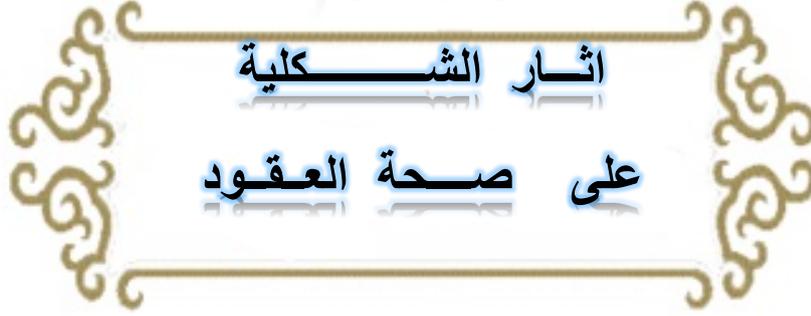




FSJES
Ain Chock
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES,
ÉCONOMIQUES ET SOCIALES AIN CHOCK
UNIVERSITÉ HASSAN II DE CASABLANCA
كلية العلوم القانونية والإقتصادية
والإجتماعية عين الشق
جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

مادة: نظرية الإلتزامات

عرض بعنوان:



تحت اشراف الدكتور:

- مصطفى الفضالي

من إعداد الطلبة:

- خولة حمزي
- عبد الكبير نشيد
- إبراهيم وهبور
- حسن ربازي

تقديم

إن تطور فكرة العقد في الشرائع المدنية رهين بتطور مبدأ سلطان الإرادة، ومعنى ذلك أن توافق إرادتين أو أكثر يكفي لانعقاد الالتزام، فبمجرد أن يقع الرضى السليم على المحل ويحمل على سبب مشروع ينعقد العقد الذي كان ينوي الأطراف عقده دون اتباع شكالية معينة ليكون تعاقدتهما صحيحاً¹.

هذا وإن كان مبدأ سلطان الإرادة متأثراً بالنظريات السياسية والاقتصادية القائمة على تقدير حرية الفرد، على اعتبار أن المجتمع وجد لخدمة مصالح الفرد، فإن هذه الحرية في القانون الحديث لم تعد متفقة مع المبادئ الاشتراكية والاقتصادية السائدة في هذا العصر، ذلك أن الدول الحديثة تدخلت في الكثير من الأحيان بفرضها قيوداً على الإرادة، كأن تمنع اشتراط شروط معينة ذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و الحد من مفعول بعض العقود لاسيما في العقود التي يتأثر المحل فيها بالتقلبات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

كما أن الاجتهاد بدوره استطاع أن يحد من مبدأ سلطان الإرادة فتارة يوسع نطاق العقد ويضيف بعض الالتزامات التي لم يظن إليها المتعاقدين كالالتزام بضمان سلامة الأشخاص في عقد النقل وتارة أخرى ينقص من اتفاق الأطراف، وبالتالي نقول أن سلطان الإرادة رسم له حدود لحماية الأطراف والصالح العام.

و كما نعلم فإن مؤسسة العقد تعرف على أنها توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ويستوي أن يكون هذا الأثر هو إنشاء الالتزام كالبيع أو نقله كالحوالة أو تعديله أو إنهائه كما في الوفاء الذي ينقضي به، وتنقسم العقود من حيث التكوين إلى رضائية وهي التي تنعقد مرتبة لكافة أثارها بمجرد تراضي إرادة الأطراف دون الحاجة إلى إفراغ الرضى في شكل ما.

أما العقد الشكلي، فخلافاً للعقد الرضائي، فإنه يتطلب بالإضافة لعنصر الرضائية توافر شكل معين حيث لا يحدث أي اثر إلا باستكمال هذا الشرط، وقدما كانت الشكالية عبارة عن ألفاظ وإشارات متداولة بين الأفراد، أما اليوم فإن الشكالية تتجسد في عنصر الكتابة أو الشهر... إلا أن هذه الأخيرة قد

¹ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات. الطبعة الأولى، سنة 1972، بدون نشر، ص: 194.

تكون ضرورية للانعقاد²، أو للإثبات³، وقد ينقلب العقد من رضائي إلى شكلي ولا ينعقد إلا بتوفر الشكل الذي ارتضاه الأطراف⁴.

إشكالية البحث:

مما لاشك فيه أن الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أثرت بشكل كبير على الفكر القانوني و هذه الظروف تدفع المشرع بأن يتجه نحو فرض الشكالية في الكثير من العقود رغبة في تحقيق الاستقرار والثبات الاجتماعي في ظل زمن العولمة، حيث أصبحت العقود تبرم عن بعد متخطية لكل الحدود الجغرافية والدينية و الايديولوجية وفي غياب شبه تام للأخلاق التي كانت ولا تزال أسى من الشكالية حتى اليوم في بعض الاوساط المحافظة⁵، و لضمان حقوق المتعاقدين امام كل هذه المتغيرات التي يشهدها العالم، وانخرط المغرب في تدويل وتوحيد بعض القوانين نظرا لعولمة رأس المال و اقرار تنظيم دولي يقدم حولا لبعض الإشكالات كما هو الشأن بالنسبة للمساطر العابرة للحدود و المتعلقة بصعوبات المقاولات حيث اصبح هذا الاتجاه أكثر إلحاح بعد الازمة المالية التي عصفت بأوروبا وأرخت بظلالها على عدة دول، و كل هذا جعل مبدأ الرضائية غير كافي لإبرام العقود أو تمام التصرفات القانونية بل يجب أن تعزز الرضائية بالشكالية لتجنب بعض المخاطر لاسيما على الاشخاص قليلي التجربة الذين لا يقدرن خطورة التعاقد.

كما ان الرضائية تكون محفوفة بالمخاطر خاصة في العقود المركبة، ومن أجل تلافي كل هذه المخاطر أصبحت الشكالية في التشريعات الحديثة ومنها المغربي تجب معظم العقود، لما لها من وقع إيجابي على هذه المؤسسة -العقد- سواء تعلق الأمر بالمتعاقدين أو الغير الذي قد تتأثر حقوقه بذلك التصرف،

² تكون الشكالية ركن وتخلفها يساوي العدم: نذكر على سبيل المثال لا الحصر، الفصل 106 و268 و274 و291 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والداخل حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 29 ذي القعدة 148 الموافق 30 نونبر 2007 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة الموافق ل6 دجنبر 2007، ص 3879.

³ تكون مطلوبة لإثبات التصرف وصحته بين الأطراف، اما الغير فيمكنه الإثبات بكافة الوسائل باعتبارها واقعة مادية. ونذكر على سبيل المثال لا الحصر المادة 4 من القانون 49.16 الداخل حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.16.99 الصادر في 13 شوال 1437 الموافق ل18 يوليوز 2016. منشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 الموافق ل11 اغسطس 2016. ص 5857.

⁴ الفصل 402 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

⁵ المعاملات التجارية بين التجار، خصوصا عندما تكون بينهم معاملات سابقة كما هو الحال بالنسبة للعمليات التجارية التي تجرى بأسواق الجملة مثلا أو ما يعرف بالبيع بالكلمة بعض الأوساط.

اضافة إلى تمكين الدولة من مراقبة كل التصرفات القانونية واستخلاص بعض المداخل، الشيء الذي يقودنا إلى طرح إشكال جوهري :

ما الغاية التي يتوخاها المشرع من اشتراط الشكلية في بعض العقود وما مكانتها في التشريع المغربي؟ والذي يتفرع عنه عدة اشكالات من قبيل: ما هي الشكلية؟ وما انواعها؟ وما هي بعض تطبيقاتها؟ وما تأثيرها على صحة العقود؟ وما جزاء تخلفها؟

ولالإجابة عن كل هاته التساؤلات التي هي جزء لا يتجزأ من موضوع بحثنا الذي سنتناوله وفقاً للتصميم التالي:

المبحث الاول: الاحكام العامة للشكلية وتطبيقاتها.

المطلب الاول: الشكلية في العقود وانواعها.

الفقرة الأولى: العقود الشكلية.

الفقرة الثانية: انواع الشكلية.

المطلب الثاني: تطبيق شكلية العقود في المجال العقاري و التجاري.

الفقرة الأولى: الشكلية المتطلبة في المجال العقاري.

الفقرة الثانية: الشكلية المتطلبة في المجال التجاري.

المبحث الثاني: حجية الشكلية في اثبات العقود و جزاء تخلفها.

المطلب الاول: حجية الشكلية في اثبات العقود.

الفقرة الأولى: الحجية بين أطراف العقد.

الفقرة الثانية: الحجية في مواجهة الغير.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكلية في العقود.

الفقرة الأولى: البطلان.

الفقرة الثانية: جزاءات أخرى.

المبحث الأول: الأحكام العامة للشكلية وتطبيقاتها

تعرف العقود بأنها توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني، سواء كان الأثر إنشاء التزام، أو تعديله، أو إنهائه، أو نقله، وفي هذا السياق لا يمكن الحديث عن العقود دون التطرق للشكلية المتطلبية فيها (المطلب الأول)، وهذه الأخيرة التي تعتبر محط اهتمام على مر العصور خاصة في بعض مجالات تطبيقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكلية في العقود وأنواعها.

تعد العقود الشكلية عقود من نوع خاص فلا يكفي خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة، بل وجب إفراغها في قالب شكلي (الفقرة الأولى)، وبحسب نوعيتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العقود الشكلية.

إن العقود الشكلية ليست حديثة العهد، فقد ظهرت كما أسلفنا الذكر عند الرومان، بحيث أن القاعدة آنذاك أن الشكلية تسيطر على ميدان إبرام العقود بحيث كانت هذه الأخيرة مصدر وجود العقد وأساس الزاميته، أما في القانون المغربي حالياً فلا بد من توافر الشكلية في بعض العقود حتى تكون صحيحة مرتبة لكافة آثارها القانونية، وبذلك يمكن تعريف العقود الشكلية بأنها عقود تتطلب إفراغ التراضي في شكل معين ومحدد قانوناً.

وفي هذا السياق ينص الفصل 417 من ق.ل.ع في فقرته الأولى على أن "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية"، ويمكن أن ينتج كذلك على دعامة إلكترونية بحيث تتمتع هذه الأخيرة بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق انطلاقاً من مقتضيات الفصل 1-417 من نفس القانون.

أولاً: الورقة الرسمية

ويقصد بها انطلاقاً من مقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع، "الورقة الرسمية التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وتكون رسمية أيضاً:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

2- الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها"، و من خلال هذا التعريف نستنتج أنه لا بد أن تستجمع هذه الأخيرة شروطا حتى تصير ذات حجية وهي كالتالي:

- 1- أن تكون صادرة عن موظف عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عمومية، والموظف العمومي هنا شخص تابع للدولة، للقيام بعمل من أعمالها، سواء أجرته على ذلك أم لا.
- 2- أن تكون تلك الورقة مشتملة على جميع البيانات والأوضاع التي أوجب القانون توافرها، بمعنى أن يكون تحرير الورقة في الشكل الذي يحدده القانون⁶.
- 3- أن تكون للموظف صلاحية التوثيق، ولا مانع يحول بينه وبين مزاولة عمله. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأوراق بصفة عامة تظل عرفية لغاية أن يخاطب عليها قضاة الموضوع في محاكمهم، وتعتبر جهتي العدل والموثق بالإضافة إلى المحامي المقبول للترافع لدى محكمة النقض، جهات رسمية تتمتع بصلاحية تحرير العقود، فالمشرع نظم هاتين الهيئتين لأهميتهما بمقتضى قوانين خاصة وهي قانون رقم 16.03⁷، المتعلق بالعدل وكذلك الأمر بالنسبة للموثق الذي يؤطره قانون رقم 32.09⁸.

وقد درج الفقه إلى تقسيم المحررات الرسمية إلى محررات من قبيل الظهير والمراسم، ومحررات قضائية؛ ويتعلق الأمر بكل ما يصدر عن الجهة القضائية من قرارات وأحكام وأوامر، ومحررات إدارية؛ وهي كل الوثائق الصادرة عن الإدارات العمومية، وأخيرا محررات مدنية؛ وهي عبارة عن كل الوثائق المستخدمة لإثبات أو انعقاد التصرفات والمعاملات بين الأفراد.

أما فيما يخص حجية الورقة الرسمية فتتمتع هذه الأخيرة بحجية قاطعة، وذلك انطلاقا من الفصل 419 من ق.ل.ع كما سنتطرق له بإمعان في الشق المتعلق بحجية الشكالية في اثبات العقود.

ثانيا: الورقة العرفية

تعرف الورقة العرفية انطلاقا من مقتضيات الفصل 423 من ق.ل.ع، بأنها "الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا

⁶ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، طبعة 2018، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، النشر والتوزيع مكتبة الرشاد، سطات، ص 312.

⁷ ظهير شريف رقم 1.06.56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 556.

⁸ ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611.

عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة"، وهي اما أن تكون أوراقا معدة للإثبات إذا كانت موقع عليها ممن هي حجة عليهم، أو أن تكون غير معدة للإثبات، ولكن يجعل لها القانون حجية في الإثبات في حدود معينة، والتوقيع عادة ما يتم بالإمضاء ويجوز أن يتم بالبصمة أو الختم، وبالتالي فحجية الورقة العرفية مستمدة من التوقيع كعنصر أساسي يمنحها الشرعية، ولا بد هنا من استحضار الفصول من 433 إلى 439 من ق.ل.ع والتي تنص على بعض أنواع المحررات المعدة للإثبات في مجالات خاصة، ومنها الرسائل البرقيات ودفاتر التجار.

ثالثا: الدعامة الإلكترونية

لقد فرضت التغيرات التي يشهدها العصر الحديث ظهور أنواع أو بالأحرى وسائل وأنماط أخرى للإثبات، ويتعلق الأمر بالمحررات الإلكترونية، التي ظهرت نتيجة للانتشار الواسع للتجارة الإلكترونية، وبالعودة إلى التعديلات التي أضافها المشرع من خلال قانون 53.05⁹، المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، نجد أنه سار في اتجاه إقرار المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية وهو ما يتضح من خلال الفصل 1-417 من نفس القانون، ولكي تصير هذه الدعامات ذات حجية وجب عليها أولا استيفاء الشروط المطلوبة في الفصول 1-417 و 2-417 و 3-417 وهي كالتالي:

- أن تعرف الوثيقة الإلكترونية بتوقيع الشخص الذي صدرت عنه.
- أن تكون الوثيقة الإلكترونية معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.
- أن تحمل تاريخا ثابتا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن، وللإشارة تصبح الوثيقة رسمية إذا وضع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق، كما أنها تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع الكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت انطلاقا من الفصل 3-417 من نفس القانون، أما بالنسبة لأشكال التوقيع الإلكتروني فيمكن أن يكون عبارة عن التوقيع باستخدام الخواص الذاتية كبصمة الوجه أو بصمة العين، ويمكن أن يتم عبر التوقيع على شاشة الحاسوب بالقلم الإلكتروني.

وزيادة على ما سبق التطرق إليه أعلاه فبالإضافة إلى شكلية الكتابة، والتي تعد إجراء جوهريا لا بد من سلوكه في بعض الحالات لإثبات بعض العقود، فهناك شكلية لا تقل أهمية عنها ويتعلق الأمر

⁹ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. الداخل حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 29 دي القعدة 148 الموافق 30 نونبر 2007 منشور بالجريدة الرسمية عدظ 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة الموافق ل 6 دجنبر 2007، ص 3879.

بالشهر، كشهري بيع اموال القاصر والتي ينظمها المشرع في الفصول 272 و 274 من مدونة الأسرة ، أو ما يخص مساطر صعوبات المقاولات المنظمة بموجب قانون رقم 1073.17¹⁰، أو إشهار البيع الجبري لأموال المدين.

الفقرة الثانية: أنواع الشكالية.

قد يتطلب المشرع شكالية من الشكليات في بعض العقود وبانعدامها يترتب البطلان كجزء على تخلفها ويتعلق الأمر بشكالية الانعقاد (أولا)، أو قد تكون الشكالية وسيلة لإثبات بعض العقود (ثانيا)، أو قد تكون مطلوبة لكي ينتج العقد آثاره في مواجهة الغير وعلى عكس شكالية الانعقاد لا يترتب على تخلفها البطلان وهنا نقصد شكالية النفاذ (ثالثا).

أولا: شكالية انعقاد.

هذه الشكالية يتطلبها المشرع لانعقاد تصرف معين، بحيث إذا تخلفت يترتب عن ذلك بطلان العقد لكونها ركن من أركان انعقاده، وخير مثال الشكالية المتطلبة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، حيث ينص المشرع في هذه المادة على أنه "يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان، جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بموجب محرر ثابت التاريخ"، نفس الشكالية منصوص عليها في الفصل 274 من مدونة الحقوق العينية حينما يتعلق الأمر بعقد الهبة.

وتجدر الإشارة إلى أن شكالية الانعقاد هي الأساس الذي تنبثق عنه باقي الشكليات الأخرى ، والعقود المذكورة ليست هي العقود الوحيدة التي تتطلب شكالية الانعقاد حتى تكون عقودا صحيحة مرتبة لكافة آثارها القانونية، فبالإضافة إليها هناك عقود أخرى سواء على مستوى قانون 39.08، المتعلق بمدونة الحقوق العينية، أو على مستوى ق.ل.ع، أو حتى على مستوى نصوص وقوانين خاصة.

ثانيا: شكالية إثبات.

هي الشكالية المتطلبة لإثبات العقد بين المتعاقدين، وهي ليست شرطا لصحة العقود، فمع تخلفها يظل العقد قائما لكنه يطرح اشكالا على مستوى إثباته، وخير مثال على هذه الشكالية هو المنصوص عليه في

¹⁰ القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345.

إطار الفصل 443 من ق.ل.ع، والذي ينص أن "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ، أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية"، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد السلم المنصوص عليه في الفصل 613 من ق.ل.ع، والذي يتم أيضا إثباته كتابة، وإذا ما اطلعنا على الإثبات في المادة التجارية، نجد أن المشرع ميزها بحرية الإثبات، انطلاقا من مقتضيات المادة 334، ومعناه أنه يمكن للأطراف إثبات العقود بأي وسيلة من وسائل الإثبات سواء الإقرار، الكتابة، شهادة الشهود، اليمين، القرائن...

وجدير بالذكر أنه يتنازع نظام الإثبات مذهبان رئيسيان:

- الأول مذهب الإثبات المطلق، وهو يقبل أي دليل لإثبات الحق، ويعطي بالتالي القاضي سلطة واسعة في تقدير الوقائع المعروضة عليه، والبحث عن الحقيقة بكافة الوسائل.
- والثاني مذهب الإثبات المقيد وهو ينادي بحصر وسائل الإثبات وتعيينها على وجه الدقة، وتحديد قيمة كل منها بحيث لا يسوغ عقب ذلك، للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل، والحقيقة أن المشرع عندنا شأنه شأن اغلب التشريعات المقارنة، حيث لم يأخذ بمنطق أحد المذهبين السالفين على إطلاقه، بل مزج بينهما باعتماد مذهب الإثبات المقيد في مجال التصرفات القانونية التي يتعين أن تثبت مبدئيا بالدليل الكتابي، وأخذ بمذهب الإثبات المطلق بخصوص الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها كأصل عام بكافة الطرق¹¹.

ثالثا: شكلية نفاذ.

هذه الشكلية يتطلبها المشرع ليضمن ترتيب العقود لكافة آثارها القانونية، في مواجهة أطراف العلاقة التعاقدية، وكذلك الأغيار، ومن أمثلة العقود التي تتطلب شكلية لنفاذها تسجيل العقود الخاضعة لأداء واجبات التسجيل الضريبية: أوجب المشرع الضريبي تسجيل العقود المتعلقة بالخصوص بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بعوض أو بدونه، أو تفويت ملكية الأصل التجاري، والتنازل بين الأحياء عن

¹¹ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول المصدر الإرادي للالتزامات، الكتاب الأول تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص: 479 و 480.

أسهم أو حصص في الشركات¹²، كما أن التسجيل باعتباره أحد الاجراءات اللازمة لقيام العقود العرفية فهو يمنحها تاريخا ثابتا¹³.

ومن بين العقود التي يتطلب فيها المشرع شكلية لنفاذها نجد أيضا الشكلية المتطلبة في إطار الفصل 489 من ق.ل.ع والذي ينص على: "إذا كان المبيع عقارا، أو حقوقا عقارية، أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة، في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

المطلب الثاني: الشكلية المتطلبة في المجال العقاري والتجاري.

إن حق الملكية - عقارية أو تجارية - من أسى وأرق الحقوق التي أوصى الله عز و جل بحمايتها وصيانتها من كل غصب أو اعتداء بغير وجه حق، مصداقا لقوله تعالى، ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾¹⁴، لهذا فإن الأموال التي حرم الله أكلها بالباطل و التي من بينها الأموال العقارية و التجارية - باعتبارها حقوق -، فكان لزوما توفر الشكلية الكتابية التي أصبحت محط اهتمام كبير في السنوات الأخيرة سواء من حيث التنظيم القانوني لها أو التعامل بها في الواقع العملي، نظرا لما تضيفه من حماية وأمن قانونيين على تصرفات الأفراد سواء في المجال العقاري أو التجاري نظرا للحقوق المتداولة في المجالين معا وأهميتها في الحياض الاجتماعية، و بناء عليه سوف نتناول الشكلية المتطلبة في المجال العقاري (الفقرة الأولى) وفي المجال التجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشكلية المتطلبة في المجال العقاري.

للكتابة دور مهم في إثبات التصرفات القانونية بين الأفراد في المجال العقاري، لأنها الوسيلة المثلى للحفاظ على حقوق الأفراد من الضياع وعدم إنكارها، والحديث هنا سوف نقتصره على كل من القانون رقم

¹² عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص: 484.

¹³ ينص الفصل 425 من ق.ل.ع على ما يلي "المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص، ولا تكون دليلا في مواجهة الغير إلا:

- 1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج.
- 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي.
- 3- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا.
- 4- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة، من طرف موظف مأذون له بذلك، أو من طرف قاض، سواء في المغرب أم في الخارج.
- 5- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.
- 6- إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وموقعها، وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه".

¹⁴ سورة البقرة، الآية. 188.

44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز و المعدل والمتمم بالقانون رقم 107.12¹⁵ (أولا)، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار¹⁶ (ثانيا).

أولا: القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

من خصائص عقد بيع العقار في طور الإنجاز أنه من العقود الشكلية، فطبقا للفصل 618.3 من ق.ل.ع كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 107.12 فإنه يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان، وعليه سنتطرق إلى شكالية إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز (أ) والعقد النهائي (ب).

أ- شكالية العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

إن العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز يجب أولا أن يتوفر على الشروط الموضوعية العامة المتطلبية لإنشاء كافة العقود والمنصوص عليها في الفصل 2 من ق.ل.ع وهي: الأهلية والرضا والمحل والسبب¹⁷.

لكن ما يهمننا هنا هو الشكلية التي أوجبها المشرع المغربي في إبرام العقد الابتدائي، ولهذا ينص الفصل 618.1 من ق.ل.ع على أن يحزر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز كتابة، وبذلك أتى القانون رقم 44.00 المعدل والمتمم بالقانون رقم 107.12 منسجما مع القواعد العامة سيما الفصل 489 من ق.ل.ع¹⁸، وهذا بطبيعة الحال يتماشى مع خصوصيات هذا العقد الذي يعتبر الإطار القانوني الوحيد لتسويق العقار في طور الإنجاز.

كما يتعين أن يشتمل العقد الابتدائي على عدة بيانات لا يمكن التعبير عنها إلا كتابة، ومن ثم فشرط الكتابة هنا متطلب لصحة العقد الابتدائي وانعقاده لا لإثباته فحسب، وعليها أيضا يتوقف تطبيق عدة إجراءات أخرى، من قبيل التقييد الاحتياطي لعقد البيع الابتدائي بالرسم العقاري لدى المحافظة

¹⁵ ظهير شريف رقم 1-16-05 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 107-12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44-00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج.ر. عدد 6439 بتاريخ 2016/02/15

¹⁶ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، الجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص 4375.

¹⁷ عبد الحق صافي، عقد البيع (دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى)، مطبعة النجاح الجديدة (ctp)-الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2018، ص.338.

¹⁸ الذي يقضي بأنه "إذا كان المبيع عقارا او حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

العقارية، أو تقديم العقد للمصالح الجبائية المختصة بهدف استخلاص الواجبات الضريبية المستحقة على العقار، و بالتالي فالجزاء المترتب على تخلف شرط الكتابة في العقد الابتدائي هو البطلان بقوة القانون، بحيث يمكن التمسك بهذا البطلان من قبل كل ذي مصلحة (البائع، المشتري، خلفهما الخاص والعام)، كما لا يمكن تصحيحه لا بالإجازة ولا بالتقادم¹⁹.

ب- شكالية العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

مباشرة بعد إتمام إجراءات البيع الابتدائي يتجه الأطراف نحو إبرام العقد النهائي، حيث ينص الفصل 618.16 من ق.ل.ع على أنه: يبرم عقد البيع النهائي طبقا لمقتضيات الفصل 618.3 من نفس القانون، بعد وضع البائع لدى محرر العقد شهادة مسلمة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لدفتر التحملات.

إذن من خلال الفصل السابق نستنتج أن عقد البيع النهائي يحترق وفق الشكليات المتطلبة لإبرام العقد الابتدائي، لكن شريطة تحقق ما يلي:

- أن يقدم محرر العقد شهادة مسلمة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لدفتر التحملات.
 - والإدلاء برخصة السكن وشهادة المطابقة، واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحفظة.
 - أداء المشتري ما تبقى من ثمن البيع المحدد في العقد الابتدائي.
- وبهذا يكون المشرع المغربي من خلال تنظيمه للشكالية في بيع العقار في طور الإنجاز قد وفق بين مصالح الأطراف الخاصة سواء المشتري أو البائع، حيث قرر من خلال شكالية كل من العقد الابتدائي أو النهائي حقوق والتزامات على كلا الطرفين وأيضا للحفاظ على الأمن التوثيقي والقانوني والقضائي.
- و عليه فإن مبدأ التابع يتبع المتبوع يقتضي القول بأن الشكل المطلوب لإبرام العقد النهائي يكون لازما أيضا لإبرام عقد متفرع عنه، و في نفس الاتجاه جاء ضمن قرار صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 16 يناير 1929 ما يلي:
- "وحيث من جهة أخرى، إذا كان القانون يوجب شكلا معيناً لعقد معين فإن هذا الشكل واجب أيضا بالنسبة لجميع التعديلات التي أدخلت على العقد"²⁰.

¹⁹ عبد الحق صافي، عقد البيع (دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى)، مرجع سابق، ص.339.

²⁰ قرار منشور ضمن مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، (1928-1930 / 1942-1944). تعريب العربي المجبود، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 1980، ص.162. أشار له عبد الحق صافي، عقد البيع (دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى)، المرجع السابق، ص.339.

ثانياً: القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار.

وبالاطلاع على القانون رقم 51.00 يمكننا التمييز أولاً بين العقد الابتدائي المنظم من المادة 4 إلى المادة 7 و العقد النهائي المنظم بمقتضى المواد 16 و 19 من نفس القانون، و عليه سوف نتطرق في أول الحديث للعقد الابتدائي (أ) و بعد ذلك للعقد النهائي (ب).

أ- شكالية العقد الابتدائي للإيجار المفضي إلى تملك العقار.

تجدر الإشارة أن هذه التسمية لم يأتي بها القانون وإنما استنتجناها من خلال الاطلاع عليه و ذلك أن هذا الأخير اكتفى بوصفه بعقد الإيجار المفضي إلى التملك ولعل ذلك يعود إلى اعتبار المشرع أن العقد الذي سيبرم فيما بعد هو عقد بيع نهائي، وبالاطلاع على الفصول المحددة أعلاه يتضح أن هذا القانون اتبع نفس الشكل الذي جاء به القانون رقم 44.00 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

بالرجوع للمادة 4 من القانون رقم 51.00 في فقرتها الأولى نجد ما تنص على أنه: "يجب أن يحرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان"، بمعنى أن المشرع أوجب على أطراف هذا العقد أن يلتزموا بمقتضيات هذه المادة و إلا كان مصير تصرفهم البطلان، أما بالنسبة لخصوصيات إشهار العقد الابتدائي للإيجار المفضي إلى تملك العقار نميز فيما بين ما إذا كان العقار محفظ أو غير المحفظ.

فبالنسبة للعقار المحفظ: يلاحظ أن المادة 5 من القانون رقم 51.00 أعطت للمكثري حق طلب تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه، وهذا التقييد يبقى ساري المفعول إلى غاية تقييد العقد النهائي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي. أما بالنسبة للعقار الغير المحفظ فإن المادة 6 من نفس القانون السابق نصت على ما يلي: "إن كان العقار غير محفظ تسجل نسخة من عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بسجل خاص يمسك بكتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية بالدائرة التي يوجد بها العقار وتودع النسخة المذكورة لدى نفس الكتابة".

يتضح من خلال الفصلين السابقين أن المشرع أولى أهمية قصوى لشكالية الكتابة المتطلبة للإيجار المفضي إلى تملك العقار، سواء كان هذا الأخير محفظاً أم غير محفظ.

ب- شكالية العقد النهائي للإيجار المفضي إلى تملك العقار.

يتعين الإشارة إلى أن عقد البيع النهائي للإيجار المفضي إلى تملك العقار لا يتم إبرامه إلا بعد أداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في العقد الابتدائي.

أما بخصوص شكالية عقد البيع النهائي فهو يتم وفق نفس الكيفية التي تم بها إبرام العقد الابتدائي للإيجار المفضي إلى تملك العقار كما هو مبين أعلاه، وبالتالي فالعقد يتعين إبرامه من الجهات المحددة في المادة 4 من القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار و وفق الشكالية المتطلبة في نفس القانون، إلا أنه في حالة لجوء المكثري المتملك إلى المحكمة يعتبر الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد البيع النهائي.

الفقرة الثانية: الشكالية المتطلبة في المجال التجاري.

في هذه الفقرة سوف نخصص الحديث عن الشكالية في عقد الشركة التجارية (أولا) على أن نعالج فيما بعد الشكالية المتطلبة في عقد بيع الأصل التجاري (ثانيا).

أولا: شكالية عقد الشركة التجارية.

يعتبر عقد الشركة طبقا للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود عقدا رضائيا بالدرجة الأولى، ينشأ نتيجة اشتراك شخصين فأكثر في مشروع اقتصادي من أجل التعاون المشترك وتحقيق الربح²¹.

ولتسهيل إطلاع الجمهور على هذا المشروع لأبد من تخويلهم سبلا عن طريقها يتمكنون من معرفة وضعية الشركة ونظامها وشكلها وغرضها الذي أنشئت من أجله حتى يكونوا على بينة ومعرفة تامة بالشركة التي سوف يتعاملون معها، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق الكتابة (أ) والإشهار القانوني (ب).

أ- الكتابة.

بخلاف الشركات المدنية التي لم يتطلب المشرع المغربي شروطا خاصة لانعقادها، بحيث يكفي لإنشائها مجرد تراضي أطرافها باستثناء الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا.

لكن في الميدان التجاري اشترط المشرع المغربي أن يتم تأسيس الشركات التجارية بمقتضى عقد مكتوب رسمي أو عرفي، ونفس الحكم يسري على التعديلات التي قد تطال العقد الأصلي للشركة التجارية، وذلك

²¹ عز الدين بنسني، الشركات في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014، ص.38.

بمقتضى المادة 11 من القانون رقم 17.95²² المنظم لشركة المساهمة المعدل و المتمم بالقانون رقم 20.19، و التي أحالت عليها المادة 1 من القانون رقم 5.96²³ المنظم لباقي الشركات التجارية المعدل و المتمم بالقانون رقم 21.19.

والكتابة بالإضافة إلى كونها دليلا على وجود الشركة التجارية، فإنها تعتبر شرطا لتكوينها، لكن بالرغم من اشتراط الكتابة في جل الشركات التجارية، إلا أن المشرع لم يشترطها في شركة المحاصة، وعليه و طبقا للقانون التجاري المعمول به حاليا في المغرب، فإن عدم كتابة عقد الشركة -باستثناء شركة المحاصة- لا يؤدي إلى بطلانها، وإنما عدم تسجيلها و عدم شهرها هو الذي يؤدي إلى بطلانها، الأمر الذي يؤدي إلى وجود الشركة الفعلية على أساس هذا البطلان و ليس على أساس أنها غير مكتوبة²⁴.

ب- الإشهار القانوني.

يأتي بعد كتابة العقد التأسيسي للشركة كإجراء شكلي، الإشهار القانوني، ويقصد بهذا الأخير مختلف العمليات الرامية إلى تقريب الشركة إلى العموم، وتتمثل في احترام أربعة إجراءات رئيسية و هي:

1- إخضاع العقد التأسيسي لنظام التسجيل مع أداء رسم قار منصوص عليه قانونا في المدونة العامة للضرائب.

2- إيداع نسخة مصادق عليها من العقد التأسيسي للشركة إذا كان موثقا أو نظيرا منه إذا كان عرفيا لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة التي يقع في دائرة نفوذها المقر الاجتماعي للشركة أو فرعها.

3- نشر ملخص من هذا العقد التأسيسي في الجريدة الرسمية وفي جريدة للإعلانات القانونية والقضائية.

4- تقييد العقد التأسيسي للشركة بالسجل التجاري²⁵.

²² قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1417 (17 أكتوبر 1996)، ص 2320.

²³ القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسمم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، الجريدة الرسمية عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 (فاتح ماي 1997)، ص 1058.

²⁴ عز الدين بنسني، مرجع سابق، ص. 40.

²⁵ عز الدين بنسني، المرجع نفسه، ص. 41 و 42.

وهذا يعتبر الشهر القانوني إجراء مهما، لأنه جاء كوسيلة لإعلام المتعاملين مع الشركة، مع الإشارة أن وسائل النشر تختلف باختلاف نوع الشركة.

ثانيا: شكالية عقد بيع الأصل التجاري.

تنص المادة 81 من مدونة التجارة على أنه²⁶: " يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته و كذا تقديمه حصة في شركة تجارية أو تخصيصه بالقسمة أو المزاد، بعقد رسمي أو عرفي و يودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع..."

يتبين من سياق هذه المادة أن المشرع تطلب تنظيم عقد بيع الأصل التجاري بموجب محرر رسمي مكتوب، و لم يحسم صراحة بخصوص طبيعة الكتابة المتطلبة، هل هي لازمة لانعقاد العقد تحت طائلة البطلان؟ أم أنها مجرد أداة لإثباته و كشف البيانات التي استجوبها القانون في هذا العقد؟

بينما يرى الدكتور عبد الحق صافي يرى بأن الكتابة المتطلبة لتمام بيع الأصل التجاري هي شرط لصحة العقد، و هذا ما يؤيده المشرع المغربي في مدونة التجارة ضمنا، فهو إذا يرتب صراحة جزاء القابلية للإبطال على تخلف أحد البيانات المنصوص عليها في المادة 82 من مدونة التجارة، فإن المنطق السليم حينها يقتضي القول بأن جزاء تخلف شرط الكتابة يجب أن يكون أشد هو البطلان بقوة القانون، إضافة إلى ذلك الفصل 489 من ق.ل.ع ينص على ضرورة كتابة عقد بيع العقار أو الحقوق العقارية، أو الأموال الأخرى القابلة للرهن الرسمي، و التي يدخل ضمنها بالطبع الأصل التجاري، فضلا عن ذلك فإن كتابة عقد بيع الأصل التجاري لها دور فعال لتمام إجراءات أخرى قضائية وإدارية يستجوبها القانون بهذا الخصوص.

بالنسبة للإجراءات القضائية فإنها تتطلب ضرورة إشهار عقد بيع الأصل التجاري وتقييده في السجل التجاري، وهذا يجعل من السهل التعرف على تاريخ العقد، و إطلاع الدائنين عليه.

أما بالنسبة للإجراءات الإدارية فهي تتعلق بالخصوص بأداء الضرائب والرسوم المترتبة على بيع الأصل التجاري، سيما الضريبة على الدخل التي يخضع لها البائع، وواجبات التسجيل التي يخضع لها المشتري²⁷.

²⁶ ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول (1417) فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

²⁷ عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، طبعة 2016، ص.248.

و بعد كتابة عقد بيع الأصل التجاري وفق الشكلية التي تطلبها المشرع المغربي تأتي مرحلة تقييد العقد في السجل التجاري، حيث نصت المادة 83 من مدونة التجارة على وجوب إيداع نسخة من العقد الرسمي أو نظير العقد العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة التي يستغل في دائرتها الأصل التجاري أو المؤسسة الرئيسية، داخل أجل 15 يوما من تاريخه، و يقيد هذا العقد في السجل التجاري و هو يشمل كل البيانات الضرورية التي أوجبه المشرع المغربي، و بعد ذلك يتم نشر و إشهار هذا العقد بالجريدة الرسمية أو جرائد مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وذلك إما بمبادرة من كاتب ضبط المحكمة المختصة تحت نفقة الأطراف، و إما عن طريق تجديد النشر بمبادرة من المشتري و ذلك داخل الفترة الممتدة من اليوم الثامن إلى اليوم الخامس عشر من تاريخ النشر الأول.

المبحث الثاني: حجية الشكلية في اثبات العقود وجزء تخلفها.

إن للشكلية أهمية كبرى في استقرار المعاملات والحفاظ على مراكز الأطراف في العلاقة التعاقدية، إذ تعتبر حجية أساسية في اثبات العقود سواء بين أطراف العقد أو في مواجهة الغير (المطلب الأول)، كما أن تخلفها في بعض الأحيان يعدم وجود الرابطة العقدية -شكلية انعقاد- بينما في أحيان أخرى يرتب جزاءات مختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حجية الشكلية في اثبات العقود.

إن الإثبات من الضروريات الأساسية في باب المعاملات بين الناس بتوثيقها نظرا لطبيعة النفس البشرية الأنانية الميالة للسوء، فتجريد الحق من وسيلة ثبوته يصبح والعدم سواء، وتعتبر العقود من جملة الأمور التي ينبغي أن تحظى بالعناية اللازمة فيما يخص إثباتها، كي تصبح متمتعة بحماية قانونية أمام القضاء سواء بين أطراف العقد أو أي من الاغيار، وعليه فقد أبدى المشرع اهتماما واسعا لحماية بعض العقود من كل تحايل أو ضياع حفاظا على استقرار المعاملات، ذلك بتنظيم احكامها والتنصيص على الشكلية التي يجب ان تفرغ فيها، بل وأصبحت هذه الشكلية ركنا في بعض التصرفات التي لا تصح الا بها.

وتعتبر الشكلية في العقود ذات أهمية في مجال الاثبات، إذ يعتبر هذا الأخير اساس استقرار التصرفات عموما ومرفق القضاء خصوصا، فعليه يقوم القضاء العادل، وإليه يركن، وبه يظهر، كما

تصان به الحقوق والنفوس والدماء²⁸، وللشكالية أبعاد مقاصدية لأنها الوسيلة الناجعة لحماية الحق بين أطراف العقد من جهة (الفقرة الأولى)، وتكون حجة في مواجهة الغير من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حجية الشكالية بين أطراف العقد.

إن الأصل في اثبات التصرفات القانونية بين الأطراف يخضع لمبدأ الرضائية، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعليه فإن عبئ إثبات التصرف يقع على عاتق المدعي وفقا للحديث العظيم: البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ويتم بمختلف الوسائل التي يثبت بها الحق أو ينتفي أو يعدل... دون شكل معين²⁹.

ونظرا لما ابان عنه الواقع العملي من إشكالات متمثلة في توتر العلاقات داخل المجتمع وزعزعة مراكز الأطراف في العلاقات التعاقدية وتأثيرها على المجال الاقتصادي وكثرة القضايا المعروضة امام المحاكم، الشيء الذي حدا بالمشرع المغربي الى تبني مجموعة من الشكليات التي لا يصح التصرف الا بها، وتكون حجة قاطعة بين الأطراف في حالة نشوء النزاع، حيث تنص الفقرة الثانية من الفصل 401 من ق.ل.ع ان " إذا قرر القانون شكلا معيناً، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنىها القانون".

وتعتبر الكتابة من بين الشكليات المتطلبة في بعض العقود، لاسيما الكتابة الرسمية المستوفية لكافة شروطها، إذ تعتبر حجة قاطعة بين الأطراف ولا يمكن الطعن فيها الا بالزور³⁰، لأن فيها نوع من المساس بأمانة الموظف العمومي، فقد نص الفصل 420 من ق.ل.ع ان "الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر".

كما ان عدم احترام الشكالية المتطلبة قانونا يكون مصير العقد الناتج بين الأطراف في حكم العدم ولا يمكن إثباته بالوسائل الأخرى كشهادة الشهود...، وهذا ما يستفاد من مضموم الفصل 443 من ق.ل.ع الذي ينص ان "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة

²⁸ لمياء فاتي -قراءة في النظام الوقفي المغربي، "الواقع والأفاق"، مقال منشور في شبكة ضياء للمؤتمرات والدراسات، ص 11.

²⁹ عبد الرحمان بلعكيد، الترجيح بين البينات، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، طبعة 2019،

ص:51.

³⁰ الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود.

الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية". إلا أن هذا الفصل ليس من النظام العام ولعل ما يفسر ذلك الاستثناءات التشريعية الواردة في مضمون كل من الفصل 447 و448 من ق.ل.ع، ذلك أن التشدد في اقتضاء الدليل الكتابي قد لا يكون له مبرر في بعض الأحيان؛ إذ قد تنقلب الحماية التي من أجلها نص على هذا المبدأ إلى ضرر قد يلحق بعض المتعاقدين³¹، ويكمن الاستثناء في حالة تواجد بداية الحجة التي تجعل الحق المتنازع فيه قريب الاحتمال شريطة أن تكون صادرة ممن يحتج بها عليه أي طرف العقد، وفي حالة فقدان السند الكتابي أو المانع المادي.

وتجدر الإشارة أن الشكلية الناتجة عن محرر عرفي لها حجة الورقة الرسمية في الإثبات متى كانت موقعة من طرف من صدرت منه واعترف بذلك وبالتالي لا يجوز له انكارها³²، ولا يمكن له التحلل مما ورد فيها إلا بإثبات العكس عن طريق الطعن بالزور، وتكون لها الحجية بين طرفي العقد من حيث مصدرها ومن حيث صحة ما ورد فيها من الوقائع، ما لم يكون قد أنكر الورقة التي يحتج بها عليه منذ البداية، فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفاً بها³³، ومنتجة لكافة أثارها.

الفقرة الثانية: حجية الشكلية في مواجهة الغير.

لقد نص الفصل 419 من ق.ل.ع أن الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور، والمقصود بالغير هنا كل شخص لم يكن طرفاً في العلاقة التعاقدية بشخصه أو نائبه أي الغير بمفهومه العام، وكل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني المفرغ في الشكلية المتطلبة قانوناً، ومن هذا المنطلق فإنه لا يعتبر غيراً الأصيل والوارث والدائن العادي لأنهم كلهم ممثلون في التصرف³⁴.

وعليه وفقاً لمقتضيات الفصل المشار إليه أعلاه فإن العقود المحررة في ورقة رسمية لها حجية مطلقة فيما ضمنته سواء بين أطراف العقد أو بين أي من الأعيان، وتكون حجة ذات قوة ثبوتية في كون الحق المضمن بها يعود لصاحبه، كما أن العقود المحررة بشكل عرفي لها دليل على تاريخها بين المتعاقدين

³¹ عبد الله الكرجي وصليحة حاجي، الإثبات الرقمي، مطبعة الأمنية - الرباط، الطبعة الأولى 2015، ص: 33 و34.

³² الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود.

³³ الفصل 431 من قانون الالتزامات والعقود.

³⁴ المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، دراسة نظرية وتطبيقية مقسمة إلى بابين وسائل الإثبات في الميدان المدني، ومسطرة تقديم كل وسيلة أمام المحاكم والأشكاليات العملية المثارة بشأنها معضدة بالنصوص القانونية وبأحدث ما استقر عليه العمل القضائي، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى 2002، ص: 69.

وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم بإسم مدينه، ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

- 1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛
- 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي؛
- 3- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛
- 4- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛
- 5- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.
- 6- إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل³⁵.

كما ان الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة³⁶، لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها³⁷.

ونظرا لأهمية علم الغير في انشاء التصرفات ومدى انعكاسها على استقرار المعاملات سواء بين الأطراف أو الاغيار، فإن الشكالية في التشريع المغربي لم تعد تقتصر على الكتابة فحسب، إذ أصبحت تتمثل في اوصاف متعددة لا يصح التصرف ولا ينتج أثره الا بإتيانها إضافة الى الكتابة.

ويعتبر القيد في الرسم العقاري بالنسبة للتصرف الوارد على العقار المحفظ من بين هذه الشكليات المتطلبة تحت صيغة الوجوب، التي بدونها لا ينتج العقد المبرم ولو بكتابة رسمية أي أثر حتى بين اطرافه

³⁵الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود.

³⁶ بخصوص بطلان العقود الصورية انظر على سبيل المثال المادة 142 من المدونة العامة للضرائب التي تنص على أنه: « يعتبر باطلا وعديم الأثر كل عقد صوري، وكل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو أصل تجاري أو تخل عن زبناء، أو إخفاء كل أو جزء من ثمن التخلي عن حق في الإيجار أو وعد بإيجار عقار أو جزء منه، أو مدرك في معاوضة أو قسمة واقعة على أموال عقارية، أو أصل تجاري أو زبناء. ولا يحول البطلان الواقع دون استخلاص الضريبة الواجب أداؤها إلى الخزينة إلا إذا حكم به قضائيا».

انظر قانون المالية رقم 06-43 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-06-232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 دجنبر 2006): الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ 11 ذو الحجة 1427 (فاتح يناير 2007)، ص 7.

³⁷ الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود.

ناهيك عن الغير، وهذا ما يستفاد صراحة من الفصل 67 من قانون التحفيظ العقاري الذي ينص ان³⁸ " إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم"، كما ان الحقوق المقيدة في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية تكتسب مناعة نسبية ضد المطالبة بإبطالها بين طرفي العقد ما دام انه لا تكون لهذا التقييد او التشطيب سوى قيمة العقد الذي يستند إليه³⁹، و تكون حجة مطلقة تجاه الغير حسن النية⁴⁰.

هذا وقد استقر قضاء النقض على أعمال الأثر المنشئ للتقييد من خلال مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عنه والتي نذكر منها القرار الذي جاء فيه " لكن حيث إن الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ ينص على أن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، وأن الطاعن إذا كان له حق إزاء البائع بأن يمكنه من الشيء المبيع و صدر حكم لصالحه يقضي بصحة البيع و بتسجيله على الرسم العقاري فإنه إلى أن يسجل الشراء أو الحكم القاضي بصحته على الرسم العقاري لا يحق له أن يضع يده على العقار كمالك فتكون المحكمة على صواب لما أيدت الامر الابتدائي القاضي بطرد الطاعن من العقار"⁴¹. فمحكمة النقض اعتبرت حق الطاعن غير موجود لعدم تقييده بالرسم العقاري، وبالتالي حرمته من التمسك بأي أثر مترتب عن انتقال الملكية بعله ان العقار مازال على ملك المدعين المقيدين بالرسم العقاري.

وبالإضافة الى الكتابة، فإن بعض العقود خاصة في المجال التجاري تستوجب شكلية الشهر، وذلك لإحاطة الغير بعلم التصرف الوارد بين الأطراف حتى أن تكون حجة عليهم ولهم، ومن أمثلة ذلك شهر عقد البيع الوارد على الأصل التجاري وفقا لأحكام مدونة التجارة، وذلك لإحاطة دائني البائع علما بواقعة

³⁸ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، المتعلق بالتحفيظ العقاري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575؛

³⁹ محمد نعناني: إرشاد الساري الى اصول التحفيظ العقاري، دراسة علمية وعملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مطبعة الاحمدية، الطبعة الأولى 2017، ص 212.

⁴⁰ الفصل 66 قانون التحفيظ العقاري.

⁴¹ قرار عدد 684 بتاريخ 1982/11/10 ملف مدني 91873 بمجلة قضاء المجلس الأعلى-محكمة النقض حاليا- إر دجنبر 2000.العدد 31.ص20. أشار له محمد نعناني، مرجع سابق، ص: 196.

انظر أيضا القرار عدد 3497 بتاريخ 1999/07/06، ملف مدني 4738/1/3/97 بمجلة قضاء المجلس الأعلى. إر دجنبر 2004.العدد 57-58.ص347.

البيع حتى يتسنى لهم التعرض على الثمن المودع، ولا تعتبر عملية الشهر تامة إلا بقيام كاتب الضبط بنشر مستخرج عقد البيع المقيد في السجل التجاري بكامله وبدون أجل في الجريدة الرسمية وفي إحدى الجرائد المخول لها نشر الإعلانات القانونية، كما يجب تجديد هذا النشر من طرف المشتري بين اليوم الثامن والخامس عشر الموالي للنشر الأول تحت طائلة مسألته مسؤولية تضامنية مع البائع تجاه دائي الأصل التجاري، وبالتالي فلا يمكن له الاحتجاج بواقعة البيع في مواجهة الغير بما فيهم دائي البائع، ولا تبرء ذمته في مواجهتهم⁴².

ولاعتبارات خاصة فقد اوردت المشرع المغربي استثناءات على مبدأ اثبات العقود استنادا للشكالية الكتابية في بعض المجالات نظرا لطبيعتها، ومن أهمها:

1- حرية الاثبات في المعاملات التجارية وفق ما نصت عليه المادة 334 من مدونة التجارة⁴³، " تخضع المادة التجارية لحرية الاثبات غير أنه يتعين الاثبات بالكتابة إذا نص القانون او الاتفاق على ذلك".

2- حرية الاثبات فيما يتعلق بحق الحبس حيث نصت المادة 48 من مدونة الأوقاف في فقرتها الأولى أنه⁴⁴: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس".

3- كما أنه باستقراء الفصل 443 من ق.ل.ع بمفهوم المخالفة يتضح ان المعاملات المالية التي يقل مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم تخضع لحرية الاثبات؛ أي يمكن اثباتها بجميع وسائل الاثبات بما فيها الإقرار والكتابة وشهادة الشهود....

المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكالية.

إن الاصل في العقود هو الرضائية لكن في بعض العقود يتطلب لإحداث آثارها القانونية أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين، والعقد عندما ينعقد إما أن يكون صحيحا منتجا لكافة آثاره ، وإما أن ينعقد

⁴² المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا-الغرفة التجارية، القرار رقم 1050 بتاريخ 19/02/1997، في الملف المدني رقم 95/2458، قرارات المجلس الأعلى العدان 54/53. محكمة الاستئناف التجارية بفاس، القرار رقم 882، بتاريخ 29/05/2007، في الملف عدد 06/20/74. قرارات محكمة الاستئناف التجارية بفاس لسنة 2006/2007، موزعة على قرص مضغوط. أشار له فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، طبعة 2018، ص: 202.

⁴³ ظهر شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

⁴⁴ ظهر شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، جريدة رسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010).

بطريقة غير صحيحة تعرضه لعدة جزاءات أهمها البطلان (الفقرة الأولى)، أو جزاءات أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البطلان.

يعد البطلان ذلك الجزاء الذي يقره المشرع عند تخلف ركن في العقد الشكلي حيث يصبح بذلك العقد كأن لم يكن، ونظرا لأهمية هذا الجزاء فإن المشرع المغربي، أفرد له الفصول 306 إلى 310 من الباب الأول من القسم الخامس من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، موضحا بذلك حالاته وخصائصه وآثاره.

أ- حالات البطلان:

بالرجوع الى الفصل 306 من ق.ل.ع يتبين لنا أن العقد يقع باطلا اذا كان ينقصه احد الأركان اللازمة لانعقاده⁴⁵، وعليه فإن تخلف احد الأركان المذكورة يعرض العقد للبطلان المطلق، كما لو صدر الرضى من صغير غير مميز أو إذا انتفى محل الالتزام التعاقدي أو كان غير ممكن أو غير قابل للتعين، أو غير مطابق للنظام العام والأخلاق الحميدة، أو تخلف الشكل المتطلب في العقود الشكلية، ومثال ذلك لو اتفق شخص على بيع عقار في محرر عادي كان التزامه باطلا لتخلف ركن الشكلية وفقا للفصل 489 من ق.ل.ع أو عدم تقييد البيع في الرسم العقاري عندما يكون العقار محفظا الفصول 65 و66 و67 ظهير التحفيظ العقاري.

ب- خصائص البطلان.

ان البطلان كجزاء لتخلف ركن الشكلية يمتاز بعدة خصائص أهمها:

بطلان الالتزام الأصلي يلحق بالالتزام التابع والعكس غير صحيح، وهذا ما ينص عليه الفصل 307 من ق.ل.ع كالتزام المشتري والبائع في عقد البيع، اما الالتزام التابع فهو القائم بغيره والذي لا وجود له بدون تصور الاصيلي ليرتكز عليه كالتزام الكفيل عن المدين في أداء الدين المترتب في ذمة هذا الأخير مثلا.

والبطلان لا يصح بالإجازة و لا بالتقادم لأنه مرتبط بالمصلحة العامة وهذا ما ينص عليه الفصل 310 ق.ل.ع "اجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق لا يكون لها أدنى اثر"، ولا يصح بالتقادم،

⁴⁵ الرضى، الأهلية، السبب المحل، والشكالية في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية.

فالمزمن مهما طال لا يصح الخلل الذي اعتري تكوين رابطة العقد وجعلها متعارضة مع المصلحة العامة، غير أن دعوى البطلان بمرور مدة معينة تسقط وهذا ما ينص عليه الفصل 387 من ق.ل.ع "كل الدعاوى الناشئة عن الالتزامات تتقادم بمرور خمس عشرة سنة فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد..."، إلا ان الدفع بالبطلان لا يتأثر بعامل الزمن عندما لا ينفذ العقد.

ت- آثاره.

من خلال استقراءنا للفصل 306 من ق.ل.ع فإن العقد الباطل لا ينتج أي أثر ماعدا بعض الاستثناءات:

- آثار العقد الباطل بين المتعاقدين : العقد الباطل لا ينتج أي أثر وليس بمقدور أحدهما ارغام الآخر على التنفيذ ، وبالبطلان يرجع الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد واسترداد ما دفع الفصل 306 من ق.ل.ع ، ويستثنى من مبدأ إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة للعقد الباطل العقد الذي يبرمه فاقد الأهلية ، فقد نصت الفقرة الثانية من الفصل 6 من ق.ل.ع "يبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من هذا الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير"، فالقاصر هنا لا يرد سوى ما عاد عليه من نفع بسبب تنفيذ العقد كإجراء كسب أو تعلم حرفة ، أما المصروفات الضارة به كالقمار أو الرهان فهو معفى من ردها
- آثار البطلان على الغير: يراد بالغير كل الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العلاقة التعاقدية الباطلة، فلو أن شخصا اشترى عينا بعقد باطل ثم باعها وتقرر بعد ذلك بطلان البيع الأول⁴⁶، فإن البائع في العقد الباطل يسترد العين من المشتري الثاني إذا كان هذا الأخير سيء النية.

⁴⁶ عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص:414.

الفقرة الثانية : جزاءات أخرى.

سنخصص الدراسة في هذه الفقرة لأهم الجزاءات الأخرى، التي تترتب عن تخلف الشكالية، وسنركز بالأساس على شكالية الكتابة والتي تجب مجموعة من العقود في عدة قوانين، من بينها القانون⁴⁷ 49.16 القانون 67.12⁴⁸ والقانون 5.96 وهذا ما سنفصله فيما يلي:

أولاً: جزاء تخلف شكالية الكتابة في القانون 49.16.

المشرع المغربي في المادة الثالثة لم يتجاوز الغموض والضبابية حول جزاء تخلف شكالية الكتابة، فمن بين المستجدات التي جاء بها القانون المذكور هو ذلك المقتضى الذي أورده المشرع في المادة الثالثة منه حيث تنص على أن عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوبا بمحرر ثابت التاريخ⁴⁹.

فالمشرع في المادة أعلاه ظل متردداً حول شكالية الكتابة فاستعمله لصيغة الوجود، يوحي أنها ركن والجزء هنا هو البطلان، لكن بقراءة الفقرة الثانية تدفعنا إلى التشكيك والتردد حينما نصت أنه عند تسليم المحل يجب تحرير بيان وصفي لحالة الأماكن ويكون حجة بين الأطراف.

وما يؤكد لنا ذلك هو المادة 38 التي تنص في فقرتها الثانية أن الأكرية المبرمة خلافاً للمقتضيات الواردة في المادة الثالثة أعلاه تخضع لهذا القانون ويمكن للأطراف الاتفاق، في أي وقت على إبرام عقد مطابق لمقتضيات القانون رقم 49.16⁵⁰.

⁴⁷ ظهر شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 الموافق لـ 18 يوليوز 2016 بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6490، بتاريخ 7 ذي الحجة ذي القعدة 1437 (12 أغسطس 2016)، ص 5858.

⁴⁸ ظهر شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013).

⁴⁹ المادة الثالثة أعلاه وإن نصت على وجوب تحرير عقد الكراء في محرر ثابت التاريخ فهي لم تلزم تحريره من قبل الأشخاص المؤهلين والمنتمين إلى المهنة القانونية ورغم كون المشرع لم يعرف المحرر فإن بعض الفقه -الدكتور مصطفى بونجة- اعتبرها تسمية جديدة للمحرر العرفي وهذا ما قضت به محكمة النقض في قرارها عدد 8/579 الصادر بتاريخ 16/12/2014 "معتبرة أن العقد الذي رفض المطلوب تقييده بالرسم العقاري ليس محرر رسمياً وإنما هو مجرد محرر ثابت التاريخ صادر عن محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض" أشار إليه الدكتور بونجة في كتاب الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16 ط 2016 ص:33.

⁵⁰ عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة الكتاب الثاني العقود الواردة على منفعة الشيء -عقد الكراء- مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2018، ص: 209.

وهنا يطرح سؤال هل الأكرية المبرمة خلافا للمادة أعلاه، تسري على التي كانت مبرمة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ (كانت خاضعة لظهور 24 ماي 1955 بشأن عقود كراء الصناعة والأماك والأماكن المستعملة للتجار والصناعة والحرف) أم تسري على العقود التي أبرمت بعد سريانه ولم تحترم شكلية الكتابة المنصوص عليها في المادة أعلاه.

أما المادة 37 منه فقد جاءت بمقتضى مخالف تماما حيث نصت أن "تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود على عقود الكراء التي لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون، مالم تخضع لقوانين خاصة " فهل المشرع يقصد هنا شرط المدة أم شرط الكتابة؟! !!

وفي ظل هذا التناقض بين المادتين فإن العمل القضائي يبقى مترددا في هذه الحالة في اختيار القانون الواجب التطبيق بين ق.ل.ع الذي يعتبر الشريعة العامة والذي يحمي مصلحة المكري بالدرجة الأولى أم قانون 49.16 الذي يعتبر ضمانا للمكثري في تجديد عقد الكراء و الحصول على التعويض في حالة الافراغ التعسفي.

وبالتالي فمشرعنا لم يكن صريحا منذ البداية حول تخلف الشكلية، هل هي ركن أم شرط ؟ وحتى القانون الواجب التطبيق من خلال التناقض بين المادتين 37 و38.

ثانيا: جزاء تخلف الشكلية في القانون 67.12.

المشرع لم يوضح موقفه بخصوص جزاء تخلف شكلية الكتابة لكن يمكن القول انه ينحوا نحو شكلية الانعقاد من خلال الممارسة العملية واعتبارها ركنا من خلال استعماله لصيغة الوجوب، ولم ينص في نفس القانون على خضوع الأكرية المخالفة لهذا القانون، والغاية من كل ما سبق هو مراقبة الدولة لمثل هذه التصرفات واستخلاص الضريبة.

ثالثا: جزاء تخلف الشكلية في عقد الشركة.

المشرع المغربي في حالة تخلف شكلية الكتابة في عقد الشركة لم يرتب جزاء البطلان، وإنما الشركاء لا يحق لهم الاحتجاج تجاه الغير بوجود شركة، اما الأغيار فيستطيعون وحماية لمصالحهم أن يثبتوا وجودها بكل الوسائل باعتبارها واقعة مادية⁵¹.

⁵¹ عزالدين بنسقي، مرجع سابق، ص:73.

أما في القانون 5.96 لم ينص على ضرورة كتابة عقد الشركة تحت طائلة البطلان مع العلم أن هذا الركن ضروري لإنشاء الشركة، فبتخلف شكلية الكتابة لا يتصور انشاء الشركة وقيدها في السجل التجاري الشيء الذي يخول لها اكتساب الشخصية المعنوية حيث يستلزم ذلك ايداع نسختين من عقد الشركة لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المركز الاجتماعي للشركة.

أما على المستوى العملي فإن الشركات التجارية الشكلية التي لم تحترم الشكلية الكتابية تعتبر باطلة لعدم تسجيلها بالسجل التجاري - باستثناء شركة المحاصة - التي تضم حتى الشركة الفعلية ما بين تكوينها والحكم ببطلانها طبقا للمادة 88 من القانون 5.96 .

رابعا: تخلف الشكلية في بيع الأصل التجاري.

المشرع المغربي لم يكن موفقا في تحديد الجزء من عدمه عند تخلف الشكلية في بيع الأصل التجاري وترك المجال مفتوحا للاجتهاد الفقهي، فالأستاذ عبد الحق صافي الذي يقر بأن الكتابة تكاد ترتقي إلى ركن وجزء تخلفها البطلان، مسترشدا في ذلك بالفصل 489 من ق.ل.ع الذي ينص على ضرورة كتابة عقد بيع العقارات و الحقوق العقارية و الأموال الأخرى القابلة للرهن الرسمي والذي يدخل ضمنها الأصل التجاري.

أما الاستاذ فؤاد معلال الذي يرى خلافا للرأي الأول مؤكدا أن هذا الجزء لا يرتقي الى البطلان باعتباره فقط شرط إثبات، طبقا للمادة 81 من مدونة التجارة وإن كان هذا خروج عن مبدأ حرية الإثبات في الميدان التجاري، لكن طبيعة العقد تقتضي منا شهره و قيده في السجل التجاري لجعله نافدا في مواجهة دائني البائع، وما يؤكد لنا أن الشكلية ليست ركن هي المادة 82 التي سمحت للمشتري بالمطالبة بالإبطال داخل اجل سنة في حال تخلف البيانات المنصوص عليها في المادة أعلاه⁵².

⁵² فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح

الجديدة - الدار البيضاء، طبعة 2018، ص:200.

خاتمة

نخلص القول ان المشرع المغربي في تنظيمه للتصرفات القانونية ، وإن كان الأصل فيها الرضائية وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن التطورات الاقتصادية التي عرفها المجتمع، والتي نتج عنها تغير سلوك بعض الافراد في الحفاظ على مراكز الأطراف في العلاقة التعاقدية، مما حتم على المشرع تنظيم بعض التصرفات الأكثر شيوعا بوضعه لها شكلية معينة، بل جعلها في بعض الأحيان ركنا لا يصح التصرف إلا به ولا ينتج أي اثر سواء بين الأطراف او تجاه الغير، إلا انه اغفل في حالات أخرى ذكر الجزاء المترتب وترك المجال مفتوحا امام الاجتهاد القضائي و الفقهي، واللذان بدورهما عرفا نوعا من التضارب في تحديد نوعية الشكلية وخاصة في بعض النصوص التي تكون فصولها متناقضة فيما بينها، فمنهم من يعتبرها للانعقاد و بالتالي الجزاء هو البطلان، و منهم من يعتبرها شكلية نفاذ أي تحديد القانون الواجب التطبيق، بينما البعض الاخر يعتبرها للإثبات أي لا يمكن اثبات الحق إلا بها. وهذا التضارب يؤدي غالبا الى ضياع الحقوق التي على إثرها وجدت الشكلية، فحبذا لو ان المشرع المغربي كان صريحا في اقرار الجزاء ووضع حد للخلاف القائم.

المراجع

الكتب:

1. عبد الحق الصافي، عقد البيع (دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى)، مطبعة النجاح الجديدة(ctp)-الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2018.
2. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الارادي للالتزامات، الكتاب الأول، تكوين العقد، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء.
3. عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، طبعة 2016.
4. عبد الرحمان الشرقاوي قانون العقود الخاصة الكتاب الثاني العقود الواردة على منفعة الشيء - عقد الكراء - مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2018.
5. عبد الرحمان بلعكيد، الترجيح بين البيئات، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، طبعة 2019.
6. عبد الكريم شهبون الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الاول ، الجزء الاول ، طبعة 2018.
7. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول الالتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، طبعة 2018-مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء.
8. عبد الله الكرجي وصليحة حاجي، الاثبات الرقعي، مطبعة الأمنية –الرباط، الطبعة الأولى 2015.
9. عز الدين بنستي، الشركات في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014.
10. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء، طبعة 2018.
11. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات المغربي، الجزء الاول، مصادر الالتزامات. الطبعة الأولى، سنة 1972، بدون نشر.
12. محمد نعناني: إرشاد الساري الى اصول التحفيظ العقاري، دراسة علمية وعملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 39.08 المتعلق بالحقوق العينية، مطبعة الاحمدية، الطبعة الأولى 2017.
13. المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكالية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، دراسة نظرية وتطبيقية مقسمة الى باين وسائل الاثبات في الميدان المدني، ومسطرة تقديم كل وسيلة امام المحاكم والاشكاليات العملية المثارة بشأنها معضدة بالنصوص القانونية وبأحدث ما استقر عليه العمل القضائي، مكتبة الرشاد، الطبعة الأولى 2002.

المقالات:

1. لمياء فاتي -قراءة في النظام الوقفي المغربي، "الواقع والآفاق"، مقال منشور في شبكة ضياء للمؤتمرات والدراسات.

القوانين

1. ظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.
2. ظهير شريف رقم 1-16-05 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 107-12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44-00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج.ر. 6439 بتاريخ 2016/02/15
3. ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، جريدة رسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010).
4. ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)
5. ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.
6. قانون المالية رقم 43-06 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-06-232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 دجنبر 2006)؛ الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ 11 ذو الحجة 1427 (فاتح يناير 2007).
7. قانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.
8. قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1417 (17 أكتوبر 1996)، ص 2320.

9. قانون رقم 49.16 الداخـل حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.16.99 الصادر في 13 شوال 1437 الموافق لـ 18 يوليوز 2016. منشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 11 اغسطس 2016. ص 5857 .
10. قانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، الجريدة الرسمية عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 (فاتح ماي 1997)، ص 1058.
11. قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني المعطيات القانونية. الداخـل حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 29 دي القعدة 148 الموافق لـ 30 نونبر 2007 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة الموافق لـ 6 دجنبر 2007، ص 3879.
12. قانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاول، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345.

الفهرس:

1.....	تقديم
4.....	المبحث الأول: الأحكام العامة للشكالية وتطبيقاتها
4.....	المطلب الأول: الشكالية في العقود وأنواعها
4.....	الفقرة الأولى: العقود الشكالية
4.....	أولا: الورقة الرسمية
5.....	ثانيا: الورقة العرفية
6.....	ثالثا: الدعامة الإلكترونية
7.....	الفقرة الثانية: أنواع الشكالية
7.....	أولا: شكالية انعقاد
7.....	ثانيا: شكالية إثبات
8.....	ثالثا: شكالية نفاذ
9.....	المطلب الثاني: الشكالية المتطلبة في المجال العقاري والتجاري
9.....	الفقرة الأولى: الشكالية المتطلبة في المجال العقاري
10.....	أولا: القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز
12.....	ثانيا: القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار
13.....	الفقرة الثانية: الشكالية المتطلبة في المجال التجاري
13.....	أولا: شكالية عقد الشركة التجارية
15.....	ثانيا: شكالية عقد بيع الأصل التجاري
16.....	المبحث الثاني: حجية الشكالية في اثبات العقود وجزاء تخلفها
16.....	المطلب الأول: حجية الشكالية في اثبات العقود
17.....	الفقرة الأولى: حجية الشكالية بين أطراف العقد
18.....	الفقرة الثانية: حجية الشكالية في مواجهة الغير
21.....	المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكالية
22.....	الفقرة الأولى: البطلان
24.....	الفقرة الثانية: جزاءات أخرى

24.....	أولاً: جزاء تخلف شكلية الكتابة في القانون 16.49 .
25.....	ثانياً: جزاء تخلف الشكلية في القانون 12.67 .
25.....	ثالثاً: جزاء تخلف الشكلية في عقد الشركة.
26.....	رابعاً: تخلف الشكلية في بيع الأصل التجاري.
27.....	خاتمة
28.....	المراجع
31.....	الفهرس: