جامعة مولاي إسماعيل
UNIVERSITÉ MOULAY ISMAÏL

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر:
القانون والمقاولة
العقار والتعمير
المدني اقتصادي
القانون والعمليات البنكية

مجزوءة القانون المدني
المعمق

عرض تحت عنوان:

نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية

من إعداد الطلبة:
علي زنطار
يوسف العرصاوي
محمد جوهري
ايمان السريدي

الأستاذ المشرف: المعزوز البكاي

2023/2022

لائحة المختصرات:

ظ.ل.ع	ظهير الالتزامات والعقود
م. س	مرجع سابق
ص	الصفحة
ط	الطبعة
مق. س	مقال سابق
د.ذ. ط	دون ذكر المطبعة

مقدمة

عملت التطورات الإقتصادية الكبرى التي شهدها العالم إلى فرض العديد من التغيرات على المجتمع وبالخصـــوص على الواقع القانوني، ولعل أهم ما يترجم هذه التحولات تأثيرها على النظرية العامة للعقد.

باعتبار هذه الأخيرة تقوم على مبدأ أساسي وهو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني قدرة الإرادة الفردية على إنشـــاء الإلتزامات وكفايتها دون غيرها مع ما ينتج عن هذا المبدأ من نتائج أهمها القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين، يتجلى المبدأ الأول في كون هذه القوة الملزمة تلزم القاضي بتطبيق بنود العقد كما أنه يطبق نصـا قانونيا، فلا يقوم بتفســير أو تأويل العقد إلا من باب البحث عن إرادة عاقديه، في حين يتجلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في أن الإلتزامات الناشـئة في العقد تعادل في قوتها الإلتزامات الناشـئة عن القانون وهو ما يؤكده الفصل 230 من ظ ل ع[1].

هذا يعني أن العقد ملك للأطراف ومن صـــنع إرادتهم فلا يجوز نقضـــه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون.

لكن التطورات الاقتصـادية والإجتماعية والتكنولوجية التي حصـلت بشـكل مفاجئ أفرزت إختلالا بينا بين أطراف العلاقة العقدية نجم عنها طرفا مهنيا قويا إقتصاديا.

يســتطيع تطوير مفاصــل العقد وتوجيهه كما يريد في مقابل طرف ضــعيف لا يملك المفاوضة والمساومة وتوجيه متعلقات العقد لصالحه[2].

الأمر الذي أدى إلى اســـتغلال الطرف القوي للحرية التعاقدية وتمريره لشـــروط تعسفية تخدم مصالحه، مما نتج عنه اختلال في التوازن العقدي لصالح الطرف القوي.

فنتيجة للتحولات والتقدمات التي تشـــهدها الحياة العملية في الحقبة الراهنة والتي مســـت الحياة القانونية فقد بقي العقد صـــامدا على ما يحتويه من أطر قانونية عتيقة وركائز كلاســـيكية جامدة، مما جعل العقد يصـــادف العديد من الأزمات اصـــطلح على

---

[1] - عبد العالي الدقوقي، الوجيز في القانون المدني، الطبعة الثانية، 2019. مطبعة سجلماسة، ص 56.

[2] - المعزوز البكاي، بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد. مقال منشور بمجلة القانون المدني. العدد الثالث، 2016. ص 10

تسميتها " بأزمة العقد"، مما جعل الهوة القانونية تزداد والفرغات والثغرات التشريعية تتباعد، وفتح الباب بمصراعيه للتشريع الخاص.

و لعل من أهم التطورات التي لحقت الظواهر الاقتصـــادية والاجتماعية، وكذا ولعل من من أهم المتغيرات في العقد بصـــفة عامة نجد التحولات الاقتصـــادية على جميع المســتويات، التي فرضـت مجموعة من التغييرات في سـلوك الأفراد ومختلف الطبقات الإجتماعية هذه التحولات الاقتصادية التي يصعـــب ضبطها ووضع تعريف لها، بذلك نجد أن هناك تعريف واسع وآخر ضيق.

فأما التعريف الواســع فالمقصــود بالتحولات الاقتصــادية هي ما يعيشــه المجتمع بعصر جديد يعرف بعصر العولمة على مستوى التراكم الرأسمالي من جهة وارتفاع كلفة التكنولوجيا الحديثة وتزايد حدة المنافسة التجارية والاقتصادية سواء في دول العالم أو في المغرب من جهة أخرى.

أما فيما يخص المفهوم الضـــيق للتحولات الاقتصـــادية فيقصـــد بها تلك الهزات والأحداث التي تطرأ بصفة فجائية، أو تغير استثنائي لظرفية اقتصادية تم على أساسها إبرام العقد.

الأمر الذي ترتب عنه إنعقاد العقود في ظروف اقتصادية معينة تهدف في مجملها إلى تحقيق أهداف اقتصادية معينة في ظل اعتقاد وافتراض بقاء الأمور على حالها، لكن وفي كثير من الأحيان إذ قد يســتجد من الأحداث ما لم يكن متوقعا من تغييرات اقتصــادية عامة أو خاصـــة تجعل من تنفيذ العقد أمرا مســـتحيلا أو مرهقا لأحد المتعاقدين أو كلاهما.

ويثير هذا الموضـــوع أهمية عملية وأخرى نظرية، فعلى المســـتوى النظري تتجلى أهميته في كونه من المواضـيع التي تثير إهتمام الفقه والقضـاء على حد سـواء، وكذلك فيما ســـال من مداد في محاولة الربط بين الظاهرة الاقتصـــادية و الواقع القانوني أي جدلية خدمة الاقتصاد للقانون أو خدمة القانون للإقتصاد في إطار التحليل الاقتصادي للقانون.

أما من الناحية العملية فإن الفهم الدقيق لكيفية تأثير التحولات الاقتصـــادية على العقد يجعل من تدخل القضـاء و المشرـع أكثر فعالية في خدمة الرابطة العقدية سـواء على مستوى التكوين أو التنفيذ.

فإلى أي حد إسـتطاع المشرـع و معه القضـاء مسـايرة التحولات الإقتصـادية و تخطي جمود المبادئ التقليدية لنظرية العقد التي أسست عليها فلسفتها، لتوفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العقد؟

و من أجل الخوض في تحليل و مناقشـــة الإشـــكالية أعلاه ســـنعتمد خطة البحث التالية:

المبحث الأول: أثر التحولات الإقتصادية على إبرام و تنفيذ العقد

المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد بين خيار المنافسة أو الأفول

المبحث الأول: أثر التحولات الإقتصادية على إبرام و تنفيذ العقد

يعتبر الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على فرضية كون رضا الأطراف المتعاقدة صحيح، وأن لكل متعاقد رعاية مصالحه الخاصة، وهو قادر على حمايتها و الدفاع عنها. وبالتالي فالعقد المبرم يعتبر متوازنا وملزما ولذلك لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو في الحالات التي يقررها القانون.

إن تكوين العقد وتنفيذه يحتاج إلى إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، لكن هذا الأسلوب في التعاقد لم يعد كما كان في السابق ففي ضل التحولات الاقتصادية والإجتماعية التي عرفها العالم اليوم والتي أثرت بشكل واضح على مرحلة إبرام العقد (المطلب الأول) ومرحلة تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر التحولات الإقتصادية على إبرام العقد

تحتم الضرورة الإقتصادية و الإجتماعية على الأفراد إبرام مجموعة من العقود، حيث نلاحظ أن هذه العقود من الناحية الظاهرية تبرم بطريقة صحيحة و أن إرادة الأطراف سليمة، لكن إذا نظرنا من الناحية الباطنية، نجد أن هذه الإرادة مشوبة بمجموعة من الإكراهات التي تجعل المستهلك مضطرا إلى الانضمام إلى العلاقة التعاقدية لأنه يكون في حاجة ماسة لسلع لا يمكن الاستغناء عنها.

ولذلك سنتطرق لآثار التحولات الإقتصادية على مبدأ سلطان الإرادة(الفقرة الأولى) وأثار هذه التحولات على مضمون العقد ومراكز المتعاقدين(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأ سلطان الإرادة من الحرية إلى بداية التقييد

أولا: تراجع مبدأ سلطان الإرادة

يشكل العقد كل اتفاق إرادتين او أكثر بهدف إحداث أثر قانوني، إذ أن أساس العقد هو الإرادة، فيعتبر مبدأ حرية الإرادة منطلقا أساسيا للعملية التعاقدية كما أن القوة الملزمة للعقد هي الهدف الجوهري للمتعاقدين.

فالعقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضـه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسـباب التي يقررها القانون وهذا هو ما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة.

ويعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سـلطان الإرادة، فالأفراد لهم مطلق الحرية في إبرام ما ارتدو من العقود شريطة احترام المقتضـيات القانونية والنظام العام و الآداب والأخلاق العامة فإذا حصـل هذا الإتفاق بناء على هذه الحرية فإن العقد يصـبح بمثابة قانون المتعاقدين[3] وهو ما نص عليه الفصـل 230 من ظ ل ع [4].

وبالتالي فمبدأ القوة الإلزامية للعقد يترتب عليه ما يلي:

- **إن ما اتفق عليه العاقدان يلزمهما بصـفة نهائية، لأن الإرادة غذا كانت حرة من كل قيد خارجي فهي تخضع لما ترتضيه[5].**
- **كما لا يسـتطيع أحد العاقدان أن يسـتقل بتعديل العقد الذي هو طرف فيه. فهذا لا يمكن أن يحصل إلا باتفاق مشترك للعاقدين.**

لكن التطورات الاقتصـادية والاجتماعية والتكنولوجيا التي حصـلت بشـكل مفاجئ أفرزت اختلال بينا بين أطراف العلاقة العقدية نجم عنها طرف منها قويا اقتصـاديا يسـتطيع تطويع مفاصـل العقد وتوجيهه كما يريد، في مقابل طرف ضـعيف لا يملك المفاوضة والمساومة وتوجيه متعلقات العقد لصالحه هذا الوضع ألاّ متوازن نتج عنه أمران[6]:

---

[3] - يونس غالمي: أثر التحولات افقتصـادية على العقد في التشـريع المغربي، رسـالة لنيل دبلوم الماسـتر في قانون المنازعات، جامعة المولى إسـماعيل كلية العلوم القانونية والإقتصـادية والإجتماعية، مكناس، السـنة الجامعية 2018-2019، ص 19.

[4] - ينص عليه الفصـل 230 من ظ ل ع على أن" الإلتزامات التعاقدية المنشـأة على وجه صـحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

[5] -عبد الحق الصـافي، القانون المدني، الكتاب الأول، تكوين العقد، الجزء الأول، المصـدر الإرادي للإلتزامات، الطبعة الأولى 2016، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، ص 110.

[6] -المعزوز البكاي:" بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد"، مق س، ص 10.

الأمر الأول: استغلال الطرف القوي الحرية التعاقدية كمطية ووسيلة لتمرير شروط لصالحه غالبا ما تكون تعسفية، الأمر الثاني: اختلال في التوازن العقدي لصالح الطرف القوي.

هكذا فالتحولات الإقتصادية التي يشهدها العالم اليوم أفرزت ما يصطلح عليه "بأزمة العقد"[7]. ولقد تكرست هذه الزمة سبب التدخل المتزايد للدولة في تنظيم الروابط العقدية تنظيما آمرا لا يترك لإرادة العاقدين إلا حيزا جد محدد، وتوجيه الإقتصاد نحو خدمة الصالح العام وتنظيم المجتمع بصورة آمرة ومراقبة سوق الصرف كل هذه العوامل دفعت البعض إلى الحديث عن موت مؤسسة العقد وذلك بسبب حلول توزيع الثروات بحسب الحاجة محل تداولها وفقا لقانون العرض والطلب[8].

فهذه التحولات أدت إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة على مستوى المجال التعاقدي، حيث يلاحظ تزايد سريع ومتصاعد لإصدار قوانين آمرة وليس فقط مكملة للإرادة، حتى أن المشرع سيتأثر بتنظيم بعض العقود التي لا يستطيع الأفراد مخالفة شروطها القانونية، بل أكثر من ذلك فإن بعض العقود أصبحت مفروضة على المتعاقدين كعقد العمل وعقد التأمين، وأن الإمتناع عن التعاقد في بعض الحالات أصبح مجرما.

إذن نحن الآن أمام تراجع أحد أهم مبادئ القواعد العامة الكلاسيكية وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي انتعش وازدهر بفعل عوامل اقتصادية لكنه في الأخير تزعزع بفعل ذات العوامل الإقتصادية المتمثلة في التطورات الإقتصادية والتكنولوجية التي أثرت على التوازن العقدي الذي هو الأصل وفتحت المجال أمام التدخل التشريعي و القضائي الذي هو الإستثناء[9].

---

[7]- عبد الحق الصافي، القانون المدني، م س ص111.

[8] - المعزوز البكاي، بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد" م ق س ص 12.

[9] - لكي يكون العقد صحيحا وينتج كافة أثاره من المفروض أن يتوفر على شروط الإنعقاد وهي ما اصطلح عليها بأركان(الرضا، السبب، المحل،) وشروط الصحة (الأهلية، الإرادة السليمة من العيوب)

ثانيا: مركز سلطان الإرادة أمام الشكلية

إن الآثار الجامدة التي ترتبت عن الأخذ المطلق بمبدأ سـلطان الإرادة لم تصـمد في وجه التحولات الإقتصـادية التي أصـبح يعرفها العالم اليوم والتي سـاعدت على نشـوء المبدأ، حيث شـكلت في حد ذاتها وسـيلة لانحصـار وتراجع المبدأ، ذلك ما برز بشـكل واضح أمام ظهور الشكلية في ثوبها الحديث.

فانطلاقا من العناصر الواجب توفرها في العقد وفقا ل ظ ل ع المغربي نجد عنصر الرضائية، هذه الخيرة التي يقصد بها بصفة عامة أن العقد يكون صحيحا بمجرد التقاء إرادتين أو أكثر دون الخضوع لشكلية محددة[10].

الأمر الذي يدفعنا للتسـاؤل عن مكانة هذه الأخيرة –الرضـائية- أمام تعاظم بعض أنواع الشكلية؟

فالشكلية التي نحن بصدد الحديث عنها هي شكلية حديثة ظهرت بعد انحصار مبدأ سـلطان الإرادة، إذ يبدو أن اشـتراط الشـكلية في العقود هو حالة اسـتثنائية حسـب أخذ المشرـع بمبدأ الرضـائية وفي الحقيقة فإن التخلي عن هذه الشـكلية هو أحد المظاهر البارزة في القوانين الحديثة وهذا راجع بالأساس إلى اعتبارات اقتصادية واجتماعية[11].

فاقتصاديا يقتضي التكاثر والتزايد المسـتمر في المعاملات التجارية البسـاطة والسرعة وقلة التكاليف في برام العقود مما يسـتدعى اسـتبعاد الشـكلية، أما اجتماعيا فإن الشـكلية التقليدية خطر على الفرد إذ ترتب احيانا التزامات لم يقصدها المتعاقد.

إن الأصـل في الوقت الحاضر ان مجرد توافق الإرادتين يكفي لإنشـاء الالتزام العقدي لكن هذا المبدأ أصـبح محدود النطاق ترد عليه اسـتثناءات كثيرة يتزايد عددها مع مرور

---

[10] **-محمد الهادي الكنوزي، من العقود التجارية إلى عقود الأعمال أي تأثير على حرية التعاقد، مقال منشـور بمجلة المحاكم المغربية عدد 148/9-2015/10، ص 37.**

[11] **- يونس غالمي، أثر التحولات الاقتصادية على العقد في التشريع المغربي، ر س، ص 29.**

الزمن، فأغلبية العلاقات التعاقدية المهمة (مثلا البيوع العقارية)[12] لا تقوم اليوم ولا ترتب أي أثر إذا أتت في شكل معيب (كالكتابة والتقييد في الرسم العقاري)، إضافة الى هذا تمة شكليات و إجراءات متطلبة لإثبات عقود معينة او لضمان نفاذ آثارها[13].

خلاصة القول ان الشكلية الحديثة تختلف عن الشكلية القديمة في كونها أكثر مرونة وفي انها لا تكفي وحدها في تكوين العقد، لأنها لابد ان تقترن بإرادة المتعاقدين فهي شكلية وضعت للإرادة لا للعقد، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط، والغش او الاكراه او غير ذلك من الدفوع الموضوعية[14].

الفقرة الثانية: اثر التحولات الاقتصادية على مضمون العقد ومراكز المتعاقدين

سوف يتم في هذه الفقرة إبراز الأثر الذي ترتبه التحولات الاقتصادية على العقد من خلال استحداث بعض العقود الجديدة في إطار التطورات الحاصلة في مجال العقود(أولا)، تم من خلال خلق ممارسات تعاقدية جديدة راجعة بالأساس الى المتعاقدين(ثانيا).

أولا: التطورات الحاصلة في مجال العقود

إذا كان الأصل أن تلاقي الإرادتين حول إبرام معاملة معينة كافية لإبرام العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فالتطور الحديث وسمات التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والتي وسمت عصرنا الحاضر او جدت أنماط جديدة من التعاقد، وهذه الأخيرة هي ما يسميها الفقه بعقود الإذعان.

---

[12] - إن المشرع جاء باستثناء في البيوع العقارية إذ اشترط الكتابة في عقد البيع الذي يكون محله عقارا او حقوقا عقارية او اشياء يمكن رهنها رهنا رسميا، اذا اوجب المشرع ان يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له اي اثر في مواجهة الغير الا اذا سجل وفق الشكل المحدد قانونا (الفصل 989 من ق. ل. ع)

[13] - عبد الحق صافي، م س . ص 113- 114 .

[14] - عبد الرزاق السنهوري" نظرية العقد"، دون ذكر الطبعة و المطبعة، ص 115.

يشـــكل عقد الإذعان "contrat d'adhésion" عقد يبرم دون مســـاومة حيث يتولى طرفه المتفوق قانونيا او فعليا تحديد كل شروطه دون ان يكون باســـتطاعة الطرف الثاني الضعيف ان يناقش تلك الشروط او يدخل عليها تعديلات معينة.

حيث يكون له إما أن يقبلها جملة أو يرفضـــها جملة، وإن كان في العادة يقبلها نظرا لحاجته إلى محلها، فيكون مذعنا للطرف الثاني[15].

تعد العلاقة بين التطور الاقتصـادي وعقود الإذعان علاقة وطيدة وسـببية، ذلك ان التطور الهائل والثورة التكنولوجية والصـــناعية وما صـــاحبها من بروز شركات كبرى عالمية ومتعددة الجنســـية و كذا تزايد النمو الديمراغرافي وتزايد طلب الحاجات الاســـتهلاكية كان لابد من أجل الإسراع في انجاز العمليات الاقتصـــادية بصـــفة عامة بإعداد مجموعة من مشـــاريع يكتفي فيها المســـتهلك بالإعدام عن القبول بها لأنه لا يتصور من الناحية العملية ان تقوم تلك الشركات والمؤسسات الكبرى بالمساومة مع كل فرد أراد التعاقد معها[16].

وهناك نماذج متعددة لعقود الإذعان التي أصـبحت تتزايد بشـكل يلفت الانتباه منها مثلا حجز تذكرة الســـفر بواســـطة الآلات الأتوماتيكية حيث يضـــع المســـافر المبلغ المحـدد في العـداد ويضـــغط على الزر فتنزلق التـذكرة، ونموذج اخر يتمثـل في عقـد الاشـتراك في الماء والكهرباء، والتي تعتبر بنود تعسـفية يفرضـها الطرف القوى اقتصـاديا يملك المعرفة التقنية والخبرة القانونية ولا يكون أمام المستهلك سوى الإذعان له.

هكذا نسـتنتج بأن مبدا سـلطان الإرادة لم يعد اليوم يسـاير التحولات الاقتصـادية، حيث عرف تطورا بفعل رياح العولمة في ظل عصر ـــ عقود الإذعان والطرق الجديدة للتعاقد، كما عصفت كذلك بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

---

[15] - عبد الحق الصافي " القانون المدني" م. س. ص 89

[16] - خالد الفكاني: اتر تغير الظروف الاقتصـــادية على العقد، اطروحة لنيل شـــهادة الدكتورة الوطنية في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصـــادية والاجتماعية أكدال- الرباط الســـنة الجامعية 2014-2013 ص 63 .

ثانيا : خلق ممارسات تعاقدية جديدة

يعتبر عقد الإقامة بالتناوب من بين الممارسات الجديدة للتقاعد رغم أهميته فإنه لم يلقا بعد العناية التشريعية المستحقة في المغرب

على خلاف المشرـع المغربي الذي لم ينظم عقد الإقامة بالتناوب نظرا لحداثته إذ يعتبر من ملامح تطور نظرية العقد، فهناك عدة تشرـيعات قامت بتنظيمه وبالتالي إعطاء تعريف له حيث عرفه المشرـع العماني بأنه : النظام الذي يتيح للشـخص شراء حصـة غير مفرزة في وحدة فندقية أو سـياحية أو الحصـول على حق انتفاع أو حق استعمال للحصة بمشاركة أخرين في باقي الحصص، أو اقتسام وقت الاستخدام لهذه الحصة فيما بينهم، بحيث ينتفع كل منهم بها خلال المدة الزمنية المحددة له كل عام

ويعتبر التكييف القانوني لعقد الإقامة بالتناوب من بين أهم الإشـكالات الجوهرية التي يعرفها هذا العقد، فإذا كان التكييف يعتبر من صـميم المهام الأسـاسـية التي تناط بقاضي الموضـوع الذي يقوم بتحديد القواعد الواجب تطبيقها على مثل العقود فإنه أمام الطبيعة القانونية المركبة لهذا العقد، بل وأمام غياب نص قانوني يؤطر هذا العقد في بعض الدول مثل المغرب ما عدا اعتماد أسـس قانونية مختلفة مسـتقاة من المؤسسات القانونية التقليدية مع محاولة تطويعها لتستوعب هذا العقد الجديد[17].

وهو ما يطرح إشـكالية حقيقية في التكييف فقد اختلف الفقه حول تكييف واحد شامل لعقد الإقامة بالتناوب ولعل ذلك راجع لتعدد صوره ولصعوبة أن يشمل جميعها حكما واحدا، فهذا العقد يمكن أن يرد في شـكل ثقل ملكية حصـة شـائعة في وحدة سـياحية، كما يمكن أن يرد على نقل ملكية منفعة للواحدة وهو ما يجعل القاضي أمام صـعوبة اختزال التكييف القانوني، بحيث ينظر إلى العقد على أنه خليط من عقود متعددة، وبالتالي تطبيق أحكام العقد الرئيسي. واعتبار العقود الأخرى المتفرعة عن هذا العقد من مستلزمات العقد طبقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل.

---

[17] - يونس غالمي" أثر التحولات الإقتصادية على العقد " م.س. ص 51

وبالتالي فإنه عقد الإقامة التناوب هناك من يكفيه في صـــورة بيع، وهناك من يكفيه في صورة الكراء.

كذلك نجد المشرع المغربي لم يتدخل من أجل تنظيم هذه المؤسسـة أو هذا الحق لكن نجده قد ارتأى إصـــدار مدونة الحقوق العينية إلى جانب قانون خاص بالإقامات العقارية للإنعاش السـياحي[18]. دون الإلتفات إلى هذه المؤسـسـة على الرغم مما تشـكله من دعامة في تشـــجيع القطاع الســـياحي الذي يعتبر أحد أهم القطاعات الحيوية في الإقتصاد المغربي.

المطلب الثاني: أثر التحولات الإقتصادية في مرحلة تنفيذ العقد

لا شك أن الهدف الرئيسي الذي يضعه كل متعاقد هو أن يتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الإتفاق عليه كيفية ومضـمونا، خصـوصـا في العقود التي يكون للزمن دورا فيها، أن تطرأ بعض التحولات الإقتصـادية في جانبها السـلبي على المتعاقدين، فتجعل هذه الظروف أو التحولات تنفيذ العقد وفق المتفق عليه مرهقا لأحدهما أو يثقل كاهله باتزامات إضافية لم تكن في الحسبان.

ومن أجل مواجهة هذه التحولات الإقتصـادية الكبرى، فقد تعاظمت أهمية وضرورة وضـــع ســـلســـة شـــاملة لحماية المتعاقد، تراعى فيها كافة المعطيات الإجتماعية والإقتصادية الجديدة[19].

وهنا تدخل المشرع من أجل حماية المتعاقد عن طريق اسـتغلال وظيفته التشريعية إلى إصـــدار مجموعة من الآليات القانونية، التي من شـــأنها أن تســـعف في التخفيف من حدة هذه الآثار بالنسبة للمتعاقد الذي أصبح تنفيذ العقد من جهته أكثر إرهاقا (الفقرة

---

[18] - القانون رقم 01-07 المتعلق بالإقامات العقارية لإنعاش الســـياحي، بتغيير وتتميم القانون رقم 61-00 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية الجريدة الرسمي عدد 5639 بتاريخ 16 يونيو 2008

[19] - نزهة الخالدي:" تجليات قصـور قانون الإلتزامات والعقود عن مسـايرة التطورات الإقتصـادية والإجتماعية من خلال قانون 31.08 الخاص بتحديد تدابير حماية المسـتهلك"، مداخلة في إطار ندوة علمية دولية بجامعة محمد الخامس، الرباط، تحت عنوان التحولات الإقتصادية وانعكاساتها على ظهير الإلتزامات والعقود المغربي، سنة 2016، ص 160.

الأولى) كما لا يمكن إغفال دور القضـــاء في هذه الحماية ودوره في إعادة التوازن للعقد المختل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور المشرع في حماية المتعاقد

لقد أصبحت أهمية موضوع حماية المستهلك تزداد يوما بعد يوم، فكانت النتيجة أن عرفت الوظيفة التشريعية بالمغرب تطورا كبيرا ينســجم وطبيعة التحولات والتطورات المتســارعة، التي تشــهدها الســاحة الوطنية والدولية في كافة المجالات خصوصا على المستوى الإقتصادي، وبعدما أن كان للتحولات الإقتصادية الأثر البين على مســتوى العقد والمتعاقدين، فقد تدخل المشرع من أجل حماية المتعاقد مع تعسف رجال الإقتصاد عن طريق سنه لقواعد قانونية تشكل للمتعاقد حصنا[20]، فهذا التدخل قد يكون عن طريق مؤسسة إبطال الشروط التعسفية(أ) أو عن طريق تنظيم نظرية الظروف الطارئة والشرط الجزائي(ب).

أ- بطلان الشرط التعسفي

لقد عمل المشرع المغربي على تنظيم مؤسسات قانونية من خارج قانون الإلتزامات والعقود، والتي تهدف إلى توفير ضمانات حمائية للطرف الضعيف في العقد، وإضافة التزامات قانونية ومفاهيم جديدة غير موجودة في القواعد العامة التقليدية، وهو ما نجده في قانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المســتهلك، الذي خرج إلى حيز الوجود استجابة لنداءات الفقه و تطلعات المجتمع المدني لتوفير حماية استثنائية للمستهلك الضعيف[21].

فقبل صدور قانون حماية المستهلك كان المشرع المغربي دائما يحاول تجاوز ذلك وتوفير الحماية اللازمة، حيث في الفصل 264 من قانون الإلتزامات والعقود في فقرته ما

[20] - يونس غالمي، ر س، ص 65.
[21] - المعزوز البكاي،" بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد،" ، م س، ص 17.

قبل الأخيرة، الذي أعطى للمحكمة السـلطة في مراجعة التعويض الإتفاقي الذي اتفق عليه الطرفان وأدرجاه في العقد، حيث جاء في الفقرة المذكورة ما يلي:

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغ فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضـا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسـبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي".

وبعد ذلك صدر القانون رقم 31.08 المتعلق بوضع تدابير لحماية المستهلك والذي جاء القسم الثالث منه معنونا " بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وقد تضمن هذا القسـم مجموعة من المقتضـيات التي تحدد معايير تحديد الشرـوط التعسـفية كما أورد بعض الأمثلة عليها، فضـلا عن ذلك فقد نص صراحة على بطلان هذه الشرـوط واعتبر مقتضيات هذا القسم من النظام العام.

واستنادا على ذلك يمكننا أن نكتشف بأن هناك تنصيص ضمني من المشرع على إلزام البـائع المهني بعـدم إدراج شروط تعسـفيـة في العقود التي يبرمهـا مع زبنـائـه من المستهلكين[22].

فالمشرع المغربي إذن لم يكن ينظم الشروط التعسفية ولم يفرد لها نصوص قانونية خاصـة باسـتثناء ما تضـمنته الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصـل 264 المشـار إليها أعلاه، إلا أنه حاول تدارك ذلك من خلال القانون رقم 31.08 والذي افرد للشرـوط التعسـفية القسـم الثالث، إذ عرفت المادة 15 منه الشرـط التعسـفي بانه كل شرط يكون الغرض منـه أو يترتـب عليـه اختلال كبير بين حقوق وواجبـات طرفي العقـد على حسـاب المستهلك.

ويظهر من خلال هذا التعريف أن المشرـع اعتمد معيارا يقوم أسـاسـا على توفر قدر من الخلل بين حقوق والتزامات طرفي العقد، دون أن يشـير إلى مسـألة اسـتغلال التفوق الإقتصـادي والفني الذي يتمتع به البائع المهني، وهذه مسـألة مهمة لأن المسـتهلك

---

[22] - زكرياء خليل،" حماية المسـتهلك من الشرـوط التعسـفية"، مقال منشـور بالمجلة المغربية للدراسـات القانونية والقضائية، عدد مزدوج 11-12، طبعة 2016، ص 16.

يكون مدفوعا بحاجته إلى السلعة أو الخدمة في حين يكون البائع المهني في موقع المتحكم في بيع هذه السلعة أو الخدمة وذلك ما يتضح من عبارة" على حساب المستهلك"[23].

و بناء على ما سبق يمكن تعريف الشرط التعسفي في عقود البيع بأنه بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه، يشترط الطرف القوي بماله من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة مبالغ فيها له على حساب الطرف الآخر دون مبرر قانوني" ومن خلال هذا التعريف يظهر ان الشرط التعسفي يتحقق من خلال عنصرين:

أولهما قيام البائع المهني في ضوء نفوذه الإقتصادي باستغلال حاجة المستهلك بصورة مستفزة، وثانيهما ذلك الأثر الذي يترتب على هذا الإستغلال وهو تحقيق استفادة مبالغ فيها للمهني على حساب المستهلك[24]، ثم نجد قانون 104.12[25] المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي أمد المستهلك بمجموعة من القواعد القانونية التي تتضمن بين طياتها حماية له، ونستحضر هنا المادة 10 التي أكدت بأن أي التزام أو اتفاقية أو بعد تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة طبقا للمادة 6 و 7 يكون باطلا بقوة القانون.

والحال هنا يقول بأن نص المادة يقوم على الطابع المطلق للبطلان، لأن المشرع حاول فيه حماية السوق وضمان حسن سير المنافسة داخله، وهنا إطلاقية البطلان تعني بأن إثارته ليست حقا محصورا على الأطراف والمحكمة فقط بل حتى المستهلك بإمكانه أيضا إثارته في حالة تضرر من ممارسة منافية للمنافسة[26].

---

[23] - يونس غالمي، ر س، ص 68.

[24] - زكرياء خليل، مق س، ص 20.

[25] -ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014)، بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية السعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 6276الصادر بتاريخ 26 رمضان 1435(24 يوليوز 2014).

[26] - أبو بكر مهم :" بطلان الممارسات المناخية لقواعد المنافسة" في إطار ندوة علمية دولية بجامعة محمد الخامس الرباط، تحت عنوان التحولات الإقتصادية وانعكاساتها على ظهير افلتزامات والعقود المغربي 2016 ص 203.

ب- تنظيم نظرية الظروف الطارئة والشرط الجزائي:

فكما هو معلوم يترتب عن عدم تنفيذ عقد ما مسؤولية عقدية هذه المسؤولية التي لا يمكن له أن يدرأها عن نفسه إلا بإثارته أن عدم تنفيذ التزمه كان نتيجة سبب أجنبي عنه أو ما يسمى بالحادث الفجائي أو "بالقوة الظاهرة".

فالمشرع المغربي ضل ولازال يحاول منح الضمان للطرف الضعيف الذي استحال عليه التنفيذ ليس فقط من خلال نظرية الظروف الطارئة بل كذلك من خلال منحه للقضاء إمكانية التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي في حالة ما إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا.

1- نظرية الظروف الطارئة

لقد تبنى المشرع المغربي نظرية القوة القاهرة من خلال الفصل 269و268 من ظ.ل.ع كما تولى بنفسه اعطاء تعريف لها من خلال الفصل 269 حيث جاء في ما يلي :

" القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، (كالظواهر الطبيعية، الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق، والجراد)... ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا"

وما نستشف من خلال التعريف الذكور بشكل أساسي هو الأسباب التي جاءت بها مقتضيات الفصل 269 التي وضعت المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ذلك أن مقتضيات هذا الفصل جاءت بمسببات لبعض الوقائع التي قد يؤدي وقوعها، إلى استحالة تنفيذ العقد، وبالتالي تعتبر قوة قاهرة وهذه النماذج أو التعداد التي جاء به الفصل أعلاه هي: (الفيضانات، الجفاف، العواصف، الحرائق، والجراد...)

كما ألزم المشرع المغربي لتطبيق هذه النظرية والدفع بها، توفر عدة شروط نص عليها الفصل 269 وهذه الشروط هي:

- **عدم التوقع: أي عدم توقع القوة القاهرة والحادث الفجائي.**

- **ثم كذلك اشـترط اسـتحالة الدفع: حيث يجب أن لا يكون بمقدور الشـخص منع الواقعة المكونة للقوة القاهرة وعدم استطاعته التصدي لها .**
- **بالإضـافة الى شرط آخر وهو ان يكون للمدين داخل في إثارة القوة القاهرة، أما من حيث أثرها في القوة القاهرة فهو مباشرة عدم تنفيذ المين الالتزام الملقى على عاتقه، بعد أن يصبح مسـتحيل التنفيذ لسـبب خارج عن إرادته يعزى الى قوة قاهرة فإن ذلك يشـفع له من التحلل من مسـؤوليته العقدية شرط أن يكون الاستحالة مطلقة ولا حق بعد ذلك للدائن ان يجبره على التنفيذ.**
- **وثاني نتيجة لهذه النظرية هي الإعفاء من المسـؤولية، اي ابراء ذمة المدين من اي التزام، وبالتالي سقوط مسؤولين وعدم أداء أي تعويض[27].**

2- تنظيم التعويض الإتفاقي

يتفق المتعاقدين عادة على مقدار التعويض الذي يعتبر في نظرهم مناسب لجبر ضرر الدائن عند إخلال المدين بالتزامات التعاقدية[28]، حيث يتم تظمينه في مختلف أنواع العقود وخاصـة منها تلك التي تخضـع في تنفيذها لعنصر الزمن كما هو الحال بالنسـبة لعقد القرض وعقد الكراء وعقد الشغل ....

وبالرجوع إلى الفصـل 264 من ق. ل. ع ، نجده لم يحدد تعريفا دقيقا للتعويض الإثفاقي، وإنما اكتفى بتوضيح الغاية المتوخاة من تضمينه بالعقد وكذا حالات تطبيقه، إذ جاء في الفقرة الثانية ما يلي: " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جزاء عدم الوفاء بالإلتزام الأصـلي كليا أو جزئيا أو التأخير فيه تنفيذه"

والقضـاء عرف التعويض الإتفاقي من خلال عدة اجتهادات قضـائية صـادرة عن المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا)، إذ جاء في قرار لها على أن :" الشرط الجزائي هو

---

[27] - يونس غالمي، ر س. ص. 82.81

[28] - محمد شكور" سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة في ضوء ظهير الالتزامات والعقود والقانون رقم 31.08 رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2019-2016 ص 124.

إتفاق مسـبق للتعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جرائم عدم الوفاء بالإلتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو عن التأخير عن تنفيذه[29].

فباعتبار التعويض الإتفاقي التزاما تابعا للإلتزام الأصلي إذ يستحق الدائن في حالة عدم وفاء المدين أو تأخيره في تنفيذ التزامه الناتجة عن هذا الإلتزام الأصـلي، لذلك يجب توفر عدة شروط يقف على توفرها تطبيق التعويض لاتفاقي وهي :

- **اخلال المدين بالتزام الأصلي .**
- **حدوث ضرر من جانب المدين.**
- **وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.**
- **انذار المدين[30]**

وعليه فقد أجاز المشرـع في الفصـل 264 من ق. ل.ع في فقرته الثانية أنه يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على التويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالإلتزام الأصـلي كليا أو جزئيا أو التأخر فيه تنفيذه لكن في المقابل أعطى المشرـع للمحكمة السـلطة في مراجعة التعويض الإثفاقي الذي اتفق عليه الطرفان وادراجه في العقد، حيث يمكن للمحكمة تخفيض التعويض إذا كان مبالغا فيه أو الرقع من قيمته إذا كان زهيدا بالإضـافة الى إعمال سـلطتها التقديرية في تخفيض[31] التعويض المثقف عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

الفقرة الثانية: دور القضاء في حماية المتعاقد

إذا كانت بعض القوانين قد ذهبت بعيدا في حمايتها للطرف الضـعيف، بإصـدار مجموعة من النصـوص التشرـيعية التي تهدف لتحقيق هذه الغاية مثل قانون حماية المسـتهلك فإن هناك وسـائل أخرى يسـتطيع بها القاضي الوصـول لإعادة التوازن

---

[29] - قرار محكمة النقض عدد 605 الصـادرين الملف التجاري عدد 2007/1/3/367 بتاريخ 23 ماي 2007 منشـور بمجلة رحاب المحاكم، العدد الثاني / شتنبر 2009، ص 84.

[30] - كبير إسماعيني:" سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي" رسالة لنيل دبلوم الماستر جامعة محمد الخامس – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – الرباط أكدال، السنة الجامعية 2014-2015 ص 14 .

[31] - يونس غالمي، ر س. ص 99 .

للإلتزامات، وبذلك لا تبحث الطريقة الكلاســيكية الحديثة الدرب الوحيد التي تمكن القاضي من تحقيق ميزان التعادل بين الإلتزامات.

بل إن هناك مجموعة من النصوص القانونية إن حاول القضاء التوسع في تفسيرها، فإن بإمكانه أن يصــل بها إلى حماية كافية للطرف الضــعيف، إذن فإلى جانب تقنية التفسير هناك تقنية أخرى مثل التدخل القضائي لتعديل العقد[32].

أ- سلطة القاضي في تفسير العقد

يقصـد بتفسـير العقد تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسـبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإدارة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين اعتمادا في ذلك على صــلب العقد، والعناصر الخارجية عنه المرتبطة به، ومن جانب الأســتاذ عبد الحق الصــافي فتفســير العقد هو تحديد معنى ومضــمون الإلتزامات العقدية المختلفة في تأويلها بين العاقدين وهذه العملية تنهض بها عدة جهات أهمها:

- المتعاقدون أنفسهم
- المحامون والموثقون وغيرهم
- التفســير القضــائي: وهو الذي يهمنا ويصــدر عن قاضي الموضــوع في مجلس القضاء بمناسبة طرح النزاع عليه والمتعلق بمضمون العقد.

ومعلوم أن القاضي وهو بصـدد مباشرة هذه المهمة يجد نفسـه أمام إحدى الحالتين: الأولى وضوح عبارات العقد والثانية غموض هذه العبارات[33].

1- سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الصريحة

حســب مقتضــيات الفصــل 461 ق. ل. ع الذي جاء فيه" إذا كانت ألفاظ العقد صريحة إمتنع البحث عن قصـد صـاحبها"، إذن فالعقد الواضـح لا يفسر، بل ينفذ كما ذهب إلى ذلك معظم الفقه[34]، وســار عليه القضــاء الفرنسي، منذ زمن ليس بالقريب

[32] -عبد الرحمان الشرقاوي،" دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي" ذ. د. ط. ذ. د. م. سنة 2002 ص 21.
[33] -عبد الحق الصافي:" الوجيز في القانون المدني الجزء الأول"، م س، ص 248/247.
[34] -الفقيه الفرنسي ghestin.

بمعنى أن القاضي يفقد سـلطته بشـكل شـبه مطلق في التفسـير ومن ثم لا يسـتطيع التدخل في مضـمون العقد لإيجاد التوازن بين إلتزامات أطرافه إذا ما كانت عبارات العقد واضـحة، وكانت محكمة النقض الفرنسـية تعتبر التفسـير في هذه الحالة تحريفا للعقد، وتؤسس على المادة 1334 من القانون المدني فرنسي المقابلة للفصل 230 ق. ل. ع. م لفرض رقابتها على قضاء الموضوع[35].

لكن يبقى السـؤال المطروح هنا هو ما المقصـود من عبارة الوضـوح التي تمنع وتقيد القاضي من الإلتجاء إلى عملية التفسير من أجل التعرف على إرادة الطرفين، هل وضوح العبارة أم وضوح الإرادة؟

إنقسـم الفقه إلى إتجاهين: الأول يتشـبت بالرأي القائل على أنه يمنع على القاضي تفسـير شروط العقد الواضـحة حتى ولو كانت تعسـفية، أما الرأي الثاني تعتبر أن الإنحراف عن اللفظ هو انحراف عن إرادة المتعاقدين وبالتالي هدم للرضى الذي هو ركن في العقد[36].

2- سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الغامضة

يقصد بالغموض هنا حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد فلا تكتشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد على عدة وجوه للتفسـير كل منها محتمل ويتعذر ترجيح وجه آخر الأمر الذي يبعث على الشـك المبرر للتفسـير وعليه إذا كانت عبارات العقد غير واضـحة أي يعتريها الغموض فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير يتمكن القاضي عن طريقه من ابعاد الغموض لكي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للعاقدين.

وقد حدد المشرع حالات غموض عبارات العقد في الفصـل 462 من ق. ل. ع الذي جاء فيه يكون التأويل في الحالات الآتية:

---

[35] -عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 22-23.

[36] -يونس غالمي، ر س، ص 90-91.

1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.

2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.

3- إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود.

4- وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل[37].

إذن وبعد القيام بعملية التفسير فالقاضي إما أن يوفق في إجلاء الغموض في العبارات الغامضة، وبالتالي يصل إلى الإرادة المشتركة بين المتعاقدين، أما إذا تعذر عليه الوصول إلى هذه النتيجة حيث يبقى الشك حول البنود التعسفية المضمنة في العقد ففي هذه الحالة لا يبقى أمام القاضي إلا تطبيق القاعدة التي تقول: "إعمال العقد خير من إهماله بالإستناد إلى المقتضى. الذي أوجده المشرع كمخرج للقاضي والمتمثل في قاعدة تفسير الشك لفائدة الملتزم[38].

وفي هذا الإطار قضت محكمة الإستئناف التجارية بفاس أنه: طبقا للفصل 473 من قانون الإلتزامات والعقود فإن الشك يفسر لفائدة الملتزم وهو المكتري في عقد الكراء[39].

ب: سلطة القاضي في تعديل العقد

لا شك ان تنظيم المشرع المغربي لسلطة القاضي في تعديل العقد سيكون له الأثر البالغ على صلابة مبدأ سلطان الإرادة، لذلك يتحتم علينا تعريف سلطة القاضي في تعديل العقد، قبل التطرق إلى الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد يراد بسلطة القاضي بتعديل العقد تلك السلطة التقديرية التي يتمتع بها قضاء الموضوع في

---

[37] -عبد الحق الصافي، م س، ص 252.

[38] -يونس غالمي، ر س، ص 89.

[39] -قرار عدد 308 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2004/03/16 في الملف عدد 03/1498، ص 300.

تقييم وتقدير وقائع القضـــايا المرفوعة إليه واســـتخلاص النتائج منها وإبراز أســـس الواقعية التي يمكن أن يؤسس عليها قناعته والتي غالبا ما يستمدها من القرائن والحجج المختلفة المقدمة إليه من طرف المتقاضين أثناء جريان الدعوى أمامه[40].

ومن ابرز الحالات التي يقوم فيه القاضي بأداء مهمته في تعديل العقد إما عن طريق تحول العقد(1) أو انتقاص العقد(2).

1: نظرية تحول العقد

إن نظرية تحول العقد هي نظرية جرمانية الأصـــل، أخذ بها بداية القانون الألماني وبعد ذلك تبنتها مختلف التشريعات منها ذات الأصل اللاتيني كالتشريع المغربي الذي تبنى النظرية في المادة 309 حيث تنص" إذ أبطل الإلتزام باعتبار ذاته وكأن من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام الأخير".

بناء على ذلك فإن نظرية تحول العقد، تســـمح بتحول العقد الباطل إلى عقد آخر تكون أركانه وشروطه متوفرة، فقد يكون عقد البيع باطلا لأن ركن الثمن غير موجود بسبب وجود ثمن تافه في العقد مثلا لا يتناسب وقيمة المبيع فيتحول إلى عقد هبة إذا كانت شروطها متوافرة خاصـــة نية التبرع، لكن لقيام هذا التحول صـــحيحا، لا بد من توافر شروط محددة أهمها:

- أن يتعلق الأمر بعقد باطل
- أن يتضمن العقد الباطل شروط قيام عقد آخر
- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد[41].

2: نظرية انتقاص العقد

[40] -يونس غالمي، ر س، ص 92-93.
[41] -عبد العالي الدقوقي، م س، ص 205-204.

المقصود بنظرية انتقاص العقد أن يكون العقد باطلا في جزء منه، وصحيح في الجزء الآخر أي أن بطلان العقد يكون جزئيا فقط فيتم اســـتبعاد الجزء الباطل وإعمال الجزء الصحيح من العقد، ووهو ما قصده المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 308 من ق. ل. ع حيث إن بطلان جزء من الإلتزام يبطل الإلتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا الإلتزام أن يبقى بدون الجزء الذي لحقه البطلان وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الإلتزام قائما باعتباره متميزا عن العقد الأصلي.

وإعمال هذه النظرية يستلزم بدوره شروطا أساسية أهمها:

- **إمكانية تجزئة العقد: أي أن الأجزاء التي تقرر بطلانها يمكن فصـــلها عن باقي مكونات العقد.**
- **أن لا يتعارض انتقاص العقد مع النية المفترضـــة للمتعاقدين، بحيث إذا تبين أن العقد المبرم يشـــكل وحدة متكاملة بالنســـبة للمتعاقدين، فلا يمكن إعمال فكرة انتقاص العقد[42].**

[42] - عبد العالي الدقوقي، م س، ص 205-206.

المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد بين خيار المنافسة أو الأفول

ســـاهمت التحولات الاقتصـــادية في تغيير ملامح نظرية العقد، حيث أصـــبحنا في منعرج تشرـيعي لم تعد القواعد العامة للعقد تواكب التطور الذي عرفه النســـيج الاقتصـــادي بصـــفة خاصـــة (المطلب الأول)، وهو ما دفع المشرـع إلى التدخل وذلك باصـدار مجموعة من القوانين الخاصـة (المطلب الثاني)، بهدف تحقيق الأمن القانوني، خصوصا حماية الطرف الضعيف في العقد.

المطلب الأول: أزمة مبادئ النظرية العامة للعقد

إنخرط المغرب في المنظومة الدولية للتبادل الحر وفتح الأســـواق أمام المنتوجات العابرة للحدود وفقا لقواعد العولمة مما أدى إلى تغير كبير في ملامح النظام القانوني المغربي، حتى ينسـجم مع التوجه الجديد للاقتصـاد العالمي الليبرالي، لكن الملاحظ أن ظهير الالتزامات والعقود ظل في منأى عن الإصـــلاح عدا بعض التغييرات الطفيفة التي طرأت عليه في مناسـبات محدودة جدا، هو ما جعل مجموعة من المبادئ العامة للعقد تتأثر بفعل هذه المتغيرات مما جعل العديد من الفقهاء يتحدثون عن أزمة في مبادئ هذه النظرية، على غرار مبدأ الحرية التعاقدية (فقرة أولى)، مبدأ القوة الملزمة للعقد (فقرة ثانية)، ومبدأ عيوب الإرادة (فقرة ثالثة).

فقرة أولى: تضييق سيادة مبدأ الحرية التعاقدية

يقصـــد بهذا المبدأ أن الفرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد وإذا قيد نفســـه بالموافقة على العقد فهذا يكون عن إقتناع و اختيار تامين، وقد عبر الفقيه (كونو- Gonot) في أطروحته حول مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني عن هذه الفكرة بما يلي:

" أنا لســـت ملزما بأي تصرـف قانوني إلا إذا رغبت فيه، وفي الوقت الذي أريد، وبالكيفية التي أحبذها "[43].

وإذا كان مبدأ ســـلطان الإرادة قد عرف ذروته مع نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، فاليوم أصبح يوجد في حالة أفول ويسهل حصرـ مجموعة من الإنتهاكات التي تهدد هذا المبدأ[44]، خصـــوصـــا في ظل التطورات المتســـارعة التي يعرفها المجتمع ســـواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو التكنولوجي والبيئي.

يمكن القول إن مبدأ سلطان الإرادة والمبدأ الملازم له أي الحرية التعاقدية، أصبحوا بعيدين عن تحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصـــادية، وذلك راجع كون أن القانون في بعض الأحيان يلغي الحق في التعاقد أو عدم التعاقد، حيث أنه يمكن للقانون أن يفرض إبرام عقد معين (عقد التأمين الســـيارة)، أو المعاقبة على رفض التعاقد (كالتاجر الذي يرفض البيع بهدف الضغط على الأسعار)[45].

بالإضـــافة إلى ما ســـبق أصـــبح هناك لجوء متزايد إلى القوانين الآمرة التي تجعل من الأطراف غير قادرين على تحديد محتوى (مضـمون) العقد، عندئذ فقواعد النظام العام هي التي تقرر الوضـــعية القانونية للأطراف، إذا أن العقد يفلت من إرادة المتعاقدين من أجل الخضوع لإرادة القانون[46].

إن الإختلال الحـاصـــل بين أطراف العلاقـة التعـاقـديـة الـذي أفرزتـه التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي حصلت بشكل مفاجئ والتي نجم عنها طرفا مهنيا قوي اقتصـاديا يسـتطيع تطويـع مفاصـل العقد وتوجيهه كما يريد في مقابل طرف ضعيف لا يملك المفاوضة والمساومة وتوجيه متعلقات العقد لصالحه[47]، الشيء الذي

43- عبد القادر العرعاري، مصـــادر الإلتزام الكتاب الأول نظرية العقد، الطبعة الســـابعة، مطبعة مكتبة دار الأمان4 ساحة المامونية، الرباط 2021، ص54-55.

44- BOUHJEL Amina, la théorie des contrats, Meknès.2013-2014. P.5

45- Ibid, P.5-6

46- Omar Azziman, droit civil droit des obligations, volume 1 le contrat, éditions Le Fennec, 1995, P63-64.

47 المعزوز البكاي، مق س، ص5.

إســـتدعى تدخل المشرــع المغربي وكذلك القضـــاء من أجل توجيه الحرية التعاقدية للمتعاقدين.

لعل أبرز هاجس جدب إنتباه المشرــع الى التدخل وتوجيه الحرية التعاقدية هو حماية المســتهلك لأنه يعتبر الطرف الضـعيف في العقد، وليس هذا فحســب بل تجدر الإشارة إلى أنه هناك إتجاه يرى أنه يجب حماية المستهلك ليس لأنه طرف ضعيف بل لأنه لا يعرف محتويات ما ســيقتنيه مقارنة مع الطرف الاخر الذي يعتبر اختصـاصي في ذلك المنتوج، وهناك اتجاه آخر يرى أن ســـبب تـدخل المشرــع من أجـل حمـاية المســـتهلك يتمثل في كون العقود التي تبرم من طرف المســـتهلك هي في الغالب عقود إذعان[48] وبذلك تم اصدار القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك[49].

بالإضـافة إلى القانون 31.08 السـالف الذكر فالمشرـع كذلك تدخل بمقتضىـ قانون حرية الأسعار والمنافسة[50] من أجل توجيه العرية التعاقدية.

وقد أدى هذا تدخل المشرـع بمقتضىـ هذا القانون إلى تضـييق سـيادة مبدأ الحرية التعاقدية وذلك من خلال:

- **تقليص التعسف في الحرية التعاقدية:**

إن الحرية التعاقدية المسـتخلصـة من مبدأ اسـتقلالية الإرادة يمكن أن يتصـادم مع تلك القواعد القانونية الاقتصـادية التي تجد أسـاسـها في فكرة المصـلحة العامة، بحيث ان نظرية تكوين العقد لم تكن كافية لتغطية الحالات التي يرجع فيها الامتناع عن التعـاقـد إلى التفـاوت في القوة الاقتصـــاديـة، ســـواء بين المهنيين فيمـا بينهم أو بين المســـتهلك، لذلك تدخل المشرــع المغربي من خلال منع رفض البيع أو الامتناع عن

48 **جواد خربوش، حدود مبدأ ســلطان الإرادة بين الواقع وهاجس التطور، مقال منشــور بمجلة الباحث للدراســات القانونية والقضائية، العدد48، نونبر 2022، ص13-14.**

49 **ظهير شريف رقم 1.03.11 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.**

50 **ظهير شـريف رقم 1.14.116 صـادر في 2 رمضـان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.**

تلبية طلبيات معينة بمقتضى قواعد قانون حرية الأسعار والمنافسة بغية تحقيق هاجس تكييف النظام التعاقدي مع ما استجد من التطورات للحد من غلو سلطان الإرادة حتى يضمن له البقاء والاستمرارية في التطبيق، بحيث يعد رفض البيع من أكثر الممارسات عدائية للوظيفة التنافسية للسوق، ومن ضمن الأنماط السلوكية التي تشكل استغلال وتحكم بالحرية التعاقدية، لذلك جرمه المشرع ومنعه لتعزيز مبدأ العدالة التعاقدية في نطاق السوق الاقتصادية لتصحيح شطط الليبرالية التعاقدية، وظلم الحرية التعاقدية، محاولا بذلك توجيه الحرية التعاقدية بما يخدم المصلحة الخاصة للفاعلين الاقتصاديين والمصلحة العامة[51].

- حظر الممارسات التميزية داخل السوق:

لتأخذ الحرية التجارية مجراها الطبيعي فإنه يلزم أن تحترم وألا تتعارض مع ما تقتضيه الحرية التعاقدية والتنافسية من قواعد، وعليه يمنع إقامة تفرقة بين الفاعلين الاقتصاديين ومنح شروط تفضيلية للبعض مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح بقية الأطراف الفاعلة داخل السوق، وهو ما جعل المشرع يتدخل ليمنع كل منتج أو مستورد أو بائع بالجملة أو مقدم خدمات من أن يطبق على شريك اقتصادي أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أي إجراء أو شراء تميزية غير مبررة بمقابل حقيقي محدثا بهذا الفعل إجحافا أو فائدة في المنافسة بالنسبة إلى الشريك المذكور، ومن ثم فإن المشرع يحرص على ضبط المعاملات التمييزية الخاطئة لأنها تؤثر على القدرة التنافسية داخل السوق مما يسبب الإضرار بالمصالح الاقتصادية للفاعل الاقتصادي[52].

أما تدخل القضاء يتمظهر كذلك وفق للأليتين[53]:

---

51 محمد فوندو، الحرية التعاقدية الموجهة، مقال منشور ب revue de droit civil, économique et comparé" العدد 1، 2020، ص71-72.

52 محمد فوندو، مق س، ص75.

53 المعزوز البكاي، مق س، ص11.

آلية التدخل في العقد بترخيص صريح من طرف المشرـع لتعديل الشرـوط والبنود التعسفية التي تأخذ شكل الشرط الجزائي طبقا للفصل 264 من ق.ل.ع.

ثم نجد الية تدخل القضـــاء عن طريق ما يســـمى بتكميل العقد وإضـــافة التزامات جديدة في العقد لحماية الطرف الضـعيف مثل الالتزام بضـمان السـلامة في عقد العلاج الطبي، والالتزام بضمان السلامة في عقد الرحلة المنظمة.

في ظل التدخل التشرـيعي والقضـــائي من أجل إعادة التوازن للعقد وكذلك حماية الطرف الضـــعيف، يمكن القول إننـا أمـام تراجع أحـد أهم مبـادئ القواعـد العـامـة الكلاسـيكية وهو مبدأ سـلطان الإرادة الذي انتعش وازدهر بفعل عوامل اقتصـادية لكنه في الأخير انتكص وتزعزع بفعـل ذات العوامـل التي زعزعـت التوازن العقـدي الـذي هو الأصل وفسحت المجال أمام التدخل التشريعي والقضائي الذي هو الاستثناء[54].

الفقرة الثانية: تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد

إن العقـد متى نشـــأ صـــحيحـا مســـتجمعـا لأركـانـه فقـد حـاز قوتـه الملزمـة وأصـــبح شريعة المتعاقدين. وبالتالي، فإن المتعاقدان ليس لهما من ســـبيل ســـوى تنفيـذ الالتزامـات الواقعـة على عـاتقهمـا طوعـا أو كرهـا، عينـا أو عن طريق التعويض، ولا يمكن لهما التحلل من التزاماتهما إلا عندما يســـمح لهما بذلك، إما بمقتضىـــ اتفاق بينهما، أو للأسـباب التي يقررها القانون، والعقد الذي نشـأ بشـكل صـحيح يفرض ليس فقط على الأطراف عدم تعديل بنود العقد بل كذلك على القاضي[55].

هذا وقد شـــبه ظهير الالتزامات والعقود المغربي العقد بالقانون، إنها صـــورة اســـتعارها مشرـــع ظ.ل.ع من القانون المدني الفرنسيـــ[56] القاعدة العامة تقول إن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد الرابط بين الدائن والمدين يعتبر بمثابة قانون ثنائي ينظم موضـــوع المعاملة التي حصل بشأنها الاتفاق وهذا يعني أن العقد يكون ملزما لأطرافه بما تضمنه

---

54 **المعزوز البكاي، المقال نفسه، ص12.**

55 Omar Azziman, Op.cit. P.240.

56 BOUHJEL Amina, Op.cit, P.153.

من بنود، وبالتالي فإن أي محاولة للمراجعة الفردية أو اظهار لنية العدول عن مقتضيات الاتفـاق لا يكون بهـا من أثر الا إذا حصـــلـت عن طريق التراضي المزدوج بين هؤلاء الأطراف[57].

هذا وقد عرف مبدأ القوة الملزمة للعقد هو الاخر نوعا من التراجع. صـــحيح أنه في المغرب كما في فرنسا، يمنع على القضاء دائما مراجعة "réviser" العقد عندما يتعرض التوازن الأولي لخطر جســـيم نتيجة لتطور لا يمكن التنبؤ به[58]، لكن في الحقيقة يظل تعديل العقود مقبول في بعض الأحيان بموجب القانون الحديث، حيث يأتي القانون تارة ليعدل من بنود بعض العقود الجارية، بالإضـافة الى ذلك فالقانون يعترف للقضـاء بسلطة تعديل مجموعة من العقود[59].

كما هو معلوم فالقضـــاء يتدخل في بعض الحالات التي يتم فيها تعديل أو الغاء بنود العقد متى توفرت بعض الشروط الخاصة:

- تدخل القاضي في إطار نظرية الظروف الطارئة (la théorie de l'imprévision)

حيث يتمكن القاضي من مراجعة بنود العقد عندما يثبت لديه أن الإستمرار في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المدين أصبح مرهقا لهذا الأخير[60].

- تدخل القاضي لتمتيع المدين بمهلة الميسرة (le délai de grâce)

هذا ما نصـــت عليه الفقرة الثانية من الفصـــل 243 من ق.ل.ع: " ومع ذلك يســـوغ للقضـــاة مراعاة منهم لمركز المدين ومع اســـتعمال هذه الســـلطة في نطاق ضـــيق أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها"

- تدخل القاضي للتخفيف من حدة الشروط التعسفية (les clauses abusives)

---

57 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام الكتاب الأول نظرية العقد، م.س، ص339.

58 بالنسبة للقانون الفرنسي فبعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي سنة 2016 تم ادخال نظرية الظروف الطارئة ""La théorie de l'imprévisionبموجب الفصـل 1195، أما المشـرع المغربي فقد أدار ظهره لهذه النظرية ولم يأخذ بها وبالتالي لم ينظمها في ظ.ل.ع.

59 Omar Azziman, Op.cit. P.64.

60 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام الكتاب الأول نظرية العقد، م.س، ص341.

إذا كان القاضي المغربي لا يحق له التدخل لتعديل العقد عن طريق نظرية الظروف الطارئة الا أنه في مقابل ذلك فان المشرع خوله صلاحيات واسعة للتخفيف من حدة الشروط التعسفية المجحفة بحق أحد الطرفين خصوصا في الحالات التي يتم اقحام هذه الشروط عن سوء نية بقصد الاضرار بالمتعاقد الاخر[61].

بالإضافة الى ذلك يمكن للمحكمة تفسير العقد سواء تعلق الأمر بالعقد الواضح العبارة متى كان ظاهر العقد مخالفا لقصد المتعاقدين –العقود الصورية-، وكذلك عندما تكون العبارة غامضة (عندما تكون العبارات المستعملة غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين أو عندما يكون لها أكثر من معنى).

الفقرة الثالثة: قصور نظرية عيوب الإرادة

لما كان التراضي ركن من أركان العقد، فقد خصها المشرع بتنظيم مفصل وذلك من خلال عيوب الرضا، التي يجوز لأي متعاقد شاب إرادته عيب من هذه العيوب أن يطالب بإبطال العقد، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى تمسك المستهلك بعيوب الرضا المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود لتحقيق التوازن العقدي؟

وتفيد عيوب الارادة أو ما يعرف بعيوب الرضى أن تكون إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة فيكون العقد قابلا للإبطال، هذه العيوب تطرق إليها المشرع من المواد 39 إلى 56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي وهي الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن، المرض والحالات الأخرى المشابهة. وتعتبر نظرية عيوب الرضى صدى لمبدأ سلطان الإرادة، و لمذهب الفردية في التشريعات المدنية، فمبدأ سلطان الإرادة يقتضي احترام التشريع والقضاء للعقود و الالتزامات، و بعدم التدخل في الرابطة العقدية ، و حتى إن اتسمت تلك العقود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الأخر و قد أدى تأثر التشريعات المدنية بمبدأ سلطان الإرادة إلى أن أصبحت هذه التشريعات غير قادرة على تحقيق التوازن بين المتعاقدين، و التطورات الاقتصادية أفرزت سرعة في الإنتاج

61 عبد القادر العرعاري، المرجع نفسه، ص342.

والتوزيع و الاستهلاك، الأمر الذي انعكس على مجال التعاقد و انتشار البنود و الشروط التعسفية[62].

إن آليات حماية التراضي المقررة في قانون الالتزامات والعقود نتجت عن النظرية التقليدية للعقد التي كانت تستجيب لحاجيات مجتمع ما قبل الثورة الصناعية حيث كانت العلاقات التعاقدية لا تمثل لا الحجم ولا التعقيد الذي يميزها اليوم. محيط العقد عرف تحولات عميقة، مما يفتح الأمر للتساؤل حول مدى نجاعة النظرية الحالية لعيوب الإرادة وبالتحديد يجب أن تسأل عن هل هي قادرة في الوقت الراهن على مواجهة الإنتاج الضخم والاستهلاك بالجملة وهل هي قادرة على أداء المهمة الحمائية في مواجهة الابداع (الابتكار) والمستهلك الذين أصبحوا دعامة أساسية لنظام اقتصادي يقوم على الاستهلاك بالجملة؟[63].

لم تسلم نظرية عيوب الإرادة من عدوى تأثير الظروف الاقتصادية بل العكس من ذلك تعد أكثر المبادئ تأثرا بهذه الظروف. وبالتالي أصبحت غير قادرة على مواكبة التطور الذي يعرفه العالم وليس المغرب فقط، لذلك كان لزاما على المشرع التدخل من أجل إصدار قوانين قادرة على مواكبة ذلك التطور، وبعد انتظار طويل لأزيد من ربع قرن على طرح أول نسخة لمشروع القانون الاستهلاكي ببلادنا تم تتويج هذا الانتظار بإصدار المشرع للقانون 31.08 الذي اتخذ جملة من التدابير اللازمة لحماية المستهلك ضد تجاوزات المهنيين الذين يملكون من القوة والسلطة ما يؤهلهم لاستغلال الفئات الضعيفة في ميدان التعاقد[64].

---

62 **معاد البراهمي، اثار التحولات الاقتصادية على نظرية عيوب الإرادة، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، الإصدار 41، غشت-شتنبر2022، ص224-225.**

63 Omar Azziman, Op.cit. P.138.139.

64- **عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام الكتاب الأول نظرية العقد، م.س، ص179.**

المطلب الثاني: مزاحمة القوانين الخاصة للنظرية العامة للعقد

يعد النشاط الإقتصادي بحق أحد المقومات الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع، واعتبارا للعلاقة الجدلية بين الإقتصاد والقانون، فإنه لا محيد للقواعد القانونية إلا أن تتكيف مع بيئتها لتواكب التحولات الإقتصادية، إلا أنه رغم ما أصاب المجتمع في هذا الباب من تحولات عميقة، بقي العقد الآلية القانونية الفعالة لتبادل المنتوجات والخدمات، وهذا أبرز قصور القواعد الكلاسيكية للعقد المتصفة بالثبات النسبي[65] عن حل المنازعات المحيطة بالعقد، هذه الاعتبارات دفعت المشرع إلى إنشاء قوانين جديدة وتعديل وتتميم القوانين الجاري بها العمل وفق ما تقتضيه مصلحة المجتمع، وفي عصرنا أفرزت التحولات الإقتصادية أنماطا تعاقدية جديدة، كما انقسم المجتمع إلى فئتين متمايزتين وغير متكافئتين إقتصاديا ومعرفيا وفنيا (مهنيين-مستهلكين)، مما فرض على المشرع التدخل في مجال العقود لتطويع نظرية العقد لتؤطر الأنماط الجديدة للتعاقد، ولتحقيق نوع من التوازن في العقود الاستهلاكية عبر حماية الطرف الضعيف فيها.

لهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى صور التدخل التشريعي لتطوير نظرية العقد (الفقرة الأولى) ثم تقييم هذا التدخل التشريعي في العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صور التدخل التشريعي لتطوير نظرية العقد

إضطر المشرع إلى التدخل لجعل مؤسسة العقد قابلة لتأطير أوضاع مستجدة وحماية النظام العام الإقتصادي واستقرار المعاملات داخل المجتمع، وفي سبيل بلوغ هاته الغاية، وظف المشرع وسيلتين أساسيتين: تقنية الإصلاح الجزئي لظهير الالتزامات والعقود (أولا)، وتقنية إصدار القوانين الخاصة (ثانيا).

---

65 - شهد القانون الفرنسي (مدونة نابوليون) تعديلات محدودة بين سنة 1804 و 2016 حيث عرف أوسع تعديل بمقتضى الأمر الرئاسي الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016.

أولا: تقنية الإصلاح الجزئي لظهير الالتزامات والعقود

بغية تحقيق الجاذبية والتنافسية للاقتصاد الوطني بعد انفتاحه على الإقتصاد العالمي، ولتشجيع الإستثمار الداخلي والخارجي، قام المشرع المغربي بعدة إصلاحات قانونية منها تعديلات مست ظ.ل.ع.

أ- القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

جاء القانون رقم 53.05[66]، كما تم تعديله بالقانون رقم 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية[67]، الذي تمم الباب الأول من ظ.ل.ع تحت ضغط التحولات الإقتصادية التي أفرزت لنا أساليب حديثة للتعاقد عن بعد ونوع جديد من التجارة يتسع يوما بعد يوم في سوق كبير في فضاء رقمي مفتوح، تستعمل فيه الوسائط التكنولوجية والإلكترونية لربط الصلات وتقريب المسافات وعقد الصفقات، فما كان للمشرع من بد إلا التدخل لتنظيم قواعد التعاقد وتوجيه المتعاقدين لإبرام العقود في بيئة محمية قانونا، عبر تنظيم هذه السوق وتأمين إستقرار التعامل داخلها، وقد خلف هذا القانون تأثيرا كبيرا ومهما على النظرية العامة للالتزامات[68]، بعض الفقه يعتبر تأثير هذا القانون أهم تأثير أصاب ظ.ل.ع خلال قرن من العمل به، هذا القانون ابتغى المشرع من ورائه تنظيم التعاقد بشكل إلكتروني حيث إستثنى العقد الإلكتروني من الخضوع لبعض القواعد العامة لنظرية العقد إذ جاء في الفصل 2-65 "لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب" اذ نظم بموجبه الإيجاب الإلكتروني (العرض) وبياناته الأساسية ومدة صلاحيته كما نظم القبول الإلكتروني، نظم المشرع أيضا بمقتضى القانون 53.05 حجية الوثائق المحررة على دعامة إلكترونية

---

66 - القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 129.07.1 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007).

67- القانون رقم 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الالكترونية. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.100 صادر في 16 من جمادى الاولى 1442 (31 ديسمبر 2020) .المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6951، 27 جمادى الاولى 1442. بتاريخ 11 يناير 2021 .ص:271

68 - عبد الحق صافي، م س، ص: 50.

ومعادلتها لتلك المحررة على الورق[69]، وأيضـــا أعاد المشرـــع في إطار القانون 43.20 تنظيم التواقيع و الأختام الإلكترونية حيث أصـــبحنا نميز بين عدة مســـتويات من هذه الأخيرة.

بصـــفة عامة فمقتضـــيات القانون 53.05 كما تم تعديله بالقانون 43.20 فرضـــتها التحولات الإقتصـــادية والتكنولوجية التي دعت المشرـــع إلى تطوير قواعد التعاقد لتواكب هذه التحولات وهو ما أثر بشـكل مباشر على العناصر الأسـاسـية لمؤسـسـة العقد.

ب- القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز

فرضت سياسة الدولـة فـي مجـال الإسكان وتحـدي تـوفير السكن للأسـر مـحـدودة ومتوســطة الدخل توفير ضــمانات قانونية لبيع العقارات في طور الإنجاز وذلك بهدف تعزيز الثقة في هذا النوع من البيـــوع الواردة على العقارات و المسـاكن على التصـميم، فأصــدر المشرـع القانون 44.00 المعدل و المتمم بالقانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز[70] الذي تمم الأحكام العامة لعقد البيع ليســاير متطلبات العملية التعاقدية في هذا المجال، هذا القانون أيضـــا جاء لينظم نوعا معينا من البيوع التي لا تسعف القواعد العامة لعقد البيع في تنظيمها.

ثانيا- تقنية إصدار القوانين الخاصة

إتبع المشرـع في مجال تنظيم العقود تقنية موازية لإصـلاح ظ.ل.ع تتمثل في تنظيم أنماط عديدة من العقود بقوانين خاصة، على سبيل المثال لا الحصر نظم المشرع عقد الكراء بمقتضى- القانون 67.12 والقانون 49.16، ونظم عقد الشـغل بمقتضى- القانون 65.99، وعقـــد التـــأمين بمقتضى القانون 17.99، و العقود التجارية بمقتضى القانون

69 - الفصل 1-417 من ق.ل.ع.

70 - القانون رقم 44.00 بشان بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسـطس 1913) بمثابة ظهير الإلتزامات و العقود كما وتم تغييره و تتميمه بالقانون رقم 107.12 الصـادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 (3 فبراير 2016)

15.95، الشركات التجارية بمقتضى القانون 17.95 والقانون 5.96، والعقود العقارية بمقتضى القانون 39.08 ...الخ، وأخرجها من تحت جلباب ق.ل.ع. كما سعى المشرع لحماية السوق الوطنية بقواعد حمائية.

سنقتصر في دراستنا على تأثير قانونين على قدر كبير من الأهمية على النظرية العامة للعقد: قانون حماية المستهلك (أ) وقانون المنافسة (ب).

أ- تأثير قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد

منذ النصف الثاني من القرن الماضي بدأ الفقه الإقتصادي ينظر إلى فئة المستهلكين على أنها فئة فاعلة إقتصاديا في دورة الإنتاج، فتعالت الأصوات منادية بحماية حقوق المستهلك[71] باعتباره طرفا ضعيفا جديرا بالحماية عند إقدامه على التعاقد مع طرف مهني، لهذا أصدر المشرع المغربي سيرا على نهج التشريعات المقارنة قوانين تحمي المستهلك أبرزها القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات[72]، والقانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك[73]، وقد شكل هذا الأخير ثورة حقيقية وانقلابا على القواعد العامة للعقد، حتى بات بعض الفقه يتحدث عن وجود إضطراب تعيشه نظرية العقد وأفول لبعض مبادئها الكلاسيكية[74].

فإذا كانت النظرية العامة للعقد في ثوبها الكلاسيكي مشبعة بالمذهب الفردي وسلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد ونسبية آثار العقد، فإن الأزمات التي عاشتها الرأسمالية وانتشار المذاهب الإجتماعية وتبني الإقتصاد الموجه في الفكر الإقتصادي أزال عن هذه القواعد قدسيتها، فبات من المسلم به أن هذه المبادئ أصبحت عاجزة عن إنشاء علاقات تعاقدية عادلة ومتوازنة بين فئة المستهلكين والمهنيين، وما إقرار

71 - نصت ديباجة القانون 31.08 على أمثلة للحقوق الأساسية للمستهلك والمتمثلة في: الحق في الحماية الإقتصادية؛ الحق في التمثيلية؛ الحق في التراجع؛ الحق في الإختيار؛الحق في الإصغاء إليه.

72 - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 4678.

73 - ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 ابريل 2011، ص 1072.

74 - المعزوز البكاي، مق س، ص 8.

الحق في التراجع كحق للمستهلك في مواجهة المهني إلا ضربا صارخا للقوة الملزمة للعقد كأهم المبادئ التعاقدية، فحق المستهلك في التراجع هو مهلة بقوة القانون يجوز فيها للمستهلك التحلل من آثار بعض العقود بإرادته المنفردة ودون مساءلته عن السبب، القانون 31.08 حمل أيضا المهني بإلتزام إيجابي يتمثل في واجب التبصير أو الحق في الإعلام هذا الحق مرده عدم التكافؤ الفني والمعرفي بين المستهلك والمهني حول ما يرتبه العقد على طرفيه من حقوق وإلتزامات، إذ أن المهني متفوق معرفيا وفنيا على المستهلك، فاقتضت قواعد العدالة أن يرفع المهني المستوى المعرفي للمستهلك ليتعاقد وهو على بينة من أمره، جاء أيضا هذا القانون بمقتضيات حمائية تمنع المهني من إدراج الشروط التعسفية، ورتب المشرع بطلانها وبقاء العقد قائما، أكثر من ذلك جعل المشرع هذه الضمانات من النظام العام، أي أن المشرع منع على المتعاقدين الإتفاق على مخالفتها أو التعديل من قواعد المسؤولية التعاقدية الناشئة عن الإخلال بها[75].

إن قراءتنا لهذا القانون ومقتضياته تظهر مدى تدخل المشرع في العقد، فأصبحت إرادة المشرع أكثر حضورا في تكوين وتنفيذ العقد من إرادة الأطراف، صفوة القول في هذا القانون أن المشرع ترك للمتعاقدين حرية التعاقد أو عدم التعاقد إلا أنهم متى اختاروا التعاقد كان العقد وفق ما يقتضيه القانون.

ب- تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على نظرية العقد

إذا كان القانون 31.08 يهدف إلى حماية المستهلك كفرد، فإن القانون 104.12[76] يهدف إلى حماية السوق الحرة والمنافسة المشروعة داخلها وهذا يحمي المستهلكين والمهنيين على حد سواء.

---

75 - نصت المادة 106-13 المتممة ل ظ.ل.ع بموجب المادة 65 من القانون 24.09 على ما يلي:"تطبيقا لأحكام هذا الباب، تعتبر لاغية كل الشروط المحددة أو الملغية أو المنقصة للمسؤولية للمنتج أو للمستورد تجاه الضحية وكذلك كل شروط الإعفاء منها".

76 - ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014)، بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادر بتاريخ 24 يوليو 2014، الصفحة 6077.

ولما كان سعر البضائع والخدمات أهم ما يعني المستهلك فإن المشرع ترك تحديدها من حيث المبدأ لقانون العرض والطلب[77]، إن المشرـع بحماية المنافسـة الحرة داخل السوق ومنع التصرفات الضارة يضمن إلى حـد مـا تـوفير حاجيات المستهلك بأسعار معقولة، فقانون العرض والطلب كفيل بخلق توازن في الأسعار[78]، لكن هذا التوازن يبقى مشرـوطا بعدم قيام الفاعلين الإقتصـاديين بأي تصرـفات تؤثر على العرض وقد عددها المشرـع على سـبيل المثال في القسـم الثالث من القانون 104.12 تحـت عنـوان الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، ولأجل هذه الغايـة أحـدث مجلـس المنافسة[79] الذي ينظر في إحترام هذه المقتضـيات وإصـدار العقوبات المنصـوص عليها في هذا القانون من غرامات وحجوز وأوامر وله إحالة الملفات إلى النيابة العامة قصـد القيام بالمتابعات القضائية التي يستدعيها القانون.

هـذا القـانون أثر على النظريـة العـامـة للعقـد بنـاء على إعتبـارين: الإعتبـار الأول كون السـوق تقوم على تداول السـلع والمنتوجات والخدمات والإعتبار الثاني كون العقد هو الأداة التي يتم بها هذا التداول.

إن تشريـع قواعد ضبط لحماية النظام العام الإقتصـادي يؤدي بالنتيجة إلى خلخلة القواعد التقليدية للعقد بشـكل غير مباشر، كحرية التعاقد ونسـبية آثار العقد وتوسـيع مبدأ حسـن النية ليشـمل أيضـا تكوين العقد بعدما كان النص القانوني يحصرـه في مرحة التنفيذ.

---

77 - جاء في المادة الثانية من القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسـعار والمنافسـة "باسـتثناء الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، تحدد أسعار السلع والمنتوجات والخدمات عن طريق المنافسة الحرة...".

78 - هذا المبدأ هو أساس إقتصاد السوق في الأنظمة الليبرالية، والذي عبر عليه آدم سميث بقاعدة "اليد الخفية" إذ أن ترك السـوق حرا بدون تدخل الدولة لتنظيم الأسـعار، يجعل السـوق يجد طريقه للتوازن والاسـتقرار بناء على قانون العرض والطلب.

79 - تنص المادة الأولى من القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسـة "طبقا للفصـل 166 من الدسـتور، يعتبر مجلس المنافسة المسمى بعده في هذا القانون ب "المجلس" هيأة مستقلة مكلفة، في إطار تنظيم منافسة حرة ومشروعة بضـمان الشـفافية والإنصـاف في العلاقات الاقتصـادية، خاصـة من خلال تحليل وضـبط وضـعية المنافسـة في الأسـواق، ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الإقتصادي والاحتكار".

الفقرة الثانية: تقييم التدخل التشريعي في العقد

على الرغم من تدخل المشرع في مجال العقد بمقتضيات حمائية وتوجيهية لضمان مسايرة العقد للتحولات العميقة التي يشهدها المجتمع والعالم، إلا أن الفقه يكاد يجمع على مطلب الإصلاح الشامل للنظرية العامة للعقد، حيث يجد هذا المطلب مبرره في قصور الإصلاحات التشريعية الجزئية (أولا)، وضرورة تعديل نظرية العقد في ظ.ل.ع (ثانيا)

أولا- قصور الإصلاحات التشريعية الجزئية

إن الآليات الإصلاحية التي إتبعها المشرع المغربي في مجال العقود لا يمكن إلا تقبلها إذا ما قرأناها في سياقها التاريخي، لكن هذا لا يجعلها في منأى عن النقد، وهو ما تعرضت له بالفعل خصوصا بعد سنوات من التطبيق في الواقع العملي الذي يعتبر المعيار الحقيقي لجدواها ونجاعتها، فحالة التذبذب وغياب الرؤية الشاملة للإصلاح حد من نجاعتها، إذ يرى أغلب الفقه أن إصلاح النظرية العامة للعقد قطعة من داخل ظ.ل.ع أو بإتباع سياسة القوانين الخاصة يضر بالأمن القانوني وبالتالي بتنافسية قانون العقود المغربي، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن المشرع في إصلاحاته المتخذة لم يقنن المبادئ والاجتهادات القضائية والحلول المبتكرة من طرف الفكر القانوني والإجتهاد الفقهي للأوضاع المستحدثة، نذكر في هذا الباب أخذه بنظرية الإستغلال دون توسع في مجال تطبيقها في نص فريد من القانون 31.08[80] حيث ذهب بعض الدارسين إلى التساؤل حول مدى رغبة المشرع فعلا في صياغة نظرية حقيقية للإستغلال[81]، كما أن المشرع لم يأخذ بنظرية التعسف بصياغة موحدة ومتماسكة، بل مجرد نصوص متناثرة كالفصل 878 من ظ.ل.ع ومواد القسم الثالث من قانون حماية المستهلك.

80 - المادة 59 من القانون 31.08.

81- عبد العالي دقوقي، م س، ص98.

أما فيما يخص الحق في التراجع كآلية حمائية في قانون حماية المستهلك فإن الفقه يعيب على المشرع جعله مقتصرا على بعض العقود الاستهلاكية على سبيل الحصر (العقود المبرمة عن بعد والقروض الاستهلاكية والعقارية والبيوع خارج المحلات التجارية) فيطالب البعض بفرضه على كل عقد يجمع طرف مهني بآخر مستهلك متى بلغت قيمة هذا العقد حدا مهما[82]، بينما يطالب البعض الآخر بجعل الحق في التراجع شاملا لعدد أوسع من العقود التي تجمع مهني بمستهلك[83].

هذه الانتقادات وغيرها دفعت إلى ارتفاع أصوات مطالبة بضرورة تبني مقاربة شمولية في إصلاح نظرية العقد في ظ.ل.ع.

ثانيا- ضرورة تعديل نظرية العقد في ق.ل.ع

إن الرأي الغالب بين فقهاء القانون المدني المغربي هو حاجة النظرية العامة للعقد للإصلاح وفق رؤية شمولية، هذا لا يعني هجران القواعد العامة للعقد، بل يعني أن النظرية العامة للعقد بقواعدها الكلاسيكية لا تلبي الحاجات الراهنة للإقتصاد والمجتمع الحالي، لهذا ينبغي وضع حلول مستحدثة وإدخال ديناميكية على الأحكام العامة للعقد استوجبتها الظروف الإقتصادية الحالية والتي تختلف عن الظروف الإقتصادية التي صاحبت وضع ظ.ل.ع، هذا يفرض على الفقه القانوني المغربي مقاربة الثابت والمتغير في القواعد الكلية لنظرية العقد، فالقواعد التي أثبتت التحولات الإقتصادية أنها لا حاجة لتغييرها يتم المحافظة عليها وتكريسها، بينما القواعد التي تجاوزها التطور الإقتصادي وأصبحت معيقة له يجب تغييرها، فالتحولات الإقتصادية نقلت العقد من الجمود إلى الحركية، ومن الحرية إلى التوجيه، ومن كونه مصدرا للالتزام إلى آلية للتعامل، ومن كونه رابطة شخصية إلى قيمة مالية، ومن كونه عملية

82 - عبد الرحمان الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الإقتصادي، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2015، ص 168.

83 - عبد العالي دقوقي، م س، ص 164.

معاوضة إلى منظم آلية للتبادل الإقتصادي[84]. هذه المطالب بإصلاح ظ.ل.ع زاد من صخبها رهانات الإقتصاد المغربي على جذب الإستثمارات وعلاقات الشراكة والتبادل الحر التي تجمعه بعدد من الدول والتكتلات الإقتصادية، فأروبا في سعي حثيث لتوحيد قواعد قانون العقود، حيث أن المشرع الفرنسي قد أقدم سنة 2016 على إدخال تغييرات عميقة على القانون المدني الفرنسي هي الأوسع منذ وضع مدونة نابوليون سنة 1804 أدت إلى تعديل أزيد من 300 مادة من أجل جعله قانون تنافسي ذو جاذبية، هذه المعطيات وبلا شك تفرض على المغرب كشريك لهذا الفضاء الإقتصادي ملائمة تشريعه الوطني خاصة في مجال العقود مع المعايير الدولية، كون ظ.ل.ع المغربي الذي يستمد جل أحكامه من هذا القانون ليس بمعزل عن التأثر بهذا التحديث الذي أدخل على قانون العقود الفرنسي، إلا أن منطلقات الإصلاح يجب أن تنبني على تجاوز أخطاء الماضي وأهمها التركيز على معطيات الواقع المغربي قبل إستيراد النصوص الجاهزة من دول أخرى، ثم السعي لبناء مدرسة قانونية مغربية تنهل بشكل أساس من تعاليم الشريعة الإسلامية والفقه المالكي والأعراف المحلية و المواثيق الدولية وذلك في قالب حداثي وعصري، هذه التطلعات تلقي بثقل كبير على فقهائنا في علوم القانون والشريعة والإجتماع والإقصاد وغيرهم، فإذا كان دور فقهائنا إستشاري عند وضع ظ.ل.ع من طرف سلطات الحماية فإن دورهم الآن بات مركزي تأسيسي، كما أن ضرورة إصلاح ظ.ل.ع كإطار للكليات لا يلغي الحاجة إلى قوانين خاصة موازية تنظم الجزئيات.

84 - عبد السلام فيغو، تأثر النظرية العامة للعقد بالعولمة الإقتصادية والقانونية، مداخلة ألقيت عن بعد في إطار سلسلة اللقاءات العلمية المنظمة من طرف كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، بتاريخ 16 يوليوز 2020. رابط المداخلة https://youtu.be/TWqCbEq6dcM ، تاريخ الولوج 2022/12/18 على الساعة 20h30.

خاتمة

ختاما فقد ســـعينا من خلال هذه الدراســـة الى إلقاء الضـــوء على بعض المفاهيم المؤطرة للعقد وإعطاء مقاربة تطبيقية لها مع الواقع الاقتصـادي الجديد في ظل بعض المسلمات السائدة في القانون المدني.

خلصـنا إلى أن تطور المعاملات القانونية في مناخ من التحولات الاقتصـادية أدى إلى بروز عناصر اقتصـــادية جديدة وأنماط غير مألوفة في قواعد القانون المدني، كما فعل بالنسـبة للتبادل الاكتروني للمعطيات القانونية، فمعيار الارادة أصـبح غير كاف لتحديد المركز القانوني للطـرف أمـام انقسام المجتمع إلـى طـرفين، فهناك المستهلك الطـرف الضـــعيف في العلاقة التعاقدية، وفي المقابل هناك الطرف المحترف او المهني الطرف القوي.

ويتضـح كذلك مما سـبق ان المسـاواة القانونية المفترضـة على أسـاس صـحة الرضى أصبحت لا تصلح أمام التطورات والتحولات في الأوضاع الاقتصادية الأمر الذي يعطي المشرع (القانون) صـلاحية التدخل بقواعد صريحة لحماية الطرف الضـعيف من جهة وحماية التوازن العقدي من الاختلال أثناء تنفيذ العقد حفاظا على استقرار المعاملات.

وانطلاقا مما ســبق يمكن القول بأن التطورات التي لحقت نظرية العقد لا تعتبر ثورة على العقـد، وإنمـا هي قفزة نوعيـة من المشرــع لمســـايرة التطورات والتحولات الاقتصادية، وهذا لا ينقص من قيمة الأحكام العامة والنظرية العامة للعقد باعتبار هذه الأخيرة لا تزال تنظم مجموعة من المعاملات بين الأفراد.

لائحة المراجع

❖ الكتب باللغة العربية

- عبد الرحمان الشرـقاوي، النظرية العامة للالتزام في ضـــوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الإقتصادي، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2015.

-عبد الحق الصـافي، القانون المدني، الكتاب الأول، تكوين العقد، الجزء الأول، المصـدر الإرادي للإلتزامات، الطبعة الأولى 2016، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء.

-عبد الرحمان الشرـقاوي،" دور القضــاء في تحقيق التوازن العقدي" ذ. د. ط. ذ. د. م. سنة 2002.

-عبد الرزاق السنهوري" نظرية العقد"، دون ذكر الطبعة و المطبعة، ص 115.

-عبـد العـالي الـدقوقي، الوجيز في القـانون المـدني، الطبعـة الثـانيـة، 2019. مطبعـة سجلماسة.

-عبد القادر العرعاري، مصـــادر الإلتزام الكتاب الأول نظرية العقد، الطبعة الســـابعة، مطبعة مكتبة دار الأمان4 ساحة المامونية، الرباط 2021.

❖ الكتب باللغة الفرنسية

-BOUHJEL Amina, la théorie des contrats, Meknès.2013-2014.

- Omar Azziman, droit civil droit des obligations, volume 1 le contrat, éditions Le Fennec, 1995.

❖ الأطروحات و الرسائل

- كبير إســـماعيني،" ســـلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي" رســـالة لنيل دبلوم الماســـتر جامعة محمد الخامس – كلية العلوم القانونية والاقتصـــادية والاجتماعية – الرباط أكدال، السنة الجامعية 2014-2015
- محمد شكور" سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة في ضوء ظهير الالتزامات والعقود والقانون رقم 31.08 رســـالة لنيل دبلوم الماســـتر في القانون الخاص، جامعة الحســـن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2019-2016
- يونس غالمي: أثر التحولات افقتصـادية على العقد في التشريـع المغربي، رسـالة لنيل دبلوم الماســـتر في قانون المنازعات، جامعة المولى إســـماعيل كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مكناس، السنة الجامعية 2018-2019
- خالد الفكاني: اتر تغير الظروف الاقتصادية على العقد، اطروحة لنيل شـهادة الدكتورة الوطنية في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصـادية والاجتماعية أكدال- الرباط السنة الجامعية 2013-2014

❖ المقالات

- المعزوز البكاي، بعض مظاهر اضـــطراب النظرية العامة للعقد. مقال منشـــور بمجلة القانون المدني. العدد الثالث، 2016.
- جواد خربوش، حدود مبدأ سـلطان الإرادة بين الواقع وهاجس التطور، مقال منشـور بمجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد48، نونبر 2022
- زكرياء خليل،" حماية المســتهلك من الشرـوط التعســفية"، مقال منشــور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد مزدوج 11-12، طبعة 2016
- محمد الهادي الكنوزي، من العقود التجارية إلى عقود الأعمال أي تأثير على حرية التعاقد، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 148/9-10/2015.

- محمد فوندو، الحرية التعاقدية الموجهة، مقال منشــور ب "revue comparé de droit civil, économique et العدد 1، 2020
- معاد البراهمي، اثار التحولات الاقتصــادية على نظرية عيوب الإرادة، مقال منشــور بمجلة القانون والأعمال الدولية، الإصدار 41، غشت-شتنبر2020

الفهرس

مقدمة.....0

المبحث الأول: أثر التحولات الإقتصادية على إبرام و تنفيذ العقد 3

المطلب الأول: أثر التحولات الإقتصادية على إبرام العقد.....3

الفقرة الأولى: مبدأ سلطان الإرادة من الحرية إلى بداية التقييد.....3

أولا: تراجع مبدأ سلطان الإرادة 3

ثانيا: مركز سلطان الإرادة أمام الشكلية 6

الفقرة الثانية: اثر التحولات الاقتصادية على مضمون العقد ومراكز المتعاقدين.....7

أولا: التطورات الحاصلة في مجال العقود 7

ثانيا : خلق ممارسات تعاقدية جديدة 9

المطلب الثاني: أثر التحولات الإقتصادية في مرحلة تنفيذ العقد.....10

الفقرة الأولى: دور المشرع في حماية المتعاقد 11

أ- بطلان الشرط التعسفي 11

ب- تنظيم نظرية الظروف الطارئة والشرط الجزائي: 14

1- نظرية الظروف الطارئة.....14

2- تنظيم التعويض الإتفاقي.....15

الفقرة الثانية: دور القضاء في حماية المتعاقد 16

أ- سلطة القاضي في تفسير العقد.....17

1- سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الصريحة 17

2- سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الغامضة.....18

ب: سلطة القاضي في تعديل العقد 19

1: نظرية تحول العقد.....20

2: نظرية انتقاص العقد.....20

المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد بين خيار المنافسة أو الأفول.....22

المطلب الأول: أزمة مبادئ النظرية العامة للعقد.....22

فقرة أولى: تضييق سيادة مبدأ الحرية التعاقدية 22

الفقرة الثانية: تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد 26
الفقرة الثالثة: قصور نظرية عيوب الإرادة 28
المطلب الثاني: مزاحمة القوانين الخاصة للنظرية العامة للعقد 30
الفقرة الأولى: صور التدخل التشريعي لتطوير نظرية العقد 30
أولا: تقنية الإصلاح الجزئي لظهير الالتزامات والعقود 31
أ- القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية 31
ب- القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز 32
ثانيا- تقنية إصدار القوانين الخاصة 32
أ- تأثير قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد 33
ب- تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على نظرية العقد 34
الفقرة الثانية: تقييم التدخل التشريعي في العقد 36
أولا- قصور الإصلاحات التشريعية الجزئية 36
ثانيا- ضرورة تعديل نظرية العقد في ق.ل.ع 37
خاتمة 39
لائحة المراجع 40