

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / عدد خاص : أبريل 2014

➤ من مواضيع العدد الخاص : أبريل 2014

- تطور الظهير رهين بتعاون فقهاء الشرع والقانون.
- الظهير بين التأصيل الفرنسي و الأصل المالكي .
- مفهوم الالتزام وأنواعه بين الشرع والقانون المغربي.
- التراضي في العقود الالكترونية ، الحماية والقصور.
- مدى صمود ق.ل.ع.م. و قابليته للتعديل .
- مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
الغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للموتى (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

المساهمون بالمجلة

أعداد

شكرات

عدد خاص بمناسبة مرور مائة سنة على ظهور الالتزامات والعقود المغربي

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفوني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسني بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

عدد خاص : أبريل 2014

➤ كلمة العدد :

- تطور ظهور الالتزامات والعقود المغربي رهين بالتعاون بين فقهاء الشرع والقانون : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

➤ المحور الأول : علاقة ظهور الالتزامات والعقود بالفقه الإسلامي والقوانين الأجنبية :

- ظهور الالتزامات والعقود بين وهم التأصيل الفرنسي ، وحقيقة الأصل المالكي : إعداد الباحثة الأستاذة أسماء تخونني أستاذة مساعدة - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق - جامعة الطارف - الجزائر.....05
- مفهوم الالتزام وأنواعه بين الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود المغربي : الدكتور سانح بوثنين باحث بوحدة فقه الأموال في المذهب المالكي من خلال تراث الغرب الإسلامي كلية الآداب فاس- سايس المغرب.....11

➤ المحور الثاني : تقييم ظهور الالتزامات والعقود :

- التراضي في العقود الالكترونية (أوجه الحماية والقصور التشريعي) : إعداد الأستاذة إكرام مختاري باحثة في سلك الدكتوراه شعبة القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول بوجدة.....24
- خلفية صمود قانون الالتزامات والعقود و مدى قابلية مضامينه للتعديل : عالي تنغولست ماستر في القانون المدني من كلية الحقوق أكادير- فاعل جمعي.....63
- ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية ؟ : خالد التومي باحث في قانون الأسرة حاصل على شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص - الأسرة والتنمية.....72

- L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN EXECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION :
Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé de droit privé à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.....83

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبّر عن آراء كاتبها ولا نعبّر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

نظور ظهير الالتزامات والعقود المغربي رهين بالنعاون بين فقهاء الشرع والقانون :



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، يسعد مجلة الفقه والقانون أن تضح بين أيدي الباحثين الكرام العدد الأول من سلسلة الأعداد الخاصة بمناسبة مرور مائة سنة على إصدار ظهير الالتزامات والعقود المغربي وهو تجربة ومحاولة متواضعة تنتظر التوجيه والتصحيح من قبل الباحثين المتخصصين في الشرع والقانون لتستمر .

وقد حاول الباحثون من خلال هذا العدد الإجابة عن بعض الأسئلة المرتبطة بعلاقة ظهير الالتزامات والعقود المغربي ببعض القوانين الأجنبية وعلى رأسها القانون الفرنسي ومجلة الالتزامات والعقود التونسية ، وأيضا علاقته بالفقه الإسلامي والمالكي منه تحديدا على اعتبار أنه المذهب الرسمي للمملكة المغربية ، بالإضافة إلى الوقوف على أهمية الاختلاف الفقهي والقضائي في تفسير النصوص القانونية المتطابقة بين البلدان العربية والأجنبية في تطور ظهير الالتزامات والعقود المغربي ، وعلى سبيل المثال لا الحصر بعض الفصول من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والتي هي نسخة طبق الأصل من مثيلاتها في الظهير المغربي.

هذا من جهة ، ومن جهة ثانية رصد الباحثون مدى مساهمة الظهير المذكور للتطورات الجديدة التي عرفها العالم ، وعلى رأسها بعض المعاملات الإلكترونية ، متسائلين عن مدى صموده وقابلية مضامينه للتعديل بما يساير المستجدات والواقع المغربي ، مع محاولة الكشف عن مدى صلاحية الظهير لوضع حلول ناجعة بالنسبة للإشكالات المرتبطة ببعض القوانين الأخرى ، على اعتبار أنه الشريعة العامة للعديد من القوانين في كل نقص أو فراغ تشريعي.

والحقيقة أنه بالرغم من أن موضوع البحث في ظهير الالتزامات والعقود المغربي هو موضوع شائك ويحر غامض لازلنا لم نقف أو نكشف عن العديد من أسرارها وجواهره ودرره ، إلا أن هناك سرا واضحا للعيان وحقيقة ساطعة لا ينبغي لأحد إنكارها وهي ضرورة تضافر جهود فقهاء الشرع والقانون من أجل النهوض بقانون الالتزامات والعقود المغربي من خلال تواصل أكبر بين الفريقين نستفيد منه من درر وكنوز فقهاء الإسلام والقانوني معا إلى درجة يذوب فيها ما هو شرعي بما هو قانوني بشكل يحقق المقاصد ويجعل ظهير الالتزامات والعقود المغربي أكثر قدرة على مساهمة طموحات و تطلعات الشعب المغربي .

ختاما أجدد شكري للباحثين الشباب الذي أكرمونا بدررهم ومساهماتهم القيمة ، وأؤكد لهم بانهم أمل هذه الأمة ومستقبلها الزاهر ، سائلين العلي القدير أن يجعلنا نحن معاشر الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد وبالسهرة والحمى ، أمين والحمد لله رب العالمين . فلا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم.

مع تحيات مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك .

المحور الأول :
علاقة ظهير الالتزامات والعقود
بالفقه الإسلامي و القوانين الأجنبية :

ظهير الالتزامات والعقود بين وهي الناصيل الفرنسي، وحقيقة الأصل المالكي



إعداد الباحثة: الأستاذة / أسماء تخونني

أستاذة مساعدة - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق - جامعة الطارف - دولة الجزائر

Email : asmatakhouni@yahoo.com

مقدمة :

صدر بتاريخ 12 غشت 1913، أول ظهير للالتزامات والعقود بالمغرب، ليحل محل الفقه الإسلامي في تنظيم المعاملات بين المغاربة والأجانب المقيمين بالمغرب، حيث عملت سلطات الحماية الفرنسية على اعتماد المجلة التونسية للالتزامات كمرجع أساسي لوضع مشروع ظهير الالتزامات والعقود، وذلك بعد نجاح التجربة التونسية، المتمثلة في اعتماد سلطات الحماية الفرنسية في تونس، على سنّ ترسانة قانونية عصرية، تحرر عنها مشروع أول مجلة الالتزامات والعقود سنة 1897م، وطبعتها سنة 1899م على يد الفقيه الايطالي "سانتيلانا"، المنحدر من عائلة يهودية، وقد حرصت سلطات الحماية الفرنسية على أن تتعارض أحكام المجلة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ويضم ظهير الالتزامات والعقود كتابين :

الكتاب الأول : الالتزامات بوجه عام (مصادر الالتزام - أوصافه - انتقاله - آثاره - البطلان - الإبطال - الانقضاء - الإثبات - البراءة منه).

الكتاب الثاني : العقود (البيع - المعاوضة - الإجارة - الوديعة والحراسة - العارية - الوكالة - الاشتراك - عقود الغرر - الصلح - الكفالة - الرهن الحيازي - مختلف أنواع الدائنين).

وحول طبيعة قواعد ظهير الالتزامات والعقود، قمت بإعداد سبر للآراء الفقهية لبعض المحللين القانونيين المغاربة، حيث جاءت آراءهم حرفيا في نطاق ما يلي :

1- السّر في ظهير الالتزامات والعقود، هو الشعور الوطني بعدم مخالفة أحكامه للشريعة الإسلامية، ولا يخالف الضمائر الدينية والعادات القومية.

2- قانون الالتزامات والعقود يمزج بين القواعد الفقهية والقانون الفرنسي في مجال المعاملات والتعاقد، ويقوم على مبادئ ثلاثة : الحرية - المساواة - حسن النية.

3- ظهور الالتزامات والعقود يجمع بين طبيّاته، بالإضافة إلى المبادئ العامة، القواعد الفقهية للمذهب

المالكي.

فما نعلمه أن ظهور الالتزامات والعقود نُسخ في عهد الحماية الفرنسية للمغرب، التي تعتبر نقطة تحول على مستوى المنظومة التشريعية المغربية، حيث تم إثر تلك الفترة الانتقال التدريجي، أو بالأصح " الاستعمار التدريجي " من تطبيق أحكام الفقه الإسلامي وخصوصاً المذهب المالكي إلى تطبيق قوانين عصرية، التي من ضمنها ظهور الالتزامات والعقود، لنتي من خلال سبر الآراء ونكتشف أن القوانين العصرية بعد أن كان هدفها هو التخلي عن الشريعة الإسلامية، أصبح محتواها إسلامياً خالصاً، لكن بثوب صانع فرنسي يبقى له الفضل مدى الدهر.

لكن ما لا نعلمه هو،، كيف استطاع نابليون وبعبقرية فريدة، أن يخدع ويوهم القلوب قبل العقول ، بالرجعية الفرنسية لجميع القوانين العربية للدول المستعمرة، أو المنتدبة، أو الموضوعة تحت الحماية، ولاسيما القوانين المدنية، والتي من ضمنها ظهور الالتزامات والعقود المغربي ؟

وهو ما نحاول إثباته خلال هذه الدراسة - وإن كانت موجزة-، ليبقى القصد الأول هو تأكيد مقولة هامة مفادها : " هذه بضاعتنا رُدّت إلينا".

وذلك من خلال المحاور الآتية :

أولاً : الانتشار التاريخي للمذهب المالكي في أوروبا.

ثانياً : تأثير المذهب المالكي على النظام القانوني الفرنسي.

ثالثاً : المرجعية المالكية لظهور الالتزامات والعقود المغربي.

أولاً : الانتشار التاريخي للمذهب المالكي في أوروبا :

يعد فتح شبه جزيرة إيبيريا⁽¹⁾، حدثاً من أعظم أحداث التاريخ في بداية العصور الوسطى، ففي هذه الرقعة من الأرض قامت أول دولة عربية إسلامية في القارة الأوروبية، وهي دولة استمرت قائمة على مدى ثمانية قرون، واستطاع الأندلسيون أن يجعلوا من وطنهم واحداً من اكبر بلاد الإسلام ازدهاراً، وأقاموا صرح حضارة امتزجت فيها عناصر أوروبية، وإفريقية وآسيوية، وكانت لها شخصيتها المميّزة، عن غيرها من حضارات البلاد الإسلامية، واستطاعت أن تصبح جسراً عبرت خلاله الثقافة العربية الإسلامية إلى الغرب الأوروبي⁽²⁾، وكانت شبه الجزيرة الأيبيرية قبل الفتح الإسلامي خاضعة لسلطان القوط الغربيين، وهؤلاء من الشعوب الجرمانية التي انقضت على الإمبراطورية الرومانية، حينما تطرّق إليها الضعف والاختلال في أوائل القرن الخامس الميلادي، وفي سنة 409

(1) - شبه جزيرة إيبيريا، أو جزيرة الأندلس أثناء فترة الحكم الإسلامي للأندلس، تقع في الجنوب الغربي من قارة أوروبا، تتكون من : اسبانيا، البرتغال، أندورا ومنطقة جبل طارق، حيث تشكل اسبانيا الجزء الأكبر منها بحوالي 85%، في حين تحتل البرتغال الجزء الغربي فيها بنحو 14,9% من مساحتها، يحدها البحر المتوسط من الجنوب والشرق، والمحيط الأطلسي من شمالها وغربها، وتتصل مع أوروبا من طرفها الشمالي الشرقي، وتزيد مساحتها عن 582 ألف كم مربع، وتشكل جبال البرانس الحدود الطبيعية مع أوروبا بالشبه الجزيرة الإيبيرية.

(2) - محمود مكي، تاريخ الأندلس السياسي، دراسة ضمن كتاب الحضارة العربية الإسلامية في الأندلس، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 1999، ص 55.

ميلادية، اقتحمت هذه القبائل الجرمانية شبه جزيرة إيبيريا وتقاومت مقاطعاتها التي كانت خاضعة لإمبراطورية روما، وكان هؤلاء القوط الغربيون (visigodos) يتوزعون على مجموعات ثلاث: الشويقات (Suevos) وكان نصيبهم الطرف الشمالي الغربي من شبه الجزيرة يدعى (جليقية Galicia)، والآلان (Alanos) وقد استقروا في المقاطعتين الشرقية (القرطاجية la cataraginense) والغربية (الجدانية la Lusitania) أي البرتغال، والمجموعة الثالثة هي الوندال (Vandalos)، وكان نصيبها المقاطعة الجنوبية المدعوة (باطقة la Batika)⁽¹⁾، وفيما بين سنتي 429م و435م هاجرت مجموعات من هؤلاء الوندال إلى مقاطعة إفريقية الرومانية (أي تونس وشرقي الجزائر اليوم) طمعاً في خيراتها، ولم يستطع الرومان لضعفهم صدّ هؤلاء الغزاة، وظلت سلالة هؤلاء القوط في إفريقية حتى فتح العرب هذه البلاد، وحينما عرفوا أنهم قدموا إلى إفريقية من شبه جزيرة إيبيريا، أطلقوا على هذه البلاد اسم تلك القبائل القوطية (Vandalos) محرفاً تحريفاً طفيفاً، ومن هنا أتى اسم الأندلس الذي أصبح يعني ما بأيدي المسلمين من أرض شبه الجزيرة الإيبيرية، وفي سنة 711، سقطت دولة القوط، ودخل العرب بعد تعاقب عدد من ملوك القوط على البلاد التي كانت تمرّ في حالة شبه دائمة من الثورات والحروب الأهلية والمؤامرات، وقد واصل عدد من ولاية الأندلس حركة الفتح، فيما وراء جبال البرانس، حتى وصلوا إلى (بورديو) و(تور)، ودارت معركة (بواتيه) سنة 832م التي انتهت بهزيمة المسلمين، لكن لا تزال في أيدي المسلمين أراضي واسعة في المنطقة (بروفانس)، ثم تمّ الاستيلاء على فالانس وليون⁽²⁾.

لقد كانت مدينة قرطبة⁽³⁾، منبع العلم، إذ أقام فيها أحد تلامذة مالك بن أنس، واسمه يحيى بن يحيى، فغداً مذهب مالك في القضاء سائداً في الأندلس، وبلغت قرطبة ذروة التوسع الثقافي بحيث تفوّقت على عواصم العالم في ذلك الوقت بأربعة أشياء: القنطرة فوق نهرها، والجامع ومدينة الزهراء، والعلم هو أهم هذه الأشياء⁽⁴⁾، فقد كانت قرطبة مركزاً فكرياً قبل أي اعتبار، فكان في قرطبة من الكتب أكثر مما كان في أية مدينة أخرى من مدن الأندلس، وكان أهلها أكثر الناس حرصاً على العناية بمكتباتهم، وكانت مجموعات الكتب تعد علامة على علو المنزلة والصدارة في المجتمع، وكانت المدارس الإسلامية في الأندلس تستخدم عشرات النسخات النساء، ومثل هذه المدارس في القرون الوسطى تعادل دور النشر في هذه الأيام، وكان جامع قرطبة مركزاً مشهوراً للدراسة العالية، إذ كان أول جامعة قروسطية في أوروبا يتلقى فيه الألوف من الطلبة العلوم مثل الفقه والتفسير، وقد اشتهر علماء قرطبة في الفقه والتفسير الحديث، وكان العرب والمسيحيون واليهود يتكلمون اللغة العربية واللهجة الإسبانية المحلية من اللاتينية، وقد منع في عهد أواخر الأمويين تدريس اللاتينية، وكان على أطفال المسحيين أن يذهبوا إلى المدارس العربية⁽⁵⁾.

وفي قرطبة عاصمة الخلافة، كان هناك يقظة لافتة في كل فروع المعرفة، ومنها الشريعة وكان هناك ازدهار في مجال التعليم، فكل شخص في قرطبة كان يعرف القراءة والكتابة، وقد جاء أوروبيون من جميع البلدان الأوروبية إلى قرطبة لتلقي المعرفة⁽⁶⁾، وقد تعلم سيلفستر الثاني (Silvester II) في قرطبة، والذي أصبح فيما بعد البابا على

(1) - حسان حلاق، دراسات في تاريخ الحضارة الإسلامية، مصر، دار النهضة العربية، 1989، ص 261.

(2) - محمود مكي، المرجع السابق، ص 57-58.

(3) - قرطبة: مدينة، وعاصمة لمنطقة اندلوسيا في جنوب اسبانيا، وتقع على ضفة نهر الوادي الكبير، اشتهرت أيام الحكم الإسلامي لاسبانيا، حيث كانت عاصمة الدولة الأموية هناك، ومعنى قرطبة باللغة العربية: العدو الشديد.

(4) - حسان حلاق، المرجع السابق، ص 259.

(5) - روبرت هيلبراند، الحضارة العربية الإسلامية في الأندلس، بيروت، مركز الوحدة العربية للدراسات، 1999، ص 197.

(6) - Reinhardt Peter Anne Dozy, histoire des musulmans d'Espagne jusqu'à la conquête de l'andalouse par les almoravides (711-1110), 3 vols, 2^{ème} édition, P 184.

أيدي العرب في طليطلة، وعلى الصعيد الفقهي، فقد كان أول القضاة القاضي مهدي بن مسلم، وقد تمّ تعيينه سنة 838م، وهو يستند في أحكامه إلى القرآن والسنة، كما أنه يستخدم رأيه الخاص بعد مقارنته بالعلماء الآخرين، بلاد الشام عام 740م، واشتهر بصلووعه في الحديث ويعدم انتمائه إلى أي مذهب معروف، وكان يستخدم القياس حسب معياره الشخصي، إلى أن ظهر اتجاه شامي آخر يترأسه صعصعة بن سلام الشامي وهو مفتي قرطبة أيضاً، وهو الذي نشر مذهب الإمام الأوزاعي⁽¹⁾، فكان يرفض العمل بالرأي ويتمسك بالحديث، ولكن مذهب الأوزاعي اضطر إلى التراجع أمام مذهب آخر، هو المذهب المالكي، الذي سوف يصبح المذهب الوحيد الرسمي ابتداء من القرن التاسع الميلادي، وقد نشر مذهب الإمام مالك عدد من تلامذته المباشرين، خصوصاً القرطبي يحيى بن يحيى الليثي البربري الأصل، وأصبح المذهب السائد فعلاً في الأندلس هو المذهب المالكي ثم انتقل الثقافة الإسلامية من بلاد الأندلس إلى أوروبا، وكانت طرق التواصل سهلة، وأهمها مدارس الترجمة التي أنشأها الملوك والأساقفة في طليطلة، عقب سقوطها بأيدي النصارى سنة 1085م⁽²⁾، وقد شكلت أعمال الترجمة قناة غير مباشرة، ولكنها ملموسة جداً لنقل الثقافة الإسلامية من بلاد الأندلس إلى أوروبا، وأدت مدارس الترجمة إلى اجتذاب مجموعة من رجال الفكر ذوي الأصول الأوروبية المختلفة إلى شبه الجزيرة الإيبيرية ليقوموا بعد ذلك بنشر نتائج تراجمهم للمخطوطات العربية في بلدانهم الأصلية، فانتقلت بذلك المعارف بكافة أصنافها إلى أوروبا عبر علماء الإسلام من الأندلس، وبخاصة قواعد الفقه، فالحرية، الإخاء والمساواة، شعارات نادى بها الثورة الفرنسية في أواخر القرن 18م، وكلنا يعرف أن هذه الشعارات خرجت من فرنسا، في حين أن الأمريكيين يعلنون أنهم نادوا بهذه الشعارات في ثورتهم قبل الثورة الفرنسية، والحقيقة أن الإسلام قد سبقهما إلى ذلك الشأن عندما نادى بتلك المبادئ والحقوق على أنها قواعد أساسية، من خلال آيات القرآن الكريم التي لم تفرّق بين عربي وأعجمي إلا بالتقوى، وساوت بين البشر واعتبرتهم أحراراً، وإخواناً، ومن خلال سنة الرسول محمد صلى الله عليه وسلم-، الذي آخى بين المهاجرين والأنصار، بحيث كان أول من طبّق مبدأ الإخاء في التاريخ⁽³⁾، والأمثلة في القرآن والسنة لا تعدّ ولا تحصى، قبل الثورة الفرنسية بثلاثة عشر قرناً من الزمان.

ثانياً : تأثير المذهب المالكي على النظام القانوني الفرنسي :

إن الحكومة الفرنسية أمرت بترجمة فقه الإمام مالك، إذ ورد حرفياً في كتاب المستشرق الفرنسي (سيديو) : "أن المذهب المالكي هو الذي يستوقف نظرنا على الخصوص، لما لنا من الصلات بعرب افريقية، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيرون، في أن يترجم إلى الفرنسية كتاب *المختصر في الفقه* للخليل بن إسحاق بن يعقوب المتوفي سنة 1422م، وهذا الكتاب هو أحسن ما أُلّف في الفقه المالكي لاريب، فقد انتفع مؤلفه الخليل، بشتى الرسائل التي اشتمل عليها مذهب مالك، فكان أهمها : "المدونة والمختلطة لسحنون، والمعزية لمحمد بن المعيز المتوفي سنة 894م، والعتيبة لمحمد بن أحمد عبد العزيز العتيبي القرطبي المتوفي 827م، والواضحة لأبي مروان عبد

(1) - هو أبو عمرو، عبد الرحمن عمرو بن يحمّد شيخ الإسلام، وعالم أهل الشام، يقال انه ولد في بعلبك ومن الأئمة الذين رروا عنه وروى عنهم، الإمام مالك بن أسد، الإمام سفيان الثوري، عبد الله بن المبارك، ووكيع بن الجراح، وعبد الرزاق الصنعاني ويحيى بن سعيد القطان وغيرهم.

(2) - علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بيروت، دار الفتح للطباعة والنشر، 1970، ص 25.

الملك بن حبيب السلمي القرطبي المتوفي سنة 852م، والمبسوط لقاضي بغداد أبي إسحاق بن إسماعيل المتوفي سنة 895م، والجموعة لفيقه القيروان أبي عبد الله محمد بن إبراهيم المتوفي سنة 873م⁽¹⁾.

فقد وصل الفقه المالكي إلى فرنسا من خلال ترجمة بيرون بأمر من الحكومة الفرنسية، وتناولت الترجمة الفقه المالكي في ستة مجلدات من خلال مؤلف الخليل بن إسحاق الذي جمع صفوة المؤلفات المالكية، في مجموعة خاصة، وهو ما يعني بوضوح أن الفقه المالكي هو المرجعية القانونية الرسمية في فرنسا، التي تلقت باهتمام، وعمدت إلى التمسك به، ونقله لاحقاً بما يسمى "قانون نابليون"، ومن هنا نستشف اهتمام مدارس التغيير في فرنسا بهذا التشريع الجديد، وخاصة نظرية مدرسة التزام النصوص (l'école de l'exégèse)، والتي ظهرت على إثر وضع التقنيات الفرنسية، إذ كان الفقهاء الفرنسيون ينظرون إلى العمل التشريعي الذي قام به نابليون عندما جمع القواعد القانونية لكل فرع من فروع القانون في مجموعة مستقلة، نظرة تقديس واحترام، ورأوا أن التشريعات التي أصدرها نابليون جمعت كل شيء وأحاطت بكل شيء، وما دامت النصوص التشريعية تشتمل على كل شيء، فإن دور الفقيه يقتصر فقط على تفسيرها واستخلاص الأحكام منها، وفي تفسير الفقيه للنص، يتعين عليه أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي عبر عنها النص التشريعي عند وضعه، ونرى هنا التماثل مع فكرة أن القرآن الكريم حوى كل شيء، وهذا التقديس للنص عند الفقهاء الفرنسيين يدل على أنه احترام لنص مستورد لم يكن موجوداً، أو سائداً، وهذا النص يرقى إلى منزلة رفيعة كونه لم يكن موجوداً أو سائداً ولأنه ورد من أمة متحضرة... هو الفقه المالكي الذي دخل فرنسا من خلال ترجمة رسمية لكتاب فقه في مذهب الإمام مالك بن أسد هو "شرح الدردير على متن خليل"⁽²⁾.

ثالثاً: المرجعية المالكية لظهير الالتزامات والعقود المغربي :

وتتمثل المرجعية المالكية فيما أفاد به المستشرق الإيطالي العلامة "سانتيلانا"، الذي وضع الكثير من قواعد فقه المذهب المالكي في "مجلة الالتزامات والعقود" التي وُضِعَ من تجربتها ظهير الالتزامات والعقود المغربي، في ظل الوجود الفرنسي، فلا يمكن إثبات التأثير والتأثر بين نظامين إلا بعد إثبات العلاقة التاريخية بينهما، فتطبيق الفقه الإسلامي في الأندلس كان مناسبة تاريخية لتعرف الأوروبيين على أحكام هذا الفقه سيما فقه المذهب المالكي، الذي يعد العلامة "سانتيلانا" أحد مغترفيه دراسة ثم وضعاً فنياً للقواعد القانونية في مجلة العقود والالتزامات التونسية والمغربية أيضاً، ثم اعترافاً منه ومن غيره من المستشرقين، باتساع الهوة بين المبادئ الراقية التي يطبقها المسلمون في كثير من أجزاء أوروبا وبين قوانين التخلف والجهل السائدة في أوروبا قبل دخول القانون الإسلامي فيها، فنشر قواعد العدالة فيه، وقواعد الحياة عامة، وجلّ القوانين التي تتفاخر اليوم بفضلها وفضل نابليون علينا بترجمتها حرفياً من القانون الفرنسي إلى الدول العربية، التي لا نتمناها تبقى شاكرة لنابليون، ولكن صاحبة الفضل عليه وعلى القارة الأوروبية أجمع، ومن القواعد التي تثبت أن ظهير الالتزامات والعقود المغربي غير بعيد عن التخلي عن أحكام الشريعة الإسلامية، وليس بقانون عصري قدمت به الجماعة الفرنسية للمغرب بموجب اتفاقية سنة 1912، والتي سماها بعض الجاهلين بنقطة التحول في المنظومة التشريعية المغربية، بل هي نقطة إثبات الأصل الإسلامي لظهير الالتزامات والعقود، فمثلاً انعقاد البيع، ولزومه بالإيجاب والقبول فقط وانتقال الملكية بذلك، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل، وأن البلوغ القانوني حدة ثمانية عشر عاماً، وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس ملزماً برّد ما قبض من الطرف الآخر إلا إذ استفاد به وصان ماله وإلا فلا رجوع عليه لأن من تعاقد معه

(1) - لويس سيدبو، تاريخ العرب العام، ترجمة عادل زعير، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، 1948م، ص ص 456-457.

(2) - علي علي منصور، المرجع السابق، ص 17.

سلطة على ماله فهو المفترض، وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد مثل الشركة والوكالة وإيجار العمل، وأن أداء ما ليس بواجب يلزم من أخذ برد ما أخذ وغير ذلك... وكل هذا منقول من مذهب الإمام مالك، وهو في القانون المدني الفرنسي، كما أقرته سلطات الحماية الفرنسية كقوانين في البلاد التي تحميها، بل ذلك هو الاستعمار الديني الذي تلاه الاستعمار الجغرافي الذي حقق لنا مقولة هامة من خلال القوانين المترجمة إلى العربية، مفادها: *... هذه بضاعتنا ردت إلينا...*

وعليه نوصي من خلال هذا المنبر على :

- ضرورة شدّ الانتباه وألفات الأنظار، وكشف الستار عن ذلك التفرد الممتاز لنصوص التشريع الإسلامي (الفقه المالكي) في تناول جميع أحكام المعاملات، سيما أحكام الالتزامات والعقود، من خلال إعداد دراسات وبحوث جامعية تكون مقتصرة على جمع الأدلة الشرعية، والأفكار والأحكام ذات الصلة بفقه الالتزامات والعقود، ودراستها عن طريق :

- جمع النصوص القرآنية التي اعتاد الباحثون المسلمون الاستدلال بها، وبيان مدى تعلقها فعلا بمحل الاستدلال.
- إبراز الثبوت والدلالة فيما يخص النصوص النبوية، وذلك قصد الوصول إلى تحديد النصوص الدالة على المسائل المتعلقة بممارسة أحكام الالتزام والعقد، لاستخراج ما يلائم العصر من مبادئ وقواعد.
- ضرورة تكوين وحدة بحث يقتصر عملها على جمع التراث الفكري الإسلامي في فقه المعاملات المدنية والمالية (الالتزامات والعقود)، وتصنيفه ودراسته من ذوي الاختصاص كل في مجاله، وإعداد موسوعة كاملة تحدد ما هو ثابت، وما هو ظرفي في التعامل المالي في كتابي الالتزامات والعقود وجب مسيرته لمتطلبات العصر الحالي.

قائمة المصادر :

بالعربية :

- 1- حلاق حسان، دراسات في تاريخ الحضارة الإسلامية، مصر، دار النهضة العربية، 1989.
- 2- روبرت هيلبراند، الحضارة العربية الإسلامية في الأندلس، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 1999.
- 3- مكّي محمود، تاريخ الأندلس السياسي، دراسة ضمن كتاب الحضارة العربية الإسلامية.
- 4- منصور علي علي، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بيروت، دار الفتح للطباعة والنشر، 1970.
- 5- سيديو لويس، تاريخ العرب العام، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، 1948.

الأجنبية :

- 6- Reinhardt Pieter Anne Dozy, histoire des musulmans d'Espagne jusqu'à la conquête de l'Andalousie par les almoravides (711-1110), 3 vols, 2ème édition.

مفهوم النزاع وأنواعه بين الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود المغربي



الدكتور سانح : بوشين باحث بوحدة فقه الأموال في المذهب المالكي

من خلال تراث الغرب الإسلامي بكلية الآداب فاس- سايس -المغرب

لقد اكتسب مفهوم "الالتزام" أهمية قصوى منذ ظهور الإنسان على وجه البسيطة، وبرز حاجته الشديدة إلى التعامل مع غيره من بني البشر، وقد حفلت معظم التشريعات السماوية، والقوانين الإنسانية بالبنود التي تنظم هذه الالتزامات، وتبحث على احترامها، وامتثالها، ومعاقبة كل مخالف لها أو متملص من الخضوع لها.

وعلى مر التاريخ البشري عرف مفهوم "الالتزام" أو ما يسمى بـ " نظرية الالتزام " تطورا كبيرا أملتته التغيرات والتحويلات الاجتماعية، والاقتصادية التي طرأت على الاجتماع البشري، وفي المجتمعات العربية والإسلامية تم بناء وتصور فكرة "الالتزام" انطلاقا من مصادر الشريعة الإسلامية من كتاب وسنة؛ وما استنبطه الفقهاء منهما من أحكام، وظل الاحتكام إلى نصوص الشريعة في هذا الصدد حوالي ثلاثة عشر قرنا من الزمن إلى حين سقوط الخلافة العثمانية في بدايات القرن العشرين الميلادي، ودخول المستعمر الأجنبي إلى بعض البلدان العربية، محاولا فرض ثقافته الاجتماعية، والثقافية، والقانونية...

وفي المغرب حصل احتكاك كبير في المجال القانوني والتشريعي بين الثقافتين الإسلامية والفرنسية، ونلمس هذا الاحتكاك في مجمل التشريعات القانونية، وبصفة أخص في المجال المدني، حيث تم اعتبار قانون الالتزامات والعقود بمثابة شريعة عامة لمعظم المواد القانونية سواء كانت تجارية، أو إدارية، أو جزائية، أو أحوال شخصية.. والتي لم يتم تنظيمها بنص خاص.

وبما أن المذهب المالكي اعتبر في المغرب مذهبا رسميا، وحظي باهتمام المغاربة قاطبة منذ أمد بعيد، فقد اعتمد عليه بشكل كبير أثناء صياغة ظهير الالتزامات والعقود، خاصة في ما سمي بالمشهور، والراجح، وما جرى به العمل؛ ولأجل ذلك فالمذهب المالكي مصدر مهم من مصادر قانون الالتزامات والعقود إلى جانب المصادر الأخرى.

وقد آثرت في هذا البحث إجراء دراسة مقارنة لمفهوم الالتزام بين الفقه الإسلامي "خاصة الفقه المالكي" وقانون الالتزامات والعقود المغربي، وبيان أوجه الاتفاق أو الاختلاف بينهما؛ وذلك لما يمثله موضوع "الالتزام" من أهمية كبيرة في المعاملات، ولما حظي به من عناية الباحثين في الفقه والقانون قديما وحديثا.

وقد قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور :

أولا : مفهوم الالتزام لغة .

ثانيا : مفهوم الالتزام وأنواعه في الفقه الإسلامي.

ثالثا : مفهوم الالتزام وأنواعه في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

أولا : مفهوم الالتزام لغة :

جاء في " لسان العرب " لابن منظور: لزم الشيء يلزمه لزما ولزوما؛ ولازمه ملازمة ولزاما؛ والتزمه وألزمه إياه فالتزمه ورجل لزمة : يلزم الشيء فلا يفارقه. واللزام : الفيصل جدا(1).

وقوله عز وجل : «قل ما يعبا بكم ربي لولا دعاؤكم»(2) أي ما يصنع بكم ربي لولا دعاؤه إياكم إلى الإسلام «فقد كذبتهم فسوف يكون لزاما»(3) أي عذابا لازما لكم؛ قال الزجاج : قال أبو عبيدة: فيصلا(4)، وقال الراغب الأصفهاني في " المفردات " : لزوم الشيء طول مكثه(5). وقال ابن فارس في " معجم المقاييس " : اللام والزاء والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما(6). وقال الجرجاني في " التعريفات " : اللام ما يمتنع انفكاكه عن الشيء(7).

ويقال كذلك في اللغة : لزم الشيء لزوما؛ أي ثبت ودام. ولزمه المال : وجب عليه. وألزمته المال والعمل فالتزمه؛ أي أوجبه فثبت عليه. ويقال: الالتزام لغة الاعتناق(8)، والتزم الشيء أي اعتنقه فهو ملتزم، والتزمته بمعنى جعلته في عنقي، فمعنى الالتزام : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له(9).

ثانيا : مفهوم الالتزام وأنواعه في الفقه الإسلامي :

ذهب بعض المعاصرين إلى القول بأن مصطلح "التزام" لم يرد في تعابير فقهاء الشريعة الإسلامية؛ وإنما هو مستعار من القانون الغربي(10)، مرجحا السبب في ذلك بكون ما يسمى بالالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول فقهاء الشريعة الإسلامية جمع هذه الروابط في وحدة موضوعية تنتظمها .

وهذا ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في كتابه "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"(11) عندما قسم أنواع الالتزام في الفقه الإسلامي إلى أربعة: 1-التزام بالدين 2-التزام بالعين 3-التزام بالعمل 4-التزام بالتوثيق.

لكن عند البحث والاستقراء، ومحاولة الاطلاع على معظم ما كتبه فقهاء الشريعة الإسلامية - قديما وحديثا- في مسائل المعاملات نجد عدة تعريفات للالتزام؛ بعضها تناوله من جانب أعم وأدخل فيه جملة من المعاملات والتصرفات؛ والبعض الآخر تناوله بمعناه الأخص وقصره على بعض المعاملات دون بعض، خاصة فقهاء المالكية الذين ضيقوا مجالات "الالتزام" واتضح أنهم يقصدون به الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة. أما الالتزامات الأخرى؛ والتي تنشأ عن العقود والتصرفات المشاكلة لها فتدخل عندهم في باب الضمانات.

والجدير بالذكر أن فقهاء المالكية ومنذ زمن الإمام مالك رحمه الله قد تحدثوا عن الالتزام، وتشعبت تفرعاته عندهم، وتناولوا ما لا يحصى من مسائله بالدراسة والتمحيص، بما لا يدع مجالاً للقول بأنهم كانوا على غير معرفة به وبأحكامه.

وهكذا نجد الإمام الحطاب (ت 954هـ) (12) وهو من متأخري فقهاء المالكية قد أشار إلى هذه الحقيقة؛ وقام بإفراد مصنف خاص للالتزام سماه: "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"؛ و بين في مقدمته السبب الذي دعاه إلى تأليفه قائلاً: "فقد شاع عن مذهب الإمام مالك رضي الله عنه الحكم بالالتزام، وكثر السؤال عن ذلك عند التشاجر والخصام. ولم يكن له في كتب أهل المذهب باب ولا فصل مقرر، ولا علمت فيه مصنفًا يؤخذ حكمه منه ويجرر، بل مسائله متفرقة في الكتب والأبواب؛ كثيرة التشعب والاضطراب، وليس الحكم به على الإطلاق بصواب.."(13)

وهكذا يجد الباحث والناظر في المصنفات الفقهية للسادة المالكية حديثاً ذا شجون عن موضوع الالتزام، والأحكام والفروع التي بنوها عليه هي من الكثرة بحيث تستعصي على الجمع والترتيب؛ وقد نجد العذر للمعاصرين -خاصة رجال القانون- في أنهم تأثروا بالنظريات القانونية الغربية التي تناولت مسألة الالتزام(14) والتي هي مبنية في الواقع على حصر مصادر الالتزامات في مصدرين هما: التصرف القانوني والعمل القانوني، حيث يجمعون في الأول بين الإرادة المنفردة والعقد في مصدر واحد؛ ويجمعون في الثاني بين فئات الالتزامات الأخرى(15).

وقد نميل إلى الرأي الذي يقول بأن مفهوم الالتزام عند فقهاء المالكية شبيه إلى حد بعيد بما يسمى عند رجال القانون بالإرادة المنفردة؛ ويمكن أن يؤخذ ذلك من أوائل التعريفات الاصطلاحية للالتزام - حسب علمي - وهو تعريف الإمام الحطاب المالكي، حيث يعرفه بقوله: "هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء، فهو بمعنى العطية. وقد يطلق في العرف عندهم على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو المعروف عند الناس اليوم"(16).

فيدخل في الالتزام المطلق عند الحطاب: الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والنذر والضمان؛ ويدخل فيه بالمعنى الأخص من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه(17).

ونجد تعريفات متباينة للالتزام لدى الفقهاء المعاصرين؛ بحسب تصورهم لمعناه العام ومعناه الخاص. وهكذا يعرفه الشيخ أحمد إبراهيم بك بقوله: يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين، معنى خاص ومعنى عام. فتعريفه بالمعنى الخاص هو: إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً، ولا يتم إلا بالحيازة، وتبطله الموانع قبل الحيازة، وهو عام في جميع التبرعات على مذهب مالك. وتعريفه بالمعنى العام هو: إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع إياه فيلزمه، لأن الشرع ألزمه به امتثالاً وطاعة لأمر الشرع(18).

ويقترّب من هذا التعريف تعريف الدكتور محمد سلام مذكور بأنه: إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشارع له.

ويعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم، فكان قاصرا عليه حال موته، وعلى ما يتركه من أموال بعد موته؛ إذ لم يؤثر فيه الموت بالسقوط، وهو نوعان: قسري وهو: ما كان نتيجة لإلزام ممن له حق الإلزام، وذلك كما في المطلوبات الدينية التي ألزم الله بها عباده من زكاة وصدقة وحج وصلاة ونفقات..

واختياري وهو: ما كان بإرادة الإنسان واختياره فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل (19).

أما الشيخ مصطفى الزرقا فقد قسم الالتزام إلى نوعين: التزام إيجابي والتزام سلبي؛ وعرف الالتزام بقوله: الالتزام هو كون الشخص مكلفا بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره.

فضمن ما يتلفه شخص لآخر من أموال محترمة؛ هو التزام يقع على عهدة الملتف لمصلحة صاحب المال. ونفقة الفقير العاجز على قريبه الغني هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه الفقير. وتسليم المبيع، وضمن عيوبه الخفية، هما التزامان على البائع لمصلحة المشتري. وكذا أداء الثمن، وتسليم المبيع هما التزامان على المشتري لمصلحة البائع. وكل من هذه الالتزامات هو تكليف بفعل، فهي: التزامات إيجابية.

ومن أمثلة الالتزامات السلبية وهي عبارة عن تكليف بامتناع نجد: عدم التعدي على نفس الإنسان، أو جسمه، أو ماله، أو كرامته، و هو التزام يوجبه الشرع على كل مكلف؛ وكذا عدم استعمال الوديعة وعدم التقصير في حفظها، هما التزامان على كل وديع لمصلحة المودع يوجبهما عقد الإيداع؛ وكذا عدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية وفي استعمال المأجور، هما التزامان على المستعير، وعلى المستأجر لمصلحة المعير والمؤجر، ويجبان بعقد الإعارة و الإجارة.

وبالتالي فالالتزام قد ينشأ إما عن عقد وهو الالتزام العقدي، أو عن فعل ضار أو عن الشرع، ويسمى التزاما غير عقدي (20).

وهكذا فمصطلح "الالتزام" يطلق عند الفقهاء بطريق الاشتراك على أحد معنيين: معنى خاص؛ ومعنى عام، فتعريفه بمعناه الخاص هو: إيجاب الإنسان على نفسه شيئا من المعروف، مطلقا أو معلقا على شيء. وهو عام في جميع التبرعات؛ وهذا المفهوم خاص بمذهب المالكية، ولا يعرف عند غيرهم.

وتعريفه بمعناه العام هو: إيجاب الإنسان أمرا على نفسه، إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما عن طريق التعاقد مع غيره، وإما بإلزام الشرع إياه، فيلتزمه لأن الشرع ألزمه به، امتثالا وطاعة لأمر الشارع (21).

وبناء على ما سبق ذكره يمكن إضافة نوع آخر للالتزام هو: "الالتزام بأداء معروف"، لتصبح الأنواع خمسة عوض أربعة- كما هو الشأن عند عموم الفقهاء عدا المالكية- وسوف نتعرض بعجالة لهذه الأنواع؛ محاولين الوقوف عند النوع الخامس بشيء من التفصيل كالآتي:

1 : الالتزام بالدين :

ويستعمل الفقهاء كلمة الدين بمعنيين أحدهما أعم من الآخر؛ أما بالمعنى الأعم فيريدون به مطلق الحق اللازم في الذمة، بحيث يشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال؛ أيا كان سبب وجوبها، أو حقوق محضة كسائر الطاعات من صلاة وصوم وحج ونذر.. وأما بالمعنى الأخص، فللفقهاء قولان في حقيقته؛ أحدهما للحنفية، وهو عبارة عن ما يثبت في

الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف (22) أو قرض، وعلى ذلك يخرج عنه كل ما ثبت بغير هذه الأسباب الثلاثة كالزكاة، والدية، وأرش الجناية ونحو ذلك. والثاني للشافعية والمالكية والحنابلة، وهو أنه: كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته. وعلى ذلك يدخل فيه كل ما لزم في الذمة من أموال، سواء ثبتت في نظير عين مالية أو ثبتت حقا لله تعالى من غير مقابل كالزكاة (23).

2 : الالتزام بالعين :

وهو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكيها، أو تمليك منفعتها، أو تسليمها، أو حفظها، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار..

3: الالتزام بالعمل :

وهو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع، أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار.

4 : الالتزام بالتوثيق.

ومحله كفالة التزام؛ ويطلق عليه الفقهاء أيضا: الحمالة والزعامة. وينقسم هذا الالتزام عندهم إلى قسمين: ضمان مال؛ و ضمان وجه.

فأما ضمان المال : فيغرم فيه الضامن ويرجع فيه على المضمون عنه، إن ضمنه بإذنه اتفاقا؛ وكذلك إن ضمنه بغير إذنه، خلافا لأبي حنيفة.

وأما ضمان الوجه : وهو ضمان إحضار من عليه مال، فهو جائز خلافا للشافعية والظاهرية (24).

5 : الالتزام بأداء معروف .

وهو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا، أو معلقا على شيء (25) .

وقد ذهب الإمام الخطاب في كتابه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" إلى أن الالتزام بأداء معروف يقوم على أركان أربعة (26): الملتزم - بكسر الزاي - والملتزم له، والملتزم به، والصيغة.

أما الركن الأول - وهو الملتزم - : فيشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع، وهو المكلف الذي لا حجر عليه بوجه، وليس بمكره، فلا يلزم التزام المحجور عليه؛ كالسفيه والمأذون له في التجارة.

وأما الركن الثاني - وهو الملتزم له - فهو من يصح أن يملك، أو يملك الناس الانتفاع به كالمسجد والقنطرة.

وأما الركن الثالث - وهو الملتزم به - فهو كل ما فيه منفعة، وسواء كان فيه غرر أم لا، إلا فيما كان من باب المعاوضة فيشترط فيه انتفاء الغرر.

وأما الركن الرابع - وهي الصيغة - فهي لفظ، أو ما يقوم مقامه من إشارة، أو نحوها تدل على التزام إلزام الشخص نفسه ما التزمه.

وإذا لم يكن الالتزام على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة، ويبطل بالموت والفلس قبلها، كما في سائر التبرعات. وينقسم الالتزام بأداء معروف بدوره عند الملكية إلى أربعة أنواع(27):

النوع الأول : الالتزام الذي ليس بمعلق :

وهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء ، فيدخل في ذلك : الصدقة، والهبة ، والحبس ، والعارية ، والعمري، والعريية ، والمنحة، والإرفاق، والإخدام، والإسكان، والنذر، إذا كان غير معلق، والضمان.

والالتزام بالمعنى الأخص إنما هو بأمور اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كل باب؛ فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب، وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة. والثانية: فيما كان لقصد ثواب من المعطي، أو لوجه المعطي لصدقة أو قرابة ونحو ذلك.

وخصوا الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة، فإن كان ذلك على التأييد فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حياة المعطي فهو العمري، وإن كان محداً بمدة، أو غير محدد فهو العارية.

فإن كان ذلك في عقار أطلق عليه: الإسكان، وإن كان في ثمره أطلق عليه : العريية ، وإن كان في غلة حيوان أطلق عليه المنحة ، وإن كان في خدمة عبد أطلق عليه :

الإخدام ، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق عليه : الإرفاق. وخصوا الضمان بالالتزام الدين لمن هو له، أو التزام إحضار من هو عليه لمن هو له. وخصوا النذر المطلق بالالتزام طاعة الله تعالى بنية القرية؛ والالتزام الأخص بما كان بلفظ الالتزام. وتخرج العدة (28) لأنه لا التزام فيها(29).

النوع الثاني : الالتزام المعلق على فعل الملتزم - بكسر الزاي - :

وهو على نوعين : إما أن يكون القصد بالالتزام الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه، كقوله لزوجته : إن تزوجت عليك فلك ألف دينار. وإما أن يكون القصد حصول ذلك الفعل، ويكون الشيء الذي التزمه شكراً لله تعالى على حصوله، كقوله : إن قدمت من هذا السفر فلفلان علي ألف درهم، أو إن أتممت هذه الدار وهذا الكتاب فعلي كذا، وهذا من باب النذر.

النوع الثالث : الالتزام المعلق على فعل الملتزم له - بفتح الزاي - :

وهو على سبعة أنواع؛ لأن ذلك الفعل إما أن يكون اختيارياً أو غير اختياري، والاختياري: إما أن يكون واجباً أو حراماً أو جائزاً. والجائز : إما أن يكون لا منفعة فيه، أو فيه منفعة، والذي فيه منفعة : لا يخلو إما أن تكون المنفعة فيه للملتزم - بكسر الزاي - أو للملتزم له - بفتح الزاي - أو لغيرهما.

النوع الرابع : الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له :

وحكمه حكم الالتزام المطلق، وفروعه كثيرة، وأكثر مسائله من باب النذر المعلق، وباب الضمان (30). وهكذا نكون قد تعرضنا لمفهوم الالتزام وأنواعه عند فقهاء الشريعة الإسلامية،

وسوف نتقل إلى بيان مفهومه وأنواعه في قانون الالتزامات والعقود المغربي، كي ندرك أوجه الاتفاق و الاختلاف حول مفهوم الالتزام وأنواعه، بين الفقه الإسلامي، وقانون الالتزامات والعقود المغربي؛ المعمول به في بلادنا منذ مائة سنة تقريبا.

ثالثا : مفهوم الالتزام وأنواعه في قانون الالتزامات والعقود المغربي :

يجدر الذكر أن ظهير الالتزامات والعقود المغربي لم يتعرض صراحة إلى بيان مفهوم "الالتزام"؛ ولا نكاد نعثر على تعريف جامع، و مانع للالتزام إن نحن طالعنا مواده التي تتجاوز الألف مادة(31)، واكتفى فقط في الكتاب الأول بالحديث عن مصادر الالتزام، رغم أن الالتزام هو المحور الذي تدور عليه جل الأبواب، وهذا ما يدفع بنا إلى التساؤل عن الأسباب التي تكمن وراء هذا الإغفال - إن صح التعبير - في حين تعرضت بعض التشريعات القانونية العربية إلى تعريف الالتزام(32).

لعل السبب وراء عدم تعريف المشرع المغربي للالتزام هو تضارب وجهات النظر القانونية حول مفهوم الالتزام؛ وهذا التضارب انعكس حتى على لفظ "الالتزام" حيث استعاض عنه البعض بلفظ "الموجب"(33).

ومن بين أشهر تعريفات رجال القانون للالتزام قولهم: "الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن، والآخر مدين، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل"(34).

ومن التعريفات التي وقع عليها الاختيار كذلك تعريف الأستاذ السنهوري بحيث عرفه بقوله : "الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل" (35).

وهذا التعريف يبرز تطور مفهوم الالتزام بحيث أصبح له اتجاهان أحدهما مادي، والثاني شخصي. وبتحليل التعريف الأخير نجد أن الالتزام في القانون يحكمه مذهبان :

المذهب الشخصي : وعلى رأسه سافيني و بلانيول ومن على منوالهما - متأثران بالقانون الروماني - ويرون أن الحقوق المالية جميعها ليست إلا حقوقا شخصية، فالحق العيني لا يختلف عن الحق الشخصي، لأنه يتضمن علاقة بين صاحب الحق، ومن عليه الحق(36)؛ ومن ثم فلا مبرر لتقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية(37).

المذهب المادي : ويرى أنصاره - وعلى رأسهم جيريك من رجال القانون الألمان - وجود فرق بين الحق الشخصي، والحق العيني إذ أنه لا بد في الحق الشخصي - المرادف للالتزام - من توافر ثلاثة عناصر :

طرف صاحب حق، وطرف ملتزم وهو المدين، وعنصر ثالث هو الشيء محل الالتزام. أما الحق العيني فلا يتطلب قيامه إلا وجود عنصرين اثنين :

صاحب حق وشيء؛ محل الحق. ومن حيث الخصائص يمتاز الالتزام أو الحق الشخصي بأنه نسبي، أما الحق العيني فهو مطلق، يخول صاحبه ميزة التتبع والأفضلية(38).

والواقع أن محاولة محو الفوارق بين الحق الشخصي، والعيني لم تلق ترحابا في الأوساط القانونية داخل العالم الغربي وخارجه؛ وبقيت التفرقة بينهما حاصلة (39)، لأن الحق الشخصي عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها

يلتزم أحدهما وهو المدين تجاه الآخر، الذي هو الدائن بأن يؤدي له مبلغا من النقود أو بأن يقوم لصالحه بعمل أو امتناع عن عمل. أما الحق العيني فهو سلطة يمارسها الشخص على شيء معين، تمكنه من الحصول على المنفعة المرجوة من هذا الشيء، مباشرة ودون وساطة أحد(40).

ويمكننا استنتاج تعريف للالتزام من خلال حديث المادة الأولى من قانون الالتزامات والعقود المغربي عن مصادر الالتزامات، حيث تقول: "تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم"(41).

وبالتالي يمكن القول أن الالتزام حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي هو: رابطة قانونية، إما إرادية تنشأ بمقتضى اتفاق قانوني إرادي، أو غير إرادي(42) من أجل القيام بنقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل.

فيدخل في النوع الأول: العقد والإرادة المنفردة، ويدخل في الثاني: العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون(43).

وهكذا فالمشروع المغربي اعتبر الالتزامات أعم من العقود؛ فأدخل الإرادة المنفردة في تحديده لمفهوم الالتزام، وحسنا فعل، لأن حصر دائرة الالتزامات في العقود يخرج كثيرا من التصرفات القانونية التي لها أهمية كبرى، وينتشر التعامل بها بين الأفراد في مجتمعاتنا.

وإذا اعتبرنا أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد تأثر إلى أبعد الحدود بالقانون المدني الفرنسي، لأسباب عديدة لا يسمح المجال بالخوض فيها، فإنه في هذا الصدد لم يتأثر بما استقر عليه الرأي القانوني في فرنسا من عدم اعتداده بالإرادة المنفردة في تصوره لمفهوم الالتزام؛ لكن أخذ عليه ما أخذ على المشروع الفرنسي من حيث إدخاله لشبه العقد وشبه الجرم في دائرة الالتزامات، كما أنه أغفل ذكر القانون من ضمن مصادر الالتزام، مع أننا نلاحظ أن القانون تنبني عليه بعض الالتزامات(44).

والسبب - كما يظهر - وراء عدم اعتداد المشرعين المغربي والفرنسي بالقانون؛ كمصدر من مصادر الالتزام تأثرهما معا بنظرية بعض فقهاء القانون من أمثال:

بلانيول وريبير؛ التي تعتبر أن الالتزام ينشأ عن مصدرين اثنين هما: العقد والقانون، ويقولان أنه في حالة انتفاء العقد لا يمكن أن ينشأ التزام إلا بإرادة المشرع، بحيث يعتبر القانون مصدرا لسائر الالتزامات التعاقدية(45).

ولكن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح، لأنها تخلط بين المصدر المباشر، والمصدر غير المباشر للالتزام لأن القانون يعتبر مصدرا غير مباشر للالتزامات جميعها، حتى ما كان منها متولدا عن العقود، وبالتالي هناك فرق بين القانون من جهة، والالتزامات والعقود من جهة أخرى(46).

والمشروع المغربي اعتبر العقد شريعة المتعاقدين؛ وبالتالي فالالتزام يستمد قوته من القانون، ويقوم مقامه؛ وهذا ما تقرره المادة 230 من قانون الالتزامات والعقود؛ التي تقول: "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"(47).

ومن خلال إجراء مقارنة "ولونسية" بين كل من الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود المغربي فيما يخص مفهوم الالتزام وأنواعه؛ نخلص إلى وجود نقاط اتفاق واختلاف بينهما، وأهم ما يستوقفنا من خلال عرض وجهات النظر جميعها، أن الفقه الإسلامي باعتبار مصدريته والقواعد التي ينبنى عليها له مقاربة خاصة لمفهوم "الالتزام"؛ تختلف كل الاختلاف عن مقاربة القوانين الوضعية التي لها هي الأخرى مصدريتها الخاصة، وهذا ما انعكس على اتجاه قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي توزع في هذا الشأن بين المقاربات القانونية والفقهية المختلفة؛ وكان لذلك أثره البين، خصوصا فيما يتعلق بمسألة "الإرادة المنفردة" وهي أهم مسألة تضاربت وجهات النظر الفقهية بشأنها، لأنها مسألة تجد لها أصلا في الطابع الأخلاقي الذي يميز الاتجاه الفقهي الإسلامي عن الاتجاه القانوني؛ ففي حين يستمد الالتزام حجيته في الفقه الإسلامي انطلاقا من النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية، التي تربط آثاره بالمعاني الأخلاقية، وبفلسفة الجزاء الأخروي، نجد أن الأهم بالنسبة للقانون هو رضائية العقود، وتحقيق المصالح المادية للأفراد من خلال علاقة بعضهم مع بعض، والتي تعود في الأساس إلى التقنين الروماني،

وكتابات بعض المفكرين الغربيين. ولا يمكن إنكار مبدأ "سلطان الإرادة" واعتبار المشرع المدني المغربي للإرادة المنفردة ضمن مصادر الالتزام شأنه في ذلك شأن بعض القوانين الغربية،

كالقانون الجرمانى الذي يذهب إلى حد بعيد في هذا الإطار، ويتفق مع المذهب المالكى في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، كما أن بعض الأوساط القانونية الغربية (48) بدأت مؤخرا تعتد بالإرادة المنفردة، وتعتمدها في بعض التعاملات المالية، إلا أن هذه القوانين لا تتوسع في مراعاة الإرادة المنفردة لتشمل الالتزام بأداء معروف مثلا، كما هو الشأن عند فقهاء المالكية.

وكان حريا بالمشرع المغربي أن يأخذ بعين الاعتبار في مسألة "الالتزام" العرف، وما جرى به العمل عند المالكية، ويجري تعديلات في بعض مواد ظهير الالتزامات والعقود (49) لتشمل نطاقا أوسع من الالتزامات؛ والتصرفات التي يكثر التعامل بها في بلادنا.

وفي واقع الأمر فإن موضوع "الالتزام"، وإن حظي بتنوع الدراسات قديما وحديثا؛ لما يمثله من أهمية في الحياة العملية؛ فإنه لم يحظ إلى الآن بحسن الجمع والتهذيب على مستوى الدراسات الأكاديمية المعاصرة، سواء منها الفقهية أو القانونية؛ بحيث إن مادة الموضوع دسمة تغري الدارسين المعاصرين بمزيد تعميق البحث فيها؛ وإدخال بعض التعديلات عليها، وجمع ما تناثر منها في بطون الكتب، و الأطروحات العلمية؛ حتى يتم تقديمها بأسلوب مبسط يلائم حاجيات العصر، ويخدم البحث الفقهي والقانوني معا، ويقدم الحلول لبعض إشكاليات المعاملات المستحدثة.

الهوامش :

(1) "لسان العرب" ابن منظور، دار الحديث القاهرة، ط 2003/1، مادة لزم.

(2) سورة الفرقان : 77.

(3) سورة الفرقان : 77 .

(4) "لسان العرب" مادة لزم.

- (5) "المفردات في غريب القرآن" الراغب الأصفهاني، ضبط ومراجعة محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط 6 / 2010، ص 453.
- (6) "معجم المقاييس في اللغة" أحمد بن فارس، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت لبنان، ط 1 / 1994، مادة لزم.
- (7) "التعريفات" الشريف الجرجاني، دار الفكر بيروت لبنان، ط 1 / 1997، ص 134.
- (8) "لسان العرب" مادة لزم.
- (9) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" الخطاب، تحقيق السيد يوسف أحمد، داركتاب ناشرون بيروت لبنان، ط 1 / 2011، ص 16.
- (10) "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، ط 1 / دون تاريخ، 12 / 1.
- (11) المرجع السابق 1 / 13.
- (12) هو أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب المكي المولد والقرار، الفقيه النظار، أحد العلماء الكبار المحققين، أخذ عن والده، ومحمد بن عبد الغفار ومحمد بن ناصر الدرعي وغيرهم.. له تأليف تدل على سعة حفظه، منها "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" و"مواهب الجليل" في شرح مختصر خليل وغيرها، مولده في رمضان سنة 902 هـ، ووفاته في ربيع الثاني سنة 954 هـ. "شجرة النور الزكية" لمخلوف، ط دار الفكر بيروت لبنان دون تاريخ، ص 270 - "الأعلام" للزركلي، دار العلم للملايين بيروت لبنان، ط 6 / 1984، 58/7.
- (13) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" ص 13-14.
- (14) وهذا ما نجد مثلاً فيما كتبه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، والشيخ مصطفى الزرقا، وغيرهما من فقهاء القانون المعاصرين، الذين انطلقوا من خلال ما كتبه القانونيون الغربيون في إجراء المقارنات بين الفقه الإسلامي والقانون.
- (15) وهذا ما فعله الدكتور السنهوري في كتابه "مصادر الحق في الفقه الإسلامي". انظر "مصادر الحق" 1 / 52.
- (16) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" ص 16.
- (17) "الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي" د. وليد خالد الربيع، دار النفائس عمان الأردن، ط 1 / 2007، ص 39.
- (18) المرجع السابق ص 40.
- (19) المرجع السابق ص 40.
- (20) "المدخل الفقهي العام" مصطفى الزرقا، دار الفكر دمشق سورية، ط 9 / 1968، 1 / 437 - 438.
- (21) "معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء" د. نزيه حماد، سلسلة المعاجم والأدلة والكشافات (5)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي هيرندن، الولايات المتحدة الأمريكية، ط 1 / 1993، ص 69.
- (22) هناك من الفقهاء من يجعل الإلتلاف أو الغصب سبباً للإلتزام؛ وهو الضمان الذي يقابل ما يسمى عند القانونيين بالعمل غير المشروع أو شبه الجرم، وهو مصدر مستقل من المصادر التي ينشأ عنها الإلتزام، وفقهاء الشريعة الإسلامية - خاصة المالكية - يجعلون للإلتزام بضمان المال باباً

مستقلا، وتنقسم موجبات الضمان عند المالكية إلى سبعة أقسام، وفي هذا يقول ابن جزري: "ومن أخذ مال غيره، فهل يضمه؟ أم لا؟ يختلف ذلك باختلاف وجوه القبض، فإنه على وجوه. وذلك إن كان لمنفعة القابض، فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان منه، وإن كان لمنفعتهما معا، فينظر من أقوى منفعة فيضمن. وقد يختلف في فروع من هذا الأصل وهو ينقسم إلى سبع أقسام..". ينظر "القوانين الفقهية" لابن جزري، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، دار الرشاد الحديثة، البيضاء المغرب، ط 2001/2 ص 354-355.

(23) "معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء" ص 130.

(24) "القوانين الفقهية" ص 345.

(25) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" ص 16.

(26) المصدر نفسه ص 16، 17، 18.

(27) المصدر نفسه ص 19، 20، 21.

(28) العدة : من الوعد، يقال : وعدته خيرا ووعدته شرا؛ إلا أنهم إذا أسقطوا الخير والشر، قالوا في الخير : الوعد والعدة ، وفي الشر : الإيعاد والوعيد؛ والوعد اصطلاحا هو: الإخبار عن فعل المرء أمرا في المستقبل يتعلق بالغير، وقد درج المالكية على استعمال الوعد بدلالة خاصة، وهي الإعلان عن رغبة الواعد في إنشاء معروف في المستقبل يعود بالفائدة والنفع على الموعود.؛ ولزيد من الاطلاع على مسألة "العدة" أو الوعد وحكمها في الفقه الإسلامي؛ ينظر بحثنا : "حكم الإلزام بالوعد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي" مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن، يونيو 2013.

(29) "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" ص 21.

(30) المصدر نفسه ص 309.

(31) تجدر الإشارة أن قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بموجب ظهير 9 رمضان 1331 هـ، الموافق 12 غشت 1913م، يقع في 1250 مادة، وهو منقسم إلى كتابين اثنين : الكتاب الأول يتحدث عن الالتزامات بوجه عام، والكتاب الثاني يتحدث عن مختلف العقود المسماة وأشبه العقود التي ترتبط بها. وقد أضيفت إليه مؤخرا المستجدات المدخلة بالقانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

(32) من التشريعات العربية التي اختارت تعريف الالتزام نحد قانون الموجبات والعقود اللبناني؛ الذي عرف الالتزام أو الموجب في المادة الأولى بقوله : "الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين، أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين". انظر "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي" د. مأمون الكزبري، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء المغرب، ط دون تاريخ، 10/1.

(33) كاللشرع المدني اللبناني، المرجع السابق ص 10.

(34) المرجع السابق 7/1.

(35) "نظرية الالتزام في القانون المغربي" د. أحمد حسن البرعي، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء المغرب، ط 1981/1، ص 13.

(36) "النظرية العامة للالتزام" د. الطيب الفصايلي، مؤسسة إيزي للنشر، المغرب، ط 1990، ص 14.

(37) المرجع السابق ص 14.

(38) " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي " 12/1.

(39) " النظرية العامة للالتزام " ص 14.

(40) " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي " 11/1. "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي" د.محمد ابن معجوز، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء المغرب، ط2/1999، ص 21، 22.

(41) " قانون الالتزامات والعقود وفق آخر المستجدات المدخلة بالقانون رقم 05. 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية"، سلسلة المعرفة القانونية للجميع 37، دار الإنماء الثقافي، الفصل 1، ص 11.

(42) تنقسم الالتزامات من حيث المصدر إلى إرادية وغير إرادية؛ ومن حيث الإيجاب على التنفيذ إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية؛ ومن حيث المحل إلى التزام بإعطاء، والتزام بعمل، والتزام بالامتناع عن عمل؛ والتزام بتحقيق نتيجة، والتزام ببذل عناية. ينظر كتاب " نظرية الالتزام في القانون المغربي " ص 14، 15.

(43) المرجع السابق ص 14.

(44) فالقانون يمكن أن يكون مصدرا مباشرا لبعض الالتزامات كما في التزامات الجوار، وفيما عدا ذلك، فالمصدر المباشر للالتزامات لا يمكن أن يكون إلا العقد، أو الإرادة المنفردة، أو الإثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع. " الحقوق المدنية الفرنسية " جوسران، الجزء 2 نبذة، رقم 12، ص 7.6 نقلا عن " نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي " 20/1، 21.

(45) المرجع السابق ص 19، 20 .

(46) المرجع السابق ص 20.

(47) " قانون الالتزامات والعقود " الفصل 230، ص 54.

(48) كالقانون السويسري والألماني.

(49) لا يمكننا في هذا الصدد تجاهل التعديلات التي أدخلت على قانون الالتزامات والعقود مؤخرا خاصة القانون رقم 05. 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية؛ وكذا بعض التغييرات التي طرأت على بعض المواد، وتتميم البعض منها، وإلغاء البعض الآخر؛ كما أن بعض المواد استمدت روحها ومضمونها مباشرة من الفقه المالكي؛ كما نثمن في هذا الإطار صدور القانون رقم : 08. 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والصادر بالجريدة الرسمية عدد : 5998 بتاريخ: 24 نوفمبر 2011. والذي حاول توحيد أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالعقار المحفظ وغير المحفظ.

المحور الثاني :

تقييم ظهير الالتزامات والعقود :

التراضي في العقود الإلكترونية (أوجه الحماية والقصور التشريعي)



من إعداد : إكرام مختاري باحثة في سلك الدكتوراه شعبة القانون الخاص

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول بوجدة

EMAIL : ikramo_2006@hotmail.com

تقديم عام :

خلفت ثورة التكنولوجيا على وجه العموم وشبكة الانترنت¹ على وجه الخصوص نسيجاً من العلاقات بين الأفراد، تعددت خطوطه وتلونت خيوطه وألغيت الحدود الجغرافية بين الدول المختلفة، ومع أن بيع السلع وتقديم الخدمات التجارية عن بعد ليس ظاهرة جديدة إلا أن انتشار الانترنت على المستوى العالمي أدى إلى تعزيز هذا النوع من الخدمات فظهر مصطلح التجارة الإلكترونية² التي أتاحت العديد من المزايا ومن أهمها تجنب رجال الأعمال مشقة السفر وتوفير الوقت لهم والمال عند ترويجهم لسلعهم، كما أصبح المستهلك يتجول عبر العالم واقتناء كل ما يريده من مكانه، فأصبح الجميع في سوق افتراضي كبير دائم وغير مادي.

إلا أن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية هو الوسيلة التي تمر بها أو عن طريقها، حيث تتم من خلال بيئة الكترونية تستخدم فيها أحدث وسائل الاتصال وهي شبكة الانترنت نتج عنه الامتناع عن التعامل بالمستندات الورقية الأخذ بنظام تبادل البيانات الكترونياً.

1 الانترنت شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات، تنتج الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم والتي تعمل بلغات متنوعة يراجع سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص، 48.

2 إن المقصود بالتجارة الإلكترونية هي جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وان كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل والذي غالباً ما يكون تاجراً.

وعلى اعتبار أن العقد الإلكتروني تعاقداً عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد، فإن تبادل الإيرادات يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني¹ في الأحكام الخاصة بركن الرضا وما يعتره من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونياً، أما بخصوص ركني السبب والمحل فتندم فيهما خصوصيات هذا العقد.

وبتجاه الإرادة المشتركة للطرفين إلى إحداث اثر قانوني، يتشكل ركن الرضا الذي يعتبر أهم ركن في التصرفات القانونية، وقد أدى البعد المادي بين الأطراف المتعاقدة في هذا النوع من العقود إلى طرح سلسلة من الإشكالات والتساؤلات القانونية حول هذا الركن، مما انعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن الرضا، فأصبح هذا الأخير يتميز بخصوصيات أثرت على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود، الشيء الذي أعاق تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من التراضي، باعتبار أن هذه القواعد تمت صياغتها لتتناسب وطبيعة المعاملات والعقود التقليدية.

هذا الوضع الذي حتم على مختلف الدول التدخل لخلق تشريعات تكون جديرة بتنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية لمواكبة هذه الثورة المعلوماتية، والمشرع المغربي كباقي التشريعات تدخل مستجيباً لمتطلبات العصر فأصدر تشريعاً نظم بمقتضاه التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية² بموجب القانون 05-353³، لكن في مقابل ذلك فإن إعداد وصياغة هذا القانون اعتمدت مقارنة قانونية مختلفة، اعتمدت الجمع بين مقتضيات متممة ومعدلة لبعض فصول ظهير الالتزامات والعقود المغربي، الأمر الذي يدعونا إلى طرح الإشكال التالي :

ما مدى نجاعة وقدرة النصوص التقليدية على استيعاب المفاهيم والقواعد الجديدة التي أصبحت تقوم عليها العلاقة التعاقدية؟.

على ضوء ذلك سنتم الإجابة عن الإشكال السابق من خلال اعتماد أسلوب التحليل والنقد وفق التصميم التالي :

المطلب الأول : خصوصية التراضي الإلكتروني مقارنة بالتعاقد التقليدي .

المطلب الثاني : أوجه الحماية ومظاهر القصور في التشريع المغربي.

¹¹ يطلق مصطلح الكرونوني على تقنية استخدام وسائل مغناطيسية أو أية وسيلة متشابهة في تبادل المعلومات أو تسجيلها أو حفظها، وقد ابتكر مصطلح التجارة الإلكترونية من قبل شركة IBM ونشرته وعممت استخدامه مجموعة جارتندر «Gartner» ، وأصبح يعني التعظيم المتواصل للنشاطات التجارية من خلال التكنولوجيا الرقمية محمد طاهر نصير، التسويق الإلكتروني، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص، 30.

² عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة في المادة 2 فقرة 2 تبادل المعلومات والبيانات الإلكترونية. Lechange de données informatisées. "بأنها نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات."

واعتبرت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة.

³ تمَّ الباب الأول المكرر أعلاه، القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وذلك بمقتضى المادة 3 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

المطلب الأول : خصوصية التراضي الالكتروني مقارنة بالتعاقد التقليدي :

يقوم العقد الالكتروني على مبدأ الرضائية كغيره من العقود، بحيث يلزم لانعقاده التعبير عن إرادة التعاقد، ويعتبر الرضا الركن الأساسي والبدهي لقيام العقد، ومن خلاله يتبلور مبدأ الحرية التعاقدية وإرادة الالتزام.(الفقرة الأولى)

إذا كانت القاعدة العامة لانعقاد العقد التقليدي وجود إرادة تعاقدية، وضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجودها، فإن العقد الالكتروني يبرم عبر «شبكة الكترونية تتسم باللامادية الأمر الذي يثير العديد من الشكوك حول إمكانية استخدام الوسائط الالكترونية للتعبير عن الإرادة بغرض إبرام العقد وبمدى اعتراف المشرع بمشروعية هذه الوسائط.

ومما لاشك فيه أن وجود هذه الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد، بل لابد من التعبير عنها(الفقرة الثانية)، وعلى اعتبار أن العقد الالكتروني يبرم بين غائبين عبر وسيط الكتروني، فإنه يصعب معرفة كل طرف بشخصية الطرف الآخر كما يحتل حدوث أخطاء أو تحريف للإرادة عند نقلها عبر هذه الوسائط الأمر الذي يثير العديد من المشاكل القانونية.

الفقرة الأولى : التراضي الالكتروني :

إن التطرق إلى خصوصية التراضي في العقود الالكترونية يفرض علينا أولاً الوقوف على تعريف هذا العقد، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية له مع ضرورة الوقوف على الخصائص التي يتميز بها، وذلك لاستجلاء الفرق بينه وبين العقد التقليدي.

أولاً : ماهية العقد الالكتروني :

تجدر الإشارة إلى أن التعديلات القانونية التي أتى بها المشرع المغربي من خلال القانون رقم 05/53 الخاص بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، لم يحدد المقصود بالعقود الالكترونية خلافاً لبعض التشريعات العربية، وإن كان ليس هناك إجماع وتعريف موحد له، وعليه سنقتصر على إيراد أهم ما جاء في هذه التعاريف من الفقه، ومن بعض التشريعات المقارنة في هذا المجال.

1: تعريف العقد الالكتروني :

يتميز العقد الالكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الانترنت)، كما يتميز أيضاً بصفته الانفتاحية، فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، ويتميز العقد الالكتروني أخيراً بصفته الالكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم، وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد¹.

¹ انظر الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكليات في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية نقلاً عن : www.tashreaat.com

➤ التعريف الفقهي :

ذهب الفقه في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة : -

فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه : اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل¹.

وقيل هو : ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري ، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا ، وتنشئ التزامات تعاقدية².

وقيل هو : ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية³.

فالعقد الإلكتروني إذن : هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية ، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها⁴.

➤ التعريف القانوني :

نصت المادة 2 من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997⁵ عن البرلمان الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عرف العقد الإلكتروني بأنه "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مزود ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد

والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد"⁶.

وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنه : "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه عرف العقود عن بعد والتي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

كما عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كلياً أو جزئياً".

¹ انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص، 29.

وأيضا احمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان الأردن، 2002، ص، 123.

ويراجع أيضا. أحمد عبد الدائم، "العقد الإلكتروني"، مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 44، 2006، ص، 4 وما بعدها.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دار الفكر الجامعي، 2006، ص، 51.

³ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني نفس المرجع السابق، ص، 52.

⁴ انظر عادل حامد أبو عزة، العقود الإلكترونية خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة، العدد 158، بتاريخ 18 ربيع الأول 1427 هـ الموافق

16 أبريل، 2006، ص، 32.

⁵ يراجع بشأن توثيق القانون الموقع.

<http://www.legislation.h/m so.gov.UK/si/si 2002/2002 2013,htm>.

⁶ الفصل الأول من القانون.

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا وسائل الالكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"¹.

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي إن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطرق الالكترونية ليعتبر العقد برمته إلكترونيا كما جاء تعريفه للوسيلة الالكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا².

وعرفت قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر في 2000/8/11، للإشارة فان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانون يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية المبادلات الالكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية وعرفت التجارة الالكترونية بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية.

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الالكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال لا بد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني أو وثيقة إلكترونية وبالتالي يخرج من نطاقها كل من الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الاستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة الكترونية حيث يتفاوض المتعاقدان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة الكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

ونفس المسار اتجه إليه المشرع المغربي من خلال القانون 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعلومات حيث سمح القانون من إمكانية استعمال الوسائل الإلكترونية (4) لوضع عروض أو معلومات تتعلق بسلع أو خدمات (5) رهن إشارة العموم بهدف إبرام العقود، وكذا إمكانية استخدام البريد الإلكتروني أو الاستمارة لتوجيه معلومات تطلب إلى المهنيين بقصد التعاقد) الفصل 65-3 من ق.ل.ع مضاف بموجب نفس القانون.

وان كان المشرع المغربي لم يعرف ما المقصود بالتراضي الإلكتروني أو العقد الإلكتروني خلافا لبعض التشريعات العربية كما أسلفنا سابقا، وبرأينا فان تحديد مفهوم التعاقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية يوجب علينا أن نضع في الحسبان أمرين أساسيين: هما صفة هذا التعاقد، وهي أنه ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد، من حيث المكان وأنه عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها من خلال استخدام إحدى وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة.

وعلى ضوء ذلك يمكننا أن نعرف هذا التعاقد بأنه: هو اتفاق يبرم عن بعد ما بين غائبين ومكانين باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة وفيه يتلاقى الإيجاب والقبول بين الطرفين المتعاقدين من خلال تبادلهم الرسائل الالكترونية أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معا.

¹ أنظر قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

² يراجع منصور الصرايرة، " الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية دراسة في التشريع الأردني مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25- العدد الثاني، 2009، ص، 822 وما بعدها.

2 : تمييز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية :

كما أسلفنا سابقا فان العقد الالكتروني بما فيه مسألة الرضا لا تعتبر عقودا مختلفة بشكل أساسي عن العقود التقليدية والتي تقوم على الكتابة على الورق، ومع ذلك فان التجارة الالكترونية لا تحاكي تماما أنماط التعاقد التقليدية، ومع هذا وبالرجوع إلى القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الالكترونية يتبين أنها في كثير من المسائل الخاصة بالعقد الالكتروني لم تورد نصوصا خاصة به، مما يدل أنها أرادت أن تحيل أحكامه على القواعد العامة للعقد المتأثرة في فصول العقود المدنية ، لكن هذا لا يمنع من القول بان العقد الالكتروني له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية، يمكن إجمال ذلك في :

لا يعتمد في إبرام العقود الالكتروني عبر الانترنت على الحضور المادي للمتعاقدين في المجلس نفسه للعقد اذ يتم الأمر عن طريق التراسل الالكتروني بصفة تلقائية، ويتم تبادل الإرادتين وفق برامج حاسوبية معدة لهذا الغرض، وهذه الطريقة تختلف تماما عن الأساليب التقليدية التي تتطلب في مجملها حضور المتعاقدين بالمجلس نفسه من اجل إبداء إرادتيهما بصفة مباشرة.

العقود الالكترونية لا يتم تحريرها على دعامة ورقية محررة وموقعة أو المبصوم عليها أو مختوم عليها بل إنها تتم عن طريق دعائم إلكترونية يكون التوقيع عليها بواسطة ما يسمى بالتوقيع الالكتروني الذي له الحجية نفسها مع التوقيع الكلاسيكي، كما أن الطريقة الالكترونية تلغي ما يعرف تقليديا بالنسخة الأصلية وصورتها، لان الطرق الحديثة تسمح بنسخ عدد هائل من البيانات والمعلومات كلها أصلية.

وبهذا الصدد تجب الملاحظة أن اصطلاح شبكة الاتصالات الالكترونية له مفهوم واسع في مجال التعاقد الإلكتروني إذ هو يسري على جميع أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها إلى غيرها من وسائل الاتصال السلكية، وعروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية

3 - إن أداء المقابل في العقود الالكترونية قد يتجاوز الطرق التقليدية، إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل في العقود الالكترونية بأحد أساليب الدفع الإلكتروني كالدفع عن طريق النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية والأوراق التجارية الالكترونية.

كما أنه إذا كان محل الالتزام تسليم بضاعة أو تقديم خدمة فانه في إطار العقد الالكتروني يمكن أن يتجاوز الطريقة التقليدية والمتمثلة في التسليم المادي للمحل إلى طريقة تقديم الخدمة او البضاعة إلكترونيا خاصة إذا كان المحل هو من المنتجات الالكترونية أو الرقمية كبرامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن السماح للمشتري بتحميلها الكترونيا.

4-العقد الالكتروني ذو طابع دولي نتيجة الطابع العالمي للوسيلة التي تساعد على إبرامه وهي الانترنت وهذه الخاصية تطرح على المستوى العملي العديد من الإشكالات القانونية سوف نتطرق إليها لاحقا.

ثانيا : النظام القانوني للعقد الإلكتروني :

إن الحديث عن مفهوم العقد المبرم بوسائل الكترونية يقتضي منا تحديد خصائص هذا العقد وذلك للوقوف على النظام القانوني الذي يحكمه، ومن باب أولى التعرف على طبيعته وتكييفه القانوني لاستجلاء الغموض الذي يكتنفه.

1: الطبيعة القانونية للعقد :

تباينت آراء الفقه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني فانقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات نجملها في الآتي :

➤ ذهب اتجاه فقهي : إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون ، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها ؛ حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية¹ .

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ما يبرر أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين هو أن ثمة فاصلا زمنيا بين صدور القبول وعلم الموجب به² .

➤ وذهب اتجاه آخر : إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين ؛ حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما ، فليس هناك فاصلا فيما بين صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب والعلم به ، ويكون مجلس العقد حينئذ مجلسا حكما ، تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين³ .

➤ وذهب اتجاه ثالث : إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتم بوسيلة سمعية بصرية كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة ، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي ، ولذا فإن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان ، ولأن طرفي التعاقد يتواجدان في أماكن مختلفة سواء داخل الدولة أو خارجها فإن التعاقد حينئذ يكون بين غائبين⁴ .

¹ مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001، ص 20.

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني/دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 2005.

³ محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 39.

⁴ أنظر أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني - السياحي - البيئي) دار النهضة العربية ، عام 2002، ص 69 وأيضاً ممدوح محمد

خيري هاشم ، مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000، ص 19 وما بعدها .

وبضيف البعض إلى أن هذا التكييف يسري إذا كان الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف الحادثة والوسائل المرئية ، بعكس ما إذا كان القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي ؛ نظرا لأن جهاز الكمبيوتر الموجب قد يكون مغلقا وقت بث الرسالة القابل مثلا ، أو أن يكون هناك عطلا في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي ، ولذا فإنه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحال إذا لم يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان ، أما إذا وجد فاصلا بينهما فيكون التعاقد بين غائبين زمانا ومكان¹.

❖ **وذهب اتجاه آخر :** إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة ؛ ذلك أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني ، لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه ، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت ، حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر ، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا أن هناك نوعا من الالتقاء الافتراضي المتزامن ، كما لا ينطبق أيضا على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين، لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معا ، في حين أن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني، حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد².

ونحن نميل بدورنا إلى هذا الاتجاه على اعتبار أن العقد الإلكتروني هو من طبيعة خاصة حيث أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تعتبر أهم خاصية يتميز بها باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم انه لا يشكل نوعا جديدا من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانونا، كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموما والواردة في ظهير الالتزامات والعقود المغربي ومع ذلك يمكن القول ان التعاقد الإلكتروني يعد مميذا عن الصورة التقليدية للتعاقد.

2 : التكييف القانوني للعقد :

اختلف الفقه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأن العقد الإلكتروني من العقود الرضائية الذي يتم عن طريق المناقشة بين الأطراف بحيث يهدف كل متعاقد إلى تحقيق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتين فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين³، أما الاتجاه الثاني فيرى بان العقد الإلكتروني هو من عقود الإذعان حيث إن احد من المتعاقدين من يستأثر بوضع شروط العقد، ولا يحق للطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة وتفصيلا، لذلك يطرح التساؤل التالي هل العقد الإلكتروني ذو طابع إرادي يقبل المناقشة والمساومة من حيث مضمونه وشروطه، أم أنه ذو طابع ادعائي يستلزم الحماية منه؟...

¹ يراجع خالد ممدوح : إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص، 292 .

² يراجع فاروق الألباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة العربية ، 2003 ، ص، 61

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص، 26.

• العقود الالكترونية من العقود الرضائية :

اعتبر هذا الاتجاه بأن العقد الالكتروني هو عقد من عقود المساومة، تتساوى فيه ارادة كل طرف مع ارادة الطرف الآخر، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية، وليس للمتعاقد فيه أن يطلب أي سلطة احتكار أو حماية خاصة نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق¹، كما أن عنصر المنافسة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، فلا يقتصر دور الموجب له على مجرد الموافقة على شروط العقد المعد سلفا، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر واختيار ما يشاء، وقد يبدو من هذه الخاصية ان العقد الالكتروني ذو طبيعة إذعانية حيث لا يملك المستهلك سوى الضغط على خانة الموافقة الموجود في موقع الموجب، ولا يملك حق المناقشة والتفاوض بخصوص شروط العقد.

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الالكتروني ليس من تطبيقات الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء ما تعلق بالعقود المبرمة الكترونيا للحصول على بعض الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الانترنت.

• العقد الالكتروني من عقود الإذعان :

إن عقد الإذعان يقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة لأنه لا يقبل المناقشة، ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط إما يؤخذ بها جملة أو تترك جملة، والإيجاب والقبول فيه يختلف تمام الاختلاف عن عقود المساومة، لذلك نجد من الفقه من يكييفون عقد التجارة الالكترونية والعقود الالكترونية على هذا الأساس ولهذا الاتجاه عدة أسس نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

المتعاقد لا يملك سلطة مناقشة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني بل المتعاقد لا يملك سوى رفض العقد جملة أو قبوله جملة، فيكون قبوله حينها مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر نتيجة حاجته إلى العقد، فيظهر المستهلك إزاء ذلك أنه قد أبدى رغبته في التعاقد، لكن الحقيقة انه فعل ذلك عن اضطرار.

مضمون العقد الالكتروني محدد سلفا من قبل المحترف في قالب نموذجي، تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المستهلك، وهذه العقود في غالبيتها تشكل مشكلا عمليا في التعامل معها، نظرا لطريقة صياغتها الفنية والقانونية، والقالب الذي توضع فيه، كدقة الكتابة وطول فقراتها، ونوع الورق المستعمل لطباعة العقد، وغير ذلك من الأساليب التي تلقي الملل في نفس المتعاقد، وتدفعه إلى ترك قراءتها عموما، او فهم مقصودها، ولهذا الأسباب اتجهت بعض التشريعات² إلى وضع قواعد تضبط صياغة هذه العقود في جانبها الشكلي والموضوعي، هدفها حماية المستهلك الضعيف حماية خاصة.

¹ منصور الصرايرة، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية مرجع سابق، ص، 827 و ما بعدها.

² Vincent Gautrais. les principes d'Unidroit précit faceau contrat électronique art p.503.

من يرى أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها قول مردود عليه ذلك إن المناقشة تقتضي المفاوضة، التي تعني التحوار للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه قصد الحفاظ على مصالح الأطراف والأمر على هذا النحو مقرون بالقدرة والكفاية العملية التي تعطي الشخص المفاوض حرية البحث عن الحلول والتقصي حول موضوع التعاقد، ولاشك أن هذه الشروط والإجراءات لا تتوفر لدى غالبية المستهلكين، لأنهم وببساطة لا يملكون مثل هذه الكفاية ولا يتوفر لهم من الخبرة ما يسمح بمقارنة الخيارات واتخاذ القرار بشأنها، مما يجعل المناقشة المزعومة هي مجرد فرض نظري بعيد عن واقع المعاملات الالكترونية.

لا يتوافر تواصل مباشر بين المستهلك والمخترف يمنح فرصة المساومة من أصلها ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع¹، وطالما أن العقد غير متوازن فانه من المؤكد انه سيكون لصالح المخترف ضد مصلحة المستهلك².

على ضوء ما قدمناه حول الطبيعة القانونية التي يمكن أن تكسو العقد الالكتروني والأحوال التي يمكن اعتباره فيها عقد إذعان أو عقد تراضي، لا يسعنا سوى التأكيد على أن عقد التجارة الالكترونية هو عقد من طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود، وان كانت هناك نقاط الالتقاء فنقاط الاختلاف مطروحة أيضا وبشدة.

الفقرة الثانية : انعقاد العقد (التراضي الالكتروني).

بما أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية المتداولة قانونا، لذلك لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما و إن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى معالجات قانونية خاصة تفتقر إليها تلك القواعد العامة .

و من القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد التي يتم تطبيقها على العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت أيضا هي القواعد المنظمة لأركان العقد على الرغم من وجود الاختلافات حول ماهية هذه الأركان و دورها في تكوين العقد .

لذلك فإن العقد الإلكتروني كغيره من العقود هو ارتباط بين إرادتين متوافقتين ارتباطا تظهر آثاره القانونية في العقود عليه و ذلك يستوجب توافر رضا الطرفين و وان ينصب هذا الرضا على محل معين مع وجود سبب يحمل عليه، (أولا).

وبما أن القواعد العامة التي يخضع لها السبب والمحل في العقود التقليدية هي نفسها بالنسبة للعقود الالكترونية مع وجود بعض الاختلاف البسيط، ارتأيت أن اقتصر على معالجة الرضا باعتباره قوام العقد ونظرا لما يترتب عليه من النتائج المهمة لاسيما تحديد زمان وتلاقي الإرادتين ومعرفة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق³.

¹ Vincent Gautrais.libres propos sur le droit des affaires électroniques lox Electronic faculté de droit université de Montréal.Vol.10n 3.hiver 2006.p.13.

² عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت دار الفكر الجامعي، الإسكندرية الطبعة الأولى ص، 45 وما بعدها.

³ يراجع خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008، ص، 148.

وعليه فإذا كانت مسألة اقتران الإيجاب بالقبول في التعاقد بين حاضرين لا تطرح أو تثير أية إشكالية إذ يقترن القبول بالإيجاب في نفس اللحظة ونفس المكان، وبالتالي ينعقد العقد فانه بالنسبة للعقود الالكترونية ، قد يثير بعض التساؤلات حول تحقيق كل من الإيجاب والقبول في هذه الحالة لاشتراطات الإيجاب والقبول بمفاهيمها التقليدية، فالتقاء الإرادتين بهذه الطريقة يطرح صعوبة بمسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به (ثانيا).

أولا : تحقق التراضي عبر الإنترنت :

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضاء بالعقد، حتى ولو كان إلكترونيًا، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.

1- الإيجاب الإلكتروني :

يعرف الإيجاب بأنه : "التعبير البات الصادر من شخص إلى شخص آخر، يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين، فإذا استجاب هذا الأخير لهذا المطلب انعقد العقد، وإذا امتنع أهدمت فكرة العقد بالمرّة". فهو بذلك التعبير النهائي، البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني، ويعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود ومنها عقد البيع، إذ يفتح الباب أمام احتمال وجود العقد عند صدوره. ويمكن تعريف الإيجاب أيضا بأنه إبداء إرادة أحادية الجانب مبنية وجازمة ومجردة من اللبس، بما فيه الكفاية لكي يكون قبول من وجه إليه العقد كافيًا لتكوين العقد.

ويعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد¹ مباشر ويشترط فيما يمكن تسميته بالإيجاب الإلكتروني أن يحترم مقتضيات الوضوح كأن يصف البضاعة وصفا دقيقا ومزودا بصور مجسمة ثلاثية الأبعاد، وبشأن شرط كون الإيجاب باتا ناجزا، يجب التفرقة في ذلك بين التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، والذي يمثل نظاما لا تفاعليا بحيث تكون الرسالة في اتجاه واحد في اللحظة الواحدة حيث أن البائع يرسل إجابته على جهات محددة أفراد كانت أم مؤسسات بحيث يصل الإيجاب على البريد الإلكتروني للمرسل إليه والذي يقوم بعد دراسة متأنية بالرد على رسالة الموجب بالقبول لينعقد العقد، ونلاحظ في ذلك أن البائع يرسل إجابته إلى جهات محددة ويكون بذلك قد احتاط لاعتبارات كثيرة منها حجم البضاعة لديه وشخص الطرف الآخر بمعنى أن إجابته في هذه الحالة يكون إيجابا باتا.

والإيجاب الإلكتروني قد يكون خاصا موجهها إلى أشخاصا محددين كما يحدث في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو يكون عاما في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية. ففي الحالة الأولى تكون شخصية القابل ذات أهمية ومحددة بل قد تكون معروفة، أما في الحالة الثانية فالإيجاب يكون مفتوحا في وجه العموم ويمكن لأي كان القبول والتعاقد².

¹ يراجع محمد حسين منصور : المسئولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2003 ، ص67.

² يراجع سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، 2005، ص، 50.

لكن في التعاقد عن طريق شبكة "الويب" لا يكون الإيجاب موجهاً إلى جهات محددة وإنما يكون موجهاً لكل من يطلع على الموقع، لذلك قد يبدي عدد كبير قبولهم للتعاقد أو قد يكون من أبدي رغبته في التعاقد عديم الأهلية أو قد لا يكفي المخزون من البضائع لتغطية التعاقد مع جميع من أبدوا رغبتهم في هذا التعاقد، وحلاً لمثل هذه المشكلات أعطي البائع رخصة في أن ينص في إيجابه بعبارات واضحة أن عرضه لا يمثل إيجاباً وإنما دعوى إلى التفاوض كورود عبارة "دون أي التزام" أو "لا يؤلف العرض وثيقة أو مستندا تعاقدياً" أو "أن العرض لا يشمل الردود من خارج دولة ما" وتكون موافقة الطرف الآخر على هذه الدعوة إيجاباً يحتاج من البائع رداً قبولاً كان أم رفضاً.

ويري البعض أن إدراج مثل هذه الصيغ إنما يؤثر على ما أسماه الأمن القانوني للمبادلات عبر الشبكة، حيث يخشى أن يكون وجودها من قبيل المناورات، ويرى وجوب أن تتضمن العرض توضيحاً يتيح للقضاء التأكد بأن هذا التوجه لا ينطوي على تعسف وإنما على إرادة قانونية مشروعة، كما يجب التنويه إلى أن بعض العقود تشترط ما يسمى نطاق التغطية بمعنى تحديد النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب، ونلاحظ في ذلك أن عقد المركز التجاري « Infonie نص على أن العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي، وفي مثل هذه العقود التي تتضمن هذا الشرط فإن العقد لا ينعقد إلا إذا لاقى قبولاً يقع في النطاق الجغرافي الذي يحدده الإيجاب، ومن المهم ملاحظة أن إيراد مثل هذا التحديد إنما يهدف إلى إبرام عقود ضمن نطاق جغرافي وقانوني آمن بالنسبة للموجب حيث أن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن قيوداً على هذا النوع من التجارة بهدف حماية المستهلكين .

والرجوع في الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن التقليدي، إذ يكون بسحب الموجب إيجابه من موقع عرضه على شبكة الانترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا أن هناك استثناءاً عندما يتعلق الأمر بإيجاب مقترن بأجل للقبول فهنا يكون ملزماً، لكن هذا العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ولتفادي بعض الآثار التي قد تنجم عن الرجوع في الإيجاب الإلكتروني يرى البعض بضرورة أن يكون هذا الأخير مقترناً بوقت محدد وأن يقوم الموجب بإعلام الموجب له بهذا الوقت.

• خصوصية الإيجاب الإلكتروني :

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة اتصالات :

- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: نظراً لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة¹.

¹خالد ممدوح : المرجع السابق ، ص 249 .

" ويتم التعاقد عبر موقع الويب حيث تقوم بعض خوادم الويب " Web " بعرض منتجات وتقديم خدمات لجمهور كبير من المستخدمين للإنترنت ، صفحات الويب في هذه الحالة تكون عبارة عن شاشات عرض للمنتجات وتقديم الخدمات أو كتالوجات يستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقاً لإجراء محدد هو توريد بعض المعلومات ، مثل الاسم ، وعنوان البريد الإلكتروني ، إلخ)

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجاباً عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان. وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد.

- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني : يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت¹، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت. وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك ال خدمة، إذ أن هناك أشخاصاً عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات.

ويقرب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمراراً معيناً بحيث أن الموجب له يستطيع دائماً أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتيّة الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون، فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز باختصار وسرعة الزوال.

- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاباً دولياً : يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بمحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية.

ورغم ذلك يري البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الإنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، وأيضاً ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً أو دولياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً.

¹يراجع خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص، 129 وما بعدها.

نستخلص مما سبق، أن ليس هناك خلاف بين الإيجاب التقليدي وبين الإيجاب الإلكتروني كما هو واضح إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة؛ فلفظة إلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فلا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا للنظرية التقليدية في الالتزامات وقانون العقد، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في عصر رقمي قوامه إلكترونيات تتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق النقر على الحاسب الإلكتروني ليظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب.

2- القبول الإلكتروني :

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة من وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط.

ويجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم اختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني.

إن مفهوم القبول الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم التقليدي للقبول سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، يكون مطابقاً للإيجاب، ففي العقد الإلكتروني عبر الخط يعرض المهني رغبته في التعاقد قاصداً الالتزام أي يصدر منه إيجاب بات، ثم في أثناء المدة المعينة للصلاحيّة يكون المستهلك متدبراً أموره بروية ليصدر قبوله الذي من شأن مطابقته للإيجاب أن يتم العقد بمراعاة الضوابط الخاصة التي تفرضها وجود التقنيات الرقمية كوسيط بين طرفين يتعاقدان عن بعد¹.

ولم يورد قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) أي تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية، إنما ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية، واكتفى بالنص كما أسلفنا على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات، وعلى هذا النهج صار أيضاً قانون 05-53 المغربي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وقانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم 69 لسنة 2008.

والقبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول بصفة عامة سوى أنه يتم بواسطة وسائط الكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، فهو بوجه عام يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً. ويكون صريحاً كأن يبعث القابل برسالة عبر البريد الإلكتروني مثلاً تحتوي قبولاً صريحاً لعرض الموجب وقد يكون ضمناً وذلك بقيام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على القبول..

¹يراجع اسامة بدر: حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 204.

وتثار في هذا الصدد إشكالية مدى اعتبار "نقر أيقونة القبول" من قبيل القبول الضمني، حيث أجمع الفقه على الاعتراض في اعتبار النقر على أيقونة القبول من قبيل القبول الضمني، بحيث قد يكون قبولا صريحا وفق معيار المؤلف وغير المؤلف في أسلوب التعبير وطريقته، إذ أن التعبير عن طريق النقر على أيقونة القبول من قبيل التعبير المؤلف في هذا النوع من العقود أو وفق معيار التعبير المباشر وغير المباشر، ولا يشترط في القبول الإلكتروني شكل خاص أو وضع معين فيصح أن يصدر عبر وسائط الكترونية أو من خلال الطرق التقليدية وذلك ما لم يشترط الموجب أن يصدر القبول في شكل معين، كأن يكون القبول عبر وسائط الكترونية فإن أرسل الموجب له قبوله عبر شكل آخر يعد قبولا صحيحا. وفي هذا الإطار اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب وذلك من خلال المادة 6/200 منه حيث إذا أرسل الموجب له قبوله عبر شكل آخر أو طريقة أخرى غير طريقة الموجب لا يعتبر ذلك قبولا .

ومن الشروط التي يتعين توافرها في القبول أن يكون مطابقا للإيجاب فإذا لحق الإيجاب تعديل أو نقص فيه فإن العقد لا ينعقد مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا. وعليه فإذا بعث الموجب له إلى الموجب عبر البريد الإلكتروني قبولا مشروطا بتعديل في الثمن، فإنه يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا وذلك لمخالفته القواعد العامة في شروط القبول.

وفيما يتعلق بطرق التعبير عن القبول الإلكتروني فهو يتم بطرق عديدة منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني. أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج والمنتج أو السلعة عبر الانترنت وتحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، وبمجرد التقاء الإيجاب بالقبول يقوم العقد ويصبح تنفيذه ملزما ولا رجعة فيه، ولكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول والرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة، وهذا ما أقرته بعض التشريعات كنص المادة 26/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي نصت على أنه "يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة 7 أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو للاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكليف الرد....".

* خصوصية القبول الإلكتروني :

إن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

وهناك شروط عامة يجب توافرها في القبول، فالقبول يخضع للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتاً ومحدداً ومنصفاً لإنتاج آثار قانونية وذا مظهر خارجي، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً وأن يطابق القبول. فإذا كان القبول مطابقاً للإيجاب ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً عملاً بنص المادة

ولا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني في شكل خاص أو وضع معين ، فيصح أن يصدر عبر وسائط إلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين، فعلى سبيل المثال إذا اشترط التاجر الإلكتروني في عقد البيع أن يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق ملاء الاستمارة الإلكترونية المعدة سلفاً والمبينة على الموقع، فإذا أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر، كأن يرسله بالبريد التقليدي أو بالفاكس أو بالاتصال تليفونياً، فإن هذا القبول لا يكون صحيحاً ولا ينعقد به العقد.

وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فطبقاً للقانون النموذجي فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب، والذي يكون عادة صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب.

* طرق التعبير عن القبول الإلكتروني :

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة Chatting room ، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت Down load وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضاً النقر مرة واحدة بالموافقة simple-clic على العلامة الخاصة بذلك - الأيقونة - Icon ، حيث نجد عبارة " أنا موافق " وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية، في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة "J'accepte L'offre " أو "d'accord" ، أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة " agree I " أو OK .

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه ، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين double clic على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة ، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثراً بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر ، وغالباً ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد ، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد .

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلي القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الائتمانية، وواضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية، بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد، حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبراً بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول.

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً، فإن من المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمناً كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، كالدفع مثلاً عن طريق بطاقات الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحاً، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آلياً وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد. ووفق هذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالة على القبول.

*مدي صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول :

وإذا كان السكوت وفقاً للقواعد العامة لا يصلح تعبيراً عن إنشاء الإيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولاً. يثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الإلكتروني. فالأصل أن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شئ سلبي، وليس إرادة ضمنية لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها. وقد قرر الفقه الإسلامي هذه القاعدة بقوله " لا ينسب لساكت قول " .

ولكن استثناءً من هذا الأصل فإن السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة ويعتبر قبولاً بناءً على نص في القانون أو اتفاق طرفي التعاقد إذا أحاطت به ظروف ملابسه من شأنها أن تفيد دلالة على الرضاء.

ثانياً : زمان ومكان انعقاد العقد عبر الإنترنت :

حظيت مسألة تحديد ومكان ومكان تلاقي الإرادتين بشكل عام باهتمام بالغ من الفقه والقضاء والتشريع نظراً لأهمية النتائج التي تترتب عليه من قبيل معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد، والتي يصبح فيها العقد ملزماً لهما، بحيث لا يستطيع الموجب أن يسحب إيجابه أو أن يعدله، كما يفيد في معرفة ما إذا تم القبول في المهلة التي حددها الموجب أم لا، فمن هاته اللحظة يرتب العقد آثاره فتنقل الملكية، ومن ثم يمكن تحديد من يتحمل تبعه الهلاك. أما مكان انعقاد العقد، فينبني على تحديده مثلاً معرفة المحكمة المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن هذا العقد، كما يفيد في تحديد القانون واجب التطبيق في التشريعات التي تأخذ بمكان الانعقاد كأحد المؤشرات على تحديد هذا القانون¹.

ومما يجدر ذكره، أن هذه المسألة لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين الحاضرين، إذ يقترن القبول بالإيجاب في نفس اللحظة ونفس المكان، وبالتالي ينعقد العقد، بيد أن المسألة ليست بهذه السهولة عند الحديث عن العقود الإلكترونية²، لكون هذه العقود تمتاز باختلاف مكان المتعاقدين، وبوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم المتعاقد الآخر به، مما يدفعنا إلى التساؤل عن وقت إبرام العقد الإلكتروني؟

❖ وباعتبار ان العقد الإلكتروني عقد ما بين غائبين، فهل يمكن تطبيق قواعد هذا النوع من التعاقد في مجال العقود الإلكترونية بمعنى آخر هل تصلح النظريات المعروفة في الفقه لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني وما موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية....

¹ Alain Bensoussan ,Internet Aspects juridiques,Hermes,paris,2éme édition,1998,p,11.

² أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص، 91.

فمحاولة منا بحث هذه المسألة، اقتضت دراستنا لها من جانبيين، الأول يتعلق بالنظريات التي سيقتم لبحثها، والثاني يتعلق بموقف التشريعات منها على المستويين الدولي والوطني .

1- النظريات التي سيقتم لبحث هذه المسألة :

تبني الفقه القانوني عدة نظريات، حدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، ومن تم تحديد مكانه، وقد استندت هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، بيد أنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان (صدور) القبول أم تصدير (إرسال) القبول، أم تسليم (وصول) القبول أم العلم به، وقد تعرضنا لها على الشكل التالي:

* نظرية إعلان القبول **systeme de declaration** :

بمقتضى هذه النظرية¹، ينعقد العقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما الموجب له قبوله للإيجاب، دون حاجة إلى إرسال القبول إلى الموجب أو حتى علمه به، فيكفي حسب هذه النظرية حتى ينعقد العقد، أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجابا ويقبل دون أن يقوم بأي تصرف، كإرسال رسالة إلى الموجب ليخبره بالقبول ودون أن ينتظر علم الموجب بهذا القبول، ويستوي أيضا بمقتضى هذه النظرية أن يقرأ الشخص المتعاقد إلكترونيا رسالة نصية في غرف المحادثة، تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر .

فأنصار هذه النظرية يستندون إلى أن العقد هو توافق إرادتين، وأن هذا التوافق يتم بمجرد إعلان قبول مطابق للإيجاب من جميع النواحي، دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول، لأن القابل تعلق حقه بالعقد بمجرد إعلانه للقبول، فيمتنع على الموجب من ذلك الحين العدول عن إيجابه.

وفي الواقع أن هذه النظرية تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل، رغم أنه يؤخذ عليها تجاهلها لإرادة الموجب. فهذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده، حيث يكون بإمكانه أن يعلن قبوله ولا يرسله، ويتراجع عنه متى شاء، دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك، وخصوصا في بيئة إلكترونية كالإنترنت، وعليه فإن هذه النظرية بهذا السياق غير مناسبة للتعامل عبر شبكة الإنترنت، فالموجب قد يوجه إيجابه إلى الجمهور فلا يمكن أن نطلب منه في هذه الحالة أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض، طالما لم يصله قبول إلا من عدد محدد، إضافة إلى أن الموجب قد يجد نفسه في الحالة الأخيرة أمام ملايين الدعاوى القضائية المقامة ضده من أشخاص أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك، يطالبونه فيها بتنفيذ عقود هو نفسه لا يعلم بأنها قد أبرمت معه، وبالنتيجة فإن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الإلكترونية².

* نظرية تصدير القبول **systeme d'expedition** :

مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذين يصدر (يرسل) فيهما القابل قبوله، وعليه فلا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله، بل لابد أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، فإخراج القبول من حيازة القابل دليل على صدوره .

¹ اخذ بهذه النظرية كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني والقانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبنانية راجع سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص،137.

² ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت(رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق ببنزوي وزو، جامعة مولود معمري، 2009، ص،210.

فتطبيقا لهذه النظرية، فإن العقد ينعقد عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال فتخرج بالتالي هذه الرسالة عن سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن قبوله، بحيث تصبح نهائية، وتطبيقا لذلك أيضا ينعقد العقد في فضاء إلكتروني، عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) في خدمة غرف المحادثة، وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالموشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب، لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالا للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب¹.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها لا تختلف عن النظرية السابقة، من حيث أنها لا تتطلب وصول القبول إلى الموجب أو علمه به، بل يكفي أن يتم إرسال القبول إلى عنوان الموجب بغض النظر عما يحصل للرسالة- إلكترونية كانت أو عادية- بعد ذلك، وتعتبر هذه المسألة محل نظر في التعامل عبر الإنترنت مما يجعل هذه النظرية أيضا غير مناسبة للمعاملات الإلكترونية.

* -نظرية تسليم القبول système de reception :

بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد في الزمان والمكان اللذين تسلم الموجب فيهما القبول، أي وصل إليه القبول بغض النظر علم به أو لم يعلم، فتطبيقا لهذه النظرية إذا ما تم استخدام رسائل البريد الإلكتروني في تبادل الإيجاب والقبول، فإن العقد ينعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب والذي يتم تعيينه في الإيجاب، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل، وعليه يكون مكان العقد هو المكان الذي وصلت فيه رسالة القبول إلى صندوق البريد الخاص بالموجب .

ويأخذ البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد عن النظريتين السابقتين شيئا، ذلك أنه مادام أن إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لأثره، على اعتبار أن القبول إرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم الموجب بها، فإن تسليم القبول لا يزيد عن اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، وبالتالي فإن تسليم القبول لم يضيف شيئا لإعلانه من الناحية القانونية، فيما أن تبقي على إعلان القبول أو نشترط العلم به، أما التصدير والتسليم فهما تزيد لا فائدة فيه .

ونحن نرى أن هذه الانتقادات لا ترد على هذه النظرية فيما لو استخدمت في بيئة إلكترونية كشبكة الإنترنت، وذلك لأن أغلب المواقع التجارية على الشبكة تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع رسائل بريد إلكترونية ومعالجتها، بحيث يقتصر الدور البشري على توجيه عمل هذه الوسائط، وبالتالي فإن وصول رسائل البريد الإلكتروني إلى صندوق البريد سيؤدي إلى الإطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الإلكترونية والعلم بمضمونها .

¹ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص59.

أما المأخذ الحقيقي على هذه النظرية من وجهة نظرنا، يتعلق بمكان تكوين العقد لأن صندوق البريد التقليدي يكون في مكان محدد وهو أمام منزل الموجب أو مقر عمله أو مكتب البريد، وبالتالي يمكن تحديد مكان تسليم القبول بدقة، أما في العقود الإلكترونية، فإن صندوق البريد الإلكتروني غير موجود في مكان محدد، حيث يمكن للموجب أن يفتح صندوق بريده الإلكتروني في أي جهاز حاسوب مرتبط بشبكة الإنترنت، سواء أكان هذا الجهاز موجود في المغرب أم مسقط أم أي مكان آخر، مما يصعب معه تحديد مكان تسليم الرسالة بدقة .

وأخيرا نخلص إلى أن هذه النظرية هي الأكثر ملائمة لطبيعة التعامل عبر شبكة الإنترنت، حيث توفر حلولاً عملية وتقنية للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة، بالإضافة إلى كونها عادلة في تعاملها مع إرادة كلا الطرفين (الموجب والقابل) وبالتالي نفضل تبنيها في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عبر الإنترنت .

* نظرية العلم بالقبول *systeme d'information* :

إن مقتضى هذه النظرية الأخيرة أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بأن إيجابه قد تم قبوله.

ويستند أنصار هذه النظرية إلى أنها أفضل النظريات في الحفاظ على حقوق الموجب، فالقبول لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، بحيث لا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت، إذن فلا يكفي حسب هذه النظرية لانعقاد العقد، أن يعلن القابل قبوله أو أن يرسله ولا حتى أن يصل القبول إلى الموجب، وإنما يجب أن يعلم الموجب بأن المتعاقد الآخر قد قبل إيجابه¹.

فتطبيقاً لهذه النظرية، فإنه لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب، بل يجب أن يصل هذا القبول إلى الموجب ويعلم به، وما يلاحظ على هذه النظرية بأنه لا يوجد فيها ما يلزم الموجب بالاطلاع على رسالة القبول والعلم به طالما أن وصول هذه الرسالة لا يكفي لانعقاد العقد .

وبالتالي فإن هذه النظرية تترك أمر التعاقد بيد الموجب لوحده²، فمتى أراد أن يطلع على الرسالة ويعلم بالقبول انعقد العقد، ومتى رفض الاطلاع لا ينعقد العقد، فإذا كان من المفروض أن يترك أمر التعاقد بيد القابل لوحده في نظرية إعلان القبول، فمن باب أولى أن يرفض ترك أمر التعاقد بيد الموجب لوحده بمقتضى هذه النظرية، وعليه نرى أن هذه النظرية لا تستقيم مع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت .

خلاصة ما سبق إن مهمة تحديد أي من النظريات التقليدية الأنسب والجديرة بالتطبيق بخصوص تحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقود المبرمة عن بعد، قد لقيت اختلافاً ما بين الفقهاء حول تحديد لحظة إبرام العقود الإلكترونية الأمر الذي جعل القوانين الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية تحاول إيجاد حل قانوني يتناسب وهذا النوع الخاص من العقود، وخاصة وأن المشكلة نثار عند ممارسة التجارة الإلكترونية على النطاق الدولي، وهو ما سيؤدي حتماً إلى احتمال التداخل بين العديد من القوانين³.

¹ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص416.

² يراجع كل من ممدوح عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص123. و ايضاً خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني مرجع سابق، ص298، وكذلك ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع، مرجع سابق، ص213.

³Guillaume BEAURE D'AUGERES, Pierre Bresse et stéphanie.THUILIER, paiement numérique sur internet, Thomson, publishing, paris, p.109. ,

2- موقف التشريعات الدولية و التشريع المغربي من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ثمة مبدأ يكاد أن يكون مسلما به في معظم القوانين وتطبيقات القضاء، قوامه أنه يجوز للعاقدين باتفاق بينهما أو بموجب شروط عامة أو نموذجية، تحديد الوقت والمكان اللذين ينعقد فيهما العقد، ويجد هذا المبدأ تطبيقاته في الاتفاقات التي ينظم بها العاملون في حقول عديدة للأنشطة الاقتصادية التعامل المستقبلي بينهم بأساليب التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية، ولكن في غياب هذا الاتفاق فقد تختلف التشريعات سواء الدولية أم الوطنية في مسألة تحديد زمان ومكان العقد الإلكتروني المبرم .

* بالنسبة للتشريعات الدولية :

جرت محاولات عديدة لوضع قواعد بموجب اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية، لتوحيد الحلول حول مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، إلا أننا سنقتصر على بعضها والتي تتمثل بالأساس في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع¹، والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "اليونسترال"².

فبالنسبة لموقف اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، فإنها لم تورد أي نص يتعلق بالعقود التي تبرم عبر الرسائل الإلكترونية، وإنما جاءت أحكامها منظمة لعقود البيع الدولي بغض النظر عن الوسيلة التي أبرمت من خلالها، فقد أجازت هذه الاتفاقية إبرام هذه العقود بأي وسيلة، وبالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية .

وفي إطار تحديد وقت انعقاد العقد، أوردت الاتفاقية في نص المادة 23 منها ما يلي: " ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية". ومع أنه من الواضح بأن هذا النص يتحدث عن لحظة انعقاد العقد، إلا أنه فعليا لم يوضح ماهية هذه اللحظة، فقد اكتفى بالقول بأنها هي اللحظة التي ينتج فيها قبول الإيجاب أثره، لكن ما هي هاته اللحظة التي ينتج فيها قبول الإيجاب أثره ؟

يمكن أن نجيب على ذلك من خلال نص المادة 34 من الاتفاقية، والتي وضحت معنى وصول إعلان القبول حيث جاء فيها: " في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد، إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي ."

يتضح لنا من هذا النص، أن اتفاقية فيينا قد تبنت نظرية تسليم (وصول) القبول، أي أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم

¹ اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980، منشورة على الموقع.

<http://www.UNcitril.org.unicitral/ar/>.

² قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، صادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 16/09/1996، براجع الموقع: <http://www.Unicitral.org/pdf/arabic>

أما مسألة مكان انعقاد العقد وفقا لاتفاقية فيينا، فحسب النظرية التي تبنتها هذه الاتفاقية فإن العقد ينعقد في المكان الذي تم فيه تسليم القبول للموجب، وقد أعطى نص المادة 24 من الاتفاقية أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان، فحسب نص المادة المذكورة آنفا، فإن مكان العقد هو مكان تسليم القبول للموجب شفاهة (لأن العقد انعقد بين حاضرين هنا) أو المكان الذي تم فيه تسليمه رسالة القبول، أو مكان عمل الموجب إذا تسلم رسالة القبول، أو عنوان الموجب البريدي، أو مكان سكنه المعتاد، إذا تسلم القبول في مكان سكنه بسبب عدم وجود مكان عمل أو عنوان بريدي له .

أما بالنسبة لموقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، فإن هذا القانون لم يتطرق في كافة نصوصه إلى مسألة زمان ومكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، إنما اقتصر بحثه على مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية (الإيجاب والقبول)، وقد نظم القانون النموذجي ذلك في نص المادة 15 منه والتي جاءت به بعنوان "زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات". حيث رسخ المشرع من خلال هذا النص مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف فترك لهم ابتداء الاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام بحيث يكون اتفاقهما ملزما، أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق بينهم على تحديد هذه المسائل فتأتي أحكام المادة 15 لسد النقص في ذلك، فقد حددت الفقرة الأولى منها زمان إرسال رسالة البيانات حيث جاء فيها: "ما لم يتفق المنشئ... والمرسل إليه...على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات...لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ".

إذن فلحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسلها نيابة عنه، وبمعنى آخر اللحظة التي تخرج فيها رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ فلا يعود بإمكانه استرجاعها أو تعديلها.

ويمكننا أن نلاحظ من خلال نص المادة المذكور، أن القانون النموذجي ركز على فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للمرسل إليه، حيث وضح الدليل الإرشادي المرفق به، أن المقصود بدخول نظام المعلومات هو الوقت الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولها لنظام المعلومات التابع للمرسل إليه وكونها غير قابلة للمعالجة والعرض في حالة حدوث خلل وظيفي في النظام يمنع عرضها، يجعل هذه الرسالة وكأنها لم تصل.

وخلاصة القول، فمسألة تحديد مكان إرسال البيانات ومكان تسليمها وفقا للقانون النموذجي، تكون ابتداء بين العاقدين فإذا اتفقا على المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت منه، والمكان الذي يعتبر أنها قد سلمت فيه فإن اتفاقهما ملزم، أما إذا اختلف في تحديد مكان الإرسال والتسليم فإن العبرة هنا في تحديد المكان هي للمكان الذي يوجد فيه مقر العمل، فإذا كان للمنشئ مقر عمل واحد فإن مكان إرسال رسالة البيانات هو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، وإذا كان للمرسل إليه مقر عمل واحد فإن مكان التسليم هو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه.

أما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مكان عمل واحد، فإن العبرة في تحديد مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات هي للمكان الذي يوجد فيه المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، وبطبيعة الحال فإن مسألة المقر الأكثر صلة بالمعاملة هي مسألة موضوع، لم يضع القانون النموذجي أي مؤشرات لتحديدها فيختص قاضي الموضوع بتحديدتها عن طريق أية مؤشرات يراها مناسبة .

* بالنسبة للتشريعات الوطنية :

سأقتصر على التشريع الفرنسي باعتباره مصدر القانون المغربي، وأيضا دراسة موقف المشرع المغربي من النظريات التقليدية السابقة.

على غرار التشريعات الدولية، وردت أيضا في التشريعات الوطنية بعض المقتضيات التي تهم مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ونقدم في هذا الصدد نموذجين لتشريعين وهما التشريع الفرنسي و التشريع المغربي، وقد يتساءل البعض لما تم إدراج التشريع الفرنسي ضمن خانة التشريعات الوطنية وذلك لأننا انطلقنا من دراسة الاتفاقيات الدولية التي تعتبر القاعدة العامة بالنسبة لقانون المبادلات الإلكترونية والتي من خلالها تقتبس جل التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الفرنسي الذي يحيل إليها كما سوف نرى.

* التشريع الفرنسي :

بخصوص المشرع الفرنسي نجد أنه قد كان ترك مسألة تحديد زمان انعقاد العقد للقضاء، إذا تردد هذا الأخير بين الأخذ بنظرية تصدير القبول أو الأخذ بنظرية العلم بالقبول، وقد اعتبرها محكمة النقض الفرنسية مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا رقابة عليه¹.

وفي سنة 2004 صدر القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الرقمية، والذي استرشد بنص المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 2000/07/8، بشأن التجارة الإلكترونية²، وقد تضمن هذا القانون الجديد مادة تحت رقم 2/1309³، تنص على انه يعد العقد قد ابرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا الكترونيا مؤكدا من القابل قبوله، فهذه المادة تشترط لانعقاد العقد الإلكتروني تأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، مما يدل على تبنى المشرع لنظرية جديدة وهي نظرية تصدير تأكيد القبول⁴.

لذلك يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أخذ بنظرية جديدة تختلف عن النظريات السابقة وان كانت تكملها، وهي تصدير تأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب ، واعتقد أن المشرع الفرنسي كان صائبا لحد كبير. هذا بشأن التشريع الفرنسي فماذا عن المشرع المغربي؟..

¹ David NOGUERO, l'acceptation dans le contrat électronique, op cit, p,69.

² Sophie DRUFFIN, BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD, 2008, droit des obligations, Gualino, Paris, p,45

³ L'article 1369/2 énonce «l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique, de la commande qui lui a été ainsi adressée. la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme recus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès, voir : <http://www.legi France.couv.fr>.

⁴ اراجع كل من ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع، مرجع سابق، ص، 215. و

VERBIEST thibault, la protection juridique du cyber consommateur litec, Paris, 2002, p 78.

*التشريع المغربي :

إن تحديد زمان ومكان إبرام العقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي يختلف حسب التعاقد، فيتحدد في التعاقد بين حاضرين في زمان ومكان مجلس العقد، ويتحدد في التعاقد بالمراسلة في زمان ومكان إعلان القبول، وفي التعاقد بالوسيط في الزمان والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب للوسيط بأن يقبله، وفي التعاقد بالهاتف يتم في نفس الوقت الذي جرت فيه المخاطبة الهاتفية من حيث الزمان لكن في المكان الذي يوجد فيه القابل .

وقد نص قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم 05-53 في الفصل 2-65 من الفرع الأول من الباب الأول المتعلق بالعقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، على عدم تطبيق أحكام الفصول من 23 إلى 30 و المادة 32 من قانون الالتزامات والعقود على العقود الإلكترونية وبذلك فإن الأحكام المنصوص عليها في هذه الفصول لا تطبق على العقود الإلكترونية نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه الأخيرة.

وبقراءتنا لنص الفصل 5-65 من ظ.ل.ع نجد المشرع يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

و يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

وفي هذا تأكيد على ان المشرع المغربي قد تبنى نظرية تصدير تأكيد القبول المعلن عنها سابقا والتي نهجها المشرع الفرنسي وفي هذا خروج عن النظريات التقليدية بخصوص تحديد زمان ومكان إبرام العقد عبر الوسائل التقنية .

المطلب الثاني : أوجه الحماية والقصور التشريعي :

نظرا لأهمية توفير الحماية القانونية في مجال تبادل المعطيات الالكترونية، ودور ذلك في تكريس الثقة في التعامل بواسطة الوسائل التكنولوجية المستحدثة، وما يترتب عنه من تشجيع الاستثمار عبر التجارة الالكترونية، والإقبال على إبرام العقود الالكترونية التي أضحت قابلة للتوقيع والتشفير والمصادقة الالكترونية، من لدن أجهزة حددت صلاحيتها وشروط اعتمادها بدقة¹، فقد تدخل المشرع المغربي من خلال القانون 253.05²، من اجل حماية التراضي الالكتروني عن طريق تبيان كيفية التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، وأيضا الأحكام الخاصة بإبرام العقد الالكتروني (الفقرة الأولى) على أن نتولى تناول بعض الإشكالات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد في (الفقرة الثانية).

فما هي إذن أوجه الحماية المقررة لهذا الأخير، وما هي أهم هذه الإشكالات ؟.

الفقرة الأولى : الحماية القانونية لعملية التعاقد الالكتروني :

إن المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد في عقود التجارة كثيرة ومتعددة، سواء من احد المتعاقدين أثناء عملية التعاقد، أو من الغير كما في حالة اختراق الشبكات الالكترونية المخترن عليها البيانات أو المتداولة من خلالها، حيث

¹ - إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص 117.

² - وتحديدا في الباب الثالث من القسم الثاني من القانون المذكور، من خلال 13 مادة، حددت بشكل مسترسل مختلف العقوبات والتدابير الوقائية المتخذة في هذا المجال، وكذا لحيثيات رصد ومعاينة مختلف هذه الجرائم. (المواد من 29 إلى 41 منه).

يتم سرقة هذه المعلومات وإعادة استخدامها على نحو يضر بالمستهلك، الأمر الذي يتطلب من المشرع توفير حماية قانونية .

وعليه سوف نعمل على تبيان هذه الحماية من خلال القانون 53.05 الذي تناول الأحكام والقواعد التي يتم من خلالها تبادل الإيجاب والقبول ثم التطرق إلى النصوص الجنائية بهذا الخصوص.

أولا : الحماية المدنية لعملية التراضي الإلكتروني :

○ الإيجاب والقبول وفق القانون 53.05 :

نشير بداية إلى أن التعديل الذي أتى به قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية¹، قد احتفظ ببعض الأحكام العامة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود المغربي ، لكي تسري هي أيضا على إبرام العقد الإلكتروني²، واستثنى من التطبيق بعض المقتضيات، والمتعلقة بالإيجاب والقبول، حيث أورد مكانها تحت عنوان "العرض"، أحكاما خاصة بالإيجاب، وتحت عنوان "إبرام عقد بشكل إلكتروني" أحكاما خاصة بالقبول؛ والتساؤل المطروح هو، ما هي الضمانات التي أحاطها المشرع لكليهما؟ لأنه ليس القصد هنا هو إعادة الأحكام الخاصة بالإيجاب والقبول، وإنما إبراز آليات الحماية المرتبطة بهما.

○ الإيجاب الإلكتروني : لقد حدد المشرع في الفصل 3-65 من ظل.ع³، ثلاث حالات اعتبرها كلها تدخل في إطار العرض وهي كالتالي :

الأولى : حالة وضع الإيجاب، في شكل عروض تعاقدية، أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

الثانية : الحالة التي يطلب فيها شخص معين بالذات، معلومات من أجل إبرام عقد.

الثالثة : عندما يتعلق الأمر بتوجيه معلومات أثناء تنفيذ عقد⁴.

ففي الحالة الأولى، يمكن استعمال كل الوسائل الإلكترونية في العرض، على اعتبار أن المشرع استعمل عبارة "الوسائل الإلكترونية"، دون تحديد لأي طريقة من طرق الإيجاب الإلكتروني⁵، أما الحالتين الثانية والثالثة، فإن الوسيلة الإلكترونية محددة فقط في البريد الإلكتروني، شريطة موافقة الشخص المعين المرسل إليه - صراحة على

¹ - وذلك بمقتضى المادة 3 من القانون 53.05، التي يتم في إطارها، القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، بالباب الأول مكرر، المعنون ب: " العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية " .

² - ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بالفصول من 19 إلى 22 من ظل.ع.

³ - ينص الفصل 3-65 من ظل.ع على ما يلي:

" يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة.

يمكن إرسال المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني.

إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة، تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعيينها. "

⁴ - العربي جنان، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية (القانون المغربي رقم 53.05)، دراسة تحليلية نقدية، المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008، ص 13.

⁵ - كالإيجاب عبر شبكة المواقع (الويب)، أو الإيجاب بواسطة المحادثة والمشاهدة المباشرة عبر الانترنت، أو الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، أو الإيجاب عبر الرسائل النصية القصيرة (Short Message Service: SMS) هذا الأخير الذي أصبح من صور التجارة الإلكترونية، والذي يتم عبر الهاتف النقال (Mobile Commerce)، وللإطلاع على مفهوم وخصائص ولغة الرسائل النصية انظر الموقع: http://fr.wikipedia.org/wiki/langage_sms

استخدام هاته الوسيلة، غير أن مرسل العرض، يعفى من الحصول على الموافقة الصريحة باستعمال البريد الالكتروني، إذا كانت المعلومات موجهة إلى المهنيين، وذلك ابتداء من الوقت الذي يدلي فيه هؤلاء بعنوانهم الالكتروني. وفي مقابل ذلك، إذا كان مرسل العرض، قد اشترط إدراج المعلومات في استمارة، فإنه ملزم بأن يضع تلك الاستمارة رهن إشارة المطلوب منه تعبئتها الكترونياً.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولكي يعتد بالإيجاب ويحقق حمايته اللازمة، قانوناً، يجب أن يشتمل على العناصر الأساسية للعقد، وأن يوضع رهن إشارة العموم بكل شروطه التعاقدية مع تمكين هؤلاء من استنساخها والاحتفاظ بها¹. كما يجب أن يتضمن جميع البيانات المنصوص عليها في الفصل 4-65 من ظل.ع وهي كالتالي : الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره. شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره.

مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة الكترونية، ولاسيما الكيفية التي يفني طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة.

الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل، قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها.

اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.

طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط الاطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك.

وسائل الاطلاع، بطريقة الكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي يعتمزم صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء.

وكل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل²، لا يجوز اعتباره عرضاً بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه³.

¹- تنص الفقرة الأولى من الفصل 4-65 من ظل.ع على ما يلي:

" يتعين على كل من يقترح بصفة مهنية وبطريقة الكترونية، توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها".

ونشير في إطار المقتضى المتعلق بتفويت الأصول التجارية أو أحد عناصرها، على أنه يفترض أن تشمل جميع الأصول التجارية بما فيها الافتراضية.

²- نشير في هذا الصدد، على أن القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، قد قرر حماية إضافية للمستهلك، فهو بالإضافة إلى إقراره حسب المادة 27 منه، بالإحالة على القانون 05-53 حيث نصت على:

" يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحاً إذا أبرم طبقاً للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون"

فقد أضاف مقتضيات أخرى حامية من قبيل: ممارسة حق التراجع للمستهلك، ضمان المورد للمستهلك سلامة وسائل الأداء، وكذا تحديد الوسائل الملائمة لممارسة حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات عن طريق البريد الالكتروني. وغيرها من الوسائل المرتبطة بالعقود المبرمة عن بعد، والتي ستشكل ليس فقط حماية قانونية للمتعاقد، بل ستضفي عامل الثقة للإقبال على التجارة الالكترونية.

للمزيد من الاطلاع والتوسع في هذا المجال راجع أحكام القانون المذكور.

³- غير أن العرض قد يتوفر على الشروط الجوهرية للتعاقد، ومع ذلك لا يشكل إيجاباً بل فقط دعوى للتفاوض، وذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار عند الموجب، كما هو الشأن في الإعلان عن طلب مستخدمين، إذ يحتفظ الموجب بحق الموافقة بناء على الدعوة التي وجهها.

- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط. الأولى، 2004، ص73.

وبناء على ما سبق، فالمشرع المغربي لم يغفل القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني، حيث عالجها من خلال الفقرة الثانية من الفصل 4-65 من ظل.ع التي جاء فيها ما يلي :

"... دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض فإن صاحب العرض يظل ملزماً به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو إن تعذر ذلك، طالما ظل ولوج العرض متيسراً بطريقة إلكترونية نتيجة فعله".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع المغربي، اعتبر الإيجاب الإلكتروني ملزماً في حالتين¹ :

الحالة الأولى : اقتران الإيجاب بأجل للقبول، حيث يتعين على الموجب الالتزام بعرضه إلى غاية المدة المحددة لمعرفة إرادة الموجه إليه الإيجاب بالقبول أو الرفض.

الحالة الثانية : بقاء الإيجاب متاحاً بوسيلة إلكترونية، وهنا يظل الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه، طالما ظل الولوج إلى العرض متيسراً بطريقة إلكترونية وذلك بفعله لا بفعل غيره.

هاتين الحالتين، تقودنا إلى تساؤل مفاده هو ما هي حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني؟ خاصة أننا نعلم أن المشرع المغربي استثنى بعض الأحكام المتعلقة بالإيجاب والقبول، وذلك بمقتضى الفصل 2-65 من ظل.ع². وعليه فطبقاً للقواعد العامة يسقط الإيجاب عموماً في الحالات الآتية :

انتهاء المدة المحددة للقبول³.

موت الموجب أو فقدان أهليته أو نقصانها، واتصال ذلك بعلم من وجه إليه الإيجاب قبل قبوله⁴.

الرفض الصريح أو الضمني، ممن وجه إليه الإيجاب، ولو لم تنته المدة التي يكون فيها ملزماً، كما لو كان القبول إيجاباً جديداً أو رفضاً مجرداً⁵.

ولكن هل في هذه الحالات المذكورة تؤدي إلى سقوط الإيجاب الإلكتروني؟

في الحالة الأولى، المتعلقة بسقوط الإيجاب بانتهاء أجل القبول، نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع عدم سقوط الإيجاب الإلكتروني، مادامت قد انتهت المدة المحددة للقبول⁶. ولم يبقى من المتيسر الولوج إلى الإيجاب بعد فوات هذا الأجل.

¹ - حليلة بن حفو، التراضي في العقد الإلكتروني، مقال منشور بمجلة الأملاك، العدد المزدوج السادس، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، س2009، ص 152.

² - ينص الفصل 2-65 من ظل.ع على ما يلي:

"لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب".

³ - وذلك طبقاً لمقتضيات الفصل 29 من ظل.ع الذي جاء فيه:

"من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول، بقي ملتزماً اتجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد".

⁴ - وذلك حسب الفصل 31 من ظل.ع الذي ينص على:

"موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

⁵ - فالفصل 27 من ظل.ع يقر ما يلي:

"الرد المعلق على شرط أو المتضمن بقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجاباً جديداً".

⁶ - وسندنا في ذلك، هي الفقرة الثانية من الفصل 4-65 من ظل.ع السابقة الذكر، فإذا كان المشرع قد ألزم صاحب العرض بالتقيد بعرضه طيلة المدة المحددة فيه، فإنه وبمفهوم المخالفة، يسقط هذا العرض بمجرد مروره هاته المدة، خاصة إن لم يصبح بعدها متيسراً الولوج إليه بطريقة إلكترونية. وإذا كان الأمر كذلك، فالتساؤل المطروح هو لماذا استثنى المشرع هذا الفصل (أي الفصل 29 من ظل.ع) من التطبيق؟

أما الحالة الثانية ، المتعلقة بوفاة الموجب أو فقدان أهليته، وخبر بذلك الموجب له قبل التعبير عن قبوله، فإنها تؤدي كذلك إلى سقوط الإيجاب الإلكتروني، لأن المشرع المغربي عند تنظيمه أحكام العقد الإلكتروني، لم يستبعد تطبيق مقتضيات الفصل 31 من ظل.ع، السالف الذكر على الإيجاب الإلكتروني.

وتبقى حالة رفض الموجب له عرض الموجب، فإن القانون 53.05، استثنى تطبيق الفصل 27 من ظل.ع كما جاء بيانه.

○ القبول الإلكتروني : لقد عالج المشرع المغربي أحكام القبول الإلكتروني تحت عنوان "إبرام عقد بشكل إلكتروني"، وأحاطه بمجموعة من الضمانات ، غاية في الأهمية، نص عليها الفصل 5-65 من ظل.ع¹ ندرجها كالتالي² :

1- أن يتمكن من أرسل إليه العرض من التحقق من :

- تفاصيل الإذن بالقبول الصادر عنه قبل تأكيده، أي أن تتاح له فرصة، قبل أن يصدر عنه القبول النهائي، بأن يتحقق من تفاصيله.

- الثمن الإجمالي الذي يلتزم به، وهذه تعد ضمانات أساسية، على اعتبار أن تحديد السعر الإجمالي سوف يكون دافعا للتعاقد، والتأكد منه ضرورة أيضا لكي لا يقع المرسل إليه العرض في اللبس.

- تصحيح الأخطاء المحتملة، والتي يمكن أن تشوب الإذن الصادر عنه، وهذا من شأنه أن ينتج قبولا سليما³.

2- إلزام صاحب العرض بمجرد أن يتسلم القبول، أن يشعر القابل إلكترونيا بذلك التوصل، ومقتضى هذه الضمانة، أن صاحب العرض، يصبح ملزما فور تسلم أو التوصل بالإذن بالقبول، بأن يشعر القابل بذلك، بطريقة إلكترونية.

3- "يصح المرسل إليه، فور تسلمه العرض، ملزما به، بشكل لا رجعة فيه"، ولعل ما قصد به المشرع من خلال هذه العبارة، هو أن الموجب يصبح فور تسلمه قبول الموجب له، ملزما بإيجابه بشكل لا رجعة فيه⁴.

4- يعتبر قبول العرض وتأكيد الإشعار بالتسلم، متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسل إليهم الولوج إليها، وهذا المقتضى هو ما يميز القبول من منظور المشرع المغربي، بحيث على أساسه يبرم العقد الإلكتروني بصفة نهائية.

¹ - ينص الفصل 5-65 من ظل.ع على ما يلي:

" يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه. يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض وتأكيد الإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسل إليهم الولوج إليها".

² - العربي جنان، م.س، ص 18 وما يليها.

³ - وعلاوة على ذلك، فقد جاء في المادة 29 من القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، وذلك في فقرتها الأخيرة ما يلي:

" دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبه أو تعديله حسب إرادته".

ولعل هذا المقتضى، سوف يجعل المتعاقد القابل، أكثر ترويا أثناء التعبير عن إرادته، والتيقن من تصميمه على القبول قبل إبرام العقد الإلكتروني.

⁴ - وهذا ما يفهم من الصيغة الفرنسية للفقرة الثالثة من الفصل 5-65 من ظل.ع:

Article 65-5: « ... Le destinataire est irrévocablement lié à l'offre dès sa réception ».

من خلال ما سبق، يستنتج أن القبول الإلكتروني يمر من عدة مراحل، تنتهي بتأكيد استلام القبول، وهذا من شأنه أن يحقق ضمانا وحماية كافية للمتعاقد، ومع ذلك فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل المشرع المغربي عزز هذه الحماية، بحماية أخرى، نص عليها القانون 03-31 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، وتتعلق بضمان وسائل الأداء والحق في التراجع¹.

يبقى أن نشير أن القانون 53.05، قبل أن يتناول الأحكام الخاصة بإبرام العقد الإلكتروني، فإنه أورد التصرفات التي لا تقبل أن ترد في شكل محررات إلكترونية، ومرد ذلك، إما إلى ارتباطها بالنظام العام، أو إلى طبيعة التصرف نفسه، فما هي العقود التي استثناها المشرع من أحكام القانون المذكور؟

ب- العقود المستثناة من أحكام القانون 53.05 :

ينص الفصل 1-2 من ظ.ع، والمتمم بمقتضى المادة 2 من قانون 53.05، في فقرته الأخيرة على ما يلي :

"... غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

يتضح من خلال ذلك أن العقود المستثناة هي كالتالي :

- الاستثناء المتعلق بمدونة الأسرة :

إن قضايا الحالة المدنية وكل ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لها ارتباط وثيق بأحكام الشريعة وأعراف المجتمع، وبالتالي فهي من صميم النظام العام، ومن هذا المنطلق، لا يمكن تصور عقد زواج مبرم إلكتروني، بل لا بد من استيفائه للشروط القانونية، لأن التعاقد في هذا المجال يقتضي الحضور الفعلي للمتعاقدين، وذلك لتبادل الإيجاب والقبول ومن جهة أخرى فإن هذا القصد يحظى بقُدسية ومنزلة خاصة في نفوس الناس، ونفس الأمر يقاس على باقي العقود الأخرى المرتبطة بمدونة الأسرة كإيقاع الطلاق أو إعداد إرث أو وصية أو إقرار نسب أو نفيه، بحيث لا يجوز إبرامهم بالوسائل الإلكترونية².

- الاستثناء المتعلق بالضمانات الشخصية أو العينية في الميدان المدني والتجاري لا يمكن إبرام هذه الاستثناءات كذلك، وفق محررات إلكترونية، ويعود ذلك إلى أن مثل هذه الضمانات، غالبا ما تنصب على تصرفات مركبة ومعقدة، تنطوي على خطورة تتعلق بنوع الأموال أو قيمتها، أو بجملة العقود التي تكون في الغالب طويلة الأمد، تستوجب

¹ - حيث تنص المادة 35 من القانون المذكور على ما يلي:

" تخضع عمليات الأداء المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد للتشريعات الجاري بها العمل.

يضمن المورد للمستهلك سلامة وسائل الأداء التي يقترحها.

كما نصت المادة 36 من نفس القانون على أنه:

" للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في الرجوع؛

- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة لم يف المورد بالتزامه بالتأكييد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الأجل المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.."

² - راجع في ذلك:

- أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص 47.

مفاوضات مباشرة بحضور الأطراف في مجلس العقد¹. فالأوراق المالية التي يجوز تداولها بالبيع والشراء مثل أوراق الأسهم والسندات المتداولة في البورصات، تتضمن قيمة مالية في ذاتها، وتداولها يعني قبضها باليد وليس بالطريق الإلكتروني، كما أن المعاملات التي مضمونها بيع أو شراء للأموال غير المنقولة، وهي العقارات سواء بطبيعتها أو بالتخصيص فإن التصرف فيها يخرج من نطاق التعامل الإلكتروني.

إلا أن بعض الفقه²، يرى أن تلك الاستثناءات لا مبرر لها، إذ أن الشكلية الإلكترونية، أمر أقرته غالبية التشريعات الحديثة بشأن العقود والمعاملات الإلكترونية، ومن ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود، بل يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونيا ولو كانت عقودا شكلية، وقد ربط هذا الفقه حل هذه الأزمة بفكرة "الموثق الإلكتروني" وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا وتتركز وظائفه الأساسية في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها.

وإذا كان هدف المشرع المغربي من هذه الاستثناءات هو حماية الطرف الذي لا إلمام له بتقنيات الاتصال والتعاقد الكترونيا، مستحضرا في ذلك الأمية الإلكترونية إلا أن هذه الحماية، هي حماية مبالغ فيها³، فكيف يمكن للمشرع أن يستثني الضمانات الشخصية أو العينية، في الميدان المدني والتجاري، وهو يسعى إلى تطبيق القانون 53.05 على الحقوق العينية⁴؟

ثانيا : الحماية الجنائية :

إلى جانب الحماية المدنية خصص المشرع المغربي من خلال القانون 53.05⁵، حيزا للحد من الحماية الجنائية من خلال تحديد مجموعة من الأفعال المحرمة، وعقوباتها، انطلاقا من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وذلك على الشكل الآتي :

¹ - العربي جنان، مرجع سابق، ص 11.

² - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 15.

³ - محمد محروك، خصوصيات التوقيع الإلكتروني وحجبه في الإثبات، المؤتمر العلمي المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في 28-29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس- ليبيا.

⁴ - نصت المادة 42 من قانون 53.05 على ما يلي :

"تحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام هذا القانون على الحقوق العينية بمرسوم".

⁵ - وتحديدا في الباب الثالث من القسم الثاني من القانون المذكور، من خلال 13 مادة، حددت بشكل مسترسل مختلف العقوبات والتدابير الوقائية المتخذة في هذا المجال، وكذا لحيثيات رصد ومعاينة مختلف هذه الجرائم. (المواد من 29 إلى 41 منه).

- الجرائم والعقوبات التي تطال مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية والتشفير:

عمل المشرع المغربي، على تعداد مختلف الجرائم المرتبطة بمجال تقديم خدمات المصادقة الالكترونية والتشفير من خلال عدة مواد، كما يظهر جليا في الجدول التالي :

العقوبات المالية	العقوبات السالبة للحرية		المادة	الجريمة المرتكبة
	الحد الأدنى	الحد الأقصى		
100.000 درهم	10.000 درهم	سنة	3 أشهر	29 - تقديم خدمة المصادقة الالكترونية دون توفر الاعتماد (سواء بعدم الترخيص أو بسحبه).
50.000 درهم	20.000 درهم	6 أشهر	شهر	30 - إفشاء السر المهني، أو التحريض على نشره أو المساهمة في ذلك.
100.000 درهم	-	سنة	-	32 - استيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استعمال إحدى الوسائل أو خدمات التشفير، دون الإداء بالتصريح أو الحصول على ترخيص ¹ .
100.000 درهم	10.000 درهم	6 أشهر	3 أشهر	36 - الإخلال بوجوب إخبار السلطة الوصية ² .
500.000 درهم	50.000 درهم	-	-	38 - الاستعمال غير القانوني لعنوان تجاري أو إشهار أو كل عبارة تحمل على الاعتقاد بأنه معتمد لاكتساب صفة مقدم خدمة.

جدول جرائم وعقوبات انتهاكات مقدمو خدمات المصادقة والتشفير :

¹ - تعد المادة 32 من القانون 05-53 الوحيدة التي لم تنص على حد أدنى للعقوبة السالبة للحرية والعقوبة المالية، ومرد ذلك نعتقد هو خصوصية هذه الجريمة التي تمس بمصالح الدفاع الوطني وأمن الدولة الداخلي أو الخارجي.
² - وعلاوة على هذه العقوبات المرتبطة بهذا الفعل المجرم، يتعرض مرتكب المخالفة طوال مدة خمس سنوات للمنع من ممارسة كل نشاط يتعلق بتقديم خدمات المصادقة الالكترونية، ويعد هذا المنع المذكور بمثابة عقوبة إضافية.

- الجرائم والعقوبات المرتبطة بطلب الخدمة :

تختلف هذه الجرائم باختلاف الأفعال المرتكبة، وكذا بتباين مرتكبيها، فهناك انتهاكات يقترفها طالبو الخدمة، وهناك أخرى ترتبط باستعمال الشهادات الالكترونية المسلمة.

العقوبات المالية	العقوبات السالبة للحرية		المادة	الجريمة المرتكبة
	الحد الأدنى	الحد الأقصى		
الحد الأقصى 500.000 درهم	الحد الأدنى 100.000 درهم	الحد الأقصى 5 سنوات	سنة	31 - الإدلاء العمدي بتصاريح كاذبة أو تسليم وثائق مزورة إلى مقدم الخدمة.
الحد الأقصى 100.000 درهم	الحد الأدنى 10.000 درهم	الحد الأقصى 5 سنوات	سنة	35 - الاستعمال غير القانوني، للمعطيات الشخصية لتوقيع الغير.
الحد الأقصى 100.000 درهم	الحد الأدنى 10.000 درهم	الحد الأقصى سنتين	6 أشهر	37 - الاستمرار في استعمال شهادة منقضية الصلاحية أو ملغاة.

جدول جرائم وعقوبات طالبي خدمة المصادقة وأصحاب الشواهد الالكترونية المسلمة :

كانت هاته باختصار أهم الجرائم والعقوبات التي خصصها المشرع والتي حاول من خلالها المزج بين العقوبات الحبسية والمالية معا، وذلك من اجل ردع مرتكبيها وتضييق الخناق عليهم من جهة، وحماية المتعاقدين والتجارة الالكترونية من جراء تلك التلاعبات من جهة ثانية¹.

لكن بالرغم من هذه الحماية فمسألة التعاقد عبر الوسائل الالكترونية تواجه جملة من التحديات فماذا عنها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية : التحديات والإشكالات القانونية التي تواجه عملية التعاقد الالكترونية :

إذا كان القانون 53.05 قد جاء بإضافات ، تشمل عدة موضوعات تخص التجارة الالكترونية، (وهي المعادلة، من حيث الإثبات، بين الوثائق المحمولة على دعامة ورقية، والوثائق المحمولة على دعامة إلكترونية، وكيفية إبرام العقود الالكترونية، وتشفير البيانات، والتوقيع الالكتروني والمصادقة الالكترونية وغيرها)، إلا أن هناك حدودا تطرح أمام التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، حدودا ترتبط بالجوانب المعيبة في القانون نفسه، وأخرى تتعلق بالجوانب غير المثارة من قبل هذا الأخير.

¹ - إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص 129-130.

وتأسيسا على ذلك، سوف نعمل على توضيح بعض أوجه القصور للقانون 53.05 من خلال تبيان مجموعة من التحديات القانونية التي تواجه عملية التعاقد الإلكتروني في هذا القانون مع أخذ موضوع التراضي الإلكتروني بعين الاعتبار تفاديا لتداخل المواضيع فيما بينها.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع من خلال إصداره للقانون السابق، قد اعتمد تقنية تشريعية خاصة، حاول من خلالها الجمع بين مقتضيات متممة لبعض فصول قانون الالتزامات والعقود¹، والتي توجت بوضع الأساس للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

وبصرف النظر عن هذه التقنية التشريعية الخاصة، والتي تبقى محل نقاش فقهي آخر، فإننا سوف نعمل على إثارة بعض الإشكالات القانونية التي يطرحها تلاقي الإرادتين في العالم الافتراضي أهمها كالتالي :

* التحقق من الموقع الإلكتروني :

توصف عقود الإنترنت في وصفها القانوني بأنها تتم بين غائبين، أو تعاقد عن بعد، إذ لا تسنح الفرصة بالاجتماع في مجلس تعاقد واحد، الغالب فيها أن الأطراف لا يرون بعضهم البعض، كما قد يكون أحدهم طرفا غير جلد في العملية التعاقدية لذلك قد يكون ولوج الموقع الإلكتروني خطرا على أحد أطراف المعاملة، كما لو يكون مجرد موقع وهمي، الهدف منه النصب والاحتيال.

ولتفادي ذلك لجأت التشريعات الحديثة إلى استحداث ما يسمى بجهات التوثيق والتصديق الإلكتروني والتي تكفل عملية تعقب وكشف هوية الموقع الإلكتروني إضافة إلى تسجيل وتخزين وإثبات المعاملة الإلكترونية المبرمة بين الأطراف، وإذا ما تبين أن أحد المواقع غير آمن جانبه تقوم بتحذير الزبون وإخطاره بمصادقية الموقع، وتصدر هذه الجهات شهادات إلكترونية وشهادات خدمات.

* مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها :

لا تقتصر مهام سلطات التوثيق في المصادقة عن المعاملات الإلكترونية، وإنما تتعداها إلى التمعن في مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها كبيانات مصادقية الموقع، والشخص الموقع Signataire الطرف المتعاقد وبيان صلاحية كل واحد منهما، يضاف إلى ذلك تسليم شهادات إلكترونية (شهادات محمية، أو شهادات مستخدم، تكون هي بطاقة هويتها).

* تحديد هوية الشخص المتعاقد :

لانعقاد العقد الإلكتروني بشكل صحيح يجب تحديد أطرافه تحديدا وافيا، خصوصا اسم وهوية الشخص المتعاقد، وأهليته القانونية، لذلك فقد يبحر على الإنترنت أشخاص قاصرون أو فاقدوا الأهلية كلها، أو بعضها، فهي ممنوعة حكما من إجراء التصرفات القانونية، لهذا السبب وجب تعيين وصفي لطرفي العقد الذين يكونان غائبين ماديا لمجلس العقد، أو وقت تحمل الالتزامات، فكيف يمكن نسبة العقد لأطرافه لم يسبق لهما وأن تعاملتا من قبل؟ وكيف يمكن إبعاد القصر وعديمي الأهلية عن التعامل عبر الإنترنت؟

¹ - وذلك بمقتضى المواد 2 و3 و4 و5 من القانون 53.05.

وفي المعاملات التقليدية، توجد العديد من العوامل والطرق التي يتم التحقق من خلالها من شخص الطرف الثاني كالمعرفة الشخصية والمادية للأطراف مثل الجنس والاسم. أما في التجارة والبيع الإلكتروني فنجدهم الإجابة في الوسائل التقنية الحديثة التي تحيلنا على التوقيع الإلكتروني، وسلطة التصديق، إضافة إلى ذلك عملية التشفير (الترميز) الإلكتروني التي تحمي مصدر الإيجاب والقبول على الشبكات دون تعديل خارجي لموضوع العقد، فهي تحدد الشخص مرسل الإيجاب وتؤكد على الشخص المتلقي له، و تقييم الدليل في حال نشوب نزاع بين ذوي الشأن فإن هذه التقنيات نادرة الاختراق، أو التعديل وتعطي ضمانات أوسع من تلك التي على ورق خصوصا في نسبة المحرر لصاحبه.

وينبغي للقول بصحة الإرادة ابتداء ثبوت نسبتها إلى صاحبها. فصحة الإرادة تتحقق بتمتع من صدرت عنه بالأهلية وخلو هذه الإرادة من عيوب الإرادة وهو ما يتطلب تحديد صاحبها.

وإذا كان تحديد شخص من صدرت عنه الإرادة يسيرا في الوسائل الإلكترونية التقليدية كالهاتف والفاكس فإن الأمر على خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر بالتعاقد عبر شبكة الانترنت أو غيرها من شبكات المعلومات المفتوحة ، إذ يمكن في هذه الشبكات التلاعب بالرسائل الإلكترونية المرسله عبرها ، كأن يقوم شخص غير خول بإرسال رسالة باسم شخص آخر أو يقوم بالتلاعب برسالة أرسلها شخص معين وتحريف ما ورد فيها من معلومات ، فإذا كانت هذه الرسالة تتضمن تعبيراً عن الإرادة سواء أكان إيجاباً أم قبولاً فكيف يمكن التحقق من نسبتها حقيقة إلى من تنسب إليه ؟

وقد وضع القانون النموذجي (الاونسيترال) وكذلك القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي قواعد معينة تنظم العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية (التي تتضمن التعبير عن الإرادة) وبين متلقيها المرسل إليه . فالرسالة الإلكترونية لا تعد صادرة عن المنشئ في الحالة التي يصدرها بنفسه فقط ، وإنما تعد هذه الرسالة صادرة عنه أيضا إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية وكذلك إذا كانت قد صدرت من نظام معلومات مؤتمن ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه.

أما المرسل إليه فإنه من جانبه يستطيع الاعتماد على الرسالة ويتصرف على أساس أنها صدرت فعلا من المرسل إليه في حالات معينة تتمثل بالاتي :

1- إذا كان هناك إجراء متفق عليه مسبقا بين الطرفين (المنشئ والمرسل إليه) للتأكد من أن الرسالة صدرت من المنشئ كاستخدام رموز معينة وطبق المرسل إليه هذا الإجراء تطبيقا سليما.

2- إذا كان منشئ الرسالة يستخدم طريقة معينة لإثبات أن الرسالة صادرة عنه فعلا كأن يستخدم توقيعاً إلكترونياً معيناً ، فأرسلت الرسالة موثقة بهذا التوقيع من قبل شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بوكيل المنشئ من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه ويلاحظ في هذه الحالة أن القانون النموذجي يحمل المنشئ تبعاً إهماله فيعد الرسالة منسوبة إليه فلا يستطيع الطعن فيها ، ذلك أنه لم يحافظ على الوسيلة التي يعتمد عليها لإثبات نسبة الرسائل إليه مما مكن الغير من الاستيلاء عليها .

إلا أن هذه القاعدة التي تجيز للمرسل إليه التعويل على الرسالة كما وردت إليه ترد عليها استثناءات ثلاثة بموجبها يمكن للمرسل أن يطعن بنسبة هذه الرسالة إليه فلا يعود للمرسل إليه التمسك بها تجاهه . وتمثل هذه الاستثناءات بالاتي :

1- إذا تدارك المنشئ الأمر فأرسل للمرسل إليه إخطارا يبين له فيه أن الرسالة لم تصدر عنه . وفي هذه الحالة يحق للمرسل الطعن بالرسالة اعتبارا من الوقت الذي يتسلم فيه المرسل إليه الإخطار إلا أنه ينبغي لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون الإخطار قد أرسل في وقت ملائم أو معقول بحيث يكون للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساسه. فإذا تأخر المرسل في إرسال الإخطار ، وابرم المرسل إليه تصرفات معينة اعتمادا على الرسالة التي اعتقد أنها صادرة من المرسل فلا يكون للمرسل في هذه الحالة أن يتمسك بعدم نسبتها إليه.

2- إذا علم المرسل إليه أو كأن يفترض فيه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر من المنشئ إذا بذل عناية معقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه مع المنشئ . كما لو أن المرسل الذي تنسب إليه الرسالة اعتاد أن يطلب كمية محدودة من البضاعة في كل مرة من المرسل إليه ، وتضمنت الرسالة في هذه الحالة كمية اكبر بكثير مما اعتاد طلبه. * إذا كان المرسل إليه يستطيع وفقا للقاعدة المتقدمة أن يعد الرسالة صادرة ممن تنسب إليه فإنه يستطيع أيضا التمسك بكل ما ورد فيها فيعد أن الرسالة التي استلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ أن يرسلها وأن يتصرف على هذا الأساس. وإذا استلم أكثر من رسالة فيحق له أن يعتبر أن كل رسالة مستقلة عن الأخرى ويتصرف على هذا الأساس كما لو استلم رسالتين كل منهما تطلب الكمية ذاتها من البضاعة فأن بإمكانه لن يتصرف على أساس أنهما رسالتين مستقلتين إلا إذا كان يعلم أو كان عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراء متفقا عليه مع المنشئ أن الرسالة كانت نسخة ثانية .

وفي جميع الأحوال لا يستطيع المرسل إليه أن يتمسك بالرسالة إذا علم أن عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أن بث الرسالة قد أسفر عن وجود أخطاء معينة في الرسالة كما استلمها . فإذا لم يكن بإمكانه أن يعلم بذلك فإنه يستطيع الاحتجاج على المرسل بالرسالة بالحالة التي وردت إليه .

* الأهلية في العقد الإلكتروني :

أما عن الأهلية في التعاقد الإلكتروني حيث يتم التعاقد عن بعد فإنه قد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر، وقد يترتب على هذا الانفصال المكاني بين أطراف المعاملات الإلكترونية عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية عن بعضهما، كما أنه من الممكن أن يكون الموقع الإلكتروني الذي يتعامل معه المتعاقد هو موقع وهمي، فالعقد الإلكتروني يجب لانعقاده صحيحا أن يكون صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، وهذا ما دفع المختصين في هذا المجال إلى تقديم بعض الحلول والاقتراحات لتلافي هذا العيب ومنها اللجوء إلى سلطات الإشهار التي هي عبارة عن طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء المختصين أن الحل هو اعتماد نظام قانوني يفيد التحقق من شخصية أطراف العقد الإلكتروني عن طريق أي وسيلة تؤدي إلى التحقق والتأكد من الشخصية، أي أنه يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكد من شخصية الطرف الآخر ، ويلاحظ أن تقنين الاستهلاك الفرنسي نص في المادة (18/12) والتوجه الأوربي الصادر في 20 مايو 1997 قررا أنه بالنسبة لكل عرض لبيع منتج أو خدمة عن بعد ، على المورد أن يضمن عرضه بيانات

تتعلق بتحديد شخصيته مثل اسم المنشأة وعنوانها والبريد الإلكتروني ، كما ألزم المستهلك بتقديم بيانات التعرف لشخصيته ونفس الشيء تبناه المشرع المغربي.

إن العقد الإلكتروني كأي عقد آخر يجب لانعقاده انعقاداً صحيحاً أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد فإذا أراد أطراف المعاملة وقوع العقد صحيحاً فإنه يتعين عليهم التدقيق في مسألة الأهلية بأي وسيلة متاحة على أن البيانات المطروحة من أحد المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت قد لا تكون صحيحة ولا يمكن للمتعاقد في هذه الحالة التحقق من بيانات التعريف بالمتعاقدين الآخر وهو ما قد يؤثر بالتأكيد على صحة التعاقد إذا تبين بالفعل عدم توافر أهلية التعاقد لكلا الطرفين أو أحدهما.

* لما كان العقد الإلكتروني يبرم عبر وسائط الكترونية ويتميز بالسرعة في إبرامه، لذلك كان من الضروري إيجاد وسيلة يتم من خلالها الوفاء بالثمن بصورة تتلائم مع طبيعة هذا العقد والوسائل المستخدمة في إبرامه، ولذلك ظهرت طريقة الوفاء أو الدفع الإلكتروني ، إن الوفاء الإلكتروني يحصل من خلال استعمال النقود الإلكترونية "Electronic Money" والتي تعرف بأنها "قيمة نقدية مخزونة على وسيلة الكترونية تستعمل كأداة للدفع ولتحقيق أغراض مختلفة".

ويلاحظ بأن اللجوء إلى الوفاء بالتعاقدات الإلكترونية عن طريق النقود الإلكترونية يسبب الكثير من التحديات والمخاطر، فقد تتعرض البطاقات الإلكترونية التي يملكها المستهلك أو التاجر والمخزونة عليها القيمة النقدية إلى خطر السرقة أو التزييف، ويتم معاملتها باعتبارها نقوداً الكترونية أصلية، وقد يحدث أن يتم التزوير عن طريق تعديل البيانات المخزونة على البطاقات الإلكترونية أو على البرمجيات أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي. كما تسبب النقود الإلكترونية الكثير من المخاطر والتحديات القانونية، والتي تحدث من خلال انتهاك القوانين والأنظمة مثل جرائم غسل الأموال، وإفشاء أسرار العميل، وقد تحدث هذه المخاطر نتيجة تقنين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة المتعاملة بالنقود الإلكترونية بطريقة غير دقيقة.

* مشكلة اللغة باعتبار العقد الإلكتروني دولياً في الغالب، مما جعل الدول المتمسكة باستعمال لغتها في التعاقد تتراجع عن هذا الموقف، وتعديل قوانينها الداخلية حتى لا تكون اللغة عائقاً في تقدم التجارة الإلكترونية. * آثار الضغط على أيقونة القبول للتعبير عن القبول خلافاً كبيراً حول مشروعية هذه الوسيلة، مما أدى إلى ظهور جانب من الفقه ينادي بضرورة وضع قواعد خاصة في هذا المجال لعدم كفاية القواعد العامة كالأخذ بقاعدة الضغط المزدوج التي اهتدى إليها المشرع الفرنسي، وهو المشرع الوحيد الذي نظم هذه الطريقة في حين يبقى الغموض سائداً في باقي الدول.

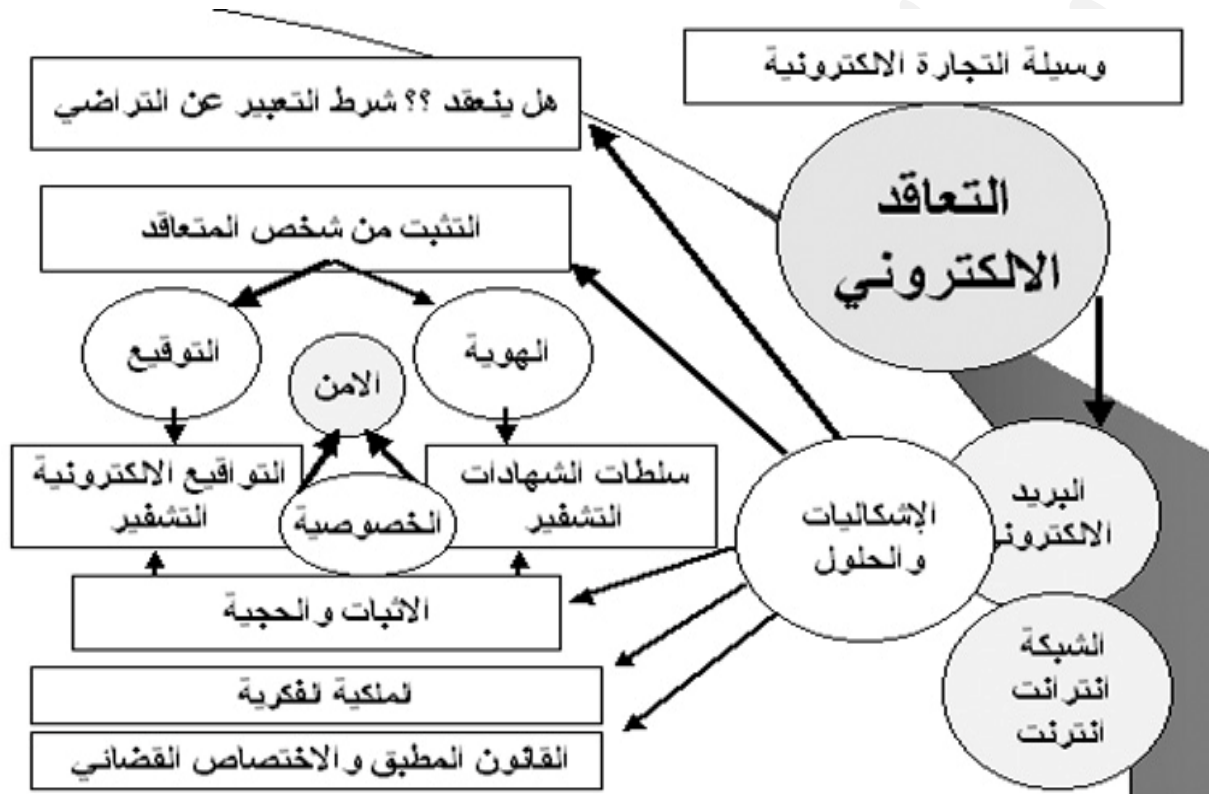
* غياب أي مقتضيات متعلقة بتنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني، وإن كنا نلاحظ أن المشرع أتى ببعض الإجراءات حينما نص في إطار المادة 21 من القانون 53.05 والمتعلقة بشروط الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية، على أن هذا الأخير يعد ملتزماً حسب الفقرة 3-3 من نفس المادة: "... بإخبار الشخص الذي يطلب تسليمه شهادة الكترونية كتابة بما يلي قبل إبرام عقد تقديم خدمات المصادقة الإلكترونية:

أ- كفاءات وشروط استعمال الشهادة.

ب- كفاءات المنازعة وطرق تسوية الخلافات..."

إلا أن هذه الإجراءات تعتبر غير كافية خصوصا إذا تعلق الأمر بغياب أي اتفاق متعدد أو ثنائي الأطراف يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وباقي الدول الأخرى لاعتماد مقدمي الخدمة¹.

وعليه يمكن إيجاز الإشكالات السابقة في المخطط التالي :



كانت هذه إذن، بعض التحديات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني بصفة عامة والقانون 53.05 بصفة خاصة، إلا أنه وفي مقابل ذلك، يجب أن نعترف أن هذا القانون، يشكل مقدمة صغرى لمقدمة كبرى من التعديلات، والتي تهدف بالأساس إلى تكييف التشريع المغربي مع تطور الاقتصاد الرقمي.

¹ - للمزيد من الاطلاع حول تنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني انظر:

- احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة ط. الأولى، 2000.
- محمد إبراهيم موسى، التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.

خاتمة :

تبين لنا من خلال دراسة التراضي الالكتروني كركن أساسي في العقد، أنه، يتميز عن العقود التقليدية من خلال الآلية التي يبرم بها فهو ذلك العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية سواء عن طريق البريد الالكتروني أو المواقع الالكترونية ويمتاز بعدة خصائص ومنها انه عقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، كما ان الايجاب فيه يمتاز بالعمومية في اغلب الأحيان، كما أن لهذا العقد خصوصية من حيث مجلس العقد كما رأينا سابقا. بالاضافة إلى انه يطرح العديد من المشاكل القانونية التي تم التطرق إليها سابقا باختصار.

تأسيسا على ما سبق يتبين انه بالرغم من إمكانية استيعاب القواعد العامة للتعبير عن الإرادة عبر وسيط الكتروني، إلا أنها تبقى غير ملائمة وغير كافية لتنظيم و تأطير المعاملات الالكترونية بسبب الخصوصيات والتعقيدات التي يتم بها هذا النوع من التعاقد، ويبقى هاجس الشك طاغيا بسبب نقص الثقة في مثل هذه المعاملات التي تتم عبر وسيط الكتروني، لذلك خلصنا في بحثنا إلى مجموعة من النتائج نعرضها باقتضاب.

النتائج :

- ✓ لا يوجد اختلاف بين الأحكام والقواعد التي تطبق على العقد الالكتروني عن الأحكام والقواعد التي تطبق على العقد التقليدي.
- ✓ إن العقد الالكتروني عقد مبرم عن بعد يتمثل في مجموعة الإجراءات الفنية المسموعة والمرئية لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد.
- ✓ يقوم العقد الالكتروني على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي الحل والسبب ورضا وأهلية.
- ✓ تثار مشكلة صعوبة التأكيد من أهلية الأطراف المتعاقدة في العقد الالكتروني لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي وتعتبر نظرية الوضع الظاهر الحل الأفضل لهذه المشكلة.
- ✓ التعبير عن الإرادة بواسطة الانترنت يتم بوسيلة الكترونية عبر وسائل البيانات الالكترونية وللأطراف حرية الاتفاق بتعزيزها برسالة مكتوبة.
- ✓ إن الاتفاق الالكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا.
- ✓ إن العقد الالكتروني أتمى بنموذج جديد لمجلس العقد يختلف عن التعاقد التقليدي، ذلك انه يمكن أن يكون افتراضيا إذا تم التعاقد بتكنولوجية الحادثة والمشاهدة المباشرة عبر الانترنت.
- ✓ اتجاه التشريعات الحديثة إلى الأخذ بنظريات جديدة لم تكن معروفة من قبيل نظرية "تصدير تأكيد القبول"، وعلى الخصوص المشرع الفرنسي، وتبنيها أيضا من قبل المشرع المغربي، حيث إن تصدير تأكيد القبول بمثابة لحظة انعقاد العقد، ونعتقد أن الأخذ بهذه النظرية سيعيد التوازن لطرفي العقد بقيام المهني بإعلام المستهلك بتسلمه للقبول.
- ✓ غياب أي مقتضيات متعلقة بتنازع الاختصاص في العقد الالكتروني، وإن كنا نلاحظ أن المشرع أتمى ببعض الإجراءات حينما نص في إطار المادة 21 من القانون 53.05 والمتعلقة بشروط الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الالكترونية، إلا أن هذه الإجراءات تعتبر غير كافية خصوصا إذا تعلق الأمر بغياب أي اتفاق متعدد أو ثنائي الأطراف يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وباقي الدول الأخرى لاعتماد مقدمي الخدمة ومن أجل ذلك نقترح ما يلي :

- دقة صياغة العقد باستخدام ألفاظ تتسم بالإحكام والانضباط وتجنب الألفاظ المرنة قدر الإمكان، بحيث تعبر الصياغة عن نية ومراد الأطراف على نحو بَيِّن وواضح.

- تحديد العناصر الجوهرية مثل محل العقد من حيث مشروعيته، ومن حيث الالتزامات المتعلقة به من تسليم وضمنان، والمقابل من حيث كيفية الوفاء، ونوع العملة، لما ينطوي عليه السداد الإلكتروني من مغالطات، بالإضافة إلى كافة الشروط المتفق عليها والحقوق والالتزامات، والضمانات.

- تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بدقة، تجنباً للدخول في تعقيدات القضاء من حيث تكييف العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق.

كما يمكن شمول العقد لبديل آخر لحل المشكلات التي قد تنشأ وهو التحكيم الإلكتروني، الذي يتم فيه وضع إجراءات التحكيم وتبادل الوثائق إلكترونياً، وإصدار الأحكام التي تكون نافذة في حق الأطراف في ضوء الإجراءات التي تم الاتفاق عليها.

- تحديد المستندات التي تكون جزءاً من العقد مثل الرسائل الإلكترونية والمطبوعات المتبادلة بين الأطراف التي أفضت إلى التعاقد.

- لتجاوز التحديات والصعوبات في مجال الوفاء الإلكتروني، يجب على السلطة التشريعية إصدار تشريع يتعلق بالمعاملات الإلكترونية وخاصة الوفاء أو الدفع الإلكتروني على أن يتضمن هذا التشريع تعريف دقيق للنقود الإلكترونية، وبيان التزامات وحقوق الأطراف المتعاملة بالنقود الإلكترونية فضلاً على ذلك فإن التعامل بالنقود الإلكترونية قد يكون عابراً للحدود وبالتالي يستلزم أن يتضمن التشريع المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على النصوص الكفيلة بمعالجة المشكلات التي تنشأ بسبب تدويل التعامل بالنقود الإلكترونية وخاصة مشكلة المسؤولية القانونية لكل طرف والمحكمة المختصة بنظر المنازعات التي تثيرها النقود الإلكترونية.

ولتجاوز التحديات أعلاه يستلزم الأمر خضوع الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية للإشراف والرقابة الدقيقة.

خلفية صمود قانون الالتزامات والعقود ومدى قابلية مضامينه للتعديل



عالي تنفولست : ماستر في القانون المدني

من كلية الحقوق أكادير- فاعل جمعي

يعتبر ظهير الالتزامات والعقود المغربي إرثا موروثا عن الحماية الفرنسية، حيث صدر في فترة تاريخية حاسمة تميزت ببداية بسط فرنسا سلطتها على المغرب ، و أمام ضعف السلطة المركزية في المغرب آنذاك أدى إلى إبرام معاهدة الحماية بتاريخ (30 مارس 1912) التي اعترفت لفرنسا بسلطة التدخل في بلادنا بهدف إدخال إصلاحات على نظام المملكة ، و ذلك بإصدار العديد من القوانين بتاريخ (12 غشت 1913) من ضمنها ق.ل.ع الذي أصبح يشكل ما يسمى بالقانون المدني الوضعي إلى جانب الشرع الإسلامي والأعراف المحلية اللذان كانا يطبقان في مغرب ما قبل الحماية.

ويعد ظهير الالتزامات والعقود المغربي نسخة طبق الأصل للمجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من طرف الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906 مع بعض الاختلافات التي تبقى جد محدودة ، يستند أيضا وضع هذا الظهير إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال وجود مجموعة من الأحكام ضمن ق.ل.ع استمدت من الفقه المالكي على الخصوص التي كانت ثانوية و محدودة ، لأنه في العمق نجد فلسفة هذا القانون وكذا روحه و المنطق الذي يستند إليه كانوا جميعا منعدي الصلة بالفقه الإسلامي¹، ومستمدين من التشريع الفرنسي و التشريعات الأخرى الصادرة في أوروبا التي شكلت منبعا و مصدرا رسميا لوضع هذا الظهير.

أما عن محتوى ظهير الالتزامات والعقود فإنه يشتمل على 1250 فصلا بما في ذلك النصوص المكررة والملغاة ، وهي موزعة في مجملها على كتابين اثنين يتناول أولهما النظرية العامة للالتزامات (من الفصل الأول إلى غاية الفصل 477)، بينما تناول الكتاب الثاني مختلف العقود المسماة و أشباه العقود المرتبطة بها ، وقد خصص لها المشرع ما يقرب عن ثلثي نصوص الظهير (من الفصل 478 إلى غاية الفصل الأخير).

¹ - الدكتور عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الأول : المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الأول ، تكوين العقد ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى سنة 2006 ، ص 44.

لقد مر على تطبيق ظهير الالتزامات و العقود في المملكة المغربية قرن من الزمن ، لازال يعمل به إلى يومنا هذا ، رغم أنه قانون وضع من طرف المستعمر و في مرحلة كان المغاربة تحت بطش الاستعمار ، و بالرغم أيضا من صدور قانون 26 يناير 1965 المتعلق بتوحيد القضاء و مغربته و تعريبه الذي كان معولا عليه في تعليق العمل بالقوانين الصادرة عن المستعمر ، و استبدالها بأخرى بقوانين ذات سيادة وطنية ، فشمّل التغيير والإصلاح بعضا من هذه القوانين كظهير التحفيظ العقاري و قانون التوثيق العصري وغيرها ، في حين ظلت قوانين أخرى في منأى عن الإصلاح كما هو شأن في ظهير الالتزامات و العقود الذي لم يعرف سوى بعض التعديلات جد محدودة، و التي في واقع حال لا ترقى إلى تطلعات المغاربة، و بناء عليه يقتضي منا الأمر أن نتساءل عن خلفية صمود هذا ظهير قرنا من الزمن ؟ و هل بقاءه طيلة هذه المدة ينم عن صلابته و متانته في تحقيق المفهوم الجديد المسمى بالأمن القانوني أم العكس ؟ و ما هي الأسباب و العوائق التي تعترض المشرع في إجراء إصلاح جوهري لهذا الظهير؟ و ما هو الخيار المناسب الذي يمكن المشرع من أن يراجع و يعيد النظر في هذا الظهير؟ و لمامسة هذه الإشكالية، سيتم التعرض في هذه الدراسة إلى نجاعة ق.ل.ع و دوره في تحقيق مبدأ الأمن القانوني (المطلب الأول) ، ثم التطرق إلى مدى قابلية مضامين هذا القانون للمراجعة بين خيار التعديل الشامل أو الجزئي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : نجاعة ق.ل.ع و دوره في تحقيق مبدأ الأمن القانوني :

ظل ظهير الالتزامات و العقود مدة من الزمن ليست بيسيرة محل التطبيق على العديد من النوازل ، و خاصة تلك التي لم يرد بشأنها نص خاص ، فهذا الأمر يجعل الباحث يستفسر عن العناصر و الأسباب من نجاعة و صمود هذا الظهير كبناء تشريعي متناسق ، و الاستفسار أيضا عن مدى تحقيق مبدأ الأمن القانوني أم لا في وقتنا الحاضر.

الفقرة الأولى : أسباب نجاعة و صمود ق.ل.ع قرنا من الزمن :

إن صمود ظهير الالتزامات و العقود قرنا من الزمن دليل قوي على أنه لازال صالح للتطبيق ، و لا تنقصه إلى بعض التعديلات الجزئية التي لا تفرغه من محتواه ، كما أن الفكرة التي رسخها المستعمر الفرنسي في عقول المغاربة ، و إيهامهم بأن هذا الظهير لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية و لا يمس شعورهم الوطني و لا يعارض تقاليدهم و عاداتهم ، يدخل ضمن الأسباب التي تجعل هذا الظهير يصمد طيلة هذه المدة، و لكن كيف لنا أن نصدق فكرة المستعمر هذه و ظهير الالتزامات و العقود في المغرب لم يعرض على لجنة من العلماء المغاربة المسلمين لينظروا - على الأقل شكلا- في موافقة المشروع المنقول للفقه الإسلامي و الأعراف المحلية المسلمة ، و إنما عرض مباشرة بعد تهيئته ، على جلاله السلطان للتصديق عليه ، حتى يسبغ عليه الطابع القانوني الشكلي، و هذا يخالف ما كان عليه الحال في تونس إذ عرض المشروع -المجلة التونسية التي وضعت في بداية القرن العشرين سنة 1906م - المهياً على لجنة من العلماء المسلمين التي كانت تتشكل من خمسة أساتذة من المسجد الكبير (جامع الزيتونية) و خمس قضاة للشرع.¹

هذا، و ارتباطا بمعطى موافقة ق.ل.ع للشرع الإسلامي ، و إلحاح سلطات الحماية على الأمر ما هي إلى سياسة استعمارية لجأت إليه للحيلولة دون رد فعل شعبي غير محمود من لدن المسلمين المغاربة ، و من أجل ضمان الأمن

¹ -الدكتور أحمد أريوش ، أصول قانون الالتزامات و العقود، بحث في الأصول الفقهية و التاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الأولى ، الرباط ، 1996 ، ص 13.

الاستعماري ، و أنه في حقيقة الأمر في العديد من مقتضيات هذا القانون رعيت مصلحة الفرنسيين و الأجانب بالدرجة الأولى ، لا لفائدة أهالي المسلمين المغاربة ، الأمر الذي كان يحتم على المغرب مند زمن ليس بيسير أن يقوم بمحاولات لمراجعة ق.ل.ع ، و العمل على صبغه بمسحة وطنية إسلامية، و سحب أي مسحة استعمارية و التي أصبحت لا تتماشى مع بزوغ فجر الاستقلال منذ سنة 1956، وخاصة بعد صدور قانون مغربة و توحيد و تعريب القضاء في (1965/01/25) الذي كان محطة أساسية و حاسمة و كان أمل المغاربة المسلمين معقودا عليها في استبدال شتى القوانين التي وضعت في عهد الحماية بأخرى ذات سيادة وطنية، إلا أن شيئا من ذلك لم يتحقق بالنسبة لظهير الالتزامات و العقود اللهم إذ قلنا أن المشرع المغربي بادر إلى إجراء بعض التعديلات الجزئية التي نتعقد أنها لا تكفي و لا ترقى للتطلعات الشعب المغربي في الوقت الراهن .

كما أكد بعض الفقه¹ على أن السر في صمود ظهير الالتزامات و العقود في وجه رياح التغيير يكمن في عناصر القوة الذاتية التي يشتمل عليها كبنيان تشريعي متناسق الخاور فيه من الاعتدال و الوسطية ما كان كافيا لتقبله من جميع الأطياف المشكلة للمجتمع المغربي أثناء الحماية و بعدها.

و نشاط رأي لأستاذ المحترم أعلاه ، بقولنا أنه من الأسباب التي تجعل المشرع المغربي يقبل و يعمل بظهير الالتزامات و العقود حتى في مرحلة ما بعد الاستقلال هو طبيعته المدنية ، و شموليته على تنظيم شتى العلاقات العقدية و الالتزامات المترتبة عنها، حيث إن مجال المعاملات التي ينظمها جد واسع و متناسق، بحيث يطال العلاقات الأكثر انتشارا بين الأفراد في المجتمع سواء تلك التي تتعلق بالأشخاص أو الجوانب المالية ، هنا تتجلى المكانة المتميزة لهذا الظهير الذي ظل زمنا طويلا ، و لا زال إلى يومنا هذا يشكل الأصل و الشريعة العامة لجميع فروع القانون الخاص ، كما أنه كان منبعا أساسيا للقضاة في البحث عن حكم قانوني معين سكتت عنه القوانين الخاصة الأخرى ، لتصبح أحكام ق.ل.ع هي البديلة عن كل فراغ تشريعي في مجال من المجالات القانونية .

الفقرة الثانية : دور ظهير الالتزامات و العقود في تكريس مبدأ الأمن القانوني :

يعتبر الأمن القانوني من أكثر المفاهيم تدولا في المجالين القانوني و القضائي حاليا، وبالرغم من كونه مصطلحا حديثا نسبيا، إلا أن تطبيقاته الواقعية لها جذورها التاريخية وامتداداتها الفلسفية، التي تلتقي في مجموعها حول مراعاة القواعد القانونية لحد أدنى من الحقوق والمراكز القانونية التي تجعل المواطن في أمن اتجاه مصالحه وحقوقه، مما يدفعه إلى التفاعل الإيجابي داخل مجتمعه، و تتزايد أهمية مبدأ الأمن القانوني خصوصا عندما يتعلق الأمر بتقييم نظام قانوني أو قضائي معين ، أو عند نقد مسار وضع قاعدة قانونية التي لم تعد قادرة على مواكبة التطورات المتلاحقة التي يعرفها العالم المعاصر سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي ، بشكل أصبحت معه التحولات توحى بعدم الاستقرار في الحياة البشرية ، و أصبح النظام القانوني عموما في مواجهة تحديات جديدة.

¹ - الدكتور عبد القادر العرعاري ، قانون الالتزامات و العقود بين منظور الإصلاح الشامل و التعديلات الجزئية المحدودة ، مقال منشور بكتاب الأستاذ " و جهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه و القضاء" ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، الطبعة الأولى 2010،

و الأمن القانوني يقصد به كل ضمانه ، و كل نظام قانوني للحماية ، يهدف إلى تأمين ، ودون مفاجآت ، حسن تنفيذ الالتزامات ، وتلافي أو على الأقل ، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون.¹

إن هذا التعريف يفيد أنه لا يمكن القضاء تماما على الريبة و عدم الوثوق في تنفيذ القانون ، و أن كل ما يمكن هو خفض ذلك إلى نسبة مقبولة ، بمقتضى قوانين جديدة، و من ثم فالأمن القانوني يتحقق عبر الاحتكام إلى مرجعية قانونية واضحة و قابلة للتوقع ، قصد تحقيق الاستقرار القانوني وهذا الأمر يعد أحد أبرز مرتكزات إصلاح القضاء ومدخلا هاما إليه، من خلال وحدة ووضوح المنظومة القانونية ، وتحيين وتطوير الترسنة القانونية، وإزالة المثالب و القوادح التي تعترتها، وجعلها محل ثقة لدى المواطنين ، و مواكبة التحولات التي يعرفها المجتمع المعاصر. و بعد أن تطرقنا بشكل موجز عن المقصود بالأمن القانوني، يحق لنا أن نتساءل عن الدور الذي يلعبه ظهور الالتزامات و العقود في تكريس مبدأ الأمن القانوني ؟

من جهتنا فلا ننكر أن هذا القانون ظل صامدا ملة من الزمن ليست بيسيرة ، و لقد ذكرنا بعض الأسباب التي جعلته يبقى حتى ما بعد مرحلة الاستقلال التي أشرنا إليها في الفقرة الأولى من هذا المطلب.

و لكن في مقابل ذلك ، فظهير الالتزامات و العقود ليس هو ذلك القانون المعياري و المثالي الذي لا يخلوا من نواقص فهو قانون يحمل في طياته بعض المقتضيات القانونية أصبحت متجاوزة ، والتي وجب إعادة النظر فيها لمواكبة واقع مغربنا اليوم ، لا أن يبقى على أمور كانت قد وضعت في زمن الاستعمار، و كانت موجهة للفرنسيين و الأجانب بالدرجة الأولى، فهذا الأمر لا يوافق مبدأ قابلية القانون للتوقع أي مسابته للواقع ، الذي يعد من بين الأسس التي يتحقق بموجبه الأمن القانوني.

إن العديد من الفصول في ظهير الالتزامات و العقود، أصبحت متجاوزة في يومنا الراهن ، و تتناقض مع نصوص بعض القوانين الخاصة الأخرى، و نأخذ على سبيل المثال لا الحصر التناقض القائم بين ق.ل.ع و مدونة الأسرة ، بحيث من خلال استقراءنا لبعض مقتضيات ق.ل.ع ، يلاحظ أنها تتناقض مع مقتضيات مدونة الأسرة المستمدة بالطبيعة الحال من قواعد الفقه الإسلامي، و مثال ذلك الفصل 11 من ق.ل.ع² الذي لا ينسجم مع ما جاءت به المادة 240 من مدونة الأسرة³ ، فوجه التناقض بين هذين النصين يتجلى في أن الأب في ظل ق.ل.ع لا يمكنه أن يتصرف

¹ - الدكتور عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية ، العدد السابع ، 2009 ، ص 38.

² - ينص الفصل 11 من ق.ل.ع على أنه:

" الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية .

ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع و المعاوضة و الكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة".

³ - تنص المادة 240 من مدونة الأسرة على ما يلي:

" لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور ، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم). وللقاضي المكلف بشؤون القاصرين النزول عن هذا الحد والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك. ويمكن الزيادة في هذه القيمة بموجب نص تنظيمي".

في أموال ابنه القاصر ، إلا بموجب إذن من القاضي المختص وعند الضرورة ، عكس الأمر ما نجده في مقتضيات المادة 240 من مدونة الأسرة التي تعفي الولي- الأب و الأم في تشريعنا المغربي- من أي رقابة قضائية قبلية في إدارة أموال ابنهم القاصر، أي أنه لا يمكن للأب أن يطلب الإذن من القاضي للتصرف في أعمال هذا الابن القاصر كقاعدة عامة ، ما لم تتجاوز أموال هذا القاصر (200 ألف درهم) ، و هذا استثناء لا يقاس عليه و لا يتوسع في تفسيره.

أيضا من بين نصوص ق.ل.ع التي تتناقض مع نصوص مدونة الأسرة ، نجد الفصل 229 من ق.ل.ع¹ يتناقض مع ما جاء في المادة 329 من مدونة الأسرة²، فالظاهر أن الفصل 229 من ق.ل.ع جاء ليطبق على الفرنسيين ، كما تجدر الإشارة أن هذا الفصل نجد مثيله في القانون المدني الفرنسي لما يتكلم عن رفض أو قبول التركة في المادة 777 من القانون المدني الفرنسي الذي أعطى للخيار بين قبول التركة أي أنه قبل أن يقبل الوارث التركة يقتضي منه أن يتحمل الديون، لأنه أصبح في هذه الحالة امتداد للموروث، و الخيار الثاني يحق للوارث أن يرفض التركة لماذا لأنه في الغالب تكون التركة مثقلة بالديون، و هذا الفصل الذي ما وضع إلى لمصلحة الفرنسيين آنذاك و ليس للمغاربة المسلمين ، فإنه من غير المعقول أن يتم الإبقاء عليه إلى يومنا هذا ، خاصة إذ علمنا أن هناك المادة 329 من مدونة الأسرة التي تعارض هذا الأمر و تقضي بعدم جواز لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ، و لا التنازل عنها للغير.

يتضمن كذلك ظهير الالتزامات و العقود بعض المصطلحات التي أكل عليها الدهر وشرب ، و لم يعد يستساغ أن تكون بين طيات هذا الظهير في يومنا هذا ، و من بينها نذكر مثلا في الفصل 460 من ق.ل.ع³ نجد هذا الفصل لازال يتحدث عن " محاكم المنطقة الجنوبية للمملكة " ، في حين أننا نجد التنظيم القضائي المعمول به حاليا لا يشمل هذا النوع من المحاكم .

نجد أيضا في الفصل 23 من ق.ل.ع⁴ يتحدث عن الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو تلغراف ، في حين أننا اليوم نشهد وسائل اتصال حديثة و رفيعة المستوى كالفاكس و الانترنت و غيرها.

1 - ينص الفصل 229 من ق.ل.ع على أنه :

"تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون. ومع ذلك، فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم.

وإذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

2 - تنص المادة 329 من مدونة الأسرة على ما يلي:

" أسباب الإرث كالزوجية والقربا أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية ، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ، و لا التنازل عنه للغير " .

3 - ينص الفصل 460 من ق.ل.ع على ما يلي:

"الأحكام المتعلقة باليمين مقررة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية أمام محاكم المنطقة الجنوبية للمملكة"

4 - ينص الفصل 23 من ق.ل.ع على أنه :

"الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد، يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر.

ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون.

و على هذا الأساس، فإن ما سقناه من مقتضيات في ظهير الالتزامات و العقود التي أصبحت بطبيعة الحال من خبر كان ما هي إلى غيظ من فيض ، و هناك نماذج كثيرة لا يسعنا أن نذكرها كلها في ثنايا هذه الدراسة المتواضعة .
لذا يقتضي من المشرع المغربي أن يراجع هذه المقتضيات سواء من حيث المضمون والشكل ، لتساير و تنسجم مع القوانين الأخرى ، و لتواكب ركب التطور الذي تشهده بلادنا و يتحقق بذلك الأمن القانوني و الأمن القضائي ، و هما أعز ما يطلب و أجل ما ينال .

المطلب الثاني : قابلية مضامين ق.ل.ع للمراجعة بين خيار التعديل الشامل أو الجزئي :

كما هو معلوم أن مجموعة من القوانين قد عرفت إصلاحات جذرية بدءا من مدونة التجارة ، و مدونة الأسرة ، و وصولا إلى القوانين العقارية أقصد مدونة الحقوق العينية و قانون التحفيظ العقاري ثم القانون المنظم لمهنة التوثيق وغيرها ، إلا انه في مقابل ذلك ظل قانون الالتزامات و العقود سائر المفعول من دون أن يطاله هذا الإصلاح اللهم بعض التعديلات المحتشمة ، و برغم من أن هذا القانون منذ بزوغ فجر الاستقلال تعددت بشأنه نداءات و تصريحات من شتى الأطياف قصد إعادة النظر فيه و إصلاحه ، إلا أن المشرع المغربي إلى يومنا هذا لا زال يلتزم الصمت تجاه هذا الأمر الذي يعد أمرا في غاية الصعوبة ، ووجه الصعوبة يتجلى في انعدام رؤيا و تصور موحد ، و أمام أيضا تعدد الاختيارات المتاحة لإصلاحه و التي تنقسم إلى اتجاهين: حيث إن الاتجاه الأول يناهز بضرورة سلوك طريق الإصلاح الشامل لقانون الالتزامات و العقود وذلك بإلغائه و تعويضه ببديل آخر مناسب ، أما الاتجاه الثاني يكتبني بالمناداة بإصلاحات جزئية .

الفقرة الأولى : خيار التعديل الشامل لقانون الالتزامات و العقود :

إن سلوك خيار الإصلاح الشامل يتطلب أسس و ركائز و دراسة معمقة ، و تعاون مشترك و مكثف بين القانوني و الاقتصادي و الاجتماعي و إرادة سياسية فعالة ، يمكن معها إعداد قانون بديل متكامل من حيث الشكل و الموضوع ، و هو طريق ليس بالسهل .

و نجد الأستاذ عمر عزيان¹ ممن يدافع عن هذا التوجه ، الذي يعتبر أن نجاح الإصلاح الشامل مرهون الأخذ بالدراسات الاجتماعية أي علم الاجتماع القانوني كأساس لمراجعة ظهير الالتزامات و العقود ، لكنه اختيار صعب مادام ينعدم التكوين الدقيق في هذا العلم ، و نظرا لعدم وجود مؤسسات متخصصة في علم الاجتماع القانوني .

و يرى الأستاذ عادل حاميدي² أن ظهير الالتزامات و العقود وضع لزمان ولى أهله و تبدلت أحواله ، و صار عبئا على القضاء ، فحريا بالمشرع الاستعاضة عن التعديلات الجزئية التي لم تشف الغليل ، و الأسلوب الترقيعي الذي لا يكفي بل يقتضي تغيير هذا القانون بشكل كلي ، لأنه أصبح متجاوز من لدن كثير من الوقائع .

و بناء عليه ، فإنه إذا سلمنا بأن ظهير الالتزامات و العقود هو قانون قديم تجاوزته ركب التطور الذي تشهده بلادنا في جميع ميادين الحياة ، و أن فيه مقتضيات أصبحت في خبر كان ، و لا مكان لها في عصرنا الحالي و جب إعادة النظر فيها ، و لكن و بالرغم من ذلك و ماذا بعد؟ هذا هو التساؤل الذي لم يجد بعد الوسائل المادية و الأسس و البدائل و

¹- OMAR AZZIMAN . Dépendance et connaissance du Droit Marocain nu nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique (R.J.P.E.M) n 10 page 149 .

² - أستاذنا الدكتور عادل حاميدي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المادة العقارية و المدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية و قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013، ص 14.

الحلول والأرضية و الإستراتيجية التي يمكن الاعتماد عليها قصد إجراء تعديل شامل و متكامل لهذا القانون الذي ظل صامدا لسنين ،أضف إلى ذلك أن ظهور الالتزامات و العقود يشكل الشريعة العامة لباقي القوانين الخاصة المرتبطة به ، و من تم فإنه لإجراء تعديل كلي لهذا الظهير يقتضي بالضرورة تعديل وتنسيق كلي لشتى القوانين التي تحيل عليه.

و بالتالي فخير الإصلاح الشامل لظهير الالتزامات و العقود يبقى بعيد المنال ، و صعب التطبيق، ليبقى الأمل معقودا على الخيار الثاني و هو إجراء إصلاحات جزئية و الإبقاء على الهيكل العام و الأسس الأولى لهذا القانون ، و ذلك من خلال تعديل بعض النصوص ، إلى إشعار آخر تصبح فيه الظروف ملائمة أكثر لإيجاد بديل لهذا القانون المتناسق.

الفقرة الثانية : خيار التعديل الجزئي لقانون الالتزامات و العقود :

إن خيار التعديل الجزئي هو الذي كان معمولا به طيلة مدة سريان ظهير الالتزامات والعقود ، و لا زال معولا عليه إلى اليوم ، حيث إن هذه التعديلات الجزئية عادة ما تقتصر على الإلغاء الكلي لبعض النصوص ، أو تعديلها أو تميمها أو إضافة بعض النصوص دفعة واحدة في صلب هذا القانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية¹ الذي يتكون من 43 فصلا ، و الذي تم إقحامه في مؤخره ظهير الالتزامات و العقود ، نجد أيضا الفصل 618 من ق.ل.ع الذي أضيف له 20 فصلا تتعلق ببيع العقارات في طور البناء²، و قد اعتبر الأستاذ عبد القادر العرعاري³ أن هذا النوع الأخير من التعديلات الجزئية و سماها الأستاذ المحترم بالتعديلات الجزئية غير المحدودة ، قد تؤدي إلى انتفاخ حجم مدونة الالتزامات و العقود إذا سارت الأمور على هذا النحو، خصوصا و أن المشرع أصبح يقحم فيه نصوصا شبه غريبة عن هذه المدونة و لا يخضع في ذلك لرقابة قبلية فيما إذا كان النص قابلا للإقحام ضمن محاور هذا القانون أم لا الأمر الذي يستلزم التفكير في خلق جهاز يتم الاحتكام إليه للفصل في مسألة تحديد المواقع المناسبة لهذه التعديلات الجزئية.

فالأستاذ عبد القادر العرعاري⁴ يعد ممن يجذب خيار التعديلات الجزئية ، باعتباره حلا أنيا ملائما يعفي الجهاز التشريعي من مهمة التفكير في المراجعة الشاملة لظهير الالتزامات والعقود ، هذه الأخيرة التي لا يمكن الحسم فيها مادام ينعدم البديل الجاهز ، و تنعدم الرؤيا الموجهة التي يتعين أن تتحكم في مسار الإصلاح الشامل.

¹ - صدر هذا القانون بمقتضى الظهير الشريف رقم 1. 07. 129 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 ص 3879.

² - الظهير الشريف رقم 309.02.1 بتاريخ 25 من رجب 1423 (03 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز ، و المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية ، عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002) ص : 3183.

³ - الدكتور عبد القادر العرعاري ، قانون الالتزامات و العقود بين منظور الإصلاح الشامل و التعديلات الجزئية المحدودة ،مرجع سابق، ص 27.

⁴ - الدكتور عبد القادر العرعاري، نفس المرجع ، ص 28.

و نجد من يشاطره في هذا الرأي الأستاذ أحمد الخمليشي¹ الذي يقول بأنه يجب الاكتفاء ببعض الإصلاحات الجزئية في ظهير الالتزامات والعقود.

كما أقترح الأستاذ عبد الكريم الطالب² في هذا الصدد، بأن يعمل المشرع المغربي على إعادة النظر في هذا القانون حتي يكون مسائرا للأعراف المغربية و الفقه الإسلامي المذهب المالكي خاصة، و أنه إذ بقي المشرع في صمته حيال هذا القانون فلن يكون إلا إيذانا بمزيد من التراجع ، لا على الصعيد القانوني فقط ، و إنما على أصعدة أخرى كذلك ، و هذا التراجع هو ما لا يرضى به أي مغربي غيور على مغربيته و فقهه و قانونه، فليس يليق بالمغرب و المغاربة أن يبقوا خاضعين لقوانين صدرت في وقت كانت قواهم و حرياتهم مسلوقة و مهضومة.

ختاما ، أرى بأن ظهير الالتزامات والعقود هو قانون يصعب صعوبة كبيرة إلغاؤه كليا نظرا لصعوبة أفراد مجموعة قانونية بالحجم الكبير الذي عليه القانون الحالي يصل إلى أكثر من 1250 فصل، فما على المشرع في هذا الباب إلى سلوك طريق التحيين و التعديل ، وتنقيته من كل المصطلحات و المفاهيم التي تعود لزمان الحماية ، وإزالة كل الشوائب و القوادح التي تمس بالأمن القانوني بحسب ما بيناه أعلاه من وجود مجموعة من المقتضيات القانونية أصبحت متجاوزة يجب حذفها بصفة قطعية ، و تدارك التناقض و التنافر الذي يتضمنه هذا القانون في العديد من مقتضياته، وفي أماكن مختلفة ، مع باقي القوانين الخاصة الأخرى كمدونة الأسرة التي رشحناها في هذه الدراسة كمثال و نموذج .

من الأمور التي يتعين على المشرع أن يتخذها أيضا في هذا الشأن ، هي أنه لا داعي بالإبقاء على بعض النصوص القانونية التي صدرت بشأنها قوانين خاصة أخرى³ ، لذا لا فائدة من هذا التكرار، حتى يتسنى للقاضي و هو يصدر حكمه أو قراره أن يثبت على مرجعية قانونية واحدة في كل نزاع يعرض عليه ، لا أن يكون ذهنه و تكييفه للوقائع مشتتا بين مواضيع قانونية مختلفة، و الحال أنها تصب في اتجاه واحد .

من هنا مثلا يقتضي من المشرع أن يعمل على إلحاق بعض النصوص الشكلية المتعلقة بالمسطرة المدنية ، و خاصة تلك المتعلقة بالتقادم (بغض النظر حول كونه دفع موضوعي أو شكلي)، أو بعض النصوص ذات صلة بوسائل الإثبات كاليمين ، و حجية الأمر المقضي به (الفصل 451 من ق.ل.ع)، يقتضي أيضا أن تكون وسائل الإثبات الواردة في الفصل 404 من ق.ل.ع على سبيل المثال لا على سبيل الحصر كما هو عليه الحال في هذا الفصل، حتى يتسنى له أن يستوعب التطورات المعاصرة التي تعرفها وسائل الإثبات في الآونة الأخيرة .

تعد أيضا القواعد المنظمة لعيوب الرضا و كذا الشروط التعسفية غير صالحة لمسايرة التحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي تعرفها بلادنا، لذا أصبحت متجاوزة خاصة بعد صدور قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁴.

¹ - الدكتور أحمد الخمليشي ، كيف تقرأ ظهير الالتزامات و العقود ؟ مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية ، العدد السابع ، سنة 1984 ، ص 17.

² - الدكتور عبد الكريم الطالب ، مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 1995-1996، ص 314.

³ - و مثال ذلك الفصل 754 من ق.ل.ع المتعلق بأثر تغيير المشغل على عقد الشغل لم تعد له أهمية في الشريعة العامة اعتبارا لوجود نص خاص مطابق له في مدونة الشغل ألا و هو المادة 19.

⁴ - ظهير شريف رقم 1,11,03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 الصادرة بتاريخ (17 أبريل 2011) ، ص 1072.

ونعتقد حسب رأينا المتواضع أنه إذا تم تشكيل لجنة معيارية تضم طاقات و أطر فاعلة في الميدان القانوني (فقهاء القانون و أساتذة جامعيون ذوي التخصص في القانون المدني، ثم المهنيين من قضاة و محامين و غيرهم) ، و أطر فاعلة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي (خبراء اقتصاديين ، و أساتذة و مختصين في علم الاجتماع...) ، و طاقات في الميدان الديني (علماء و فقهاء الشريعة الإسلامية ، أعضاء من المجلس العلمي الأعلى لشؤون الدينية...) ، مع وجود إرادة سياسية فعالة ، في مما لا شك فيه أن هذه اللجنة العلمية ستصل بمجهودها إلى رصد و تشخيص مبنى الاعتلال و المثالب و النواقص الذي تعترى ظهور الالتزامات والعقود وهذا يشكل نصف العلاج ، و نصفه الآخر يكون باقتراح البدائل باعتبارها أجل ما يدرك في هذا المقام.

قائمة المراجع :

- الدكتور أحمد أدریوش ، أصول قانون الالتزامات و العقود، بحث في الأصول الفقهية و التاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الطبعة الأولى ، الرباط ، 1996.

-- الدكتور أحمد الخمليشي ، كيف تقرأ ظهور الالتزامات و العقود ؟ مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية ، العدد السابع ، سنة 1984.

- أستاذنا الدكتور عادل حاميدي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المادة العقارية و المدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية و قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013.

- الدكتور عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الأول : المصدر الإرادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الأول ، تكوين العقد ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى سنة 2006.

- الدكتور عبد القادر العرعاري ، قانون الالتزامات و العقود بين منظور الإصلاح الشامل و التعديلات الجزئية المحدودة ، مقال منشور بكتاب الأستاذ " و جهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه و القضاء " ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، الطبعة الأولى 2010.

- الدكتور عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية ، العدد السابع ، 2009 .

- - الدكتور عبد الكريم الطالب ، مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة القاضي عياض ، السنة الجامعية 1995-1996.

- DR . OMAR AZZIMAN . Dépendance et connaissance du Droit Marocain nu nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique (R.J.P.E.M) n 10.

ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية ؟



خالد التومي باحث في قانون الأسرة
حاصل على شهادة الماستر في القانون
الخاص تخصص - الأسرة والتنمية

مقدمة :

مما لا شك فيه أن القانون المدني المغربي يعتبر أهم فروع القانون الخاص وأصلها، وبهذا المعنى يعتبر الشريعة العامة لباقي القوانين الأخرى التي تفرعت عنه، لكونه يشمل في عمومته على نظرية عامة للالتزام صالحة للتطبيق كلما كان هناك فراغ أو نقص تشريعي، ومن هنا نجد بأن روح القانون المدني في معظم التشريعات الحديثة أصبحت حاضرة بقوة، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بمبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عنه من آثار في ذمة كلا طرفي العقد، بحيث نجد هذه الروح المدنية حاضرة بقوة في مدونة الأسرة المغربية، وذلك من خلال العديد من مقتضياتها الجديدة سواء تعلق الأمر بمبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يفرض قوته في العلاقة الزوجية سواء عند قيامها، أو عند انحلالها بطريقة ودية بين أطراف العلاقة الزوجية، أو عن طريق الدعوى القضائية وخصوصا عندما يستغل أحد أطراف العلاقة الزوجية مكانته وقوته على إرغام الطرف الآخر بالاقتران به ولو بدون رضاه .

فلكي تستمر العلاقة الزوجية بين الزوجين، وتحقق مقاصدها وأغراضها التي وجدت من أجلها، يجب أن تكون مبنية على أساس الثقة والوضوح بين الطرفين، فإذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فإن ذلك يعني فقدان الرضا والقبول من جانبه، وبالتالي يتم تفويت مصلحه وأغراضه من الزواج، لذلك نجد الفقه الإسلامي ومعه التشريعات الوضعية منحوا الحق لكل من الطرفين في فسخ عقد الزواج، إذا تبين أنه كان ضحية عيب من عيوب الرضا، المنصوص على أحكامها في القانون المدني.

لذلك نجد المشرع المغربي في مدونة الأسرة، انفتح على القواعد المتعلقة بسلامة الإرادة عندما أدخل عيوب الإرادة على الرابطة الزوجية، وجعلها كسبب من أسباب انحلالها، لهذا يمكن القول بأن المشرع الأسري تأثر بأحكام القانون المدني في هذا الشأن، متجاوزا بذلك النقص الذي كان يعتري مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، لكنه لم ينص إلا على عيين من عيوب الإرادة، وهما الإكراه والتدليس، وهو ما دفعنا إلى إثارة الإشكالية التالية :

إلى أي حد يمكن إعمال عيوب الإرادة في قضايا الأسرة؟ وأين تتجلى حدود تطبيقها في مدونة الأسرة؟ وهل هناك خصوصية تميزها عند تطبيقها في المجال الأسري؟ على ضوء هذه الإشكالية وغيرها من الأسئلة المطروحة سنحاول من خلال هذا المقال حصر العيوب المؤثرة في الرابطة الزوجية (كمحور أول)، ثم بعد ذلك سنتحدث عن حدود تطبيق القواعد العامة على هذه العيوب و خصوصياتها في مدونة الأسرة (كمحور ثاني).

المحور الأول : العيوب المؤثرة في الرابطة الزوجية .

المحور الثاني : تطبيق القواعد العامة على هذه العيوب و خصوصياتها في مدونة الأسرة.

المحور الأول : العيوب المؤثرة في الرابطة الزوجية :

يظهر من خلال القراءة المتأنية لمواد مدونة الأسرة، أن المشرع المغربي نص فقط على مظهرين من مظاهر عيوب الإرادة، وهما الإكراه والتدليس، حيث خول من خلالهما لأحد أطراف العلاقة الزوجية إمكانية المطالبة بفسخ عقد الزواج المشوب بعيب من عيوب الإرادة. لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل من إمكانية للاعتداد بالعيوب الإرادية الأخرى التي لم يتم الإشارة إليها، خصوصا وأن المشرع في القانون المدني حصر عيوب الإرادة في كل من الغلط، الإكراه، التدليس، والغبن الاستغلالي، والتي نظم أحكامها من الفصل 39 إلى الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود، لذلك فإن العيوب المؤثرة في الرابطة الزوجية تنحصر في كل من التدليس والإكراه حسب ما جاءت به مدونة الأسرة في المادة 63.

أولا : فسخ عقد الزواج للإكراه.

يمكن تعريف الإكراه¹ بأنه عبارة عن ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص، فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد²، فهو يعيب الإرادة في أحد عناصرها ألا وهو عنصر الحرية والاختيار، إن المكره لا يريد أن يتعاقد ولكن الرهبة التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد، فالإرادة تصدر حينئذ عن دوافع أوحث بها هذه الرهبة ولهذا كانت إرادة المتعاقد في هذه الحالة معيبة³ فالإكراه ليس هو الذي يخول الإبطال في حد ذاته، وإنما حالة الخوف والرهبة التي ولدها في ذهن المتعاقد الآخر جعلته يقبل التعاقد بأهون الشرين وأخف الضررين⁴، لذلك فقد يتبادر إلى الذهن أنه كان ينبغي أن يعتبر العقد مع الإكراه غير منعقد. لأن المكره حسب الظاهر عديم الإرادة، ولكن الواقع خلاف ذلك. فالمتعاقد تحت تأثير الرهبة إنما تعاقد بإرادته، ولكن إرادته لم تكن حرة، حيث أن المتعاقد كان أمام أحد الخيارين إما أن يتحمل الأذى المهدد به وإما أن يتعاقد وكلاهما شر فاختار التعاقد كأهون الشرين لدرء الضرر عن نفسه أو عن غيره⁵.

¹ - ينص الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "الإكراه إجبار مباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه".

² - عبد القادر العرعاري: " نظرية العقد، الكتاب الأول، نظرية العقد، دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الكرامة-الرباط، الطبعة الثانية، 2005، ص: 125.

³ - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات - الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة 1387 هـ، 1968 م، ص: 111.

⁴ - عبد القادر العرعاري: " نظرية العقد، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص: 125.

⁵ - عبد الكريم شهبون: "الشافعي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، الجزء الأول، - مكتبة الرشاد، طبعة 2002، ص: 230.

فالإكراه ينقسم إلى قسمين، إكراه مادي يعدم الإرادة أصلاً¹، وإكراه معنوي، لا يصل إلى هدم الإرادة وإنما يعييبها فقط، وهذا النوع الثاني هو الذي أخذت به مدونة الأسرة في المادة 63 حيث نصت على أنه: "يمكن للمكروه... أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من زوال الإكراه".

وهكذا فالمدونة وحماية منها لعقد الزواج ولأطرافه من أي ممارسات أو سلوكيات، تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية في الاختيار. أعطت الحق للزوج الذي كانت إرادته معيبة بإكراه لحظة إبرام هذا العقد، الحق في طلب فسخه وبالتالي حل الرابطة الزوجية، وهذا ما سار عليه المشرع التونسي حيث نص في الفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود، بأن الإكراه لا يوجب فسخ العقد، إلا إذا كان هو السبب الملجئ للتعاقد، أو إذا كان من شأنه إحداث ألم بيدن المكروه أو باضطراب معنوي له وبال في نفسه، أو خوف على حياته، أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح اعتباراً لسنه، وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره، وإذا توفرت تلك الموصفات، فإنه يوجب فسخ العقد ولو وقع على من له قرابة مع المتعاقد المكروه، كأن يكون أحد والديه أو وليه القانوني².

ولكي يعمل بالإكراه في العلاقات الأسرية يجب توفر شروطه، والتي يمكن إجمالها في ما يلي :

✓ أن يكون الإكراه هو السبب الدافع إلى إبرام عقد الزواج، بحيث يكون هذا التعاقد قد تم تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفس أحد الزوجين.

✓ أن يقوم الإكراه على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألماً جسيماً، أو اضطراباً نفسياً، أو الخوف من تعويض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم.

✓ أن يتقدم الزوج الراغب في فسخ عقد زواجه للإكراه بطلب الفسخ داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، وإلا اعتبر مستحسناً الأمر وأصبح ذلك تعبيراً عن رغبته في إتمام هذا الزواج واستمراره.

وهذه الشروط هي التي يتحراها القضاء المغربي في طلبات فسخ عقود الزواج التي تعرض عليه لهذا السبب، وهو ما يمكن معرفته من خلال الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم المغربية في مثل هذه الحالات، ومن بينها الحكم الصادر عن ابتدائية الرباط قسم قضاء الأسرة والذي جاء فيه: "حيث إن العلاقة الزوجية القائمة بين الطرفين استناداً إلى عقد الزواج الموماً إليه.

وحيث قدمت دعوى الفسخ داخل الأجل المقرر لرفعها طبقاً لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة.

وحيث أوضحت المدعية بأنها كانت ضحية إكراه تمثل في تهديدها من طرف أستاذها بالرسوب إن لم تقبل الزواج به، فقبلت بهذا الزواج تفادياً للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له.

¹ - هذا النوع من الإكراه، لا علاقة له بعيوب التراضي لأن إرادة المتعاقد قد انعدمت الأمر الذي يكون أقرب إلى القوة القاهرة منه إلى مجرد عيب في الإرادة.

² - في هذا الصدد يرى الأستاذ محمد اللجمي : "أنه من الصعب اليوم في تونس أن يبرم زواج تحت وطأة الإكراه، ولو من قبل ولي الفتاة القاصرة، إذ أن ما يشترطه القانون لعقد الزواج من موافقة الأم إضافة لموافقة ولي الزواج، وما يقتضيه إبرامه من حضور لدى عدلي الإتهاد أو لدى ضابط الحالة المدنية في جو احتفالي، وما يضعه القانون على كاهل أولئك المأمورين من واجب التأكد من رضا الزوجين قبل إبرام العقد، كل ذلك يوفر أكثر من فرصة لكل من الزوجين لا فرق بين الرجل والمرأة، للتحرر من الإكراه إن وجد وللتعبير عن عدم رضاه بالزواج في الوقت المناسب، إن كان حقيقة غير راض به وأن هناك من يريد إكراهه عليه".

- محمد اللجمي: "قانون الأسرة" مطبعة تونس العاصمة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، طبعة 2008، ص 191 .

وحيث أجب المدعى عليه بأن ما تدعيه الزوجة لا أساس له من الصحة، موضحا بأن تصريحها لدى عدلين بالموافقة على الزواج وتوقيعها بذاكرة الحفظ وكذا عقد الزواج دليل على رضاها.

وحيث عقببت الزوجة بأن كل ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنها لو كانت لها الرغبة في ذلك لما أخرجت الدخول للمدة المذكورة، وأنها لو كانت غايتها إنهاء العلاقة لالتجأت إلى وسيلة أخرى كالتطليق للشقاق ولكن أرادت إنصافها، مضيفة بأن ما أدلت به يؤكد ادعاءها.

وحيث أن المحكمة باطلاعها على وثائق الملف وكذا الشهود الليف الذين أكدوا أن الزواج تم تحت إكراه الزوج (الأستاذ).

وحيث استنادا إلى ما ذكر وكذا البحث الذي أجرته المحكمة مع أفراد الأسرتين، وقرينة تأخر الدخول إلى الأمد المذكور، وقرينة لجوء الزوجة إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق، يتبين أن إرادة الزوجة كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها، ويعتبر تبعا لذلك طلبها مؤسس ويتعين الاستجابة إليه¹.

لهذه الأسباب فالمحكمة قضت بفسخ عقد الزواج للإكراه وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر جراء هذا الزواج، وقدرت هذا التعويض في مبلغ 20.000 درهم.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، في مدونة الأسرة يبرر على مستويين، المستوى الأول ويتعلق بالزواج تحت وطأة الإكراه وهو ما تم الحديث عنه سابقا.

أما المستوى الثاني يرتبط بالزوجة التي تخلع بمقابل نتيجة إكراه، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 117 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا أثبت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج لها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

فمعلوم أن الخلع عقد يتم بتراضي الزوجين، موضوعه خلاص الزوجة من زوجها نظير بذل تدفعه إليه، فهو طلاق اتفاقي يتم بإرادة الزوجين، ولا يتم من جانب واحد كما سبق وأن ذكرنا ذلك، وعليه فإذا استعمل الزوج بعض الأساليب التي تجعل المرأة مرغمة لقبول الخلع، وقع الطلاق بائنا دون التزام المرأة ببذل الخلع².

وكما مر بنا فالإشارة إلى الإكراه كسبب من أسباب فسخ الزواج مسألة جديدة أدخلتها مدونة الأسرة، وذلك لما فيه من محاسن، التي تتمثل في حماية عقد الزواج وحماية كل طرف فيه من أية ممارسة أو سلوكيات تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية والاختيار، إذ يصبح كل عقد زواج أبرم تحت الإكراه ولو من الغير - وإن لم تشر المدونة إلى هذه الحالة - مهدد بالفسخ والانهال³.

1 - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة بتاريخ 14 يناير 2005، تحت رقم 2005/17، في الملف الشرعي عدد 2005/101 (أشار إليه محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء طبعة أولى 2004. ص: 207).

2 - محمد الكشور: "البعد الأخلاقي لطلاق الخلع"، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، العدد 46، سنة 2002. ص: 15.

3 - عبد الكريم الطالب: "النزعات المدنية لمدونة الأسرة"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 106، يناير فبراير 2007، ص: 30.

ثانيا : فسخ عقد الزواج للتدليس :

يمكن تعريف التدليس بأنه عبارة عن مجموعة من الوسائل الإحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر الشيء الذي يحملة على التعاقد¹ وهكذا فالتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم في ذهن المدلس، فإرادته ليست إذن حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس.²

وقد خصص المشرع المغربي للتدليس الفصلين 52 و 53 من قانون الالتزامات والعقود، حيث أوضح مختلف الشروط الواجب توفرها لقيام هذا العيب، وتتلخص هذه الشروط في كل من استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه، والثاني كون هذه الوسائل الاحتيالية، هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد، أما الشرط الأخير يعني صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كون هذا المتعاقد على علم بها، فهل هذه الشروط هي المعمول بها في مدونة الأسرة.

بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية، نجد أنها تنص في المادة 63 على أنه : "يمكن... للمدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء، وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين، من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض". وهذا الأمر لم تتطرق إليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهكذا فإن تنصيب المدونة الجديدة على التدليس كعيب من عيوب الإرادة، يؤكد رغبة المشرع في دعم إرادة الزوجين في الزواج، و بأن تكون هذه الإرادة إرادة حرة سليمة من أي عيب من العيوب، فأعطى الحق للطرف المدلس عليه طلب فسخ الزواج وحل الرابطة الزوجية، إذا ما توافرت مجموعة من الشروط التي يمكن إخراجها من مقتضيات المادة 63، والقواعد العامة المنظمة للتدليس، وكذا من العمل القضائي.

وهذه الشروط تنحصر فيما يلي:

✓ استعمال أحد الزوجين لوسائل احتيالية تخفي الحقيقة عن الزوج الآخر وتولد الغلط في ذهنه، وهذا العمل الذي يقدم عليه المدلس يقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو عبارة عن الوسائل والسبل التي استعملها المدلس. وعنصر معنوي هو عبارة عن نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع³ مثال ذلك، كأن يتقدم أحد الزوجين على أنه ذو خلق رفيع في حين أنه ليس كذلك.

✓ أن تكون الوقائع التي وقع بها التدليس هي التي دفعت الزوج المدلس عليه إلى إبرام عقد الزواج ولولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، وهو ما يسميه فقهاء القانون المدني بالتدليس الدافع في مقابل التدليس غير الدافع والذي لا يخول لوحده طلب إبطال العقد.⁴

✓ أن يتقدم الزوج ضحية التدليس بطلب فسخ عقد الزواج داخل أجل لا يجب أن يتعدى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس.

1 - عبد الكريم العرعاري: "الكتاب الأول - نظرية العقد" المرجع السابق، ص: 117.

2 - مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي" المرجع السابق، ص: 98.

3 - عبد الكريم شهبون: "الشافعي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي"، المرجع السابق، ص: 254.

4 - محمد الشرفاني: "النظرية للالتزامات - العقد" مطبعة وراقة سلجاسة، الطبعة الأولى، سنة 2010 - 2011، ص: 122.

وتطبيقا لهذه الشروط، فقد عمل القضاء المغربي على فسخ مجموعة من عقود الزواج، وذلك بسبب التدليس نذكر منها :

حكم صادر عن ابتدائية وجدة قسم قضاء الأسرة الذي جاء فيه: "وحيث إن المدعى عليها فرعيا بإخفائها واقعة كونها كانت قبل زواجها متزوجة بغيره، وأنها طلقت من ذلك الزوج، يكون باعتمادها شهادة الخطوبة الدالة على أنها عازبة، والحال أنها ليست كذلك قد استعملت الاحتيال معه...

وحيث أصيبت إرادة الزوج نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعاب بذلك إرادته، مما يكون معه طلب فسخ عقد الزواج بسبب التدليس والذي تقدم به الزوج مستندا على أساس قانوني ويتعين الاستجابة له..."¹

كما أن تنظيم المشرع المغربي للتدليس في عقد الزواج جعل القضاء المغربي يغير توجهه في بعض الأمور. بحيث إن إخفاء العيب الجنسي مثلا لأحد الزوجين على الآخر رغم علمه به قبل الزواج كان يخول للزوج المتضرر قبل صدور مدونة الأسرة طلب التفريق اعتمادا على مقتضيات المنظمة للتطبيق للعيب أو التخليق للضرر.²

أما بعد صدور مدونة الأسرة فإن هذه الحالة والحالات المشابهة، أصبحت تندرج ضمن مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة، خصوصا ما يتعلق بفسخ عقد الزواج للتدليس، ومن التطبيقات القضائية لهذا التوجه نجد الحكم الصادر عن ابتدائية السطات، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 2008/01/03، والذي قرر فسخ عقد الزواج للتدليس، معتمدا في حثياته على ما يلي: "حيث تهدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتدليس.

وحيث ادعى الزوج المدعي أنه زوجته ترفض معاشرته، دائما وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معها.

وحيث أن من أهم أسباب الزواج التناسل وتحقق الرغبة الجنسية، لتهدأ النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضررا بالغالا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية.

وحيث إن رفع هذا الضرر يستلزم الاستجابة لطلب الزوج".³

وبهذا قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للتدليس وذلك على اعتبار علم الزوجة السابق على إبرام العقد بعدم طاقتها ورغبتها في معاشرة الرجال ومع ذلك أخفت هذا العيب عن الزوج الذي لم يكتشفه إلا بعد إبرام عقد الزواج، وهو ما يشكل أحد أهم تطبيقات صورة التدليس المتجلية في إخفاء وقائع على الطرف الآخر المتعاقد بحيث لو كان علم بها لما قام بإبرام هذا العقد.

إذن من خلال ما سبق يتبين أن المشرع الأسري عمل جاهدا على حماية إرادة أطراف عقد الزواج حتى تكون إرادة سليمة، حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا يفرض ضمان كل ما من شأنه أن يجعل الزوجين على اتفاق تام، يضمن تحقيق أهداف الزواج، من مودة ورحمة متبادلتين وضمن الاستمرارية والاستقرار في جو يطبعه التراخي.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة - قسم قضاء الأسرة - بتاريخ 2005/05/09، في الملف رقم 04/2340. (حكم غير منشور) أورده طارق طاوسي: سلطان الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، بحث لنيل شهادة الماستر، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر مهرز فاس السنة الجامعية 1428-1429هـ / 2007-2008 ص: 102.

² - توجه سار عليه المجلس الأعلى في العديد من قراراته، منها القرار عدد 982 الصادر بتاريخ 2000/10/18 في الملف الشرعي عدد 99/2/396، والذي قضى بتطبيق الزوجة للضرر لبقائها بكرا لمدة سنوات رغم الاختلاء بها، منشور بمجلة المجلس الأعلى - دجنبر 57 - 25، ص: 103.

³ - حكم صادر عن ابتدائية السطات - قسم قضاء الأسرة - بتاريخ 2008/11/03. تحت عدد 08/29 في الملف الشرعي رقم 7/1363، حكم غير منشور.

المحور الثاني : حدود تطبيق القواعد العامة على هذه العيوب وخصوصيتها في مدونة الأسرة.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الأسري اقتصر على إدراج عيين فقط من عيوب الإرادة، وهما الإكراه والتدليس، في حين لم يتم إدراج باقي العيوب الأخرى في مواد مدونة الأسرة، وهو ما يطرح استفهام حول إمكانية المطالبة بفسخ الزواج وإبطال تصرف قانوني نظمتها مدونة الأسرة بالاستناد إلى العيوب الأخرى للإرادة؟

فالعيوب التي لم يدرجها المشرع في مدونة الأسرة، تتمثل في الغلط والذي هو عبارة عن وهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد نتيجة هذا التصور الخاطئ.¹

فتطبيق هذا العيب لا يستقيم وطبيعة عقد الزواج، الذي هو عقد شخصي أساسه رضا كل زوج بشخص الآخر وهو ما يتوجب بتوقيعها معا على عقد الزواج بحضور الشاهدين العدلين، فإنه من الصعب معه تصور الغلط، وحتى في حالة وجوده مثلا فإنه يمكن فسخ عقد الزواج لسبب التدليس المنصوص عليه في المادة 63 من مدونة الأسرة، وذلك لأن التدليس كما سبق ذكره لا ينهض سببا للفسخ إلا بسبب الغلط الذي وقع للمدلس عليه، كما أن الغلط التلقائي الذي يقع فيه المتعاقد نفسه لا يقتضي فسخ عقد الزواج أما إذا وقع العاقد في الغلط نتيجة أساليب التظليل والاحتيال فإن ذلك هو التدليس الذي يخول لصاحبه فسخ عقد الزواج.

أما بالنسبة للغبن فالمشرع الأسري عمل أيضا على تجاهل هذا العيب، نظرا لكون العنصر الأساسي في الغبن، هو ما يلحق أحد المتعاقدين من خسارة مالية بسبب الاختلال في الأداءات المتبادلة بين الطرفين بحيث ينعدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه لحظة العقد²، فهذا العيب لا يتناسب وطبيعة عقد الزواج الذي يغلب عليه الطابع الروحي على المادي وتغيب فيه الأداءات المالية المتبادلة.

ومن ثم فإن كل طعن في تصرف قانوني يتعلق بالأحوال الشخصية و أسس على أحد العيوب الغير المدرجة في المدونة، يكون غير مقبول لانعدام سنده القانوني، إذ لا يمكن اعتبار القواعد المنظمة في قانون الالتزامات والعقود مسوغا قانونيا للقول بخلاف هذا الطرح، لأن قواعد القانون المدني هي قواعد عامة لا يمكن إعمالها أو الرجوع إليها حتى ولو مع سكوت النص الخاص في مدونة الأسرة، وذلك راجع لاختلاف المبادئ والأسس الفلسفية التي يقوم عليها كل من القانونين، ولخصوصية الضوابط القانونية المعمول بها في مجال الروابط الشخصية مقارنة مع تلك المعمول بها في المعاملات المالية، لا تستقيم في الأخذ بعيوب الإرادة كلها في المجال الأسري، لأن خصوصية عقد الزواج تحتم ذلك.

وما يلاحظ أيضا على هذين العيين، أنهما يرتبطان بالعلاقات المالية المبنية على أساس الأخذ والرد وبالتالي، لا يتصور أداءات متقابلة بالشكل الذي يحصل معه الاختلال في المراكز الاقتصادية للطرفين لقيام الغبن كعيب يشوب الإرادة، والأمر كذلك بالنسبة للغلط، فالتنظيم المحكم لعقد الزواج وفق المدونة لا يتصور معه حصوله³، من هنا فالمشرع رغم القيام بإدخال عيوب الرضا في القانون المنظم للعلاقات، فهذا لا يعني تأثره بصفة كلية بأحكام عيوب الإرادة في القانون المدني، إذ أن حدود تطبيق القواعد العامة تظهر على عدة مستويات.

¹ - عبد القادر العرعاري: "نظرية العقد"، الكتاب الأول، "المرجع السابق، ص: 106.

² - إدريس العلوي العبدلاوي: "نظرية الاستغلال" مجلة القضاء والقانون العدد 96 فبراير 1969 ص: 277.

³ - حساين عبود: "قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة" قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة الكتاب المتعلق بالزواج" مجلة القضاء والقانون، تصدرها وزارة

العدل مرتين في السنة، مطبعة الأمنية، الرباط، بدون ذكر السنة والعدد ص: 100.

أولا : على مستوى الجزاء المترتب على الرضا المعيب.

من المعلوم أن عيوب الإرادة تفسد الرضا دون أن يجهز عليه، لذلك فإنها لا تحول دون وجود التصرف¹ لذلك يبقى هذا الأخير قائما ومرتباً لآثاره إلى أن يقوم الطرف الذي صدر رضاه معيباً بإبطال هذا التصرف². ولهذا يمكن القول أن الآثار المترتبة على الإرادة المعيبة في القانون المدني هي الحق في إبطال التصرف.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة، فبالرغم من أن المشرع أدخل الإكراه والتدليس، كعيبين من عيوب الرضا، فإنه لم يرتب عليهما الحق في إبطال التصرف الذي جاء معيباً، بل رتب الحق في طلب الفسخ³، ويمكن تفسير إدخال المشرع المغربي الإكراه والتدليس في مدونة الأسرة، مرده التشبث بأحكام الفقه الإسلامي، على اعتبار أن الفقه الإسلامي لا يعرف مؤسسة الإبطال أو البطلان النسبي في النظرية القانونية التقليدية.

لذلك نص المشرع المغربي على فسخ عقد الزواج في حالة الإكراه أو التدليس ولم ينص على إبطاله، لأن المدونة لم تتناول الفسخ بنفس طريقة القانون المدني ودائماً أشارت إليه كنتيجة فقط، هذا فضلاً على أن الأثر الذي يرتبه قبول دعوى الإبطال وهو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وقت إنشائه. وهي المسألة التي يتميز بها الإبطال عن الفسخ كما تصورته المدونة، إذ لم تحدد أثر الفسخ الذي حل حقيقة محل الإبطال ما دام الأمر متعلقاً بالإبطال المرتبط بإرادة المتعاقدين⁴.

ثانياً : على مستوى آجال رفع دعوى الطعن في التصرف المعيب.

إن القاعدة في الميدان المدني، أن فوات الزمن يسقط دعوى إبطال التصرف المعيب⁵ حيث يترتب عن فوات المدة التي حددها المشرع دون رفع دعوى الإبطال تصحيح التصرف، فبالرجوع إلى الفصلين 311 و 312 من قانون الالتزامات والعقود فإن دعوى الإبطال تتقدم بمرور سنة، ومنطلق حساب مهلة السنة يبدأ في حالة الإكراه من يوم زواله، وفي حالة التدليس من يوم اكتشافه⁶ فالمشرع الأسري وإن كان منسجم مع ما جاء به قانون الالتزامات والعقود في هذا الأمر، حيث نصت المادة 63 على أن الحساب يبتدئ من تاريخ زوال الإكراه، أو العلم بالتدليس، فإنه خالفه عندما قلص المدة التي يتعين رفع دعوى الفسخ فيها، وحددها في أجل لا يتعدى شهرين⁷، وإذا كان قانون الالتزامات والعقود قد أوجد حلاً بالنسبة للشخص الذي تقرر الإبطال لمصلحته ولم يتمكن من الإطلاع على الواقعة الموجبة للإبطال بسبب من الأسباب عندما نص في الفصل 314 من (ق.ل.ع) على أن: "دعوى الإبطال تنقضي بالتقدم في

¹ - إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص: 329.

² - عبد الرزاق السنهوري: "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، سنة 2004، ص: 13.

³ - غني عن الإيضاح أن الفسخ يختلف كثيراً عن الإبطال في فلسفة القانون المدني.

فالإبطال جزء على تخلف شرط، من شروط العقد، وقد نظم المشرع في قانون الالتزامات والعقود في الفصول من 311 إلى 318 في الوقت الذي لم تخصص له مدونة الأسرة أي نص، أما الفسخ فهو الجزاء المترتب على عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزاماته وهو منظم في الفصل 259 من (ق.ل.ع) الذي ورد فيه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكن جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين...". لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة.

⁴ - عبد الكريم الطالب: "النزعات المدنية لمدونة الأسرة" المرجع السابق، ص: 31 - 32.

⁵ - إدريس العلوي العبدلاوي : "شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام" المرجع السابق ص 562.

⁶ - عبد القادر العرعاري : " نظرية العقد، الكتاب الأول -" المرجع السابق ص: 239.

⁷ - محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة" المرجع السابق ص: 208.

جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من وقت إبرام التصرف للمساهمة حتما في استقرار المعاملات¹، فإن مدونة الأسرة لم تحدد أجلا لسقوط الحق في رفع دعوى فسخ الزواج المشوب بعيب من العيوب المنصوص عليها في الحالة التي لا يتم الإطلاع فيها على هذه العيوب، مما قد يشكل تهديدا لاستقرار العلاقات الأسرية التي تسموا عن أي معاملات مالية.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع عندما حدد أجل شهرين لفسخ الزواج، ينم عن رغبته في حفظ وحمية الأسرة، بحيث أن مدة الشهرين في الزواج كافية لأن يترتب عنها الحمل، من هنا نجد المشرع قد جانب الصواب لما اعتمد هذا الأجل القصير، وجعل حدود لعدم تطبيق أحكام القانون في هذا الصدد.

إلا أن ما يؤخذ على مشرع مدونة الأسرة، أنه لم يحدد بوضوح الإطار العام الذي وضع فيه فسخ عقد الزواج للإكراه أو التدليس، مقارنة مع الفسخ للصدقا أو للحالات المنصوص عليها في المادة 61² من مدونة الأسرة، تجعل المشرع غير دقيق، بل وإنه يضع رجلا في القانون المدني المحض، ويضع أخرى في مادة الأسرة.

إذا كان الفسخ لفساد الصداق لا يترتب أي أثر قبل البناء ويصح بصداق المثل أو يترتب نفس آثار العقد الصحيح بعد البناء، فإن لم يصدر الحكم بالفسخ، فإن فسخ عقد الزواج لوجود إكراه أو تدليس لم يحدد له المشرع الآثار التي يمكن أن يترتبها وهو ما يجعل مجموعة من الأمور الأساسية، محل شك وريب ونذكر منها النسب والتوارث والعدة، فلما عمد المشرع إلى ترتيب الفسخ على الإكراه والتدليس في مادة مستقلة، وكان من الأولى أن يلحقه بإحدى أنواع الفسخ الواردة في المدونة³.

ثالثا: على مستوى عدم تأثر بعض التصرفات بفساد الرضا :

إن أي تصرف قانوني يلزم أن تتوفر فيه شروط صحته ، التي تتطلب بدورها صدور الرضا من غير أن يكون مشوب بعيب من عيوب الإرادة التي تفسده، وإلا ترتب على ذلك الحق في طلب بطلانه، وان كانت هذه القاعدة ترد على إطلاقها في المعاملات المالية، فإنها في الميدان الأسري، تعرف الكثير من الاستثناءات، إذ لا يمكن الطعن في صحة بعض التصرفات بالرغم من أن الإرادة جاءت فيها معيبة بعيب الإكراه.

فمن المسلم به أن المكره لا إرادة له ولا حرية ولا اختيار، لذلك نجد أن المالكية والشافعية والحنابلة أجمعوا على أن طلاق المكره لا يقع، لأن المكره وإن تلفظ بلفظ يفيد الطلاق ولم يقصده، وإنما قام بذلك لرفع الأذى الذي يحدق به، وبهذا يكون اختياره معيب لا يعتد به، وبالرغم من أن المشرع الأسري وإن عمل بهذا الرأي في المادة 90 من مدونة الأسرة، إلا أنه على المستوى العملي لا يمكن تطبيق هذا المقتضى نظرا للإجراءات القضائية الخاصة بالطلاق والمنصوص عليها في مدونة الأسرة.

¹ - عبد القادر العرعاري : " نظرية العقد ، الكتاب الأول - " المرجع السابق، ص: 283.

² - تنص المادة 61 من مدونة الأسرة على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده، قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلى أن يشفى المريض بعد الزواج.

- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاث.

- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

- يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة قبل صدور الحكم بالفسخ".

³ - عبد الكريم الطالب: "النزعات المدنية لمدونة الأسرة" المرجع السابق، ص: 33

وخلاصة لما سبق الإشارة إليه يمكن القول بأن المشرع الأسري المغربي بإدخاله الإكراه والتدليس كعيبين أو سببين يؤديان إلى انحلال ميثاق الزوجية، ينم ويوحى عن تلك الفلسفة المدنية الجديدة لعقد الزواج، إسوة ببعض القوانين المقارنة الغربية منها على وجه الخصوص القانون المدني الفرنسي الذي خصص عنوانا كاملا لدعاوى إبطال الزواج، من (الفصول 180 إلى 202) وهو نفس الشيء بالنسبة للقانون المدني السويسري في (الفصل 104) وغيرهما من القوانين المدنية الغربية الأخرى، والعيب لا يكمن هنا، ودائما في القيام بتجزئ الإكراه والتدليس. إذ لم تشر المدونة إلى كل ما يتميز به هاذين العيبين من عيوب الإرادة في العقود وإنما قامت بانتقاء البعض منها، وهو انتقاء من شأنه أن يخلق نوعا من التذبذب والارتجالية، سيما وأن عدم نقل كل مقتضيات الإكراه والتدليس المدني إلى مجال الأسرة سيؤدي لا محالة إلى صعوبة تطبيقهما، وذلك بالنظر إلى عدم كفاية المقتضيات المنقولة إلى المدونة، وهو ما سيطرح إشكالا جوهريا، هو ما مدى إمكانية الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود للبحث عن الحل لمسألة لم تكن موضوع تنظيم تشريعي في مادة الأسرة، وحتى إذا تم الرجوع والاحتكام إلى القانون المدني، فإن طبيعة الأسرة ونوع العلاقات التي يرتبها الزواج وخصوصا في المجتمع المغربي الذي تحكمه مدونة تستمد أحكامها من الفقه الإسلامي في غالب الأحيان، والتي يغلب عليها طابع الود والاحترام والمحبة لا ولن تتحمل الحلول المدنية المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، لهذا كله كان على المشرع الأسري عند صياغته لهذه الأحكام الجديدة والمتعلقة بعيوب الإرادة ومدى إمكانية تطبيقها على النزاعات الأسرية أن يأخذ في الحسبان الخصوصيات التي تحكم التشريع الأسري بالمغرب، وحتى لو سلمنا بإمكانية أعمال هذه العيوب في مجال الأسري فإن هناك إشكالية تثار عند الفصل في بعض القضايا ذات النزعات المدنية، وخصوصا على مستوى الاختصاص النوعي للمحاكم هل يمكن اللجوء إلى المحكمة المدنية باعتبارها هي المختصة في الفصل في مثل هذه الدعاوى أم أن قسم قضاء الأسرة هو المختص باعتبار أن الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي الذي ينص في فقرته الثالثة على أنه: "تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة"، لهذا يجب على المشرع المغربي أن يتدخل ويفسر هذا الغموض الذي يكتنف العديد من بنود المدونة خصوصا عندما يتعلق الأمر ببعض القضايا التي يغلب عليها الطابع المدني.

المراجع المعتمدة :

- إدريس العلوي العبدلاوي : " نظرية الاستغلال " مجلة القضاء والقانون العدد 96 فبراير 1969 .
- حساين عبود : "قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة" قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة الكتاب المتعلق بالزواج" مجلة القضاء والقانون، تصدرها وزارة العدل مرتين في السنة، مطبعة الأمنية، الرباط، بدون ذكر السنة والعدد
- طارق طاوسي : سلطان الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، بحث لنيل شهادة الماستر، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر مهرارز فاس السنة الجامعية 1428-1429هـ/ 2007-2008
- عبد الرزاق السنهوري : "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" تنقيح أحمد مدحت المرابي، منشأة المعارف، سنة 2004
- عبد القادر العرعاري : " نظرية العقد، الكتاب الأول ، نظرية العقد،دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الكرامة-الرباط، الطبعة الثانية، 2005

- عبد الكريم الطالب : " النزعات المدنية لمدونة الأسرة "، مجلة المحاكم المغربية، عدد 106، يناير فبراير 2007
- عبد الكريم شهبون : " الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي " ،الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، طبعة 2002
- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات - الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة 1387 هـ، 1968 م
- محمد الأزهر : " شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج - مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء طبعة أولى 2004.
- محمد الشرقاني : " النظرية للالتزامات - العقد " مطبعة وراقاة سلجماسة ، الطبعة الأولى، سنة 2010 - 2011
- محمد الكشبور : " البعد الأخلاقي لطلاق الخلع "، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، العدد 46، سنة 2002
- محمد اللجمي : " قانون الأسرة " مطبعة تونس العاصمة، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، طبعة 2008

L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN EXECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION



**Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé de droit privé à la Faculté
des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis**

1. "... Si la loi est imprécise ou inexacte, écrit un auteur, elle ne peut engendrer qu'une insécurité juridique qu'elle a justement pour objet d'exclure".¹ Tel est bien le cas de l'article 273 du Code des obligations et des contrats,² dont l'application a donné lieu à un grand arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation en date du 29 février 1996.³

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article : «Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible ; à défaut, il pourra demander la résolution du contrat ainsi que des dommages-intérêts, dans les deux cas »

Dès l'accès de la Tunisie à l'indépendance et l'unification de l'organisation judiciaire, ce texte suscita des difficultés d'interprétation, d'abord en jurisprudence, puis en doctrine.

On se doutait que cet alinéa, traitant de l'inexécution totale par le débiteur de ses obligations, eût consacré une option au profit du créancier entre l'action en exécution forcée et l'action en résolution. Auparavant, les tribunaux avaient coupé court à toute discussion en

¹ J.-L. BERGEL, Avant-propos à la revue : Droit prospectif, cahiers de méthodologie juridique, n°12, 1997.

² Pour une idée générale sur la question, cf. M.ZINE, La théorie générale des obligations, t.1, le contrat, Tunis 1997, n°393 et s. (en langue arabe).

³ Cass. civ., ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, Arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation, 1995-1996. Cf. aussi la note de N. BEN AMMOU, Revue Tunisienne de Droit (R.T.D.) 1996, p.273 et s. et l'article de M.G. KHZAMI, Réflexions sur l'interprétation de l'article 273 du C.O.C., Revue de Jurisprudence et de Législation (R.J.L.), Juin 1996 (en langue arabe). Adde, *infra*. n° 3 et s., 18, 19, 25, 35 et 38.

l'interprétant à la lumière de son homologue l'article 1184 du Code civil, nonobstant sa rédaction un peu différente¹.

2. A vrai dire, une première lecture des textes et de leurs sources matérielles pousse à en douter pour deux raisons au moins. D'une part, la formulation définitive de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 s'est écartée légèrement du texte de l'avant-projet, qui posait nettement l'option du créancier². D'autre part, la comparaison entre les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273 corrobore l'opinion suivant laquelle il n'y a pas de choix, puisque ce dernier, régissant l'inexécution partielle, prévoit une option en des termes on ne peut plus clairs : « Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier pourra demander soit l'exécution du contrat pour la partie qui est encore possible, soit la résolution du contrat. »³

Ce dont il ressort que si les rédacteurs voulaient consacrer l'option du créancier à l'alinéa 1^{er}, ils auraient gardé sa rédaction initiale, comme ce fut le cas de l'alinéa 2^{ème}⁴.

3. Malgré ces arguments textuels et quelques autres encore développés par la doctrine⁵, les chambres réunies de la Cour de cassation ont décidé que le créancier avait le choix entre l'action en exécution et l'action en résolution sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273, mettant ainsi fin à une jurisprudence ondoyante et diverse⁶.

D'après les circonstances de la cause, la commune de la Marsa avait acquis, par acte sous seing privé en date du 10 mars 1969, deux parcelles de terrain. Il était stipulé que le prix devait être acquitté en deux échéances : la première moitié avant le 31 janvier 1969 et la seconde avant la fin de la même année.

Or, la commune, après avoir honoré la première échéance avec quand même un retard d'un an à peu près, avait refusé de payer le reliquat du prix, arguant de l'existence d'une différence entre la surface réelle des parcelles et la surface déclarée par les vendeurs dans l'acte.

¹ V. Cass. civ. , n°116, 29 juin 1926, R.J.L. 1960, n°9 et 10, p.150 (résumé). L'article 1184 al. 2 du Code civil dispose que « ...la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Comp. avec l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du C.O.C., *supra*, n°1.

² D'après l'article 300 al. 1^{er} de l'avant-projet : « Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible, avec les dommages-intérêts dans les deux cas ». Avant-projet de code civil et commercial tunisien, discuté et adopté au rapport de D. Santillana, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis 1899. Comp. avec la formulation définitive de ce texte, *supra*, n°1.

³ Comme on le voit, l'article 273 prévoit, contrairement à l'article 1184 du C. civ., l'hypothèque de l'exécution partielle. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine françaises consacrent une option au profit du créancier dans cette hypothèse.

⁴ A bien lire l'article 300 de l'avant-projet, on se rend compte que c'est bien le choix du créancier en cas d'inexécution partielle qui était tributaire de l'absence de tout intérêt à l'exécution partielle. Or, dans la rédaction définitive du texte, on a modifié l'alinéa 1^{er} et supprimé la réserve « s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle » à l'alinéa 2^{ème}, sans aucune justification éclairante de ce bouleversement.

⁵ V. *infra*, n°10 et s.

⁶ V. *supra*, n°1 et la note n°3

Saisi par les vendeurs en résolution de la vente, le Tribunal de première instance de Tunis rejeta l'action au motif que l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats – applicable ici faute d'un texte spécial dans les articles relatifs au contrat de vente – n'autorisait pas les vendeurs à agir en résolution avant d'agir en exécution forcée. La Cour d'appel confirma la décision des premiers juges, pour le même motif, tout en précisant que l'action des vendeurs était, non pas irrecevable, mais plutôt mal fondée.

4. Dans leur pourvoi en cassation, les vendeurs se sont appuyés sur deux moyens, certes d'importance inégale, mais fermement liés l'un à l'autre.

Le premier moyen touche aux règles de la procédure. Il reproche à la Cour d'appel, d'une part, l'excès de pouvoir prévu à l'article 175, 3^{ème} du Code de procédure civile et commerciale, en ce qu'elle aurait modifié l'objet de la demande en appel en décidant que l'action en résolution était mal fondée, alors que l'appel fut interjeté contre le jugement déclarant qu'elle était irrecevable¹ et, d'autre part, «les dispositions contraires » de l'arrêt, dans la mesure où la Cour d'appel décida que l'action en résolution était mal fondée, tout en estimant qu'elle était prématurée, parce que intentée avant l'action en exécution forcée.

Quant au second moyen, il reproche aux juges du fond d'avoir violé l'article 273 du Code des obligations et des contrats, en ce qu'ils affirmèrent que son alinéa 1^{er} ne renfermait pas un choix entre l'action en exécution et l'action en résolution, alors que ce texte prévoyait bien, selon les auteurs du pourvoi, un pareil choix.

5. La Cour de cassation, par un arrêt du 26 mars 1991, a cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour fausse application de l'article 273². Mais la Cour de renvoi persista en déboutant les vendeurs de leur demande en résolution par les mêmes motifs que la Cour de cassation avait censuré dans l'arrêt du 26 mars 1991.

Une décision des chambres réunies de la haute juridiction devenait alors inévitable par application de l'article 191 nouveau du Code de procédure civile et commerciale, afin de trancher la question de savoir si l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats consacrait ou non une option entre les deux actions au profit du créancier.

C'est chose faite avec l'arrêt du 29 février 1996 dans lequel la Cour suprême a posé le principe de l'option du créancier.

¹ Sur ce premier moyen, cf. *infra* n°7 et la note.

² V. Cass. civ. n°21342, 26 mars 1991, Bull. 1991, p.227.

6. Dans cet arrêt, il est remarquable que la Cour de cassation aurait pu esquiver la difficulté en décidant que les créanciers bénéficiaient du choix prévu à l'alinéa 2^{ème} de l'article 273, sur la base de l'exécution partielle, consistant dans le paiement d'une partie du prix par la commune. Mais elle a préféré prendre la débitrice, qui avait sciemment placé le débat sur le terrain de l'alinéa 1^{er}, à son propre piège et profiter de cette affaire pour résoudre une fois pour toute la question de l'option du créancier.

C'est pourquoi l'arrêt des chambres réunies revêt une importance particulière. D'autant plus que la Cour suprême a exprimé son embarras face au refus de l'option du créancier¹, montrant par là tous les enjeux de la question.

7. Non seulement le rejet de l'option entraîne des incertitudes sur le plan des règles procédurales, dans la mesure où nul ne sait plus si l'action en résolution, lorsqu'elle est intentée pour la première fois, est irrecevable ou mal fondée², mais surtout il en découle que le créancier qui souhaite obtenir la résolution du contrat doit intenter deux actions, une en exécution, puis une autre en résolution, avec toutes les conséquences iniques de la solution. En effet, si les instances judiciaires sont souvent considérées comme longues et coûteuses, que dire lorsque le créancier doit d'abord agir en exécution avec toutes les voies de recours possibles – action qui reste aléatoire parce que tributaire de la possibilité matérielle et/ou juridique – et, en cas d'impossibilité, revenir ensuite avec une action en résolution, là encore avec toutes les voies de recours possibles ?

Il en résulte, assurément, une perte de temps et d'argent et un risque considérable de perte de droits. Il faut aussi se rendre à l'évidence qu'une telle solution encourage les débiteurs récalcitrants au détriment des créanciers. Elle se révèle même dangereuse à l'heure de l'ouverture des marchés ici comme ailleurs.

8. Ces inconvénients sont particulièrement perceptibles dans l'affaire relatée. Il est en effet inconcevable de soutenir en l'espèce l'idée de demeure du débiteur ; de retard dans l'exécution de l'obligation³. La commune avait refusé obstinément de payer le reliquat du prix pendant plus de treize ans, malgré toutes les démarches des vendeurs, au point qu'il est permis de se demander si cette période d'inexécution ne justifiait pas, à elle seule, l'action en résolution.

¹ La Cour de cassation a même qualifié ce refus d'opinion sans fondement juridique.

² Les conséquences diffèrent suivant la nature de la solution adoptée. Dans le premier arrêt de la Cour de cassation, les vendeurs faisaient valoir, dans leur pourvoi, que l'arrêt de la cour d'appel, qui décida que leur action en résolution était mal fondée, les privait d'agir à nouveau en résolution .

³ Argument souvent avancé à l'appui du rejet de l'option à l'al. 1^{er} Cf. *infra*, n° 10 et 11.

Certes, depuis la vente, les terrains avaient acquis une plus value importante, ce qui a poussé certains à critiquer, outre le principe de l'option, l'accueil par la Cour de cassation de la demande en résolution, arguant du profit injustifié qui sera tiré par les vendeurs. Mais l'on peut rétorquer qu'il faut penser également à la situation d'un vendeur impayé pendant cette longue durée et à l'érosion monétaire, surtout qu'en l'espèce le motif du refus de paiement, à savoir la fausse déclaration par les vendeurs dans l'acte à propos de la surface réelle des parcelles, était pour le moins curieux, étant donné que lesdites parcelles font l'objet de deux titres fonciers avec toutes les précisions qui en découlent.

Ce refus de paiement s'était poursuivi pendant toute l'instance, soit presque quinze ans¹, puisque la commune, au lieu de tenter les offres réelles de paiement dont on peut déjà douter de leur caractère satisfaisant², avait articulé sa défense autour de cet argument dilatoire qui consiste à dire que les créanciers ne pouvaient pas opter entre l'action en exécution forcée et l'action en résolution, qu'ils devaient d'abord agir en exécution, et que dans ce cas il y aurait révision du contrat³.

Aussi, les chambres réunies de la Cour suprême affirment-elles avec tout le poids qu'elles possèdent, le principe de l'option du créancier sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats sous le contrôle du Tribunal. Il serait *a priori* plus cohérent de décider du sort du contrat en une seule instance, tout en favorisant l'exécution par rapport à la résolution, quel que soit l'objet de la demande du créancier.

9. Il reste toutefois que cette affirmation est loin d'être partagée par la doctrine. Certains auteurs ont même tiré sur la Cour suprême à boulets rouges⁴. C'est que, en effet, la réponse à la question de savoir si le créancier bénéficie d'une option entre les deux actions, peu élucidée il est vrai en droit comparé⁵, fait l'objet d'une controverse brûlante en droit tunisien depuis plus de trente ans.

¹ L'acte introductif d'instance date du 16 septembre 1981. Ces 15 ans de procédure se rajoutent aux 13 ans d'inexécution. Et l'on ne comprend pas pourquoi on reproche à la Cour de cassation la consécration de l'intérêt du créancier. Ce dernier pourrait être lui-même débiteur à l'égard des tiers, de sorte qu'il attend l'exécution pour honorer ses propres engagements.

² Cf. C.O.C, article 293 *in fine*. Adde *infra*, n°29.

³ Il est à noter que les vendeurs faisaient valoir également que l'action en exécution forcée ne présentait aucune utilité en l'espèce en raison d'un vieux décret du 15 février 1904 qui n'autorise pas la saisie des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics. Mais, cet argument n'est guère pertinent pour deux raisons : d'une part, ledit décret a été abrogé par la loi n°73-81 du 31 décembre 1973, portant promulgation du Code de la comptabilité publique et, d'autre part, le domaine privé de la commune reste en principe saisissable. C'est sans doute ce qui explique pourquoi la C. cass. n'a pas pris cet argument au sérieux.

⁴ Cf. la note très critique de N. BEN AMMOU, précit.

⁵ Tel est le cas du droit français même si elle n'y suscite pas les difficultés que nous connaissons. (Cf. D.TALLON, l'inexécution du contrat : pour une autre présentation, Rev. Trim. dr. civ., 1994, pp. 223 et s., n°33 et s.) et du droit marocain, où malgré la ressemblance des textes, la jurisprudence et la doctrine l'admettent sans encombre.

Il en est résulté une insécurité considérable, aussi bien pour les justiciables que sur le plan de la réalisation du droit. Et l'on peut légitimement craindre que l'arrêt des chambres réunies soit mal compris ou ne soit pas suivi par la jurisprudence. D'où la nécessité de rouvrir, encore une fois, la question de l'option du créancier.

A y regarder de plus près, il existe une autre façon d'étudier cette question. Pris dans son sens vulgaire de choix entre tel ou tel parti, le terme option n'a pas de signification juridique précise. Aussi, avant de dire que l'option existe ou non, encore faut-il s'interroger sur ses caractères juridiques. La nature spécifique de ce mécanisme (I) permettra d'en mesurer aisément la portée exacte (II).

I- LA NATURE SPECIFIQUE DE L'OPTION DE L'ARTICLE 273

9bis. L'explication classique du refus de l'option repose sur cette idée, sous-jacente mais réelle, du caractère irrévocable et définitif de l'option du créancier pour la résolution du contrat ; celle pour l'exécution forcée ne soulevant bien évidemment aucune critique, parce que considérée comme étant la voie qu'impose le texte. Ni le juge, ni à plus forte raison le débiteur, défendeur à l'action, ne pourraient exercer une influence quelconque sur ce choix.

Cette explication se heurte, néanmoins, à des objections sérieuses qu'il convient de mettre au clair (A), avant d'avancer une nouvelle explication fondée sur la spécificité de l'option du créancier (B)

A) LES OBJECTIONS A L'EXPLICATION CLASSIQUE DU REJET DE L'OPTION

10. Nombre d'auteurs pensent que l'article 273 diffère du texte français,¹ en ce sens que, s'il consacre le caractère judiciaire de la résolution, il n'en supprime pas moins l'option dont bénéficie le créancier entre l'action en exécution et l'action en résolution,² dans son alinéa 1^{er} tout au moins.³

La raison en est, pense-t-on, que les rédacteurs du code adoptent, en matière d'inexécution des obligations contractuelles, la notion centrale de demeure du débiteur, entendue comme un retard légalement constaté qui suppose la possibilité d'exécution

¹ Il s'agit de l'art. 1184 du C. civ. cité *supra*, n°2 et la note. Adde, dans le même sens, l'art. 1165 du C. civ. italien de 1865, cité par les rédacteurs du C.O.C.

² Sans doute faut-il ajouter également le rejet par les rédacteurs de la notion de condition résolutoire tacite.

³ Comme on le sait, l'al.2, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, consacre ouvertement l'option. Cf. *supra* n°2 et la note.

ultérieure¹. Selon cette analyse, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier n'a aucun choix entre la suppression du contrat et son maintien, dans la mesure où l'article 273 pose "un choix légal préalable".² Ainsi, "à l'instar du BGB qui n'autorise l'anéantissement du contrat qu'en cas d'impossibilité d'exécution, le droit positif tunisien rejette le plus souvent tout choix au créancier et présente ainsi une orientation très marquée en faveur de la sauvegarde du contrat pour l'exécution duquel le débiteur est en demeure".³

D'où les trois arguments souvent cités à l'appui du rejet de l'option du créancier: d'abord, la consécration de la notion de demeure; ensuite, la rédaction même de l'article 273 ; enfin, l'attachement du législateur tunisien au maintien des rapports contractuels.

A la vérité, ces arguments ne forcent pas l'adhésion.

11. -1- S'agissant de l'argument tiré de la notion de demeure du débiteur, il faut noter que cet argument a conduit à des conséquences assez inattendues. En effet, l'on affirme que, du fait de la demeure, les juges n'ont aucune liberté de décision, que leurs jugements sont purement déclaratifs de droit et que le créancier ne peut agir en résolution qu'en apportant la preuve de l'impossibilité d'exécution.⁴

Or, ces affirmations ne vont pas sans susciter quelques difficultés. C'est qu'on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation, alors qu'on lui soumet le plus souvent des questions de pur fait. Il en est ainsi de la cause de la demeure, de la faute du débiteur, de l'impossibilité d'exécution, de la bonne foi des parties... Tous ces éléments, qui forment la notion d'inexécution *lato sensu*, supposent une certaine appréciation. Et si le juge peut apprécier des éléments plus importants, tels que les vices du consentement, l'objet, la cause, l'ordre public, *a fortiori* en ira-t-il de même en matière d'inexécution.

Cette critique trouve un appui solide dans les dispositions finales de l'article 273, suivant lesquelles « la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice ». D'après les termes même de ce texte, c'est le juge qui « prononce la résolution ». Ce dernier ne se borne pas à déclarer une résolution préexistante, mais, plus exactement, sa

¹ Cf. M.M. CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, Tunis 1984, *passim*.

² *Ibid*, p. 177.

³ *Ibid*, p. 178.

⁴ *Ibid*. p. 209 et s. Adde N. BEN AMMOU, note précit., n°30.

décision "crée la résolution". L'inexécution, en d'autres termes, y compris la demeure, ne résout pas le contrat, mais elle le rend susceptible de résolution.

En outre, force est de constater que la distinction jugements déclaratifs-jugements constitutifs est sérieusement remise en cause aujourd'hui. En fait, « tout jugement participe généralement des deux caractères constitutif et déclaratif »¹.

Encore faut-il remarquer qu'il est tout aussi inacceptable d'obliger le créancier, qui souhaite agir en résolution, à prouver l'impossibilité d'exécution, alors qu'il ignore souvent l'activité de son débiteur, sans compter qu'il pourrait s'agir, parfois, de la preuve d'un fait négatif, impossible à rapporter². C'est, au reste, la raison pour laquelle les articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats posent que la preuve de l'existence d'une obligation incombe au demandeur et celle de la libération au défendeur.

Enfin, la comparaison du droit tunisien avec le droit allemand sur ce point est assez discutable, puisque ce dernier consacre la résolution, non seulement en cas d'impossibilité d'exécution, mais aussi en cas de demeure.³

Au demeurant, il ne semble pas qu'il y ait incompatibilité entre la notion de demeure et l'existence de l'option.⁴

12. -2- Concernant le deuxième argument, celui qui se fonde sur le texte même de l'article 273, il ne semble pas qu'il soit d'un grand secours. On sait que l'interprétation littérale de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 a été utilisée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, tantôt en faveur de l'option, tantôt à son encontre.⁵ De plus, le recours au 2^{ème} alinéa de l'article 273, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, pour corroborer l'exclusion de l'option à l'alinéa 1^{er}, reste

¹ Cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°139, p. 589 et 590, qui ajoutent que même les jugements de débouté, qui apparaissent seuls comme étant purement déclaratifs, apportent quand même une modification à l'ordonnancement juridique, "car ils confèrent la certitude à une situation juridique jusqu'alors douteuse et contestée".

² Il en est ainsi dans les obligations de résultat (ex : apporter la preuve que le colis n'est pas arrivé), de sorte que le créancier sera amené à agir en exécution, alors que celle-ci est d'ores et déjà impossible.

³ Dans les contrats synallagmatiques, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier bénéficie, entre autres, d'une option (Wahlrecht) entre la demande de dommages-intérêts et la résolution du contrat, sous certaines conditions (retard affectant une obligation principale, délai supplémentaire...). Cf. M. PEDAMON, Le contrat en droit allemand, L.G.D.J. 1993, p.152 et s. Cette option s'exerce de façon extrajudiciaire.

⁴ Cf. J.-L. CONSTANTINESCO, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Kohlhammer verlag 1960, pp. 437 et s, où l'auteur compare la demeure du droit allemand et celle du droit français, sans aucune allusion à l'option du créancier de l'art. 1184 du C.civ.

⁵ Cf. N. BEN AMMOU, note précit., n°15 ; M.G. KHZAMI, art. précit. ; Cass. civ. n° 21342, 26 mars 1991, Bull., p.227 ; Cass. civ. ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, précit.

peu pertinent.¹ Car l'option du 2^{ème} alinéa n'exclut nullement le pouvoir d'appréciation du juge. Il n'est pas loisible, en effet, d'accueillir une action en résolution pour n'importe quelle inexécution partielle.² Bien plus, ce raisonnement n'échappe pas à la contradiction qui consiste à accorder une option à celui qui a reçu ou qui pourrait recevoir une exécution partielle et à en priver celui qui n'a rien obtenu du contrat.

Il est vrai, néanmoins, qu'il y a eu un changement dans la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 par rapport au texte de l'avant-projet.³ Mais ce changement ne veut rien dire, sinon que la main mystérieuse qui l'a effectué, sans aucune justification éclairante, avait voulu insister sur la primauté de l'exécution sur la résolution.⁴ Volonté d'autant plus probable que la modification du texte a coïncidé avec la suppression de l'article 300 de l'avant-projet qui invitait le juge à ne prononcer la résolution qu'en dernier recours⁵. Ce serait donc, non pas l'intention de supprimer l'option du créancier, mais la concision dans la rédaction des textes, ayant permis de faire l'économie d'un article, qui fut à l'origine d'une modification maladroite de l'alinéa 1^{er} de l'article 273.

13. -3- Quant au dernier argument – l'attachement du législateur au maintien du contrat – il est à noter que le vœu de tout système juridique est que tout soit mis en œuvre pour sauver le contrat.⁶ Il s'agit là d'une règle de raison, qui découle du *vinculum juris*, de l'engagement contractuel lui-même : les contrats sont conclus pour être exécutés avant toute autre chose. Et, pour preuve, le droit français, qui reconnaît l'option du créancier, n'accepte la résolution qu'en désespoir de cause.⁷

¹ L'al. 2 de l'art. 273 consacre, en effet, plus clairement l'option du créancier en cas d'exécution partielle. Cf. *supra* n°2.

² Dans l'avant-projet, l'al. 2 de l'art. 300 dispose que : "Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier, s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle, pourra demander, soit la résolution du contrat, soit des dommages-intérêts pour l'inexécution de toute l'obligation". Il est regrettable que la phrase "s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle" soit supprimée. Elle donne à penser, en tout cas, que dans l'esprit des rédacteurs du Code, lorsque l'exécution partielle présente encore un intérêt pour le créancier, ce dernier doit l'accepter et ne peut que demander des dommages-intérêts. Même solution en droit français : cf. *infra*, n° 34 et s.

³ Cf. Avant-Projet de Code civil et commercial tunisien, art. 300, al. 1^{er}, qui consacre l'option du créancier. *Supra*, n°2.

⁴ Cette idée qui ressort de la lecture de l'al. 1^{er} de l'art. 273 va de soi. Elle n'a pas besoin d'une modification du texte pour s'imposer aussi bien aux parties qu'au juge. Mais, en dehors de cette idée, le texte tel que modifié ne donne aucune précision sur l'exercice des droits du créancier, plus précisément, sur la procédure qu'il doit suivre et l'existence ou non d'une option à son profit, elle n'a pas besoin non plus d'une suppression de l'option pour qu'elle puisse être garantie, car dans un contentieux relatif à l'inexécution d'un contrat : cf. *infra* n° 13, 16 et n° 23 et s.

⁵ V. le texte de cet article, *infra* n°36.

⁶ Cf. J. NORMAND, Le juge et le litige, L.G.D.J., préf. R. PERROT, n°127, p.117. Mais il faut noter que ce sauvetage du contrat ne doit pas se faire outre mesure, en ce sens que le vœu de la loi est aussi de débarrasser la scène juridique des contrats dont l'exécution suscite des difficultés : cf. J. CARBONNIER, t.4, 20^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°153, p. 273 ; comp. *infra*, 34 à 36.

⁷ Cf. *infra*, n° 31 et s.

Telle est donc la règle de fond qui assure le maintien des contrats ; et il serait douteux de faire supporter à l'alinéa 1^{er} de l'article 273 le poids de la force obligatoire du contrat (par le biais d'une interprétation fondée sur l'exclusion de l'option), alors que ce texte ne fait que prévoir la mise en oeuvre judiciaire des remèdes à l'inexécution de l'obligation. Cela suppose, par conséquent, l'exercice par les parties et l'appréciation par le juge de choix, en vue de déterminer le "remède" le plus adéquat.

Comme on le voit, l'explication classique repose sur des arguments discutables et donc incertains. Aussi est-il nécessaire de rechercher une autre explication.

B) POUR UNE EXPLICATION FONDEE SUR LA SPECIFICITE DE L'OPTION DU CREANCIER

14. Il serait hasardeux de croire que l'option, dont il est question aux alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273, est une véritable option.¹ Les caractères de celle-ci ne sont pas en effet réunis dans celle-là. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence françaises envisagent l'option de l'article 1184 du Code civil, non seulement au point de vue des règles de fond, mais aussi sur le terrain des règles procédurales.² Aussi, est-on tenté de parler, plus précisément que d'option tout court, d'option du créancier ou, mieux encore, d'option de procédure (1).

D'un autre côté, dans la mesure où on parle fréquemment de droit d'option du créancier, il convient de fixer la place exacte de ce droit dans la théorie générale des droits subjectifs (2).

¹ Cf. H. LECOMPE, Essai sur la notion de faculté en droit civil, thèse, Paris 1930, p. 39 et s., où l'auteur considère que l'option de l'art. 1184 du C. civ. est une véritable option.

² Cf. E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Sirey 1925, T.I, 2^{ème} éd., n° 174 et 190, p.427 et s. ; E. GARSONNET et C. CESAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. I, 2^{ème} éd., n°439, p.694; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, Sirey 1973, t. I, 1^{ère} éd. n°102, p. 102 et 103 ; A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 10^{ème} éd. par M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, t.II, n°534 et s. ; F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur, L.G.D.J. 1988, préf. J. Ghestin, *passim* (un ouvrage fondamental en la matière, dans lequel l'auteur adopte une conception large de l'option du plaideur) ; Juris-cl. civ., art. 1184 par M. STORCK ; Encyclopédie Dalloz, V° action, par J. VINCENT.

1 - L'option du créancier, une option de procédure

15. Le droit d'option *stricto sensu* peut être défini comme étant: "une prérogative qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible".¹

Il en résulte que l'existence de tout droit d'option² suppose la réunion de trois éléments. Tout d'abord, une alternative dont les branches doivent être prédéterminées et prévisibles. Ensuite, une situation de sujétion et d'incertitude avant l'exercice du choix. Enfin, un acte unilatéral d'option, qui suffit en lui-même à exercer le choix et à modifier la situation juridique.

Ainsi précisé, le droit d'option peut être caractérisé dans nombre de mécanismes juridiques, qu'ils soient d'origine conventionnelle ou légale. En matière conventionnelle, constitue un droit d'option le droit du bénéficiaire d'une promesse de contrat ou d'un pacte de rachat ou encore d'un pacte de préférence. De même, en matière légale, le droit du bénéficiaire d'un retrait ou d'une préemption est un droit d'option.³

Dans tous ces exemples, le bénéficiaire de l'option est investi d'un véritable droit subjectif⁴ qui lui permet de modifier une situation juridique incertaine, par l'exercice d'un choix entre les branches d'une alternative bien déterminée, au moyen d'un acte unilatéral. C'est ainsi que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat peut lever l'option et conclure le contrat ou ne pas le conclure en laissant passer le délai. Dans le même sens, le bénéficiaire d'un droit de retrait peut se substituer ou non à l'acquéreur d'une part indivise.⁵

16. Si l'on revient aux choix de l'article 273 (al. 1 et 2) du Code des obligations et des contrats, il est remarquable que les éléments caractéristiques du droit d'option, y font défaut à un double titre.

En premier lieu, les options de l'article 273 s'inscrivent dans une foule de choix aussi importants que variés. La victime d'une inexécution totale ou partielle peut, en effet, choisir la voie de la résignation, en laissant la situation telle quelle. Elle peut, au contraire, exercer son

¹ Cf. I. NAJJAR, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, L.G.D.J. 1971, préf. P. RAYNAUD, n°45, p. 44.

² Sur la nature exacte de ce droit subjectif, cf. *infra*, n°19 et s.

³ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, *passim*.

⁴ Cf. *infra*, n° 19 et s.

⁵ *Ibid.*

droit de rétention ou l'exception *non adempti contractus* et attendre le dénouement du problème. Si une clause de résolution pour inexécution a été insérée dans le contrat, elle peut s'en prévaloir. Elle peut, enfin, dans tous les cas, intenter une action en justice. Et, en conséquence de ce dernier choix, elle peut opter entre l'action en exécution et l'action en résolution. Cette option dépend de la qualification qu'elle donne au fait préjudiciable : simple retard, inexécution définitive, impossibilité d'exécution, exécution inutile parce que tardive, exécution partielle... ; qualification qui peut être fautive ou animée par une mauvaise foi (chercher la suppression du contrat à tout prix) et qui reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge.¹

Il s'ensuit que l'option entre les deux actions n'est en réalité que l'aboutissement de plusieurs choix. D'où l'absence d'une alternative précise et déterminée, qui caractérise la vraie option.²

En second lieu, l'option entre les deux actions, si elle constitue une déclaration unilatérale du créancier, ne suffit pas, en elle-même, à modifier la situation juridique litigieuse et incertaine entre les parties contractantes, comme l'exige le véritable droit d'option. La déclaration du créancier, suffisante certes pour que l'action en justice soit engagée, n'est guère apte à provoquer le résultat escompté, dans la mesure où il n'est pas sûr que l'action en résolution ou même en exécution forcée aboutisse de plein droit. Cette incertitude tient, non pas à la notion de demeure, comme on le prétend souvent, mais plus exactement au caractère judiciaire que revêt la résolution en droit tunisien et qui suppose que l'on réserve le pouvoir d'appréciation du juge.³

17. Ces deux observations suffisent pour conclure qu'au moment de l'introduction de l'instance⁴ l'option entre les deux actions n'est pas une vraie option irrévocable, mais une simple option de procédure. Elle s'explique par le fait que, à ce moment là, la situation litigieuse est

¹ Il est fort difficile de cerner les raisons pour lesquelles le créancier opte pour l'une ou l'autre des actions. En réalité, ces raisons peuvent varier à l'infini. Pour une idée sur quelques suppositions, cf. D. Tallon, Les remèdes à l'inexécution du contrat, in le contrat aujourd'hui : comparaisons Franco-Anglaises, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, L.G.D.J. 1987, n° 47 et s., p. 288 et s.

² La même analyse peut être reprise s'agissant de l'acquéreur victime d'un vice ou d'un défaut de la chose. L'option que lui offre l'art. 655 du C.O.C. entre l'action en résolution et l'action en dommages et intérêts n'est pas une véritable option. L'acquéreur reste libre d'intenter une action ou non, de la fonder sur l'art. 655 du C.O.C. ou sur un autre fondement tel que la nullité pour erreur..., sans compter la réserve qui doit être faite au pouvoir d'appréciation du juge.

³ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 136 et s. Adde, *infra*, n° 31 et s. Comp. *supra*. n° 11.

⁴ Sur les conséquences de cette option en cours d'instance, cf. *infra*, n° 33 et s.

incertaine parce qu'en voie de mutation. On ne sait pas s'il y a simple demeure ou refus par le débiteur d'exécuter ses obligations, ou bien encore, impossibilité d'exécution etc. A la diversité des situations d'inexécution s'ajoutent la diversité de nature des obligations (donner, faire ou ne pas faire), qui commande des solutions différentes, l'intérêt du créancier, la réponse du débiteur et le rôle important du juge.

L'option entre les deux actions s'impose ainsi pour tenir compte des nuances de la pratique, en dépit des atteintes aux règles procédurales qu'une telle solution entraîne.¹ Mais, nous constaterons plus loin que ce choix est loin d'être définitif, que ce soit pour le créancier, le débiteur ou le juge.² D'ailleurs, toute la difficulté de la question en droit tunisien provient du fait que la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'article 273 pose de vraies options, des options de fond irrévocables, alors qu'il ne s'agit que de choix de procédure.

Aussi, peut-on penser avec un auteur qu'en "... réalité que ce soit l'action en résolution ou l'action en exécution, ce sont là deux modalités qui visent à réparer un préjudice subi ou qui risque de l'être. Entre elles le créancier peut choisir. Mais à la base de ce choix il n'y a aucun droit d'option authentique. Ce n'est pas parce qu'on emploie le mot d'option qu'il s'agit de droit d'option".³

18. Au demeurant, il est remarquable que la Cour de cassation ait mis en lumière ces deux aspects dans l'arrêt récent de ses chambres réunies. N'a-t-elle pas souligné que l'action en exécution ou en résolution n'est qu'un remède parmi tant d'autres à l'inexécution du contrat ? N'a-t-elle pas précisé que le législateur n'impose aucun ordre particulier dans le choix de ces remèdes par le créancier ? N'a-t-elle pas insisté, enfin, sur le fait que l'action en exécution ou en résolution reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge ?⁴

¹ Pour une idée sur d'autres possibilités de choix, cf. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, *op.cit.*, *passim* ; comp. *infra* n° 31 et s.

Une telle solution entraîne modification de l'objet de la demande et, par là, porte atteinte au principe de l'immutabilité du litige (cf. *infra* n° 31 et s.). Comp. P. COLLOMB, Demeure et mise en demeure en droit privé, thèse Nice 1974, p. 277; J. MESTRE, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1993 ; W. JEANDIDIER, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 700 et s.

² Cf. *infra* n° 25 et s.

³ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n°141, p. 149, qui estime d'ailleurs que le droit d'action lui-même, dont l'option du créancier en constitue le prolongement, n'est pas un droit d'option authentique. Cette idée sera corroborée lorsqu'on étudiera la portée de l'option du créancier dans la seconde partie.

⁴ Cf. Cass. civ. ch. réunies, n° 35350, 29 février 1996, R.T.D. 1996, p. 267 et s.

Il reste, néanmoins, que la Cour suprême ne précise pas la vraie nature de l'option du créancier et ne la situe pas clairement sur le plan de la procédure .

La même remarque peut d'ailleurs être faite lorsque la Cour de cassation pose, dans le même arrêt, que l'option entre les deux actions est un droit¹.

2- L'option du créancier, un droit subjectif potestatif

19. D'aucuns affirment que l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution est un droit au profit du créancier. Se pose alors la question de savoir si cette option constitue vraiment un droit. Et, dans l'affirmative, surgit une seconde question, à savoir celle de la nature exacte de ce droit.

A priori, il est permis de penser que l'option du créancier constitue un véritable droit subjectif, car tous les éléments de la définition des droits subjectifs s'y trouvent réunis. En effet, il est aisé de constater que cette option présente, de par sa nature même, la caractéristique d'être une prérogative juridique appartenant à un sujet de droit, le créancier, que le droit objectif reconnaît et protège.

Mais il faut remarquer tout de suite que ce droit subjectif, comme le consacre et le proclame à juste titre la Cour de cassation, n'a pas une existence propre et autonome. Il reste tributaire d'un autre droit subjectif, dont il constitue le prolongement, à savoir le droit d'action, le *jus agendi*. C'est que, pour qu'il y ait option entre telle ou telle action, encore faut-il que le créancier aille en justice. Cette subordination de l'option du créancier au droit d'action n'empêche pas, pour autant, la première d'être un droit subjectif à part entière.²

20. Ceci étant précisé, force est de constater que l'option du créancier constitue un droit subjectif d'une nature particulière.

Dans le couple des catégories opposées droits absolus-droits relatifs, dits aussi droits discrétionnaires-droits contrôlés,³ ce droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action lui-même, est loin, bien loin, d'être l'un des droits absolus.⁴ Car, dans la catégorie des droits

¹ *Ibid.* Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'action en exécution forcée est, comme l'action en résolution, un droit au profit du créancier, et que ce dernier a le droit de choisir librement entre les deux. L'intérêt de cette analyse est d'autant plus important que l'art. 273 évoque également l'idée de droit.

² Cf. I. NAJJAR, *op. cit.* ; n° 132.

³ Cf. A. ROUAST, Droits discrétionnaires et droits contrôlés, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 1 et s.

⁴ Comp N. BEN AMMOU, note précit, p. 279.

absolus, dont le nombre ne cesse au demeurant de se réduire,¹ le titulaire du droit peut l'exercer sans avoir de compte à rendre à personne.

La raison en est que ces droits ne permettent aucun contrôle des motifs de leurs auteurs, si répréhensibles soient-ils.² Or, le droit d'opter entre l'exécution et la résolution n'a rien de tel. Lorsque le créancier demande l'exécution forcée, son action n'a d'autre but que l'exécution du contrat. Et cette exécution reste soumise, comme le souligne la Cour de cassation, à la possibilité matérielle ou juridique et, par là, à l'appréciation des juges du fond. Il ne peut pas exiger, par exemple, l'exécution forcée d'une obligation dont l'objet a été détruit ou transformé, ou encore, d'une obligation de faire.³ En revanche, lorsque le créancier demande la résolution du contrat, il ne peut guère l'obtenir de plein droit, mais sous le contrôle du tribunal.⁴

Si, au surplus, il est indéniable que le droit d'action lui-même, qui constitue la source de l'option judiciaire, peut faire l'objet d'un abus de droit, on ne peut que se rendre à l'évidence que ce droit d'option est un droit contrôlé et non absolu.⁵

Dans le même ordre d'idées, ce droit d'option reste réfractaire au couple des catégories opposées droits réels-droits personnels. Et pour cause, le droit de choisir entre telle ou telle action, pris en tant que tel et en dehors du contenu de la demande ou des conséquences judiciaires de l'action, n'a pour objet ni un bien ni, non plus, une créance.

¹ Cf. A. ROUAST, art. précit

² *Ibid*, et les exemples cités.

³ Dans les limites où l'exécution forcée est inacceptable, cf. C.O.C., art. 275 ; W. JEANDIDIER, art. précit., *passim*.

⁴ Cette analyse est valable même à propos de l'al. 2 de l'art. 273 du C.O.C., relatif à l'inexécution partielle. Le juge ne saurait donner au créancier la possibilité de se départir du contrat en arguant d'une inexécution partielle infime ou portant sur des obligations accessoires etc., cf *supra*, n° 12

⁵ Cf. H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, in Arch. Ph. dr., 1964.

21. A vrai dire, le droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action, est un droit spécifique qui ne peut se ranger que dans la catégorie des droits subjectifs potestatifs. Qu'est-ce qu'alors un droit potestatif ?

Un droit potestatif est un pouvoir par lequel son titulaire peut agir "sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale (acte juridique, instance judiciaire ou recours administratifs)".¹

Ainsi qu'on le voit, le droit potestatif ne va pas jusqu'à conférer à son auteur un pouvoir immédiat sur une personne ou sur un bien. Il a pour objet une situation juridique, comme le fait apparaître sa définition. Au contraire du droit réel et du droit personnel susceptibles de violation ou d'inexécution, le droit potestatif n'a rien de cela, puisqu'il ne peut ni être violé, ni inexécuté, l'autre partie est dans une position de sujétion, elle doit le subir.²

22. Le droit d'option de l'article 273 du Code des obligations et des contrats, tel qu'il a été posé par la Cour de Cassation et tel qu'il existe en droit comparé, semble correspondre à la définition et aux caractéristiques du droit potestatif: d'abord, le droit d'option a pour objet une situation juridique, la situation litigieuse, ensuite, celui qui doit subir ce droit, à savoir le débiteur ou le juge, est dans une position de sujétion, en sorte que l'efficacité de ce droit ne dépend que de la volonté de son auteur.³

¹ Cf. G. messina, *nuovo digesto italiano*. V° *Diritti potestativi*, t. 3, p.872 et s., cité par I. NAJJAR, op. cit., n° 99.

Il est à noter que le droit potestatif est présenté comme une variante des droits subjectifs. Ce concept nous vient d'Allemagne (*Rechte des rechtlichen honnes*) et d'Italie (*diritto potestativo*). Il trouve écho en droit de suisse où on le désigne par l'expression de "droit formateur" (cf. L. L'Huillier, la notion du droit formateur en droit privé Suisse, thèse Genève, 1947).

La doctrine française l'a adopté pour classer certains droits qui se refusent à se ranger dans cette traditionnelle alternative : droits réels-droits personnels, cf. L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 1 et s., spéc. n° 27 et s. et sa thèse, la notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Toulouse 1947, préf., J. MAURY, p. 61 et s., adde. La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 41, n°9; R. BAILLOT, le droit de repentir, Rev. trim. dr. civ., 1984, p. 227, n°20 ; I. ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse, Grenoble 1994, n°168 et s., où il a été adopté pour situer le droit de résiliation unilatérale. Voir aussi les quelques exemples cités *infra*, n° 22.

² Cf. HAGE CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits subjectifs, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 705 et s. n°48, qui écrit: « le lien de sujétion est un lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiétement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir. A ce lien correspond, du côté actif, le droit potestatif.

Le sujet passif n'est tenu ni de fournir une prestation ni de rendre un service, il est tenu de subir. Il n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire... »

³ Dans cet esprit, le juge et, surtout, le débiteur, s'ils jouent un rôle significatif sur le droit d'option du créancier, ne peuvent pas le mettre en échec lors de l'introduction de l'instance. Ils ne peuvent pas, non plus, empêcher le créancier de modifier son choix en cours d'instance : cf. *infra* n°19 et s. Les arrêts qui l'ont fait - et ils sont nombreux - ont privé, sans raison, les créanciers d'un droit fondamental.

En cela, le droit d'option de l'article 273 est de même nature que de nombreux autres droits, tels que le droit d'agir en justice,¹ celui de l'option *stricto sensu*,² celui du co-indivisaire de provoquer le partage,³ celui du propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen,⁴ celui du destinataire d'une offre de conclure le contrat par l'acceptation de cette offre,⁵ celui de retrait,⁶ celui de résilier un mandat⁷ etc..

En résumé, l'option du créancier, si elle constitue un droit subjectif potestatif, comme la vraie option, n'en demeure pas moins réfractaire à la définition de celle-ci.

L'examen de la portée de ce choix procédural confortera cette idée.

II- LA PORTEE DE L'OPTION DE L'ARTICLE 273

23. La détermination de la portée de l'option du créancier ne va pas sans rappeler le principe de l'immutabilité du litige.⁸

On sait que ce principe qui interdit, entre autres, les demandes nouvelles en cours d'instance ou la modification de la demande par le juge,⁹ est d'une utilité appréciable. Non seulement il permet de déjouer les manœuvres d'une partie au litige qui essaierait de surprendre

¹ Cf. I NAJJAR, op. cit., n°123 et s.

² Nous avons fait observé plus haut que l'option de procédure, comme d'ailleurs le droit d'action, n'est pas une option *stricto sensu*. Mais cela n'empêche pas les deux options d'avoir la même nature juridique au point de vue de la théorie des droits subjectifs.

³ Cf. Code Tunisien des Droits Réels (C.D.R.), art. 71.

⁴ Cf. C.D.R., art. 79.

⁵ Cf. C.O.C., art. 27.

⁶ Cf. C.D.R. art. 103.

⁷ Cf. C.O.C. art. 1157.

⁸ Cf. Code Tunisien de procédure civile et commerciale (C.P.C.C.), art. 147 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 23^{ème} éd., 1994, n° 625 et s., p. 423 et s. : "Parler de l'immutabilité du litige veut exprimer que, quand une instance a été engagée, ses éléments, son cadre, ne doivent pas être modifiés. On ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier, modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles". Adde, J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf. P. HEBRAUD, *passim* ; J. NORMAND, Le juge et le litige, précit, n° 127 et s.

⁹ H. VIZIOZ, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 146. Une demande est nouvelle si elle diffère de la demande originaire par son objet, par sa cause, par les parties ou la qualité en laquelle elles agissent. Ce sont les éléments qui permettent d'individualiser une demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, Coll. thémis, 3^{ème} éd. 1996, n°119 et s., 85 et s. P. BOYREAU, La prohibition des demandes nouvelles en appel, thèse, Bordeaux, 1945 ;

son adversaire et de retarder, par là, la marche du procès, mais aussi il permet de garantir un autre principe, celui du double degré de juridiction.¹

Cependant, le principe de l'immutabilité du litige est loin d'être absolu. Des considérations inhérentes "au phénomène de l'évolutivité du procès" conduisent à en tempérer la rigueur. Le litige n'est pas, en effet, intangible et c'est rare qu'il reste limité, tout au long de l'instance, à la demande originaire. A celle-ci, s'ajoutent fréquemment la demande reconventionnelle du défendeur, les demandes additionnelles du demandeur ou du défendeur (qui renferment souvent des prétentions modificatives), les allégations émanant d'un tiers intervenant (C.P.C.C., art. 224 à 228), le rôle considérable du juge².

C'est à un point tel qu'un auteur a estimé que le litige constitue un "véritable lacis que le juge devra débrouiller et trancher fil à fil, soit en une seule fois, soit successivement".³

Et c'est dans ce fouillis procédural, dont nous n'avons fait que passer en revue quelques traits, que se situe la question de la portée de l'option du créancier en cours d'instance.

La réponse à cette question dépend aussi bien des rapports des parties à l'action (A) que de l'office du juge (B).

A) LA PORTEE DE L'OPTION DANS LES RAPPORTS DES PARTIES A L'ACTION

24. Simple option de procédure – pour ne pas dire fausse option – au moment de l'introduction de l'instance,⁴ l'option du créancier l'est aussi en cours d'instance.

La raison en est que cette option n'est pas irrévocable. Elle peut évoluer en fonction de la marche du procès, que ce soit en raison de la possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance (1) ou du rôle actif du défendeur sur le choix du créancier (2).

1- La possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance :

25. Nous avons vu que le choix initial appartient au créancier, mais ce dernier peut le changer par la suite, en fonction de ses intérêts et de l'évolution du procès. D'une manière

¹ H. VIZIOZ, Obs. précit. Les mêmes faits doivent être soumis d'abord aux premiers juges, faute de quoi, on ne saurait opposer à une demande l'autorité de la chose jugée.

² Cf. G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523. Adde, la préf. précit de P. HEBRAUD et J. MIGUET, op. cit., *passim*.

³ H. VIZIOZ, cité sans réf. par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523.

⁴ Cf. *supra*, n° 15 et s.

générale, il est permis au créancier, demandeur à l'action, de modifier son option en cours d'instance, en substituant, par voie de conclusions, l'une des actions à l'autre. Cette possibilité lui est ouverte aussi bien en première instance qu'en appel ; et tant qu'il n'est pas intervenu de règlement définitif du litige, par un jugement devenu définitif, un acquiescement ou une transaction. Ce dont il découle que le créancier qui a demandé l'exécution forcée peut, en cours d'instance, demander la résolution et inversement.¹

Au reste, cette solution est de principe en cas de cumul d'actions, c'est-à-dire "lorsque plusieurs actions sont attachées à un droit unique"². Tel est le cas du vendeur impayé, puisqu'un même droit, à savoir la créance du prix, lui ouvre une option entre l'action en exécution de l'obligation par l'acquéreur et l'action en résolution de la vente.³ "Or, si chacune des branches de l'option devrait correspondre à un droit différent, une telle solution serait inconcevable, car elle se heurterait au principe de l'immutabilité du litige".⁴ C'est pourquoi, la doctrine et la jurisprudence françaises rejettent, depuis longtemps, la maxime de l'Ancien droit, empruntée au Digeste, "*Electa una via, non datur regressus ad alteram*", selon laquelle le choix d'une action vaut renonciation aux autres actions dérivant du même droit.⁵

Les auteurs pensent même "... que la règle *Electa una via...*" n'est susceptible d'aucune application en matière civile.⁶

26. Ces solutions du droit comparé ne sont pas inconcevables en droit tunisien. Bien plus, elles peuvent y reposer sur des fondements solides. En effet, l'exclusion de la maxime "*Electa una via...*" est expressément consacrée à l'article 523 du Code des obligations et des contrats, contrairement au droit français où la solution ne repose sur aucun texte de loi. Selon cet article "*lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre*". Ce

¹ H. VIZIOZ, Obs. Précit. Il s'agit de la solution générale (cf. C. civ. art. 1184), mais elle est applicable à d'autres cas, tels que l'option entre les actions réhibitoire et estimatoire, en cas de vice caché de la chose vendue.

² Cf. J. VINCENT, V° action, n° 319, in Encycl. Dalloz, Pro. civ. Le cumul d'actions est à distinguer du concours d'actions, dans lequel des rapports de droit différents donnent naissance à des actions qui poursuivent des buts identiques. Mais, dans cette hypothèse, la décision rendue sur l'une d'elles n'entraîne pas chose jugée à l'égard des autres.

³ Cette hypothèse est celle qui a été soumise aux chambres réunies de la Cour de cassation.

⁴ Cf. H. SOLUS et R. PERROT, T. I, n° 102, p. 103.

⁵ *Ibid*, n° 112.

⁶ Cf. J. VINCENT, V° action, n° 323, in Encycl. Dalloz, procédure civ.

texte, peu éclairé en droit tunisien, est une reprise intégrale des propos d'Aubry et Rau, par lesquels les éminents auteurs écartent la règle "*Electa una via...*" en matière civile¹. Il en résulte que le Code tunisien consacre par cet article, inséré dans un paragraphe intitulé : de l'interprétation des conventions, une règle de procédure qui s'applique parfaitement, voire inévitablement, à la question qui nous retient. Il va sans dire que l'action en exécution, l'action en résolution et l'action en dommages-intérêts, sont ouvertes à raison de la même cause, à savoir le droit de créance, qu'il ait pour objet une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

Et il s'agit là d'une règle d'application générale en matière civile.² Elle s'applique non seulement aux choix découlant de l'article 273, mais également à d'autres choix, tels que ceux qui résultent explicitement ou implicitement des articles 129 *in fine*, 346, 640, 641, 655, 664, 796, 818, 871, 875, 971, 1412, 1440 du Code des obligations et des contrats. Cette analyse permettra ainsi de concilier les dispositions générales de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 avec des dispositions spéciales. Car on ne saurait admettre, sans heurter la logique et le bon sens, qu'en principe il n'y pas d'option, en raison de la notion de demeure, sauf pour l'inexécution partielle (art. 273 al. 2) et les autres hypothèses, notamment celles des contrats spéciaux (v. les art cités *supra*).

27. Par ailleurs, certaines règles procédurales confortent cette analyse. En effet, d'après l'article 148 du Code de procédure civile et commerciale : « L'appelant peut modifier la cause de sa demande si l'objet de celle-ci reste le même et à condition que la cause nouvelle ne repose pas sur des faits nouveaux, non soumis au premier juge

Il peut être également soulevé devant la juridiction d'appel des moyens nouveaux ».

¹ Cf. Cours de droit civil français, t. IV, 5^{ème} éd., Paris 1912, §. 323 et la note 13. Adde, Avant-projet de code civil et commercial tunisien, art. 608 et la référence des rédacteurs à AUBRY et RAU. Cf. aussi *supra*, n° 13 et les notes. Les rédacteurs du Code des obligations et des contrats étaient conscients de l'importance des choix procéduraux qui pourraient s'offrir aux parties contractantes. Aussi ont-ils posé à l'article 523 une règle dont la vocation concerne tout le Code. Cette règle constitue la véritable clef de voûte de la question. Mais il faut ajouter que la règle de l'art. 523 repose sur la justification classique, contemporaine de la rédaction du Code, de l'exclusion de la règle "*Electa una via...*", à savoir l'existence de plusieurs actions concurrentes attachées à un même droit. La doctrine prône aujourd'hui une autre justification fondée sur la qualification juridique des faits, qui permet des possibilités de choix ou d'options plus larges encore : cf. F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, L.G.D.J., 1988, préf. J. GHESTIN, p. 67 et s.

² Sur les rares exceptions, cf. J. VINCENT, précit., notamment en matière pénale.

Il en résulte que les parties en appel peuvent former pour la première fois des demandes nouvelles par leur cause, à condition qu'elles se rattachent aux mêmes faits et qu'elles procèdent directement de l'objet de la demande originale¹.

Pareilles demandes doivent être *a fortiori* possibles en première instance. C'est ce que décide l'article 84 nouveau du même Code en disposant que : « le demandeur peut... modifier sa demande en partie, la préciser ou en former de plus amples prétentions »².

28. Dans cet ordre d'idées, la victime d'une inexécution peut modifier son choix et exercer de façon alternative l'une des actions ou l'autre³ en cours d'instance ou après désistement par exemple ;⁴ et ce en fonction de l'évolution du litige : survenance de faits nouveaux, certitude quant à l'impossibilité d'exécution, conciliation, transactions etc...

2- Le rôle actif du défendeur sur le choix du créancier

29. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue le rôle actif du débiteur, dont la réponse noue le procès, sur l'option du créancier. Défendeur à l'action, le débiteur, qui bénéficie du principe de la liberté de la défense, peut acquiescer, compromettre, transiger et surtout contre-attaquer en formant une demande reconventionnelle⁵. D'ailleurs, on voit mal ce qui pourrait l'empêcher, de choisir lui aussi, dans sa reconvention, entre l'exécution et la résolution.

Le débiteur peut, en outre, échapper à la demande en résolution du créancier – qui nous pose problème – en offrant d'exécuter en cours d'instance et, là encore, aussi longtemps que le règlement définitif du litige n'est pas intervenu. Contrairement au droit français où cette possibilité est d'origine prétorienne,⁶ le droit tunisien renferme une disposition claire en ce sens, à savoir celle de l'article 293 *in fine* du Code des obligations et des contrats, aux termes duquel les offres réelles « peuvent même être faites à l'audience »⁷. C'est sans doute ce qui

¹ Cf. P. BOYREAU, thèse précit., p. 95 et s. Il faut noter toutefois que la rédaction peu claire de l'article 148 du C.P.C.C. est source de difficultés en pratique. Une première interprétation donne à penser qu'on peut changer la cause et non l'objet, alors que souvent, en cas de cumul d'actions, c'est bien l'objet de la demande qui change. Et le problème provient de l'absence de définition unanime de la cause. Plusieurs juristes ont exprimé le souhait de réformer ce texte, afin de permettre une application plus souple des exceptions au principe de l'immutabilité du litige : cf. le colloque organisé par la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis sur l'appel, notamment A. AL. AHMADI, La cause de l'action en appel, p. 129 et s. et le débat (en langue arabe).

² A rapprocher de l'article 83 du C.P.C.C. Il est à préciser que la modification, à ce stade, reste libre. Le législateur la réglemente seulement afin que le jugement de la question litigieuse ne soit pas retardé indéfiniment.

³ Il n'est pas inconcevable que le créancier forme les deux demandes dans la même action (demander l'exécution ou la résolution). Et il n'est même pas tenu d'invoquer un texte à l'appui de sa demande (« J'invoque le Code » plaidait un avocat en renom et en difficulté), cité par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., à propos du fondement juridique de l'action.

⁴ Le demandeur peut modifier son choix en cours d'instance, mais « il lui est loisible de la retirer par désistement ou encore, de laisser opérer la péremption et d'exercer ensuite une autre action », Cf. J. VINCENT, V^o. action, n^o 23, précit.

⁵ Cf. C.P.C.C., article 227.

⁶ Cf. *infra*, n^o31.

⁷ Les offres réelles ainsi faites témoignent, de façon irréfutable, que le choix du créancier entre telle ou telle action ne constitue pas une vraie option, mais plutôt une simple option de procédure. Elles supposent, toutefois, que le juge en apprécie le caractère sérieux et surtout satisfaisant pour le créancier : cf. *infra*, n^o31.

explique pourquoi de nombreux arrêts de la Cour de cassation repoussent l'action en résolution en permettant au débiteur d'exécuter en cours d'instance (première instance ou instance d'appel), tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'est pas intervenue¹.

30. Il s'ensuit que l'option du créancier n'a pas la portée qu'on lui attribue souvent. Dans ce schéma complexe où s'entremêlent aspects substantiels et aspects procéduraux du contentieux, elle ne constitue pas un choix définitif et irrévocable. Cette révocabilité se confirme davantage en soumettant l'option à l'appréciation du juge.

B) LA PORTEE DE L'OPTION PAR RAPPORT A L'OFFICE DU JUGE

31. Comme dans de nombreux autres domaines, le juge dispose d'un souverain pouvoir d'appréciation, « qui correspond, tout à la fois, à la nécessité de contrôler, voire de cantonner, le mécanisme résolutoire et aux possibilités procédurales laissées aux parties".²

En d'autres termes, face aux différents choix procéduraux qui s'offrent aux parties (demandes incidentes, vicissitudes de l'action³ et notamment l'option du créancier), le juge apprécie souverainement les demandes des parties, en fait et en droit.⁴

C'est ainsi que le juge français, nonobstant la consécration légale de l'option, n'admet la résolution du contrat qu'en tant que dernier remède, un pis-aller, auquel il a recours de façon subsidiaire.

Cette attitude défavorable à la résolution se manifeste sur plusieurs plans. Généralement, le juge ne prononce la résolution que si l'inexécution est très grave ; plus précisément, si le trouble affectant le contrat est tel, que le créancier n'aurait pas contracté s'il l'avait prévu.⁵ Non seulement le juge n'hésite pas à faire application de l'alinéa 3 de l'article 1184 du Code civil, qui lui permet d'accorder, "selon les circonstances", un délai au débiteur

¹ Cf. Cass. civ. ,n°603, 15 avril 1976, 1^{ère} partie, p. 191 ; Cass. civ. n°3312, 15 juin 1981, Bull. 1981, 2^{ème} partie p. 176, qui applique ce texte malgré les termes de l'article 796 du C.O.C. ; Cass. civ. n° 24697, du 26 décembre 1989, Bull. 1989, p. 479. Sur les limites à cette solution, cf. *infra*. n° 31 et les notes.

² F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 5^{ème} éd., Dalloz 1993, n° 630, p. 478.

³ Selon l'expression de G. CORNU et de J. FOYER, op. cit., n°3, qui correspond aux faits et actes qui affectent l'action (renonciation, acquiescement, conciliation...).

⁴ *Ibid*, n° 90 et s.

⁵ Cf. F. TERRE, PH. SIMPLER et Y. LEQUETTE, op. et loc. cit.

pour pouvoir se libérer,¹ mais surtout, dès lors que l'octroi de dommages et intérêts lui paraît suffisant, il exclut la résolution, même si le demandeur réclame celle-ci seulement.²

32. En outre, la jurisprudence admet, de façon large, la possibilité pour le débiteur d'échapper à la résolution, en exécutant son obligation pendant le cours de l'instance³. A moins que le juge, pour éviter que le débiteur ne détourne la règle de sa fin, ne rejette une offre d'exécution tardive, estimant que le retard constitue une inexécution assez grave pour justifier la résolution.⁴

33. Dès lors, l'option du créancier, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, n'est pas définitive pour le juge. Ce dernier se voit reconnaître le droit de statuer dans le sens d'une des deux branches de l'option, même si l'objet de la demande porte sur l'autre branche. Comment peut-on expliquer ce pouvoir et quel est son étendue ?

Comme c'est le cas pour les possibilités procédurales laissées aux parties,⁵ la réponse se trouve à la frontière des règles de fond (1) et des règles de la procédure (2).

1- Au point de vue des règles du fond :

34. Le pouvoir du juge s'explique par le fait que "le vœu de la loi est incontestablement que tout soit mis en oeuvre pour sauver le contrat et que son anéantissement ne soit accepté qu'en désespoir de cause".⁶

¹ Cf. J. CARBONNIER, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 553.

² Cf. Cass. civ., 11 avril 1918, DP., 1,24 ; Req. 21 déc. 1927, D.H., 1928, 82; Cass. civ. 23 nov. 1949, Bull. 1949, 1, n° 37.

³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mai 1954. Gaz. Pal. 1954, 2, 83 ; Cass. civ. 27 mars 1911, DP, 1915, 1.97, note CH. CESAR-BRU ; Cass. Civ. 30 nov. 1949, Gaz. Pal. 1950, 1, 38. Cf. aussi les réf. citées par M. STORCK, Juris-class. civ., art. 1184, fasc. 1, n° 84 et s. Cette possibilité est offerte au débiteur tant en 1^{ère} instance qu'en appel et aussi longtemps que la décision judiciaire n'est pas passée en force de chose jugée. La solution a été admise après opposition (Cass. civ. 27 mars 1911 précité). Elle provient de l'ancien droit français et elle se perpétue encore : cf. G. BOYER, Recherches historiques sur la résolution judiciaire, thèse Toulouse, 1924. Comp. C.O.C. art. 293 *in fine* ; *supra*, n° 29 et la jurisprudence citée.

⁴ Cf. Cass. civ. 30 nov. 1949 précité ; Cass. civ. 17 mai 1954, précité ; Cass. civ. 27 mars 1911 précité, suivant lequel : "la résolution d'un contrat synallagmatique n'ayant pas lieu de plein droit, le contrat peut, selon les circonstances, tant que la résolution n'a pas été définitivement prononcée, être exécuté valablement. Dès lors, si des offres réelles ont été faites en cours d'instance par le débiteur ou par un ayant cause, le juge doit examiner si ces offres sont ou non de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution".

⁵ Cf. *supra*. n° 14 et s., 24 et s.

⁶ Cf. J. NORMAND, op. cit., n° 127 et les réf. ; G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd., n° 76 (le but de la loi est de "sauver le contrat) ; J. CARBONNIER, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1950, p. 374, qui considère cette jurisprudence comme étant : "indulgente aux débiteurs et encline aux attermolements".

Cette "primauté de l'exécution sur la résolution",¹ qui constitue l'apanage de tout système juridique,² ne doit pas se réaliser de n'importe quelle manière. Comme le note à juste titre un auteur, "pour déterminer le moment exact où il sera permis de passer du domaine de l'exécution à celui de la réparation, qu'il s'agisse de réparation proprement dite ou de résolution, la question principale est de savoir si l'obligation inexécutée en totalité était, qu'on l'appelle principale ou accessoire, l'équivalent voulu, si l'obligation exécutée en partie peut encore ou ne peut plus constituer cet équivalent ; en un mot, il s'agit de savoir si le créancier est ou peut encore être en totalité ou en partie satisfait... le juge ne peut pas, après avoir relevé les circonstances qui enlèvent à l'exécution tardive ou partielle tout intérêt pour le créancier, obliger néanmoins ce dernier recevoir cette exécution"³

35. Autrement dit, le juge est lié, aussi bien en cas d'inexécution totale que partielle,⁴ par le caractère satisfaisant de l'exécution pour le créancier.⁵ C'est que le juge atteint ici les limites de fond de son pouvoir. Obliger le créancier à recevoir une exécution partielle ou tardive non satisfaisante, reviendrait à franchir l'interdiction qui lui est faite de refaire le contrat ; interdiction qui découle du principe de la force obligatoire des liens contractuels⁶. Dès lors, il devient aisé de comprendre l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation. Le choix par la haute juridiction de la résolution n'a pas été dicté par le choix des créanciers, mais s'impose d'autant plus que la commune avait maintenu son refus délibéré de payer la seconde moitié du prix, y compris tout au long de l'instance.

¹ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J. 1974, p. 191 et s.

² Cf. *supra*, n° 12.

³ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. et loc. cit.*

⁴ Au fond, il n'y a aucune distinction à faire entre l'inexécution totale et l'inexécution partielle, contrairement à une opinion assez répandue en droit tunisien qui se fonde exclusivement sur la rédaction du texte, sans tenir compte de la réalité pratique ; réalité qui ne saurait se passer du pouvoir d'appréciation du juge.

⁵ Il en est ainsi lorsque l'exécution ne présente plus d'intérêt pour le créancier, par exemple la livraison tardive d'une marchandise commandée en fonction d'une date particulière ou encore le retard dans l'accomplissement d'une prestation (théâtrale, musicale etc...). Il en est de même lorsque la livraison ou la prestation n'a été accomplie que de façon partielle.

⁶ Cf. J.MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, *op.cit.*, n° 226 et s. C.O.C. art. 254 et 255, qui s'imposent au débiteur et donnent la mesure de l'appréciation du juge. Telles sont les limites du pouvoir souverain des juges du fond. Mais, il existe aussi d'autres limites logiques : par exemple ordonner l'exécution forcée, alors que cette branche de l'option s'est fermée par l'impossibilité d'exécution (cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1982, Rev. trim. dr. civ. 1983, pp. 132 et s., Obs. F.CHABAS) ou encore ordonner, à la fois, la résolution et l'exécution, en prononçant la résolution du contrat pour défaillance du débiteur, tout en le condamnant à verser, non pas des dommages-intérêts, mais une somme constituant la prestation promise. (Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1979, Bull. civ. I, n°46 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juin 1981, J.C.P. 1981, éd. G., IV, p.296 ; adde. M. STORCK, *Juris-cl. civ.*, art. 1184, Fasc. 1, n° 26 et s., notamment n° 30).

36. Ainsi, on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation souverain, sans méconnaître, tout à la fois, la complexité de la pratique et le caractère judiciaire de la résolution. Dans un système où la résolution n'a pas lieu de plein droit mais résulte d'un jugement, le pouvoir d'appréciation du juge s'impose avec force. Seul le juge peut apprécier la gravité de l'inexécution, la moralité des parties, leur intention présumée, la faute ou les fautes de part et d'autre des contractants, les circonstances économiques qui entourent l'inexécution etc... Dans cet esprit le juge peut repousser la résolution en tenant compte de la bonne foi du débiteur, de la possibilité d'exécution, du caractère satisfaisant de l'exécution partielle pour le créancier, évitant ainsi que l'on prenne prétexte de n'importe quelle inexécution pour se départir du contrat.¹ En un mot, le juge du fond doit disposer d'un pouvoir d'appréciation large pour doser à sa juste mesure la sanction de l'inexécution du contrat, sans être lié toujours, ni nécessairement, par les options procédurales des parties.

Ces idées ne sont pas étrangères à l'esprit des rédacteurs du Code des obligations et des contrats. Que l'on se souvienne d'une règle, figurant à l'avant-projet du Code, et qui n'a pas été reprise par le législateur, sans doute parce qu'elle résulte implicitement de la disposition finale de l'article 273² : il s'agit de l'article 307, qui dispose que "dans tous les cas où la résolution est demandée, le tribunal peut n'allouer que des dommages-intérêts, lorsque la résolution ne lui paraît pas suffisamment justifiée par les circonstances et, notamment, lorsque l'inexécution ne porte que sur une clause accessoire ou secondaire du contrat".

Il en résulte deux observations importantes : d'une part, les rédacteurs du Code ont bien entendu attribué au juge un pouvoir d'appréciation important lui permettant, entre autres, de faire échec à la résolution et, d'autre part, ces mêmes rédacteurs étaient bien conscients de la nature et de la portée de l'option du créancier, qui est loin d'être irrévocable.

Ce pouvoir large, qu'imposent les nuances de la pratique, reste soumis, bien évidemment, au contrôle de la Cour de cassation et il s'agit là d'une autre limite au pouvoir souverain des juges du fond.³

¹ Sur l'ensemble de ces éléments d'appréciation, cf. M. STORCK, précit., n° 112 et s. et les exemples jurisprudentiels cités.

² Relative au caractère judiciaire de la résolution

³ Cf. M. STORCK, op. cit., n° 112 et s., qui donne des précisions sur la façon par laquelle la plus haute juridiction contrôle les juges du fond en la matière. L'auteur précise que « la Cour de cassation s'arroge elle-même un pouvoir de contrôle étendu, qui se manifeste sur un plan bien déterminé : la Cour de cassation exerce son contrôle sur les conséquences juridiques des faits constatés et appréciés par les juges du fond. Elle se substitue à ceux-ci pour dire si les faits constatés constituent une violation grave des obligations du défendeur. »

2- Au point de vue des règles de la procédure :

37. Comment justifier, au regard des règles procédurales, que le juge puisse ordonner l'exécution, alors que le requérant demande la résolution? N'y aurait-il pas là atteinte au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande ?

La réponse à ces questions reste controversée en droit français, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

D'aucuns précisent que l'objet de la demande en résolution n'est pas changé par le juge prescrivant l'exécution forcée.¹

D'autres auteurs placent le débat sur le terrain de la responsabilité contractuelle : le juge ne fait que choisir, dans les limites de son office, un mode de réparation plutôt qu'un autre.² Dans cet esprit, le juge peut, par exemple, se contenter d'octroyer des dommages et intérêts alors que le demandeur réclame la résolution seulement.

Récemment, un auteur a démontré que l'objet de la demande est, en fait, changé : la résolution est une chose, l'exécution forcée en est une autre.

Cet auteur a mis en lumière l'idée de fins de l'action. Idée qui tire argument de la distinction action-demande, "dont les domaines ne se recouvrent pas nécessairement, la demande pouvant n'être que l'exercice limité d'une action renfermant plusieurs demandes possibles" (résolution, exécution forcée, dommages et intérêts).³ Et l'auteur d'ajouter que si l'objet de la demande en résolution est changé par le juge ordonnant l'exécution forcée, "les fins de l'action qui, elles, renferment l'alternative résolution-exécution", visant le "rétablissement de l'équivalence contractuelle", ne changent pas.⁴

Dans cette optique, le juge peut modifier l'objet de la demande à condition de le faire dans le cadre des fins de l'action.⁵

¹ Cf. Cass. com. 16 juin 1987, Bull. civ., IV, n°145; M. STORCK, op. cit., n°102 ; Rapp. M. EL MELQI, Leçons de droit civil tunisien, Tunis. 1980, p. 273 (en langue arabe).

² Cf. H.L. et J. MAZEAUD, TII, 1^{er} vol. par F. CHABAS, n° 1094.

³ Cf. J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf P. HEBRAUD, n° 26, pp.276 et s.

⁴ *Ibid.*

⁵ De toute manière, il est incontestable, aujourd'hui, que le juge joue un rôle important sur le plan de l'objet et de la cause de la demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, op. cit., *passim*.

Ces éléments du droit comparé visent à montrer la voie à suivre. C'est la voie rationnelle suivie, somme toute, par tous les systèmes juridiques (français, italien, égyptien, libanais...).

38. En somme, l'option du créancier entre l'exécution forcée et la résolution, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, place au premier plan les liens entre la procédure proprement dite et le fond du droit. Elle témoigne, encore une fois, de "toutes les hésitations et de tous les retours qui, dans la démarche des plaideurs, traduisent la réalité humaine des conflits".¹ Aussi, cette option, comme d'ailleurs toutes les options de procédure, est-elle loin d'être définitive et irrévocable. Non seulement le créancier peut modifier son choix en cours d'instance, mais aussi le débiteur joue un rôle actif sur ce choix. Au surplus, le juge peut interférer avec le choix du créancier en vertu de son pouvoir d'appréciation. Tout cela en vue de rendre la décision la plus satisfaisante pour les plaideurs et pour le droit. Et si cette question a fait l'objet de controverses épineuses, c'est parce que la doctrine et la jurisprudence ne l'ont envisagé que sur le plan du fond du droit, négligeant ainsi l'aspect procédural. Si bien qu'il est plus exact de dire, non pas qu'il n'y a pas d'option sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 273, mais qu'il y a une option de procédure ; une option non authentique commandée par des raisons d'utilité procédurale. Entre les deux affirmations, la différence est notable. Elle s'est manifestée déjà à travers toutes les difficultés rencontrées en la matière².

Parfaitement intégrable en droit tunisien, notamment sur le fondement de l'article 523 du Code des obligations et des contrats, l'option procédurale entre les deux actions permet de "parer aux nuances de la pratique",³ ou encore de concilier les règles de fond avec les règles procédurales.⁴ Un système judiciaire de la résolution pour inexécution comme le notre ne saurait s'en passer.

Dans ces conditions, l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation mérite toute approbation. Non seulement parce qu'il choisit la meilleure des sanctions à l'encontre de la commune récalcitrante, mais, surtout, parce qu'il consacre clairement l'option du créancier.

Mais il convient de souhaiter avec un auteur, «d'une part, que les juges du fond veuillent bien cantonner le mécanisme résolutoire et n'y recourir que comme un *ultimatum subsidium*, et, d'autre part, que la Cour suprême exerce, à cet égard, un contrôle vigilant.»⁵

¹ Cf. P. HEBRAUD, Rev. trirm. dr. civ., 1973, p. 162.

² Sans doute dira-t-on que cette étude, tout en approuvant l'arrêt des chambres réunies, ne va pas moins à son encontre, en ce sens qu'elle prône l'idée de l'absence d'une option authentique, rejoignant ainsi l'opinion de ceux qui disent qu'il n'y a pas d'option. Certains auteurs m'ont fait part de cette remarque. Mais toujours est-il qu'il y a une différence entre le rejet de l'option tout court et la consécration d'une option spécifique qui, bien que non authentique, se révèle indispensable à la mise en œuvre du droit du créancier.

³ Cf. *supra* n° 26 et s.

⁴ Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE. op. cit., n°630, p. 478.

⁵ J.-L. Aubert.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 2336-0615