

مجزوءة ، القانون المدني المعمق

ماستر ، القانون والمقابلة ،

قانون وعمليات البنوك التشاركية

العقار والتعمير.

عرض تحت عنوان

التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي

من إعداد الطالبة

- فدوى أوشريف
- خشلاعة عثمان
- بنبونس زكرياء
- زكرياء الياقوتي
- كوثر أومالك
- محمد أهلال

السنة الجامعية

2020/2019

لائحة المختصرات:

| | |
|---------------------------|-------|
| قانون الالتزامات و العقود | ق.ل.ع |
| مرجع سابق | م.س |
| طبعة | ط |
| الصفحة | ص |
| دون ذكر الطبعة | د ذ ط |
| دون ذكر اسم | د ذ إ |
| مطبعة | م |

المقدمة

تشكل الإرادة باعتبارها سلوكا سيكولوجيا قوام و أساس كل تصرف قانوني، والعملية التعاقدية تقوم في جوهرها على حرية الإرادة التي تعيب سلطان إرادة الاطراف المتعاقدة في ابرام العقود من خلال تضمينها ما شاءوا من شروط وترتيب ما ارادوا من آثار فالعقد شريعة المتعاقدين ومن التزم بشيء لزمه كما تقضي بذلك القاعدة الاصولية.

ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة هذا أنه يصبح من غير الممكن بحسب الاصل تدخل أي شخص من غير المتعاقدين لتعديل مضمون العقد ذلك ان تحديد هذا المضمون يبقى رهن ارادة المتعاقدين. والعقد لا يمكن الا ان يكون عادلا¹

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة في مفهومه التقليدي يؤسس لسيادة الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد وبالتالي حظر أي تدخل اجنبي في العقد ولو تعلق الامر بجهة تشريعية او قضائية، فان التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و التكنولوجية التي شهدتها العالم خلال العقدين الاخيرين افرزت اخلالا بينا بين اطراف العلاقة العقدية الشيء الذي نجم عنه وجود طرف مهني قوي اقتصاديا و طرف ضعيف لا حول له ولا قوة، و كمثال لذلك العقود النموذجية التي غالبا ما تتضمن شروط تعسفية تضر بمصالح المستهلك.

امام هذا الوضع الذي اصبحت في ظله الحرية -طبقا لمبدأ سلطان الإرادة- ماهي الا ستار براق يخفي الكثير من انواع العبودية² ووسيلة يستغلها الطرف القوي لتمرير شروط لصالحه غالبا ماتكون تعسفية³ مما يؤدي في نهاية المطاف-استنادا لنفس المبدأ- الى اختلال التوازن العقدي. وبالتالي كان لتدخل الدولة في هذا المجال حتمية تفرضها معطيات الواقع .

لقد استشعر الفكر القانوني الخطر الذي يمكن ان يؤول اليه ترك مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقته فكان لازم التفكير في السبل الكفيلة لإعادة التوازن للعديد من العقود في ظل انتشار ظاهرة الشروط التعسفي اكثر من اي وقت مضى، فكان ان تم الاهتداء الى وسيلتي التدخل التشريعي او التدخل القضائي.

¹ سعدون ياسين اثر تغيير الظروف الاقتصادية على العقد اطروحة دكتوراه تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو السنة الجامعية 2017-2018 ص 1

² عبد الهادي نجار دور القاضي في تعديل العقد -دراسة مقارنة- اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق مراكز جامعة القاضي عياض السنة الجامعية 2009-2010 ص 2

³ المعزوز البكاي بعض مظاهر اضطراب العامة للعقد مجلة القانون المدني عدد 3 مكتبة الرشاد سطات 2016 ص 10.

ويعكس تدخل القضاء في ميدان العقود تحولا بنويويا في تاريخ المؤسسة القضائية واعادة بعث دورها في مراقبة تكوين وتنفيذ العقود. فبعظ ان كان القضاء والى عهد قريب متمسكا باحترام المبادئ التقليدية التي كرسها النظريات المساندة لحرية التعاقد في اطار مبدأ سلطان الارادة⁴ فقد تغير الوضع بفعل تنامي ثقافة حماية المستهلك التي فرضت على القضاء تفعيل تدخلاته لتحقيق التوازن العقدي كلما تطلب الامر ذلك.⁵

انه وبعد ان كان القاضي ملزم باحترام ارادة الاطراف فلا يجوز له ان ينقض العقد او يعدله وعدم تفسيره او تأويله لهذا العقد الا من باب البحث عن حقية ارادة عاقيه بل عليه ان يأخذ بما يمليه قانون العقد اذ لا عادلة اقوى من عدالة المتعاقدين فقد تغير الامر بعد تعديل الفصل 243 من ق.ل.ع بموجب ظهير 18 مارس 1917 حين تم تخويل القضاء سلطة منح مهلة للمدين من اجل الوفاء بالالتزام، و صدور القانون رقم 27.95 سنة 1995 المعدل للفصل 264 من ق.ل.ع حيث اجاز للقاضي امكانية تعديل الشرط الجزائي بعد ان كان ذلك مستحيل قانونا⁶، وقد بلغ التدخل القضائي اوجه بصور القانون رقم 31.08 المحدد لتدابير حماية المستهلك الذي وضع ارادة القضاء الى جانب ارادة المتعاقدين من خلال تأكيد قاعدة تأويل الشك لفائدة المستهلك⁷ ومنح المقترض امهالا قضائيا⁸ واساسا تعديل العقد من خلال مراجعة شروطه وامكانية تقرير بطلان الشروط التعسفية

لقد اتجهت جل التشريعات ال منح القضاء سلطة التدخل في العقود ليس فقط بقصد تهذيب الحرية العقدية وانما جعلها متوافقة مع مبادئ العدالة الحقة ومن ثم تحقيق التوازن العقدي.

ان هاجس تحقيق العدالة التعاقدية دفع بالمشرع المدني الى احلال ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين بالمساهمة في صنع العقد عن طريق تقنية التكميل باضافة مالم يتفق عليه

⁴ عبد القادر العرعاري نظرية العقد مكتبة دار الامان الرباط الطبعة الثالثة 2013، ص 210.

⁵ مرجع نفسه ص 210 211

⁶ عرف الاجتهاد القضائي تضاربا قبل صدور التعديل المذكور راجع عبد القادر العرعاري م.س ص 221

⁷ الفصل 9 من قانون 31.08 (فيما يتعلق بالعقود التي يحرى جميع او بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول احد الشروط يرجح التأويل الاكثر فائدة بالنسبة الى المستهلك)

⁸ لفصل 149 من ق 31.08 (... يمكن ولاسيما في حالة الفصل عز العمل او الحالة الاجتماعية غير متوقعة ان يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة....)

المتعاقدان الى بنود العقد⁹ دون الاكتفاء بتعديله وهو ما يشكل ضربا صارخا بمبدأ سلطان الارادة واهدارا للحرية العقدية التي لم يكن يتصور الفكر البشري يوما انها ستتلاشى و تخفت نتيجة ذات العوامل التي ساهمت في ازدهارها.

لقد حاز موضوع التدخل القضائي في ميدان العقود لإعادة التوازن العقدي الحظوة الكبرى من اهتمام الفقه بين من يؤيد بل ويؤكد على ضرورة هذا التدخل وبين معارض لهذا الطرح -خاصة فيما يتعلب بالتكميل- على اعتبار ان وظيفة القضاء هي فض النزاعات بما يحدده القانون. كما تبرز اهمية الموضوع على المستوى العملي من خلال تطبيقاته للمصالحات التي مكنه منها المشرع وترجمتها في شكل احكام وقرارات.

ان التطور الذي عرفه مفهوم العقد وغاياته صاحبه تطور سلطة القضاء واتسعاها في هذا الباب، وهو ما أدى الى مفهوم جديد للقضاء غير ذلك الذي ألفناه منذ عقود من الزمن، ومن هذا المنطلق تطرح اشكالية اساسية مفادها "المفهوم الجديد للقضاء في مجال العقود" وبصيغة استفهامية الى اي حد ساهم الدور الجديد للقضاء في ميدان العقود في اعادة التوازن العقدي وبالتالي حماية الطرف الضعيف في العقد؟

عن هذه الاشكالية تنبثق مجموعة من التساؤلات من قبيل:

ماهي واجهات التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي؟ ومتى يكون العقد مختلا

يستوجب تدخل القاضي؟

ماهي سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية؟ ومتى يمكن القول بوجود شرط

تعسفي؟ اي ما المقصود بها؟

كيف يمكن اعتبار التكميل الية لتحقيق التوازن العقدي؟

انطلاقا مما سبق و ارتباطا بالإشكالية المبسطة يمكن اعتماد التصميم التالي

المبحث الاول: التدخل القضائي لتعديل العقد

المبحث الثاني: التدخل القضائي لتكميل العقد

⁹ سحر البكباشي دور القاضي في تكميل العقد دراسة تأصيلية تحليلية لاحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن منشأة المعارف الاسكندرية مصر 2008 ص 12

المبحث الأول : التدخل القضائي لتعديل العقد.

إذا كان القانون المدني في توبه التقليدي لا يسعى سوى لتحقيق التوازن القانوني بين أطراف العلاقة التعاقدية، فإن هذا الأمر قد يسبب اختلالا كبيرا على مستوى التوازن الاقتصادي نظرا لاستغلال المتعاقد القوة لمركزه الاقتصادي المتفوق عن طريق فرض شروط تعاقدية مجحفة في حق المتعاقد الآخر الضعيف¹⁰ كما هو الحال في عقود الإذعان، بل حتى في بعض العقود الرضائية كعقد الاستهلاك مثلا، والذي قد يتضمن بعض الشروط التعسفية أو الشروط الجزائية مع ضرورة التمييز بين كل منهما، مما يجيز التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي والتمرد بالتالي على قدسية العقود أي الحرية التعاقدية.

وعليه سنسلط الضوء على دور القضاء في الحد من الشروط التعسفية في (المطلب الاول)، على أن نخصص (المطلب الثاني) للحديث عن المراجعة القضائية للشرط الجزائي.

المطلب الاول: دور القضاء في الحد من الشروط التعسفية Les clauses

Abusives

إذا كان الأصل في جميع المعاملات أنها تتم بحرية تامة بين الأطراف المتعاقدة بشأنها استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة وإلى القوة الملزمة للعقد، فإنه في عصرنا الراهن كثيرا ما نلاحظ اتسام بعض العقود المستحدثة بطابع التعسف سواء أثناء إبرامها أو حتى تنفيذها.

وعلى الرغم مما أورده المشرع المغربي من مقتضيات حمائية مضمنة في ق.ل.ع إلا أنها ظلت عاجزة عن تحقيق نوع من المساواة العقدية أو ما يعرف بالتوازن العقدي سواء تعلق الأمر بالنظريات التقليدية (مبدأ حسن النية) أو نظرية عيوب الرضا (الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن) الأمر الذي أعطى بموجبه للقضاء الضوء الأخضر للتدخل في بنود العقد عن طريق إعماله لتقنيتي (التفسير و التكييف) بغية تعديل الشروط التعسفية المضمنة فيه بهدف خلق نوع من التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة.

¹⁰ عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، طبعة 2016، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 298.

وللإلمام بالموضوع أكثر سوف نقف عن ماهية الشروط التعسفية في العقود (أولاً)، على أن نتعرض لتجليات هذه الشروط في بعض العقود المنصوص عليها في القانون المغربي (ثانياً).

الفقرة الأولى: ماهية الشروط التعسفية في العقود:

بالنظر للأهمية الكبيرة التي يحتلها مفهوم الشرط التعسفي في العقود لا بد لنا من تحديد مفهومه من خلال وقوفنا على المعايير المعتمدة للقول بوجوده من عدمه (أولاً)، فضلاً عن أنواع هذه الشروط التعسفية (ثانياً).

أولاً- مفهوم الشرط التعسفي وعناصره:

بداية لا بد لنا أن نشير إلى وجود عدة تعريفات فقهية وتشريعية حاولت تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وكذا إلى صعوبة وضع تعريف عام وشامل لمفهوم الشرط التعسفي، وذلك راجع من جهة أولى إلى تعدد أنواع العقود التي تظهر فيها مثل هذه الشروط، إذ نجدها في عقود البيع والكرء والتأمين والقرض والنقل وغيرها، ومن جهة أخرى إلى اختلاف محل هذه العقود حسب ما إذا كان عقاراً أو منقولاً، ومع ذلك يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي يؤدي إلى اختلال كبير في حقوق و التزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين"، أو الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة مفرطة على حساب الطرف الآخر.¹¹

وقد حاول المشرع الفرنسي تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وذلك بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام مستهلكي السلع والخدمات، بكونها: " تلك الشروط التي يتبين أنها مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر مما يمكن هذا الأخير من الحصول على منافع مفرطة".¹²

¹¹ نزهة الخلافي، "الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية: 2004-2005، ص: 52.

¹² Art. 35 de loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

« ... de telles clauses apparaissent : imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

وعلى غرار المشرع الفرنسي قام المشرع المغربي بدوره بتعريف الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون رقم 31-08¹³ المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك على أنه "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

انطلاقا من التعاريف المقدمة أعلاه يلاحظ عدم وجود اتفاق على معايير موحدة للشرط التعسفي، غير أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والذي يستند إلى المادة 35 من قانون 10 يناير 1978، اعتبر أن هناك عنصرين للحديث عن الشرط التعسفي وهما : تعسف السلطة الاقتصادية والميزة المفرطة والذان يجب أن يجتمعا نظريا لتكييف الشرط كونه تعسفيا، وفي الواقع فإن السلطة المكلفة بتطبيق القانون دائما ما تستند إلى الامتيازات المفرطة لأن وجودها هو ما يؤدي إلى حدوث تعسف من طرف السلطة الاقتصادية¹⁴.

➤ النفوذ الاقتصادي : puissance économique : ويقصد به التعسف الاقتصادي الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر فقد يلجأ المشترط إلى استخدام وسائل غير آمنة تؤدي إلى استغلال الضعف الاقتصادي للمدع. ¹⁵ ويسمى هذا العنصر بالشخصي لأنه يتم استشفافه من القوة الاقتصادية للمهني، استنادا إلى حجم المشروع الذي يستغله وكذا الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه، وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما جعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه.¹⁶

➤ الامتياز المجحف (المفرط) L'avantage excessif: يقصد بهذا العنصر ذلك الامتياز المالي الذي يتحقق عندما يتعلق الشرط التعسفي بالشخص أو بطبيعة الشيء ذاته،

¹³ ظهر شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

¹⁴ Jean calais Auloy ,Les clauses Abusives en droit français ,Actes de la tables ronde du 12 décembre 1990 ,Page 117.

¹⁵ ماجدة عبد المجيد المختارة،"سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، جامعة محمد بن عبد الله، السنة الجامعية: 2013-2014، ص:113.

¹⁶ مينة الكراري،"حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء القانون رقم 31-08"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية: 2013-2014، ص:53.

كالشروط التعسفية المتعلقة بالثمن وشروط التقسيط، وكذلك الامتياز في طرق تنفيذ العقد...¹⁷.

وعليه فإن الميزة الفاحشة هي عنصر موضوعي يتعلق بالاختلال المبالغ فيه بين حقوق والتزامات الطرفين، أو هي عدم التوازن بين الالتزامات المترتبة على العقد سواء تعلق الأمر بالمبالغة المفرطة في تعدد الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني.¹⁸

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المتعاقد الذي يفرض شرطا تعسفيا غالبا ما يكون في موقع قوة سواء تعلق الأمر بالقوة الاقتصادية (كالمشغل الذي يشترط على العامل عدم المنافسة أو عدم الزواج) أو الفنية (الحنكة والخبرة) أو القانونية (العلم بالمقتضيات التشريعية).¹⁹

ثانيا- أنواع الشروط التعسفية:

تختلف أنواع الشروط التعسفية من تشريع لآخر، وذلك راجع إلى الاختلاف حول الأسلوب المتبع من طرفه لتحديدها، إذ نجد بعض التشريعات المقارنة قد اتبعت طريقة إصدار لائحة تشمل هذه الشروط²⁰، والبعض الآخر سلك الأسلوب التقديري²¹ (القضائي)، بينما ركن البعض الآخر إلى مزج الأسلوبين معا.²²

هذا ويعد المشرع المغربي من بين التشريعات التي اهتمت إلى الأخذ بالأسلوب المختلط في تحديد نوعية العقود التي تحتوي على شرط تعسفية، وذلك بمقتضى المادة 18²³ من قانون 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، إذ تم وضع لائحة (قائمة) توضيحية للشروط التي تكتسي صفة التعسف (سبعة عشر نوعا من أنواع الشروط

¹⁷ العربي الشادلي، "الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادي والتوجه الحديث للعقد"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2006-2007، ص: 402.

¹⁸ ماجدة عبد المجيد المختارة، م، س، ص: 113.

¹⁹ أيوب العنبر، "التوازن العقدي بين قواعد ق.ل.ع وقانون تدابير حماية المستهلك"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويبي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2011-2012، ص: 62.

²⁰ يقصد بأسلوب اللائحة: "أن يتضمن القانون تعداد قائمة على سبيل المثال الشروط التي يحظر المشرع على الأفراد ادراجها في العقود".

²¹ يقصد بالأسلوب التقديري: "منح سلطة تقديرية للقاضي من أجل تكييف كل شرط تعاقدي على حدة على أنه تعسفي من عدمه مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة".

²² إيمان بنشانة، "الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية"، بحث نهاية تكوين المحققين القضائيين (الفوج 39)، الرباط، سنة

2014، ص: 39.

²³ جاء في المادة 18 ما يلي: "...تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي: 1- إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛ 2- احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزعم تسليمها أو الخدمة المزعم تقديمها؛... الخ

التعسفية) وهنا يكون المشرع المغربي قد تفادى النقاش الذي أثارته المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 الفرنسي الذي أعطى للسلطة التنفيذية بمعية مجلس الدولة الفرنسي وبعد اخذ رأي لجنة الشروط التعسفية صلاحية إصدار لوائح تحرم أو تحدد أو تنظم من خلالها الشروط التي تعتبر تعسفية.²⁴

هذا ونشير إلى أن البعض²⁵ قد ذهب إلى تقسيم الشروط التعسفية إلى نوعين من الشروط، شروط تعسفية بذاتها، وشروط تعسفية بحكم الاستعمال، فالشروط التعسفية بذاتها يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في مرحلة تكوين العقد وتكشف ألفاظ الشرط عنه حيث تأتي متناقضة مع جوهره، وأما الشرط التعسفي بحكم الاستعمال، فإن صفة التعسف تظهر فيه عند التطبيق بالتمسك بحرفية العقد وعدم مراعاة روح النص.

وحسنا فعل المشرع المغربي بعدم تحديد الشروط التعسفية على سبيل الحصر لأن تحديدها يعتبر مغامرة غير محمودة العواقب على اعتبار أنها تختلف من عقد لآخر ومن حالة لأخرى بالنظر إلى الوضعية القانونية والاقتصادية والاجتماعية والمعرفية للمتعاقدين ولا يمكن بالتالي حصرها مما يفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقضاء لتحديد الشروط التي تعتبر تعسفية، وذلك بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الأخرى الواردة في العقد حسب المادة 16 من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك.²⁶

الفقرة الثانية: نماذج تطبيقية لبعض الشروط التعسفية:

تعد عقود الإذعان²⁷ "Les contrat d'adhésion" مجالا خصبا لتنازل الشروط التعسفية، وذلك بالنظر إلى طبيعة تكوينها حيث تفرض على الطرف المذعن الانضمام إليها دون إتاحة المجال أمامه لمناقشة مقتضياتها، وذلك إما لنقص خبرته أو قلة كفاءته، لكن هذا لا يعني حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية على عقود الإذعان وحدها، إذ أنه بالرجوع إلى المادة 15 من قانون 31-08 الأنفة الذكر نجدها قد وسعت من مجال التطبيق حيث لا

²⁴ جميلة الصبار، "اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية: 2013-2014، ص: 21.

²⁵ ماجدة عبد المجيد المختارة، م، س، ص: 112.

²⁶ ياسين المفقود، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء قانون 31-08"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية: 2011-2012، ص: 53.

²⁷ يقصد بعقد الإذعان "عقد حدد محتواه التعاقدى كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعمامة قبل فترة التعاقد".

يتعلق فقط بنوع معين من الشروط الواردة في نوع محدد من العقود، بل يهتم كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين الموردين والمستهلكين، وهذا من شأنه أن يعيد نوعاً من التوازن العقدي للعلاقة بين المهني والمستهلك.

على أنه ينبغي التنبيه إلى إمكانية وجود الشرط التعسفي في بعض العقود الأخرى كعقد الشغل مثلاً (شرط عدم المنافسة)، لكننا سنقتصر هنا على عقد التأمين (أولاً) وعقد القرض الاستهلاكي (ثانياً) لمعرفة مدى سلطة القضاء في التدخل للحد من الشروط التعسفية التي قد تتضمنها هذه العقود.

أولاً- موقف المشرع المغربي من عقد التأمين:

يقوم المؤمن بتحرير بنود عقد التأمين²⁸ ثم طباعتها، مما يؤدي إلى اقتصار دور المؤمن له على قبول العقد، والتوقيع على الوثيقة المطلوبة التي يقدمها له المؤمن.²⁹ ولهذه الاعتبارات تدخل المشرع إلى جانب المؤمن له كطرف ضعيف حتى يتعاقد وهو على علم بالشروط الجوهرية للعقد، وذلك بفرض بعض البيانات الإلزامية، أو استبعاد بعض الشروط التعسفية حيث جاء في المادة 11 من القانون رقم 99-17³⁰ المتعلق بمدونة التأمينات على ما يلي:

"يجب أن يحرر عقد التأمين كتابة بحروف بارزة.

يجب إثبات كل إضافة أو تغيير في عقد التأمين الأصلي بواسطة ملحق مكتوب وموقع من الأطراف.

لا تحول هذه الأحكام دون التزام المؤمن والمؤمن له تجاه بعض البعض بواسطة تسليم مذكرة تغطية، ولو قبل تسليم عقد التأمين أو الملحق³¹.

فهذه المادة اكتفت بالتنصيص على أنه يجب أن يحرر عقد التأمين كتابة بحروف بارزة دون الإشارة إلى شكليات أخرى، ويقصد بالشكل الجلي أو البارز الكتابة ذات أحجام

²⁸ يعرف عقد التأمين على أنه "اتفاق بين المؤمن والمكاتب من أجل تغطية خطر ما، ويحدد هذا الاتفاق التزاماتهما المتبادلة".

²⁹ محمد باحماني، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية-دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني، السنة الجامعية: 2005-2006، ص166.

³⁰ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-238، بتاريخ 25 من رجب 1423، الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادرة بتاريخ (7

نوفمبر 2002)، ص3105.

³¹ جميلة الصبار، م.س، ص:69.

كبيرة أو حتى الاكتفاء بوضع خط على شروط العقد المنافية للقواعد العامة، أو بمعنى آخر الشكل الذي يمكن من خلاله لفت نظر المؤمن له منذ الوهلة الأولى.³²

كما نجد المشرع المغربي بموجب المادة³³ 14 من مدونة التأمينات قد ألزم المؤمن أن يشير في بوليصة التأمين إلى حالات البطلان التي تؤدي إلى سقوط حقوق المؤمن له في أخذ التعويضات المستحقة، فضلا عن ورودها بصيغة واضحة وأحرف جد بارزة تفاديا لتعسف شركات التأمين في ممارسة هذا الحق.

وهكذا، نستنتج أن المشرع المغربي من خلال استعراضه هذه البيانات الإلزامية قد أراد أن تتضمن وثيقة التأمين البيانات التي يؤدي غيابها إلى تمكين المؤمن من إهدار حقوق المؤمن له، والتوصل بالتالي من التزامه في مواجهته³⁴.

وعليه فإنه يبقى للقاضي صلاحية إبطال عقد التأمين غير المستوفي للشروط السابقة، ونعتقد أن رقابة القضاء على علم المتعاقدين على النحو السابق بيانه ما هي إلا وسيلة من الوسائل القضائية التي تهدف لتوفير الحماية من الشروط التعسفية والمجحفة، وتعتبر هذه الرقابة تعبيراً قضائياً عن عدم الارتياح للشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر بإرادته المنفردة³⁵.

ثانيا-موقف المشرع المغربي من عقد القرض الاستهلاكي:

يعد الاقتراض من أبسط صور الإئتمان الذي تمنحه البنوك لجمهور المستهلكين والذي يخضع إلى المبادئ العامة الواردة في الفصل³⁶ 856 و ما يليها من ق.ل.ع المغربي، على اعتبار أن أحكام القرض البنكي لا تختلف بكثير عن أحكام القرض العادي. وفي ظل التفاوت الملحوظ ما بين البنك كطرف قوي والزبون كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية قام المشرع المغربي بالتدخل لمحو الشرط التعسفي الذي قد يُدرج في عقد القرض الاستهلاكي، وذلك في عدة مناسبات أهمها:

³² مينة الكراري، م.س، ص: 62.

³³ جاء في المادة 14 ما يلي "... شروط العقد التي تنص على حالات البطلان المنصوص عليها في هذا الكتاب أو على حالات سقوط الحق أو الاستثناءات أو حالات انعدام التأمين، لا تكون صحيحة إلا إذا أشير إليها بحروف جد بارز".

³⁴ محمد باحماني، م.س، ص: 168.

³⁵ المرجع نفسه، ص: 168.

³⁶ جاء في المادة 856 ما يلي: "عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة".

➤ الشرط التعسفي الذي يجبر المستهلك في حالة الأداء المسبق للقرض برد المبلغ الإجمالي لتكلفة القرض المحددة لكل فترة سداد، ولقد تصدى المشرع المغربي لهذا الشرط في المادة 103 من قانون 31-08 الذي جاء فيها "يجوز للمقترض بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت ودون تعويض بالتسديد المبكر لمبلغ القرض الممنوح له أو بعضا منه، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك باطلا بقوة القانون".

➤ الشرط التعسفي الذي يحول دون ممارسة المقترض لحقه في التقاضي: إذ من المعلوم أن عقد القرض البنكي ذو طبيعة تجارية بصرف النظر عن طبيعة الزبون الذي تعامل به، وبالتالي فإن الاختصاص للنظر في النزاعات المرتبطة به يعود قطعا للمحكمة التجارية الموجودة في دائرة نفوذ المدعى عليه، استنادا الى المادة 10 من قانون 95-53 المحدث للمحاكم التجارية³⁷.

ويعتبر الاختصاص المحلي للمحاكم التجارية غير مرتبط بالنظام العام طبقا للمادة 12³⁸ من القانون السالف الذكر، ومن تم يجوز للأطراف المتعاقدة مخالفة هذه الأحكام المتعلقة بالاختصاص، لهذا غالبا ما يعتمد البنك إلى اختيار محكمة بعيدة عن موطن المقترض³⁹، لكن المشرع المغربي تنبه لهذا النوع من الشروط التعسفية بموجب المادة 202 من قانون 31-08 والتي جاء فيها ما يلي: "في حالة نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

تأسيسا على ما تم ذكره أعلاه نخلص بالقول إلى أنه كلما تضمن العقد شرطا "تعسفيا" من النوع الذي تنطبق عليه مواصفات الشروط التعسفية على التفصيل السابق فإن مصير هذا الشرط هو البطلان مع بقاء العقد على حالته الأصلية⁴⁰.

وعليه فإنه كلما كان هناك نزاع حول طبيعة شرط من الشروط التي يتضمنها العقد، فإن المورد هو الذي يجب عليه أن يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإنه كلما ثبت أن أحد الشروط المضمنة بالعقد يعتبر تعسفيا إلا

³⁷ القانون رقم 95-53 القاضي بإنشاء المحاكم التجارية، (الظهير رقم 1-97-65 المؤرخ 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997).

³⁸ جاء في المادة 12 ما يلي "يمكن للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة".

³⁹ مينة الكراري، م.س، ص:67.

⁴⁰ عبد القادر العرعاري، "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة، مطبعة الأمنية، السنة 2016، ص:220.

ويعتبر شرطاً باطلاً. حسب منطوق المادة 19، ويمكن لباقي مقتضيات العقد أن تظل سارية المفعول، إذا أمكن ذلك بدون الشرط التعسفي، وكل هذه المقتضيات من النظام العام لا يجوز مخالفتها⁴¹.

المطلب الثاني: المراجعة القضائية للشرط الجزائي

إن تعديل القضاء للشرط الجزائي أو المراجعة القضائية للشرط الجزائي تعتبر من بين الآليات التي يسلكها القضاء لإعادة التوازن العقدي بين فئات غير متساوية لا من حيث الإمكانيات المادية ولا حتى المراكز القانونية.⁴² وإن كان ذلك يشكل ضرباً في مبدأ سلطان الإرادة كأحد مرتكزات نظرية العقد.

تبعاً لذلك سيتم التطرق في هذه الفقرة إلى الإطار القانوني للشرط الجزائي الفقرة الأولى، في أفق الحديث عن المراجعة القضائية لهذا الشرط في الفقر الثانية

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للشرط

بالرجوع إلى الباب الثالث من ق. ل. ع المعنون بمطل المدين، نجد أن المشرع المغربي نظم الشرط الجزائي بمقتضى الفصل 264 من القانون أعلاه كإطار قانوني لهذا الشرط، والذي ينص على أنه: "يجوز للمتعاقد أن يتفقا على التعويض عن لأضرار التي تلحق الجزائي الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه".

ما يستشف من مقتضيات هاته الفقرة أن المشرع المغربي أعطى لإرادة الأطراف إمكانية تضمين بنود جزائية والتي تأخذ شكل تعويض اتفاقي مسبق يمنع أي من المتعاقدين من الإخلال بالتزامه تحت طائلة توقيع الجزاء المتفق عليه في العقد. وبما أن المشرع المغربي لم يعرف المقصود بهذا الشرط، فهو بذلك فتح المجال لتدخل الفقه لقول كلمته بهذا الشأن، ما يحذو بنا إلى التساؤل عن ماهية الشرط الجزائي؟ ناهيك عن شروط استحقاق الشرط الجزائي؟

⁴¹ عبد العالي دقوقي، "الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، 2017، مطبعة سجلماسة، مكناس، ص: 161. د ذ اسم صاحب الأطروحة، تأثير القوانين الحديثة على النظرية العامة للعقد، دراسة تحليلية نقدية في القانون المغربي/قانون حماية المستهلك نموذجاً، مركز الدراسات بالكتوراه ابن زهر، أكادير، السنة 2018/2017 ص 351 ⁴²

أولاً: ماهية الشرط الجزائي

من المسلم به الإشارة إلى أن المشرع المغربي في ق. ل. ع لم يعرف الشرط الجزائي بشكل مباشر، وهو بذلك ترك أمر التعريف للفقهاء، ومن التعريفات الفقهية نجد تعريف الأستاذ منير قزمان الذي أكد على أن الشرط الجزائي: "اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الواجب أدائه إذا أخل المدين بالتزامه وذلك بعدم تنفيذه أو التأخير في تنفيذه ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطاً جزائياً أن يتم قبل الإخلال بالالتزام أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقاً على تعويض مستحق بالفعل"⁴³. كما عرفه آخر بأنه: "تقدير اتفاقي للتعويض، وعلى وجه التفضيل مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر"⁴⁴.

وقد عرفه الأستاذ الدكتور السنهوري بأنه⁴⁵: "التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي والذي يستحقه الدائن إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ". تبعا لكل هذه التعاريف يتضح إذن أن الشرط الجزائي اتفاق عقدي سابق على وقوع الضرر الغاية الأساسية منه تكمن في ضمان تنفيذ الالتزام وجبراً للضرر الذي قد يلحق أحد المتعاقدين من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وبالتالي فهو بمثابة آلية ردع اتفاقية في مواجهة كل من أخل بالالتزام التعاقدية الملقى على عاتقه، كما قيل "ينزع بالسلطان مالا ينزع بالفرقان"، ولعل ذلك ما جعل هذا الشرط يحظى باهتمام كبير سواء من لدن المشرع الذي أجهد نفسه بتنظيم أحكامه أو حتى من قبل الفقه الذي تسارع إلى تفسيره والتظهير له من شتى الجوانب بعد هذا لا يبقى لنا إلا أن نتساءل عن أهم خصائص الشرط الجزائي؟.

انطلاقاً من التعاريف الفقهية السابقة ومن مقتضيات ف264 من ق. ل. ع يمكن استنباط

أهم الخصائص التي تميز الشرط الجزائي:

⁴³الدكتور منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، أوردهه باشا سعيدة في مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر (الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري)، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر سنة 2017/2018، ص8
⁴⁴محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، أورده سليمان المقداد في أطروحته (مركز الإرادة في العقود)، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية وجدة، 2016/2017، ص287
⁴⁵عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث لبنان بيروت

1_ الخاصية الاتفاقية: مما لا شك فيه ان مصدر الشرط الجزائي إرادة المتعاقدين بمعنى ان من له الحق في اداج مثل هذه الشروط في العقد هم اطرافه ، وبالتالي لا بد ان يكون ناشئا عن اتفاق المتعاقدين ، اما إذا كان مصدره شيئا آخر غير الاتفاق الارادي للمتعاقدين لم يكن شرطا جزائيا ، كما لو كان مصدره مثلا القانون او حكم قضائي او تنظيم اداري معين،⁴⁶ وعليه لا يتصور ان يكون للشرط الجزائي مصدرا آخر غير الاتفاق. ولعل ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ان هذا الاتفاق او الشرط الجزائي قد يدرج إما في بند من بنود العقد المتضمن للالتزام الأصلي وإما في اتفاق لاحق على الالتزام الأصلي شريطة اتخاذ الشكل المقرر للالتزام الأصلي على اعتبار الاتفاق اللاحق التزاما تابعا ، ولعل ذلك ما اشارت إليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق".⁴⁷ بالإضافة الى هذه الخاصية هناك خاصية أخرى غاية في الأهمية وهي:

2 الخاصية التبعية للشرط الجزائي: لا ينشأ الشرط الجزائي بشكل مستقل عن الالتزام الأصلي ، بل إنه مرتبط به بهذا الأخير وتابع له، اذ لا يمكن الاتفاق على شروط جزائية دون وجود التزام اصلي ، ومنه فالشرط الجزائي يرتبط ارتباطا تبعا بالالتزام الأصلي الناشئ عن العقد وبذلك فهو يتبع الالتزام الأصلي في الوجود والعدم ، فالعبرة دائما بالالتزام الأصلي وليس بالشرط الجزائي⁴⁸ ناهيك عن ان بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي دون العقد، فضلا عن ذلك فالشرط الجزائي التزم شرطي لان اعماله يتوقف على عدم تنفيذ المدين لالتزامه او لتأخره في الوفاء به⁴⁹. علاوة عما سبق تجدر الإشارة الى ان الشرط الجزائي قد يتخذ إما شكل مبلغ مالي او القيام بعمل او الامتناع عنه. ومن تطبيقات هذا الشرط : عقد المقاوله قد يرد في العقد شرط جزائي يلزم المقاول بأداء مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه .

3_ الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض : فالشرط الجزائي اتفاق سابق على الاخلال بالالتزام وتحقق الضرر الموجب للتعويض ، اما اذا تعلق الامر باتفاق تم بعد

⁴⁶فؤاد معلال ، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق 95_27، أوردته إيمان بنشانة (الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية)، المعهد العالي للقضاء ، الرباط ، السنة 2014ص77

⁴⁷المادة 183 من القانون المدني الجزائري، أوردتها باشا سعيدة في (الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري)، مرجع سابق ص12

⁴⁸إيمان بنشانة ، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية ، مرجع سابق ص 77

⁴⁹فؤاد معلال مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق 95_27، أوردته إيمان بنشانة المرجع نفسه 57

حصول الاخلال بالالتزام وتحقق الضرر فإن ذلك لا يعتبر شرطاً جزائياً ، وإنما يعد عقد صلح بين الأطراف.⁵⁰

استناداً لكل ما سبق فبعد ان تطرقنا الى ماهية الشرط الجزائي وإبراز ميزاته وخصائصه ، سنسلط الضوء فيما سيأتي على شروط استحقاق الشرط الجزائي.

ثانياً: شروط استحقاق الشرط الجزائي:

لاستحقاق التعويض الاتفاقي لابد من توفر ثلثة من الشروط الأساسية وهي نفس الشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض ، أي خطأ ، ضرر ، علاقة سببية .

1 الخطأ: *faute contractuelle*

لابد من الإشارة الى انه يجب على المدين في الالتزام التعاقدية ان ينفذ التزامه ، فاذا لم يتم بتنفيذ التزامه عن عمد او عن إهمال كان مسؤولاً عن خطأه التعاقدية⁵¹. ويظهر الخطأ في العقود المتضمنة للشرط الجزائي في عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه مما يحتم أداء التعويض المستحق لجبر الضرر، كما يقول الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري⁵² "ان الملتزم التزاماً تعاقدياً مسئول عن خطأه ، وهذا الخطأ يقاس بمعيار الشخص المعتاد ، فالمعيار مادي لا شخصي ، فالعبرة لا بشخص المدين بالذات أي بشخص معتاد، فقد يكون المدين مهملًا وقد يكون حريصاً ، ولكن المطلوب منه هو عناية لا تتخفف الى معيار الرجل المهمل ، ولا ترقى الى معيار الرجل الحريص . غير أنه في حالة وجود استحالة في تنفيذ الالتزام كأن تكون هناك قوة قاهرة او حادث فجائي او مظل الدائن فإن المدين يتحلل من المسؤولية شريطة إثبات ان القوة القاهرة او الحادث الفجائي او حتى مظل الدائن هو السبب في عدم تنفيذ الالتزام ولعل ذلك ما أكدته الفصل 268 ق. ل. ع: "لا محل لأي تعويض ، إذا اثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام او التأخر فيه ناشئ عن سبب لا يمكن ان يعزى إليه كالقوة القاهرة او الحادث الفجائي او مظل الدائن" .

لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي توفر عنصر الخطأ بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب الرئيسي في حدوث الضرر الموجب للتعويض وهو ما سنتطرق إليه اسفله.

⁵⁰ إيمان بنشانة ، المرجع نفسه، ص77

⁵¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان دس ص953

⁵² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه، ص954

2-الضرر: Dommage

حتى ينال المتضرر التعويض لابد وان يكون هناك ضرر أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، وبالتالي فهو شرط أساسي لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه .وقد دأب المشرع المغربي على تعريف الضرر في مستهل الفصل 264 من ق . ل . ع بأن " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام "، تبعا لذلك فالشرط الجزائي مرتبط بحدوث الضرر فمتى كان هناك ضرر الا ولا بد من الحصول على تعويض ، لكن بموازاة ذلك هناك بعض الحالات التي يتحقق فيها عنصر الخطأ غير انه لا يؤدي الى إلحاق أي ضرر بالدائن ، كما هو الشأن بالنسبة للبايع او المسؤول عن نقل بضاعة معينة إذا تأخر في تسليمها وثبت أن هذا التأخير لا يلحق ضررا بالدائن ، ففي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية ولا يستحق الدائن التعويض الاتفاقي شريطة إثبات المدين ذلك . بمعنى أن عبئ الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق المدين في حين في حالة حدوث ضرر نتيجة لإخلال المدين بالتزامه يكفي ان يثبت الدائن هذا الإخلال لكي يفترض الضرر وبالتالي استحقاق التعويض الاتفاقي ، ما نستنتج من ذلك ان الضرر هو عنصر جوهري لابد من توفره للقول باستحقاق الشرط الجزائي وهو ما أكده المشرع الفرنسي حينما اقر في الفصل 1229⁵³ ان الشرط الجزائي هو مقابل التعويض عن الضرر . إن القول بوجود خطأ تعاقدى الى جانب ضرر حدث للدائن ، غير كافي بل يجب ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر بعبارة أخرى ان يكون خطأ المدين المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه هو السبب في حدوث الضرر الذي لحق بالمدين .

3العلاقة السببية : Lien de causalité

لابد من وجود علاقة سببية بين الخطأ المقترف والضرر الناجم عنه وهي كذلك من بين الشروط توفرها لاستحقاق التعويض الاتفاقي .وعلاقة السببية هذه بين الخطأ والضرر هي مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها ، إلا ان الفرض هنا قابل لإثبات العكس ، بخلاف الخطأ الذي لا يقبل إثبات العكس بحيث عليه إلا ان يثبت تحقق الضرر من جراء عدم تنفيذ

« la clause pénale est la compensation des dommage et intérêts que le ⁵³ART 1229 dispose que créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale »

المدين لالتزامه ومتى أثبت ذلك فرض في جانب المدين خطأ غير قابل لإثبات العكس⁵⁴ بمعنى انه يمكن نفي العلاقة السببية من لدن المدين بإثباته ان الضرر كان نتيجة لخطأ الدائن او لقوة القاهرة او حادث فجائي استحاله معه تنفيذ الالتزام ليفوت على الدائن استحقاقه للشرط الجزائي.

تلكم هي اهم الشروط اللازم توفرها لاستحقاق الشرط الجزائي. بقي أن نشير الى ان الشرط الجزائي قد يتشابه مع بعض المؤسسات القانونية الأخرى لذلك وجب إقامة تمييز بين هاته الأخيرة والشرط الجزائي .

ولعلنا نستحضر في هذا الصدد مؤسسة العربون الذي عرفه المشرع المغربي في ف 288 على أنه " ما يعطيه المتعاقدان للآخر بقصد ضمان تعهده" فالعربون يشتهر الى حد ما بالشرط الجزائي في كونه آلية لضمان تنفيذ التعهد إلا ان معيار التفرقة بينهما هو نية المتعاقدين فكما اتجهت هذه النية صوب إعطاء المتعاقدين فرصة للعدول فالمقدار المتفق عليه يعتبر عربون ، في حين اذا اتجهت نيتهم الى اعتبار المبلغ او المقدار المتفق عليه جزافيا تعويض للضرر الذي لحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه هنا نكون بصدد شرط جزائي .ناهيك عن ذلك يمكن ان يقع خلط بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية او ما يصطلح عليه بالتهديد المالي لذلك من اللازم التمييز بينهما ، فإذا كان الشرط الجزائي تعويض يتم بمحض إرادة الأطراف ، فإن الغرامة التهديدية هي حكم وقتي تهديدي يحكم به القاضي بمبلغ معين عن كل يوم او أية وحدة زمنية أخرى يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه . من هنا يتضح ان هناك عدة فروقات جوهرية بين المؤسستين فإذا كان الشرط الجزائي مصدره الاتفاق فإن الغرامة التهديدية مصدرها حكم قضائي كما انها لا تقبل التنفيذ إلا اذا حولت من غرامة تهديدية الى تعويض نهائي ن لذلك فهي تخضع لمطلق تقدير القاضي⁵⁵ .

بعد ان حاولنا قد المستطاع الإحاطة بماهية الشرط الجزائي وشروط استحقاقه ستنتم معالجة إشكالية المراجعة القضائية للشرط الجزائي ودورها في إعادة التوازن العقدي.

⁵⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، م س ص 960

⁵⁵ باشا سعيدة ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، م س، ص 18

الفقرة الثانية: المراجعة القضائية للشرط الجزائي

إذا كانت الحرية التعاقدية حسب بعض الفقه ، لا تحقق العدل حتماً أمام الحيف الناشئ عن العقد ، فإن الالتزام العقدي لا يمكن أن نعتبره قد قبل بمسلك الإرادة ، إلا إذا كانت إرادة المدين مساوية تمام القوة لإرادة الدائن ، لكن عندما يفقد هذا الانسجام تلك المساواة لا يمكن الادعاء هنا بأن حرية التعاقد وسيلة لتحقيق الحماية ، لأن ذلك يعد ضرباً من الخيال.⁵⁶ ولعل ذلك ما حدا بالقضاء إلى التدخل قصد إعادة التوازن العقدي وذلك عبر مراجعة الشرط الجزائي إلا أن تعامل القضاء المغربي مع مسألة المراجعة عرف تذبذباً بين مؤيد ومعارض وهو ما سنخصه بالتحليل في (أولاً)، في حين سنخصص (ثانياً) للحديث عن تعديل الشرط الجزائي .

أولاً-موقف القضاء المغربي من المراجعة القضائية للشرط الجزائي:

من البديهي الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يتناول الشرط الجزائي بالتنظيم الدقيق إلا بعد تعديل ف264 من ق. ل. ع بموجب ق 27.95، فقبل هذا التعديل كان هناك فراغ كبير بخصوص مؤسسة الشرط الجزائي ، وفي ظل التحولات الاقتصادية التي شهدتها المجتمع والتي انعكست بدورها على العقود كانت الآلية الأكثر نجاعة لضمان تنفيذ الالتزام هي اتفاق الأطراف على إدراج شروط جزائية ، تقوم مقام القانون نضراً لنشوتها عن إرادة حرة طبقاً لمقتضيات ف 230 من ق. ل. ع⁵⁷. ما أسفر عن وضعية شاذة خاصة وأن البعض قد يلجأ إلى إدراج شروط تعسفية على شاكلة شرط جزائي وهو أمر يستوجب تدخل قضائي لتعديل هذا المقتضى ، تبعاً لذلك تضاربت الاجتهادات القضائية بين مؤيد ومعارض.

1-الاتجاه المؤيد لفكرة المراجعة:

قبل هبوب رياح التغيير التي طالت ف 264 من ق. ل. ع كان هناك تضارب في الاجتهادات القضائية بين معارض ومؤيد ، فبخصوص موقف هذا الأخير فهو يميل إلى إعمال قواعد أقرب لمنطق المراجعة ، وخاصة التخفيض إذا كان المبلغ المقدر مبالغ فيها ووضع بشكل تعسفي ، وذلك بهدف إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية ، ولعلنا نستحضر في

⁵⁶Ripert(g) : la regle moral des obligation , أورده العربي الشاذلي في الطروحة "الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق الدار البيضاء ، السنة 2006/2007، ص458
⁵⁷ ينص الفصل 230 من ق. ل. ع على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون ."

هذا الصدد حكم ابتدائية فاس⁵⁸الذي حاول ان يعكس انشغالات القضاة بخصوص التجاوزات التي يعرفها أعمال الشرط الجزائي. من خلال تبنيه لموقف الفقه الحديث خاصة فيما يتعلق بضرورة تدخل القضاء لتقييد مبدأ سلطان الإرادة وجاء في الحكم: "... حيث أن طبيعة التعويض الاتفاقي المحدد بالعقد أعلاه كجزاء عن عدم تنفيذ التزام الفريق المدعى عليه ، هو من جهة وسيلة لجبر الاضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام في إبانه ، ومن تم فهو في طبيعته واحكامه مثل الغرامة التهديدية يضمن في شكل تعويض تبعا للضرر واهميته وطبيعته ، ومداه وان القول بذلك من شأنه ان يصحح المراكز القانونية للأطراف إزاء العقد ويحد من مبدأ سلطان الإرادة الواردة بمقتضيات الفصل 230 من ق. ل. ع ، باعتبار ان احد الأطراف قد يتعاقد تحت تأثير ظروف معينة بشروط مجحفة في حقه. قد لا تعبر عن إرادته الصحيحة ، ومن تم وجب ان يتدخل القضاء لتصحيح المراكز القانونية للطرفين حول العقد. وخصوصا منه الشرط الجزائي ، ومقتضى ذلك ان الشرط الجزائي يضمن في شكل تعويض تبعا للضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام واهميته ومداه " فضلا عن ذلك قد يلجأ أحد المتعاقدين الى فرض شروط جزائية تعسفية في بعض الأحيان مما يستلزم حتما تدخل قضائي لإعادة الأنصاب إلى مكانها عن طريق مراجعة هذه الشروط في افق تعديلها الى الحد الذي يضمن العدالة التعاقدية المفضية الى ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدى بعدالة ، إعمالا لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " .ذلك ان تنفيذ الالتزام التعاقدى يتعين ان يتم في جو من التوازن بما يحقق الغاية من التعاقد دون رجحان كفة احد المتعاقدين عن الآخر⁵⁹. عطا عن ذلك هناك قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بأسفي⁶⁰ والذي أيد بدوره فكرة المراجعة القضائية للشرط الجزائي حيث جاء فيه " ... ان الدعوى انحصرت في تصفية الشرط الجزائي ... وهو يعتبر حسب الاجتهاد القضائي تعويضا عن الخسارة التي لحقت طالبها نتيجة عدم تنفيذ العقد في الاجل المحدد... وان للمحكمة التصرف في التعويض المذكور وإن كان على شكل شرط جزائي شأنه في ذلك شأن الغرامة التهديدية "كلها مواقف

⁵⁸ حكم رقم 1483 في ملف مدني رقم 89/3048 صادر بتاريخ 19/04/1990، أورده فؤاد معلال في اطروحته " الشرط الجزائي في القانون المغربي " أورده العربي الشاذلي في اطروحته م س ص 463 .

⁵⁹ سعد بوجناني مقال، "الشرط الجزائي بين مطلب العدالة التعاقدية وهاجس ضمان تنفيذ الالتزام"، منشور بالموقع الالكتروني :

www.maroc.com تاريخ الاطلاع 2019/11/20 الساعة 20:00.

⁶⁰ قرار صادر بتاريخ 21/04/1985، ع 1447/84، أشار إليه فؤاد معلال في مقال "مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق "27.95، أورده ايمان بنشانة في بحث نهاية التدريب (الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية)، المعهد العالي للقضاء ، الرباط ، السنة 2014، ص 80.

انصبت في اتجاه تكريس المراجعة القضائية للشرط الجزائي لما يوفره ذلك من ضمانات للمتعاقدين وبالتالي إعادة التوازن الى العلاقة التعاقدية بموازاة ذلك هناك اتجاه آخر يعارض فكرة المراجعة القضائية معضدا طرحه بفكرة الحرية التعاقدية (مبدأ سلطان الإرادة).

2الاتجاه المعارض لفكرة المراجعة :

في ضل غياب نص قانوني يخول للقضاء إمكانية مراجعة الشرط الجزائي في الحالة التي يكون فيها مبالغ فيه او محجف فإنه وتطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يتم الاحتكام الى مقتضيات النص العام الوارد في ق.ل. ع 230، وهو الطرح الذي يتمسك به هذا الاتجاه ، ومن بين الاجتهادات القضائية التي سارت في هذا الاتجاه نستحضر قرار استئنافية مراكش⁶¹ الصادر بتاريخ 9 يوليوز 1981 الذي دفعت فيه المطالبة بان القرار الاستئنافي "أجاب على طلب مراجعة الغرامة التماطلية ... بانه لا يجوز التصرف في تحديدها بالزيادة او النقصان مادامت محددة بالعقد المتفق عليه بين الطرفين ، ولم يبين النص الذي اعتمد عليه لفرض القاعدة بالنسبة لمسألة ثانوية ، والحال انها تهتم إرجاع التوازن بين الطرفين ، هذا التوازن الذي يسعى المشرع الى تواجده بين المتعاقدين" وجاء أيضا في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط 21⁶² ما يلي "القاعدة المقررة في ف230 من ق.ل. ع تجعل الشرط الجزائي الذي بمقتضاه حدد الطرفان مسبقا التعويض الواجب ادائه في حالة عدم تنفيذ العقد مشروعا ما دام لا يوجد في القانون ما يمنعه "، وهو التوجه الذي كرسه المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا⁶³ ورد فيه ان " قضاة الموضوع عندما اعتبروا فسخ العقد الرابط بين الطالبة والمطلوب في النقض فسحا تعسفا لعدم وجود المبرر وقضوا بالرجوع مع ان العقد يبيح ذلك ، بعله كون الطاعن يصطدم بالمبدأ القائل بأنه لا يمكن الحكم بما لم يطلب ، قد خرقت مقتضيات ف 230 من ق.ل. ع وجعلوا قرارهم ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض " ما يمكن ان نستخلصه من كل هذه القرارات ان القضاء المغربي لم يقبل بفكرة المراجعة القضائية للشرط الجزائي ، وهو بذلك بقي حبيس مقتضيات

⁶¹قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش ، ملف مدني عدد4836، اشار اليه فؤاد معلال في مقاله (مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق27.95)، اوردته ايمان بنشانة م س ص 79.

⁶²قرار عدد528 صادر بتاريخ 1926/10/20 أشار إليه محمد ادريوش (الاجتهاد القضائي في ميدان الالتزامات) أورده العربي الشاذلي في اطروحته " الالتزام العقدي بين مبدا سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد ، م س، ص462

⁶³قرار صادر عن محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا ، عدد 144، بتاريخ 19 يناير 1988، منشور بالمجلة المغربية للقانون ، عدد17، ص138، أورده سعد بوجناني في مقاله (الشرط الجزائي بين مطلب العدالة التعاقدية وهاجس ضمان تنفيذ الالتزام) م س

ف 230 من ق. ل. ع في كل الأحوال ولو على حساب العدالة التعاقدية . في ضل هذا التعارض بين مؤيد معارض كان لابد من تدخل تشريعي يحسم الامر .
3 فترة التحول صوب إقرار المراجعة القضائية:

بعد ان ضل القضاء والى حدود التسعينيات منقسما بخصوص مصير هذه الشروط الجزائية بين اجتهاد محافظ على مصداقية هذه الشروط لانبثاقها عن إرادات الأطراف المتعاقدة ، واجتهاد آخر يلح على ضرورة تدخل قضاة الموضوع لتعديل مضمون هذه الشروط بالشكل الذي يضمن تحقيق التوازن العقدي⁶⁴، الى ان صدر القرار عدد 977⁶⁵ عن المجلس الأعلى بتاريخ 10/4/1991 والذي شكل نقطة تحول نشيد بها في حياة القضاء المغربي خاصة وانه حول لقضاء الموضوع إمكانية تعديل الشرط الجزائي اذا كان مبالغا فيه، ومضمون هذا القرار انه " لا يوجد ما يمنع محاكم الموضوع ، التي لا يمكنها تعديل العقود إلا طبقا للفصل 230 من ق. ل. ع من تعديل قيمة الشرط الجزائي إذا كان مجحفا " ما يفهم من هذا القرار ان الفصل 230 من ق. ل. ع لا يمنع من تعديل الشرط الجزائي شريطة ان يكون هذا التعديل منصب على شرط جزائي مبالغ في تقديره . ولعل ذلك حذا بالمشرع الى التعجيل بتنظيم هذه المؤسسة القانونية . وتوج ذلك بصدور الظهير الشريف رقم 1/95/157 بتاريخ 11 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 27.95 المعدل بموجبه الفصل 264⁶⁶، بإضافة فقرة ثانية تمكن القاضي من ممارسة هذا الدور تفسير مضمون الشرط الجزائي اذا اثبت التعسف في استعماله وبذلك يكون المشرع قد التحق بركب التشريعات الحديثة التي اقرت إمكانية مراجعة الشرط الجزائي بالشكل الذي يحقق حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.⁶⁷

ثانيا- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

بعد ان انتصرت فكرة العدالة التعاقدية عبر تقرير إمكانية تعديل الشرط الجزائي بمقتضى قانوني صريح ف2 منف 264، لم يعد القاضي مجبرا على الالتزام بمبدأ سلطان

⁶⁴ عبد القادر العراري ، نظرية العقد ، الطبعة الثالثة ، مطبعة دار الامان ، الرباط، 2013، ص221

⁶⁵ قرار عدد 977 الصادر بتاريخ 10 ابريل 1991 منشور بمجلة الإشعار عدد 10 ص90، اشار أشار إليه العربي الشادلي في اطروحته م س،

ص464.

⁶⁶ ف 264 ق. ل. ع " يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه او الرفع من قيمته اذا كان زهيدا ، ولها أيضا ان تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.".

⁶⁷ عبد القادر العراري ، نظرية العقد ، م س ص222

الإرادة في جميع الأحوال وإنما أصبحت له سلطة واضحة يعدل بها الشرط الجزائي في حدود معينة.⁶⁸ في إطار إقامة نوع من التوازن بين قيمة التعويض المشروط ومدى الضرر الذي لحق الدائن ، تحقيقا للعدالة التعاقدية ، وحماية للطرف الضعيف في العقد . لأجل ذلك سنتطرق الى سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه كأول نقطة(1)لننتقل بعد ذلك الى سلطته في زيادة الشرط الجزائي(2).

1-تخفيض الشرط الجزائي:

بالرجوع الى ف3من الفصل 264من ق. ل. ع نجدها تنص على انه "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه او الرفع من قيمته إذا كان زهيدا ، ولها أيضا ان تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي"، ما يستشف من هذا الفصل ان المشرع المغربي قد حدد حالات تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي .وذلك إما في حالة كون التعويض الاتفاقي مبالغ فيه او حالة التنفيذ الجزئي للالتزام .

-تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه :

إن الشرط الجزائي المبالغ فيه عادة ما ينطوي على فرضية مفادها إثراء ذمة الدائن على حساب المدين ، هذا الأخير الذي يفترض فيه انه لم يتم بتنفيذ الالتزام او تأخر في تنفيذه مدة استحق من اجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي⁶⁹، الا ان الإشكال المطروح هنا هو عن المعايير المعتمدة لتقدير المبالغة .كإجابة عن الإشكال هناك اتجاهين اتجاها يقر بالمعيار الشخصي وآخر يستند الى معيار موضوعي، فيما يخص المعيار الأول أي المعيار الشخصي يتأسس على الاخذ بعين الاعتبار لموقف المتعاقدين من التنفيذ والظروف الخاصة بكل قضية ، والتي قد تبرر حماية اكبر او اقل للدائن او شدة اكبر او اقل للمدين ، إلا ان ما يعاب عليه اختلاف الحلول وتعددتها لأن الظروف الشخصية تختلف.⁷⁰ وهناك معيار آخر لتقدير المبالغة والذي يستند الى أرقام وذلك عن طريق المقارنة بين الشرط الجزائي المتفق عليه ومقدار الضرر الحاصل ، وتتحقق المبالغة بوجود اختلاف كبير بين الجزاء

⁶⁸ ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة ، "سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي -دراسة مقارنة" ، جامعة محمد بن عبد الله -كلية العلوم القانونية ، فاس ، السنة 2013/2014،ص164.

⁶⁹ ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة ، نفسه ص169

⁷⁰ ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة ، نفسه ص169

والضرر.⁷¹ إلا ان ما يعاب على هذا المعيار انه يفرد قيام معيار المبالغة على نسبة محددة موحدة في جميع الحالات .

ولعل هذه المساوى هي ما دفع بعض الفقه الى الأخذ بوجهة نظر جديدة تظهر في حالة استغلال احد المتعاقدين الظروف بشكل يتضح معه انه يسعى الى إثراء ذمته او تحقيق ربح غير مشروع على حساب المتعاقد الآخر.⁷² وعلى العموم للاستفادة من تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه يجب على المدين ان يثبت انعدام التوازن بين التعويض والضرر الحاصل .

-تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام:

بالرجوع الى مقتضيات الفقرة الثالثة من ف 264 نجد ما تنص على انه : "يمكن للمحكمة ... ان تخفض من التعويض المتفق عليه المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي " ، باستقراء مقتضيات هذه الفقرة يتضح بانه وحتى يتسنى للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام يفترض ان لا يكون هناك اتفاق مسبق بين المتعاقدين يقضي بتعويض اتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي لان هذا الاتفاق بمثابة استبعاد لسلطة القضاء في هذا الشأن ، ناهيك عن ذلك يشترط في الالتزام ان يكون قابلا للانقسام (التنفيذ الجزئي) وإلا فإن القاضي لن يجد ما يقيم عليه سلطته في التخفيض إذا كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة وبالتالي عدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام .⁷³ هذا فضلا عن انه يشترط قبول الدائن للوفاء الجزئي اما إذا رفض الوفاء الجزئي فإن له ان يطالب بتنفيذ الشرط بكامله. الملاحظ من كل ذلك ان المشرع المغربي وضع معيار محدد للتنفيذ الجزئي ، يقوم على أساس مقدار النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي . وهو ما أكدته ف3 من ف264 ناهيك عن ان القضاء يأخذ بهذا المعيار والشاهد على ذلك قرار صادر عن المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا⁷⁴ 32 مفاده ، (رفض أعمال الشرط الجزائي

⁷¹ فؤاد معلال "مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق27.95"أوردته ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة ، م س ص169

⁷² Sanz(sylviane) :la consécration du pouvoir judiciaire par la loi juillet et ses incidences sur la théorie général de la clause pénale أوردهته ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة ، م س ص169

⁷³ ماجدة عبد المجيد ، نفسه ص166

⁷⁴ قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ، عدد 1422 بتاريخ 1982/9/21 ، ملف مدني عدد(90301)، غير منشور اشارت إليه ماجدة عبد المجيد ، نفسه

استنادا الى ان أي ضرر لم يلحق بالدائن من جراء التأخير في تسليم المتجر كون المالك سلم للمكثري محلا تجاريا لمزاولة اعمال تجارته الى حين الانتهاء من البناء"
2- حدود الزيادة في الشرط الجزائي:

جاء في نص المادة 264 من ق. ل. ع ف 3 ما يلي: "يمكن للمحكمة ... الرفع من قيمة التعويض اذا كان زهيدا.. " ما يستخلص من هذا النص ان المشرع المغربي ربط الزيادة في الشرط الجزائي بالحالة التي يكون فيها التعويض المتفق عليه تافها او زهيدا مقارنة مع الضرر الحاصل. وهو نفس التوجه الذي أكدته المادة 185 من القانون المدني الجزائري التي اقرت على انه: "اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت ان المدين ارتكب غشا او خطأ جسيم " تبعا لذلك فإن زيادة قيمة التعويض الاتفاقي تتجلى في حالتين هما : الحالة التي يكون فيها التعويض الاتفاقي زهيدا القيمة ثم حالة التدليس او الخطأ الجسيم .

-القيمة الزهيدة : القيمة الزهيدة هي القيمة الضئيلة التافهة التي لا تتناسب مع جسامه الضرر الحاصل. وعليه تبقى سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي قائمة كلما ثبت ان التعويض المتفق عليه هزيل مقارنة مع ما لحق الدائن من ضرر جراء التأخير في تنفيذ الالتزام او عدم تنفيذه او حتى في تنفيذه الجزئي ، بشكل يحقق العدالة التعاقدية. غير ان ما يلاحظ غياب معيار لتحديد درجة التافهة.⁷⁵ إلا انه يمكن القول على ان معيار التافهة يمكن ان يتحدد على أساس المقارنة بين حجم الخطأ المقترف من لدن المدين ، ونسبة الضرر الذي لحق الدائن ، فكلما كانت نسبة الضرر تفوق حجم الخطأ المقترف كلما استلزم الامر تدخل قضائي لتعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه الى الحد الذي يجبر ضرر الدائن.

-حالة التدليس او الخطأ الجسيم :

من المسلم به الإشارة الى انه اذا كان الإخلال بالالتزام العقدي راجع الى تدليس المدين او خطأه الجسيم ، فإنه لا يجوز له ان يتمسك بإعمال الشرط الجزائي المتفق عليه ذلك ان هذا الاتفاق لا يكون ملزما إلا في حالة الخطأ اليسير⁷⁶. ولعلنا نستحضر في هذا الصدد مقتضيات ف 232 من ق. ل. ع الذي يؤكد: "لا يجوز ان يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن

⁷⁵ باتشا سعيدة (الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري) م س ، ص 55
⁷⁶ ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة (سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي-دراسة مقارنة)، م س ص 171

خطئه الجسيم او تدليسه " تبعا لذلك فإن أي إخلال بالالتزام العقدي الملقى على عاتق المدين والراجع الى تدليسه او خطأه الجسيم وفقا لما ورد في الفصل ، يبرر دفع تعويض إضافي يضاف الى التعويض المتفق عليه .ولابد لهذا التعويض ان يكون متناسبا مع حجم الضرر الراجع الى التدليس او الخطأ الجسيم ، وبالتالي فإن الشرط الجزائي الذي جاز ان يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع ان يخفف من مسؤوليته في حالتها الغش والخطأ الجسيم .ما يستتبع رفع مقدار التعويض الى الحد الذي يصبح فيه معادلا للضرر الحاصل.⁷⁷

بقيت الإشارة الى ان المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 264 جعل الاحكام المتعلقة بالشرط الجزائي من صميم النظام العام⁷⁸، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .هذا فضلا عن سلطة القاضي التقديرية في هذا المجال مرهونة بتقديم طلب من الطرف المعني بالأمر .انسجاما مع مقتضيات ف 3 من ق م م الذي ينص على انه : "يتعين على القاضي ان يثبت في حدود طلبات الأطراف " .انطلاقا مما سبق يتضح ان الشرط الجزائي يضمن بالفعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين الأطراف غير انه قد ينحرف في بعض الأحيان عن ذلك حينما يتم الاتفاق على شروط جزائية تحمل في طياتها بعدا تعسفيا مما يستلزم بالضرورة التدخل لإعادة التوازن العقدي عبر تعديل هاته الشروط، غير ان هذا التدخل وإن كان يضمن عدالة تعاقدية بين الأطراف إلا انه يعتبر تمردا على اهم المبادئ الكلاسيكية التي تنطوي عليها نظرية العقد الا وهي "مبدأ سلطان الإرادة" ،ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

⁷⁷ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أورده سليمان المقداد في اطروحته "مركز الإرادة في العقود" ، جامعة محمد الأول وجدة ، السنة 2016/2017ص292

⁷⁸ سليمان المقداد، "مركز الإرادة في العقود"، المرجع نفسه،ص293

المبحث الثاني : التدخل القضائي لتكميل العقد

يعتبر العقد من أهم أدوات التعامل بين الأشخاص قصد تحقيق أهداف معينة سواء في المجال الاقتصادي أو القانوني ، مقابل ذلك فقد وضع المشرع قواعد تحكم هذا العقد في المرحلة المتعلقة بإنشائه أو بتنفيذه واضعا في ذلك مختلف التطورات الاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع ، وعليه سنتطرق في (مطلب اول) دور القضاء في تكميل العقد ، وفي (مطلب ثاني) الالتزام بضمان السلامة أهم تطبيقات التكلفة.

المطلب الأول : دور القضاء في تكميل العقد

تعتبر عملية تكميل العقد وسيلة يستطيع من خلالها القاضي التدخل من اجل تحديد التزامات التي ينتجها العقد وهذا التدخل من شأنه إضافة التزامات لإعادة التوازن العقدي⁷⁹ ، ماهية تكميل العقد (الفقرة الاولى) ، أسباب وشرط التكميل (الفقرة الثانية)، طرق تكميل العقد (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: ماهية تكميل العقد

ان دراسة ماهية تكميل العقد تستوجب منا الوقوف عند بيان المقصود به (اولا) ، وتمييزه عن باقي الأنظمة المشابهة له (ثانيا).

أولاً: تعريف تكميل العقد

نتيجة لتطور الاقتصادي و التكنولوجي و لما له من تأثير على انشاء العقد من حيث المس بالاختلال البين بين اطراف العلاقة العقدية ، ولإعادة التوازن العقدي خص لذلك المشرع تدخل القضاء وفقا للأليتين الية التعديل و التكميل⁸⁰، حيث يراد بتكميل العقد تدخل القاضي لإضافة التزامات لم يتفق عليها المتعاقدان الى المحتوى العقدي سواء تمت إثاراتها اثناء المفاوضات العقدية لم يتوصلا الى اتفاق بشأنها او الى ما بعد ابرام العقد⁸¹، و في تعريف آخر لتكميل العقد قيام القاضي إضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية التي لم يتفق عليها الطرفان أثناء إبرام العقد، مسترشدا بعدة موجهات حددها المشرع المدني

⁷⁹الحديثي خالد عبد الحسين ، تكميل العقد (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2012، ص 10

⁸⁰المعزوز البكاي ، م،س،ص 11.

⁸¹سعاد بوختالة ، دور القاضي في تكملة العقد ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ن 2016/2015 ، ص 18.

و هو ما يطلق عليه⁸² Integration ou Complement du Contrat ، إن إكمال نطاق العقد عملية قانونية يستند وفقها القاضي على نص الفصل 231⁸³ .

ثانيا . تمييز التكميل عن باقي الأنظمة المشابهة له

تمييز تكميل العقد عن باقي الأنظمة المشابهة له كالتعديل (1) و التكيف (2) و أخيرا التفسير (3).

➤ 1. تمييز تكميل العقد عن تعديله:

للقاضي دور هام في عملية التكميل و التعديل التي تطال العقد وبالتالي قد يبدو للبعض ان كل من تكميل العقد و تعديله يختلطان في حين انهما عمليتين مختلفتين ، حيث نجد التعديل هو قيام القاضي بتعديل بعض شروط العقد المتفق عليها بين المتعاقدين و ذلك بغرض المواءمة بين الشروط العقدية⁸⁴ ، في حين يعتبر التكميل قيام القاضي بإضافة البنود التفضيلية للعقد كما سبق تعريفه .

كما يمكننا الإشارة إلى أن كل من تكميل العقد وتعديله ، أوجه تشابه وأوجه اختلاف⁸⁵

➤ أوجه التشابه

يتشابه تكميل العقد وتعديله من حيث الاستناد إلى قواعد العدالة في كل حالات التعديل و في بعض حالات التكميل حيث يعتمد القاضي على القواعد المستمدة من العدالة لتعديل الشروط الجائرة في العقد للأجل تحقيق الغاية من التدخل ألا وهي القيام بالتعديل ، بينما يعتمد القاضي على البعض من هذه القواعد المستمدة من العدالة لقيامه بالتكميل بإضافته للقواعد المكملة و العرف و القانون و فقا لما تفتضيه طبيعة العقد .

➤ أوجه الاختلاف

يختلف تعديل البنود الجائرة بالعقد عن تكميل البنود التفصيلية في عدة أمور سنوردها كالتالي:

⁸² سحر البكاشي ، م،س، ص 23.

⁸³ الفصل 231: كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية و هو لا يلزم بما وقع التصريح فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها العرف و القانون أو الإنصاف و فقا لما تفتضيه طبيعته.

⁸⁴ سحر البكاشي ، م، س ص 92.

⁸⁵ المرجع نفسه، ص 93 و 94.

من حيث نوع البند محل التعديل أو التكميل: يختص القاضي في إطار تدخله لتعديل البنود الجائرة في العقد الكامل، بينما في الجانب المتعلق بالتكميل في العقد يختص القاضي بتكميل البنود الناقصة له.

من حيث المبرر: يتدخل القاضي لتعديل العقد بهدف تحقيق التوازن وإحداث مواءمة بين شروط العقد، بينما يقتصر تدخل القاضي في الجانب المتعلق بالتكميل بإضافة البنود التفصيلية للعقد الذي لم يتم الاتفاق عليها في عقد متوازن. من حيث اتساع سلطة القاضي: يقتصر دور القاضي في تعديل الشروط الجائرة أو الإغفاء منها في بعض الحالات، في حين يتجلى دوره في تكميل البنود التفصيلية في العقد إلى حد إضافة ما لم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العلاقة العقدية بإضافته للالتزامات جديدة مثل الالتزام بضمان السلامة و عقد الاستضافة في الفنادق.

➤ 2. تمييز تكييف العقد عن تكميله

يضطلع القاضي بدور هام في عمليتي التكييف و التكميل حيث يقوم بتكييف العقد بإعطائه الطائفة القانونية التي تتلائم مع بنوده⁸⁶ إزاء الدعوى المدنية المطروحة أمامه، في حين يعتبر التكميل كما سبق بيانه إضافة القاضي لبنود تفصيلية للعقد. فأوجه التشابه و الاختلاف⁸⁷ هي كالتالي.

➤ أوجه التشابه

يتفق كل من التكييف و التكميل في عدة امور و من بينها نوع سلطة القاضي تعتبر سلطة القاضي في تكييفه للعقد بسلطة غاية في الاهمية حيث يثور على ارادة الاطراف المعبر عنها في بنود العقد فيعطي للعقد الوصف القانوني المناسب، و كذلك بالنسبة لتكميل العقد يقوم القاضي ايضا بتكميل البنود التفصيلية ان لم يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. من حيث الخضوع لرقابة القضاء بمناسبة قيام القاضي بالتكييف القانوني لما قصده المتعاقدان و انزال حكم القانون على العقد مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة قضاء النقض، وكذلك بالنسبة للألية التكميل هي الاخرى تخضع لرقابة قضاء النقض.

⁸⁶ سعاد بوختالة ، م،س : ص 26
⁸⁷ سحر البكباشي ، م،س: ص: 25 و 26.

➤ أوجه الاختلاف

يختلف التكييف عن التكميل في كون تكييف العقد يسبق تكميله وبالتالي يتضح ان القاضي يقوم في مرحلة اولى بتكييف العقد اي الطائفة القانونية التي تتلائم و أحكام العقد ومن بعده تأتي عملية التكميل المتعلقة بإضافة البنود التفصيلية

➤ 3. تمييز التفسير عن التكميل

يقوم القاضي بدور هام ايضا اثناء قيامه بمهامه في كل من عمليتي التكميل و التفسير و هذين الاخرين قد يختطان على الرغم من تباينهما واستقلالهما ،حيث يقصد بالتفسير تلك العملية التي يقوم بها القاضي لتوضيح الشروط الغامضة في بنود العقد و تحديد معالم هذه البنود داخل اطار العقد ، وكذلك يستهدف تفسير العقد للوصول الى حقيقة الارادة و النية المشتركة للمتعاقدين⁸⁸، ويقصد بالشروط الغامضة هو ذلك التناقض او عدم التوافق الحاصل بين الالفاظ والإرادة الحقيقية للمتعاقدين وتعتبر سلطة لقاضي في تأويل الشروط الغامضة من اهم الوسائل المتوفرة لديه⁸⁹، و عليه سنوضح اوجه تشابه و الاختلاف لكل من التكميل و التفسير:

➤ أوجه التشابه

أوجه التشابه لكل من التفسير و التكميل يتجسد من حيث المصادر التي يلجأ إليها القاضي و هو بصدد تفسير أو تكميل⁹⁰، و كذلك الاتفاق المتعلق بالاستعانة بظروف التعاقد حيث يستعين القاضي بهته الظروف حتى يصل لنية المشتركة للمتعاقدين .

➤ أوجه الاختلاف

يختلف التفسير⁹¹ عن التكميل من حيث الاستناد في التكميل مثلا يقوم القاضي بالاستعانة وهو بصدد قيامه بعملية التكميل على القواعد القانونية المكملة بإضافة البنود التفصيلية الناقصة للعقد ، أما في تفسير العقد لا يستطيع القاضي اللجوء إلى هذه القواعد القانونية، من حيث طبيعة الدور يقوم القاضي بتفسير بعض العبارة الغامضة و قد يقوم بتحديد دلالة العبارة المشكوك في دلالتها ، في حين دور القاضي

⁸⁸الحديثي خالد عبد الحسين ، م،س : ص 59

⁸⁹بهجة فردوس: دور القضاء في حماية المستهلك المقترض من الشروط التعسفية /عقد العقد العقاري نموذجاً/ مقال منشور بمجلة البوغاز للدراسات القانونية و القضائية، العدد الثاني 2019، ص 198.

⁹⁰سعاد بوختالة، م،س ص 20.

⁹¹سحر البكاشي ، م،س ، ص 35 و 36.

في تكميل العقد يقتصر في سد النقص الوارد في بنود العقد. من حيث الخضوع لرقابة قضاء النقص في الحالة المتعلقة بالتكميل يخضع القاضي لرقابة قضاء النقص على خلاف الشق المتعلق بتفسير حيث لا يخضع لرقابة قضاء النقص

الفقرة الثانية: اسباب و شروط تكميل العقد.

سننظر في هذه الفقرة الى ابراز بعض الأسباب التي اثرت على اختلال التوازن العقد (اولا) ، و كذا الشروط المنظمة للعقد (ثانيا) .

أولاً: بعض أسباب تكميل العقد:

تنشأ مسألة تكميل العقد في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدين على الشروط الجوهرية دون تحديد الشروط التفصيلية للعقد دون تنظيم والتي كان ، المفروض تنظيمها او الاتفاق بشأنها⁹²، للقاضي دور حيث يجد نفسه محل الطرفين لمتعاقدين لإيجاد حل لهذه المسألة عن طريق النقص في تنظيم العقد محل النزاع طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون و العرف وفقاً للفصل 231 من ق.ل.ع. ويعتبر من بين أسباب تكميل العقد كالنقص في تنظيم العقد من قبل المتعاقدين و الهدف من التكميل الذي هو سد هذا النقص عن طريق ما تتضمنه هذه القواعد الموضوعية من احكام دون ان يتطلب ذلك من القاضي البحث عن إرادة الطرفين ، وايضا تعتبر بعض أسباب تكميل العقد في الهيمنة الاقتصادية و كذلك الاختلاف المعرفي للأفراد حيث لاحظ في السنوات الأخيرة على ان مفهوم العقد قد تغير نتيجة التطور الاقتصادي و التكنولوجي الذي يعرفه عالمنا اليوم مما اثر بدوره على اللامساواة بين أطراف العلاقة العقدية وان وجدت مساواة قانونية فإنها مساواة ظاهرية لا تستطيع ان تخفي عدم المساواة الواقعية بين المتعاقدين مفهوم المساواة لا يمكننا الحديث عنه الا في حالة تساوي الطرفين في كل من القابلية للتفاوض و كذلك الخبرة او المركز القانوني او الاجتماعي .

⁹²الحديثي خالد عبد الحسين ، مس ، ص 83 و 84.

كما تجدر الإشارة الى ان الاختلاف المعرفي للأفراد بدوره له تأثير على اختلال التوازن العقدي وذلك بمختلف انواعهم سواء المهني او غير المهني⁹³

ثانيا: شروط تكميل العقد

حتى ينعقد العقد يجب ان تتطابق إرادة الموجب و إرادة القابل تطابقا تاما حول مسأله الجوهرية 1 ، وايضا مسأله التفصيلية 2.

1. الأمور الجوهرية في العقد

يقصد بالأمور الجوهرية الالتزامات التي ترتبط بجوهر العقد و التي تحدد إما بموجب القانون أو بطبيعة العقد أو بحسب إرادة المتعاقدين⁹⁴ ، إذن فالمسائل الجوهرية أو كما سماها Pothier الصفات الجوهرية تلك المسائل التي تعطي للعقد لونه الخاص به و في غيابها يتعذر تحديد خصائصه⁹⁵ ، وبالتالي هذه المسائل الجوهرية تختلف حسب نوع العقود سواء تعلق الأمر بالعقود المسماة أو العقود الغير المسماة.

بالنسبة للمسائل الجوهرية في العقود المسماة تعتبر المسائل الجوهرية في العقود المسماة تلك المسائل التي يكون من وراءها إنشاء العقد ذلك لان لكل عقد غرض اقتصادي يسعى إلى تحقيقه⁹⁶ ، وذلك بالاعتماد على إرادة الطرفين لتحقيق العملية الاقتصادية المبتغاة مثل عقد البيع تعتبر من مسأله الجوهرية أن يتضمن الاتفاق المبرم بين الطرفين الثمن و نقل ملكية الشيء ، بصفة عامة المسائل الجوهرية في العقود المسماة هي تلك الالتزامات التي تشكل نواة العقد وتؤدي إلى تحقيق الهدف من إبرام العقد.

كما يمكننا الإشارة إلى أن المسائل الجوهرية لها معايير ، معيار موضوعي ، و معيار شخصي.

⁹³ سعاد بوختالة، م.س ص : 118 و119

⁹⁴ سحر البكباشي ، م،س ص 108.

⁹⁵ سعاد بوختالة ، م،س ص 98

⁹⁶ المرجع نفسه ، ص 39.

Élément Objectivement Essentiels مسائل جوهرية موضوعية

يضطلع القاضي بدوره في هذا المعيار على الوقوف على طبيعة العقد و ماهيته⁹⁷ ، من اجل تحديد ملامح العقد و مسائله الجوهرية وكذلك الوقوف على أركان العقد فان توافرت اعتبر العقد قائما.

مسائل جوهرية وفقا للمعيار الشخصي بمعنى يمكن تحديد المسائل الجوهرية وفقا للمعيار الشخصي بإرادة الطرفين المتعاقدين فهذه الصفات الجوهرية قد تبدو تفصيلية أي ثانوية في وهلة أولى على أن يتم تحولها إلى مسائل جوهرية وفقا للإرادة الطرفين حيث لمبدأ سلطان الإرادة دور في تحديد هذه المسائل⁹⁸.

بالنسبة للمسائل الجوهرية في العقود الغير المسماة كما سبق معنا أن المسائل الجوهرية في العقود الغير المسماة يصعب تحديدها بكونها لا تخضع لتنظيم تشريعي محدد، مما يترك تحديدها للأطراف العلاقة العقدية حيث تلعب إرادة الطرفين دور هام في تحديد هذه المسائل الجوهرية⁹⁹.

2. الأمور التفصيلية في العقد

يتم إبرام العقد بالاتفاق على مسائله الجوهرية فلا يؤثر الأمر التفصيلي على قيام العقد من عدمه حيث تعتبر الأمور التفصيلية سوى شرط ثانوي للعقد ، و ليس لهذه المسائل اثر على المستوى الاقتصادي أي انها لا تؤثر على التوازن العقدي و من بين **المسائل التفصيلية في العقد المسمى** نجد الأمور التي تلحق الشرط الجزائي كمثل فهذه المسائل لا تمس بجوهر العقد و ليس لها أي تأثير على تكييف العقد. **المسائل التفصيلية في العقد الغير المسمى** يمكن القول هنا إن تحديد المسائل التفصيلية في هذا النوع من العقود مثله مثل المسائل الجوهرية مما يتعين على القاضي تحري الإرادة المشتركة لطرفين و كذلك هذه المسائل التفصيلية لا تؤثر على جوهر العقد و لا إلى تكييف العقد¹⁰⁰

سحر البكباشي، م،س ص 110. ⁹⁷

⁹⁸ المرجع نفسه، ص 112.

⁹⁹ سعاد بوختالة ، م،س ص 44

¹⁰⁰ سحر البكباشي ، م،س ص 42 و 45.

الفقرة الثالثة: طرق تكميل العقد

كما سبق القول أن العقد يكون غير كامل أو ما يعبر عنه بحالة سكوت العقد، فعبارة العقد هنا غير واضحة أو غير كاملة أو هناك كذلك بعض الهفوات حول نقطة معينة هي نقط الاختلاف، حيث أن الأطراف العقد إما أنهم لم يفكروا فيها، وإما لأن كل واحد من الأطراف العقد، فكر فيها، ولكنه خشي عن حسن نية، أن يخلق سوء نية قد يعيق مسيرة التعاقد و منه نجد على أن ما يقرره مبدأ أحسن النية أو العرف أو ترشد له القواعد العدالة من التزامات تبعية يعدها القاضي من مستلزمات العقد تم يقوم هذا الأخير بإضافتها إلى مضمونه وذلك من أجل استكمال العقد نطاقه، وحيث أن موضوع تكميل الذي نحن بصدده يكتسي أهمية بالغة وذلك من خلال الجهود القضائية المبدولة لتوسيع هذا الموضوع العقد وذلك استناد إلى كل من مبدأ حسن النية(أولاً) أو استناداً إلى العرف (ثانياً) أو استناداً إلى مبادئ العدالة (ثالثاً) أو استناداً إلى القانون(رابعاً).

أولاً: الاستناد إلى مبدأ حسن النية.

من المعلوم بأن مبدأ حسن النية هو مبدأ أخلاقي في الأصل قبل أن يكون قانوني، لهذا نجد أن المشرع المغربي لم يتوقف في إعطاء تعريفا لهذا المبدأ والذي يعتبر من أهم المبادئ التي تسودها الثقة وأمانة والصدق بل اكتفى بالنص عليه في عدة فصول داخل قانون والالتزامات والعقود كالفصول 103 و477 و231¹⁰¹ من ق.ل.ع لأن جل هذه الفصول تقدم تعريفات تدرج عموماً ضمن اختصاص الفقه والقضاء، فالقاضي في هذه الحالة يستند إلى مبدأ حسن نية الأطراف المتعاقدة من أجل تكميل النقص الذي يشوب العقد.

هذا ما تطرق إليه المشرع المغربي عكس ذلك نجد أن بعض التشريعات المقارنة حاولت إعطاء بعض مفاهيم وتعريفات لهذا المبدأ ولو بشكل مقتضب واستنادها في ذلك أن هذا المبدأ شائع وشاسع في نفس الوقت حيث يتم استعماله في كافة المجالات خصوصاً في

¹⁰¹الفصول من ق.ل.ع

الفصل 103: "الحائز عن حسن نية يملك العقار، ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجوداً في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، وما يجنيه منها بعد ذلك.

وهو يتحمل، من ناحية أخرى، مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثمار.

الحائز عن حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها"

الفصل 477: "حسن النية يفترض دائماً ما دام العكس لم يثبت"

الفصل 231: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الأنصاف وفقاً لما تقتضيه طبيعته"

القانون المدني الذي شهد من خلاله هذا الأخير قفزة نوعية تهتم بأساس هذا المبدأ الذي لم يعد له طابع أخلاقي كما كان سابقا بل شهد انتقالا واضحا وواسعا من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون كل هذا من خلال التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها القانون المدني لاسيما في نطاق العقود و هي في مراحل تكونها.

إن مبد أحسن النية الذي أشرنا له سابقا لم يكن له تعريفا موحدا وشاملا يمكن من خلاله القاضي إستناد عليه وكذلك اعتماد عليه وهذا كله ينصب في تفسير وتكميل العقد الذي يعتريه نقص في أحد بنوده أو أركانه أو شروطه التي هي أساس كل عقد يقدم عليه أحد المتعاقدين في عقودهم ومنه هذا المبدأ بالرغم من أن ليس له تعريفا موحدا إلا أنه نجد لهذا المبدأ تعريفا مبسطا يمكن استناد عليه ويقصد به: "النية السليمة والصادقة والخالية من الخداع والغدر والقصد السيئ أو الصراحة"¹⁰²

ودور القاضي في هذا المبدأ أي حسن النية لم يعد دوره يتمثل فقط عند تفسير التصرف بل يتعدى أكثر من إلى إكمال التصرف وذلك في حالة اتفاق الطرفين على العناصر الجوهرية في العقد وعلى أن العقد قد تم بينهما في المسائل الأخرى التي تم تركها ناقصة إذا لم يتفقا على تنظيمها لاحقا فإنه يجري تنظيمها من القاضي وفقها يقضي به مبدأ حسن النية مع الاعتراف بالعرف الجاري به العمل¹⁰³

ثانيا: استنادا إلى القواعد العدالة:

إن تكميل العقد وفقا للقواعد العدالة بدوره يعد مصدرا تكميليا يمكن للقاضي الاعتماد عليه عند القيام بالدور المنوط به والمتمثل بالأساس في تكميل هذا العقد الذي يكون فيه نقص أحد عناصر الجوهرية للأى عقد كان حيث نجد مثلا :عقد البيع أن من بين شروطه وجود تمن البيع ثم الشيء المبيع بإضافة مكان تسليم المبيع تم الوقت.

هذه هي شروط عقد البيع في حالت تخلفها يعتبر عقد بيع ناقصا وباطلا لهذا وجب تدخل القاضي الموضوع من أجل إكمال هذه العناصر تم بعد ذلك يقوم بإضافتها إلى مضمون العقد وذلك لكي يعيد العقد إلى أصله صحيح وهو أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا الفصل 231ق ل ع لكن القضاء كما نعلم لا يتدخل من دون رجوع إليه أطراف العقد من

¹⁰²الحديثي خالد عبد الحسين ، م.س ، ص 100.

¹⁰³الحديثي خالد عبد الحسين ، م.س ، ص 100

أجل فض منازعتهم لكن في هذه الحالة القاضي يتدخل من تلقاء نفسه من أجل رد النية المشتركة لدى إرادة الأطراف المتعاقدة ، ومنه فإن تكميل العقد هذا لا يأتي من فراغ لدى القاضي بل إنه يستتبط الحل مسترشداً من ذلك على أسس ومبادئ وتوجيهات عامة يستتبطها من شعور كامن في النفس عن طريق العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدي إعطاء كل ذي حق حقه في المجتمع ، فجوهر فكرة العدالة هو حصول إنسان على حقه¹⁰⁴

والعدالة التي نحن بصددتها هي آخر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيما لم ينظمه المتعاقدان ومنه نجد أن المقصود بالعدالة هي العدالة المكتملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقد "تنظيم المتعاقد"

لأثاره في مسألة معينة ، و لا يتم للجوء إلى العدالة إلا إذا لم يوجد حكماً في العرف ؛ سنتطرق إليه لاحقاً ؛ والقاضي في هذه الحالة يسترشد بقواعد العدالة وذلك من أجل استكمال شروط العقد من أجل تحديد نطاقه .

وقد استند القضاء الفرنسي بدوره إلى مبادئ القواعد العدالة لإثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات مثل: لالتزام بالسلامة الذي فرض على عاتق الناقل لمصلحة الراكب ولالتزام بعدم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل فيه¹⁰⁵.

ثالثاً: استناد إلى العرف.

ويعد العرف مصدراً حيويًا للقانون وحيويته نابعة من كونه يعكس بصدق حاجيات المواطنين ومطامحهم ، وقد كان العرف ، يشكل المصدر الأول للقواعد القانونية في ظل المجتمعات البدائية حيث كان يستجيب لحاجاتها البسيطة غير المعقدة ، وينصرف اصطلاح هذا العرف باعتباره مجموعة من القواعد القانونية الذي تنشأ من أطراف سلوك الناس في إتباعها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بإلزامها وبأن مخالفتها نستنتج توقيع جزاء مادي¹⁰⁶ ويتميز العرف بأنه من أكبر المصادر ديمقراطية فهو مصدر شعبي ينبع من رضا الناس وأنه يتطور تلقائياً من الواقع ويسد الفراغ الذي يتركه التشريع ومن هنا يمكن القول بأن

¹⁰⁴ المرجع نفسه ، ص 118

¹⁰⁵ المرجع نفسه ، ص 121.

¹⁰⁶ نور الدين العمراني و المعزوز البكاي: مدخل للعلوم القانونية ، درب السلام بلمعطي الزيتون مكناس، الطبعة 2019/2018 ، ص 107.

العرف يعتبر من الوسائل التي يمكن للقاضي أن يسترشد بها في تكميله للعقد، وهذا العرف الذي نحن بدراسته يتم تضمينه في الفصل 231 ق ل ع المغربي والذي يقصد به مجموعة من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة وهي تعين على تحديد نطاق العقد طبقا لطبيعة الالتزام

ويظهر دور العرف في تكميل العقد خاصة في المسائل التجارية لكن ليس فقط هذه المعاملات بل يتناول أيضا المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء، بالإضافة الى المعاملات البحرية وعقود التأمين. فالقواعد التي يلجأ إليها القاضي ويضمونها ضمن الالتزامات المتعاقدين هي قواعد عرفية مكملة لقواعد العرفية والمفسرة، إذ أن العرف المفسر هو الذي يلجأ إليه عند غموض عبارات العقد أما العرف المكمل فهو العرف الذي يلجأ إليه عند عدم وجود عبارة تنظم المسائل المتعلقة بها كالشرط التي جرت عادة المتعاقدين بإدراجها في العقود معينة حتى أصبح وجودها في تلك العقود مفروضا ولو لم تدرج فيها .

والعرف الذي نحن بصدد له مزايا وعيوب والتي تكون عائقا على القاضي للبت من خلاله في المنازعات وتكملة النواقص الأطراف علاقة التعاقدية ومن بين مزاياه التي تكون مدخلا للقاضي هي كالتالي:

يتميز العرف أولا بمصداقيته كاملة عن إرادة الجماعة، تم أنه مرن يساير المجتمع في تطوره ويتغير معه بشكل تلقائي، كما يمتاز أيضا الأخير بميزة تتمثل بأساس لسد الثغرات النقص التشريعي هذا في ما يخص مزاياه لكن لا يعني في حقيقته ليس لها عيوب جلية تعتري العرف والتي جعلت التشريع يحتل مكانته ويتفوق عليه من حيث الواقع، ومن عيوبه نجد انها تتمثل أساسا في ما يلي: أنه بطيء فهو لا ينشئ القواعد القانونية إلا بالتدرج ويستغرق زمنا طويلا نسبيا ليثبت ويستقر، ويعاب كذلك عليه هو عدم وضوحه بسبب عدم كتابته، حيث يصعب الاعتماد على القواعد العرف والرجوع إليها للتأكد منها، ثم أخيرا يعاب عليه أيضا من خلال تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة¹⁰⁷

¹⁰⁷ نور الدين العمراني و المعزوز البكاي : م.س ص 107 و108 و109

فالقاضي عندما لا يجد حلاً للنزاع المتعلق بالعقد في القواعد القانون الأمرة والمكملة لإرادة إتجه صوب قواعد العرف والعرف الذي يلجأ إليه القاضي لتكملة ما نقص في العقد هو العرف المكمل لإرادة المتعاقدين الذي يرجع إليه القاضي لتكملة العقد الناقص، أذ على القاضي أن يكمل العقد بما هو مألوف من الشروط وإن لم تدرج فيه مادامت أن العادة جرت بإدراجها في العقد¹⁰⁸

رابعاً: استناداً للقانون

يملك الطرفان المتعاقدان كامل الحرية في تجديد نوع التزام كل منهما وذلك من خلال حريتهما في تحديد مضمون العقد باختيار البنود والشروط التي يردونها ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام، وما يضعه المشرع من قواعد أمره فالمشرع يملك السيطرة على العقود حتى لا تكون أداة بين الأفراد للإخلال بالأمن الاجتماعي¹⁰⁹

فبالنسبة للقانون المدني والمصري فكلاهما لا يجعل دور الإرادة الاطراف العلاقة التعاقدية ينصهر في سلطة المشرع وكذا القاضي اذا مازالت الإرادة تنتج آثارها القانونية كلما اتجهت الى تحقيق نتائجها ولا هما تركا الإرادة تنفرد بإنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة وإلى المقترضيات العدالة¹¹⁰

إذا فالمشرع يساهم في تكميل العقد بما يضعه من مجموعة من القواعد القانونية سواء كانت أمره أو مكملة أو مفسرة تنظم الجوانب المختلفة للعقد وسد النقص الحاصل بشأنه، ويسعى المشرع في هذه الحالة للتدخل وذلك من أجل تنظيم مجموعة من الجوانب المختلفة للعقد أي بتحقيق هدفين متمثلان بأساس أولاً: تفعيل العقد وذلك بتكميل ما أتفق إليه طرفين العقد كلما كان ذلك ضرورياً وجائزاً تم بعد ذلك يقوم بحماية المتعاقدين بعضهم في في مواجهة بعض الآخر مهما كان المتعاقدان من حيث عدم التبصير أو عدم الدراية بالمسائل القانونية¹¹¹

ومن هنا يمكن القول أن القواعد القانونية التي يستند عليها القاضي في تكميل العقد تلعب دوراً كبيراً في تكميل العقد وذلك بواسطة مجموعة من القواعد المكملة، فالقانون مثلاً

¹⁰⁸ الحديثي خالد عبد الحسين ، م.س ، ص 115 و116

¹⁰⁹ المرجع نفسه ، ص 101

¹¹⁰ الحديثي خالد عبد الحسين ، م.س ، ص 101

¹¹¹ خالد عبد المحسن الحديثي، مرجع سابق، ص102

في عقد ضمان السلامة ينص على على مجموعة من القواعد والأمور الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها لنشوء كالتعويض في حالة عدم إيصال السلعة أو عدم تحديد الوقت التي سوف يتم الوصول فيه وهناك كذلك عدة أمور قانونية إذا لم ينص عليها المتعاقدان يلعب القاضي دورا مهما في إيجادها بواسطة مجموعة من القواعد المكملة التي تأتي لتكمل إرادة الأطراف المتعاقدة ومثال في ذلك تحديد وقت التسليم ومكان الوفاء تم تاريخ الأداء.

ومن هذا نجد أن بعض الفقهاء اعتبروا على أن تكميل الذي نحن بصدده أو التصرف بالقواعد والمعايير الموضوعية التي يحددها المشرع عادة يتم بعيدا عن الإرادة بل أن الطرفين قد لا يعلمان بوجود هذه القواعد التي تعبر عن إرادة المشرع مما يظهر مرة أخرى أن القانون يتعاون مع الإرادة في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن التصرف وأن الأحكام المكملة أيا كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد¹¹². فالقاضي هنا عندما يقوم بتنظيم المسائل التفصيلية فإن ذلك لا يساهم في تكوين العقد وإنما يساهم في تحديد نطاق العقد وما ينتجه من التزامات تحكم مسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، حيث تتدخل إرادة القاضي إلى جانب إرادة المتعاقدين على المسائل الجوهرية¹¹³، وتنص المادة 231 ق ل المغربي أن العقد لا يشمل ما تم التصريح به فقط بإرادة الطرفين أثناء إنشاء العقد بل يشمل أيضا كل ملحقاتها وتوابعها والتي يقررها القانون والعرف والإنصاف وما تقتضيه طبيعة العقد.

إذن نستنتج من خلال ما سبق ذكره بخصوص دور القانون في تكميل العقد إد نجد من خلال أن بعض الأشخاص قد يتعذر عليهم أن يستوعبوا كافة التزامات العقد المبرم بين طرفين العقد والتي في بعض أحيان قد تعتبر هذه التزامات من بين العناصر الجوهرية التي بدونها ليس للعقد وجود ففي هذه الحالة يتم تدخل القاضي باعتباره رمزا للعدالة من أجل تكميل هذه التزامات وكذا التفاصيل الجزئية، ثم يعدها إلى نصابها ليكمل العقد مكتملا لكافة أركانها التي يشملها

¹¹² خالد عبد المحسن الحديثي، مرجع سابق، ص104

¹¹³ سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، موقع، Almerja.net، تاريخ الاطلاع 2019/11/25، ساعة الاطلاع 15:40

المطلب الثاني: الالتزام بضمان السلامة أهم تطبيقات التكملة

الهدف من تدخل القاضي لإضافة التزامات تفصيلية تكميلية للعقد هو تحقيق التوازن في العلاقة الذي يكون قد اختل بسبب التفوق المعرفي أو الاقتصادي لأحد المتعاقدين في العلاقة على المتعاقد الآخر، أو بسبب عدم التكافؤ بين التزامات الطرفين، وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي أن يتدخل في العقد بإضافة التزامات تكميلية لإعادة التوازن لأطراف العلاقة التعاقدية، ويعد الالتزام بضمان السلامة من أهم الالتزامات التي أضافها القضاء للعقد على سبيل التكملة فما المقصود بهذا الالتزام (الفقرة الأولى) و ما هي أهم تطبيقاته (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: ماهية الالتزام بضمان السلامة

إن الالتزام بضمان السلامة التزام حديث النشأة، نشأ على يد القضاء سنة 1911 عندما أكد على أن عقد نقل الأشخاص يتضمن أيضا الالتزام بتوصيل المسافر إلى مقصده سالما. فالقضاء أضاف هذا الالتزام إلى بعض العقود من خلال استخدامه لسلطته التقديرية وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد.

ومن أجل التأسيس لفكرة الالتزام بضمان السلامة سيتم تبيان مفهوم الالتزام بضمان السلامة بالتعرض لتعريفه و كذا تحديد خصائصه و شروطه (أولا) و أيضا التطرق لطبيعة الالتزام بضمان السلامة وتحديد أساس هذا الالتزام (ثانيا)

أولا : مفهوم الالتزام بضمان السلامة

تعتبر المحافظة على السلامة الجسدية للإنسان من أهم العناصر في العلاقات التعاقدية، ويعتبر الإخلال بالمحافظة على هذه السلامة من أهم الركائز التي استند عليها الفقه والقضاء في تأسيس المسؤولية المدنية، ذلك أن الإنسان كقوة أساسية في العلاقات والمعاملات أصبح أكثر عرضة لمواجهة الخطر.¹¹⁴

ولقد تباينت التعريفات التي تصدت لتحديد المقصود بالالتزام بضمان السلامة، حيث عرف جانب من الفقه هذا الالتزام من خلال شروطه، و ذلك باعتباره " التزام يقتضي توافر عدد من الشروط و هي أن يتجه المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر من أجل الحصول على

¹¹⁴ - ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المختار : سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي - دراسة مقارنة، م، س، ص: 252.

منتج أو خدمة معينة و أن يوجد خطر يتهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة، و أن يوجد خطر يتهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج و أن يكون الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيا و محترفا¹¹⁵

هذا التعريف تعرض لنقد باعتباره يستند في تعريفه لهذا الالتزام لشروط المطلوبة لوجوده و لا يبين المقصود بالسلامة، لهذا ذهب رأي آخر من الفقه لتعريف الالتزام من خلال إعطاء تعريف للسلامة في ذاتها، عرفها على أنها الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي و الصحي للمتعاقد محفوظا من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الأخير و بين المهني محترف¹¹⁶، و بالتالي يكون محل السلامة هنا سيطرة المدين على العناصر التي يمكن أن تسبب الضرر، و السيطرة هنا تعني التأثير الكامل الذي يتضمن التوجيه و الرقابة الممارسة من طرف المدين على السلوك و الاشياء بالطريقة التي تؤدي إلى تنفيذ الالتزامات دون إلحاق أي ضرر بصحة الدائن¹¹⁷

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف الالتزام بضمان السلامة على أنه التزام يقوم به المدين من خلال سيطرته على الاشياء التي قد تمس سلامة الدائن في جسمه و حياته و توقعه للأخطار التي قد يتعرض لها الدائن و التصرف حيال هذه الاخطار إما بمنع و قوعها أو التقليل من أثارها.

و يتميز الالتزام بضمان السلامة بمجموعة من الخصائص، فالصفة الأولى التي يتميز بها هذا الالتزام تتمثل في كونه التزام تبعي لا التزام أصلي، فالالتزام بالسلامة مرتبط بالالتزام الأصلي و بالتالي لا يمكن أن نتصور وجود عقد السلامة بمعزل عن العقد الأصلي¹¹⁸، كما يتسم هذا الالتزام بكونه التزام مفروض على مهني و يبرر الفقهاء المعاصرون فرض الالتزام بضمان السلامة على عاتق المدين المحترف بالاعتماد على تخصصه و

¹¹⁵ - محمود وحيد : الالتزام بضمان السلامة في العقود دار النهضة العربية القاهرة 2001 ،ص: 8 .

¹¹⁶ - عبد اقدر أقصاصي : الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية العقد) دار الفكر الجامعي الاسكندرية الطبعة الأولى ،2010 ص:

112.

¹¹⁷ - عبد القادر أقصاصي : الالتزام بضمان السلامة في العقود، م س ،ص 213.

¹¹⁸ -العربي الشادلي: الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الارادة و التوجه الحديث للعقد أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، جامعة الحسن الثاني – الدار البيضاء 2006-207، ص 508.

درايته بأصول مهنته من جهة، و على الامكانيات العادية و البشرية المتوفرة لديه من أجل ضمان سلامة زبائنه من جهة أخرى.¹¹⁹

و حتى يقوم الالتزام بضمان السلامة لا بد من توفر شروط معينة، وهي ثلاثة شروط يشترط القضاء توفرها لإضافة الالتزام بضمان السلامة إلى العقود و يسمى البعض هذه الشروط بالسيمات المشتركة للالتزام بضمان السلامة، وتتمثل في ما يلي :

• وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين:

من الشروط الأساسية التي يقوم عليها الالتزام بضمان السلامة هو وجود خطر يهدد أحد أطراف العقد في جسمه سواء كان هذا الخطر يؤدي إلى عجز كلي أو جزئي للمتضرر ، وهذا المتضرر هو القاسم المشترك في مختلف العقود التي تتضمن التزاما بضمان السلامة. فبغرض الحفاظ على السلامة الجسدية لطرف العلاقة التعاقدية تم تقرير هذا الالتزام من قبل العمل القضائي أمام ما أصبح تشكل الآلة من خطر على حياة و سلامة الافراد ناهيك عن التعقيد الذي أصبحت عليه السلع و المنتجات و غيرها من الضرورات التي باتت تحتم و بشدة إيجاد هذا النوع من الالتزامات في العديد من العقود التي تتضمن في تنفيذها عدة أخطار، فالمسافر مثلا في عقد النقل سواء الجوي أو البري أو البحري، أثناء تنفيذ الناقل لالتزامه يبقى معرضا لخطر وقوع حادث أو نشوب حريق في وسيلة النقل (سيارة، طائرة، سفينة...) أو غرقها أو تحطمها، كما أن العامل في معمله يبقى معرض هو الآخر للعديد من الحوادث قد تؤدي إلى فقدان حياته من جراء استعماله لبعض الآلات للمعدة إليه من طرف رب العمل لتنفيذ العقد الرابط بينهما¹²⁰. وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الاعلى محكمة النقض حاليا ما يلي :

" تعتبر الوفاة أثناء القيام بعمل ، حادثة شغل كيفما كان سببها و لو كانت ناتجة عن قوة قاهرة إلا إذا أثبت المشغل أن المصاب كان عرضة سهلة للأمراض ، و لما كان الأجير قد سقط أثناء عمل حيث لفظ أنفاسه، فإن الحادثة تعتبر حادثة شغل ولو كانت ناتجة عن

119 - عبد القادر أقصاصي : الالتزام بضمان السلامة في العقود ، م س ، ص 235.

120 - العربي الشادل : الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة و التوجه الحديث للعقد م س ص 506

نزيف، تكون المحكمة قد خرقت القانون لما اعتبرت الحادثة ليست حادثة شغل لمجرد أن الوفاة كانت نتيجة نزيف وليس للسقوط على الارض¹²¹

• أن يعهد المتعاقد بنفسه إلى المتعاقد الآخر :

لا يكفي وجود خطر يعترض أحد أطراف العقد بل لابد أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر و بعبارة أخرى متى كان أحد طرفي العقد خاضعا للآخر بأي نوع من الخضوع، كأن يكون خاضعا له من الناحية الجسدية كخضوع المريض للطبيب، فعلى هذا الأخير العمل على المحافظة على الاول¹²²، وبمقتضى هذا الشرط يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لاحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الآخر، ذلك أن العقود المقترنة بضمان السلامة تكون فيها شخصية المدين بالالتزام بضمان السلامة محل اعتبار، فالدائن يضع ثقته و يسلم نفسه للمحافظة عليها إلى المدين، أي أن الدائن يكون خاضعا للمدين¹²³.

وسبب خضوع أحد المتعاقدين للآخر هو حاجة الاول و عدم قدرته على كشف ما تتضمنه الخدمات المقدمة من عيوب أو قصور، ذلك أن مسيرة التقدم الصناعي الهائل و ما ترتب عنه من تغلغل و انتشار للمنتجات في شتى مناحي الحياة، جعلت أمر الاستغناء عنها مستحيل من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعقد الاجهزة الحديثة جعل التعرف على مكوناتها أو خصائصها أمرا بالغ الصعوبة، و هذا ما يبرر فقدان أحد المتعاقدين لقدرته على ممارسة خيارات تحقيق سلامته و انتقال تلك القدرة للمتعاقد الآخر.

• أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنيا :

بما أن طرفي العلاقة التعاقدية تضم أطراف غير متكافئة، فالمهني له دراية بالمعلومات النظرية و التطبيقية التي تستلزمها حرفته، لذا فهو على علم بكل ما يمكن أن يحفها من مخاطر على المتعاملين معه، الامر الذي يتطلب منه نوعا من الاحتياط و الحذر و التبصر في وضعية لا ترقى إلى درجة العلم بقواعد و أصول تلك المهنة التي يمتنها المحترف الملزم ببذل العناية اللازمة وفقا للقواعد والأصول الفنية و التقنية التي تقتضيها مهنته لما له من تجربة، ونظرا للثقة التي يضعها فيه المتعاقد معه، لان أي إهمال أو رعونة

¹²¹- قرار عقد 161 صادر بتاريخ 18 مارس 1970 في ملف اجتماعي 81-270 منشورات المجلس الاعلى في ذاكرة الاربعين ص 7 أشار

إليه: العربي الشاذلي، م س، ص 506.

¹²²- عبد القادر أقصاضي: م س، ص 234.

¹²³- سلامي لبندة: الالتزام بضمان السلامة في عقد الملاءمة في عقد لنقل البري للأشخاص مذكرة نيل شهادة الماستر بالجزائر 2017، ص

من جهته، يفتح باب التعويض عن المسؤولية المترتبة في حقه، لان كما تقول القاعدة الأصولية " الغنم بالغرم" فما دام المهني يكسب قوته و يجني أرباح من وراء مهنته وعمله، فهو مطالب بضمان سلامة الأشخاص الذين يضعون أنفسهم في عهده من كل خطر قد يهددهم، فالمريض يخضع للطبيب، و المسافر يخضع للناقل و العامل يخضع لرب العمل و المستهلك يضع ثقته في المنتج و الصانع ...، فهذا الخضوع وتلك الثقة هما اللذان يبرران إلزام المتعاقد القوي في العلاقة التعاقدية بضمان سلامة المتعاقد الآخر الضعيف والمذعن في أغلب الاحوال، لان مجريات الأمور ليست بيده، بل بيد المهني الذي يملك من القدرة بحكم وظيفته على تأمين هذا الاخير من كل الاخطار و الأضرار التي قد تلحقه.¹²⁴

هكذا و بعد أن تم التطرق لمفهوم الالتزام بضمان السلامة سيتم التطرق في الفقرة الموالية لطبيعة الالتزام بضمان السلامة وأساس هذا الالتزام .

ثانيا: طبيعة الالتزام بضمان السلامة وأساسه

تفيد طبيعة هذا الالتزام تحديد ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أم أنه مجرد التزام ببذل غاية، و يتم تعريف الالتزام ببذل عناية أو مايسمى الالتزام بوسيلة بكونه ذلك الالتزام الذي يتطلب لتنفيذه بالضرورة تحقيق الغاية البعيدة التي توخاها الدائن و هو الأمر الذي ينطبق على الطبيب المدين في علاقته بالمريض الدائن في الالتزام الذي يكون محله علاج هذا الأخير، طالما أن الطبيب قد بذل عناية و فقا لأصول وقواعد مهنته، اللهم إذا تمكن المريض الدائن في العلاقة إثبات تقصير الطبيب المدين .¹²⁵

أما الالتزام بتحقيق نتيجة يتم تعريفه على أنه التزام محدد محله تحقيقه نتيجة محددة، بحيث إذا لم تحقق هذه الغاية اعتبر المدين أنه لم ينفذ التزامه¹²⁶

و بذلك إذا تم اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية فإن المدين لا يلتزم إلا ببذل جهد للوصول إلى تحقيق نتيجة معينة تحققت هذه النتيجة أو لم تتحقق، فهو التزام لايرمي تحقيق غرض معين، و إنما المهم فيه أن يبذل المدين في القيام به بقدر معين من العناية من شأنه تدقيق النتيجة التي يستهدفها الدائن، و من ثم لا تشكل النتيجة المرتقبة جزءا

124 - العربي الشادلي : م س، ص: 507

125 - محمد الشرقاني : النظرية العامة للالتزامات (الحق) المطبعة الورقية الوطنية، الطبعة الاولى 2004 ص 29

126 - نفسه

من الالتزام و تظل بالتالي أمرا خارجا عنه ، و بالتالي لا يمكن إلزامه بأي تعويض لمجرد تخلف الغاية المبتغاة.

أما بخصوص الالتزام بتحقيق نتيجة ، فالقول به يؤدي إلى تخفيف العبء على المتضرر الذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة أي بمجرد إثبات حصول الضرر.¹²⁷

و اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزام بتحقيق نتيجة له أهمية كبرى، لمافيه من حماية أكبر للمتضرر و تخفيف عبء الإثبات عليه ، فلا يقع عليه سوى عبء إثبات الضرر، و أما المدين فلا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن حدوث الضرر راجع لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الضحية أو فقل الغير، و قد ذهب العمل القضائي المغربي في هذا التوجه خاصة ابتدائية وجدة في حكمها حيث حملت المسؤولية للسائق بمجرد ثبوت جروح الراكبة معها على أساس أن السائقة يجب عليها أن تلتزم بضمان سلامة الراكبة حتما لو لم يصدر منها خطأ.¹²⁸

إن الاعتراف بكون الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة يعني الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق المتضرر دون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانب المدين، فلا يكون في مقدور هذا الأخير الهروب من المسؤولية إلا بإثبات السبب الاجنبي، فمثلا في عقد البيع الذي يعتبر من أهم العقود شيوعا في الحياة العملية، فالتقدم التكنولوجي المعروف في شتى ميادين الحياة أدى إلى مضاعفة الأخطار التي باتت تهدد جمهور المستهلكين و المستعملين للمنتوجات الصناعية لدرجة أصبحنا في بعض الأنباء عن كوارث وقعت في مكان ما نتيجة تناول بعض المواد الغذائية ،من ذلك واقعة الدقيق المسموم الذي أودى بحياة سكان قرية صغيرة في فرنسا و أمام تفاقم هذه الأخطار كان من اللازم الاعتراف بطبيعة هذا الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة¹²⁹

و بخصوص أساس الالتزام بضمان السلامة، فعلى مستوى القانون المقارن نجد الفقه المصري قد استند في قيام الالتزام بضمان السلامة على مقتضيات المادة 148 من القانون

127 - العربي الشادلي: التوجه العقدي بين مبدأ سلطان الارادة و التوجه الحديث للعقد، م س، ص 511.

128 - ملف مدني عدد 25/95 صادر بتاريخ 25/9/1997 غير منشور أشار إليه العربي الشادلي: م س ص 511

129 - العربي الشادلي : الالتزام بين مبدأ سلطان الارادة و التوجه الحديث للعقد، م س، ص 511-512.

المدني المصري خاصة في فقرتها الثانية، و التي جاء فيها " و لا يقتصر العقد على إلزام التعاقد بما ورد فيه ،ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ،و فقا للقانون والعرف و العدالة".

و ما يمكن أن نستنتج من هذالمقتضيات، أنها تخول للقاضي و في سبيل ضمان حماية فعلية للفرد ،ورغبته في تحقيق التوازن العقدي بين مصالح الأطراف المتعاقدة بأن يقدر وفقا لما يقضي به العرف و العدالة بإضافة التزام قانوني إلى مضمون العقد، يضعه على عاتق أحد المتعاقدين هو التزام بضمان السلامة، حماية منه للطرف الضعيف في مواجهة المهني المحترف، و ذلك بدون اللجوء إلى تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين،يمكنه البحث عن ذلك عن الصلة بين سلامة أحد المتعاقدين، والالتزام الذي رتبته العقد على عاتق المتعاقد الاخر، حول مدى قيام الصلة بينهما حتى يتأتى له القول بقيام هذا الالتزام¹³⁰

وهو في نفس الاتجاه الذي كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي و المصري¹³¹ أما على مستوى القانون المغربي فقد استند الفقه المغربي في تأسيس قيام الالتزام بضمان السلامة على عدة مبادئ لها تأثير قوي في العملية العقدية، خصوصا و أنها تقتضي نوعا من التعاون و التخليق في الحياة الاقتصادية لضمان قدر أوفى من المصادقية و الشفافية، من ذلك مبدأ حسن النية حيث ينص الفصل 231 من ق ل ع على أن " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن النية ،و هو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الانصاف و فقا لنما تقتضيه طبيعته".

و يؤكد هذا الاتجاه بأنه لا مانع يمنع من الاعتماد على مقتضيات هذا الفصل لتبرير القول بوجود التزام بضمان السلامة على عاتق المهني متى توفرت الشروط اللازمة لقيامه

132 .

¹³⁰ - العربي الشادلي : الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة و التوجه الحديث للعقد م س ص 504
¹³¹ - محمود التلتي : النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، طبعة 1989 ص 298.
¹³² - العربي الشادلي : الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة و التوجه الحديث للعقد، م س، ص 505.

الفقرة الثانية: تطبيقات الالتزام بضمان السلامة

لقد توسع القضاء في إقرار الالتزام بضمان السلامة، فأصبح هذا الالتزام يشمل العديد من العقود و ذلك لإقرار التوازن العقدي و حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، و قد كان هذا الالتزام محلا لتطبيقات قضائية عديدة في مختلف أنواع العقود و سنعرض نماذج التطبيقات القضائية لهذا الالتزام في عقد النقل باعتباره المجال الخصب للالتزام بضمان السلامة (أولا) و عقد العلاج الطبي (ثانيا).

أولاً: في عقد النقل

يعتبر عقد النقل من أكثر العقود التي انصب الاهتمام حولها في موضوع الالتزام بضمان السلامة ، و ذلك لكون دور المسافر يكون محدودا و محصورا و يكون هو الطرف الضعيف مقارنة مع الناقل الذي يحدد شروط النقل، و لكون الالتزام بسلامة المسافر يتفق مع طبيعة عقد النقل و الغاية التي يقصدها طرفاه منه، حين يتنافى مع طبيعة هذا العقد أن يصل المسافر إلى جهة و صوله مصابا أو جثة هامدة، ويقصد بعقد النقل الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الناقل بتوصيل المسافر من مكان إلى آخر مقابل أجر يؤديه هذا الأخير (الناقل) في عقد النقل.¹³³

وقد بدأ القضاء الفرنسي بإضافة الالتزام بضمان السلامة إلى عقد لنقل من خلال قراره الشهير الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1911¹³⁴، حيث أوردت محكمة النقض الفرنسية عبارة في هذا الحكم و هي : "تنفيذ عقد النقل بموجب التزام الناقل بوصول الراكب سالما إلى جهة الوصول، و أن مسؤولية الناقل في حالة الاخلال بهذا الالتزام مسؤولية عقدية"

تم توالى المحاكم بإصدار أحكامها التي تؤكد هذا الالتزام إلى أن اجمع الفقه و القضاء الفرنسي على إضافة هذا الالتزام إلى عقود النقل.¹³⁵ و قد قضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية الناقل و ألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الراكب نتيجة سقوطه

¹³³ - محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربية 1980 ص 143 أشارت إليه : ماجدة عبد

المجيد المهدي المختارة: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي، م س، ص 274.

134 - cass- civil, 21.11.1911 أشارت إليه : ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المختارة م س ص 274

¹³⁵ - محمود التلي: م س، ص: 237 و ما بعدها

على الارض أثناء إقلاع الباص، و أكدت المحكمة أن عقد الناقل يضع على عاتق الناقل التزاما بضمان السلامة و ذلك منذ لحظة الركوب حتى لحظة الوصول¹³⁶

وقد حددت محكمة الاستئناف (versailles) نوع الالتزام فقضت بانعقاد مسؤولية الناقل و ألزمته بالتعويض عن الاضرار التي لحقت الراكبة و طفلها بسبب إقلاع القطار فجأة حيث أصيبت هي و طفلها نتيجة ذلك بأضرار جسمانية بالغة،¹³⁷

وتظهر أهمية الالتزام بضمان السلامة خاصة في عقد النقل الجوي، نظرا لطبيعته الخاصة التي جعلته يختلف عن باقي العقود الاخرى و ذلك لأهمية و سائل النقل الجوية، و ما تكتنف الرحلة الجوية من مخاطر جعلت الناقل يتخذ من الاحتياطات و الاستعدادات، لأن الناقل يتطلب خبرة و استعداد يتلاءم مع ما يمكن أن يتعرض له المسافر من حوادث، الامر الذي يجعل هذا الالتزام ملقى على عاتق الناقل، و المسافر أو الراكب ليس ملزما بإثبات خطأ المدعى عليه بل عليه إثبات الضرر و الرابطة السببية بينه و بين الحادث و هو ما أكده بروتوكول كواتيمالا في مارس 1971 المعدل لاتفاقية فارسوفيا الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر 1929 جاء في المادة 17 منه " إن التزام الناقل الجوي هو التزام بتحقيق غاية مستقلة عن فكرة الخطأ"¹³⁸

كما يعتبر الالتزام بضمان السلامة من أدق الالتزامات ضمن عقد النقل البحري، إذ يبتدئ التزام الناقل البحري بضمان سلامة الراكب من اللحظة التي ينتقل فيها المسافر من الرصيف إلى الجسر المؤدي للسفينة، وينتهي عندما يغادر هذا الجسر إلى رصيف ميناء الوصول، غير أنه رغم ذلك فقعد النقل البحري يحتفظ للمسافر بحرية أكبر في الحركة، و بهذا فإن الأخطار تزداد، الشيء الذي يفرض عليه (الراكب) عدم تعريض نفسه لخطر، و ذلك بالابتعاد عن كل ما من شأنه أن يلحق به ضررا كتجنب الدخول الى الاماكن المحظورة على متن السفينة.¹³⁹

¹³⁶ - C.A paris 1^{er} ch 2 mai 1989 D 1989 IR.P(162àTciv.1^{er} ch 30dec 1986 D 1989 ir P (162)

أشارت إليه ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة م س ص 275

¹³⁷ - C.A versailles.14 CH 28 oct 1988 D1989 .J.R.P(234-236)

أشارت إليه ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المخاترة م س ص 275

¹³⁸ - العربي الشادلي : التوازن العقدي بين مبدأ سلطان الارادة و التوجه الحديث للعقد، م س، ص 514-513

¹³⁹ - العربي الشادلي: م س، ص 515.

ثانيا : في عقد العلاج الطبي

يتضمن عقد العلاج الطبي التزامات خاصة ملقاة على عاتق الطبيب مستمدة من ضرورة المحافظة على الجسم الانساني و حق الانسان وحرية على جسمه بما لا يتعارض مع النظام العام و الآداب العامة،ومن هنا فانه يمتنع إجراء تجارب طبية على المريض، و لو تم ذلك لأغراض علمية و لا يعتد برضاء المريض لعدم مشروعيته.

و على ذلك فلا يكفي رضاء المريض على قيام الطبيب بعلاجه بل يلزم أيضا أن يحصل الطبيب قبل تدخله على رضاء المريض أو من يمثله بطريقة العلاج، و لن يتحقق هذا الرضا إلا إذا كان المريض على علم بالمخاطر التي تقع نتيجة العلاج، و طرق العلاج الاخرى، و من ناحية أخرى فهناك واجبات أخرى على الطبيب بعد قيامه بالعلاج تتمثل في إخطار المريض بنتائج العلاج و إرشاده¹⁴⁰

فمع التطورات المتسارعة في ميدان النشاط الطبي، ارتفع معدل الاخطاء الطبية و أصبحت تلك النظرة مآلها الخول إلى غير رجعة عندما أضى الطبيب مسؤولا مسؤولة كاملة عن تدخله الطبي كباقي أفراد المجتمع والمهنيين والحرفيينوامام ملحاحية الحماية القانونية للمتعامل مع القائم بالعمل الطبي،¹⁴¹ تدخل القضاء و أضاف إلى عقد العلاج الطبي التزام الاطباء و المؤسسات العلاجية بضمان سلامة مرضاهم.¹⁴²

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر 1969 (الدائرة المدنية) بأن الطبيب يكون مسؤول إذا أجرى عملية جراحية لا مرأة تبلغ من العمر ستة و ستين سنة بقصد إزالة الورم و التجاعيد الموجودة أسفل عينيها و نتج عنها عمى بعينها اليسرى، وتعتبر مسؤولية الطبيب نتيجة عدم تنبيه المريضة بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى لو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث وذلك حتى يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أي أن يبني عليها تقديره، وخاصة أن وجود الورم و التجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجا شديدا لا مرأة بلغت هذه السن المتقدمة¹⁴³

¹⁴⁰ - ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المختارة : سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي - م س، ص 279

¹⁴¹ - عصمان العسماني : الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي رسالة لنيل دبلوم الماستر كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة المولى اسماعيل . مكناس 2014-2015، ص:3

¹⁴² - ماجدة عبد المجيد عبد المهدي المختارة : سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي م س ص 280
¹⁴³ - J.C.P.1970,2,1616507- أشارت إليه: ماجده عبدالمهدي المختارة: م س، ص: 280

كما أقر القضاء الفرنسي بالمسؤولية المدنية للطبيب نتيجة عدم إعطاء المعلومات الكاملة عن مخاطر عدم سلامة تكوين الجنين للوصول إلى خيار سليم بشأن إنهاء العمل بموافقة الوالدين، مما أدى إلى ولادة طفل معوق، وبتالي حق الطفل بالحصول على تعويض عما لحقه من ضرر.¹⁴⁴

و بالنسبة للقضاء المغربي فقد أقر كذلك أن الطبيب مسؤولاً عن الاخلال بسلامة المريض، لأن الاخلال بالسلامة الواجبة غالباً ما يؤدي إلى كوارث حقيقية كما هو الحال بالنسبة لنقل دم ملوث بأمراض خطيرة نتيجة خطأ في العلاج الطبي، و الذي قد يترتب عنه الموت أو تشوهات جسدية يصعب تقويمها فيما بعد.

و نخلص مما سبق بيانه أن القضاء المغربي سارا على خطى القضاء الفرنسي بإقراره بالأهمية القصوى لوجود الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي و إقراره مسؤولية الطبيب عن سلامة مرضاه، وهذا كله في سبيل تحقيق التوازن العقدي في عقد العلاج الطبي

144 أشارت إليه :ماجده عبد المهدي المخاترة:م س،ص: 280 -C.V.17nov.2001.D.2001,Bordeaux 18sep,2001IR.2805.

خاتمة:

صفوة القول، يتضح لنا أن دور القاضي في إعادة التوازن العقدي يظهر جليا دورها بوضوح في العقود التي يكون أحد أطرافها متعسفا للطرف الأخر أو عدم إدراج أحد الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين وذلك باعتبارها هذا الأخيرة منشأ للالتزامات التعاقدية من خلال إبرام العقد وتحديد أثارها وهو ما أقره المشرع المغربي من خلال الفصل 230 الذي ينص على أن "العقد شريعة المتعاقدين" لكنه للاعتبارات العدالة نجد أن العديد من العقود التي يتم إغفال من خلالها بعض شروط الجوهرية تكون هي أساس العقد، لهذا ومن أجل تحقيق التوازن العقدي أجاز المشرع المغربي للقاضي التدخل في هذه العقود وذلك من أجل تعديلها وتفسيرها ثم تكميلها كل هذا ينصب بأساس في فك البس والغموض والنقص الذي يوجد في هذه العقود ثم إعادة النية المشتركة للإرادة الطرفين وذلك بما يضمن رفع الغبن عن الطرف الضعيف واستمرار العلاقات التعاقدية على وجه الصحيح، بإضافة إلى توسيع في فهم العديد من النصوص القانونية المتفرقة للوصول إلى نفس الغاية المثبتة لدى إرادة الطرفين.

✓ لائحة المراجع المعتمدة:

✓ القوانين المغربية:

◀ قانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011).

◀ قانون رقم 17-99 بمثابة مدونة التأمينات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1 02-238، بتاريخ 25 من رجب 1423، في الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادرة بتاريخ (7 نوفمبر 2002). ص 3105

◀ القانون رقم 95-53 القاضي بإنشاء المحاكم التجارية، (الظهير رقم 1-97-65 المؤرخ 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997).

✓ الكتب:

◀ محمود وحيد : الالتزام بضمان السلامة في العقود دار النهضة العربية القاهرة 2001 .

◀ عبد اقادر أقصاصي : الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية العقد) دار الفكر الجامعي الاسكندرية الطبعة الأولى 2010.

◀ محمد الشرقاني : النظرية العامة للالتزامات (الحق) المطبعة الورقية الوطنية، الطبعة الأولى 2004 .

◀ سحر البكباشي ، دور القاضي في تكميل العقد ، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، 2008.

◀ الحديثي خالد عبد الحسين ، تكميل العقد (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2012

◀ نورالدين العمراني و المعزوز البكاي: مدخل للعلوم القانونية ، درب السلام بلمعطي الزيتون مكناس، الطبعة 2019/2018 ،

◀ عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، طبعة 2016، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

◀ عبد القادر العرعاري، "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة، مطبعة الأمنية، السنة 2016، ص: 220.

◀ عبد العالي دقوقي، "الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، 2017، مطبعة سجال، مكناس.

◀ عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دار النشر العربية،

◀ عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد

✓ الأطروحات:

◀ نزهة الخلافي، "الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية: 2004-2005.

◀ ماجدة عبد المجيد المختارة، "سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، جامعة محمد بن عبد الله، السنة الجامعية: 2013-2014.

◀ العربي الشادلي، "الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادي والتوجه الحديث للعقد"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2006-2007.

◀ محمد باحماني، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية-دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني، السنة الجامعية: 2005-2006.

◀ سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر/الجزائر 1، كلية الحقوق 2015/2016

◀ د ذ اسم صاحب الاطروحة، تأثير القوانين الحديثة على النظرية العامة للعقد، دراسة تحليلية نقدية في القانون المغربي/قانون حماية المستهلك نموذجا، مركز الدراسات بالدكتوراه ابن زهر، اكادير، السنة 2017/2018

◀ سليمان المقداد في اطروحته (مركز الإرادة في العقود)، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية وجدة، 2016/2017،

✓ الرسائل:

◀ مينة الكراري، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء القانون رقم 31-08"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية: 2013-2014.

◀ أيوب العنير، "التوازن العقدي بين قواعد ق.ل.ع وقانون تدابير حماية المستهلك"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية: 2011-2012،

◀ إيمان بنشانة، "الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية"، بحث نهاية تكوين الملحقين القضائيين (الفوج 39)، الرباط، سنة 2014.

◀ جميلة الصبار، "اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الاول، السنة الجامعية: 2013-2014.

◀ ياسين المفقود، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء قانون 31-08"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الاول، السنة الجامعية: 2011-2012.

◀ سلامي لبندة: الالتزام بضمان السلامة في عقد الملاءمة في عقد النقل البري للأشخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر بالجزائر 2017.

◀ عصمان العصماني: الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي رسالة لنيل دبلوم الماستر كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة المولى اسماعيل . مكناس 2014-2015.

◀ باشا سعيدة في مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر (الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري)، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر سنة 2017/2018

✓ الكتب المعتمدة باللغة الفرنسية:

➤ Jean calais Auloy ,Les clauses Abusives en droit français ,Actes de la tables ronde du 12 décembre 1990

✓ المقالات:

◀ المعزوز البكاي ، بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد ، مقال منشور
بمجلة القانون المدني، العدد الثالث 2016

◀ بهيجة فردوس: دور القضاء في حماية المستهلك المقترض من الشروط التعسفية
/عقد العقد العقاري نموذجاً/ مقال منشور بمجلة البوغاز للدراسات القانونية و القضائية،
العدد الثاني 2019

✓ مواقع الكترونية

◀ سعد بوجناني ، الشرط الجزائي بين مطلب العدالة التعاقدية وهاجس ضمان تنفيذ
لالتزام منشور بالموقع الالكتروني WWW.MAROC.LAW.COM :

◀ عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي نطاق العقد منشور بالموقع الالكتروني:

ALMERJA.NET

التصميم

لائحة المختصرات :

المقدمة

المبحث الأول : التدخل القضائي لتعديل العقد.

المطلب الاول: دور القضاء في الحد من الشروط التعسفية **Les clauses**

Abusives

الفقرة الاولى: ماهية الشروط التعسفية في العقود:

الفقرة الثانية: نماذج تطبيقية لبعض الشروط التعسفية:

المطلب الثاني: المراجعة القضائية للشرط الجزائي

الفقرة الاولى: الإطار القانوني للشرط

الفقرة الثانية: المراجعة القضائية للشرط الجزائي

المبحث الثاني : التدخل القضائي لتكميل العقد

المطلب الأول : دور القضاء في تكميل العقد

الفقرة الأولى: ماهية تكميل العقد

الفقرة الثانية: اسباب و شروط تكميل العقد.

الفقرة الثالثة: طرق تكميل العقد

المطلب الثاني: الالتزام بضمان السلامة أهم تطبيقات التكملة

الفقرة الاولى: ماهية الالتزام بضمان السلامة

الفقرة الثانية : تطبيقات الالتزام بضمان السلامة

خاتمة:

لائحة المراجع المعتمدة: