

العنوان:	تطبيقات مبدأ استقرار المعاملات في التشريع المغربي: نظرية العقد نموذجاً
المصدر:	مجلة الوقائع القانونية
الناشر:	زكرياء العماري
المؤلف الرئيسي:	بهلاوي، عبدالرزاق
المجلد/العدد:	مج 5، ع 27
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2024
الشهر:	فبراير
الصفحات:	135 - 168
رقم MD:	1511612
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	التشريع المغربي، مبدأ استقرار المعاملات، مبدأ حسن النية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1511612

للاستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب أسلوب الاستشهاد المطلوب:

أسلوب APA

بهلاوي، عبدالرزاق. (2024). تطبيقات مبدأ استقرار المعاملات في التشريع المغربي: نظرية العقد نموذجاً. مجلة الوقائع القانونية، مج5، ع27، 135 - 168 ،
مسترجع من <http://1511612/Record/com.mandumah.search/>

أسلوب MLA

بهلاوي، عبدالرزاق. "تطبيقات مبدأ استقرار المعاملات في التشريع المغربي: نظرية العقد نموذجاً." مجلة الوقائع القانونية مج5، ع27 (2024): 135 - 168.
مسترجع من <http://1511612/Record/com.mandumah.search/>

تطبيقات مبدأ استقرار المعاملات في التشريع المغربي نظرية العقد نموذجاً

عبدالرزاق بهلاوي

باحث في سلك الدكتوراه
إطار بالخرينة العامة للمملكة

مقدمة:

إن الاستقرار القانوني وبالتالي استقرار المعاملات يعد أحد الغايات الأساسية للقانون. ولما كان استقرار المجتمع واستتباب الأمن فيه لازم لاطمئنان أبناء المجتمع على سلامة حياتهم وأموالهم وحماية مصالحهم المشروعة، لذلك فإن كل نظام قانوني يهدف إلى تحقيق الثبات والاستقرار، وتتخذ فكرة الاستقرار من كفاية القاعدة القانونية قواماً لها، فمتى كانت القاعدة القانونية كافية لحكم الروابط القانونية، يتهيأ لها الاستقرار عن طريق اعتماد الأفراد عليها، حيث يكون الاعتماد على القاعدة القانونية من أهم الوسائل لضمان حقوق الأفراد وحماية مصالحهم. كذلك فإن كفاية القاعدة القانونية أداة فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون، والأحكام التي تصدرها المحاكم⁽¹⁾.

فقد تتولد صراعات بين الأفراد، يكون سببها تبادل المنافع بين أفراد المجتمع الواحد، لذلك دعت الحاجة إلى وجود إطار ينظم هذه التبادلات، ويحقق قسطاً من التوازن بين ما يأخذه كل فرد وما يعطيه .

هذا ما أدى إلى اللجوء إلى فكرة العقد كآلية لتبادل المنافع، وإيجاد توازن بين المصالح المتضاربة، حيث يعرفه بعض الفقه على أنه: اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء الالتزام أو نقله أو إنهائه أو تعديله⁽²⁾. في حين عرفه البعض الآخر على أنه: تصرف قانوني ينشأ عن

1- أحمد عبدالمجيد عشوش: قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، 1990، ص 5-6...

2- عبدالقادر العرعاري: مصادر الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد، دار الأمان الرباط، الطبعة السادسة، السنة 2018، ص 32.

إرادتين أو أكثر لهم مصالح متضاربة⁽³⁾. وعرفه الفقيه جستان بأنه تعهد أو تطابق للإرادات من أجل إنتاج آثار قانونية⁽⁴⁾.

أمام هذه الأهمية البالغة التي يحظى بها تحقيق الاستقرار والثبات في المراكز القانونية والمعاملات التي يجريها الأطراف، مما ينعكس إيجاباً على أمن المجتمع وارتقائه، وتشجيع الأفراد على الدخول في معاملات مالية - عن طريق العقد - ما داموا يعلمون سلفاً نتائج وآثار معاملاتهم وتصرفاتهم، لذلك عمل القانون على وضع مجموعة من الآليات القانونية لضمان استقرار المعاملات والاستقرار التعاقدي، وحتى يؤدي العقد الوظيفة التي وجد من أجلها وهي تأطير المعاملات التي يجريها الأطراف. وتشكل هذه الآليات بحق تطبيقات لمبدأ استقرار المعاملات.

وعليه سنحاول في هذا البحث التطرق لتطبيقات مبدأ استقرار المعاملات في خمس فروع، وذلك وفق الشكل التالي:

المطلب الأول: تعدد مظاهر الشكليات آلية تشريعية لتكريس مبدأ استقرار المعاملات

المطلب الثاني: التقادم

المطلب الثالث: الحد من الأثر الرجعي للقانون والتصرف القانوني

المطلب الرابع: حماية الأوضاع الظاهرة

المطلب الخامس: الانتصار لمبدأ حسن النية

المطلب الأول: تعدد مظاهر الشكليات آلية تشريعية لتكريس مبدأ استقرار المعاملات

إن المشرع عندما يتبنى نظام قانوني معين فإنه قطعاً يسعى من خلال ذلك إلى تحقيق أغراض معينة قدر أن تحقيقها لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال تبني هذا النظام، وهذه الأغراض تتمثل في مصالح معينة وجد المشرع إنها الأجدر بالحماية، والشكل، بوصفه نظاماً قانونياً، لا يخرج عن هذه القاعدة، إذ أن المشرع يسعى من خلال فرض الشكل إلى تحقيق الحماية لمصالح معينة، وهذه الغايات تتحدد في ضوء طبيعة الشكل والدور الذي يضطلع به في العقد⁽⁵⁾.

ويوصف الشكل بأنه الثوب الذي يرتديه التعبير عن الإرادة ليكون له المظهر المطلوب قانوناً في خروجه إلى العالم الملموس، والشكل بهذا الوصف إنما يفرض بقصد تحقيق أغراض

3- علي فيلاي، الالتزامات، نظرية العقد، موفم للنشر، الجزائر 2010، ص 39.

4- غستان: مفاعيل العقد وآثاره، ص 4.

5- حسين عبد القادر معروف: فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بغداد، السنة 2004، ص 180-181.

معينة رأى المشرع أن لا سبيل إلى تحقيقها من دون فرضه، فهو في المنظور الحديث، مختلف تماماً عما كان عليه قديماً، إذ أن صورته في القوانين الحديثة هي غير صورته في القانون الروماني وهو لم يعد أمراً مفتقراً إلى التفسير المقبول أو إجراءات أو رسوم أو طقوس يكتنفها الغموض وتستعصي على الفهم السليم، وإنما غذاً أمراً غائياً يهدف المشرع من اشتراطه إلى تحقيق أغراض معينة ويرسم له حدود لا تتعد عن الأهداف التي يتوصل به إليها.

وترتبط الأغراض التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال فرض الشكل ارتباطاً وثيقاً بدور التعبير عن الإرادة في التصرف القانوني، فالشكل هو شكل التعبير عن الإرادة، وهو بذلك يؤدي وظائف عديدة ويضمن أموراً في غاية الأهمية لعل أبرزها تأدية التعبير عن الإرادة دوره في الكشف عن هذه الإرادة على نحو صادق ومطابق لما اتجهت إليه، ومن ثم حماية الإرادة مما يمكن أن يلصق بها أو ينسب إليها، وتجنبها مخاطر التأويل، هذا فضلاً عن وسيلة إثبات للإرادة⁽⁶⁾.

ولئن دخلت تلك الوظائف والضمانات في إطار المصالح الخاصة للأفراد فإن خصوصيتها تصب في المصلحة العامة للمجتمع ومن ثم لا يمكن أن ينكر على الشكل دوره في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع من خلال توفير استقرار في المعاملات وتحقيق العدالة الموضوعية، فوظيفة الشكل في الوقت الحاضر هي وظيفة حمائية، سواء على صعيد المصالح الخاصة للأفراد أو المصالح العامة للمجتمع.

لقد ظهر منذ بداية القرن العشرين من يتكلم عن عودة الشكلية في التصرفات القانونية، فإذا كان مبدأ الرضائية قد وجد مرتعاً خصباً في ظل النظام الليبرالي الحر، الذي ترك الحرية للأفراد في إنشاء ما شأوا من تصرفات بدون تدخل من الدولة التي انحصر دورها آنذاك في حماية الأمن، إلا أن النتائج السيئة التي خلقها هذا النظام، باستئثار فئة قليلة من الأفراد بالثروات وبقاء الأغلبية الساحقة في الحرمان والفقر، ونشوء الأزمات الاقتصادية، دفع بالدولة إلى التخلي عن موقفها السلبي كدولة حارسة، والتدخل في تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية واتخاذ الإصلاحات الملزمة لعلاج الوضعية المتدهورة للمجتمع، كما مهد هذا الوضع إلى ظهور التيارات الاشتراكية وميلاد الأنظمة الاشتراكية التي تسعى لإصلاح المجتمع وإقامته على العدالة والمساواة وتعمل على تحقيق مصالح الجماعة أو المصلحة العامة قبل المصلحة الخاصة للأفراد. إذ تحقيق المهام التي تسعى إليها الدولة لا بد لكي تنجح أن تقوم على سياسة التوجيه والتخطيط وهما عمليتان تعتمدان أساساً على التشريع، فالدولة الحديثة تسعى لتنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وإلى ضمان حسن سير المرافق العامة، ووضع الوسائل القانونية المناسبة لتسهيل المعاملات بين

6- حسين عبد القادر معروف: فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، مرجع سابق ص 182.

الأفراد، كما تسعى إلى إحكام الرقابة على أهم التصرفات التي تتصل اتصالا وثيقا بالجهاز الاقتصادي، كتنظيم الملكية العقارية وتنظيم التجارة وتشجيع الائتمان و حماية مصالح المرافق العامة وأخيرا السهر على استقرار المعاملات وحماية بعض الفئات الاجتماعية كالأجراء أو حماية بعض أفراد المجتمع كناقصي الأهلية والقصر الخ...⁽⁷⁾.

إن هذه المهام كلها تستلزم دون شك إصدار عدد هائل من النصوص القانونية و التنظيمية لتحقيق هذه الغاية، إلا أن إصدار التشريعات لتنظيم مختلف جوانب الحياة الاجتماعية غير كاف وحده لبلوغ الغاية المنشودة بل الأساس في ذلك هو مدى تطبيق هذه النصوص، إذ يتعين الحرص على تطبيقها تطبيقا سليما ومراقبة الأفراد حول مدى التزامهم بالقواعد الموضوعية الواردة بالنصوص التشريعية لفرض جزاء على مخالفتها، خاصة وأن الأفراد كثيرا ما يرون في النص القانوني نصا لا جدوى منه وغير نافع، كما يرون فيه أحيانا نص يتضمن ظلما، فيتحايلون على القانون ويتهربون من تطبيق قواعده بطرق شتى كالغش والتوسط والتسخير والصورية... وعلاج وضعية كهذه بالجزاء الموضوعي أي المنصوص عليه في موضوع العقد، يبدو غير ناجع وغير مجد لعدم إمكانية الرقابة على مدى التزام الأفراد بهذه القواعد ومراعاتهم لها، وهذا ما جعل الشكل وسيلة ممتازة تسمح بالرقابة والوقوف على مدى احترام الأفراد لقواعد القانون والتزامهم إياها. يضاف إلى هذا ارتباط سياسة التوجيه الاقتصادي ارتباطا وثيقا بالشكلية، حتى أنه يمكن القول أن الشكلية نتيجة حتمية لسياسة التوجيه، فحتى لو أمكن تصور وجود انسجام بين الرضائية والتوجيه من جهة وحرية التعاقد والتوجيه من جهة أخرى، إلا أنه من غير المعقول تصور سياسة توجيه بدون شكلية، فالشكلية هي الوسيلة الوحيدة الناجحة للرقابة وتطبيق الجزاء وتسهيل مهمة القضاء⁽⁸⁾.

وهذا ما جعل الشكلية تشهد ازدهارا واندفاعا من جديد، حيث أصبحت التصرفات الشكلية في ازدياد مستمر فكثرت الأشكال وتنوعت وأصبحت كثيرا من التصرفات تصرفات شكلية. إن الشكلية الحالية تختلف جذريا عن الشكلية القديمة التي عرفها الرومان فالشكل يتغير بتغير الواقع الحضاري للمجتمعات.

يقول اهرنج إن الشكل يتغير لدى مختلف الشعوب، وفي مختلف العصور الحضرية، فهو يتغير كما تتغير الأفكار والعواطف وحياة الناس. أما جيني Geny فهو يقول أن الهدف المقصود ليس هو إلغاء الشكلية التي تتطلبها الحياة الاجتماعية بل الهدف يمثل في مجرد استبدال الشكلية الغريزية والرمزية البدائية بالتدرج بشكلية مخططة ونفعية، وهذا النوع

7- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1987، ص18.

8- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مرجع سابق ص19.

الأخير هو وحده الموجود في القانون المعاصر. كما يقول ديموج Demogue أن الشكلية في صورتها الحديثة ليست تجسيدا للأفكار كما كان الشأن في العصور البدائية بل هدفها هو حماية الأمن والائتمان⁽⁹⁾.

إن الرأي مجمع على أن الاختلاف الجذري بين الشكلية في القديم والشكلية الحالية، فالشكل في التشريعات الحالية أصبح شكلا هادفا يستخدم عن وعي وقصد لتحقيق مصالح مختلفة، وهذا ما نتج عنه تعدد وتنوع في الأشكال نظرا لتشعب الأغراض المراد تحقيقها. ويعتبر القانون التجاري رغم حرية الإثبات مجالا خصبا للتصرفات الشكلية فقد أصبحت أهم التصرفات التجارية تصرفات شكلية، ففقود الشركات والعمليات الواردة على المحلات التجارية والأوراق التجارية والأعمال المصرفية كالودائع لدى البنوك، كلها تصرفات شكلية.

من أجل ذلك، اتجه المشرع في الكثير من الأحيان لفرض الشكل التعاقدي في تكوين العقد، وبالتالي يصير هناك التزاما باحترام الشكل يكون غالبا مصدرا للمشرع في اتفاق الأطراف، كما يعترف الفقه بأن هناك أفضلية للشكلية في الوقت الحاضر على الأطراف، التي عرفت انفجارا كبيرا من خلال التشريعات الخاصة، كقانون الاستهلاك، قانون الشغل، قانون التأمين، قانون المنافسة، قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وقوانين أخرى.

بينما يبرر الفقه، بأن الشكلية ظهرت بعد تراجع المذهب الإرادي في العقد، ومن جهة أخرى ميلاد الشكلية حديثا، بفعل الروح الاجتماعية المنافسة للروح الفردية في العقد، بفضل التغيرات الاجتماعية والاقتصادية من ذلك الثورة الصناعية، وزيادة العلاقات بين التجار التي حفزت على إدماج الفلسفة الاجتماعية في المجال التعاقدي بصورة خاصة، كما يضيف، أن هناك إعادة تجديد للشكلية خاصة الشكلية التي لها دور وقائي، أي أصبحت أداة من الأدوات الأساسية للنظام العام الاقتصادي والحماي، خاصة المتعاقدين الأكثر ضعفا كالمستهلك، وهو ما كان عبر إعادة ميلاد الشكلية بعد القانون الروماني⁽¹⁰⁾.

إن الحياة الاقتصادية والاجتماعية تقوم على الأمن والائتمان اللذين يعدان عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية على حد سواء، فتحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات هو الركيزة التي يتوقف عليها نشاط المجتمع، ومجرد الخوف من اندلاع حرب دولية أو أهلية يعتبر تهديدا للأمن واستقرار المعاملات. هذا وإن العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بحاجة إلى الاستقرار والوضوح لذا يجب أن يكون انتقال الأموال، خاصة تلك التي لها أهمية

9- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مرجع سابق ص20.

10- بعجي أحمد: تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، ص 90-91.

كبرى في حياة المجتمع كالعقارات والسفن والأصول التجارية في شكل واضح حتى يكون الأفراد على بينة من وضعيتهم.

وتلعب الشكلية في هذا المجال دورا بارزا فهي أداة ممتازة للإعلام عن وقوع التصرف من حيث تاريخه ومكان إجرائه ومن حيث مضمونه وتحديد مدى الآثار المترتبة عنه، فالتصرف المحرر في سند مكتوب يسمح للغير بالاطلاع عليه و معرفة ما يتضمنه⁽¹¹⁾.

ولا شك أن الشكل المكتوب له أهمية بالغة في تشجيع الائتمان وتحقيق استقرار المعاملات سواء تعلق الأمر بالمعاملات المدنية أو التجارية، بحيث يكون الدائن مثلا أكثر اطمئنانا على حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين، فلا يخشى من المنازعة في وجوده أو نسيانه أو امتناع المدين عن الوفاء به، ويكون في مركز أقوى متى كان السند رسميا لأنه في هذه الحالة يستطيع التنفيذ به من غير أن يستصدر حكما قضائيا.

ولم يتفق الفقه على فكرة محددة للشكلية فالبعض يحصرها في معنى ضيق بأن يقصرها في مجموعة من الإجراءات الواجب القيام بها لتتمام التصرف أي تلك الكيفية أو الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإرادة وإبرام التصرف. ووفقا لهذا المعنى فإن التصرفات الشكلية هي التصرفات التي يتطلب المشرع لصحتها إفراغها في شكل محدد يرسمه لأطرافها.

ويمنحها البعض الآخر معنى واسعا بأن يدخل في نطاق مفهوم الشكلية كل الإجراءات والأشكال الواجب اتباعها لانعقاد التصرفات القانونية وفعاليتها، فالشكلية بهذا المعنى لا تقتصر على الإجراءات اللازمة للتعبير عن الإرادة وإبرام التصرف، وإنما تدخل فيها أيضا الأشكال الواجب اتباعها لفعالية التصرف القانوني أي لنفاذه وسريانه. وعليه تعد الكتابة توجه تشريعي لضمان استقرار المعاملات.

فالكتابة من أقوى وأهم أدلة إثبات⁽¹²⁾ التصرفات القانونية والوقائع المادية، فالأفراد في حاجة للمحافظة على حقوقهم وضمان استقرارها والطريقة الوحيدة لذلك هي الكتابة، التي تعتبر وسيلة شائعة بين الأفراد، وهذه الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية حيث ينص الفصل 417 من ق.ل.ع على أنه ينتج الدليل الكتابي من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين، وكذلك من قوائم السماسرة الموقع عليها

11- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 28.

12- ينص الفصل 404 من ق.ل.ع على أن: « وسائل الإثبات التي قررها القانون هي:

1- إقرار الخصم،

2- الحجة الكتابية،

3- شهادة الشهود،

4- القرينة،

5- اليمين والنكول عنها.

من الطرفين على الوجه المطلوب و الفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة. وإذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة. ولكل نوع من هذه الكتابة خصائصها ونظامها الخاص بها.

والكتابة قد تكون إجبارية بموجب القانون من انعقاد التصرف القانوني أو من أجل تمامه أو إثباته، بل الأكثر من ذلك قد يشترط القانون رسمية هذه الكتابة (المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية). كما قد تكون اختيارية حيث يحق للأفراد حسب اتفاقهم ومصالحهم.

والملاحظ أن التوجه الحديثة للمشرع يسير في اتجاه اشتراط الكتابة سواء في التصرفات القانونية أو الوقائع المادية، ولا شك أن هذا التوجه يهدف من خلاله المشرع إلى تحقيق عدة أهداف، لعل أهمها الرقابة على التصرفات القانونية للأفراد، تسهيل مهمة القضاء في البت في النزاعات بين الأفراد حيث بوجود الدليل الكتابي يسهل الفصل في النزاع، كذلك يهدف المشرع من خلال فرض الكتابة تحقيق استقرار للمعاملات سواء كانت معاملات عقارية أو تجارية أو مدنية إلى آخره من الأهداف.

المطلب الثاني: التقادم

كان أول ما بدأ التفكير فيه تقصير فترة الشك ما أمكن، إما بإعطاء القاضي سلطة تقديرية لتعيين هذه الفترة حسب كل حالة ومراعاة لظروف التعامل السائدة. وإما بوضع مقياس زمني محدد يتناسب مع مدة التقادم العادي.

فالحل الأول يسود القانون الانجليزي وقوانين الدول الاسكندنافية، وأخذ به القانون الألماني في بعض الحالات.

ففي القانون الانجليزي يعتبر التأخر في المطالبة بالبطلان دليلاً على الإجازة. إذ يجب على صاحب حق الإبطال أن يعبر خلال فترة معقولة عن إرادته بالإبطال وإلا سقط حقه.

وكذلك الحال في القوانين الاسكندنافية: القانون الإسلاندي الصادر في أول فبراير 1937، و الدنماركي الصادر في 8 مايو 1918 . والسويدي الصادر في 11 يونيو 1915، والنرويجي الصادر في 31 مايو 1918. فعلى الرغم من أن هذه القوانين لم تحدد فكرة خاصة بعيوب الرضا، إلا أن الفقه هناك يفرق بين العيوب المتعلقة بتكوين العقد وبين تلك التي تتعلق بمضمونه، ثم يقسم هذه العيوب إلى أسباب قوية *causes fortes* تؤدي إلى بطلان التعبير عن الإرادة، وأسباب ضعيفة *causes faibles* لا تؤدي إلى البطلان إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بوجود هذه الأسباب.

وأياً كان الأمر، فإن المتعاقد الذي صدر عنه التعبير المعيب يمكنه أن يطلب إبطال العقد، وذلك بإخطار المتعاقد الآخر خلال فترة معقولة وإلا سقط حقه في إبطال العقد.

أما القانون الألماني B.G.B فقد اتبع نفس الحل فيما يتعلق بعيب الغلط، ذلك أنه يجب على من وقع في غلط دفعه إلى التعاقد أن يخطر المتعاقد الآخر، فور اكتشاف الغلط، وبدون حاجة إلى إجراء رسمي أو صيغة معينة، بعدم رغبته في الإبقاء على العقد، وبهذا يتم الإبطال بالإرادة المنفردة لمن وقع في الغلط.

فالإجراء الذي وضعه المشرع الألماني لتقصير فترة الشك ما أمكن يتلخص في وجوب التصرف بسرعة لإبطال العقد بسبب الغلط *unverjüglliche anfechtung*، وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة والظروف المحيطة بكل حالة على حدة. ففي المواد التجارية يكفي يوم واحد، بعد اكتشاف الغلط، لطلب الإبطال، أما في غيرها من المعاملات فيكفي عدة أيام، بعد اكتشاف الغلط، لإعلان المتعاقد رغبته في الأبطال، وكل هذا يتوقف على اكتشاف الغلط قبل سقوط الحق في الأبطال طبقاً لمدة التقادم العادي، أي قبل مرور ثلاثين سنة على إعلان إرادة إبرام العقد المادة 121 من القانون المدني الألماني. وهكذا يكون المشرع الألماني قد حرر المتعاقد الآخر من الانتظار فترة غير محددة، يفكر فيها ضحية الغلط ويدبر، قبل أن يختار الوقت الذي يلائمه هو ليعلن إبطال العقد⁽¹³⁾.

والحل الثاني، الذي يحدد مدة معلومة وقصيرة بالنسبة لمدة التقادم العادي، هو الذي ساد معظم التشريعات أو مشاريع القوانين. وهذه المدة تتراوح بين سنة واحدة وخمس سنوات تبدأ من اكتشاف أو زوال العيب الذي كان السبب في قابلية العقد للإبطال.

بالمقارنة مع التشريعات العربية الأخرى، فإن هذه المدة مازالت طويلة نسبياً، حيث نجد أن التشريع المصري نص في المادة 1/140 ق. م. م على مدة 03 سنوات، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الكويتي في نص المادة 1/183 ق. م كويتي، وهناك من التشريعات من عملت على تقصير هذه المدة إلى سنتين⁽¹⁴⁾.

والملاحظ أن بعض التشريعات عمدت إلى استحداث آليات يتم العمل بها خلال سريان مدة التقادم، كالتشريع الكويتي، والتشريع العراقي.

حيث نصت المادة 182 ق م كويتي على آلية مفادها إعدار من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته، في الإبطال أو الإجازة، حيث جاء في هذه المادة ما يلي: « يجوز لكل

13- محمد جبر الألفي: عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال - دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة الحقوق، مجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الأول، ص 15-16.

14- محمد جبر الألفي: عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، مرجع سابق ص 14 وما يليها.

ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإعذار، من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال»، وجاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة «فإذا انقضى ميعاد الإعذار من غير خيار، اعتبر ذلك إجازة».

فهذه المادة، اعتبرت أن عدم رد من تقرر له حق الإبطال بعد مرور المدة المقررة، إجازة منه للعقد وبالتالي يستقر العقد بزوال الخطر الذي كان يهدده.

وبالنسبة للمشرع العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف، فإنه نص في المادة 2/136 من قانونه المدني على ما يلي: «ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا».

فالملاحظ أيضاً أن المشرع العراقي وعملاً منه على استقرار المعاملات، لم يترك العقد الموقوف هكذا موقوفاً إلى الأبد، بل قيد هذا الحق بالقيود الواردة في هذه المادة⁽¹⁵⁾.

عرف عبد المجيد الحكيم التقادم بأنه: مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق فالذي يسقط بالتقادم إنما هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق، لا الحق المطالب به ذاته، لذلك يقال بأن الالتزام الذي لا يطالب بتنفيذه حتى تمر عليه مدة التقادم لا يعود في الإمكان إقامة الدعوى للمطالبة به فيصبح التزاماً طبيعياً.

وقد سائر المشرع المغربي هذا الاتجاه فاستعمل في المواد 311 و312 و313 و314 من قانون الالتزامات والعقود عبارة «تقادم دعوى الإبطال» خلافاً للتشريع المصري المادة 140 والسوري المادة 140 ثم التشريع الليبي المادة 141 الذين استعملوا عبارة «يسقط الحق في إبطال العقدة».

والأصل أن العقد الباطل بطلان مطلقاً لا يتصحح بالتقادم لأنه عدم، والمعدوم لا يصبح موجوداً بمضي الزمن، وقد عبر عن هذه الحقيقة التشريع المكسيكي، وهو يأخذ بفكرة الانعدام في المادة 2224 التي تنص: إن التصرف القانوني المنعدم لتخلف الرضى أو المحل... لا ينتج أي أثر قانوني، ولا يتصحح بالإجازة أو بالتقادم ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بانعدامه». وأكد كذلك كل من بودان وبيجينيار نفس الحقيقة فذهبا إلى: «أن الاتفاق الباطل لا يتصحح بمضي أي مدة⁽¹⁶⁾». كما أن القضاء الفرنسي سبق له أن اعتمد هذا الاتجاه وإن كان ذلك قد تم بصفة استثنائية، فقد ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن التصرف إذا كان باطلاً

15- محمد جبر الألفي: عوامل الإستقرار للعقد القابل للإبطال، مرجع سابق ص 36 وما يليها.

16- أشار إلى ذلك أحمد شكري السباعي في أطروحته: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، ص 419.

بطلان مطلقا كما لو تعلق الأمر ببيع باطل لعدم وجود ثمن جدي فإن هذا التصرف لا يتمتع بوجود قانوني، ولذلك لا يمكن أن تتم تغطيته عن طريق التقادم». كما أن محكمة استئناف إيكس قد اعتمدت نفس الرأي ووضعت مبدأ مؤداه «إن البطلان المطلق لا يمكن تغطيته بمرور الزمن، إذ أن الزمن لا يمكن أن يصحح وضعه يحظره القانون⁽¹⁷⁾».

ويلاحظ أن الفقه التقليدي يرفض نهائيا الفكرة القائلة بوجود دعوى البطلان المطلق إلى جانب دعوى الإبطال، فهو بالتالي لا يسلم نهائيا بتقادم دعوى البطلان، ويتزعم هذا الاتجاه بودان الذي يرى أنه إذا لم ينشأ الاتفاق في الواقع، فلا حاجة بنا إلى الطعن فيه، وإذا لم يكن هناك محل لدعوى البطلان فلا مكان إذ للتقادم⁽¹⁸⁾.

وقد ساد هذا التفكير في فرنسا زمنا طويلا أي أنه كان يسوغ لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان مهما مضى عليه من الزمن. ولكن هذا الوضع تغير ابتداء من سنة 1879 ذلك أن محكمة النقض الفرنسية رأت في عدم تقادم دعوى البطلان مساسا خطيرا بمبدأ استقرار المعاملات، فذهبت إلى أن دعوى البطلان تتقادم بمضي ثلاثين سنة استنادا على نص المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتقادم جميع الدعوى العينية والشخصية بمضي ثلاثين سنة، وقد استقر هذا الاجتهاد في فرنسا وأيده كثير من الفقهاء الذين يرون أنه ليس من المنطق أن تتقادم الدعوى المدنية دون بطلان التصرف. وقد تأثرت بهذا الاتجاه بعض التشريعات العربية الحديثة، فنصت الفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة 142 من القانون المدني السوري والفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني الليبي على ما يلي: «تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقدة» ويعلق الأستاذ الصده على هذه المعطيات الجديدة بأن الشارع لم يرد بهذا أن يخرج على ما هو معروف من أن العقد الباطل لا يصححه التقادم، وإنما أراد أن يخضع دعوى البطلان لما هو مقرر بالنسبة إلى الدعاوى والحقوق جميعا من أنها تخضع للتقادم، فلا يشد عن هذا سوى حق الملكية ودعوى الاستحقاق التي تحميه إذ أن هذين لا يسقطان أبدا بالتقادم⁽¹⁹⁾.

17- انظر حيار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني، في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، دون ذكر سنة المناقشة، ص 477.

18- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 419.

19- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 419-420.

وإذا كان الرأي السائد يسلم بتقادم دعوى البطلان فإنه من المجمع به فقها وقضاء أن الدفع بالبطلان لا يتقادم نهائياً بمضي المدة لأن الدفع لا يتقادم⁽²⁰⁾. ولقد نص على هذا صراحة في المشروع التمهيدي المصري الذي جاء فيه « وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به لأنها من قبيل تحصيل الحاصل. ويعلق مأمون الكزبري على ذلك بقوله « والمستند الفقهي لعدم تقادم الدفع بالبطلان، هو أن التقادم لا يبدأ إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرة حقه، والدفع لا يمكن مباشرته إلا بعد الدعوى. لذلك ورغم انتفاء النص على عدم تقادم الدفع بالبطلان، فإننا نقول بوجود تطبيق هذه القاعدة في التشريع المغربي، لا سيما أن المشرع نفسه قد نص صراحة في الفصل 315 من ق.ل.ع على عدم تقادم الدفع بالإبطال⁽²¹⁾».

وإذا كان المشرع المغربي قد أغفل النص على تقادم دعوى البطلان فإنه على العكس من ذلك ينص صراحة على تقادم دعوى الإبطال في المادة 311 من ق.ل.ع حيث جاء فيها « يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجالا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد».

ويبدو هذا النص معيباً لأنه استعمل عبارة تقادم دعوى الإبطال بدلا من تقادم الحق في الأبطال لأن العقد القابل للإبطال على خلاف العقد الباطل يتصحح بالتقادم، أي أن التصحيح هو الفارق الجوهرى بين نظام الإبطال ونظام البطلان. وقد تلافا هذا العيب كل من التشريع السوري المادة 141، والمصري المادة 140 والليبي أيضا المادة 140، حيث نصت هذه المواد على سقوط الحق في الأبطال، لا على تقادم دعوى الإبطال لأن دعوى البطلان بدورها تتقادم حفاظا لاستقرار المعاملات، وقد جاء فيها يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات...» أما القانون السوري فقد اعتبر أن سنة واحدة كافية. وبعبارة جامعة أن البطلان لا يتصحح بالتقادم وأن كانت دعواه تتقادم بمضي المدة، على خلاف الحال أن الإبطال يتصحح بالتقادم⁽²²⁾.

ويختلف بدء سريان مدة التقادم باختلاف حالات الإبطال وظروفه. فيبدأ هذا السريان في حالة الإكراه من يوم زواله، وفي حالة الغلط والتدليس من يوم اكتشافهما، وفي حالة الغبن

20- انظر أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق ص 422.

- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، ص 211.

21- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مرجع سابق ص 211.

22- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 422-423.

المتعلق بالراشدين من يوم وضع اليد على الشيء محل العقد، وبالنسبة للتصرفات المبرمة من قبل القصر من يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة للتصرفات المبرمة من المحجر عليهم، وناقصي الأهلية من يوم رفع الحجر عليهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم، إذا مات ناقص الأهلية وهو في حالة نقصانها، وهذا ما نصت عليه المادة 312 من ق.ل.ع « لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما. أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجر عليهم وناقصي الأهلية من فمن يوم رفع الحجر عنهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة. وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد».

وإذا كان التشريع المغربي قد حدد مدة تقادم دعوى الإبطال في سنة واحدة، فالتشريع السوري المادة 141 والتشريع المصري حددها في ثلاث سنوات، تماشياً مع التيار الفقهي الحديث الذي يرى في إطالة مدة التقادم مسا بمبدأ استقرار المعاملات، فإن تشريعات حديثة فاقته هذا الحد الذي توقف عنده، ذلك أن التشريع العراقي حدد مدة التقادم في ثلاثة أشهر، وبفواتها يستقر العقد الموقوف أي بمعنى الاصطلاح الأوروبي القابل للإبطال ولا يسوغ بعد ذلك نقضه لا عن طريق الدعوى أو الدفع أي يصبح نافذاً بعدما كان موقوفاً ومهدداً بالزوال وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية والثالثة من المادة 136 من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: 2 ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاث أشهر، فإن لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً. 3 ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد. وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغيرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط، وينكشف فيه التغيرير، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقدة».

وأخيراً نجد طائفة من التشريعات تسقط دعوى الإبطال بمضي خمس سنوات على انكشاف العيب أو زوال سببه، وذلك مثل القانون المدني الإيطالي م 1442، والقانون الفرنسي م 1304، والمشروع الفرنسي الإيطالي م 227، والقانون المدني الهولندي م 1490⁽²³⁾.

والى جانب هذه التشريعات التي قصرت من مدة التقادم دعوى الإبطال، توجد تشريعات أخرى تأخذ بفكرة التقادم الطويل بما في ذلك من أخطار على استقرار المعاملات وتعارض مع طبيعة الإبطال⁽²⁴⁾. ومن ذلك التشريع اللبناني الذي حدد مدة التقادم بمضي عشر

23- محمد جبر الألفي: عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، مرجع سابق ص 20.

24- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق ص 426.

سنوات وهذا ما نصت عليه المادة 235 من تقنين الموجبات والعقود التي جاء فيها: «إن الحق في إقامة هذه الدعوى يسقط بحكم مرور الزمن بعد عشر سنوات إلا إذا كان القانون قد عين مهلة أخرى لحالة خاصة، ولا تبتدئ المهلة المشار إليها من يوم انشاء العقد الفاسد، بل من اليوم الذي زال فيها العيب ففي حالتي الغلط والخداع مثلاً تبتدئ المهلة من اليوم الذي اكتشفهما فيه المتضرر وفي حالة الإكراه تبتدئ من يوم الكف عنه، وفي حالة فقدان الأهلية من يوم زواله تماماً. وإذا كان العاقد مجنوناً فإن مهلة السنوات العشر لا تبتدئ إلا من حين إدراكه العقد الذي أنشئ قبلاً. وأن مرور الزمن المشار إليه مستند إلى تقدير تأييد العقد ضمناً من قبل صاحب دعوى البطلان فهو يعد كأنه عدل عن إقامتها».

وقد تأثر المشرع اللبناني فيما ذهب إليه بالقانون المدني الفرنسي الذي يجعل دعوى الإبطال لا تتقادم إلا بمضي عشر سنوات ما لم يحدد القانون مدة أقصى وهذا ما كانت تنص عليه المادة 1304: «تتقادم دعوى البطلان ودعوى إبطال الاتفاقات من أجل الغبن في جميع الحالات التي لم يحدد فيها القانون مدة اقصر بواسطة قوانين خاصة بمضي عشر سنوات». قبل أن يتم تغيير هذه المادة بمقتضى القانون رقم 5-68 الصادر بتاريخ 03/01/1968 حيث أصبحت تنص على أنه «في كل الأحوال التي تكون فيها دعوى البطلان أو الفسخ للاتفاقات غير محددة بمدة أقل بواسطة قانون خاص فإن مدتها خمس سنوات، هذه المدة لا تبدأ في حالة الإكراه إلا من اليوم الذي يزول فيه، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي يكشف فيه، والمدة لا تبدأ بالنسبة لتصرفات القصر إلا من يوم بلوغ سن الرشد أو الادن وبالنسبة لتصرفات البالغ الموضوع تحت الحماية فمن يوم العلم، ولا تبدأ المدة ضد ورثة ناقص الأهلية إلا من يوم الوفاة، إذا لم تكن قد بدأت قبل ذلك»⁽²⁵⁾.

و من النصوص التي تعد استثناء على هذا النص 1304 نجد الفصل 1674 من نفس القانون، الذي يشير إلى أن دعوى البطلان النسبي في حالة بيع عقار بغبن يفوق 12/7 من الثمن⁽²⁶⁾، تسقط إذا لم ترفع من قبل بائع العقار خلال سنتين من تاريخ البيع (المادة 1676).

التقادم المسقط هو سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولا سيما الالتزامات، إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون. فالزمن الذي يتغلب على كل شيء، والذي ينال من المؤسسات والقوانين والكلمات، يهدم

25- «dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé, dans le cas d'erreur ou de vol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que de jour de la majorité ou de l'émancipation, et à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement que du jour décès. S'il n'a commencé à courir auparavant».

26- Terre François, Simler Philippe et Lequette yves : droit civil, les obligations ; op, cit, p. 448-453

الحقوق كذلك، فيدفع بها إلى عالم النسيان ويجعلها تتلاشى لمجرد أنها بقيت راکدة مدة طويلة دون أن تستعمل أو يطالب بها⁽²⁷⁾.

وتلاشي الحق بالتقادم يعني طبعاً منع سماع الدعوى به. وقد أكد المشرع المغربي هذا في المادة 371 التي استهل بها بحث التقادم بحيث تنص على أن « التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام ». وقد نظم المشرع المغربي استثناءات لمدد التقادم سواء أثناء بحث التقادم أو في نصوص خاصة خارج عن بحث التقادم لذلك سنوضح هذه الاستثناءات تبعا:

- الاستثناءات الواردة في نصوص خاصة خارجة عن بحث التقادم

نصت المادة 85 مكرر على أن دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة حالة محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة بنتيجة ارتكاب فعل ضار من الأطفال أو الشبان الذين عد بهم إليهم أو ضدهم، تتقادم بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار.

كما نصت المادة 106 على أن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات، باستثناء دعوى التعويض من جراء الأضرار الناجمة عن انفجار الألغام فإنها تتقادم بمضي خمس عشرة سنة، وتبتدئ الآجال المذكورة من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

نصت المادة 573 كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت: بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 يوما بعد التسليم؛ بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553.

كما نصت المادة 855 على أن دعاوى كل من المعير والمستعير على الآخر، الناشئة عن إخلال المستعير بالتزاماته ولا سيما من حيث المحافظة على الشيء المعار أو استعماله إياه وفقا لما تقتضيه طبيعته، أو عن حق المستعير في استرداد المصروفات التي اضطر لإنفاقها أو في التعويض عن الأضرار التي ألحقها به الشيء المعار بسبب عيب فيه، تتقادم بمضي ستة أشهر. ويبدأ سريان هذا الأجل بالنسبة إلى المعير من وقت رد الشيء إليه، وبالنسبة إلى المستعير من وقت انتهاء العقد.

27- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، 516.

- الاستثناءات التي نص عليها المشرع في بحث التقادم

- زمرة الاستثناءات التي لا تقبل إقامة أي بيئة انشغال ذمة المدين:

هذه الزمرة من الاستثناءات تتعلق بحالات يتقادم فيها الالتزام بخمس سنين. وتتميز هذه الحالات في أن آثار التقادم من حيث سقوط الدعوى تترتب لمجرد أن يتمسك به ذو مصلحة دون أن يكون بمقدور الدائن تقاضي سقوط الدعوى عن طريق إقامة البيئة على انشغال ذمة المدين، ولا حتى عن طريق تكليف هذا الأخير حلف اليمين على براءة ذمته.

وقد ورد النص على هذه الحالات في المادتين 391 و392.

جاء في المادة 391 الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط.

فالأجرة التي تترتب لمؤجر العقار ولا سيما أجرة المباني والأراضي الزراعية، والرواتب والمعاشات والأجور المستحقة للموظفين والمستخدمين والفوائد الاتفاقية أو القانونية في القروض المنتجة فائدة بما في ذلك فوائد الأسهم والسندات والإيرادات المرتبة مدى الحياة أو الإيرادات الدائمة كلها أداءات تتقادم بخمس سنين⁽²⁸⁾.

أما المادة 392 فقد ورد فيها أن «جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل.

وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة».

- زمرة الاستثناءات القائمة على قرينة وفاء قابلة للبيئة المعاكسة:

تتميز هذه الزمرة من الاستثناءات بأن التقادم فيها يقوم على قرينة وفاء غير قاطعة بل قابلة للبيئة المعاكسة بحيث إذا أدلى ذو المصلحة بالتقادم المسقط جاز للشخص الذي يحتج ضده بالتقادم أن يقيم البيئة على أن ذمة المدين ما زالت مشغولة بالدين رغم انقضاء مدة التقادم.

28- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، ص 532.

غير أن هذه البيئة محصورة بطريق واحد، هو توجيه اليمين للمدين ليقسم أن الدين قد دفع فعلاً، أو توجيه اليمين لأرامل المدين ولورثته ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مرتب على المدين الفقرة الثانية من المادة 390.

ومدة التقادم في هذه الزمرة من الاستثناءات ليست واحدة بل هي تختلف من دعوى إلى أخرى. فبعض الدعاوى تتقادم بخمس سنين، وبعضها يتقادم بسنتين، وبعضها يتقادم بسنة واحدة، وثمة دعوى يمكن أن تتقادم بمدة شهر.

تتقادم بخمس سنوات حسب مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 388 ق.ل.ع: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم.

تتقادم بسنتين حسب مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 388:

1- دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبياطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2- دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3- دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاها والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات؛

4- دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات؛

5- دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6- دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات.

تتقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً حسب مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 388 ق.ل.ع:

- 1- دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم؛
- 2- دعوى الخدم⁽²⁹⁾ من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجارة العمل، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛
- 3- دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين ومندوبي التجارة والصناعة⁽³⁰⁾، من أجل رواتبهم وعمولاتهم، وما أدوه من مصروفات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛
- 4- دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛
- 5- دعوى المخدم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والمندوبين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛
- 6- دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛
- 7- دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.
- 8- دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة⁽³¹⁾؛ الفقرة الأولى من الفصل 389 من ق.ل.ع.

29- قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقادم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أي كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهاؤها. »

30- قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقادم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أي كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهاؤها. »

31- قارن مع الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المنظم لقانون المحاماة التي تنص على أنه « تتقادم جميع الطلبات والمنازعات المتعلقة بالأتعاب بمرور خمس سنوات من انتهاء تاريخ انتهاء التوكيل »؛ القانون رقم 28، 08 المتعلق بتعديل

9- دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛ الفقرة الثانية من الفصل 389 من ق.ل.ع.

10- دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛ الفقرة الثالثة من الفصل 389 من ق.ل.ع.

11- الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياع والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل، الفقرة الرابعة من الفصل 389 من ق.ل.ع.

وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء، الفقرة الرابعة من الفصل 389.

وتتقادم بشهر حسب مقتضيات المقطع ما قبل الأخير من الفصل 389: دعوى الرجوع التي تنشأ عن عقد النقل وتوجه ممن يثبت له الضمان ضد الضامن كأن توجه دعوى ضياع باعة أو عوارها ضد الناقل الأصلي ويكون الناقل الأصلي عهد بالنقل إلى ناقل ثانوي بحيث يثبت للناقل الأصلي الرجوع بالضمان على الناقل الثانوي⁽³²⁾.

ولما كان من أهداف التقادم هو القضاء على الأوضاع المهددة وغير المستقرة، فإنه يترتب على انقضاء مدته، زوال التهديد عن العقد القابل للإبطال بسقوط الحق في المطالبة بإبطاله على من تقرر لمصلحته⁽³³⁾، وتبعا لذلك لا يستطيع المطالبة به سواء عن طريق

القانون المنظم لقانون المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1، 08، 101 بتاريخ 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008) ص 4044.

32- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 540.
33- ولقد جاء في إحدى حيثيات قرار للمجلس الأعلى بالجزائر ما يلي: « حيث أن قضاة الموضوع قد أصابوا في رأيهم عندما أعلنوا بعدم سماع الدعوى المقدمة من المدعي لكون هذا الأخير سكت عن حقه منذ ما يزيد عن 50 سنة دون أن يقدم عذر شرعي للهيئة القضائية، وهذا استقرار لمبدأ المعاملات واحترام لحجية العقود الرسمية التي كسب بها العقار المحبس مع الإشهار في المحافظة العقارية، واحترام لنصوص التشريع الخاص بالتقادم المسقط والمكسب لفائدة المستأنف عليهما والمحتجين به في دفعواتهما، وعليه فإن الطعن غير مؤسس ينبغي رفضه. »، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43301، بتاريخ 22-09-1986، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03، ص 63.

الدعوى أو الدفع، كون العقد القابل للإبطال هو عقد قائم قانوناً، غاية ما في الأمر أنه كان مهدداً بالزوال، فإذا انقضت مدة التقادم زال هذا التهديد واستقر العقد، على خلاف تقادم دعوى البطلان المطلق، حيث بانقضاء مدة التقادم تنقضي دعوى البطلان، غير أن الدفع به يظل أبدياً⁽³⁴⁾، إذ ليس من شأن التقادم أن يجعل العقد الباطل عقداً صحيحاً بعد انقضاء مدته⁽³⁵⁾، وليس معناه أنه يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إذا لم يدفع به الأطراف⁽³⁶⁾.

المطلب الثالث: الحد من الأثر الرجعي للقانون والتصرف القانوني

من أجل بلوغ غاية القانون المتمثلة في تحقيق استقرار المعاملات، نجد أن المشرع يحترم العقود المبرمة، إذ في حال صدر قانون جديد، يظل القانون القديم يحكم الآثار العقدية التي تتم في المستقبل رغم اختلاف القانون الجديد عن القانون الذي نشأ العقد في ظله، هذا ما لم تكن قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام، وما عدا ذلك يبقى القانون القديم مطبقاً بخصوص العقود التي أبرمت في ظله، وهذا ما يسمى بالآثار المستمر للقانون القديم⁽³⁷⁾ (la survie de l'ancienne loi). إذ أنه بغية احترام توقعات المتعاملين وعدم المفاجآت، وضمان الثبات في المراكز القانونية فإن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي عدم رجعية القانون إلى الماضي.

وهو نفس الموقف الذي كرسه قضاء محكمة النقض في أحد قراراتها بخصوص عقد بيع عرفي عندما ذهبت إلى أن تطبيق مقتضيات مدونة الحقوق العينية بأثر رجعي يعد خرقاً للفصل 6 من الدستور المغربي 2011.

34- بوشنافة محمد: مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف، رسالة لنيل دبلوم الماستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 59

35- قرار المحكمة العليا بالجزائر، الغرفة المدنية، رقم 247506، منشور بالمجلة القضائية لسنة 2002، عدد 01، ص 166، حيث جاء فيه ما يلي: « إن قضاة الموضوع لما أسسوا قضاءهم بسقوط دعوى بطلان العقد على المادة 102 من القانون المدني لا تعني أن العقد الباطل قد انقلب صحيح، فهو مازال باطلاً بل أن دعوى بطلانه سقطت بمضي المدة القانونية « وجاء في إحدى حيثياته « حول الوجه الواحد المثار حيث يرد على هذا الوجه أن قضاة الموضوع لما أسسوا قضايتهم بسقوط دعوى البطلان على الفقرة الثانية من المادة 102 من القانون المدني فليس معنى هذا أن العقد الباطل قد انقلب عقداً صحيحاً فهو مازال عقداً باطلاً وكل ما في الأمر أن دعوى بطلانه غير مقبولة».

36- المجلس الأعلى بالجزائر، الغرفة المدنية، قرار رقم 35324 بتاريخ 12/ 03 /1986، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1993، عدد 01، ص 11، « ولما كان من الثابت -في قضية الحال - أن أطراف الدعوى لم يثيروا الدفع بالتقادم، فإن قضاة المجلس الذين أثاروا وطبقوا تلقائياً مدة التقادم، يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

37- انظر محمد بوشنافة: مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف، مرجع سابق، ص 177.

حيث جاء في هذا القرار⁽³⁸⁾ على أنه: «بمقتضى المادة 334 من مدونة الحقوق العينية، «يسري العمل بهذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية». ولما كان الثابت أن القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية قد تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24/11/2011 فيكون تاريخ سريان العمل به هو 24/5/2012، والمحكمة التي اعتبرت عقد البيع العرفي الذي أبرم بين الطرفين المصحح الإمضاء في 3/5/2012 لم يحرر وفق الشكل المنصوص عليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ورتبت عليه جزاء البطلان، تكون قد أخضعت العقد موضوع النزاع لمقتضيات المادة المذكورة بأثر رجعي، والحال أن تاريخه سابق لدخول القانون المذكور حيز التنفيذ وخرقت الفصل 6 في فقرته الرابعة من الدستور المغربي 2011، فجاء قرارها معللا تعليلا فاسدا غير مرتكز على أساس»

إن احترام المشرع لمبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي - مع بعض الاستثناءات - يقتضي أيضا من المشرع احترام الأثر الرجعي⁽³⁹⁾ في التصرف القانوني، حيث تارة يعمل التشريع على محو التصرف تماما وكأنه لم ينشأ كما في حالة زواله بسبب البطلان والفسخ أو الرجوع أو الإلغاء، وتارة يعمل على خلاف ذلك حيث يقوم بتأكيد التصرف إذا كان نافذا ثم زال سبب نفاذه، كأن يكون التصرف معلقا على شرط واقف أو موقوف، تحقق الشرط أو الإجازة، حيث أن التصرف هنا وبفعل الأثر الرجعي كأنه نفذ منذ قيامه.

وبهذا يمكن تحديد معنى الأثر الرجعي تحديدا عاما ينطبق على جميع تطبيقاته في التصرف القانوني، أن الأثر الرجعي في التصرف القانوني يعني (إسناد حكم نفاذ التصرف إذا كان غير نافذ وحكم زواله إذا كان نافذا إلى وقت نشوئه إذا زال سبب عدم نفاذه أو تحقق سبب زواله) إن زوال التصرف وإسناد الزوال إلى وقت نشوء التصرف، يعد نافذا بحق أطراف التصرف وكذلك بحق الغير بموجب منطق الأثر الرجعي، مثلا: إذا كان عقد البيع موقوفا، وتم نقضه فإن العقد يزول من الوجود، من وقت نشوئه، ويعد المشتري كأن لم يكن يوما من الأيام مالكا للمبيع، وأن البائع له حق استرداد المبيع خاليا من أي حق عليه⁽⁴⁰⁾.

إذا كان الأثر الرجعي يلعب هذا الدور المميز في نطاق التصرف القانوني فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن سيكون، هل أن الإقرار بالأثر الرجعي للتصرف القانوني بهذه

38- قرار محكمة النقض عدد 872، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2019، في الملف المدني عدد 5395/1/2018.

39- للمزيد حول الأثر الرجعي أنظر هشام محمد البدري: الأثر الرجعي والأمن القانوني (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، دون ذكر الطبعة السنة 2015.

40- أوات عمر قادر حاجي: مبدأ استقرار المعاملات (داسة تحليلية في القانون المدني) المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى 2017، ص 132.

الصورة المطلقة لا يهدد أمن واستقرار المعاملات؟ وقد يحجب الناس عن التعامل خوفا من بطلان أو فسخ أو زوال التصرف سلفا لأي سبب من الأسباب ومن ثم إهدار حقوقهم وإلحاق الإضرار بهم؟

أليس استقرار المعاملات يتطلب، وبغية حماية أمن التعامل وتوفير الأمان الجماعي، تقييد الأثر الرجعي أو منع الأثر الرجعي للتصرف القانوني؟

لكن من جهة أخرى أليس الإقرار بالأثر الرجعي للتصرف القانونية قد يحمي أصحاب الحقوق ويخلق الأمان الفردي ويحقق العدالة؟

لقد برز في الفقه اتجاهان رئيسيان:

أ- اتجاه يؤكد إقرار الأثر الرجعي للتصرف القانوني بغية حماية الحقوق المكتسبة وخلق الأمان الفردي⁽⁴¹⁾.

ب- اتجاه آخر يرفض فكرة الأثر الرجعي بحجة عدم مطابقتها للسير العادي للأمر ومن جهة أخرى يخلق الفوضى في العلاقات القانونية⁽⁴²⁾.

وبما أن حماية الحقوق الفردية أمر لازم، وحماية أمن التعامل أيضا أمر ضروري ولازم، لذلك لا بد من إقامة التوازن بينهما ويتم ذلك عن طريق تقييد الأثر الرجعي للتصرف القانوني عن طريق فرض بعض القيود التي تضمن استقرار المعاملات، ومن هذه القيود، بالنسبة إلى البطلان حيث لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا، إلا أنه مع ذلك وتماشيا مع متطلبات استقرار التعامل يجب على المشرع أن يعترف ببعض الآثار في حالة البطلان أو يبقى على بعض الآثار أو كلها التي أحدثها التصرف الباطل، فالقانون دون غيره هو مصدر هذه الآثار لأن التصرف الباطل لا ينعقد وبالتالي لا يمكن الاستناد إليه، فالشركة التي يحكم بإبطالها يفترض أن يكون لبطلانها أثر رجعي، أي تعد الشركة كأنها لم توجد لا في الماضي ولا في الحاضر وتبطل تبعا لذلك جميع التصرفات والمعاملات التي تمت بين الشركاء والغير، وبطلان الشركة إما أن يرجع إلى عدم توافر الأركان الموضوعية فيها أو إلى عدم

41- وهناك عدة نظريات التي قيلت في تبرير فكرة الأثر الرجعي في التصرف القانوني منها (نظرية الافتراض ونظرية الوجود السابق للتصرف، نظرية النية المفترضة للمتفاعدين) للمزيد حول هذا الاتجاه انظر نوري حمد خاطر: الأثر الرجعي للتصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة بكلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1986، مطبوع برونو، ص 27 وما يليها، نقلا عن أوات عمر قادر حاجي: مبدأ استقرار المعاملات، مرجع سابق، ص 133.

42- وهناك عدة نظريات أخرى قيلت في إنكار فكرة الأثر الرجعي في التصرف القانوني منها (نظرية الحق الاحتمالي، نظرية شرط المنع من التصرف، فاقد الشيء لا يعطيه) للمزيد حول هذا الاتجاه انظر نوري حمد خاطر: الأثر الرجعي للتصرف القانوني، مرجع سابق، ص 152، نقلا عن أوات عمر قادر حاجي: مبدأ استقرار المعاملات، مرجع سابق، ص 133.

استيفائها للأركان الشكلية، وأن الشركة التي قضى بطلانها تعد في المدة السابقة بموجب الحكم بالبطلان، شركة واقعية ليس لها وجود قانوني طبقا لمنطق البطلان وما يترتب عليه من أثر رجعي، ومع ذلك فهذه الشركة الواقعية تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة ويعد تعامل الغير مع الشركة صحيحاً⁽⁴³⁾، تكريساً لمبدأ استقرار المعاملات ومادام التعامل مع هذه الشركة تم بحسن نية الغير.

ومع ذلك أيضاً التصرفات الصادرة من الوارث الظاهر تنتج كل آثارها القانونية على الرغم من بطلانها، وكذلك الوفاء للدائن الظاهر ينتج آثاره على الرغم من بطلانه⁽⁴⁴⁾.

وكذلك أعمال الإدارة الصادرة من غير مالك وكذلك حماية ناقص الأهلية في حالة بطلان التصرف فقد جاء في الفصل 6 من ق.ل.ع على أنه: «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقاً احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجراً.

ويبقى القاصر مع ذلك ملتزماً في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام، وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير».

بمعنى أنه في حالة عدم تحقق نفع ظاهر لناقص الأهلية، فإنه لا يمكن للطرف المتعاقد الآخر أن يعود على ناقص الأهلية من أجل استرداد ما دفع تنفيذا للعقد الباطل أو القابل للإبطال، حتى لو ثبت أن ناقص الأهلية استعمل طرقاً احتيالية اعتقد من خلالها المتعاقد الآخر بأن من يتعاقد معه راشداً أو أنه حاصل على موافقة وصيه. وبالتالي تكون هذه الحالة ضمن الحالات التي لا يتأثر بها التصرف القانوني بأثر رجعي. وتطبيقات عدم بطلان التصرف القانوني بأثر رجعي عديدة في التشريع المغربي ارتئينا الإشارة إلى بعضها فقط. ومن القيود الأخرى التي ترد على بطلان التصرف القانوني بأثر رجعي هي تحول العقد من العقد الباطل إلى عقد صحيح إذا توافرت فيه شروط عقد آخر صحيح.

المطلب الرابع: حماية الأوضاع الظاهرة

في هذا المطلب سنقوم أيضاً بدراسة استقرار المعاملات في الوضع الظاهر (أولاً)، ثم استقرار المعاملات في الصورة (ثانياً).

43- عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952، ص 643. أوات عمر قادر حاجي: مبدأ استقرار المعاملات، مرجع سابق، ص 133.

44- الفصل 240 من ق.ل.ع الذي يقضي بأنه: يكون صحيحاً الوفاء الحاصل بحسن نية لمن يحوز الحق، كالوارث الظاهر ولو استحق منه فيما بعد».

أولاً: استقرار المعاملات في الوضع الظاهر

يعنى بالظاهر من الناحية القانونية، كل حالة أو وضعية قانونية ظاهرة، ولكنها مخالفة للحقيقة⁽⁴⁵⁾، فالحالة القانونية الظاهرة هي حالة مخالفة للحقيقة، جعلت الغير يعتقد بأن ذلك الظاهر هو الحقيقة، ودفعته إلى التعاقد على هذا الأساس، مما يربط آثاراً لمصلحة هذا الغير حماية لثقتهم المشروعة وحماية لاستقرار المعاملات⁽⁴⁶⁾. وتعبير آخر يقصد بلفظ appearance وجود مركز يظهر على الساحة القانونية بطريقة غير صحيحة، وتدعو اعتبارات الأمن والاستقرار إلى ترتيب الآثار القانونية الصحيحة عليه⁽⁴⁷⁾.

فالظاهر يقوم على افتراض أن شخصاً قد اعتقد بحسن نية، وعلى غير الحقيقة، ثبوت صفة ليست ثابتة له قانوناً، وشاع ذلك الاعتقاد حتى اعتقد الناس معه في اكتسابه تلك الصفة، والتي تخول له سلطات التصرف في الشيء، شأنه في ذلك شأن المالك الحقيقي له، وأنه على أساس من تلك الصفة قبله، فقد كان منطوق زوال سند ملكيته يوجب زوال تصرفه، ذلك أنه قد تصرف فيما لا يملك. وتقضي القاعدة الأصولية بأن زوال حق الناقل يترتب عليه زوال حق المتلقي، غير أن الرأي قد اتجه إلى عدم زواله حماية للغير حسن النية من جهة، ومحافظة على استقرار التعامل من جهة أخرى⁽⁴⁸⁾.

وتستند نظرية الأوضاع الظاهرة إلى قاعدة الغلط الشائع يولد الحق أو ينشئه⁽⁴⁹⁾، أو يقوم مقام القانون، على حسب اتجاهات الفقه في إطلاق مسماه. وهي قاعدة يرجع الفضل في تأصيلها إلى القضاء الفرنسي، ومن قبل نسبت إلى القانون الروماني، ولكن تأصيل تلك النظرية لا يقف عند تلك القاعدة وحدها أساس للاعتداء بالظاهر، وإلا كانت غايتها استقرار المعاملات فحسب، وإنما يقوم إلى جانب ذلك الأساس، أسس أخرى ترتد إلى حماية حسن نية المتعامل مع صاحب الصفة الظاهرة. حيث يرى أن الأساس القانوني للظاهر لا يتمثل في القول بحسن النية ولا بالغلط الشائع ولا بالعدالة ولا بالثقة المشروعة،

45- بنستي عز الدين: نظرية الظاهر في القانون التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1986/1985، ص 3.

46- عز الدين بنستي: نظرية الظاهر في القانون البنكي، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد والتنمية، العدد 16 السنة 1988، ص 9. محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 496.

47- شوقي محمد: نظرية الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، 2002، ص 28.

48- محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2001-2002، ص 496.

49- نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية المنظمة للثقافة والعلوم، التابعة للجامعة العربية، 1977، ص 27.

ولا بالمصلحة العامة، ولا بفكرة الاستقرار الحركي. وينتهي إلى رد ذلك الأساس إلى المظهر المستقر في ذات الحق.

وقد أورد بعض الباحثين⁽⁵⁰⁾ عددا من الأسس القانونية التي قال بها الفقه والقضاء لتبرير صحة التصرفات التي يقوم بها المالك الظاهر في مواجهة الغير حسن النية، وقد ردها إلى نظرية الخطأ في المسؤولية، ونظرية تحمل التبعية، ونظرية الصورية، ومبدأ الغلط الشائع يولد الحق، ومبدأ حسن النية، ومشروعية الغلط الناتج عن الوضع الظاهر.

ونظرية الظاهر، تعتبر من أبرز تطبيقات مدى أثر حسن النية على استقرار المعاملات، بالنظر للحالات الكثيرة التي يمكن من خلالها ملاحظة ذلك التأثير، فهناك الوكالة الظاهرة، والدائن الظاهر، والوارث الظاهر، وحامل السند لحامله، وغيرها من الحالات التي أقرها التشريع والقضاء.

والسؤال الذي قد يطرح هنا هو هل يجب الاكتفاء بالحالات التي أقرها التشريع، أم ينبغي تعميم نظرية الظاهر على كل الحالات التي تتوفر فيها مقومات الظاهر، ولو لم يكن هناك أساس قانوني؟

في هذا الشأن ذهب نعمان خليل جمعة⁽⁵¹⁾ إلى القول باستحالة الأخذ بأحكام الظاهر المخالفة لقواعد تشريعية نافذة، ويقصر مجال نظرية الأوضاع الظاهرة على تطبيقاتها المختلفة الواردة في التشريع، ويشير إلى احتياطيية الظاهر في القضاء الفرنسي، حيث لا يلجأ إليه إلا حيث يستحيل الوصول إلى نفس الحل بوسيلة قانونية أخرى.

أما القضاء المصري، فقد كان صريحا في أنه يترتب على التصرفات الصادرة من جانب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من جانب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز الحقيقي⁽⁵²⁾.

ويرجع الأخذ بالظاهر إلى حماية المصلحة العامة، ومبدأ استقرار المعاملات، وخاصة في الميدان التجاري، حيث السرعة والائتمان تسود كافة معاملاته. وفي هذه الحالة تكون

50- عز الدين بنستي: نظرية الظاهر في القانون التجاري، مرجع سابق ص 12 وما يليها. شوقي محمد: نظرية الظاهر في القانون المدني، مرجع سابق ص 168 وما يليها. فتحة قره: أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 11 وما يليها. محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 497.

51- نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مرجع سابق ص 12 وما يليها.

52- نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مرجع سابق ص 24-25.

الوسيلة الفعالة لحماية الغير هي إقرار صحة التصرفات التي أبرمها واطمأن إليها رغم مخالفتها للحقيقة. إلا أن إقرار الظاهر، وحتى يكون جديراً بالحماية، يتطلب توفر شروط موضوعية وشروط معنوية. وتتجلى الشروط المادية في وجود عنصرين: عنصر ظاهر قوي لا يدع مجالاً للشك في مخالفته للحقيقة، و عنصر خفي، وهو الحقيقة القانونية التي تبقى مخفية عن نظر الأغيار الذين يجهلونّها. أما الشروط المعنوية فهي تلك الشروط المتعلقة بالعنصر النفسي للغير الذي كان ضحية الظاهر وتعاقد على هذا الأساس مع جهله أن هذا الظاهر مخالف للحقيقة، بحيث يعتقد صحة ما هو خاطئ أصلاً، وأن يكون ذلك الاعتقاد مما يعذر فيه، وأن يقع فيه كل من هو في موقعه⁽⁵³⁾.

ثانياً: استقرار المعاملات في الصورية

يقصد بالصورية في معناها الواسع إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي. ويقصد بها اصطلاحاً، توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يرضيان بحكمه. فالعقد الصوري إذن، هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد يضمنانه حقيقة ما أَراداه ورضيا به⁽⁵⁴⁾.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام الصورية في الفصل 22 من ق.ل.ع⁽⁵⁵⁾ الذي يقضي بأن: «الاتفاقات السرية المعارضة، أو غيرها من التصريحات المكتوبة، لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. يعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام هذا الفصل».

وحتى تتحقق الصورية يتعين توفر بعض الشروط نجملها في ما يلي:

- أن يوجد عقدان اتفق فيهما الطرفان والموضوع.
- أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.

53- للمزيد حول هذه الشروط انظر عز الدين بنسني: نظرية الظاهر في القانون التجاري، مرجع سابق ص 135 وما يليها. شوقي محمد: نظرية الظاهر في القانون المدني، مرجع سابق ص 53 وما يليها. فتحة قره: أحكام الوضع الظاهر، مرجع سابق ص 31 وما يليها.

54- توفيق عبد العزيز ومن معه: التعليق على ق.ل.ع في الفقه والقضاء، الجزء الأول. الطبعة الأولى 1986، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ص 71.

55- يقابل هذا النص المغربي المادة 244 من القانون المدني المصري حيث ورد فيها: «إذا أبرم عقد صوري، فلداثني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للاولين».

- أن يكونا متعاصرين أي يصدران معا في وقت واحد. ولا تشترط المعاصرة المادية، بل تكفي المعاصرة الذهنية. أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر، وان صدر التصرف المستتر بعد ذلك.

- أن يكون أحد العقدين ظاهرا علينا، وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستترا، وهو العقد الحقيقي⁽⁵⁶⁾.

بناء على هذا يتبين أن الصورية تتكون من عقدين، عقد ظاهر وآخر مستتر. فأَيُّ منهما يتم إعماله تحقيقا لاستقرار المعاملات؟

فيما بين المتعاقدين والخلف العام، يتم إعمال العقد المستتر، لأنه هو الذي انصرفت إليه إرادتهما عملا بما جاء في الفصل 22 من ق.ل.ع: «الاتفاقات السرية المعارضة، أو غيرها من التصريحات المكتوبة، لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما....»

أما بالنسبة للغير⁽⁵⁷⁾ وإعمالا لمقتضيات الفصل 22 من ق.ل.ع، فإن الحكم يختلف بين حالة الغير الذي يعلم بالعقد المستتر، وحالة الغير الذي لا يعلم بذلك العقد. لذلك سنوضح الحالتين تبعا:

• حق الغير في التمسك بالعقد الظاهر

حيث يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا تحققت له مصلحة في ذلك. لأن هذا العقد قد خلق مظهرا انخدع به واطمأن إليه وأصبح هو العقد الموجود بالنسبة إليه، والأحكام إنما توضع آخذة في حساباتها الثابت أصلا أو تبعا أو فرضا، نزولا عند دواعي الأمن واستقرار التعامل⁽⁵⁸⁾.

والسند القانوني لحق الغير في التمسك بالعقد الظاهر هو الفصل 22 من ق.ل.ع الذي يرفض أن يحتج بالعقد المستتر على الغير حسن النية. ومعنى ذلك، أنه تسري عليه أحكام العقد الظاهر، لأن من طبيعة الصورية تناقض العقدين الظاهر والمستتر. ولا يحق التمسك

56- توفيق عبد العزيز ومن معه: التعليق على ق.ل.ع في الفقه والقضاء، مرجع سابق ص 72.

57- يقصد بالغير الشخص الذي لم يشارك في إبرام العقد المستتر لا من قريب ولا من بعيد. ويستبعد بذلك، من وقع على العقد المستتر، ومن أناب عنه شخص آخر لإبرامه، بحيث يستبعد من حلقة الغير في الصورية المتعاقدان والخلف العام. ويبقى إذن الخلف الخاص والدائنون العاديون. شعبي محمد عبد السلام: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1976 / 1977 ص 90.

58- شعبي محمد عبد السلام: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1976-1977، ص 102. محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 443.

بهما معاً، بل بواحد منهما. وبمفهوم المخالفة للفصل 22 السابق الذكر، يستنتج أنه يحتج على الغير بالعقد الظاهر، وله الحق في التمسك بآثاره⁽⁵⁹⁾.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها⁽⁶⁰⁾ الذي جاء فيه: «حيث إن للدائن الشخصي للمشتري الحق في التمسك بالعقد الظاهر الذي ينقل ملكية العقار إلى المشتري».

وورد في نفس القرار أيضاً: «إن حائزي العقار الذين تدخلوا في دعوى فسخ البيع، لهم الحق في التمسك بعقد البيع الذي ينص على أداء الثمن».

• حق الغير في التمسك بالعقد المستتر

يمنع الفصل 22 من ق.ل.ع أن يحتج واضعو الصورية بالعقد المستتر قبل الغير حسن النية. ويفهم من هذا النص، أن لهذا الأخير الحق في التمسك بالعقد المستتر⁽⁶¹⁾. وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها⁽⁶²⁾ الذي جاء فيه: «إذا لم تسر الصورية على الغير، فمن المسلم به إمكانية أن يتمسك بالعقد المستتر، إذا اقتضت مصلحته ذلك».

والأصل هو أن العقد المستتر- هو الذي له وجود حقيقي والذي أراده المتعاقدان- هو الذي يسري حتى بالنسبة للغير. ويترتب على ذلك أن لدائني البائع، إذا كان البيع صورياً، أن يتمسكوا بالعقد المستتر، حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة، على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع، حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري⁽⁶³⁾.

كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من البائع على المبيعة صورياً- أن يتمسك بالعقد المستتر، ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً. ومن مصلحته كذلك أن يتمسك بالعقد المستتر، حتى ولو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجب القانون قبل تسجيل البيع الصوري، أو حتى إذا شهر. ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب

59- شعبي محمد عبد السلام: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، مرجع سابق ص 102. محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 443.

60- قرار رقم 529 بتاريخ 7 دجنبر 1926. أورده محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 443.

61- شعبي محمد عبد السلام: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، مرجع سابق ص 103. محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 444.

62- قرار رقم 93 بتاريخ 17 يناير 1922، أشار إليه محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 444.

63- محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 444.

إجراءات التتبع، وأن لا يتحمل حق التطهير، مثل أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعاً سورياً بعد أن يكون قد باعها بيعاً جدياً، ويسجل المشتري الثاني عقده السوري قبل أن يسجل المشتري الأول عقده الجدي، فالدائن في المثال الأول والمشتري الأول في المثال الثاني، لهما أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية⁽⁶⁴⁾.

• حالة تنازع مصالح الأغيار

أجاز المشرع كما رأينا للغير حسن النية أن يختار بين العقد الظاهر والعقد المستتر. وكلا الاعتبارين يستويان لدى المشرع في مجال الحماية، ويرجع أحدهما على الآخر. لذلك فقد ترك المشرع للغير حسبما تمليه عليه مصلحته، أن يختار بينهما إلا أن يقوم تعارض بين تلك المصالح لأغيار حسني النية، فيأتي صالح بعضهم في التعويل على العقد الظاهر، ويكون صالح البعض الآخر في الاستناد إلى العقد المستتر، فيكون ثمة مجال لبيان أي الاعتبارين أكثر رجحاناً⁽⁶⁵⁾.

إزاء تعارض مصالح الأغيار بين الأخذ بالعقد المستتر أو العقد الظاهر، قطع المشرع المصري بنصه على أنه إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين. حيث نصت المادة 244 من مدني مصري على أنه: «إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين». فكان ذلك إقراراً من المشرع بترجيح اعتبارات استقرار التعامل ورعاية حسن النية.

فالمشرع المصري قد أدخل في اعتباره عند تقدير الحماية أن العقد الخفي لم يكن ظاهراً للغير بحسب أصله حتى يعول عليه، وأن الذي كان موجوداً هو العقد الظاهر والأحكام إنما توضع آخذة في حساباتها الثابت أصلاً أو تبعاً أو فرضاً، نزولاً عند دواعي الأمن واستقرار التعامل. ولا شك أن من تعامل مع العقد الظاهر يكون أولى بالحماية مراعاة لاستقرار التعامل. ولهذا لم يكن تبرير الحماية قاصراً على تحقق حسن النية فحسب بل وكذلك على دواعي الثقة واستقرار التعامل⁽⁶⁶⁾.

وفي المغرب لم ينص الفصل 22 من ق.ل.ع على مثل هذه الحالة التي تتعارض فيها مصالح الأغيار، فيرغب البعض في الأخذ بالعقد الظاهر ويرغب البعض الآخر في الأخذ بالعقد

64- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق ص 662.

65- محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 445.

66- محمد بن طالب الوزاني: مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق ص 446.

المستتر. وكذلك القضاء المغربي -حسب علمي- لم ينظر في نازلة من هذا القبيل، وهو ما وهو ما يؤكد البعض بقوله: «ولورجنا إلى القضاء لما وجدنا نازلة تثير لنا الطريق»⁽⁶⁷⁾.

ويعتقد الأستاذ مأمون الكزبري⁽⁶⁸⁾، أن القضاء المغربي يحسن صنعا إذا تمشى على غرار الفقه والقضاء في فرنسا، ويقر في حالة تضارب مصالح الغير، أرجحية من يدلي منهم بالعقد الظاهر رغم انتفاء النص القانونية، ولا سيما أن هذا الحل هو السائد في التشريع المقارن.

المطلب الخامس: الانتصار لمبدأ حسن النية

سنحاول في هذا المطلب إبراز مظاهر مبدأ حسن النية (أولاً)، ثم دور القضاء في تكريس مبدأ حسن النية (ثانياً).

أولاً: مظاهر مبدأ حسن النية

بعد أن كرس الفصل 230 من ق.ل.ع المبدأ الذي تشيد عليه نظرية العقد وهو القوة الملزمة للعقد. حيث أن العقد يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان لما يتضمنه، وحتى يكون وسيلة هادفة إلى ضمان العدالة التعاقدية في الحالات التي تؤدي فيها شروط العقد إلى الإجحاف بحق أحد الأطراف أو إلى تحميله بالتزامات لم تكن تدخل في دائرة التوقع المشروع له أثناء انعقاد العقد، كان لابد، ومن باب الأمانة التعاقدية السماح بإدخال القواعد الأخلاقية في نطاق علم القانون، وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه إلى القول: بأن حسن النية يعد أحد أهم الوسائل المستخدمة -سواء من طرف المشرعين والقضاة- لتغلغل القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، ويضيف بأن التشريع يعد أخلاقياً إذا كان يهدف إلى تنقية القواعد القانونية من الجمود الذي قد تكتسي به أثناء إعمال مقتضاها⁽⁶⁹⁾.

فقد أوصت العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية على احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. وركزت على ضرورة مراعاة في ذلك القواعد الأخلاقية. في نطاق علم القانون لدرجة أن بعض الفقه عرف هذا المبدأ على أنه «الإخلاص في المعاملة والأمانة في التعهدات والصدق في الوعود»⁽⁷⁰⁾.

67- شعبي محمد عبد السلام: الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، مرجع سابق ص 104.

68- مأمون الكزبري: مصادر الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مرجع سابق ص 357.

69- Ripert: La règle morale dans les obligations civiles. L.G.D. 4 éd, Paris 1949. p. 157.

- أشار إليه العربي الشاذلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، م س، ص 359.

70- «La fidélité aux engagements ou la sincérité dans les paroles»

- انظر العربي الشاذلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، م س، ص 359.

يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد بحسن نية، فقد وردت هذه القاعدة في الفصل 231 من ق.ل.ع حيث جاء فيه أن: «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية». والقانون المدني الفرنسي أوجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية، كما أن القانون المدني المصري والقانون المدني السوري تطلبا «تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

وسوء النية في تنفيذ العقد يسمى في الاصطلاح القانوني غشا، وهو يقابل التدليس الذي يرافق تكوين العقد، فكما يجب خلو العقد من التدليس عند إنشائه، يجب خلوه من الغش عند تنفيذه⁽⁷¹⁾.

ويعود للقاضي مراقبة حسن تنفيذ العقد، فالعقد يجب أن ينفذ ويفسر ويفهم وفقا لحسن النية. فمبدأ حسن النية يقيد المدين والدائن معا، فيقيد الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام، فليس للدائن أن يتعسف في استعمال حقه العقدي أضرارا بالمدين بالالتزام. من ثم لا يمكن للدائن التمسك بحرفية ما جاء في العقد، ولا أن يغالي في التمسك بحقوقه في العقد، ويقيد المدين في تنفيذه للالتزام وطريقة تنفيذه له، بحيث لا يصدر منه أي غش في طريقة تنفيذه للعقد⁽⁷²⁾.

وفي مختلف التشريعات المدنية اللاتينية المقارنة، يقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد⁽⁷³⁾. وقد ربط المشرع بين هذا المبدأ ومبدأ القوة الملزمة للعقد بترتيبها على التوالي من خلال الفصل 230 والفصل 231 من ق.ل.ع ولا شك أن العلاقة بين المبدأين وثيقة، فمبدأ حسن النية فرضته التشريعات الحديثة ليخفف من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، والتي تعني أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون. غير أن التطور الذي أثر بشكل كبير على نظرية العقد جعل الفقه والقضاء الفرنسيين يلتفت حول مبدأ حسن النية لمراعاة أخلاقيات التعاقد، فجعل المبدأ أساس الالتزام.

إن القوة الملزمة للعقد لا تفرض تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد بشكل حريفي، أي أنه لا يفترض التقيد بهذه الالتزامات إذا لم تكن تعبر عن روح العقد، أو بمعنى آخر لا تحقق

71- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء في قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 248.

72- مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر، ص 99-100.

73- هناك بعض التشريعات تنص في قوانينها المدنية على أن مبدأ حسن النية يكون في مرحلة الإبرام ومرحلة التنفيذ،

مثل ما جاء في المادة 1375 من القانون المدني لمقاطعة كيبيك:

(La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extension).

مصلحة الطرفين، فالقوة الملزمة لا تفرض على المتعاقد أداء الالتزام كواقعة مادية فقط، بل هناك أصول فنية قانونية وأخلاقية تنفرد عن القوة الملزمة للعقد، يتعين على المتعاقد مراعاتها إذا أراد أن يكون تنفيذه للالتزام يتفق وحسن النية. وبالترامه بهذه الأصول يكون قد نفذ التزامه بحسن نية. فبسبب الالتزام بحسن النية هو الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁷⁴⁾.

ذلك أن العلاقات التي تتكون بين الأفراد حول قيامهم بتنفيذ التزاماتهم المختلفة، إنما تتكون ضمن إطار القواعد الأخلاقية، حتى إذا ما جاءت النصوص القانونية لتنظيم هذه العلاقات وتراعيها التزمت بهذه القواعد ولا تتجاهلها. بل إن هذه القواعد تتحكم إلى حد بعيد بالنصوص القانونية، مما يسمح بالقول بأن للقاعدة القانونية بعداً أخلاقياً ابتداءً من ولادتها، مروراً بتطبيقها وتفسيرها.

إن العلاقة القانونية بين الأفراد ليست فقط علاقة بين ذمتين ماليتين فقط، بل هي قبل كل شيء علاقة بين شخصين لا تشكل الذمة المالية بالنسبة إليهم إلا صفة ملازمة لشخصيتها. من ثم فالقوة الملزمة للعقد والتي تعني ان الالتزام الذي ينشأ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون، تفرض حتى يكون تنفيذ المتعاقد لالتزامه مقبولا من وجهة نظر القانون، أن يكون التنفيذ ضمن الأصول الفنية، قانونية كانت كوجوب تنفيذ الالتزام بكامل ملحقاته ومستلزماته، أو أخلاقية بالامتناع عن مخالفة أي قواعد أخلاقية أقرها المجتمع والقانون، أي مراعاة حسن النية: كالأمانة والصدق والنزاهة⁽⁷⁵⁾، والمصلحة إضافة إلى عدم التعسف في استعمال الحق، كلها تشكل مظاهر لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد تحقيقاً لاستقرار المعاملات. وهذه القواعد الأخلاقية هي التي يستند عليها القضاء في تكريس وترسيخ مبدأ حسن النية من خلال القضايا التي تعرض عليه.

ثانياً: دور القضاء في تكريس مبدأ حسن النية

إذا كان المبدأ الذي تبنى عليه نظرية العقد في معظم الأنظمة القانونية هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي تعني في معناها ان العقد بالنسبة للأطراف يقوم مقام القانون، في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها يحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان إلى كل ما يتضمنه. لكن السؤال الذي يبقى مطروحا يكمن في ما هو دور القضاء في تكريس وترسيخ مبدأ حسن النية؟

74- زيتوني فاطمة الزهراء: مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014، ص 115.

75- زيتوني فاطمة الزهراء: مبدأ حسن النية في العقود، مرجع سابق ص 115.

ذهب بعض الفقه إلى القول بأن سلطة القاضي في ضمان احترام مبدأ حسن النية تبقى واردة لاسيما فيما يتعلق بسلطة التفسير. وهذا الاحترام لا يمكن أن يتجاوز المعنى الأخلاقي لهذا المبدأ الذي يفيد وجوب الوفاء بالوعد - الأمانة - الثقة المشروعة - الإخلاص - شرف التعامل.... فهي أفكار يستعين بها القاضي عند تفسير شروط العقد ويلتزم بها المتعاقدون عند إبرامه وعند تنفيذه⁽⁷⁶⁾. وهذا يبقى مسلك يستطيع القاضي أن يصل بتفسيره للعقد إلى اعفاء أحد طرفيه من بعض الالتزامات الغير الجوهرية بل له أن يفرض بعض الالتزامات على الطرف الآخر التي لم تكن تخطر على باله وقت إبرام العقد. حيث يكون دور القاضي المتدخل الذي يجري تطويعا قضائيا بحجة التفسير.

وفي هذا الصدد سجل موقف للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا في أحد قراراته من خلال ربط مقتضى حسن النية ببذل عناية واتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة في ذلك حيث جاء في قراره « أنه بمقتضى الفصل 231 من ق.ل.ع، فإن التزام صاحب الحمام اتجاه زبنائه يعد التزاما ببذل عناية. وباتخاذ الاحتياطات الضرورية لسلامة زبنائه داخل الحمام إلا إذا أثبت خطأ أو تقصير من جانبه، فهذا القرار يجمع بين شقين لتطبيق حسن النية، أولهما كون حسن النية تقتضي بدل العناية واتخاذ الاحتياطات وليس التزاما بتحقيق نتيجة. وثانيهما: أخذ بقاعدة أن الأصل حسن النية⁽⁷⁷⁾ وعلى من يدعي خلاف ذلك يتحمل عبء إثبات الخطأ والتقصير، وفي قرار آخر اكتفى المجلس الأعلى سابقا - محكمة النقض حاليا - بالإشارة إلى الفصل المتضمن لحسن النية في التنفيذ بجانب فصول أخرى جاء فيه ما يلي « ... وحيث تبين صحة ما نعتته الوسيطتان إلى القرار المطعون فيه، ذلك أنه يتضح من تعليل المحكمة للقرار المصدرة له، قد استنتجت جدية النزاع المؤدية إلى المساس بأصل الحق من تأويل الرسالة المؤرخة في 21/10/1980 المتضمنة التزام الباعث لها بإفراغ المكري في متم دجنبر 1981، ومما دفع المطلوب من تجديد عقد الكراء بسومة جديدة بتاريخ لاحق

76- حسن رشوان: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد. عرض فكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية. مطبعة دار الهاني، الطبعة الأولى 1994، ص 334. - العربي الشاذلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، م س، ص 362.

77- حسن النية: الذي يفيد استقامة الضمير والإحساس بالأمانة، الصدق، الإخلاص، الثقة. وحسن النية إما أن يكون إيجابيا أو سلبيا، فالأول يقوم إذا أتى الشخص أفعالا من شأنها أن تعبر عن تقانيه وصدقه، ففي عقد التأمين مثلا يعمل المؤمن له على السرعة في إبلاغ شركة التأمين بكل واقعة من شأنها أن تزيد من احتمالات حدوث الخطر المؤمن عنه، ولا يكتم عنها البيانات اللازمة عند إبرام العقد. أما حسن النية السلبى، فيتحقق عندما يكن الشخص من مباشرة أي عمل يتنافى مع القصد السوي كأن يعرض العقار محل التأمين ضد الحريق مثل مصادر النيران إما عمدا أو اهمالا. العربي الشاذلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، م س، ص 363.

لتاريخ الرسالة المشار إليها. والتي جاءت ألفاظها واضحة، فيما تدل عليه من التزام المطلوبة في النقص بمحض إرادتها ورضاها بإفراغ المحل المكتريين من طرفها في متم دجنبر 1981، لأنها لا تقبل أي تأويل مما يمنع عن قضاة الموضوع البحث عن القصد منها، وأن مجرد الدفع بتجديد عقد الكراء دون الإدلاء بما يفيد هذا التجديد لا تنشأ عنه جدية النزاع طالما أن الالتزام المطالب بتنفيذه مثبت بالرسالة المذكورة مما ينتج معه أن التعليقات الواردة في القرار المطعون فيه التي أبرزت جدية النزاع غير مرتكزة على أساس قانوني صحيح استناداً لمقتضيات الفصول 230 و 231 و 461 من ق.ل.ع وعرضت قضاءها للنقض⁽⁷⁸⁾.

وانطلاقاً من كل هذا يمكن القول بأن مبدأ حسن النية يشكل بحق ركيزة أساسية تقوم عليها العملية التعاقدية، وبشكل بحق قيماً من القيود التي تحد من سلطان الإرادة وجبروتها، إذ بواسطتها تصبح العلاقات أكثر توازناً وأكثر عدلاً، لأن مفهومه يقترن بمعنى استقرار المعاملات وحماية الطرف الضعيف في العقد⁽⁷⁹⁾، ولأنه من أهم المبادئ التي تضمن حماية للمتعاملين بعضهم في مواجهة البعض الآخر، ما دامت طاقة العقود تقتضي حسن النية.

هكذا فبعدما وضعت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. كمبدأ لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. نجده يقرر تنفيذ العقد بحسن النية، وقد وصل القضاء الفرنسي في تطبيقه لهذا المبدأ إلى حد إبطال أثر الضوابط العقدية التي استخدمها صاحب الشأن بطريقة تتسم بسوء النية، وتوجد العديد من النصوص الفرنسية تفرض صراحة مبدأ حسن النية، ففي مجال الحياة تنص المادة 969 من القانون المدني الفرنسي على أنه « إذا وقعت الحياة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » وكذلك ما نص عليه الفصل 978 من القانون الالتزامات والعقود الفرنسي « يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » كما منح قانون 22 يونيو 1982 بخصوص عقد الإيجار الحق لشغل المسكن في أن يحتفظ بالمسكن مادام حسن النية.

78- قرار المجلس الأعلى عدد 1165 صادر بتاريخ 15/5/1985 منشور بالمجلة المغربية للقانون. عدد 1 ص 44.

79- في الوقت الذي اعتبر فيه الأستاذ محمد شيلح أن الإحساس بالضغط القانوني هو الذي يندرج المتعاقد بعواقب الخروج عن حادة الصواب ولذلك لا يملك إلا الوفاء بعده عن طوعية واختيار وإلا تدخل القانون عن طريق القاضي لإجباره على ذلك، أي أنه غلب الجانب القانوني على الجانب الأخلاقي. وخلص إلى أن حسن النية بعيد كل البعد عن اعتباره قاعدة للتأويل وأنه مجرد قاعدة للتنبه في الميدان التعاقدية.

- محمد شيلح: مبدأ سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه، مظاهره في نظرية العقد،

م س .

- العربي الشاذلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، م س، ص 364.

خاتمة:

إن من خلال هذه الدراسة يظهر جليا سعي المشرع إلى تحقيق استقرار المعاملات، سعيا منه إلى تحقيق الثبات والاستقرار في المراكز القانونية والمعاملات التي يجريها الأطراف. فلا شك في أن الإجراءات الشكلية التي يفرضها المشرع تمكن الأطراف من إثبات تصرفاتهم التعاقدية خصوصا في حالة وقوع نزاع بخصوص التصرف القانوني، وتساعد القاضي أيضا في فض النزاع بسهولة من خلال ما يدعيه كل طرف.

كما أن سقوط الحق في إقامة دعوى الإبطال عن طريق تقادم الدعوى يكرس مبدأ استقرار المعاملات من خلال ثبات المعاملات واستقرارها بعد مرور مدة معينة من الزمن، تتميز بالقصيرة في التشريع المغربي بالمقارنة مع بعض التشريعات المقارنة، مما يؤدي إلى استقرار المعاملات وعدم بقائها مدة طويلة من الزمن تحت تهديد الإبطال وعدم الاستقرار.

كما يظهر سعي المشرع إلى تحقيق استقرار المعاملات من خلال الحد من الأثر الرجعي للقانون والتصرف القانوني، بعدم مفاعلة الأطراف بصور قانون جديد يهدد معاملاتهم التعاقدية حيث يبقى القانون القديم ساريا المفعول في حق تصرفاتهم، لأن هذا الأخير هو الذي بنو عليه توقعاتهم ويعلمون بمقتضاه سلفا نتائج وآثار تصرفاتهم التعاقدية. كذلك يشكل الحد من الأثر الرجعي للتصرف القانونية تكريس وترسيخ مبدأ استقرار المعاملات، من خلال عدم سريان مفعول الإبطال على الماضي، واحتفاظ بآثار التصرف القانوني الذي حكم بإبطاله.

كما تشكل الحماية القانونية التي يكفلها القانون للأوضاع الظاهرة، أحد مظاهر تحقيق استقرار المعاملات. لذلك عملت التشريعات المدنية على بث الاطمئنان والاستقرار في بعض التصرفات الصورية أو التي تظهر على غير حقيقتها، وذلك كلما توفرت مجموعة من الشروط القانونية.

وأخيرا يشكل مبدأ حسن النية في التصرف القانوني، أحد المبادئ التي تزكي مبدأ استقرار المعاملات، لذلك نجد أن المشرع قد ولى اهتمام خاصا لهذا المبدأ خصوصا في مرحلة تنفيذ العقود، بل إن بعض التشريعات كالتشريع المدني الفرنسي قد أقر بأن مبدأ حسن النية يجب أن يسود جميع مراحل العملية التعاقدية، أي يشمل مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه على حد سواء.