ظهير الالتزامات والعقود[1] المغربي: بين المرتكزات وإكراهات التعديل

أ.د. رياض فخري: أستاذ & أ.د. رشيد الطاهر: أستاذ
جامعة المغرب - الحسن الأول بسطات

ملخص

صدر ظهير الالتزامات والعقود المغربي إبان الحماية الفرنسية سنة 1913 ، وهو يكاد يكون صورة طبق الاصل من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من قبل الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906 ، حيث يعتبر مزيجا قانونيا لأحكام الفقه الإسلامي والتشريعات الاوربية وقد فرض هذا القانون قسرا في بداية القرن العشرين، الا ان المشرع المغربي قد تقبله طوعا واحتضنه في الفترة الموالية للاستقلال. وقد لحقته بعض التعديلات الطفيفة من سنة 1993 إلى سنة 2015 نتيجة صدور عدة قوانين خاصة أخذت بأسس فلسفية مغايرة لأساس هذا الظهير، وتجاوزت بذلك العديد من المقتضيات التي جاء بها ، وخصصت ما كان عاما منها. إن هذا القانون الذي مر على صدوره ما يقارب 113 سنة بدأ يتعرض لسهام النقد من طرف المهتمين بالمجال القانوني سواء كانوا أساتذة أو قضاة، أو باحثين... الشيء الذي يدفعنا إلى طرح مجموعة من الإشكاليات حول جدوى هذه الانتقادات. هل فعلا هذا القانون عجوز، هل فعلا هذا القانون أصبح لا يواكب التطورات. هل فعلا هذا القانون يخالف الشريعة الإسلامية . وإن كان كذلك فما هو السبيل والطريق والمنهاج الأصح لتقويمه، هل نغيره جذريا؟ أم نطوره عن طريق بعض التعديلات الجزئية؟

الكلمات المفتاحية: ظهير الالتزامات والعقود، سلطان الإرادة، التطورات، التعديلات.

[1]- ما يطلق عليه القانون المدني في العديد من بلدان العالم خصوصا منه المنتمي للمدرسة اللاتينية في القانون، يطلق عليه في المغرب ظهير الالتزامات والعقود وبالرغم من بعض الاختلافات في نطاق تطبيقه وخصوصا فيما يتعلق بحالة الأشخاص منذ الميلاد إلى ما بعد الوفاة، التي لا يعالجها هذا الظهير ويتركها لمدونة الأحوال الشخصية أو مدونة الأسرة، على عكس القوانين المدنية المقارنة التي تعالج أيضا هذه المواضيع. إلا أن باقي المواضيع تكاد تتشابه في هيكلها عندما يتعلق الأمر بالأموال. ومع ذلك فإننا في هذا البحث سنطلق عليه القانون المدني تسهيلا للأمر.

Résumé

Le dahir des Obligations et des contrats marocain a vu le jour pendant le protectorat français en 1913. Il est presque une copie du Code tunisien des obligations et des contrats adopté également sous le protectorat français en Tunisie en 1906. Il constitue une combinaison juridique entre les dispositions de la jurisprudence islamique et la législation européenne. Ce dahir a été imposé dans le début du XXe siècle, mais le législateur marocain l'a volontairement accepté après l'indépendance. Il a connu quelques modifications entre les années 1993 et 2015 suite à l'adoption de plusieurs lois spéciales dont la base philosophique est différente de celle de ce dahir est ainsi dépassé dans plusieurs de ces dispositions. Cette loi de 113 années est l'objet de critiques de spécialistes dans le domaine juridique, qu'ils soient professeurs ou magistrats … ce qui nous a conduit à mettre en exergue la pertinence de ses critiques. Est-ce vraiment une vieille loi, est ce qu'elle ne suit pas le rythme de l'évolution ? quel chemin pour son ajustement ? la changer radicalement, ou procéder à des modifications partielles ?

Mots clés : dahir des obligations et des contrats, développement, critique, amendement.

مقدمة

يعد القانون المدني الشريعة العامة لباقي القوانين فهو بمثابة العمود الفقري لها لكونه يشتمل على نظرية عامة للالتزامات صالحة للتطبيق كلما كان هناك فراغ أو نقص في جانب من الجوانب القانونية التي تهم الفروع المنبثقة من هذا القانون، كما أن القاضي في حال لم تسعفه القوانين الخاصة يمكنه اللجوء إليه للبحث عن الحل.

ويعتبر ظهير الالتزامات والعقود من أقدم القوانين في المغرب بحيث مر على صدوره قرن وثلاث سنوات وما زال معمولا به رغم ما اعتراه من تعديلات جزئية من حين إلى آخر تبعا للتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي ناهيك عن العقيدة التشريعية التي يتبناها المشرع المغربي من مجلس إلى لآخر دون أن ننسى

الإكراهات الدولية الاقتصادية منها قبل السياسية والتجدد في المجال التعاقدي تطبيقا للقاعدة المعروفة التشريع يظل لكن الناس لا يستقرون على حال، لذلك يظل القانون دائما في حاجة إلى الملائمة والتطور.

ويواجه هذا القانون بكونه لا يساير بنفس السرعة التحولات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع المغربي التي فرضتها ظروف داخلية وأخرى دولية، وما زاد الأمر إلحاحا صدور العديد من القوانين أخذت بفلسفة مغايرة لأساس هذا القانون وتجاوزت بذلك العديد من المقتضيات التي جاء بها خصوصا ما كان عاما منها، لذلك فقد بدأ يتعرض لسهام النقد من طرف المهتمين بالمجال القانوني بوصفه قانونا عجوزا، فما هي فلسفة التشريع التي تحكمت في صدوره؟ وهل واكب التطورات المتسارعة التي شهتها القوانين الأخرى المتفرعة عنه؟ ولماذا اقتصر المشرع على إدخال تعديلات جزئية دون اللجوء للإصلاح الجذري؟

أولا: البعد الديني والمدني وأثره على المرتكزات التي حكمت وضع ظهير الالتزامات والعقود المغربي

قبل صدور هذا القانون بتاريخ 12 غشت 1913 كانت كل المبادلات والتصرفات بالمغرب تخضع في جلها لأحكام الشريعة الإسلامية وللأعراف[2]، وكانت هذه الأحكام غير مدونة بطريقة عصرية، كما لم تكن موحدة مما ترتب عن ذلك اختلاف الآراء بين الفقهاء والعلماء والقضاة في بعض المسائل، ومن أجل تجميع أحكام المعاملات وما يترتب عنها من التزامات في مدونة واحدة تم تكوين لجنة تحضيرية من بعض الأعضاء[3] وأضيف إليهم مجموعة من العلماء البارزين من جامعة القرويين، وكان السيد سانتيلانا هو مقرر اللجنة[4]، وكان مستشرقا يتمتع بدراية كبيرة بأحكام الشريعة الإسلامية ومتمكنا من اللغة

---

[2]- ما عدا ما كانت تحكمه الاتفاقيات الدولية التي أبرمها المغرب مع الدول الأوربية والتي كانت تنص على تطبيق القواعد القانونية للدولة الأوروبية في النزعات التي يكون أحد أطرافها من رعاياها وأمام قضاءها القنصلي.

[3]- كانت اللجنة التحضيرية تتركب من الأعضاء التاليين: Georges teissier, Lapradelle, Berge, Santilana

[4]- يظل سانتيلانا الأب الروحي للمجلة التونسية للالتزامات والعقود التونسية وقانون الالتزامات والعقود المغربي تماما كما هو حال بورتاليس بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والسنهوري بالنسبة للكثير من القوانين المدنية العربية، والأسيوطي بالنسبة للقانون المدني اليمني.

للمزيد حول القانون المدني الفرنسي انظر:

A.J ARNAUD, les origines doctrinales du code civil français, thèse de droit. Bid.de PH.Droit IX.LGDJ 1969.

العربية، وكان يشغل مهمة محام بارز ومستشار قانوني بالحكومة التونسية، ثم بعد ذلك لدى سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب، لذلك فهذا القانون يكاد يكون صورة طبق الأصل من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من قبل الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906، ويعتبر مزيجا تناسبيا لصالح القوانين الأوروبية من القوانين والأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي والتشريعات الأوروبية، ويرى بعض الفقه أن هذا القانون وإن كان قد تضمن بعض الحلول التي يقضي بها الفقه الإسلامي فهو ظل وفيا لأسلوب الصياغة القانونية المتبع في قوانين العائلة الرومانية اللاتينية وبالأخص في القانون الفرنسي[5]، وبالرغم من كون ظهير الالتزامات والعقود ليس تقنينا للفقه الإسلامي بالمعنى المتعارف عليه وبالتالي اقتباسا لقانون أجنبي فليس فيه ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فهو كان بمثابة توفيق بين الاتجاهين الذين تبلورا بمناسبة إعداده (سانتيلانا والعلماء) فكلاهما واجها إشكالية التوفيق بين القانون الأوروبي وبين الشريعة الإسلامية منطلقين من تصور واحد حول غاية القانون من حيث هي مصالح العباد أو الخير العام وصلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، إلا أن سانتيلانا لم يتخلص من بعض أفكار الاستشراق الأوروبي مفترضا تأثير القانون الروماني على الشرع الإسلامي إلا أن بعض العلماء من أرجع ذلك التشابه إلى أصول القانون الروماني نفسه ليصل بها إلى التوراة باعتبارها أصلا من أصول جامعيات الأحكام من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشريعة الإسلامية هي الحافظة للشرائع السابقة حتى كان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ[6].

يتضح جليا أن ظهير الالتزامات والعقود له مصادر وضعية تجد مصدرها في بعض القوانين المدنية الأوروبية خاصة منها الفرنسية، الألمانية والإسبانية، كما تم الاعتماد على مصادر شرعية، خاصة المؤلفات والمتون الفقهية المالكية[7]، وتم الاستئناس ببعض المراجع المعتمدة في الفقه الحنفي[8]، فهذا القانون إذن هو خليط من القواعد بعضها نابع من مدونة نابوليون لسنة 1804 والبعض الآخر مستورد من

---

[5]- عمر عزيمان، المهنة الحرة في المغرب، أطروحة من جامعة نيس، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 1980 عدد 30، ص 244.

[6]- محمد السنوسي، مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري، ص 3.

ورد في: أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 1996، ص 390.

[7]- مثل المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس للخليل بن إسحاق، وتحفة بن عاصم.

[8]- مثل كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين.

المدونات الجرمانية واللاتينية، في حين تم اقتباس جزء منها من الفقهين المالكي والحنفي والأعراف المحلية السائدة آنذاك. وقد جاء في التقرير الذي رفع إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية بمناسبة وضع هذا القانون سنة 1913 أن" هذا التشريع سيتلقى بارتياح كبير من طرف الكل بالمغرب حيث سيجد فيه الأوروبيون قواعد مشتقة من قوانينهم الوطنية في حين لن يجد فيه المسلمون ما يخالف ضميرهم الديني ولا عاداتهم[9].

وقد اتجهت نية مشرع 1913 إلى اعتبار ظهير الالتزامات والعقود القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب المتعلق بالالتزامات الناشئة عن غير العقد وبجميع العقود غير الخاضعة لقانون آخر تطبيقا لظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وقد أسند تطبيقه إلى المحاكم العصرية التي أحدثت بنفس التاريخ، إلا أن القضاء استبعده عن التطبيق على عدد من عقود الفرنسيين والأجانب إما باعتماد قواعد القانون الدولي الخاص ومفاهيمه وإما تحت ستار التأويل بحيث لم يعد معه هذا التشريع سوى القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية المتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، وقد انتقد الفقه هذا الاتجاه، فكان ينبغي انتظار مدة زمنية طويلة ليتعود الفقه والقضاء على التعامل مع هذا الظهير باعتباره القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية.

وبعد الاستقلال ظهر اتجاهان رئيسيان يذهب أحدهما إلى الدفاع عن إعداد مدونة جديدة للالتزامات والعقود مستمدة من الفقه الإسلامي، في حين يذهب الثاني إلى الدفاع عن الإبقاء على القانون وتوحيد العمل به بعد إدخال بعض التعديلات عليه، ولم يقتصر هذا التباين على موقفهما من هذا الظهير بل شمل القانون المغربي بصفة عامة، ففي الوقت الذي كان فيه الاتجاه الثاني يطالب بتوحيد القوانين التي كانت تطبقها المحاكم العصرية طالب الاتجاه الأول بالتوحيد على أساس المراجعة الشاملة للقوانين المعمول بها والعمل على تدوين الفقه الإسلامي، ومن أجل التوفيق بين هذين الاتجاهين وبعد مناقشات طويلة داخل البرلمان، جاءت صيغة الفقرة الأولى من قانون المغربة والتوحيد والتعريب لسنة

[9]- هنا وجب التذكير بأن هذا القانون وضع بواسطة ظهير سلطاني بالنظر لغياب برلمان يشرع آنذاك لذلك سمي بالظهير وليس القانون.

1965 تقضي بالإبقاء على " النصوص التشريعية والعبرية وكذلك القوانين المدنية والجنائية إلى أن تتم مراجعتها".

ويعد ظهير الالتزامات والعقود من أقدم وأطول القوانين المغربية، فهو يضم 1250 فصلا، وينقسم إلى كتابين رئيسيين، الأول يتضمن أحكام الالتزامات بوجه عام (477 فصلا) ويشمل سبع أقسام هي مصادر الالتزامات، أوصاف الالتزام، انتقال الالتزامات، آثارها، بطلانها وإبطالها، انقضائها وإثباتها.

أما الكتاب الثاني فخصص لمختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها(723 فصلا) ويضم اثني عشر قسما مخصصة لعدة أنواع من العقود وهي: البيع، المعاوضة، الإجارة، الوديعة والحراسة، العارية، الوكالة، الاشتراك، عقود الغرر، الصلح، الكفالة، الرهن الحيازي وقسم أخير مخصص لمختلف أنواع الدائنين.

وتعتبر نظرية الالتزامات ركيزة الحقوق المدنية وهي منها بمثابة العمود الفقري من جسم الإنسان بل إن سلطانها ينبسط على فروع الحقوق جميعا بحيث نجد آثارها في بعض المبادئ السائدة في الحقوق التجارية أو في الحقوق الإدارية أو في الحقوق الجزائية...[10]، كما تعتبر قواعد هذه النظرية أكثر شمولية وأكثر تجريدا، فهي تقوم على مجموعة من المبادئ المشتركة بين مختلف النظم القانونية وتقتصر على التنصيص على القواعد الكلية دون الدخول في تفاصيل الجزئيات، ومن أهم تلك المبادئ نذكر سلطان الإرادة و عيوبها والقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للالتزام وحسن النية في تنفيذ الالتزام والنظام العام والقوة القاهرة والظروف الطارئة ونظرية التعسف والمساواة التي تشكل تعبيرا عن الطابع الأخلاقي الذي أصبغته الديانات على مختلف النظم القانونية.

كما يمتاز القانون المغربي بتكريسه لمبدأ الرضائية والحرية في التعاقد التي لا يحد منها إلا قيد النظام العام وكل ما من شأنه المساس بحقوق الغير، فبالرغم من المرونة التي عرفتها بعض المبادئ التقليدية في ميدان القانون المدني كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية آثار العقد إلا أن هذه المبادئ لا زالت محتفظة بصلابتها في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي.

[10] - مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، دار القلم، لبنان 1994 مقدمة الطبعة ص 3.

لقد ظل هذا القانون شامخا وصامدا ولم يتأثر بالمواقف المتباينة منه سواء خلال عهد الحماية أو حتى بعد الاستقلال وإلى يومنا هذا، فهو يتميز بعدة خصائص ضمنت له هذا النوع من الثبات والاستقرار فقواعده أكثر تعميما وتجريدا وشمولية، فهو قانون جميع الناس وليس قانون طائفة معينة[11].

إن ظهير الالتزامات والعقود اعتبر في تاريخه متقدما عن المجتمع الذي وضع له لأنه جاء ليوجهه نحو نمط معين للإنتاج وليشكل أداة مهمة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية في هذا الإطار، إلا أنه يشكل اليوم كذلك وسيلة للنهوض بالتعاون والتبادل بين المغرب وغيره من الدول.

ثانيا: ظهير الالتزامات والعقود في مواجهة التحولات الداخلية والاكراهات الخارجية، أي قدرة على الصمود والثبات؟

ظل ظهير الالتزامات والعقود طيلة ما يزيد على القرن، بفعل حمولته القانونية والتاريخية المتميزة محافظا على ثبات وضعيته باعتباره نصا أساسيا في المنظومة التشريعية الوطنية رغم التطورات والمستجدات التي عرفها المغرب في ميدان تنظيم المعاملات، ورغم تطور المجال القانوني خصوصا في الجانب الذي تتفاعل أو تتقاطع معه بشكل مباشر مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، مما قد يعطي انطباعا بأن هذا القانون أصبح عصيا عن التجاوز لاسيما بعد إلغاء عدة قوانين خرجت إلى الوجود إبان صدوره كالقانون التجاري وإصدار قوانين جديدة كمدونة الحقوق العينية وقانون حماية المستهلك[12] ، مدونة الأسرة ، قوانين الشركات، مدونة الشغل، قانون مؤسسات الائتمان، قانون حرية الأسعار والمنافسة، وقانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية...

فبالرغم من صمود هذا القانون طيلة قرن من الزمن بنفس الصياغة وبنفس الأسلوب والأفكار والمفاهيم التي تضمنها منذ مطلع القرن الماضي فهو لم يقف ولن يقف يوما ما في وجه التحولات التي يعرفها المجتمع خاصة فيما يتعلق بحاجته إلى تحقيق استقرار المعاملات وإرساء أسس العدالة والأمان القانوني، كما أنه لم يتخلف

---

[11] – أحمد ادريوش، الثقافة والقانون، الجزء الثاني، قانون الالتزامات والعقود: مائة سنة من الصمود، تأملات حول تأثير الثقافة القانونية للحقوقيين والسياسيين على موقفهم من القانون المقتبس للالتزامات والعقود، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 2016، ص 8.

[12] – منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة النصوص القانونية، العدد 14، يناير 2009.

أبدا عن مواكبة التطور التكنولوجي في مجال الاتصال والتعاقد، ولنا في تتبع التعديلات والإضافات التي أدخلت على هذا القانون أو على غيره من القوانين ذات الصلة خير دليل على يقظة المشرع واستجابته لحاجيات المجتمع وعلى درجة مواكبته لجميع التحولات التي يشهدها عالم اليوم دون مساس بالثوابت والمبادئ العامة المؤطرة للالتزامات والعقود[13]، فالمشرع إذن حافظ على مكانة قانون الالتزامات والعقود ضمن منظومة القانون المغربي باعتباره معلمة متميزة تقوم على مجموعة من القواعد العامة الدائمة والمستمرة كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحسن النية... مع مواكبة حاجيات المجتمع إلى مزيد من التنظيم لممارسات وسلوكيات جديدة وذلك بتقنينها خارج هذا القانون أو إدماج ما يليق منها ضمن صلبه.

فبعد سنة 1965 التي تم فيها تعريب هذا القانون وإدخال بعض الإصلاحات الشكلية ليصبح منسجما مع وضع المغرب المستقل، عرف قانون الالتزامات والعقود فيما بعد تعديلات أخرى همت بعض المجالات بواسطة القوانين التالية:

– الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.345 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المتعلق بتتميم الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بإضافة "ثانيا مكرر" والذي أدرج الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ضمن قائمة الديون الممتازة على كل المنقولات ووضعها في الرتبة الثالثة.

– القانون رقم 27.95 المتمم للفصل 264 بإضافة حكم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، حيث تمت إجازة الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض وتم الاعتراف صراحة للمحكمة بالحق في التدخل لتعديله، وكل شرط مخالف لذلك يعد باطلا.

– القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، حيث تم تتميم القسم المتعلق بعقد البيع بفرع رابع من 20 فصلا عرف فيها هذا العقد وحدد نطاق تطبيقه وعرض مختلف مقتضياته مع التمييز فيها بين البيع الابتدائي وبين البيع النهائي.

– القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

[13]- احمد ادريوش، الثقافة والقانون الجزء الثاني، مرجع سابق ص 9.

– القانون رقم 09.15 بتغيير الفصل 2.1 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على إمكانية إعداد وحفظ الكتابة بشكل إلكتروني عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني.

– القانون 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز.

– إضافة باب رابع في القسم الأول من الكتاب الأول والخاص بالمسؤولية المدنية الناجمة عن المنتجات المعيبة، وذلك بموجب المادة 65 من القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، حيث تم تحديد مفهوم مسؤولية المنتج وشروط تحققها وكذا شروط الإعفاء منها وكذا شروط الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة.

وبالموازاة مع هذه التعديلات عرف قانون الالتزامات والعقود تأثيرات أخرى بفعل تعديلات تمت خارج نصوصه، فصدرت قوانين جديدة كمدونة الأسرة، مدونة التجارة، مدونة الشغل، قوانين الشركات.... تضمنت في بعض الأحيان مقتضيات مخالفة لتلك التي يتضمنها القانون المدني لاسيما فيما يرتبط بمواضيع الأهلية أو عقد العمل أو عقد الشركة أو ترتيب الديون الممتازة أو التقادم.

ومن الأمثلة على التضارب الحاصل بين ظهير الالتزامات والعقود وقوانين أخرى، ذلك الحاصل مع مدونة الأسرة التي تقضي بأن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، في حين ينص ظهير الالتزامات والعقود على أن تصرفات القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم لا يلزمان بها وتكون قابلة للإبطال ويمكن تصحيحها بإجازة من أحد الأطراف الثلاث.

ومن الأمثلة على التضارب مع مدونة التجارة تنصيص هذه الأخيرة على كمال أهلية الأجنبي لمزاولة التجارة ببلوغه عشرين سنة ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى[14]، في حين تخضع الأهلية حسب ظهير الالتزامات والعقود للقانون

[14]- مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينص عليه قانون الجنسية الذي اعتبر في مادته الرابعة على أنه يعتبر راشدا في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة.

الوطني للشخص باعتبارها جزءا من الأحوال الشخصية التي يسري عليها قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها.

كما أن القضاء استبعد من مفهوم التوقيع بصمة الإبهام بناء على مقتضيات الفصل 426 من ظهير الالتزامات والعقود وهو ما يتعارض مع بعض القوانين الخاصة التي اعترفت بالبصمة كتوقيع كمدونة الانتخابات وقانون المسطرة الجنائية وقانون كفالة الأطفال المهملين...[15]

وكان من المفترض أن تتضمن النصوص الجديدة موادا صريحة تنص على نسخ المقتضيات المخالفة في ظهير الالتزامات والعقود، إلا أن إرادة المشرع على ما يبدو كانت تنصرف بمناسبة كل تشريع جديد إلى عدم المس بهذا الظهير مما جعل بعض مقتضياته متجاوزة بفعل تطبيق النصوص الجديدة، فقد اقتضت مثلا عملية إصلاح قانون الأعمال ضبط الإحالة إلى ظهير الالتزامات والعقود بعدما كانت المسودات التمهيدية تنسخ وتعوض بعض أحكام القانون المذكور، لكن تم التراجع عن هذا الإلغاء خلال عملية الصياغة النهائية لهذا المشروع أو ذاك.

إن أهم المقتضيات الجديدة التي مست ظهير الالتزامات والعقود هي تلك التي جاء بها إصلاح القوانين الاقتصادية سواء على مستوى النظرية العامة أو على مستوى العقود المسماة، وتتميز هذه المقتضيات بطابعها التوجيهي، أي تمكين الأطراف من ممارسة حريتهم التعاقدية في إطار القانون وبترخيص منه، كما تتميز بطابعها الحمائي لأنها ترمي إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد لتحقيق نوع من العدالة التعاقدية و بالتالي محاولة الحفاظ على استقرار المعاملات و حماية المراكز القانونية تدعيما للثقة في الاقتصاد المغربي.

ونشير في هذا الصدد إلى قانونين اثنين هما القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والقانون المتعلق بحماية المستهلك اللذان تضمنا مقتضيات توجيهية وحمائية في نفس الوقت أثرت على النظرية العامة للعقد وكذا على القواعد المتعلقة بالعقود المسماة.

---

[15] - محمد بونبات ومحمد مومن، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش ونادي قضاة المغرب، يومي 14 و15 يونيو 2013، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 42.2013، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2013 ص 29 و30.

فقانون حرية الأسعار والمنافسة تضمن مبادئ مغايرة لتلك الواردة في ظهير الالتزامات والعقود، على أساس أن هذا الأخير يقوم على الحرية العقدية للأفراد، المستندة على مبدأ سلطان الإرادة بحيث أن إرادة طرفيه هي التي تحدد مضمون العقد والتزامات الطرفين، في حين أن الأول يقوم على الحرية التنافسية والتي تستند بدورها على مبدأ العرض والطلب كمحدد للأسعار في السوق، وأن العقد في ظلها مجرد آلية لتحريك الثروات وتوزيعها، والغاية هي ضمان الشفافية وحماية المصلحة العامة الاقتصادية. كما تضمن هذا القانون العديد من الوسائل القانونية المختلفة عن تلك المتعارف عليها في النظرية العامة للالتزامات، لأجل تحقيق التوازن العقدي، بحيث جاء بمجموعة من الضوابط منع من خلالها كل الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، وجاء بالعديد من الالتزامات لم تكن معروفة في ظهير الالتزامات والعقود، بحيث ألزم المهنيين بإعلام المستهلك وتقديم الفاتورة له، كما مكن المستهلك من حرية التعاقد لحماية رضاه من الوسائل غير الأمنية أو غير الشريفة التي يأتيها المهنيون ضدهم، رغم وجود نظرية عيوب الرضا، كما تم حظر الاتفاقات المخالفة لقواعد المنافسة، وكذا الاتفاقيات التعسفية المخلة بقواعدها[16].

أما القانون المتعلق بحماية المستهلك[17] فقد جاء هو الآخر بعدد كبير من المقتضيات تجاوز تأثيرها النظرية العامة للعقد إلى الأحكام التفصيلية للعقود المسماة والمسؤولية المدنية، ومن هاته المقتضيات تلك المتعلقة بعيوب الإرادة من خلال إقرار مجموعة من الحقوق لحماية المستهلك وأهمها الحق في الإعلام، وأحكام الشروط التعسفية والتي مست بشكل كبير بمبدأ سلطان الإرادة التي لم يعد لها دور غير محدد في وضع العقود التي تبرم بين المستهلك و المحترف وانما تم تحديد ذلك الدور عن طريق فرض التزامات وشروط على عاتق المورد في سبيل تحقيق هدفين اثنين وهما اعلام المستهلك واعطائه صورة واضحة عن العقد المبرم و عن المنتوج المستهلك ومنع المورد من وضع الشروط التعسفية. ومن الحقوق المقررة في هذا القانون الحق في الحماية من الإشهار الكاذب أو الخادع، وتلك المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد... مرورا بقلب عبء الإثبات وجعله على المورد استثناء في

[16] - للمزيد حول هذا الأمر، راجع القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 4810 بتاريخ 6 يوليو 2000.

[17] - القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011.

نزاعات الشروط التعسفية والعقود عن بعد عكس ما ينص عليه قانون الالتزامات والعقود من جعل عبء الإثبات على المدعى.

كما جاء هذا القانون بعدة مقتضيات لحماية المستهلك من بعض العقود أو الشروط، فنظم بعضها ومنع البعض الآخر. فقد نظم البيع خارج المحلات التجارية والبيع بالتخفيض وضمان عيوب المبيع والخدمة بعد البيع، كما منع، حماية للمستهلك البيع مع مكافأة وتعليق البيع على شروط معينة... وكذلك فعل بالنسبة لعقد القرض حيث أفرد له قسما خاصا عالج فيه القروض الاستهلاكية والعقارية بما يضمن حماية المستهلك في جميع العقود والتصرفات التي يلجأ إليها لضمان أداء هذه القروض وخاصة منها عقود الإيجار المقرون بوعد بالبيع أو مع خيار الشراء أو المفضي إلى البيع[18].

ويمكن أن نضيف أيضا المقتضيات المتعلقة بالتأمينات حيث أصبح التعاقد من أجله إجباريا في بعض الحالات كالتأمين الإجباري على السيارات، وفي مجال القنص، والتأمين الإجباري في مجال المسؤولية المهنية، وكذا حوادث الشغل، بالإضافة للصفقات العمومية.

إذن فهذه المستجدات ترمي إلى توجيه الاقتصاد من أجل تحقيق الغايات والأغراض المسطرة، وكذا الممارسة التعاقدية بما لا يخالف النظام العام الاقتصادي مع حماية الطرف الضعيف، فإذا كان ظهير الالتزامات والعقود يعترف للإرادة بدور مهم في تكوين العقد وفي تحديد آثاره، فإن التطور قد جاء من خارج هذا القانون حيث أضحت إرادة المشرع تتفوق على إرادة المتعاقدين، بمعنى أن دولة القانون في الميدان الاقتصادي تقتضي أن تحترم الإرادة القانون، وأن لا يكون لها إلا الدور الذي أراده المشرع، وقد استتبع هذا التطور قيودا معينة على الإرادة اقتضاها النظام العام الاقتصادي إما بهدف التوجيه أو بهدف الحماية.

يتضح إذن أن المشرع المغربي ورغم التطورات التي شهدتها الساحة الاقتصادية وتفاعلها مع ما يقع على الصعيد العالمي، ورغم صدور قوانين جديدة في هذا الإطار مست بعض المبادئ الراسخة في ظهير الالتزامات والعقود، فإن المشرع ارتأى الحفاظ على هذا القانون وعدم تغييره مع الاقتصار على بعض التعديلات

[18] - احمد ادريوش، الثقافة والقانون، مرجع سابق ص 165 و166.

الضرورية، وهو الأمر الذي سار عليه المشرع التونسي الذي اقتصر في مراجعته سنة 2005 على الألفاظ والمصطلحات دون الجوهر، أما في فرنسا فبعدما دافع بعض الفقه في الذكرى المائوية للقانون المدني الفرنسي سنة 1904 عن عدم جدوى المراجعة الشاملة[19]، رأى جانب آخر في نهاية القرن الماضي أن البناء المنطقي للعلاقات بين الدائنين والمدينين يعتبر أقل من غيره من مجالات القانون المدني عرضة للتطور...أما نظرية الالتزام فتشكل جزيرة مقاومة وسط قانون متحرك وهو سر كونية قانون الالتزامات[20]، وكان ينبغي انتظار الاحتفال بالذكرى المائوية الثانية ليدافع جمع كبير من الفقهاء عن جدوى مراجعة وإصلاح بعض مقتضيات القانون المدني، إلى أن صدر مؤخرا في فبراير 2016 مرسوم لإصلاح هذا القانون حيث تم على مستوى الشكل إعادة صياغة بعض المواد لتكون واضحة ومبسطة، وعلى مستوى المضمون تم تكريس بعض الاجتهادات المستقرة مثل جزاء الاستغلال التعسفي للتبعية، مكان وزمان نشوء العقد بين الغائبين ومراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة، وتم تكريس عدة مبادئ كمبدأ حسن النية والرضائية، وإلغاء السبب كشرط لصحة العقد وإن كانت معالمه ظلت حاضرة في فصول أخرى كتلك المتعلقة بحماية النظام العام[21].

إن ظهير الالتزامات والعقود المغربي قد صمد لما يزيد عن القرن، فهو" نص قانوني أساسي يحتل مركز الصدارة في المشهد القانوني والقضائي ببلادنا، ويعد معلمة ذات حمولة قانونية وتاريخية واجتماعية واقتصادية متميزة[22] "، وقد استطاع المشرع أن يواكب حاجيات المجتمع بتنظيم المستجدات الجديدة التي فرضها التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي، وذلك إما بتقنينها إما خارج هذا القانون أو إدماج ما يليق منها ضمن صلبه، وبذلك استمر هذا النص من حيث

19-Voir Marcel Planiol, L'inutilité d'une révision générale du code civil, dans société d'études législatives, Le code civil 1804-1904, livre du centenaire, T2, Paris, Arthur Rousseau, éditeur.1904 p.953 à la page 961.

20 -Voir Jean, Henri et Léon Mazeaud, François Chabas, Leçons de droit civil, Tome 2, premier volume, Obligations, Théorie générale, monchrestien,1998.

21-Evane Pereira-Engel, Réforme du droit des contrats, qu'est ce qui va changer ? www.lepetitjuriste.fr.

22 - مقتضب من كلمة السيد وزير العدل والحريات في افتتاح الندوة العلمية الكبرى التي نظمتها كلية الحقوق اكدال بجامعة محمد الخامس بالرباط حول مئوية صدور قانون الالتزامات والعقود أيام 14 و15 و16 مارس 2013.

أسلوب صياغته وشموليته لمجموع المقتضيات المنظمة لنظرية الالتزامات، قادرا على معالجة العديد من المستجدات التي تفرضها المعاملات اليومية للأفراد بدليل أن جل القوانين الحديثة الصادرة مؤخرا تحيل على مقتضياته، إلا أن هذا الأمر لا ينفي حاجته إلى التنقيح أو الترميم لتجاوز بعض الأخطاء والهفوات التي تخللت بعض مراجعاته أحيانا في مجال الصياغة وأحيانا أخرى في مجال ضبط المفاهيم والمصطلحات.