

أبعاد الأمن التعاقدى وارتبائاته

عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدى وتحديات التنمية"

المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين

الصخيرات، 18 و19 ابريل 2014

عبد المجيد غميحة

المدير العام للمعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

يشير موضوع الأمن التعاقدي، ضرورة البحث في مضمونه وأبعاده، وكذا ارتباطاته بمفاهيم أخرى تتداخل أو تتكامل معه. ويتطلب الأمر الوقوف عند جملة من هذه المفاهيم لاسيما العدالة التعاقدية، والأمن القانوني، والأمن القضائي والأمن التوثيقي، وهي كلها مفاهيم ذات ارتباط وثيق بمجال القانون.

1 - الأمن التعاقدي:

العقد آلية قانونية لإجراء مختلف تصرفات الأفراد والمقاولات، وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وبذلك تعتبر العقود أدوات عملية متحركة على مستوى الحياة الاقتصادية. ومن هنا تنبع أهمية قانون العقود *Droit des contrats* أو القانون التعاقدي *droit contractuel*، الذي يهدف أساسا إلى تحديد قواعد القانون المتعلقة بالتزامات أطراف العقد.

ومن مظاهر هذا الاهتمام مثلا التوجه نحو قانون أوروبي للعقد، يضمن الحرية التعاقدية، ويحقق العدالة التعاقدية، ويستجيب للحاجيات العملية في الميدان التعاقدي. وقد توفرت مادة فقهية غزيرة وهامة بشأن هذا القانون، الذي قد يبدأ اختياريا لكنه سينتهي لا محالة بطابع إلزامي في المستقبل على صعيد الفضاء الأوروبي. ويعتبر الأمن التعاقدي من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد، إلى جانب كل من الحرية التعاقدية، والعدالة التعاقدية، والنزاهة التعاقدية.

وبصفة عامة يقصد بالأمن التعاقدي توقع المخاطر التعاقدية وتلافيها، وذلك باتباع إجراءات محددة عند التعاقد، لاسيما بشأن ما يتعلق بالتنفيذ والمسؤولية العقدية. فالأمن بهذا المعنى إحساس، وقيمة اجتماعية مستمدة من القانون.

أما من حيث المقصود بالأمن التعاقدي كمبدأ، فإنه يتجلى من خلال المرتكزات التي يبنى عليها، وتتجلى على عدة مستويات:

- مبدأ القوة الملزمة للعقد؛
- الحق في تنفيذ الالتزام؛
- تنفيذ العقد بحسن نية؛

- إمكانية تأثر القوة الملزمة للعقد، تبعاً لنظرية الظروف الطارئة؛
- احترام الأطراف للمراكز القانونية الناشئة عن العقد؛
- الإبقاء على العقد ما أمكن، سواء في حالة كون العقد محل تأويل، أو في حالة وجود ما يهدد صحته أو تنفيذه. إذ تقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه، لاسيما إذا كان في فسخه ضرر للمصالح المشروعة للمتعاقدين. حيث يثار هنا مبدأ استقرار العقد *stabilité du contrat*، الذي يؤدي إلى القول بأمن التصرفات. وبالتالي اعتبار استقرار العقد والحفاظ عليه من باب الأمن القانوني.
- ولذلك فإن هاجس توفير الأمن التعاقدية، ينطلق من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه.
- وإذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم مرتكزات الأمن القانوني، فما ذلك إلا لكون هذا المرتكز يترتب عنه ما يلي:

- ما تم بالإرادة لا يمكن أن ينفي إلا بالإرادة؛
- حجية العقد تجاه القاضي. ولذلك يقال القاضي خادم العقد، وعليه البحث عن مقصود الأطراف منه.
- العقد له حجيته كذلك تجاه المشرع، بحيث لا تؤثر التعديلات التشريعية على العقود النافذة والجارية، ففي المادة التعاقدية، الأصل هو عدم النفاذ الفوري في الزمان للقانون الجديد، بحيث يبقى القانون القديم الذي عقد في ظلّه سارياً بشأنه.

ولقد ترجم الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود كل هذه الجوانب بالنص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون". وعلى ذلك يمكن اعتبار أطراف أي عقد بمثابة مشرعين، نوعاً ما، لقانون خاص بهم. وانه مقابل القانون الأكبر *macro droit* الذي تنتج السلطة التشريعية في مواجهة العموم، هناك قانون أصغر *micro droit* ناجم عن العقد وأثره بين أطرافه.

وقد اعتبر البعض أن مثل هذا النص الذي تتضمنه العديد من القوانين المدنية في مختلف الأنظمة، بمثابة نص دستوري رغم أنه من الناحية الشكلية لا يعترف له بذلك.

إذن ومن خلال كل هذا يبدو أن الأمن التعاقدي، يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد. فهل يمكن التأثير على هذه القوة من خلال مبادئ أخرى تسود في ميدان التعاقد، لاسيما العدالة التعاقدية والأمن القانوني؟

2 - العدالة التعاقدية:

تهدف العدالة التعاقدية *Justice contractuelle* أو الإنصاف التعاقدي *Equité contractuelle* إلى إيجاد عدالة متبادلة وحماية التوازن الذي كان قائما قبل العقد. وهنا ينظر للإنصاف كقيمة *équité valeur* من حيث أنه يعتد بالغاية المرغوبة من القانون وهي العدالة والتوازن.

لكن الإنصاف بهذا المعنى قلما نجده في الميدان التعاقدي، لأنه مهما كانت ظروف إنشاء العقد أو نتائجه فإن العقد يبقى دائما هو شريعة المتعاقدين، تبعا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. ومن هنا فإنه لم يكن بيد القضاة إلا إمكانيات قليلة للتخفيف من صرامة العقود (عيوب الرضا). إلى أن تدخل المشرع بواسطة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، مما أثر على قواعد التعاقد التقليدية الواردة في القانون المدني.

وبذلك فإن العدالة التعاقدية تهدف إلى حماية الالتزام الوارد بالعقد، وهي في النهاية ليست مضادة لمبدأ الأمن التعاقدي، بل هي شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهي واجهة لحسن النية، هدفها يتحقق على عدة مستويات مثل إبطال العقد بسبب عيوب الإرادة تحت مراقبة القاضي، وتدخل القضاء في الشروط التعسفية في ميدان حماية المستهلك، ومنع التعسف في استعمال الحق، وتأويل العقد لفائدة المستهلك. وهي توجهات أصبحت تهمز المبادئ التقليدية المؤسسة للعقد، وتؤثر بالتالي على مبدأ الأمن التعاقدي.

فلقد أصبحت تدخلات المشرع في ميدان حماية المستهلك تؤدي إلى التوجه نحو تصورات جديدة في ميدان التعاقد *solidarisme contractuel* التضامن التعاقدي" و"*civisme contractuel* التحضر التعاقدي" و"*fraternité contractuelle* "الإخاء التعاقدي" و "*Altruisme contractuel* "الإيثار التعاقدي". ومن هنا نصبح أمام التزامات بالتعاون والانسجام والتناسب، وما هذا كله إلا رغبة في إنقاذ التوازن التعاقدي في عقود الاستهلاك من الانهيار التام، والذي سيكون لا محالة على حساب المستهلك.

حيث أصبحت التطورات الأخيرة في ميدان قانون العقود تذهب في اتجاه ترسيخ التوازن التعاقدية. وقد ساهم كل من قانون الاستهلاك وقانون المنافسة بشكل كبير في جعل العقود أكثر عدلا وإنصافا. ومن ذلك حق الطرف الآخر في الإعلام، حق التراجع المتروك للزبون استثناء من النظام التقليدي للعقود، إمكانية إبطال القاضي للشروط التعسفية وهو ما يتمتع القاضي بشأنه بسلطة تقديرية واسعة للقول بعدالة الشروط مادام المشرع لا يحصر هذه الشروط.

وعلى ذلك يبدو أن إعمال قواعد الإنصاف التعاقدية والعدالة التعاقدية، أصبح في تماس واضح مع مرتكزات الأمن التعاقدية، وأصبح مطلوبا حتى يكون حكم القاضي منصفاً، أن يكون حكما يقيم بدقة العلاقات التعاقدية في الوسط بكل اعتدال، بما يمكن الأطراف من ممارسة حقوقهم المشروعة، حتى لا يكون تمييزا باسم الإنصاف.

إذا كان هذا هو الوضع بشأن العدالة التعاقدية، فما هي العلاقة بين الأمن التعاقدية والأمن القانوني؟

3 - الأمن القانوني

لقد ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ سنة 1961، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا دستورية المبدأ، وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لسنة 1962 وقرارات أخرى لهذه المحكمة في ما يخص الثقة المشروعة التي تقترب كثيرا من مبدأ الأمن القانوني. كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ سنة 1981 أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني .

كما أن هناك عدة دساتير تجعل من مبدأ الأمن القانوني قاعدة دستورية، تتفرغ عنه متطلبات استقرار النظام القانوني وتوقعية تصرفات الدولة.

ورغم الاستعمال الشائع لمبدأ الأمن القانوني، فإنه قلما يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من قبل الفقه. إذ غالبا ما يقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو كغاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلبا أساسيا لدولة القانون.

وترجع صعوبة تعريف هذا المبدأ، إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر Protéiforme، ومتنوع الدلالات Polysémique، كثير الأبعاد Multidimensionnel ، فضلا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات.

وهذا ما يجعل مفهوم مبدأ الأمن القانوني غير واضح، وتحديدده أمرا صعبا. إذ لا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف معينة وليس تعريفه بصفة مجردة.

ولذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يعبر عنه أحيانا بتعابير تتمحور حول مبادئ محددة مثل:

- واجب القاضي بالبت طبق القوانين المطبقة يوم تقديم الطلب؛

- عدم رجعية القواعد القانونية؛

- الآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف؛

- التأويل في أضيق نطاق للنصوص الجزائية؛

- احترام آجال الطعون والتقدم؛

- احترام حجية الشيء المقضي؛

- حماية مبدأ الثقة المشروعة؛

- أمن المراكز القانونية؛

- استقرار المعاملات؛

- حسن سير العدالة.

ونظرا لصعوبة التعريف، فقد حاول الفقه في البداية قياس مبدأ الأمن القانوني على الثقة المشروعة، غير أن البعض يرى أن الثقة المشروعة هي أقرب للإنصاف منها للأمن القانوني. وأنه رغم التقارب بين الثقة المشروعة والأمن القانوني، فإن الفقه يفرق بينهما، على غرار المجلس الدستوري الفرنسي.

كما قدمت تعاريف للمبدأ، انطلاقا من المكونات اللغوية واللفظية لمبدأ "الأمن القانوني". باعتبار أن مفهوم الأمن عموما ينصرف إلى الحالة التي يكون فيها الفرد في مأمن من المخاطر، أو الوقاية من أي خطر، أي الحماية الوقائية من المخاطر. حيث يعني الأمن "حالة الفرد الواصل المهادئ الذي يعتقد أنه في مأمن من الخطر".

غير أن نسبة الأمن إلى القانون، يوحي بأن مصدر الخطر هو القانون، أي الخطر القادم من قاعدة قانونية، سواء كان مصدرها تشريع أو تنظيم أو اجتهاد قضائي.

ومعنى هذا أن عدم الأمن يشكل جزءاً من القانون أيضاً، ويبقى السؤال المطروح إزاء ذلك هو إلى أي مدى يمكن للنظام القانوني أن يتحمل عدم الأمن القانوني؟

في مقابل انعدام الأمن القانوني، فإن مبدأ الأمن القانوني ينحدر من الحق الطبيعي في الأمان، وبذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار. فيكون الأمن بذلك هو الوجه المضيء للقانون.

وعلى ذلك فإن الأمن القانوني يعني " كل ضمان، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون".

إن هذا التعريف يفيد أنه لا يمكن القضاء تماماً على الريبة وعدم الوثوق في تنفيذ القانون، وأن كل ما يمكن هو خفض ذلك إلى نسبة مقبولة، بمقتضى قوانين جيدة.

ومن ثم اعتبر الأمن القانوني من شروط جودة القانون، التي تضمن القدرة على "التحقيق الفعلي والدائم لأهداف المعنيين بالقانون". أي أن الأمن القانوني هو "جودة نظام قانوني، يضمن للمواطنين فهماً وثقة في القانون في وقت معين، والذي سيكون - مع كامل الاحتمال - هو قانون المستقبل". وبذلك فإن الأمن القانوني يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن الأمن القانوني يحتوي في مدلوله على أمرين:

- قابلية القانون للتوقع؛
- ووضوح القاعدة القانونية المطبقة.

أما فيما يخص التعريف المعطى لمبدأ الأمن القانوني من طرف المؤسسة القضائية، فيكفي التذكير بالتعريف الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي للمبدأ وهو كما يلي: "مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق. وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة".

علاقة الأمن القانوني بالأمن التعاقدى:

- إن مختلف التعاريف التي تعطى لمبدأ الأمن القانوني، تبرز مدى أهمية هذا المبدأ في الوقت الراهن. وهي أهمية جعلت مبدأ الأمن القانوني يتميز بعدة مميزات ومن ذلك:
- أنه مطلب أساسي لدولة القانون وسمو القانون، لأن دولة القانون تفترض احترام مبدأ الأمن القانوني، وإن عدم احترامه يمس بمقومات دولة القانون؛
 - وهو كذلك شرط أساسي لضمان ممارسة حقوق الأفراد، وتحقيق التطور الاقتصادي؛
 - كما أنه يتضمن طبيعة آمرة في بعض الأنظمة كالنظام القانوني للمجموعة الأوروبية؛
 - وأنه مبدأ يشكل جذعا مشتركا لمجموعة من الحقوق والمبادئ؛
 - أن مطلب تحقيق الأمن القانوني أصبح مطلبا على الصعيد الدولي، من أجل تشجيع الاستثمار الأجنبي

غير أن هذه المميزات التي يوحي بها مبدأ الأمن القانوني، يجب ألا تحجب مسألة استعمال مبرر الأمن القانوني لتبرير أمر أو عكسه، مثال ذلك حماية العقد باسم الأمن القانوني، لكن كذلك وباسم الأمن القانوني يتم تعديل مقتضيات العقد لضرورات النظام العام الاقتصادي. ذلك أن دواعي الأمن القانوني ومتطلبات السرعة دفعت بسلطان الإدارة نحو الظل، وهو ما قلب رأسا على عقب مكونات القانون ومفهوم أشخاص القانون التجاري مثلا، كما أن دليل الإثبات يتحول من الدليل المجسد إلى الدليل الرقمي بما لذلك من آثار على نظام التعاقد الذي ظل ساكنا طوال عدة عقود.

ومن ثم فإن علاقة الأمن القانوني بالأمن التعاقدى، تستوجب قيامها على ضمان استقرار العلاقات التعاقدية، وعدم رجعية القانون تلافيا لإلحاق الضرر بمراكز تعاقدية سابقة. وبهذا يتحقق للقاعدة القانونية طابعها الأمني، بمعنى تحقيق الأمن في المعاملات والتصرفات التعاقدية.

أما من حيث علاقة الأمن التعاقدى بالأمن القضائي فهي علاقة حاسمة في ترسيخ الأمن التعاقدى؟

4 - الأمن القضائي

لا يحظى مصطلح الأمن القضائي بنفس الدراسة التي حظي بها مصطلح مبدأ الأمن القانوني، فهل هذا راجع لكون الأمن القانوني يستغرق الأمن القضائي ويحتويه، أم أن ذلك راجع لحدثة استعمال المصطلح، لاسيما في الدول النامية؟

ويبدو من خلال الاستعمال الشائع لمصطلح الأمن القضائي، أن هناك ارتباطا بين المفهومين، إذ غالبا ما يضاف إلى الأمن القضائي، فيقال الأمن القانوني والقضائي، من أجل الدلالة على أمرين: اقتران مبدأ الأمن القانوني بالأمن القضائي، باعتبار الأمن القانوني عامل دعم لضمانات التقاضي؛

- إبراز الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق.

إن المهمة الحمائية للقضاء هي الجانب الطاعي في النظرة إلى الأمن القضائي، ولذلك يتم التركيز بهذا الخصوص على المتطلبات التي تكفل للقضاء قيامه بتلك المهمة على الوجه المطلوب، حتى يكون في مستوى المهام المنوطة به في المجتمع المعاصر. ولا تكتمل هذه المتطلبات إلا بتوفير مقومات تضمن حسن سير القضاء، كاستقلاليتهم، وجودة أحكامهم، وسهولة الولوج إليهم، وحسن إدارته. مقومات تبعث الثقة في المؤسسة القضائية، وتضمن بالتالي وجود الأمن القضائي.

فالأمن القضائي إذن، يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها، وهي تقوم بمهمتها المتجلية في تطبيق القانون على ما يعرض عليها من قضايا، أو ما تجتهد بشأنه من نوازل. هذا مع تحقيق ضمانات جودة أدائها، وتسهيل الولوج إليها، وعلم العموم بمجريات عملها القضائي.

وإن المستفيد من دور القضاء بهذا الخصوص هو المتقاضى بصفة خاصة، والنظام القانوني المعني بصفة عامة. ومن أهم تجليات هذه الفائدة ذات الطابع الجماعي، شيوع الثقة واستقرار المعاملات، والاطمئنان إلى فعالية النصوص القانونية، والثوق بالقانون والقضاء في النهاية.

علاقة القضاء بمبدأ الأمن التعاقدي:

يتحقق الأمن التعاقدي من خلال ما يعطيه القاضي لمظاهر إنصافه وتقديراته وهو يبت فيما يثار أمامه من منازعات تتعلق بمختلف العقود.

ومن هذه الزاوية، يبدو أن هناك علاقة بين الأمن التعاقدي والقضاء، وذلك على أكثر من مستوى:

- علاقة الأمن التعاقدي بمبدأ استقلال القضاء، إذ لا يعني هذا الاستقلال أن القاضي يحكم كيفما اتفق؛

- علاقة الأمن التعاقدي بمبدأ السلطة التقديرية للقضاة التي قد تختلف من قاضٍ لآخر، بما لذلك من آثار على الأمن التعاقدي؛

- العلاقة بين قواعد الإنصاف ومبدأ الأمن التعاقدي، من حيث أنه وتحت ذريعة هذا المبدأ تتحقق العودة المؤطرة لحكم القاضي بقواعد الإنصاف، بدل الحكم بما ينص عليه القانون. إذ يتم توجيه النقد إلى الأحكام القضائية المبينة على قواعد الإنصاف، بعلّة ابتعادها عن المساواة أمام العدالة.

الاجتهاد القضائي والأمن التعاقدي:

في غياب قاعدة مكتوبة، والاعتماد فقط على الاجتهاد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة قانونياً، تتزايد متطلبات الأمن التعاقدي في علاقته مع القضاء.

إن الاجتهاد القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، بما يثيره ذلك من نقاشات، لا سيما ما يرتبط بمبدأ فصل السلطات بالنظر لدور المشرع الذي يتقمصه القاضي في هذه الحالة.

وعندما يتعلق الأمر بمنازعات تعاقدية فإن الأمر يتعلق في العديد من الحالات بتأويل للعقد كذلك، وهو ما يجعل القاضي يحل محل إرادة الأطراف المتعاقدة. مثلما قرره القضاء لما اعتبر أن العربون الذي يدفعه المشتري، له طابع الحجة على إبرام العقد، لا طابع عقاب نقدي لمن يخل بشروط العقد. 1 أو أنه يقع باطلا ودون أثر الشرط الجزائي الذي يمنح بمقتضاه للمقرض تعويض يومي عن كل يوم تأخير في الأداء مع تحديد

1 (قرار 2588 بتاريخ 25 أبريل 1944 ص 551 - ج 1)

سعر للفوائد. لأنه ينتج عن هذا الشرط منح الدائن فوائد للتأخير يتجاوز الحد الأقصى لسعر الفوائد المسموح به قانوناً بدون تبرير ذلك بوجود خطأ أو ضرر. 2.

إلا أن ما يثير الإشكال أكثر، هو التراجع عن الاجتهاد القضائي المستقر، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين بل وحتى حقوقهم المكتسبة. إذ بعد اطمئنانهم لاجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ، والأكثر من ذلك أن أثر الاجتهاد القضائي الجديد يكون بأثر رجعي.

ومن الأمثلة الحديثة لتغيير اجتهاد محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الاجتماعية) قرارها الصادر بتاريخ 10 يوليو 2002، حيث اعتبرت المحكمة أن شرط عدم المنافسة من قبل الأجير يجب أن يكون مرتبطاً بأداء المشغل لمقابل لفائدة الأجير وإلا كان غير مشروع. تبعاً للحق في ممارسة المهنة بكامل الحرية. ولا يخفى أثر هذا الاجتهاد على عقود العمل الجارية التي تم فيها اشتراط عدم منافسة الأجير دون مقابل يقدم له استناداً إلى اجتهادات قارة سابقة.

ومن هنا يطرح مشكل صعوبة التوقع بشأن الأحكام القضائية. وإن قابلية التوقع في الحكم القضائي، ليست بالسهولة المتصورة، ذلك أن الوقائع المثارة أمام القضاء حبلية بالمفاجآت، سواء من حيث آثار شهادة الشهود، أو تقديم حجج مجهولة من طرف الخصم، أو ما تفرزه الخبرات الفنية، بحيث يساهم كل ذلك في قلب أي توقع في القضية رأساً على عقب.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن للقاضي حرية في التأويل، وسلطة تقديرية مطلقة، مما يجعل اختلاف الحلول في أحكام القضاة أمراً مألوفاً في العمل القضائي، غير أن ذلك لا يمنع من اتخاذ عدة إجراءات للحد من تضارب الاجتهادات القضائية.

ومن كل ما سبق يتبين أن مفهوم الأمن القضائي ذو ارتباط وثيق بالأمن التعاقدية، إذ يبقى القضاء هو الساهر على ضمان تحقيق هذا الأمن.

5 - الأمن التوثيقي

الأمن التوثيقي هنا ليس بمعنى *sécurité notariale* الذي هو صندوق ضمان للمتضررين من أعمال الموثق. بل المقصود مصطلح يتم التعامل معه في المغرب بمفهوم الأمن التعاقدي.

وأعتقد أنه ورغم الشبه القائم بينهما، فإن الأمن التعاقدي ينصب على أمور بنيوية من صميم متطلبات التعاقد وآثاره مثل القوة الملزمة للعقد، والحق في تنفيذ الالتزام، وتنفيذ العقد بحسن نية.

أما الأمن التوثيقي فيتميز بطابع شكلي، يتجلى من خلال الآلية التي يفرضها المشرع لتوثيق العقد وإثباته، كشرط الرسمية في إجراء التصرفات العقارية، وعدم الاعتراف بالمحررات العرفية في الميدان العقاري، وذلك بهدف تحصين المعاملات العقارية بأكبر ما يمكن من الضمانات نظرا لأهمية العقار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية³.

³ - من بين النصوص القانونية بهذا الخصوص :

1. القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية (ظهير 3 أكتوبر 2002) والذي ورد في الفصل 12 منه ما يلي :

"يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها 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".

2. القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز والمتمم للفصل 618 من ق.ل.ع بمقتضى ظهير 3 أكتوبر 2002 وقد نصت الفقرة الثالثة من الفصل المذكور على أنه يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

وتطبق نفس المقتضيات بالنسبة لإبرام عقد البيع النهائي طبقا للفقرة 16 من الفصل المذكور.

3. القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقارات بمقتضى ظهير 11 نوفمبر 2003 حيث تبني الفصل 4 منه نفس الصياغة الواردة في القانونين السابقين باشرطه رسمية العقود المتعلقة بالإيجار المفضي إلى تملك العقارات.

التكنولوجيا الحديثة والأمن التوثيقي:

مما يرتبط بشكل التوثيق، استعمال التكنولوجيا الحديثة في مجال التوثيق، بما لذلك من تداعيات على الأمن التوثيقي سلبا وإيجابا، وهذا لايمس التوثيق العصري فقط بل سيهم حتى التوثيق العدلي.

ولقد تم توفير الإطار القانوني لاستعمال التكنولوجيا الحديثة في مجال التوثيق من خلال القانون رقم 05. 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الذي سيكون له ولا شك اثر كبير في تطوير نظام التعاقد في المغرب، وسيكون لقواعده تأثير على على توثيق العقود بالمغرب.

والمطروح بهذا الخصوص:

1 - هو توفير ضمانات جوهرية، تماثل تماما الضمانات التي تقدمها الرسمية في العقود من حيث مراقبة تبادل الرضى وإعلام الأطراف، وذلك على مستوى المحررات غير المجسدة.

2 - كما أنه يتعين توضيح في أية شروط وتبعاً لأية مواصفات يمكن للموثق أن يضع توقيعه وتوقيع الأطراف في العقد الرسمي الإلكتروني.

3 - وكيف يتم ضمان الحفظ والأرشيف لمدة غير محددة تقريبا بالنسبة للعقد الرسمي الغير المجسد.

4 - وفي ظل أية شروط ستسلم "نسخ" من العقد الرسمي غير المجسد، وما هي قوتها الشوتية المرجحة.

هذه الأسئلة طرحت على مهنة التوثيق في عدة أنظمة نظمت التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

4. القانون رقم 09-25 المتعلق بالتجزئات العقارية وتقسيم العقارات حيث ألزمت المادتان 35 و61 الموثقين والعدول بالمتناع عن إبرام أي تصرف يتعلق بعمليات البيع أو الإيجار أو القسمة في التجزئات العقارية وكذا عمليات تقسيم العقارات ما لم تحترم الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في القانون المذكور.

5. مدونة الحقوق العينية (المادة 4)، التي توجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

في عدة دول اعتبر العقد التوثيقي الإلكتروني ممكن التحقق، لأن مهنة التوثيق في هذه الدول تتوفر على شبكة مؤمنة تسمح بذلك.

ففي فرنسا، ومنذ سنة 1998 توفرت لمهنة التوثيق شبكة إنترانيت مؤمنة، ومصالحة إصدار بطائق إلكترونية تحمل رقاقة، موجهة لموثقي فرنسا تسمى REAL، تسمح بالتعريف بالموقعين في إطار تبادل الوثائق الإلكترونية.

وهدف هذه البطاقة REAL تأمين تواصل محين Temp réel بين الموثقين والولوج إلى مجموعة من الوثائق التي تعني المهنة (سجل الوصايا، CRIDON ، وثائق القيم العقارية)، وفي مرحلة لاحقة الولوج إلى مصالح إدارية (سجل الوصايا، المحافظة العقارية، الحالة المدنية، مكاتب الرهن الرسمي) بحيث إن بطاقة REAL دعامة للتوقيع الإلكتروني للموثق. ومن هنا بدأ الحديث عن .CYBERNOTAIRE

لقد أصبح العقد التوثيقي ممكنا في فرنسا منذ 1 فبراير 2006 تبعا لتعديل قانون 1971 المتعلق بشكل العقود الموثقة.

لكن تجب الإشارة إلى أنه ليس هناك إلزام لحد الساعة بتحرير العقد الموثق إلكترونيا، فالخيار لازال قائما بين الورقة والدعامة الإلكترونية، ترى لمن ستكون الغلبة؟

فكيف يتم تأسيس عقد توثيقي إلكتروني؟

المرحلة 1: إعداد العقد:

لا صعوبة، لأن الدعامة أصبحت إلكترونية. والمطروح هو وحدة قواعد صياغة العقود التوثيقية على الدعامات الإلكترونية.

المرحلة 2: استجماع رضی الأطراف:

هناك احتمالان:

حضور الأطراف في نفس الوقت أمام الموثق. وفي هذه الحالة يتم العقد على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية حسب اختيارهم، وغالبا ما يتم بشكل إلكتروني، ويمكن للموثق إلحاق العقد بوثائق توصل بها بشكل إلكتروني. وهي حالة ستصبح غالبية بالنظر لعدم التجسيد المادي للوثائق الإدارية والضرائبية.

عدم وجود الأطراف في نفس المنطقة الجغرافية، ويريدون التعبير عن إرادتهم بشكل إلكتروني. هناك من يرى الحل باعتماد مبدأ الوكالة بين الموثقين أو تبادل الرضى بواسطة الموثق الثاني والموثق المحرر لأن حضور الموثق ضروري.

المرحلة 3: التوقيع:

توقيع الأطراف في لوحات رسومية إلكترونية، أو شاشات اللمس؛

تم توقيع الموثق

الحفظ والأرشفة:

حاليا الورق، ومستقبلا الحفظ الإلكتروني. في لحظة تأسيس العقد يخزن على موزع الموثق، قبل أن يرسل إلى مستودع مركزي **Minutier central électronique**.

لكن هذا لا يمنع من استخراج دعامة ورقية.

بمناسبة التخزين المركزي يثور التساؤل حول ما إن كان الموثق سيفقد بعضا من استقلاليته.

مؤخرا حصل المجلس الأعلى للموثقين بفرنسا على رخصة هيئة المصادقة لإعداد عقود إلكترونية بشكل آمن. وكان البدء في تجربة النظام مطلع سنة 2008.

والخلاصة ان الأمن التوثيقي وثيق الصلة بالأمن التعاقدية وهما وجهان لأمر واحد هدفهما ضمان أمن واستقرار العلاقات التعاقدية.

انتهى بحمد الله يوم 18 أبريل 2014 بالرباط

عبد المجيد غميحة