المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية
ISSN(P) : 1142-2489
V2, Numéro 27, JUILLET 2026
المجلد 2، العدد 27، يوليوز 2026
ISSN(E) : 3085-4555
Revue Marocaine des Eudes Juridiques et Economiques

دور التكنولوجيا والرقمنة في تحقيق الأمن التعاقدي

The Role of Technology and Digitalization in Achieving Contractual Security

Asmae Chouki أسماء الشوكي

باحثة في سلك الدكتوراه بجامعة مُحَمَّد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال

ملخص:

في السياق المغربي، تميز التشريع الوطني بنوع من الانسجام مع المرجعيات الدولية، من خلال تبني توجهات قانونية عالمية وتكييفها مع الخصوصيات الوطنية. وقد ترجم هذا الانسجام إلى إصدار نصوص قانونية جديدة وتحيين أخرى قائمة، شملت مجالات متعددة كالقانون المدني، التجاري، والجنائي، دعما لمسار التحديث المجتمعي. كما تجلى هذا التوجه في إصلاح منظومة العدالة، خاصة في ركيزتها السادسة التي تركز على تحديث الإدارة القضائية وتعزيز الحكامة.

الكلمات المفتاحية :التكنولوجيا، الرقمنة، الأمن التعاقدي.

Summay:

In the Moroccan context, national legislation has shown a degree of alignment with international frameworks by adopting global legal approaches and adapting them to national specificities. This alignment has been reflected in the enactment of new legal texts and the revision of existing ones across various fields—civil, commercial, and criminal law—in support of societal modernization. This trend is also evident in the reform of the justice system, particularly in its sixth pillar, which focuses on modernizing judicial administration and enhancing governance.

Keywords: Technology, Digitalization, Contractual Security.

مقدمة

تفرض الرقمنة[1] اليوم حضورها القوي في مختلف الميادين، سواء الصناعية أو التجارية أو الخدمية، بل وتمتد لتشمل مختلف أشكال المعاملات. ونظرا لكون أحد أبرز أدوار القانون هو مواكبة الظواهر الاجتماعية وتنظيمها بما يتماشى مع تطورها، فقد كان من الحتمي أن يتأثر هذا الأخير بموجة التحول الرقمي التي غزت العالم، وينعكس ذلك بشكل مباشر على البناء التشريعي.

وفي السياق المغربي، عرف التشريع الوطني نوعا من الانسجام مع المرجعيات الدولية، حيث انطلق ذلك عبر تبني توجهات قانونية عالمية، قبل أن يجد صداه في مجموعة من النصوص الوطنية، من خلال سن تشريعات جديدة وتحيين أخرى قائمة، لتتماشى مع مقتضيات العصر الرقمي[2].

وشمل هذا التحديث مجالات متعددة: المدنية، والتجارية، والجنائية، دعما لمسار العصرنة المجتمعية. بل إن هذا التوجه انعكس أيضا على التصور الشمولي لإصلاح منظومة العدالة، كما يتضح في الركيزة السادسة من الخطة العامة للإصلاح، والتي تركز على تحديث الإدارة القضائية وتعزيز حكامتها[3].

وانطلاقا من هذا المعطى، سنقتصر في هذا الموضوع على دراسة دور التكنولوجية والرقمنة في تحقيق الأمن التعاقدي.

المحور الأول: خصوصيات الرقمنة كآلية للحفاظ على الأمن التعاقدي

المحورالثاني: الآليات القضائية لإعادة التوازن العقدي

المحور الأول: خصوصيات الرقمنة كآلية للحفاظ على الأمن التعاقدي

قد عرف فقه القضاء الأمن التعاقدي[1] بتوقع المخاطر و تجاوزها عن طريق اتباع إجراءات مختلفة عن التعاقد لا سيما ما يتعلق بالتنفيذ و المسؤولية العقدية، فالأمن بهذا المعنى إحساس و قيمة اجتماعية مستمدة من القانون[2]، وهذا ما حاول القانون

[1] خصوصية الرقمنة تفرض نفسها على المسطرة التشريع لأن لها خصائص يجب مراعاتها في العملية الإنتاجية للنصوص القانونية التي يكون هدفها الإحاطة بمؤسسة معينة أو تعديلها لتساير التطور ولعل من أبرز هذه الخصوصيات هي:

– السرعة؛

– قابلية تغيير؛

وهذه الخصوصيات قد تتعارض مع مسطرة التشريع التي تعرف كما بينا الطول والتعقيد الذي لا يسمح بالمواكبة الوسائل الرقمية المستحدثة، بل حتى من الناحية الحماية الجنائية للمتعاملين بهذه الوسائل قد تغير في بعض الأحيان في ظل تطور طرق الاحتيال والغش والكذب مما تفرز عنه آثار وخيمة للشخص الغير الملم بهذا المجال..

[2] Mohammed jalal Essaid- introduction à l'étude du droit-2é édition 1998 –imprimerie fedala – mohammadia – p16.

[3]Mohammed benyahya – introduction générale au droit- deuxième édition 1997- imprimerie Maghrébines – casablanca- p 23.

المحدد للاطار القانوني لتبادل المعطيات بشكل الكتروني الاستجابة له نظرا للتطور الهائل الذي عرفته وسائل الاتصال نتيجة الثورة الرقمية التي شهدها العالم (المطلب الأول) قبل أن يتم نسخ مجل أحكامه بموجب القانون المتعلق بخدمات الثقة الذي حاول أن يضفي بعض المستجدات القانونية على بعض المؤسسات التي جاء بها القانون المنسوخ السابق الذكر واضع نصب عينيه خصوصية هذا المجال محققا بذلك كل من الأمن التعاقدي من جهة و الأمن القانوني من جهة أخرى(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار الناظم للتعاقد في ظل قانون التبادل المعطيات بشكل الكتروني

يعد القانون موضوع الدراسة من بين أبرز النصوص التشريعية التي صدرت سنة 2007، وذلك بالنظر إلى ما يتضمنه من خصوصيات في المجال التعاقدي، خاصة فيما يتعلق بمستويين أساسيين: تكوين العقد الإلكتروني، ثم إثباته.

أولا: خصوصية تكوين العقد الإلكتروني:

لقد تم اختيار لفظ "خصوصية" في صياغة هذا العنوان لما ينطوي عليه من عناصر تميز هذا النوع من التعاقد، ولعل من أبرزها:

اعتماد مصطلحات قانونية مستحدثة تبتعد عن مفاهيم التعاقد التقليدي، مثل استعمال مصطلح "العرض" بدل "الإيجاب"، واعتماد "المحرر الإلكتروني" كوسيلة حاملة لمضمون العقد والوثائق المرتبطة به.

استبعاد بعض التصرفات القانونية من نطاق تطبيق هذا القانون، ما يدل على إرادة المشرع في حصر تطبيقه في إطار تعاقدي معين يتلاءم مع الطبيعة التقنية لهذا النوع من العقود[3].

الوثائق المبرمة في ظل مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية والعينية وذات الطابع المدني أو التجاري ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص مهني (الفقرة الثانية من الفصل2-1 المتمم بمقتضى المادة 2 من قانون 53.05)[4].

---

[1] عبد المجيد غميجة : مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الوداية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 مارس 2008، ص6. -8

[2] هشام علالي : الأمن التعاقددي مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني (مجلة نصف سنوية عدد مزدوج الثاني والثالث 2018، ص130.

[3] القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 19 ذي القعدة 1428 الموافق ل 30نونبر 2007 –ج رعدد 5548 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق ل 06 نونبر -2006- ص3879.

[4] على اعتبار أن المشرع عبر اصداره للقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكترونية للمعطيات القانونية ومن خلال العنوان الذي جاء به المشرع المغربي يمكننا أن نستخرج العديد من الملاحظات ستساهم في إغناء النقاش:

- من خلال استعمال المشرع لكلمة التبادل يظهر أن القانون المشار اليه لا ينصب على العقد فقط، بل كل التصرفات التي تحتاج الى تبادل المعطيات من قبيل المحررات الموجودة على الدعامات الكترونية وكذا العمليات المقدمة من قبل مقدمي الخدمات، وغيرها.

نفس الأمر الذي أكدت عليه المادة الأولى من نفس القانون حيث نصت " **يحدد هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها** –بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية وعلى التوقيع الالكتروني كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة".

تعطيل العمل ببعض الأحكام الواردة من الفصول 23 الى 30 والفصل 32 من ظ ل ع، وما يثير الانتباه هو أن المشرع ألغى من نطاق التطبيق الفصل 24 المتعلق بالتعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة أو بواسطة وسيط والذي يحدد بموجبه زمان ومكان ابرام هذا العقد في حين يلاحظ خلو القانون محل المراجعة من أي مقتضيات صريحة على ذلك[1].

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 24 قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في فقرتها الثانية نجد أن مسؤولية مقدمي خدمة المصادقة الإلكتروني تقوم على أساس تعاقدي، فالعلاقة بين مقدم خدمة المصادقة الإلكترونية وصاحب الشهادة الإلكترونية هي علاقة عقدية، يلتزم بمقتضاها مقدم خدمة المصادقة الإلكتروني بالتصديق على التوقيع الموقع من صاحب الشهادة الإلكتروني خلال مدة معينة.

ولقيام المسؤولية فينبغي توفر أركان هاته المسؤولية الخطأ والضرر والعلاقة السببية بي الخطأ والضرر، وهذه المسؤولية هي التي أشار إليها المشرع المغربي في المادة 34 بنصه " يعتبر الأشخاص الذين يقدمون خدمات التشفير لأغراض سرية ما لم يثبتوا عند ارتكابهم أي خطأ متعمد أو شهادة مسؤولين فيما يخص الخدمات المذكورة، عند الضرر اللاحق بالأشخاص الذين كلفوهم بتدبير اتفاقاتهم السرية في حالة المس بتمامية المعطيات المحولة بواسطة هذه الاتفاقيات أو سريانها و توفرها".

وبخصوص حالات قيام المسؤولية نجد أنها لا تقوم إلا في حالة المس بتمامية المعطيات المحولة بواسطة الاتفاقات أو المس بسريتها، وذلك بالنسبة للأشخاص المتعاقدين معهم بإدارة اتفاقهم السرية فقط وليس تجاه الغير وذلك بموجب نص المادة 34 القانون رقم 53.05 وكذلك المسؤولية ع كتمان السر المهني هم ومستخدميهم تجاه المتعاقدين معهم فقط والمسؤولية هنا عن التهاون وقلة الكفاءة أو القصور المهني اتجاه المتعاقدين معهم والأغيار[2]، والمسؤولية عن المحافظة على معطيات إنشاء الشهادة الإلكترونية تجاه المتعاقدين معهم بموجب نص المادة 24 من القانون رقم 53.05.

وبالتالي يشكل التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رهانا أساسيا بالنسبة للممارسات القانونية، الذي يهدف بالأساس إلى تكييف التشريع المغربي مع تطور الاقتصاد الرقمي، وما هو إلا مقدمة لعبور القانون نحو العالم الإلكتروني[3].

إلا أن هذا القانون، تعتبر بعض مقتضياته غير كافية لمواكبة التطور التكنولوجي، وما وصلت إليه تشريعات الدول المتقدمة، ومنه سنحاول إدراج بعض الجوانب التي لم يتطرق إليها المشرع من خلال قانون 53.05، وذلك على النحو التالي:

في إطار مسلسل التحديث، الذي يعد مسألة مرتبطة بعالم التكنولوجيا والمعلوميات، فقد بات الإقرار بنظام التبليغ الإلكتروني، أمرا ضروريا يستدعي إضفاء الشرعية عليه من قبل المشرع، واعتباره بالتالي طريقة من طرق التبليغ القانونية، نظرا لما سوف يحققه من فوائد في إطار مسطرة التبليغ القضائي، في سبيل الوصول إلى قضاء إلكتروني.

---

[1] عبد القادر العرعاري: نظرية العقد الطبعة 2016، مطبعة الأمنية– الرباط، ص 159 .

[2] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص 56.

[3] نورالدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007، ص 9.

وغياب مقتضيات متعلقة بإشكالية الوفاء الإلكتروني، والذي يعتبر أساسيا لضمان الثقة لدى المتعاقد، وبالتالي الإقبال بكل حرية على التجارة الإلكتروني.

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

أ- كيفيات وشروط استعمال الشهادة،

ب- كيفيات المنازعة وطرق تسوية الخلافات..."

إلا أن هذه الإجراءات تعتبر غير كافية خصوصا إذا تعلق الأمر بغياب أي اتفاق متعدد أو ثنائي الأطراف يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وباقي الدول الأخرى لاعتماد مقدمي الخدمة[1].

محاولة تعرض المشرع المغربي لتنظيم مختلف العقود الإلكتروني وآثارها القانونية، وإعداد نظام للعقاب على كل الأفعال الإجرامية الإلكتروني المرتكبة على الشبكة، لاسيما جرائم الأموال والغش المعلوماتي وغيرها.

وأخيرا، عدم التطرق لتحديد مضامين بعض المصطلحات التقنية الواردة بالقانون، وإن كان قد قام بذلك فعلا في بعض الأعمال التشريعية التي أصدرها مؤخرا، فمثل هذا التباين في المنهج، رغم اتحاد المصطلح، غير محمود، بل إنه يخالف التوجه الحديث في صناعة التشريع الذي يتطلب مثل هذا التحديد الاصطلاحي، وذلك لضمان التطبيق السليم للقانون[2].

إن العقود الإلكترونية تخضع لشكلية قانونية صارمة تتجاوز مجرد التراضي بين الطرفين، بحيث يعتبر استيفاء هذه الشكلية شرطا جوهريا لانعقاد العقد.

وعليه، فإن تخلفها يفضي إلى بطلان العقد لكونها ركنا من أركانه وليس مجرد إجراء شكلي. تستشف هذه الطبيعة الخاصة من خلال عدة مقتضيات قانونية، نذكر منها:

الفصل 65-4 الذي يشترط توافر بيانات معينة في العرض، ويعد غيابها سببا لاعتبار العرض مجرد إعلان لا يرقى إلى مستوى التعاقد الملزم. الفصل 65-5 الذي يلزم المتلقي بإتمام مجموعة من الخطوات الإلكترونية الصريحة لتأكيد القبول، ما يدل على تقييد حرية التعاقد العفوية التي تميز العقود التقليدية.

[1] أحمد أدريوش، تأملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون 53. 05 على قانون الالتزامات والعقود، م. س، ص 61 وما يليها.

[2] سعداني ماء العينين: المصادقة على التعاملات الإلكترونية على ضوء التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، مختبر قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، بسطات، السنة الجامعية 2009/2010، ص 105 .

وهذا التوجه لا يقتصر على المشرع المغربي، بل يجد صداه كذلك في التشريع الفرنسي، وتحديدا في الفصل 1108-1 من القانون المدني الفرنسي، الذي أرسى قواعد دقيقة لإبرام العقود عن بعد. انطلاقا من هذه الأرضية، سنتناول تباعا خصوصيات كل من العرض والقبول الإلكترونيين، ثم نعرج على تفاعلهما وآليات تقاطعهما.

أ – العرض الإلكتروني: يعد "العرض" مصطلحًا ذا دلالة اقتصادية بالأساس، فهو يقابل "الطلب" في لغة السوق، في حين يقابله قانونا "القبول".

ويتضمن العرض الإلكتروني دعوة صريحة للتعاقد، لكنه يختلف عن الإعلان أو الدعوة للتفاوض، ويخضع لشروط صارمة تضمن جديته وشفافيته[1].

قد نضم المشرع المغربي العرض الالكتروني في الفصل 65-4 حيت الزم بأن يوضح العارض للمستهلك شروط التعاقد و كذا البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا العرض حيت استهل المشرع الفصل المذكور ب"يتعين على كل من يقترح بصفة مهنية و بطريقة الكترونية ... أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن الاحتفاظ بها و استنساخها...."، و كما حدد المشرع في ذات الفصل مجموعة من البيانات التي جاءت بشروط التي يعتبر بدونها العرض باطلا من قبيل شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره ومختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولا سيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة[2].

وكذا الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل، قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها واللغات المقترحة من أجل إبرام العقد وطريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط ووسائل الاطلاع بطريقة إلكترونية على العقد[3].

---

[1] عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح ق ل ع المغربي –الكتاب الأول الجزء الأول مصادر الالتزام– الطبعة 2018–مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء – ص323.

[2] عبد الرحمان الشرقاوي –القانون المدني –دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي– الجزء 4– إثبات الالتزام –طبعة الأولى 2020 –مطبعة المعارف الجديدة بالرباط –ص106 وما بعدها.

[3] وهذا بدوره ما سبق للمشرع الفرنسي أن أشار اليه في الفقرة الثانية من الفصل 1127-1 من القانون المدني بعد تعديله حيث جاء فيه

"L'offre énonce en outre :

1- Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2- Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3- Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française;

4- Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

إن البيانات تعد في غاية الأهمية من قبيل "ذكر هوية وعنوان العارض ووسائل الاتصال به من رقم الهاتف أو الفاكس أو البريد الالكتروني وذكر الثمن أو السعر المقترح للسلعة أو الخدمة وتكاليف التسليم والتأمين إن اقتضى الحال بيان المدة التي ستكون خلالها السلعة أو الخدمة معروضة بالسعر المحدد والضمانات والخدمة بعد البيع وإمكانية العدول عن الشراء وطرق ارجاع السلعة وتبديلها وشروط الفسخ"·

أما فيما يتعلق بالمدة التي يظل فيها العرض الرقمي قائما فإنها تكون بوجهان إما وجه صريح إذا ما حددها العرض بحد ذاته المدة فيبقى ملتزما به الى حين انتهائها وإما وجه ضمني طالما كان الولوج الالكتروني للعرض قائما ومتيسرا.

ب – القبول عبر الوسائط الالكترونية: فهو لا يختلف على القبول العادي الا في طريقة التعبير عنه فمن تم فخصوصيته عبر هذه الوسائط كما أشار الى ذلك الفقه تتمثل في مروره بمراحل ثلاث:

تمر عملية التعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني عبر ثلاث مراحل أساسية نص عليها الفصل 65-5 من القانون المتعلق بالتبادلات الإلكترونية:

مرحلة اختيار محل التعاقد: يقوم الطرف القابل بالنقر في الخانة المخصصة لذلك على المنصة الإلكترونية، معلنا رغبته في اختيار البضاعة أو الخدمة المعروضة.

وقد عبر المشرّع عن هذه الخطوة بضرورة "التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه... قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله"، ما يعكس أهمية الوعي والإدراك في التعاقد الإلكتروني.

- مرحلة إشعار الموجب: يتعين على صاحب العرض أن يشعر الطرف القابل بطريقة إلكترونية، ودون أي تأخير غير مبرر، بتوصله بقبول العرض. وهذا ما نص عليه الفصل ذاته بشكل صريح، ما يجسد مبدأ التفاعل الفوري بين أطراف التعاقد الإلكتروني.

- مرحلة تأكيد القبول: يطلب من الطرف القابل تأكيد قبوله بشكل صريح عبر نقرة ثانية، تعد بمثابة الموافقة النهائية على التعاقد. وقد أوضح المشرع في الفقرة الأخيرة من الفصل 65-5 أن هذا الإجراء يعتبر شرطا لازما لإبرام العقد[1].

ثانيا– مستجدات التي جاء بها قانون المتعلق بشأن مقدمي خدمات الثقة.[2]

وهذا القانون يحمل رقم 43.20 وجاء في طياته العديد من المستجدات سواء من حيت التوقيع أو التشفير أو من حيث الجهة المصادقة[1].

5- Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre."

[1] عبد الحق صافي – الوجيز في القانون المدني –الجزء الأول المصادر الارادية للالتزام –العقد والإرادة المنفردة دراسة في قوانين أخرى-طبعة 2016-مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء–ص 46 وما يليها.

[2] القانون رقم43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية الصادر بظهير شريف رقم 100-20-1 الصادر في 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020) – ج ر عدد6951 – ص 6951.

فيما يتعلق بالتوقيع يلاحظ أن هذا القانون جاء بالعديد من الأنماط من التوقيعات من قبيل التوقيع البسيط أو المؤهل خلاف القانون المنسوخ الذي كان يقتصر على التوقيع المؤمن، ويقصد بالتوقيع البسيط ذلك النوع من التوقيعات الذي يتجلى في استعمال طريقة ذات موثوقية للتعريف الإلكتروني تضمن ارتباط التوقيع بالوثيقة المتعلقة به، ويعبر عن رضى صاحب التوقيع – الموقع – واشترط فيه المشرع حتى يكون نافذا الشروط التالية:

– أن يكون خاصا بصاحب التوقيع؛

– أن يسمح بتحديد هوية الموقع؛

– أن يتم إنشاؤه بواسطة معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني التي يمكن أن يستعملها صاحب التوقيع تحت مراقبته بصفة حصرية، وبدرجة عالية من الثقة تحدد من قبل السلطة الوطنية؛

– أن يرتكز على شهادة إلكترونية أو بكل وسيلة تعتبر معادلة لها تحدد بنص تنظيمي؛

– وأن يكون مرتبطا بالمعطيات المتعلقة بهذا التوقيع بكيفية تمكن من كشف كل تغيير لاحق يطرأ عليها.

في حين يقصد بالتوقيع المؤهل ذلك التوقيع الإلكتروني المتقدم الذي يجب إنتاجه بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني وهي آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني المثبتة بشهادة للمطابقة مسلمة من لدن السلطة الوطنية. ويجب أن تستجيب هذه الآلية:

–أن تضمن بوسائل تقنية وإجراءات ملائمة، عدم إمكانية التوصل إلى معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنباط، وإمكانية حماية التوقيع الإلكتروني من أي للمتطلبات التالية: تزوير، بكيفية موثوق بها وبواسطة الوسائل التقنية المتاحة؛

–أن تضمن بوسائل تقنية وإجراءات ملائمة، أن معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني لا يمكن إعدادها أكثر من مرة واحدة وتكون سريتها مضمونة ويمكن حمايتها من قبل صاحب التوقيع بكيفية مقبولة من أي استعمال من لدن الغير؛

–ألا تؤدي إلى أي تلف لمحتوى الوثيقة الإلكترونية المراد توقيعها أو تغييره، وألا تشكل عائقا يحول دون أن يكون لصاحب التوقيع إلمام تام بمحتوى الوثيقة قبل توقيعها.

علاوة على ذلك، لا يمكن أن يعهد بتوليد معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤهل أو تدبيرها لحساب صاحب التوقيع إلا لمقدم خدمات ثقة معتمد وفقا لأحكام المادة 33 من قانون 43.20 تقوم السلطة الوطنية بنشر لائحة آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤهلة على موقع الأنترنت الخاص بها.

---

[1] وقد نظم المشرع الفرنسي ما يقابل هذا النص في الفصل 1127-2 من القانون المدني بعد تعديله حيث جاء فيه:

" Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès." .

المطلب الثاني: تحقيق العقود الذكية للأمن التعاقدي

الأصل في التعاقد الحرية ما لم يرتبط بالأشياء المحرمة شرعا، أو الممنوعة قانونا، أو عدم التوفر على الأهلية أو كانت ناقصة أو شابتها عوارض. وإذا كان المحل والسبب في العقد التقليدي كما العقد الذكي لا تطرح إشكالا، فقد ثارت إشكالية بين الفقه والمشرع بخصوص الأهلية[1]. فالفصل الثاني من ق ل ينص على أن "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: الأهلية للالتزام، تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام، سبب مشروع للالتزام".

بينما يرى الفقه أن الأهلية شرط لصحة الرضي، أو شرط من شروط صحة الإرادة في التراضي. والتي يجب أن تكون حرة وسليمة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضى، رغم أنها ليست ركنا في العقد. لتبقى فقط ثلاثة أركان للعقد وهي الرضى والمحل والسبب[2].

والتراضي كركن تأتي هذه الإرادة من شخص ذي أهلية، وأن تكون حرة وخالية من العيوب التي قد تشوبها. وعليه صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات (أهلية الوجوب) التي هي الشخصية القانونية المثبتة لكل إنسان منذ ولادته

بينما أهلية الأداء التي تطلق على صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات، القانونية فهي أيضا ركن في العقود حسب موقف المشرع المغربي الفصل الثاني من ق ل ع. حيث إن توافرت كباقي الأركان الأخرى كان العقد صحيحا، وإن تخلف أحدها كان العقد باطلا بطلانا مطلقا[3].

وارتباطا بالأهلية يثار أنه متى كانت كاملة كان العقد صحيحا، وإذا كانت معدومة كان العقد باطلا، وإذا كانت ناقصة كان العقد قابلا للإبطال. وذلك ارتباطا بالسن وببعض العوارض: كالجنون والسفه أو العته، ما يجعلها أقرب إلى اعتبارها عيبا من عيوب الإرادة وليست ركنا من أركان العقد. إلا إن ما يميزها كونها تعتبر من النظام العام لتضمنها قواعد آمرة. وعليه يعتبر كل اتفاق على تعديل أحكامها باطلا.

إلا إنه وارتباطا بالعقود الذكية التي لا تشترط سنا معينا لإبرامها؛ فمثلا يمكن للقاصر والسفيه والمعتوه أن يمد الآلة بالمال ويحصل على الطعام أو التذكرة.

كما يمكنه إبرام العقود الأخرى لكون هويته الحقيقية تكون سرية. بينما على مستوى العقد التقليدي أو العقد الإلكتروني فإنه يتم التثبت أهلية من المتعاقد، وتؤثر بالتالي على مصير العقد إما بالبطلان أو بالقابلية للإبطال. وهو ما يمكن اعتباره ثورة في

[1] العياشي الصادق،فداد العقود الذكية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي – الدورة الرابعة والعشرون – دبي 2019 دائرة الشؤون الإسلامية، والعمل الخيري، دبي 2019 ص 15.

[2] محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة البيع والكراء ط2، المؤسسة الإسماعيلية للطباعة والنشر والتوزيع مكناس، 2006- 2007 هامش ص32.

[3] محمد الشرقاني، النظرية العامة للإلتزامات العقد، مرجع سابق، ص60.

مجال نظرية العقد، التي خصصت حيزا كبيرا للأهلية وما قد يشوبها بين بطلان العقد، وإبطاله في حالة الضرر المحض، والمطالبة بفسخه في حالات وجود من عيوب عيب من عيوب الرضى.

بينما في العقد الذكي، الذي يمنح للكل على قدم المساواة إبرام هذه العقود، والاستفادة من مزاياها ومنافعها بل والربح من وراءها في مجال الصفقات كما يقوم به الشباب دون السن القانونية للرشد. وهو ما يبدو حرية أكبر في التصرف.

حيث يمكن للقاصر دون سن أن يبرم معه 12 سنة من مدونة العقود الذكية، والتي تعتبرها نظرية العقد التقليدية تصرفات باطلة وفقا للمادة 224 الأسرة، حتى لو كانت من نوع التصرفات النافعة له نفعا محضا. وكما هو الحال أيضا مع المجنون والمحجور عليه قضائيا وفقا للمادتين 217 و 225 من مدونة الأسرة.

وفي حالة السفيه والمعتوه والقاصر فوق سن الثانية عشر ولم يبلغ سن الرشد؛ فالتصرفات التي يأتيها في حالته هذه ناقص الأهلية تجوز متى كانت نافعة له نفعا محضا وتكون قابلة للإبطال متى كانت ضارة له ضررا محضا، حتى لو أجريت بإذن من نائبه الشرعي. بينما في العقود الذكية تغيب هذه الموانع القانونية.

وهكذا تضع نظرية العقد التقليدية العقود الذكية محل نظر. ذلك أن التصرف القانوني قد يلحقه عيب فيه ويحرمه من آثاره؛ أي أن يلحق خلل ما العقد فيعيبه سواء تخلف أحد أركانه أو تخلف شرط من شروط صحة الرضى[1]. وهو الأمر الذي يعني أن العقد أصبح في الوضعية القانونية للبطلان، أو القابلية للإبطال. إذ يعتبر العقد غير قائم بسبب اختلال تكوينه سواء بتخلف أحد الأركان أو لعدم صحة الإرادة في ركن التراضي.

بينما تغيب كل هذه المعوقات في العقد الذكي وتجعل له بعدا اقتصاديا محضا، لتمنح بذلك للكل على قدم المساواة – دون اعتبار لعوارض الأهلية – الحق في إبرام العقود الذكية، والانتفاع بمزاياها وتحقيق المنفعة والربح المادي. ذلك أن التقنية الرقمية هي التي تتمم العقود تلقائيا، ما يمنح حماية واستقرارا للأمن العقدي.

إن حماية الأمن التعاقدي في العقود الذكية يقضى بأن يكون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ملزما لأطرافه بما تضمنه من بنود وشروط، ولا يسمح لغيرهما بمن فيهم القاضي إمكانية نقضه أو تعديله.

وهكذا يكتسب قوة إلزامية فيما بين عاقديه كما قضى بذلك الفصل 230 من ق ل ع ؛ بأن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

وهو ما يكرس مبدأ سلطان الإرادة، رغم ما قد يرد عليها من استثناءات تجسدها عقود الإذعان، من التقنية الإلكترونية، ويدعو بالتالي للتساؤل عن موقف العقود الذكية من نظرية إن إثارة المسؤولية في حالة عدم الالتزام ببنود وشروط العقد، وطلب فسخه أو التعويض عن الضرر الناتج أو المطالبة بالتنفيذ الجبري، له تدعو للتساؤل عما إذا كانت كلها تنطبق على العقد الذكي أيضا أم أنه متميز عنها، لتتضح مدى الحماية القانونية والواقعية التي يحققها لأطراف التي استفادت الإذعان عنه العلاقة التعاقدية.

[1] محمد الشرقاني، النظرية العامة للإلتزامات العقد – ط 1 ، مرجع سابق، ص 104و 105.

ذلك أن مميزات العقود الذكية بينها تقنية من يمر المجتمع العالمي حاليا بمرحلة انتقالية من الاقتصاد الصناعي إلى الاقتصاد المبني على مجموعة جديدة من التقنيات تتراوح بين التكنولوجيا الرقمية إلى التكنولوجيا متناهية الدقة، والتي البلوك تشين كما أنها تتميز بلامركزيتها لكونها متاحة للجميع دون قيد أو شرط، وهو ما ينتج الثبات وغياب الوسيط.

وهذه الحرية في التعاقد عبر التقنية التي تقوم عليها العقود الذكية تميزها أيضا بغياب الإذعان في اللامركزية والتحول الرقمي عنه إن لا مركزية تقنية " البلوك تشين" التي تقوم عليها العقود الذكية، وتحولها الرقمي المتقدم أفرز عدة مميزات منها التحول الرقمي التشاركي وأيضا تعمل التقنية الرقمية على تحويل المجتمع والاقتصاد من رقمنة العديد من العمليات التجارية إلى مشاركة العديد من البيانات الرقمية.

وذلك من خلال رقمنة الهاتف المحمول، الذي وضع قوة حسابية في أيدي أزيد من 60 بالمائة من سكان العالم. والتي نقلت الطاقة الحاسوبية من الشركات إلى نطاق واسع في جميع أنحاء العالم، نظرا لقدرة الحوسبة المرتبطة بالتقنيات الرقمية الحديثة[1].

ما نتج عنه تأثير كبير على جميع جوانب الوجود الإنساني، من خلال تحديد عمليات الأعمال والاقتصاد ووضعها في متناول الجميع.

المحور الثاني: الآليات القضائية لإعادة التوازن العقدي

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. وإن كان ذلك يشكل ضربا في مبدأ سلطان الإرادة كأحد مرتكزات نظرية العقد.

تبعا لذلك سيتم التطرق إلى الإطار القانوني للشرط الجزائي المطلب الأول، في أفق الحديث عن المراجعة القضائية لهذا الشرط المطلب الثاني.

المطلب الأول : الإطار القانوني للشرط الجزائي

بالرجوع الى 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 للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي تلحق الجزائي الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا او التأخير تنفيذه[2].

فيستشف من مقتضيات هاته الفقرة ان 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[3]. وبما أن المشرع المغربي لم يعرف المقصود بهذا الشرط، فهو بذلك فتح المجال لتدخل الفقه لقول كلمته بهذا الشأن.

---

[1] كائي موغان تقنية سلسلة الكتل" البلوك تشين" والنمو المستدام مقال على الرابط: www.un.org، ص 24/05/2025 على الساعة 14و 00د.

[2] بوشعيب فهمي ، 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 ص351.

[3] عبد العالي دقوقي "الوجيز في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام ، الطبعة الأولى ، 2017 ، مطبعة سجلماسة،مكناس، ص: 161.

من المسلم به الإشارة إلى ان المشرع المغربي في .ق. ل . ع لم يعرف الشرط الجزائي بشكل مباشر، وهو بذلك ترك أمر التعريف للفقه، ومن التعريفات الفقهية نجد تعريف الأستاذ منير قزمان الذي أكد على أن الشرط الجزائي : اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين بالتزامه وذلك بعدم تنفيذه أو التأخير في تنفيذه ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الإخلال بالالتزام أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل[1].

كما عرفه آخر بأنه: "تقدير اتفاقي للتعويض، وعلى وجه التفضيل مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق احدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر"[2] وقد عرفه الأستاذ الدكتور السنهوري بأنه[3] : " التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي والذي يستحقه الدائن اذا لم يقم 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 اذن ان الشرط الجزائي اتفاق عقدي سابق على وقوع الضرر الغاية الأساسية منه تكمن في ضمان تنفيذ الالتزام وجبرا للضرر الذي قد يلحق احد المتعاقدين من جراء عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه، وبالتالي فهو بمثابة آلية ردع اتفاقية في مواجهة كل من اخل بالالتزام التعاقدي الملقى على عاتقه، كما قيل ينزع بالسلطان مالا ينزع بالفرقان.

ولعل ذلك ما جعل هذا الشرط يحظى باهتمام كبير سواء من لدن المشرع الذي اجهد نفسه بتنظيم احكامه او حتى من قبل الفقه الذي تسارع الى تفسيره والتنظير له من شتى الجوانب بعد هذا لا يبقى لنا إلا ان نتساءل عن اهم خصائص الشرط الجزائي؟ انطلاقا من التعاريف الفقهية السابقة ومن مقتضيات ف 264 من .ق. ل. ع .

فيتميز بالعديد من الخصائص نذكر منها:

الخاصية الاتفاقية مما لاشك فيه ان مصدر الشرط الجزائي إرادة المتعاقدين بمعنى ان من له الحق في اداج مثل هذه الشروط في العقد هم اطرافه، وبالتالي لابد 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 أو حكم قضائي او تنظيم اداري معين. وعليه لا يتصور أن 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

[1] منير قزمان ، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء ، أوردته باشا سعيدة في مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر (الشرط الجزائي القانون المدني الجزائري)، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر سنة 2017/2018، ص8.

[2] محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، أورده سليمان المقداد في اطروحته (مركز الإرادة في العقود)، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية وجدة ، 2016/2017، ص 287.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث لبنان بيروت 265.

التزاما تابعا، ولعل ذلك ما اشارت إليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري" يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق"[1].

بالإضافة الى هذه الخاصية هناك خاصية أخرى غاية في الأهمية وهي:

الخاصية التبعية للشرط الجزائي: لا ينشا 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 أصلي، ومنه فالشرط الجزائي يرتبط ارتباطا تبعيا بالالتزام الأصلي الناشئ عن العقد وبذلك فهو يتبع الالتزام الأصلي في الوجود والعدم، فالعبرة دائما بالالتزام الأصلي وليس بالشرط الجزائي.

ناهيك عن ان بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي دون العقد، فضلا عن ذلك فالشرط الجزائي التزام شرطي لان اعماله يتوقف على عدم تنفيذ المدين لالتزامه او لتأخره في الوفاء به[2].

علاوة عما سبق تجدر الإشارة الى ان الشرط الجزائي[3] قد يتخذ إما شكل مبلغ مالي او القيام بعمل او الامتناع عنه. ومن تطبيقات هذا الشرط: عقد المقاولة قد يرد في العقد شرط جزائي يلزم المقاول بأداء مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه.

الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض : فالشرط الجزائي اتفاق سابق على الاخلال بالالتزام وتحقق الضرر الموجب للتعويض ، اما اذا تعلق الأمر باتفاق تم بعد حصول الاخلال بالالتزام وتحقق الضرر فإن ذلك لا يعتبر شرطا جزائيا ، وإنما يعد عقد صلح بين الأطراف.

المطلب الثاني: التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي

إذا كانت الحرية التعاقدية حسب بعض الفقه، لا تحقق العدل حتما أمام الحيف الناشئ عن العقد، فإن الالتزام العقدي لا يمكن ان نعتبره قد قبل بمسلك الإرادة، إلا إذا كانت إرادة المدين مساوية تمام القوة الإرادة الدائن، لكن عندما يفقد هذا الانسجام تلك المساواة لا يمكن الادعاء هنا بأن حرية التعاقد وسيلة لتحقيق الحماية، لأن ذلك يعد ضربا من الخيال[4].

ولعل ذلك ما حذا بالقضاء الى التدخل قصد إعادة التوازن العقدي وذلك عبر مراجعة الشرط الجزائي إلا ان تعامل القضاء المغربي مع مسألة المراجعة عرف تذبذبا بين مؤيد ومعارض.

---

[1] المادة 183 من القانون المدني الجزائري، أوردتها باشا سعيدة في الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري)، مرجع سابق ص12.

[2] فؤاد معلال ، مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق95_27 ، أوردته إيمان بنشانة) الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية)، المعهد العالي للقضاء، الرباط، السنة 2014ص77.

[3] ايمان بنشانة ، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية ، مرجع سابق ص 77.

[4] Ripert (g) : la regle moral des obligation

أورده العربي الشادلي في الأطروحته الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق الدار البيضاء ، السنة 2006/2007 ، ص 458.

ومن البديهي الإشارة الى ان المشرع المغربي لم يتناول الشرط الجزائي بالتنظيم الدقيق إلا بعد تعديل ف 264 من ق. ل . ع بموجب ق ،27.95، فقبل هذا التعديل كان هناك فراغ كبير بخصوص مؤسسة الشرط الجزائي.

وفي ضل التحولات الاقتصادية التي شهدها المجتمع والتي انعكست بدوره ها على العقود كانت الآلية الأكثر نجاعة لضمان تنفيذ الالتزام هي اتفاق الأطراف على إدراج شروط جزائية، تقوم مقام القانون نضرا لنشوئها عن إرادة حرة طبقا لمقتضيات ف 230 من ق. ل. ع57. ما أسفر عن وضعية شاذة خاصة وأن البعض قد يلجأ الى إدراج شروط تعسفية على شاكلة شرط جزائي وهو امر يستوجب تدخل قضائي لتعديل هذا المقتضى.

تبعا لذلك تضاربت الاجتهادات القضائية بين مؤيد ومعارض.

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 الى إعمال قواعد أقرب لمنطق المراجعة، وخاصة التخفيض اذا كان المبلغ المقدر مبالغ فيها و وضع بشكل تعسفي، وذلك بهدف إعادة التوازن الى العلاقة التعاقدية، ولعلنا نستحضر في ينص الفصل 230 من ق. ل . ع على ان الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا او في الحالات المنصوص عليها في القانون.

هذا الصدد حكم ابتدائية فاس[1] الذي حاول ان يعكس انشغالات القضاة بخصوص التجاوزات التي يعرفها إعمال 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 أن يتدخل القضاء لتصحيح المراكز القانونية للطرفين حول العقد وخصوصا منه الشرط الجزائي ، ومقتضى ذلك ان الشرط الجزائي يضفى 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

[1] حكم رقم 1483 في ملف مدني رقم 3048/89 صادر بتاريخ 19/04/1990 ، أورده فؤاد معلال في اطروحته " الشرط الجزائي في القانون المغربي " أورده العربي الشادلي في اطروحته م س ص463.

الى ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي بعدالة، إعمالا لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار" ذلك ان تنفيذ الالتزام التعاقدي يتعين ان يتم في جو من التوازن بما يحقق الغاية من التعاقد دون رجحان كفة احد المتعاقدين عن الآخر[1].

عطفا عن ذلك هناك قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بآسفي[2] 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 شانه في ذلك شان الغرامة التهديدية "كلها مواقف 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).

الاتجاه المعارض لفكرة المراجعة: في ضل غياب نص قانوني يخول للقضاء إمكانية مراجعة الشرط الجزائي في الحالة التي يكون فيها مبالغ فيه او مجحف 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 مراكش 6120 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 تهم إرجاع التوازن بين الطرفين ، هذا التوازن الذي يسعى المشرع الى تواجده بين المتعاقدين وجاء أيضا في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط [3] ما يلي "القاعدة المقررة في ف 230 من ق. ل. ع تجعل الشرط الجزائي الذي بمقتضاه حدد الطرفان مسبقا التعويض الواجب اداؤه في حالة . عدم العقد مشروعا ما دام لا يوجد في القانون ما يمنعه[4].

وهو التوجه الذي كرسه المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا ورد فيه ان " قضاة الموضوع عندما اعتبروا فسخ العقد الرابط بين الطالبة والمطلوب في النقض فسخا تعسفيا لعدم وجود المبرر وقضوا بالرجوع مع ان العقد ذلك يبيح، بعلة كون الطاعن يصطدم بالمبدأ القائل بأنه لا يمكن الحكم بما لم يطلب، قد خرقو مقتضيات ف 230 من ق. ل . ع وجعلوا قرارهم ناقص

---

[1] أسعد بوجناني مقال، "الشرط الجزائي بين مطلب العدالة التعاقدية وهاجس ضمان تنفيذ الالتزام ، منشور بالموقع الالكتروني : law.comwww.maroc تاريخ الاطلاع 20/05/2025 الساعة 20:00.

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

[3] قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش ، ملف مدني عدد 4836، اشار اليه فؤاد معلال في مقاله مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور ق 27.95 ، اوردته ايمان بنشانة م س ص 79.

[4] قرار عدد 528 صادر بتاريخ 20/10/1926 أشار إليه مُحَّد ادريويش) الاجتهاد القضائي في ميدان الالتزامات) أورده العربي الشادلي في اطروحته " الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد ، م س ، ص462.

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 تنفيذ [1]

خاتمة :

في ختام هذا البحث، يتضح أن تحقيق الأمن التعاقدي في القانون المدني المغربي ليس مسعى تقنيا صرفا، بل هو مطلب جوهري لاستقرار المعاملات وصيانة الثقة في الإرادة التعاقدية.

وقد برز أن حماية الطرف الضعيف لم تعد استثناء، بل أصبحت توجها تشريعيا راسخا، يؤطره مبدأ العدالة التعاقدية، ويترجمه تدخل القضاء لضمان التوازن بين أطراف العلاقة المدنية.

لقد أبانت الدراسة عن مدى تطور النصوص القانونية والاجتهاد القضائي في هذا الباب، من خلال إقرار آليات تقييد سلطان الإرادة حين ينقلب إلى أداة استغلال، وفرض رقابة على الشروط التعسفية التي تُفرغ العقد من مضمونه العادل.

كما أظهرت أن حماية المتعاقد الضعيف لا تمس بالأمن التعاقدي، بل تعززه بإقرار ضمانات موضوعية تجعل من العقد أداة للعدالة وليس ساحة هيمنة.

وبناء عليه، فإن تأصيل الأمن التعاقدي في ضوء حماية الطرف الضعيف يفرض مقاربة متوازنة تراعي الحرية والمسؤولية، وتعلي من شأن القيم الإنسانية في محيط قانوني يتطور باستمرار.

[1] قرار صادر عن محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا ، عدد 144 بتاريخ 19 يناير 1988، منشور بالمجلة المغربية للقانون ، عدد 17 ، ص 138 ، أورده سعد بوجناني في مقاله) الشرط الجزائي بين مطلب العدالة التعاقدية وهاجس ضمان تنفيذ الالتزام) م س 21.