق.ل.ع... وبالتالي يبقى عقد التسيير الحر المثار بشأنه البطلان لعدم إشهاره عقدا صحيحا كعقد كراء لمنقول يخضع لأحكام القواعد العامة... سواء من حيث آثاره بين طرفيه أو من حيث آثاره بالنسبة للغير دون الآثار المترتبة على المواد المتعلقة بشهره الوارد في مدونة التجارة... وحيث إنه استنادا لما ذكر يتبين أن الحكم المستأنف صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده".

إن الواضح من خلال مناقشة إثارة بطلان عقد التسيير الحر للأصل التجاري أنه إذا كان المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بقي مقيد بحرفية المادة 158 من م.ت؛ إلا أن ذلك لا ينفي صوابه، فإن قرار محكمة الاستئناف التجارية كان أكثر اجتهادا لأنه حاول أن يبحث في القواعد العامة ليجد الحل المناسب، من قبيل استناده على الفصول 306 و309 من قانون الالتزامات والعقود.

مما سبق، يمكن القول أنه إذا كان على مستوى المنازعات الإجرائية أثبتت مسألة مدى إمكانية اعتبار عقد التسيير الحر للأصل التجاري عقد رضائي؛ كما أثبتت منازعات تتعلق بإجراءات الشهر (التشطيبات من السجل التجاري وإثارة البطلان)؛ وذلك نظرا لغموض موقف المشرع واختلاف الآراء مما انعكس على توجهات القضاء حينما تدخل لإقامة نوع من التوازن في المصالح المتعارضة المرتبطة بعقد التسيير الحر، من خلال إعماله للآليات التشريعية، فكيف تعامل المشرع والقضاء مع المنازعات ذات الطابع الموضوعي موضوع المحور الثاني؟

المحور الثاني: المنازعات ذات الطابع الموضوعي

يقصد بالمنازعات الموضوعية تلك المنازعات المثارة بين أطراف عقد التسيير الحر، حول العقد في حد ذاته، وليس بالإجراءات التي يمر منها؛ ولما كان الأمر كذلك فإن من بين أهم المنازعات التي طرحت على أنظار القضاء، المنازعة حول طبيعة العقد، وبمعنى آخر منازعة أطراف العقد حول صفة المسير الحر من عدمها. على هذا الأساس، سنتطرق لهذه المنازعة من خلال إبراز دور القضاء في تكييف العقود، حيث نخصص الحديث عن المنازعة في طبيعة العقد (الفقرة الأولى)، كما لن تفوتنا الفرصة لإثارة إشكالية تسيير الأصول الحرفية والمهنية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المنازعة في طبيعة العقد

لما كان عقد التسيير الحر للأصل التجاري يقوم على الصفة؛ بحيث يعتبر الاعتبار الشخصي هو قوام هذا العقد؛ فإن صفة المسير الحر يجب أن تكون محل اعتبار في العقد. من هذا المنطلق عمل المشرع المغربي على إعطاء تعريف لعقد التسيير الحر في إطار المادة 152 من مدونة التجارة ليميزه عن غيره من العقود. إذ جاء في المادة المذكورة أنه "يخضع للأحكام التالية، بالرغم من كل شرط مخالف، كل عقد يوافق

بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله على إكراهه كلاً أو بعضاً لمسير يستغله تحت مسؤوليته".

على هذا الأساس يبدو من عبارة مسير يستغله تحت مسؤوليته وكذا من الفقرة الأولى من المادة 153 من مدونة التجارة¹ أن عقد التسيير الحر للأصل التجاري لا تقوم له قائمة إلا إذا أبرم مع مسير حر في استغلاله للأصل؛ يتحمل مسؤولية شخصية عن ذلك من حيث القاعدة؛ ويكتسب الصفة التجارية بمجرد إبرامه لهذا النوع من العقود.

في نفس التوجه، وإذا كان المشرع حقاً تدخل وحدد تعريف لعقد التسيير الحر، إلا أن الواقع يشهد على أن من بين أهم المنازعات التي تطرح على أنظار القضاء؛ المنازعات الموضوعية. وتعد منازعة أطراف العقد حول صفة المسير الحر للأصل التجاري من أهمها أبرز مثال على ذلك؛ إذ يرجع هذا بالأساس إلى الخلط إما بين المحل الذي يستغل فيه الأصل التجاري والأصل التجاري كمال منقول معنوي؛ وإما بين جوهر عقد التسيير الحر، بحيث كما يمكن أن ينصب على الأصل التجاري تسيير حر، يمكن أن يعهد مالك الأصل التجاري مسألة تسييره لمسير ولكن ليس بحر، بل مأجور².

¹ نصت الفقرة الأولى من المادة 153 من م.ت على ما يلي: "يكتسب المسير الحر صفة التاجر ويخضع لجميع الالتزامات التي تخولها هذه الصفة...".

- Art. 153 : Le gérant libre a la qualité de commerçant et il est soumis a toutes les obligations qui en découlent...

_ Le contrat de gérance salariée présente l'avantage pour le propriétaire du fonds d'en² confier la gestion à un tiers. Ce dernier, étant subordonné au propriétaire du fonds, n'exploite pas le fonds de commerce pour son compte personnel et n'encourt donc pas les risques inhérents à l'activité. Il est titulaire d'un **contrat de travail** et bénéficie de tous les

في هذا الصدد جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي¹....وحيث إنه بخصوص باقي الدفوع؛ فالثابت أن كل طرف يحاول

avantages d'un salarié (congés payés, salaire minimum, durée du travail...). Le propriétaire du fonds est le seul responsable des actes effectués par le gérant salarié. Le gérant n'a donc pas la qualité de commerçant mais doit néanmoins rendre compte de son activité au propriétaire.

- Adelinet – Quincey Brigitte, Arnoux – Evrat Valérie, et Pauleau Karine, op, cit, p : 20.

Alors que le gérant salarié d'un fonds de commerce est un préposé, le gérant libre exploite le fonds pour son compte, moyennant alors le paiement d'une redevance au propriétaire du fonds. Il y a séparation de la propriété du fonds et de l'exploitation de celui – ci. Cette formule est notamment utilisée lorsque le fonds de commerce échoit, par succession, à un mineur qui n'a pas la capacité légale de faire le commerce.

- Didier MARTIN : " Droit Civil et Commercial Marocain", société d'Édition et de Diffusion AL. Madariss 12, Avenue Hassan 2, CASABLANCA – MAROC, 4ème édition, p : 208.

¹ _قرار رقم 2000/2468، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/11/21، رقمه بالمحكمة التجارية 9/99/9287، أورده عبد العالي العضاوي، م.س، ص: 94-97. كما جاء في حكم لنفس المحكمة أنه: "...وحيث دفع الطرف المدعى عليه بأن العقد الرابط بين الطرفين هو عقد كراء وليس عقد تسيير حر...وحيث بالإطلاع على العقد المدرج بالملف والمصادق على توقيعه...تبين أن العقد الرابط بين طرفي النزاع هو عقد تسيير حر وليس عقد كراء."

- حكم رقم 09/6873، الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2009/06/09، في الملف رقم 2008/9/3395، غير منشور.

وفي نفس الإطار قضت نفس المحكمة في نازلة أخرى أن الأمر يتعلق بكراء محل لا أصل تجاري، حيث جاء في قرارها ما يلي: "حيث تمسك الطاعن بأن العقد المبرم بينه وبين المستأنف عليه هو عقد تسيير حر وليس عقد كراء محل تجاري...وحيث إن الثابت من عقد الكراء...أن المستأنف أكثرى المحل موضوع النزاع والتزم بتجهيزه من حسابه وماله الخاص...وهي كلها وقائع تفيد أن الكراء انصب فقط على المحل دون عناصر الأصل التجاري...".

أن يفسر العقد إما على أنه عقد تسيير حر كما يدعي الطاعن أو أنه عقد كراء أصل تجاري كما تمسك بذلك المستأنف عليهم...وحيث لا جدال في أنه لبحث الطبيعة القانونية للعقد يتعين الرجوع إلى بنوده دون التقييد بالوصف الذي يعطيه الأطراف...وحيث إنه مع وضوح نية المكريين والتي وافق عليها المكثري في كراء الأصل التجاري باعتبارهم سلموه المحل وهو مزود برأسمال وأدوات العمل مقابل أن يؤدي واجبات الكراء يتعذر القول أن الأمر يتعلق بكراء محل تجاري كما يتمسك بذلك الطاعن".

المستفاد من هذا القرار أن مسألة طبيعة عقد التسيير الحر للأصل التجاري، يجب لبحثها الرجوع إلى بنود العقد، لا الوقوف عند الوصف الذي يعطيه الأطراف؛ وأن القاضي غير مقيد بذلك الوصف، باعتبار أن التكييف هو في نفس الوقت مسألة قانونية ومهمة قضائية.

كما عرضت نازلة على نفس المحكمة تتلخص وقائعها في أن مالك العقار يتشبث بملكيته للأصل التجاري الذي أسسه في حين أن الطرف الآخر يتمسك بكونه فقط مكثريا للمحل موضوع النشاط التجاري، وجاء في قرارها ما يلي¹:"...وحيث نازع نائب

● قرار رقم 2005/1265، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ

2005/04/12، في الملف رقم 15/2004/1274، غير منشور.

¹ قرار رقم 2011/3088، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ

2011/06/27، في الملف رقم 2010/5450، أورده عبد الرحيم بحار: "القضاء التجاري والمنازعات

التجارية - دراسة تأصيلية مقارنة ومعززة بأحد الاجتهادات القضائية الصادرة في المادة التجارية -"،

دون ذكر المطبوعة ومكانها، الطبعة الأولى 2014، ص: 305-308.

وقد جاء في قرار آخر لنفس المحكمة ما يلي: "حيث تعيب المستأنفة على الحكم المستأنف كونه جانب

الصواب استند في فسخ العقد...على كونه عقد تسيير حر في حين أن طبيعة العقد الحتمية تتجلى في

كونه عقد كراء محل تجاري...فإن الثابت من العقد المبرم بين الطاعنة والمستأنف عليها...اتفقا على

اعتبار العقد المبرم بينهما بخصوص المحل موضوع النزاع بأنه عقد تسيير حر وحددتا مدة التسيير في

المدعى عليه في هذه العلاقة مصرحا بأنها ليست بعلاقة تسيير بين مالك الأصل التجاري والمسير وإنما علاقة كراء مستدلا بحكم صادر عن تجارية البيضاء وبشهادة السجل التجاري تفيد أنه يستغل المرأب وبمحضر استجواب يتضمن تصريح ممثل إدارة الضرائب يفيد كذلك أن مالك العقار صرح للإدارة المذكورة بأن المدعى عليه يكتري المحل بسومة...وحيث إنه بتاريخ 2009/05/12 أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بعد إحالة الملف عليها من طرف المجلس الأعلى بمقتضى القرار المذكور، قرارا حسم في النزاع القائم بين الطرفين اعتبر المدعى عليه له صفة أجير لدى المدعية وليس بمحتل وبالتالي أيد الحكم القاضي برفض الإفراج:"

وقد علق أحد الباحثين¹ على هذا القرار قائلاً؛ أن أهمية تكييف العقد تكمن في كون مالك الأصل التجاري تبقى له الملكية التجارية ويحق له أن يطالب المسير الحر بإنهاء العقد متى تحققت شروطه، في حين أنه إذا ما تمكن الطرف المقابل – المسير الحر – من إثبات صفته كمكتر للعقار والمؤسس عليه الأصل التجاري، فإنه يخضع لحماية ظهير 1955²/05/24 بحيث لا يفقد حقوقه في هذا الظهير.

عشرة أشهر فقط...وحيث إن العقد هو قانون المتعاقدين وأن مقتضياته هي الواجبة التطبيق...والذي اعتبر العقد هو عقد تسيير حر، مما يبقى أن ما تمسكت به الطاعنة غير مؤسس ويتعين رده وتأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب".

● قرار رقم 2010/1749، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2010/04/05، في الملف رقم 7/2009/4475، غير منشور.

¹ عبد الرحيم بحار: "القضاء التجاري والمنازعات التجارية..."، م.س، ص: 308.

² للإشارة فإن ظهير 24 ماي 1955، نسخ بالظهير الشريف رقم 1.16.99، الصادر في 13 من شوال 1437 الموافق لـ (18 يوليوز 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، ص: 5857.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "حيث دفع الطاعن بكون العقد المبرم بينه وبين المستأنف عليه لا يعتبر عقد تسيير حر لعدم توافر شكلياته، وأن العقد المذكور لا يعدو كونه مجرد التزام بالعمل صادر عن الطاعن باعتباره أجيروا لفائدة المستأنف عليه باعتباره ربا للعمل...وحيث إن الثابت من اطلاع المحكمة على الإشهاد المصادق على صحة توقيعه بتاريخ فاتح نونبر 2006 أن المستأنف أشهد على نفسه بكونه كلف من طرف المستأنف عليه بتسيير شؤون المحل التجاري، وأنه يعتبر المسئول عن جميع نشاط المحل وعن المستخدمين به والذي يعتبر مشغلهم، مما يبقى دفعه بكونه يعتبر مجرد أجير لدى المستأنف عليه غير مرتكز على أساس..."¹.

وفي نفس التوجه، إذا كانت محاكم الموضوع اعتبرت أن تكييف العقود هي مهمة قضائية محضة، فإن قضاء النقض أكد ذلك في العديد من قراراته، حيث جاء في أحدها ما يلي²: "لكن حيث لما ثبت للمحكمة من خلال وثائق الدعوى وبند العقد والبحث المجرى في النازلة انعدام الوجود القانوني لشركة...الوارد اسمها كمتعاقدة مع الطالبة وأن المتعاقد الحقيقي مع الأخيرة هو السيد...فإنها أبرزت أيضا ما ورد في

¹ _ قرار عدد 6686، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/12/21، في الملف رقم 2015/8205/4519، غير منشور.

كما أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) سبق أن أكد في إحدى قراراته على ما يلي: "لا يصح اعتبار العلاقة علاقة شغل إذا لم تكن قائمة على إشراف المشغل وتبعية الأجير...العقد الذي يوكل بمقتضاه لشخص تسيير محطة بنزين تحت مسؤوليته وبمساعدة عمال يعلمون بالمحطة تحت سلطته ومراقبته لا يمكن اعتباره عقد شغل".

● قرار رقم 417، الصادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 1995/04/25 في الملف عدد 8461/92، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47 يوليوز 1995، ص: 270.

² _ قرار عدد 673 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2000/04/26، في الملف التجاري عدد 93/1191، أورده عبد الرحيم بحار: "القضاء التجاري والمنازعات التجارية..."، م.س، ص: 309-311.

الكتاب الموجه لدفاعه الصادر عن الطالبة بتاريخ...الذي تعبر فيه عن استعدادها لإعادة فحص حساباتها ولأدائها للأخير كل مبلغ قد تكون ملزمة به، في حين أن المراسلة المتبادلة المؤرخة في...بينها وبين مكتب الصرف إذا كانت تشير إلى شركة...فإن مرده ناتج عما ورد في رسالة الطالبة المؤرخة في...الموجهة إلى المكتب التي أشارت إلى تعاقدتها مع شركة للسمسة دون أن تسميها تقيم بفرنسا، وأرفقتها بالعقد المذكور، فأتى جواب المكتب المتضمن لاسم الشركة انطلاقاً من عنوان العقد، فما ورد في القرار في هذا الشأن إنما هو تزييد يستقيم القرار بدونه متى كان الثابت أن القضاء وليس الإدارة هو المؤهل لتكييف العقود، فالوسيلة على غير أساس.

وفي قرار لقضاء النقض المغربي سنة 2004 أكد على ما يلي: "بما أن المحكمة الابتدائية أثبتت في حيثيات حكمها اطلاعها على أصل عقد التسيير الحر وكون الطاعن لم يطعن في التوقيع الوارد به بأي طعن واستنتجت في نطاق سلطتها التقديرية لتقييم الحجج من ذلك أن العلاقة هي علاقة تسيير حر تخضع للقواعد العامة، فإن دفع المدعى عليه بكون العلاقة هي علاقة كراء وتخضع لمقتضيات ظهير 1955/05/24 يبقى غير قائم على أساس ويتعين رده وذلك بالإضافة إلى كون الوصولات المحتج بها من طرف المدعى عليه لا تتضمن ما يفيد أن الأمر يتعلق بكراء المحل، بل إنه أشير إلى مبلغ 13500 درهم الذي تم الاتفاق عليه بعقد التسيير، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه المدعم بحيثيات الحكم الابتدائي قد جاء مبني على أساس قانوني سليم."¹

¹ _ قرار عدد 571، الصادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً -، بتاريخ 2004/05/12، في الملف التجاري عدد 2003/2/3/1024، منشور عند أحمد لفروجي: "الأصل التجاري بين القانون

وارتباطا كذلك بالمنازعة في صفة المسير الحر من عدمها، جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية ما يلي: "...لكن، خلافا لما عابته الطالبة على القرار، فقد تبين بأن هذه الأخيرة مرتبطة بالمطلوبة بمقتضى عقد تسيير مؤرخ في 17/02/1997 وأنها لم تكن تتقاضى أي أجر قار وإنما تتوصل بأرباح المقهى...بعد خصم التكاليف المنصوص عليها في المادة 4 من عقد التسيير والتي تقع على كاهلها...وأن القرار الاستثنائي لما اعتبر أن العلاقة بين الطرفين كانت قائمة خلال الفترة ما بين 1997 و2006/03/31 على أساس عقد تسيير المطعم وبار تابع لدار السويدسريين دون تحديد أي أجر شهري للمسيرة الذي يحل محل جزء من مداخيل المطعم بعد خصم المصاريف،...ثم تحولت هذه العلاقة إلى علاقة تشغيلية بناء على عقد شغل مبرم بين الطرفين...أصبحت المستأنف عليها بمقتضاه مجرد أجرة...وحيث يتعين لما سبق القول بأن العلاقة التشغيلية بمفهومها القانوني...لم تبدأ بين الطرفين إلا في أبريل 2006...يكون ما انتهى إليه معللا تعليلا سليما وغير خارق للمقتضى المستدل به وتبقى الوسيلة على غير أساس"¹.

والعمل القضائي"، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 6، السنة 2005، ص: 82. راجع كذلك القرارين أدناه في شأن المنازعة في طبيعة العقد والمدرجين في الملحق:

● قرار عدد 2/129، الصادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2013/3/7، في الملف التجاري عدد 2013/3/658، غير منشور.

● قرار عدد 6/449، الصادر عن محكمة النقض، بتاريخ 2014/5/13، ملف مدني عدد 2012/6/1/1201، غير منشور.

¹ _ قرار عدد 1776، الصادر عن محكمة النقض، بتاريخ 15 دجنبر 2011، في الملف الاجتماعي عدد 2011/5/1/90، منشور بالموقع الإلكتروني socialmaroc.net، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/03/10، على الساعة 17:44.

وللإشارة فالرأي الغالب عند الفقه في الجزائر وفرنسا هو اعتبار عقد تأجير التسيير هو إيجار لمنقول معنوي، كما أيده محكمة النقض الفرنسية فيما ذهبت إليه في عدة قرارات، حيث اشترطت لصحة عقد تأجير التسيير أن يتعلق بمحل تجاري وأن يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء¹.

مما سبق يبدو أن عقد التسيير الحر للأصل التجاري كثيرا ما يطرح نزاع بين أطرافه حول طبيعته القانونية، وبالتالي فإنه لا محال من اللجوء إلى القضاء للفصل في تلك المنازعة، وذلك في إطار سلطته التقديرية التي تمنحه حق تكييف العقد. وأن القضاء وهو يكيف هذا العقد لا يقف عند الوصف الذي حدده الأطراف، وإنما يتعداه حتى يصل إلى طبيعته الحقيقية، وبالتالي حماية حقوق المتعاقدين وإقامة نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية.

من هذا المنطلق فالقضاء استقر على أن كراء الأصل التجاري يخضع لمدونة التجارة بالإضافة إلى القواعد العامة، وبالتالي فإن طبيعة عقد التسيير الحر للأصل التجاري هو كراء لمنقول معنوي²، غير أن الأصول الحرفية والمهنية طرحت إشكالية طبيعة تسييرها.

¹يراجع طراد إسماعيل، م.س، ص: 45.

² وهو ما سبق أن أكدت عليه محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "...وحيث يتمسك الطاعن بأن العقد الكتابي المبرم بينه وبين المستأنف عليهم...ليس بعقد تسيير حر وإنما هو عقد كراء محل تجاري...وحيث إنه من الثابت من خلال وثائق الملف وخاصة عقد الكراء المبرم بين طرفي النزاع...أنه نص على تأجير حمام يحمل اسم "حمام النهضة" وأن الفقه والقضاء قد دأب على اعتبار تأجير الحمامات تأجير لأصل تجاري...وحيث إن كراء الأصل التجاري يعتبر كراء لمنقول وبالتالي لا تطبق بشأنه مقتضيات ظهير 1955/5/24 وإنما يخضع للقواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود".

● قرار رقم 2614، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 1993/07/20، في القضية رقم 980/92، منشور بالموقع الإلكتروني mofawad.blogspot.com تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/03/13، على الساعة 16:01.

الفقرة الثانية: إشكالية تسيير الأصول الحرفية والمهنية

إذا كان المشرع الفرنسي عمل على النص صراحة على هذه الإمكانية خاصة بالنسبة لأصول الصناعة التقليدية، فإن المشرع المغربي لم يتطرق لذلك بنص خاص وإنما وقع حصر تلك الأحكام بالأصول التجارية فقط؛ غير أن ذلك لا يعني حصرا لمجال هذا العقد الذي يمكن أن يرد على الأصول المدنية أيضا¹.

فبخصوص وضع الأصول الحرفية في التسيير الحر، فإن الاجتهاد القضائي المغربي قبل صدور مدونة التجارة استقر على أن كراء هذه الأصول يبقى خاضع للقواعد العامة، بالرغم من اختلاف الفقه والقضاء في ذلك الوقت حول الطبيعة المدنية أو التجارية لمهنة الحلاقة².

وبعد صدور مدونة التجارة أكد قضاء النقض المغربي في أحد قراراته على إمكانية استغلال الأصل المعد لحرفة الحلاقة بواسطة التسيير الحر، استنادا إلى أن: "كراء الأصل التجاري لصالون الحلاقة، بقطع النظر عن كونه يعد عملا مدنيا أم عملا تجاريا، فهو عقد تسيير الأصل التجاري بواسطة الغير، بحيث يبقى الطرف المكتري للعقار والمالك للأصل التجاري دائما هو صاحب الأصل المذكور، فيكون محل هذا العقد على هذا هو عناصر الأصل التجاري المادية والمعنوية التي هي بطبيعتها مالا منقولاً،..."³.

¹ أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، مقال منشور ب م.ق.م، ع 4 يوليو 2003، ص: 67 و68.

² أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، م.س، ص: 68.

³ قرارر 2849 الصادر عن المجلس الأعلى الغرفة الأولى / القسم الأول، بتاريخ 1987/12/30، في م.م ع 535، أورده أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، م.س، ص: 68.

أما بالنسبة لبعض الأصول المهنية، خاصة المهن الحرة (كالعيادة الطبية أو مختبر التحليلات الطبية، والمحامي...)، فإن القاعدة العامة هي أنه لا يجوز التنازل عن زبائن تلك المهن؛ لأنهم يرتبطون بشخص الطبيب أكثر من ارتباطهم بمستوى تجهيزات عيادته، كما أنهم يرتبطون بشخص المحامي أكثر من ارتباطهم بقرب مكتبه من المحكمة أو من معاملة مستخدميه لهم¹.

غير أن المشرع المغربي ابتدع آلية أخرى غير التسيير الحر يجوز للطبيب من خلالها أن يعين للنيابة عنه في تسيير عيادته زميلا له حاصلًا على رخصة النيابة، ويتعلق الأمر بعقد النيابة² والذي أحال المشرع بخصوصه على عقد نموذجي تعده هيئة الأطباء الوطنية حسب القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب³.

في نفس التوجه، يعتبر أحد الفقه⁴ أن عقد النيابة هو في حقيقته صورة من صور التسيير وإن كان لا يحمل اسمه، فالطبيب النائب يقوم بعملية تسيير للعيادة الطبية تحت مسؤوليته مقابل نصيب في الأتعاب، غير أن لهذا العقد خصوصيته المهنية التي لا تقبل جميع النتائج المترتبة عن تكييف العقد بأنه تسيير حر؛ هذه الخصوصية تستمد من طبيعة عنصر زبائن الأصول المهنية بوجه عام، التي جعلت

¹ أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، م.س، ص: 69.

² للمزيد من التعمق في هذه النقطة، يراجع: أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، م.س، ص: 69.

³ يراجع في هذا الشأن المواد 47 وما يلحقها المتعلقة بشروط النيابة في العيادة الطبية من الظهير الشريف رقم 1.15.26 الصادر في 29 من ربيع الآخر 1436 الموافق لـ (19 فبراير 2015)، القاضي بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6342 - 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015)، ص: 1607.

⁴ أحمد ادريوش: "التسيير الحر للأصل التجاري في ضوء المدونة الجديدة للتجارة"، م.س، ص: 69.

القضاء المغربي لا يتصدى مباشرة لمشكلة التنازل عن الزبائن؛ بخلاف ما عليه المشرع الفرنسي حيث هناك اعتراف قديم بالتنازل عن زبائن العيادة الطبية.

يبدو من خلال التطرق للمنازعات الإجرائية أن القضاء حاول التوفيق بين المصالح المتعارضة المرتبطة بعقد التسيير الحر للأصل التجاري، خاصة على مستوى مدى إلزامية كتابة عقد التسيير الحر، وكذلك على مستوى المنازعة في إجراءات الشهر لما لهذه الإجراءات من دور في إحاطة الغير علما بوضعية الأصل التجاري؛ نظرا لكون مقتضيات عقد التسيير الحر وضعت لحماية الغير أكثر من حماية المسير الحر.

كما يبدو من خلال التعرض للمنازعات الموضوعية المرتبطة بإبرام عقد التسيير الحر، أن القضاء وهو يبت في المنازعة في طبيعة العقد لا يقف عند الوصف الذي حدده الأطراف، وإنما يتعداه حتى يصل إلى طبيعته الحقيقية، وبالتالي حماية حقوق المتعاقدين وإقامة نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، وحماية كذلك لمصلحة الغير المرتبطة بعقد التسيير الحر.

غير أنه يطرح تساؤل غاية في الأهمية وهو المتعلق بكيفية تعامل المشرع والقضاء مع المنازعات المرتبطة بتنفيذ عقد التسيير الحر للأصل التجاري؟

L'identification de la clause exorbitante dans les contrats administratifs

ذ.د. أسماء بوديار

أستاذة محاضرة، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش،
جامعة القاضي عياض

INTRODUCTION

Le contrat a essentiellement pour effet de produire des droits et obligations au profit et à la charge des cocontractants. Il constitue le principal instrument de la vie économique. La plupart des actes de la vie courante sont des contrats. Cette affirmation vaut tant pour le particulier qui contracte quand il achète son pain, se rend chez le médecin, téléphone ; que pour l'entreprise qui prend généralement naissance par un contrat et nécessite pour fonctionner la conclusion de différents contrats (fournitures, électricité, contrat de travail...).

La notion de contrat, en général, suscite en permanence la réflexion de la doctrine, qui cherche à déterminer pourquoi le contrat est obligatoire et en quoi son effet obligatoire diffère de celui d'autres normes ou actes juridiques¹. Selon une définition classique, consacrée par le Code civil, le contrat est un accord de volontés conclu entre deux personnes au moins, d'où résultent des droits et obligations. La notion d'accord de volontés renvoie à un échange de consentements et différencie le contrat de l'acte unilatéral.

(¹) Archives de philosophie du droit, 1940 et 1968 et la revue Droits 1990. 12.

Le critère tenant à la définition de droits et obligations va à l'essentiel, mais est trop réducteur, car l'accord de volontés peut porter sur un objet plus large que la création de droits et obligations ; il peut aussi mettre en place un dispositif relationnel comportant des procédures, des modes de règlement des litiges, des déclarations d'intention¹.

Ce dispositif contractuel prend une certaine autonomie par rapport à l'accord qui lui sert de base, car le juge administratif tend, de plus en plus, à faire prévaloir un principe de favor contractus, c'est-à-dire de préservation du contrat, en dépit de l'éventuelle illégalité de l'accord de base. Le contrat peut donc être défini comme un accord créateur d'un dispositif qui fait la loi des parties. Le contrat résulte de la rencontre de plusieurs volontés, il repose sur la « volonté de se lier par des obligations réciproques ». Cependant, certains auteurs ont mis en doute l'identité entre contrat administratif et contrat de droit privé.

Il a, d'abord, été soutenu que la situation spécifique de l'administration entraîne une différence de nature. C'est la thèse de Georges Péquignot pour qui la notion d'accord de volontés ne peut rendre compte du régime du contrat administratif. La volonté de l'administration présente des caractères spécifiques qui font que le contrat administratif peut être modifié unilatéralement et produire des effets envers les tiers. Il ne peut être admis,

(¹) Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD Civ., 1999. 771.

selon l'auteur, que l'obligation qui naît du contrat administratif trouve sa source dans une manifestation de volonté privée¹.

Si certains contrats, et non des moindres, sont qualifiés directement par la loi, la détermination de la nature juridique du contrat administratif est principalement jurisprudentielle. Cette caractéristique, qui étonne dans nombre de pays dans lesquels la qualification juridique des contrats est exclusivement législative, s'explique par notre histoire, celle du juge administratif auquel le législateur a fait confiance pour déterminer les règles applicables à l'administration.

Tout contrat administratif doit combiner deux critères distinctifs : l'un subjectif (présence d'une personne publique), l'autre objectif (service public et clauses exorbitantes). Il n'en est pas toujours ainsi car il existe des contrats que la loi préqualifie d'administratifs. Il s'agit d'accords dont les conflits sont législativement confiés au juge administratif, sans détermination de leur nature ou de leur droit : contrats de travaux publics, de ventes d'immeubles de l'Etat, d'occupation du domaine public, d'affermage des taxes municipales. Au-delà de cette exception, la nature administrative d'un contrat exige la présence cumulative ou supplétive des critères subjectif et objectif de cette qualification². Dès lors, celle-ci ne dépend pas seulement de la simple présence

(¹) <https://www.fallaitpasfairedudroit.fr>

(²) Le Conseil d'Etat français se satisfait de la présence alternative de l'un des deux critères pour la publicisation du contrat. Au lendemain de l'arrêt Bertin, le contrat tait administratif, soit par son objet, soit par ses clauses ; un seul de ces éléments suffisait pour le rendre administratif WEIL P.,

de l'administration, partenaire d'accords de toute nature. La décision du Tribunal des Conflits dans l'affaire 'Entreprise Solon et Barrault' démontre cette affirmation. Ces marchés de travaux passés par la S.N.C.F. ont été qualifiés de contrats de droit privé et non de droit public¹. En revanche, conclus entre des particuliers, certains accords, comme ceux des travaux mandats par l'Administration ou réalisés pour son compte, sont susceptibles d'être administratifs². Les contrats passés par des personnes privées pour la gestion d'un service public s'insèrent dans le cadre de l'action administrative³.

Tout accord conclu dans ce cadre devrait pouvoir être administratif, et la portée de la notion de cette action ne devrait pas être limitée par la nature juridique de l'organisme qui l'assure⁴. Ainsi manifesté, le critère objectif permet de compléter ou de remplacer la fonction du critère subjectif : Tout contrat administratif devrait avoir des clauses exorbitantes ou confier l'un des

Le critère du contrat administratif en crise, in Mélanges offert Marcel WALINE, 1974, pp. 831 et s., spéc. p. 842 ; par ailleurs, en sa qualité de Tribunal des conflits, la Cour Constitutionnelle égyptienne exige la présence cumulative de ces critères dans le contrat administratif. Tout contrat de ce genre doit impliquer une personne publique, exécuter ou participer l'exécution d'un service public et contenir au moins une clause exorbitante, Arrêt du 26 février 1972, Allmagmouha 13ème année kadaiah (Le groupe 13me judiciaire), p. 263.

(¹) Tribunal des Conflits, 17 janvier 1972, SNCF c./ Entreprise Solon et Barrault, Rec. 1972, p. 944, note MODERNE.

(²) Conseil d'Etat, 2 juin 1961, Rec. 1961, p. 365 ; A.J.D.A., 1961, p. 345, Conclusions BRAIBANT.

(³) WEIL P., Mélanges offert Marcel WALINE, 1974, pp. 831 et s., p. 840.

(⁴) PREVOST A. A la recherche du critère du contrat administratif : qualités des contractants, R.D.P., 1971, p. 817 ; WEIL P., op. cit., supra, Mélanges offert Marcel WALINE, 1974, spéc. p. 841.

cocontractants l'exécution ou la participation à l'exécution d'un service public¹.

Si, en droit administratif égyptien, la présence de clauses exorbitantes est cumulative², elle est, en droit français et marocain, un critère alternatif. Seraient administratifs les contrats contenant des clauses exorbitantes³. Justice et doctrine font de ces clauses le second élément du critère fonctionnel des contrats administratifs. Ce critère a un caractère subsidiaire permettant de rendre administratif, le contrat qui ne confère pas au cocontractant l'exécution même du service public⁴.

Tout accord qui n'a pas pour objet le service public, doit avoir une ou plusieurs clauses exorbitantes pour qu'il soit administratif⁵. Cet élément alternatif peut

(1) Conseil d'Etat, 24 avril 1968, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier du Mont Blanc, Rec., 1968, p. 256.

(2) ELTAMAOU S., Almadade alassasiah lel-aucoud al-dariah ; drassah mocaranh, (Les principaux fondements des contrats administratifs, étude comparée), AIN-CHAMS, Le Caire, 1991, p. 62.

(3) Conseil d'Etat, 19 janvier 1973, St d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Adm., 1973, p. 633, note, AMSELEK P.

(4) WEIL P., Le critère du contrat administratif en crise, in mélange WALINE M., pp. 831 et s, spèc. 842.

(5) « La notion de clause exorbitante constitue aujourd'hui l'élément central de la théorie du contrat administratif. C'est en effet, la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par excellence de son caractère administratif, DE LAUBADERE A., et GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, L.G.D.J., T. 1, p. 85.

jouer dans la répartition de la compétence un rôle décisif¹, d'autant plus qu'il n'échappe à aucune étude consacrée aux contrats administratifs.

Il est difficile d'affirmer que la nouvelle notion de clause exorbitante serait plus précise dans sa définition que celle qui était utilisée auparavant et des questions demeurent. En effet, **comment mesurer si une clause confie des prérogatives ou crée des obligations tellement spécifiques qu'elles impliquent la qualification administrative du contrat ? De plus, comment savoir si une clause est justifiée par l'intérêt général alors qu'il est déjà délicat de définir l'intérêt général ?**

Avant déborder le vif sujet, il faut alors préciser la démarche opérée. A travers cet article, il est nécessaire, dans un premier temps de cerner la portée et les limites de la clause exorbitante sur les parties contractantes (chapitre 1). C'est à travers le pont jeté que l'on pourra ensuite souligner la procédure de l'identification de la clause exorbitante (chapitre 2) à travers l'analyse des risques de la clause exorbitante dans les contrats des marchés publics.

Chapitre 1 : La portée et les limites de la clause exorbitante sur les parties contractantes

(¹) Les clauses exorbitantes sont des stipulations ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales, Conseil d'État, 20 octobre 1950, Rec., p. 505.

La clause exorbitante du droit commun est le critère matériel le plus ancien puisque, avant la jurisprudence Epoux Bertin, c'était le seul critère auquel avait recours le juge. La présence d'une clause exorbitante dans un contrat auquel est partie une personne publique est un contrat administratif.

Le principe est donc à la fois simple et très sûr : si l'on peut identifier, dans un contrat, la présence d'une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun, le contrat sera administratif.

Précisons seulement que la clause en question doit être explicite, et que la déclaration de volonté ne suffit pas. Reste la question essentielle qui se pose inévitablement : que doit-on entendre par clause exorbitante du droit commun ?

Les auteurs ont adopté des définitions différentes de la clause exorbitante de droit commun. Pour Georges VEDEL la clause exorbitante n'était pas celle qui aurait été illicite dans un contrat de droit privé, mais une clause que l'on n'y rencontrait pas fréquemment¹.

Pour Marcel WALINE, est une clause exorbitante « toute clause qui, dans un contrat de droit privé, serait nulle comme contraire à l'ordre public ²».

(¹) Remarques sur la notion de clause exorbitante, Etudes offertes à A. Mestre, Sirey 1956 p.527.

(²) Traité de droit administratif, §900.

La jurisprudence a fourni elle-même, parfois, des définitions de ladite clause. Le juge administratif a ainsi été amené à dire que les clauses exorbitantes sont « des stipulations ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales¹ ».

On peut dire également- mais c'est une formulation encore plus vague, sans être inexacte pour autant- que les clauses exorbitantes sont celles qui portent « la marque administrative ». Tel est le cas des clauses qui donnent un contrôle exorbitant à l'administration².

En faisant des clauses exorbitantes du droit commun l'un des éléments de définition du contrat administratif, le Conseil d'Etat s'inscrit dans la lignée de la distinction traditionnelle gestion publique / gestion privée (Section 1). Si ce critère apparaît majeur, sa portée s'avère, néanmoins, limitée à certains égards (Section 2).

Section 1: Un critère reflet de la distinction gestion publique / gestion privée

La clause exorbitante repose sur l'ancienne distinction entre gestion publique et gestion privée. Création du Conseil d'Etat, elle est la clause

(¹) CE 15 Février 1935, société française de constructions mécaniques, Rec. P. 201.

(²) CE 25 Mars 1949, société Joseph Huret, Rec.p.151.

conférant aux parties des droits, les chargeant d'obligations différentes de celles incluses dans le cadre des lois civiles et commerciales¹.

Avec l'arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges, le Conseil d'Etat fait des clauses exorbitantes du droit commun le critère du contrat administratif. Un contrat présent, ainsi, un tel caractère s'il est conclu par une personne publique (critère organique) et s'il contient une ou plusieurs de ces clauses (critère matériel). Cette solution a ceci de particulier qu'elle confère à l'administration la possibilité de choisir si le contrat sera administratif ou privé en y insérant ou non l'une de ces clauses.

Le choix de ce critère n'est pas anodin. Il se veut une application d'une distinction fondamentale en droit administratif : celle de la gestion publique et de la gestion privée.

Consacrée par l'arrêt Terrier², cette distinction a pour objet est de délimiter les compétences entre les deux ordres de juridictions. Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Romieu en précisait les contours : il y a, ainsi, compétence du juge administratif lorsque l'administration agit avec ses règles propres (c'est la gestion publique) et compétence du juge judiciaire lorsqu'elle

(¹) Les clauses exorbitantes sont des stipulations ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales, Conseil d'Etat, 20 octobre 1950, Rec., p. 505.

(²) CE, 06/02/1903.

agit dans les mêmes conditions qu'un simple particulier (c'est la gestion privée).

Léon Blum, commissaire du Gouvernement à qui l'on doit les conclusions rendues sous l'arrêt présentement commenté, en tire les conséquences quant au contrat. Selon l'intéressé, pour qu'un contrat soit administratif, « il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa texture, un contrat administratif ». Seule compte, ainsi, la nature du contrat, indépendamment de l'objet en vue duquel il a été conclu. Léon Blum conclut, alors, que le critère du contrat administratif est la présence de clauses exorbitantes du droit commun, la présence de telles clauses dans un contrat traduisant la volonté de l'administration de ne pas agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier. C'est la voie que suit le Conseil d'Etat en jugeant, en l'espèce, que « le marché passé entre la ville et la société ... avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». Par ces mots, la Haute juridiction applique, ainsi, solennellement, au contrat le critère de la gestion publique.

L'arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges met fin, ce faisant, à la solution retenue dans l'arrêt Théron par lequel le Conseil d'Etat avait jugé qu'un contrat est administratif lorsqu'il a pour but d'assurer un service public¹.

(¹) CE, 04/03/1910.

Cette solution avait pu faire croire à un abandon du critère de la gestion publique. Elle ne dura, cependant, qu'un temps.

Cette jurisprudence connaîtra une extension avec le critère du régime exorbitant du droit commun¹. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat juge qu'un contrat est administratif si, outre la présence d'une personne publique au contrat, il est soumis à un régime exorbitant du droit commun. Concrètement, ce critère amène à analyser non le contrat lui-même, mais son contexte : dans l'affaire de 1973, il s'agissait des textes extérieurs au contrat qui soumettaient les producteurs autonomes d'électricité à des obligations réductrices de leur liberté contractuelle.

Pendant la première moitié du XX^e siècle, le critère des clauses exorbitantes du droit commun régna seul sur la définition matérielle du contrat administratif, sans, toutefois, parvenir à être omnipotent.

L'appréciation des clauses exorbitantes a fait l'objet d'une évolution progressive. Elle s'est détournée d'une évaluation volontariste ou subjective pour une autre plus objective². Selon le mode d'appréciation subjectif, le caractère exorbitant d'une clause dépend en premier chef des éléments intentionnels. Le critère de clause exorbitante est en lui-même volontariste. Le

(¹) CE, sect., 19/01/1973, So. D'exploitation électrique de la rivière du Sant.

(²) Ainsi les Cahiers de Charges qui faisaient autrefois partie des clauses exorbitantes, ne les font plus actuellement car ils sont devenus des pratiques usuelles, RICHER L., Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, 1992, p. 80.

contrat est administratif lorsque les parties ont entendu le rendre comme tel, en y insérant des clauses exorbitantes¹. Le juge saisi ne se réfère pas au contenu de la clause mais à l'intention de l'Administration, la motivation de son insertion. Sa simple présence devrait annoncer l'intention de l'une des parties de mettre en relief la spécificité de la convention. Certaines de ces clauses peuvent être comprises comme 'dérogatoires' en raison de la nullité frappant leur insertion dans un rapport civil ou commercial. Cet effet traduit que les parties ont voulu se placer en dehors de cette orbite classique pour des motifs tenant à la qualité d'établissement public et à l'importance de l'opération contractuelle².

Section 2: Les limites de la clause exorbitante sur les parties contractantes

La clause exorbitante est une stipulation impossible et inusuelle. Elle est impossible lorsqu'elle prévoit l'exercice par l'administration d'un pouvoir sans équivalent. Ce n'est pas une clause impossible à trouver dans les contrats de Droit Privé, mais plutôt une stipulation qui est, par rapport au « plerumque fit » de la vie privée, inaccoutumée et anormale. Le juge ne raisonne plus par rapport aux modèles idéalisés des rapports privés (égalité des cocontractants, équilibre des négociations, face à des cocontractants de puissance et de

(¹) WEIL P., Le critère du contrat administratif en crise, In Mélanges WALINE M., pp. 831 et s, spèc. 842.

(²) Tribunal des Conflits, 2 juin 1975, Salas, Rec. 796.

dimension inégales)¹. Mais, l'objectivité de l'appréciation repose sur une impossibilité du Droit à inclure dans les rapports classiques certaines stipulations contractuelles.

Pourtant, l'impossibilité de fait n'est pas suffisante, elle sollicite l'examen de l'élément intentionnel. L'élément subjectif n'a pas été complètement abandonné puisqu'il joue un rôle supplétif, consolidant celui du fond et apportant au juge la conviction qu'une clause dont la porte est objectivement douteuse peut être exorbitante et inhabituelle². Relève de l'impossibilité du fait toute clause concernant l'exercice des doses d'autorité qui dépasse le pouvoir de particuliers. Il en est de même en ce qui concerne les clauses attributives à l'administration une prérogative illicite ou contraire à l'ordre public si elle avait été rédigée au profit d'un partenaire privé. Le caractère exorbitant ne laisse aucun doute lorsque la clause confère au partenaire privé certains privilèges comme l'exonération d'impôts sur le spectacle organisé ou de taxes municipales³. Il s'agit de clauses par lesquelles le cocontractant privé exerce certains pouvoirs exorbitants lors de l'exécution du contrat (pouvoir de police ou d'appropriation, privilège d'occupation temporaire ou droit de réquisition des biens corporels)⁴. La clause préservant à l'Administration le recours à ses prérogatives serait exorbitante. Il en est ainsi de l'application de

(¹) VEDEL G., Remarques sur la notion de clause exorbitante, supra, pp. 27 et 28 ; LAMARQUE J., In Mélanges WALINE M, spèc., p. 512.

(²) LAMARQUE J., In Mélanges WALINE M, pp. 496 et s., spèc. p. 517.

(³) Cf. ibid., p. 513.

(⁴) EL-TAMAOUÏ S., Almadadé alassasiah lel-aucoud al-édariah, Le Caire, 1991, p. 94.

pénalités de suppression complète d'une ristourne dans l'hypothèse où les céréales exportées ne seraient pas conformes aux spécifications prévues au contrat¹.

La clause peut être inusuelle quand elle marque une inégalité entre les contractants. Pour plus de précision, on doit se demander si la clause exorbitante doit être illicite ou suffit-il qu'elle soit inhabituelle ? Sur cette question on a pu constater une divergence dans la position doctrinale. Selon M. Vedel, les clauses retenues par la jurisprudence comme exorbitantes ne sont pas forcément illicites dans un contrat de droit civil ou commercial. Elles ne doivent pas être utilisées fréquemment au profit d'un particulier, personne physique ou morale. De telles clauses signalent objectivement que les parties ne peuvent, après leur insertion, stipuler que le contrat conclu ne demeurera pas un contrat de droit privé². En revanche, M. Walin exige que le doute ne soit pas permis. Aucune clause exorbitante ne doit être susceptible de figurer dans un contrat de Droit Privé. On doit écarter l'incertitude genre par les expressions clauses spécifiques du Droit Public et clauses inhabituelles. On devrait envisager un examen des clauses réellement illicites ou impliquant des prérogatives exceptionnelles³. Cette clause doit recevoir une interprétation

(¹) Tribunal des Conflits 14 novembre 1960 ; contrôle du stockage (opérations d'entre et de sortie de stock), T. C., St anonyme commerciale et agricole, Rec. Lebon, p. 868, note DE LAUBADERE A. ; Conseil d'Etat, 10 mai 1963, St coopérative agricole de production.

(²) VEDEL, article précité, In Mélanges Mestre, spéc. pp. 823-829 ; adde, son ouvrage, Droit administratif, op. cit., P.U.F., 1992, p. 390.

(³) LAMARQUE J., op. cité., In Mélanges WALINE M., spéc. p. 513

rigoureuse, et doit être introuvable dans un contrat de droit privé en raison de son opposition à l'ordre public ou de la nullité de son insertion¹. L'insertion ne serait qu'un fait dépourvu de tout effet lorsque la clause est insérée par des particuliers. Conformément à cette opinion, la Cour de Cassation a qualifié d'exorbitante la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité décennale de l'architecte et de l'entrepreneur. Cette clause serait frappée de nullité absolue en cas d'insertion dans un accord de construction purement commercial². La Haute Cour a ensuite renvoyé la Cour d'Appel de Paris, un jugement qualifiant d'exorbitante une clause parce qu'elle ne peut figurer qu'en présence de l'Administration ou de ses personnes morales. La Cour lui a reproché l'attachement à la qualité des contractants alors qu'elle aurait dû tenir compte d'une appréciation fonctionnelle. Si ladite clause n'a pas eu pour objet de conférer à l'une des parties un avantage autre que les garanties et

(¹) WALINE M., Droit administratif, Sirey, 9ème édition, 1963, n 963.

(²) C. Cass., 7 mai 1971, Rev. Trim. Dr. Civ., 1972, 139 ans, obs. de GORNU G., Le Tribunal des Conflits a qualifié d'exorbitante la clause confiant aux concessionnaires le droit d'exiger à leur gré, sans motivation ni responsabilité, le renvoi de toute personne qui s'attache à l'exploitation de leur établissement. Tribunal des conflits, 20 avril 1959; Conseil d'Etat, 25 novembre 1959, Rec. Lebon, p. 866 et 627, cité par LAMARQUE J., Déclin du critère de clause exorbitante, In Mélanges WALINE M., spéc. p. 515. Cette clause ne saurait se rencontrer que dans un contrat conclu avec l'administration. Dans un contrat privé, l'un des partenaires ne pourrait s'obliger à prendre des mesures contraires aux règles du Code du travail, notamment sur le délai des congés. La raison pour laquelle l'insertion de telle clause contredirait l'ordre et la moralité publics (note sous Conseil d'Etat, 26 février 1966, St du Vélodrome du Parc des Princes, Rev. Dr. Pub., 1965, pp. 1175 et s., spéc. 1182.

sûretés de droit privé qu'un prêteur est en droit d'exiger, elle ne peut être considérée juridiquement comme exorbitante, dite exceptionnelle¹.

A la lumière de cette analyse, sont exorbitantes les clauses de recouvrement de créances par voie d'Etat exécutoire, d'agissements d'office pour le règlement des différends, de contrôle des activités du cocontractant, soumettant les négociations au préalable d'agrément. Parallèlement, est communément admis le déclin de cette qualité d'autres stipulations (exportation de produits locaux, pénalités de retard création d'emploi ou délais d'exécution². Bien que doté d'une autorité certaine, le critère des clauses exorbitantes du droit commun apparaît incapable de définir, à lui seul, le contrat administratif.

Trois raisons militent en ce sens. Ce critère n'est, d'abord, pas suffisant. La présence d'une personne publique au contrat est, en effet, une condition indispensable pour qu'il soit administratif. Un contrat conclu entre deux personnes privées sera, ainsi, toujours privé, quand bien même il contiendrait des clauses qui peuvent être regardées comme exorbitantes du droit commun.

Il n'est, ensuite, pas toujours opérant depuis que le Tribunal des conflits a consacré, à côté des services publics administratifs, l'existence de services publics industriels et commerciaux majoritairement soumis au droit privé et à la compétence du juge judiciaire³. En vertu de cette jurisprudence, les contrats

(¹) L'affaire relève d'un contrat conclu entre une compagnie d'assurance et une personne publique, Cass. Civ., 18 février 1992, Soc. La Mondiale c./ Ville de Roubaix' L.P.A., 17 avril 1992, n 47, pp. 21 et s, note POUJADE.

(²) RICHER L., Le droit des contrats administratifs, op. cité., 1ère édition, L.G.D.J., 1992, pp. 81 et S.

(³) TC, 22/01/1921, Société commerciale de l'ouest africain, dit Bac d'Eloka.

conclus par ces services publics avec leurs agents¹ et leurs usagers² sont toujours de droit privé. Ils ne peuvent, quelles que soient leurs clauses, jamais être administratifs.

Enfin, ce critère n'est plus nécessaire depuis 1956. Le Conseil d'Etat a, en effet, mis fin au monopole dont il jouissait et redonné toute sa place au critère du service public. Désormais, un contrat peut, indépendamment de ses clauses, être administratif s'il confie au cocontractant de l'administration l'exécution même du service public³ ou s'il constitue lui-même une modalité d'exécution du service public⁴. Ce nouveau critère n'efface pas celui tiré des clauses exorbitantes du droit commun, mais le complète : ces deux critères présentent, alors, un caractère alternatif.

Chapitre 2 : La procédure de l'identification de la clause exorbitante dans les contrats administratifs

L'existence d'un organe juridictionnel destiné à trancher les conflits de compétences entre les deux ordres de juridictions est une nécessité incontestée, c'est le rôle du Tribunal des conflits. Le conflit positif ne soulève pas de difficulté en lui-même, si ce n'est la contestation par certains du principe même de la possibilité d'élever le conflit reconnu au représentant de l'Etat.

(¹) Sauf de rares exceptions : voir CE, 26/01/1923, de Robert Lafrégeyre.

(²) CE, sect., 13/10/1961, Etx. Companon-Rey.

(³) CE, sect., 20/04/1956, Epx. Bertin.

(⁴) CE, sect., 20/04/1956, Ministre de l'agriculture c/ Cts. Grimouard.

Le conflit de décisions au fond, est suffisamment rare pour que l'on ne s'intéresse pas outre mesure à lui. Reste le conflit que l'on a appelé négatif en vue d'éviter que les requérants ne se heurtent à des décisions successives d'incompétence qui, pour être compréhensibles sur le plan juridique sont exaspérantes et insupportables.

Il apparaît donc clairement que le droit administratif français et marocain s'est construit historiquement en opposition certaine avec le droit commun. Il a cherché à s'autonomiser. C'est pourquoi beaucoup d'auteurs parlent d'exorbitance du droit administratif par rapport au droit commun.

Dès l'origine du droit administratif cette exorbitance pouvait et continue à se démontrer au sein des actes et contrats passés par l'administration, et si la notion d'intérêt général est une valeur permanente de la justification de l'ensemble de l'action administrative, elle se doit d'être en évolution permanente, par conséquent il est intéressant et utile de la confronter à cette notion d' « exorbitance » (Section 1) et de la déterminer dans les contrats administratifs en tant que clause de protection (Section 2).

Section 1: La clause exorbitante face à l'évolution de la notion de l'intérêt général

Le service public est une activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou une personne privée sous le contrôle de

l'Etat. La notion de service public sert à désigner une activité exercée par l'administration ou sous sa responsabilité. Cette activité se caractérise par l'octroi d'une prestation aux usagers du service public¹.

La première problématique réside ici dans la notion de privilège du préalable dans les rapports entre l'administration et les usagers du service public (bien que ce principe ne soit évidemment pas limité à l'action des services publics mais par l'ensemble des actes pris par l'administration et ses émanations).

En effet, en cas de contentieux entre l'administration et ses usagers dont le fond concernerait le mauvais fonctionnement d'un service public, à l'instar de l'ensemble du contentieux administratif, l'administration se trouve encore en position de « force » encore une fois justifiée par la notion d'intérêt général. Le privilège du préalable supposant que toute décision administrative bénéficie d'une présomption de régularité. Cela explique que le recours en excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif : l'acte continuera à produire ses effets tant que le juge n'aura pas constaté l'illégalité de l'acte.

Les administrés et usagers d'un service public doivent donc se conformer à l'acte même s'ils ont intenté un recours contre celui-ci jusqu'à temps que le juge le déclare illégal.

(¹) <https://www.village-justice.com/articles/notion-interet-general-principe,10627.html>

La seconde problématique liée à la notion d'exorbitance du droit administratif naît dans la configuration où l'exploitant du service public, au lieu d'être l'administration elle-même ou une émanation, se trouve être une personne privée. En effet, un contrat ayant pour objet de confier l'exécution même d'un service public à une personne privée est un contrat de droit public¹. Plus précisément, la loi MURCEF du 11 décembre 2001 définit le contrat de délégation de service public comme un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service².

Ainsi, nous nous trouvons ici dans un rapport qui trouve sa source au sein d'un contrat administratif, et comme nous l'avons vu l'administration dans ce rapport contractuel dispose de différentes prérogatives qui peuvent dans le contexte spécifique du service public délégué, être utilisées.

En effet, l'administration peut résilier unilatéralement le contrat de délégation en cas de faute grave de son cocontractant³, ou dans les cas

(¹) CE, Sect, 1956, Epoux Bertin.

(²)<http://C:/Users/user/Desktop/Documentation%20Doctorat/les%20marchés%20publics%20internationaux.pdf>.

(³) CE, 1983, Ouhayoun.

où l'intérêt du service l'exige¹, intérêt ici pris dans un sens très large qui démontre à lui seul que le pouvoir d'action de l'administration relève d'un exorbitance flagrante comparée au régime de droit commun ou l'égalité constitue la règle et où la faute doit être d'une « exceptionnelle » gravité afin que le contrat soit annulé ou résilié.

On appelle domaine public l'ensemble des « biens non susceptibles d'appropriation privée ». Cette définition très succincte nous permet une nouvelle fois de faire le lien direct avec le caractère tendant vers l'exorbitance du droit administratif en comparaison avec le droit commun.

Le régime que l'on pourrait audacieusement qualifier d' « exorbitant » du domaine public se manifeste concrètement par le principe d'imprescriptibilité (impossibilité pour les tiers d'acquérir un droit sur ces biens par voie de prescription c'est-à-dire par une possession prolongée l'administration propriétaire peut revendiquer son bien à n'importe quel moment même si une personne est sur le domaine public depuis plus de 90 ans (en droit privé français la prescription arrive au bout de 30 ans)) et par l'inaliénabilité (l'impossibilité de recourir à l'encontre des personnes publiques aux voies d'exécution du droit privé, on ne peut que demander au juge le paiement d'une astreinte, ou faire venir un huissier).

(¹)CE, Ass, 1987, Soc.TV6.

C'est pourquoi, avant d'être cédé, un bien du domaine public doit être préalablement déclassé, ce qui suppose la disparition préalable de l'affectation à l'utilité publique ou l'intervention d'une loi.

Par conséquent, un bien appartenant au domaine public ne pourra pas être cédé, il y a impossibilité d'exproprier le domaine public ainsi que de constituer des droits réels sur ce dernier.

« On assiste aujourd'hui à de véritables tentatives de conciliations entre, d'une part, la volonté de protéger traditionnellement le domaine public et, d'autre part, la volonté de valoriser économiquement ce dernier.¹ »

« Cela amène même certains à s'interroger sur l'utilité de conserver le principe d'inaliénabilité du domaine public². »

Ces interrogations résultent d'une variation d'approches de la notion de domaine public : autrefois zone à protéger contre les dilapidations royales, aujourd'hui, il apparaît comme une richesse à exploiter.

Par conséquent, cette possibilité de vendre l'immatériel, au sens large, mais surtout d'en fixer les règles unilatéralement, démontre une fois de plus le caractère exorbitant du droit administratif en comparaison avec le droit commun, bien que la vente de ce dernier représente un pas de

(¹) Colloque du Conseil d'Etat du 6 juillet 2011 « la valorisation des propriétés des personnes publiques » -Discours introductif de J-M Sauvé, Vice-Président du CE).

(²) Colloque CE précité, intervention du professeur Delvolvé.

plus vers la remise en cause du principe de l'inaliénabilité du domaine public et donc représente *de facto* une atténuation à l'exorbitance du droit administratif en la matière, les droits cédés étant le plus souvent non-temporaire et donc en opposition évidente avec le principe selon lequel toute occupation du domaine public doit être temporaire.

Section 2 : La clause exorbitante dans les marchés publics : clause de protection

L'existence des clauses exorbitantes dans les marchés publics pose problème de par leur caractère à la limite de la légalité surtout si on se réfère au droit privé. Sa définition initiale renseigne un peu plus sur cet aspect ; on la retrouve sous cette forme : « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales ». L'exemple qui traduit le mieux l'application de ces clauses est celui de la résiliation unilatérale d'un contrat de marchés publics par le pouvoir public ou par l'opérateur économique dans une autre mesure. En l'état, la présence d'une clause de cette nature suffisait à classer un contrat dans la catégorie « administrative ».

Pour des raisons plus pratiques, il avait été décidé par le tribunal des conflits en 2014 de redéfinir la clause exorbitante en faisant intervenir la notion de l'intérêt général¹.

En clair, depuis la décision du tribunal des conflits en 2014, le concept de clause exorbitante se réfère plus à une clause qui implique dans l'intérêt général qu'un contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs. Dans la pratique, peut être considéré comme administratif, un contrat qui comporte dans son cahier des clauses administratives générales (CCAG) des clauses exorbitantes. D'un autre côté, la mise en application du Cahier des clauses administratives particulières d'un acheteur public à un contrat y implique la notion de clauses exorbitantes, le positionnant par conséquent comme contrat administratif.

Malgré tout, il convient de signaler que la mise en œuvre d'un tel dispositif est toujours délicate et induit l'intervention d'un tiers pour trancher en cas de litiges. Le juge des référés précontractuels peut être saisi sous réserve qu'il en ait les compétences. En désespoir de cause, un recours devant un tribunal administratif est toujours possible.

Les marchés publics engagent les opérateurs étrangers pour de longues années. Ils occasionnent la présence de techniciens spécialisés, la

(¹)https://www.marchespublicspme.com/avant-la-reponse/acceder-facilement-aux-appels-d-offres-publics/actualites/2018/12/26/que-retenir-des-clauses-exorbitantes-dans-les-marches-publics_14214.html

construction de bâtiments pour le personnel employé, l'installation des équipements et des appareils sophistiqués. Il s'en suit que les coûts des opérations sont élevés à tel point que les investisseurs étrangers exigent des garanties juridiques contre les risques encourus. En effet, si l'Etat se préserve au moyen de clauses de contrôle, de modification, de sanction ou de réadaptation ¹, il est légitime que ses partenaires exigent que l'image du contrat soit fixée noir sur blanc².

La présence d'une personne publique induit l'éventuel appel au pouvoir souverain pour s'acquitter de ses engagements. L'Etat peut modifier l'accord ou le résilier purement et simplement. Par la voie législative, il peut aggraver les conditions des investisseurs au profit de son administration. Rien n'exclut que l'Etat change d'attitude en abrogeant certaines concessions économiques ou financières. Les garanties aussitôt accordées risquent alors d'être mises en cause par des variations postérieures. Du jour au lendemain, tout peut être modifié ou anéanti par voie législative ou réglementaire³. Cette crainte ne peut qu'être renforcée lorsqu'il s'agit des Etats dont la démocratie n'est pas en vigueur. Or, les accords visés sont majoritairement passés avec des Etats dirigés par des militaires. Leurs lieux d'exécution sont des zones à risque de

(¹) RICHER L., Le droit des contrats administratifs, 1ère édition, L.G.D.J., 1992, pp. 83 et s.

(²) WEIL P., Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et ses ressortissants, R.C.A.D.I., V. III, T. 128, 1969, pp. 121 et s.

(³) Les clauses contractuelles peuvent elles-mêmes faire l'objet de mesures de puissance publique imposées à l'ensemble des cocontractants (autorisations- sécurité sociale...).

conflits ou d'éventuelles guerres¹. Les garanties accordées par des conventions interétatiques ne les rassurent guère puisqu'il s'agit d'Etats dont les révolutions sont plus au moins coutumières. Les nationalisations succédant à de tels événements ont rendu légitime la crainte des étrangers contre les aléas politiques, pouvant constituer des actes rudimentaires². Pour ces raisons, les opérateurs étrangers cherchent à se prémunir contre des risques ou des actes considérés arbitraires. En vue de prohiber l'Etat d'être juge et partie ou afin de s'abriter d'une justice étatique lente et latente, ils négocient l'arbitrage comme voie de règlement des différends. Pour s'immuniser contre ces aléas souverains, ils exigent souvent la soumission de leurs accords aux normes internationales, transnationales, voire étrangères (ex. la loi suisse).

Cependant, insistant généralement sur le recours à son propre droit, l'Etat accorde fréquemment une solution intermédiaire : appliquer sa législation sous condition qu'elle reste dans sa teneur. C'est une solution, demandée par les étrangers, qui consiste dans l'insertion de clauses de stabilité et d'intangibilité protectrices contre les pouvoirs législatif et réglementaire.

Conclusion

En conclusion, si la doctrine reconnaît la difficulté de cerner la clause exorbitante du droit commun utilisé comme critère du contrat administratif,

(¹) WALINE M., Droit administratif, Sirey, 9ème édition, 1963, n°963.

(²) Ainsi écrivait M. KAHN 'un assez grand nombre de pays en voie de développement hésitent entre divers systèmes politiques et économiques, et remettent en cause souvent du jour au lendemain les situations établies sous le régime précédent' in Les investissements étrangers dans les Pays en voie de développement, 1971, p. 185.

l'examen de cette notion doit être renouvelé en fonction de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cet examen révèle que certains éléments litigieux, portant atteinte au respect de la volonté contractuelle du cocontractant privé de l'administration ou à la cohérence des engagements contractuels, sont parfois considérés, en fonction de leurs contextes contractuels, comme exorbitants et inadmissibles en droit privé. L'identification par le juge de la clause comportant un tel élément comme exorbitante du droit commun va devoir passer par l'appréciation de sa validité en droit administratif et de sa proportionnalité aux nécessités du service public concerné par le contrat. La qualification d'exorbitance permet le « sauvetage » de la clause. Toutefois, les engagements portant sur des prérogatives spécifiques de puissance publique constituent une exception à cette démarche puisque le juge judiciaire doit directement les qualifier d'exorbitantes du droit commun. La clause exorbitante du droit commun est celle, stipulée dans un contrat remplissant le critère organique du contrat administratif, qui porte des éléments exorbitants non justifiés dans leur contexte contractuel, et qui présente un rattachement raisonnable au droit administratif.

L'INEXÉCUTION D'UNE CONVENTION DE VOTE : QUELLES LIMITES AU CONTENTIEUX EN RÉPARATION?

ذ/د.محمد لعشرات، ذة/د.لبنة الكويبي

أستاذان محاضران مؤهلان، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بأكادير، جامعة ابن زهر

Modification statutaire, augmentation du capital, aménagement du fonctionnement de la société, renforcement des droits de participation et tant d'autres décisions peuvent présenter un intérêt essentiel pour les associés, voire pour la société. Leur adoption doit emporter l'adhésion d'une majorité plus ou moins renforcée, mais qui demeure parfois difficile à obtenir, notamment lorsqu'on se trouve face à une société où la dilution du capital¹ est manifeste (notamment dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne) et qu'une minorité s'obstine à s'y opposer. Dès lors, seule une coalition, formant une majorité de circonstance, serait en mesure de peser sur l'issue des délibérations et d'entériner les décisions projetées. Dans le cadre de cette coalition, les associés s'accordent d'avance sur le sens du vote à exprimer au sein de l'assemblée générale. Ils font donc appel à la technique contractuelle des conventions de vote dont l'objectif est de conférer à leur engagement la force d'un acte juridique.

¹ Fr. MORIN et E. RIGAMONTI, « Évolution et structure de l'actionnariat en France », *RFG* 2002, pp. 155 et ss.

La caractéristique principale d'une convention de vote ne se résume pas à sa finalité, mais à sa nature juridique. En tant qu'accord de volontés, elle embrasse la qualification d'un acte contractuel régi par le droit commun des contrats. Mais, la sphère dans laquelle elle évolue impose d'ajuster les paramètres et les conditions du droit commun contractuel pour tenir compte de l'environnement social dans lequel elle prospère. Il existerait donc une influence de la société sur la portée juridique d'une convention de vote¹. Chose que l'on peut apprécier à travers le contentieux relatif à la réparation des conséquences de l'inexécution d'une convention de vote.

En effet, en tant que simple contrat, l'inexécution d'une convention de vote obéit aux règles générales de la responsabilité civile dont la réparation demeure la fonction principale². L'objectif étant de rétablir la victime dans sa situation antérieure soit de façon naturelle, à travers l'exécution forcée du contrat, soit de manière équivalente, par l'octroi d'une indemnité censée compenser le préjudice subi³. La loi offre

¹ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagement statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, p. 8 : « Le droit des sociétés est assoupli, infléchi et enrichi par des contrats conclus par la société ou par les associés, entre eux ou avec les tiers. Mais réciproquement, ces contrats en relation avec les sociétés cessent d'être entièrement régis par le droit commun des obligations. On constate une interaction ou une influence des contrats sur la société, mais aussi de la société sur les contrats ».

² Sur la fonction réparatrice de la responsabilité civile, V. not. M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. Hébraud, LGDJ, 1974.

³ La jurisprudence participe à cette affirmation en rappelant « que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la

donc à l'associé, créancier de l'obligation de vote, le choix entre deux mécanismes de réparation de la défaillance pouvant l'affecter¹. Entre les deux, l'associé lésé par l'inexécution optera forcément pour la mesure qui lui procurera le plus de satisfaction², en l'occurrence l'exécution forcée de l'engagement de vote. Ce choix demeure logique au regard de l'objet et de la finalité même de la convention qui tendrait à l'adoption d'une décision. Cependant, le juge se réserve le droit d'écarter ce choix, s'il estime que l'exécution forcée est impossible à réaliser, ce qui est souvent le cas à raison des limites opposées par le droit des sociétés à cette forme de réparation (I).

Dès lors, le juge n'a d'autre choix que d'allouer des dommages et intérêts à titre de réparation par équivalent du préjudice résultant de l'inexécution de la convention de vote. Mais là aussi, des difficultés pratiques viennent en limiter l'efficacité au point de la rendre inadéquate³ (II).

I. LES LIMITES À LA RÉPARATION EN NATURE

L'exécution forcée d'une convention de vote implique l'annulation de la décision contraire à sa stipulation et/ou la convocation d'une nouvelle assemblée en vue d'adopter la

situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit » : Cass. 3^e civ., 12 oct. 2010, pourvoi n^o : 09-69153, inédit.

¹ S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 déc. 2007, p. 16.

² O. AZZIMAN, *Droit civil. Droit des obligations. Vol. I, Le contrat*, éd. Le Fennec, 1995, p. 263.

³ C. ZARIFIAN, « À la recherche de l'efficacité perdue des pactes de préférence extra-statutaires », *Gaz. Pal.* 27 mai 2004, p. 4.

décision convenue. Or, ce processus de réparation en nature est confronté à une « série d'obstacles très sérieux »¹ qui limiteraient sa mise en œuvre et qui le rendraient inopérable, voire impossible à réaliser après la prise de la décision litigieuse. Ces limites ont une nature bicéphale ; ayant trait à la relativité des effets de la convention de vote (A) et à l'intangibilité des décisions sociales (B).

A. La relativité des effets d'une convention de vote

En tant qu'engagement privé, la convention de vote n'implique que les associés signataires. Dès lors, si une exécution forcée doit s'appliquer, son mécanisme ne peut être dirigé que contre la partie défaillante qui doit en assurer l'exécution et, qu'en plus, l'exécution ne doit nullement déployer ses effets à l'égard des tiers. Nous rappelons là un principe directeur du droit commun des contrats énoncé par l'article 228 du Dahir formant Code des obligations et des contrats (ci-après « DOC ») dans les termes suivants : « *Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi* ».

Le principe de l'effet relatif des conventions² véhicule donc l'idée que le contrat ne crée de droits et d'obligations

¹ A. COURET et B. DONDEDO, « La difficile exécution forcée des pactes d'actionnaires », note sous CA Paris, P. 1, ch. 3, 8 nov. 2011, n° 11/16066, *Bull. Joly sociétés*, 2012, p. 214.

² J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ, 1981.

qu'entre les parties et qu'il ne peut étendre ses effets au tiers¹. Dès lors, seuls les contractants « *peuvent se réclamer d'une position de créancier ou de débiteur* »² de l'exécution du contrat. En cas d'inexécution, ils ne peuvent avoir recours que contre l'autre partie.

La conséquence de ce principe à l'égard des tiers s'énonce donc en termes d'inopposabilité, dans la mesure où l'on ne peut leur imposer des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti, ni les impliquer dans quelconque mécanisme tendant à satisfaire l'associé victime de l'inexécution d'une convention purement privée.

L'application du principe aux conventions de vote reviendrait à écarter la société de tout processus de réparation en cas d'inexécution. Celle-ci étant étrangère au pacte et demeure liée uniquement par la décision votée régulièrement en assemblée générale³. Imposer donc une solution contraire, serait de nature à nuire à l'organisation légale de la société⁴, notamment au mécanisme de prise des décisions.

En effet, la société est un groupement à personnalité juridique indépendante des personnes qui le composent. Elle reste au fond une entité dotée d'une hiérarchie et d'organes

¹ I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, (dir.) M. Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1992, p. 115.

² R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 17, n° 19.

³ A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, préf. Y. Guyon, Economica, 2004, p. 205, n° 239.

⁴ Cass. civ., 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518, note D. Bastian ; S. 1947, I, 153, note P. Barbry.

internes¹ censés assurer son fonctionnement et, surtout, dégager une volonté dont l'émanation provient de la collectivité des associés². Celle-ci étant suprême en ce qu'elle s'impose aussi bien à la société qu'à l'ensemble de ses membres, y compris les signataires d'un pacte de votation³. Il ne serait donc pas concevable que cette volonté acquise au profit de la société soit perturbée par un engagement de vote inexécuté. D'ailleurs, l'article 228 du DOC l'énonce expressément : « *Les obligations [...] ne nuisent point aux tiers* ».

Il serait donc inconcevable que l'on puisse obliger la société à faire fi d'une délibération régulière au motif qu'une convention antérieure en a décidé autrement. Les engagements dont elle est porteuse demeurent « *étrangers aux dispositions de la loi [...] applicables aux décisions des assemblées* »⁴. Dès lors, le vote émis en contravention du pacte est valable à l'égard de la société⁵ et s'impose à celle-ci.

B. L'intangibilité de la décision sociale

¹ *Ibid.*

² L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^e éd., par L. Trotabas, t. 1, 1932, pp. 53-54.

³ L. n° 17-95, relatives aux sociétés anonymes, art. 109 : « Les décisions des assemblées générales s'imposent à tous, même aux absents, incapables, opposants, ou privés du droit de vote ».

⁴ T. com., Paris, 12 févr. 1991, *Bull. Joly*, 1991, § 209, p. 592, note M. Jeantin.

⁵ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, p. 424, n° 291 ; M. STORCK, « La réglementation des conventions de vote », *RJ com.*, 1991, p. 103.

La majeure partie de la doctrine¹ reste hostile à l'idée que l'inexécution d'une convention de vote puisse remettre en cause une décision sociale régulièrement adoptée. Avançant pour cela un argument plausible et incontestable, celui de la souveraineté de l'assemblée générale des associés et de son corollaire « l'intangibilité des délibérations sociales ». Ainsi, les décisions adoptées au sein d'une assemblée, respectant les prescriptions légales, traduisent une volonté sociale inébranlable qui s'impose aux associés² et ne peuvent être modifiées par les tribunaux³.

L'exécution en nature d'une convention de vote se heurte donc à l'existence d'une décision sociale intangible qui demeure protégée par le régime des nullités des délibérations. En effet, la réparation en nature d'un vote émis en méconnaissance d'une convention de vote devrait impliquer la nullité de la décision sociale. Or, l'inexécution d'un engagement de vote ne figure pas parmi les causes de nullité des délibérations. Celles-ci se limitent aux cas prévus par la loi et à l'abus du droit de vote. Il n'est nullement mentionné que

¹ R. HOUIN, « Rapport général », in *Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes*, Journée de Berne, Ass. H. Capitant, Dalloz, 1959, p. 212 ; J. HÉMARD, Fr. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz, 1974, p. 203, n° 221 ; J. CALVO et G.A DE SENTENAC, « Le praticien et les conventions de vote dans les sociétés », *LPA*, 24 oct. 1990, p. 7 ; M. STORCK, « La réglementation des conventions de vote », art. préc., p. 103 ; B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », *RJDA*, 1992, p. 729 ; J.-P. FERRET, « Les pactes aménageant le processus décisionnel de la société », in *Les pactes extra-statutaires*, *JCP E*, 1991, *Cah. dr. entreprise*, n° 1, p. 36.

² L. 17-95, art. 109.

³ Cass. com., 11 janv. 1972, *D.* 1972, p. 559, note C. Orengo.

l'inexécution d'une convention de vote pourrait entraîner la nullité de la délibération sociale.

L'exécution forcée d'une convention de vote reste une action obstruée par le principe de l'intangibilité des délibérations sociales¹. Mais il n'empêche que cette limite peut être déjouée par les tribunaux. Ainsi, dans une affaire célèbre² – toutefois « orpheline » –, le juge a prononcé l'exécution d'un engagement de vote sans pour autant toucher au principe de l'intangibilité de la décision sociale.

En l'espèce, une convention prévoyant le vote d'une augmentation du capital social d'une holding n'a pas été honorée, ce qui a conduit l'associé victime de l'inexécution du pacte à demander réparation en saisissant le tribunal de commerce qui condamna son cocontractant à voter, au cours d'une nouvelle assemblée générale, dans le sens de l'engagement souscrit. Le tribunal jugea opportun de forcer l'associé défaillant à exécuter son engagement, ce que la cour d'appel de Paris réitéra en confirmant le jugement. Cette solution a le mérite de ne pas porter directement atteinte à l'intangibilité des décisions sociales³, puisque le juge n'a pas annulé la délibération. Il a juste convoqué une nouvelle assemblée censée entériner la décision projetée par la convention de vote. La solution de la cour d'appel remet en

¹ A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p. 211, n° 251 et s.

² CA Paris, 30 juin 1995, *JCP E.* 1996, II, 795, note J.-J. Daigre ; *RTD civ.*, 1996, p. 893, obs., J. Mestre.

³ Y. REINHARD, « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », *RDC* 2005, p. 121.

cause subtilement¹ la souveraineté de l'assemblée générale en ce qu'elle dicte à l'associé défaillant la conduite à suivre : voter dans le sens d'une augmentation de capital.

Toutefois, la solution apportée dans l'affaire précitée ne peut être étendue systématiquement chaque fois qu'un associé n'honore pas son engagement de vote. La cour d'appel le précisa clairement dans l'un de ses attendus en soulignant que l'exécution en nature ne pouvait être demandée que lorsqu'elle était possible². Mais tel n'est pas toujours le cas.

La décision que l'on vient d'évoquer semble admettre la possibilité d'une exécution forcée. Mais elle demeure unique dans la mesure où aucune autre jurisprudence n'est venue la réitérer. Dès lors, on peut dire qu'il existe un certain attachement du droit des sociétés au principe de l'intangibilité des décisions sociales, un principe qui ne permet pas d'admettre l'exécution forcée des conventions de vote. Un tel attachement nous conduit au constat que la réparation par équivalent reste incontournable, mais elle présente tout de même des limites.

I. LES LIMITES DE LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT

¹ *Ibid.*

² Cette jurisprudence rejoint la conception que la Cour de cassation française se fait de l'exécution forcée. V. not., Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, *D.* 2005, p. 1504 ; *RTD civ.*, 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ».

Lorsque l'exécution forcée demeure impossible à réaliser, ce qui est le cas des conventions de vote, l'associé victime de l'inexécution n'a d'autres alternatives que de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a subi. Cette réparation judiciaire vise à rétablir la victime d'une inexécution dans la situation antérieure à la survenance du dommage¹. Elle doit donc recevoir une réparation intégrale². Cependant, des limites s'opposent à une parfaite application de ce mécanisme en matière de conventions de vote. L'action en réparation soulève des difficultés pratiques³ liées, en grande partie, à l'évaluation du préjudice subi⁴ (B). En évitement de cette difficulté, les parties aux pactes peuvent prévoir une évaluation contractuelle du préjudice qui pourrait emporter leur satisfaction. Mais là aussi, une limite s'annonce, celle du pouvoir de révision conféré au juge (B).

A. La difficulté d'évaluer le préjudice

La réparation intégrale par équivalent vise à dédommager la victime en prenant en considération tout le préjudice et uniquement celui-ci⁵. Ce préjudice étant défini comme « la

¹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 56, p. 36.

² G. VINEY, *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité : effets*, LGDJ, 1988, n° 57, p. 81 : « Le responsable doit réparer « tout le dommage », mais « rien que le dommage » ».

³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. 2 : le fait juridique (Quasi-contrats - Responsabilité délictuelle)*, 13^e éd., A. Colin, 2009, p. 470, n° 383.

⁴ J. BERNARD DE SAINT-AFRIQUE, « De l'évaluation », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études P. CATALA*, Litec, 2001, p. 305.

⁵ G. VINEY, *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité : effets*, LGDJ, 1988, n° 57, p. 81 : « ... la somme due au titre des dommages

perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé »¹. Les deux facettes du préjudice subi sont donc envisagées de manière objective, mais ne sont pas définies de manière précise. Leur mise en œuvre pratique recèle une insuffisance notable relative, notamment, à la base de calcul permettant une mesure exacte du préjudice.

Cette insuffisance prend toute son ampleur dans le cadre d'une convention de vote. Ainsi, si l'on prend l'exemple d'une convention de vote destinée à adopter une résolution visant à renforcer les droits de participation des associés (information renforcée, accès au conseil d'administration, droit de contrôle, etc.). L'inexécution de celle-ci est certes dommageable pour le créancier de l'obligation de voter, mais comment peut-on évaluer son préjudice ?

De nature extrapatrimoniale, les droits de participation n'ont pas de valeur marchande propre². Ils ne peuvent être cédés ni transférés isolément des titres auxquels ils sont attachés, ce qui rend l'exercice de quantification du préjudice qui les affecte très délicat et incertain. Aussi, s'il est admis que le renforcement

et intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable. Le responsable doit réparer « tout le dommage », mais « rien que le dommage ».

¹ DOC, art. 264 al. 1^{er}.

² Il est certain que certains droits de participation ont une valeur, en témoigne l'incidence de leur absence sur le prix des actions ; la valeur d'une action diffère selon qu'elle procure à son titulaire un droit de vote ou non. V. en ce sens, J. HAMON, « Répartition des droits de vote, leur exercice et l'efficacité économique », *CEREG, Université Paris-Dauphine*, 2001, p. 23 ; C. BAJ, « La cessibilité du droit de vote », in « *Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?* », *JCP E*. 1996, *Cah. dr. entreprise*, n° 4, p. 16.

des droits de participation aurait pu permettre à l'associé bénéficiaire de valoriser ses parts (actions) ou d'éviter leur dilution, il est difficile de caractériser le dommage¹, car la valeur de la société, dont dépend celle des titres, reste tributaire d'autres éléments managériaux et financiers externes. À cet égard, un auteur souligne que : « *il pourra être impossible d'entrer en condamnation à l'encontre de l'associé ayant violé la convention de vote, aucun préjudice évaluable ne pouvant être rattaché immédiatement à cette méconnaissance des prévisions contractuelles* »².

Face à cette difficulté de caractériser et de quantifier le préjudice subi, le cocontractant victime de l'inexécution est souvent enclin à faire valoir un préjudice moral pour obtenir une indemnisation en sanction de la violation d'un pacte³. Mais là aussi, la même difficulté se pose, mais conjuguée cette fois-ci au caractère subjectif de l'évaluation⁴.

En effet, le préjudice moral demeure difficilement mesurable aussi bien dans ses limites que dans son étendue⁵.

¹ Gh. BOUILLET-CORDONNIER et B. M. LAPRADE, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires. Le cas particulier des sociétés cotées*, Litec, 1992, n° 164, p. 100 ; S. VIALAR, « L'efficacité des pactes d'actionnaires à l'épreuve du juge », *Option finance*, 4 févr. 2008, p. 32.

² Fr.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », *Bull. Joly société*, 2011, p. 625.

³ *Idem*, « Sanction de la violation d'un pacte extra-statutaire : résolution du pacte ou dommages et intérêts punitifs ? », note sous CA Paris 3^e ch., sect. A, 27 mars 2007, *Bull. Joly*, 2007, § 278, p. 1002.

⁴ Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, p. 446, n° 561.

⁵ C'est pourquoi de nombreux auteurs lui nient la possibilité d'être réparé. Pour un survol de la doctrine sur la question de la réparation du préjudice moral : Y. LE GALL, « Le préjudice moral et l'argent. De la fin du XIX^e

Aussi, des soupçons entourent les motivations des victimes qui s'en prévalent et qui sont souvent animés par la cupidité ou par le désir de punir le débiteur défaillant¹. Face à cette situation les juges font preuve de modération dans la fixation des dommages et intérêts. Souvent, ils procèdent, en vertu de leur appréciation souveraine, à une réduction substantielle du montant du préjudice avancé par la victime de l'inexécution, et ce même en présence d'une faute grave².

Le juge a donc un pouvoir souverain pour évaluer les dommages et intérêts³ qui peuvent ne pas correspondre véritablement au préjudice subi et avancé comme une vérité par la victime de l'inexécution⁴. Mais, qu'en est-il lorsque les parties à la convention de vote ont prévu contractuellement une évaluation du préjudice ?

siècle », in *La victime, II – La réparation du dommage*, éd. Pulim, 2009, p. 117.

¹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995, n° 21, p. 24.

² Cass. 2^e civ., 8 mai 1964, *RTD civ.*, 1965, p. 137, note R. Rodière ; *JCP G.* 1965, II, 14140, note P. Esmein : « l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité ».

³ G. VINEY, *Traité de droit civil, les obligations – La responsabilité : effets*, 2^e éd., LGDJ, 1988, n° 61, p. 89 ; T. IVAINER, « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972, chron. p. 7.

⁴ G. JANNOT-PAGES, « Lecture psychanalytique de la réparation. La vérité de la victime », in *La victime, II – La réparation du dommage*, éd. Pulim, 2009, p. 468.

B. La révision judiciaire de l'évaluation contractuelle

En prévision aux incertitudes qui entourent la réparation par équivalent, les parties à la convention de vote peuvent convenir d'une réparation contractuelle en déterminant d'avance les dommages et intérêt dus à titre du préjudice subi en cas d'inexécution. Cette évaluation contractuelle trouve son fondement dans la rédaction de l'article 264, alinéa 2, du DOC qui l'énonce expressément dans les termes suivants : « *Les parties contractantes peuvent convenir des dommages-intérêts dus au titre du préjudice que subirait le créancier en raison de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation initiale ou en raison du retard apporté à son exécution* ».

L'évaluation contractuelle du préjudice, dénommée « clause pénale » par la doctrine, constitue une mesure unilatérale destinées à être actionnés dès que la défaillance de l'un des contractants est avérée. Elle incarne parfaitement la justice privée moderne¹, dans le sens où ce sont les parties elles-mêmes qui l'instaurent en se dispensant de l'office du juge². En principe, elle fait foi de loi et ne peut être remise en cause par le juge, et ce conformément à la lettre de l'article 230 du DOC :

¹ Sur cette notion, v. not. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th. Paris, Impr. des fossés, 1926.

² S. PIMONT, « La clause pénale », *Rép. civ.*, avr. 2010, n° 15 ; Y.-M. LAITHIER, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », in *Droit et économie du contrat*, (dir.) Ch. Jamin, LGDJ, 2008, p. 144 ; Fr. PASQUALINI, « La révision des clauses pénales », *Defrénois*, 1995, art. 35962, p. 769 : « ... on pourrait dire que les parties ont fait « l'économie d'un procès », et l'on sait que, pour le justiciable potentiel, mieux vaut ordinairement un bon arrangement qu'un mauvais procès ».

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

Toutefois, la liberté conventionnelle des contractants ne peut être absolue. Elle trouve une limite dans l'abus qu'elle peut engendrer¹. C'est la raison pour laquelle le troisième alinéa de l'article 264 du DOC confère au juge le pouvoir de réviser le montant des dommages et intérêts –soit à la hausse², soit à la baisse³– lorsque celui-ci présente un caractère manifestement excessif ou dérisoire⁴.

En effet, bien que l'intervention du juge ne soit que facultative⁵ et que la révision des clauses pénales soit susceptible de les vider de leur substance⁶, il est tout de même du devoir du juge de rétablir l'équilibre contractuel aussi bien au profit du créancier que du débiteur de l'évaluation contractuelle. En effet, si l'associé victime de l'inexécution d'une convention de vote a droit une réparation, il ne doit

¹ S. PIMONT, « La clause pénale », préc., n° 15.

² Il faut noter que les procès tendant à réviser à la hausse le montant de la clause pénale ne sont pas nombreux. En plus, ils n'aboutissent que rarement. V. en ce sens, Ph. PIERRE, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1117, spéc. la note de bas de page n° 25.

³ Fr. PASQUALINI, « La révision des clauses pénales », art. préc., p. 773.

⁴ DOC, art. 264, al. 3. – Cass. com., 10 juill. 2001, *JCP E.* 2002, 459, p. 482, note L. Leveneur.

⁵ B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP* 1975, I, 2742, spéc. n° 32 ; M. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté », *Journ. notaires*, 1976, p. 958.

⁶ A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p. 249, n° 299.

nullement abuser de son droit pour demander le paiement d'une somme excessive et arbitraire dépassant de loin le préjudice réel ou raisonnable.

Le juge doit donc apprécier la disproportion de l'évaluation contractuelle du préjudice avec celui réellement subi par le créancier¹. Encore faut-il que celui-ci soit quantifiable. Chose difficile, comme on l'a déjà souligné précédemment. Mais il n'empêche que les parties à la convention de vote peuvent désigner un expert pour évaluer le préjudice. Le rapport de l'expert sera annexé à la convention et les évaluations qui y sont contenues feront office d'assiette à la réparation. Par le travail pédagogique de l'expert et sa méthode d'évaluation basée sur des critères déterminés, les associés, parties à la convention, seront certains que la révision n'interviendra pas ou du moins qu'elle sera insignifiante.

* * *

Au demeurant, ces développements nous ont permis d'étaler les incertitudes² qui découlent des limites inhérentes au contentieux de la réparation afférent à l'inexécution d'une convention de vote, à savoir l'impossibilité d'exécution forcée des engagements et la difficulté d'évaluer les dommages qui en

¹ C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, préf. M. Goré, LGDJ, 2008, p. 414, n° 769 : « Le principe de proportionnalité n'est pas strictement appliqué puisque la révision n'est pas l'adéquation de la pénalité au préjudice réellement subi par le créancier ».

M. JEANTIN, « Les conventions de vote », in *La stabilité du pouvoir et² du capital dans les sociétés par actions*, *RJ com.*, nov. 1990, n° spéc., p. 133 ; A. COURET et Th. JACOMET, « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente », *RJDA*, 2008, p. 959.

résulte. Il faut noter que si les parties ont adhéré à ce genre de convention, c'est pour assurer que l'engagement de vote sera honoré. La réparation par équivalent ne présente à leurs yeux qu'un intérêt réduit¹. Aussi, l'ensemble de la doctrine ne cesse de relever que la réparation par équivalent ne constitue pas un mécanisme efficace² dans la mesure où la décision votée en violation de la convention reste acquise³. C'est pourquoi on approuve l'idée de rehausser la place de la fonction punitive et préventive dans la sanction des défaillances dans l'exécution des conventions de vote, et des pactes d'associés (ou d'actionnaires) en général, par une contractualisation des conséquences de leur éventuelle inexécution⁴.

J. DOHM, *Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire. Étude de droit suisse et allemand*, th. Genève, 1971, p. 186.

² D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, « Les pactes d'actionnaires », *JCP E*. 1989, II, 15526 ; *JCP E*. 1989, II, 15526 ; J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, éd. GLN-Joly, 1995, p. 10, n° 18 ; S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préf. A. Viandier, Litec, 1992, n° 433, p. 276 ; D. COHEN, « Les conventions de vote », *Mél. Ch. LARRROUMET*, *Economica*, 2010, p. 105 ; M. JEANTIN, « Les conventions de vote », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, préc., p. 133 ; G. PARLÉANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 1 ; Fr.-D. POITRINAL, « Les pactes d'actionnaires », in *Le juge et le droit de l'économie*, *Mél. P. BÉZARD*, LPA-Montchrestien, 2002, p. 130.

³ J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 146.

⁴ E. BROCHIER, « L'exécution en nature des pactes entre actionnaires : observations d'un praticien », *RDC* 2005, p. 125.