

الشاهد

في النظرية العامة

للإلتزامات

وفق أحكام قانون الإلتزامات
و العقود المغربي

إعداد و تجميع

ف. هشام ليوسفي

محتويات الكتاب

الجزء الأول : مصادر الالتزام

[من الصفحة 3 إلى الصفحة 179]

يشتمل على المواضيع التالية

نظرية العقد

- تعريف الالتزام
- الإيجاب و القبول
- النيابة في التعاقد
- عيوب الرضى
- الأهلية و المحل و السبب و الشكلية و التسليم
- جزاء الإخلال بعناصر تكوين العقد - البطلان و الإبطال -
- آثار العقد
- انحلال العقد و زواله
- الصورية في التعاقد

الإرادة المنفردة أو التعبير الصادر من جانب واحد

- الإرادة المنفردة في قانون الالتزامات و العقود
- الوعد بجائزة الموجه لجمهور

المسؤولية المدنية

- المبادئ العامة للمسؤولية المدنية
- المسؤولية العقدية
- المسؤولية التقصيرية
- المسؤولية المدنية عن مخاطر المنتجات المعيبة

الإثراء بلا سبب و تطبيقه

- القواعد العامة للإثراء بلا سبب
- تطبيقات الإثراء بلا سبب [دفع غير المستحق و الفضالة].

الجزء الثاني: أحكام النزاع

[من الصفحة 180 إلى الصفحة 355]

يشتمل على المواضيع التالية

أوصاف النزاع

- الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية [الشرط و الأجل]
- الأوصاف التي تلحق محل و أطراف النزاع.

انتقال النزاع

- أحكام حوالة الحق
- الحلول و الإنابة

آثار النزاع

- الأحكام العامة لتنفيذ النزاع
- تنفيذ النزاع [حالات الإخلال و أليات الضمان]

انقضاء النزاع

- انقضاء النزاع بالوفاء و ما يعادل الوفاء [الوفاء – الوفاء بمقابل – المقاصة – التجديد – الإنابة – انحاد الذمة]
- انقضاء النزاع دون الوفاء [الإبراء – إسئالة التنفيذ – التقادم – الإقالة].

إثبات النزاع

- الإقرار
- الكتابة
- شهادة الشهود
- القرائن
- اليمين

مصادر الالتزام

العقد

الإرادة المنفردة

المسؤولية المدنية

الإثراء بلا سبب

بحث تمهيدي:

تعريف الالتزام

الالتزام رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل.

والالتزام مرادف للحق الشخصي. فالرابطة القانونية التي تربط المدين بالدائن تعتبر التزاما إذا نظر إليها من ناحية المدين، وهي تعتبر حقا إذا نظر إليها من وجهة الدائن. وعليه يمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، يحق بمقتضاها للطرف الدائن مطالبة الطرف المدين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

ولا يعني تعريفنا للالتزام بأنه رابطة قانونية بين طرف دائن وطرف مدين، أن الالتزام يتطلب بالضرورة وجود دائن ومدين. فالالتزام يمكن تصوره دون قيام طرف دائن عند نشوئه، كما في الوعد بالجائزة الموجه للجمهور.

❖ التمييز بين الالتزام أو الحق الشخصي وبين الحق العيني:

الالتزام سبق لنا وأن عرفناه أعلاه. أما الحق العيني فهو سلطة يمارسها الشخص على شيء معين تمكنه من الحصول على المنفعة المرجوة من هذا الشيء بصورة مباشرة ودون وساطة أحد.

والالتزام أو الحق الشخصي والحق العيني يختلفان عن بعضهما سواء من حيث التكوين أو من حيث الخصائص.

➤ **فمن حيث التكوين:** لابد في الالتزام أو الحق الشخصي من توافر ثلاثة عناصر: طرف صاحب حق وهو الدائن، وطرف ملتزم وهو المدين، وعنصر ثالث وهو الشيء أو العمل محل الالتزام. أما الحق العيني، فلا يتطلب قيامه إلا وجود عنصرين اثنين: طرف صاحب الحق وشيء محل الحق.

➤ **ومن حيث الخصائص:** يتميز الالتزام بأنه نسبي بمعنى أنه لا يجوز للدائن، صاحب الحق، الاحتجاج به إلا في مواجهة من التزم إزاءه بأداء هذا الحق. أما الحق العيني فهو مطلق يخول صاحبه الاحتجاج به تجاه أي كان.

ويترتب على كون الحق العيني مطلق ميزتان تقليديتان لا أثر لهما في حقل الالتزام أو الحق الشخصي، ميزة التتبع وميزة الأفضلية.

❖ تصنيف مصادر الالتزام:

نقصد بمصادر الالتزام الأسباب القانونية المباشرة المولدة له، فالالتزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع مثلا مصدره عقد البيع بين الطرفين، والالتزام من ألحق ضررا بغيره بالتعويض عن الضرر مصدره العمل الضار الذي ارتكب بحق هذا المضرور.

➤ تصنيف الالتزامات حسب ق ل ع المغربي:

نص الفصل الأول من ق ل ع على أن : "الالتزامات تنشأ عن الاتفاقات والتصرّيات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وأشباه الجرائم". فمصادر الالتزام حسب التشريع المدني المغربي، هي إذن: الاتفاقات أو العقود، الإرادة المنفردة، أشباه العقود، الجرائم وأشباه الجرائم.

تعريف العقد وتصنيف العقود

لم يعرف قانون الالتزامات المغربي العقد، خلاف ما فعله التقنين المدني الفرنسي الذي عرف العقد بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء".

وعليه يمكننا تعريف العقد أو الاتفاق بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني".

من خلال هذا التعريف يتبين أنه لا بد لوجود عقد أو اتفاق من توافر أمرين:

أولهما، توافق إرادتين: ذلك أن كل طرف في العقد تنعقد إرادته على أمر معين، فلا بد لانعقاد العقد أن تتقابل إرادتا الطرفين. فالبيع لا يعتبر منعقدا إلا إذا التقت إرادة البائع بإرادة المشتري واقترن إيجاب أحدهما بقبول الآخر.

ثانيهما، أن تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني: فليس كل اتفاق إرادتين على شيء يعتبر عقدا. فقد يتفق شخصان على عمل عادي كالقيام بنزهة. ففي هذه الحالة لسنا أمام

عقد، لأن نية الطرفين لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وأنه لا بد حتى يتكون العقد من أن تتجه نية الطرفين إلى ارتباطهما برابطة قانونية.

❖ تصنيف العقود:

1. عقود مسماة وعقود غير مسماة: فالعقد المسمى هو الذي نظمته المشرع وميزه عن غيره باسم خاص وأحكام خاصة. مثال ذلك البيع والهبة والكفالة والإجارة.

أما العقد غير المسمى: فهو الذي لم يميزه المشرع عن غيره ولم يظفر منه بتنظيم خاص، فهو متروك لإرادة المتعاقدين كيفونه حسب مشيئتهم.

2. عقود تبادلية وعقود غير تبادلية: فالعقد التبادلي أو العقد الملزم لجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين، بحيث يصبح كل واحد منهما دائناً ومديناً في ناحية أخرى.

أما العقد غير التبادلي أو العقد الملزم لجانب واحد: فهو الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما مديناً غير دائن والآخر دائناً غير مدين.

3. عقود معاوضة وعقود تبرع: فعقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما يعطي كالبيع والإجارة.

أما عقد التبرع: فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابل لما يعطي، كالهبة.

4. عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية: فالعقد الرضائي هو الذي يتم انعقاده وينتج آثاره بمجرد اتفاق الإرادتين، أي بمجرد تراضي عاقيه ودون اشتراط شكل ما لانعقاده.

والعقد العيني: هو الذي يشترط لانعقاده، علاوة على تراضي الطرفين، أن يجري فيه تسليم الشيء المعقود عليه بحيث لا يبرم إلا إذا تم ركن التسليم.

وأما العقد الشكلي: فهو الذي يشترط لانعقاده علاوة على تراضي المتعاقدين مراسيم شكلية يجب أن يتبعها المتعاقدان.

❖ التمييز بين شكلية العقد وشكلية الإثبات:

يجب التمييز بين شكلية العقد وشكلية إثباته. فالكتابة قد تكون مشروطة لوجود التصرف وانعقاد العقد، كما في البيع العقاري (الفصل 489 من ق ل ع).

وقد تكون الكتابة مشروطة للإثبات فحسب، كما في بيع السلم الذي نص الفصل 613 من ق ل ع على عدم جواز إثباته إلا بالكتابة، أو كما في كل اتفاق تتجاوز قيمته 10000 درهم، حيث أوجب المشرع لإثباته دليلا كتابيا (الفصل 443 ق ل ع).

5. **عقود تراضي وعقود إذعانية:** فعقد التراضي أو العقد العادي، هو الذي تجري المناقشة والمساومة في بنوده وشروطه من قبل المتعاقدين الذين يسهمان معا في هذه المهمة على وجه التعادل والمساواة وبملاء الحرية.

أما عقد الإذعان: فهو الذي ينعقد دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين، كالعقود المبرمة بين البنوك وزبائنها أو شركة التأمين مع المتعاملين معها.

6. **عقود فردية وعقود جماعية:** فالعقد الفردي هو الذي يتطلب قبول كل واحد من الأطراف المتعاقدة، بحيث يكفي تخلف متعاقد واحد حتى يكون العقد غير قائم، ففي عقد شركة الأشخاص مثلا لا بد لتمام العقد من رضا كل واحد من الشركاء مهما بلغ عددهم.

أما العقد الجماعي: فهو الذي يكفي فيه قبول أغلبية أعضاء مجموعة من الأشخاص، بحيث تجد فيه الأقلية نفسها مقيدة بعقد لم تبرمه ولم توافق عليه. ومن قبيل العقود الجماعية التي تبرمها أغلبية الشركاء على الشيوع في سبيل إدارة الملك المشترك والانتفاع به شرط أن يكون لملاك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال (الفصل 971 ق ل ع).

7. **عقود محددة وعقود غرر:** فالعقد المحدد هو الذي يستطيع فيه كل من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي، مثلا البيع.

أما عقد الغرر أو الاحتمالي: فهو الذي لا يستطيع فيه أي من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ أو ما يعطي بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل، تبعا لأمر غير محقق الحصول. كما في التأمين ضد الحريق أو في التأمين على الحياة.

الإيجاب والقبول واقترانهما

التراضي باعتباره الركن الأساسي في العقد هو توافق إرادتين أو أكثر بهدف تحقيق أثر قانوني ، و يكون التراضي موجودا إذا تطابقت إرادة العقدين ، غير أنه لا يكفي لصحة العقد وجود التراضي فقط بل يتعين إضافة إلى ذلك أن يكون هذا التراضي صحيحا أي صادر من شخص ذي أهلية و غير مشوب بأحد عيوب الرضى .

و لكي يوجد التراضي لابد من وجود الإرادة و من تعبير كلا طرفي العقد عنها ، و يتم ذلك بإبداء الطرف الأول لموافقته في صورة إيجاب يقبله الطرف الآخر فيتطابق القبول بالإيجاب و يحصل التراضي.

إن الإرادة المعمول عليها في التعاقد أو بعبارة أخرى الإرادة التعاقدية هي تلك التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، فلا تكون العبرة بالإرادة التي تتماشى مع مستلزمات الآداب و المجاملة و لا تنطوي على نية الإلتزام، كما لا يعتد بإرادة الهازل.

و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا : فالتعبير الصريح يعكس إرادة صاحبه بطريقة مباشرة من غير حاجة لإعمال الفكر و الإستنتاج ، و قد يتم بالكتابة أو القول كاستعمال لفظ البيع أو الكراء ، أما التعبير الضمني فهو ذلك التعبير الذي يعكس الإرادة بصورة غير مباشرة و ذلك عقب استعمال الفكر في الإستنتاج و التحليل .

المحور الأول : للإيجاب والقبول

أولا : الإيجاب

الإيجاب هو تعبير عن إرادة منفردة بمقتضاها يعلن شخص عن إرادته الباتة في إبرام عقد معين ، مع تحديد شروطه الأساسية التي إذا قبلت من طرف الشخص الموجه إليه الإيجاب انعقد العقد .

I : شروط الإيجاب

أخذا بعين الاعتبار التعريف السابق يشترط في الإيجاب أن يكون باتا و متضمنا للعناصر الرئيسية للتعاقد و معلنا عنه أي متصلا بعلم الموجه له .

1 – يجب أن يكون الإيجاب باتا

يتعين أن يكون الإيجاب حازما و نهائيا لإبرام عقد محدد وفق شروط معينة و صادر عن أحد المتعاقدين عن نية باتة في التعاقد بحيث ينعقد على إثره العقد المقصود بمجرد قبوله من طرف المتعاقد الآخر ، فلا يتحقق هذا الشرط في الكثير من الفرضيات العملية كما في المفاوضات التمهيدية للتعاقد النهائي و التي يمكن قطعها في أي وقت دون أن يترتب على ذلك أي أثر قانوني ، باستثناء الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية.

كذلك لا يشكل إيجابا الدعوة إلى التعاقد التي تصدر في الغالب بشكل عام و دون تحديد شروط التعاقد الأساسية ، و التي لا يترتب قبولها ، ميلاد العقد و إنما تعد تلبيتها إيجابا بمعناه الدقيق ، يقوم العقد على إثره إذا اقترن بقبول.

2 – يلزم أن يتضمن الإيجاب شروط التعاقد الأساسية

لا يشتط في الإيجاب أن يكون شاملا لكل تفاصيل العقد المقصود بل يكفي أن يتضمن شروطه الأساسية كما يستفاد من طبيعته.

غير أنه لا مانع يمنع الموجب من تضمين إيجابه شروطا أخرى يراها أساسية لإبرام العقد كأن يعبر شخص لآخر عن إرادته الباتة في أن يبيعه عقارا بثمن محدد مع اشتراط استمراره ساكنا في تلك الدار مدة معينة بعد البيع يتمكن خلالها من شراء مسكن آخر.

3 – يلزم أن يتصل الإيجاب بعلم الموجه إليه

يعتبر الإيجاب تصرفا قانونيا بإرادة منفردة هدفه إنشاء علاقة تعاقدية ، لذلك يتعين لكي ينشئ هذه العلاقة أن يوجه إلى شخص آخر يقبله ، فهو كما يذكر الفقهاء (الأعمال القانونية المتلقاة) التي لا تنتج أي أثر إلا إذا وصلت إلى علم الطرف الموجه إليه .

و إذا كان الإيجاب يلزم صاحبه بمجرد وصوله إلى علم الشخص الموجه إليه ، فإنه يستوي أن يكون هذا الشخص معينا بذاته أو يكون من جمهور الناس.

II: أثر الإيجاب

يطرح موضوع الإيجاب كأول إرادة تظهر في التعاقد مسالتين : قوته الملزمة و سقوطه

1 – القوة الملزمة للإيجاب

الأصل في الإيجاب لا يكون ملزما بحيث يصح التراجع عنه عندما يتصل بالقبول (ف 26 ق.ل.ع.م) ، لكن استثناء من الأصل السابق يكون الإيجاب ملزما لصاحبه في أحوال وردت في القانون وهي:

+ يبقى مقدم إيجاب مع تحديد أجل للقبول ملتزما إزاء الطرف الآخر إلى نهاية الأجل المحدد ، و لا يتحلل من إيجابه إلا إذا لم يصله رد بالقبول خلال هذا الأجل (ف 26 ق.ل.ع.م) .

+ يستمر مقدم الإيجاب عن طريق المراسلة دون تحديد أجل للقبول ملتزما إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول ما لم يتبين بوضوح من الإيجاب عكس ذلك (ف 30 فقرة أولى ق.ل.ع.م) .

+ كما يكون الإيجاب ملزما لصاحبه حتى بعد موته أو حدوث نقص في أهليته إذا قبله الموجب له و هو يجهله (ف 31 ق.ل.ع.م) .

2 – سقوط الإيجاب

تطبيقا للأحكام العامة يسقط الإيجاب في الأحوال التالية:

أ – عند رفض الموجب له الإيجاب المعروض عليه وقد يكون الرفض صريحا أو ضمنيا كقبول الموجب له الشراء بشروط مغايرة للإيجاب الأصلي ، حيث يكفي هذا القبول من الوجهة القانونية على أنه رفض للإيجاب و بمثابة إيجاب جديد (ف 27 ق.ل.ع.م).

ب – عندما ينتهي الأجل المحدد في الإيجاب دون أن يعبر الموجب له عن قبوله له (ف 29 ق.ل.ع.م) .

ج – عندما ينفذ مجلس العقد دون أن يقع اقتران الإيجاب بالقبول ، جاء في (ف 23 ق.ل.ع.م) :

" الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد، يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر.

ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون".
د- إذا حصلت وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته مع علم الموجب له بذلك من قبل ، حيث لا يحق له القبول
و إلا يسقط الإيجاب (ف 31 ق.ل.ع.م) .

ثانيا : القبول

هو تعبير جدي عن الإرادة بمقتضاه يقبل الشخص الموجه إليه الإيجاب كل شروط الموجب ، فتتطابق
الإرادتان و ينشأ العقد المقصود ، هذا و يتعين أن يتوافر في القبول شروط معينة إذا اجتمعت أنتج آثاره
القانونية.

I: شروط القبول

يشترط في القبول الصحيح و المنتج لآثاره القانونية أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب لازال قائما و
أن يكون مطابقا للإيجاب .

1 : أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائما

يتعين أن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب ملزما لصاحبه ، فمثلا إذا كان الإيجاب مصحوبا
بأجل و جب أن يصدر القبول قبل انقضاء هذا الأجل.

أما الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد أجل فيعتبر دون مفعول إذا لم يقبل على الفور من
الطرف الآخر.

و يسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق الهاتف (ف 25 ق.ل.ع.م) ، و
كذلك فإن سقوط الإيجاب بأحد الأسباب التي تسقطه قانونا كموت الموجب أو فقدانه لأهليته ووصول ذلك الى
علم من وجه إليه الإيجاب.

2 : أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة

يتعين أن يتأتى القبول الذي ينعقد به العقد مطابقا لكل الشروط المنصوص عليها في (ف 28 ق.ل.ع.م) :
" يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ".

II: آثار القبول

بتوفر الشرطين السالفين يقوم القبول صحيحا منتجا لآثاره فبه يكتمل التراضي الذي يجعل العقد المقصود
قائما و مرتبا لكل الإلتزامات المتفق عليها .

المحور الثاني : اقتران القبول بالإيجاب

اقتران القبول بالإيجاب هو عبارة عن ارتباط الإرادتين الذي يتم بع العقد و التعاقد ، أم أن يتم بين
حاضرين في مجلس واحد ، أو بين غائبين عن طريق المراسلة أو عن طرق رسول أو وسيط و قد لا يتم
عن طريق التليفون، أ و الفاكس أو التلكس

أولا : التعاقد بتن حاضرين في مجلس واحد

إذا اتحد مجلس العقد و لم يحدد الموجب ميعادا للقبول فيجب أن يصدر القبول فور الإيجاب و إلا تحلل الموجب من إيجابه ، و هذا الوضع مأخوذ من القوانين الحديثة إذ يقتضي أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، و في هذا من الضيق و الحرج ما لا يخفى ، فخففت من سدته مبادئ الشريعة الإسلامية ، و قضى بأن الإيجاب إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عنه ، يظل مع ذلك قائما طالما بقي العاقدان في مجلس العقد متى صار القبول قبل أن ينفذ ، و ليس المقصود بمجلس العقد الذي يمكن أن يصدر فيخ القبول و لو تراخى الإيجاب ، مجرد المكان الذي يجمع العاقلين ، بل الوقت الذي يظل فيه المتعاقدان منشغلان بالتعاقد من غير أن يصرفهما عنه أمر آخر ، فينفذ مجلس العقد بهذا المعنى إذا صرف العاقدان أو أحدهما عن التعاقد شاغل ما ، ولو بقيا مجتمعين في مكان واحد (ف 23 ق.ل.ع.م) .

ثانيا : التعاقد بتن غائبين

إذا كان التعاقد بين حاضرين أي صدور الإيجاب و القبول في مجلس العقد ، فلم تكن هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول و علم الموجب به، حينئذ لا تثور أية صعوبة في تحديد مكان و زمان انعقاد العقد.

لكن إذا كان التعاقد بين غائبين فهناك فترة زمنية بين صدور القبول و علم الموجب به ، كما في حالة التعاقد بالمراسلة أو البرق أو عن طريق رسول.

و لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد أهمية كبيرة من الناحية العملية ، فلتحديد زمان انعقاد العقد تنثير مجموعة من المسائل:

1 – الوقت الذي يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم و كذا الوقت الذي يجوز فيه للقابل أن يعدل عن قبوله .

2 – في التشريعات التي تأخذ بالدعوى البوليصة لا يجوز للدائن أن يطعن في العقد الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقا على هذا العقد .

3 – يتحدد من تاريخ انعقاد العقد بدء مدة سقوط الدعوى .

4 – تترتب آثار العقد من تاريخ إبرام العقد كانتقال الملكية من منقول معين بالذات أو حق المشتري في الثمار.

كما أن لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية في تحديد المحكمة المختصة بنظر اي نزاع بين الطرفين ، فالقاعدة أن المحكمة المختصة هي المحكمة التي تم في دائرتها انعقاد العقد .

لهذه الإعتبارات العملية تبدو أهمية زمان و مكان انعقاد العقد ، و لقد اختلف الفقه و القضاء في مسألة تحديد زمان و مكان انعقاد العقد عندما يتم التعاقد بين غائبين ، و وجدت في هذا الصدد أربع نظريات:

1 – نظرية إعلان القبول : يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يعلن فيها القابل عن قبوله ، و يعيب هذه النظرية أنه يصعب إثبات الوقت الذي حصل فيه القبول على وجه التحديد، كما أن القابل يستطيع أن يعدل عن قبوله طالما لم يصل إلى لموجب .

2 – نظرية تصدير القبول : يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد وقت إلقاء خطاب القبول في صندوق البريد أو تسليمه لعامل التلغراف ، و لقد اعتقد القائلون بهذه النظرية ، أنها تتلافى عيوب النظرية السابقة ،و لكن هذا الإعتقاد غير صحيح ، إذ من المعلوم أن الرسالة تعتبر ملكا للراسل طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه ، لذلك يستطيع الأول أن يسحب خطاب القبول من مصلحة البريد فيعدل عن قبوله .

3 – نظرية وصول القبول : ترى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلا وقت وصول خطاب القبول إلى الموجب ، و وصول القبول قرينة على علمه به وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس .

4 – نظرية العلم بالقبول : ترى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلا من وقت أن يعلم الموجب بقبول القابل و يعتبر وصول القبول قرينة على علم الموجب و لكنها قرينة ضعيفة تقبل إثبات العكس فيستطيع أن يثبت عدم علمه له بالرغم من وصوله ، بأن يقيم الدليل على أنه كان خارج البلاد .

- موقف القانون المغربي

أخذ القانون المدني المغربي بنظرية إعلان القبول في الفصل 24 من قانون الإلتزامات و العقود ، و لكنه جعل من وصول الرد بالقبول إلى الموجب قبل انصرام الأجل المعقول ، شرطا لتمام العقد و إنتاد جميع آثاره يبقى معلقا على شرط وصول الرد بالقبول في الأجل المعقول (ف 30 ق.ل.ع.م) ، أو داخل الأجل المحدد من طرف الموجب (ف 29 ق.ل.ع.م) .

ثالثا : التعاقد بواطة التليفون

يعتبر التعاقد بالتليفون وضعاً وسطاً بين التعاقد بين غائبين ، ذلك لأن العاقدان لا تفصل بينهما فترة زمنية ، فتعبير أحدهما عن إرادته يصل إلى علم الآخر فور صدوره، كما لو كانا في مجلس واحد ، فيعتبر العقد بينهما من حيث زمن انعقاده كما لو كان بين حاضرين (ف 23 ق.ل.ع.م) .

إنما لا تنفي هذه الحقيقة أن كلا منهما موجود في مكان مختلف عن الآخر و يعتبر العقد بينهما من حيث مكان انعقاده ، عقداً بين غائبين ، و بذلك يكون مكان التعاقد هو المكان الذي أعلن فيه من وجه إليه الإيجاب عن قبوله.

النيابة في التعاقد

النيابة في التعاقد صورة من صور التعبير عن الإرادة و هي اتفاق بين شخصين أحدهما يسمى الأصيل و الثاني يسمى النائب، فالأصيل يلتزم بالتزامات و ينشأ حقوقا انطلاقاً من تعاقدته، أما النائب فهو الشخص الذي ينوب عن الأصيل في التعبير عن إرادته و من أجل إنشاء العقد الذي يرغب الأصيل في إنشائه .

فالنيابة في التعاقد لا يمكن الحديث عنها إلا إذا توافر طرفان : طرف أول يدعى الأصيل و طرف ثان يسمى النائب، فالنائب يعتبر حالة خاصة من حالات التعبير عن الإرادة، فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة مقترن أساساً بالشخص ذاته و بالشخص الذي يبرم التصرف لصالحه، فإن النائب هو الشخص الذي ينوب عن الأصيل في إبرام العقد و في إنشاء الربطة القانونية التي تنشأ إلتزامات و حقوق.

فالنائب هو الذي ينوب عن شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام التصرفات القانونية ، و هذا النائب لا يمكن أن نسميه نائباً إلا إذا كان وقت إبرام التصرف القانوني يعبر عن إرادته هو حقيقة لكن آثار تلك الإرادة، أو ذلك الإتفاق الذي سوف يبرم تنتقل إلى الأصيل .

و النيابة تقوم إما بحكم الإتفاق أو بحكم القانون أو بحكم القضاء.

فالنيابة بحكم الإتفاق – النيابة الإتفاقية – تتحدد فيها سلطة النائب بناءً على اتفاق بين الأصيل و النائب و يسمى عقد الوكالة.

أما النيابة بحكم القانون – النيابة القانونية- تتحدد فيها سلطة النائب بناءً على القانون كحالة ولاية الأب على ابنه.

أما فيما يخص النيابة بحكم القضاء –النيابة القضائية – فيتم تعيين النائب بحكم قضائي كالوصاية. و سوف نتناول في موضوع النيابة لشروطها في محور أول ، و آثارها في محور ثاني .

المحور الأول : شروط النيابة في التعاقد

أولاً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

يتعاقد النائب بإرادته الشخصية لا بإرادة الأصيل فهو يعبر عنها و يقصد من إحلالها محل إرادة الأصيل إحداث آثار قانونية في ذمة هذا الأخير.

فالتعاقد بالنيابة لا يعتبر حاصلًا إذا كان النائب لا يقصد من وراء تعبيره إحلال إرادته محل إرادة الأصيل ، إذ لا يكون هنا نائباً بل مجرد رسول تقتصر مهمته في نقل إرادة الأصيل إلى الغير، فالنائب لا تكون له صفة النيابة إلا إذا كان يتمتع بحرية التقدير أي إبرام التصرف القانوني و هو يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل .

على أن الشخص قد يجمع في نفس الوقت صفتي النائب و الرسول في أمر من أمور العقد المراد إبرامه و ترك له حرية تقدير باقي الأمور (النائب-الرسول).

و لما كان النائب يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل فإننا عند البحث عن عيوب الإرادة التي تجعل العقد قابلا للإبطال، فإننا ننظر إليها في شخص النائب لا في شخص الأصيل على أنه إذا ساهم الأصيل بقدر ما في إبرام العقد فإننا نبحث أيضا عن عيوب الإرادة في شخص الأصيل، في الحدود التي ساهم بها في إبرام العقد .

أما فيما يتعلق بالأهلية، فإذا كانت النيابة إتفاقية فلا يشترط النائب الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني موضوع النيابة لأن التصرف سينتج آثاره في شخص النائب و لهذا لا تكفي في النائب أهلية التمييز أما الأصيل فيجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للتصرف في موضوع النيابة .

ثانيا : النائب يتعامل بإسم الأصيل لا بإسمه

يعلن النائب في العادة أنه يتعامل بإسم و لصالح الأصيل لا بإسمه ، أو قد يعلم الغير بوجود النيابة حقيقيا أو حكما كما لو كانت الظروف تفترض حتما علم الغير بوجود النيابة .

فإذا لم يعلن النائب عن صفته في التعاقد و كان الغير المتعاقد معه يجهل بوجود النيابة فإن آثار التصرف القانوني الذي يبرمه لا تضاف مباشرة إلى الأصيل بل ينتج التصرف آثاره في ذمة النائب ، ولهذا الأخير أن يقوم بنقل آثار التصرف إلى الأصيل .

و مع ذلك فإن آثار العقد تضاف استثناء إلى الأصيل في حالة عدم إعلان النائب عن صفته وقت التعاقد في حالتين :

أ – إذا كانت الظروف تفترض حتما على الغير المتعاقد بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك ، فمن يدخل محلا تجاريا لشراء شيء يفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس إلا نائبا عن صاحب المحل .

ب – إذا كان من تعاقد مع النائب يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ، فصاحب المحل التجاري الذي يتقدم إليه شخص للشراء يستوي أن يكون هذا الشخص أصيلا أو نائبا عن غيره و لذا تضاف آثار البيع إلى الأصيل و لو كان صاحب المحل يجهل بوجود النيابة .

ثالثا : النائب يتعامل في حدود السلطات المخولة له

يبين القانون و الإتفاق حدود سلطة أو مهمة النائب بحسب ما إذا كانت النيابة إتفاقية أو قانونية ، و إذا كان القاضي قد يضع حدودها ، كما في الحراسة القضائية ، و يجب على النائب أن يجري إرادته في هذه الحدود فإن جاوزها فقد صفة النيابة فلا يرتب العقد أثره في ذمة الأصيل ، فلو وكل زيد عمرا بإدارة أمواله الموجودة بالرباط فقام عمرو و باع منزلا منها أو قام الوصي و أجر عقارا مملوكا للقاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات كان تصرف الوكيل و الوصي تصرفا غير صحيح.

فالتصرفات التي تم إجراؤها من طرف كل واحد من هؤلاء النواب لا يعتد بها و لا تلزم الموكل، أما الغير الذي تعامل مع النائب فلا يستطيع سوى الرجوع على هذا الأخير-اي النائب- و مطالبته بالتعويض، إذا كان حسن النية أي إذا كان لا يعلم علما كافيا بمضمون و كالاته أو لم يستطع النائب إثبات علم الغير بمضمون النيابة . و استثناءا من ذلك تنصرف آثار العقد إلى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته إذا كان النائب و من تعاقد معه حسني النية و كان هذا الأخير يعتقد أن النائب يتعاقد في حدود السلطات المخولة له .

مثال ذلك تنقضي النيابة بموت الأصيل ، أو بعزل النائب، و يتم التعاقد دون علم النائب و من تعاقد معه بذلك ، إذ ينصرف أثر العقد الذي يبرمه النائب في هذه الحالة إلى الأصيل أو إلى خلفائه في حالة وفاته .

و لم يقف المشرع عن هذا الحد بل نص صراحة على حالات معينة تسري فيها آثار التصرف في حق الأصيل على الرغم من خروج النائب عن حدود النيابة و هذه الحالات واردة في الفصل 927 ق ل ع م ، و قد جاء فيها :

" لا يلتزم الموكل بما يجري الوكيل خارج حدود و كالاته أو متجاوزا إياها إلا في الحالات التالية :
أولا : إذا أقره ولو دلالة.

ثانيا : إذا استفاد منه.

ثالثا : إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل.

رابعا : إذا أبرم الوكيل التصرف بشرط أقصى مما تضمنته تعليمات الموكل مادام الفرق يسيرا أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد " .

المحور الثاني : آثار التعاقد بالنيابة

تختلف هذه الآثار باختلاف نوع العلاقة التي تربط بين أطراف النيابة و سنعرض لعلاقة النائب بالغير أي المتعاقد معه و علاقة الأصيل بالمتعاقد معه ، و العلاقة بين النائب و الأصيل ثم لجواز تعاقد النائب مع نفسه .

أولا : علاقة النائب بالأصيل

يحكم هذه العلاقة مصدر النيابة فإذا كانت نيابة قانونية فيحدد القانون العلاقة بينهما و يلزم التقيد بالمقتضيات العامة التي تنظم هذا النوع من النيابة ، و إذا كانت النيابة اتفاقية فيحدد هذه العلاقة عقد الوكالة بين الموكل و الوكيل ، أما إذا كانت النيابة قضائية فإن القضاء هو الذي يحدد العلاقة بينهما كما هو الشأن بالنسبة للموصي و المقدم تجاه من هو تحت وصايته أو تقديمه .

ثانيا : علاقة النائب بمن تعاقد معه (الغير)

مادام الهدف من النيابة هو تمثيل الأصل أمام الغير ، فإنه بات أمرا طبيعيا أن يبقى النائب غير مسؤول أمام هذا الغير، باعتبار أن آثار هذا التصرف تنصرف مباشرة إلى الأصل وليس للنائب ، فمهمة هذا الأخير تنحصر في إبرام العقد فحسب أما الآثار المترتبة عليه فإنها تنسحب إلى الأصل وهذا ما ينص عليه الفصل 925 ق ل ع الذي جاء فيه : " إن تصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح بإسم الموكل في حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له و عليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه" .

ثالثا : علاقة الأصل بمن تعاقد معه النائب

هذه العلاقة هي التي تتجسد فيها آثار النيابة بصورة واضحة إذ أن آثار العقد تنسحب مباشرة على هذين الطرفين و في حالة الإخلال بالالتزامات الناجمة عن عقد النيابة (الوكالة) ، فإنه يحق لكلا الطرفين ان يقاضي الطرف الأخرى هذا ما ينص عليه الفصل 921 من ق ل ع : " الوكيل لذي يتعاقد بصفته وكيلا في حدود وكالته لا يتحمل شخصا بأي إلزام تجاه من يتعاقد معهم و لا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل" .

رابعا : هل يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه

التعاقد مع النفس صورة من صور التعاقد بالنيابة يقوم فيها النائب المتعاقد نيابة عن الأصل و لحسابه هو كوكيل يشتري لنفسه الشيء الذي وكله الموكل لبيعه أو كولي عن القاصر لنفسه، و إما أن يقوم النائب بالتعاقد بالنيابة عن شخصين مختلفين كولي عن القاصرين أو كولي عن موكلين يبرم العقد.

و من الناحية الفنية ليس ثمة ما يحول دون انعقاد العقد في الصورتين ، و لا يتعارض مع جوهر العقد، و إنما الإعتراض الذي يمكن أن يثار هو إعتراض عملي مرجعه تضارب المصالح بين طرفي العقد، فإذا تولاه شخص واحد كان متحكما في مصلحتين متعارضتين، فإن كان نائبا عن أحد طرفي العقد و أصيلا عن نفسه ، أي تعاقد لنفسه فإن التعارض بين مصلحته الشخصية و مصلحة الأصل واضح ما في ذلك من خطر على مصلحة الأصل .

و إذا كان نائبا عن طرفي العقد فهو إما أن يغلب مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر و إما و هذا هو أحسن الفرضين أن يعمل على التوفيق بين المصلحتين و هذا أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة، إذن فوظيفة النائب هي أن يعمل على رعاية مصلحة الأصل و الدفاع عنها و تغليبها على مصالح الآخرين في حدود القانون.

هشام ليوسفي

2017\10\29

عيوب الرضى

يلزم لصحة التراضي كركن في العقد ، أن تكون إرادة هذا المتعاقد خالية من عيوب التراضي التي تؤثر على مبدأ حرية التعاقد و رضائته ، و يتعلق الأمر هنا بالعيوب التقليدية للإرادة وهي الغلط و التدليس و الإكراه و الغبن الإستغلالي .

و قبل الدخول مما ورد في عيوب الرضى و جب التمييز بين فقدان الرضى و بين الرضى المعيب ، ففقدان الرضى يكون في حالة لو كان المتعاقد صبيا غير مميز ، مثلا ينتفي وجود الرضى و يفقد العقد ركنا من أركان انعقاده و هو الأهلية فيقع باطلا ، أما الرضى المعيب ففيه يوجد الرضى لكن إرادة أحد المتعاقدين لم تكن حرة سليمة ، و لم تصدر بينة و اختيار لذا فالعقد استجمع أركانه و تم انعقاده لكنه يلزم كم عيبت إرادته فهو عقد باطل .

و سنعرض لهذه العيوب على التوالي وهي :

الغلط (المحور الأول)

التدليس (المحور الثاني)

الإكراه (المحور الثالث)

الغبن (المحور الرابع)

المحور الأول : الغلط

الغلط هو توهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على خلاف حقيقته و يدفعه إلى التعاقد ، فالمتعاقد تحت وطأة الغلط لديه تصور كاذب يحمله على تصور كاذب يحمله على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو وقف على حقيقة الأمر .

وهكذا يصيب الغلط الإرادة عند إبرام التصرف فيسيرها وجهة تخالف الواقع الذي تخيله المتعاقد على غير حقيقته ، كأن يشتري شخص لوحة يظنها أثرية و إذا بها ليست كذلك ، أو يهب مالا لشخص يعتقد أنه قريب و إذا بالموهوب له شخص غريب ، لا يمت له بصلة القرابة ، و قد ظفر الغلط بتنظيم واف إذ خصه المشرع المغربي بست فصول هي من الفصل 40 إلى الفصل 45 كم قانون الإلتزامات و العقود .

أولا : النظرية التقليدية و الحديثة في الغلط

يتنازع موضوع الغلط نظريتان الأولى تقليدية و الثانية حديثة فماهي الخطوط المميزة لهما.

I : الغلط في النظرية التقليدية

يذهب أنصار النظرية التقليدية في الغلط إلى تقسيم هذا الأخير إلى غلط مانع و غلط مؤثر في الإرادة ، و آخر غير مؤثر في عنصر الإرادة .

1 – الغلط المانع

الغلط المانع يكون مانعا من التعاقد إذا انصب على هوية العقد أو طبيته كأن يقصد المتعاقد إبرام عقد البيع في الوقت الذي انصرفت فيه نية الطرف الثاني إلى إبرام عقد الهبة ، و يدخل في هذا النوع من الغلط ، الغلط في محل العقد كأن يقع البيع على شيء يعتقد البائع موجودا بينما هو هالك ، أو كأن يبيع شخص دار معينة فيعتقد المشتري أنه يشتري درا غيرها حتى يقع الغلط في ذاتية المحل .

كما يدخل في نطاق الغلط المانع ، ذلك الغلط الواقع في سبب الإلتزام ، و مثال ذلك كأن يتعهد الوارث بتسليم شيء موصى به إلى الموصى له تنفيذا للوصية ، ثم يتبين أن الوصية ملغاة بوصية لاحقة.

2 – الغلط المؤثر في عنصر الإرادة

يكون الغلط مؤثرا في عنصر التراضي إذا وقع على مادة الشيء محل التعاقد ، كأن يتم التعاقد على شراء أثاث منزلي من طراز معين ثم يتبين للمشتري على أن الأثاث مصنوع من مادة أخرى غير المادة التي تصور لها أثناء التعاقد ، و يدخل ضمن هذا النوع من الغلط أيضا حالات التوهم التي تحصل بخصوص شخصية المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد كطبيب مختص أو مهندس معماري بارز إلى غير ذلك من الشخصيات الأخرى .

3 – الغلط غير المجدي

يوجد نوع من الغلط لا يعتد به كعيب للرضى و لا يمس صحة التعاقد و قد اصطلح عليه أنصار النظرية التقليدية بالغلط غير المجدي ، و يكون في الحالات التالية :

- إذا تناول صفة غير جوهرية اي صفة ثانوية أو عرضية في الشيء المتعاقد عليه .
- إذا تناول الغلط شخص التعاقد أو صفته في الحالة التي تكون فيها شخصيته أو صفته محل اعتبار في العقد.
- إذا تناول الغلط في قيمة الشيء.
- إذا تناول الغلط مجرد البواعث التي حملت المتعاقد على التعاقد.
- إذا كان الغلط ماديا صرف كالغلط في الحساب .

ويرتب أنصار هذه النظرية التقليدية على هذا التصنيف أن الغلط إذا كان مانعا من التعاقد فإن مصير هذا العقد هو البطلان المطلق بحيث لا ينتج أي آثار قانونية في حق المتعاقدين أو الغير ، إلا ما استثناه المشرع بنص خاص ، أما بالنسبة لمصير العقد المشوب بغلط مؤثر في الإرادة فإنه يكون قابلا للإبطال لمصلحة الطرف الواقع في عيب الغلط ، أما النوع الثالث من الغلط وهو الذي لا تأثير له على عنصر التراضي فإنه لا يستوجب أي جزاء قانوني ، إذ يبقى العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية .

II : الغلط في النظرية الحديثة

خلافًا للنظرية التقليدية في الغلط ، فإن النظرية الحديثة نلاحظ أنها قد استغنت عن التقسيمات التي وضعها أنصار النظرية الأولى – النظرية التقليدية – وهكذا فلم يعد هناك موجب للإبقاء على الغلط المانع في إطار النظرية الحديثة ، أما بالنسبة للأنواع الأخرى من الغلط ، فإنها لا تعتد بها إلا إذا كان الغلط جوهريا و دافعا إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم على عملية العقد اصلا و أنه كان سيتفاوض وفق شروط مغايرة، فعملية تكيف الغلط الموجب للإبطال وفق النظرية الحديثة متروكة لتقدير القاضي ، والغلط الواحد قد يكون عيبا في الإرادة النسبة لبعض الأشخاص دون البعض ، لذلك فهو يعتمد المقياس أة المعيار الشخصي الذي يختلف من فرد لآخر .

ثانيا : موقف ق.ل.ع من النظريتين التقليدية والحديثة

يمكن القول منذ البداية أن قانون الالتزامات و العقود المغربي لئن كان قد تأثر بمقتضيات النظرية التقليدية في الغلط كأصل عام ، إلا أن ذلك لا يعني أنه رفض حلول النظرية الحديثة مطلقا و إنما اعتد ببعض قواعدها كما هو الشأن بالنسبة للغلط في القانون ، حيث جعله سببا للإبطال متى كان الغلط جوهريا ، ودافعا على التعاقد ، وذلك من سمة النظرية الحديثة طبعاً ، وقصد تكوين فكرة عامة عن موقف (ق.ل.ع.م) من الغلط كعيب في الغرادة فإننا سنتناوله في نقطتين ، الأولى نعالج فيها حالات الغلط في الواقع ، و الثانية نخصصها للغلط في القانون .

I : حالات الغلط في الواقع

بالرجوع إلى الفصلين 41 و 42 من ق.ل.ع.م نجد أن المشرع المغربي قد اعتبر كلا من الغلط في مادة الشيء محل التعاقد ، و كذا الغلط في شخص التعاقد ، و صفته ، أسباب تبرر الإبطال لمصلحة من وقع في غلط ، كما أن الغلط الذي يقع فيه الوسيط يخول للمتعاقد الذي كلفه بمهمة الوساطة إمكانية المطالبة بالإبطال و كأن الغلط وقع فيه شخصيا وهذا ما يشير إليه الفصل 45 ق.ل.ع.م .

1 - الغلط في مادة الشيء

ينص على هذا النوع من الغلط الفصل 41 من ق.ل.م.ع ، حيث يعرض لحالات متسعة جدا فيشمل الغلط في ذاتية الشيء ، كأن يبيع الشخص الدار الأولى و يظن الآخر أنه يشتري الدار الثانية ، كما يشمل الغلط مادة الشيء كأن يبيع التاجر حقيبة من الجلد الإصطناعي و يظن المشتري أنها من الجلد الطبيعي ، و يشمل أيضا الغلط في صفات الشيء الجوهرية إذا كانت هذه الصفات محل اعتبار المتعاقد و كانت هي الدافع إلى التعاقد ، و عليه فمن يشتري أنية ذهبية على أنها أثرية يسوغ له الطعن بالشراء إذا اتضح أن الأنية ليست أثرية حتى ولو كانت من الذهب الخالص .

هذا ولم يعتد المشرع المغربي بالغلط إلا إذا كان مشتركا أو كان المتعاقد الآخر سيء النية ، من حيث أنه كان على علم بالغلط إذ كان من السهل عليه ، تبينه ، و ترك المتعاقد الآخر فريسة للغلط دون أن ينبهه إليه كما تقضي قواعد حسن النية .

2 - الغلط في شخص المتعاقد و صفته

ينص على هذه الحالة (ف 42 ق.ل.ع.م) ، و هذا الغلط ينصب ينصب على صفة المتعاقد ، كأن يهب إنسان مالا لشخص يعتقد أنه قريب و إذا به ليس كذلك ، أو على شخص المتعاقد كأن يهب الإنسان مالا لإنسان معين و إذا بالموهوب له غير الشخص الذي كان الواهب أن يخصه بالهبة .

و الغلط سواء وقع في ذات الشخص أم في صفته فإنه يعيب الإرادة و يكون سببا للإبطال ، و لكن شرطا أساسيا يجب توفره في الغلط ليسوغ الإبطال ، هو أن يكون ذات الشخص أو صفته أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد أما إذا كانت ذات الشخص أو صفته غير جوهرية في نظر المتعاقد فإن الغلط يكون من نوع الغلط غير المنتج الذي لا يشكل سببا للإبطال .

و يعود للقاض تقدير ما إذا كانت ذات الشخص أو صفته محل اعتبار لدى التعاقد و يلتزم القاضي بهذه المهمة حسب ظروف كل قضية .

3 - الغلط الحاصل من الوسيط

يشير (ف 45 ق.ل.ع.م) إلى الحالة التي يستخدم فيها أحد المتعاقدين وسيطا في إبرام العقد فيقع هذا الوسيط في غلط يتعلق بالشيء أو بالشخص الذي استخدمه أمام المتعاقد الثاني الذي نقل إليه الإرادة و ذلك بحسب ما إذا أبقى على العقد .

و من الأمثلة : إذا كلف شخص وسيطا معا مهندس معين فإن الوسيط يتعاقد مع مهندس غيره ، فهنا يجوز لمن استخدم الوسيط أن يعتد بالغلط الذي وقع فيه هذا الأخير ، و يطالب بإبطال العقد ، أما في حالة وقوع الغلط نتيجة خطأ الوسيط لزم هذا الأخير بتعويض المضرور عن الضرر الذي سببه له (ف 77 ق.ل.ع.م) ، و تكون دائرة البرق هي المسؤولة عن وقوع الغلط لتحريف وقع مثلا في برقية فتلزم ه عندئذ بالتعويض (ف 79 ق.ل.ع.م) .

II : الغلط في القانون

يقصد بالغلط في القانون تلك الحالة التي يتعاقد فيها الشخص معتقداً بأن القانون يقضي فيها بحكم معين ثم يتبين له خلاف ذلك كان يوصي الشخص بنصف ماله لأحد من الغير ثم يظهر له أن سقف الوصية يجب أن لا يتجاوز مقدار ثلث المال ، والفصل 40 ق.ل.ع.م ينص على أن الغلط في القانون يخول إبطال الإلتزام : 1 - إذا كان هو السبب الوحيد والأساسي ، 2- إذا أمكن العذر عنه .

و انطلاقاً من (ف 40 ق.ل.ع.م) فإننا نميز بين الغلط في القانون و مبدأ عدم جواز الإعتداد بجهل القانون أولاً ، ثم نعقب ذلك ببيان الشروط اللازمة لقيام حالة الغلط في القانون ثانياً .

1 - تمييز الغلط في القانون عن مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

إن علاقة الغلط في القانون بمبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون هي علاقة تضاد في عمقها ، فإن كان الغلط في القانون يطالب بتطبيق النص القانوني بشأن حالته فإن من يعتذر بجهل القانون يحاول التهرب من تطبيق القانون في حقه ، كمن يدعي بجهل صدور قانون الضريبة على القيمة المضافة محاولة منه للتهرب من هذه الضريبة ، إذن عذر هذا الشخص غير مقبول على أساس أن القانون ملزم للجميع بمجرد استنفاده لمراحل الإشهار و النشر اللازمين لنفاذه ، وبالتالي فلا داعي للتستر وراء عامل الجهل الشخصي للمقتضيات التشريعية .

و خلافاً لما سبق فإن من يدعي الغلط في القانون يسعى إلى المطالبة بتطبيق القانون في حقه بإعتباره أنه كان معذوراً في جهله أثناء إبرام التصرف وذا ما سنراه في النقطة الموالية المتعلقة بشروط الغلط في القانون .

2- شروط الغلط في القانون

حتى يكون الغلط قابلاً للإبطال فإنه يتعين الشرطين المنصوص عليهما في (ف 40 ق.ل.ع.م) ، و يتعلق الأمر بكون الغلط هو السبب الوحيد أو على الأقل هو السبب الأساسي الذي دفع إلى التعاقد بمعنى أن المتعاقد ما كان ليتعاقد لو تكشف له الغلط، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الغلط مما يعذر عنه ، كان يكون المتنازل على حصته الإرثية شخصاً أمياً بلغ من السن عتياً و لا يفقه من أمور الدنيا شيئاً كما أنه لا يوجد نص قانوني يخول الغبطال في حالة معينة ، إذ عندها لا يمكن الإعتذار بالغلط و الطعن في التصرف على أساسه .

و في الأخير نشير إلى أن تقدير وجود الغلط و انتفاؤه ل يقوم على أساس ضوابط موضوعية بل يقوم على أساس معيار ذاتي يوجب التبصر في كل حالة من الحالات و مراعاة الظروف التي رافقت هذا العيب و الإعتداد على وجه الخصوص بسن المتعاقدين و وضعهم و ذكورتهم و أنوتتهم .

المحور الثاني : التدليس

التدليس هو استعمال أساليب احتيالية بقصد إيقاع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد ، فالشخص الذي يقدم على التعاقد بفعل التدليس يكون معيب الغرامة بسبب وقوعه في الغلط، إلا أن الغلط في هذه الحالة يختلف عن الغلط العادي في أن الغلط الأول يقع فيه المتعاقد نتيجة استعمال وسائل احتيالية من قبل الغير ن بينما يقع في الثاني بصفة تلقائية و دون تدخل من الغير ، فالتدليس هو الغلط المدبر .

هذا و يجب التمييز بين التدليس و الغش ، فالتدليس يصاحب تكوين العقد و هو الذي يدفع إلى التعاقد ، اما الغش فهو صنيعة تقع خارج نطاق العقد ، كأن يخلط الشخص الحليب بالماء ، و يعرضه للبيع على أنه حليب خالص ، و تجدر الإشارة إلى أنه عندما يقع الغش أثناء تنفيذ العقد و إلزام المتعاقد المرتكب للغش على تنفيذ العقد وفق مقتضياته هذا ما لم يفضل المتعاقد الذي كان ضحية الغش المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الغش الذي ارتكب بحقه.

اولا : شروط التدليس

للتدليس شروط ثلاث هي :

I : استعمال أساليب إحتيالية

1 – العنصر المادي : الأساليب المستعملة

إن الأساليب التي يمكن أن يستعملها المدلس للوصول إلى غرضه متنوعة و يمكن أن تتمثل في إستعمال وسائل مادية ، كتقديم وثائق مزورة أو شهادات كاذبة بقصد طس الحقيقة و تغليط المتعاقد ، كما يمكن أن تتمثل في الإلتجاء إلى الإدعاءات التضليلية ، لكن هذه الأخيرة لا تكون تدليسا إلا إذا تجاوزت الحدود العادية في وصف الشيء ، و على كل فإن ذلك يتعلق بوقائع كل قضية وملابساتها و بحالة المتعاقد وسنه و جنسه و مهنته و مستواه الثقافي .

كما يمكن أن تتمثل الأساليب المستعملة في مجرد الكذب أو الكتمان ، فالكذب يعتبر تدليسا إذا تعلق بواقعة معينة لها اعتبار عند التعاقد ، كما في المعلومات التي لها أهمية خاصة في العقد ، كما أن الكتمان يعتبر أسلوب احتيال عندما يتعلق الأمر بكتمان يلزم القانون أو طبيعة العقد ببيانها .

2 – العنصر المعنوي : نية التضليل

إن هذا العنصر نفسي يتمثل في قصد الإحتيال على شخص و إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد فإذا لم يوجد ذلك القصد فإن التدليس ينقي ، و مثاله ذلك التاجر الذي يمدح سلعته و يعدد مزاياها بقصد الترويج لها فهو يعتبر مدلسا لأنه لا يقصد تضليل الجمهور و إنما يريد إثارة الإنتباه لسلعته ثم إن نية التضليل هته لا يعتد بها ، إلا إذا كانت تهدف إلى تحقيق هدف غير مشروع .

II : أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد

يقصد بذلك أن يكون التدليس قد بلغ الدرجة التي جعلته يؤثر في إرادة الشخص و يظللها ، مما يدفع إلى التعاقد أما إذا لم يستطع التدليس أن يظلل الإرادة و لم يكن من شأنه إلا الزيادة في احتمالات التي يتحملها المتعاقد المدلس ، فإن هذا التدليس لا يعتبر معيبا للإرادة ، و لا يخول إبطال العقد و يسمى عندئذ بالتدليس غير الدافع .

وقد ميز ق.ل.ع.م بين التدليس الدافع و التدليس غير الدافع في (ف52 ، 53 ق.ل.ع.م) ، عندما نص ف 52 على أن التدليس يخول الإبطال إذا بلغت الوسائل المستعملة في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر ، في حين ورد في ف 53 أن التدليس يقع على توابع الإلتزام من غير أن يدفع إلى التحمل بل لا يمنح إلا الحق في التعويض .

III : أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به

طبقا ل (ف52 ق.ل.ع.م) فإنه لا يكفي لقيام التدليس استعمال الأساليب الإحتيالية بنية التضليل لدفع الآخر إلى التعاقد ، و إنما يجب أن يكون هذا الإستعمال قد تم من طرف المتعاقد نفسه أو من طرف نائبه أو من طرف شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه ، أو من شخص من الغير إذا كان المتعاقد الذي يستفيد منه عالما به ، أما إذا كان استعمال الأساليب الإحتيالية من طرف الغير و دون أن يعلم بهذا الطرف الذي يستفيد منه فلا يكون هناك تدليس لإنتفاء النية ، و لا يصلح لضحية التدليس طلب إبطال العقد .

ثانيا : آثار التدليس

إذا تحقق التدليس و كان هو الدافع إلى التعاقد فإنه يعطي الحق للمدلس عليه، في طلب إبطال العقد و يعتبر التدليس معيبا للإرادة و يعطي الحق في طلب الإبطال و لو أعقبته ظروف خاصة حرمت صاحبه من الفائدة المرجوة من تدليسه الصادر عن حيله .

و حيث أن إبطال العقد لا يستطيع أن يصلح جميع الأضرار التي يتعرض لها المدلس عليه بفعل التدليس فإن من حق هذا الأخير بالإضافة إلى ذلك أن يحصل على تعويض الأضرار المذكورة .

أما إذا تحقق التدليس و لكنه لم يكن هو الدافع إلى التعاقد أي مجرد تدليس غير دافع، فإنه لا يعطي الحق للمدلس عليه في طلب الإبطال، و إنما يعطيه فقط الحق في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب هذا التدليس .

المحور الثالث : الإكراه

عرف الفصل 46 ق.ل.ع.م الإكراه بأنه إجبار غير مشروع ينصب على الشخص لإرهابه و التأثير على إرادته ،حتى يقوم بتصرف قانوني ماكان ليقوم به لولا هذا الترهيب و التخويف .

ومثاله أن يهدد شخص شخصا آخر بالضرب أو القتل أو يهدده بالإعتداء على عرضه أو على ولده ، أو يهدده بإتلاف ماله حتى يحمله على التنازل .

و لكي يكون الإكراه موجب للإبطال يجب ان يتوافر على الشروط التالية:

1 – استعمال وسيلة تهديد

إن أساس قيام الإكراه هو استعمال وسيلة تهديد لخلق الرهبة في نفس الشخص و دفعه على التعاقد ، و يعتبر أن هناك تهديدا إذا كانت الوسيلة المستعملة من شأنها أن تحدث ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو خوفا من تعريض النفس أو الشرف أو المال لضرر كبير (الفقرة الثانية من الفصل 47 من ق.ل.ع.م) ، أما إذا لم تنتج الوسيلة في إحداث الرهبة في نفس الشخص فإن الأمر لا يعتبر إكراها لأن العبرة ليست بالوسيلة المستعملة ، بل بالأثر الذي تتركه في الشخص الممارسة عليه.

ثم إن التهديد ليس من الضروري أن يقع على المتعاقد نفسه حتى ينشأ حالة الإكراه ، و إنما من الممكن أن ينشأ الإكراه حتى يقع فيها على شخص يرتبط عن قرب من المتعاقد بعلاقة دم كما ينص(الفصل 50 من ق.ل.ع.م) .

و ليس من الضروري أن يباشر التهديد من طرف المتعاقد نفسه و إنما يمكن أن يكون من فعل شخص أجنبي عن المتعاقد الذي وقع الإتفاق لمنفعته شرط أن يتم ذلك بعلمه .

2 – أن تكون الوسيلة المتبعة في الإكراه بعثت الرهبة في نفس المكره

ليست بالعبرة في الإكراه بالوسيلة التي اتبعت للضغط على المكره ، و إنما العبرة لما بعثته هذه الوسيلة من رهبة في نفس المكره و تجعله يتصور أن خطرا جسيما يهدده ، و ضررا عظيما ينتظره ، و تقدير جسامة الخطر و عضم الضرر ، و بالتالي ما بعث ذلك من رهبة في النفس ، هو الوسائل الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع و معيار التقدير الذاتي هنا يتبع حالة الشخص و الظروف المحيطة به .

و لا يشترط في الخطر الذي يولد الرهبة في النفس أن يكون واقعا على المتعاقد نفسه بل يمكن أن يكون الخطر محدقا بشخص آخر يحرص المتعاقد على إنفاذه (الفصل 50 من ق.ل.ع.م) .

و يعتقد أغلب الفقه بالمغرب أن العبرة يجب أن تكون قبل كل شيء الرهبة التي تولدت في نفس المتعاقد و لما يتركه الخطر المحدق بالخير من أثر في نفسه ، فقد يكون شخص غريب لا يرتبط به برابطة القرابة أعز عليه من شخص قريب، لذلك يرجع الفقه في المغرب إلى عدم إضفاء طابع حصري على الفصل 50 من ق.ل.ع.م.

3 – أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد

يجب أن يكون استعمال وسائل التهديد هو الذي دفع بالشخص إلى التعاقد مما يفسر أنه لو تركت له الحرية والاختيار و لم تستعمل ضده وسائل التهديد لما أقدم على التعاقد مما يفسر أن إرادة المتعاقد المكره معيبة و ليست حرة مختارة ، أما إذا كان الشخص مقدما على التعاقد مما يفسر أن إرادة المتعاقد سواء تعرض لتهديد أم لم يتعرض فإن إرادته لا تكون معيبة ولا نكون أمام إكراه منتج .

4 – أن يكون الإكراه غير شرعي

لنكون أمام إكراه يعيب الإرادة لا يكفي أن يكون هناك تهديد و أن يكون هو الدافع إلى التعاقد بل يدب أن يكون هذا التهديد أو الإكراه غير مشروع .

و يكون الإكراه غير مشروع إذا كان الغرض الذي يسعى إليه المتعاقد الآخر غير مشروع ، و لا يهم أن تكون الوسيلة المستعملة مشروعة أو غير مشروعة ، أما إذا كان الضغط يهدف إلى تحقيق غرض مشروع فلا تتحقق فكرة الإكراه حتى لو كانت وسيلة الضغط غير مشروعة (الفصل 46 من ق.ل.ع.م) .

و هكذا نكون أمام الإكراه إذا استعمل أحد وسيلة مشروعة كالتهديد بالمطالبة القضائية أو باتخاذ إجراءات قانونية من أجل الوصول إلى غرض غير مشروع كأن يفاجئ المشتري بئعه و هو يغير البضاعة المباعة فيهدده بالتبليغ عن الجريمة أن يدفع له مبلغ طائل دون وجه حق ، و أشار المشرع لهذه الوضعية في الفصل 48 من ق.ل.ع.م .

المحور الرابع : الغبن و حالات المرض و الحالات المشابهة (الإستغلال)

تعتبر نظرية الغبن من النظريات التي كانت و لا تزال محورا للكثير من المناقشات الفقهية الحادة ، و نتيجة لعدم استقرار رجال القانون على فكرة موحدة بشأن الغبن المبرر للإبطال فإن جل التشريعات المعاصرة لم تجعل من الغبن المجرد عيبا عاما في الإرادة ، و إنما حصرت نطاق الإبطال في حالات معينة بذاتها ، و هذا هو موقف ق.ل.ع.م ، و القانون المدني الفرنسي، و غيرهما من التقنيات التي تأثرت بمدونة نابوليون، كقانون الموجبات اللبناني و مجلة الإلتزامات و العقود التونسية ، و في مقابل ذلك فإن هناك بعض التشريعات الأخرى تجاوزت حدود النظرية التقليدية و أخذت بالإستغلال .

و قبل الدخول في صلب الموضوع و جب علينا في البداية تعريف الغبن ، فهذا الأخير هو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد و ما يعطيه ، و لا يتصور وجود الغبن إلا في عقود المعاوضة غير الإحتتمالية أي المحددة ، أما العقود التبرعية و العقود الإحتتمالية فلا يتصور فيها غبن بطبيعتها ثم إن الغبن مبدئيا يتحقق بمجرد التفاوت بين ما يأخذه المتعاقد و ما يعطيه و حتى لو كانت نية العاقد المغبون سليمة .

أولا : النظرية التقليدية للغبن

تأثر القانون المدني المغربي بالنزعة الفردية التي كانت سائدة إبان وضع القانون المدني الفرنسي فلم يعتد بالغبن إلا في حالات استثنائية وردت في القانون على سبيل الحصر، إذ اعتبر الغبن في هذه الحالات عيبا في العقد يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفعه .

و لقد خص المشرع المغربي الغبن بالفصلين 55 و 56 من ق.ل.ع.م ، و يتضح ذلك من خلال هذين الفصلين أن المشرع المغربي لم يعتد بالغبن باعتباره عيبا عاما ينبسط على جميع العقود كالإكراه و التدليس و الغلط و إنما قيد ذلك باقتران الغبن بالتدليس، و لم يأخذ بهذه النظرية إلا في عقود محدودة ، كالغبن الذي يلحق ناقص الأهلية ، و كعقد القرض بفائدة ، و كالغبن الذي يلحق عقد الشركة .

I : الغبن المجرد

لا يتصور الغبن المجرد في عقود التبرعات إذ من المفروض فيها أن أحد المتعاقدان أن لا يعطي مقابلا لما يأخذ، كما لا يتصور في العقود الإحتتمالية كعقود التأمين، لأنها قائمة بطبيعتها على الغبن.

و القاعدة العامة أن الغبن الفاحش لا يعتد به في التشريع المغربي ، ذلك أن الفرد حر في ميدان المعاملات و أن لإرادته أكبر سلطان في العقود، فمتى أبرم العقد و كان رضاؤه صحيح التزم بتعهداته و لا يستطيع الفكك منها بحجة أنه كان مغلوا في تعاقد.

II : الغبن المقرون بالتدليس

التدليس المنتج للغبن يعول عليه كسبب للإبطال سواء صدر من المتعاقد المستفيد من الغبن أو صدر عن غيره أو بالتواطؤ معه .

و الغبن الناتج هن التدليس يشكل عيبا في العقد يعطي الحق في طلب الإبطال سواء كان هذا التدليس دافعا بالطرف المغبون إلى التعاقد أو كان عارضا لم يحدث هذه النتيجة .

III : حالة الغبن الذي يصيب القاصرين

أجاز التشريع المدني المغربي طلب إبطال العقد للغبن المجرد من التدليس و ذلك على وجه الإستثناء، إذا لحق بقاصر ، أو بناقص أهلية حتى ولو تعاقد وفقا للأوضاع القانونية ، و في هذا الإطار هناك سبب احتياطي للطرف المغبون يرجع إلى أن العقود التي يبرمها القاصر أو ناقص الأهلية مع الغير يكون مصيرها القابلية للإبطال سواء تعلق الأمر بالعقد المشوب بالغبن أو بغيره من العقود الأخرى (الفصل 56 ق.ل.ع.م) ، إلى في الفرضيات التي يقتدر فيها الغبن بالعقود التي يبرمها النائب القانوني عن القاصر إذ يتقرر الغبطال لفائدة القاصر أو ناقص الأهلية بالرغم من التمثيل الشرعي الذي يحظى به هؤلاء .

ثانيا . النظرية الحديثة في الغبن

I : أساس نظرية الغبن الإستغلالي

لتحقق الإستغلال الذي يعيب الإرادة لابد من توفر شرطين أو عنصرين :

أولهما : العنصر المادي أو الموضوعي ، هو عبارة عن اختلال التعادل اختلالا فادحا بينما يحصل عليه المتعاقد المغبون من فائدة و ما يتحصل عليه من إلتزامات ، و يراعى في التقدير ما يساويه الشيء في اعتبار المتعاقد، و ليس بالقيمة المادية فقط ، أي إلى جانب القيمة المادية ، القيمة الشخصية للشيء .

ثانيهما : العنصر النفسي (الذاتي) ، هو استغلال المتعاقد ضعف أو طيش بين أو هوى جامح في نفس المتعاقد الآخر ، و الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع و سوء التقدير، و الهوى الجامح رغبة شديدة تعمي الشخص عن تبين ماهو في صالحه .

II : مدى أخذ ق.ل.ع.م بنظرية الغبن الإستغلالي

إن النظرية الحديثة للغبن تركز على فكرة الغبن الإستغلالي، هذه النظرية يمكن تطبيقها في المغرب في الحالات التي تقضي التشريعات الحديثة بموجب الأخذ بها (الفصل 54 ق.ل.ع.م) ، ففي ضوء هذا الفصل ، إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل مرض المتعاقد الآخر أو ضعفه أو طيشه البين، أو هواه الجامح أو حاجته الماسة ، و أبرم عقد لا تتعادل في إلتزامات الطرفين بل ينطوي على غبن أحدهما غبنا فاحشا ، فإن الطرف المغبون غبنا استغلاليا يسوغ له المطالبة بإبطال العقد و لاسيما أن المشرع منح القاضي سلطة واسعة في هذا المجال .

و جدير بالملاحظة أن (الفصل 878 ق.ل.ع.م) لا يحتم على المحكمة إبطال الشروط و الإلتفاقيات المشوبة بالغبن الإستغلالي، بل أجازت لها أن تكتفي بالإلتزامات المغبون بحيث يرفع الغبن عنه .

و بالنظر لما لفكرة الغبن الإستغلالي بصورة عامة ، سواء من حيث سلطة القاضي في الخيار بين إبطال العقد و إنقاص إلتزامات الطرف المغبون ، أم من حيث المدة التي يجب أن تقام خلالها الدعوى ، أم من حيث منح الطرف المقامة عليه دعوى الإبطال في عقود المعاوضة أن يتوقى الإبطال إنت عرض ما يراه القاضي مافيا لرفع الغبن .

الأهلية و المحل و السبب
و ركن الشكلية في العقود الشكلية
و ركن التسليم في العقود العينية

تقديم:

لقد تعددت تعريف العقد القانونية، خصوصا أن الفقه هو من يقدم هذه التعاريف لأن طبيعة التعريف تخص الفقه و القضاء أحيانا، ولعل السريكمين في طبيعة التعريف و تغير المفاهيم القانونية و تطور الحياة الاقتصادية التي تنتج لنا عقودا جديدة. و التعريف الذي يمكن أن نقدمه للعقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يهدف إنتاج التزام أو نقله أو إنجائه أو تعديله¹، و من مميزات هذا التعريف أن العقد يستلزم وجود أكثر من إرادة واحدة. و الأخذ بالمفهوم الواسع للعقد، و تجاوز التفرقة التقليدية العقيمة بين العقد و الاتفاق و ليس كما فعل الفقيه الفرنسي "جاستان" عندما عرف العقد على أنه : " تعهد أو تطابق الإرادات من أجل إنتاج آثار قانونية". و يرى بعض الباحثين والفقهاء على أنه ليس هناك ضرورة للتفرقة بين المصطلحين لكونهما يعبران عن نفس المعنى².

إن عناصر العقد تشمل كل من توافر الإرادتين وتوافقهما و هدف التوافق و أيضا مجال التوافق³. والعقد يصنف تصنيفات كثيرة تبعا للواجهة التي ينظر منها للعقد، وأهم هذه التصنيفات العقود المسماة و العقود غير المسماة، و العقود التبادلية و العقود غير التبادلية و عقود المعاوضة و عقود التبرع.

و كل هذه العقود لقيامها أفرد لها المشرع أركانا خاصة كالتراضي والأهلية وركن الشكل في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، لكي يقع العقد صحيحا وتختلف واحد من هذه الشروط تعني إمكانية إبطال العقد أو بطلانه في كثير من الحالات، و بالتالي فسخ العقد وعدم اكتسابه الصفة القانونية وانعدام أثره، و في هذا الصدد سنسلط الضوء على هذه الأركان و هي: الأهلية والمحل والسبب وركن الشكلية في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية.

¹ - د.العراي عبد القادر، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الثانية 2005، ص

² - د.مصطفى حيتي، عبد الرحمن اسامة، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى 2004، ص

³ - د.مصطفى حيتي، مرجع سابق، ص:42.

- فما المقصود بهذه الأركان؟
- و ما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيها ليكون العقد صحيحا؟
- و كيف تناول المشرع المغربي كل من ركني الشكلية و التسليم ؟

سنعالج كل هذه الأسئلة من خلال التصميم التالي :

المبحث الأول: الأهلية و المحل و السبب

المبحث الثاني: ركن الشكلية و ركن التسليم.

المبحث الأول: الأهلية والمحل والسبب.

حتى يصدر العقد صحيحا وينتج كافة آثاره القانونية لابد من توفر مجموعة من الأركان اللازمة لصحة الانعقاد، وهي التي حددها المشرع على سبيل الحصر في الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود، ومن أهمها نجد كل من أهلية التعاقد التي تختلف بخصوصها مع الفقه الحديث من حيث اعتبارها ركنا من أركان العقد (المطلب الأول)، ثم الشيء الذي يصلح أن يكون محلا للالتزام (المطلب الثاني)، والسبب أو الغرض المباشر للالتزام (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الأهلية

الأهلية في اللغة هي الصلاحية أو الجدارة أو الكفاءة لأمر من الأمور، وبذلك يقال لأهلية للأمر أي الصلاحية له، وفلان أهل لكذا إذا كان مستوجبا له. أي يكون الشخص صالحا لصدور شيء وطلبه منه وقبوله إياه.

وفي الاصطلاح هي قابلية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، ولأن يمارس بنفسه التصرفات التي تمكنه من كسب الأولى وتحمل الثانية⁴.
فالأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء⁵.

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه وهي ملازمة للشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته حيا إلى حين وفاته، بل وقد تبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق والتحمل بالالتزامات على وجه يعتد به قانونا⁶.

⁴ 57- د. نزهة الخدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة تطوان، الطبعة الأولى، ص:

⁵ من مدونة الأسرة: الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء 206- المادة

حياته ولا يمكن حرمانه منها
من م أ: أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها 208 المادة

وأسباب نقصانها أو انعدامها
⁶ 136، ص: 1976- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات على ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية

وأهلية الأداء هي ما تهمنا مادام أن بحثنا ينصب حول أهلية التعاقد، أو بصورة أدق أهلية الالتزام، وقد نظم المشرع المغربي أحكام الأهلية في الفصول من 3 إلى 13، موضحا أن الأهلية المدنية للشخص تخضع لقانون أحواله الشخصية، وأن كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بخلاف ذلك⁷.

والمراد بمدونة الأحوال الشخصية أي مدونة الأسرة حاليا، حيث خص المشرع المغربي موضوع الأهلية بتنظيم قانوني من خلال الكتاب الرابع تحت عنوان الأهلية و النيابة الشرعية وذلك من المادة 206 وصولا للمادة 276.

فالمشرع المغربي على خلاف ما ذهب إليه الفقه الحديث من حيث اعتبار الأهلية شرطا من شروط صحة العقد، فإنه قد نظمها على أساس كونها ركن من أركان العقد كما جاء بالفصل 3 من ق.ل.ع السالف الذكر، ورتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا.

فإذا كان الأصل في الشخص كمال الأهلية كما جاء في الفصل 3 من ق.ل.ع (الفقرة الأولى)، فإنه يلزمنا الوقوف على بعض الحالات الأخرى التي نظمها المشرع المغربي سواء تلك المتعلقة بنقصان الأهلية (الفقرة الثانية)، أو حتى الحالة التي تنعدم فيها هذه الأهلية (الفقرة الثالثة)، مع عدم إغفال الاستثناء المتعلق بالصغير المميز المأذون له بمقتضى حكم قضائي (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: كمال الأهلية وأثاره على التصرفات القانونية.

يقصد بمرحلة كمال الأهلية أي المرحلة التي يبلغ فيها الفتى أو الفتاة ثمانية عشر سنة، فيصبح بذلك راشدا بحكم القانون وأهلا لمباشرة جميع التصرفات القانونية، ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية⁸. كما جاء بالمادة 209 من مدونة الأسرة⁹.

وإذا كان المشرع المغربي قد نص من خلال الفصل 3 من قانون الالتزامات و العقود في فقرته الثانية على أن " كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون

⁷ من ظهير الالتزامات والعقود-3 الفصل
8- 173، ص: 2015 أيت الحاج مرزوق، الوجيز في نظرية الالتزام، مطبعة دار أبي رقرق، طبعة
9. سنة شمسية كاملة 18 : سن الرشد القانوني 209- المادة

أحواله الشخصية بغير ذلك"، فالأصل في الشخص كمال الأهلية، ولا يمكن اعتبار أي شخص ناقص أو منعدم الأهلية إلا بمقتضى نص خاص في القانون.

ولما كان كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الثابت أصلا، فإن على من يدعي عدم الأهلية أن يثبت ما يدعيه، فإذا قامت البيئة على فقدان الأهلية أو نقصها كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، ولا يسمع من الطرف الآخر احتجاجه بأنه كان يعتقد أن من كان يتعاقد معه كامل الأهلية¹⁰.

وحيث أن للأهلية ارتباط بالنظام العام، فليس لأي شخص عن طريق الاتفاق أن يمنح شخصا آخر أهلية لم يقررها له القانون أو حرمانه من أهلية منحه إياها القانون، كما لو اتفق مثلا شخص مع آخر على أن يتنازل له عن أهليته في التصرف في عقار له، كان تنازله باطلا. أو كما لو باع قاصرا عقارا وتعهد للمشتري بعدم الطعن في صحة البيع عند بلوغه سن الرشد القانون، ففي هذه الحالة أيضا كان تعهده باطلا. أو إذا قرر النائب الشرعي أن يسلم القاصر أمواله قصد إدارتها والتصرف فيها وذلك مند بلوغه الخامسة عشرة، وكان القانون يطلب بلوغه الثامنة عشرة كانت هذه الموافقة باطلة وخالية من أي أثر قانوني، ما لم يكن هذا القاصر تم ترشيده من طرف القاضي.

وإذا كان الأصل في الشخص كمال الأهلية، فإن هناك حالة أخرى تنقص فيها هذه الأهلية دون أن تنعدم، وهي التي سنحاول الوقوف عنها في الفقرة الموالية.

الفترة الثانية: نقصان الأهلية وأثره على التصرفات القانونية.

حسب المادة 213 من مدونة الأسرة يعتبر ناقص الأهلية الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ثم السفية والمعتوه.

فطبقا للمادة 214 من مدونة الأسرة يعتبر صغيرا مميزا ذلك الذي بلغ سن التمييز المحدد في 12 سنة شمسية كاملة، ولم يبلغ يبلغ سن الرشد القانوني المحدد في 18 سنة شمسية كاملة¹¹، كما جاء بالمادة 209 من نفس المدونة السالفة الذكر.

137.10- مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص:
11 "سنة شمسية كاملة 18 من مدونة الأسرة: "سن الرشد القانوني 209- المادة

أما بخصوص السفية، وبالرجوع للمادة 215 من مدونة الأسرة فهو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة منه، وفيما يعتبره العقلاء عبثا، بشكل يضر به وبعائلته.

أما المعتوه فهو المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تصرفاته وتفكيره، كما جاء بالمادة 216 من م.أ.

وقد فسر المشرع تصرفات ناقص الأهلية بالشكل الذي فيه مصلحته، أجاز له إبرام التصرفات النافعة له نفعا محضا، ومنعه من إنشاء التصرفات الضارة به، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لاحتمال الربح والخسارة فيها فإنه قد جعلها قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية.

1- فبالنسبة للتصرفات النافعة لناقص الأهلية نجد أن له الحق في الموافقة على الهبة الخالصة غير المثقلة بالتزام مقابل، كما وأن له الحق في الاستفادة من الوصايا والالتزامات التي تهدف إلى تبرئة ذمته من الديون.

2- أما بخصوص التصرفات الضارة بناقص الأهلية، فإنه لا يجوز الاعتداد بها وتكون غير منتجة لأثارها سواء أبرمها بنفسه أو بمساعدة وليه القانوني لأنها تضعف من ذمته المالية خصوصا ما ينصب منها على جانب التبرعات.

ج- أما النوع الثالث من التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية وهي التي تتراوح بين احتمال الربح والخسارة كالبيوع والمقايضات والمضاربات التجارية، فإن الأصل فيها هو الجواز إذا جلبت مصلحة لناقص الأهلية، وتكون قابلة للإبطال لفائدته إذا كانت في مصلحة من تعاقد معه، بحيث يحق لنائبه القانوني أن يطالب بتقرير الإبطال، وفي حالة عدم وجوده فإنه يكون من حق ناقص الأهلية أن يطالب بالإبطال عند بلوغه سن الرشد¹².

وهكذا يختلف حكم التصرفات التي يجريها ناقص الأهلية باختلاف نوع التصرف، فتعتبر صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة إذا كانت ضارة ضررا محضا،

¹² 95، ص: 1994- عبد القادر العرعري، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي، نظرية العقد، دار القلم، طبعة

ومتوقفة على إجازة النائب الشرعي في حالة التصرفات العرضية أي التي تدور بين النفع والضرر.

إذا كانت تصرفات ناقص الأهلية تختلف باختلاف نوع التصرف، فإن الأمر يختلف في حالة إنعدام أهليته، حيث تعتبر تصرفاته باطلة ومجردة من أي أثر قانوني، وهو ما سنحاول الوقوف عليه في الفقرة الثالثة.

الفقرة الثالثة: انعدام الأهلية وأثره على التصرفات القانونية.

يعتبر عديم أهلية الأداء حسب المادة 217 من م.أ "الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز والمجنون وفاقد العقل".

فالصغير غير المميز هو الذي لم يبلغ الثانية عشر (12) من عمره (م 214 م.أ) و المجنون هو فاقد العقل، سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا، بحيث تعتريه فترات يؤوب فيها عقله، ويعتبر كامل الأهلية في الفترات التي يرجع إليه فيها عقله¹³

أما بخصوص أهلية المجنون فهي معدومة، لأنه فاقد للتمييز لذا تحجر عليه المحكمة، وجميع تصرفات المجنون تصبح باطلة بعد قرار الحجر، وحتى قبل تسجيله إذا شاع خبر جنونه¹⁴.

بالنسبة للشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية جزئية أو متقطعة، فإنه يعتبر كامل الأهلية خلال الفترة التي يعود عقله فيها كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 217 من م.أ.

وحسب ما جاء بالمادة 224 من م.أ¹⁵ فإن جميع التصرفات التي يبرمها عديم الأهلية تعد باطلة ولا تنتج أي أثر قانوني، سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو ضارة له ضررا محضا، أو حتى إذا كانت تدور بين النفع والضرر.

37.13، ص: 2010- الدكتور محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الأولى 14. 174- آيت الجاج مرزوق، مرجع سابق، ص: 15 "من م.أ: "تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر 224- المادة

والتصرف النافع نفعا محضا هو الذي يخول من يباشره حقوقا دون أن يحمله بأي التزام، مثلا هبة بدون عوض بالنسبة للموهوب له وهو ما يعرف بأهلية الاغتناء.

أما التصرف الضار ضررا محضا فهو الذي يحمل من يباشره بالتزامات دون أن يخوله حقوقا، وذلك كالهبة بدون عوض بالنسبة للواهب، والوصية بالنسبة للموصي، وهو ما يعرف بأهلية الافتقار.

أما التصرف الذي يدور بين النفع والضرر فهو الذي يحتمل بحسب وضعه الربح و الخسارة، ويشتمل بالخصوص التصرفات المتعلقة بإدارة الأموال كالبيع والإيجار.

فانعدام أو فقدان الأهلية يجرّد الشخص حتى من أهلية الاغتناء، أي أهلية اكتساب الحقوق دون التحمل بأي التزام، بحيث تكون جميع تصرفاته باطلة ولا تنتج أي أثر قانوني¹⁶.

إن الصغير غير المميز والمجنون يعتبران فاقدا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازمهما كما الراشد والمتمتع بقواه العقلية، ولما كان تمتعهما بأهلية الوجوب قد يرتب لهما حقوقا أو يرتب عليهما التزامات، وكان يمنع عليهما بحكم القانون مباشرة حقوقهما بنفسهما، أصبح لزاما أن ينوب عنهما في ذلك حسب الأحوال ولي أو وصي أو مقدم¹⁷.

ولما كان الأصل هو عدم أهلية القاصر الذي لم يبلغ 18 سنة شمسية كاملة، غير أن هناك استثناء أجاز فيه المشرع للقاصر بأن يكون أهلا للإلزام والالتزام، بأن يبرم التصرفات القانونية، وأن يتصرف في جزء من أمواله على سبيل التجربة، وذلك بعد ترشيده من طرف القاضي، وهذه الحالة الأخيرة هي ما سنحاول أن نتوقف عنها في الفقرة الرابعة.

الفقرة الرابعة: حالة المميز المأذون له بحكم قضائي.

لقد عرضت التشريعات المدنية ومنها التشريع المغربي لأهلية إدارة الأموال على سبيل التجربة والاختبار، لأهمية هذا الإجراء بالنسبة لفئة معينة من ناقصي الأهلية

¹⁶ 60- نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص:
¹⁷ 142- مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص:

الذين توفر فيهم الشرطان الآتيان:

أ- أن يتعلق الأمر بصغير مميز بالغ من العمر 16 سنة على الأقل.

ب- أن تظهر على هذا الفتى مخايل الرشد التي تنبئ على أنه يملك بعض الإمكانات التي يفتقد إليها أقرانه من نفس العمر¹⁸.

وإذا أتم الصغير خمسة عشر سنة، أو بلغ الصغير السادسة عشرة من عمره وظهرت عليه علامات الرشد، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده، ولا ترد دعواه بحجة عدم أهليته، كما يمكن للنائب الشرعي أيا كان أما أو وصيا أو مقدما أن يطلب من المحكمة ترشيده الصغير الذي بلغ السن المذكور أعلاه أنس منه الرشد، فيسلم له مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له وامتحانا منه لسن التمييز الذي يتمتع فيه بالأهلية الكاملة لمباشرة حقوقه دون قيد، وتبقى مسؤولية الصغير المأذون في الرأي الراجح فقها محدودة في نطاق الأموال التي سلمت له، وذلك منعا لاندفاع الصغير في مضاربات قد تؤدي الى ضياع جزء كبير من أمواله¹⁹.

كما وأن الإذن الممنوح للقاصر المميز يجوز في أي وقت بإذن المحكمة وبعد سماع أقوال القاصر، إلغاؤه إذا توافرت هناك أسباب خطيرة تبرر هذا الإلغاء، كأن يكون القاصر أساء إدارة أمواله، أو تكون التجارة الذي أذن له بتعاطيها ألحقت به خسائر فادحة بسبب سوء تصرفه، ففي هذه الحالة لا يكون أثر بالنسبة للأعمال أو التصرفات التي شرع فيها القاصر قبل حصول الإلغاء (المادة 8 قانون الالتزامات والعقود)²⁰.

وهكذا نكون قد توقفنا على أحكام الأهلية كما نظمها المشرع المغربي باعتبارها ركنا من أركان العقد، سواء من خلال قانون الالتزامات والعقود من الفصل 3 وصولا للفصل 13، أو حتى من خلال الكتاب الرابع من مدونة الأسرة من المادة 206 الى المادة 276 تحت عنوان الأهلية والنيابة الشرعية.

¹⁸ 95- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص:

¹⁹ 172- آيت الحاج مرزوق، مرجع سابق، ص:

²⁰ 151- مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص

المطلب الثاني: المحل l'objet

يعتبر محل الالتزام تعاقدى شرطاً ضرورياً لقيام العقد، سنحاول في هذا المطلب أن نعطي تعريفاً له (الفقرة الأولى)، ثم الشروط الواجب توافرها فيه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم المحل

سنحاول في هذه الفقرة أن نعرف بمحل الالتزام (أولاً)، ثم بعد ذلك سنتقل إلى التمييز بين محل الالتزام ومحل العقد (ثانياً).

أولاً: تعريف المحل

محل العقد أو موضوعه هو إنشاء الالتزام حيث يقصد بمحل الالتزام²¹ هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. وهذا الأداء يكون إما من قبيل إعطاء شيء أي نقل ملكية أو أي حق عيني آخر obligation de donner إما قبيل القيام بعمل بما فيه تسليم الشيء دون نقل ملكيته obligation de faire وإما من قبيل الإمتناع القيام بعمل Obligation de ne pas faire²²

فالعقد كما بينت الإشارة هو توافق إرادتين على إنشاء الالتزامات، ولذلك فإن إنشاء الالتزام هو موضوع العقد أو محله. فالالتزامات قد تنشأ على عاتق كل المتعاقدين كما في العقود التبادلية كعقد البيع مثلاً أو على عاتق أحد المتعاقدين دون الآخر كما في العقود غير التبادلية مثل الوديعة والهبة.

والالتزام بدوره لا ينشئ إلا إذا كان له موضوع أو محل، ومحل الالتزام كما قلنا هو عمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني²³.

فتعريف كل من محل العقد و محل الالتزام يستدعي منا التمييز بين محل العقد و محل الالتزام.

²¹ 39- محمد صبحي مذكرات في نظرية الالتزامات ص
²² 151- مأمون الكزبري النظرية العامة نظرية الالتزامات و العقود المغربي الجزء الأول " الطبعة الثانية ص
²³ 159 ص 2004- مصطفى حيتي وعبد الرحمن أسامة "النظرية العامة للالتزامات طبعة

ثانيا: التمييز بين محل العقد وبين محل الالتزام

يأخذ على القانون الفرنسي أنه يخلط بين محل العقد و بين محل الالتزام الناشئ عن العقد مع أنه يجب التفريق بين هذا المحل وذاك، فمحل العقد هو دوما وأبدا يقع على إنشاء الالتزام أو أكثر و يقع على أحد المتعاقدين دون الآخر في العقود الغير التبادلية كالهبة والوديعة مثلا، أو يقع على كل المتعاقدين في العقود التبادلية كما في البيع.

أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهذا الأداء يكون إما من قبيل إعطاء شيء كنقل الملكية مثلا، وإما من قبيل القيام بعمل بما فيه تسليم الشيء دون نقل ملكيته وإما الامتناع عن القيام بعمل²⁴.

فمحل الالتزام، على ما يتبين قد يكون إيجابيا كما في إعطاء شيء أو القيام بعمل، وقد يكون سلبيا كما في الامتناع عن القيام بعمل.

فمن خلال هذا يمكن القول أن قانون الالتزامات والعقود اعتبر المحل ركنا في الالتزام وليس في العقد، وهذا ما أكد عليه الفصل الثاني من ق.ل.ع

الفقرة الثانية: الشروط القانونية للمحل

بدأ قانون الالتزامات والعقود بالنص - في المادة 57- على وجوب أن يكون المحل مشروعا أي جائز التعامل فيه، ثم أوجب - في المادة 58- أن يكون المحل معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين، وأخيرا اشترطت المواد 59 و60 و61 أن يكون المحل ممكناً أو موجوداً.

إذا من خلال هذه الفصول نجد المشرع قد حدد شروطا لا بد من توافرها في محل الالتزام الإرادي وذلك تحت طائلة بطلان العقد بطلانا مطلقا وهذه الشروط سنتكلم عنها وفقا للترتيب الذي أورده القانون وهو كالتالي:

²⁴152- ذ.مأمون الكزبري، المرجع السابق ص

- أولا: أن يكون المحل مشروعاً.

- ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين.

- ثالثاً: أن يكون المحل ممكناً.

أولاً: يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً:

أي ليس مخالفاً للنظام العام أو الآداب وبمعنى آخر يكون جائزاً للتعامل فيه وفقاً للقانون وقد عبرت المادة 57 عن هذا الشرط بقولها "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها"²⁵.

فإذا كان محل الالتزام شيئاً أو حقاً معيناً فإنه يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه. أما الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها فلا تصلح محلاً للالتزام.

والأشياء إما أن تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء المشتركة التي لا يستطيع أي كان الاستئثار بحيازتها وإنما يشترك في الانتفاع بها كل الناس كالهواء وأشعة الشمس والماء الجاري...

أما التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي منع القانون أن تكون محلاً للالتزام كالمخدرات أو الملك العمومي...²⁶.

هذا إذا كان المحل شيئاً أو حقاً معيناً أما إذا كان المحل عملاً فيجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وعلى إثر ذلك، فإذا كنا بصدد الالتزام بفعل إيجابي، فيجب ألا يكون هذا الفعل مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فإذا تعاقد اثنان مثلاً على ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون كالقتل أو السرقة أو الدعارة أو المقامرة كان هذا العقد باطلاً مطلقاً لعدم مشروعية الالتزام موضوع العقد.

²⁵ - د. مصطفى حنيتي و د. عبد الرحمن أسامة، مرجع سابق، ص 160.
²⁶ 89 ص 2015- نزهة الخلدی "الموجز في النظرية العامة للالتزامات والعقود" الكتاب الأول الطبعة الثانية

وإذا كان الأمر يتعلق بالالتزام بالامتناع عن فعل يجب ألا يكون القيام بهذا الفعل واجبا يفرضه القانون, كالتزام بعدم أداء الشهادة في دعوى قضائية أو عدم دفع ضرائب مستحقة فيعد مثل هذا الالتزام غير مشروع²⁷.

ثانيا: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

الالتزام يوجب على المدين القيام بأداء معين لمصلحة الدائن, ويجبره على ذلك إذا امتنع, فمن الطبيعي إذا أن يكون الأداء المطلوب من المدين معيناً معيناً كافياً حتى يمكننا القول ما إذا كان قد أوفى به أم لا وحتى يمكن إجباره على هذا الوفاء في حالة امتناعه عن القيام به مختاراً.

وقد نصت المادة 58 من ق.ل.ع على هذا الشرط بقولها "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد".

وعلى ذلك فإذا كان الأداء المطلوب هو عمل أو الامتناع عن عمل فيجب تعيين طبيعة هذا العمل ومداه, كما في الالتزام بنقل بضاعة مثلاً يجب تعيين نوع هذه البضاعة وكميتها أو وزنها والمكان الذي تنقل منه والمكان الذي تنقل إليه, كما في العقد الذي يتعهد فيه الممثل بالامتناع عن التمثيل في شركة أخرى غير التي تعاقد معها, بحيث يجب تعيين الأدوار التي يمتنع عليه القيام بها والمدة التي يمتنع فيها أداء هذه الأدوار.

وإذا كان الأداء المطلوب هو نقل حق عيني أي الالتزام بإعطاء شيء فيجب تعيين الشيء المطلوب نقل ملكيته أو إنشاء الحق العيني عليه, فإذا كان هذا الشيء من القيميات فيجب أولاً بيان نوعه (منزلاً أو سيارة مثلاً...) ثم بيان أوصافه التي تميزه عن غيره, كتحديد اسم الشارع الذي يقع فيه المنزل ورقم المنزل وعدد أدواره... الخ.

أما إذا كان الشيء من المثليات فيكتفي بتعيين نوعه أو مقداره فمثلاً إذا كان

²⁷ 161- مصطفى حنيتي و عبد الرحمان أسامة مرجع سابق ص

المطلوب نقل ملكية حبوب يجب تعيين نوعها إذا كانت قمحا أو أرزا أو شعيرا ثم تعيين مقداره أي كميتها أو وزنها بأنها كيلوا أو قنطار أو طن...

إلا أن المشرع نص على أن تعيين محل الالتزام لا يعني بالضرورة أن يكون معينا تعيينا دقيقا وقت إبرام العقد. وإنما يكفي أن يكون قابلا للتعيين في المستقبل على أن يتضمن العقد العناصر اللازمة لهذا التحديد وإلا اعتبر العمل باطلا, حيث نص القانون المغربي على ذلك صراحة في نهاية المادة 58 السالفة الذكر حيث قرر بأنه يكفي تعيين نوع الشيء محل الالتزام على أن يكون مقدار هذا الشيء قابلا للتحديد فيما بعد, فمثلا بالنسبة للمثل الذي ذكرناه والخاص بالالتزام بنقل ملكية حبوب فإنه يجب على الناقل تعيين نوعها بأنها قمح أو أرز مثلا, أن المشتري سوف يرسل للبائع خلال فترة معينة (أو خلال فترات معينة إذا كان الأمر يتعلق بعقد توريد) أمرا يتضمن الكمية المطلوبة لمتجره أو مخبزه أو مصنعه²⁸.

ثالثا: أن يكون المحل ممكنا.

يقصد بهذا الشرط ألا يكون المحل مستحيلا, وهذا شرط طبيعي تقتضيه طبيعة الأمور.

فمن العبث أن يلتزم الشخص بفعل المستحيل. وهكذا إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجودا أو قابلا للوجود, وأن يكون إعطاؤه ممكنا, وإلا لم ينعقد العقد طبقا للفصل 59 ق.ل.ع. الذي يقضي بما يلي: "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون.

بمعنى أن يكون جوهر العقد مما يمكن تحقيقه و هو المضمون الذي نستفيد منه
نص الفصل 59 من ق.ل.ع.م

و الاستحالة المقصودة هي المطلقة و التي تنقسم إلى استحالة طبيعية وأخرى قانونية²⁹, ومثال الأولى أن يلتزم جراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد,

²⁸- مصطفى حيتي و عبد الرحمان أسامة مرجع سابق ص 162

²⁹- د. مامون الكزبري, م.س, ص 162

و مثال الثانية أن يلتزم محامي بالطعن باستئناف حكم بعد انقضاء ميعاد الطعن بالا
ستئناف³⁰.

أما إذا كان الشيء محقق الوقوع في المستقبل فيجوز أن يكون محلا للعقد
كأن يبيع فلاح محصول أرضه الذي لا وجود له أثناء إبرام العقد، فإن العقد يكون
صحيحا على خلاف الأمر إذا كان المحل غير محقق الوقوع في المستقبل إذ يقع العقد
باطلا³¹.

و تجدر الإشارة أن الاستحالة المطلقة السابقة على انعقاد العقد تجعله باطلا وإن
كانت لاحقة على انعقاد العقد جعلته قابلا للفسخ خصوصا إذا كانت تلك الاستحالة
راجعة لقوة قاهرة³²، و إذا كان أحد الطرفين على علم باستحالة محل العقد يلزم
بتعويض الطرف الآخر³³.

لكن القول بوجود المحل لا يعني بالضرورة أن يكون موجودا وقت نشوء الالتزام،
وإنما يمكن التعاقد على شيء مستقبلي، على أن يكون وجوده في المستقبل شيئا
محققا. وهذا ما يقره الفصل 61 ق.ل.ع. الذي ينص على ما يلي: "يجوز أن يكون محل
الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل
فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بط
لانا مطلقا.

وفي هذا الصدد يتعين التمييز بين نوعين من الاستحالة، الاستحالة المطلقة والا
ستحالة النسبية.

³⁰ - ذ.عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري، م.س، ص 97.

³¹ - د.عبد الرحمان أسامة و د. ألحاجي بناصر، م.س، ص 64

³² - د.عبد لرزاق السنهوري، م.س، ص 314

³³ - راجع الفصل 60 من ق.ل.ع.م

فالاستحالة المطلقة هي التي لا تقوم بالنسبة للمدين الملتزم فقط، وإنما تقوم بالنسبة لجميع الناس. بمعنى أي شخص وجد نفسه في نفس الظروف الخارجية التي يوجد فيها الملتزم سيستحيل عليه تنفيذ الالتزام. وهي إما قانونية كالالتزام محامي باستئناف حكم لا يقبل الطعن بالاستئناف بحكم القانون فتعده هذا مستحيل استحالة قانونية أو طبيعية كالالتزام شخص ببيع كمية من البضائع سبق أن سرقت أو هلك، والا لزام ببيع شيء يستحيل بيعه بحكم طبيعته كالطريق العمومية مثلاً.

أما الاستحالة النسبية فتتحقق عندما يكون تنفيذ محل الالتزام أمراً مستحيلاً بالنسبة للمدين فقط. بحيث يمكن لشخص آخر غيره إذا وجد في نفس ظروف الملتزم القيام بما لم يستطع هذا الأخير القيام به، لذلك فهي لا تمنع قيام العقد. كأن يلتزم شخص بنقل ملكية شيء أو حق معين يملكه شخص آخر. ففي هذا المثال يستحيل على المدين أو الملتزم تنفيذ تعهده.

والاستحالة هنا نسبية ما دام يمكن لشخص آخر (المالك الحقيقي) أن يقوم بهذا التنفيذ. والجزاء المترتب في هذه الحالة أنه يمكن للدائن إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام وإذا تعذر ذلك يمكنه اللجوء إلى المطالبة بفسخ العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض أن كان له ما يبرره³⁴

بعد ما تطرقنا للركن الثاني للعقد وهو المحل، والشروط اللازمة لصحته سنعالج الآن ركن السبب من خلال المطلب الثالث.

المطلب الثالث: السبب

تعتبر نظرية السبب من المواضيع الشيقة و الشاقة حيث أغرت الكثير من الفقهاء بالخوض فيها خصوصاً في بداية القرن العشرين، إذ يعتبر ركناً أساسياً لإبرام العقد أو الالتزام الإرادي، وهو يفيد الغاية التي من أجلها التزم المتعاقد، و يذهب بعض الشراح إلى

³⁴ 91- نزهة الخلدی، مرجع سابق، ص

أنه إذا كلن الالتزام يجري بالجواب عن السؤال: بماذا التزم المدين؟ فإن معرفة السبب يحصل بالإجابة عن السؤال: لماذا التزم المدين؟، فالسبب أيا كان وضعه فهو يشكل أحد عناصر الإرادة، إذ الإرادة المعترف بها قانونا تتجه إلى التعاقد و هي تحدوها غاية تسعى إلى تحقيقها أو باعث تتحرك بإيعاز منه³⁵، وعليه للإحاطة بالموضوع أكثر سنعالج تعريف السبب(الفقرة الأولى)، ثم بعدها نتطرق لموقف المشرع المغربي لنظرية السبب(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف السبب

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب، فمنهم من يعتبره ركنا في الالتزام، و منهم من يعتبره ركنا في العقد، و منهم من يعتبره عنصرا من عناصر الإرادة، و هذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف، لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة، إذ الإرادة المعتبرة قانونا تتجه إلى التعاقد يحدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع منه، و الصحيح أن للالتزام سببا و للعقد سبب آخر و أن كل من السببين يتميز عن الآخر³⁶.

فسبب الالتزام أو السبب القصدي هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه التعاقدي، فهو عنصر موضوعي وداخل في العقد، و يتميز بعدم التغير في النوع الواحد من العقود، فلا يختلف باختلاف الملتزم و هذا هو المعنى المقصود من اعتباره الغرض المجرد للملتزم، فمثلا في عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على الثمن، و يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن، هو دائما رغبته³⁷.

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد أي: الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام العقد، و الذي يختلف من شخص لآخر، و يختلف من عقد إلى عقد، بل يتغير في العقد الواحد، و يجري تحديد هذا الباعث عن طريق الجواب على

³⁵- د.عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات - العقد - الكتاب الأول: (تكوين العقد)، الطبعة الأولى 2006 بتصرف، ص 445 و 446.

³⁶ 214 و 213 م، ص 2015- د.آيت الحاج مرزوق، الوجيز في نظرية الالتزام، مطبعة أبي رقراق، الطبعة 214- د.آيت الحاج مرزوق، مرجع سابق ص

السؤال: ما هو الحافز على التعاقد؟³⁸ و مرد ذلك أن سبب العقد هو سبب شخصي و باعث دافع يختلف من شخص إلى آخر، كأن يبيع الشخص سيارته ليستخدم ثمنها لبناء دار، أو لتعليم أولاده، و هكذا يختلف سبب العقد باختلاف نوع العقد، و باختلاف أشخاصه.³⁹

إن السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، فالفرق الذي بينه و بين المحل هو أن المحل جواب عن السؤال بماذا التزم المدين؟ أما السبب فهو جواب عن السؤال لماذا التزم المدين؟.

بالعودة لكل من قانون الالتزامات و العقود المغربي و القانون المدني الفرنسي نجد أنهما لم يعطيا تعريفا محددا للسبب، و بالتالي يرجع تعريفه إلى الفقه، هذا الأخير الذي أولى أهمية كبيرة بنظرية السبب، الشيء الذي أسفر عن ظهور نظريتين للسبب الأولى تقليدية (أولا)، و الثانية حديثة (ثانيا).

أولا: السبب حسب النظرية التقليدية

يمكن القول أن الفضل في ظهور هذه النظرية يرجع للفقهاء الفرنسي دوما (Domat)، الذي وضع الأسس الأولى لنظرية السبب و ذلك في نهاية القرن السابع عشر، ثم جاء من بعده الفقيه بوتيه (Pothier)، الذي كان بمثابة الوسيط الذي نقلها عنه المشرع الفرنسي مبادئ دوما في السبب فتمت صياغتها في ثلاثة مواد ابتداء من 1131 إلى 1133⁴⁰.

فالسبب حسب هذه النظرية هو السبب القصدي "la raison proche" أو الهدف المباشر "le but direct"، الذي يقصد الملتزم تحقيقه و الذي يقع دائما جوابا لسؤالنا لماذا

التزم الطرف المتعاقد في العقد الذي أبرمه؟⁴¹، و الذي يعد واحدا لا يتغير في النوع

³⁸ 446- د.عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص

³⁹ 214- د.أيت الحاج مرزوق، مرجع سابق ص

⁴⁰ 279، ص 2018- د.عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة السادسة

⁴¹ 174- ذ. مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء ق.ل.ع، المجلد الأول مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، بدون ذكر المطبعة، ص

الواحد من العقود، كما لا يتغير بتغير الشخص المتعاقد⁴².

ففي العقود الملزمة للجانبين كعقد المعاولة مثلا نجد أن سبب التزام الزبون بأداء الأجرة للمقاول هو التزام هذا الأخير بإنجاز الأشغال المتفق عليها مسبقا و العكس صحيح، و في عقد الكراء فإن سبب أداء المكثري لوجيبة الكراء هو التزام المكثري بتمكين الطرف الأول من الاستفادة من العين المكتراة، و هكذا دواليك بالنسبة لكل العقود المبنية على تقابل العوضين كالبيع والمقايضة و غيرها من العقود المشابهة، أما بالنسبة للتصرفات التي تفيد التبرع فإن سبب الالتزام فيه يكمن في نية التبرع ذاتها (l'intention libérale) دون البحث عن البواعث الحقيقية إلى إجراء التصرف على وجه التبرع و التي تختلف من شخص لآخر، أما بالنسبة للعقود العينية كالرهن الحيازي و القرض و الوديعة فإن سبب الالتزام فيها هو سبق تسليم الشيء المرهون أو المودع أو تسلم مبلغ القرض، لذلك فإن سبب التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون لصاحبه يتمثل في واقعة التسلم التي وقعت أثناء إبرام عقد الرهن و هكذا بالنسبة لباقي العقود العينية⁴³.

و يستشف من هذه النظرية أن سبب الالتزام هو سبب موضوعي لا يتعدى القصد المباشر من التعاقد، و لا علاقة له بالنوايا و الرغبات الشخصية للمتعاقد⁴⁴.

و من هنا يمكن القول أن السبب حسب المفهوم التقليدي يتصف بعدة خصائص:

- أنه سبب التزام لا سبب عقد
- أنه يرتبط بالالتزام ارتباطا مباشرا، إذ في سبيل السبب الذي هدف الملتزم الوصول إليه تحمل هذا الملتزم بالتزامه.
- أنه يعتبر جزءا غير منفصل من العقد و يشكل ركنا من أركان انعقاده، لأن العقد لا يقوم

⁴² 89، ص 2013- ذ. نزهة الخلد، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام-العقد، بدون ذكر المطبعة. الطبعة الأولى
⁴³ 280- د. عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص
⁴⁴ 280- د. عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

دون التزام تعاقدى، و الالتزام التعاقدى لا يقوم دون سبب يحمل عليهن فلا يمكن تصور عقد هبة بدون نية التبرع، و لا عقد قرض بدون تسليم مبلغ من المال إلى المستقرض و هكذا...⁴⁵.

و السبب وفقا لهذه النظرية يشترط فيه شروط ثلاثة و هي : أن يكون موجودا، و صحيحا، و أن يكون مشروعاً⁴⁶.

و بالرغم مما سبق ذكره إلا أن هذا التصور سرعان ما أصبح انتقاد العديد من الفقهاء وخصوم نظرية السبب الذين عرفوا فيما بعد باللاسببيون، إذ تتلخص محاور النقد عندهم في كون النظرية التقليدية نظرية غامضة و غير نافعة، و بالتالي كان لهم الدور الأكبر في نشوء ما يسمى بالنظرية الحديثة في السبب⁴⁷، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

ثانياً: السبب حسب النظرية الحديثة

عندما ضاقت النظرية التقليدية في السبب عن احتواء مختلف الفرضيات التي أثارها خصوم هذه النظرية فإن القضاء لم يجد خياراً سوى التدخل قصد إيجاد المخرج القانوني للمشاكل التي يطرحها السبب أمام المحاكم، حيث نجم عن هذا التدخل ميلاد نظرية جديدة في حقل السبب عرفت بالنظرية الحديثة، و هي تربط السبب بالعقد لا بالا لتمام⁴⁸، بحيث توسع القضاء الفرنسي في تفسير نصوص القانون المدني الفرنسي من حيث أنه اعتبرها شاملة السبب في مفهومه التقليدي (أي سبب الالتزام) و كذلك الباعث الدافع الذي حمل المتعاقد على التعاقد (أي سبب العقد) مشروطاً في هذا الباعث أن يكون مشروعاً و إلا كان التصرف باطلاً⁴⁹.

فبالنسبة للنظرية الحديثة فإن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد (**la cause** **mobile au raison lointaine**)، أي الباعث الرئيسي الذي يدفع بالمتعاقد إلى إبرام

⁴⁵ 177- د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص

⁴⁶ 216- د. آيت الحاج مرزوق، مرجع سابق، ص

⁴⁷ 181- د. عبد القادر العرعري، مرجع سابق، ص

⁴⁸ 285، ص 2018- د. عبد القادر العرعري، نظرية العقد، مطبعة الأمنية - الرباط، الطبعة السادسة

⁴⁹ 174- د. مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء ق.ل.ع، المجلد الأول مصادر الالتزامات، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية، ص

العقد، و هذا الباعث بطبيعة الحال ليس واحد في النوع الواحد من العقود⁵⁰، و هو ذو معيار شخصي يختلف من شخص لآخر، ففي عقد المقاوله مثلا على إنجاز بناء لفائدة رب العمل نلاحظ أن هذا الأخير قد يتعاقد تحت وطأة الحاجة إلى السكن الشخصي و قد يتعاقد بنية إعادة المتاجرة في العقار و المضاربة عليه، وقد يتعاقد بنية جعل البناء مكانا لممارسة ألعاب القمار أو الدعارة إلى غير ذلك من الأسباب المشروعة منها و غير المشروعة⁵¹.

كما يمكن لشخص أن يقترض مبلغا من أجل إتمام بناء منزل، و الآخر يقترضه من أجل إجراء عملية جراحية له أو لأحد من أفراد أسرته، و الآخر يقترضه من أجل الاستعانة على مصاريف الدخول المدرسي، و هكذا نلاحظ أن السبب يختلف باختلاف الأشخاص في النوع الواحد من العقود (عقد القرض)، و ذلك بحسب نوايا الملتزم و أسبابه الخفية و الشخصية و من هنا سمي بالسبب الذاتي⁵².

و انطلاقا مما سبق يتبين أن السبب في إطار النظرية الحديثة يتميز بعدة خصائص أبرزها:

- أن السبب وفقا للنظرية الحديثة يرتبط بالإرادة الباطنة للمتعاقد.
- أن السبب بمعنى الباعث يتغير من شخص لآخر بحسب تغير النوايا و الأهداف.
- أن العبرة بالباعث الأساسي الجوهرية الدافع للتعاقد.
- أنه يلزم في الباعث أن يكون مشروعاً غير مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.
- أنه يتعين في الباعث أن يكون معلوما من الطرف الآخر أو كان بالإمكان أن يعلم به⁵³.

⁵⁰ 89، ص 2013- د. نزهة الخدي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام- العقد، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى

⁵¹ 286- د.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

⁵² 90- د. نزهة الخدي، مرجع سابق، ص

⁵³ 287 و 286- د.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من نظرية السبب

أخذ المشرع المغربي بالنظرية التقليدية للسبب و صاغ أحكامها في المواد 62 إلى 65، غير أننا نرى وجوب تفسير نصوص قانون الالتزامات و العقود في ضوء النظرية الحديثة التي اعتمدها القضاء الفرنسي، بحيث لا تعتبر هذه النصوص قاصرة على السبب في المفهوم الموضوعي، أي على سبب الالتزام الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود، بل شاملة أيضا للسبب في المفهوم الشخصي، أي سبب العقد أو الباعث الرئيسي الذي حمل المتعاقد على التعاقد والذي يختلف من عقد إلى عقد في النوع الواحد من العقود تبعا لمقاصد المتعاقد و أغراضه، وبالتالي لا يكفي لقيام الالتزام و صحته الاعتداد فقط بالغرض المباشر أي: السبب في المفهوم الموضوعي، بل لابد من الاهتمام بالباعث الشخصي الذي حمل الملتزم على التعاقد و الذي يجب أن يكون مشروعاً و إلا كان العقد باطلاً⁵⁴.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات و العقود نجد أن المشرع المغربي نظم نظرية السبب في الفصول 62 إلى 65، و التي باستقراء مضمونها نلاحظ أنه تارة يتحدث عن السبب بمفهومه التقليدي، و ذلك عندما يشترط أن يكون السبب موجوداً و حقيقياً، و تارة يتحدث عن السبب بمفهومه الحديث، و ذلك عندما اشترط أن يكون السبب مشروعاً.

مما يفيد أن المشرع المغربي قد تناول السبب بمفهومه المزدوج منظورا إليه من زاوية الالتزام و العقد معا، و اشترط لصحته توفر ثلاثة شروط و هي أن يكون السبب موجوداً (أولاً)، ومشروعاً (ثانياً)، و حقيقياً (ثالثاً)⁵⁵.

أولاً: أن يكون السبب موجوداً *L'existence de la cause*

بالرجوع إلى الفصلين (2 و 62) من ق.ل.ع فإننا نجد أن المشرع المغربي قد اشترط لصحة الالتزامات أن تكون مبنية على سبب، فالالتزام الذي لا سبب له يعد باطلاً

⁵⁴ 219- ذ.أيت الحاج مرزوق، مرجع سابق، ص 90.
⁵⁵ 90- د.نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص

بقوة القانون⁵⁶، إذ تنص الفقرة الأولى من الفصل 62 من ق.ل.ع على أن الالتزام الذي لا سبب له أو مبني على

سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، إذ من خلال هذا الفصل يتبين أن السبب أمر جوهري في التعاقد، كما أنه في الواقع العملي قلما تتحقق فرضية انتفاء السبب، فغالبا ما يكون للملزم سببا من وراء التزامه، لكن قد نصادف بعض الالتزامات التي ينتفي فيها السبب فيكون مآلها البطلان المطلق، مثلا كأن يلتزم الورثة بتنفيذ وصية موروثة ثم يتبين بعد ذلك أن هذا الأخير تراجع عن الوصية قبل وفاته، فالتزام الورثة هنا يعتبر مجردا من السبب مما يجعله التزاما باطلا⁵⁷.

كما أن انتفاء السبب غالبا ما يكون مواكبا لانتفاء المحل أيضا، كالحالة التي يتعهد فيها البائع ببيع منقول للمشتري ثم يظهر أن الشيء المنقول قد سرق أو ضاع من صاحبه⁵⁸، بمعنى أن السبب هنا لم يعد موجودا نظرا لعدم وجود محل للالتزام.

ثانيا: أن يكون السبب مشروعاً *la licéité de la cause*

ينص الفصل 62 من ق.ل.ع أن "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، و يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو القانون".

إذ يتبين أن ق.ل.ع المغربي كباقي التشريعات الأخرى ربط بين ركن السبب و عنصر المشروعية وهذا ما أكدته الفصول 62 و 63 و 65 من ق.ل.ع وقد بين الفصل 62 المقصود بالسبب غير المشروع بأنه الذي يكون مخالفا للنظام العام و الأخلاق

⁵⁶ 290- ذ.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

⁵⁷ 91- د.نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص

⁵⁸ 291- د.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

الحميدة أو لمجافاته للمقتضيات القانونية⁵⁹.

و الكلام عن مشروعية السبب لا يتوقف عند السبب الموضوعي للالتزام؛ بل يمتد إلى السبب الذاتي للعقد، لأنه إذا بحثنا في مشروعية سبب الالتزام وحده فإن كثيرا من الالتزامات غير مشروعة تبقى صحيحة، مثال ذلك أن يلتزم المشتري بدفع الثمن للتمكن من استلام العقار من البائع لا يتضمن في حد ذاته أي موجب للبطلان استنادا إلى عدم مشروعية سبب الالتزام، لكن ومع ذلك فيمكن أن يكون المشتري قد اشترى العقار بقصد استغلاله كوكر للدعارة أو للعب القمار

أو لتخزين المخدرات، و هي بواعث غير مشروعة، مما يقضي الاهتمام بالبواعث الباطنية الدافعة بالمتعاقد إلى التعاقد⁶⁰.

ويجمع الفقه المعاصر على أن المقصود بالسبب المشروع هو سبب العقد أي الدافع الباعث على التعاقد، لكون أن الأسباب المشروعة و غير المشروعة تتصل بالنوايا الداخلية للمتعاقد و لا تظهر بصورة واضحة إلا عند إبرام العقد⁶¹.

و لبطلان العقد بسبب عدم مشروعية السبب لابد من توفر شرطين:

- أن يكون الغرض الغير مشروع هو الذي حمل أحد المتعاقدين على التعاقد.

- أن يكون المتعاقد الآخر عالما بهذا الغرض غير المشروع أو على الأقل كان بإمكانه أن يعلم به. وتظهر أهمية هذا بالنسبة لعقود العوض، فلا بد حتى يقضى بالبطلان أن يكون الباعث غير المشروع مشتركا بين الطرفين، أو على الأقل أن يكون أحدهما عالما بعدم مشروعية الباعث الذي حمل الفريق الآخر على إبرام العقد، أما بالنسبة لعقود التبرع فيكفي أن يكون الباعث غير مشروع بالنسبة للمتبرع للحكم ببطلان التبرع⁶².

⁵⁹ 292- د.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

⁶⁰ 92- د.نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص

⁶¹ 293- د.عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص

⁶² 92- د.نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص

و يترتب على عدم مشروعية سبب العملية العقدية البطلان المطلق، لأن الأمر يتعلق بحماية المجتمع ضد محاولات الأفراد إلى زعزعة النظام العام، و بالتالي الإضرار بالمصلحة العامة⁶³.

ثالثاً: أن يكون السبب حقيقياً

ينص الفصل 63 من ق.ل.ع على أنه "يفترض في كل التزام أن له سبب حقيقياً و مشروعاً و لو لم يذكر"، و حتى يكون السبب حقيقياً يجب أن يكون غير وهمي أو كاذب غير صوري، و يكون السبب سورياً إذا كان يخفي وراءه السبب الحقيقي الذي قد يكون غير مشروع، و مثاله التزام الشخص بدفع دين عليه على أنه قرض، و الحقيقة أنه دين قمار.

و العبرة هي للسبب الظاهر الذي يعتبر حقيقياً إلى أن يثبت العكس تطبيقاً للفصل 64 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يفترض أن يكون السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس".

إذ يستشف من هذا الفصل وجوب إقامة البيئة على عدم مشروعية الباعث، إذ لا بد لتقرير بطلان العقد أن تقوم البيئة على كون الباعث الذي دفع إلى التعاقد باعث غير مشروع، إذ المفروض في العقد أنه مبني على باعث مشروع، فعلى من يريد هدم القرينة أن يقيم البيئة على عكسها، و هذه البيئة يمكن استخلاصها من خطابات متبادلة بين الطرفين تشير إلى الباعث غير المشروع الذي دفع إلى التعاقد أو من اعتراف يصدر عنهما، أو من أي دليل آخر يكون منه القاضي قناعته لأن عدم مشروعية الباعث من الأمور الواقعية التي يجوز إثباتها بجميع الوسائل ولا سيما بالشهادة و القرائن⁶⁴.

و الصورية تثبت بكل طرق الإثبات، فإذا أثبت المدين أن السبب المذكور صوري و غير حقيقي، فإن العقد يكون باطلاً، إلا إذا أثبت الطرف الآخر (الدائن) بدوره وجود سبب آخر مشروع، و ذلك طبقاً للفصل 65 من ق.ل.ع على أنه: "إذا ثبت أن السبب

⁶³ - ذ.عبد الحق صافي، القانون المدني الجزء الأول - المصدر الإرادي للالتزامات "العقد" الكتاب الأول - تكوين العقد- بدون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى 2006، ص 462.
⁶⁴ - 191- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات على ضوء ق.ل.ع، الجزء الأول (مصادر الالتزام، مطبعة دار القلم، الطبعة الثانية، ص

المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه"⁶⁵.

ومن هنا يتعين الإحتراز من العقود الصورية التي تعد وسيلة قانونية لإخفاء الحقيقة تحت ستار العقد الظاهر الذي لا يكون له أي أثر تجاه المتعاقدين، فباعتبار أن العبرة بـ العقد الصوري(السري) فإنه يلزم أن يكون سببه حقيقياً و مشروعاً و مهما ثبت أن سبب العقد السري كان وهمياً و مخالفاً للنظام العام فإنه يستلزم بطلان الالتزام الناشئ عنه حتى ولو كان سبب العقد الظاهر مشروعاً كان يتظاهر أحد الأشخاص بدفع مبلغ من النقود لامرأة على أساس أنه قرض في الوقت الذي يقصد مكافأة هذه المرأة على علاقتهم غير المشروعة به و هذا هو موضوع العقد السري المبرم بينهما⁶⁶.

المبحث الثاني: ركن الشكلية و ركن التسليم.

يجمع فقهاء القانون على أن الرضائية هي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه، ولقد تبني المشرع المغربي هذا المبدأ و نص في المادة 19 من قانون الالتزامات والعقود " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة أخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية "وبذلك يكون العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي أو بمعنى آخر توافق الإرادتين عليه، ولا يلزم لانعقاده أي شكل معين، ولا تهم طريقة التعبير عن الإرادة حيث يمكن التعبير عنها بالكتابة أو المشافهة أو بالإشارة أو بأي طريقة أخرى "⁶⁷.

وإذا كان انتشار مبدأ الرضائية كقاعدة عامة تحكم التصرفات القانونية في النظم القانونية الحديثة، ولكن يرد على هذا الأصل استثناء يتمثل في وجود بعض العقود الشكلية والعينية.

حيث سنخصص (المطلب الأول) للحديث عن ركن الشكلية في العقود الشكلية أما بالنسبة لركن التسليم في العقود العينية فهي محور (المطلب الثاني).

⁶⁵ 93- د.نزهة الخلدي، مرجع سابق، ص

⁶⁶ 292 و 291- د.عبد القادر العرغاري، مرجع سابق، ص

⁶⁷ - محمد لفروجي، قانون الالتزامات والعقود وفق آخر التعديلات، الطبعة الخامسة، 2018 مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ص 15

المطلب الأول: ركن الشكلية في العقود الشكلية

تعتبر العقود الشكلية من العقود الاستثنائية التي خرجت عن قاعدة الرضائية ففي مطلبنا هذا سنتطرق لمفهوم العقد الشكلي وذلك في (الفقرة الأولى)، أما بالنسبة لتمييز بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات فهو موضوع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : العقد الشكلي *contrat formel*

ظهر العقد الشكلي منذ القدم في القانون الروماني، حيث كانت الشكلية تعتبر الأصل العام، وجعلوها قاعدة عامة تسيطر على ميدان إبرام العقود، واعتبروها هدفا وغاية في نفس الوقت. فهي كانت مصدر وجود العقد وقوته الملزمة وحجيته، وليست الإرادة إذ لا عبرة لهذه الأخيرة في القانون الروماني كأصل عام، بل فقط وجد لها ميدان ضيق جدا، لأن القاعدة السائدة هي أن

العقد الشكلي يلزم ويترتب عليه أثره بمجرد تمام الشكل الخاص به، حتى لو ثبت أن الإرادة كانت معيبة بعيب أو أن سبب الذي من أجله انعقد العقد لم يكن موجودا أو لم يتحقق ولهذا يقال أن العقد الشكلي كان في القانون الروماني عقدا مجردا عن سببه .

أما في القانون الحديث فإن الشكل لا يغني عن الإرادة والتراضي، فالعقد الشكلي لا ينعقد ولا يكون صحيحا بمجرد استيفاء الشكل بل لا بد من توافر كل شروط انعقاد العقد السالفة الذكر.

وبذلك يمكن تعريف العقد الشكلي هو " ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل مخصوص يعينه القانون وأكثر ما يكون، هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد.. " 68

والملاحظ أن المشرع المغربي من خلال الفصل 417 من قانون الالتزامات و العقود أضاف إلى الورقة الرسمية الورقة العرفية حيث نصت هذه المادة على أن "

⁶⁸- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مطبعة إحياء التراث العربي، طبعة ابريل سنة 1952 بيروت لبنان ص 150

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية ويمكن أن ينتج من المراسلات و البرقيات ...⁶⁹

ويستخلص من ذلك أن الأوراق التي تعد دلي-لا كتابي-إما أوراق رسمي-ة أو أوراق عرفية.

أولا : الورقة الرسمية Acte authentique يقصد بالورقة الرسمية حسب منطوق الفصل 418 من ق ل ع " هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون "

من خلال هذا الفصل يتضح أن الورقة حتى تكون رسمية لا بد أن تستجمع جملة من الشروط وهو ما يكسبها حجية قاطعة في الإثبات، هذه الشروط هي :

الأول: أن تكون صادرة من موظف عمومي: لا بد أثناء تحريرها أن يثبت فيها الموظف العمومي الوقائع التي وقعت تحت نظره، ويثبت حضور الأطراف المتعاقدة وما قام به كل منهم وحضور

الشهود أمامه مع ذكرهم بأسمائهم، وتاريخ تحرير الورقة، وقيام الأطراف والشهود بتوقيعها ... ولا يشترط في الورقة أن تكون مكتوبة بخطه بل يكفي أن تكون موقعة بإمضائه.

الثاني: أن يكون لهذا الموظف صلاحية التوثيق: يجب أن يكون الموظف مختصا بنوع الورقة التي يحررها ولا يوجد مانع قانوني يحول دون مباشرة لعمله.

الثالث: أن تكون الورقة في الشكل الذي يحدده القانون : يجب أن تكون الورقة مشتملة على جميع البيانات والأوضاع التي أوجب القانون توافرها فيها. هكذا فإن الورقة لا تكون رسمية إلا إذا استجمعت الشروط المذكورة⁷⁰.

⁶⁹ - محمد لفروجي، قانون الالتزامات والعقود وفق آخر التعديلات م س، 103
⁷⁰ - عبد القادر العرعاري، عرض حول شكلية الكتابة في إبرام العقود المدنية، ص من 5 إلى 6

أما بخصوص حجية الورقة الرسمية في الإثبات، فقد نص المشرع في الفصل 419 من ق.ل.ع على أن الورقة الرسمية: " حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع و لاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي التي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

ثانيا: الورقة العرفية sous seing privé هي تلك التي يتخلف فيها عنصر من عناصر الورقة الرسمية، ويتعلق الأمر هنا بالورقة العادية التي يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم دون تدخل الموظف العمومي وعلى خلاف الأوراق الرسمية التي تعتبر كلها

معدة للإثبات، فان الأوراق العرفية على نوعين: أوراق عرفية معدة للإثبات تكون موقعة ممن هي حجة عليهم وهذا ما أكدته محكمة النقض "إلى أن الثابت بمقتضى الفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود أن الورقة العرفية المعترف ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها يكون لها نفس قوة الورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك ما لم يطعن فيها بسبب الإكراه أو الاحتيال أو التدليس أو صورية أو الخطأ المادي"⁷¹.

وأوراق غير معدة للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الاتبات الى مدى معين. ولا يشترط في صحة الورقة العرفية المعدة للاتبات إلا توقيع من هي حجة عليه والتوقيع الذي يكون

عادة بالإمضاء⁷²، فهي تستمد حجيتها من التوقيع وحده، وبذلك فالورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح للإثبات إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين.

إلا أن وسائل الاتصال الحديثة أفرزت أنماطا جديدة من العلاقات القانونية مستغلة ما وفرته من قدرات اتصالية للأشخاص المتباعدين مكانا فلم تعد شكلية الكتابة تقتصر على الورقة الرسمية، والعرفية بل أضيف ما يعرف بالعقد الالكتروني، فان المشرع المغربي اعتبر الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية حجة في الإثبات كما هو الشأن بـ

⁷¹ - محمد لفروجي، قانون الالتزامات والعقود وفق اخر التعديلات، مرجع سابق، ص 105
⁷² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 2، الإثبات، ص 114

النسبة للوثائق المحررة على الورق، وإذا استكملت الوثيقة الالكترونية كافة عناصرها وتم التعرف على صاحبها وحملت توقيعه المؤمن فان حجيتها ترقى آنذاك لصف المحررات الكتابية الرسمية⁷³.

وبذلك يكون المشرع المغربي أضاف مكسبا جديدا في هذا المجال من خلال قانون 53.03 الذي أضاف الفصل 1- 417 المتعلق بتبادل المعطيات بشكل الكتروني.

الفقرة الثانية: التمييز بين شكلية العقد و شكلية الاثبات.

إن شكلية الانعقاد يكون الكتابة مشروطة لوجود التصرف و انعقاد العقد، فالمبيع الواقع على عقار مثلا هو عقد شكلي لأن قانون الالتزامات والعقود المغربي أوجب إجراء كتابة في العقار في محرر ثابت التاريخ (المادة 489)⁷⁴.

و نجد عقد الشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهنا رسميا و أبرمت لتستمر أكثر من ثلاث سنوات و جب أن يحرر العقد كتابة وان يسجل على الشكل الذي يحدده القانون وذلك تحت طائلة البطلان ان النص عليه الفصل 987 من ق. ل. ع. ⁷⁵.

ونفس الشيء بالنسبة لبيع السفن والطائرات والأصول التجارية بحيث أوجب المشرع الكتابة كشرط الانعقاد بالإضافة إلى ذلك فان المشرع يتطلب في كثير من المناسبات شكلية خاصة تتمثل في ضرورة تحرير هذه التصريحات من قبل أشخاص يحدددهم القانون في شكل دقيق⁷⁶

أما بالنسبة لعقد المعاوضة فهو عقد شكلي إذا كان محله عقارا تخضع لنفس المراسم، حيث أن القانون بعد أن نص في الفقرة الأولى من الفصل 620 من ق.ل.ع. على انه: " تتم المعاوضة بتراضي المتعاقدين."

⁷³ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأولى نظرية العقد، الطبعة السادسة 2018، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 37
⁷⁴ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، الطبعة الأولى - بيروت 1968، ص 41

⁷⁵ - عبد القادر العرعاري، مصادر لالتزامات الكتاب الأولى نظرية العقد، م س، ص 36
⁷⁶ - الدكتور عبد الرحمان الشرقاوي، القانون دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزامات على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي الكتاب الاول مصادر الالتزامات، الجزء الأول التصرف القانون مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة 2014، ص 58

وجاءت الفقرة الثانية من نفس الفصل تقضي بأنه إذا كان محل المعاوضة عقارات أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهنا، وجب تطبيق أحكام الفصل 489. " 77

فمثل هذه العقود يتوقف انعقادها على تحرير صك خطي لان الكتابة فيها تشكل ركنا من أركان الانعقاد، وما لم يتوافر هذا الركن يعتبر العقد باطلا فلا تقوم له قائمة ولا يستطيع أي من الطرفين إلزام الطرف الآخر به ومطالبته بتنفيذه.

أما بالنسبة لشكلية الإثبات: تكون الكتابة مشروطة للإثبات فحسب كما في بيع السلم الذي يعتبر نموذجا للعقود التي تكون فيها الكتابة مشروطة للإثبات⁷⁸، حيث جاء الفصل-613 من ق.

ل. ع أن " السلم عقد بمقتضاه يجعل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه تسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة". تستنتج من هذا الفصل أن بيع السلم واجب الإثبات بالكتابة، فهي وسيلة إثبات هذا البيع وليست شكلية لابد منها لا انعقاده وصحته⁷⁹.

و كما أن إثبات عقد كراء العقارات والحقوق العقارية يكون بالكتابة لأكثر من سنة حيث تطلب القانون البيئة الخطية المادة 629، وحتى في النظام المتعلق بالملكية المشتركة ينص في

المادة 12، على وجوب أن يكون العقد رسميا، أو المحرر ثابت التاريخ، الذي تعلق لأمر بخصوص عقد بيع شقة.

وحتى عقد الوكالة التجارية، فانه يثبت بالكتابة، حسب ما جاء في الفصل 397 من ق. ل. ع وهذا مقرره القضاء المغربي على مستوى المجلس العلمي الأعلى محكمة النقص حاليا .

77- عبد اللطيف البغيل، نظرية العقد، الطبعة الأولى، ص، 167

78- مامون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود مرجع سابق، ص، 42

79- محمد بن احمد بونيات، العقود على العقارات، دراسة شاملة للعقود المبرمة على العقارات في ضوء التشريع المغربي مدعمة بنظر الفقه واجتهاد القضاة، " مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2006، ص 32.

ونجد كذلك المجلس العلمي قد نص في الفصل 1118 من ق. ل. ع. انه لا يمكن أن إثبات إلا بالكتابة.

كما في كل اتفاق تتجاوز قيمة 250 درهما حيث اوجب المشرع لإثباته دليلا كتابيا طبقا للمادة 443 من ق. ل. ع. كان المشرع إلا انه بعد تعديل هذا الفصل بقانون 05.53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، أصبح ينص على أن: "الا تفاعيات وغيرها من الأفعال القانونية التي من شأنها انو تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات الحقوق، التي يتجاوز مبلغها أو قيمها عشرة آلاف درهم، أو قيمها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن بعد بشكل الالكتروني أو أن توجه بطريقة الكترونية⁸⁰.

ففي مثل هذه الحالات لا يكون العقد شكليا بل يبقى العقد رضائيا وان كانت تشترط الكتابة . ويترتب على ذلك أن الكتابة إذا ما انتفت، فلا يترتب على انتفائها انعدام العقد وبطلانه، بل تعذر إثباته بالشهادة والقرائن . ويظل من الممكن إقامة الدليل عليه بالإقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة⁸¹.

المطلب الثاني: ركن التسليم في العقود العينية

بالإضافة إلى الأركان التي سبق التطرق إليها فقد نص المشرع المغربي على ركن آخر يستلزم توفره في بعض العقود و يتعلق الأمر هنا بركن التسليم في العقود العينية، و سنتطرق لهذا الركن في فقرتين، سنخصص الفقرة الأولى لمفهوم العقد العيني، في حين سنتطرق في الفقرة الثانية لنماذج من هذه العقود.

الفقرة الأولى: تعريف العقود العينية *contrats réels*

العقود العينية هي التي يشترط لانعقادها علاوة على الشروط المتطلبة في العقود الرضائية، أن يجري فيها تسليم الشيء المعقود عليه بحيث لا يتم العقد إلا إذا تم ركن التسليم⁸²، وهنا يتعين لفت الانتباه إلى نقطة على جانب من الأهمية و هي ضرورة

80- عبد العزيز التولتا، بحث حول الشكلية المتطلبة لإبرام العقود العادية والالكترونية في القانون المغربي، جامعة ابن زهر اكادير، ص12

81- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود، م س، ص42

82- الدكتور محمد البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، 2010، صفحة 64.

التمييز بين التسليم الذي يعد بمثابة الركن الخامس في العقد إضافة إلى التراضي و الأهلية و المحل و السبب و الذي يضيف على العقد طابعه العيني و بين واقعة التسليم و التسلم التي تعتبر النهاية الطبيعية لمعظم العقود الناقلة للملكية والواردة على الخدمات كعقد البيع و الكراء و المقاوله ففي عقد العقد الأول يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري و هو سالم من العيوب و في عقد الكراء يلتزم المكري بتمكين المكتري من العين المكتراة عن طريق تسليم مفاتيح المنزل للمستفيد من عقد الكراء وفي عقد المقاوله يلتزم المقاول بتسليم الشيء محل المقاوله لرب العمل أو المالك⁸³، و تخلف التسليم هنا لا يؤدي إلى بطلان العقد، عكس ذلك فانه في حالة خرق ركن التسليم في العقود العينية فان الجزاء المترتب عن هذا الأمر يتمثل في البطلان لكون المشرع المغربي يتمسك بالنظرية التقليدية للبطلان و التي تقضي بان الجزاء المترتب على تخلف احد مقومات العقد هو البطلان و هو ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 306 "....و يكون الالتزام باطلا بقوة القانون:

1- إذا كان ينقصه احد الأركان اللازمة لقيامه

2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه"⁸⁴.

و تجدر الإشارة إلى أن العقد العيني هو نوع مخفف من العقد الشكلي أدى إليه تطور القانون الروماني في سبيل التحلل من الأوضاع و الأشكال البالية التي كانت تسوده⁸⁵، فللتخلص من الشكل الذي كان يلزم إجراؤه بالنسبة إلى العقد بشكل عام سمح الرومان، بالنسبة إلى بعض العقود الاكتفاء بتسليم الشيء موضوعها.

وقد انتقل نظام العقود العينية من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي و من هذا الأخير إلى القوانين التي استقت أحكامها منه. وفي هذا الإطار يعتبر كثير من الفقهاء الفرنسيين المعاصرين العقود العينية كأحد مخلفات الماضي فهي تشكل مصدرا للعديد من التعقيدات الغير المبررة، لهذا يقترح كثير من هؤلاء الفقهاء إخضاعها للقواعد

⁸³- د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة السادسة، 2018، دار الأمان الرباط، صفحة 38.

⁸⁴- من قانون الالتزامات و العقود 306 الفصل

⁸⁵- د. إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 527.

العامّة التي تقضي بانعقادها بمجرد تطابق الإرادتين طبقاً لمبدأ الرضائية، من تم لا يكون تسليم الشيء المعقود عليه أحد أركان التعاقد

و إنما الخطوة الأولى لتنفيذ العقد كما هو الشكل مثلاً بالنسبة لعقد الكراء الذي ينعقد قبل تسلم المكتري العين المكتراة⁸⁶.

و هكذا أصبحت نظرية العقود العينية في تراجع ملموس لفقدان العقد العيني غايته، إذ أنه أصبح من شأنه أن يعرقل إبرام التصرفات، بعد أن كان المقصود به في الأصل تيسيرها. و أمام هذا الوضع أخذت التشريعات المعاصرة تهجر نظام العقود العينية و هو نفس الاتجاه الذي سار فيه قانون الالتزامات و العقود فقصر هذا النظام على بعض العقود .

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمتعاقدان في العقد العيني الاتفاق على جعل عقد رضائي عقدا عينيا بمعنى أن لا يقوم إلا إذا تم القبض، و هذا يحصل أحيانا في عقد التأمين شرط ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول⁸⁷، فيصبح بذلك العقد عينيا و يكون مصدر العينية هنا هو الاتفاق لا نص القانون.

الفقرة الثانية : نماذج من العقود العينية

تطرق المشرع المغربي للعقود العينية في قانون الالتزامات و العقود و من بينها عقد الرهن والوديعة و عارية الاستعمال و عارية الاستهلاك أو القرض.

و في هذا الإطار فقد نص الفصل 1188 على أنه: "يتم الرهن الحيازي:

أولاً: بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن .

ثانياً: بزيادة على ذلك، بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى احد من الغير يتفق عليه المتعاقدون .

و إذا كان الشيء موجودا بالفعل وقت الرهن في يد الدائن، كان رضى الطرفين

⁸⁶- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد، الطبعة الأولى، 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 477
⁸⁷- د. إدريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، صفحة 527.

وحده متطلباً. و إذا وجد الشيء في يد احد من الغير و كان يحوزه لحساب المدين، كفى أن يقوم هذا الأخير بإخطار حائز الشيء بإنشاء الرهن . وابتداء من هذا الإخطار، يعتبر الأجنبي الحائز انه أصبح حائزاً للشيء لحساب الدائن و لو لم يكن قد التزم مباشرة تجاهه⁸⁸.

و ينص الفصل 781 على انه " الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه و برده بعينه"⁸⁹.

و ينص الفصل 830 على ما يلي " عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم احد طرفيه للآخر شيئاً لكي يستعمله خلال اجل معين أو في غرض محدد، على أن يردده بعينه . و في العارية، يحتفظ المعير بملكية الشيء المستعار و بحيازته القانونية . و ليس للمستعير إلا مجرد استعماله"⁹⁰.

و ينص الفصل 856 على انه " عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم احد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار و النوع و الصفة"⁹¹.

و في الأخير فان العقود العينية بالرغم من الانتقادات التي وجهت له باعتباره إرثاً موروثاً عن التقاليد الرومانية مثله في ذلك مثل العقود الشكلية إلا أن معظم التشريعات المدنية المعاصرة لا زالت محتفظة بأنماط و صور لهذا العقد الشيء الذي يخفف من حدة هذه الانتقادات

⁸⁸- الفصل 1188 من قانون الالتزامات و العقود.

⁸⁹- الفصل 781 من قانون الالتزامات و العقود.

⁹⁰- الفصل 830 من قانون الالتزامات و العقود.

⁹¹- الفصل 856 من نفس القانون

خاتمة :

عموما وتأسيسا على ما سبق، فإن للعقد أركان عامة و أساسية لا يقوم إلا بها، و هي الأهلية والمحل والسبب بالإضافة إلى الشكلية في العقود الشكلية، والذي نقصد به تفريغ العقد في قالب شكلي، ثم التسليم بالنسبة للعقود العينية، دون أن نتطرق إلى ركن الرضا باعتباره الركن الأصيل في العقد. فإن عدم مراعاة توافر هذه الأركان يؤثر في تكوين العقد فيجعله عقدا باطلا.

لكن إذا توافرت أركان العقد الأساسية ولم يختل شرط من شروطها. لكن الرضا كان غير صحيح بأن صدر عن غير ذي أهلية كالقاصر أو ناقص الأهلية أو جاء مشوبا بعيب من عيوب الرضا كان العقد قابلا للإبطال.

جزاء الإخلال بعناصر تكوين العقد

نظرية البطلان

رأينا أن قيام العقود، بصفة عامة، مرتبط بتوافر ثلاثة أركان هي : التراضي والمحل والسبب، وتتفرد بعض العقود بوجود توافر ركن رابع وهو الشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية ، ولكل ركن من هذه الأركان شروط يجب توافرها فيه، فإذا توافر في العقد أركانه وشروطه، انعقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية ، وإذا أورث خلاً في أحد أركانه، أو تخلف شرط من شروطه، كان هذا العقد إما باطلاً وأما قابلاً للإبطال .

فالعقد الباطل الذي تخلف ركنه، والعقد القابل للإبطال الذي فاته أحد شروط صحته، وحكم بإبطاله لتمسك صاحب الحق بذلك ، تلحق كل منهما صفة البطلان على حدٍ سواء .

فالبطلان إذن هو " الجزاء الذي يجعل التصرف كأن لم يكن لخلل أصاب وصفه القانوني " . وفي ضوء هذا التعريف يتضح أن البطلان وصف يلحق العقود فيعدمها . وهو في ذلك يختلف عن سائر الأوصاف التي تلحق العقود، كعدم النفاذ، والفسخ، و الوقف .

تقديم عام : مقتضيات عامة في البطلان

سوف نتناول ضمن هذه المقتضيات العامة ، التعريف بنظام البطلان (أولاً) ثم تمييز البطلان عن بعض المؤسسات المتشابهة (ثانياً) ، و في الأخير سنتناول أنواع البطلان (ثالثاً) .

أولاً : تعريف البطلان

عرف الفقيهان (أوبري و رو)البطلان بأنه عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً قانونياً لمخالفته لأمر أو نهي من المشرع ،

أما السنهوري فعرفه بأنه الجزاء القانوني على عدم إستجماع العقد لأركانه الكاملة مستوفية لشروطها ، فالبطلان هو نظام قانوني يؤدي إلى فقدان العقد لوجوده الإعتباري في نظر القانون فلا تكون له آثار لا بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة للغير .

و الفقه إذ يجمع البطلان إلى القابلية للإبطال، فذلك راجع على أساس أن العقد القابل للإبطال يصبح باطلاً إذا ما تم إبطاله فعلاً ، و الفرق بينهما أن البطلان يلحق العقد من يوم نشأته فلا يوجد بالمرّة ، أما القابلية للإبطال هي حالة ينشأ فيها العقد و يرى النور ، لكنه يكون مشوباً بعيب يجعل بطلانه ممكناً في وقت لاحق ، فإذا حدث فإنه يكون قد تقرر بعد فترة من نشأته ، و ليس من يوم النشأة كما في البطلان .

ثانياً : تمييز البطلان عن بعض المؤسسات المشابهة

I: البطلان والفسخ

البطلان عيب يصيب العقد من يوم نشأته، فيجعله منعماً من يومه ، أو يجعله قابلاً للزوال بعد مدة ، أما الفسخ فهو طارئ يلحق بالعقد بعد نشأته صحيحاً سليماً من العيب فيعرضه للزوال ، فينتهي العمل به قبل أن ينتج آثاره و قبل أن يتمها .

II: البطلان وعدم النفاذ

إن العقد الباطل لا ينتج آثار لا بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة للغير - لأن العقد غير موجود قانونا ، أما العقد الغير النافذ فهو عقد صحيح ينتج آثاره بين المتعاقدين ، و لكنه لا ينتج تلك الآثار بالنسبة للغير فلا ينفذ في حقهم ، و ذلك كما في التصرفات التي يجريها التاجر بعد شهر إفلاسه ، فهي تصرفات تنتج آثارها بين المتعاقدين لكنها تكون غير نافذة إزاء الدائنين .

ثالثا : أنواع البطلان

I : درجات البطلان وفق المنظر التقليدي

1 - حالة انعدام التصرف

هذا التصنيف لم يكن معروفا في إطار النظرية التقليدية التي كانت تقتصر على نوعين من البطلان هما البطلان المطلق و البطلان النسبي ، إلا أن اصطدام هؤلاء الأنصار مع مبدأ عدم تقرير البطلان إلا بوجود نص قانوني جعلهم يلجئون إلى خلق هذه الدرجة الجديدة للبطلان قصد تغطية هذا النقص ، إلا أن الأمر أدى بهم إلى الخلط بين حالة الانعدام و حالة البطلان المطلق ، بحيث أصبحت حلقة الإنعدام تتسع على حساب التضييق في حالة البطلان المطلق .

2 - حالة البطلان المطلق و البطلان النسبي

إلى جانب حالة الانعدام فإن النظرية التقليدية تجعل العقد الباطل على درجتين هما ، درجة البطلان المطلق و درجة البطلان النسبي ، و أساسه التفرقة بين هذين النوعين من البطلان يكمن فيما إذا كان العيب أو الخلل أصاب شرطا من شروط انعقاد التصرف ، كأن يكون المحل غير مشروع ، أو كون السبب مخالفا للنظام العام و الأخلاق الحميدة حيث يترتب البطلان المطلق ، أما إذا أصاب الخلل أو العيب مجرد شرط من شروط الصحة في العقد كحالة نقصان الأهلية أو عيب في الإرادة فإن مصير العقد هو البطلان النسبي .

II : مراتب البطلان وفق التصور الحديث

نظرا لكثرة الانتقادات الموجهة للتقسيم الثلاثي السابق فإنه ظهر في الأفق القانوني اتجاه جديد يجعل البطلان على درجتين هما البطلان و القابلية للإبطال.

و أساس التفرقة بين البطلان و القابلية للإبطال في إطار النظرية الحديثة ينبني بالدرجة الأولى على تحديد نوعية المصلحة التي تم الإضرار بها فإذا كان القصد هو حماية المصلحة العامة فالجزاء هو البطلان ، أما إذا تعلق الأمر بمجرد مصلحة شخصية للمتعاقد فمصير العقد هو القابلية للإبطال لا غير ، و قد أخذ المشرع المغربي في ق.ل.ع.م ، بهذا التصنيف و عليه سنستعمله في ما سيأتي من أحكام و ذلك مجازاة لمسلك المشرع .

المحور الأول : أحكام البطلان و الإبطال

أولاً: أحكام البطلان

وضع المشرع جزاء صارماً على مخالفة القواعد التي أوجب إتباعها في إبرام العقد، وهو البطلان، فالعقد الذي لم تراعى قواعد القانون في تكوينه يكون باطلاً، فلا ينتج أثراً قانونياً، ولا ينشأ عنه حق أو التزام. والمشرع خص للبطلان الفصول من 306 إلى 310 من ق ل ع حيث عرض لحالاته وأوضح المشرع خصائصه.

2 - خصائص البطلان

1- حالات البطلان

1- حالات البطلان

بالرجوع إلى الفصل 306 من ق ل ع يتبين أن العقد يقع باطلاً بقوة القانون في الحالتين التاليتين:
- الحالة الأولى: إذا تخلف ركن من أركان العقد . الرضا والمحل والسبب والأهلية . كما لو أبرم العقد شخص عديم الأهلية أو فقد المحل شروطه أو كان السبب غير مشروع، أو كان العقد شكلياً ولم يتم في الشكل الذي يتطلبه القانون.

- الحالة الثانية: إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلان العقد لاعتبارات تتعلق بالنظام العام اعتبر باطل بالرغم من استجماع سائر أركانه الأساسية، وكمثال على ذلك الفصل 61

ق ل ع والفصل 870 ق ل ع.

2 - خصائص البطلان

الخاصية الأولى: بطلان جزء من العقد يبطل العقد بمجموعه ما لم يكن هذا العقد قابلاً للبقاء دون الجزء الذي لحقه البطلان

. حسب الفصل 308 من ق ل ع إذا وقع تصرف ما، وكان هذا التصرف باطلاً في شق منه، وتبين أن هذا التصرف يشكل في نظر المتعاقدين وحدة لا تتجزأ، بحيث لم يكن ليتم بينهما لولا الشق الباطل، فإن بطلان الشق يعم التصرف كله ويبطله بمجموعه أما إذا تبين أن لا ارتباط بين الشق الباطل وبين بقية أجزاء العقد فإن البطلان ينحصر في هذا الشق وحده ويصح العقد في الباقي وقد طبق المشرع هذه الخاصية في الفصل 1114 من ق ل ع.

وقد يحصل أن يقرر المشرع نفسه بطلان العقد بمجموعه لبطلان شرط من شروطه الفصل 870 ق ل ع، وقد يحصل العكس حيث يقرر المشرع قصر البطلان على الشرط الذي يرى وجوب اعتباره كأن لم يكن، مع الإبقاء على العقد مطهراً من الشرط الباطل، كما في عقد رهن المنقول إذا تضمن شرطاً يسمح للدائن، عند عدم الوفاء له بدينه، في أن يتملك المرهون، أو أن يتصرف فيه بدون إتباع الإجراءات القانونية، فمثل هذا الشرط يقع باطلاً ويعتبر كأن لم يكن عملاً بالفصل 1226 ق ل ع ولكن عقد الرهن يبقى قائماً وينتج جميع آثاره.

الخاصية الثانية: بطلان التزام الأصل يترتب عليه بطلان التابع

أما إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من التزامات إلا إذا اقتضت طبيعتها أو القانون ما يخالف ذلك الفصل 307 من ق ل ع.

وهكذا فإن الرهن ينقضي بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون به الفصل 1233 ق ل ع أما إذا كان الرهن باطلا لسبب ما، فإن هذا البطلان لا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي الذي يبقى قائما.

الخاصية الثالثة: لا تجوز إجازة العقد الباطل ولا التصديق عليه الفصل 10 § 1 ق.ل.ع

والإجازة هي تصحيح العقد برفع العيب الذي يلحقه وهي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل به العاقد عن حقه في طلب إبطال العقد.

أما التصديق على العقد أو إقراره، فهو تصرف قانوني يصدر من شخص يعتبر من الغير بالنسبة للعقد، وبه يجعل هذا العقد نافذا في مواجهته، كحالة بيع ملك الغير.

فالإجازة والإقرار لا يردان على العقد الباطل، ذلك أن العقد الباطل معدوم، ولا يمكن لأحد بإرادته المنفردة أن ينشئ من عدم عقدا إنما يجوز بداهة إبرام عقد جديد على أن تتوافر فيه جميع أركانه، وشروط صحته، ولا تترتب عليه آثار إلا منذ إبرامه.

الخاصية الرابعة: دعوى البطلان تسقط بالتقادم ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم

العقد الباطل هو عقد غير موجود قانونا لذلك فإن مرور الزمن ليس بإمكانه أن يصيره موجودا، لأن عدمه لا يصير شيئا بمرور الزمن لذلك فلكل إنسان أن يدفع ببطلان العقد الباطل إذا ما طلب منه تنفيذه ومهما مر زمن، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم.

كما أن لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى يطلب فيها تقرير البطلان، لكنه وفقا للفصل 387 ق ل ع فإن دعوى البطلان تتقادم بخمسة وعشرين سنة فلا يمكن رفع الدعوى إلا خلال تلك المدة حفاظا على استقرار المعاملات.

الخاصية الخامسة: الباطل لا يحتاج إلى إبطال

ليس العقد الباطل سوى مظهر لعقد لا وجود له، فهو في الحقيقة معدوم، ولا حاجة من تم لصدور حكم ببطلانه، أو اتفاق الطرفين على اعتباره باطلا، لأن القانون هو الذي قرر بطلانه من أصله، فضلا عن أنه لو توقف بطلانه على حكم القاضي لكان قبل صدور الحكم صحيحا غير باطل مع أن المفروض أنه باطل بقوة القانون.

الخاصية السادسة: إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها

والمقصود بالمصلحة هنا هو كل حق يؤثر في صحة العقد أو بطلانه، وأصحاب المصلحة هم المتعاقدون والدائنون والخلف العام والخلف الخاص.

كذلك يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به احد.

ثانيا: أحكام الإبطال

خص المشرع للإبطال الفصول من 311 إلى 318 ق ل ع حيث عرض حالته وبين أحكامه و نحن سنتبع في بحث الإبطال نفس النهج الذي كنا اتبعناه في بحث البطلان فنبدأ بعرض حالاته ثم نوضح خصائصه

1- حالات الإبطال

2- خصائص الإبطال

1- حالات الإبطال

عرض ف 311 ق ل م لحالات الإبطال "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير و في الحالات الأخرى التي يحددها القانون" و استنادا لهذا الفصل نستطيع القول بأن الإبطال يكون في إحدى الحالات التالية:

1 - نقصان أهلية أحد المتعاقدين: هذه الحالة من حالات الإبطال نص عليها في ف4 ق ل ع "إذا تعاقد القاصر و ناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها و لهما أن يطلبوا إبطالها" و عليه إذا ما أقدم مثلا الصغير المميز أو المحجوز عليه لسفه أو جنون على بيع عقار له فإن هذا البيع يقع معيبا لنقص أهلية البائع و قابلا للإبطال.

2- الإبطال لتعيب إرادة المتعاقدين بعيب من عيوب الرضى: ورد النص على هذه الحالة في الفصل 39 و 55 و 56 فبمقتضى ف 39 يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه.

و بمقتضى ف 55 يجوز لأحد المتعاقدين إبطال العقد إذا كان قد لحقه غبن و كان هذا الغبن قد نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله و بمقتضى الفصل 56 يجوز إبطال العقد الذي أبرمه القاصر أو ناقص الأهلية إذا ما لحق هذا القاصر أو ناقص الأهلية الغبن

3- الإبطال بمقتضى نص خاص في القانون : يرجع في هذه الحالة من الحالات الإبطال إلى نص خاص الذي تقررت بموجبه مثل ف 54 ق ل ع أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القاضي و كذلك حالة بيع ملك الغير حيث أعطى الفصل 485 ق ل ع المشتري حق طلب إبطال البيع إذا رفض المالك قراره

2- خصائص الإبطال

العقد القابل للإبطال هو عقد منعقد و منتج لجميع آثاره و لكنه عرضة للإبطال لعله جعلته كذلك قانونا فمن الطبيعي و الحالة هذه أن يكون لقابلية الإبطال خصائص يستلزم ها قيام العقد بعكس خصائص البطلان التي ستلزمها المعدومية أما ما ليس من مستلزمات الوجود أو العدم فليس فيه هذا التعاكس لذلك سوف نرى أن الإبطال يتميز ببعض الخصائص تختلف عن الخصائص التي يتميز فيها البطلان ويشترك

معه ببعض الخصائص الأخرى و سنفرد مطلباً أولاً للخصائص المشتركة بين الإبطال و البطلان ثم مطلب ثانياً للخصائص التي يستقل فيها الإبطال.

الخصائص التي يشترك فيها الإبطال و البطلان:

الخاصية الأولى : إبطال جزء من العقد يبطل بمجموعه ما لم يكن العقد قابلاً للبقاء دون الجزء الذي تقرر إبطاله:

إن هذه الخاصية و إن كانت متعلقة بالبطلان إلا أنها من متعلقات الإبطال أيضاً و عليه إذا كانت عوامل قابلية الإبطال محصورة في بعض نواحي العقد دون بعض و كان هذا العقد يشكل في نظر المتعاقدين وحدة لا تتجزأ فإبطال بعض النواحي يؤول في إبطاله بمجموعه أما إذا لم يكن في مختلف نواحي العقد من الترابط ما يمنع التجزئة فإن الجزء الذي انحصرت فيه عوامل الإبطال هو الذي يبطل من العقد فقط.

الخاصية الثانية: إبطال الالتزام الأصلي يقتضي إبطال الالتزام التابع و لا عكس:

هذه الخاصية متعلقة بالبطلان كذلك و مع ذلك فإنه يجب تطبيقها في حقل الإبطال و لا سيما أن ف1233 ق ل ع سوى صراحة بين البطلان و الإبطال من هذا القبيل بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الالتزام التابع.

الأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي أو انقضاؤه توجب إبطال الالتزام التابع أو انقضاءه و عليه إذا تقرر إبطال الالتزام الأصلي لنقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضى فإن ما يتبعه من التزامات ناشئة عن الكفالة أو الرهن مثلاً يستعمل الإبطال أيضاً أما إذا تقرر إبطال الالتزامات التابعة لسبب يقتضي هذا الإبطال كان أن يكون عقد الكفالة أو عقد الرهن صدر عن إرادة معيبة فإن الالتزام الأصلي الذي جاء عقد الكفالة أو الرهن ليضمن تنفيذ لا يتأثر من جراء ذلك و يبقى صحيحاً.

: الخصائص التي ينفرد بها الإبطال.

الخاصية الأولى: العقد القابل للإبطال يقبل الإجازة أو الإقرار.

العقد القابل للإبطال يمكن تصحيحه و تطهيره من العيب الذي يشوبه عن طريق الإجازة له أو الإقرار و الإجازة هي الرضى ببقاء العقد و استقراره نهائياً ممن له الحق في إبطاله أو بعبارة أخرى هي التنازل عن حق الإبطال من صاحب هذا الحق.

أما إقرار العقد فهو رضى شخص ثالث بأن تسري عليه أحكام عقد عقده طرفان آخران و ليس سارياً عليه كما في حالة بيع ملك الغير إذا عقب ذلك رضى المالك بهذا البيع.

و الإجازة و الإقرار قد يردان صراحة و قد يحصلان ضمناً.

أولاً: فقد ترد الإجازة و الإقرار بصورة صريحة و عندها يشترط لصحتها توافر الشروط التالية المنصوص عليها في ف 317 ق ل ع.

الشرط الأول: يجب أن تتضمن الإجازة أو الإقرار بيان جوهر الالتزام القابل للإبطال فإذا كنا مثلاً

بصد عقد بيع عيبت فيه إرادة البائع و أردنا تصحيح هذا العقد وجب أن نذكر في وثيقة الإجازة أو الإقرار

أن المقصود بالتصحيح هو هذا العقد المعين مع بيان سائر الإيضاحات المتعلقة به و الكفيلة بتعيينه تعييناً دقيقاً رافعا لكل جهالة والتباس.

الشرط الثاني : يجب أن تتضمن الإجازة أو الإقرار الإشارة إلى سبب قابلية الالتزام إلى الإبطال :

فالعقد قد يكون قابلاً للإبطال لأسباب شتى فقد يكون متعيباً لكون أحد المتعاقدين قاصراً أو ناقص الأهلية أو لكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضى و قد يكون متعيباً لأكثر من سبب واحد كأن يكون صدر عن شخص ناقص الأهلية من جهة و أبرم تحت وطأة الإكراه من جهة ثانية فإذا أردنا تصحيح العقد المعيب عن طريق الإجازة أو الإقرار وجب بيان سبب الإبطال في وثيقة الإجازة أو الإقرار و ذلك ابتغاء تحقيق هدفين :

الهدف الأول : هو التثبت من وقوع الإجازة أو الإقرار في وقت يكون فيه سبب الإبطال قد زال .

الهدف الثاني : هو حصر مدى الإجازة أو الإقرار ضمن الحدود التي رسمها من صدرت عنه الإجازة أو الإقرار .

الشرط الثالث : يجب أن يصرح في الإجازة أو الإقرار بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه

أن يؤدي إلى الإبطال و هذا الشرط بديهي إذ المقصود من الإجازة أو الإقرار تطهير العقد من العيب الذي يشوبه ليصبح عقداً سليماً منتجاً سائر آثاره القانونية .

ثانياً : و قد ترد الإجازة أو يرد الإقرار بصورة ضمنية و يستفيدان من ظروف الحال و ذلك كتتفيذ العقد في وقت يكون فيه من الممكن إجازة العقد الباطل أو إقراره بصورة صحيحة فهكذا مثلاً لو أن قاصراً أبرم عقداً ثم بادر إلى تنفيذه وهو ما زال قاصراً لما أعتد بهذا التنفيذ و ظل باستطاعته المطالبة بإبطال العقد رغم تنفيذه أما لو وقع التنفيذ في وقت أصبح فيه كامل الأهلية فإن ذلك يعتبر بمثابة إجازة ضمنية للعقد يمتنع بعد حصولها الطعن بالعقد لنقص الأهلية الذي كان يعيبه وقت إبرامه ف 1/318 ق ل ع .و إذا أجاز العقد القابل للإبطال أو تم إقراره و ذلك بصورة ضمنية فإنه يصبح عقداً صحيحاً و يعتبر من صدرت عنه الإجازة أو الإقرار متنازلاً عن الطعن بالعقد الباطل ف 2/318 ق ل ع.

الخاصية الثانية : قابلية التقادم يصححها التقادم فتسقط به دعوى الإبطال :

إن قابلية الأبطال يصححها التقادم و مدة التقادم في دعوى الإبطال ليست مدة التقادم العادي المحددة ب 15 سنة بل هي سنة واحدة ف 311 ق ل ع و مدة التقادم ليس واحد في سائر الحالات بل هو يختلف بحسب الأحوال و قد حدده المشرع في ف 312 ق ل ع على النحو التالي :

1- ففي حالة الإكراه لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من يوم زوال الإكراه

2 وفي حالة الغلط و التدليس لا يبدأ إلا من يوم انكشافهما

3 و بالنسبة لتصرفات المبرمة من قبل القصر لا يبدأ إلا من يوم بلوغهم سن الرشد .

4 و بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجور عليهم و ناقصي الأهلية لا يبدأ إلا من يوم رفع الحجر

عنهم أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورتتهم إذا مات ناقص الأهلية و هو في حالة نقص الأهلية .

5 وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من يوم وضع اليد على محل العقد .

على أن ملاحظة هامة يجب إبدائها و هي ان دعوى الإبطال يجب ممارستها في كل حال قبل انقضاء 15 سنة من تاريخ العقد وغلا نقضت بالتقادم ف 314 ق ل ع أما المسك بالإبطال عن طريق الدفع فهو لا يتقادم أبدا و من حق من

ترفع عليه الدعوى بتنفيذ العقد القابل للإبطال أن يتمسك بدفع الإبطال حتى ولو كانت الدعوى الإبطال فد انقضت بالتقادم القصير أو العادي الفصل 315 ق.ل.ع

الخاصية الثالثة : العقد القابل للإبطال يحتاج إبطاله إلى القضاء

إن العقد القابل للإبطال ليس باطل بقوة القانون ، بل هو منعقد منتج لأثاره جميعا ، فلا بد من ادن لإبطاله لكي يصبح باطلا ويجرد من أثاره ، وإبطاله يتوقف بالطبع على ثبوت سببه أمام القضاء . ويترتب على ذلك أن الحكم بالإبطال يكون منشأ لوضع قانوني جديد ، لا معلنا أو كاشفا لوضع قانون سابق .

الخاصية الرابعة . ليس لغير المتعاقد الذي قرر الإبطال لمصلحته أن يتمسك بالإبطال ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها :

من المعلوم أن المشرع لم يقرر قابلية الإبطال ، في العقود التي تقتضي الإبطال ، إلا لمصلحة احد المتعاقدين ، لذلك كان لهذا العاقد ، الذي شرع الإبطال لمصلحته أن يتمسك وحده بإبطال العقد .

فإذا كان سبب الإبطال يرجع لعيب في الإرادة ، فلمن عيبت إرادته وحده أن يطلب الإبطال ولما كان الحق في طلب الإبطال ينتقل إلى الورثة ، فان من حق الخلف العام التمسك بالإبطال الفصل 313 ق.ل.ع . ل . أما المتعاقد الآخر أو الدائنون أو الخلف الخاص للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته فليس لهم ممارسة دعوى الإبطال . وذلك خلاف الوضع في البطلان حيث يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك به ، كما انه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها ، بل لابد من ان يتمسك بذلك صاحب المصلحة . إذا الإبطال مقرر لحماية مصلحة شخص معين لا رعاية لمصلحة العامة .

المحور الثاني : آثار البطلان

عندما يتقرر البطلان أو الإبطال فإنه يتعين إلغاء مفعول العقد مادام ذلك ممكنا فإذا تعذر ذلك لإستحالة ماديا أو قانونيا كان هناك إمكانية لإستحقاق التعويض المناسب للضرر اللاحق بأحد المتعاقدين ، و في بعض الأحيان قد يترتب على العقد الباطل أو القابل للإبطال .

بعض الآثار القانونية بالرغم من صدور الحكم بالإبطال أو البطلان كما هو الحال بالنسبة لحالة تحول العقد و انتقاصه ، و كذا في بعض الحالات الإستثنائية التي لا يحول البطلان فيها دون سريان بعض الآثار القانونية تجاه الغير حسن النية كما هو الشأن بالنسبة لمن انتقلت إليه الحيازة المادية للعقار أو المنقول بحسن نية .

و سنعرض فيما يلي لأهم آثار و مخلفات البطلان و الإبطال سواء ماكان منها أصليا أو عرضيا غير مقصود بكيفية مباشرة اثناء التعاقد .

أولا : الآثار المباشرة والأصلية للبطلان والإبطال

تختلف هذه الآثار باختلاف نوعية العلاقة الناجمة عن العقد الباطل أو القابل للإبطال .

I : آثار البطلان والإبطال بالنسبة للمتعاقدين

1 – القاعدة الأصلية

القاعدة أن المتعاقدين يرجعان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، إذا كان العقد قد بدأ تنفيذه و كان ممكنا ، فإذا كان العقد الباطل عقد بيع مثلا و كان تنفيذه، قد تم فإن البائع يستعيد ملكية المبيع بينما يستعيد المشتري الثمن الذي دفعه لقاء الشيء المبيع.

أما إذا كان العقد قد بدأ تنفيذه ، و كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد شيئا مستحيلا ، فإنه يمكن للمحكمة أن تحكم للمتضرر بتعويض معادل للضرر الحاصل له تطبيقا للمبادئ العامة . أما إذا كان تنفيذ العقد لم يبدأ بعد ، فإنه لا يلتزم أي من المتعاقدين إزاء الغير بأي شيء .

2 – الإستثناءات

تطبيقا للفصل 6 ق.ل.ع.م فإن القاصر لا يلتزم إلا في حدود النفع الذي استخلصه من الإلتزام بإبطال العقد لا يجبره إلا على رد ما عليه من نفع فقط ، و مثال ذلك أن يبيع القاصر شيئا و يستلم ثمنه تم يضيع جزء من الثمن نتيجة سرقة ، بينما يستفيد من الباقي في تعليمه و كسوته ، فإذا تقرر إبطاله أي العقد في هذه الحالة بسبب نقصان أهلية البائع فإن القاصر لا يلتزم برد الثمن الذي قبضه كله ، و إنما يرد منه فقط الجزء الذي عاد عليه بالنفع ، و هو الذي صرفه في التعليم و الكسوة ، فإذا كان الثمن الذي قبضه القاصر لازال موجودا في حوزته فإن ذلك يعتبر نفعاً له تطبيقا لأحكام الفصل 9 ق.ل.ع.م و يلتزم برده .

II : آثار البطلان والإبطال بالنسبة للغير

1 – القاعدة الأصلية

إن تطبيق مفعول البطلان و الإبطال بأثر رجعي ، لا يقتصر على العاقدین فقط ، و إنما يشمل مبدئيا الغير كذلك أي الخلف الخاص الذي تلقى من أحدهما حقا على الشيء محل الإلتزام الذي تقرر بطلانه ، و من ثم فالأصل هو زوال الحقوق التي تلقاها الغير من أحد العاقدین على المال موضوع العقد الباطل ، إذ لا يجوز للإنسان أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك .

2- الإستثناءات

- الإستثناءات التي لا تتأثر فيها حقوق الغير من مبدأ رجعية آثار العقد الباطل أو القابل للإبطال هي :
- الحالة الأولى : بموجبها لا تتأثر الحقوق العينية العقارية المكتسبة للغير حسن النية بمبدأ رجعية آثار البطلان و الإبطال عند تقييده بإسم الغير على الرسم العقاري.
 - الحالة الثانية : تهم هذه الحالة الحائز للمنقول حسن النية ، و الذي يسوغ له التمسك بملكيته و لو تلقاه ممن ليس له الحق في التصرف فيه ، و ذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية الحيازة في المنقول سند الملكية.
 - الحالة الثالثة : في الحالات التي يكون فيها الزواج فاسدا ، أو باطلا فإن العلاقة الزوجية تنتهي بمجرد الإطلاع على سبب الفساد أو البطلان ، سواء تم ذلك عن طريق الطلاق أو بدونه ، إلا أن آثار انفصال الزوجين لا تسري على الأولاد الذين ولدوا في إطار هذه العلاقة ، لأنهم أبناء شرعيون ينسبون لأبويهم و يستحقون الإرث فيهم .
 - الحالة الرابعة : تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل يترتب بطلان الإلتزام الأصلي بطلان الإلتزامات التابعة له ، و ذلك ما لم يقضي القانون أو الإتفاق بخلاف ذلك ، و على العكس من هذا لا يترتب بطلان الإلتزام التابع بطلان الإلتزام الأصلي ف 307 ق.ل.ع.م ، و معلوم أن الإلتزام الأصلي ينشأ مستقلا لا يستند إلى غيره و تثبت له أهمية حاسمة في تكييف العقد و لا يستطيع الأطراف أن يسقطوه باتفاقهم .

ثانيا : الآثار غير المباشرة أو العرضية للبطلان والإبطال

بالإضافة للآثار الأصلية للبطلان و الإبطال ، فإن هذين النظامين قد ينتجان بعض الآثار العرضية غير المقصودة أثناء إبرام العقد ، و لكنها تصبح آثارا مقبولة بعد ذلك بسبب التحول الذي يطرا على العقد زيادة و انتقاصا و يتعلق الأمر بنظريتي تحول العقد و انتقاصه و باعتبار أن مصير العقد الباطل و القابل للإبطال غالبا ما ينحصر في إرجاع المتعاقدين الى وضعية ما قبل التعاقد و استردادهما لما دفعاه لبعضهم البعض ، إلا أن هناك بعض الحالات يكون فيها للطرف المضرور أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تقرير البطلان و الإبطال .

I : نظرية انتقاص العقد (البطلان الجزئي)

ثمة حالات ينحصر فيها البطلان أو الإبطال في جزء من مقتضيات العقود، دون بقية المقتضيات الأخرى، وهذا ما يدعى البطلان الجزئي حيث يمكن تقسيم العقد واقتصار البطلان و الإبطال على الجوانب المعيبة فيه ليس غير، وهذا هو جوهر نظرية انتقاص العقد الذي اعتمدتها أغلب التشريعات المقارنة و من بينها قانون اللتزامات و العقود المغربي ونص عليها في الفصل 308 منه:

" بطلان جزء من اللتزام يبطل اللتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا اللتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى اللتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي".

إذ يتضح من خلال هذا الفصل أنه لإعمال نظرية انتقاص العقد لابد من توافر شرطين:

1 - الشرط الأول: كون الأجزاء الباطلة أو الموجبة للإبطال قابلة للانفصال عن بقية

الالتزامات السليمة الأخرى

طبقا لهذا الشرط يتعين أن تثبت إمكانية تقسيم الاشتراطات الواردة في العقد وقصر البطلان أو الإبطال على تلك المعيبة منها، مثال ذلك : أن يبرم رجل مع خادمتة عقدا بموجبه تتعهد هاته الأخيرة بخدمته و معاشرته ، حيث يبطل شرط المعاشرة و يقتصر العقد على الخدمة مع تخفيض الأجر المتفق عليه إذا تبين أنه حدد ليشمل مقابلة الأمرين معا .

2- الشرط الثاني: عدم تعارض نية الأطراف مع فكرة إنقاص العقد

لا مجال لإعمال نظرية انتقاص العقد إذا تبين أن أطرافه أو أحدهم كانوا يعتبرونه وحدة متكاملة لا تقبل التجزئة و الانفصال ، و هذا ما يسمى العقود المركبة التي يتم فيها التعاقد على أساس قبول كل الجوانب و الشروط المكونة للصفقة الواحدة، بحيث أن أي خلل يصيب أحد الأجزاء المكونة لهذه الصفقة، إلا و يستتبعه البطلان أو الإبطال الكلي لمجموع الصفقة .

II - نظرية تحول العقد

هي نظرية يرجع أصلها إلى القانون الألماني مفادها أنه إذا توافرت في العقد الباطل أو القابل للإبطال عناصر عقد آخر صحيح، لزم الاعتداد بهذا العقد الآخر الجديد على الرغم من بطلان العقد الأصلي أو قابليته للإبطال ، غير أن هذا يبقى متوقفا على تحقق الشروط التالية :

1 - الشرط الأول: وجود عقد باطل أو قابل للإبطال

يتعين أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال بكامله أو في جزء منه لا يقبل الانفصال عن باقي الأجزاء الأخرى ، ذلك أنه يجوز للقاضي بأي حال من الأحوال أن يعوض عقدا صحيحا بعقد آخر يفضلته المتعاقدان لو عرض عليهما الأمر بعد التعاقد.

أيضا لا يكون مجالا لتطبيق نظرية تحول العقد إذا كان البطلان أو الإبطال جزئيا، وإنما يتعين في هذه الحالة إعمال نظرية انتقاص العقد.

2 - الشرط الثاني : تضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال مقومات عقد آخر

يتعين لإعمال نظرية تحول العقد أن تلتزم عناصر العقد الجديد بين مخلفات العقد الباطل لإخراجه ، و مثال ذلك أن العقد الرسمي الباطل لعدم استجماع الورقة الرسمية لشروطها الشكلية قد يتحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي ، و قد جاء بهذا الخصوص ضمن الفصل 423 ق.ل.ع.م :

" الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة".

3 - الشرط الثالث: احتمال انصراف إرادة العاقدين إلى اعتماد العقد الجديد

يتعين أن يثبت أن قصد العاقدين كان يتجه عند إبرام العقد الأصلي إلى إبرام العقد الجديد لو أنهما فطنا لما يشوب العقد الأصلي الباطل من عيوب في تكوينه، وبإمكان القاضي هنا أن يعتمد على القرائن القضائية، حتى لا يستنتج مثلا من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره، ومن استمرار

تنفيذهما العقد الأصلي خلال مدة معينة ، أن إرادتهما المفترضة قد اتجهت إلى التحول ولو اعترض أحدهما عن ذلك بعد حين .

III : التعويض المترتب عن بطلان العقد وإبطاله

في الغالب ما تكون دعوى البطلان أو الإبطال مقترنة بطلبات فرعية تهدف إلى تخويل التعويض لجبر الأضرار المترتبة عن بطلان أو إبطال العقد، وهنا تقضي القواعد العامة أن يعرض العاقد سواء المستفيد أو المحكوم عليه في هذه الدعوى إذا كان سبب البطلان راجع لخطأ الطرف الآخر.

1 - حق الطرف المستفيد من البطلان أو الإبطال في المطالبة بالتعويض

عندما يكون سبب البطلان أو الإبطال راجع لخطأ ترتب عنه إحداث ضرر للعاقد المستفيد من البطلان أو الإبطال، فإنه يحق له أن يطالب بتعويض الأضرار التي أصابته نتيجة ذلك، والأصل في هذا تطبيق الفصل 79 من ق.ل.ع.م، المتعلق بالمسؤولية التقصيرية. ومن تطبيقات ذلك حق المشتري ملك الغير الزيادة على المطالبة بفسخ العقد في استحقاق تعويض في مواجهة البائع شريطة أن يكون غير عالم وقت التعاقد أن الشيء مملوك للغير.

2 - حق الطرف المحكوم عليه في البطلان أو الإبطال في المطالبة بالتعويض

أحيانا قد يثبت للمدعي في دعوى البطلان أو الإبطال حق المطالبة بالتعويض على الرغم من حمله على التحلل من العقد الذي كان يجمعه بالطرف الذي تقرر البطلان والإبطال لفائدته، مثال ذلك، عندما يلجأ القاصر أو ناقص الأهلية إلى وسائل احتيالية قد تدفع العاقد الآخر إلى الاعتقاد برشده أو بسبب موافقة وليه في حين أن الحقيقة خلاف هذا فإن الحكم ببطلان العقد أو إبطاله لفائدة القاصر أو ناقص الأهلية لا يمنع من مساءلتهم عن تعويض الأخطاء التي ارتكبوها و المتمثلة في كتمان الحقيقة على العاقد الآخر مما أثر سلبيا على مصالحه ، كضياع فرصة الربح عليه أو حرمانه من ربح مؤكد .

3 - أساس الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن بطلان العقد أو إبطاله

ثار جدال فقهي بخصوص تحديد هذا الأساس، فهناك من يرى أنه العقد نفسه، و يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن أساس التعويض عن الأخطاء المرتكبة خلال مرحلة التعاقد هو العقد الذي سيجمع بين العاقلين ، لكن يلاحظ على هذا الإتجاه أنه مادام العقد لم تكتمل كل عناصره نتيجة بطلانه أو إبطاله ، فإنه يستعصى اعتماد هذه النظرية ، لهذا ينتقد غالبية الفقه المعاصر هذه النظرية باعتبارها نظرية ظرفية فرضتها الحاجة حيث اعتمدت عندما ضاق القانون الروماني من الإتساع لضروريات التعامل . وإلى جانب هذا الأساس المنتقد، ثمة اتجاه آخر أخذ به الفقه المعاصر يذهب إلى أن المسؤولية التقصيرية هي مستند استحقاق التعويض المترتب على تقرير البطلان أو الإبطال، لهذا يلتزم الطرف المطالب بالتعويض بإثبات الخطأ المرتكب من طرف المتعاقد الآخر.

آثار العقد

عندما يستجمع العقد كافة العناصر اللازمة لنشؤئه وفقا لما قرره القانون فإننا نكون أمام عقد صحيح ملزم لأطرافه في حدود ما تم الاتفاق عليه في صلب العقد وهذا ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد، فبمجرد حصول التراضي بخصوص موضوع الاتفاق، إلا وكان العقد أو التصرف شريعة المتعاقدين بحيث لا يحق لهم التراجع عن مقتضيات هذا الاتفاق إلا عن طريق التراضي المزدوج أو في الحالات التي يحدد القانون ، و لمعرفة مضمون العقد فإن هناك مجموعة من الوسائل التي تعتمد عليها المحكمة من أجل استقراء معالم الاتفاق و يتم ذلك عادة عن طريق تكييف العقد ووضعه في الإطار القانوني الذي قصده الأطراف، و في الحالات التي يكون هناك إبهام أو غموض فإنه يتعين اللجوء إلى مؤسسة التفسير التي يتم عن طريقها توضيح بنود العقد و الغاية المقصودة من الاتفاق.

بالإضافة الى مضمون العقد و القوة الملزمة للعقد فإننا سنحاول تحديد نطاقه من حيث الأشخاص الذين تسري عليهم آثاره وهذا يقتضي الوقوف عند مبدأ النسبية و الذي يحدد النطاق الشخصي لسريان آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين و الغير معا.

و هذا ما سنحاول دراسته من خلال محورين إثنين .

المحور الأول : النطاق الشخصي لآثار العقد

لأصل أن تتصرف آثار العقد إلاى المتعاقدين و من يمثلهما في العقد كخلف خاص أو خلف عام أو دائنين.

أما غير الأشخاص المذكورة فالعقد المبرم لا يسري قي حقهم إلا في حالات خاصة ، اقتضتها طبيعة المعاملات .

أولا : آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين و الخلف و الدائنين

I : آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

إن انصراف العقد بالنسبة للمتعاقدين يعني كسبهما للحقوق و تحملهما للإلتزامات التي ينص عليها العقد وفق الشروط الواردة فيه ، و هذا ما عبر عنه (الفصل 228 ق.ل.ع.م) :

" الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

و يقصد بالمتعاقدين أطراف العقد الذين ابرموه بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهم في ذلك كالوكيل أو الولي أو الوصي او المقدم .

II: آثار العقد بالنسبة للخلف

1- آثار العقد بالنسبة للخلف العام

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها ، الوارث الذي يورث التركة كلها ، أو يرث حصة منها ، و كالموصى له بحصة من التركة ، فالخلفة العامة تتحقق عن طريق الميراث و الوصية ، و انصراف العقد إلى الخلف العام مقيد بقواعد الإرث .

و هكذا فإذا مات البائع في عقد البيع خلفه ورثته في حقوقه المترتبة له من العقد خاصة منها الثمن، و إذا مات المشتري خلفه ورثته في الحق فب تسلم الشيء المبيع و نقل ملكيته.

و كذلك الأمر بالنسبة للديون ، فموت الموروث ينشأ عنه خلافة ورثته له في ديونه كما يخلفونه في حقوقه ، لكن ذلك محدود في قيمة التركة ، فإذا ازدادت الديون عن مجموع قيمة التركة لم يلتزموا بشيء و ذلك تطبيقاً للقاعدة الإسلامية التي تقول "لا تركة إلا بعد سداد الديون" .

غير أن المبدأ في انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ترد عليه بعض الاستثناءات ، بحيث لا تنصرف هذه الآثار إلى ورثة المتعاقد أو من أوصى له تركته في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : في حالة نص العقد على عدم انتقال هذه الآثار ، كما لو منح الدائن المدين أجلاً للوفاء بالدين يستفيد منه وحده، فإنه لا يجوز أن يستفيد الورثة منه و لا الموصى لهم عند وفاة مورثهم المدين .

الحالة الثانية : إذا كانت طبيعة الحق أو الإلتزام المترتب عن العقد تفرض عدم انتقال هذه الحقوق و الإلتزامات إلى الخلف العام ، كأن يكون أثر العقد حق انتفاع بعقار و هو ينتهي بموت المنتفع بحكم القانون.

الحالة الثالثة : إذا نص القانون على أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام و ذلك لإتصال الإلتزامات الناشئة عنه بشخص المتعاقد كما في عقد الشركة .

2 - آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقاً أو مالاً محدداً كان في ذمة هذا السلف، كالمشتري و الموهوب له و الدائن و الموصى له بمال معين كدكان أو دار أو سيارة مثلاً.

و إذا كان الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها السلف و تكون متعلقة بالحق أو المال المنتقل قبل نقله إلى يه ، فإن السؤال يطرح بالنسبة للعقود التي يبرمها السلف و تكون متعلقة بالحق أو المال المنتقل قبل نقله إلى الخلف الخاص ، هل تنتقل إلى هذا الخلف أن لا تنتقل إليه كما في الحالة التي يبرم فيها المالك عقد كراء لعقار معين قبل بيعه فهل هذا العقد يسري في حق المشتري أم لا يسرى ؟

إن ق.ل.ع.م لا يجيبنا عن ذلك بوضوح ، فهو إن كان يوحي في (الفصل 229 ق.ل.ع.م) ، بأنه يسوي بين الخلف الخاص و الخلف العام عندما ينص على أن الإلتزامات تنتج أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورتتهما وخلفائهما ، فإن ذلك لا يعتبر كافيا مما جعل الفقه يدرس المسألة و يحللها في إطار المبادئ العامة.

و في ذلك اعتبر أن الحقوق و الإلتزامات المترتبة عن العقد الذي يبرمه السلف لا تنتقل في الأصل إلى الخلف الخاص، ففي حالة تعاقد مالك أرض مع مقول لبنائها قبل قيامه ببيع الأرض حيث لا يتأثر المشتري بعقد المقولة الذي أبرمه البائع، فليس له أن يتمسك بالعقج إزاء المقول ، كما أنه ليس للمقول أن يتمسك إزاءه.

غير أن الفقه رأى مع ذلك أن انتقال الحقوق و الإلتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف الخاص في الحالات التي تعتبر فيها من مستلزمات المال المنتقل وهو في ذلك يميز بين الحقوق و الإلتزامات .

فالحقوق الناشئة عن عقد السلف و التي تنتقل إلى الخلف الخاص من المال المنتقل يجب أن تكون مكتملة له و تعتبر من توابعه ، و مثاله أيضا التعهد بعدم المنافسة الذي يحصل عليه بائع الأصل التجاري قبل بيعه له فهو يعتبر تابعا للأصل التجاري و بذلك يستفيد منه المشتري .

أما الإلتزامات الناشئة عن عقد السلف و الذي تنتقل إلى الخلف الخاص فهي الإلتزامات المحددة للمال المنتقل و المقيدة لإستعماله و مثالها إلتزام السلف بأن لا يستعمل المنزل الذي يملكه مطعما أو مقهى .

III: آثار العقد بالنسبة للدائنين

إن الدائنين العاديين يعتبرون من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها مدينهم و بالتالي لا تتصرف إليهم آثار هذه العقود فلا يكتسبون منها حقوقا و لا يتحملون بالإلتزامات ناشئة عنها.

إلا أنه و مع ذلك فإنه من المسلم بأن هؤلاء الدائنين يتأثرون إلى حد ما بالعقود التي يبرمها مدينهم من الناحية الواقعية باعتبار أن هذه العقود قد تدخل حقوقا في الذمة المالية للمدين مما يرجع بالفائدة عليهم ، و قد تخرج حقوقا في الذمة المالية للمدين مما يضر بهم (الفصل 1241 ق.ل.ع.م)

فتأثر الدائنين إذن يصل إلى درجة أن تنتقل إليهم الحقوق و الإلتزامات الناشئة عن العقود التي يبرمها مدينهم و إنما يقتصر على زيادة أة نقصان ضمانهم العام ، أي تأثرهم بتلك العقود يظل تأثيرا غير مباشر على أنه يحق للدائنين الطعن في العقود التي يبرمها مدينهم و إنما يقتصر على زيادة أو نقصان ضمانهم العام ، أي تأثرهم بتلك العقود يظل تأثيرا غير مباشر ، على أنه يحق للدائنين الطعن في العقود التي يبرمها مدينهم إذا كانت غير حقيقية و لم يبرمها إلا بقصد الإضرار بحقوقهم ، حيث يجوز لهم الطعن فيها بالصورية و في ذلك نجد (الفصل 22 ق.ل.ع.م) ينص على أنه :

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

و الدائنون يعتبرون بطبيعة الحال غيرا في مفهوم هذا النص و يحق لهم إثبات الصورية بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن .

ثانيا :آثار العقد بالنسبة للغير

إن الأشخاص الذين يمكن أن تنصرف إليهم آثار العقد ، أو يمكن أن يتأثروا بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، هم طرفا العقد و خلفهما العام و الخاص و الدائنون ، أما غير هؤلاء ممن لم يشارك في إبرام العقد و لم يكن ممثلا فيه فيعتبر من الغير و لا تنصرف إليه آثار العقد .

و إذا كان الأصل أن آثار العقد لا تنصرف للغير ، و أن العقد لا يضر و لا ينفع إلا من طان طرفا فيه فإن هذه القاعدة ترد عليها اليوم بعض الإستثناءات التي فرضتها طبيعة المعاملات و تبناها المشرع فسمح أن يرتب العقد إلتزامات على عاتق شخص لم يكن طرفا فيه و لا ممثلا فيه ، كما سمح بترتيب حقوق لهذا الغير كما هو واضح من الإلتزام عن الغير ، و الغشراط لمصلحة الغير وأخيرا التعهد عن الغير.

I:الإلتزام عن الغير (شرط إقراره إياه)

الإلتزام عن الغير عقد بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما و يسمى الملتزم لفائدة الآخر و يسمى المتعاقد معه ، بإسم شخص ثالث يسمى المنوب عنه.

و من أبرز تطبيقاته حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ، فيتعاقد بإسم موكله فيما لم يوكله فيه.

لكن اللجوء إلى الإلتزام عن الغير يمكن أن يتم في حالات كثيرة أخرى خاصة عندما تظهر فرصة إبرام عقد بعد طول انتظار و يخشى ضياعها لتغيب أحد الأطراف و ذلك كما في حالة الشركاء في عقار نائع الذين يقومون ببيع العقار ملتزمين عن أنفسهم وعن شريكهم الغائب، و كما في الصفقة التي يبرمها بإسم والده المسافر .

و كما يظهر من التعريف فإن الإلتزام عن الغير عقد يتعاقد فيه الملتزم بإسم المنوب عنه دون أن يرخص له هذا الأخير بذلك مما يقتضي إقرار المنوب عنه له للإبقاء عليه و إنتاجه للشار المتوخاة منه و هذا ما يجعلنا نتعرض لشروط صة الإلتزام عن الغير (1) ، و آثار هذا الإلتزام (2) .

1 – شروط الإلتزام عن الغير

لقيام عقد الإلتزام عن الغير يجب توفره على الأركان العامة التي يتطلبها كل عقد مماثل و لبقائه و إمكان الإحتجاج به إزاء المنوب عنه يجب إقراره من قبله.

أ - التوفر على الأركان التي تتطلبها العقود المماثلة

إن الإلتزام عن الغير عقد و بذلك فيلزم أن يتوفر على الأركان العامة التي يشترطها القانون كما لو أن المنوب عنه يتعاقد بنفسه ، و هكذا فيجب أن يكون الرضى خاصة متوفر و صحيح و غير معيب بعيب من عيوب الإرادة و هذا ما يقتضي أن يكون المتعاقد معه عالما بأن الملتزم لا يلتزم شخصيا و أنه يبرم العقد بإسم المنوب عنه، و هنا يجب أن يكون عالما أيضا بأن الملتزم لا يتوفر على وكالة من طرف الشخص المنوب عنه و إلا فإن إرادته ستكون معيبة للغلط أو التدليس .

ب - إقرار العقد من طرف المنوب عنه

إن عقد الإلتزام عن الغير لا يمكن أن يحتج به إزاء المنوب عنه إلا إذا كان قد أقره من قبل ، لأن المنوب عنه يمكن أن يقر العقد ، كما يمكن أن يمتنع عن إقراره ، فإذا أقره أصبح طرفا فيه ملتزما بما جاء فيه لأن الإقرار اللاحق كالتوكيل السابق ، و إذا امتنع عن إقراره فإنه لا يصبح طرفا في العقد و لا يلتزم بشيء .

و إقرار المنوب عنه للعقد لا يخضع لشكل معين ، فيمكن أن يتم صراحة أو ضمنا كما بينا ذلك عند حديثنا عن كيفية التعبير عن الإرادة .

2 - آثار الإلتزام عن الغير

إن نثار عقد الغلتزام عن الغير تختلف بحسب ما إذا كان المنوب عنه قد اتخذ موقفا من العقد أم لم يتخذه بعد .

أ - آثار عقد الإلتزام عن الغير قبل إتخاذ المنوب عنه لموقف منه

فقبل اتخاذ المنوب عنه لموقف من العقد ، يكون العقد قائما لكنه يكون معرضا للزوال ، و إلى أن يتخذ المنوب عنه موقفا بشأن ذلك ، يظل المنوب عنه و المتعاقد معه ملتزمين إزاء بعضهم ، لكن التزامهما يكون مشروط بإقرار المنوب عنه للاتفاق .

و هكذا فإذا اشترط المتعاقد معه في العقد ضرورة تحديد المنوب عنه لموقفه صراحة في أجل معين، فإن سكوت هذا الأخير داخل الأجل يعتبر رفضا منه للتعاقد .

فإذا طلب المتعاقد معه المنوب عنه بتحديد موقفه دون أن يحدد أجلا لذلك - فإن المشرع المغربي في الفصل 36 من ق.ل.ع.م. ألزم أن يتم الإقرار في هذه الحالة خلال أجلا معقول لا يتجاوز 15 يوم بعد إعلام المنوب عنه بالاتفاق ، و إلا تحلل المتعاقد معه من إلتزامه و لم يعد بإمكان المنوب عنه مطالبته بتنفيذها .

أما إذا لم يشترط المتعاقد معه حصول الإقرار ، و لم يطلب من المنوب عنه التصريح بما إذا كان ينوي إقرار العقد أم لا ، فيختلف الأمر بحسب ما إذا علم المنوب عنه بالعقد أم لم يعلم به ، لإذا علم

بالإتفاق لحضور مجلس العقد أو أعلم به في حالة عدم حضوره فإن عليه أن يعبر عن موقفه و إلا اعتبر سكوته قبولا ضمنيا منه بالعقد المبرم بإسمه ، (الفصل 38 ق.ل.ع.م) ، أما إذا لم يعلم بالإتفاق و لم يخبره به ، فإنه لا يمكن أن يلزم به و لو طال الزمن.

ب - آثار عقد الإلتزام عن الغير بعد اتخاذ المنوب عنه لموقف منه

إن وضعية عقد الإلتزام عن الغير و بقاءه يرتبط بالموقف الذي يتخذه المنوب عنه عل عو رفض هذا العقد أم قبله .

فرفض المنوب عنه للعقد ينفي الإلتزامات المتقابلة بين المنوب عنه و المتعاقد معه ، و تعتبر كأن لم تكن ، إلا أن ذلك الرفض لا ينهي العلاقة و لا الإلتزامات المتبادلة بين الملتزم و المتعاقد معه الناتجة عن العقد ، أما إذا أظهر الإتفاق أن الملتزم عبر عن إلتزامه بحمل المنوب عنه على إقرار العقد و ضمان قبوله له ، و ذلك أن الرابطة العقدية تبتدئ هنا إلى إتفاق أولي بين الملتزم و المتعاقد معه لا يلتزم بمقتضاها ، الأول - الملتزم- يحمل المنوب عنه على إقرار العقد و قبوله مما يولد مسؤولية عقدية على الملتزم في حالة رفض المنوب عنه الإتفاق تسمح للمتعاقد معه بالرجوع عليه من أجل التعويض.

أما إذا اقر المنوب عنه العقد صراحة أو ضمنا فإن ذلك يبقى على العقد فينتج نثاره بين المتعاقدين من وقت إبرام العقد ما لم يصرح بغير ذلك ، لكن هذا العقد لا يكون له اثر بالنسبة للغير المبرم العقد بغضه إلا من يوم إقراره كما يستقاد من ذلك من (الفصل 37 ق.ل.ع.م) .

II:الإشتراط لمصلحة الغير

يتم الإشتراط لمصلحة الغير عن طريق التعاقد بين شخصين أحدهما يسمى المشتراط و الآخر يسمى الواعد أو الملتزم ، يتعقد في الثاني للأول بتنفيذ إلتزام لصالح شخص ثالث يسمى المنتفع ، فينشأ بذلك حق مباشر للمنتفع يستطيع أن يطالب به الواعد .

و يتبين من خلال هذا التعريف أن طرفي العقد الذي يتضمن الإشتراط لمصلحة الغير هما المشتراط و الواعد ، أما المنتفع فليس طرفا في العقد و إنما هو من الغير .

و للإشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة من أهمها ، عقود التأمين على الحياة فهنا يؤمن الشخص على حياته مقابل مبلغ ، و يشترط على شركة التأمين أن تفي بمبلغ التأمين للشخص الذي يعينه حيث ينشأ في هذه الحالة حق مباشر لهذا الشخص يمكنه من مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين في حالة حدوث وفاة المستأمن.

و في دراستنا للإشتراط لمصلحة الغير سنعرض لشروط صحته(1) ثم للآثار التي تترتب عنه (2)

1 - شروط صحة الإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير يصب في عقد ، و من ثم وجب توفر هذا العقد على الشروط العامة اللازمة لإنعقاد العقد شكلا و جوهرا ، و باعتبار أنه يتضمن إشتراطا فإنه يتطلب بالإضافة إلى ذلك شروطا خاصة تتمثل في وجوب أن يكون المنتفع معيناً في العقد ، و أن يعبر المقوله "نتفع عن قبوله للإشتراط الذي تم لمصلحته ، و أن يتوفر عقد الإشتراط على الشروط الخاصة التي تحتمها ماهية العقد، و سنعرض لهذه الشروط تباعا .

أ- أن يكون المنتفع معيناً في العقد أو قابلاً للتعيين

يجب أن يكون المنتفع معيناً في عقد الإشتراط ، أو على الأقل أن تساعد مقتضيات العقد على تعيينه في المستقبل عند تنفيذه ، و هذا ما نص عليه في الفصل 34 ق.ل.ع.م في الفقرة الأولى :

" ومع ذلك، يجوز الإشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين "

و المشرع من خلال هذا الفصل لم يشترط وجود المنتفع الملزم له عند إبرام عقد الإشتراط ، و يظهر أنه متأثر في ذلك بالنظرية المادية للإلتزام تلك النظرية التي تهتم بمحل الإلتزام أكثر من إهتمامها بأشخاصه.

و هكذا يشترط بطبيعة الحال أن يكون المنتفع معيناً أو قابلاً للتعيين عندما ينتج عقد الإشتراط آثاره و إلا فإن الواعد يتحلل من إلتزامه .

ب - قبول المنتفع للإشتراط

يقوم عقد الإشتراط بتوافق إرادتي المشتراط و الواعد لكن صحته تقتضي قبول المنتفع للمنفعة التي يشترطها العقد لصالحه ، و إلى أن يتم هذا القبول يظل بإنكان المشتراط أن يلغي عقد الإشتراط أو أن يحرم المنتفع منه ، إما بتعيينه لمنتفع آخر و إما بإرجاع الإستفادة لنفسه .

و التعبير عن القبول يمكن أن يتم بصورة صريحة أو ضمنية و دون ضرورة لإتخاذ شكل معين، و هو غير مقيد بأجل مطلقا ، و هنا نشير إلى أن بعض الفقه يرى أن القبول يمكن أن يتم في أي وقت لكن ضمن حدود مدة التقادم المسقط .

فإذا قبل المنتفع الإشتراط أصبح دائنا للواعد بمجرد إبرام العقد و أصبح من حقه أن يطلب بإسمه من الواعد تنفيذه ، و من ثم يعتبر الإشتراط لمصلحة الغير خروجاً عن قاعدة نسبية آثار العقد.

أما إذا رفض المنتفع الإشتراط و بلغه للمشتراط ، فإن المشتراط يصبح عديم الأثر بالنسبة له ، اي أن الواعد يتحلل من إلتزاماته بأثر رجعي و هذا ما نص عليه الفصل 34 ق.ل.ع.م في فقرته الأخيرة:

"و يعتبر الإشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغاً الواعد هذا الرفض."

وفي هذه الحالة يظل المشتراط حرا في أن يرجع الاستفادة لنفسه أو أن يمكن شخصا آخر منها بتعيينه لمنتفع جديد.

ج - توفر عقد الإشتراط على الشروط التي تحتمها ماهية العقد

حتى يكون الإشتراط صحيحا فيجب أن يتوفر عقد الإشتراط على الشروط الشكلية و الجوهرية التي تحتمها ماهية العقد فإذا تضمن الإشتراط تبرعا كمنح هبة ، وجب أن تراعى القواعد المتعلقة بالهبة ، سواء من الناحية الموضوعية ، كتوفر أهلية التبرع في المشتراط عند الإشتراط ، و كحق الرجوع عن الهبة ولو قبلها المنتفع مادامت لم تسلم له ، أو من الناحية الشكلية كوجوب تنظيمها بحجة رسمية.

و كون الهبة تعتبر هنا غير مباشرة فإن ذلك لا يعفيها من الخضوع للقواعد الشكلية للهبة ، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه ، لأن الأسباب التي جعلت المشرع يطلب تلك الشروط تظل قائمة ، سواء كانت الهبة مباشرة أو غير مباشرة ، و لا يوجد في النصوص ما يوحي بالإعفاء منها.

2 - آثار الإشتراط لمصلحة الغير

إن آثار الإشتراط لمصلحة الغير ترتبط بالعلاقات الثلاث التي ينشئها: العلاقة بين المشتراط و الواعد (أ) ، و العلاقة بين المشتراط و المنتفع (ب) ، و العلاقة بين الواعد و المنتفع (ج) .

أ - العلاقة بين المشتراط و الواعد

إن علاقة المشتراط بالواعد ، تحدد من خلال عقد الإشتراط الذي يربط بينهما ، فيلتزم كل منهما بما أوجبه العقد عليه ، فإذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزامه حق للطرف الآخر وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بتنفيذها ، كما يكون له أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته المقابلة أو أن يطالب فسخ العقد.

و هكذا فإن من حق المشتراط أن يطالب شخصا الواعد بتنفيذ إلتزاماته إزاء المنتفع على الرغم من أنه ليس دائنا ، كما يمكن أن يطالبه بذلك بمعية المنتفع، إلا إذا كان هناك شرط مخالف لتلك القواعد العامة فيجب أن يحترم ، فقد يقتصر العقد على حق مطالبة الواعد بتنفيذ إلتزاماته على المشتراط وحده ، كما قد يقتصر على المنتفع وحده و في هذه الحالة الأخيرة لا يحق للمشتراط مطالبة المنتفع بتنفيذ هذا الإلتزام.

ب - العلاقة بين المشتراط و المنتفع

انطلاقا من الفصل 34 الفقرة الأولى من ق.ل.ع.م ، يتضح أن الطبيعة القانونية لعلاقة المشتراط بالمنتفع إما تكون من قبيل المعاوضة أو من قبيل التبرع.

فقد يقصد المشتراط من إشتراطه تنفيذ إلتزام عليه ناشئ عن عقد سابق بين المشتراط و المنتفع ، كما قد يكون قصد المشتراط إنشاء حق فيه نفع مباشر للمنتفع ، و في كلتا الحالتين فإن عقد الإشتراط لا ينشئ أي إلتزام للمشتراط إزاء المنتفع الأمر الذي تترتب عنه نتائج هامة :

- ما يمنع ذلك ، أما إذا كانت للواعد مثل تلك المصلحة أو كان هناك ما يمنع الرجوع فإنه لا يتأتى للمشتراط أن يرجع عن الإشتراط إلا بعد الحصول على موافقة الواعد .

- إن الرجوع عن الإشتراط لا يخضع لشكل خاص فيمكن أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا ، كما في الحالة التي يطلب فيها المشتراط من الواعد تنفيذ إلزامه لفائدة منتفع آخر أو لفائدة نفسه، و حق الرجوع عن الإشتراط يعتبر حقا شخصيا للمشتراط، و لهذا لا يسوغ لدائني المشتراط ممارسته عوضا عنه بينما ينتقل حق الرجوع عن الإشتراط إلى ورثة المشتراط كباقي الحقوق التي تنتقل إليهم ، وهذا مع مراعاة المقتضيات الخاصة الواردة في الفصل 64 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 نونبر 1934 المتعلق بالتأمين على الحياة.

ج – العلاقة بين الواعد و المنتفع

إن الإشتراط ينشئ حقا مباشرا للمنتفع قبل الواعد دون أن يمر بالذمة المالية للمشتراط ، و من ثم فإنه يحق للمنتفع أن يطلب التنفيذ من الواعد مباشرة و من دون أن يحتاج في ذلك إلى تدخل المشتراط ، إلا أن يكون هناك شرط مخالف فيعمل به و هذا ما أكدته الفصل 34 ق.ل.ع.م. في فقرته الثانية :

" ينتج الإشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير، ويكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو علقت مباشرتها على شروط معينة".

III : التعهد عن الغير

التعهد عن الغير نظام قانوني شبيه بالإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه ، إلا أنه أنجع ضمانا من هذا الأخير ، لأنه يحمل المتعاقد المسؤولية عن عدم إقرار الغير للإلتزام، فالتعهد عن الغير إذن هو إلتزام شخص بالحصول على رضى آخر بعقد من العقود مع شخص ثالث ، مثال ذلك أن يتصرف الشركاء في المال الشائع و يكون أحدهم قاصر و يريدون تجنب إجراءات بيع مال القاصر و إذن المحكمة ، أو يكون أحدهم غائبا و يخشون ضياع الصفقة في حال الإنتظار فمن يصح تعاقد مع هؤلاء يستطيع التعاقد عن نفسه و يتعهد عن غيره فيلتزم بالحصول على رضى القاصر عند رشده أو الغائب عند حضوره.

و يجب لقيام التعهد عن الغير توفر الشروط التالية :

1 – أن يتعاقد المتعهد بإسمه لا بإسم الغير الذي يتعده ، وهكذا بخلاف الملتزم عن الغير فهو يتعاقد بشرط غقرار الغير للعقد دون أن يلتزم بشيء .

2- أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد ، أما الملتزم عن الغير فهو يتعاقد بشرط إقرار الغير للعقد دون أن يلتزم بشيء :

أ – فإذا قبل الغير التعهد قام عقد جديد بينه و بين من تعاقد مع المتعهد و هذا يعني أن القبول لا ينتج آثاره إلى من وقت صدوره مالم يتبين صراحة أو ضمنا أنه قصد إرجاع أثر القبول إلى الوقت الذي

صدر فيه التعهد و هذا بخلاف الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه حيث أن إقرار الغير لا ينشئ عقدا جديدا بل يبقى العقد الذي أبرم بإسم هذا الغير هو نفسه الذي ينتج آثاره من وقت إبرام.

ب – أما إذا رفض الغير التعهد فإن المتعهد يلتزم بتعويض من تعاقد معه كما يجوز له أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذي تعهد به ، و هذا بخلاف عن الإلتزام عن الغير شرط إقراره ، حيث لا يلزم المتعهد بأي تعويض لأنه ليس المسؤول عن إحقاق الحق.

المحور الثاني : النطاق الموضوعي لآثار العقد

يتعين على طرفي العقد تنفيذ الإلتزامات العقدية التي قصد ترتيبها ، الأمر الذي يقتضي البحث عن إرادتهما المشتركة عن طريق تفسير شروط العقد عند الإقتضاء .

كما أنه لا يقتصر العقد من حيث الموضوع على إلزام المتعاقدين لما جاء فيه بل يلزمهما أيضا بكل ملحقاته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام ، الفصل 231 ق.ل.ع.م :

"كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الإلتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته."

كما تثبت للعقد قوة ملزمة توازي قوة القانون حيث يتعين على كل متعاقد تنفيذ الإلتزامات التي ترتبت على عاتقه بمقتضاها و إلا اعتبر مسؤولا عن عدم تنفيذها .

و تبعا لذلك سنتطرق لتفسير العقد و تحديد نطاقه (أولا) و قوته الملزمة و الجزاء المترتب عليها (ثانيا) .

أولا : تفسير العقد و تحديد نطاقه

I : تفسير العقد

عندما تعرض على القاضي النزاعات المتعلقة بمضمون العقد و بتنفيذها فإنه يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين و يحاول التعرف على حقيقتها ، و هو في ذلك يؤول العقد أو يفسره.

و القاضي عند تفسيره للعقد يجد نفسه أمام إحدى الحالات الثلاث.

1 – الحالة الأولى : و تكون فيها عبارة العقد واضحة في ذاتها صريحة في دلالتها على قصد صاحبها ، و في هذه الحالة لا يكون القاضي في حاجة إلى تفسير ، فيأخذ بالمعنى الواضح للعبارة ، و يتمتع عليه التعمق بالبحث عن القصد الحقيقي لصاحبها ، إذ يفترض في هذه الحالة أن التعبير الواضح مطابق للقصد المشترك للمتعاقدين.

2 – الحالة الثانية : عندما تكون ألفاظ العقد واضحة في معناها و دلالتها لكن الغرض المقصود منها غير واضح لتعارض بنود العقد ، عند مقارنتهما ، ففي هذه الحالة على القاضي أن يتبع بعض القواعد التي نص عليها ق.ل.ع.م لمساعدته في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و المتمثلة في :

أ – بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطي لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد ، و إذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخرها رتبة في ترتيب العقد.

ب – إذا كتب المبلغ أو العدد أو المقدار عدة مرات تارة بالحروف و تارة بالأرقام و جب عند الاختلاف الإعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (الفصل 464 ق.ل.ع.م .)

ج – إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات ، و جب الإعتداد عند الغختلاف بالمبلغ أو المقدار الأقل ، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (الفصل 471 ق.ل.ع.م .).

د – و يسري نفس الحكم إذا كتب المبلغ أو المقدار عدة مرات بالأرقام حيث يؤخذ بالمبلغ الأقل ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (الفصل 472 ق.ل.ع.م .).

3- الحالة الثالثة : و هي حالة الشك في معنى العبارة المستعملة و في دلالتها على المعنى المقصود و في هذه الحالة يقوم القاضي بتفسير العقد و تأويله ، وهو في ذلك مقيد بالأحكام التي ينص عليها ق.ل.ع.م وهي:

أ – يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ و لا عند تركيب الجمل (الفصل 462 ق.ل.ع.م .).

ب - إذا كان بالإمكان حمل عبارة العقد على معنيين ، حملت المعنى الذي يعطيها بعض الاثر و ليس المعنى الذي يجردها من كل اثر (الفصل 465 ق.ل.ع.م .).

ج – يجب قهم الألفاظ المستعملة حسب المدلول المعتاد لها في مكان إبرام العقد ، إلا إذا تبين أن المقصود من استعمالها معنى خاص فيؤخذ به (الفصل 466 ق.ل.ع.م .).

د – التنازل عن الحق يجب أن يكون له مجال ضيق و لا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه (الفصل 467 ق.ل.ع.م) ، لأن التنازل عن الحق لا يفترض.

هـ - إذا كان لشخص واحد من أجل سبب واحد دعوتان ، فإن إختياره لإحدهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى (الفصل 468 ق.ل.ع.م .).

و – عندما نذكر في العقد حالة تطبيق الإلتزام فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قصد تحديد مجاله بها دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر (الفصل 469 ق.ل.ع.م .).

ز - عند الشك يؤول الإلتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم (الفصل 473 ق.ل.ع.م)، و لا يكون هذا التأويل بطبيعة الحال إلا في الحالة التي يتعذر فيها التعرف على قصد المتعاقدين ، و يكون القاضي أمام تفسيرات مختلفة لا يستطيع ترجيح أحدها بإستعماله القواعد السابقة.

II : تحديد نطاق العقد

بالرجوع إلى (الفصل 231 ق.ل.ع.م)، نجد بأن العقد لا يلزم بما وقع التصريح به بل يلزم أيضا بكل ملحقاته الإلتزام الذي يقرها القانون و العرف و الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته،

و لذلك يتعين أن يهتدي القاضي و هو بصدد تحديد ملحقات الإلتزام ببعض الضوابط وهي :

1- طبيعة الإلتزام : فبائع العقار يلتزم بتسليم المستندات المثبتة لملكيته حتى يتمكن المشتري من تسجيل عقد البيع ، و بائع السيارة يلتزم بتسليم أدواتها الإضافية لأنها من ملحقات المبيع.

2- القانون : و المقصود به القواعد القانونية المكملة الذي يفترض الأخذ بها إذا لم يتفق الطرفان المتعاقدان على ما يخالفها فيقضي مثلا (الفصل 516 ق.ل.ع.م)، بأن الإلتزام بتسليم الشيء يشمل أيضا توابعه ، وفقا لما يقضي به إتفاق الطرفين أو يجري به العرف ، فإن لم يوجد لا إتفاق و لا عرف ، اتبعت بعض القواعد نذكر منها أن بيع الحيوان يشمل صغيره الذي يرضعه و الصوف و الوبر أو الشعر المتهيء للجز (الفصل 523 ق.ل.ع.م).

3- العرف : هو ينزل منزلة القانون خاصة في الميادين التجارية مثال ذلك إضافة نسبة مائوية إلى حساب العميل في الفنادق و المطاعم مقابل الخدمة.

4- العدالة : إضافة إلى ذلك يستكمل القاضي بنود العقد بمقتضيات العدالة ، فيلتزم مثلا بائع المتجر في مواجهة المشتري بأن لا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر المبيع فهذا الإلتزام تفرضه العدالة و لو لم يشترط ذلك .

ثانيا : القوة الملزمة للعقد

إذا نشأ العقد صحيحا فإنه يلزم عاقيه بكل ما يتضمنه فالعقد يتضمن قوة ملزمة لطرفيه باحترام كل أحكامه على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، لكن هناك عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى آجال طويلة حيث يخضع العقد عندئذ لنظرية الظروف الطارئة .

I : العقد شريعة المتعاقدين

هذا هو ما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة ، فلا يجوز لأحد الطرفين أن ينقض العقد أو يعدله بإرادته المنفردة ، فنقض العقد أو تعديله يقتضي إتفاق الطرفين على ذلك ، و لكن قد يبيح القانون غسثناء أن يستقل أحد الطرفين بنقض العقد كما في إنهاء الوكالة و العارية و الوديعة و في كلالعقود غير محددة المدة.

كما يجوز للمتعاقدين الإتفاق على إمكان نقض العقد و تعديله بإرادة الطرفين (الفصل 230ق.ل.ع.م)، و الأصل أنه لا يجوز للقاضي أن ينقض العقد أو يعدله فمهمة القاضي تقتصر على تفسير نصوص العقد ، و لكن خضوعا لإعتبارات تتعلق بالعدالة فإن المشرع يجيز للقاضي في بعض الحالات الإستثنائية، أن يعدل شروط العقد ، و مثال ذلك سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و نظرة المدين الميسرة و سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة.

II : نظرية الظروف الطارئة

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد أن تكون الظروف الإقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا بحيث يصبح تنفيذ الإلتزام و إن لم يكن مستحيلا مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة تفوق الحد المألوف و حينئذ تقضي العدالة تخفيف عبء تنفيذ الإلتزام عن المدين.

و كان أول تطبيق لهذه النظرية في المجال الإداري عندما حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو بتاريخ 30 مارس 1960 ، و تتلخص وقائع القضية في إرتفاع أسعار الفحم في فرنسا نتيجة لظروف الحرب أمرا مرهقا يهدد الشركة بالتوقف، و هنا اقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ وجوب تعويض الإدارة للملتزم بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف الإستثنائية التي لم يكن ممكنا توقعها أثناء التعاقد ، تأسيسا على نظرية الظروف الإستثنائية.

1 - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لتطبيق هذه النظرية لا بد من توافر شروط أربع هي :

أ – أن يكون العقد الذي يستجيب تطبيق هذه النظرية ، مترaxي التنفيذ ، و يقصد بهذا التراخي أن يكون العقد من العقود الزمنية الدورية التنفيذ ، كعقد الإيجار ، أو المؤجلة التنفيذ أي التي يقوم فاصل زمني بين صدورha و تنفيذها .

ب – أن يطرأ بعد إبرام العقدو قبل تنفيذه حادث إستثنائي عام كحرب أو زلزال ، فإذا لم يكن الحادث عاما و إنما خاصا بالمدين وحده فلا مجال لتطبيق النظرية .

ج – أن يكون الحادث غير متوقع ، فإذا كان متوقعا أي يتوقعه الشخص العادي كانتشار الدودة في الزراعة فلا تنطبق نظرية الظروف الطارئة، و لا يكفي أن يكون الحادث غير متوقع ، بل يشترط أيضا أن يكون الحادث لا يمكن دفعه فإن كان في وسع المدين أن يدفع الحادث ببذل الجهد المعقول ولم يقم بذلك فلا يستفيد من حكم الظروف الطارئة.

د – سجب أن يترتب على الحادث الطارئ جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا فقط و ليس مستحيلا بحيث يهدده بخسارة فادحة.

2 – حكم الظروف الطارئة

خول القانون للقاضي في حالة توافر شروط الظروف الطارئة تجاوز مهمة القاضي العادية، فأجاز له أن يعمل في العقد بحيث يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول .

و يمكن أن نتصور لذلك ثلاثة حلول :

أ – زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ، أي أن يوزع القاضي عبء الزيادة في الإلتزام مناصفة بين الطرفين و ذلك فيما يزيد عن الحد المعقول ، فإن كان الإرتفاع العادي في الأسعار يقدر ب 20 % ثم يقسم مازاد عن ذلك مناصفة بين الطرفين .

ب – إنقاص الإلتزام المرهق ذاته.

ج – إيقاف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ .

و تجدر الإشارة إلى أن أساس نظرية الظروف الطارئة يختلف في القانون المدني عنه في القانون الإداري حيث يرجع في القانون المدني إلى قواعد العدالة .

انحلال العقد و زواله

تزول الرابطة العقدية بتنفيذ الإلتزامات التي انشأها العقد و هذا هو الانقضاء و هو المصير المألوف للعقد (الفصل 320 ق ل ع).

لكن تزول الرابطة العقدية بالانحلال قبل تنفيذ العقد أو بعد البدء في تنفيذه و انحلال العقد يتم بإرادة الطرفين ، و هذا هو التقايل ، أو بسبب من الأسباب التي يقررها القانون و هي الإلغاء بالإرادة المنفردة و الفسخ.

و التقايل هو اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد، فهو عقد جديد يتم بإيجاب جديد و قبول جديد يقصد به إلغاء العقد الذي تم (الفصل 393 ق ل ع) ، و يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد على أن لا يؤثر ذلك في حقوق الغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة (الفصل 397 و 398 ق ل ع).

أما الإلغاء فهو حل الرابطة العقدية بإرادة أحد المتعاقدين بالنسبة للمستقبل دون أن ينسحب أثر الإلغاء إلى الماضي ، و الإلغاء لا يكون إلا في العقود التي يحددها القانون و يجيز فيها حل الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة و مثالها الوكالة (الفصل 931 ق ل ع).

و أخيرا تنحل الرابطة العقدية بالفسخ و هو لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين إذ يجوز لكل المتعاقدين، إذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ إلتزامه، أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو ان يدفع في مواجهته بعدم التنفيذ .

المحور الأول : فسخ العقد

أولا : الفسخ القضائي

I : شروط الفسخ

1 – أن نكون أمام عقد ملزم لجانبين

ذلك أن الفسخ يقوم على أساس فكرة الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة، و بناء عليه فلا محل للكلام عن الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد، فهذه الأخيرة إذا لم ينفذ المدين إلتزاماته فإن الدائن لا يستفيد شيئا من فسخ العقد، لذلك فليس أمامه إلا أن يطلب تنفيذ الإلتزام الثابت في ذمة المدين لذلك فمن المقرر أن الفسخ لا يرد إلا على العقود الملزمة لجانبين.

2 - ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلزامه

يشترط أن يكون التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين، فإذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى استحالة بسبب لا يد للمدين فيه فإن الإلزام ينقضي و ينفسخ العقد بقوة القانون (الفصل 338 ق ل ع)، فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعل المدين.

3 - أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ قد نفذ إلزامه أو على الأقل أن يكون مستعدا لتنفيذه

فإذا لم يدفع المشتري الثمن المستحق الأداء ثم طالب البائع بتسليم المبيع فرفض و تمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإن المشتري لن يستطيع أن يطلب الفسخ استنادا إلى عدم تنفيذ البائع إلزامه بالتسليم.

كما يجب أن يكون طالب الفسخ قادرا على أن يعيد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإذا كان قد تسلم شيئا بموجب العقد و استهلكه أو تصرف فيه فليس له أن يطلب الفسخ.

II : سلطة القاضي

إذا رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم به لا يكون وجوبيا، بل يظل الخيار موجودا بين الفسخ و التنفيذ و هذا الخيار يكون لكل من الدائن و المدين و القاضي ، فللدائن بعد رفع الفسخ أن يعدل عنه و يطلب التنفيذ، و عندئذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ ، و للمدين إذا ما رفعت عليه دعوى الفسخ أن يتفادى الحكم به إذا قام بتنفيذ إلزامه فلا يبقى للقاضي إلا الحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ .

و أخيرا فإن للقاضي سلطة تقديرية فقد يحكم بالفسخ، فالقاضي يأخذ بالفسخ إذا تبين له أن المدين قد أخل بإلزامه إخلالا جسيما، كأن يمتنع عن تنفيذ إحدى إلتزاماته الجوهرية في العقد، و قد يرفض إذا رأى أن الظروف تبرر ذلك، كما لو أن المدين نفذ الجانب الأكبر من إلتزاماته، فيكتفي القاضي بتنفيذ الجزء الباقي عينا أو بالمقابل.

و قد يمنح القاضي المدين أجلا للتنفيذ، إذا رأى أن عدم تنفيذ الدائن راجع إلى عذر مقبول و أن الدائن لم يصبه إلا ضرر يسير من عدم التنفيذ ، و ذلك استنادا للسلطة المخولة للقاضي بموجب الفصل 243 الفقرة الثانية من ق ل ع .

ثانيا : الفسخ الإتفاقي

يجوز أن يتفق المتعاقدان بموجب شرط في العقد على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه ، و في هذه الحالة يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء (الفصل 260 ق ل ع)، فإذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، و هذا الأثر يترتب سواء كان الفسخ قضائيا أم اتفاقيا .

و معنى ذلك أن للفسخ أثر رجعي، أي يعتبر العقد كأن لم يكن، فيرد كل المتعاقدين ما أخذه تنفيذاً للعقد هذا إذا كان العقد فورياً.

أما في العقود الزمنية كالإيجار فليس للفسخ أثر رجعي، ولذلك فهو إنهاء للعقد بالنسبة للمستقبل أما آثار العقد قبل الفسخ فتبقى كما هي على أساس العقد، و تكون الأجرة المستحقة عن هذه الفترة أجرة و ليس تعويضاً عن المنفعة.

و إذا كانت إعادة الحال إلى ما كانت عليه مستحيلة فإن القاضي يحكم بتعويض عما استحال رده كما يستطيع الدائن أن يطلب تعويضاً تكميلياً عما أصابه من ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد.

ثالثاً : انفساخ العقد و تحمل تبعة الهلاك

I : انفساخ العقد

انطلاقاً من الفصل 338 ق ل ع يتضح أنه إذا استحال تنفيذ الإلتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، يترتب على استحالة تنفيذ الإلتزام انقضاء الإلتزام المقابل، و لما كانت الإستحالة لا ترجع إلى خطأ المدين ، فلا محل للرجوع عليه بالتعويض كذلك لا ضرورة للالتجاء للقضاء، و لذلك يطلق على هذه الصورة من صور انحلال العقد انفساخ العقد بقوة القانون و يترتب على انفساخ العقد نفس الآثار التي تترتب على الفسخ فتزول آثار العقد بأثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين و الغير.

II: تبعة الهلاك

إذا استحال تنفيذ الإلتزام لإنفساخ العقد بقوة القانون انقضى الإلتزام المقابل، و هذا يعني أن المدين الذي استحال تنفيذ إلتزامه لا يستطيع أن يطالب بالإلتزام المقابل فيتحمل هو تبعة استحالة التنفيذ و لذلك يقال أن تبعة الهلاك في العقد الملزم لجانبين تقع على عاتق المدين الذي استحال تنفيذ إلتزامه، فإن كنا بصدد عقد و هلك المبيع بقوة قاهرة، فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة هلاكه لأنه المدين بالتسليم، و يترتب على هذا إنقضاء إلتزام المشتري بدفع الثمن .

أما في العقد الملزم لجانب واحد ، فإن تبعة الهلاك تكون على الدائن في الوديعة إذا هلك الشيء المودع فإن الدائن – المالك- هو الذي يتحمل تبعة الهلاك فيفقد ما كان له ، أما المودع لديه و هو المدين بالرد فلن يفقد شيئاً لأنه ليس دائناً للمودع.

المحور الثاني : الدفع بعدم التنفيذ

في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء يجوز للمتعاقد بدلاً من أن يطلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته ، أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم ينفذ الإلتزام المقابل، هذا هو الدفع بعدم التنفيذ و هو وسيلة يلجأ إليها المتعاقد للضغط على مدينه (الفصل 235 ق ل ع).

أولا: شروط التمسك بعدم التنفيذ

يجب أن يكون المتعاقد المتمسك بالدفع قد إلّزم بموجب عقد ملزم لجانبين، فإذا خرجنا عن هذا النطاق لن يكون هنا محل للتمسك بهذا الدفع وإنما يكون هناك محل الحق في الحبس إذا توافرت شروطه.

كما يجب أن يكون الإلّزام الذي يدفع المتعاقد بعدم تنفيذه إلّزاما واجب التنفيذ حالا، ففي عقد البيع لا يستطيع البائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، إذا طالبه المشتري بتسليم المبيع، إلا إذا كان إلّزام المشتري يدفع الثمن حالا أما إذا كان الثمن مؤجلا ، و طالب المشتري البائع بالتسليم فلا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع أي أن يمتنع عن التسليم مادام المشتري لم يدفع الثمن، و لكن يلاحظ أن الذي يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو الأجل الإتفاقي، إذ يفترض في المثال السابق أن البائع بمنحه أجلا للمشتري قد تنازل عن حقه في الدفع بعدم التنفيذ.

أما الأجل القضائي (نظرة الميسرة) فلن يحول دون تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ.

و إذا كانت الإلّزمات المتقابلة حالة، و تمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الآخر فإن أحدهما ، سيضطر للجوء إلى القضاء ، و هنا إما أن يحكم القضاء بإيداع كل منهما لما إلّزم به بخزانة المحكمة ، أو تسليمه إلى شخص ثالث يتولى التسليم و التسلم ، و قد يتبين القاضي أن أحدهما تعنت في مسلكه فيحكم عليه بتنفيذ إلّزامه دون أن يعلق على ذلك شرط تنفيذ المتعاقد الآخر لإلّزامه.

ثانيا : آثار الدفع بعدم التنفيذ

إذا توافرت شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كان لمن يتمسك به أن يمتنع عن تنفيذ إلّزامه، و هو امتناع مشروع فلا يترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت الطرف الآخر نتيجة هذا الإمتناع.

و التمسك بالدفع لا يؤدي إلى انقضاء إلّزام المتمسك به وإنما فقط إلى وقف تنفيذه و الأصل أن وقف التنفيذ لا يؤثر على الإلّزام في حملته، فيبقى قائما بكل مقداره، و لكن في العقود الزمنية يؤدي وقف التنفيذ إلى نقص كمية الإلّزام بمقداره مدة الوقف.

الصورية في التعاقد

الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي، والصورية اصطلاحاً هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يرضيان بحكمه، فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذراً للرماد في أعين الغير ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد يضمناؤه حقيقة ما أراداه ورضيا به، مثال ذلك أن يظهر زيد أنه ابتاع من عمر عقارا له ثم ينظم الفريقان صكا فيما بينهما يعترف فيه عمر بوهمية البيع.

وقد تطرق المشرع المغربي للصورية في الفصل 22 من ق ل ع:

" الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

والصورية نوعين، مطلقة ونسبية.

فالصورية المطلقة، تكون في أصل العقد المنظم في السر والذي يكون قد عطل كل أثر للعقد المنظم في العقد.

أما الصورية النسبية، تكون كذلك إذا كانت مقتصرة على إخفاء ماهية العقد أو شرط من شروطه أو شخص أحد المتعاقدين.

وتقتصر الصورية النسبية على ماهية العقد الحقيقي وإظهاره في شكل عقد من نوع آخر كما في بيع حصة شائعة في عقار يتخذ في الظاهر شكل هبة لمنع الشفيع من أخذ الحصة المتصرف فيها بالشفعة.

وقد تقتصر على إخفاء شرط من شروط العقد، كما لو تواطئ البائع والمشتري في العقد الظاهر على ثمن أقل من الثمن المتعاقد عليه في السر للحط من رسوم الفراغ المترتب للخرينة.

وقد تكون الصورية النسبية مقتصرة على إخفاء شخص أحد المتعاقدين، كما في التعاقد بطريق الإسم المستعار، كأن يكلف زيد عمرا بشراء شيء بإسمه، حتى إذا تم الشراء عمد عمر إلى نقل ملكية الشيء إلى صاحبه الحقيقي زيد.

المحور الأول: إثبات الصورية وتقادما

أولا: إثبات الصورية

يترتب على من يدعي وجود الصورية إثبات ادعائه، ولكن طرق الإثبات تختلف بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام عما هي بالنسبة للغير.

1- إثبات الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام

فيما يخص بالمتعاقدين وخلفهم العام لا بد لإثبات الصورية في الحالات التي تا زيد قيمة العقد الخطي عن 10000 درهم من دليل خطي أو على الأقل مبدأ ثبوت الكتابة وفق القواعد العامة المنصوص عليها في الفصول من 443 إلى 447 ق ل ع.

وكذلك الأمر في الحالات التي تكون فيها قيمة العقد الصوري أقل من 10000 درهم فيما إذا كان العقد الظاهر جرى كتابة وذلك عملا بالقاعدة الأصولية العامة القائلة بعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي.

على أنه يجوز للمتعاقدين وخلفهم العام على سبيل الاستثناء إثبات الصورية بالشهادة حتى بالقرائن عندما تستهدف الصورية الإحتيال على القانون، أو عندما يكون رضى أحد المتعاقدين صوريا قد انتزع بالإكراه أو التدليس.

2 - إثبات الصورية بالنسبة للغير

فيما يتعلق بالغير يحق له إثبات الصورية بجميع الطرق الثبوتية وبصورة خاصة بالشهادة والقرائن، ذاك أن الصورية بالنسبة للغير تشكل مجرد واقعة وأنه يمكن إثبات الوقائع بجميع الوسائل، ثم إنه كان لا يعقل أن ينسب أي إهمال للغير لعجم حصوله على وثيقة خطية من المتعاقدين تثبت إقدامهم على التعاقد صوريا، فإن المنطق يقضي بتسهيل مهمة الغير وتخويله حق إثبات الصورية بالشهادة والقرائن.

ثانيا: تقادم الصورية

إن دعوى الصورية التي يقصد منها إحلال العقد المستتر محل العقد الظاهر ، و بالتالي تقرير الحقيقة لا يعقل أن تسقط بالتقادم لأن الزمن مهما طال أمده ليس من شأنه أن يؤثر على التصرفات الصورية و يقلبها إلى تصرفات حقيقية ، لكن الحقوق و الإلتزامات التي هي موضوع دعوى الصورية تخضع للتقادم لأن التقادم طريق لاكتساب الحقوق و إسقاطها و أن كون الحق منبعثا عن عقد مستتر لا يمكن أن يؤثر على طبيعة هذا الحق و يجعله غير قابل للتقادم ، فلو أراد الموهوب له مثلا أن يدعي بصورية الهبة و يثبت أن التصرف الذي اتخذ في الظاهر شكل الهبة إنما يخفي بيعا في الحقيقة، كان ادعاؤه غير خاضع للتقادم و من الجائز سماعه في كل وقت، لكنه لو أراد الادعاء بضمان العيب بعد انقضاء 365 يوم على تسلمه العقار أو 30 يوم على تسلمه المنقول كان ادعاؤه غير مسموع لأن ضمان العيب يتقادم بعد انقضاء هذه المدد (الفصل 573 ق ل ع)، وأن إخفاء البيع بعقد هبة ليس من شأنه أن يعطل مبدأ تقادم الحقوق.

المحور الثاني: آثار الصورية

تختلف هذه الآثار بالنسبة للمتعاقدین والغير.

أولاً: آثار الصورية بين المتعاقدين والخلف العام

العبارة بين المتعاقدين للعقد المستتر وحده ذلك أن العقد الظاهر كان في نية المتعاقدين شكلياً لا قيمة قانونية له في الحقيقة، فمن الواجب إذن إهماله، أما العقد المستتر فقد كان هو ما يقصده المتعاقدان فيجب إعمال هذا العقد وتقييد الطرفين بأحكامه.

ولا يختلف حكم الخلف العام عن حكم المتعاقد نفسه فالخلف العام يتمثل في شخصية المتعاقد المتوفى، والذي يسري بحقه هو العقد الحقيقي المستتر لا العقد الظاهر " الفصل 22 ق ل ع.

ثانياً: آثار الصورية بالنسبة للغير

تختلف آثار الصورية بالنسبة للغير بين الحالة التي يكون فيها حسن النية أي غير عالم بالعقد المستتر وبين الحالة التي يكون فيها الغير سيء النية وقبل عرض هذه الآثار وجب بيان مدلول الغير في حقل الصورية.

1 - مدلول الغير في حقل الصورية

الغير في حقل الصورية لا يقصد به الأشخاص الذين بقوا غريبين عن العقد فلم يكونوا أحد طرفيه ولم يكونوا ممثلين فيه، بل إن مدلول الغير هنا أوسع من ذلك إذ يشمل علاوة على هذه الفئة من الغير بالمعنى الصحيح الضيق الأشخاص الآتي بيانهم:

- خلف المتعاقدين الخاص كالمشتري أو الموهوب له، أو المرتهن الذي كان يلزم بأحكام العقد ولو لم يتخذ شكلاً مستتراً.
- الدائنون العاديون الذين رغم تأثرهم بصورة غير مباشرة بالعقود التي يبرمها المدين يصبحون بحكم الغير إزاء ما يكون تم منها بطريق الصورية.

2 - الغير حسن النية

إذا كان الغير حسن النية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر وأن يطالب بالحقوق التي تنتج عنه كما لو كان العقد المستتر لا وجود له، وأعلن المشرع المغربي في الفصل 22 ق ل ع أن أوراق الضد لا يحتج بها على الغير إذا كانوا لم يعلموا بها على أن من حق الغير إذا ما كانت له مصلحة في ذلك أن يثبت الصورية ويستفيد من العقد المستتر، كما لو كان عقد الإيجار الحقيقي المنظم بين مدينه وبين المستأجر يتضمن أجراً على الأجر المصرح به في عقد الإيجار الظاهر حيث يسوغ التمسك بالأجر الحقيقي.

فالغير حسن النية عند تحقق الصورية له الخيار إذن بين أن يتمسك بالعقد الظاهر، وبين إثبات الصورية والتمسك بالعقد المستتر.

3 - الغير سيء النية

إذا كان الغير سيء النية أي إذا كان أحد أطراف العقد السوري مع علمه، فأحكام العقد المستتر هي التي تسري، فعلى من يرغب الإدلاء بسوء نية الغير لمنعه من التمسك بالعقد الظاهر، أن يثبت أن الغير كان عالماً بوجود السورية.

الإرادة المنفردة أو التعبير الصادر من جانب واحد

الفصل الأول:

الإرادة المنفردة في قانون الالتزامات والعقود

الإرادة المنفردة تعتبر مصدرا للالتزام بعد العقد. فالمشرع في الفصل الأول من ق ع اعتبر العقد المصدر الأول للالتزامات واتبعه بالتعبيرات الأخرى عن الإرادة قاصدا بذلك الإرادة المنفردة.

ومن المجمع عليه أن تصرف الإرادة المنفردة تطبق عليه الأحكام العامة للعقد سوى ما هو من مستلزمات وجود إرادتين مما يتنافى مع طبيعة التصرف الناشئ عن الإرادة المنفردة.

وعليه لابد لقيام الالتزام الناشئ عن إرادة منفردة من أن تتوفر فيه الأركان العامة المنصوص عليها في الفصل الثاني من ق ل ع.

أما فيما يتعلق بالوقت الذي ينعقد فيه التصرف الناجم عن الإرادة المنفردة، فيجب التفرقة بين حالتين، حسبما يكون التعبير عن الإرادة موجها للجمهور أو يكون موجها لشخص معين.

ففي الحالة الأولى، ينعقد التصرف وينتج آثاره من وقت صدور التعبير. وفي الحالة الثانية، كما في الإيجاب الملزم، فإن التصرف ينعقد في الوقت الذي يصل فيه التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه. وهذا ما قرره الفصل 18 من ق ل ع الذي قال: "الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملزم له".

❖ أهم أنواع الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة: وردت في أماكن مختلفة من ق ل ع أو في غيره من التقنيات، أنواع من الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، ومن أهمها الأنواع التالية:

أ- الإيجاب الذي نص عليه الفصل 29 من ق ع، حيث نرى مصدر الالتزام فيه إرادة الموجب؛

ب- التزام المتعهد إزاء المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، حيث المذهب الراجح فقها واجتهاد يعتبر أن المتعهد إلى جانب التزامه التعاقدى قبل المشترط يلتزم أيضا بإرادته المنفردة إزاء المنتفع؛

ت- الوصية وهي تصرف الشخص في ماله مضاف إلى ما بعد موته، فهي تنشأ بإرادة الموصي المنفردة؛

ث- الوقف وهو حبس أموال أو وقفها الواقف المسلم في البحث الذي خصه أنواع المستفيدين الذين عينهم الوقف؛

ج- الوعد بجائزة الموجه للجمهور الذي عرض له المشرع في البحث الذي خصه للإرادة المنفردة، والذي سنتناول أحكامه في الفصل التالي.

الفصل الثاني:

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

يمكن تعريف الوعد بجائزة الموجه للجمهور بأنه: "إعلان موجه للجمهور يتضمن التزاما بإعطاء جائزة على عمل يقوم به شخص غير معين بذاته". مثال ذلك أن يوجه شخص خطابا إلى الجمهور يعد فيه بتقديم جائزة محددة لمن يعثر على شيء مفقود.

وقد عرض المشرع للوعد بجائزة في الفصول 15 و 16 و 17 من ق ل ع، حيث عين شروطه وأوضح آثاره. ونحن سنتكلم في شروط الوعد بجائزة ثم في آثاره. ولكن يحسن بنا قبل ذلك أن نحلل ماهيته ونبين خصائصه.

الفرع الأول:

ماهية الوعد بجائزة وخصائصه

❖ **ماهية الوعد بجائزة:** اختلفت الأنظار القانونية في تحليل ماهية الوعد بجائزة وتحديد طبيعته، هل هو معاوضة أم تبرع.

والنظر الأصح أنه ليس تبرعا دائما ولا معاوضة دائما بل تختلف طبيعته بحسب الأحوال.

أ- فهو معاوضة، إذا كان النشاط الذي يبذله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته على الواعد، كما في الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود.

ب- وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته عليه وحده دون الواعد، كالإعلان عن وعد بجائزة لمن يقدم أفضل بحث علمي في موضوع معين.

ت- **خصائص الوعد بجائزة:** يتميز الوعد بجائزة بالخصائص التالية:

- الوعد بجائزة هو تعبير موجه إلى شخص غير معين من الجمهور؛
- الوعد بجائزة متى صدر مستوفيا شروطه، لا يحتاج إلى أي تعبير يصدر من شخص آخر، وبهذا يختلف الوعد بجائزة عن الإيجاب الموجه إلى الجمهور من حيث أن مثل هذا الإيجاب يعتبر عنصرا في تكوين عقد لا يتم إلا بقبول شخص آخر من ذلك الجمهور؛
- الوعد بجائزة هو نوع من التعابير الملقاة، أي التي تنتج أثرها القانوني بمجرد صدورها عن صاحبها ودون اشتراط وصولها إلى علم من وجهت إليه، وليس هو من التعابير المتلقاة، أي التي لا تأخذ حكمها إلا إذا وصلت إلى علم الشخص الذي وجهت إليه، كما في عزل الوكيل أو في الإيجاب الملزم.

الفرع الثاني:

شروط الوعد بجائزة

عرض الفصل 15 من ق ل ع لشروط الوعد بجائزة فقال: "الوعد عن طريق الإعلانات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإشهار بمنح جائزة لم يعثر على شيء ضائع أو يقوم بأي عمل آخر، يعتبر مقبولا ممن يأتي بالشيء أو يقوم بالعمل ولو فعل ذلك وهو جاهل الوعد. وفي هذه الحالة يلتزم الواعد من جانبه بإنجاز ما وعد به".

ففي ضوء هذا النص، يتطلب الوعد بجائزة توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: يجب أن تصدر من الواعد إرادة جدية بقصد الالتزام؛

الشرط الثاني: يجب أن يكون سبب التزام الواعد العثور على شيء ضائع أو القيام بعمل معين؛

الشرط الثالث: يجب أن يكون الوعد موجه إلى الجمهور، فإذا وجه إلى شخص معين خرج عن نطاق الوعد بالمعنى المقصود في هذا المقام، وأصبح إيجابا يجب أن يقترن به قبول. فإذا تم ذلك قام عقد يكون هو مصدر الالتزام؛

الشرط الرابع: يجب أن يوجه الوعد بطريقة تتوفر فيها العلانية إلى الحد الذي يكفي لأن يعلم به عدد كبير من الناس؛

الشرط الخامس: يجب أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة، وقد تكون هذه الجائزة مبلغاً من النقود، أو شيئاً آخر له قيمة مالياً كبطاقة ركوب مجانية في طائرة...

الفرع الثالث:

آثار الوعد بجائزة

لابد لبيان آثار الوعد بجائزة من التمييز بين الحالة التي يكون فيها الواعد قد حدد أجلاً لإنجاز العمل الموعود بالجائزة من أجله، وبين الحالة التي لم يحدد فيها أجلاً لإنجاز هذا العمل.

❖ **آثار الوعد بجائزة عندما يكون له أجل محدد:** إذا كان الواعد قد حدد أجلاً اشترط أن يتم العمل خلاله، التزم الواعد بوعده بمعنى أنه ليس له العدول عنه قبل انقضاء هذا الأجل. وعلى هذا أوضح المشرع في الفصل 16 أنه: "يفترض فيمن حدد أجلاً لإنجاز الفعل (الموعود بالجائزة من أجله) أنه تنازل عن حقه في الرجوع عن وعده إلى انتهاء ذلك الأجل".

فإذا انقض الأجل دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد. وإذا قام بعد ذلك شخص بهذا العمل فلا يلتزم الواعد بأداء الجائزة التي كان وعد بها. وإنما يمكن أن يلتزم على أساس الإثراء بلا سبب، إذا ما توافرت شروطه.

أما إذا قام أحد بالعمل المطلوب قبل انقضاء الأجل، فإنه يصبح صاحب الحق في الجائزة سواء كان له قصد في ذلك أو لم يكن لديه هذا القصد.

❖ **آثار الوعد بجائزة عند عدم تحديد أجل له:** إذا كان الواعد لم يحدد أجلاً لإتمام العمل، فإنه يجوز له الرجوع فيه بنفس العلانية التي توفرت في الوعد، ما لم يكن أحد الأشخاص قد بدأ بالعمل ولو لم ينجزه بعد. ففي هذه الحالة يمتنع على الواعد الرجوع عن وعده على ما أوضحه الفصل 17 وبمقتضاه: "لا يجوز الرجوع في الوعد بجائزة بعد الشروع في تنفيذ الفعل الموعود بالجائزة من أجله".

ولا يخلو الأمر في الحالة التي يكون فيها الواعد لم يحدد أجلاً لإتمام العمل، من وجود إحدى الفرضيات الثلاث التالية:

الفرضية الأولى: يرجع الواعد في الوعد ولم يكن هناك أحد قام بالعمل المطلوب أو بدأ به. ففي هذه الفرضية يتحلل الواعد من وعده نهائياً؛

الفرضية الثانية: يرجع الواعد في الوعد ويكون هناك شخص قد أنجز العمل المطلوب أو يكون بدأ فيه قبل الرجوع. ففي هذه الحالة لا يمكن الرجوع ويصبح من قام بالعمل دائماً بالجائزة بمجرد انجاز العمل؛

الفرضية الثالثة: لا يرجع الواعد في الوعد، ويكون هناك شخص قد قام بالعمل المطلوب في مدة معقولة. ففي هذه الحالة يستحق هذا الشخص الجائزة.

- **إنجاز العمل الموعد عليه بالجائزة من قبل عدة أشخاص أو اشتراك عدة أشخاص في إنجازه:** عرض المشرع في الفصل 18 ق ل ع للحالات التي ينجز فيها العمل الموعد عليه بالجائزة من قبل عدة أشخاص في وقت واحد أو في أوقات مختلفة، أو يشترك في إنجازه عدة أشخاص كل منهم بقدر فيه، وبين كيفية استحقاق الجائزة في مختلف هذه الحالات:

أ- إذا أنجز أشخاص متعددون في وقت واحد الفعل الموعد عليه بالجائزة قسمت الجائزة فيما بينهم بالتساوي؛

ب- وإذا أنجزوه في أوقات مختلفة كانت الجائزة لأسبقهم تاريخاً؛

ت- وإذا اشترك عدة أشخاص في إنجاز الفعل، كل منهم بقدر فيه، قسمت عليهم الجائزة بنفس النسبة.

وقد تكون الجائزة التي استحقها عدة أشخاص لا تقبل القسمة ولكنها تقبل البيع كأن تكون سيارة مثلاً. ففي هذه الحالة تباع الجائزة ويقسم ثمنها على مستحقيها.

وإذا كانت الجائزة شيئاً ليست له قيمة في السوق كوسام، أو كانت شيئاً لا يمكن منحه وفقاً لنص الوعد إلا لشخص واحد كبطاقة طائرة أو كأس تقديري، كان المرجع حينئذ للقرعة.

المسؤولية المدنية في قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل التمهيدي : إلمبادئ العامة للمسؤولية
إمدنية

الفصل الأول : إلمسؤولية العقدية

الفصل الثاني : إلمسؤولية التقصيرية

الفصل الثالث : إلمسؤولية إمدنية عن مخاطر
إلمنتجات إلمعيبة

تلخيص و تجميع

هشام ليوسفى

فوزى أكرىم

المسؤولية المدنية

فصل تمهيدي

المبادئ العامة للمسؤولية المدنية

I

يعتبر قانون الالتزامات والعقود المغربي إرثا موروثا عن الحماية الفرنسية ، إذ تم وضعه في فترة حاسمة من تاريخ المغرب عندما كانت فرنسا في أمس الحاجة إلى المؤسسات القانونية التي تعضد بها سلطانها السياسي ، فقد تم وضع هذا القانون بظهير 12 غشت 1913 بالاستناد إلى الفصل الأول من اتفاقية الحماية المبرمة بمدينة فاس في 30 مارس 1912 في عهد السلطان مولاي يوسف ، وقانون الالتزامات والعقود يكاد يكون صورة طبق الأصل للمجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من قبل الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906، وتعتبر مزيجا قانونيا لأحكام الفقه الإسلامي والتشريعات الأوروبية ، وقد فرض هذا القانون قسرا في بداية القرن العشرين، إلا أن المشرع المغربي قد تقبله طوعا واحتضنه في الفترة الموالية للاستقلال، وهذا ما يفهم من قانون التوحيد والتعريب والمغربة، وكذا المرسوم الملكي الصادرين في 1965 ، وعلى الرغم من مرور قرابة قرن من الزمن على صدور هذا القانون والعمل به في المغرب ، فإنه لم ينله أي تغيير جذري يذكر.

نص الفصل الاول من قانون الالتزامات والعقود على أن " تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة، وعن أشباه العقود، وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم ". فمصادر الالتزام حسب التشريع المغربي هي: 1- الاتفاقات (أو العقود) 2- التصريحات المعبرة عن الإرادة (الإرادة المنفردة) 3- أشباه العقود 4- الجرائم وأشباه الجرائم . وقد انتقد صنيع المشرع المغربي من حيث اعتداده بشبه العقد وشبه الجرم، مصدرين للالتزام، وإغفاله للقانون الذي يمكن أن يكون سببا مباشرا لنشوء الالتزام ، وعليه فالتصنيف الأكثر دقة لمصادر الالتزام هو تصنيف الفقه والتشريعات المقارنة التي جعلت مصادر الالتزام خمسة أولا : العقد ، ثانيا : الإرادة المنفردة ، ثالثا : الإثراء بلا سبب ، رابعا : العمل غير المشروع ، خامسا : القانون .

هكذا نلاحظ أن المسؤولية المدنية أو ما يطلق عليه العمل غير المشروع هي من مصادر نشوء الالتزام ، فإذا أخل أحد بالتزام ترتب على هذا الإخلال مسؤوليته المدنية، وهذه الأخيرة على نوعين : مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية ، فالمسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بتنفيذ العقد ، وهي أثر من آثار العقد الذي تم الإخلال به ، وهي مستمدة من العقد كمصدر من مصادر الالتزام ، أما المسؤولية التقصيرية فهي العمل غير المشروع ، وهو المصدر الرابع من مصادر الالتزام.

قال تعالى " لا يسأل عما يفعل وهم يسألون " الأنبياء 23

المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية التي اهتم بها الفقه والقضاء منذ بداية القرن العشرين نظرا للمخاطر التي يتسبب فيها الانسان بفعله أو بفعل الأشياء التي يسأل عنها خصوصا مع التطور الحاصل في وسائل النقل والانتاج الصناعي ، و الأصل في المسؤولية المدنية هو إرجاع الحالة التي كانت عليه قبل وقوع الضرر أو الحصول على تعويض في حالة تعذر ذلك .

تعريف المسؤولية المدنية

يقصد بالمسؤولية تحمل الشخص لعواقب التقصير الصادر عنه أو الاشياء والاشخاص التي يسأل عنها ، فهي في معناها المدني المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير وإلزام المتسبب بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو جبر الضرر عن طريق التعويض كما حدده القانون .

أما الفقه الاسلامي فقد تحدث عن المسؤولية المدنية وأطلق عليها اسم الضمان ، وقد عرفه وهبة الزحيلي في كتابه نظرية الضمان في الفقه الاسلامي بأنه إعطاء شيء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات ، وعليه فالضمان في الفقه الاسلامي يعني ما تعنيه المسؤولية المدنية في القانون المدني وهو التزام بأداء تعويض مالي عند الإضرار بالغير ، شريطة أن لا يصل هذا الإضرار إلى مستوى الإضرار بالحقوق العام ، حيث تقوم هنا المسؤولية الجنائية وتتدخل النيابة العامة مطالبة بمعاقبة المسؤول .

النظرية الشخصية

تؤسس هذه النظرية المسؤولية على فكرة الخطأ كأساس جوهري لا تقوم بدونه، فهي تهتم أساسا بسلوك الشخص المسؤول ولا نتصور قيام المسؤولية بغير خطأ ولكن بغير تفرقة بين خطأ عمدي أو غير عمدي ، يستوي في ذلك أن يكون هذا الخطأ واجب الإثبات في حالة المسؤولية عن العمل الشخصي أو أن يكون خطأ مفروضا في حالة المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء ، إذ أن أساس المسؤولية في جميع هذه الحالات هو الخطأ.

النظرية الموضوعية

أدى التقدم الصناعي في نهاية القرن 19 وكثرة المخترعات الميكانيكية وقيام الصناعات الضخمة وانتشار وسائل النقل الآلية إلى توسيع نطاق المسؤولية على أساس اعتبارات العدالة والتضامن الاجتماعي لا على فكرة الخطأ ، فذهب فريق من الشراح وعلى رأسهم سالي و ديموج إلى اعتبار أن من يباشر نشاطا يتحمل نتيجته وعليه أن يعرض الغير الذي يلحقه ضرر منه ، ولو كان سلوكه هذا غير مشوب بخطأ ما.

وعليه فمن يقوم بعمل غير مشروع ما فإنه يتحمل تبعاته ، وفي منطق هذه النظرية المادية أو نظرية تحمل التبعة، فإنه من غير الجائز نفي المسؤولية بنفي الخطأ أو بنفي العلاقة السببية. فالمسؤولية تقوم على الضرر وحده حتى ولو كان السبب مبنيا على قوة قاهرة.

أنواع المسؤولية

تنقسم المسؤولية إلى مسؤولية قانونية و مسؤولية أخلاقية ، بينما تنقسم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية .

المسؤولية الأخلاقية

الأخلاق قواعد مثالية نابعة من المجتمع لمحاربة الشر و الدعوة إلى الخير ومكارم الاخلاق ، وعند الاخلاق بقاعدة أخلاقية تقوم المسؤولية الاخلاقية تبعا لذلك ، ودائرة الاخلاق أوسع من دائرة القانون ، لذلك كانت المسؤولية الاخلاقية أوسع من المسؤولية القانونية ، لكن الجزاء المترتب عليها لا يكون عن طريق القضاء بل يكون عبارة عن استنكار المجتمع وتأييب الضمير ، ولا يشترط لقيام المسؤولية الأخلاقية وقوع الاضرار بالغير ، بل يكفي أن يكون الفعل مشينا أو مستنكرا من المجتمع ، لأن الاخلاق تعنى ليس فقط بعلاقة الانسان مع الانسان بل تتعداها إلى علاقة الانسان بالله وعلاقته بنفسه .

المسؤولية القانونية

تنقسم إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية

المسؤولية الجنائية

تنشأ المسؤولية الجنائية عن كل فعل يشكل جريمة بنص القانون ، وتأتي هذه المسؤولية لحماية المجتمع ، والقانون هو من يحدد الجريمة والعقوبة الخاصة بها ، هذه العقوبة لا تأتي على شكل تعويض بل على شكل جزاء جنائي مؤلم فتمس الفرد في حريته أو نفسه أو ماله من أجل ردعه و حمله على الاستقامة ، وأيضا ردع الآخرين ممن تسول لهم أنفسهم المس بسلامة المجتمع وأمنه ، هذا الجزاء الجنائي يتخذ إما شكل عقوبة أو تدبير وقائي ، فالعقوبة تتحدد حسب ما إذا كانت الجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة ، ففي الجناية مثلا العقوبة تكون إما سالبة للحرية أو إعداما أو تجريدا من الحقوق الوطنية ، بينما في الجنحة تكون العقوبة إما حبسا من شهر إلى 5 سنوات وغرامة لا تقل عن 1200 درهم أو هما معا ، بينما في المخالفة لا تتجاوز مدة الاعتقال شهرا واحدا وغرامة لا تتجاوز 1200 درهم ، أما التدابير الوقائية فهي نوع من الاجراءات تصدر بحكم قضائي لتجنب خطورة تكمن في نفسية الجاني ، لكن دون إيداعه السجن حتى لا يحتك بمجرمين أكثر حنكة وتخفيفا من وطأة اكتظاظ السجون .

شرطا المسؤولية الجنائية هما السلوك المادي المتسبب في النتيجة الإجرامية ثم الاسناد المعنوي ويقوم على أمرين هما التمييز و حرية الاختيار ، بمعنى القدرة على الادراك والتمييز ووجود أهلية وهو أمر لا يتحقق إلا ببلوغ سن 18 سنة ، بينما يعتبر الحدث البالغ ما بين 12 و 18 ناقص أهلية ومسؤولا مسؤولية جنائية لكن مسؤولية ناقصة ، أما ما دون 12 سنة فهو غير مسؤول جنائيا البتة.

المسؤولية المدنية

هي الالتزام بإصلاح الضرر الواقع على الغير بفعل المُلتزم أو بفعل الاشخاص أو الاشياء أو الحيوانات التي يسأل عنها .

المسؤولية المدنية هي مسؤولية قانونية لأنه يترتب عن قيامها جزاءات يفرضها القانون وهي مدنية لأنها ترمي إلى رفع الضرر الواقع على الغير أو إزالته أو إصلاحه أو منح مبلغ من المال كتعويض و جبر للضرر ، وهي مبنية على التزام قانوني سابق مفاده عدم الاضرار بالغير .

الجزاء المدني

يترتب عند قيام المسؤولية الجنائية الجزاء الجنائي وذكرنا أنه يأتي على شكل عقوبة مؤلمة تمس الفرد في حريته أو بدنه أو حياته أو ماله ، بينما الجزاء المدني هو أكثر تنوعا من الجزاء الجنائي لكنه لا يمس شخص المعني بل هو يمس ماله فقط أو يلزمه بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الضرر ، فهو جزاء إصلاحي ، يستهدف إصلاح الضرر أو رفعه بالتنفيذ العيني والاجبار على تنفيذ حكم القاعدة التي خالفها أو امتنع عن تطبيقها كلما كان ممكنا من غير إرهاب المدين أو قهر حريته الشخصية .

الجزاء المدني في القانون الروماني كان يختلط مع الجزاء الجنائي ، ولم يتم التمييز بينهما إلا في ظل القانون الفرنسي القديم ، الذي جعل المسؤولية المدنية في شكل تعويض لا تشوبه فكرة العقوبة عندما يقع إخلال بالتزام عقدي أو ضرر بأموال الغير ، و لعل الفضل يرجع إلى الفقيه دوما في التمييز بين المسؤولية الجنائية والمدنية ، وهو ما عليه الامر اليوم حيث أن الجزاء المدني لا يطال شخص المدين بل أمواله فقط ، تماشيا مع توصيات المواثيق الدولية لحقوق الانسان ، لكن ما تزال هناك بعض التشريعات التي تنص على حبس المدين إذا لم ينفذ التزاماته المدنية ومن بين هذه التشريعات التشريع المغربي الذي ينص على الاكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته المدنية .

أنواع الجزاءات المدنية

أولا : الجزاءات المدنية المكفولة بعدالة خاصة

- **الدفع بعدم التنفيذ** : فالدائن في الالتزام التبادلي يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما أن المدين لم يقوم بتنفيذ التزامه ، ف234 من ق ل ع .
- **حبس المال** : " هو حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن ، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون " ف291 من ق ل ع .
- **قطع جذور الاشجار الممتدة** : من أرض الجار ، ف135 من ظهير التحفيظ العقاري

ثانيا : الجزاءات المدنية الماسة بالعقود

- **البطلان** : جزاء يقرره القانون على عقد اختل فيه ركن من أركان العقد ، كما لو كانت الاهلية منعدمة في حالة الصغير غير المميز أو كان محل الالتزام شيئا أو عملا مستحيلا ، أو كان السبب غير مشروع أو غير موجود أصلا ، أو لاعتبارات تتعلق بالنظام العام فيُقضى ببطلان العقد بنص القانون .

- **الإبطال** : جزاء يقرره القانون عند اختلال شرط من شروط صحة العقد ، كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة ، أو بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين .

- **الإجازة والتقادم** : العقد الباطل عدم منذ البداية فلا يلحقه تقادم ولا إجازة ، أما العقد القابل للإبطال فهو يرتب جميع آثار العقد الصحيح ويكون لأحد الأطراف الحق في إبطاله ويزول هذا الحق بالنزول عنه وهذه هي الإجازة أو ينقضي بانقضاء مدة معينة دون استعمال هذا الحق وهذا هو التقادم ، فالعقد القابل للإبطال إذن تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم . والإجازة هي عمل قانوني يراد به تصحيح العقد برفع العيب الذي يلحقه ، و يتم بإرادة منفردة و يصدر من جانب من تقرر لمصلحته البطلان النسبي ، وعلى ذلك فهي لا تحتاج إلى أن يقترن بها قبول ولا يمكن الرجوع فيها على أساس أن القبول لم يصدر ، فبالإجازة يستقر هذا الوجود القانوني نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال وهي تختلف عن الإقرار الذي هو عمل قانوني يصدر من شخص خارج عن العقد كما في حالة إقرار الأصيل للعقد الذي أبرمه نائبه خارج حدود نيابته ومثله أيضا بيع ملك الغير فلا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا بإقراره .

ثالثا : الجزاءات المدنية الواردة في قانون المسطرة المدنية

- **الغرامة التهديدية** : ف448 " إذا رفض المنفذ عليه أداء الالتزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره وأخبر الرئيس الذي يحكم بالغرامة التهديدية ما لم يكن سبق الحكم بها " هذه الغرامة طريقة لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه من غير استعمال القوة الجبرية .

- **الحجز على الأموال** : فهناك الحجز التحفظي ف452- ف458 وهو إجراء مؤقت غايته التحفظ على أموال المدين بوضعها تحت يد القضاء حماية لمصلحة الدائن ، وهناك الحجز التنفيذي وهو إجراء يباشره الدائن بقصد استيفاء حقه من أموال المدين أو من ثمنها بعد بيعها بواسطة السلطة القضائية ، ويقع على المنقولات المادية التي توجد بحوزة المنفذ عليه والمملوكة له حيث يتم بيعها بالمزاد العلني لاقتضاء حق الدائن ، وهناك الحجز الارتهاني ويقع طبقا للقواعد السابقة في الحجز التنفيذي على المنقولات و هو يبدأ حجزا تحفظيا بأمر من الرئيس سواء كان بيد الدائن سند تنفيذي أو لم يكن هذا السند و ذلك لأن الحجز سيحصل بدون إعلان أو تنبيه إلا إذا اختار الدائن الذي بيده سند تنفيذي توقيع الحجز التنفيذي فانه يشترط في هذه الحالة سبق التنبيه و بدون تصحيح الحجز، جاء في الفصل 497 من ق.م.م " يمكن للمكري بصفته مالكا أو بأية صفة أخرى لعقار أو أرض فلاحية كلا أو بعضا يعمل بإذن من القاضي على إيقاع حجز إرتهاني لضمان الأكرية المستحقة و الأمتعة و المنقولات و الثمار كائنة في ذلك العقار المكري " وهناك الحجز الإستحقاقي ، فيمكن لكل شخص يدعي حق ملكية أو حيازة قانونية أو ضمان على شئ منقول في

حياسة الغير أن يعمل على وضع هذا الشيء تحت يد القضاء تجنباً لتلفه الفصل 500 من ق.م.م ، و يعتبر هذا الحجز نوعاً من المحجوزات التحفظية فهو يرمي إلى وضع مال معين تحت يد القضاء لمنع حائز هذا المال من التصرف فيه أو تجنباً لتلفه ، ويجوز لصاحب الحق في الحجز الإستحقاق أن يوقعه ضد أي شخص يحوز الشيء ولو لم تربطه بالحاجز أية علاقة قانونية كالمغتصب مثلاً، و يقدم الطلب إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية مرفقاً بقائمة المنقولات التي يدعي الطالب استحقاقها، و بعد ذلك يحال الكل على مصلحة التنفيذ المدني وتطبق نفس الإجراءات التي تطبق في الحجز التنفيذي إلا أنه يقتصر على حجز المنقولات المحجوزة بالقائمة ، وهناك الحجز لدى الغير طبقاً للفصل 488 من ق.م.م حيث يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن من القاضي على مبالغ ومستندات لمدينه والتعرض على تسليمها له ، و الحجز لدى الغير يبدأ تحفظياً وينتهي بعد ذلك حجزاً تنفيذياً يؤدي إلى التنفيذ الجبري على مال المدين .

- **البيع بالمزاد العلني :** وابتدئ بإيداع طلب التنفيذ إما بتحويل الحجز التحفظي على عقار إلى حجز تنفيذي، أو بناء على تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري، فيقوم مأمور الإجراء بتتبع وتفعيل مقتضيات قانون المسطرة المدنية المغربي، بالإضافة إلى قوانين أخرى خاصة حسب الحالات الواردة في طلبات التنفيذ الجبري.
- **الأكراه البدني :** وهو استعمال القوة الجبرية للحصول على التنفيذ حيث يتم حبس المدين حتى يضطر إلى الوفاء بدينه .

التمييز بين أنواع المسؤوليات

أولاً : التمييز بين المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية القانونية

تترتب المسؤولية الأخلاقية عن مخالفة قواعد الأخلاق، فيسأل الإنسان أمام المجتمع و أمام الله وأمام ضميره، ولا يترتب عليها أي جزاء قانوني ، ولا يشترط لقيام هذه المسؤولية حدوث ضرر للغير، بل يكفي أن ينوي الإنسان ويتمنى شراً لغيره حتى تتحقق هذه المسؤولية ، بينما يترتب على المسؤولية القانونية جزاء قانوني جراء مخالفة القانون وهي نوعان مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية.

التمييز بين المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية المدنية

من حيث النطاق : المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه، وبعلاقته بنفسه، وبعلاقته بغيره من الناس ، أما المسؤولية القانونية فتتصل بعلاقة الإنسان مع غيره من الناس فقط .

من حيث تحقق النتيجة : المسؤولية الأدبية تتحقق بمجرد وجود سوء النية ، ولا تتطلب حصول ضرر بالغير بينما تتطلب المسؤولية القانونية حدوث الضرر .

من حيث الجزاء : الجزاء في المسؤولية الأدبية ذاتي يتجلى في مسؤولية الإنسان أمام الله وأمام ضميره وأمام استنكار الناس فهو جزاء معنوي ، بينما الجزاء في المسؤولية القانونية هو جزاء مادي يحدده القانون وتفرضه السلطة العامة جبرا ، نشير إلى أنه لا يمكن الإفلات من العقاب في المسؤولية الأدبية، حتى لو خالف الإنسان قاعدة أخلاقية في الخفاء ، و ذلك لأنها تقوم على الضمير، والفاعل فيها هو الخصم والحكم ، في حين أنه يمكن الإفلات من العقاب في المسؤولية القانونية في حال ما إذا خالف الشخص قاعدة في السر، و ذلك لأن العقاب في مثل هذه الحال تفرضه السلطة العامة ، وإذا لم تعلم هذه السلطة بالمخالفة التي وقعت فلا يمكن لها أن تتدخل وتعاقب الفاعل .

من حيث المعيار : تقوم المسؤولية الاخلاقية على معيار شخصي وهو الضمير ، فيكفي تمنى الشر للخير لقيامها ، بينما تقوم المسؤولية القانونية على معيار موضوعي وهو مسؤولية الانسان أمام غيره من الناس .

من حيث الغاية : المسؤولية الاخلاقية تروم تهذيب النفس ونشر الفضيلة والاخلاق في المجتمع بينما المسؤولية القانونية ترمي إلى استقرار النظام وتحقيق العدل و رد الحقوق .

التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية

المسؤولية الجنائية تعني تحميل الشخص تبعات افعاله الجنائية المجرمة بمقتضى نص في القانون كالقتل او السرقة او خيانة الامانة ، وانطلاقا من هذا المعنى فان المسؤولية الجنائية ترتبط ارتباطا وثيقا بالعقاب ولا تنفصل عنه ، ونظرا لخطورة الافعال الجنائية و مساسها بالنظام العام فان العقوبات التي حددها المشرع غالبا ما تكون صارمة تتراوح بين الغرامات الزجرية والعقوبات السالبة للحرية و قد تصل الى حد الاعدام في بعض الحالات الخاصة .

وعلى عكس المسؤولية الجنائية التي تترتب على ارتكاب المجرم لأفعال محظورة تضر بالمجتمع فان المسؤولية المدنية لها نطاق ضيق اذ انها تهدف الى حماية مصلحة خاصة يملك فيها المضرور امكانيات واسعة للتنازل عن حقه في التعويض ، لا فرق في ذلك بين ان يكون الضرر ناتجا عن الاخلال بالتزام عقدي او التزام تقصيري . فالمسؤولية المدنية اذ تعني الزام المسؤول عن الضرر باداء التعويض للطرف المضرور في الحالات التي تتوافر فيها شروط هذه المسؤولية ، لذلك فهي لا تحمل معنى الردع الذي تنطوي عليه المسؤولية الجنائية و انما تفيد معنى جبر الضرر الذي تسبب فيه الشخص المسؤول .

من حيث الأساس القانوني : تنشأ المسؤولية الجنائية عن اقتراف المجرم للأفعال المحظورة بمقتضى فصول القانون الجنائي اذ ان المبدأ هو انه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، اما بخصوص المسؤولية المدنية فانها تترتب على الاخلال بالالتزامات و الواجبات التي يفرضها مبدأ التعايش الاجتماعي سواء كان منصوصا عليها في العقد أو في بنود قانونية او كانت مستخلصة من المبادئ العامة التي تحتم مبدأ احترام حقوق الغير وعدم الاضرار بها ، من ذلك مثلا الاهمال المؤدي إلى إتلاف أشياء الغير أو المنافسة غير المشروعة أو الاخلال بالتزام عقدي .

من حيث الجزاء : نظرا لخطورة الافعال الجنائية فان الجزاء المترتب عنها يتمثل في مجموعة من العقوبات الصارمة كالاعدام و السجن والمصادرة والغرامات والتجريد من الحقوق الوطنية وغيرها من الجزاءات الجنائية التي تأخذ طابعا زجريا ، اما الجزاء المدني فهو ينحصر في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو تعويض المضرور حسب المقدار الذي تراه المحكمة مناسبا لجبر الضرر الذي احدثه الشخص المسؤول .

من حيث مخولات الحق : باعتبار ان الدعوى الجنائية تقوم على انتهاك الحق العام ، فانه لا يحق للطرف المضرور التنازل عن مقتضيات الدعوى العمومية بمحض ارادته لانها ليست ملكا له و انما هي حق خالص للمجتمع الذي تمثله النيابة العامة ، وعلى العكس من ذلك فان للمضرور كامل الحرية في التنازل عن مطالبه المدنية لتعلق ذلك بمصلحته الشخصية .

من حيث الاعتداد بعنصر النية : النية ركن من أركان المسؤولية الجنائية ، أما في المسؤولية المدنية فلا يشترط فيها عنصر النية ، فالضرر الناتج عنها يجب تعويضه سواء كان إهمالا أو عمدا رغم أن القضاء يميل إلى زيادة التعويض في حالة العمد .

من حيث تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية : فيمكن للدعوى المتعلقة بالمطالبة المدنية ان تكون تابعة للدعوى العمومية وليس العكس ، فاذا نتج عن الفعل الواحد دعويان احدهما جنائية والاخرى مدنية كالضرب والجرح المسبب لعاهة بالمضرور ، فان هذا الاخير له الحق في رفع دعوى المطالبة المدنية الى المحكمة الزجرية وذلك في شكل دعوى مدنية تابعة للدعوى العمومية كما ان له الخيار في رفعها بطريقة مستقلة الى المحكمة المدنية .

من حيث التقادم : فلكل من دعوى المسؤولية الجنائية و دعوى المسؤولية المدنية تقادما مستقلا يختلف من حالة لاخرى ، فالدعوى الجنائية تتقادم بمرور 15 سنة من يوم اقتراف الفعل بالنسبة للجنايات و 4 سنوات بالنسبة للجرح وسنة للمخالفات ، اما بخصوص الدعوى المدنية فان تقادمها يختلف باختلاف ما اذا كانت عقدية او تقصيرية .

من حيث أطراف الدعوى ونوعيتها : تختلف الدعوى العمومية عن الدعوى المدنية في عدة نقط :

- **من حيث السبب :** فسبب الدعوى العمومية هو الجريمة ، أي ارتكاب فعل مجرم بنص القانون الجنائي ، بينما سبب الدعوى المدنية هو الضرر .
- **من حيث الموضوع :** فموضوع الدعوى العمومية هو حماية المجتمع عن طريق إيقاع العقاب بالمجرم ، بينما موضوع الدعوى المدنية هو حماية مصلحة خاصة عن طريق تعويض الاضرار التي وقعت على هذه المصلحة الخاصة .
- **من حيث الحضور :** المدعي في دعوى المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة التي تتوب عن المجتمع بينما في دعوى المسؤولية المدنية فالمدعي هو المضرور أو من يمثله .

اجتماع المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

قد توجد المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية وقد يحدث العكس ، لكن أحيانا أخرى قد تجتمع المسؤوليتان ، كما في حال الضرب أو القتل فتنشأ دعوى جنائية ودعوى مدنية تابعة ، و تؤثر المسؤولية الجنائية على المسؤولية المدنية من عدة أوجه من بينها :

من حيث الاختصاص القضائي : يجوز للمضرور أن يرفع دعواه إما أمام المحكمة المدنية وهنا لا يمكن للمحكمة المدنية أن تثبت في الدعوى إلا بعد أن تثبت فيها المحكمة الجنائية تبعا لمبدأ الجنائي يعقل المدني ، أو يرفع الدعوى المدنية التابعة أمام المحكمة الجنائية عن طريق الادعاء المدني تبعا للدعوى الجنائية التي تحركها النيابة العامة .

من حيث قوة الأمر المقضي به : فعندما تثبت المحكمة الجنائية في الدعوى يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي به ، وعلى المحكمة المدنية أن تأخذ هذا الحكم بعين الاعتبار ، لكنها غير ملزمة به فهي لا تنقيد بما حكمت به من براءة المتهم مثلا بل هي تكيف الوقائع تكييفاً آخر لغرض الحكم بالتعويض ، أما إذا حكمت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم فلا يحق للقاضي المدني أن يحكم بالتعويض .

من حيث وقف الدعوى : تأمر المحكمة المدنية بوقف الدعوى المدنية ريثما يتم البت في الدعوى الجنائية .

من حيث التقادم : الدعوى المدنية لا تسقط بالتقادم ما دامت الدعوى الجنائية قائمة .

المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية

المسؤولية التزام ناشئ عن تصرفات ، فإذا ما أخل أحد بالتزام يقع عليه ترتب على هذا الإخلال مسؤولية مدنية ، فهي جزاء الإخلال بالتزام سابق يترتب عنه تعويض عن الضرر الناجم عن إخلال المسؤول بهذا الالتزام ، فإذا كان مصدر هذا الالتزام هو الإرادة ، كانت المسؤولية المتولدة عنه عقدية ، أما إذا كان مصدر هذا الالتزام هو القانون كانت المسؤولية المتولدة عنه مسؤولية تقصيرية .

المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد ، أي عدم تنفيذها أو التأخير في تنفيذها وهي لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته العقدية عيناً، فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن من جراء ذلك، نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد كالتزام فنان بإقامة حفلة ، فيتخلف عن تنفيذ هذا الالتزام العقدي وتمر المناسبة ، فيصبح تنفيذ الالتزام عينياً مستحيلاً، فهنا وجب العدول إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض بدفع مبلغ من النقود ، أو كمسؤولية المقاول عن التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببنائه عن الميعاد المتفق عليه، أو مسؤولية البائع عن عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا كان يتصرف فيه بعد البيع .

وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن عدم الوفاء به يستوجب التعويض، وهذا ما عبر عنه المشرع في الفصل 263 (ق.ل.ع) إذ يقول " يُستحق التعويض إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين."

أما المسؤولية التقصيرية ، فهي التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات التي يفرضها القانون ، مثال ذلك ضرورة إحترام حقوق الجوار، أو كمسؤولية سائق السيارة الذي يقودها دون حيلة فيصيب إنسانا او يتلف مالا للغير ، أو كاشتراط القانون عدم الإضرار بالغير، فكل من تسبب في وقوع هذا الضرر يلزم بأداء التعويض للطرف المضرور. وقد قرر المشرع المغربي هذه القاعدة في الفصل 77 من ق ل ع بقوله " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا او معنويا للغير ألزم مرتكبيه بتعويض هذا الضرر " .

التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية

بعض الفقه يرى أنه لا تمييز بين المسؤوليتين هؤلاء هم أنصار نظرية وحدة المسؤولية بينما يرى آخرون أن هناك اختلافا بينهما وهم أنصار مذهب ازدواج المسؤولية .

فكرة ازدواج المسؤولية

يشكل أنصار نظرية ازدواجية المسؤولية الاتجاه الحديث ، و هم يقولون بأن هناك فروقا هامة ما بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية ، تقتضي وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . و يجمعون هذه الفروق في الوجوه التالية :

من حيث الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أغلب العقود ، أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز ف96 .

من حيث الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء اثبات أنه قام بالتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود الحق ، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد ارتكب عملا غير مشروع.

من حيث التقادم : تتقادم الدعوى في المسؤولية التقصيرية بمرور 15 سنة (الفصل 106 من قانون العقود والالتزامات) اما المسؤولية العقدية فتتقادم مبدئيا بمرور خمسة عشر سنة مع بعض الاستثناءات كقضايا عقد النقل الجوي حيث ينص الفصل 220 من المرسوم المنظم للطيران المدني والمؤرخ في 7 صفر 1382 الموافق 10 يوليوز 1962، على ان الاجل سنتان تبدئ من اليوم الذي وصلت فيه الطائرة او الذي كان يجب ان تصل فيه الى المكان المحدد لها. أوفي النقل البحري فالدعوى الناتجة عن عقدة كراء السفينة تنقضي بمرور سنة واحدة (انظر الفصل 263 من القانون البحري)

من حيث الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط اعدار المدين ما عدا في حالات استثنائية ، بخلاف المسؤولية التقصيرية التي لا يشترط فيها.

من حيث التعويض : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أم غير متوقع .

من حيث التضامن : لا تضامن في المسؤولية العقدية ، إلا إذا اتجهت إليه إرادة المتعاقدين صراحة وقد أكد المشرع هذه القاعدة في الفصل 164 (ق.ل.ع) الذي جاء فيه: " التضامن بين المدينين لا يفترض، ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو عن القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة ". أما في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن ثابت بحكم القانون في حال تعدد المسؤولين.

من حيث درجة الخطأ : في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام بتحقيق غاية تقوم المسؤولية عند عدم تحقق النتيجة وإذا كان الالتزام ببذل عناية فلا تقوم المسؤولية عن الخطأ اليسير ، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية دائما سواء كان الخطأ جسيما أو يسيرا .

من حيث الإعفاء من المسؤولية : في المسؤولية العقدية يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، ولا يمكن الاتفاق مسبقا على مخالفة قواعد المسؤولية التقصيرية لأن لها علاقة بالنظام العام.

من حيث الاختصاص القضائي : في المسؤولية العقدية تختص المحاكم المدنية فيها دائما بينما في المسؤولية التقصيرية قد تنتظر فيها محاكم الاستئناف إذا كان الفعل يعتبر جريمة ، وبالنسبة للمسؤولية العقدية فالمحكمة المختصة هي محكمة المدعى عليه ما لم يتفق المتعاقدان على محكمة أخرى ، أو ما لم يكن القانون قد عين الاختصاص كما هو الشأن في القانون التجاري ، بينما في المسؤولية التقصيرية فهي محكمة المدعى عليه كأصل عام .

من حيث القانون الواجب التطبيق : في المسؤولية العقدية إذا اختلف موطن المتعاقدين فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد إلا إذا اتفق الطرفان على قانون آخر ، أما في المسؤولية التقصيرية فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي وقع فيها الضرر .

فكرة وحدة المسؤولية

من أهم المناصرين لهذه النظرية الفقيه بلانيول ، و هي تقوم على فكرة مفادها أن لا محل للتمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ، فكلتاها جزاء لالتزام سابق ، هذا الجزاء إما أن يكون التزاما عقديا و إما أن يكون التزاما قانونيا ، و في كلتا الحالتين تتحقق المسؤولية لسبب واحد هو اخلال المدين بهذا الالتزام ، فالمسؤوليتان تتحدان في السبب و النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة و لا مجال للتفريق بينهما.

وعلى الرغم من مناصرة فريق من الفقهاء لوحدة المسؤولية المدنية، إلا أن معظم التشريعات المعاصرة أخذت بازدواجية المسؤولية، فجعلت من المسؤولية التقصيرية مصدرا للالتزام، واعتبرت المسؤولية العقدية أثرا من آثار العقد الذي تم الإخلال به.

الفصل الأول: المسؤولية العقدية

تعتبر المسؤولية العقدية جزءاً لا يتجزأ من المسؤولية المدنية عموماً، فكلاهما يهدف إلى تعويض الطرف المضرور عن الأضرار والخسائر التي لحقت به سواء كان ذلك ناتجاً عن الإخلال ببنود العقد أو التأخر في تنفيذه وهذا ما يسمى بالمسؤولية العقدية، أو كان نتيجة الإخلال القانونية وهذا ما يطلق عليه بالمسؤولية التقصيرية.

وإذا كانت المسؤولية التقصيرية مصدراً مستقلاً للإلتزام، فإن المسؤولية العقدية لا تغدو أن تكون أثراً من آثار الإخلال بالإلتزامات العقدية أو بتعبير آخر جزء من جزاءات عدم تنفيذ الإلتزام.

ويتحدد مفهوم المسؤولية العقدية في الحالة التي يخل فيها المتعاقد بالإلتزاماته اتجاه الطرف الآخر، وتتحدد أركان المسؤولية العقدية في الخطأ والضرر وعلاقة السببية الرابطة بينهما، وإذا كانت المسؤولية التقصيرية لا يجوز الإلتفاق على تعديل أحكامها فإن المسؤولية العقدية يجوز الإلتفاق على مخالفة أحكامها.

المبحث الأول: الأركان اللازمة لقيام المسؤولية العقدية

الأركان اللازمة لقيام المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما لكن بالنظر إلى طبيعة الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية والمتمثل في الإخلال بالإلتزام ارادي فإن عناصرها تنفرد بأحكام لا تنطبق على عناصر وأركان المسؤولية التقصيرية خصوصاً من حيث مفهوم الخطأ العقدي وحجم الضرر الواجب تعويضه. لقيام المسؤولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لكن المدين بالإلتزام لم يقم بالتنفيذ مما سبب درراً للدائن وبالتالي فعناصر المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

المطلب الأول: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي ما دام العقد هو نتاج توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني فإن كل طرف فيه ملزم بتنفيذ ما ترتب عنه من الإلتزامات وإذا لم يتم التنفيذ تحقق الخطأ العقدي في ذمة المدين ويستوي في ذلك عنه من الإلتزامات وإذا لم يتم التنفيذ تحقق الخطأ العقدي في ذمة المدين ويستوي في ذلك ان يكون عدم التنفيذ عمدياً أو عن إهمال أو تقصير، فالخطأ العقدي يتحقق حتى ولو كان عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن سبب أجنبي و ان كانت رابطة السببية تنتفي لوجود السبب الأجنبي فتندم المسؤولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ، ويتخذ الخطأ العقدي أكثر من مظهر قانوني فقد يكون نتيجة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للإلتزام وقد يكون نتيجة التأخر في التنفيذ عن الميعاد كما قد يتحقق في حالة التنفيذ في غير المكان المتفق عليه أو ان يتم التنفيذ و لكن دون الإلتزام بالمواصفات المنصوص عليها في الإلتفاق.

الفقرة الأولى: أنواع الخطأ العقدي

1 - الإلتزام بتحقيق غاية

يكون قد نفذ الإلتزام تنفيذا عينيا وعدم تنفيذ هذه الغاية يقوم مقام الخطأ العقدي الموجب للمسؤولية حتى وإن كان بذل الجهد الكافي والمعتاد في تحقيق النتيجة لكن دون جدوى لعدم تحقيق النتيجة يستوي الخطأ العقدي ما لم يثبت المدين تدخل العامل الأجنبي في عدم تحقق النتيجة.

2 - الإلتزام ببذل عناية

هنا يكون محل إلتزام المدين ليس تحقيق غاية محددة وإنما ببذل الجهد الكافي والعناية اللازمة في تحقيقها فقد تتحقق النتيجة وقد لا تتحقق والخطأ العقدي في هذا النوع من الإلتزامات لا يقوم بعدم تحقق الغاية من الإلتزام وإنما يتحقق بعدم بذل العناية الكافية لتحقيق هذا الإلتزام لأن الخطأ العقدي هنا يتحقق بالتقصير والإهمال وليس بعدم تحقق النتيجة.

الفقرة الثانية: إثبات الخطأ العقدي

إثبات الخطأ العقدي يختلف عبي إثبات الخطأ العقدي باختلاف إلتزام المدين فإذا كان إلتزامه بتحقيق نتيجة، وقع على عاتقه عبي إثبات تحقق هذه النتيجة، أما الطرف الدائن فهم ملزم بإثبات وجود عقد صحيح مصدر إلتزام المدين وإثبات الضرر الحاصل له من جراء عدم التنفيذ العيني.

أما إذا كان إلتزام المدين يدخل في زمرة الإلتزام ببذل عناية انتقل عبي الإثبات إلى الدائن الذي يكون ملزما بإثبات التقصير والإهمال في جانب المدين فيجب عليه تقديم الدليل على نقص ما بذله المدين في تنفيذ إلتزامه.

الفقرة الثالثة: المسؤولية العقدية عن فعل الغير

المسؤولية العقدية عن فعل الغير قد يقع من الناحية العملية أن يسخر المدين الأصلي غيره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية فيكون مسؤولا عن أخطائه اتجاه الدائن مسؤولية عقدية.

والمسؤولية العقدية عن فعل الغير أكثر من مظهر قانوني وأهم ما تتمثل فيه هذه المظاهر جميعها هو ما يسمى بالعقود من الباطن حيث نكون امام عقدين الأول أصلي والثاني فرعي.

المطلب الثاني: الضرر

لا يكفي لقيام مسؤولية المدين العقدية أن يرتكب الخطأ العقدي المتمثل في عدم التنفيذ العيني للإلتزام وإنما يجب ان يسبب هذا الخطأ ضرراً للطرف الدائن فالضرر يعتبر ركناً أساسياً لقيام المسؤولية العقدية.

الفقرة الأولى: أنواع الضرر

الضرر المادي : هو الضرر الذي يصيب الدائن في ماله أو سلامته الجسدية

الضرر المعنوي: هو الضرر الذي يصيب الدائن في كرامته أو شرفه. يستحق الدائن التعويض عن الضرر المادي والمعنوي سواء كانت المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية.

الفقرة الثانية: شروط الضرر

أن يكون الضرر محققاً أي أن الضرر يجب أن يكون قد وقع فعلاً والأصل أن التعويض لا يتم عن هذا النوع من الضرر، لكن قد يقع التعويض عن الضرر المستقبلي وهو الضرر الذي وقعت أسبابه لكن آثاره تراخت إلى المستقبل لكنها مؤكدة الوقوع، أما إذا كان الضرر محتملاً يستحق عنه الدائن التعويض لضعف صلته العقدية يدخل تفويض من حيث المبدأ في إطار الضرر المحتمل الذي لا يعرض عنه.

أن يكون الضرر شخصياً بمعنى أن يصيب الضرر الطرف الدائن شخصياً سواء في جسمه أو ذمته المالية أو في كرامته وإذا توفي المدين قبل حصوله على التعويض حل محله الورثة.

أن يكون الضرر مباشر وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوخاه ببذل جهد معقول بمعنى ان يكون هناك ارتباط وثيق بين الخطأ والضرر الحاصل.

أن يكون الضرر متوقعاً وقت إبرام العقد وهو الضرر الذي ينتظر المتعاقدين حدوثه ووقوعه في حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزام تنفيذاً عينياً.

الوقت الذي ينظر إلى كون الضرر متوقعاً هو وقت إبرام العقد ويقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر.

المطلب الثالث: علاقة السببية بتن الخطأ والضرر

علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الركن الثالث في المسؤولية العقدية كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية فإذا ارتكب المدين خطأ وحصل ضرر للدائن لكن دون أن يكون خطأ المدين هو السبب في ضرر الدائن انتقلت علاقة السببية وانتفت بالتبعية مسؤولية المدين، يفرض القانون على الدائن واجبا مؤداه ألا يركن إلى تقصير المدين ويستسلم للضرر لئلا ينشأ له بل يحتم عليه الواجب أن يعمل على درء

الضرر عن نفسه ببذل الجهد المعقول الذي تتطلبه ظروف الحال فإن أحجم عن بذل هذا الجهد كان مقصرا وكان تقصيره هذا السبب الحقيقي لكل ضرر مترتب عن أحجامه.

لا يجوز ان يؤاخذ المدين بخطأ لم يقتصره أي لا يجوز ان يلتزم بإصلاح ضرر سببه غيره كذلك لا يجوز مساءلة المدين عن ضرر سببه الدائن لنفسه بنفسه كما لا يجوز أن يتحمل الشخص مسؤولية ضرر كان السبب فيه هو القوة القاهرة.

توافر عناصر المسؤولية العقدية يعطي الحق للطرف المضرور في الحصول على التعويض المناسب لجبر الضرر المترتب عن إخلال المدين بالالتزام وهو إما تعويض اتفاقي حيث تتفق الأطراف المتعاقدة على مقدار معين من التعويض يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين.

المطلب الرابع: حالات انتفاء المسؤولية العقدية

المدين يعتبر غير مسؤول عن الضرر الحاصل للدائن جراء عدم تنفيذ الإلتزام متى كان السبب في ذلك لا يمكن أن يعزى إليه وإنما يعزى لسبب أجنبي عنه حال بينه وبين التنفيذ العيني للإلتزام، يقصد بالسبب الأجنبي الذي ينفي مسؤولية المدين كل أمر أجنبي عن المدين ويلزم لتحقيق السبب الأجنبي توافر شرطين أساسيين :

1 - أن لا يكون للمدين يد في حصوله ولم يكمل في وسعه تفاديه.

2 - أن يؤدي السبب الأجنبي إلى استحالة تنفيذ الإلتزام كلياً أو جزئياً، ويلزم هنا أن يكون من شأن السبب الأجنبي ان يؤدي إلى استحالة أداء الإلتزام فلا يكفي أن يكون من شأنه أن يجعله أشد إرهاباً أو أشد كلفة على المدين، ويحتوي السبب الأجنبي القوة القاهرة والحادث الفجائي فعل أو خطأ الدائن ثم فعل أو خطأ الغير.

المبحث الثاني: الإتفاقات على تعديل احكام المسؤولية العقدية

يقصد بها الإتفاق الذي بموجبه بنتازل أحد طرفيه على ما يستحقه من تعويض اتجاه الطرف الآخر إذا ما أصابه ضرر جراء إخلال هذا الأخير بالتزام معين يكون مفروضا عليه مثل هذه الإلتزامات تعد صحيحة من الناحية القانونية ومعمول بها في مجال المسؤولية العقدية وإن كانت من الناحية الواقعية تعد وضعا مخالفا لطبيعة الأشياء.

وعلى خلاف المسؤولية العقدية لا يجوز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية لارتباط هذه الأحكام بالنظام العام.

وبما أن العقد هو أساس المسؤولية العقدية والذي يقصد به توافر إرادتين على إحداث أثر قانوني معين وهذه الإرادة اذن هي التي أنشأت المسؤولية العقدية وبإمكانها تعديل قواعدها وأحكامها باتفاقات إرادية يراعي فيها احترام القانون والنظام العام والآداب العامة.

لكن هناك بعض الاستثناءات وهو بطلان كل شرط أو اتفاق يعفي المدين من تدليسه ومن خطئه الجسيم.

المطلب الأول: صور الإتفاقات المعدلة للمسؤولية

الفقرة الأولى: الإتفاقات المشددة للمسؤولية

تهدف هذه الإتفاقات إلى جعل المسؤولية أقسى وأشد من تلك التي تقررها القواعد العامة وهي التي نصادفها في عقود البيع العادية التي تقوم على مبدأ المساومة و المنافسة من قبيل الاشتراطات المشددة لمسؤولية المدين أن يتم الإتفاق على توسيع المسؤولية ليشمل حتى حالات عدم التنفيذ لتوفر السبب الأجنبي وهو عكس ما تقضي به القواعد العامة في هذا الصدد حيث تعفي المدين من المسؤولية و بالتالي من التعويض في عقد البيع يمكن للمشتري أن يشترط على البائع ضمان أعمال لا تدخل في الأصل ضمن الأحكام العامة للضمان كان يشترط عليه ضمان نزع الملكية للمنفعة العامة.

الفقرة الثانية: الإتفاقات المخففة أو المعفية من المسؤولية

هو الإتفاق على تخفيف التعويض في مقدار الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للإلتزامات المتولدة عن العقد قد لا يتوفق الامر عند الإتفاق على التخفيف من المسؤولية بل قد يتعداه إلى استبعادها بشكل نهائي لشروط الإعفاء من المسؤولية عيوب كثيرة كحرمان الدائن من التعويض من الضرر وتهديد استقرار المعاملات نظرا لخطورة هذه الشروط فان الإتجاه الغالب في الفقه يربط صحة الإتفاقات بتوافر الشرطين الآتيين:

أن يكون الدائن على علم تام بمضمون الشرط

ألا يكون من الشروط المعفية المسؤولية والضمان التي لها مساس بالصحة العامة للمواطنين.

المطلب الثاني: بعض حالات عدم جواز الإتفاق على تعديل احكام المسؤولية.

الفقرة الأولى: حالة التدليس والخطأ الجسيم للمدين

سوء النية في تنفيذ العقد يسمى في الاصطلاح القانوني غشا وهو يقابل التدليس الذي رافق تكوين العقد فكما يجب خلو العقد من التدليس عند انشائه كذلك يجب خلوه من الغش عند تنفيذه.

لذا لا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الاعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم، شرط الإعفاء من المسؤولية يقع باطلا إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم صحيحا في التنفيذ الإلتزام صادرا عن المدين شخصا اما إذا صدر من اتباعه فان الشرط يعتبر صحيحا.

الفقرة الثانية: مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تتسبب فيها منتوجاته

وينص الفصل 106 ق ل ع على هذه الحالة والعلة من تقرير بطلان هذا الشرط في هذه الحالات لما فيه من مساس بالصحة والسلامة العامة للمواطنين بما فيه المتعاقدين وعلى المدين الذي يتمسك بشرط الاعفاء ان يثبت وجود هذا الشرط ويصعب في كثير من الاحوال على المدين إثبات ان الدائن قبل شرط الاعفاء. تقوم صعوبات في مثل الحالات لقبول شرط الاعفاء احتمال ان يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلا له وفقا لنظرية الارادة الباطنة، ان الشرط قد يعتبر شرط اذعان تعسفي للقاضي ان يبطله.

الفصل الثاني

المسؤولية التقصيرية

العمل غير المشروع هو العمل الذي يقوم به الشخص عن عمد (الجريمة) أو من غير عمد (شبه الجريمة) فيسبب ضرراً للغير يترتب عليه إلزام بإصلاحه عن طريق التعويض.

و لقد عانا المشرع المغربي العمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية في الفصول من 77 إلى 106 من ق ل ع ، ولقد أخذ المشرع المغربي بالمسؤولية التقصيرية انطلاقاً من القانون المدني الفرنسي فأقر نظرية المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ واجب الإثبات، ثم تناول حالات من المسؤولية الموضوعية التي لا تستلزم إثبات الخطأ بل تقوم على خطأ مفروض وجوده.

وهذه الحالات من المسؤولية الموضوعية هي حالا المسؤولية عن فعل الغير باستثناء حالة مسؤولية المعلمين عن الضرر الحاصل من الطلاب إذ تتوقف على إثبات الخطأ في جانب المعلم، وحالات المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الحية و الجامدة.

وبالإضافة إلى ما ذكر عالج المشرع المغربي حالات خاصة من المسؤولية التقصيرية هي:

مسؤولية موظفي الدولة و البلديات .

مسؤولية القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه.

مسؤولية حائز الشيء.

المبحث الأول : المسؤولية عن العمل الشخصي

المسؤولية عن العمل الشخصي هي مسؤولية الشخص عن العمل الذي يصدر منه بنفسه، ومن دون تدخل شخص آخر أو شيء أو حيوان، وهي الأصل العام في المسؤولية، وتتميز بأنها تقوم على خطأ واجب الإثبات أي خطأ يجب على المتضرر أن يثبته في جانبه المسؤول.

والمسؤولية عن العمل الشخصي لا تقوم إلا بتوافر ثلاثة أركان أساسية وهي:

الخطأ	الضرر	علاقة سببية بين الخطأ و الضرر
-------	-------	-------------------------------

و بتوافر هذه الاركان تتحقق المسؤولية التقصيرية و تنتج آثارها.

المطلب الأول: الخطأ

لم يعط الفقه تعريفا واحدا للخطأ لأن فكرة الخطأ فكرة غير مضبوطة الحدود، وقد عرفه الفقه التقليدي بأنه عمل غير مشروع، وعرفه بلانيول بأنه إخلال بالالتزام سابق، وهذا الالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل، وعرفه سافيني بأنه إخلال بواجب قانوني و أخلاقي هو عدم الإضرار بالغير، وقد عرف سليمان مرقس الخطأ بأنه إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل لنتائج أفعاله، ورغم أن جل التشريعات المقارنة لم تعرف الخطأ إلا أن المشرع المغربي عرف الخطأ في الفقرة الثانية من الفصل 78 من ق ل ع التي ورد فيها: " والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله وفعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

الفقرة الأولى: أنواع الخطأ

أولاً : الخطأ الإرادي (الجرم) و الخطأ بإهمال (شبه الجرم)

الخطأ إما إرادي يكون الخطأ عمدا ويسمى جرما، وإما يكون خطأ بإهمال ويسمى عندها شبه جرم، فالخطأ العمد هو الذي يقع بقصد الإضرار بالغير (الفصل 77 من ق ل ع).

أما الخطأ بإهمال فهو الذي يقع بدون قصد الإضرار كأن يزلق أحد ويسقط على مال آخر فيتلفه (الفصل 78 من ق ل ع).

وسواء كان الخطأ عمدا (إراديا) أو بإهمال فإن المسؤولية تترتب على مرتكبه في الحالتين و إن كان القاضي يمل من الناحية العملية إلى الزيادة في التعويض في حالة الخطأ العمد عنه في حالة الخطأ بإهمال.

ثانيا : الخطأ الإيجابي و الخطأ السلبي

الخطأ الإيجابي هو الذي يكون فيه فعل المخطئ عملاً إيجابياً كما ورد في الفصل 78 من ق ل ع هو الذي يقوم على فعلاً كان ينبغي الإمتناع عنه كأن يصادم سائق السيارة أحد المارة فيصيبه بجروح.

في حين أن الخطأ السلبي هو الذي يكون فعل المخطئ فيه عملاً سلبياً أو حسب تعبير المشرع في الفصل 78 من ق ل ع هو الذي يقوم على ترك ما كان يجب عمله، كأن يهمل سائق السيارة إضاءة مصباح سيارته ليلاً و يسبب حادث اصطدام بسيارة أخرى.

ثالثاً: الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير

الخطأ الجسيم هو الذي لا يرتكبه إلا شخص غبي كأن يسوق سائق السيارة ليلاً بسرعة فائقة و دون إضاءة فيتسبب في حادث اصطدام.

الخطأ اليسير هو الذي يرتكبه شخص متوسط الفطنة و الذكاء كأن يعمل مالك صيانة حائط حديقته فينهار الحائط ويتلف مزروعات الجار.

الفقرة الثانية : أركان الخطأ

إن مفهوم الخطأ يقوم على ركنين أساسيين: ركن مادي وهو الفعل الذي ينطوي على إخلال بالتزام قانوني ويسمى اصطلاحاً "بالتعدي"، و ركن معنوي هو كون الفعل الذي ينطوي على إخلال بالتزام قد ارتكب ممن يدرك أن عمله ينطوي على الإضرار بالغير ويسمى اصطلاحاً "الإدراك أو التمييز".

أولاً: الركن المادي في الخطأ " التعدي "

التعدي هو الإخلال بالتزام قانوني ويمكن أن يتخذ هذا الإخلال إحدى الصور الثلاثة التالية:

1 – مخالفة نص قانوني: إذا كان القانون قد نص على إلتزام محدد فالإخلال بهذا الإلتزام يعتبر تعدياً يوجب المسؤولية فهناك مثلاً يجرم القانون السرقة و الضرب وأخذ مال الغير.

2 – مخالفة إلتزامات قانونية غير محددة في نصوص: فهذه الإلتزامات تكون من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الإنسان احترام حقوق الغير و الامتناع عن إيذائه.

3 – ممارسة الحق ممارسة تعسفية: إذا مارس شخص حقه وحصل أن أدت مارسته حقه إلى الإضرار بالغير، فهل يسأل عن هذا الضرر؟ الأصل لا لأن المسؤولية التقصيرية تتطلب أن يكون الضرر نجم عن خطأ، والخطأ لا يتوفر في الحالة التي يستعمل فيها الإنسان حقاً له دون أن يتجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق (الفصل 94 ق ل ع)، ولكن على سبيل الإستثناء يمكن أن يقع استعمال الحق على نحو يكون فيه الشخص مخطئاً وهذا ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق، ويعتبر الشخص متعسفاً في استخدام حقه في الحالات التالية:

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- إذا لم يقصد من وراء استعمال حقه سوى الإضرار بالغير (الفقرة الثانية الفصل 94 ق ل ع).

- إذا كان صاحب الحق قد تجاوز في ممارسة حقه الحدود المألوفة الفصل 92 ق ل ع).

ثانيا: الركن المعنوي "الإدراك و التمييز"

يجب لقيام الخطأ أن يكون من ارتكب التعدي مدركا لهذا التعدي أي قادرا على التمييز بين الخير والشر، والنفع والضرر، فيدرك أن تعديه يلحق ضررا بالغير، فالتمييز هو مناط المسؤولية التقصيرية، هذه المسؤولية تقوم إذا وجد التمييز وتنعدم إذا فقد، هذا ما نصت عليه الفصول 93 و96 و97 من ق ل ع على النحو التالي:

1 - فيما يتعلق بصغر السن، لا يسأل الصبي غير المميز مسؤولية تقصيرية ، أما من كان مميزا أي بالغا 12 سنة من عمره، فإنه يسأل مسؤولية تقصيرية كاملة.

2 - المجنون لا يسأل عن العمل الشخصي مالم يثبت أن العمل الضار قد ارتكب وهو في حالة إفاقة.

3 - الصم و البكم وغيرهما من ذوي العاهات يسألون مبدئيا عن الأضرار الناجمة عن أخطائهم لتوافر الإدراك عندهم ما لم يقدّم الدليل على أنهم لا يتمتعون بالدرجة اللازمة من التمييز لتقدير نتائج أعمالهم الفصل 97 ق ل ع.

4 - ينعدم التمييز لغير الصغر الجنون كما في حالة مرض النوم و إصابة بالصرع و الإدمان على السكر، على أمه في مثل هذه الحالات يشترط لانتفاء مسؤولية الشخص أن لا يكون فقدان التمييز راجعا إلى خطأ منه الفصل 93 ق ل ع.

ثالثا: الحالات التي لا يكون فيها الخطأ سببا للمسؤولية

لا يترتب على الخطأ اية مسؤولية ويتحقق ذلك في ثلاث حالات وهي:

1 - إعطاء بيانات غير صحيحة عن حسن نية ودون علم بعدم صحتها

لقد نص على هذه الحالة الفصل 82 ق ل ع بقوله "من يعطي بحسن نية ومن غير خطأ جسيم أو تهور بالغ من جانبه، بيانات وهو يجهل عدم صحتها، لا يتحمل أي مسؤولية تجاه الشخص الذي أعطيت له:

- إذا كانت له أو لمن تلقى البيانات مصلحة مشروعة في الحصول عليها.

- إذا وجب عليه، بسبب معاملاته أو بمقتضى التزام قانوني، أن ينقل البيانات التي وصلت إلى علمه.

2 - مجرد النصيحة أو التوصية في غير الحالات التي نص عليها الفصل 83 ق ل ع

إن النصيحة أو التوصية إن أحدثت ضررا لمن أسديت له رتبت المسؤولية على من أسداها في الحالات التالية:

- إذا أعطى النصيحة قصد خداع الطرف الآخر.

- إذا كان بسبب تدخله في المعاملة بحكم وظيفته.

- إذا ارتكب خطأ ما كان ينبغي أن يرتكبه شخص في مركزه ونتج عن هذا الخطأ ضرر للطرف الآخر .
- إذا ضمن نتيجة المعاملة.

3- الدفاع الشرعي

نص الفصل 95 من ق ل ع على أنه لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي وأوضح أن حالة الدفاع الشرعي هي الحالة التي يجبر فيها شخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو لماله.

فمن يحدث ضرر للغير وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالغير على أنه لا بد حتى يتحقق ذلك من توافر الشرطين التاليين:

- يجب أن يكون هناك اعتداء حال لا سبيل إلى دفعه إلا بإيقاع الأذى بالمعتدي.
- يجب أن يكون الإعتداء الموجه للمدافع عملاً غير مشروع فلا يجوز دفعه بالمجرم الذي يطارده شرطي للقبض عليه، فلا يحث له مقاومة الشرطي بحجة الدفاع الشرعي.

الفقرة الثالثة: إثبات الخطأ

لكي يعلن عن مسؤولية الشخص عن فعله يجب إثبات أنه قد ارتكب خطأ، ويقع على عاتق المطالب بالتعويض أي المضرور أو ذوي حقوقه عبء الإثبات، ومن أجل ذلك يمكن اللجوء إلى كل طرف للإثبات.

فإذا أدى المتسبب في الضرر بأنه كان فاقداً لقوة الإدراك وقت حدوث الخطأ منه فإن إثبات ذلك يقع عليه .

وفي كل الأحوال يكون للقاضي تقدير قيمة الوسائل الإثباتية المستعملة و الأخذ بها أو رفضها بحسب الظروف المحيطة وبسبب المناقشة التي تجري بين الأطراف.

المطلب الثاني: الضرر

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية وهو ركن ضروري لقيام الإلتزام بالتعويض، فقد علق المشرع المغربي في الفصلين 77 و 78 من ق ل ع ، تحقق مسؤولية مرتكب العمل الضار على وقوع ضرر للغير.

فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، وهذه المصالح إما مادية أو معنوية، وعليه سوف نناقش في موضوع الضرر: الضرر المادي اذي قد يصيب الإنسان إما في ذمته المالية أو في جسمه، و الضرر المعنوي و الذي ينتج عن إصابة الشخص في كرامته نظراً للمس بشرفه أو سمعته ، على أن نتطرق للتمييز بين الضرر المستقبل و الضرر المحتمل في نقطة ثالثة.

الفقرة الأولى: أحكام الضرر المادي

الضرر المادي هو كل ضرر يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له فيسبب له خسارة مادية وهي نوعان : الضرر الجسماني وهو الذي يصيب الشخص في جسمه فيؤثر على سلامته مما يكبده مصاريف العلاج، و الضرر المالي هو الذي يمس بالحقوق المالية للشخص فيفقر ذمته المالية.

ولا بد في الضرر المادي حتى يصلح أساسا للتعويض من الشرطين التاليين:

1 - الشرط الأول: يجب أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة للمضرور

قد يصيب الضرر حق للمضرور كالإعتداء على حياة الشخص أو الإعتداء على سلامة الجسم إذا كان من شأنه أن ينال من قدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة في علاجه ، و الإعتداء على أموال الشخص كحرق منزله أو إتلاف أثاثه وقد يصيب الضرر مجرد مصلحة مالية للمضرور ويشترط في المصلحة لتي تمس أن تكون مصلحة مشروعة و إلا فلا يجوز الحكم بالتعويض.

2 - الشرط الثاني: يجب أن يكون الضرر محققا

الضرر يعتبر محققا إذا كان حالا أو وقع فعلا كأن يكون المضرور قد مات أو أصابه جرح في جسمه أو لحقه تلف في ماله، وكذلك يعتبر الضرر محققا إذا كان من قبيل الضرر المستقبل أي الضرر الذي و إن لم يقع بعد إلا أنه محقق الوقوع في المستقبل كأن يصيب شخص بإصابة تعطله عن العمل في الحال و يكون من المؤكد أنها ستؤثر في قدرته على العمل في المستقبل.

فالتعويض في هذه الحالة يجب أن يشمل الضرر الحال و الضرر الذي سيقع في المستقبل، وقد لا يكون بالمستطاع تقدير الضرر المستقبل في الحال لأنه يتوقف على أمر لم تتبين حقيقته بعد، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي إما أن يحكم بالتعويض عن الضرر الحال، ويحفظ للمضرور الحق في أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل وإما أن يؤجل الحكم بالتعويض حتى يتبين مدى الضرر كله الحال و المستقبل.

الفقرة الثانية: أحكام الضرر المعنوي

الضرر المعنوي أو الضرر الأدبي هو الذي يصيب الإنسان من ناحية غير مالية فهو يصيب الجسم من جراء جروح أو عاهات تسبب الألم في نفس المصاب، وهو قد يكون الشرف و الاعتبار كما في حالة هتك العرض أو القذف أو السب وقد يصيب شعور الإنسان في عاطفته كما في حالة الإعتداء على الأب أو الأم أو الزوجة، وقد يحصل أن يكون الضرر المعنوي مقترنا بضرر مالي كالإعتداء بالضرب و الجرح و الذي قد ينتج عنه عجز في القدرة على الكسب.

إن الفقه و القضاء في فرنسا يجمعان اليوم على جواز التعويض عن الضرر المعنوي و قد أخذ ق ل ع بهذا الحل بنص صريح حيث ورد في الفصلين 77 و 78 من ق ل ع على أن كل شخص يسأل عن الضرر المادي و المعنوي الذي يحدثه للغير .

و لا بد في الضرر المعنوي من أن يكون محققا حتى يعطي الحق في التعويض شأنه في ذلك شأن الضرر المادي أما الضرر المعنوي المحتمل فهو لا يكفي لمنح حق المطالبة بالتعويض.

هذا فكل شخص يصاب بضرر معنوي يثبت به الحق في التعويض عنه شرط أن يقيم الدليل على أن مثل هذا الضرر قد أصابه، وإذا توفي المضرور ضررا معنويا بعد إقامة الدعوى بالمطالبة بالتعويض

فإن حقه في التعويض يعد جزءاً من ذمته المالية و ينتقل إلى الورثة شأن سائر الحقوق الداخلة في هذه الذمة المالية.

الفقرة الثالثة: الضرر المستقبل و الضرر المحتمل

الضرر المستقبل محقق الوقوع لذلك يجب التعويض عنه، أما الضرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع فقد يقع و قد لا يقع لذلك لا يصح التعويض عنه، وإنما يجب الانتظار إلى أن يقع ، كأن يرتكب شخص عملاً يؤدي إلى إتلاف مزروعات جاره ويخشى معه أن تصبح الأرض غير صالحة للزراعة لعدة سنوات ففي هذه الحالة يكون الضرر المحقق الذي يجب التعويض عنه هو التلف الذي أصاب المزروعات، أما عدم صلاحية الأرض للزراعة فالضرر محتمل لا يجب التعويض عنه إلا إذا وقع.

المطلب الثالث: علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ من جهة وضرر من جهة أخرى بل لابد أن يكون الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر أو بعبارة أخرى لابد من قيام الرابطة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وبين الضرر الذي أصاب المضرور، وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية مطبقة في تعيين رابطة السببية بين الخطأ والضرر ويترتب على وجوب قيام هذه الرابطة السببية أمرين: أولهما الضرر المباشر وهو وحده الذي يجب التعويض عنه لأن هذا الضرر هو وحده الذي تقوم بينه وبين الخطأ المسؤول، و ثانيهما انتفاء علاقة السببية في حالات خاصة.

الفقرة الأولى : قيام علاقة السببية(الضرر المباشر)

ورد النص على الضرر المباشر في الفصل 264 من ق ل ع المتعلق بآثار الإلتزام بوجه عام، و سواء تعلق الأمر بمسؤولية تقصيرية أو عقدية ، فقد نص هذا الفصل على وجوب الإعتداد بالضرر المباشر حيث قال في معرض حديثه عن الضرر أن الضرر هو ما يلحق الدائن خسارة حقيقية وما فاتته من كسب كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام ، و يضاف إلى ذلك أن الفصل 77 و 78 من ق ل ع قررا مسؤولية مرتكب الفعل الضار إزاء المضرور، معلقا صراحة ترتب هذه المسؤولية على كون الخطأ هو السبب المباشر في حصول الضرر. ويقصد بالضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول و الذي لم يكن باستطاعة المضرور أن يتفاداه ببذل جهد معقول.

الفقرة الثانية: انتفاء علاقة السببية

تنتفي علاقة السببية في ثلاث حالات وهي:

أولاً : خطأ المضرور

قد يكون الضرر الذي لحق بالمضرور أو المتضرر نتيجة خطأ المضرور وحده ، وقد يكون هذا الضرر نشأ عن خطأ المضرور من جهة و المدعى عليه في دعوى المسؤولية من جهة ثانية.

1- فرضية خطأ المضرور وحده

كما لو حاول شخص أن يركب القطار أثناء سيره فنزل قدمه فيسقط ويصاب بجروح ورضوض ففي هذه الحالة لا مكان للمسؤولية التقصيرية إذ أن المضرور هو الذي ألحق الضرر بنفسه.

2 - فرضية الخطأ المشترك

كما لو حصل اصطدام بين سيارتين نتيجة خطأ سائقي السيارتين وهنا توزع المسؤولية حسب جسامه الخطأ الذي صدر من كل منهما.

ثانيا : القوة القاهرة و الحادث فجائي

حسب الفصل 95 ق ل ع فلا محل للمسؤولية المدنية إذا كان الضرر نتج عن حادث فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقهما أو يصحبهما فعل يؤاخذ به المدعى عليه.

1 - شروط القوة القاهرة و الحادث الفجائي

يشترط في حادث معين كي يعتبر بمثابة قوة القاهرة أو حادث فجائي تنتفي معه المسؤولية التقصيرية أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون الحادث أمرا لا يمكن توقعه فإذا أمكن توقعه فلا يشكل قوة القاهرة أو حادث فجائي حتى لو استحال دفعه.
- أن يكون الحادث أجنبيا عن لمدعى عليه لا يد له فيه (عدم وجود خطأ من جانب المسؤول).
- أن يكون الحادث مما يجعل تفاديه أمرا مستحيلا لا يستطيع منعه.
- يجب أن يكون الحادث هو السبب المباشر للضرر.

2 - أثر القوة القاهرة و الحادث الفجائي

إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي السبب الوحيد في وقوع الضرر فإن علاقة السببية بين الخطأ و الضرر تكون مفقودة و بالتالي لا تتحقق المسؤولية كما لو هبت عاصفة فقلبت السيارة على أحد المارة فأصابته، وهذا ما أوضحه الفصل 95 ق ل ع اذ اشترط لعدم ترتب المسؤولية التقصيرية أن يكون الضرر قد حصل بقوة القاهرة أو حادث فجائي لم يسبقها أو يصحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه ، أما إذا اشتركت القوة القاهرة أ الحادث الفجائي مع خطأ من المدعى عليه في إحداث الضرر كان المدعى عليه مسؤولا مسؤولية كاملة لأن خطأه هو الذي يعتبر السبب المباشر في وقوع الضرر.

3 - خطأ الغير

الغير هو كل شخص غير المتضرر وغير المدعى عليه ومن يتبعه أو يخضع لرقابته، فإذا أثبت المدعى عليه في دعوى المسؤولية أن الضرر كان بسبب خطأ شخص من الغير وحده و أنه كان يستحيل توقعه أو دفعه، انتفت المسؤولية عنه باعتبار أن الخطأ أجنبي عنه واعتبر الغير مسؤولا وحده. لكن إذا كان بجانب خطأ الغير خطأ المدعى عليه، فإن كلاهما إذا أدخل في الدعوى يعد مسؤولا عن تعويض الضرر.

وفعل الغير لا يعتبر سببا أجنبيا عن المدعى عليه إلا إذا كان ذلك الغير من غير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه فإذا كان تابعا له أو كان خاضعا لرقابته، فلا يكون للخطأ الصادر عنه اثر على مسؤولية المدعى عليه.

المطلب الرابع: آثار المسؤولية عن العمل الشخصي

إذا توافرت أركان (شروط) المسؤولية عن العمل الشخصي التي هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ترتب على ذلك نشوء إلتزام على عاتق المسؤول بتعويض المضرور عما اصابه من ضرر. فإذا لم يقدّم المسؤول بدفع التعويض رضاءً، فيمكن للمتضرر إجباره على ذلك عن طريق دعوى المسؤولية المدنية.

الفقرة الأولى : دعوى المسؤولية

سنتطرق في دعوى المسؤولية إلى أربعة مسائل:

أولاً : الإختصاص

من حيث الإختصاص النوعي تقام الدعوى أمام المحكمة الابتدائية، وفي حالة كان مبلغ التعويض أقل من 5000 درهم ترفع الدعوى أمام قضاء القرب ومن حيث الإختصاص المكاني، فلمضرور الخيار بين أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المسؤول، أو أن يرفعها أمام المحكمة التي وقع بدائرتها العمل المسبب للضرر.

ثانياً : الأطراف في الدعوى

إن المدعى عليه في دعوى المسؤولية التقصيرية هو الشخص المسؤول عن الضرر اللاحق بالمضرور، وإذا توفي هذا الشخص المسؤول فإن الإلتزام بالتعويض ينتقل إلى تركته حسب الفصل 105 ق ل ع.

أما المدعي في دعوى المسؤولية التقصيرية فهو الشخص الذي اصابه الضرر، وقد يحصل أن يكون الضرر اصاب عدة أشخاص فكل واحد من هؤلاء حق مستقل بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

و إذا كان المضرور فاقد الأهلية أو ناقصها فالدعوى تقام من قبل نائبه الشرعي أي من قبل الولي أو الوصي أو المقدم بحسب الأحوال.

وفي حالة وفاة المضرور ينتقل حقه بالتعويض إلى ورثته عندما يرفع المضرور الدعوى قبل وفاته.

ثالثاً : الإثبات

المسؤولية عن العمل الشخصي تتطلب أن يرتكب شخص خطأ وينشأ عن هذا الخطأ ضرر لشخص آخر وتقوم علاقة السببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور و الخطأ الذي ارتكبه المسؤول فعلى من يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية أن يثبت هذه الأمور جميعها وبالتالي أن يقيم الدليل على وجود الخطأ، ثم وجوب الضرر ثم علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، وبوسعه أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق الثبوتية ولا سيما الشهادة و القرائن.

رابعاً : تقادم دعوى المسؤولية

إن دعوى التعويض من جراء جرم أو شبه جرم تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ إلى علم المتضرر ومن المسؤول عنه ، و تتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

الفقرة الثانية: التعويض

إذا وقع عمل غير مشروع كان للمضرور حق في التعويض عم لحق به بهذا العمل من ضرر، وقد أيد المشرع حق المضرور في التعويض في الفصلين 77 و 78 ق ل ع ، وقرر في الفصول من 98 إلى 100 من ق ل ع ، بعض الأحكام الواجبة التطبيق في حقل التعويض وتتلخص هذه الأحكام بالقواعد التالية:

- 1 - القاعدة الأولى : يجب أن يكون التعويض عن الضرر تعويضا كاملا، بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المدعي و المصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك الكسب الذي فاتته (الفقرة الأولى من الفصل 98 ق ل ع).
- 2 - القاعدة الثانية: يجب على المحكمة عند تقديرها للأضرار أن تدخل في اعتبارها جسامه الخطأ الصادر من المسؤول، وتراعي ما إذا كان الضرر الذي اصاب المضرور قد نجم نتيجة خطأ عادي أم نتيجة تدليس من المسؤول (الفقرة الثانية من الفصل 98 ق ل ع).
- 3 - القاعدة الثالثة: إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين يعملون متوافقين كان كل منهم مسؤولا بالتضامن عن النتائج لا فرق بين من كان منهم محرض و شريكا أو فاعلا اصليا (الفصل 99 ق ل ع).
- 4 - القاعدة الرابعة: إذا تعدد المسؤولون عن الضرر و تعذر تحديد فاعله الأصلي من بينهم أو تعذر تحديد النسبة التي أسهموا بها في الضرر فإنه يحكم عليهم على وجه التضامن بالتعويض عن الضرر (الفصل 100 من ق ل ع).

الفقرة الثالثة: الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية

قد تبرم اتفاقات بغية تعديل الآثار المترتبة على المسؤولية التقصيرية فما هو حكم هذه الإتفاقات؟

يجب التمييز بين الإتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية وبين الإتفاقات التي تبرم مسبقا: بالنسبة للإتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية هي اتفاقات صحيحة وتنتج آثارها سواء كان من شأن هذه الإتفاقات الإعفاء أو التخفيف أو التشديد ، فهكذا يصح للمضرور أن يتنازل عن حقه في التعويض كما يصح أن يقبل بتعويض أقل، وكذلك يصح أن يلزم المسؤول نفسه بتعويض أبهظ إذ ليس في ذلك ما يخالف النظام العام.

أما بخصوص الإتفاقات التي تبرم قبل تحقق المسؤولية فهي ممنوعة قانونا ، وتعتبر عديمة الاثر سواء كانت هذه الإتفاقات تتعلق بالمسؤولية الناجمة عن الجرم ، أم بالمسؤولية الناجمة عن شبه الجرم وذلك ما ورد النص عليه في الفصلين 77 و 78 ق ل ع.

المبحث الثاني: المسؤولية عن فعل الغير

الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا على عمله الشخصي، لكن يمكن على وجه الإستثناء أن يرتب القانون على الشخص مسؤولية عمل قام به غيره، وفي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية إلا بالنسبة للأشخاص الذين عددهم القانون حصرا في الفصل 85 فقرة أولى ، وعليه سنتطرق لما يلي في موضوع المسؤولية عن فعل الغير.

- 1 - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ الواجب الإثبات (حالة مسؤولية رجال التعليم و موظفي الشبيبة و الرياضة عن الأطفال و التلاميذ).
- 2 - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض خطأ القابل لإثبات عكس إذ سنتناول حالة مسؤولية الآباء و الأمهات عن أبنائهم القاصرين ، ومسؤولية أرباب الحرف الصنائع عن تلامذتهم، ومسؤولية متولي الرقابة على المجانين و المختلين عقليا.
- 3- المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس (حالة مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه).

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ الواجب الإثبات (مسؤولية رجال التعليم و موظفي الشبيبة و الرياضة عن الأطفال و التلاميذ).

تدخل مسؤولية المعلمين و الأساتذة عن الأطفال و الشبان الذين هم في عهدتهم ضمن حالات المسؤولية عن فعل الغير، وبالرغم من أن هذه المسؤولية تقترب من حيث شكلها العام بالمسؤوليات الموضوعية، إلا أنه يسري عليها ما يسري على المسؤولية الشخصية من أحكام خصوصا ما يتعلق بالإثبات إذ أن المشرع أسس هذه المسؤولية على خطأ واجب الإثبات من طرف المدعي وفق أحكام الفصل 85 مكرر من ق ل ع.

فما هو نطاق تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر ق ل ع؟ وماهي الأحكام الخاصة بمسؤولية رجال التعليم و موظفي الشبيبة و الرياضة عن الأطفال و التلاميذ بالمغرب؟

الفقرة الأولى :شروط تطبيق مقتضيات الفصل 85 مكرر من ق ل ع.

من خلال قراءة الفصل 85 مكرر ق ل ع المتعلق بمسؤولية رجال التعليم، يتضح لنا أن تطبيق مقتضيات هذه المسؤولية يستلزم توافر شرطين

1 - أن يوجد طفل أو شاب تحت إشراف معلم أو موظف تابع للشبيبة و الرياضة

مفاد هذا الشرط أن مسؤولية المعلمين و موظفي الشبيبة و الرياضة عن الأضرار التي يتسبب فيها الأطفال و الشبان الذين هم في عهدتهم، تقتصر على الفترات التي يكون فيها هؤلاء الأطفال و الشبان تحت إشرافهم، ويتعلق الأمر بأوقات الدراسة و ممارسة التداريب الرياضية بما في ذلك فترة الاستراحة ، و أثناء القيام بالرحلات الجماعية للتلاميذ خارج المؤسسة ، أما مصطلح معلمين فيشمل شريحة المعلمين العاملين في إطار الوظيفة العمومية، أو التعليم الخصوصي، وليس هناك ما يمنع من تطبيق قواعد المسؤولية على أساتذة التعليم الثانوي لاتحاد العلة، وهي إمكانية التحكم في سلوك التلاميذ لوجود نوع من الانضباط في متابعتهم للحصص الدراسية، أما بالنسبة لأساتذة التعليم الجامعي فإنهم لا يخضعون لمقتضيات الفصل 85 مكرر، وذلك لانعدام عنصر الرقابة على طلبتهم.

2 – أن يتسبب الطفل أو التلميذ أثناء فترة الدراسة أو تلقي التمارين الرياضية إلحاق ضرر بالغير

إن هذا النوع مكن المسؤولية لا يتحقق إلا إذا تسبب الطفل أو التلميذ في حصول ضرر للغير، وهنا يتعين أخذ مصطلح الغير بمفهومه الواسع فهو لا يقتصر على الأشخاص الأجانب الذين لا علاقة لهم بالمؤسسة التعليمية أو الرياضية، وإنما يشمل باقي الأشخاص الآخرين الذين يوجدون في نفس المؤسسة التي يوجد لها الطفل الذي تسبب في وقوع الفعل الضار بما في ذلك الأطفال الذين يشاركونه في تلقي الدروس و التمارين الرياضية.

الفقرة الثانية: الأحكام الخاصة بمسؤولية رجل التعليم

يمكن القول أن مسؤولية رجل التعليم عن الأخطاء التي يتسبب فيها الأطفال الذين هم في عهده تجد أساسها في الفصل 85 مكرر ق ل ع، يستخلص منه ما يلي:

1 – أسس المشرع المغربي مسؤولية رجل التعليم و مدربي الرياضة على خطأ واجب الإثبات، ومعنى هذا أن الطرف المضرور عليه أن يقيم الدليل على نص الحراسة أو انعدام الرقابة في جانب المعلم أو الاستاذ الذي يتولى تربية و تهذيب الطفل الذي تسبب في وقوع الفعل الضار.

2 – عندما يتعلق الأمر بمسؤولية رجل التعليم في القطاع العمومي فإن الدولة تحل محله في الأداء، فالمضرور له الحق في رفع دعواه مباشرة ضد الدولة وذلك خلال فترة السنوات الثلاث المالية لارتكاب الفعل الضار، وتعد مهلة ثلاث سنوات السابقة مدة تقادم الدعوى وليس سقوط الحق في المطالبة بالتعويض.

3 – يترتب على حلول الدولة محل رجل التعليم المنتمي للقطاع العام في الأداء، إمكانية ممارسة الدولة لحق الرجوع على هذا الموظف المسؤول عن وقوع الفعل الضار، ونظرا لارتباط رجل التعليم بالدولة بمقتضى علاقة التوظيف العمومي، فإن دعوى رجوع الدولة على الشخص المسؤول يتعين رفعها وفق قوعد المسؤولية الإدارية.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على افتراض الخطأ القابل

لإثبات العكس

يندرج ضمن هذا الصنف من المسؤولية عن فعل الغير في إطار التشريع المغربي كل من مسؤولية الآباء و الأمهات عن المضار التي يتسبب فيها ابناؤهم القاصرون (الفقرة الأولى)، وكذلك مسؤولية ارباب الحرف و الصنائع عن أخطاء متعلميهم (الفقرة الثانية)، بالإضافة إلى مسؤولية من يتولى رقابة المجانين و المختلين عقليا (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مسؤولية الآباء و الأمهات عن أبنائهم القاصرين

تعد مسؤولية الآباء و الأمهات عن أبنائهم القاصرين من أهم مظاهر المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وقد أشار إليها المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 85 ق ل ع.

1 – تعيين المسؤولين عن رقابة القصر

ورد في الفصل 85 ق ل ع أن الأب فالأم بعد موته يسألان عن الضرر الذي يحدثه ابناؤهما القصر المقيمين معهما، أما الوصي و غيره من الاصول و الأقارب كالأعمام و الأخوات و العمات والخالات فلا يسألون عن الضرر الذي يحدثه القاصر ولو كان مقيما معهم على أن الوصي أو القريب غير الأب

أو الأم الذي يقيم معه القاصر لئن كان لا يسأل على أساس الفصل 85 ق ل ع فإنه يمكن مسائلته على أساس المسؤولية الشخصية إذا كان الفعل الضار الذي صدر عن القاصر يعزى لخطأ ارتكبه الوصي أو القريب الذي يقيم معه القاصر إنما لا بد في هذه الحالة إثبات الخطأ في جانب المسؤول وفقاً لمبادئ المسؤولية التقصيرية.

2- ارتباط مسؤولية الآباء والأمهات بولايتهم على أبنائهم

لإن كان الآباء والأمهات يسألون عن الأعمال الضارة التي يرتكبها أولادهم القصر المقيمين معه فذلك للولاية التي يتمتع بها الآباء والأمهات على أبنائهم وما تستتبعه هذه الولاية من إلزام بالقيام برقابة و تربية من هم في كفهم من القصر، وارتباط مسؤولية الآباء والأمهات بالولاية يقودنا إلى ما يلي:

أ - رتب المسؤولية مبدئياً على الأب، لأنه هو صاحب الولاية في الاصل، أما الأم فلا تتحمل المسؤولية إلا بعد موت الأب، أو إذا حصل طلاق أو تطليق و تقرر أن يكون الولد القاصر في حضانة أمه.

ب - تزول مسؤولية الأب و الأم ببلوغ إبنهما سن الرشد، فإذا ارتكب عملاً غير مشروع يتحمل هو مسؤولية هذا العمل لا يمكن مسائلة الاب و الأم إلا إذا أثبت المضرور ارتكابهما خطأ معين يبرر هذه المسؤولية.

ج - لا تترتب مسؤولية الأب و الأم عن إبنهما القاصر إلا إذا كان يعيش في كفهم و يوجد تحت رقابتهما، وهذا ما أورده المشرع عندما حصر في الفصل 85 ق ل ع مسؤولية الوالدين في الضرر الذي يحدثه القاصر المقيم معهما فليس المقصود هنا بالإقامة مع الوالدين السكنى معهم، فالأب و الأم يسألان عن الضرر الذي يحدثه إبنهما حتى لو طرده من المسكن أو غادر المنزل، بل القصد هو أن يكون في كفهم أو تحت رقابتهما، لا تحت رقابة شخص آخر كمعلم المدرسة أو رب الحرفة ، فالقاصر إذا ذهب إلى المدرسة انتقلت رقبته إلى معلمه، هذه الرقابة محصورة بالوقت الذي يكون فيه القاصرون في المدرسة.

وانطلاقاً مما سبق فإنه لقيام هذا النوع من المسؤولية يجب توافر شروط ثلاث:

- أن يكون الولد قاصراً.
- أن يكون الولد ساكناً مع أبويه.
- أن يرتكب الولد فعلاً ضاراً بالغير

3- دفع المسؤولية

إن مسؤولية الأب أو الأم تقوم على خطأ مفترض بمقتضى قرينة قانونية، وهذه القرينة تقبل النقص بالبينة المعاكسة، وفي هذا ينص المشرع في الفصل 85 ق ل ع:

"وتقوم المسؤولية إلا إذا اثبت الأب أو الأم أنهما لم يتمكن من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها".

فالأب و الأم يستطيعان نفي الخطأ عن نفسيهما إذا ثبت أنهم اتخذوا الإحتياطات اللازمة للحيلولة دون وقوع العمل الذي أضر بالغير، وكذلك يستطيعان دفع مسؤوليتهما بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبهما و العمل الضار الذي ارتكبه القاصر نتيجة سبب أجنبي رغم كل الإحتياطات،

كما لو أصيب الولد بعارض جنون مفاجئ فقدف أحد المارة بحجر وجرحه لترتب على ذلك انتفاء علاقة السببية.

4 - آثار المسؤولية

إذا اثبت المضرور توافر شروط المسؤولية الثلاث السابقة حق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق به من الاب أو الأم مباشرة، وذلك من دون إثبات أنهما ارتكبا خطأ في المراقبة أو التربية لأن هذا الخطأ مفترض في حقهما مبدئياً.

الفقرة الثانية: مسؤولية أرباب الحرف و الصنائع عن تلامذتهم (متعلميهم).

كما هو الأمر بالنسبة لمسؤولية الأبوان عن ابنائهم القاصرين فإن المشرع أسس مسؤولية أرباب الحرف و الصنائع على الأضرار التي يتسبب فيها متعلمي الحرفة أو الصنعة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، ينص الفصل 85 ق ل ع في الفقرة الرابعة منه: "أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من المتعلمين عندهم خلال الوقت الذي يكونوا فيه تحت رقابتهم".

1 - أساس المسؤولية

سار القه على اعتبار مسؤولية ارباب الحرف قائمة على خطأ مفترض في جانب رب الحرفة قوامها أنه لم يقيم بمراقبة المتعلم المراقبة الواجبة و لم يوجهه التوجيه السليم، و بذلك يكون قد هيا له سبيل العمل غير المشروع، و من ثم فإنه بارتكاب المتعلم للعمل الضار بغيره يكون قرينة على أن ريب الحرفة لم يقيم بالمراقبة اللازمة، إلا أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

2 - الاشخاص المسؤولون

رب الحرفة هو الشخص الذي يزاوّل مهنة أو حرفة ويستخدم لمساعدته أطفالاً (متعلمين)، يعلمهم أصول الحرفة أو المهنة كالنجارة أو الحدادة ، ويختلف رب الحرفة و المتعلم عن المعلم و التلميذ، و عن المؤجر و الأجير في أن المعلم يمارس مهنة التعليم بصفة أصلية ،و المؤجر لا يمارس التعليم بينما رب الحرفة يمارس التعليم بصفة ثانوية.

وتميز ارباب الحرف و المتعلمين عن غيرهم له من أهمية كبرى نظراً إلى ان كلا منهم يخضع لقواعد مسؤولية مختلفة عن تلك التي يخضع لها الآخر.

و بذلك فإن على القاضي أن يتأكد من توافر المقومات الأساسية التي تطبع صفة رب الحرفة، و تلك التي تطبع صفة المتعلم، وهو في ذلك يمكنه الإستناد إلى عقد التكوين المهني، كما يمكنه الإستناد إلى كل وسيلة من شأنها أن تحدد هذه الصفات الخاصة و أن جود العقد غير ملزم.

3 - شروط المسؤولية

أ - الشرط الأول : أن يكون المتعلم تحت رقابة رب الحرفة

يجب أن يكون المتعلم تحت رقابة رب الحرفة في الوقت الذي يحدث فيه الضرر، أما ما يعق من المتعلم في غير هذا الوقت فلا يكون رب الحرفة مسؤولاً عنه لأن المسؤولية مرتبطة بالمراقبة. ويكون المتعلم تحت رقابة رب الحرفة أثناء ساعات العمل، كما تستمر هذه الرقابة خارج تلك الساعات إذا مات مقيماً عنده ويستغرق وقته كله.

أما إذا لم يكن مقيماً عنده فإنها تنقطع بانتهاء ساعات العمل حيث تنتقل المسؤولية إلى أبيه فأمه.

ب - الشرط الثاني: أن يرتكب المتعلم فعلاً ضاراً

لقيام مسؤولية رب الحرفة يجب أن يرتكب المتعلم خطأ يضر بالغير، لكن رب الحرفة يتحمل لا يتحمل المسؤولية إلا إذا ارتكب تلك الأفعال المتعلم غير المميز، هذه الأفعال هي تلك التي تخالف التزامات فرضها المشرع على الكافة بغض النظر على سنهم، و التي يجب على رب الحرفة أن يحول دون وقوعها.

على أنه إذا كان الفعل الضار المنسوب إلى المتعلم ناشئ عن سبب أجنبي فإن ذلك يبرر خطأ المتعلم وينفي مسؤولية رب الحرفة، أما إذا كان الخطأ مشتركاً وزعت المسؤولية.

4 - آثار المسؤولية

إن آثار مسؤولية رب الحرفة عن عمل متعلميه هي نفسها آثار مسؤولية الأب و الأم عن عمل الولد القاصر فيحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عن اضرار اللاحق به من رب الحرفة مباشرة دون حاجة لإثبات خطأ في جانبه، و ليتخلص رب الحرفة من المسؤولية عليه أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ بإثبات أنه قام فعلاً برقابة كافية على متعلميه، ولا يكون عليه أن يثبت أنه قام بواجب التربية لأن هذا ليس من مسؤوليته.

الفقرة الثالثة : مسؤولية متولي الرقابة على المجانين و المختلين عقلياً

تنص الفقرة السادسة من الفصل 85 ق ل ع على هذا النوع من المسؤولية و التي تقوم على اساس خطأ مفترض قوامه التقصير في الرقابة، وليبيان هذا النوع من المسؤولية نحدد أولاً الاشخاص المسؤولين ثم نعرض لشروط تحققها و لآثارها.

1 - الأشخاص المسؤولون

حسب الفقرة السادسة من الفصل 85 ق ل ع فإن المسؤولية تقع على صنفين من الأشخاص:

- أشخاص عينهم القانون وهو الأب و الأم وغيرهم من الأزواج و الأقارب ويشمل هؤلاء الأصول و الفروع و الإخوة و كل من له علاقة نسب بالمريض.
- أشخاص معينون باتفاق وهو كل شخص أجنبي غير من ذكر، إذا تحمل مراقبة و رعاية المريض عن طريق عقد، و الشخص الأجنبي هذا قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً كمصلحة أو مؤسسة خصوصية، ولا يكون شخصاً معنوياً عاماً لأن هذا الأخير يخضع لقواعد مختلفة.

2 - شروط المسؤولية

الشرط الأول: أن يكون الشخص الذي فرضت عليه الرقابة مجنوناً أو مختلاً عقلياً، أي أن يكون شخصاً فاقداً القدرة العقلية كلياً أو جزئياً مما يجعله في حاجة إلى رقابة لمنعه من الإضرار بالغير.

الشرط الثاني: أن يرتكب المريض خطأ يتسبب في ضرر للغير، ويستوي هنا أن يكون المريض وقت ارتكابه للخطأ في حالة جنون أو فقدان التمييز .

الشرط الثالث : أن يكون المريض تحت رقابة شخص: يعني ذلك أن يكون المجنون أو المختل العقلي وقت ارتكابه للخطأ في كنف أحد أقاربه، أو تحت مسؤولية شخص مكلف برقابته و رعايته،

ويعتبر المريض تحت رقابة أحد أقربائه إذا كان مقيما معهم، فإذا كان يسكن مع عدد من أفراد أسرته فإن المسؤولية لا تقوم في حقهم جميعا وإنما يسأل الأب و الأم عن عدمه، ثم الزوج وهكذا بحسب درجة القرابة.

فإذا عهد بالرقابة لأجنبي عن طريق عقد زالت الرقابة عن أفراد الاسرة المذكورين على شرط أن يكون العقد الذي يتعهد بمقتضاه برعاية المريض عوضيا.

3 - آثار المسؤولية

إذا تحققت الشروط المذكورة حق للمتضرر من فعل صادر عن المجنون أو مختل العقل أن يطلب التعويض من الشخص المسؤول عن رقابة المجنون دون حاجة إلى إثبات خطأ المسؤول، ولا يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه لم يرتكب خطأ، و أنه كان يجهل خطورة المرض، و أن الضرر يرجع لسبب أجنبي.

المطلب الثالث : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير القائمة على الخطأ

المفترض غير القابل لإثبات العكس (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)

تعد مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه الجرمية من أهم مظاهر المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، وقد عرض لها المشرع المغربي كغيره من التشريعات الأخرى وخصها بأحكام مستقلة تعتبر في مجملها في صالح الضحية فهي مبنية على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس. وهكذا لم يترك للشخص المتبوع اية فرصة للتخلص من هذه المسؤولية في الفقرة الثالثة من الفصل 85 ق ل ع الذي جاء فيها:

" المخدمون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأمورهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها".

ولفهم مضمون هذه المسؤولية فإننا سنتناول أساسها، ثم الشروط اللازمة لتحقيقها ثم أخيرا سنبين أهم الآثار المترتبة عنها.

الفقرة الأولى: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن فعل التابع

لقد تعددت النظريات الفقهية التي قيل بها بخصوص تأصيل مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، فمن قال بأن أساس مسألة المتبوع إنما يكمن في افتراض الخطأ، في الوقت الذي يرى اتجاه آخر على أن هذه المسؤولية مبنية على نظرية تحمل تبعة المخاطر، و هناك من أسس هذه المسؤولية على بعض النظريات الشائعة في ميدان القانون المدني كنظرية الضمان نظرية النياية و التمثيل القانوني ، وسنتولى عرض هذه النظريات بشيء من التفصيل.

1 - نظرية الخطأ المفترض

قد قال بهذه النظرية مجموعة من الفقهاء التقليديين في فرنسا إذ يرون أن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه مؤسسة على خطأ مفترض في جانب الطرف المستفيد من هذه العلاقة ألا وهو المتبوع.

و يتمثل الخطأ المنسوب إليه في كونه لم يحسن اختيار تابعه الأمر الذي حال بينه وبين إحكام الرقابة على تصرفات هذا التابع، و باعتبار أن الخطأ المنسوب للمخدوم لم يصدر عنه مباشرة ، لذلك

فإن مسؤوليته عن أخطاء خدمه تكون غير مباشرة ايضاً، أما المسؤول المباشر عن الخطأ هو فهو التابع، لذلك فإن الوضع العادي للأمور كان يفرض مسائلة التابع بدلا من المتبوع إلا أنه نظرا للمشاكل التي قد تواجه الضحية بسبب صعوبة إثبات خطأ التابع أو كون هذا الأخير معسرا لا مال له فإنه غالبا ما يفضل الرجوع على المتبوع حتى يتجنب العقوبات السابقة، غير أنها تعرضت لانتقادات شديدة، ولعل الانتقاد الجوهري الذي يجعلنا نستبعد فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المتبوع في إطار التشريع المغربي سواء كان الخطأ عاديا أو مفترضا هو أن المتبوع بإمكانه دحض المسؤولية بإثبات أنه قام بواجب الرقابة و التوجيه اللازمين لتجنب الفعل الضار، الامر الذي يتنافى مع قصد المشرع المغربي عندما جعل قرينة المسائلة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل 85 ق ل ع قرينة غير قابلة لإثبات العكس.

2- نظرية تحمل المخاطر

وفقا لهذه النظرية فإن المتبوع باعتباره المستفيد من خدمات تابعيه وخدمه فإنه يتوجب عليه بالمقابل تحمل تبعه المخاطر المحدثه من قلا هؤلاء الأتباع، إذا كان لها ارتباط بالمهام الوظيفية المسندة إليهم، غير أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح على اعتبار أنها نشأت في ميدان حوادث الشغل وهو يختلف اختلافا كثيرا عن الأضرار الناشئة عن الحوادث المدنية الأخرى.

3- نظرية الضمان

مفاد هذه النظرية أن المتبوع يعد بمثابة ضامن لنتائج الأضرار التي يتسبب فيها أتباعه خصوصا في حالة إعسار هؤلاء الأتباع أو امتناعهم عن أداء ما بذمتهم ، فالضمان يحمل في طياته معنى الكفالة أي المتبوع يعد كفيل لنشاط التابع و يحل محله في الأداء.

4 - نظرية النيابة أو التمثيل القانوني

وفقا لهذه النظرية فإن التابع ما هو في الواقع إلا نائب قانوني عن المتبوع يعمل لحسابه و يتأمر بأوامره، ويترتب على هذه العلاقة أن خطأ للمتبوع نفسه إعمالا لمبدأ كان معروفا لدى الكنسيين من أن خطأ الخادم ما هو إلا انعكاس لخطأ السيد.

الفقرة الثانية: الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتبوع

لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع فإنه يتعين أن يكون المتبوع مرتبطا بخدمه و تابعيه بمقتضى علاقة التبعية ، و أن يتسبب التابع في ارتكاب الخطأ في حالة أداء وظيفته، و أن يتولد عن هذا الفعل حصول ضرر للغير ، و سنكتفي بالشرطين الأولين، أما الشرط الثالث فسنحيل إلى ما تطرقنا له عند حديثنا عن الضرر في المسؤولية عن العمل الشخصي.

1 - الشرط الأول: قيام علاقة التبعية

لا بد لترتب المسؤولية هنا من وجود علاقة التبعية بين شخصين بحيث يكون إحداها خاضع للآخر، و يتحقق ذلك إذا كان للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة و التوجيه، وقد يكون شخص

تابع شخص و يوضع بإرادة المتبوع تحت تصرف شخص آخر، عندئذ يوجد متبوعان، متبوع أصلي و متبوع فرعي" فإن المتبوع تقع عليه مسؤولية أعمال ذلك التابع، و القاعدة أن المسؤولية بحق الرقابة و لتوجيه بحيث يكون هذا الحق تكون المسؤولية و عليه يبقى المتبوع الأصلي مسؤولا عن الخطأ الذي يصدر من التابع اثناء قيامه بالعل لدى المتبوع العرضي.

و يصبح المتبوع العرضي مسؤولا عن خطأ التابع إذا تبين أن المتبوع الأصلي قد تنازل عن سلطته في الرقابة و التوجيه لمصلحة المتبوع العرضي.

2- الشرط الثاني: صدور خطأ من التابع يضر بالغير في حالة أداء وظيفته

لا يسأل المتبوع إلا إذا كان التابع مسؤولا بأن أخطأ خطأ سبب ضررا للغير، أما إذا كان التابع غير مسؤول فلا مسؤولية كذلك على المتبوع، كما لو كان التابع في حالة دفاع شرعي.

وخطأ التابع الذي يسأل المتبوع عنه هو الخطأ الذي يرتكبه اثناء تأدية العمل الذي عهد إليه المتبوع به، أو بسبب هذا العمل.

أ - الخطأ أثناء تأدية الوظيفة

يقصد بالخطأ أثناء تأدية الوظيفة ما يرتكبه التابع من خطأ وهو يؤدي عملا من أعمال وظيفته مثل خطأ السائق وهو يقود السيارة أثناء تأدية عمله فيدهس شخصا في الطريق، وخطأ الممرض الذي يعطي المريض سما بدل الدواء، فهنا تقع مسؤولية المتبوع لأن الخطأ وقع أثناء تأدية التابع لوظيفته.

ب - الخطأ بسبب الوظيفة

يكون خطأ التابع بسبب أداء وظيفته، إذا كان خطأ التابع لم يكن ممكنا لولا وظيفته، فساعي البريد الذي يسرق إحدى الرسائل ما كان عليه أن يفعل ذلك لولا أنها سلمت إليه لتوزيعها، فالخطأ هنا يقع أثناء تأدية الوظيفة.

الفقرة الثالثة: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

عندما تتحقق عناصر المسؤولية المدنية للمتبوع عن أخطاء تابعيه بالشكل الذي أشرنا إليه سابقا فإن الضحية يتوفر له أكثر من طريق للمطالبة بحقوقه المدنية، فله الحق في مقاضاة المتبوع وحده ، كما له الحق في الرجوع على التابع ، أيضا باعتباره طرفا في النزاع، ليس هناك ما يمنع المضرورة من مطالبة التابع و المتبوع في دعوى واحدة لوجود التضامن بينهما.

1 - رجوع الضحية على المتبوع

بالرغم من أن المتبوع في الواقع ما هو إلا ضامن احتياطي لتبعات الأفعال التي يتسبب فيها أتباعه الذين يعملون لحسابه، إلا أن الضحية غالبا ما يفضل الرجوع على المتبوع ليسره أولا و لأن المشرع قد جعله مسؤولا بقوة القانون ثانيا ، يحث لا يحق له دفع هذه المسؤولية الملقاة على عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة و الحادث الفجائي.

2-رجوع الضحية على التابع

ليس هناك ما يمنع المضرور من الرجوع مباشرة على التابع ، إلا ان المضرور سيواجه مجموعة من الصعوبات ابرزها أن الضحية يتوجب عليه إثبات خطأ التابع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي المنصوص عليها في الفصلين 77 و78 ق ل ع. وحتى على افتراض كسب المضرور لهذه الدعوى فإن إعسار التابع قد يحول دون تحقيق الغاية المقصود من هذه الدعوى وهو الحصول على التعويض، لذلك فإن الحل الأمثل للضحية هو رفع دعواه على كل من التابع و المتبوع لوجود التضامن بينهما، إلا أن ذلك لا يعني استحقاق المضرور لتعويضين عن الضرر الواحد لأن في ذلك نوع من الإثراء بلا سبب.

3-رجوع المتبوع على التابع

لما كان المتبوع مجرد ضامن لنتائج الفعل الضار المرتكب من التابع، فإنه ليس هناك ما يمنع المخدم في الرجوع على خادمه في حدود التعويض الذي دفعه للمضرور، لكن عمليا فإن هذا الحق يتجدد في حال تعسف التابع في استعمال الوظيفة المسندة إليه، أما إذا كان خطأ التابع مألوفا و يدخل في طبيعة المهنة التي يمارسها المتبوع لا يحق له الرجوع على التابع ، وهذا الحكم ينطبق أيضا في حالة أن الضرر كان بأمر من المتبوع.

المبحث الثالث : المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الحية والجامدة

خص المشرع المغربي المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الحية و الجامدة الفصول من 86 إلى 90 من ق ل ع ، حيث تعرض لمسؤولية حارس الحيوان و لمسؤولية حارس الأشياء ثم لمسؤولية مالك البناء : عن الضرر الذي يمكن أن يلحقه الحيوان أو الشيء أو البناء بالغير.

و هكذا سنتناول على التوالي:

مسؤولية حارس الحيوان.

مسؤولية حارس الأشياء

مسؤولية مالك البناء

المطلب الأول : مسؤولية حارس الحيوان

نظم المشرع المغربي مسؤولية حارس الحيوان عن الأضرار التي يسببها للغير في الفصلين 86 و 87 ق ل ع ، و بنى مسؤولية حارس الحيوان هو خطأ مفترض وهو الإخلال بواجب الرقابة و عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع الحيوان من الإضرار بالغير، و الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ يقبل إثبات العكس، و على ذلك فيمكن للحارس أن يتحلل من المسؤولية بإثبات أنه لم يخطئ و أنه اتخذ جميع الإحتياطات الضرورية لمنع وقوع الضرر، و أن الضرر ناتج عن قوة القاهرة أو خطأ المتضرر، الفصل 86 ق ل ع .

الفقرة الأولى: أساس مسؤولية حارس الحيوان

1 – مسؤولية حارس الحيوان تقوم على فكرة الخطأ المفترض

اختلفت الآراء في تحديد اساس مسؤولية حارس الحيوان فمعظمهم قال أن أساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة فصاحب الحيوان هو الذي يستفيد منه، فعليه إذن تقع تبعة ما يلحق من ضرر للغير، وقال آخرون أن مسؤولية حارس الحيوان تقع على خطأ مفترض في جانب الحارس وهو خطأ في الرقابة و التوجيه وهذا معمول به في الفقه السائد في الإجتihad.

2 – دفع مسؤولية حارس الحيوان

فضل المشرع المغربي أن لا يتشدد في مسؤولية حارس الحيوان و اعتبر قرينة الخطأ الذي بنيت عليها هذه المسؤولية قرينة قابلة للبيئة المعاكسة ذلك أن الفصل 86 ق ل ع ، لم يقتصر على السماح لحارس الحيوان بأن يدفع المسؤولية إذا هو أثبت أن الحادث الذي سبب الضرر نتج عن ظرف طارئ أو قوة القاهرة أو من خطأ المضرور، بل أجاز له ان يتحلل من كل مسؤولية إذا هو اقام الدليل على أنه اتخذ الإحتياطات اللازمة لمنع الحيوان من إحداث الضرر ومراقبته، و تجدر الإشارة إلى أن خطأ الغير يدخل في مفهوم القوة القاهرة و يصح أساس لدفع مسؤولية حارس الحيوان.

الفقرة الثانية: شروط مسؤولية حارس الحيوان

1 – الشرط الأول : يجب أن يتولى شخص حراسة الحيوان

يقتضي الإلمام بهذا الشرط تحديد معنى كل من الحراسة و الحيوان.

أ - الحراسة: القصد هنا السلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه ، فحارس الحيوان الذي يتحمل المسؤولية هو من يباشر بنفسه أو بواسطة تابعه سلطة فعلية في رقابة الحيوان و توجيهه، و في ضوء هذا المعيار يمكننا تقرير القواعد التالية.

- ليس الحارس ن يحوز الحيوان حيازة مادية ، لأن الحيازة شيء و الحراسة شيء آخر، فالتابع كالسائس أو السائق له الحيازة المادية و لكنه لا يعتبر حارسا لأنه لا يملك السلطة الفعلية في رقابة الحيوان و توجيهه، ثم إن الفصل 86 ق ل ع ،ترتب المسؤولية على الحارس حتى في الحالة التي يكون فيها الحيوان قد ظل أو تشرد أي حت في الحالة التي يكون فيها الحارس فقد الحيازة المادية للحيوان.

- ليس الحارس من يتمتع بحيازة الحيوان حيازة قانونية فلو أن الحيوان سرق من مالكه فإن الحراسة تنتقل إلى السارق بانتقال السلطة الفعلية إليه، ويصبح هو المسؤول عن الأضرار التي يحدثها للغير.

- الأصل أن مالك الحيوان هو الحارس لأنه هو صاحب السيطرة الفعلية على الحيوان ، وعليه إذا رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه سوى أن يثبت أن المالك هو الحارس إذ يقوم هذا الافتراض لصالحه، بل يترتب على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر و يستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق.

ب - الحيوان: لم يحدد الفصل 86 ق ل ع الحيوانات التي يسأل حارسها عن الضرر الناشئ من فعلها لذلك يجب أن يصدق هذا الفصل على أي نوع من الحيوان، لا فرق في ذلك بين الحيوان المستأنس الحيوان المتوحش،إنما يشترط أن يكون الحيوان مملوكا لأحد من الناس ، أو على الأصح أن يتولى شخص حراسته، أما الحيوانات التي توجد طليقة في عقار سواء كانت متوحشة أو غير متوحشة فلا يسأل مبدائي مالك العقار أو مستأجره أو حائزه عن الضرر الذي تحدثه هذه الحيوانات إذا لم يكن قد فعل شيئا لجلبها أو الإحتفاظ بها في هذا العقار " الفصل 87 فقرة أولى ق ل ع " .

غير أن الفصل 87 فقرة ثانية ق ل ع أوجب المسؤولية في حاتين:

- إذا وجدت في العقار حضيرة أو غابة أو حديقة أو خلايا مخصصة لتربية أو لرعاية بعض الحيوانات إما لغرض التجارة أو الإستعمال المنزلي.
- إذا كان العقار مخصص للصيد.

2 - الشرط الثاني: يجب أن يحدث الحيوان بفعله ضررا للغير

أ - فعل الحيوان: يجب حتى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان قد أتى فعلا إيجابيا سبب إحداث الضرر، أما إذا كان دور الحيوان سلبيا كأن ارتطم أحد بحيوان واقف ويصاب بضرر فإن حارس الحيوان لا تجوز مسألته لأن الضرر في مثل هذه الحالة لا يعتبر من فعل الحيوان و اشتراط فعل إيجابي من الحيوان لا يعني أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا ماديا بالمضرور بل يكفي أن يكون السبب الإيجابي هو إحداث الضرر فل أن حيوان مفترس أفلت زمامه من يد حارسه و خرج إلى الطريق العام فذعر شخص من المارة فسقط وجرح من غير ان يلمسه الحيوان ،فإن المضرور يعتبر حارس الحيوان مسؤولا عن الضرر الذي لحق به لأن هذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان.

ب - ضرر الغير: يسأل الحارس عن أي ضرر يصيب الغير بفعل الحيوان الذي يكون تحت حراسته كأن يدهس حيوان شخصا فيصيبه بجروح أو ينتقل إليه مرض معد من حيوان إلى آخر يملكه الغير، و يقصد بالغير كل شخص أجنبي ما عدا الحارس.

الفقرة الثانية: آثار مسؤولية حارس الحيوان

إذا توافر الشرطان السابقان حق للمتضرر المطالبة بالتعويض من المسؤول المفترض أن الخطأ صدر عنه أي الحارس، ولا يتحمل الحارس من مسؤوليته إلا في حالتين:

- إذا أثبت أنه لم يخطئ ببرهنه على أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لحراسة الحيوان و منعه من الإضرار بالغير.
- إذا اثبت أن الضرر الذي لحق المتضرر يرجع لقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المتضرر.

فإذا صاحب خطأ المتضرر خطأ للحارس ، وزعت المسؤولية بينهما كما في الحالة التي يهمل فيها الحارس ربط الكلب فيلحق بمستفزه و يعضه.

المطلب الثاني: مسؤولية حارس الشيء

خص المشرع لمسؤولية حارس الشيء الفصل 88 من ق ل ع ، و قد أراد بهذا النص الأخذ بيد المضرور بغية تخفيف عبء الإثبات عنه، عندما يطالب بالتعويض عن الأضرار التي تسببها له الآلات الميكانيكية و الأدوات الخطيرة التي خلفها التطور الصناعي، فهذا النص يعفي المضرور من إثبات خطأ حارس الشيء الذي أحدث الضرر باعتبار أن مسؤولية الحارس تقوم على خطأ مفترض من جانبه في رقابة الشيء الأمر الذي يبرز خاصة في حوادث السير حيث كان يصعب على المضرور إثبات خطأ السائق و بالتالي ضياع حقوقه و قرينته الخطأ المفترض التي بنيت عليها مسؤولية حارس الشيء، قرينة تقبل البيئة المعاكسة، و عليه قسمنا موضوعنا الى ثلاث فقرات.

الفقرة الأولى: أساس مسؤولية حارس الشيء

1 - مسؤولية حارس الشيء قوامها الخطأ المفترض

اختلفت الآراء في تحديد أساس مسؤولية حارس الاشياء فالبعض قال أن اساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة، فمن يستفيد من الشيء عليه تحمل تبعة الضرر الذي يحدثه للغير بسبب هذا الشيء، والبعض الآخر أفتى مسؤولية حارس الشيء قوامها الخطأ المفترض في جانب الحارس وهو خطأ في الرقابة و عدم بذل العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء وهذا هو الرأي الذي تبناه القضاء في المغرب.

2- دفع مسؤولية حارس الشيء

اعتبرت قرينة الخطأ الذي بنيت عليها هذه المسؤولية قرينة قابلة للبيئة المعاكسة، أما بالنسبة لمسؤولية حارس الشيء ، فقد قرر اعتبار القرينة التي بنيت عليها قاطعة ولا يجوز معها للمسؤول دفع المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر و أن هذا الأخير يرجع إما لظرف طارئ أو قوة قاهرة أو لخطأ المضرور، ولما كان خطأ الغير يدخل في مفهوم الظرف الطارئ و القوة القاهرة فإنه يصح أخذه بعين الاعتبار في معرض دفع مسؤولية حارس الشيء ، ثم إن خطأ

المضرور لا يمكن الإعتداد به في معرض دفع المسؤولية عن حارس الشيء إلا إذا كان المضرور ممن يتحمل بالمسؤولية التقصيرية لتمتعته بالإدراك و التمييز، أما إذا كان المضرور عديم التمييز بجنون أو صغر السن ، فلا يستطيع حارس الشيء التمسك بخطأ المضرور لتجنب المسؤولية بل لابد له من إقامة الدليل على أن الضرر يرجع لظرف طارئ أو قوة قاهرة ، و تجدر الإشارة إلى أن البيئة التي يدلي بها حارس الشيء لدفع المسؤولية عنه يعود تقديرها لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في تكوين قناعته.

الفقرة الثانية: شروط مسؤولية حارس الشيء

1 - الشرط الأول : يجب أن يتولى شخص حراسة الشيء

أ - الحراسة: يقصد بالحراسة السلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه و التصرف ، فحارس الشيء

هو من له السلطة الفعلية في رقابته توجيهه، و في ضوء هذا المعيار يمكن تقرير القواعد التالية:

- لا يتحتم أن يكون الحارس من يتمتع بالحيازة القانونية فلو أن الشيء سرق من مالكه فإن الحراسة تنتقل إلى السارق بانتقال السلطة الفعلية إليه.

- الأصل أن مالك الشيء هو الحارس لأنه هو صاحب السيطرة الفعلية على الشيء عليه إذا رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس إذ يقوم الافتراض لصالحه.

- يعتبر بائع الشيء قبل التسليم هو الحارس فلا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم.

- تنتقل الحراسة من المالك إلى صاحب حق الإنتفاع و المرتهن رهن حيازة كما تنتقل في المنقول إلى المستأجر.

- إذا انتقل الشيء إلى يد التابع فالأصل أن تبقى الحراسة للمالك لأنه هو الذي يملك السلطة الفعلية في التوجيه و التصرف في أمر الشيء ، أما إذا خول المالك التابع حق التوجيه و التصرف في أمر الشيء فالتابع يصبح هو الحارس وكذلك إذا استعمل التابع الشيء لمنفعته الشخصية انتقلت الحراسة إليه.

- يعتبر معلم القيادة هو الحارس للسيارة أما من يتعلم القيادة فلا يعتبر حارسا.

ب- الشيء: يراد بالشيء في هذا المقام كل شيء مادي غير حي شرط أن يكون رد بشأنه نص

خاص، و عليه تخرج من هذا النطاق الأشياء غير المادية تقع تحت الحس، و تخرج أيضا المباني فيما يتعلق بالأضرار التي تنجم عن انهيارها أو تدهمها الجزئي بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، كما يخرج ما هو معتبر جزء من العقار كالأشجار و العقارات بالتخصيص فيما يتعلق بالأضرار التي تنجم عن سقوطها أو تدهمها الجزئي.

والشيء المقصود هنا يستوي أن يكون منقولاً كالسيارة، أو عقارا كالمباني والأشجار، و قل ع

إذ قرر مسؤولية حارس الشيء عن الأضرار التي يمكن أن يحدثها للغير لم يميز بين أن يكون الشيء خطرا أم غير خطر، فمجرد كون الشيء أحدث ضررا للغير يدل على أنه شيئا خطرا في الظروف التي حصل فيها الضرر و أن حراسته تتطلب عناية خاصة، هذا فضلا على أن التمييز بين الأشياء الخطرة و غير الخطرة يصعب عمليا تطبيقه، فمثلا فاص من الزهور ليس خطرا لكنه يصبح خطرا إذا وضع في شرفة طابق علوي و سقط على رأس أحد المارة.

2 - الشرط الثاني يجب أن يحدث الشيء ضررا للغير

أ - فعل الشيء: يعتبر الضرر ناشئا بفعل الشيء إذا كان الشيء قد تدخل تدخل إيجابيا تسبب في إحداث الضرر و التدخل الإيجابي يقتضي أن يكون الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، أما إذا مات دور الشيء سلبيا كأن يرتطم شخص بسيارة واقفة و يصاب بسبب ذلك بجروح هنا لا يكون الضرر من فعل الشيء.

ب - ضرر للغير: يسأل الحارس عن أي ضرر يصيب الغير بفعل الشيء الذي هو تحت حراسته كأن تدهس السيارة أحد المارة و تكسر ساقه، والغير المقصود هنا كل من غير الحارس فقد يكون الغير أجنبيا عن الحارس، وقد يكون تابعا للحارس، وقد يكون مالك الشيء إذا كان الشيء في حراسة شخص غير مالكة.

على أن شرطا أساسيا يجب أن يتوفر في الغير الأجنبي عن الحارس حتى يستطيع مسألة الحارس على أساس قرينة الخطأ المنصوص عليها في الفصل 88 ق ل ع ، هو أن يكون الضرر قد لحق به دون أن يكون اشترك في استعمال الشيء، و تجدر الإشارة إلى أن مسؤولية حارس الشيء تنتقل من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية إذا وجد تمت عقد بين المضرور و الحارس و كان الضرر قد حصل بمناسبة تنفيذ هذا العقد، فالناقل يكون مسؤولا عن سلامة الركاب ف حالة الضرر مسؤولية عقدية ل مسؤولية تقصيرية ، و تتقادم دعوى المسؤولية ب 15 سنة حسب الفصل 387 من ق ل ع.

الفقرة الثالثة : آثار مسؤولية حارس الشيء

إذا توافر الشرطان تحققت مسؤولية الحارس وحق على المتضرر أن يطالب بالتعويض وذلك سواء كان هذا المتضرر أجنبيا عن الحارس، أم كان تابعا له من الذين عهد لهم بحفظ الشيء أو استخدامه، مادام أن عملهم لحسابه، بل إن المتضرر يمكنه مطالبة الحارس بالتعويض حتى لو كان هو المالك ، في الحالة التي تكون حراسة الشيء بيد غير مالكة.

المطلب الثالث : مسؤولية مالك البناء

خص المشرع لمسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناجمة عن انهيار البناء أو تدمه الجزئي الفصلين 89 و 90 من ق ل ع.

و ينص الفصل 89 في الفقرة الأولى على أنه :

" يسأل مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه انهياره أو تدمه الجزئي، إذا وقع هذا أو ذاك بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، ويطبق نفس الحكم في حالة السقوط أو التهدم الجزئي لما يعتبر جزءا من العقار، كالأشجار والآلات المندمجة في البناء والتوابع الأخرى المعتبرة عقارات بالتخصيص، وتلزم المسؤولية صاحب حق السطحية، إذا كانت ملكية هذا الحق منفصلة عن ملكية الأرض".

الفقرة الأولى: أساس المسؤولية عن تهمد البناء

من خلال قراءة نص الفصل 89 ق ل ع يتبين أن هذه المسؤولية مبنية على خطأ مفترض في جانب المالك أو من يتولى رعاية العقار، إلا أن افتراض هذا الخطأ في صف المالك لا يعني أن المضرور يعفى من كل إثبات، إذ يجب عليه أن يقيم الدليل على أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة لتهمد البناء كلياً أو جزئياً، و أن هذا التهمد كان بسبب القدم أو نقصان الصيانة أو عيب في البناء، و تحمل المضرور لهذا العبء في الإثبات هو الذي جعل جانب مهما من الفقه المعاصر يتردد في قبول فكرة الخطأ المفترض كأساس لهذه المسؤولية.

و يحق للمالك أن يدفع عنه هذه المسؤولية بإثبات أحد الأمرين:

- الأمر الأول: أن يقدم الدليل على أن التهمد سواء كان كلياً أو جزئياً لم يكن وليد العيب في البناء أو نقصان في الصيانة بل لأسباب أخرى غير تلك المذكورة في الفصل 89 ق ل ع ، كأن يثبت أن التهمد كان نتيجة اندلاع حريق.
- الأمر الثاني: يتعلق بالأحوال التي يقع فيها التهمد بسبب أجنبي كالزلازل أو انجراف التربة وكل ما يدخل في إطار القوة القاهرة و الحادث الفجائي.

الفقرة الثانية: شروط تحقق المسؤولية عن تهمد البناء

لتحقق مسؤولية مالك البناء عن تهمده يلزم توفر شرطين أساسيين:

1 - أن يكون الضرر ناشئ عن انهيار البناء أو تهمده الجزئي

لتقوم المسؤولية يجب أن يكون هناك ضرر ناشئ عن انهيار البناء أو تهمده، و يشمل البناء حسب الفصل 89 من ق ل ع كل المنشآت المتصلة بالأرض سواء كانت قائمة فوق سطح الأرض أو كانت قائمة في باطنها، أو الملحقات الأخرى المعتبرة عقارات بالتخصيص، أما الإنهيار أو التهمد فيقصد به سقوط المنشآت و يكفي انفصال حجر أو شيء مما يتكون البناء يعتبر المالك أو الحارس لذلك العقار مسؤولاً إذا ما نتج عن تهمده ضرر للغير.

2 - أن يكون التهمد نتيجة القدم أو عجم الصيان أو عيب في البناء

أما إذا كان الإنهيار ناتجاً عن انفجار أو حريق ، لا تقوم المسؤولية على أساس تهمد البناء و إنما على أساس مسؤولية حارس الشيء إذا كان السقوط مباشرة بعد الحريق ، أما إذا تم بعد مدة غير قصيرة فإن الضرر يعتبر نتيجة لتهمد البناء ولو كان سببه الأصلي هو الانفجار أو الحريق.

الفقرة الثالثة: التدابير الوقائية لدرء تهمد البناء

نص الفصل 90 من ق ل ع بأنه يحق لمالك العقار الذي يخشى لأسباب معتبرة انهيار بناء مجاور أو تهمده الجزئي أن يطلب مالك البناء أو من يكون مسؤولاً عنه وفق أحكام الفصل 89 ق ل ع اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الإنهيار.

أما عن طبيعة هذه التدابير الوقائية، تختلف باختلاف نوعية الخطر الذي يهدد البناء فقد تكون أعمال التدعيم و الترميم كافية لإصلاح العيب الذي اشتكى منه المضرور.

إلا أن هناك من الحالات ما يستلزم هدم البناء و إعادة تشييده من جديد، و في كل الأحوال فإنه يتعين على المالك أن يبادر إلى تنفيذ هذه الإجراءات الوقائية قبل وقوع الضرر أي في الفترات التي يتسع فيها عامل الوقت لتدارك الخطر الذي يهدد البناء بالإنهيار الكلي أو الجزئي.

الفقرة الرابعة: آثار المسؤولية عن تهمد البناء

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها ، حق للمتضرر أن يطالب بالتعويض وفقا لأحكام الفصل 89 ق ل ع ، من دون إثبات خطأ في جانب المالك أو متعهد البناء و إنما يكفيه إصابته بالضرر ، وأن ذلك الضرر نتيجة لإنهيار البناء أو تهمده ، أي يكفيه أن يثبت الضرر و رابطة السببية بينه وبين سبب التهمد ، أي أن هناك افتراض لصالحه.

الفصل الثالث: المسؤولية المدنية

عن مخاطر المنتجات المعيبة

أصدر المشرع المغربي مؤخرا مجموعة من القوانين ذهبت كلها في اتجاه حماية المتضرر، كقانون حماية المستهلك، ومدونة الادوية والصيدلة، والقانون الخاص بالمسؤولية المدنية لمستغلي المنشآت النووية، وأخيرا القانون رقم 24.09 المتمم لقانون الإلتزامات والعقود والمحدث لمسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة والذي يعد ترجمة حرفية لنصوص القانون الفرنسي رقم 98/389 الصادر بتاريخ 19 ماي 1998، خاصة وأن المغرب كان مجبرا على إصدار هذا القانون لكونه وقع مع الاتحاد الأوروبي إتفاقية الشريك المتقدم، هاته الإتفاقية التي ألزمته بملائمة قوانينه مع التوجيهات الأوروبية وهو ما جاء في الورقة التقديمية لهذا القانون من طرف وزارة التجارة الخارجية أمام اللجنة التشريعية بالمغرب.

أما بخصوص أهمية الموضوع فتنبين في المصاريف التي تنفقها الدولة على المتضررين من المنتجات المعيبة خاصة عند حدوث أمراض خطيرة كالسرطان مثلا، فعدم الإحاطة بالمخاطر التي تحدثها هاته المواد قد لا يؤدي إلى الإضرار بالشخص فقط بل يتعداه إلى الإقتصاد الوطني برمته، إضافة إلى حماية أرواح الناس من خطر هذه المنتجات.

إذا كانت المسؤولية المدنية لا تقوم في إطار قانون رقم 24.09 إلا بتوافر عنصر العيب.
إذن فما المقصود بالعيب في المنتج سواء في القانون المغربي أو في التشريعات المقارنة ؟
وما هو الاساس القانوني لمسؤولية المنتج ؟

المبحث الأول المنتجات المعيبة في ضوء القانون رقم 24-09

المطلب الأول: مفهوم المنتج والمنتج في القانون 24.09

الفقرة الأولى: المنتج

يعرف الفصل 3 من القانون 24.09 المنتج على أنه:

"صانع منتج كامل الصنع أو منتج مادة أولية أو صانع جزء يدخل في تكوين المنتج أو كيله المقيم بالمغرب أو كل شخص يتقدم على انه صانع بوضعه اسمه أو علامته التجارية أو اية علامة مميزة اخرى على المنتج أو الشخص الذي يقوم بتحويل المنتج أو اعادة توبيبه.

المهنيون الآخرون المتدخلون في سلسلة التسويق إذا كان من الممكن ان تؤثر انشطتهم على سلامة المنتج.

مستورد المنتج إذا كان المنتج لا يوجد بالتراب الوطني أو إذا تعذر تحديد هوية المنتج."

و هناك مجموعة من الإلتزامات التي فرضها المشرع المغربي على منتجي و مستوردي المنتوجات أو مقدمي الخدمات و التي خصص لها الباب الخامس و نذكر منها مقتضيات الفصل 27 من نفس القانون .

و يتبين على ان المشرع المغربي وضع إلتزام عام بالسلامة كيفما كان المنتج أو الخدمة إذ يمكن من مراقبة كل المنتجات أو الخدمات التي تمس بسلامة المستعملين .

و قد نظم مسؤولية المنتج في المواد من 1-106 الى 14-106 إذ انه من خلال هذه المواد حاول المشرع تجاوز الفراغ التشريعي في مجال مسؤولية المنتج ، وهذا الفراغ هو الذي دفع القضاء المغربي في السابق الى الاجتهاد في ضوء القواعد العامة ، و كذا في ضوء بعض القوانين الخاصة التي تلامس الموضوع في بعض جزئياته و حاول من خلال قراراته رغم قلتها إرساء معالم المسؤولية بغرض تحقيق الأمن القضائي.

الفقرة الثانية : المنتج

عرفه المشرع المغربي في القانون 24.09 في الفصل 3 على أنه:

"كل شيء مقدم أو معروض في إطار نشاط مهني أو تجاري بعوض أو بدونه سواء كان جديدا أو مستعملا و سواء كان قابلا للاستهلاك أو غير قابل له أو كان محل تحويل أو توضيب أو لم يكن كل ذلك".

و ذلك عكس ق ل ع الذي لم يعرف المنتج بل كان يتحدث عن شيء دون أن يعطي تعريف له، أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك عدد 31.08 فرغم ذكره في عدة مواد مصطلح منتج إلا أنه هو الآخر لم يعرفه و هذا يوضح على أن القانون 24.09 جاء أكثر توضيحا و دقة من سابقه الأمر الذي يظهر اهتمام المشرع بالمنتجات و الخدمات التي يتلقاها المستهلك المغربي.

و هنا فالسؤال الذي يطرح نفسه بقوة ما هو النطاق القانوني للمنتج في القانون 24.09 ؟

للإجابة على هذا الاشكال فالفصل 106-2 ق ل ع أجاب عليه بوضوح إذ جاء فيه:

"يراد بمصطلح "منتج" كل شيء تم عرضه في السوق في إطار نشاط مهني أو تجاري أو حرفي، بعوض أو بدون عوض، سواء كان جديدا أو مستعملا، وسواء كان قابلا للاستهلاك أو غير قابل له، أو تم تحويله أو توضيبه وإن كان مدمجا في منقول أو عقار.

تعد منتجات الأرض وتربية الماشية والأسماك والقنص والصيد منتجات.

تعتبر الكهرباء منتجا كذلك"

المطلب الثاني : مفهوم العيب و مظاهره

الفقرة الأولى: مفهوم العيب في إطار القانون 24.09

تطرق المشرع المغربي للمنتوج المعيب من خلال الفصل 106-3 من ق ل ع بالقول: " ينطوي منتج على عيب عندما لا يتوفر على السلامة التي من المعقول توخيها منه و ذلك اخذا بعين الاعتبار كل الظروف و لا سيما :

أ- تقديم المنتج

ب- الإستعمال المرتقب من المنتج

ج- وقت عرض المنتج في السوق

فالعيب حسب تعبير هذا الفصل هو ذلك الذي يؤدي الى انعدام السلامة أي أنه يعرض سلامة المستهلك أو المستعمل للخطر .

و بالرجوع الى الفصل 5 من قانون 24.09 نجده يعرف المنتج السليم بكونه ذلك المنتج الذي لا يشكل أي خطر وفق شروط الإستعمال العادية، أو التي كان من المعقول توقعها بما في ذلك مدة الإستعمال، وعند الاقتضاء شروط التشغيل و التركيب و الحاجة الى الصيانة أو يشكل فقط أخطارا محدودة تتلاءم مع استعمال المنتج، و تعتبر مقبولة في إطار التقيد بمستوى عال من الحماية لصحة و سلامة الاشخاص أو الحيوانات الأليفة أو الممتلكات أو البيئة.

فالملاحظ هو أن العيب الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل 549 من ق ل ع و المتعلق بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ، ليس هو العيب المنصوص عليه في الفصل 106-3 من نفس القانون و لا حتى في القانون رقم 24.09 ، فالعيب في هذا الأخير يتعلق بإخلال المنتج بالالتزام العام بالسلامة الملقى على عاتقه ، فالعيب الذي يقيم مسؤولية المنتج ليس فقط هو ذلك الذي يصيب المنتج في ذاتيته و ينقص من قيمته و منفعته، بل هو ذلك الذي لم يوفر السلامة المتطلبة قانونا.

و الإلتزام العام بالسلامة الملقى على عاتق المنتج هو إلتزام قانوني، يجد أساسه في مقتضيات الفصل 4 من قانون 24.09 التي جاء فيه "يلزم منتج و مستوردو المنتوجات و كذا مقدمو الخدمات بالا يعرضوا في السوق الا المنتوجات أو الخدمات السليمة كما هي معرفة طبقا لأحكام هذا الباب"

فمفهوم العيب في المنتج قد يتجاوز الجانب التقني المتمثل في ضمان أداء المنتج لوظائفه بصورة صريحة ، إلى توفير الحماية اللازمة في أقصى صورها و هذا يعني أن كل تقصير في ضمان عدم إحداث المنتج للضرر قد يعتبر عيبا فيه .

الفقرة الثانية : مظاهر العيب

إن إثارة مسؤولية المنتج متوقفة على إثبات الضرر الذي لحقه من جراء المنتج المعيب و قد حاول المشرع المغربي توضيح بعض مظاهر هذا العيب سواء من خلال الفصل 106-3 ق ل ع أو الفصل 5 من القانون 24.09 حيث افترض القانون الخطأ في جانب المنتج تيسيرا على المضرور لإثبات الضرر و العلاقة السببية بينه و بين العيب و فيما يلي بيان لبعض مظاهر هذا العيب.

1 - العيب في تصميم المنتج

يتعلق هذا العيب أساسا في الخطأ الفني الناتج عن عدم مسايرة التصميم لما بلغه التقدم العلمي ، كعدم التزام صانع الطائرة بتصميم منتج آمن و صالح للملاحة الجوية وفقا للاستخدام العادي و المتوقع لها ، ويلتزم المنتج ببذل العناية اللازمة بوصفه محترفا و يجب عليه بذل كل العناية و الحرص كغيره من المحترفين في الظروف نفسها.

و تنصب العيوب في التصميم في عدم الاستخدام الكافي للمواد التي صممت بها المنتجات بالدرجة التي تحقق الأمن و الأمان للأشخاص و الاموال.

2 - العيب في صناعة المنتج

إن خطأ المنتج مرتبط أساسا بعملية تصنيع المنتج بطريقة معيبة يجعله غاية في الخطورة لمن يستخدمه كان يهمل الصانع اتخاذ جميع الاحتياطات الواجبة لتفادي ظهور أية عيوب في صناعته و ذلك بسوء اختيار المواد الداخلة في التصنيع أو سواء في التركيب أو التجميع و بالتالي لا بد على المنتج المحترف ان يقوم بتجريب منتجاته بالقدر الكافي قبل طرحها في الأسواق أو إجراء الرقابة عليها من طرف هيئة تابعة للشركة المنتجة أو هيئة خارجية تتكفل بعملية الفحص أو الرقابة التقنية .

3 - العيب في التحذير

يلتزم المنتجون للمنتجات ذات الطبيعة المعقدة و التي تتطلب دقة كبيرة في استعمالها ان يصرح بهذه الطبيعة الخطرة لها كما يلزم بالإفضاء بالمعلومات المتعلقة بكيفية استعمال هذا المنتج استعمالا صحيحا والتحذير مما قد ينتج عن استعماله من مخاطر أو اضرار و التحذير من عدم مراعاة احتياطات الحياة والاستعمال وهذا الإلتزام بالتحذير هو الإلتزام شخصي يجب على الصانع أو المنتج أو المحترف القيام به بنفسه و لا يجوز ان يركن به للغير أو للموزع و إلا عد مهملًا .

4 - العيب في مرحلي التسويق و التوزيع

و قد تضم هذه المرحلة التي يقوم بها كل متدخل من غير المنتج الأصلي للمنتج أخطاء تقوم على أساسها مسؤولية هذا الأخير و يتعلق الأمر هنا بخطأ في التعبئة و التغليف، أو بتقصير في تخزين المنتج والمحافظة عليه وفق الشروط التي يتطلبها حفظه و تخزينه وكذا الخطأ في تسليم المنتج عندما يتعلق

الأمر بمنتجات يتطلب تسليمها مراعاة قواعد التسليم و التي تقتضي اتخاذ كافة الإحتياطات حتى لا يحدث ضرر للشخص الذي تسلم هذه المنتجات.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المنتج وعناصرها

المطلب الأول: أساس قيام المسؤولية وعناصرها

الفقرة الأولى: أساس قيام المسؤولية

إن البحث في الأساس القانوني لمسؤولية المنتج لا زالت تمثل محور دراسات الباحثين و هي تتأرجح بين فكرتين أساسيتين و هما :فكرة خطأ المنتج وفكرة المخاطر أو تحمل التبعة .

1 - فكرة خطأ المنتج

إن إثارة مسؤولية المنتج على أساس فكرة الخطأ تتوقف على إثبات الضرر لهذا الخطأ و نسبته للمنتج أي انحرافه في سلوكه و عدم توخيه اليقظة و الحرص و التبصر الموازي لمثله من المهنيين في مواجهة المدين الذي يفتقد بالضرورة للدراية الكافية .

فالقضاة الذي يتعين على المنتج عدم الانحراف عنه هو العناية التي تقتضيها أصول المهنة و التي جرى القضاء الفرنسي على تقديرها بالسلوك المألوف من أواسط المنتجين علما و دراية و يقظة و بالتالي فان السلوك المتبصر المتطلب في المنتج يمثل إلزاما قانونيا يقع على عاتقه بعدم الإخلال به أو الخروج عن دائرته فالمفروض في المهني أو المنتج أنه شخص مختص له معلومات كافية عن العمل و يحوز وسائل تقنية لا يمتلكها الافراد العاديين.

لكن مسألة إثبات الخطأ و نسبته للمنتج في إطار هذه النظرية أضحت مسألة مستعصية بالنظر للتطور الصناعي و التكنولوجي التي عرفته البشرية و الذي انعكس بالتالي على المنتجات و الخدمات .

2 - فكرة المخاطر تحمل التبعة

أما فكرة المخاطر أو تحمل التبعة و التي ظهرت نتيجة قصور فكرة الخطأ، فمؤداها أن كل نشاط يمكن أن ينتج ضررا يكون صاحبه مسؤولا عنه، إذا تسبب هذا النشاط في إيقاع ضرر بالغير، و لو كان سلوكه غير مشوب بأي خطأ، بحيث لا تشترط أن يكون الضرر ناشئ عن انحراف في سلوك المنتج حتى يلزم بالتعويض، و إنما يكفي أن يكون الضرر قد وقع نتيجة نشاطه ، و بالتالي فأساس هذه النظرية هو الضرر و لا تقيم أي وزن للخطأ ، فالعبرة بالضرر الذي لحق الضحية و الذي يجب جبره ما لم يرجع ذلك لخطأ المضرور نفسه ، و تكون المسؤولية في ظل هذه النظرية مسؤولية موضوعية تتجاهل تماما سلوك الشخص الذي يتحمل تعويض الضرر الذي لحق الضحية .

و لعل هذا هو المنحى الذي سار عليه المشرع المغربي في تقريره لمسؤولية المنتج على اساس فكرة تحمل التبعة أو المخاطر ما دام اشترط على المضرور لاستحقاق التعويض إثبات الضرر الذي لحقه من

المنتج المعيب و ليس إثبات الخطأ في جانب المنتج، و هذا ما عبر عنه صراحة من خلال الفصل 106-7 من ق ل ع .

الفقرة الثانية: عناصر المسؤولية

عالج المشرع المغربي أساس مسؤولية المنتج و عناصرها في الفصل 106-7 من ق ل ع . حيث نجده ينص على أنه "يجب على الضحية لاستحقاق التعويض إثبات الضرر الذي لحقه من المنتج المعيب" فمتى ثبت ضرر للضحية نتيجة منتج معيب إلا و تقررت مسؤولية المنتج و استحق الضرر التعويض .

فالملاحظة الأساسية هنا هو أن المشرع المغربي حافظ على عناصر المسؤولية التقليدية الثلاثة وهي : الخطأ المتمثل في العيب و الضرر و العلاقة السببية بينهما و سنتطرق لكل عنصر على حدة .

1 - ضرورة وجود عيب بالمنتج

إن مسؤولية المنتج تقوم بسبب وجود عيب في المنتج و قد سبق تحديد ما المراد بالمنتج المعيب في إطار مقتضيات القانون 24-09 .

فالعيب هنا لا يتعلق فقط بوجود خلل في المنتج فقد لا ينطوي المنتج على أي عيب، و لكن مسؤولية المنتج تنعقد بمجرد أن تتعرض سلامة مستعمل المنتج للخطر سواء تعلق الأمر بالسلامة الجسدية أو العقلية و هو ما عبر عنه المشرع المغربي بالمنتج الخطير من خلال التعريفات التي أوردها بالفصل 3 من قانون 24-09 ، حيث اعتبر المنتج الخطير هو كل منتج لا ينطبق عليه تعريف المنتج السليم المنصوص عليه في الفصل 5 من هذا القسم ، و بالرجوع الى الفصل 5 نجده يعتبر أن المنتج السليم هو الذي لا يشكل أي خطر وفق شروط الإستعمال و التركيب و الحاجة الى الصيانة، أو يشكل فقط أخطار محدودة تتلاءم مع استعمال المنتج و تعتبر مقبولة في إطار التقيد بمستوى عال من الحماية لصحة و سلامة الأشخاص و الحيوانات الأليفة أو الممتلكات أو البيئة.

2 - حصول الضرر

لم يحدد المشرع المغربي ما المقصود بالضرر في القانون 24-09 مما يتعين معه الرجوع الى المقتضيات العامة لتحديد مضمونه و نطاقه .

و بالرجوع ق ل ع نجده يعرف الضرر في الفصل 98 بالباب المتعلق بالمسؤولية التقصيرية بالقول "الضرر في الجرائم و اشباه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا و المصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر الى انفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب اضرارا به و كذلك ما حرم منه من نفعه في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل "

فالمنتج و حسب القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار المادية سواء أصابت المضرور في جسده ترتبت عنها إما وفاته أو أصابته بجروح أو عجز أو تشويه أو التي أصابت امواله و ممتلكاته ، كما يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار المعنوية التي أصابت المضرور من جراء الآلام التي المت به، أو تلك التي أصابت ذويه في حالة وفاته، و هذا ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 106-10 ق ل ع بالقول " يجب على الشخص المسؤول اصلاح كل الاضرار التي تعرضت لها الضحية "

3 - العلاقة السببية بين العيب و الضرر

كما هو عليه الامر في كل صور المسؤولية يتعين على المضرور ان يثبت العلاقة السببية بين الخطأ - و المتمثل في العيب- و الضرر ، و بذلك يتعين على المتضرر من المنتج المعيب ان يثبت العلاقة بين الضرر الذي أصابه و العيب الموجود بالمنتج ، فعبد الإثبات ملقى على عاتق الضحية المضرور، و هو ما عبر عنه صراحة الفصل 106-7 من قانون ق ل ع بعبارة "إثبات الضرر الذي لحقه من المنتج المعيب "

المطلب الثاني : تدرج مسؤولية المنتج واشتراط الاعفاء منها

الفقرة الأولى : تدرج مسؤولية المنتج

إذا كانت القاعدة العامة هي أن مسؤولية المنتج تعد كاملة عن الأضرار التي وقعت للضحية بسبب المنتج المعيب، فإن لهذه القاعدة بعض الإستثناءات تجعل منها تدرج من التمام الى النقصان فالانتفاء ، لذلك سنعرض كل مرحلة على حدة.

1 - المسؤولية الكاملة للمنتج

تعتبر المسؤولية الكاملة هي الأصل ، فمتى أثبت المتضرر حصول الضرر والعلاقة السببية القائمة بينه وبين العيب ، إلا وكان المنتج متحملا للمسؤولية ومطالباً بإصلاح كل الأضرار التي تعرضت لها الضحية حسب الفصل 106 من ق ل ع .

كما يعتبر المشرع المغربي أن المسؤولية تكون قائمة اتجاه الضحية حتى وإن وقع الضرر بسبب وجود الغير الذي ساهم فيه بمقتضى الفصل 106-12 ق ل ع الذي ينص على: "انه لا تنقص مسؤولية المنتج اتجاه الضحية بسبب وجود الغير الذي يساهم في وقوع الضرر" ليكون بذلك المشرع قد خالف التوجه الذي استقر عليه الفقه والقضاء من خلال اعتبار فعل الغير سببا أجنبيا قادرا على إعفاء المدعى عليه إعفاء كاملا من المسؤولية إذا كان هو السبب الوحيد في حصول الضرر، أو إعفاء جزئيا إذا ساهم إلى جانب عوامل أخرى يكون لها دورا في حصول الحادث وتحقق الضرر.

وبهذا المقتضى يكون المشرع قد ميز بين خطأ المتضرر وخطا الغير، حيث يعتبر الأول مؤثرا على مسؤولية المنتج كليا أو جزئيا بالمقابل لم يتبنى نفس النهج ازاء مساهمة الغير في احداث الضرر اللاحق بالضحية.

وعليه يمكن القول ان قانون رقم 24.09 أراد حماية الضحية لأن المنتج يمكنه الرجوع على الغير الذي ساهم في وقوع الضرر ولكن بعد تعويضه له، هذا فضلا على أن المشرع المغربي يعتبر ان المنتج يكون مسؤولا عن العيب حتى وان صنع المنتج في إطار احترام كل القواعد والمقاييس الموجودة ورغم حصول المنتج على ترخيص إداري حسب تعبير الفصل 106-8 ق ل ع.

2 - المسؤولية الناقصة للمنتج

تطرق المشرع المغربي لهذه الحالة من خلال الفصل 106-11 ق ل ع بالقول: " يمكن ان تنقص مسؤولية المنتج أو تلغى مع مراعاة كل الظروف إذا كان السبب ناتجا في آن واحد عن عيب في المنتج وخطا الضحية، أو شخص يكون الضحية مسؤولا عنه"

فمتى ثبت أن الضرر كان ناتجا عن عيب في المنتج واقترب بخطأ الضحية المتضرر فإن مسؤولية المنتج تتأثر إما بالنقصان أو الانتفاء وتستدعي هذه القاعدة فرضيتين وهما:

الأولى : أن يستغرق خطأ المتضرر عيب المنتج وهنا تنتفي مسؤولية المنتج تماما .

الثانية : أن يشترك خطأ المتضرر والعيب الوارد في المنتج في إحداث الضرر وفيها تنقص مسؤولية المنتج بمدى مساهمة الضحية في إحداث الضرر اللاحق به ، وتخضع نسبيا لمساهمة كل الطرفين ، كما تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يشتر المسؤولية بينهما.

وخلافا لهذه القاعدة فإن مسؤولية المنتج تنقص إذا كان خطأ الشخص الذي يكون الضحية مسؤولا عنه أو تلغى حسب الأحوال وتدخل هذه الحالة ضمن المسؤولية عن فعل الغير.

3 - انتفاء مسؤولية المنتج

عالج المشرع هذه الأسباب في الفصل 106-9 من ق ل ع لكن بشرط إثباتها ، وهي كالتالي :

- 1- أنه لم يقدّم بعرض المنتج في السوق .
- 2- أن العيب الذي تسبب في الضرر لم يكن موجودا أثناء عرضه للمنتج في السوق أي أنه ظهر لاحقا .
- 3- أن المنتج لم يتم صنعه بهدف البيع أو أي شكل آخر من أشكال التوزيع لأغراض تجارية ولم يتم صنعه أو توزيعه في إطار نشاطه التجاري.
- 4- أن العيب راجع لمطابقة المنتج للقواعد الإلزامية الصادرة عن السلطات العمومية.
- 5- أنه لم يكن ممكنا اكتشاف العيب بالنظر إلى ما وصلت إليه حالة المعرفة العلمية والتقنية أثناء عرض هذا المنتج في السوق.

هذا الى جانب الحادث الفجائي و القوة القاهرة التي سكت المشرع عن تنظيم أحكامها، وبالتالي فبقيت خاضعة لأحكام ق. ل. ع.

الفقرة الثانية: اشتراط الاعفاء من مسؤولية المنتج

وعيا من المشرع المغربي بالشروط التعسفية التي قد يلجا المنتج الى تضمين العقد لها والتي تعفيه أو تنقص من مسؤوليته مستغلا بذلك سلطته الاقتصادية، نص في الفصل 106-13 على عدم إمكانية إعفاء المنتجين مما يعني أن المشرع جعل المشرع التقليل منها معتبرا تلك الشروط باطلة، إلا أن هذا البطلان يقتصر على الشروط فقط مع بقاء العقد صحيحا.

وفي الختام هناك أمر مهم لا يجب ان نغفله في هذا الموضوع هو أن الفصل 88 ق ل ع فيه حماية أكثر للمستهلك المتضرر رغم أن المسؤولية فيه مفترضة والحال أنها في قانون 24.09 مسؤولية بقوة القانون لكن رغم ذلك فهناك اسباب عديدة تنتفي فيها مسؤولية المنتج ويبقى المتضرر فيها بدون حماية.

الإثراء بلا سبب و تطبيقاته

مقدمة

ينشأ الالتزام عندما تتجه إرادة الأشخاص إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون، ومصادر الالتزام إما إرادية أي التصرفات القانونية وهي العقد والإرادة المنفردة وإما مصادر لا إرادية أي وقائع قانونية أو هي العمل الغير مشروع والإثراء بلا سبب أو العمل النافع كما تسميه بعض القوانين تمييزا له عن العمل الضار كان معروفا في القوانين القديمة باعتباره من النظريات المتماشية مع مبدأ العدالة عرفها القانون الروماني ليس كمبدأ عام إنما كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصي في حالات محددة والذي كان يعرف نوعان من الدعاوى تقوم على قاعدة الإثراء بلا سبب وهي دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب ودعاوى الإثراء بلا سبب لكنه لم يصل إلى تنظيمه ووضع قاعدة عامة.

ثم انتقل إلى القانون الفرنسي الذي بدوره لم يتلقاها إلا مبعثرة الأجزاء ليتكفل القضاء الفرنسي بصياغتها في أحكامها وإرساء ضوابطها حتى أصبحت كمبدأ عام تستند إلى العدالة ويظهره العرف القضائي المستقر.

أما الفقه الإسلامي فلا يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا عاما للالتزام إلا في حدود ضيقة وحالات قليلة.

كانت القوانين المدنية في التشريع المقارن تشير إليه فقط دون الأخذ به صراحة لكن القوانين الحديثة أجمعت على اعتباره مصدرا من مصادر الالتزامات، والمشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود اعتبره مصدرا من مصادر الالتزامات والذي سماه ب"أشباه العقود"، ونظرا لأهمية هذه القاعدة باعتبارها مصدر مستقل فقد خصص لها المشرع الباب الثاني من القسم الأول المخصص لمصادر الالتزامات وأفرد لها الفصول 66، 67، 75، 76، 77، 78، 79، 80، 81، 82، 83، 84، 85، 86، 87، 88، 89، 90، 91، 92، 93، 94، 95، 96، 97، 98، 99، 100، 101، 102، 103، 104، 105، 106، 107، 108، 109، 110، 111، 112، 113، 114، 115، 116، 117، 118، 119، 120، 121، 122، 123، 124، 125، 126، 127، 128، 129، 130، 131، 132، 133، 134، 135، 136، 137، 138، 139، 140، 141، 142، 143، 144، 145، 146، 147، 148، 149، 150، 151، 152، 153، 154، 155، 156، 157، 158، 159، 160، 161، 162، 163، 164، 165، 166، 167، 168، 169، 170، 171، 172، 173، 174، 175، 176، 177، 178، 179، 180، 181، 182، 183، 184، 185، 186، 187، 188، 189، 190، 191، 192، 193، 194، 195، 196، 197، 198، 199، 200، 201، 202، 203، 204، 205، 206، 207، 208، 209، 210، 211، 212، 213، 214، 215، 216، 217، 218، 219، 220، 221، 222، 223، 224، 225، 226، 227، 228، 229، 230، 231، 232، 233، 234، 235، 236، 237، 238، 239، 240، 241، 242، 243، 244، 245، 246، 247، 248، 249، 250، 251، 252، 253، 254، 255، 256، 257، 258، 259، 260، 261، 262، 263، 264، 265، 266، 267، 268، 269، 270، 271، 272، 273، 274، 275، 276، 277، 278، 279، 280، 281، 282، 283، 284، 285، 286، 287، 288، 289، 290، 291، 292، 293، 294، 295، 296، 297، 298، 299، 300، 301، 302، 303، 304، 305، 306، 307، 308، 309، 310، 311، 312، 313، 314، 315، 316، 317، 318، 319، 320، 321، 322، 323، 324، 325، 326، 327، 328، 329، 330، 331، 332، 333، 334، 335، 336، 337، 338، 339، 340، 341، 342، 343، 344، 345، 346، 347، 348، 349، 350، 351، 352، 353، 354، 355، 356، 357، 358، 359، 360، 361، 362، 363، 364، 365، 366، 367، 368، 369، 370، 371، 372، 373، 374، 375، 376، 377، 378، 379، 380، 381، 382، 383، 384، 385، 386، 387، 388، 389، 390، 391، 392، 393، 394، 395، 396، 397، 398، 399، 400، 401، 402، 403، 404، 405، 406، 407، 408، 409، 410، 411، 412، 413، 414، 415، 416، 417، 418، 419، 420، 421، 422، 423، 424، 425، 426، 427، 428، 429، 430، 431، 432، 433، 434، 435، 436، 437، 438، 439، 440، 441، 442، 443، 444، 445، 446، 447، 448، 449، 450، 451، 452، 453، 454، 455، 456، 457، 458، 459، 460، 461، 462، 463، 464، 465، 466، 467، 468، 469، 470، 471، 472، 473، 474، 475، 476، 477، 478، 479، 480، 481، 482، 483، 484، 485، 486، 487، 488، 489، 490، 491، 492، 493، 494، 495، 496، 497، 498، 499، 500، 501، 502، 503، 504، 505، 506، 507، 508، 509، 510، 511، 512، 513، 514، 515، 516، 517، 518، 519، 520، 521، 522، 523، 524، 525، 526، 527، 528، 529، 530، 531، 532، 533، 534، 535، 536، 537، 538، 539، 540، 541، 542، 543، 544، 545، 546، 547، 548، 549، 550، 551، 552، 553، 554، 555، 556، 557، 558، 559، 560، 561، 562، 563، 564، 565، 566، 567، 568، 569، 570، 571، 572، 573، 574، 575، 576، 577، 578، 579، 580، 581، 582، 583، 584، 585، 586، 587، 588، 589، 590، 591، 592، 593، 594، 595، 596، 597، 598، 599، 600، 601، 602، 603، 604، 605، 606، 607، 608، 609، 610، 611، 612، 613، 614، 615، 616، 617، 618، 619، 620، 621، 622، 623، 624، 625، 626، 627، 628، 629، 630، 631، 632، 633، 634، 635، 636، 637، 638، 639، 640، 641، 642، 643، 644، 645، 646، 647، 648، 649، 650، 651، 652، 653، 654، 655، 656، 657، 658، 659، 660، 661، 662، 663، 664، 665، 666، 667، 668، 669، 670، 671، 672، 673، 674، 675، 676، 677، 678، 679، 680، 681، 682، 683، 684، 685، 686، 687، 688، 689، 690، 691، 692، 693، 694، 695، 696، 697، 698، 699، 700، 701، 702، 703، 704، 705، 706، 707، 708، 709، 710، 711، 712، 713، 714، 715، 716، 717، 718، 719، 720، 721، 722، 723، 724، 725، 726، 727، 728، 729، 730، 731، 732، 733، 734، 735، 736، 737، 738، 739، 740، 741، 742، 743، 744، 745، 746، 747، 748، 749، 750، 751، 752، 753، 754، 755، 756، 757، 758، 759، 760، 761، 762، 763، 764، 765، 766، 767، 768، 769، 770، 771، 772، 773، 774، 775، 776، 777، 778، 779، 780، 781، 782، 783، 784، 785، 786، 787، 788، 789، 790، 791، 792، 793، 794، 795، 796، 797، 798، 799، 800، 801، 802، 803، 804، 805، 806، 807، 808، 809، 810، 811، 812، 813، 814، 815، 816، 817، 818، 819، 820، 821، 822، 823، 824، 825، 826، 827، 828، 829، 830، 831، 832، 833، 834، 835، 836، 837، 838، 839، 840، 841، 842، 843، 844، 845، 846، 847، 848، 849، 850، 851، 852، 853، 854، 855، 856، 857، 858، 859، 860، 861، 862، 863، 864، 865، 866، 867، 868، 869، 870، 871، 872، 873، 874، 875، 876، 877، 878، 879، 880، 881، 882، 883، 884، 885، 886، 887، 888، 889، 890، 891، 892، 893، 894، 895، 896، 897، 898، 899، 900، 901، 902، 903، 904، 905، 906، 907، 908، 909، 910، 911، 912، 913، 914، 915، 916، 917، 918، 919، 920، 921، 922، 923، 924، 925، 926، 927، 928، 929، 930، 931، 932، 933، 934، 935، 936، 937، 938، 939، 940، 941، 942، 943، 944، 945، 946، 947، 948، 949، 950، 951، 952، 953، 954، 955، 956، 957، 958، 959، 960، 961، 962، 963، 964، 965، 966، 967، 968، 969، 970، 971، 972، 973، 974، 975، 976، 977، 978، 979، 980، 981، 982، 983، 984، 985، 986، 987، 988، 989، 990، 991، 992، 993، 994، 995، 996، 997، 998، 999، 1000.

فما هي الأحكام المنظمة للإثراء بلا سبب وما هي تطبيقاته العملية ؟ وكيف عالجه المشرع المغربي ؟

المبحث الأول : القواعد العامة للإثراء بلا سبب

المبحث الثاني : للتطبيقات العملية للإثراء بلا سبب

المبحث الأول : القواعد العامة للإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء بلا سبب واقعة قانونية خص لها المشرع المغربي الفصول 66 و 67 و 75 و 76 من قانون الالتزامات والعقود. ولإحاطة به سنتناول شروطه وآثاره في المطلب الأول على أن نتناول أحكامه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط الإثراء بلا سبب وآثاره

كي يتحقق الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام لا بد من توفر شروط الفقرة الأولى كما يترتب عليه مجموعة من الآثار الفقرة الثانية .

الفقرة الأولى : شروط الإثراء بلا سبب

يعتبر من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني ملزما بأن يرد لهذا الأخير قدر ما أثرى به في حدود ما ألحق بالغير من خسارة أو افتقار دون أن يكون لهذا الإثراء أي سبب قانوني.

فالواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير وهي واقعة قانونية مشروعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني.

ويلزم لتحقيق الإثراء بلا سبب توفر ثلاثة شروط :

أولاً: الإثراء

ويقصد به إضافة قيمة مالية إلى ذمة المثرى أي كل كسب أو نفع يجنيه كحق يكتسبه أو منفعة يحصل عليها ،بمعنى تلك الزيادة التي تضاف إلى ذمة المدين بغير حق والتي تعتبر واقعة مادية يترتب عنها نشوء الالتزام بالرد، فإذا لم توجد هذه الزيادة فلا التزام بالرد ومثال ذلك إذا أوفى شخص ديناً على شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به وأنه لا وجود له، فهنا لم يتحقق الإثراء وبالتالي لا يحق لأحد الأطراف أن يطالب الآخر بالرد ولو كان فعلاً مفقراً.

والإثراء يكون مادياً كما يكون معنوياً، ويقصد بالإثراء المادي إضافة قيمة مالية إلى المثرى أما الإثراء المعنوي فيكون في صورة منفعة معنوية أو أدبية تعود على المثرى شرط أن تقوم بالمال وأن تقدر بالنقود كإثراء المتهم بدفاع المحامي عليه.

وكالبناء بأدوات مملوكة للغير، وكأن يحصل شخص على تيار كهربائي أو مياه بتوصيلات غير متفق على وضعها بين المستفيد وبين الشركة، وفي هذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض "بشأن الرافعة التي استفادت منها الطاعنة في بناء عمارة لها دون أن يكون هناك اتفاق مسبق يبرر هذا الانتفاع تشكل صورة الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في الفصل 67 من قانون الالتزامات والعقود، ولهذا فإن المطلوب في النقض الذي أثبت انتفاع الطاعنة برافعته بدون مبرر يكون قد أثبتت حقه في الحصول على

التعويض في حدود الإثراء وكان على، الطاعنة التي تدعي أن الانتفاع كان بدون مقابل أن تثبت عقد التبرع أو عارية الاستعمال".

كما يكون الإثراء إيجابيا أو سلبيا :

الإثراء الإيجابي : يتحقق عندما يكتسب فيه شخص كسبا ماديا أو معنويا بحيث تزداد ذمته بعد الإثراء عما كانت عليه من قبل دخول عنصر جديد مادي أو معنوي في هذه الذمة.

ويكون هذا الكسب إما في صورة حق عيني أو شخصي كالمستأجر الذي يحدث تحسينات في العين المؤجرة بعد انفساخ عقد إيجاره، فيستفيد منها مالك المنزل. أو كالشخص الذي استهلك الماء مثلا عن طريق مواسير خفية كان لمن استهلكه إثراء.

الإثراء السلبي : ويتحقق بتجنب المثري مصاريف لازمة ، بمعنى إذا نقص الجانب المدين في الذمة المالية للمثري، وزالت أعباء كانت واجبة عليه كالمستأجر الذي يقوم بترميمات مهمة كانت واجبة على المؤجر، وكان يؤدي عليه شخص ما دينا كان عليه كالمشتري لعقار مرهون فيقوم بدفع دين الرهن. كما يعتد بالإثراء سواء كان مباشرا أو غير مباشر، ويقصد بالإثراء المباشر الذي ينتقل مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري وذلك بفعل المفتقر، كمن يبني على أرضه بمواد مملوكة للغير أو يستهلك الخط الهاتفي للغير.

أما الإثراء الغير المباشر إذا تدخل أجنبي في نقله من مال المفتقر إلى مال المثري وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعا للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق.

وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني، مثال ذلك من يشتري سيارة من آخر ويدفعها إلى الميكانيكي لإصلاحها وينفسخ عقد بيع السيارة فيرجع الميكانيكي هو المفتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثري ويكن المثري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني من نقل الإثراء من المفتقر إلى المثري.

ثانيا : الافتقار

إلى جانب إثراء شخص معين يلزم لقيام الإثراء بلا سبب أن يحصل افتقار أو خسارة أو نقص في ذمة الدائن ترتب عليه إثراء المدين، أي كان سبب هذا النقص سواء كان بفعل المفتقر أو بفعل المثري أو الغير أو بفعل الطبيعة ، ويشترط أن يتحقق افتقار الدائن سواء أكان ماديا بانتقال قيمة أو منفعة مالية من ذمته إلى ذمة المدين المثري أو معنوي بأن يبذل جهدا انتفع منه المثري.

ولا مجال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب إذا لم يؤد الإثراء الحاصل من جانب المدين إلى تحقيق الافتقار من جانب الدائن حيث أن القانون ألزم المثري برد أقل القيمتين، وفي حالة إذا كان الافتقار منعدما فالمثري لا يلزم برد شيء.

ومثال ذلك إذا أنشأ شخص حديقة في منزله يطل عليها منزل الجار وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سببا في رفع قيمة منزل الجار فالجار هنا أثرى لكن صاحب الحديقة لم يفتقر ولم يخسر شيء فلا يرجع بشيء على جاره.

وعلى غرار الإثراء فالافتقار يمكن أن يكون إيجابيا وذلك عندما يفقد المفتقر حقا عينيا أو شخصا أو انتقاص حق له، ويتحقق بالإففاق كما إذا دفع شخص ديناً في ذمة غيره. ويكون الافتقار سلبيا إذ حرم المفتقر من منفعة كان من حقه استبقاؤها مقابلاً لجهده أو لقاء الانتفاع بماله.

حيث يعتبر أن هذا الشخص افتقر بقدر ما فات عليه من ذلك الكسب المشروع، ومثال ذلك أن يقوم زيد بعمل لعمر فيكون زيد قد افتقر بما فاتته من منفعة وهي أجره ذلك العمل وكالعارف بالأنساب الذي يهدي شخص إلى أن له قريب لم يعلم بوجوده وأن هذا القريب قد مات دون وارث غيره. فالقضاء الفرنسي أقر في هذا الصدد أن العارف بالأنساب قد افتقر بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من ذلك الوارث، ولو تم الاتفاق منذ البداية على أن يقوم بالبحث عن مورثه.

كما يمكن أن يكون الافتقار مباشرا أو غير مباشر وفقا لما يقابله في الإثراء مع وجود علاقة سببية بين افتقار المفتقر وإثراء المثرى. فالافتقار المباشر يقابله الإثراء المباشر كأن يدفع أ مبلغا من النقود غير مستحقة عليه لـ ب.

والافتقار الغير المباشر يتحقق بتدخل أجنبي تدخل ماديا أو قانونيا تنتقل معه المنفعة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى.

كما يمكن أن يكون الافتقار ماديا أو معنويا كافتقار المحامي الذي يحصل على براءة موكله غير أنه لكي يعتد بالافتقار يجب أن يكون راجعا إلى خطأ المفتقر فإذا حصل نتيجة خطأ المفتقر وإهماله فهو يتحمل النتيجة.

ومثال ذلك ما قرره القضاء الفرنسي من أن الجدة التي استبقت لديها أطفال ورفضت إرجاعهم إلى ذويهم وأنفقت عليهم مدة تواجدهم عندها. لا يجوز لها الرجوع على أقارب الأطفال بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن افتقارها راجع إلى خطئها.

والقضاء المغربي ذهب في نفس الاتجاه عندما قرر أن "الأم التي تنزع ابنها من لدن والده وتمتتع عن رده إليه لا تستطيع أن تطالب باسترداد ما أنفقته على الولد خلال وجوده في كنفها".

حتى نكون أمام واقعة الإثراء بلا سبب لا بد أن يتحقق افتقار المفتقر وأن يكون هذا الأخير هو سبب إثراء المثرى بمعنى لا بد من قيام علاقة أو رابطة سببية ما بين الافتقار والإثراء.

لكن يحدث أن تكون الواقعة التي رتبت الإثراء غير الواقعة التي أحدثت الافتقار في هذه الحالة هل نكون أمام إثراء بلا سبب أم لا ؟

ومثال ذلك الأول: كمن يشتري مواد معينة دون أن يدفع قيمتها إلى التاجر ويستعملها لإصلاح منزل جار له غائب فصاحب المنزل الغائب أثرى نتيجة إصلاح جاره أما التاجر افتقر نتيجة واقعة عقد البيع الذي لم يدفع فيه الثمن، فرغم اختلاف الواقعتين إلا أن إثراء صاحب المنزل ما كان يتحقق لولا افتقار التاجر.

ومنه فرابطة السببية متوفرة كما أن المطالبة برد الإثراء صحيح، وتجدر الإشارة إن رابطة السببية يعود تقديرها لقاضي الموضوع وتخرج من رقابة المجلس الأعلى لمحكمة النقض باعتبار أن استخلاص القاضي لواقعة الإثراء بلا سبب التي حدثت المدين وأنها ما كانت لتقوم لولا أن هناك افتقار أصاب الدائن، من مسائل الواقع أن يكون لقاضي الموضوع سلطة تقريرية فيها .

وفي حالة تعدد الأسباب يتم إعمال السبب المنتج إذا تبين أنه يرجع إلى الافتقار.

ثالثا : انعدام السبب القانوني للإثراء

لكي تقوم قاعدة الإثراء بلا سبب يجب ألا ينعدم هناك سبب قانوني يبدده، ويعتبر هذا الشرط أساسي وجوهري في قاعدة الإثراء بلا سبب حيث أنه كلما وجد انتقال لقيمة مالية من ذمة شخص إلى ذمة آخر وبدون سبب قانوني إلا وتحققت قاعدة الإثراء بلا سبب. والمقصود بالسبب هو أن يكون للمثري حق قانوني في كسب الإثراء الذي حصل عليه، وهذا الحق لا يعدو أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما الحقوق : العقد والقانون.

فإذا كان إثراء الشخص سببه تصرف قانوني كالعقد والإرادة المنفردة أو واقعة قانونية في صورة العمل الغير المشروع.

فإنه لا يجوز له اللجوء إلى دعوى الإثراء بلا سبب ومثال ذلك الواهب الذي ليس له أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب وإن افتقرت ذمته في مقابل إثراء الموهوب لكون أن هذا الإثراء له سند قانوني متمثل في عقد الهبة.

وتجدر الإشارة أن الفقهاء أقروا بأهمية ركن السبب في الإثراء بلا سبب، لكن بداية اختلفوا في تفسير المقصود منه، وانقسموا اتجاهين في فرنسا :

- الاتجاه الأول : كان يرى بأنه فكرة قانونية صرفة واستبعد إسنادها إلى مصدر قانوني كالعقد والإرادة المنفردة.

- الاتجاه الثاني : كان يرى أن فكرة السبب مستمدة من مبادئ العدالة وبالتالي يتوجب رد الإثراء في كل حالة يبدو فيها انتقال قيمة من ذمة إلى أخرى انتقالا غير عادل، وهو المعنى الذي يقوم عليه الفقه في مصدر غالبية الفقه في فرنسا وكذا الفقه المغربي. ويمكن أن يكون السبب الذي حقق الإثراء في ذمة المثري ويخير له الاحتفاظ بما أثراه ويقف حائلا دون المطالبة بالرد، كل تصرف قانوني كالعقد (عقد البيع مثلا) أو إرادة منفردة كالوصية والوعد بجائزة. ومثال ذلك عقد الإيجار الذي ينص على أن التحسينات

التي يقوم بها المستأجر تعد ملكا للمؤجر عند انتهاء مدة الإيجار، ففي هذه الحالة يكون عقد الإيجار هو سبب إثراء المؤجر على حساب المستأجر ومن ثم لا يحق لهذا الأخير الرجوع والمطالبة بالتعويض على التحسينات التي قام بها بدعوى الإثراء بلا سبب.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض : "إذا استعمل مشتري قطعة أرضية التصميم المتعلق ببنائها استنادا على اتفاق بينه وبين البائع باعتبار التصميم داخلا في البيع لم يجز القول بأن المشتري أثرى بدون سبب لأن عقد البيع هو إذاك السبب القانوني للإثراء.

غير أنه تثار إشكالية عندما يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرم بين المثري والغير دون أن يكون للمفتقر طرفا فيه ويقوم العقد مع ذلك سببا قانونيا للإثراء، يمنع المفتقر من الرجوع على المثري. ومثال ذلك شخص يثرى على حساب آخر وهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له لأنه أثرى بسبب قانوني هو عقد الهبة وإن لم يكن المفتقر طرفا في هذا العقد.

السبب في الإثراء حكم من أحكام القانون : قد يكون السبب حكما من أحكام القانون وبالتالي مصدرا لكسب الإثراء ومانعا للمفتقر من الرجوع على المثري بدعوى الإثراء كون أن المثري أثرى بسبب قانوني كالشخص الذي يكتسب ملكية أرض بالتقادم مثلا فلا يمكن للمفتقر استرداد الأرض عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب وتعطيل الحكم القانوني الذي رتبته المشرع على التقادم كسب صحيح للإثراء.

كذلك يعتبر الحكم الصادر عن هيئة تحكيمية أو القضاء أو العمل الغير مشروع سندا قانونيا يسمح للمثري بالاحتفاظ بما أثراه .

وقد أجمع الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على أو قاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة مستقلة بعدما أثير نقاش حول الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، واعتبروا أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى وأن الإثراء الذي يطالب به المفتقر يجب أن يكون قائما وقت رفع الدعوى وأنه لا يمكن اللجوء إليها إذا كانت هناك دعوى أخرى ناشئة.

ومقتضى هذه الصفة هو أن لا يلجأ إليها المفتقر إلا إذا أعوزته الوسائل الأخرى، ويترتب على ذلك أنه إذا غصب شخص مالا من آخر فلا يحق للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بدعوى الكسب دون سبب على اعتبار أن الغاصب قد كسب إثراء بلا سبب.

ويرى كل من الدكتور مأمون الكزبري والدكتور الفصايلي الطيب أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية يجوز اللجوء إليها إذا ما تحققت شروط الإثراء، ويمنع على المفتقر ممارستها إذا اخلت شرط من الشروط ولا سيما إذا كان إثراء المثري يمكن أن يتم إسناده إلى سبب صحيح .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يتطرق في معرض تنصيبه على الإثراء بلا سبب على الصفة الاحتياطية بدعوى الإثراء لكن من خلال الفصل 66 يتضح أن المشرع منح للمالك حق ممارسة دعوى الإثراء لاسترداد ملكه من الحائز، الأمر الذي يبين أن المشرع يعتبر دعوى الإثراء دعوى

أصلية يمكن رفعها متى توفرت شروطها بحيث يحق للمفتقر اللجوء إليها بصرف النظر عن وجود وسيلة أخرى تمكنه من الحصول على حقه من المثري.

الفقرة الثانية : آثار الإثراء بلا سبب

عند اجتماع الشروط السالف ذكرها في الإثراء بلا سبب، فإنه يترتب عليه التزام المثري برد ما أثرى به دون سبب لمن تحقق لديه افتقار مع التعويض إن اقتضى الحال أو التعويض فقط في حالة تعذر أو استحالة الرد.

1- التزام المثري برد العين

فالمثري يلتزم برد العين للمفتقر ما دامت العين التي حازها بدون سبب موجودة تحت يده.

وهنا جاء في الفصل 66 من قانون الالتزامات والعقود أن "من تسلم أو حاز شيئاً أو أية قيمة مما هو مملوك للغير بدون سبب يبزر هذا الإثراء التزم برده لمن أثره على حسابه".

و المثري قد يكون حسن النية وقد يكون سيء النية فبالنسبة للمثري حسن النية فإنه يلتزم برد ما عاد إليه من نفع من تاريخ المطالبة بالرد كما ينص على ذلك الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود (الفقرة الأخيرة).

أما بالنسبة للمثري سيء النية وحسب الفصل السابق ذكره، فإنه يلقي على عاتقه رد الثمار والزيادات والمنافع التي جناها وتلك التي كان من واجبه أن يجنيها لو أحسن الإدارة، وذلك من يوم الوفاء أو من يوم تسلم الشيء بغير حق.

أما إذا هلك الشيء أو تعيب بفعل المثري أو خطئه فإنه يلزم برد قيمته يوم تسلمه إياه دون تمييز بين أن يكون حسن أو سيء النية كما يفهم من منطوق الفصل 75. لكن إذا هلك الشيء نتيجة قوة قاهرة فالمثري لا يلتزم بالضمان إلا إذا كان سيء النية. أما إذا كان حسن النية فإنه لا يلتزم بشيء باستثناء ما عاد عليه من منفعة ترتبت على الهلاك أو إتلاف.

2- التزام المثري برد الثمن أو بتحويل الحق

حيث يلزم المثري إذا استحال رد العين إلى المفتقر بسبب بيعها من قبل المثري برد الثمن حيث تنص الفصل 76 على أنه "إذا كان من تسلم الشيء بحسن نية قد باعه فإنه لا يلتزم إلا برد ثمنه أو بتحويل ماله من حقوق على المشتري إذا استمر على حسن النية إلى وقت البيع".

من خلال هذا الفصل يتضح أن المشرع كذلك يميز بين حسن النية وسيء النية. فالمثري حسن النية إذا باع الشيء الذي كان بحوزته وهو لا يزال على حسن نيته إلى وقت البيع. لا يسأل إلى في حدود الثمن الذي فيه الشيء، وإن كانت قيمته تفوق ذلك، بمعنى إذا قبض الثمن يرده المفتقر وإذا بقي الثمن عالقا بذمة المشتري، فالمثري تبرأ ذمته. لكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو بيع المثري للشيء متعمداً أو بسوء نية.

أمام غياب نص ينظم هذه الحالة، فالدكتور مأمون الكزبري يرى في هذه الحالة بالزامية بقية الشيء وقت تسليمه إياه، قياس على حالة الهلاك إذا كانت القيمة أصلح للمفتقر من الثمن الذي بيع فيه الشيء وإلا فمن حق المفتقر في رأينا المطالبة بالثمن.

وفي حالة إذا كان الإثراء مترتباً عن منفعة معينة حصل عليها المثري حسن النية من عمل الغير أو خدمة مما قدمه المفتقر إلى المثري، فالمثري يلتزم بتعويض المفتقر في حدود ما أثرى به من فعله أو شيء، وهذا ما نص عليه الفصل 67 من قانون الالتزامات والعقود.

كالشخص الذي يسكن منزلاً دون عقد إيجار، أو كالمهندس الذي يضع تصميمًا ينتفع به رب العمل أو الموظف الذي يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل، فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل وبالقدر الذي جناه رب العمل من نفع بفضل اختراع الموظف أو ما انتفع به من تصميم المهندس.

وفي حالة إذا كان المثري سيء النية وتوصل إلى منفعة من شيء يعود للغير، فالمشرع لم يتطرق لذلك لكن انطلاقاً من المبادئ العامة وتطبيق الفصل 75 من ق.ل.ع فإن المثري سيء النية يلتزم برد ما تسلمه أو قيمته يوم تسلمه، وإلزامه برد كامل الثمار، وإلزامه بكامل ما افتقر به المفتقر بغض النظر على النفع الذي حصل عليه المثري.

المطلب الثاني : أحكام الإثراء بلا سبب

إذا توفرت الأركان السالف ذكرها ترتب عن ذلك التزام المثري برد الإثراء وينشأ للمفتقر الحق في رفع دعوى الإثراء (الفقرة 1) والمطالبة بالتعويض (الفقرة 2).

الفقرة الأولى : دعوى الإثراء

بمجرد حصول واقعة الإثراء بلا سبب ينشأ الحق في الدعوى :

أولاً: أطراف الدعوى

ككل دعوى فدعوى الإثراء بلا سبب تضم كل من المدعي وهو المفتقر ومن يقوم مقامه بنيابة قانونية (الولي، الوصي، المقدم) أو اتفاقية (الوكالة) وخلفه العام (الوارث) وخلفه الخاص، فإذا مات المفتقر حل وارثه محله في المطالبة بالتعويض ويجوز للدائن المفتقر أن يطالب المثري بالتعويض مستعملاً حق المفتقر عن طريق الدعوى الغير المباشرة. ويمكن للمفتقر أن يتنازل عن حق في التعويض إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثري.

أما المدعى عليه فهو المثري ومن يقوم مقامه وخلفه العام والخاص. ولا يشترط في الطرفين التوفر على أهلية الأداء إنما فقط حين يكون المثري عديم أو ناقص الأهلية فإنه لا يلزم بأن يرد ما أثرى به إلا إذا كان ما زال موجوداً في ماله أو انفقته فيما يعود عليه بالنفع .

فناقص الأهلية كالصبي المميز والسفه يصح أن يفتقر بأن يثري شخص على حسابه دون سبب قانوني فيصبح بذلك دائناً للمثري لكن ماذا لو تعدد المفتقرون، مقابل إثراء شخص واحد، هل يتم تطبيق قاعدة تضامن الدائنين ؟

في هذه الحالة يصبح المفتقرون دائنين للمثري ومثال ذلك إثراء شخص على حساب شركائه في الشيوخ كل منهم يستحق تعويض بقدر نصيبه ولا تضامن بينهم ولكل منهم دعوى مستقلة عن الآخرين، وتقدير التعويض متروك للقاضي. كذلك الشأن في حالة تعدد المثري كمثال على ذلك الشركاء على الشيوخ، الذين يثرون على حساب الغير فيكونون مدينين للمفتقر بالتعويض ليسوا مسؤولين بالتضامن. وإذا كان المدعي هنا (المفتقر) يطالب بالتعويض عما لحقه من افتقار في حدود ما أثرى به المثري فالمدعي عليه يدفع دعوى الإثراء إما بإنكاره قيام الدعوى من الأصل، إذا تخلف ركن من أركانها، وإما أن يقر إن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام وإما أن يقر بأن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم.

ثانياً: إثبات الإثراء

باعتبار أن الإثراء واقعة قانونية فإن لكن من المفتقر والمثري استعمال كافة وسائل الإثبات وكذا وسائل لنفي أو تقدير العناصر المكونة للإثراء بما فيها البيئة والقرائن والمعاينة والخبرة وأقوال الشهود...

ثالثاً : تقادم دعوى الإثراء

إذا كانت التشريعات المقارنة تحدد مدة معينة يتعين فيها على المفتقر أن يرفع دعواه كالقانون المدني الأردني في الفصل 311، ينص على أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم في جميع الأحوال بمضي 3 سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. والقانون الجزائري ينص في الفصل 142 على أن دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب تسقط بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه خسارة بحقه في التعويض وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

نفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري، نص على أن دعوى الإثراء تسقط بمرور 3 سنوات أو بمرور 15 سنة في جميع الأحوال.

أما المشرع المغربي فلم ينص على مدة معينة لتقادم دعوى الإثراء بلا سبب مما يجعل الدعوى تتقادم وفق القاعدة العامة أي بمرور 15 سنة من حدوث واقعة الافتقار.

الفقرة الثانية : الالتزام بالتعويض

يتجلى مصدر حق المفتقر في التعويض في واقعة الإثراء بلا سبب، فإذا توفرت أركان هذا الأخير وترتب عنها افتقار شخص مقابل إثراء آخر فإن هذا الأخير يلزم برد المال أي الشيء الذي تسلمه أو حازه نتيجة هذه الحالة أو يلزم بدفع تعويض في حالة تعذر رد الشيء أو أن ما جناه كان مجرد منفعة.

وذلك ما يتضح من خلال الفصلين 66 و 67 من قانون الالتزامات والعقود.

وباستقراء الفصل 75 يتضح أن التعويض في حالة هلاك العين وتلفها بفعل المثري أو خطئه يلزم برد قيمتها في يوم تسلمه إياه.

وإذا هلك الشيء بقوة قاهرة فالمثري يلتزم بأن يرد لصاحبه قيمته في يوم تسلمه إياه مع الزيادات والثمار والمنافع التي جناها وتلك التي قصر في جنيها، والمثري حسن النية يلتزم بتعويض في حدود ما عاد عليه بالنفع ومن تاريخ المطالبة. رد المثري لما أثرى به يجب ألا يؤثر سلباً بأن يؤدي للمفتقر أكثر مما أثرى به بل رده للإثراء تحكمه قاعدة أن المثري ملزم برد أقل القيمتين بمعنى تحديد قيمة الافتقار وقيمة الإثراء وتكون العبرة بوقت قيام الالتزام وقت وقوع الإثراء لا بوقت رفع الدعوى وليس بوقت صدور الحكم في تحديد قيمة الإثراء. أما قيمة الافتقار فالعبرة بوقت صدور الحكم، والقاضي يحسب القيمتين فإن كانتا متساويتين فلا إشكال وإن كانت قيمة الافتقار أقل من قيمة الإثراء التزم المثري برد قيمة الافتقار فقط. فإن قدرت قيمة الافتقار بألف درهم وقيمة الإثراء بثلاثة آلاف درهم يؤدي المثري ألف درهم، وليس للمفتقر أن يطالب بالألفين درهم التي استنفذها المثري، وفي حالة إذا كانت قيمة الإثراء أقل من قيمة الافتقار التزم المثري برد قيمة الإثراء كأن تقدر قيمة الافتقار في 4 آلاف درهم والإثراء في ألف درهم فالمثري سيؤدي ألفي درهم فقط، وتبقى الألفان بدون تعويض ولا يطالب بهما المثري.

ومن خلال ما سبق يمكننا استخلاص أن الإثراء بلا سبب لا يقوم إلا بحدوث افتقار من جانب الدائن والزيادة أو الاغتناء من جانب المدين وتوفر أركانه يمكن من رفع دعوى الإثراء بلا سبب والمطالبة برد الإثراء أو التعويض إلا أن هنا الإثراء في حد ذاته له تطبيقات متمثلة في صورتين أساسيتين هما الدفع غير المستحق والفضالة وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب

تتلخص أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب في دفع غير المستحق (المطلب الأول) والفضالة (المطلب الثاني) باعتبارهما من أهم صور الإثراء بلا سبب.

المطلب الأول : أحكام دفع غير المستحق

دفع غير المستحق هو الوفاء بدين غير واجب الدفع على من قام بدفعه (الموفي) ظنا منه أنه ملزم بدفعه أي أنه مدين به، فيترتب في هذه الحالة إلزام الموفي له (المثري) برد ما أداه له الموفي (المفتقر) دون حق. وقد نظم المشرع المغربي دفع غير المستحق باعتباره من أهم صور الإثراء بلا سبب، وخصص له من الفصول 68 إلى 74 من ق.ل.ع.

وبالتالي فإن دفع غير المستحق لا يتحقق إلا بتوافر مجموعة من الشروط (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط دفع غير المستحق

لا ينشأ التزام برد غير المستحق إلا إذا كان هناك وفاء (أولا) وأن لا يكون لهذا الوفاء سبب. (ثانيا) وأن يكون الموفي قد قام بالوفاء ظنا منه أنه مدين (ثالثا).

أولا : يجب أن يكون هناك وفاء

لا يقوم الالتزام بالرد في الوفاء بغير المستحق إذا لم يوجد وفاء بالدين فعلا. ويقصد بالوفاء هنا كل عمل من أعمال الوفاء يصدق عليه وصف التصرف القانوني المبرى للذمة.

وبالتالي فالوفاء يعتبر من بين أهم الالتزامات الواقعة على المدين ليتحلل من الالتزام الواقع عليه، وقد يحدث أن يفي الملتزم (المدين) بالتزامه عن غلط منه بأنه مدين، فإذا به ليس كذلك، وفي هذا ما نصت عليه الفصل 68 من ق.ل.ع: "من دفع ما لم يجب عليه، ظنا منه أنه مدين به نتيجة غلط في القانون أو في الواقع كان له حق الاسترداد على من دفعه له".

والوفاء بدوره قد يكون وفاء عاديا كما سبق ذكره، وقد يكون وفاء شبيها بالوفاء كما في المقاصة* أو الإنابة* أو التجديد*.

ويقوم مقام الدفع أيضا إقامة إحدى الضمانات وتسليم حجة تتضمن الاعتراف بدين أو أية حجة أخرى تهدف إلى إثبات وجود التزام أو التحلل منه كالإقرار ومنح المدين وهنا أو كفالة لدائنه.

وباعتبار الوفاء تصرف قانوني، فما هي القواعد العامة في إثبات هذا التصرف ؟

يقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهاوري "إن أعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو البينة".

ويتضح لنا مما سبق قوله أعلاه إن الكتابة ركن في إثبات الوفاء وكافة التصرفات الأخرى التي تنطوي عليها كوجود الوفاء أو انقضائه، باعتبارها من أهم وسائل الإثبات التي يقررها القانون والدليل على ذلك تقديم حجج وضمانات تفيد وجود هذا الالتزام أو تحلله وذلك وفقا لما نص عليه الفصل 74 من ق.ل.ع، فبدون شك قد توخى المشرع من وجود هذه الضمانات والحجج اشتراط الكتابة في إثبات الوفاء فبدون الكتابة لا وجود لهذه الضمانات.

ثانيا : يجب ألا يكون للوفاء سبب

إن دفع غير المستحق يقوم على قرينة عدم وجود سبب للوفاء يستند إليه، فانعدام السبب في الوفاء يرتب حقا في استرداد ما دفع إذ لا مجال لاسترداد ما دفع إذا كان للدفع سبب.

ويكون الدين غير مستحق الوفاء إذا لم يكن السبب غير متحقق أصلا، أو أن يكون سببا مستقبلا لم يتحقق، أو يكون قد زال بعد تحققه.

فالاسترداد يصح في هذه الحالات جميعا، وقد أوضح المشرع المغربي ذلك إذ نص في الفصل 68 على منح حق الاسترداد لمن دفع ما ليس مستحقا عليه ظنا منه أنه مدين به، وهي الحالة التي يكون فيها الدفع لسبب غير متحقق أصلا، ثم أضاف في الفصل 70 على أنه "يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبلي لم يتحقق أو لسبب كان موجودا ولكنه زال". وعليه يكون دفع غير مستحق الوفاء لانعدام السبب في حالتين:

الحالة الأولى : الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء.

الحالة الثانية : الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق بعد ذلك.

1- الحالة الأولى : الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء: يكون الدين غير مستحق وقت الوفاء

وذلك في صور عدة من بينها أن يكون الدين منعدم من الأصل (أ) وأن يكون محتمل الوجود ويؤمل استحقاقه ولكنه لم يستحق (ب) وأن يكون كذلك الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به (ج).

أ - في الدين منعدم أو غير موجود أصلا

يكون الدين غير موجود أصلا إذا كان وهميا بمعنى أن الدافع توهم أو ظن أنه واجب عليه، في حين أن الحقيقة خلاف ذلك، وكمثال على ذلك أن يقوم وارث بتنفيذ وصية رجع عنها الموصي.

ويختلف انعدام وجود هذا الدين فيما إذا كان ليس له وجود بالنسبة للدافع أو المدفوع له على حد سواء.

فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظنا أنه يدفع دين نفسه، كأن يدفع شخص ديننا ظنا منه أنه مدين به، ثم تبين بأن غيره هو المدين بهذا

الدين. أو لا يكون للدين وجود بالنسبة إلى الموفى له فحسب كأن يقوم المدين بوفاء دين مترتب عليه لشخص غير الشخص الدائن.

ويكون الدين أيضا منعدما من الأصل إذا كان مترتبا على عقد باطل وفقا لما نص عليه الفصل 306 من ق.ل.ع : "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له " فإذا كان العقد باطلا، فإن التصرف يكون باطلا بقوة القانون فالعقد الباطل لا ينتج أي أثر، ومن ثم يجوز للدافع استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا للعقد الباطل "

ومثال ذلك أن يدفع مدين لدائن فوائد باهظة تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة نتيجة استغلال الدائن حاجة المدين أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته وهو ما يجرمه القانون تحت طائلة البطلان فتصرف المدين الذي يؤدي مثل هذه الفوائد الباهظة يعتبر تصرفا باطلا يجوز معه الاسترداد.

ويقول الأستاذ على الرزاق السنهوري أن الدين يكون منعدما من الأصل إذا كان مصدره عقدا باطلا أيا كان سبب البطلان كما سبق الإشارة إليه سابقا، أو كان الدين ليس مدنيا بل دينا طبيعيا لا جبر في تنفيذه.

أي أن انعدام الدين يكون أيضا في الدين الطبيعي الذي لا جبر في تنفيذه ، و ليس في العقد الباطل فقط .

و الدين الطبيعي هو الدين الذي استوفى عناصر المديونية و المسؤولية معا.

و انطلاقا مما سبق فإن انعدام الدين يكون في الحالة التي يكون فيها الدين غير موجود بالأساس أو كان مترتبا على عقد باطل أو كان الدين طبيعيا لا جبر في تنفيذه كما سبقت الإشارة إليه .

ب – الدين محتمل الوجود و يؤهل استحقاقه ، و لكنه يستحق

أشار الفصل 70 من ق.ل.ع إلى هذه الصورة بقوله : " يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق أو لسبب كان موجودا و لكنه زال "

و يكون الدين محتمل الوجود كما في الالتزام المعلق على شرط واقف ، و كمثال على ذلك أن يلتزم شخص بإعطاء مبلغ معين لشخص آخر إذا ما نجح في الامتحان ، فتحقق الشرط الواقف مقرون بنجاح هذا الشخص في الامتحان ، فإذا كان دافع المال (الوفي) قد مكن منه الموفى له ، قبل تحقق الشرط الواقف ، وجب عليه أن يرجع على هذا الأخير باسترداد ما دفع بغير حق لان الشرط الواقف لم يتحقق بعد ، أما إذا كان قد دفع المبلغ بعد الرسوب في الامتحان وجب عليه أيضا الرجوع على الموفى له. من أجل استرداد حقه في دفع غير مستحق .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق.

و كمثال على ذلك أن يعطي شخص لأخر مبلغ من المال ، ويشترط عليه أن يتصرف في هذا المال في غرض معين ، فادا تبين بعد ذلك بان الموفى له قد تصرف في هذا المال على عكس الشرط الذي اشترطه الموفى ، ففي هذه الحالة يتحقق الشرط الفاسخ ، و لا يبقى للموفى سوى الرجوع على الموفى له لاسترداد ما دفع بغير حق .

و يحصل أن يكون الدين قد نشأ في اجل مستقبل أو انه نشأ و لكن اجل الوفاء لم يحل بعد فانه إذا حصل الدفع اعتبر دفعا لدين غير مستحق ، و جاز للموفى استرداد ما دفع ، إنما يشترط في هذه الحالة الأخيرة أي حالة وجود الأجل أن يكون الموفى جاهلا بقيام الأجل ، أما إذا كان يعلم وقت الوفاء أن الدين موجلا و مع ذلك قام بتسديده امتنع عليه الاسترداد .

ج - الدين استحق و لكن انقض قبل الوفاء به

و تتحقق هذه الصورة في الحالة التي يكون فيها الدين قد وجد في وقت من الأوقات ، لكنه انقضى قبل الوفاء به ، مثال ذلك أن يقوم الوارث بسداد دين على مورثه ، ثم يتضح بان المورث سبق و أن وفى به قبل وفاته .

1 - الحالة الثانية : الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء تم أصبح غير مستحق بعد ذلك

قد يحصل أن يزول سبب الوفاء بعد تحققه و أن يكون الدين الذي حصل الوفاء به قد زال سببه في حالات الإبطال و الفسخ.

و مثال ذلك أن يكون قد حصل الدفع تنفيذا لعقد قابل للإبطال ثم حكم ببطلانه ، كان يشتري قاصر أرضا و يدفع ثمنها ، ثم يبطل العقد بعد ذلك ، ففي هذه الحالة يكون سبب التزامه بدفع الثمن قد زال ، و يكون له استرداد ما دفع ، و كذلك إذا حصل الدفع تنفيذا لعقد صحيح منتج لأثاره ، ثم حكم بفسخه كما إذا دفع المشتري ثمن ما اشتراه ، ثم فسخ عقد البيع فيكون له أن يسترد من البائع ما دفع له.

و من حقه استرداد هذا الثمن لان إبطال عقد البيع أو فسخه أدى إلى زوال سبب التزام المشتري بدفع الثمن و بالتالي إلى زوال سبب الوفاء . فيصبح الثمن في ذمة البائع دفعا لدين غير مستحق أو يصبح من حق المشتري استرداده.

ثالثا : يجب أن يكون الموفى قد قام بالوفاء ظنا منه انه مدين

إن دفع غير المستحق لا يقوم إلا إذا كان الموفى قد قام بالوفاء ظنا منه ، و عن غلط انه مدين سواء كان غلطه في الواقع أو في القانون ، كان يدفع الوارث الدين عن مورثه ، و هو يجهل أن مورثه أدى ما عليه من دين . و هذا غلط في الواقع ، أو كأن يحصل للمدين غلط في القانون وفي كلتا الحالتين يجوز للموفى استرداد ما دفعه كلا أو بعضا .

و ذلك وفقا لما جاء في الفصل 68 من ق.ل.ع الذي ينص انه : " من دفع مالم يجب عليه ظنا منه انه مدين به ، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع ، كان له حق الاسترداد على من دفعه له... " .

و انطلاقا من هذه الفصل يتبين لنا بان المشرع قد علق اشتراط الموفى في استرداد ما دفع بغير حق على شرط ، و هو أن يكون قد وقع في غلط سواء كان غاط في القانون أو في الواقع .

فإذا كان الموفى لم يقع في أي غلط ، بل قام بالدفع و هو يعلم انه ليس مدينا بشيء فلا يجوز له استرداد ما دفعه لان الشرط تحقق حالة دفع غير المستحق هو وقوع الموفى في غلط في القانون أو الواقع . و بالتالي فإذا قام شخص بالوفاء و هو يعلم انه غير ملزم بذلك فليس له أن يسترد ما أداه ، إذ يعتبر أن ليده قصد التبرع .

و على الرغم من اشتراط المشرع على الموفى أن يقع في غلط كي يسترد ما دفعه دون حق إلا انه اوجد حالات لا يعتد فيها بهذا الغلط ، و لا يكون فيها للموفى الحق في استرداد ما دفعه .

و تتمثل هذه الحالات فيما نص عليه المشرع في الفصل 72 من ق.ل.ع التي ينص على أن :

" الدفع الذي ثم تنفيذا للدين سقط بالتقادم أو التصرف على سبيل التبرع و لو كان يعتقد عن غلط انه ملزم بالدفع أو كان يجهل واقعة التقادم " .

و كذلك لا محل لاسترداد ما دفعه لسبب مستقل لم يتحقق كالوفاء بدين معلق على شرط واقف إذا كان من قام بالوفاء يعلم عند الوفاء استحالة تحقق هذا السبب أو كان هو نفسه قد حال دون تحققه .

و يقع أيضا بمنزلة الدفع الوفاء بمقابل و إقامة إحدى الضمانات و تسليم حجة تتضمن الاعتراف بدين او اية حجة أخرى تهدف إلى إثبات وجود الالتزام أو التحلل منه .

و انطلاقا مما سبق و عند توافر كافة الشروط السالفة الذكر يترتب عن دفع المستحق الآثار الآتية:

الفقرة الثانية :دعوى دفع غير المستحق

متى تحققت شروط دفع غير المستحق ، ينشأ حق لمصلحة الموفى في أن يسترد ما دفعه عن طريق دعوى استرداد غير المستحق .و يلتزم بالرد حتى في الحالة التي يكون فيها الوفاء مبنيا على سبب مخالف للقانون أو للأخلاق الحميدة ، و هذا ما أشار إليه الفصل 72 من ق.ل.ع بقوله : **" لا يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو للنظام العام أو للأخلاق الحميدة " .**

و للخوض في هذه الآثار المترتبة عن دفع غير المستحق سنتعرض لها و باختصار لأننا سبق و إن أوردناها في المبحث المتعلق بالآثار المترتبة عن الإثراء بلا سبب لأنها هي بحد ذاتها لآثار المترتبة عن دفع غير المستحق .

و للإشارة فقط سنعرض للآتي : مدى الاسترداد و تأثيره بحسن أو سوء نية المثري (أولا) ، و حالات سقوط هذه الدعوى في حالات خاصة (ثانيا)

أولاً : مدى الاسترداد و تأثيره بحسن أو سوء نية المثري

يجب على من تسلم غير المستحق أن يرد ما تسلمه على انع ينبغي التفرقة بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيء النية ، وذلك تطبيقاً لنص الفصل 75 من ق.ل.ع ، ويكون المثري حسن النية إذا كان لا يعلم انه يتسلم مالا أو شيئاً غير مستحق له، ويفترض في المدفوع له حسن النية و المدعي إثبات العكس.

و بهذا فان الاسترداد يختلف بحيث ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيء النية .

و قد نص الفصل 30 من القانون المدني الأردني بأنه : " على المحكمة أن تلتزم قبض شيئاً بغير حق أن يردده إلى صاحبه ، ولها علاوة على ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع، و لها أيضاً تعويض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيته ".

و الملاحظ من خلال هذه الفصل التي أوردها المشرع الأردني انه لم يفرق فيما إذا كان المدفوع له الذي يحق له رد ما قبض حسن النية أو سيئها ،

و هذا عكس ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 75 من ق.ل.ع حيث ميز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها .

و قد يحصل أن يكون المدفوع له حسن النية عند التسلم تم يصبح فيما بعد سيء النية في الفترة اللاحقة للعلم.

أي أن المدفوع له في بادئ الأمر يكون حسن النية باعتقاده أن ما دفع يصبح على علم بأنه كان مستحقاً له، و بمجرد رفع دعوى الاسترداد من قبل الدافع ، فانه يصبح على علم بأنه قد قبض ما ليس مستحقاً له ، وفي هذه الحالة قد يبقى المدفوع له على حسن نية و يرد ما قبض دون حق ، او قد ينقلب عكس ذلك فيصبح سيء النية و يتمسك بما قبضه على أساس انه كان مستحقاً له .

و المفروض أن المدفوع له حسن النية لا يكلف بإثبات حسن نيته ، و الدافع هو الذي عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ويجوز إثبات حسن نية ، و الدافع هو الذي عليه أن يثبت سوء نية واقعة مادية.

و عموماً فان المثري حسن النية لا يلزم إلا برد ما تسلمه أو برد قيمته يوم تسلمه إياه و لا يضمن الهلاك أو التلف الحاصل بقوة قاهرة كما لا يسأل الا في حدود ما عاد عليه من نفع و من تاريخ المطالبة، اما المدفوع له سيء النية فانه يضمن الهلاك الحاصل بقوة قاهرة من وقت تلقيه الشيء كما يلتزم برد الثمار و الزيادات و المنافع التي جناها و تلك التي قصر في جنيها من يوم تسلمه الشيء بغير حق او من يوم حصول الوفاء له.

و هذا فيما يخوض المدفوع له الكامل الأهلية ، فما هو إذن حكم تناقص الأهلية ؟

إذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية حتى لو انه لو دفع و هو غير أهل للوفاء فانه سيرد ما دفع ، فان المدفوع له لا يشترط فيه الأهلية في الأصل إذا ان التزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا ، غير ان المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية بان كان قاصرا أو محجورا عليه ، عوامل برعاية اكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظرا انقص أهليته ، فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع فعلا .

ثانيا : سقوط دعوى الاسترداد في الأحوال التالية

أ – اذا كان الموفى له غير ملزم بالرد إذا كان و بحسن النية قد تجرد من سند الدين كما لو تلف أو أبطله ، أو تجرد من تأمينات دينه أو ترك دعواه ضد المدين الحقيقي لتتقدم ، ويلزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء.

و هكذا فانه اذا ما توافرت هذه الشروط فان دعوى المدعي تسقط ، وفي هذه الحالة لا يبقى له سوى المطالبة بما دفعه في مواجهة الموفى له ، و لكن في مواجهة المدين الحقيقي .

ب – يسقط الحق في الاسترداد بالتقدم بمضي خمس عشرة سنة وفق ما جاء في الفصل 387 ق.ل.ع الذي ينص :

" كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقدم بخمس عشرة سنة فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد و الاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة " .

و قد نص أيضا الفصل 178 من القانون المدني المصري على أنه :

"تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، و تسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

و مدة ثلاث سنوات هذه تسري من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد فلا يبدأ سريان التقدم هنا م يوم قيام الالتزام في ذمة المدفوع له ، بل من اليوم الذي علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه .

و بناء عليه فان الحق في الاسترداد يسقط بالتقدم بانقضاء اقصر المدتين ، اما بانقضاء ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام.

المطلب الثاني : الفضالة

تعد الفضالة تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب و قد نظمها المشرع المغربي في قانون الالتزامات و العقود في الباب الخامس من القسم السادس و خصصها بالفصول من 943 إلى 958 .

و قد عرفها الفصل 943 بقوله : " إذا باشر شخص ، باختياره أو بحكم الضرورة شؤون احد من الغير في غيابه أو بدون علمه ، و بدون ان يرخص له في ذلك منه أو من القاضي ، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة " .

فيما عرفها القانون المدني المصري في الفصل 188 التي نص على أن : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك " .

و عموماً فالفضالة يقصد بها في هذا المقام أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك كأن يقوم شخص بجني محصول ارض جاره المسافر ، ففي هذه الحالة الفضولي يقوم بهذا العمل ليحقق منفعة لجاره ، مع انه يوجد إلزام قانوني يوجب عليه القيام بذلك . و سنتولى الحديث عن أركان الفضالة في الفقرة الأولى و أحكام الفضالة في الفقرة الثانية .

الفقرة الأولى: أركان الفضالة

انطلاقاً من الفصل 943 من قانون الالتزامات و العقود المغربي يتضح أنه لقيام الفضالة يتعين أن تتحقق ثلاثة أركان : ركن قانوني و ركن مادي و ركن معنوي على النحو الآتي :

أولاً : الركن القانوني

وهو قيام الفضولي بشأن مستعجل لفائدة الغير لم يكن ملتزماً به ولا منهي عنه. حيث يشترط في الركن القانوني للفضالة ألا يكون الفضولي إزاء الشأن العاجل الذي يقوم به ملتزماً به أو موكلاً فيه ولا منهي عنه، وهذا الركن هو الذي يحدد الموقف القانوني لكل من الفضولي و رب العمل من الشأن العاجل.

ينبغي على ذلك القول بأن تدخل الفضولي للقيام بالعمل إذا كان مرده التزام على عاتقه فهو ليس بفضولي سواء كان التزامه هذا بناء على عقد كما في الوكالة أو كان مرجعه نص القانون كالولي والوصي أو كان مصدره أمر القاضي كالحرس القضائي الذي يعينه القاضي على الشيء المتنازع عليه.

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب حتى يكون فضولياً أن لا يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن، لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولي يتبرع بالعمل لمصلحة الغير بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن، وغالب الأحيان أن الفضالة تتحقق و رب العمل لا يعلم بأن الفضولي قد تولى شأنًا مستعجلاً يعود له. لكن قد يحصل أن رب العمل قد يكون على علم أو يخبر بأن أحد من الغير قد تولى شأنًا من شؤونه المستعجلة فيقره على ذلك. فهنا يصبح الفضولي بمثابة وكيل وهذا ما نص عليه الفصل 958 من ق.ل.ع بقوله :

"إذا أقر رب العمل صراحة أو دلالة ما فعله الفضولي فإن الحقوق والالتزامات الناشئة بين الطرفين تخضع لأحكام الوكالة ابتداء من مباشرة العمل، أما في مواجهة الغير فلا يكون للإقرار أثر إلا ابتداء من وقت حصوله"، لكن رب العمل إذا نهى الفضولي عن القيام بالعمل فيجب أن يمتنع عن ذلك وإلا أصبح مسؤولاً عما يلحقه من ضرر حتى ولو لم يصدر منه أي خطأ يمكن يعزى إليه وذلك وفقاً للفصل 947 من ق.ل.ع.

إلا أن المشرع المغربي في الفصل 948 أقر حالتين لا يمكن معهما الاحتجاج بمخالفة رغبة رب العمل وذلك إذا اضطر الفضولي أن يعمل على وجه السرعة ما يقتضيه:

1- الوفاء بالتزام يتحمل به رب العمل ويتطلب الصالح العام تنفيذه.

2- الوفاء بالتزام قانوني بالنفقة أو بالمصروفات الجنائزية أو بالتزامات أخرى من نفس طبيعتها.

ولكن ما الحكم إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل في شأن من شؤونه ولم يمنعه ذلك؟ الحكم أنه إذا وقف رب العمل من الغير المتدخل موقفاً سلبياً اعتبر المتدخل فضولياً، وعليه فإن الفضالة تتحقق في إحدى الحالتين:

- إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي.

- إذا كان رب العمل يعلم بتدخل الغير ولكنه يتخذ موقفاً سلبياً لا يدعوه إلى العمل ولا ينهاه عنه.

ثانياً : الركن المادي

إتيان الفضولي لشأن مستعجل لفائدة رب العمل والشأن أو العمل المقصود يتعين أن يكون عاجلاً، سواء كان تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً.

1- التصرف القانوني

يصح أن يكون الفضولي وكيلًا في الأصل عن رب العمل ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالماً بذلك أو غير عالم فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي، أو يستمر في العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته.

وقد يعمل الفضولي دون وكالة أصل فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل، كأن يقبل هبة من الواهب إلى رب العمل أو أن يؤجر عينا شائعة بينه وبين رب العمل أو يبيع محاصيل زراعية لرب العمل مخافة التلف. وبالتالي يصبح في حكم الوكيل عن رب العمل وهي وكالة قانونية وليست اتفاقية فينصرف أثر التصرف الذي قام به الفضولي مباشرة إلى ذمة الأصيل.

2- العمل المادي

لما كانت الفضالة تطبيقاً من التطبيقات الخاصة لنظرية الإثراء بلا سبب جاز أن يقوم الفضولي بعمل مادي كما يقوم بالتصرف القانوني وبهذا تختلف الفضالة عن الوكالة.

والعمل المادي الذي يقوم به الفضولي قد يكون عملا ماديا بالنسبة إلى رب العمل كما إذا تعاقد الفضولي مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلل يتهدهده بالسقوط والانهيار فهذا يعتبر تصرفا قانونيا فيما بينه وبين المقاول لكنه يعتبر عملا ماديا بالنسبة لرب العمل.

وفي هذه الحالة إذا تعاقد الفضولي باسمه الشخصي اشترط فيه الأهلية الواجب في التصرفات القانونية لأن العقد تنصرف آثاره إليه. أما إذا تعاقد بالنيابة عن رب العمل فيكفي أن يكون مميزا لأن آثار العقد تنصرف إلى الغير.

أو قد يكون عملا ماديا في ذاته، كأن يطفئ حريقا اشتعل في منزل لرب العمل أو أن يقيد رهنا لمصلحة رب العمل وما إلى ذلك من الأعمال المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل، وغني عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ويدخل في ذلك البينة والقرائن.

ولقيام الفضالة لا يكفي أن يكون التصرف القانوني أو العمل المادي نافعا فقط بل وأن يكون ضروريا ومن الشؤون العاجلة لرب العمل والتي ما كان هذا الأخير ليتوانى في القيام بها فقام بها الفضولي ناظرا إلى مصلحة رب العمل.

ثالثا : الركن المعنوي : قصد الفضولي العمل لفائدة الغير

إن الركن المعنوي هو الذي يميز الفضالة على الإثراء بلا سبب، ويقصد بالركن المعنوي أن تنصرف نية الفضولي وهو يتولى شأنًا للغير أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل وذلك إما أن يكون على علم بالأمر وإما أن لا يعلم شيئا.

ولذلك فإنه يتعين لتحقيق الفضالة أن يكون الفضولي على بينة من الأمر وهو يعمل لمصلحة رب العمل أما إذا كان العمل لمصلحة نفسه فإنه لا يعتبر كذلك حتى ولو عاد تدخله على الغير بالنفع أو الفائدة. والفضالة تتحقق أيضا حتى ولو تولى الفضولي شأن نفسه وشأن غيره في آن واحد وكان لا يمكن بحال فصله أحد العاملين عن الآخر، ما دام يعي ما قام به.

أما في حالة قيام الفضولي بعمل للغير من غير بينة منه فإنه تنتفي عنه صفة الفضولي ولو اكتشف بعد ذلك أنه يعمل لمصلحة غيره وبالتالي فعليه الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

الفقرة الثانية : أحكام الفضالة

تحدثنا في الفقرة الأولى عن الأركان الأربعة لتحقيق الفضالة ، قادا ما وجدت هذه الأركان ، فمعنى ذلك إن هناك التزامات ترتبت على طرفي الفضالة و هما الفضولي اولا و رب العمل ثانيا .

أولا التزامات الفضولي

تتحدد التزامات الفضولي كما تناولها قانون الالتزامات والعقود المغربي في الآتي :

الالتزام الأول : مضي الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من الاستمرار فيه بنفسه .

و ينص على هذا الالتزام الفصل 944 من ق.ل.ع، ولا ريب أن هذا الالتزام تقتضيه العدالة فطالما أن الفضولي قد قام بعمل لم يطلب منه ولا يوجد التزام يفرض عليه القيام به و بالرغم من ذلك تدخل في شؤون غيره و قام بالعمل فان الأمانة و الجد توجب عليه أن يستمر في هذا العمل حتى يأتي صاحبه و يباشره بنفسه و يخطى به صاحبه أن تيسر له ذلك .

2 – الالتزام الثاني : إخطار الفضولي رب العمل

لم ينص قانون الالتزامات و العقود المغربي على هذا الالتزام فان الفقه.

يرى بضرورة التزام الفضولي بإخطار رب العمل متى استطاع إلى ذلك سبيلا ليتمكن من تدبير أمره بنفسه ، و هذا على عكس القانون المدني المصري الذي ينص على هذا الالتزام في الفصل 191 منه.

3 – الالتزام الثالث : بدل الفضولي عناية الشخص الحازم الضابط لشؤون نفسه

و هذا ما نص عليه الفصل 945 من ق.ل.ع ، حيث ألزم الفضولي ببذل عناية الشخص العادي الحازم فهو غير ملزم بتحقيق نتيجة و ذلك وفق رغبة رب العمل المعروفة منه أو المفترضة ، و هو معيار شخصي و ليس معيار موضوعيا قد يفتح الباب لكثير من النزاعات ، قد تعرض الفضولي إلى المساءلة .
والفضولي كما قد يسأل عن خطئه ولو كان يسيرا، فإن تدخله بقصد دفع ضرر حال وكبير كان يهدد رب العمل أو بقصد إتمام واجبات وكالة كانت لموروثه فإنه لا يسأل إلا عن تدليسه أو خطئه الفاحش.

4- الالتزام الرابع: تقديم الفضولي الحساب إلى رب العمل ورد ما تسلمه نتيجة العمل :

والفضولي حينما يقوم بهذا الالتزام إنما يكون بمثابة الوكيل، ومن ثم فهو يلتزم بما يقع على الوكيل في هذا الشأن من حفاظه على ما تحت يده وتقديم حساب على أعماله، وإذا كان قد باع شيئا لرب العمل فعليه أن يرد كل ما تسلمه في هذا الصدد وبالتالي تنطبق عليه التزامات الوكيل المنصوص عليها في الفصل 908 من ق.ل.ع.

ومما تجدر الإشارة إليه أن موت الفضولي ينهي الفضالة وتخضع التزامات ورثته لأحكام الفصل 941 التي تنص على حكم موت الوكيل وعلى التزامات ورثته.

ثانيا : التزامات رب العمل

لقد حدد الفصل 949 من ق.ل.ع. التزامات رب العمل وهي كالاتي:

1 - الالتزام الأول : أن يتحمل مباشرة الالتزامات التي تعاقد عليها الفضولي لحسابه

إن أثر التصرفات التي قام بها الفضولي تنصرف مباشرة إلى رب العمل حقوقا أو التزامات، فيصبح هذا الأخير دائنا بالحقوق ومدينا بالالتزامات ومن ثم كان على رب العمل أن ينفذ الالتزامات التي نجمت عن هذه التصرفات.

2 - الالتزام الثاني : أن يعرض الفضولي عن تعهداته الشخصية لحساب رب العمل

فقد يحدث أن يتعاقد الفضولي لمصلحة رب العمل ولكن باسمه هو شخصيا، كأن ينفق مع مقاول على إصلاح منزل رب العمل، فطالما أن الفضولي قد تعاقد باسمه فإن أثر التصرف ينصرف إليه، فيصبح هو دائنا بالحقوق ومدينا بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد، فإذا وفى هذه الالتزامات للمقاول مثل كان له أن يرجع بها على رب العمل.

3 - الالتزام الثالث: رد النفقات الضرورية والنافعة

والالتزام برد النفقات الضرورية والنافعة يقع على رب العمل شريطة ألا يكون مبالغا فيها من قبل الفضولي، مضافا إليها فوائد من يوم دفعها.

4 - الالتزام الرابع: تعويض الفضولي عن الخسائر التي تحملها

قد يلحق الفضولي ضرر أثناء قيامه بالعمل، يطفئ حريقا فيتلف أمتعة مملوكة له فإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن بإمكانه أن يتوقاه فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تجسمها أثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه

وإذا كان العمل مشتركا بين عدة أشخاص، التزم هؤلاء تجاه الفضولي بنسبة مصلحة كل منهم فيه.

وتجدر الإشارة إلى أن وفاة رب العمل لا تؤثر على قيام حقوق الفضولي تجاه الورثة إذ أن الفضولي يظل كذلك بالنسبة للورثة كما كان بالنسبة لمورثهم.

على عكس إذا مات الفضولي فعندئذ تنقضي الفضالة طبقا للفصل 957 من ق.ل.ع.

خاتمة

يتضح من خلال هذه الدراسة أن نظرية الإثراء بلا سبب قد اختلفت طريقة اعتمادها في معظم التشريعات ، فمنها من اعتبرها أساسا ثانويا للالتزامات و أخرى صنفتها كمصدر من مصادر الالتزام .

أما المشرع المغربي فقد تناول نظرية الإثراء بلا سبب بطريقة خاصة في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الأول تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود و نظمها إلى جانب دفع غير المستحق فيما تناول الفضالة في الباب الخامس من القسم السادس من الكتاب الثاني تحت عنوان أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة في حين انه كان من الأجدر أن يفرد لها أحكاما خاصة بها كمصدر مستقل

للاللتزام ، خصوصا على أساس اعتبار دفع غير المستحق إلى جانب الفضالة يعدان أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب.

أما من الناحية العملية فيلاحظ قلة وندرة الأحكام الصادرة في موضوع الإثراء بلا سبب و تطبيقاته، حيث أنه كثيرا ما تنصب منازعات المتقاضين حول طلب التعويض لما يصيبهم من ضرر جراء الأفعال الضارة لاسيما المسؤولية التقصيرية ، أما الأفعال النافعة فنادر ما يطلبون التعويض عنها

أحكام الإنزام

أوصاف الإنزام

انتقال الإنزام

آثار الإنزام

انقضاء الإنزام

إثبات الإنزام

اوصاف الإلتزامات

I

من كتاب المختصر في

أحكام الإلتزام

مقدمة

لم يكن غريبا أن تنال نظرية الالتزام اهتماما بالغاً سواء من جانب الفقه القانوني الكلاسيكي

لم يكن غريبا أن تنال نظرية الالتزام اهتماما بالغاً سواء من جانب الفقه القانوني الكلاسيكي أو الحديث الذي حاول ربط هذه الظاهرة القانونية بمختلف الظواهر الاقتصادية والاجتماعية

فقد اجمع الكل على أهمية هذه النظرية بالنسبة لجل مجالات القانون باعتبارها أصلح النظريات القانونية ميدانا للتفكير المنطقي لما تتميز به أحكامها من تجريد وعمومية، لذلك اعتبرت نظرية الالتزام أداة رياضية فكرية لاكتساب ما يعرف "بالملكية القانونية".

وعلى الرغم مما عرف عن نظرية الالتزام من استقرار نسبي خلال مراحل تطورها التاريخي فقد كان حتميا أن تتدخل العديد من التأثيرات المختلفة الاقتصادية والاجتماعية والخلقية لتطویر واغناء أحكامها ، سواء تلك المتعلقة بالقواعد العامة لنشأة الالتزامات أو تلك المرتبطة بالأوصاف التي ترد على الالتزامات، والالتزام باعتباره وضع قانوني يكون بمقتضاه شخص معين مكلف بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ، إذ يتكون هذا الالتزام من عناصر ثلاثة¹

رابطة قانونية وهي التي تربط المدين بالدائن ، وهناك محل الالتزام وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن ، وأخيرا طرفا الالتزام وهما الدائن والمدين .

والالتزام الذي بسطنا عناصره هنا هو التزام في صورته البسيطة، ومتى لحق هذه العناصر وصف ما فالحال هنا يتعلق بأوصاف الالتزام، والتي تختلف ما بين تلك التي تتعلق بالرابطة القانونية: الشرط والأجل .

وتلك التي تتعلق بمحل الالتزام: المتعدد المحل ، البدلي ، الالتزام التخيري .

¹ المختار بن أحمد عطار: النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011، ص 18.

وتلك المتعلقة بأطراف الالتزام : الالتزام التضامني ، والالتزام المتعدد الأطراف والالتزام القابل وغير القابل للانقسام .

انطلاقاً مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية :

❖ إلى أي حد توفق المشرع المغربي في تنظيم أحكام أوصاف الالتزام بحيث يضمن التوازن ما بين أطراف العلاقة العقدية ؟

ولإحاطة بالإشكالية ارتأينا نهج التصميم الآتي :

❖ **المبحث الأول-** الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية.

❖ **المبحث الثاني-** الأوصاف التي تلحق محل و أطراف الالتزام

المبحث الأول- الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية في الالتزام

إن الالتزام بمفهومه القانوني لا يمكنه أن يوجد دائما في حالته البسيطة والمنجزة، كما لا يمكن تنفيذه دائما بطريقة فورية، بحيث يمكن في حالات معينة أن يلحق هذا الالتزام وصفا يعدل من آثاره من بين هذه الأوصاف الشرط -المطلب الأول- والأجل -المطلب الثاني-.

المطلب الأول- الشرط كوصف يلحق الرابطة القانونية في الالتزام:

الشرط عنصر عرضي خارج عن أركان الالتزام¹، وقد نظم المشرع المغربي الأحكام المتعلقة بالشرط من خلال الفصول من 107 إلى 126 من ق.ل.ع، وعرفه بكونه تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله، وميز بين مختلف أنواعه -الفقرة الأولى- ثم عرض أيضا لآثاره -الفقرة الثانية-.

الفقرة الأولى- أنواع الشرط:

الشرط على أنواع مختلفة يمكن تصنيفها من زوايا متعددة، فبمقتضى **تصنيف أول** وهو الأهم، الشرط، من حيث أثره فإما أن يكون شرطا واقفا، وإما أن يكون شرطا فاسخا -أولاً؛

وبمقتضى **تصنيف ثان**، الشرط، من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام إما يكون أن يكون شرطا غير إرادي، أو متروكا للصدفة، وإما أن يكون شرطا إراديا، وإما أن يكون شرطا مختلطا-ثانيا-؛

وبمقتضى **تصنيف ثالث** قاصر على الشرط الإرادي، الشرط من حيث دور الإرادة فيه إما أن يكون شرطا إراديا بسيطا وإما أن يكون شرطا إراديا محضا وذلك تبعا لكون هذا الدور مقيدا بظروف الإرادة وملاساتها أو مطلقا من كل قيد²-ثالثا-.

¹ عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الكتاب الأول ، الالتزامات بوجه عام ، الجزء الثاني ، بدون طبعة مكتبة الرشاد سطات ، المغرب ، ص : 7.

² ذ. مأمون الكزبري- نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود ، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام و إنتقاله و إنقضاؤه، مطابع دار القلم، بيروت ، الطبعة الثانية، 1972؛

أولاً- أنواع الشرط من حيث الأثر:

- 1-**الشرط الواقف:** وهو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلق لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود¹؛
- 2-**الشرط الفاسخ:** وهو الذي يتوقف عليه زوال الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف أصبح الالتزام باتاً.

ثانياً- أنواع الشرط من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام:

- 1-**الشرط غير الإرادي:** ويسمى أيضاً الشرط المتروك للصدفة، وهو الذي لا علاقة له بإرادة الإنسان أصلاً بل تتحكم في ظروف خارجة عن هذه الإرادة لأن الأمر الذي يتوقف عليه ليس باستطاعة الدائن ولا المدين تحقيقه أو الحول دون تحقيقه؛
- 2-**الشرط الإرادي:** وهو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام الدائن أو المدين وتتحكم به هذه الإرادة بمعنى أن الأمر الذي يقوم عليه يستطيع أحد الطرفين المتعاقدين تحقيقه أو منع تحقيقه؛
- 3-**الشرط المختلط:** وهو الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام ومشاركة عامل خارجي عنها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير.

ثالثاً- أنواع الشرط من حيث أنواع الإرادة فيه:

- 1-**الشرط الإرادي البسيط:** وهو الشرط الذي وإن كان يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، إلا أن هذه الإرادة ليست طليقة من كل قيد بل هي أسيرة مؤثرات وملابسات تحيط بها كأن يعلق تصرف على زواج المتصرف أو المتصرف إليه أو سفره إلى بلد معين أو بيع دار سكنية؛
- 2-**الشرط الإرادي المحض:** هو الذي يخضع للإرادة المحضة لطرفي الالتزام دون أن تقتصر هذه الإرادة بعمل معين، ويجب التمييز في هذه الحالة بين ما إذا كان الشرط مرتبطاً بإرادة الدائن أم مرتبطاً بإرادة المدين، فهو شرط صحيح إذا كان يتوقف على إرادة الدائن

¹ في الاطلاع على مؤلف بيع عقار في طور الإنجاز للدكتور عبد الحق صافي، نجد إن الالتزام المعلق على شرط واقف، يتجلى واضحاً في هذا النوع من البيوع.

سواء كان شرطاً واقفاً أم شرطاً فاسخاً لأن ينشأ على المدين و يخضع في سريانه أو زواله لإرادة الدائن.¹

أ- حكم الشرط الإرادي المحض الواقف: إذا كان الشرط الإرادي المحض الواقف قد علق على إرادة الدائن وقع شرطاً صحيحاً، إما إذا علق على محض إرادة المدين فهو يقع باطلاً ويعتبر الالتزام المعلق عليه باطلاً كذلك ومجرد من كل اثر مطلع الفصل 112.

ب- حكم الشرط الإرادي المحض الفاسخ: أن الشرط الإرادي المحض الفاسخ هو شرط صحيح سواء كان معلقاً على إرادة الدائن أم كان معلقاً على إرادة المدين، ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على مثل هذا الشرط يقع التزاماً صحيحاً وينتج سائر آثاره القانونية، حسب الفصل 112.²

الفقرة الثانية- آثار الشرط:

ففي بيان آثار الشرط، تقتضي الضرورة التمييز بين مرحلتين، المرحلة الأولى وهي التي يكون فيها الشرط مازال معلقاً، بحيث لا يعلم ما إذا كان سيتحقق أم سيتخلف -أولاً- وبين المرحلة التي يصبح فيها مصير الشرط ماثلاً فيه، بحيث يكون قد تحقق أو تخلف، وإن كان في هذه المرحلة تختلف الآثار باختلاف ما إذا تحقق الشرط -ثانياً-، أو تخلف -ثالثاً-.

أولاً- آثار الشرط في مرحلة التعليق:

ينبغي التمييز هنا بين الشرط ما إذا كان الشرط واقفاً أم فاسخاً.

1- إذا كان الشرط واقفاً: هناك مبدأين أساسيين يتنازعان الآثار التي تترتب على الشرط الواقف قبل تحققه:

أولهما: أن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير نافذ ويترتب على ذلك نتائج عديدة أهمها:

-الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير مستحق الأداء؛

¹ ذ. أمينة ناعيمي- أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي دراسة مقارنة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، الموسم الدراسي 2006/2007.
² ذ. مأمون الكزبري-م.س.ص 40

- الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير قابل للتنفيذ الجبري على المدين؛

- الالتزام المعلق على شرط واقف لا يطاله التقادم المسقط لان هذا الأخير لا يسري

على الالتزام إلا إذا كان مستحق الأداء والالتزام المعلق على شرط واقف لا يضحى كذلك إلا بتحقيق الشرط.

ثانيهما: الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود ومستجمع لسائر أركانه؛ ولهذا الاعتبار منح الدائن بشرط واقف بعض الحقوق أهمها:

- للدائن بشرط واقف اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية لحقه؛

- للدائن بشرط واقف التصرف بحقه؛

- إذا توفي الدائن تحت شرط واقف وذلك قبل تحقق الشرط؛ فحقوقه لا تنقضي بوفاته بل تنتقل إلى ورثته.

2- إذا كان الشرط فاسخا: يمكن جمع الآثار التي تترتب على الشرط الفاسخ قبل تحققه حول مبدئين أساسيين:

أولهما: الالتزام المعلق على شرط فاسخ، هو التزام موجود ونافذ.

ويترتب على كون الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ويرتب آثاره فورا، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج:

- الالتزام تحت شرط فاسخ هو التزام حال وواجب الأداء؛

- إذا انصب التصرف تحت شرط فاسخ على حق الملكية أو على حق عيني فان المتصرف له يصبح فورا مالكا للعين المتصرف فيها أو للحق العيني المتصرف فيه؛

- لصاحب الحق بشرط فاسخ التصرف بحقه¹.

¹ ذ. مأمون الكزبري-م.س.ص 51

ثانيهما: الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام معرض للزوال فهذا الالتزام وان كان حقا موجودا، وجودا كاملا وناظفا فورا إلا انه معرض للزوال، فهو يستمر في إنتاج آثاره وتصبح هذه الآثار نهائية وباتة إذا تخلف الشرط، أما إذا تحقق الشرط فالالتزام الذي كان معلقا عليه يزول ويترتب عندها على الدائن أن يرد إلى المدين ما كان أخذه منه.

ثانيا- آثار تحقق الشرط:

المبدأ في التشريع المغربي أن لتحقيق الشرط آثارا فوريا لا أثرا رجعيا ولكن هناك حالات استثنائية التي يكون فيها للشرط اثر رجعي، وهما استثناءان ورد عليهما النص في المادة 124:

-إرادة المتعاقدين في استبعاد الأثر الفوري للشرط وإعطائه أثرا رجعيا؛

-طبيعة الالتزام إذا كان تأبى الأثر الفوري.

ثالثا- آثار تخلف الشرط:

يترتب على تخلف الشرط الواقف زوال الالتزام الذي كان معلقا على تحققه ، إذ يعتبر هذا الالتزام كان لم يكن ومجردا من كل اثر ، كما أن تخلف الشرط الفاسخ يترتب عليه استقرار الالتزام الذي كان زواله معلق على تحقق هذا الشرط ، إذ يضحى الالتزام باتا مستمرا في إنتاج آثاره¹

المطلب الثاني- الأجل كوصف يلحق الرابطة القانونية في الالتزام:

الفقرة الأولى- ماهية الأجل و أنواعه

أولا-تعريف الأجل:

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه، و لقد تناول المشرع المغربي أحكام هذا الوصف الذي يلحق محل الالتزام في الفصول من 127 إلى 140 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

¹د. محمد اشيهيب- الشرط كوصف من أوصاف الالتزام، مقال منشور بموقع marocdroit تاريخ الإطلاع 09 دجنبر 2017

فإذا كان نفاذ الالتزام متوقف على حلول الأجل سمي هذا الأخير بالأجل الواقف، أما إذا كان الالتزام قد صار نافذا فعلا وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل سمي هذا الأخير بالأجل الفاسخ.

والفرق بين الأجل و الشرط يكمن في تحقق الوقوع أو عدم تحققه، إذ أن الأول يعتبر محقق الوقوع بالرغم من كونه أمر مستقبل. أما الثاني فبالرغم من كونه - بدوره- أمر مستقبل إلا أنه غير محقق الوقوع.

ثانيا: مقومات الأجل :

إن الأجل كوصف يلحق الرابطة القانونية في الالتزام يضم مقومات ثلاث هي:

1-أمر مستقبل: ومفاد ذلك أن الأجل – كما هو الحال أيضا بالنسبة للشرط- يرد على المستقبل لا على الماضي أو الحاضر، و هذا عليه تسمية اجل، فحتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت إنشائه أن الأجل الذي يحددانه قد حل فعلا، ففي هذه الحالة يصبح الالتزام ناجزا وواجب الأداء في الحال.

2-أمر محقق الوقوع: وهو المقوم الذي يختلف فيه الأجل عن الشرط، إذ أن الأول يعتبر محقق الوقوع على خلاف الثاني الذي يعتبر وقوعه غير محقق، فالأجل مهما طال أمده اعتبر محقق الوقوع عكس الشرط الذي يبقى في نطاق الأمور فير محققة الوقوع .

3-أمر عارض: فالأجل لا يعدو أن يكون عنصرا جوهريا في الالتزام، إذ هو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي هذا الأخير كل عناصره الجوهرية.

وهو في ذلك كالشرط لأنه وصف مثله، وغني عن البيان أن المقوم الرابع-وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام و الآداب الحميدة-لا يرد في الأجل، لان الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعا.¹

¹ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف الحوالة و الإنقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، السنة غير مذكورة، ص77

فالأجل قد يفهم منه انه يقوم بشكل أساسي في العقود الزمنية- و التي تنتج آثارها خلال مدة معينة من الزمن و لا تنتج آثارها بشكل فوري- إذ يختلط الزمن في العقود الزمنية مع الأجل الفاسخ في هذه العقود، فالراجح في الفقه يذهب إلى قول مفاده أن الأجل لا يمكن الحديث عنه في العقود الزمنية، ذلك أن هذه الأخيرة يحتل فيها عنصرا الزمن و الأجل حيزا هاما، و الحال أن مقومات هذا الأخير تقتضي اعتباره أمرا عارضا لاجوهريا.

انه لمن الضروري تحديد أنواع الأجل كوصف يلحق الرابطة القانونية، ة إلى تختلف بين بحسب محددات معينة، سواء تلك المتعلقة بميعاد حلوله ، أو المتعلقة بمصدره، ثم تلك المتعلقة بآثاره .

1-أنواع الأجل من حيث ميعاد حلوله: وهنا ينقسم الأجل إلى اجل معين و غير معين:

أ-الأجل المعين: هو الذي يتم فيه تحديد الأجل من قبل أطراف الرابطة القانونية كان يتم الاتفاق على تاريخ معين من اجل تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق المدين.

ب-الأجل غير المعين: و هو الأجل الذي لم يجر تعيينه من قبل أطراف الالتزام، إذ في هذه الحالة يعتبر الالتزام نافذا في الحال، ما لم يكن عدم التعيين ناتج عن طبيعة الالتزام أو عن طريقة تنفيذه، أو عن المكان المعين لتنفيذه و التي ينعقد فيها الاختصاص لقاضي الموضوع الذي له الصلاحية في تعيين اجل ذلك الالتزام و ذلك حسب الفصل 127 ق.ل.ع .

2-أنواع الأجل من حيث مصدره: حسب الفصل 128 ق ل ع فان الأجل قد يكون مصدره اتفاق الأطراف، القانون، القضاء.

أ-الأجل الاتفاقي: و هو الأجل الذي جرى تعيينه باتفاق الأطراف و في هذا السياق يمكن أن يكون بشكل صريح، أو بشكل ضمني يستفاد من بنود العقد كالتزام شخص بالقيام بعمل لا يمكنه القيام به إلا في فصل الصيف.

ب-الأجل القانوني: وهو الأجل الذي يكون القانون مصدره بنص قانوني صريح، كما هو الحال في المادة 121 من مدونة الحقوق العينية التي حددت اجل الكراء الطويل الأمد في 10 سنوات كأدنى حد و 40 سنة كأقصى حد.

ج-الأجل القضائي: وهو الذي يمنح فيه القاضي ويقرر أجلا معيناً لذلك الالتزام، كان يمنح للمدين مهلة الميسرة للوفاء بالتزاماته شريطة عدم وجود نص في القانون يمنع منح هذه المهلة و ذلك حسب 128 ق ل ع .فهكذا أجاز القانون المدني الفرنسي، إذ يصدر حكمه على المدين بتنفيذ التزامه أن يمنحه مهلة للتنفيذ.¹

وجدير بالإشارة أن تحديد الأجل بإرادة المدين وحده يبطل الالتزام مطلقاً استناداً على مقتضيات الفصل 129 من ق ل ع .

3-أنواع الأجل من حيث آثاره: ينقسم الأجل في هذا الصدد إلى اجل واقف و اجل فاسخ:

أ-الأجل الواقف: و هو الأجل الذي يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، إذ بحلول ذلك الأجل يصبح الالتزام نافذاً و ساري المفعول²، كان يلتزم المقرض برد القرض إلى المقرض عند حلول اجل معين فالأجل هنا واقف.

ب-الأجل الفاسخ: و هو النوع الثاني من الأجل من حيث الآثار والذي بحلوله ينقضي الالتزام³، و هو عكس الأجل الواقف الذي يترتب على حلوله نفاذ الالتزام. كالالتزام أجبر بالعمل لمدة سنة لفائدة مؤاجر فان هذا الالتزام ينقضي بمرور اجل السنة باعتبارها اجل فاسخ.

الفقرة الثانية-آثار وأسباب حلول الأجل:

أولاً- آثار الأجل:

لكي نبين آثار الأجل يتوجب علينا أن نميز بين مرحلتين، المرحلة التي تسبق حلول الأجل، أي المرحلة التي يكون فيها الأجل قائماً -1- وبين المرحلة التي تستتبع حلول الأجل -2-

¹ د. مأمون الكزبري: م.س، ص 74

² إنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س، ص 84 و ما بعدها.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س. ص 88 و ما بعدها.

1- آثار الأجل قبل حلوله:

أ- **الأجل الواقف:** يمكن جمع الآثار التي تترتب على الأجل الواقف قبل حلوله حول المبدأين الأساسيين التاليين:

المبدأ الأول- الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود: فعلى خلاف الالتزام المعلق على شرط واقف والذي قد ينشأ إذا تحقق الشرط ويعتبر كأن لم يكن إذا تخلق الشرط، فإن الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود ولكن نفاذه مرجا بعض الوقت؛

المبدأ الثاني- الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام غير نافذ: ويبقى كذلك -أي غير نافذ- مادام الأجل لم يحل.

ب- **الأجل الفاسخ:** يمكن جمع الآثار التي تترتب على الأجل الفاسخ قبل حلوله حول المبدأين الأساسيين التاليين:

المبدأ الأول- الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام موجود ونافذ: وهذا ما رايناه في الالتزام المعلق على شرط فاسخ؛

المبدأ الثاني- الالتزام المقترن بأجل فاسخ يزول حتما بحلول الأجل: وذلك راجع إلى كونه التزاما مؤقتا.

2- آثار الأجل بعد حلوله:

أ- **آثار الأجل الواقف:** بمجرد حلول الأجل الواقف يصبح الالتزام المقترن بمثل هذا الأجل قابلا للتنفيذ وينقلب من التزام غير نافذ إلى التزام مستحق الأداء وواجب التنفيذ¹؛

ب- **آثار الأجل الفاسخ:** ينقضي الحق الذي كان مربوطا بالأجل الفاسخ بمجرد حلول اجل هذا الأخير وذلك من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى صدور حكم يقرر هذا الانقضاء.

ثانيا-أسباب حلول الأجل

إن حلول الأجل يتم بثلاث أسباب هي كالآتي:

¹د. مأمون الكزيري م.س ص 85

1-حلول الأجل بانقضائه: ينقضي الأجل بتحقيق الأمر الذي كان يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام أو زواله إذا كان من نوع الأجل غير المعين كوفاة شخص مثلا، أو بمضي الميعاد المحدد للالتزام في نفاذه أو زواله إذا تم تحديد الأجل في ميعاد و تاريخ معينين (كتحديد الأول من يناير من سنة 2016 ميعادا لنفاذ الالتزام أو انقضائه).

وجدير بالإشارة إن المشرع المغربي في الفصول من 130 إلى 133 ق ل ع حدد قواعد حساب الأجل و تاريخ سريانه، إذ لا يحتسب اليوم الأول الذي بدا فيه العد كما ينقضي بانقضاء يومه الأخير. فعندما الأجل محدد بالأسابيع أو الشهر أو السنة، فان الأسبوع يشمل 7 أيام، و الشهر يشمل 30 يوما، أما السنة فتشمل 365 يوما، و إذا حل الأجل في عطلة رسمية قام مقامه أول يوم يليه من أيام العمل.

أما فيما يخص تاريخ سريان الأجل فانه يكون ساريا من تاريخ إبرام الالتزام التعاقدي، و هذه القاعدة ليست بقاعدة أمرة إذ يمكن أن يتفق الأطراف على وقت آخر. وإذا كان الالتزام ناتج عن جريمة أو شبه جريمة فان تاريخ بدا سريان الأجل ينطلق من يوم الحكم الذي حدد فيه التعويض الواجب على المدين أدائه للدائن (الفصل 130 ق ل ع).

2-حلول الأجل بالتنازل عنه: أن الأجل ليس من النظام العام و بالتالي بإمكان الطرف الذي قرر الأجل لمصلحته أن يتنازل عنه ، إذ يستخلص من نصوص ق ل ع انه لا مانع من التنازل عن الأجل من قبل الطرف المقرر لمصلحته هذا الأخير..

3- حلول الأجل بسقوطه: إن منح الأجل يقوم على ثقة ممنوحة من الدائن لمدينه . فإذا ظهر أن هذه الثقة كانت في غير موضعها ، و إن مصالح المدين باتت مهددة فمن العدل أن يسقط حق المدين في الأجل لذا نصت المادة 139 على فقدان المدين مزية الأجل في حالات أربع:

-إذا حصل إفلاس المدين .

-إذا اضعف المدين بفعله ما أعطى الدائن من تأمينات خاصة بمقتضى العقد.

-إذا لم يقدم للدائن ما وعد بتقديمه ل من تأمينات.

-إذا أخفى عن غش التكاليف و الامتيازات السابقة المترتبة على التأمينات المقدمة

منه.

المبحث الثاني: الأوصاف التي تلحق محل وأطراف الالتزام

إن أوصاف الالتزام قد تلحق أيضا محل الالتزام وأطرافه على حد سواء، فالأصل أن الالتزام يكون بسيطا ذي محل واحد، إلا أنه قد يلحقه عنصر التعدد فيصبح الالتزام موصوفا في محله -المطلب الأول- ، كما أن الالتزام قد يلحقه وصف التعدد في أطرافه أحدهما أو كلاهما فيكون بذلك الالتزام موصوفا في أطرافه -المطلب الثاني-.

فأين تتجلى هذه الأوصاف إذن ؟

المطلب الأول: الأوصاف التي تلحق محل الالتزام:

إن محل الالتزام في الأصل يكون بسيطا ويكون خاليا من أي وصف، وبالرغم من ذلك فإنه قد يلحقه عنصر التعدد و الذي يضيف عليه سمة "الوصف"، فينتقل من مرتبة الالتزام البسيط إلى درجة الالتزام الموصوف للتعدد في محله.

على هذا النحو فإن الالتزام الموصوف في محله ينقسم إلى ثلاث أنواع: الالتزام متعدد المحل، الالتزام البدلي -الفقرة الأولى-، ثم الالتزام التخييري -الفقرة الثانية-¹.

الفقرة الأولى: الالتزام متعدد المحل و الالتزام البدلي كأوصاف تلحق محل الالتزام

لم يتطرق المشرع المغربي للالتزام متعدد المحل-أولا- و الالتزام البدلي -ثانيا- كأوصاف تلحق محل الالتزام، على خلاف الالتزام التخييري الذي افرد له المشرع المغربي بابا خاصا به في قانون الالتزامات و العقود المغربي

أولا: ماهية الالتزام متعدد المحل كوصف يلحق محل الالتزام و آثاره

كما سبقت الإشارة فإن المشرع المغربي لم يتطرق للالتزام متعدد المحل كوصف يلحق محل الالتزام، والفقهاء في هذا الصدد هو الذي تناول أحكام هذا الوصف الذي يرد على محل الالتزام. وسنحاول التطرق له من خلال دراسة ماهيته ثم آثاره.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س، ص133.

1- ماهية الالتزام متعدد المحل كوصف يلحق محل الالتزام:

الالتزام متعدد المحل هو التزام ذو محل متعدد¹، مثل ذلك أن يهب شخص لآخر عقارا و سيارة دفعة واحدة، إذ ورد الالتزام هنا على محلين و يمكن أن يرد على أكثر من ذلك، فهذا التعدد في المحل هو الذي الحق صفة الالتزام الوصفي على الهبة، فلو وردت مثلا على العقار فقط لكان الالتزام بسيطا و عاديا .

2- آثاره:

الالتزام متعدد المحال لا يختلف في آثاره مع الالتزام البسيط، إذ إن الوفاء بالمحل كاملا يرد على كلا الالتزامين، الفرق بينهما يكمن في التعدد على اعتبار ان الالتزام البسيط يرد على محل واحد(السيارة مثلا) أما الالتزام متعدد المحل فيرد على محلين للالتزام فأكثر(العقار و السارة معا).²

و في كلا الالتزامين ذي المحل الواحد أو ذي المحل المتعدد على حد سواء فانه لا يمكن تجزئة الوفاء فيهما. و تنفيذ الالتزام إذا أضحي مستحيلا و غير ممكن كلية أو في جزء منه جاز للدائن طلب الفسخ مع إمكانية المطالبة بالوفاء فيما بقي ممكنا إذا كانت الاستحالة جزئية فقط.³

ثانيا: الالتزام البدلي كوصف يلحق محل الالتزام الماهية، العناصر و الآثار

1- ماهية الالتزام البدلي: هو التزام لا يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر جرى تعيينه أثناء إنشاء الالتزام ولا يحق على الدائن رفض هذا المقابل. ولم ينص المشرع المغربي على هذا الوصف الذي يلحق محل الالتزام على خلاف المشرع المصري الذي تناوله في المادة 278 من التقنين المدني المصري.⁴

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري: م.س.، ص134.

² مأمون الكزبري: م.س.، ص101.

³ مأمون الكزبري: م.س.، ص 102.

⁴ تنص المادة 278 من القانون المدني المصري على إنه: "1- يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدل منه شيئا آخر".

فمشرعنا المغربي لم يتطرق لهذا الوصف الذي يلحق محل الالتزام، وهذا في نظرنا عيب ينبغي تداركه من قبله لان الأفراد قد يتفقوا على إلحاق وصف البديل على الالتزام و بالتالي فان غياب المقتضيات المنظمة لهذا الصدد قد يشكل عائقا في الواقع العملي.

2- عناصر الالتزام البدلي: يتعين للحديث عن الالتزام البدلي أن يتوافر عنصران مهمان هما وجود محل واحد للالتزام بمعية وجود بدل لهذا الأخير والجاري تعيينه من قبل الطرفين أثناء إنشاء الالتزام.

فالبديل يتعين تقديمه من قبل المدين دون أن تكون للدائن القدرة على رفض مادام تم الاتفاق عليه في الالتزام الناشئ بين الأطراف، ومثال ذلك أن يقرض شخص لآخر مبلغا من المال على أنه إن لم يتمكن من رد المبلغ في الوقت المحدد أن يلتزم بنقل ملكية عقار معين.

و غني عن البيان أن الخيار يعود للمدين في هذا الالتزام البدلي، عكس الالتزام التخييري الذي ينعقد فيه الخيار لأحد طرفي الالتزام -حسب الاتفاق-¹.

3- آثار الالتزام البدلي: إن الالتزام البدلي كوصف يلحق محل الالتزام يترتب عنه إبراء ذمة المدين بأداء البديل الذي اتفق عليه الطرفان أثناء إنشاء الالتزام.

و مادام للالتزام البدلي محلان أحدهما أصلي و الآخر بدلي فان هلاك الأول بسبب أجنبي يترتب عنه انقضاء الالتزام ولو ان البديل لا زال قائما.

و الاختصاص القضائي فيما يخص الالتزام التخلي يتحدد بحسب المحل الأصلي للالتزام منذ البداية فإذا كان عقارا مثلا انعقد الاختصاص لمحكمة موقع العقار².

الفقرة الثانية: الالتزام التخييري كوصف يلحق محل الالتزام

خص المشرع المغربي للالتزام التخييري عناية خاصة، هذا يظهر من خلال تنصيبه على هذا الوصف الذي يلحق محل الالتزام على خلاف الأوصاف الأخرى المذكورة، ولقد

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري: م.س، ص 178-179-180-181.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري: م.س، ص 181.

افرد المشرع المغربي الباب الثالث من القسم الثاني المتعلق بأوصاف الالتزام وذلك في الفصول من 141 إلى 152 من قانون الالتزامات والعقود.

وسنعرض فيما يلي لماهية الالتزام التخييري كوصف يلحق محل الالتزام وشروط قيامه -أولاً-، ثم لمن يثبت الخيار ومصدره -ثانياً-، و التطرق لمختلف القواعد التي تنظم الالتزام التخييري -ثالثاً-.

أولاً: ماهية الالتزام التخييري وشروط قيامه

1- ماهية الالتزام التخييري: لم يعرف المشرع المغربي الالتزام التخييري تاركاً أمر تعريفه للفقه كون مهمة التعاريف من اختصاص هذا الأخير، إذ عرفه جانب منه على أنه ذلك الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها¹.

2- شروط قيامه: لقيام وصف الالتزام التخييري كأحد أنواع الأوصاف التي ترد على محل الالتزام يتعين توفر ثلاث شروط :

أ- تعدد حل الالتزام : وهو أول شرط يلزم لقيام وصف التخيير ، فالالتزام التخييري يستلزم توافر محال متعددة سواء كانت من نوع واحد أو من أنواع مختلفة، إذ يمكن أن تكون عبارة عن منقولات أو عقارات أو أشياء غير معينة بذاتها (كالالتزام بتقديم مبلغ من النقود أو كمية من الأرز أو عقار)، كما يمكن أن يكون عملاً (كان يتعهد مهندس بتنظيم مخطط للبناء) زيادة على إمكانية كونه امتناعاً عن عمل كان يلتزم تاجر بعدم فتح محل تجاري في مكان معين .

ب- تحقق الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام : مما لا شك فيه أن أي التزام لا يمكن أن ينشأ دون وجود محل له، إذ يتعين أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود حسب الفصل 61 من ق ل ع²، ومعينا أو قابلاً للتعيين حسب الفصل 58 من نفس القانون³،

¹ مأمون الكزبري: م.س، ص 104-105.

² ينص الفصل 61 ق.ل.ع. " يجوز إن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون".

³ ينص الفصل 58 ق.ل.ع. " الشيء الذي هو محل الالتزام يجب إن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ إن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد.

بالإضافة إلى ضرورة أن يكون مشروعا غير مناف للنظام والآداب العامة عملا بمقتضيات الفصل 57¹. فتحقق الشروط المذكورة يجعل المحل صحيحا وبالتالي إمكانية وقوع حق الخيار عليه ، لكن الإشكال المطروح - وكما هو معلوم أن الالتزام التخييري يتوفر على محال متعددة اثنان فأكثر- هو في حالة عدم توفر الشروط المتطلبة في إحدى المحال دون الأخرى ، هنا يكون محل الالتزام مستوفي لشروط صحة هذا الأخير ، هو الوحيد وبالتالي تنتفي صفة التخيير ويصبح الالتزام بسيطا ذي محل واحد².

ج- يجب أن يكون المحل الواجب الأداء محلا واحدا من هذه المحال المتعددة: معلوم أن الالتزام التخييري حتى ولو تعددت محال الالتزام فيه، إلا أن أحدها هو الواجب الأداء وهي نقطة جوهرية يختلف فيها الالتزام التخييري عن الالتزام متعدد المحل كأوصاف تلحق الالتزام في محله، وعليه فان حصول الخيار على احد المحال يجعل من الالتزام بسيطا و ذي محل واحد³.

ثانيا: الطرف الذي يثبت له حق الخيار و مصدره:

1- الطرف الذي يثبت له حق الخيار: جاء في الفصل 141 ق.ل.ع. على انه " يسوغ لكل من المتعاقدين في الالتزام التخييري أن يحتفظ لنفسه بخيار التعيين إلى اجل محدد".

انطلاقا من مقتضيات هذا الفصل يتضح أن حق الخيار مخول لكلا طرفي الالتزام وذلك باتفاق الطرفين على إسناد الحق لأحدهما، وبموجب ذلك لا يحق للطرف الآخر معارضة الوفاء بالمحل الذي وقع عليه الخيار من الطرف الذي ثبت له بموجب الاتفاق، وهذا مناف لما سار نحوه المشرع المصري الذي جعل خيار التعيين في الأصل للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على إسناده للدائن أو لطرف أجنبي⁴.

¹ ينص الفصل 57 ق.ل.ع. " الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها".

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي: م.س.، ص 143.

³ إنظر مأمون الكزبري : م.س.، ص 109.

⁴ تنص المادة 275 من التقنين المدني المصري: " ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك ".

لكن قد يقع ألا يقوم الطرف الذي اسند له حق الخيار باختيار و تعيين المحل، ففي هذه الحالة -وحسب المادة 141 ق.ل.ع.- يقع الالتزام التخييري باطلا، على خلاف التقنينين الفرنسي و المصري اللذان جعلتا خيار التعيين للمدين و لم يرتبا البطلان كجزاء.

2- **مصدر حق الخيار:** الأصل أن حق الخيار يكون لأحد طرفي الالتزام من خلال السند المنشئ لهذا الخير -أي الالتزام-.

لكن قد يكون القانون مصدرا لحق الخيار، و ابرز دليل في هذا الشأن هو حالة كون الشيء المرهون عرضة للتلف أو الهلاك، إذ انه منح الحق للمدين- بعد استصدار إذن من القضاء ببيع المرهون- أن يختار إما طلب إيداع الثمن الذي بيع به المرهون في خزانة عامة، أو يأخذه لنفسه مقابل أن يسلم للدائن على وجه الرهن شيئا آخر تساوي قيمته قيمة الشيء المرهون في الأصل والذي تم بيعه تفاديا لهلاكه¹.

ثالثا: أحكام الالتزام التخييري:

انه للخوض في غمار مختلف أحكام الالتزام التخييري كأحد الأوصاف التي ترد على محل الالتزام، وجب التركيز على إشكاليتين مركبتين هما : حكم تعيين المحل الذي وقع عليه الخيار، ثم حكم هلاك هذا الأخير.

1- **حكم تعيين محل الالتزام التخييري:** إن تعيين المحل الذي وقع عليه الخيار يتم بإعلان الطرف الذي اسند له حق الخيار إرادته في انه اختار محلا من المحال المتعددة للالتزام. وهذا التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الطرف الآخر مع إمكانية العدول عنها و اختيار محل آخر شريطة أن يتم ذلك قبل علم الطرف الآخر وهذا ما نص عليه الفصل 142 ق.ل.ع.².

¹ مأمون الكزبري : م.س. ، ص 111 - 112 - 113.

² ينص الفصل 142 ق.ل.ع. : " يتم الخيار بمجرد التصريح به للمتعاقد الآخر. وعند حصول الخيار يعتبر الالتزام إنه منذ الأصل لم يكن له محل إلا الشيء الذي وقع الخيار عليه".

يمكن كذلك أن يفصح صاحب حق الخيار عن اختياره من خلال التنفيذ الفعلي فإذا عمد الدائن إلى قبض محل معين اعتبر كأنه اختار ذلك. والأمر سيان بالنسبة للتنفيذ الجزئي من صاحب حق الخيار إذ يعتبر كأنه اختار المحل الذي وقع عليه التنفيذ الجزئي. جدير بالإشارة أن تعيين محل الالتزام التخييري يسري بأثر رجعي، إذ يعدو الالتزام كأنه يضم منذ الوهلة الأولى المحل الذي وقع عليه الخيار.

أما إن تم الاتفاق على التنفيذ في أجال دورية كما في حالة اتفاق الدائن و المدين على توريد صنف معين من الأطعمة فانه – وحسب الفصل 143 ق.ل.ع.¹ – لا يعتبر لازما طوال المدة المقررة لتنفيذ الالتزام مالم يتفق الطرفان في السند المنشئ للالتزام على خلاف ذلك.²

أ – امتناع الدائن عن ممارسة حق الخيار: وهي الحالة التي قررها الفصل 144 ق.ل.ع، إذ اقر الخيار للمدين في حالة امتناع الدائن عن ممارسة حق الخيار، و ذلك بعد طلب الأول من المحكمة بمنح اجل معقول لهذا الأخير لاتخاذ قراره فإذا انقضى هذا الأجل ثبت الخيار للمدين.³

ب- انتقال الخيار للورثة: الأصل انه يتعين على صاحب حق الخيار أن يعلن خياره داخل الأجل المحدد. لكن وفاة هذا الأخير لا تحول دون فقدان ورثته وكذا كتلة الدائنين في حالة إفلاسه للحق المذكور. وهذا ما نص عليه الفصل 145 ق.ل.ع، و الذي جاء فيه ما يلي: " إذا مات من ثبت له الخيار قبل أن يختار، انتقل الخيار إلى ورثته، في حدود الوقت الذي كان باقيا له، وإذا أشهر إفلاسه، ثبت الخيار لكتلة دائنيه.

وإذا لم يتمكن الورثة أو الدائنون من الاتفاق فيما بينهم، ساع للطرف الآخر أن يطلب تحديد اجل لهم، حتى إذا ما انقض هذا الأجل ثبت الخيار له".

ج- عدم تجزئة الالتزام التخييري: معلوم أن للالتزام التخييري محال متعددة، و يعتبر محل واحد هو الواجب الأداء، و من ثمة فلا يسوغ لصاحب حق الخيار طلب الوفاء من كل

¹⁶ ينص الفصل 143 ق.ل.ع. " ومع ذلك، ففي الأدعاءات الدورية الواقعة على أشياء يثبت الخيار بينها، فإن الخيار الذي يتبع عند حلول أحد الأجل لا يمنع صاحب الحق من أن يغير اختياره عند حلول أجل آخر ما لم ينتج عكس ذلك من السند المنشئ للالتزام".

¹⁷ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الدار البيضاء، 1999، ص 84-85 و 86.

³ عبد الكريم شهبون : م.س، ص 87 – 88.

جزء من محال الالتزام التخييري¹ و السند التشريعي في هذا الصدد هو الفصل 146 ق.ل.ع. و الذي ورد فيه: " تبرأ ذمة المدين بأداء احد الشئئين الموعود بهما. ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن على أن يأخذ جزءا من احدهما وجزءا من الآخر.

ليس للدائن إلا الحق في الأداء الكامل لأحد الشئئين الموعود بهما وليس له أن يجبر المدين على أن يؤدي له جزءا من احدهما وجزءا من الآخر".

2-حكم هلاك محل الالتزام التخييري: تناول المشرع المغربي حكم هلاك محل الالتزام التخييري في الفصول من 147 إلى 152 من قانون الالتزامات و العقود المغربي، وهذا الهلاك يمكن ان يطال هلاك محال الالتزام التخييري مجتمعة كما يمكن أن يطال احدها فقط. **أ- هلاك كافة محال الالتزام التخييري:** قد يحصل هلاك كافة محال الالتزام التخييري، ففي هذا الصدد يتعين التمييز فيما إذا كان الهلاك ناتج عن سبب أجنبي لا يد لطرفي الالتزام فيه، كما يمكن ان يكون نتيجة خطأ الدائن أو المدين.

✓ **هلاكلها لسبب أجنبي:** ففي هذه الحالة ،و حسب الفصل 148 من ق.ل.ع.²، فان الالتزام التخييري ينقضي لاستحالة تنفيذه سواء كان الخيار للدائن أو المدين وبغض النظر عن هلاكلها سواء في آن واحد أو في أوقات مختلفة.

✓ **هلاكلها بسبب خطأ الدائن:** فالحكم في هذا السياق يختلف فيما إذا انعقد الخيار للدائن ام المدين، فان كان الخيار للأول وجب عليه أداء قيمة احد المحال التي لم يقع عليها اختياره، اما إذا كان الخيار للثاني فان الدائن مرغم على أداء قيمة آخر ما هلك منها -اي المحال- ان تم الهلاك في أوقات مختلفة، أو أداء نصف قيمة محلان إذا كان الهلاك دفعة واحدة.

✓ **هلاكلها بسبب خطأ المدين:** ففي هذا الصدد أيضا نميز بين حالة انعقاد الخيار للدائن، و فيها يلزم الدائن هذا الأخير بتأدية قيمة أي من المحال التي وقع عليها اختياره- أي الدائن- و ذلك حسب الفصل 149 ق.ل.ع." إذا أصبح الأمران اللذان يشملهما الالتزام مستحيلين في نفس الوقت بخطأ المدين أو بعد مماطلته، وجب عليه أن يدفع قيمة أيهما، وفق ما يختاره الدائن"، و بين حالة انعقاد الخيار للمدين و التي يلزم فيها هذا الأخير على أداء قيمة آخر ما

¹ عبد الكريم شهبون : م.س.، ص 92-93.

² ينص الفصل 148 ق.ل.ع." ينقضي الالتزام التخييري إذا أصبح الأمران المكونان لمحلته مستحيلين في نفس الوقت وبدون خطأ المدين، وقبل ان تثبت مماطلته".

هلك ان حصل الهلاك دفعة واحدة، أو دفع قيمة آخر ما هلك منها ان تم الهلاك في أوقات متباعدة¹.

ب- هلاك احد المحال: ففي هذا الشأن أيضا وجب علينا التمييز بين حدوث الهلاك لسبب أجنبي، أو بسبب خطأ احد الطرفين:

✓ هلاك احد المحال لسبب أجنبي: فالحكم في هذه الحالة هو التزام المدين – إذا انعقد الخيار له- بأداء الشيء الذي لم يحصل هلاكه، و في المقابل يحق للدائن- إذا انعقد له الخيار- المطالبة بفسخ الرابطة القانونية أو المطالبة بأداء الشيء الذي لم يقع هلاكه و هذا ما نص عليه الفصل 147 ق.ل.ع.: " إذا أصبح طريق من طرق تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مشروع، أو كان كذلك عند نشأة الالتزام كان للدائن ان يختار بين طرق التنفيذ الأخرى، أو أن يطلب فسخ العقد".

✓ هلاك احد المحال بخطأ من المدين: فإذا كان الخيار للمدين فلا مناص من اعتبار الشيء الذي هلك بخطأ منه ذلك الشيء الذي لم يختره فلا يبقى أمامه سوى الوفاء بالمحل الباقي، أما إذا كان الخيار للدائن فان المشرع خيره بين المطالبة بأداء المحل الذي لم يحصل هلاكه و إما المطالبة بالتعويض عن استحالة الشيء الآخر².

✓ هلاك احد المحال بخطأ الدائن: قد يقع فعل الهلاك بسبب خطأ الدائن و التي بدورها لا تخرج عن التمييز بين مسألتين انعقاد الخيار للدائن أو المدين.

في الحالة الأولى- أي حالة انعقاد الخيار للدائن- فقد أكد المشرع المغربي في لفصل 151 ق.ل.ع. " إذا أصبح احد الشئيين اللذين يشملهما الالتزام مستحيلا بخطأ الدائن وجب اعتبار الدائن انه اختاره، ولم يسغ له أن يطلب الشيء الباقي". من هنا يتضح أن المشرع اعتبر الدائن قد اختار الشيء الهالك بحيث لا يسوغ له المطالبة بالشيء الباقي³.

¹ عبد الكريم شهبون: م.س.، ص95- 96 - 97.

² عبد الكريم شهبون: م.س.، ص 98.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س.، ص173- 174.

أما بخصوص الحالة الثانية التي ينعقد فيها الخيار للمدين، إذ يعتبر هذا الأخير مخيراً بين أداء الشيء الباقي، مع الرجوع على الدائن لأداء التعويض عن الشيء الذي حصل هلاكه، وبين اعتبار الشيء الذي وقع هلاكه هو الواجب الأداء فتبرا ذمة المدين تبعاً لذلك¹

المطلب الثاني- الأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام:

قد نجد في بعض الأحيان أنه بدلاً من أن يكون لدينا دائن أو مدين واحد، يكون لدينا أكثر من دائن ومدين.

وهذا التعدد يتخذ صوراً مختلفة:

فنكون أمام التزام متعدد الأطراف إذا تعدد الطرف الدائن أو المدين أو كلاهما دون أن تربط الطرف المتعدد أي رابطة خاصة سوى رابطة التعدد.

ونكون أمام التزام تضامني في حالة قيام رابطة تضامنية بين الأطراف المتعدين تجعلهم متضامين في الحق أو في الدين.

وقد نكون أمام التزام قابل للانقسام إذا كان يقبل تنفيذه التجزئة حين المطالبة به من طرف المدين، ويكون غير قابلاً للانقسام إذا كان لا يقبل تنفيذه التجزئة.²

فالالتزام الأول -أي متعدد الأطراف- لا ينفرد بأي أحكام خاصة، لأن كل ما في الأمر أن الالتزام ينقسم بين الدائنين المتعدين أو المدينين المتعدين كل بالقدر الذي يحدده القانون أو يعينه الاتفاق.

فالالتزامات التي تنفرد بأحكام خاصة هي الالتزامات التضامنية -الفقرة الأولى-، والالتزامات القابلة وغير القابلة للانقسام -الفقرة الثانية-.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س.، ص 170.
² عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س.، ص 190-191.

الفقرة الأولى- الالتزامات التضامنية:

قد تكون الالتزامات التضامنية إما بين الدائنين-أولاً-، وقد خصص لها المشرع المواد من 153 إلى 163 من قانون الالتزامات والعقود، وإما بين المدينين -ثانياً- والتي خصص لها المشرع المواد من 163 إلى 180 من القانون المذكور.

أولاً- التضامن بين الدائنين:

1-تعريف التضامن بين الدائنين وتعيين مصادره:

ب-تعريف التضامن بين الدائنين:

عرفت المادة 154 من قانون الالتزامات والعقود هذا الالتزام - التضامني- بما يلي: "يكون الالتزام تضامنيا بين الدائنين إذا كان لكل منهم الحق في قبض الدين بتمامه ولم يكن المدين ملتزماً لدفع الدين إلا مرة واحدة لواحد منهم ويمكن أن يكون الالتزام تضامنيا بين الدائنين ولو اختلف حق احدهم عن حق الآخر، بان كان معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، في حين أن حق الآخر بات منجزاً."

وقد ضرب الأستاذ مأمون الكزبري مثال لهذا الالتزام بقوله: " مثال ذلك أن يقرض زيد وعمر وبكر مبلغاً من المال إلى سعد، ويذكر في العقد أن زيد وعمر وبكر هم متضامنون فيما بينهم، ففي هذه الحالة يحق لكل من زيد وعمر وبكر استيفاء الدين بتمامه في الاستحقاق، كما أن لسعد أن يدفع كامل الدين لأي واحد يختاره من بين دائنية الثلاثة المتضامين ويبرئ بذلك ذمته براءة تامة تجاههم جميعاً".¹

والجدير بالذكر أن الالتزام يبقى تضامنياً حتى لو اختلفت روابط الدائنين بالمدين وتعددت صفة هذه الروابط، فقد يكون التزام المدين تجاه احد الدائنين المتضامين التزاماً منجزاً غير مقترن بشرط أو مربوط بأجل، وعلى العكس من ذلك قد يكون هذا الالتزام مربوطاً بأجل أو موقوفاً على شرط تجاه أكثر من طرف، وهذا ما أشارت إليه المادة 145 من ق.ل.ع.

¹ مأمون الكزبري: م.س.، ص 133.

ب-مصادر التضامن بين الدائنين:

يستفاد من مضمون المادة 153 من ق.ل.على أن مصادر التضامن بين الدائنين تنشأ إما عن طريق العقد أو القانون أو طبيعة المعاملة.

القانون كمصدر للتضامن بين الدائنين: لعل ابرز تطبيق للتضامن بين الدائنين بمقتضى نص في القانون ما ورد في المادة 1018 من ق.ل.ع من أن لكل من الشركاء في شركة المفاوضة أن يقوم بقبض الأداءات وإلغاء الصفقات.

طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين الدائنين: ومثال على ذلك أن تعقد هبة من قبل عدة أشخاص على سبيل التضامن فيما بينهم ثم يحصل ما يبرر الرجوع في الهبة، ففي هذه الحالة يضحي الواهبون متضامنين في هذا الرجوع بحيث يستطيع كل منهم ممارسة دعوى الرجوع بالنسبة للشيء الموهوب بكامله.

العقد أو الإرادة بوجه عام كمصدر للتضامن بين الدائنين: مثال ذلك أن يهب شخص مبلغا من المال أو يوصي به لأشخاص متعددين ويجعلهم الواهب أو الموصي متضامنين في المطالبة بهذا المبلغ.

والجدير بالذكر أن المشرع أكد في مطلع المادة 153 من ق.ل.ع أن التضامن بين الدائنين لا يفترض، ولا يجب أن يفهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين لا بد أن يرد في شرط صحيح، فقد يستخلص ضمنا من الظروف والملابسات، وان لا يكون هناك شك في انه مشروط، بالإضافة إلى ذلك فان أي عبارة تؤدي معنى التضامن يمكن الاعتداد بها¹.

2- آثار التضامن بين الدائنين:

ا- علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين:

هناك مجموعة من القواعد التي تسود علاقة الدائنين بالمدين:

¹ مأمون الكزبري: م.س.، ص 133 و ما بعدها.
إنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س. ص 201 و ما بعدها.

انقضاء الالتزام بالوفاء: فإذا أوفى المدين الدين لأي واحد من الدائنين فإن الالتزام التضامني ينقضي في حق جميع الدائنين.

وقد أشارت المادة 155 من ق.ل.ع إلى حالة رفض الدائن الذي اختاره المدين استيفاء الدين ففي هذه الحالة جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ويتبع هذا العرض بالإيداع الفعلي وفقاً للإجراءات المقررة للعرض والإيداع في المادة 275 وما يليها.

والجدير بالذكر أن للدائن رفض الوفاء الجزئي من طرف أحد المدينين، أي وفائه بحصته من الدين، على أن هذا الأمر لا يمنع المدين أن يتفق مع الدائن على أن يؤدي له نصيبه من الدين فقط.

انقضاء الالتزام بأسباب انزلها المشرع منزلة الوفاء: توسع المشرع المغربي في الأسباب التي تؤول إلى انقضاء الالتزام التضامني في مواجهة الدائنين جميعاً واعتبر بمثابة الوفاء، الوفاء بمقابل، المقاصة، والتجديد، وهذا ما تؤكدته المادة 155 من ق.ل.ع.

أما فيما يتعلق بأسباب الانقضاء الأخرى غير المذكورة أعلاه، والتي تتمثل في الإبراء واتحاد الذمة والتجديد، فالمشرع لم يرتب عليها إذا حصلت فيما بين المدين واحد الدائنين المتضامنين انقضاء الالتزام التضامني تجاه جميع الدائنين، وهذا ما تؤكدته المادتان 156 و 157 من ق.ل.ع.

الأعمال الضارة الصادرة عن أحد الدائنين لا تضر بقية الدائنين: وذلك باعتبار أن الدائنين المتضامنين إنما يعتبرون أن كلا منهم قد وكل الآخرين فيما ينفعه لا فيما يضره، ويترتب على هذه القاعدة مجموعة من النتائج أوردتها المواد 158، 160، 161، 157 من ق.ل.ع، بالإضافة إلى حالة أخرى لم يشر إليها المشرع وتتمثل في توجيه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامنين ونكل هذا الدائن عن حلفها، فلا يضر بقية الدائنين بهذا النكل.

الأعمال النافعة الصادرة عن أحد الدائنين يفيد منها بقية الدائنين: ليس هناك ما يحول دون قيام الدائن المتضامن بأعمال تعود على باقي الدائنين بالنفع ويترتب على هذه القاعدة مجموعة من النتائج أوردتها المشرع من خلال المواد 159 و 160 من ق.ل.ع.

كما أن توجيه المدين اليمين إلى احد الدائنين المتضامنين وحلفها هذا الدائن فرغم سكوت المشرع إلا أن هذه الحالة تفيد باقي المتضامنين.

وقد استثنى المشرع نكول المدين عن حلف اليمين الموجهة إليه، بالإضافة إلى صدور حكم ضده لصالح احد الدائنين وذلك حسب 157 من ق.ل.ع.¹

ب- علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض:

فيما يخص علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم، وما يستوفيه ادهم من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه كل بقدر حصته، ويجب الرجوع إلى الاتفاق الذي نشأ بموجبه التضامن لتحديد حصة كل دائن وفي حالة عدم وجود اتفاق يتعين جعل الدين حصصا متساوية بين الدائنين وذلك حسب المادة 961 من ق.ل.ع.

والجدير بالذكر أن قاعدة انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض أيا كان المقدار الذي قبضه الدائن لا فرق بين أن يكون قبض كل الدين أو قبض جزءا منه، بل هي تسري حتى لو كان الدائن قبض حصته فقط من الدين، إذ يسوغ للدائنين الآخرين الرجوع عليه بقدر انصباهم في الحصة المقبوضة.²

ثانيا- التضامن بين المدينين:

1- تعريف التضامن بين المدينين وتعيين مصادره:

ا-تعريف التضامن بين المدينين: عرفت المادة 166 من ق.ل.ع التضامن بين المدينين بكونه: "يثبت التضامن بين المدينين، إذا كان كل منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه، وعندئذ يحق للدائن ان يجبر ايا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه لكن لا يحق له ان يستوفيه الا مرة واحدة."

ومثال على ذلك، أن يستقرض زيد وعمر وبكر مبلغا من المال من سعد وينص في هذا العقد على ان زيد وعمر وبكر متضامنون فيما بينهم في أداء المبلغ، ففي هذه الحالة يحق

¹ مأمون الكزيري: م.س، ص 139 و ما بعدها.

² إنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س، ص 229 و ما يليها.
مأمون الكزيري: م.س، ص 146 و ما يليها.

لسعد استيفاء تمام دينه في الاستحقاق من أي واحد يختاره من بين مدينه الثلاثة المتضامنين وتبرا نتيجة هذا الاستيفاء ذمة المدينين جميعا في مواجهته.

وكما هو الحال بالنسبة للالتزام التضامني بين الدائنين، فان في الالتزام التضامني بين المدينين قد تكون الرابطة التي تربط الدائن بكل واحد من المدينين هي من نوع واحد، فقد تكون احدى هذه الروابط مقرونة بشرط وأخرى مربوطة بأجل.

والجدير بالذكر انه إذا شاب التزام احد المدينين المتضامنين عيبا من عيوب الرضا، فان ذلك لا يؤثر على التزامات بقية المدينين حسب المادة 167 من ق.ل.ع.

ب-مصادر التضامن بين المدينين:

يتضح من خلال المادة 164 من ق.ل.ع أن عناصر التضامن بين المدينين ثلاثة، وهي العقد أو الإرادة بصورة اعم، القانون وطبيعة المعاملة.

القانون كمصدر للتضامن بين المدينين: تعتبر حالات التضامن بين المدينين أنها وردت على سبيل الحصر، ومن الأمثلة الواردة في ق.ل.ع نجد مجموعة من الحالات، كالحالات الواردة في المواد 99، 100، 912، و 1138 من ق.ل.ع.

وبالنسبة لبعض القوانين الأخرى غير ق.ل.ع نجد مجموعة من الحالات، كالحالة الواردة في المادة 137 من ق.م.م المتعلقة بتضامن الخصوم في تأدية أجور و نفقات المترجم والخبير.

طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين المدينين: ولعل ابرز مثال على هذه الحالة هو ان يلتزم مهندسان يعملان في مكتب واحد بتنظيم مخطط بناء وتقديمه لمالك ارض، فالتضامن يعتبر قائما في هذه الحالة ولو لم يشترط أي تضامن في السند المنشئ للالتزام.

العقد أو الإرادة بوجه اعم كمصدر للتضامن بين المدينين:بالرجوع إلى المادة 164 من ق.ل.ع يتبين أن التضامن بين المدينين يخضع لنفس أحكام التضامن بين الدائنين من

حيث الافتراض، إذ ان كلاهما لا يمكن افتراضه بل يجب الاتفاق عليه اتفاقا واضحا لا لبس فيه ولا غموض.

ولكن الاختلاف الجوهرى بين تضامن المدينين وتضامن الدائنين يتمثل في كون الأول يصح أن يقع ضمنيا عكس الثاني وهذا ما يمكن استنتاجه من خلال المادة 164 سالفه الذكر. والجدير بالذكر انه ليس من الضروري أن يرد لفظ "التضامن" بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى، كما هو عليه الحال بالنسبة للتضامن بين الدائنين.¹

أما بالنسبة لقيام التضامن في المسائل التجارية فان المشرع المغربي بمقتضى المادة 165 من ق.ل.ع يعتبر هذا التضامن قائما حتى ولو لم يرد في السند المنشئ للعقد مالم يتم استبعاده بمقتضى العقد نفسه، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 29/11/2011 الذي جاء فيه: "يقوم التضامن بحكم القانون في الالتزامات المتعاقدة عليها بين التجار ولأغراض المعاملات التجارية وذلك مالم يصرح السند المنشئ للالتزام أو القانون بعكسه".

2-آثار التضامن بين المدينين

1-علاقة الدائن بالمدينين المتضامين:

هناك مجموعة من القواعد الأساسية التي تسود علاقة الدائنين بالمدينين وهي:

للدائن استيفاء الدين كله من أي مدين متضامن: فبالرجوع إلى المادة 166 من ق.ل.ع يتبين أن المشرع منح للدائن حرية اختيار من يريد من المدينين في ممارسة حق المطالبة بتأدية الدين حتى لو كان مدين آخر من مدينيه قد منحه رهنا حيازيا أو رهنا رسميا. وإذا طالب الدائن احد المدينين بالوفاء فان هذا الأخير لا يمكنه أن يقتصر على دفع حصته من الدين، ففي هذه الحالة يمكن للدائن رفض هذا الوفاء الجزئي.

والجدير بالذكر أن الدائن ملزم بمراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف.

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السنهاوري : م.س، ص 260 و ما يليها.

حق المدين بالتمسك بالدفع الخاصة به والدفع المشتركة دون الدفع الخاصة بغيره: وهذا ما نصت عليه المادة 168 من ق.ل.ع، فهناك مجموعة من الدفع التي يمكن للمدين ان يتمسك بها في مواجهة الدائن، وهي نوعين، دفع شخصية خاصة به ودفع مشتركة بين المدينين جميعا.

فبالنسبة للنوع الأول، أي الدفع الشخصية الخاصة به، يمكن للمدين التمسك بها إذا كان التزامه مثلا موقوفا على شرط أو مربوطا بأجل، ففي هذه الحالة لا يحق للدائن أن يطالبه بتنفيذ التزامه قبل تحقق هذا الشرط أو حلول الأجل، ويمكن كذلك التمسك بها إذا كانت إرادته يوم الالتزام قد شابها عيب من عيوب الرضى، وله كذلك أن يتمسك بنقص أهليته.

أما بالنسبة للنوع الثاني، يستطيع المدين أن يتمسك بهذه الدفع إذا كان العقد الذي أدى للالتزام التضامني باطلا في الأصل لفقدان ركن من أركان انعقاده، كانهدام السبب أو عدم المشروعية.

وإذا كان العقد قابلا للإبطال فان من حق كل مدين يرجع عليه الدائن أن ينازع بإبطال العقد.

أما الدفع التي يتمتع على المدين المتضامن التمسك بها، فيتعلق الأمر مثلا بعدم إمكانية التمسك بكون التزام مدين آخر معلق على شرط لم يتحقق أو مربوط بأجل لم يحل بعد، أو إذا شاب مدين آخر غيره عيب من عيوب الرضى يوم التزامه أو إذا كان قاصرا.

انقضاء الالتزام في حق جميع المدينين بالوفاء: يحق لكل واحد من المدينين المتضامنين ان يقوم بهذا الوفاء ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء كما لا يستطيع أن يجبر المدين على أن يوافيه بحصته من الدين فقط دون الباقي.

وفي حالة ما إذا أوفى احد المدينين بحصته فقط، بموافقة الدائن، يمكن لهذا الأخير أن يرجع على أي مدين من المدينين الباقيين لاستيفاء الدين المتبقي.

وللدائن حسب المادة 173 من ق.ل.ع ان يبرا احد المدينين من حصته في الدين ويبقى له الحق في الرجوع على الآخرين بكل الدين مالم يوجد شرط يقضي بغير ذلك.

وفي حالة رفض الدائن استيفاء الدين من احد المدينين، يجوز لهذا الأخير أن يعرضه عليه عرضا حقيقيا ويتبع هذا العرض بالإيداع الفعلي وفقا لإجراءات العرض والإيداع وفقا للمادة 275 من ق.ل.ع وما يليها.

وبمجرد أداء الدين من طرف احد المدينين فان ذمة باقي المدينين المتضامنين تبرأ حسب المادة 169 من ق.ل.ع.

انقضاء الالتزام بأسباب أخرى اعتبرها المشرع بمنزلة الوفاء: لقد توسع المشرع المغربي في الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام التضامني في حق جميع المدينين، فلم يحصرها في الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد، بل أضاف عليها سببين آخرين هما المقاصة والإبراء من الدين حسب المواد 169 و 171 و 172 من ق.ل.ع.

فبالنسبة للتجديد فانه يقيم دينا جديدا، ويقضي بذلك على الدين القديم ويبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين من هذا الدين.

وبالنسبة للإبراء، فان إبراء احد المدينين يكون سببا في إبراء ذمة جميع المدينين ما لم يعلن الدائن على اقتصار هذا الإبراء على مدين معين وحصة هذا المدين.

أما فيما يخص الأسباب الأخرى للانقضاء غير الأسباب السابقة الذكر، كاتحاد الذمة والتقادم، فالمشرع لم يرتب على الذمة إذا حصلت لمصلحة احد المدينين انقضاء الالتزام التضامني بالنسبة للمدينين الآخرين حسب المادة 175 من ق.ل.ع.

أما التقادم الذي يتم لصالح احد المدينين فلا يفيد الآخرين وذلك حسب صريح المادة 176 من ق.ل.ع.

الأعمال الضارة الصادرة عن احد المدينين لا تضر بقية المدينين: من هذه الأعمال ما ورد في المواد 176، 177، 139، 174.

وقد سكت المشرع عن الحالة التي يوجه فيها احد المدينين المتضامنين اليمين للدائن فيحلفها، أو إذا وجه الدائن اليمين إلى احد المدينين فنكل عن حلفها.

الأعمال النافعة التي يقوم بها احد المدينين يفيد منها الباقيون: إن النيابة أو الوكالة التبادلية تهل المدينين أو من ينوب عنهم في الأعمال التي تعود عليهم بالنفع.

ب- علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

تسود علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض أحكام الوكالة والكفالة

رجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على الآخرين: إذ أوفى المدين فعلاً أو قضى الدين نحو الدائن بطريقة تقوم مقام الوفاء كالمقاصة، فإن من حقه الرجوع على باقي المدينين المتضامنين الآخرين حسب المادة 179.

انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة كل واحد منهم حسب المادة 179: للوقوف على نسبة كل مدين متضامن يجب الرجوع إلى السند المنشئ للالتزام التضامني والعمل بمقتضاه، وفي حالة عدم وجود اتفاق يعين حصة كل من المدينين المتضامنين، فإن حصصهم تقتض أنهما متساوية بينهم حسب المادة 961.

تحمل الملتين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين أو الغائبين منهم: وذلك حسب نفس المادة، غير أن هذه القاعدة ليست من النظام العام وبالتالي جوز مخالفتها باتفاق بين المدينين والدائن على التنصيص على شرط يقضي باستبعاد تقسيم حصة المدين المعسر أو الغائب على المدينين الآخرين الموجودين والمقتدرين.

رابعاً- التزام صاحب المصلحة وحده في الدين بكل الدين وذلك حسب المادة 180. يبقى جميع المدينين مسؤولين على وجه التضامن قبل الدائن الذي يحق له الرجوع على أي منهم، أما فيما بينهم فيعتبر صاحب المصلحة دائنين أصليين ويعتبر الباقيون كفلاء.¹

¹ مأمون الكزبري: م.س، ص 154 وما بعدها.

الفقرة الثانية- الالتزامات غير القابلة للانقسام والالتزامات القابلة للانقسام

أولا- الالتزامات غير القابلة للانقسام

الالتزامات غير القابلة للانقسام هي الالتزامات التي لا يقبل محلها التجزئة فتتأثر بعدم قابلية المحل للتجزئة فتضحى غير قابلة للانقسام¹.

وقد ضرب الأستاذ الكزبري مثال على ذلك بقوله " ذلك الالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور لمصلحة عقار لا منفذ له، حيث لا تصور تجزئة الالتزام، لان محله، وهو الارتفاق، إما أن يكون ككل وإما أن لا يكون أصلا²."

1- أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

ذكرنا هذه الأسباب في المادة 181

أ- عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب طبيعة محله:

جاء في مضمون المادة 181 على ان الالتزام غير القابل للانقسام هو الذي يكون محله غير قابل للقسمة سواء كانت هذه القسمة مادية ام معنوية والحقوق العينية التي لا تقبل الانقسام بطبيعتها القانونية هي ثلاثة وهي الرهن الحيازي والرهن الرسمي والارتفاق.

بالإضافة إلى ما سبق يعتبر بعض الفقه ان الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل غالبا ما تعتبر غير قابلة للانقسام.

ب- عدم قابلية الالتزام للانقسام بإرادة الإنسان:

إذا تبين من السند المنشئ للالتزام إن تنفيذه لا يمكن أن كون جزئيا فان الالتزام يكون غير قابل للانقسام، ففي هذه الحالة الالتزام يقبل القسمة ولكن إرادة المتعاقدين إرادته غير قابلا للانقسام.

وإرادة الإنسان في جعل الالتزام غير قابل للانقسام إما إن تكون صريحة أو ضمنية.

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري : م.س، ص 375 وما بعدها.

² مأمون الكزبري: م.س، ص 175 وما بعدها.

ج- عدم قابلية الالتزام للانقسام بإرادة المشرع:

قد يكون الالتزام غير قابلاً للانقسام بمقتضى نص قانوني وهو ما نجده مثلاً في المادة 243 من ق.ل.ع التي جاء في مضمونها على عدم جواز إجبار الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة، بالإضافة إلى المثال السابق ما تقتضيه المادة 974 ق.ل.ع.¹

2- الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام:

أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين والدائنين:

إذا كان المدين واحد والدائن واحد فلا فرق بين الالتزام الذي يقبل الانقسام وبين الذي لا يقبل الانقسام، ففي الحالتين معا يحق للدائن أن يرفض الوفاء الجزئي.

الآثار المترتبة في حالة تعدد المدينين:

حسب المادة 182 فإن تحمل عدة أشخاص بالالتزام غير قابل للانقسام جعلهم ملزمين بالوفاء بالالتزام وفاء كاملاً.

وحسب نفس المادة فإن وفاة المدين الملتزم بدين غير قابل للانقسام لا يكون سبباً في تجزئة هذا الدين أمام الورثة بل يبقى محتفظاً بعدم قابليته للانقسام.

وحسب المادة 185 فإن انقطاع التقادم بالنسبة لأحد المدينين يكون سبباً في انقطاع التقادم بالنسبة للمدينين الآخرين.²

الآثار المترتبة في حالة تعدد الدائنين:

حسب المادة 183 لا يستطيع أحد من الدائنين في الالتزامات غير القابلة للانقسام أن يستقل باستيفاء كل الدين.

ويجوز حسب نفس المادة لكل من الدائنين طلب، لمصلحة الجميع، إيداع الشيء المستحق، أو تسليمه إلى أمين تعيينه المحكمة، إذا كان غير صالح للإيداع.

¹ مأمون الكزبري: م.س، ص 177 و ما يليها.

² مأمون الكزبري: م.س، ص 182 و ما يليها.

وحسب المادة 185 إذا قطع احد الدائنين التقادم على المدين اقاد ذلك سائر الدائنين واعتبر التقادم مقطوعا بالنسبة اليهم جميعا.¹

ثانيا- الالتزامات القابلة للانقسام

الالتزامات القابلة للانقسام هي التي يكون محلها قابلا للتجزئة.

ويختلف حسبما إذا كان

1-حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة كون الطرف الدائن والمدين واحد:

في هذه الحالة يعتبر الالتزام كما لو كان التزاما غير قابلا للانقسام وذلك لان للدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا وان من حقه رفض تنفيذ الالتزام جزئيا وذلك ما يستفاد من مضمون المادة 186.

وتزول هذه الحالة التي يكون فيها الطرف الدائن والطرف المدين واحدا بمجرد وفاة أي من هذين الطرفين وانتقال تركته إلى ورثة متعددين حيث يصبح إزاء حالة تعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين.

2-حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة تعدد الطرف الدائن أو المدين:

في هذه الحالة لا يجوز لأحد الدائنين ان يطالب ولا لأحد المدينين ان يلزم إلا بنسبة حصته في الدين حسب المادة 186.

على أن المشرع أورد استثناءات على قاعدة تجزئة الالتزام القابل للانقسام بين المدينين بمقتضى المادة 187 وهذين الاستثناءين هما:

الحالة التي يكون فيها محل الدين تسليم شيء معين بذاته وموجود بين يدي احد المدينين.

الحالة التي يكون فيها احد المدينين مكلفا وحده بتنفيذ الالتزام بمقتضى السند المنشئ له أو بمقتضى سند لاحق.²

¹ مأمون الكزبري: م.س، ص 184.
² مأمون الكزبري: م.س، ص 186 و ما بعدها.

خاتمة

و في الختام، و بعد استعراضنا لمجمل حيثيات أوصاف الالتزام سواء تلك المتعلقة بالرابطة القانونية او تلك المتعلقة بمحل و أطراف الالتزام.

مما سبق فلا يسعنا إلا أن نشتمن مجهود مشرعنا المغربي، و لو كان المستعمر هو واضع أحكام قانون الالتزامات و العقود، الذي أحاط نسبيا بجل قواعد و أحكام أوصاف الالتزام.

لكن على الرغم من ذلك فإنه لازال يعيش قصورا فيما يتعلق بالالتزام البدلي كوصف يلحق محل الالتزام ، و الذي لو يورد أيا من الأحكام المنظمة له على خلاف نظيره المصري.

لكن عموما فإن المشرع فيما دون ذلك استطاع أن يؤطر إلى حد بعيد أحكام أوصاف الالتزام مراعيًا في ذلك تحقيق التوازن بين أطراف هذا الأخير.



المقدمة:

إذا كان قوام الحق الشخصي هو علاقة الدائنية بإعتباره سلطة قانونية مخولة للدائن إزاء مدينه بإجباره على الوفاء بالتزامه ،وبنظر الى انق ولم الإلتزام المراد تحديد مفهومه هو بالمقابل علاقة للمديونية التي تجعل المدين ملزم لتنفيذ إلتزامه¹

فالمقصود بالالتزام بالمعنى القانوني الدقيق هو وضع قانوني أو حالة قانونية يكون بمقتضاها شخص معين مكلف بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل²

إن هذا الأخير قد يتصف بأمر تضاف إليه لتعدل من آثاره و زيادة عن ذلك فبمجرد قيامه صحيحا يرتب آثاره اتجاه أطرافه الذين ارتضوه دون غيرهم كمبدأ. فضلا عن ذلك فالالتزام ينتقل بين أطرافه عبر مجموعة من الأسباب ، فالمقصود بانتقال الالتزام تغير أحد طرفي الالتزام سواء كان (المدين او الدائن) في حالة ما إذا كان الطرف المتغير في الالتزام هو الدائن سميت هذه العملية حوالة الحق ، أما إذا كان طرف الالتزام المتغير هو المدين سميت هذه العملية حوالة الدين³

إن انتقال الالتزام ليس وليد اللحظة بل مر بمجموعة من المحطات التاريخية بداية من القانون الروماني و التشريعات القديمة التي كانت تجيز انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الوفاة ، فهي لم تعرف انتقال الالتزامات بين الأحياء . لكن بعد مرور الوقت تطورت هذه الفكرة إذ أصبح من الممكن تصور انتقال الالتزام من دائن لآخر في حين أن المشرع المغربي وقف هو أيضا عند حد حوالة الحق في الفصول من 189 الى 227 من ق. ل. ع. ولم يتناول بالبحث حوالة الدين و عرض بعد ذلك إلى الحلول ثم الإنابة.

يتضح مما سبق أن موضوع انتقال الالتزام يطرح العديد من المشاكل القانونية أهمها الإشكال المحوري المتمثل في : هل استطاع المشرع المغربي تنظيم أحكام انتقال الالتزام

1_ محمد الشرقاني، القانون المدني، العقد، الإرادة المنفردة، المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم-الرباط،يناير 2003 ص 22.

2_ عبد القادر العراري ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المغربي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول ، نظرية العقد ، في مبادئها القانونية و مظاهرها التطبيقية -دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي- ، مطبعة فضالة ، المحمدية ، 1995 ص13

3_ أحمد عبد الدائم :نقل الإلتزام(حوالة الحق و حوالة الدين)مقال منشور بموقع بتاريخ 2017/12/07 على الساعة 15:16 www.bibliodroit.com

تنظيمًا محكمًا في ظل قانون الالتزامات و العقود ؟ هذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها مجموعة من التساؤلات القانونية :

- هل كل الحقوق عينية كانت أو شخصية يمكن أن تكون موضوع انتقال الالتزام عن طريق الحوالة ؟

- هل كل الحقوق تقبل أن تكون محلا لحوالة الحق ؟

- هل يمكن أن نتصور الحقوق غير المكتوبة موضوع انتقال بالحوالة ؟

- هل يمكن أن تنصب الحوالة على جزء من الدين ؟

و ما موقع التعبير الضمني لقيام الإنابة كصورة من صور انتقال الالتزام ؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات القانونية و غيرها بنوع من الدقة والاختصار ارتأينا أن نتطرق إلى التصميم التالي :

المبحث الأول. أحكام حوالة الحق في قانون الالتزامات والعقود المغربي

المبحث الثاني. الحلول والإنابة كسببين لانتقال الالتزام في قانون الالتزامات والعقود

المغربي

المبحث الأول: أحكام حوالة الحق

لقد تعرضت الفصول من 189 الى 208 من قانون الالتزامات والعقود لحوالة الحق عن طريق التراضي، وهذا الوضع يحتم علينا أن نتعرض في المطلب الأول الى أركانها وشروطها على أن تطرق في المطلب الثاني الى آثارها

المطلب الاول: تعريف حوالة الحق، أركانها وشروطها

إذا كان المشرع المغربي قد نظم في قانون الالتزامات والعقود حوالة الحق دون حوالة الدين فإنه حتى يمكننا التطرق الى الأولى بنوع من الدقة أوجب أن نتطرق في الفقرة الأولى الى تعريفها تم اركانها على أن نتطرق في الفقرة الثانية الى شروطها ازاء الغير

الفقرة الأولى: تعريف حوالة الحق وأركانها

يتطلب لقيام حوالة الحق توفر أركان وهي نفس أركان العقد أو الإتفاق (ثانيا) لكن قبل ذلك اوجب أن تطرق الى تعريفها (أولا)

أولا: تعريف حوالة الحق

لم يعرف المشرع المغربي حوالة الحق داخل النصوص المنظمة لها في ق ل ع، وكما هو معلوم أن مسألة التعاريف هي مسألة فقهية صرفة، وقد عرفها سليمان مرقس على أنها إتفاق ينقل بموجبه الدائن حقه في إلزام معين إلى شخص آخر يقبل أن يحل فيه محله، ويسمى الدائن في هذه الحالة محيلا والشخص الآخر محالا إليه والمدين محالا عليه.

وقد تكون حوالة الحق من المحيل الى المحال اليه معاوضة او تبرعا وقد تكون على سبيل وفاء دين على المحيل أو مقاصة في دين عليه او رهنا لحقه لمصلحة الدائن المرتهن الذي يقبل أن يقرضه بضمان لحق محال¹

إذن هذا بخصوص تعريف حوالة الحق فما هي أركان هذه الأخيرة ؟

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، أحكام الإلتزام، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية نشأت مصر، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت 1992. ص 623.

ثانيا: أركان حوالة الحق

ولأن حوالة الحق كما قلنا هي إتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه الى المحال له فإنها تستوجب أركان هي نفس أركان العقد أو الإتفاق من رضا ومحل وسبب وشكلية في بعض الأحيان

أ_الرضا: برجعنا الى الفصل 194 من ق ل ع نجد ان حوالة الحق لا تخضع لمراسيم خاصة ،بل يكفي لإنعقادها توافر اركان العقد بوجه عام ،فيكفي إذن ان يحصل تراضي المحيل والمحيل له وأن يكون كل واحد فيهما متمتع بأهلية التصرف ،وأن يكون محل الحوالة مشروعاً وأن يكون السبب الذي تحمل عليه الحوالة غير مخالف للقانون او للنظام العام او الأداب العامة ،وتبعاً لذلك يكفي في انعقاد الحوالة تراضي المحيل و المحال له ، اي الدائن الأصلي و الدائن الجديد، فإذا رضي الدائن الأصلي ان يحول حقه الذي في ذمة مدينه الى شخص معين ،وقبل هذا الشخص الآخر ،فقد إنعقدت حوالة الحق ،وذلك دون حاجة الى رضا المدين الذي في دمه الحق ،بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالاً عليه¹

ب_المحل: المبدأ أن كل الحقوق الشخصية تقبل الإنتقال عن طريق الحوالة و الحق الشخصي ايا كان محله يقبل أن يكون موضوعاً لحوالة الحق التي يأتي محلها في أكثره مبلغاً من النقود ،بل قد يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود.

ويجوز أن يكون محل الحق المحال به عملاً او إمتناعاً عن عمل ،فإذا كان هناك دائن لآخر بعمل معين ،فإنه يجوز للدائن أن ينزل عن حقه للمحال له ،وفي الإلتزام عن الامتناع عن العمل يجوز لمشتري المحل التجاري الذي يشترط على البائع عدم المنافسة ذا احوال حقه إلى شخص عن طريق حوالة الحق فإن هذه الحوالة تشمل الحق الثابت للمشتري ،وهو حق شخصي محله عدم المنافسة ،والحقوق المدنية كالحقوق التجارية تكون محلاً للحوالة والحقوق سواء المثبتة في صك كالسند العرفي أو صك رسمي أو حكم قضائي تكون محلاً

¹ عبدالكريم شهبون ،الشافي في شرح قانون الإلتزامات و العقود المغربي، الكتاب الأول ،الإلتزامات بوجه عام،الجزء الثاني ،أوصاف الإلتزام ،إنتقال الإلتزام ،أثار اللتزام ،بطلان الإلتزام.ص 173

للحوالة ،وبالمثل فان الحقوق التي تقتصر للذليل الكتابي تكون محلا للحوالة بشرط أن تثبت بالشهادة أو القرينة .

وإذا كان هذا هو المبدأ أن الحقوق الشخصية تقبل الحوالة فإن بعض هذه الحقوق لا تقبلها أو تقبلها بشروط¹.

1_الحقوق المحتملة: ينص الفصل 190 من ق ل ع في فقرته الثانية على أنه "لا يجوز أن يرد الانتقال على الحقوق أن يرد الانتقال على الحقوق المحتملة "وعليه فإن الحقوق المحتملة لا تصح أن تكون محلا للحوالة في القانون المغربي ،وذلك عكس قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي أجاز أن تكون الحقوق المستقبلية محلا للحوالة ،وهكذا تنص الفقرة الأولى من المادة 281 على انه"يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف وإن تكن إستقبالية محضة ".

2_الحقوق التي لا تقبل الحوالة بمقتضى سند إنشائها أو القانون:حيث ينص الفصل 230 من ق ل ع "الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها"

وعليه إذا تضمن العقد بندا أو شرط يمنع حوالة الحق فن هذا الشرط يتعين إحترامه والتقيد به على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين وكل تجاوز له يقع باطلا.

وبالإضافة الى السند أو الشرط المتضمن في العقد ،فقد يعمد المشرع الى منع حوالة الحق بنص صريح كما فعل في الفصل 481 من ق ل ع الذي يجري سياقه على أنه"لا يسوغ للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم الاموال المنقولة او العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها

¹ _المختار العطار ،الوجيز في القانون المدني ،أوصاف الإلتزام وانتقاله وأثاره وإنقضائه، الطبعة الأولى 2011 ص 112

3_الحقوق التي تتسم بطابع شخصي محض: وذلك ما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 191 من ق ل ع على مايلى ".....تبطل الحوالة ...إذا كان محاها حقوقا لها صفة شخصية محضة ،كحق الإنتفاع المستحق لحبس....."¹

4_الحقوق الغير القابلة للحجز أو التعرض: حيث تنص الفقرة الثالثة من الفصل 191 من ق ل ع "تبطل الحوالة إذا كان الدين لا يقبل الحجز أو التعرض لا أنه إذا كان الدين لا يقبل الحجز الا في حدود جزء منه محدد أو قيمة محددة صحت الحوالة في حدود هذه النسبة. إذن هذا بخصوص الحقوق التي لا تقبل الحوالة فماذا عن الحقوق التي تكون محلا لها لكن بشروط .

_الحقوق التي تتوقف على قبول المدين ؛ حيث ينص الفصل 192 من ق ل ع على "تبطل حوالة الحق المتنازع فيه مالم تتم بموافقة المدين المحال عليه"

ويعني ذلك أن الحقوق التي تكون موضع نزاع تتطلب ثتطلب حوالتها توفر شرط خاص هو إقترانها بموافقة المدين المحال عليه ،وذلك تحت طائلة البطلان².والمقصود بكون الحق متنازعا فيه أن يكون ثمة نزاع في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة أو أن تكون هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه ،وما يلاحظ أن بعض التشريعات المقارنة كالقانون المدني المصري الذي أجاز حوالة الحق المتنازع فيه دون اشتراط قبول المحال عليه بعوض ،وهذا ما نص عليه الفصل 469 من القانون المدني المصري³.

ج_السبب: يجب أن يكون السبب الدافع لإبرام حوالة الحق مشروعاً و غير مخالف للنظام العام او الأداب العامة ،وقد إعتبر المشرع أن سبب الحالة يكون غير مشروع إذا هدف المحيل إقصاء المدين عن قضاته الطبيعيين ،وجعله خاضعا لإختصاص محكمة ما كان

¹ المختار العطار م س ص 113

² عبد الكريم شهبون م س ص 185

³ المختار العطار م س ص 114 .

ليخضع لها لولا حصول الحوالة¹ ، وهذا مانص عليه الفصل 193 من ق ل ع "تكون حوالة الحق باطلة سواء تمت بعوض او على سبيل التبرع ،إذا لم يكن لها من هدف إلا إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين وجره الى محكمة أخرى غير محكمته وفقا لما تقتضيه جنسية المحال له .

ذ_ الشكلية: لا يشترط لإنعقاد الحوالة شكل خاص مالم تكن هبة صريحة وتتم بمجرد توافق الإيجاب و القبول ،ومن تم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة ، على أنه يجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة ،وذلك تطبيقا للفصل 194 من قلع الذي ينص على "الحوالة التعاقدية لدين أو لحق أو لدعوى تصير تامة برضى الطرفين ويحل المحال له محل المحيل في حقوقه ابتداء من وقت التراضي "ويخضع إثبات الحوالة للقواعد العامة في الإثبات مع مراعاة الفصل 443 من ق ل ع الذي ينص على "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشأ أو تنتقل أو تعدل أو تنتهي الإلتزامات والحقوق و التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ويلزم ان تحرر بها حجة رسمية أو عرفية .

إذن هذا بخصوص الأركان الواجب توافرها في حوالة الحق حتى تنتج كافة أثارها ،فماذا عن شروط هذه الاخيرة إزاء الغير؟

الفقرة الثانية: شروط سريان الحوالة في حق الغير

بالإضافة الى اشتراط المشرع توافر أركان حوالة الحق و التي هي نفسها أركان العقد فإنه كذلك جاء في الفصل 195 من ق ل ع واشترط شرطا في غاية الاهمية وهو ضرورة إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها ،غير أن هذا الشرط ليس مطلقا ،لذلك أوجب أن نتطرق الى المبدأ و القاعدة في نقطة أولى على أن نتطرق في نقطة ثانية الاستثناءات الواردة عليه في نقطة ثانية.

¹ مأمون الكزبري ،نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات و العقود المغربي ،الجزء الثاني ،اوصاف الإلتزام وإنتقاله و نقضائه مطابع دار القلم بيروت لبنان ص 192.

أولاً: الأصل؛ وجوب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

نص المشرع في المادة 195 من ق ل ع على ما يلي "لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين و الغير الا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا او بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ "وعليه ما دامت الحوالة لم تبلغ إلى المدين شخصا طبيعيا كان أم اعتباريا بصورة رسمية أو مادام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ فإن الحوالة تبقى مجردة من أي أثر في حق المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير و تكون بالتالي حقوق المحال له مهددة وعرضة لضياح، ونيجة لعدم إعلان المدين المحال عليه قد يعمد المحيل الى التصرف في حقه مرة ثانية كأن يحيله الى شخص آخر حيث نصبح أمام محال له أول وحال له ثاني، ففي هذه الحالة إذا قام المحال له الثاني بإعلان المدين قبل أن يقوم المحال له الأول بإعلان حوالاته للمدين، فإن الأفضلية للمحال له الثاني وذلك تطبيقا لما قرره الفصل 197 من ق ل ع وذلك كله فإن من مصلحة المحال له أن يسرع في إعلان الحوالة للمدين إعلانا رسميا او الحصول منه على محرر ثابت التاريخ يتضمن قبوله إياها¹.

إذن هذا بخصوص الأصل الذي يستوجب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها في محرر ثابت التاريخ فماذا عن الإستثناءات الواردة عليه؟

ثانيا :الحالات الإستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد إنعقادها أو تتطلب لنفاذها إجراءات غير الإعلان و القبول .

أ_ الحالات الإستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد إنعقادها

وهي الحالة المنصوص عليها في الفصل 209 من ق ل ع وهي حالة حوالة من له حقوق في شركة حيث لا يضمن إلا كونه وارثا وأنه بمجرد إنعقاد هذه الحوالة بين المحيل و المحال له تنتقل الحقوق و الإلتزامات المتعلقة بالتركة بقوة القانون الى المحال له وذلك إزاء الكافة ودون أي إجراء

¹ _مأمون الكزبري م س ص 215 .

ب_ الحالات الإستثنائية التي أوجب فيها المشرع لنفاد الحوالة إتباع إجراءات غير الإعلان و القبول .

وهي ما ورد عليه النص في الفصلين 196 و 208 من ق ل ع ، وهكذا ينص الفصل 196 على أن حوالة عقود الإيجار و الأكرية المنصبة على عقارات و غيرها من الأشياء التي تقبل الرهن الرسمي أو حوالة الإيرادات الدورية المترتبة عليها إذا قررت لمدة تزيد على السنة لا تنتج اثارها في مواجهة الغير الا إذا أتت في محرر ثابت التاريخ

كما ينص الفصل 208 على مايلي "تخضع حوالة الكمبيالات و السندات لأمر و السندات لحاملها لأحكام خاصة "ذلك ان السند لأمر و الكمبيالة لا يصبحان نافذين في مواجهة المدين و الغير إلا عن طريق التظهير¹

إذن نكون قد إنتهينا من هذا المطلب متطرقين ولو بشكل موجز الى تعريف حوالة الحق و أركانها و شروطها ،فماذا عن آثارها ؟وهذا ما سنجيب عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: آثار الحوالة

إن المبدأ هو أن الحوالة تنقل إلى المحال له نفس الحق الذي كان يتمتع به المحيل ، فإن كانت بعوض فهي ترتب الضمان على المحيل إزاء المحال له ، كما قد ترد الحوالة على جزء من الدين فما هو الحكم الذي يسود علاقة المحيل بالمحال له في هذه الحالة؟ هذا ما سنجيب عنه في الفقرات الموالية.

الفقرة الأولى: إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

كما سبقت الإشارة فإن الحوالة تنقل نفس الحق الذي كان للمحيل إلى المحال له وعليه فالحق ينتقل إلى المحال له بقيمته و صفاته (أولا) و كذلك ينتقل مع هذا الحق توابعه المتممة له و كذا التكاليف و الالتزامات التي تثقله (ثانيا)فضلا عن ذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع(ثالثا).

¹ _المختار العطار م س ص 118.

أولاً : إنتقال الحق المحال به بقيمته و صفاته ؛الحق المحال به ينتقل بالحوالة بكل قيمته حتى ولو كان المحال له دفع فيه للمحيل ثمناً أقل كما هو الغالب ، فإذا ما أدى مثلاً : " أيوب" مبلغ ألف درهم" لمروان " مقابل حوالة أجراها له مروان بدين له على " زكرياء " قيمته ألف و مائة درهم فإن من حق أيوب المحال له أن يستوفي من زكرياء المحال عليه قيمة الدين المحال به بتمامه أي ألف و مائة درهم. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الحق المحال به ينتقل بالحوالة بالصفات التي كان يتصف بها فإذا كان حقاً مدنياً أو تجارياً إنتقل بصفته المدنية أو التجارية إلى المحال له. وإن كان موقوفاً على شرط أو مربوطاً بأجل إنتقل إلى الحال له بهذا الوصف و إن كان حقاً ينتج فوائد إنتقل بقابليته لإنتاج الفوائد¹.

ثانياً : إنتقال الحق المحال به مع توابعه و تكاليفه و إلتزاماته

في هذا الإطار ينص الفصل 200 من ق ل ع على ما يلي : " حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له كالامتيازات....." هكذا إذا كان الدين ممتازاً إنتقل بصفته لكن إذا كان الإمتياز متعتقلاً بشخص المحيل، فإنه لا ينتقل بصفته المذكورة . وإذا كان الدين ينتج فوائد فإن الحوالة تشمل فيما تشمل تلك التي و لم تدفع إلا إذا إشتراط غير ذلك ، لكن حكم الفائدة لايطبق على المسلمين².

وإذا كان الحق المحال به يتوفر على ضمان كالكفالة ، أو رهن حيازي ، أو رهن رسمي فإن الحوالة تشمل هذه الضمانات إذا ورد الإتفاق على ذلك صراحة و ينص الفصل 201 من ق ل ع على أنه " إذا شملت الحوالة الرهن الحيازي أيضاً فإن المحال له بمجرد تسلمه الشيء المرهون يحل محل المحيل في كل الإلتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين من أجل رعاية الشيء المرهون أو المحافظة عليه"....

لكن إذا حصلت الحوالة بمقتضى القانون أو بمقتضى حكم قضائي ، فإن المحال له يكون لوحده مسؤولاً تجاه المدين عن الشيء المرهون . أما بالنسبة للتكاليف و الإلتزامات المترتبة عن الحق المحال به حيث ورد في هذا الاطار في الفصل 202 من ق ل ع ما يلي : " البيع

¹ مامون الكزبري ، مرجع سابق ، ص 220

² _أنظر الفصلان 200 و 870 من ق ل ع المغربي الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913

أو الحوالة الواردة على حق أو دين تشمل التكاليف و الإلتزامات المترتبة عليه ما لم يشترط غير ذلك " ¹.

ثالثاً : إنتقال الحق المحال به بما عليه من دفع

إن الحق ينتقل بالحوالة مع دفعه وفي هذا الإطار ينص الفصل 207 من ق ل ع في فقرته الأولى على أنه : " يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل ، بشرط أن يكون أساسها قائماً عند حصول الحوالة أو عند تبليغها..."

لكن يلاحظ أن المشرع منع على المدين المحال عليه التمسك في مواجهة المحال له بوصفه غيراً في حقل الصورية بالدفع المستمدة من الإتفاقات السرية إلا إذا كانت مثل هذه الإتفاقات قد ترتبت عن السند المنشئ للإلتزام ، ولم يكن المحال له على علم بها.² هذا بخصوص إنتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فإن كان بعوض يترتب عنه الضمان كيف يترتب هذا الأخير هذا ما سنعالجه من خلال الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية : ضمان المحيل

يتجلى محل الضمان في أن يضمن المحيل للمحال له أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم كانت بدون عوض ، فإن كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يضمن بحكم القانون كونه دائناً أو صاحب حق كما يضمن وجود الدين أو الحق وقت الحوالة و حقه في التصرف فيه . كذلك يضمن يسار المدين إذا إلتزم صراحة بذلك أو إذا كان قد أحال ديناً على شخص كان معسراً وقت إبرام الحوالة

أولاً : أن المحيل يضمن للمحال له أفعاله الشخصية

يضمن المحيل للمحال له سواء كانت الحوالة بعوض أم كانت بغير عوض ، جميع ما يصدر عنه بعد الحوالة من أفعال تؤدي إلى زوال الحق المحال به أو الإلتناقص منه . هكذا لو

¹ _ادريس العلوي العبدلاوي , النظرية العامة للإلتزام , الجزء الثاني , الطبعة الاولى , مطبعة النجاح الدار البيضاء , 2000 , ص 102
² _المختار عطار , مرجع سابق , ص 120-121

أن المحيل أقدم ، بعد الحوالة و قبل صيرورتها نافذة في حق المدين ، على إستيفاء كل أو بعض الحق من هذا المدين المحال عليه، لترتبت عليه المسؤولية و كان للمحال له الرجوع عليه بالضمان و هذا الأخير يتمثل في إلزامه بتعويض المحال له تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر وفقا لمبادئ المسؤولية التقصيرية لأن التعويض هنا مصدره الخطأ من جانب المحيل¹.

ثانيا : ضمان المحيل كونه دائنا و ضمانه وجود الدين و حقه في التصرف فيه

يستفاد من خلال الفصل 203 من ق ل ع ،² على أنه إذا كانت الحوالة بعوض و لم يكن تمة إتفاق خاص بين المحيل و المحال له على الضمان ، فإن المحيل يضمن بحكم القانون كونه دائنا كما يضمن وجود الدين و حقه في التصرف فيه.

وعليه يجب الضمان على المحيل إذا كان أحال ديننا ليس هو الدئن له أو حقا ليس هو صاحبه كما في حوالة يجريها وكيل مكلف بقبض الدين المحال به ليس إلا وكذلك يجب الضمان على المحيل إذا كانت الحوالة إنصبت على حق غير موجود كأن تقع على حق مصدره باطل أو قابل للإبطال و يتقرر بطلان أو إبطال هذا العقد ويجب على المحيل الضمان إذا كان الحق أو الدين المحال به لا يحق للمحيل التصرف فيه ، كما لو كانت يد المحيل على هذا الحق أو على هذا الدين يد دائن مرتهن أو يد أمين. أما إذا كانت الحوالة بلا عوض ، فالضمان لا يترتب على المحيل لأن الضمان المذكور هو قاصر على الحالة التي تقع فيها الحوالة بعوض ، إنما يكون فقط مسؤولا في مواجهة المحال له عن الضرر الذي لحق بسبب تدليسه وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 203 ق ل ع.

ثالثا : ضمان المحيل يسار المدين

يقع كثيرا أن الإتفاق على الضمان بين المحيل و المحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها ، و أكثر ما يكون ذلك في إشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب بل أيضا يسار المدين هذا و يلزم أن يرد الإتفاق على ذلك صراحة. على أن المشرع المغربي إعتبر

¹ _ مأمون الكزبري ، مرجع سابق ، ص 227

² _ أنظر الفصل 203 ق ل ع

في الفصل 204 من ق ل ع المحيل ضامناً كذلك يسار المدين ولو لم ينص على هذا الضمان في العقد " إذا كان المحيل قد أحال ديناً على شخص كان معسراً عند إبرام الحوالة " ¹ فإذا ضمن المحيل يسار المدين و رجع المحال له بهذا الضمان بسبب إعسار المدين فإن كان المشرع لم يوضح في الفصل 203 ق ل ع مدى شمول هذا الضمان فإنه قد أوضح الأمر في الفصل 204 بأن هذا الضمان يشمل ثمن الحوالة الذي دفعه المحيل و سائر المصروفات التي تكبدها المحال له في إبرام الحوالة هذا فضلاً عن التعويضات التي يحق للمحال له أن يطالب بها في حالة الغش. في الأخير تجدر الإشارة إلى فكرة بالغة الأهمية تتعلق الأمر بهل يسقط ضمان المحيل يسار المدين ؟ إذا إلترم المحيل بضمان يسار المدين فإن هذا الضمان قد يسقط عنه في حالتين الآتيتين المنصوص عليهما في المادة 205 من ق ل ع

الحالة الأولى : إذا كان عدم الوفاء عائداً إلى فعل إرتكبه المحال له أو أهمل في إتخاذ الاجراءات اللازمة لاستيفاء حقه.

الحالة الثانية : إذا منح المحال له المدين أجلاً بعد حلول الدين و نتج عن هذا عسر في إقتضاء المحال له لحقه و على المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى من حالة المدين و مقدار ملاءته فإذا لم يستطع أن يثبت من ذلك ، ففي القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار ، فإذا هو لم يفعل كان التقصير في جانبه.²

هذا بخصوص ضمان المحيل ، فهل يمكن أن نتصور الحوالة الواقعة على جزء من الدين؟ هذا ما سنعالجه من خلال الفقرة الموالية

الفقرة الثالثة : الحوالة الواقعة على جزء من الدين

إذا إنصبت الحوالة على جزء من الدين ورجع كل من المحيل و المحال له على المدين ، و حصل أن حدث أن ذمة المدين لم تكن مليئة ، فإنه يثبت لكل منهما مقاضاة المدين كل بقدر حصته في الدين ، ولا يثبت لأيهما أفضلية على الآخر في إقتضاء حقه ، وهكذا تنص الفقرة الأولى من الفصل 206 من ق ل ع على أنه " إذا وردت الحوالة على جزء من الدين جاز

¹ عبد الكريم شهيون ، مرجع سابق، ص 207

² عبد الكريم شهيون ، مرجع سابق ، ص 208

للمحيل و المحال له كل بقدر حصته أن يباشر الدعاوي الناتجة عن الدين المحال...¹ و هكذا مثلا لو أن دائنا حول لآخر دينه البالغ مجموعه ألف و خمسمائة درهم ، ورجع المحيل و المحال له على المدين ، وكان كل ما يوجد في ذمة هذا المدين يساوي تسعمائة درهم فإن هذا المبلغ يوزع بين المحيل و المحال مثلثة ، بحيث يستوفي المحيل ستمائة درهم مقابل دينه البالغ ألف درهم ، يستوفي المحال له ثلاثمائة درهم مقابل دينه البالغ خمسمائة درهم.²

و لئن كان الأصل أن يشترك المحيل و المحال له بالتساوي في الحق المحال به ، فإن المشرع أورد إستثناء على هذه القاعدة إذ بموجبها تعطى الأولوية للمحال له على المحيل في أخذ حقه ، بموجب الفصل 206 ق ل ع " يكون للمحال له حق الأولوية:

1_ إذا إشتراطه صراحة

2_ إذا ضمن المحيل يسار المدين المحال عليه أو إلتزم بالوفاء عند عدم حصوله منه"

إذن هذا بخصوص أحكام حوالة الحق فماذا عن الحلول و الإنابة كسببين من أسباب إنتقال الإلتزام.

¹ المختار عطار ، مرجع سابق ، ص 124
² مأمون الكزيري، مرجع سابق ، ص 233

المبحث الثاني: الحلول و الإنابة كسببين من أسباب إنتقال الإلتزام

سنتحدث في هذا الإطار عن أحكام الحلول كصورة من صور إنتقال الإلتزام (المطلب الأول) على أنت نتطرق لأحكام الإنابة في (المطلب الثاني)

المطلب الأول : أحكام الحلول في قانون الإلتزامات و العقود المغربي

- إذا كان يمكن انتقال الإلتزام عن طريق الحوالة و الإنابة , فإنه يمكن أن ينتقل بسبب الحلول كما ينص على ذلك الفصل 214 من قلع " الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الإتفاق و إما بمقتضى القانون " .

حيث يتضح على ان الحلول على نوعين. حلول قانوني { الفقرة الأولى } و حلول اتفاقي {الفقرة الثانية} و يترتب عنهما عدة آثار { الفقرة الثالثة} .

الفقرة الأولى: الحلول القانوني

يعد الحلول القانوني سببا من أسباب انتقال الإلتزام يقصد به حلول يقع بموجب القانون.¹

نظمه المشرع في الفصل 214 من قلع و هو على أربع حالات :

- الحلول لفائدة الدائن الذي يفي بدين دائن آخر مقدم عليه بسبب امتياز أو رهن :

تقوم هذه الحالة على فكرة أساسية كون الدائن صاحب امتياز أو رهن منصب على دين مرهون منصب عليه كذلك دين عادي أو رهن متأخر في الدرجة , فحتى لا ينفذ الدائن المرتهن على المال المرهون جبريا يقوم الدائن العادي بالوفاء لهذا الأخير و يحل هو محله عن طريق الحلول بشرط أن يكون دائنا هو الآخر لنفس المدين.

بعبارة أخرى فإن الدائن تثبت له سواء كان دائنا عاديا أو دائنا مرتهنا في الحلول القانوني بغض النظر من كون دين الموفي لاحقا في التاريخ على دين الموفى له أو سابقا له , إذ

¹ - المختار العطار : مرجع سابق ص 128 .

يشترط ضرورة أن يكون الموفي دائئا لنفس المدين , كما يجب أن يكون الموفي له متقدما عليه الرتبة بسبب امتياز , أو رهن رسمي أو رهن حيازي للمنقولات¹ .

هذا و تجب الإشارة أنه لا بد أن يكون الدائن الموفي و الدائن له دائنيين لنفس المدين و ان يكون الموفي له دائئا مقدما عليه الرتبة.

- الحلول لفائدة مكتسب العقار في حدود ثمن اكتسابه إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنيين المرتهنيين للعقار رهنا رسميا :

لكل دائن صاحب رهن رسمي عل عقار أن يباشر بيعه جبريا لإستيفاء دينه و ذلك ضد أي شخص وجد العقار في يده بما له من حق التتبع إلا يمكن لدائن بدين عادي أن يقوم بسداد الدين لفائدة الدائن ليحل هو محله مستفيدا من الضمانات التي يخولها العقار المرهون.

بمعنى من المعاني أنه يمكن لكل دائن دين رهن رسمي على عقار, أن يطلب طرح العقار للبيع بالمزاد العلني لإستيفاء حقه , حيث ينقضي الدين بموجب الثمن الذي رسا عليه المزايد العلني , و من ثم يحل محل الدائن في حقوقه من وفى بهذا الدين و الذي هو في مقامنا الشخص الذي رسا عليه المزايد.²

- الحلول لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه :

في هذه الحالة قد يكون الموفي مع المدين كأن يكون متضامنا أو كفيلا فمن أدى الدين يمكنه الرجوع على المدين بدعوى الدائن , أو أن يكون الموفي ملزم عن الدائن كأن يكون كفيلا شخصيا أو وكيلا بالعمولة³.

لذلك فمن أدى الدين ثبت له الرجوع على المدين بدعوى الدائن بحكم القانون, و إذا كان من وفى الدين ملزما به عن المدين كالكفيل الشخصي , فإن له حق الحلول القانوني كذلك محل المدين , و إذا أدى الوكيل بالعمولة ثمن المنقول الذي اشتراه لعميله , فإنه يحل محل البائع في الرجوع على العميل .

¹ - ادريس العبدلاوي : مرجع سابق ص 136.

² - المختار العطار : مرجع سابق ص 129

³ - ادريس العبدلاوي : مرجع سابق ص 137

- الحلول لفائدة من له المصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملزماً به شخصياً :

و مثاله أن يقوم الشخص الذي يقدم ضماناً عينياً يضمن بها ديناً آخر تتقرر لمصلحة الدائن يسمى كفيلاً عينياً , حيث لا يكون ملزماً بأداء الدين و لكن يمكنه أدائه.

و عليه سيصبح الكفيل العيني تحت تصرف الدائن أو الرهن الرسمي يقوم لمصلحة الدائن على عقار جاره يملكه. فإذا ما هو دفع دين المدين لفائدة الدائن , كان له أن يرجع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفع لأن المدين هو الذي يجب أن يتحمل الدين بمجموعه¹.

مما سبق نستنتج على أن المشرع حدد حالات الحلول القانوني على سبيل الحصر و ليس على المثال في الفصل 214 قلع إلا أنه بالمقابل فتح المجال لإرادة الأطراف عن طريق حلول الغير محل أحد طرفي العقد في حقوقه و التزاماته و هذا ما يسمى بالحلول الإتفاقي فما المقصود به ؟

الفقرة الثانية: الحلول الإتفاقي

- سبق أن تحدثنا عن أن الحلول هو حلول شخص آخر محل الدائن في حقوقه , مستفيداً منها دونه, فإذا كان القانون أقر بعض حالات الحلول القانوني كما هو الحال في الفصل 214 قلع, فإنه كذلك أجاز للأطراف أي الدائن و المدين أن يتفقوا على الحلول , حيث يمكن أن يتم باتفاق الموفي مع الدائن {أولاً}, إما ان يتم باتفاق الموفي مع المدين {ثانياً} حسبما ما هو مبين في الفصلين 212 و 213 قلع.

أولاً- الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن:

ينص الفصل 212 قلع على أنه يقع الحلول الإتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله عند قبضه الدين منه في الحقوق و الدعاوى و الإمتيازات و الرهون الرسمية التي على المدين .
و يجب أن يقع هذا الحلول صراحة و ان يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء.

¹ - مأمون الكوزبري : م س ص 248.

هكذا يتضح من خلال الفصل أعلاه على أن الدائن الذي يرغب في استيفاء حقه و لا يجد لدى المدين ما يفي به , يمكن له أي الدائن أن يتفق مع الغير , ليحل هذا لغير محله قبل المدين , ليستطيع الوفاء , بالمقابل يمكن للغير الوفاء بما على المدين و هو بهذا يقدم يد المعونة له في الوقت العسير , و من ثم فهو قد يجد في الإتفاق مع الدائن على هذا الحل ما يشجعه على الوفاء , وما يضمن له استرداد ما يفي به ¹ , وفق ما تقضي به 1/212 قلع.

و إذا كان محل الدين الذي حل فيه الغير الموفى محل الدائن إذنا تجاريا أو ان الدائن باشر إجراءات مقاضاة المدين من أجل استيفاء دينه أو كان الحق الثابت في الدين مقرون بدعوى الفسخ , أو مثقلا بتأمينات عينية و أخرى شخصية , فإن كافة هذه الضمانات و الصفات تنتقل مع الحق إلى الغير الموفى الدين لفائدة الدائن.

و يشترط فيه أن يقع الحل نتيجة اتفاق الموفى مع الدائن شرطين :

- يجب أن يكون الحل صريحا :

و المقصود به أن يكون التعبير عن إرادة الدائن في الحل تعبيراً واضحاً جلياً لا أن يكون تعبيراً ضمنياً.

و هو نفس المقتضى المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي في الفصل 1250 وقانون الموجبات و العقود اللبناني في الفصل 313 حيث نصا على وجوب وقوع الحل بصورة صريحة في حين أن بعض التشريعات و خاصة التقنينين المدني المصري والسوري في الفصلين 327 قم م و السوري 326 اكتفيا برضاء الدائن بالحلول سواء أحصل هذا الرضاء بصورة ضمنية أو صريحة.

- يجب إن يتم الإتفاق على الحل وقت الوفاء بحيث لا يسوغ أن يقع الحل لا قبل الوفاء و لا بعده :

إذ لا يمكن تصور الحل قبل الوفاء و ان جرى ذلك فإنه لا يكون سوى تعهد بالحلول لا اتفاق الحل , و لا حتى بعد الوفاء حيث يصبح الحل مستحيلاً إذ الوفاء يقضي الدين

¹ - عبد الكريم شهبون : م س ص 224.

بصورة نهائية مع سائر ما يلحق به من توابع و ضمانات , و يمتنع بعث الدين من جديد لمصلحة الموفي الذي أوفى بالدين دون أن يحله الدائن محله إذاك¹.

كما أنه لا يمكن اشتراط الإتفاق على الحلول وقت الوفاء لأن ذلك سيفتح الباب من أجل أن يتواطأ بين الدائن و المدين على إحلال أجنبي محل الدائن إضراراً بباقي الدائنين².

2- الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين :

يمكن للمدين المعسر أن يتفق مع الغير من أجل أن يفي مبلغ الدين لفائدة الدائن و حلوله هو محله .

لذلك قد يكون مدعاة للغرابة هذا النوع من الحلول الذي يكون بين الموفي و المدين , إلا ان أهميته العملية جد مهمة , فالمدين الذي يرغب في التخلص من دائنه لسبب ما كأن يكون الدين بفائدة مرتفعة , أو يكون الدائن فظا غليظ القلب يستطيع بواسطة هذا الحلول أن يستقرض مالا بشروط أفضل ليفي بدينه.

إلا انه قد يرفض الدائن استيفاء الدين , فحتى لا يتعطل الحلول في مثل هذه الحالة أوضح المشرع في نفس الفصل أنه إذا رفض الدائن استيفاء الدين , ثم الحلول إذا قام المدين بالإيداع على وجه صحيح³.

و يشترط فيه أن :

- أن يكون كل من القرض و التواصيل مدرجا في محرر ثايت :

أن يصرح في عقد القرض و التواصيل أم المبلغ أو الشيء قد اقترض للوفاء بالدين و في التوصيل أن الوفاء قد تم بالنقود أو الشيء المقدم من الدائن الجديد لهذا الغرض و في حالة الإيداع يجب ذكر البيانات السابقة في التوصيل المدفوع من أمين الودائع.

¹ - مأمون الكوزيري : م س ص 249.

² - عبد الكريم شهبون : م س ص 227

³ - نفس المرجع السابق ص 229.

- إن العلة من إقرار هذين الشرطين هو منع حصول التواطأ بين المدين و الغير الموفي
إضراراً بحقوق دائنيه, ذلك أن المدين قد يفي دائنه من أمواله الشخصية , ثم يلجأ للتواطأ مع
أجنبي فيعقد معه قرصاً يذكر فيه كذباً أن المال المقترض مخصص للوفاء ليحل هذا الأجنبي
المقرض محل الدئن فيما كان له من ضمانات , الأمر الذي يضر بمصلحة الدائنين
الأخرين.

- أن يحل المدين صراحة الدائن الجديد في الضمانات المخصصة بالدين القديم:و هنا
نقصد بالتعبير تعبير ارادة المدين في الحلول تعبيراً واضحاً جلياً لا أن يكون تعبيراً ضمناً ,
و من ثم فهو لا يعتد برضاء المدين إذا جاء صريحاً , بل الأكثر من هذا فإن التشريع العراقي
قد اشترط أن يكون الإتفاق على الحلول بين الموفي و المدين في ورقة رسمية , و لا يشترط
القانون المصري سوى أن يثبت تاريخ كل من القرض و المخالصة عند تعاقبهما و ذلك حتى
يستطيع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء.¹

الفقرة الثالثة : آثار الحلول

أياً كان الحلول اتفاقياً أو قانونياً فإن آثار الحلول عموماً هي نفس آثار الحوالة كما هو
منصوص عليها في الفصل 216 من قلع الذي يحيل على الفصول 190 و 194 و 195 و
196 و 203 من نفس القانون و هي:

1- جواز ان يرد الحلول على الحقوق و الديون التي لم يحل أجل الوفاء بها دون تلك
الحقوق المستقبلية لأو المحتملة.

2- بطلان الحلول الذي من شأنه ابعاد المدين عن قضائته الطبيعيين و جره إلى محكمة
أخرى.

3- الحلول الإتفاقي يتم برضاء و يحل الموفي محل الدائن في حقوقه ابتداءً من هذا الوقت
على أنه تجب الإشارة ملاحظة ما اشترطه المشرع في الحلول الحاصل نتيجة اتفاق الموفي
مع المدين من حيث ابرام كل عقد القرض و التوصيل في محرر ثابت التاريخ. {213قلع}

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القنون المدني الجديد , نظرية الإلتزام بوجه عام - الأوصاف - الحوالة - الإنقضاء - المجلد الثالث دار
النهضة العربية القاهرة - بدون ذكر سنة النشر ص 684.

4- الدائن الجديد الذي أحل محله الموفي يلتزم , إذا كان الحلول بعوض بأن يضمن :

- كونه دائن صاحب حق.

- وجود الدين أو الحق وقت وقوع الحلول.

- حقه في التصرف فيه.

و كل هذا حتى ولو حصل حلول الغير بغير ضمان.

و هو يضمن أيضا وجود التوابع كالإمتيازات و غيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين أداه له الموفي و التي كانت موجودة في وقت وقوع الحلول , هذا ما لم تكن قد استثنيت صراحة¹.

و إذا كان الحلول قد اعتبره المشرع سببا من أسباب انتقال الإلتزام و ميز فيه بين الحلول القانوني و الإتفاقي و رتب عدة شروط لهما , فإنه بالإضافة إلى الحلول نظم الإنابة كسبب من أسباب انتقال الإلتزام فماذا يقصد بهذه الأخيرة؟

المطلب الثاني : الإنابة كسبب من أسباب إنتقال الإلتزام

تعد الإنابة من أهم أسباب إنتقال الإلتزام، والمقصود بها كما جاء في الفصل 217 من ق.ل.ع " الإنابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو، وفاء لما هو مستحق عليه عنه ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء"

وعليه فإنه حتى تكون الإنابة صحيحة لابد من تحقق شروطها (الفقرة الأولى) وبتحققها تكون الإنابة صحيحة حيث يترتب عنها مجموعة من الآثار (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : شروط الإنابة

إن الإنابة تفرض وجود ثلاثة أطراف : المنيب، المناب لديه، المدين المناب. وقد تقوم علاقة بينهم وقد لا توجد، وإن كان في غالب الأحيان أن الإنابة قد تجري بين أشخاص

¹ - عبد الكريم شهبون : م س ص 238 و 239.

تجمع بينهم علاقة سابقة لذلك نجد المشرع المغربي إشتراط لصحتها مجموعة من الشروط الأساسية:

أولاً : توافر مبادئ التعاقد في الإنابة.

طبقاً لهذه للفصلين 218 و 219 من ق.ل.ع يكفي في الإنابة توافر أركان العقد، وأن يكون محلها مشروعاً، والسبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يتم رضا المنيب والمناب لديه ولو بدون علم المدين المناب وأن تتوفر فيهم أهلية التصرف، فمن لا تتوفر فيهم هذه الأهلية لا يحق لهم إجراء الإنابة.¹

ثانياً: ضرورة التعبير الصريح لإجراء الإنابة

لقد نص المشرع على هذا الشرط وذلك في الفصل 218 من ق.ل.ع بقوله " الانابة لا تفترض، ويلزم أ، تكون صريحة..."

بناءً عليه فإن التعبير الضمني لامناص له في قيام الإنابة المنتجة لآثارها القانونية.

ثالثاً : محل الإنابة

بالرجوع إلى الفصل 220 من نفس القانون نجده ينص على مايلي :

- 1- "لاتصح الإنابة إلا إذا كان الدين المناب عليه صحيحاً قانوناً :
- 2_ الا إذا كان الدين الذي على الدائن المنيب صحيحاً كذلك، ولا تجوز الإنابة في الحقوق الاحتمالية."

وعليه لاتصح الإنابة إلا إذا كان كل من دين المنيب والمناب عليه صحيحين بحيث إذا قام أحدهما باطلا ماقامت الإنابة، ولكن ليس من الضروري لصحة الإنابة أن يكون الدينان متساويين في مقدارهما، أو أن يكون سببهما متشابهين (الفصل 211).²

ونضرب مثال لذلك : إذا كان أحمد مدينا ل علي ودائنا لعثمان، وأتاب أحمد عثمان أن يدفع الدين لعمر. فإن الإنابة في هذه الحالة تكون صحيحة إلا إذا كان كل من دين المنيب أحمد

¹ المختار العطار : م. ر ص 135-136

² إدريس العبدلاوي، م.س ص 132

إزاء المناب لديه عمر ودين عثمان المناب إزاء أحمد صحيحين، أما إذا كان أحد الدينين باطلا بطلت الإنابة .

رابعاً : الإنابة تتوقف صحتها على قبول المدين المناب

مفاد هذا الشرط وهو أنه في حالة إذا ما كانت هناك أسباب عدائية بين المناب لديه والمدين المناب لزم قبول هذا الأخير لصحة الإنابة. وكان له كامل الحرية في الرفض، وبالتالي فإذا وجدت عداوة بين المناب لديه والمدين المناب كان بإمكان المدين المناب أن يجرّد الإنابة من كل أثر وذلك برفضها، وهذا ما يستفاد صراحة من الفصل 219 من ق.ل.ع.¹

هذا بخصوص شروط الانابة كصورة من صور انتقال الالتزام فماذا عن آثارها هذا ما سنجيب عنه في الفقرة الموالية ؛

الفترة الثانية : آثار الإنابة كصورة من صور إنتقال الإلتزام

بالكاد لا يختلف على أن أطراف الإنابة هم المنيب والمناب لديه والمدين المناب، مما يستوجب علينا أن نبحث في هذه الآثار تبعاً، بداية بآثار الإنابة بالنسبة للمنيب مروراً بآثار الإنابة بالنسبة للمناب لديه وانتهاء بآثار الإنابة بالنسبة للمناب .

أولاً : آثار الإنابة بالنسبة للمنيب

إن الإنابة الصحيحة فهي إبراء لزمة المنيب تجاه المناب لديه مالم يتم إشتراط غير ذلك، وهذا ما يستفاد من مقتضيات الفصل 223 من ق.ل.ع إذ ينص على أن " الإنابة الصحيحة تبرئ ذمة المنيب , مالم يشترط غير ذلك ... " .

¹ ينص الفصل 219 من ق.ل.ع " تتم الانابة برضى المنيب و المناب لديه , ولو بدون علم المدين المناب .بيد أنه اذا وجدت هناك أسباب عدائية بين المناب لديه و المدين المناب لزم قبول هذا الأخير لصحة الانابة , وكان له كامل الحرية في الرفض"

لكن بالرجوع إلى الفصل 224 من ذات القانون¹ نجد المشرع المغربي قد أبقى على شغل ذمة المنيب إزاء المناب لديه بحيث يحق للمناب لديه الرجوع من أجل إستقاء محل الإنابة، حتى ولو لم يكون هناك شرط بهذا.

ثانيا : آثار الإنابة بالنسبة للمناب لديه

إن المنيب ينقل حقه إلى المناب لديه وذلك عن طريق الإنابة، حيث يصبح للمناب لديه الحق كاملاً كما كان لذا المنيب، فهو ينتقل له بقيمته وصفاته وتوابعه كالإمتيازات. مع إستثناء ما كان معلقا بشخص المنيب، بالإضافة لذلك فإن الإنابة تشمل دعاوى البطلان والإبطال التي كانت للمنيب وكذلك الفوائد التي حلت ولم تدفع مالم يشترط غير هذا أو تجري العادة بخلاف ذلك، ولكنها لا تشمل الرهن الحيازي على المنقولات والرهن الرسمية و الكافلات إلا بشرط صريح، وإذا شملت الرهن الحيازي فإن المناب لديه بمجرد تسلمه الشيء المرهون يحل محل المنيب في كل الإلتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين بصدد رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه² وبالتالي فإن المناب لديه يتلقى الدين أو الحق المناب عليه بتكاليفه وإلتزاماته ، وإذا حصلت الإنابة لشخصين فضل منهما من بلغ إنابته للمدين المناب قبل الآخر ولو كانت إنابته متأخرة في التاريخ، أما إذا كانت الإنابتين مؤخرتين في نفس اليوم ولم يتيسر تحديد ساعة إجراء كل منهما قسم المبلغ على الدائنين بنسبة دين كل منهما. وهذا ما تم التنصيص عليه في الفصل 226 من ق.ل.ع .

ثالثاً : آثار الإنابة بالنسبة للمناب

إن المشرع المغربي قد منح للمناب أن يتمسك في مواجهة المناب لديه بكل وسائل الدفوع التي كان يمكن أن يحتج بها في مواجهة الدائن المنيب ولو كانت شخصية، وذلك بموجب الفصل 222 من ق.ل.ع .

¹ ينص الفصل 224 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أن " لا يترتب على الإنابة براءة ذمة المنيب , ويكون للمناب لديه الرجوع عليه من أجل مبلغ الدين وتوابعه:

1 _ إذا تقرر عدم وجود الإلتزام المناب عليه أو فسخه لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ المقرر في القانون .

2 _ في الحالة المنصوص عليها في الفصل 354

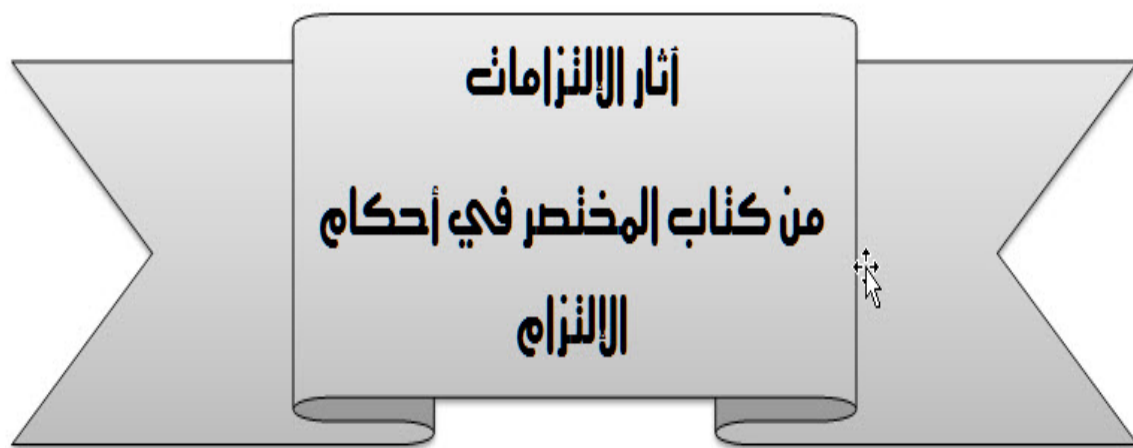
3 _ إذا أثبت المدين المناب أنه تحل من الدين قبل أن تصل الإنابة الى علمه . و إذا وفي المدين المناب للمنيب , بعد علمه بحصول الإنابة , بقي مسؤولاً تجاه المناب لديه مع حفظ حقه في استرداد مادفعه للمنيب"

² _ المختار العطار . م.س ص: 198

بالإضافة إلى ذلك فإن المناب له الحق في أن يعود على المنيب في حدود ما دفعه للمناب لديه، حيث نجد الفصل 227 من نفس القانون ينص على أنه " إذا دفع المناب الدين ولم يكن مدينا للمنيب، حق له الرجوع عليه في حدود المبلغ الذي دفعه وفقاً لقواعد الوكالة" وعليه فإن ذمة المناب تبرء عندما يقوم بالوفاء الذي يقع لدائن الأصل قبل إعلان الإنابة، وبالتالي فإذا دفع المناب الدين لدائنه أو أنهاه بالإتفاق معه بأي طريقة قبل أن تبلغ له الإنابة من المنيب أو المناب لديه، برئت ذمته مالم يقع منه تدليس أو خطأ جسيم (الفصل 198 من ق.ل.ع).

خاتمة:

نافلة القول ان صور انتقال الإلتزام كما نظمها المشرع المغربي في القانون المدني هي الحلول و الإنابة و الحوالة هاته الأخيرة التي نظمها في الجزء المرتبط بحوالة الحق و إغفاله لحوالة الدين رغم أهميتها العملية لذلك من وجهة نظرنا المتواضعة و جب على المشرع أن يتدخل تشريعيا من أجل تنظيمها , فإذا كان الإلتزام ينتقل كما بينا سابقا عبر مجموعة من الأسباب , فإنه فضلا عن كل ذلك ينقضي بالعديد من الأسباب مما يجعلنا نتساءل حول ماهي أسباب انقضاء الإلتزام ؟



مقدمة

تحتل نظرية الالتزام مكانة مرموقة في القانون المغربي على المستويين النظري والعملية، بل يمكن القول ودون مبالغة أنه تحتل أهم مكانة. فهي من القانون المدني بمثابة العمود الفقري من الجسم.

و معلوم أن الالتزام يعرف بكونه رابطة قانونية بين شخصين بمقتضى هذه الرابطة يلتزم الطرف المدين اتجاه الطرف الدائن إما بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وعموما يمكن أن يكون هذا الالتزام إما مدنيا أو طبيعيا ويعتمد في التفرقة بينهما على تحليل فكرة الالتزام وتشطيرها إلى عنصرين. هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. فإذا اجتمع العنصران معا كنا أمام التزام مدني مما يرتب إمكانية إجبار المدين على الوفاء بموجب مقرر قضائي كما هو الشأن في التزام ناشيء عن عقد مباح ومؤسس بطريقة شرعية ولم يكن قد انقضى بالتقادم. وبالعكس منه الالتزام الطبيعي الذي لم تزل عنه نهائيا آثاره القانونية لا يمكن أن يجبر المدين على الوفاء به

وما يلاحظ بخصوص موضوع آثار الالتزام هو أن المشرع المغربي قد خلط بينه وبين آثار العقد فآثار العقد هو إنشاء الالتزامات والحقوق بينما أثر الالتزام -وهو الذي يعنينا في هذا المقام- هو وجوب تنفيذه ولو بإجبار المدين على ذلك وهكذا يحسن عدم الخلط بينهما للاختلاف البين بينهما.

الأمر الذي يدعونا إلى طرح الإشكال التالي

إذا كان المشرع المغربي قد خصص حيزا هاما من ظهير الالتزامات والعقود للحديث عن الأحكام المؤطرة لآثار الالتزام باعتبارها مرحلة هامة تلي مرحلة نشوء هذا الأخير فإلى أي مدى نجح في الإلمام بهاته الأحكام ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية فإننا ارتأينا التصميم الآتي :

المبحث الأول الأحكام العامة لتنفيذ الالتزام

المبحث الثاني تنفيذ الالتزام ؛ حالات الإخلال وآليات الضمان

المبحث الأول الأحكام العامة لتنفيذ الالتزام

للإحاطة بالأحكام المؤطرة لمؤسسة التنفيذ، وجب القيام أولاً بتعريف هذه المؤسسة ألا وهي التنفيذ ثم بعد ذلك الوقوف على صورته (المطلب الأول) والتنفيذ هذا له عدة شروط يجب الامتثال لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف تنفيذ الالتزام وصوره.

لا شك أن الأثر الأساسي للالتزام هو وجوب تنفيذه، والتنفيذ في الأصل يكون عينياً وطواعية لكن قد يتعذر ذلك أحياناً فنصبح آنئذ أمام التنفيذ الجبري والذي بدوره يكون عن طريق القضاء كما قد يكون التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. بالإضافة إلى صور أخرى. ومن أجل الاستفاضة في هذه المسألة أكثر سنقوم بادئاً ذي بدءاً (الفقرة الأولى) بالتعريف بالمقصود بالتنفيذ ثم بعد ذلك تبيان صور هذا الأخير (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : تعريف تنفيذ الالتزام.

التنفيذ : لغة . هو تحقيق الشيء وإخراجه من الحيز النظري الى الواقع واصطلاحاً:

— المعنى الأول : إجرائي : التنفيذ القهري

— المعنى الثاني : معنى موضوعي : الوفاء بالالتزام .

و من المعلوم أن تحديد المقصود بتنفيذ الالتزام أو تعريفه هو عمل فقهي بحث ، و بالتالي فالأجدر بالمشرع ألا يلجأ إلى مثل هذه التعريفات ، إلا للضرورة و أن يترك الأمر للفقهاء يصول و يجول بشأنه ، لذا فقد وجدنا أن الكثير من التشريعات تعدل عن ذلك¹.

¹ - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني" في الالتزامات" أحكام الالتزام - المجلد الرابع - ط الثانية القاهرة 1992.

و تنفيذ الالتزام هو المرحلة التي تلي نشوءه على وجه صحيح ، بل الغاية التي يتوخاها الأطراف باعتبار أن كل منهم يلتزم التزاما قائما مستقلا ، ذلك لأن الالتزام أيا كان مصدره يرتب آثارا قانونية تؤدي إلى إلزام الطرف الآخر بالوفاء به¹.

و الوفاء و التنفيذ العيني هما في الواقع شيء واحد ، و قد عمدت بعض التقنيات الحديثة كقانون الالتزامات السويسري و البولوني إلى عدم الفصل بينهما و إدماجهما جميعا في باب واحد ، في حين أدرجت تشريعات أخرى التنفيذ ضمن آثار الالتزام و تناولت الوفاء ضمن أسباب انقضاء الالتزام .

و تنفيذ الالتزام عموما يتم بأداء محله أي القيام بعمل أو إعطاء شيء حيث سيتم بطابع الايجابية أو الإمتناع عن القيام بعمل حيث سيتم بطابع السلبية².

و للتعريف أكثر بهذه المؤسسة القانونية لا بد معرفة جوهر الالتزام الذي يتمثل في الرابطة القانونية التي تفرض على المدين واجبا لا يستطيع أن ينفك عنه بمحض إرادته ، بل يظل يثقل كاهله إلى إن يفي به كما يخلق لديه شعورا بأنه مسؤول عن هذا الوفاء أي أن عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه طوعا و اختيارا و ألا فكرها و قسرا.

في حين يعتبر البعض الآخر من الفقه أن التنفيذ هو مجرد نشاط إنساني بل هو الوسيلة التي يتم بها تسيير الواقع على الشكل الذي يتطلبه القانون و يعتمد فيه أساسا على السلوك الاختياري للفرد ، فإن لم يتحقق تم اللجوء إلى التنفيذ القضائي الذي تقوم به الأجهزة القضائية بمختلف وسائل الاجبار التي تتوفر لديها الدولة.

فالتنفيذ بهذا المعنى يختلف عنه في المعنى المتقدم اختلافا أساسيا شاملا . فهو هنا . يحقق معنى الحماية القانونية المتحركة للحقوق ، باعتباره مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها السلطة المختصة في الدولة تحت إشراف القضاء و رقابته³.

¹ - إلياس ناصيف-موسوعة العقود و الالتزامات المدنية و التجارية _ الجزء الثالث ط 1992.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام . مصادر الالتزام _ الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الجبلي الحقوقي : بيروت لبنان 1998.

³ - الوالي المفضل _ المبادئ العامة للتنفيذ في ضوء التشريع المدني المغربي _ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس أكادال.

إذن التنفيذ هو الغاية المقصودة من الالتزام و المنفعة المرجوة منه و المهمة التي قام من أجلها و هذه الغاية القصوى هي أداء الالتزام ، و هنا يمكن القول بأن التنفيذ هو الأداء الذي يقوم به المدين¹.

الفقرة الثانية : صور تنفيذ الإلتزام.

إن الإلتزام هو أمر عارض و العارض لا بد أن يزول و الأداة الطبيعية العادية لزوال الإلتزام تتمثل في الوفاء به أي القيام بتنفيذه ، فمصيره الحتمي آيل إلى التنفيذ. و قد يرتدي تنفيذ الإلتزام أشكالا متعددة يتم الوصول إليها بطرق مختلفة ، فالأصل أن يتم التنفيذ وفق الشروط و الأصول المتعاقد عليها أو وفقا للأصول التي نص عليها القانون فارتباط صور التنفيذ بقانون الإلتزامات و العقود و بنظرية الإلتزام نفسها هو ارتباط وثيق بحيث لا يمكن أن تفهم تطورها ما لم ندرس صور التنفيذ و كيف أن الإلتزام أصلا كان بإخضاع المدين جسديا لدائنه حتى أصبح بإمكانه الوفاء بالنقود.

و على هذا الأساس سنعالج صور التنفيذ بالنظر إلى محل التنفيذ و نقسمها إلى تنفيذ عيني و تنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض، و كذا اعتمادا على إرادة المدين هل هو سيقوم بالتنفيذ اختياريا أم جبريا ثم نتطرق إلى التنفيذ المباشر و التنفيذ الغير مباشر.

أولاً: التنفيذ العيني و التنفيذ عن طريق التعويض.

يقتضي المبدأ العام أن يتم تنفيذ الإلتزام عينيا ، و يقصد به تمكين الدائن من الحصول على نفس أو ذات الأداء الذي يلتزم به المدين ، متى كان تنفيذ الإلتزام يدخل في حدود الإمكان و توافرت الشروط اللازمة لذلك طوعا أو قهرا².

و محل التزام المدين يختلف بحسب اختلاف طبيعة الإلتزام و مصدره ، فقد يكون الأداء الذي يلتزم به المدين:

¹ - سعيد الدغيمر تنفيذ الإلتزام بمقابل أو عن طريق التعويض قضائيا في التشريع المغربي.- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة. في القانون الخاص سنة 1981-1982.

² - سعيد الدغيمر- المرجع السابق.

- 1- التزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات .
 - 2_ محل التزام المدين نقل حق عيني يرد على المنقول معين بالنوع و المقدار (المنقولات المثلثة)
 - 3_ و قد يكون التزاما بنقل حق عيني يرد على عقار .
 - 4_ و قد يكون محل التزام المدين هو القيام بعمل .
 - 5_ محل التزام المدين هو الامتناع عن عمل .
 - 6_ محل التزام المدين هو نقل حق عيني يرد على مبلغ من النقود.
- لكن إذا اختل شرط من شروط التنفيذ العيني أو تعذر على الدائن استيفاء حقه بالرغم من اللجوء إلى الوسائل المخولة قانونا لكسر عناد المدين و حمله على التنفيذ هنا يتحول التنفيذ إلى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

ثانيا : التنفيذ الاختياري و التنفيذ الجبري :

الالتزامات كثيرة و يصعب حصرها إذ أنها ترد على عمل الإنسان و عمل الانسان لا حصر له سواء كان إيجابيا أو سلبا.

و إذا كان يصعب حصرها إلا أن الغاية منها جميعا واحدة هي التنفيذ الذي تحكمه قواعد مشتركة تطبق على كافة الالتزامات أيأ كان مصدرها ¹ .

إلا أن القاعدة الهامة للتنفيذ هي إما أن يكون تنفيذا اختياريأ أو جبريا ما دام الأمر يتعلق بالتزام مدني لا طبيعي ، ذلك أن الالتزام الطبيعي هو من قبيل الالتزام الأدبي الذي لا جبر فيه.

أ _ التنفيذ الاختياري :

الوضع العادي للأمور أن يعتمد المدين إلى الوفاء بما التزم به طوعا فالدائن قد مد يد المساعدة إلى المدين في الوقت الذي كان فيه أحوج ما يكون إليها ، وهذا الإحسان يجب

¹ -سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني" في الالتزامات" أحكام الالتزام – المجلد الرابع – ط الثانية القاهرة 1992.

ألا يجابه بالإساءة فإذا دعا الدائن المدين إلى تنفيذ التزامه بمقتضى طلب و لبي الدعوة طوعا و اختيارا ، أو قام بذلك من تلقاء نفسه بإيعاز من ضميره و نفذ ما هو متعهد به نحو الدائن رغبة منه في إخلاء ذمته من الالتزام و هو أمر نادر الوقوع كان التنفيذ اختياريا ، ويطلق عليه أيضا الوفاء و هو أحد أسباب انقضاء الالتزامات بل هو أول هذه الأسباب وأهمها.

و من تم فالتنفيذ فالتنفيذ الاختياري يوازي عنصر المديونية في الالتزام و هو لا يثير صعوبة ما لأن الالتزام ينقضي في هذه الحالة¹.

و السمة البارزة في التنفيذ الاختياري تتجلى في انعدام القواعد الخصوصية لهذه المؤسسة فهو لا يجري بطريقة رسمية ، و من تم فأمره متروك للدائن و المدين ينظمه طبقا لما يريانه في مصلحتهما ، و بهذا فهو لا يطرح أي إشكال إلا حين الامتناع عن أداء ما بذمته هنا يتم اللجوء إلى الجبر في التنفيذ.

و تختلف طريقة قيام المدين بتنفيذ التزامه الاختياري في كل التزام عنها في غيره بحسب محل الالتزام.

فالالتزام بإعطاء شيء يختلف في طريق تنفيذه عن الالتزام بالامتناع ، فهناك قواعد خاصة لبيان طريقة تنفيذ كل من هذه الأنواع الثلاثة من الالتزامات².

و بما أننا في إطار دراسة القواعد العامة لتنفيذ الالتزام فهناك قاعدة عامة متميزة فوق القواعد العامة جميعها تحكم طريقة تنفيذ كل التزام بقطع النظر عن ماهية محله ألا و هي وجوب التنفيذ بحسن نية . و هذا ما نص عليه القانون المدني في الفصل 1134 وكذا المادة 231 ق ل ع المغربي .

سوف نتناول هذه القاعدة بشكل أكثر إيضاحا في المبحث الثاني الخاص بأحكام التنفيذ.

¹ -.. سليمان مرقس - المرجع السابق

² - الياس ناصف موسوعة العقود المدنية و التجارية _ الجزء الثالث _ تنفيذ العقد _ التنفيذ العيني ط 1992

ب- التنفيذ الجبري :

تقتضي طبيعة الأمور أن نمهد لدراسة النظرية العامة للتنفيذ الجبري بتعريفه و تطوره ثم بيان أنواعه بعدما نكون قد فتحنا نافذة التاريخ و كيف نظرت المجتمعات القديمة إلى المدين المماطل ، إلا أننا سنكتفي من هذا المنبر بالحديث باختصار عن هذه المنظومة القانونية من ناحية الالتزام المدني¹.

فالتنفيذ الجبري يقوم عند غياب التنفيذ الاختياري بامتناع المدين أو تقاعسه على أداء ما هو ملزم به في الأجل المحدد . و هنا تصبح مسألة البحث عن وسيلة لإجباره على التنفيذ ضرورة ملحة.

فالقاعدة اليوم في المجتمعات المتقدمة أنه لا يسوغ للدائن أن يستأذي حقه بنفسه بل يتحتم عليه الاستعانة بالسلطة العامة . و التنفيذ الذي يباشر بمعرفة القوة العمومية يطلق عليه التنفيذ القهري أو الجبري.

و أهميته تتجلى في كونه يقابل عنصر المسؤولية في الالتزام و من تم فهو يعتبر العلامة المميزة لكل التزام كامل و نظرا للصعوبات التي تكتنف هذا النوع من التنفيذ فإن القانون اعتنى به فرسم له قواعد و إجراءات خاصة به يجب اتباعها .

و يرى بعض الفقه أن إلزام المدين يولد حقا للدائن يتمثل في الإجبار على التنفيذ ويرجع هذا الفقه سبب الحق في التنفيذ إلى نفس سبب الحق التابث للدائن في ذمة المدين.

و على ذلك فمن المتصور أن يكون عقدا أو إرادة منفردة أو إثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام المعروفة في القانون المدني².

و هذا الاتجاه الفقهي لا يعتبر السند التنفيذي سببا للحق في التنفيذ بل يرى أن السند التنفيذي مجرد أداة يتم بواسطتها التنفيذ.

و التنفيذ الجبري يتم غالبا استنادا إلى أحكام قضائية و هو نوعان : تنفيذ جبري عيني وتنفيذ جبري بالتعويض .

¹ - الوالي المفضل _ المبادئ العامة للتنفيذ في ضوء التشريع المدني المغربي _ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس أكادال.

² - أبو الوفا نظرية الأحكام في قانون المرافعات الطبعة 3 - 1977 .

و هذا ما نصت عليه المادة 259 ق ل ع إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا "

و هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قرار عدد 717 بتاريخ 18 أكتوبر 1978¹ في حالة مطل المشتري يكون للبائع الخيار بين إجباره على تنفيذه إن كان ذلك ممكنا أو المطالبة بفسخ العقد تطبيقا للفصل 259 ق ل ع .

و في جميع الأحوال التي يجد فيها الدائن نفسه مضطرا إلى الالتجاء إلى طلب التنفيذ القهري في أي صورة من صورته يتعين عليه أن يمهد لذلك بانذار المدين بالوفاء حتى لا يؤخذ بالتنفيذ القهري على غرة ، و حتى يقطع على المدين سبيل الإدعاء بأنه كان على استعداد للتنفيذ لو أن الدائن طلب منه ، و حتى لا يحمله بذلك تبعة الالتجاء إلى التنفيذ القهري.

و في قرار آخر عدد 129 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 25/2/1981²

فبقتضى الفصل 259 ق ل ع فإنه إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الخيار بين إجباره على تنفيذ الالتزام و بين المطالبة بفسخ العقد و تكون للدائن هذا الخيار حتى و لو كلن التنفيذ العيني للالتزام ممكنا

و في قرار آخر عدد 144 ملف إداري بتاريخ 24/6/83³. أن الفصل 259 ق ل ع يلزم الدائن بطريقة إجبار المدين على الوفاء بالالتزام و إنما يدع له الخيار في إتباع إحدى الطريقتين : إما إجبار المدين على الوفاء أو الفسخ القضائي و كل ذلك ما دام تنفيذ الالتزام ممكنا"⁴.

¹ - عبد العزيز توفيق- مجموع قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ط -2005.

² نشرته مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 (ص 684)

³ مجلة قضاء المجلس الأعلى ص 203

²³⁰ - عبد العزيز توفيق- مجموع قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ط -2005.

ثالثا : التنفيذ المباشر و التنفيذ غير المباشر.

أ _ التنفيذ المباشر :

التنفيذ المباشر هو قهر المدين و إلزامه بتنفيذ عين ما التزم به، و هذا التنفيذ العيني قد يقع اختياريا ، بحيث يقوم به المدين من تلقاء نفسه لأن عيبء الالتزام يقع عليه و له المصلحة الأولى في وفائه ، و لكن يصح أن يكون الموفي غير المدين و هذا ما نص عليه الفصل 236 ق ل ع المغربي في الفقرة الأولى.

فقد ينفذ الالتزام نائب المدين كالوكيل أو الممثل الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم أو حارس على أموال المدين أو وكيل التفليسة إذ أن نائب المدين هو وكيله في وفاء الدين يقتضي وكالة عامة إذا كان من أعمال الإدارة أو وكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف.

و يجوز أن يقوم بالوفاء لا المدين و لا نائبه بل شخص آخر له مصلحة من هذا الوفاء كالمدين المتضامن غيره في دين غير قابل للانقسام و الكفيل الشخصي و الكفيل العيني الحائز للعقار المرهون فكل من هؤلاء مسؤول عن تنفيذ الالتزام و مجبر عليه إزاء الدائن إما عن طريق النيابة أو التضامن أو الكفالة (ما لم يشترط خلاف ذلك أو نتج استثناء من طبيعة الالتزام).

و قد يكون جبريا في الحالة التي يمنع فيها المدين عن التنفيذ الاختياري رغم أن التنفيذ العيني ممكن.

و في هذا الإطار لا بد من التفكير أنه من المبادئ الأساسية المقررة في الفقه الحديث أن رابطة الالتزام المدني تتكون من عنصرين عنصر المديونية وهو مشترك بين الالتزام المدني و الالتزام الطبيعي ، و عنصر المسؤولية و هو خاص بالالتزامات المدنية . لذلك فإذا قام المدين بتنفيذ عين ما التزم به اختيارا كان في ذلك محتفظا لعنصر المديونية في الالتزام بأثره ، حقه إذا مانع في الانصياع لهذا العنصر لاح في الأفق تباشير تدخل عنصر المسؤولية الذي يستعمل كوسيلة للتنفيذ جبرا على المدين.

و من خلال ما سبق نلخص إلى أن التنفيذ المباشر يكون إما تنفيذا عينيا اختياريا أو تنفيذا جبريا¹.

ب _ التنفيذ غير المباشر :

قد يكون محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ما يستلزم تنفيذه أصلا أو بصورة صحيحة و ملائمة تدخل المدين شخصا ، و مع ذلك يمتنع هذا الأخير عن القيام بالتزامه فمثلا لا نستطيع أن نلزم فنانا بإحياء سهرة موسيقية كان قد التزم بإحيائها، ولن نتمكن أيضا من إلزام رسام برسم لوحة كان قد تعهد برسمها ، و من البديهي القول أن قهرهما على القيام بذلك لن يكون منتجا ، فضلا عما يمثله من مساس بحريتها الشخصية .

لذلك فقد ابتدع الفكر القانوني وسائل قانونية للضغط على المدين و حمله على القيام بتنفيذ ما التزم به عينيا ، و تتجلى هذه الوسائل في :

- الإكراه البدني : التي تعتبر من بقايا النظام القديم ، و التي لم يعترف بها القانون الحديث إلا بصورة استثنائية و في حدود ضيقة.

- أما الوسيلة الثانية : فتستجيب لمعطيات العصر الحاضر من حيث تقديس كرامة الإنسان و حصر مباشرة التنفيذ في الأموال دون الأبدان .

و قد ابتدعها القضاء الفرنسي و أخذت بها أغلب التقنيات الحديثة و هي الإكراه المالي أو الغرامة التهديدية.

أ- الإكراه البدني :

مجرد وسيلة من وسائل التنفيذ هدفه الضغط على المدين قصد حمله على الوفاء بالالتزام و بناءا عليه فإنه لا يعتبر تنفيذا يؤدي إلى انقضاء الدين، فحبس المدين مثلا من أجل دين مدني لا يؤدي إلى إخلاء ذمته منه ، بل إنه يظل ملتزما بالتزاماته كما كانت إلى أن يوفيهما و يحق للدائن أن يحجر على أموال المدين التي تظهر له حتى بعد قضاء مدة الإكراه.

¹ - أبو الوفا : المرجع السابق .

و قد نص التقنين المدني الفرنسي عند صدوره على بعض الأحوال التي يجوز فيها للدائن الالتجاء إلى إكراه المدين على الوفاء إكراها بدنيا في المواد 2059 إلى 2070 ق م فرنسي .

على أن المشرع الفرنسي ما لبث أن أصدر قانون في 22 يونيو 1967 ألغى به نصوص القانون المدني الفرنسي الخاصة بالإكراه البدني، و انحصر تطبيق هذا النوع من الإكراه في المواد الجنائية حيث يلجأ إليه لحمل المتهم على دفع ما حكم به عليه من غرامة أو رد تعويضات أو مصروفات.

و قد سار المشرع المغربي على النهج الفرنسي حيث أن المغرب كان من بين الدول التي أقرت تطبيق الإكراه البدني و ذلك بمقتضى ظهير 20 فبراير 1961 الذي ينظم الإكراه البدني ، و رغم مصادقته في 18 نونبر 1979 على ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في 6 دجنبر 1966 والذي تقضي المادة 11 منه " بعدم جواز سجن إنسان بعدم قدرته على الوفاء بالتزامه التعاقدي ، ظل تطبيق الإكراه البدني ساري المفعول في بلادنا و تضاربت اجتهادات المحاكم في هذا الخصوص إلى أن تم إلغاء العمل به مؤخرا بصدور الظهير الشريف رقم 169 - 06 - 1 الصادر في 22 نونبر 2006.

و التنفيذ الذي يتم بإحدى هاتين الوسيلتين اصطلح على تسميته بالتنفيذ الغير المباشر للالتزام .

و نظرا لأن الإكراه البدني يتنافى و المثل الإنسانية المتحضرة فإن أغلب الدول المعاصرة عمدت إلى إلغائه و لعدة اعتبارات نذكر منها : طغيان النظرية المادية في الالتزام التي ترى في هذا الأخير عبر رابطة بين ذمتين ماليتين .

و من تم فإن ذمة الشخص هي التي تكفل ديونه و ليس شخصه ، و ما على الدائن إلا الاقتضاء حقه مما يكون في ذمة المدين . حتى إذا وجدها خالية من كل شيء انتظر إلى مسيرة. لكنه لن يكون بإمكانه الحجر على المدين شخصيا و إلقائه في غياهب السجون من أجل المال ، هذا من جهة و من جهة أخرى فقد كان وراء اختفاء نظام الإكراه البدني من بعض التشريعات فكرة مؤداها أن حبس المدين سيعطل قوته الإنتاجية خلال فترة حبسه

على الأقل ، و من مصلحة الدائنين الإبقاء عليه طليقا حتى يتمكن من العمل و إرجاع بعض الديون.

فضلا عن هذا فإن الإكراه البدني يعد مسا خطيرا بالحريات الشخصية التي تحرص معظم الدول الحديثة على احترامها و كمظهر لهذا الحرص أنها تضمن دساتيرها عدة نصوص تخصصها للحريات العامة.

و لهذه الاعتبارات كلها رأينا التشريعات الحديثة لم تقتصر فقط على الأخذ بنظام الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ و لكنها استتنت بعض أموال المدين من الحجز و هو استثناء يرد على القاعدة العامة التي تقضي بأن أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه¹.

2_ الإكراه المالي أو الغرامة التهديدية :

سبق القول أنه في الحالة التي يكون فيها تدخل المدين الشخصي ضروريا لقيام التنفيذ العيني ، و يرفض المدين فإن التنفيذ يصير مستحيلا . و عرفنا أن الفكر القانوني للتغلب على عناء المدين و إصراره على الرفض لجأ إلى فكرة الإكراه البدني ، و لما كانت هذه الفكرة تتنافى و كرامة الإنسان . فإن الإكراه المالي باعتباره وسيلة غير مباشرة تهدف إلى الضغط على المدين لتنفيذ التزاماته يبدو وسيلة ضرورية و منطقية للقيام بهذه المهمة .

و الإكراه المالي يقوم على أساس الحكم على المدين بقدر من المال عن وحدة زمنية معينة يستمر خلالها رافضا التنفيذ . و من الواضح أن التدخل الشخصي للمدين لا يكون ضروريا إلا إذا كان الالتزام الذي عليه القيام به يتمثل في تنفيذ الالتزام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. و يستمر الحكم بالغرامة التهديدية ساريا مع الزمن إلى أن ينضج موقف المدين إما بتنفيذ التزامه عينيا أو يعقد التزام على عدم التنفيذ ، حيث تكون أمام حالة لم تعد فيها الغرامة التهديدية مجدية ، هنا ينبغي تدخل القاضي في لتصفية الغرامة التهديدية و قد يحكم بها على شكل تعويض معادل لما تراكم من غرامات أو حتى إعفاء منها بصفة كلية.

¹-إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض الضرر في المؤسسة المدنية ط 1995 الكويت.

و الحكم الصادر بالغرامة التهديدية لا يقبل التنفيذ ، لأنه حكم تهديدي يتوقف مصدره على الحكم الذي ينقضي بتحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض¹.

وهذا ما قضت به المادة 261 ق ل ع ، و جرى القضاء المغربي على الحكم بها باستمرار ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى : " الغاية من الغرامة التهديدية هي إجبار المحكوم عليه بتنفيذ ما يقتضي تدخله من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل و هو ما يقتضي أن يكون العمل المطلوب منه يدخل في دائرة الإمكان.

لهذا وتطبيقا للفصل 261 ق ل ع فإنه لا يجوز الحكم بتصفية الغرامة التهديدية إلا إذا كان العمل الذي ألزم المحكوم عليه بالقيام به في دائرة الإمكان أو كان امتناعه عن التنفيذ ليس له ما يبرره.

المطلب الثاني شروط تنفيذ الالتزام

الفقرة الأولى أن يتم الوفاء للدائن او من ينوب عنه

إن الوفاء تصرف قانوني يقضي الدين وهو الطريق الطبيعي لذلك ، وحسب منطوق الفصل 238 فإنه يتم الوفاء بالدين كأصل للدائن او لممثله (اولا) لآكن لا يوجد مانع ان يتم الوفاء لشخص آخر غير الدائن متى توفرت الشروط (ثانيا) .

أولا :الموفى له الدائن او من يمثله

إنطلاقا من الفقرة الاولى من الفصل 238² يتبين بأن الاصل ان يقع الوفاء للدائن لأنه هو صاحب الحق وهو الذي يستطيع ان يبرئ ذمة المدين من الدين الملقى عليه ، والدائن الذي نعينه هنا لايتحتم ان يكون صاحب الحق يوم نشوء الإلتزام بل الدائن الذي نقصده هو صاحب الحق وقت الوفاء به،ذلك ان الحق قد ينتقل مابين فترة نشوءه وفترة وفائه بإحدى

¹ - أحمد ابو الوفاء- نظرية الأحكام في قانون المرافعات " ط 3 - 1977 رقم 212.

² والتي جاء فيها "يجب أن يقع الوفاء للدائن نفسه أو لممثله القانوني المأذون له على وجه صحيح أو للشخص الذي عينه الدائن لقبض الدين"

الطرق القانونية كالارث والحوالة ،بحث يصبح الورثة خلفا عاما للموروث والمحيل له خلفا خاصا للمحيل إذ يقع الوفاء صحيحا إذا تم بين يدي خلف الدائن سواء العام او الخاص¹

وبما أن الوفاء يصح للدائن ولخلفه ،فإنه يصح كذلك لنائب الدائن ولا فرق هنا ان تكون النيابة ان تكون النيابة إتفاقية (كالوكالة)او قانونية (كالوصي او المقدم او الولي) او قضائية (كالحارس القضائي) .

وفي مختلف هذه الاحول فعلى الموفي ان يتأكد هوية الموفي له ويحق له ان يطالبه بإقامة الدليل على هذه الصفة ، فإذا مثلا ادعى احد انه وكيل عن الدائن وطلب إستيفاء الدين بهذه الصفة جاز للدائن ان يرغمه بإثبات الوكالة² وعلى هذا فالشخص الذي له الحق في استفاء الوجيبة الكرائية له الحق في المطالبة به امام القضاء³

وإرتباطا بهذه المسألة فقد نص المشرع في الفصل 239 من قانون الالتزامات والعقود على ان من قدم "من قدم توصيلا او ابراء من الدائن او سند ياذن له بقبض ما هو مستحق له افترض فيه انه ماذون في استفاء الالتزام مالم يكن المدين في واقع الامر علم او كان عليه ان يعلم ان لا حقيقة لهذا الإذن" .

وعليه ،كل من قدم توصيلا او سندا او ابراء صادر عن الدائن تكون له صفة استفاء الدين على أن الإذن كان لم يكن ،ولا تثبت به الصفة إذا كان المدين يعلم او كان عليه ان يعلم ان لاحقيقة لهذا الإذن ،كأن يكون الدائن الذي صدر عنه الإذن قد أخبر المدين أنه سحب الترخيص لمن سبق وحصل على إذن منه ، وأنظره بأن لايدفع إلا له شخصيا ،فإذا دفع الدين ظل مع ذلك مدينا للدائن مع حفظ حقه في الرجوع على حامل الإذن بدعوى غير المستحق⁴ .

¹عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي ،الكتاب الاول ،الالتزامات بوجه عام ،الجزء الثاني ،الطبعة الاولى ،مطبعة النجاح الجديدة ،1999 ص 304

² عبد الكريم شهبون.س نفس الصفحة

³انظر قرار المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) رقم 603 الصادر بتاريخ 3/3/89 في الملف المدني عدد 1814/87 مجلة المحاكم المغربية العدد 62 فبراير- مارس 1991 الصفحة 103

⁴المختار العطار ، الوجيز في القانون المدني اوصاف الالتزام وانتقاله و آثاره وانقضاؤه ، الطبعة الاولى ، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2001 ص 160-159

ثانيا :الموفى له شخص غير الدائن

الأصل كما تقدم معنا سلفا ان الوفاء الذي يتم لغير الدائن او نائبه لا يعتبر صحيحا وبالتالي فإنه لا يبرئ ذمة المدين ، لكن هذه القاعدة يسري عليها إستثناء اي ان الوفاء لغير الدائن او النائب يكون صحيحا في بعض الحالات التي أدرجها المشرع في الفصلين 238¹ و 240² من قانون الالتزامات والعقود والتي يتبين منهم أن الوفاء لشخص لاصفة له في إستفاء الدين يكون صحيحا في إحدى الحالات الاربع التالية :

● إذا صدر به إقرار من طرف الدائن :

قد يوفي المدين الدين لوكيل إنتهت وكالته او تجاوز حدودها او عزل عن الوكالة، او قد يوفيه لشخص يزعم أنه مأذون له بقبض الدين مع ان الأمر لا يصادف الصواب ففي مختلف هذه الفرضيات وما شابهها يعتبر الوفاء باطلا ولا يبرئ ذمة المدين ، لكن بالرغم من ذلك فإذا أقر الدائن ذلك أضحى صحيحا لأن من شأن ذلك ان يقلب الموفى له من فضولي إلى وكيل عملا بالقاعدة القائلة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"³

والإقرار الصادر عن الدائن يسري بأثر رجعي إلى وقت وقوع الوفاء فيكون الوفاء صحيحا من وقت الاداء لا من وقت صدور الإقرار . وإثبات الإقرار يكون بمختلف وسائل الإثبات ممن له مصلحة فيه وهو المدين او الموفى⁴

إذا إستفاد منه الدائن :

إن الوفاء لغير الدائن في هذه الحالة لا يعتبر صحيحا ومبرئا لذمة المدين إلا إذا عاد بالنفع على الدائن⁵، فهكذا مثلا لو أن الغير الموفى له بكل الدين قد أدى مجموع ما إستوفاه إلى الدائن الحقيقي ، او أدى جزءا إليه مما إستوفاه فإن الدائن يكون قد قبض حقه كاملا ف

¹ الفصل 238 من ق ل ع "يجب أن يقع الوفاء للدائن نفسه أو لممثله المأذون له على وجه صحيح أو للشخص الذي يعينه الدائن لقبض الدين . والوفاء لمن ليست له صلاحية إستيفاء الدين لا يبرئ ذمة المدين إلا :

(1) إذا أقره الدائن ، ولو ضمنيا أو إستفاد منه

(2) إذا أذنت به المحكمة ."

² الذي جاء فيه " يكون صحيحا الوفاء الحاصل بحسن نية لمن يحوز الحق ، كالوارث الظاهر ولو استحق منه فيما بعد "

³ عبد الكريم شهبون م. س ص 306

⁴ المختار العطار م. س ص 161

⁵ المختار العطار م. س ص 162

الفرضية الاولى وبرئت ذمة المدين إزائه في حدود الجزء الذي قبضه وإمتنع على الدائن الرجوع على المدين الا بباقي الدين ،وهكذا أيضا لو كان زيد دائنا لبكر بمبلغ ألف درهم وحل أجل هذا الدين وقبض زيد من سعد بوصفه مدينا لبكر مبلغ ألف درهم إستيفاء لدينه ،فإن ذمة سعد تبرء إتجاهدائه بكر في مبلغ ألف درهم التي أداها لزيد تأسيسا على أن هذا الوفاء قد عاد بالنفع على بكر رفعل انه قضى الدين الذي كان مترتبا عليه إزاء دائنه زيد¹.

الوفاء تنفيذًا لأمر المحكمة :

إذا أذنت المحكمة سواء تعلق الأمر بملتزم إيداع عرض عيني أو تعلق الأمر بحجز ما للمدين لدى الغير ،فإن الاداء الذي يتم تنفيذًا لأمر المحكمة لغير الدائن يكون صحيحا مبرءا لذمة المدين ، ويتحقق الأمر في الحالة الأولى إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الدين المعروض عليه ، ويتحقق في الثانية إذا كان هناك دائن للدائن بدين محقق وحال²

الوفاء لدائن ظاهر:

إذا وفا المدين بحسن نية الدين إلى الدائن الظاهر وجب الإعتداد بوفائه وتبرئة ذمته تجاه الدائن الحقيقي³.

ويقصد بالدائن الظاهر الدائن الذي لايملك الدين حقيقة ولكن يحوز الدين ظاهرا بحيث يظنه الناس جميعا بأنه هو الدائن الحقيقي ، فتتحقق صفة الدائن الظاهر منوط إذن بالقام بتصرف تطمئن له النفوس ويزلدا لإعتقاد لدى الكافة أن صاحب هذا المظهر هو الدائن الحقيقي⁴، وذلك كالوارث الظاهر الذي لايعتبر وريثا حقيقيا ولكن المتعاملين معه يظنون كذلك ،ويلحق بهذا الوصف الموصى له الذي يحصل الوصية التي يتقرر بطلانها لاحقا ، المحال له الذي يقبض الدين المحال به ثم يتبين ان الحوالة باطلة⁵

¹ عبد الكريم شهبونم.س.ص 307

² المختار العطار م.س.ص 162

³ عبد الكريم شهبونم.س.ص 308

⁴ عبد الكريم شهبونم.س.نفس الصفحة

⁵ المختار العطار م.س.ص 162

إنطلاقاً مما سبق فالوفاء الذي ياتيهِ المدين أو الموفي بصفة عامة يكون صحيحاً شريطة ان يقوم به بحسن نية ، أما إذا كان الموفي سيء النية كعلمه بوجود الوريث الحقيقي أو ببطلان الوصية أو الحوالة فإن وفائه الدين للدائن الظاهر لا يبرئ ذمته تجاه الدائن الحقيقي¹ .

لكن لا يشترط الوفاء في مثل هذه الصورة أن يتوفر حسن النية لدى الدائن ، بل المطلوب حسن نية الموفي المدين لأن الحماية التي قررها المشرع تنصرف إلى الموفي لا إلى الدائن الظاهر² .

ومما لا شك فيه فإن الدائن الحقيقي يستطيع الرجوع على الدائن الظاهر بناء على دعوى الإثراء بلا سبب ، كما يمكنه ان يطالب فضلاً عن ذلك التعويض عن الضرر الذي حصل له إذا كان الدائن الظاهر سيء النية لأن كما وسبق ان قلنا أن هذه المقتضيات التي جاء بها المشرع لا تنصرف حمايتها إلى الدائن الظاهر بل إلى الذين يتعاملون معه وبحسن نية³ .

وإضافة لما سبق فإنه يجب أن يتم تنفيذ الإلتزام كأصل كاملاً دون تجزئة ، فكيف نظم المشرع هذا الشرط؟

الفقرة الثانية: أداء الإلتزام كاملاً دون تجزئة

إن المبدأ الأصلي هو أن يشمل الوفاء الشيء المستحق كله دون تجزئة (أولاً) لكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه بل ترد عليه عدة إستثناءات (ثانياً)

أولاً : مبدأ عدم تجزئة الوفاء.

جاء في الفقرة الاولى من الفصل 243 من ق ل ع " إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد لم يجبر الدائن على أن يستوفي الإلتزام على أجزاء ، ولو كان هذا الإلتزام قابلاً للتجزئة "

¹ عبد الكريم شهبونم.س ص 308

² المختار العطار م.س ص 163

³ المختار العطار م س نفس الصفحة

من خلال سياق هذه الفقرة يتضح أنه ليس للمدين إجبار دائنه بقول إستفاء جزء من الدين المحال كأصل عام ولو كان هذا الدين قابل للتجزئة من حيث طبيعته . وغني عن البيان أن المشرع المغربي بإنتهاجه هذا الطريق إنما راعى مصلحة الدائن والمدين على حد سواء ، فالدائن من مصلحته اقتضاء دينه كاملا دفعة واحدة حتى إذا أراد إستثماره أمكنه ذلك على أكمل وجه ، وهو الأمر الذي قد يصير صعب المنال وربما مستحيلا إذا تجزأ الوفاء على دفعات متعددة .¹

كما من شأن الأداء الكامل تشجيع الإستثمار والعمليات التعاقدية بحيث إذا علم الدائنون أنهم لم يجبروا على الإستفاء المجزء إطمئنون للتعاقد وأمنوا الضرر الذي عساه يلحقهم إذا أجبروا على إقتضاء دينهم أقساطا . أما ان المدين فلا شك لن مبدأ الوفاء الكامل يبرئ ويشجعه من ثم على الدخول في علاقات تعاقدية جديدة²

وقاعدة عدم تجزئة الدين لا تنطبق إلا على الدين الواحد ، و ذلك أنه عندما تكون هناك عدة ديون فإنه على الدائن أن يقبل إستيفاء الديون التي يعرضها المدين ثم يجبره بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يقبلها³.

ويجب لفت النظر إلى أن النفقات والفوائد في حالة ترتيبها تعتبر تابعة لأصل الدين ، وفي الحالة هذه لا يحق للمدين إجبار الدائن على إستفاء الاصل دون توابعه أما إذا كان الدين مقسما على عدة أقساط تستحق في أجال مختلفة أو كان من الأداءات الدورية كوجيبة الطراء فكل قسط على حدة وكل أداء من هذه الأداءات الدورية بمفرده يعتبر دينا مستقلا تطبق عليه هذه القاعدة⁴

ثانيا : الإستثناءات الواردة على هذه المبدأ.

إن الإستثناءات التي ترد على مبدأ عدم جواز تجزئة الدين تعود إما إلى إتفاق المتعاقدين أو بنص القانون او بحكم صادر عن المحكمة .

¹ بوكير عبد المجيد ، الفصل 243 من ظهير الإلتزامات والعقود المغربي : لبس في الصياغة وقصور في الأحكام ، مقال منشور بمجلة محاكمة العدد 5 ، السنة 2009/2008 الصفحة 111

² بوكير عبد المجيد م.س نفس الصفحة

³ عبد الكريم شهبونم.س ص 318

⁴ عبد الكريم شهبونم.س. نفس الصفحة

✓ تجزئة الوفاء باتفاق المتعاقدين.

بما أن قاعدة عدم تجزئة الدين ليست من النظام العام فإنها تصح باتفاق الدائن والمدين وهذا ما كرسه الفصل 243 من ق ل ع¹

والإتفاق على تجزئة الدين قد يحصل وقت نشوء الإلتزام كما قد يكون لاحقا أو وقت حصول التنفيذ، ومثاله أن يوفي المدين بجزء من الدين ويقبل المدين ذلك، وكما يكون هذا الإتفاق صريحا قد يتم أيضا بشكل ضمني، وذلك كأن يتفق أن يحصل الوفاء في مكانين أو أكثر في وقت واحد².

✓ تجزئة الوفاء بمقتضى نص القانون .

أجاز القانون تجزئة الدين على سبل الإستثناء في حالات معينة أهمها :

● المقاصة :بالرجوع إلى الفصل 367 من ق ل ع³ فإنه إذا توفرت شروط المقاصة وكان كل من الدائن والمدين دائنا ومدينا في نفس الوقت ، فإذا كان الدينان متساويان مقدارا برئت ذمة كل منهما ، وإذا تفاوت مقدار الدين أعتبر صاحب الدين الأكثر مقدارا أنه إستوفى جزءا منه عن طريق المقاصة لأن الدين ينقضي في حدود الأقل منهما⁴

● تعدد الكفلاء غير الضامنين : نظم المشرع هذه الحالة في الفصل 1138⁵ من ق ل ع بحيث أنه إذا كان الدين مكفولا من عدة كفلاء بشرط وحدة العقد وعدم التضامن عندئذ يجب على الدائنين قبول الوفاء الجزئي⁶.

● الدين الموروث: ينص الفصل 229 من ق ل ع على أن الورثة لا يلتزمون إلا في حدود اموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم . وهكذا إذا توفي الدائن أو المدين عن ورثة متعددين ، فلا يجوز لكل من ورثة الدائن أن يطالب لنفسه ولا لكل من ورثة المدين أن يطالب إلا في حدود نصيبه من التركة ، أي أن ورثة المدين لا يلتزمون في ذممهم ، وإنما الذي يلتزم بالدين هي التركة فيكون الوفاء من قبل كل مدين بقدر نصيبه في التركة .

¹المختار العطار م.س.ص 169

²عبدالكريم شهبونم.س ص 319

³راجع الفصل 367 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي

⁴المختار العطار م.س.ص 170

⁵راجع الفصل 1138 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي

⁶عبدالكريم شهبونم.س.ص 319

✓ الكميالة والسند لأمر: نبادر في البداية إلى التنبيه للبس الذي يعتري عبارة الفقرة الأولى من الفصل 243 من ق ل ع محل الدراسة، حيث ورجت لفظة الكميالات رديفة للإستثناء المنصوص في عبارة "وذلك مالم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات".

فالمعنى الدلالي من شأنه أن يوحي بخضوع الكميالات لمبدأ عدم قابلية الوفاء الجزئي على إعتبار إستثنائها من الإتفاق على الخلاف ، بيد أن هذا المعنى غير مقصود وإنما سببته الترجمة التي لو كانت عبرت ب " مالم يتفق على خلافه أو تعلق الأمر بالكمبيالات " لكان أوفق¹.

وإنسجاما مع مضامين الفقرة أعلاه ألزم الفصل 185 من مدونة التجارة في فقرته الثانية² حامل الكميالة بقبول الوفاء الجزئي شأنه في ذلك حامل السند لأمر³

✓ تجزئة الوفاء بمقتضى حكم صادر عن المحكمة: يلاحظ أن قانون الإلتزامات و العقود لم يكن يتضمن في الأصل نصا يجيز للقاضي التدخل لمصلحة المدين إذا مادعت حالته او الظروف الإقتصادية إلى مثل هذا التدخل لمنحه آجالا معقولة يوفي فيها بدينه مجزءا ،إلا بموجب ظهير 18 مارس 13 . 1917 الذي أضاف فقرة ثانية إلى الفصل 243 السابق بيانه ،⁴ والتي منحت للقاضي بما له من سلطة تقديرية ان ينظر نظرة ميسرة إلى المدين فيمنحه آجالا معقولة لسداد دينه ،معتمدا في ذلك على ظروف النازلة ووضعية المدين المالية ،ومدى إستعداده لأداء⁵

الفقرة الثالثة: تنفيذ الإلتزام بحسن نية ووفق ما أتفق عليه

إضافة إلى الشروط السالفة الذكر فثم شروط أخرى لاتقل عنها أهمية، والتي تتمثل أساسا في تنفيذ الإلتزام بحسن نية (أولا) ووفق ما أتفق عليه (ثانيا)

¹ بوكير عبد المجيد م.س ص 112

² جاء في هذه الفقرة "...لايجوز للحامل أن يرفض الوفاء جزئيا "

³ لأجل هذا يترجح أن تنصيص المشرع في الفصل 243 من ق ل ع على الكميالة دون باقي الاوراق التجارية إنما جاء على سبيل المثال وإلا فلا مانع من شمول لحالة السند لأمر كما صرح به الفصل 185 من مدونة التجارة

- أنظر بوكير عبد المجيد ،م.س الإحالة ص 113

⁴ عبدالكريم شهبونم.س. ص320

⁵ المختار العطار م.س ص 171

أولا: تنفيذ الإلتزام بحسن نية

يعتبر هذا المبدأ - أي تنفيذ الإلتزام بحسن نية - من أهم المبادئ التي ينبني عليها الإلتزام ونظرا لهذه الأهمية فقد نص عليه المشرع في الفصل 231 من ق ل ع¹، والمقصود بوجوب تنفيذ الإلتزام بحسن نية ضرورة مراعاة الإخلاص و الأمانة ، و توخي القصد و الاعتدال في تنفيذ الإلتزام² و بعبارة أخرى فحسن النية يقتضي أن يقوم المدين بتنفيذ تعهده بما يطابق نية الطرفين اثناء إنشاء الإلتزام .

فإذا استأجر شخص عاملا لإنجاز عمل معين ، وجب على العامل أن لا يتباطأ في العمل بغية إطالة مدته كما لو أنجز العمل في 6 أيام بدل انجازه في يومين فقط إن هو قام بتنفيذ التزامه بحسن نية . فالعامل في هذه الحالة يكون قد قام بتنفيذ التزامه بسوء نية و ليس بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية.

كذلك إذا اتفق شخص مع سائق سيارة أجرة مثلا على نقله إلى مكان معين ، وجب على السائق تنفيذ التزامه بحسن نية و ذلك بأن يتبع أقصر الطرق حتى لا يكلف الراكب نفقة كثيرة.

ولتحديد مدى تنفيذ الإلتزام بحسن نية ام تم تنفيذه بسوء نية فإنه يوجد معيارين يتم الاستناد إليهما في هذه المسألة وهما المعيار الموضوعي والذاتي .

فالاول ينبني أساسه في تحديد حسن النية من عدمها طبقا للامانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل .

اما المعيار الثاني يعتمد على ضرورة البحث و التنقيب في حالة المدين النفسية وقت التنفيذ و استقصاء نواياه الخفية و هو أمر صعب بمكان لأنه يختلف من شخص لآخر .

والتشريع المغربي سلك النهج الذي سلكه نظيره الفرنسي بحيث انه إعتد على المعيار الموضوعي وهذا ما يظهر جليا من خلال الفصل 231 من ق ل ع

¹ والذي جاء فيه : "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية . وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضا كل ملحقات الإلتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته "

² سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني - الجزء السادس أحكام الإلتزام ط 1 دار الكتب القانونية مصر . مطبعة السلام

ثانيا :تنفيذ الإلتزام وفق ما أتفق عليه

إلى جانب الإلتزامات الموما إليها اعلاه يوجد إلتزاما آخر غاية في الأهمية الا وهو إلتزام المدين بتنفيذ إلتزامه وفق ما أتفق عليه والذي يختلف بحسب إختلاف محل الإلتزام مما يجعلنا مجبرين للتطرق للحالات التالية :

- إذا كان محل أشياء مثلية أي معنيا بنوعه وصنفه كألف لتر من زيت الزيتون من الدرجة الممتازة فإن المدين لا تبرأ ذمته إلا إذا سلم الشيء وفق ما هو متفق عليه من حيث المقدار و النوع و الصنف كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة (ف 1 من الفصل 246)¹.
- وفي حالة ما إذا كان الشيء محل الإلتزام حاضرا أثناء حلول الأجل في هذه الحالة أعطى المشرع للدائن الخيار بين أن ينتظر حتى يوجد أو بفسخ الإلتزام وأن يسترد ماسبق له أن دفع (الفقرة الثانية من الفصل 246)².
- أما إذا كان محل الشيء نقودا فإنه ينطبق عليها أحكام الفصل الموما إليه، أب انه يجب على المدين أن يسلم النقد المشار إليه في العقد.
- كما قد يكون الشيء معينا بنوعيه فقط بدون تحديد جودته و في هذه المسألة جاء المشرع في الفصل 244 من ق.ل.ع³بحل وسط أي أنه يجب على المدين أن يفس بالشيء محل الإلتزام بصنف متوسط، ولا يحق للدائن أن يجبره بأن يفي بشيء من أحسن نوع.
- وسواء كان الشيء مثليا أو معينا بنوعيه فإنه يجب على المدين أن يسلم الشيء على نفس الحالة التي كان عليها وقت نشوء الإلتزام، وهذا ما نص عليه المشرع في الفصل 445 من ق.ل.ع⁴، بل أكثر من ذلك فإنه يسأل عن العيوب التي تحصل بعد تاريخ الوفاء إذا كان العيب قد نشأ عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته أو كان في حالة مطل وقت حصول العيب

¹ والتي جاء فيها " إذا كان محل الإلتزام أشياء مثلية لا يكون المدين ملتزما إلا بنفس المقدار والصنف والنوع ، المبينة في الإلتزام كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة ."

² والتي جاء فيها " وإذا أصبحت الأشياء محل الإلتزام غير موجودة عند حلول الأجل كان للدائن الخيار بين أن ينتظر حتى توجد وبين ان يفسخ الإلتزام وأن يسترد ماسبق له دفعه بسبب العقد "

³ والذي جاء فيه "إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزما بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه"

⁴ والذي جاء فيه "تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد ، ومع ذلك يكون مسؤولا عن العيوب التي تحصل منذ هذا التاريخ ."

(1) إذا نشأ العيب عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته ، وفقا للأحكام المقررة في الجرائم وشبه الجرائم

(2) إذا كان في حالة مطل وقت حصول العيب "

المبحث الثاني تنفيذ الالتزام؛ حالات الإخلال و آليات الضمان

إذا كان التنفيذ يشكل الوجه الإيجابي للالتزام والحالة الطبيعية له فإن الإخلال بهذا الأخير هو بمثابة الوجه السلبي للالتزام.

وعموما هناك مجموعة من الحالات التي لا يتم فيها تنفيذ الالتزام المتفق عليه وذلك إما بسبب مطل المدين أو تماطل الدائن أو بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي كذلك (المطلب الأول).

لكن ما يلاحظ أنه من أجل ضمان تنفيذ الالتزام على أكمل وجه عمل المشرع المغربي على إقرار مجموعة من الآليات والتي تعتبر بمثابة ضمانات للتنفيذ؛ ويتعلق الأمر بكل من الضمانات القانونية والضمانات القضائية وأيضا الضمانات الاتفاقية (المطلب الثاني)

المطلب الأول حالات الإخلال بتنفيذ الالتزام

لقد نص المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود صراحة على مجموعة من الحالات التي يتم فيها الإخلال بتنفيذ الالتزام وهي حالات لا تخرج عن ثلاثة وتتمثل في:

الفقرة الأولى: مطل المدين كإخلال سلبي بتنفيذ الالتزام

لقد خصص المشرع المغربي حيزا هاما من الفصول عند حديثه عن مطل المدين كإخلال سلبي بعدم التنفيذ وذلك من الفصل 254 إلى الفصل 267 من قانون الالتزامات والعقود،

وهكذا ينص الفصل 254 ق ل ع على أنه "يكون المدين في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول " مما يعني معه أن المدين يصبح في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المشار إليه في الصك المنشئ للالتزام . **لكن هل عند عدم تعيين أجل يعتبر المدين كذلك في حالة مطل مباشرة كذلك أم لابد من إنذاره ؟**

باستقراء الفصل 255 من ق ل ع يتضح أنه في حالة لم يعين للالتزام أجل لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يتم توجيه إنذار صريح إليه أو إلى من ينوب عنه بضرورة الوفاء بالدين مع ضرورة توافر هذا الإنذار مجموعة من الشكليات التي نص عليها ذات الفصل.

ومن نتائج ما سبق إمكانية إجبار المدين على تنفيذ الالتزام مادام ممكنا وإلا يطلب الدائن فسخ العقد وطلب التعويض لجبر الضرر..

كما أورد المشرع في الفصلين 254 و 255 الحالات التي يُعتبر فيها المدين مُماتلا، أي مُمتنعا عن أداء الالتزام الملقى على كاهله وهي ثلاث حالات كالآتي

1- الحالة الأولى أن يتأخر المدين عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول

2- الحالة الثانية أن يحل الأجل المقرر لتنفيذ الالتزام ثم يمتنع المدين عن تنفيذه

3- الحالة الثالثة إذا لم يكن العقد محددا لأجل معين لتنفيذ التزام المدين ووجه إليه إنذار صريح بوفاء الدين ولم يوفه

وعموما فمن حق الدائن إجبار المدين المماطل على تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، طالما أن هذا الأخير ممكنا.

بل إن الحادث الفجائي لايشفع للمدين المماطل إذ ما اشترك مع خطأ هذا الأخير معا، حيث تقوم المسؤولية وهو مانص عليه ف 266 من ق ل ع حرفيا

والقضاء المغربي أصدر بهذا الخصوص العديد من القرارات والأحكام من ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى -سابقا-¹ الذي والذي مما جاء فيه أنه في حالة مطل المدين فإن للدائن الخيار بين الإجبار على التنفيذ أو الفسخ. ونورد بعض حيثيات هذا القرار لأهميتها

— رقم 1177 مؤرخ بتاريخ 27 أبريل 1988 منشور بموقع محكمتي، تاريخ الإطلاع 2018-01-26 على الساعة 47/01 دقيقة
¹<https://www.mahkamaty.com->

((... لما كان عقد البيع يوجب أداء بقية الثمن في أجل معين فإن المشتري يصبح في حالة مطل بمجرد حلول ذلك الأجل من غير ضرورة إنداره بذلك وعند ذلك يكون للبائع الخيار بين أن يطلب إجباره على التنفيذ العيني متى كان ممكنا أو يطلب الفسخ. أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ إسعافا للفصول 254-255-259...))

بل صدر قرار حديث¹ لمحكمة النقض بتاريخ 22-10-2003 في الملف المدني عدد 3476-2002 منشور بمجلة القانون والأعمال قضى بأنه "يحق للدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه إذا كان في حالة مطل وليس له في هذه الحالة فسخ العقد إلا إذا كان التنفيذ غير ممكن والفسخ لا يقع بقوة القانون بل يجب أن تحكم به المحكمة

كما جاء في قرار² صدر مؤخرا عن محكمة النقض أنه ((... لا يعتبر المدين في حالة مطل مالم يثبت للمحكمة أنه توصل بإنذار بالوفاء من الدائن وتقاعس عن تنفيذ التزامه خلال الأجل المحدد

كما أن الفصل 259 من ق ل ع بتحليله وإمعان النظر فيه يتضح أنه يثير بعض الإشكاليات العميقة خاصة اعتبار إثارة النزاع حول تنفيذ العقد من طواريء التنفيذ. **فهل المشرع المغربي من خلال هذا الفصل أخذ بمبدأ الخيار للدائن في طلب التنفيذ أو طلب الفسخ؟ وهل اعتمد المشرع قاعدة الإجبار على التنفيذ كأصل وجعل بالتالي طلب الفسخ مجرد طريق احتياطي؟**

إن أول ما يسترعي الانتباه في ق ل ع أنه أخضع قاعدة فسخ العقد الملزم للطرفين لرقابة القضاء إذ نص على أن الفسخ يتم بحكم قضائي ولا يقع بقوة القانون طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 259 من ق ل ع وهو ما يمنح للقاضي صلاحية إجراء رقابته على الأسباب المحددة في طلبات الفسخ استنادا إلى موقف المتقاضين ومدى حسن نيتهم ومدى توجه إرادتهم نحو التنفيذ أو الفسخ وهذا يفيد كقراءة أولية أن الرقابة القضائية هنا تشمل

في الملف المدني عدد 3476 و المنشور بموقع مجلة القانون الاعمال تاريخ الإطلاع 02.03

¹ WWW.DROIT-ENTREPRISE.CO'

- عدد 2512 مؤرخ في 12 ماي 2012 في الملف المدني عدد 2678_1_7_2010 المنشور بموقع القضاء المغربي تاريخ الإطلاع 26 يناير 2018 على الساعة الثالثة والنصف ليلا

² WWW.JURISPRUDENCEMQROC.COM

البحث في شروط الفسخ القانونية مما يدل دلالة قاطعة أن الفسخ ماهو إلا طريق استثنائي لأنه يجب الحكم به من طرف القضاء وهذا هو روح المادة القانونية أعلاه¹.

الفقرة الثانية تماطل الدائن كسبب للإخلال بتنفيذ الالتزام

قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أن هذه المسألة بعيدة التصور، إلا أن الواقع خلاف ذلك بحيث بالفعل يمكن تصور تماطل الدائن هو الآخر على غرار المدينوقد نص المشرع المغربي على حالات تماطل الدائن في الفصول من 270 إلى 274 من قانون الالتزامات والعقود .ومما جاء في الفصل 270 بالنسبة لهذه الحالة مايلى "...يكون الدائن في حالة مطل إذا رفض دون سبب معتبر قانونا استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه على الكيفية المحددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته ..".

بل إن سكوت الدائن أو غيابه عندما تكون مشاركته ضرورية لتنفيذ الالتزام يعتبر رفضا منه -ف 270- أي تماطلا منه مما يجعله مخلا بتنفيذ الالتزام

ومن صور هذه الحالة كذلك كأن يرى الدائن أنه يستحق أكثر مما يعرضه المدين عليه ،أو أنه يستحق شيئا آخر غير مايقدمه المدين ،وللتغلب على امتناع الدائن نظم قانون الالتزامات والعقود المغربي طريقا يستطيع من خلاله المدين الإيفاء بدينه ، كما حددت الفصول من 275 إلى 287 المسطرة الخاصة بعرض تنفيذ الالتزام وإيداع قيمته .

ويترتب على مطل الدائن عدة آثار مهمة من قبيل -الدائن- تحمله تبعة هلاك الشيء أو تعييه بحيث لا يكون المدين مسؤولا في هذه الحالة إلا عن تدليسه وخطئه الجسيم فقط - 273 ق ل ع - بالإضافة إلى إلزامه نحو المدين بأن يرد إليه المصروفات الضرورية التي اضطر إلى إنفاقها لحفظ الشيء وصيانتة ومصروفات العقد المقدمة منه ،لكن مع التذكير أن المدين لا يلتزم اتجاه الدائن بأن يرد إليه من الثمار إلا الثمار التي جناها فعلا أثناء مطل هذا الأخير -الدائن-.

على أن الدائن لا يكون مماطلا في الحالات الآتية

¹ - ذم محمد الأكل ، إشكالية الفصل 259 من ق ل ع المغربي واعتبار إثارة النزاع من طوارئ التنفيذ ،مقال منشور بمجلة العرائض،العدد الرابع،يناير — يونيو 2015،ص 77 و 78-

أ_ إذا كان المدين وقت عرضه الوفاء بالتزامه بزعم استطاعته ولكنه في الحقيقة غير قادر على ذلك ومن ثم فإنه إدل ادعى المدين بأنه على استعداد لأداء التزامه أو أنه عرض ذلك على الدائن. ولكن الأخير رفض دون مبرر ،فإن لهذا الدائن نفيا لما قد ينسب إليه من حالة المطل ،أن يثبت بكافة الوسائل أن الاستعداد ليس له أساس من الواقع -271 ق ل ع.

ب_ إذا كان الالتزام له أجل لتنفيذه ولم تحدد في الاتفاق الذي أبرم بين الدائن والمدين نهاية لهذا الأجل ثم رفض الدائن مؤقتا قبض الشيء خلال ذلك الأجل فإنه لا يعد في حالة مطل

ت_ لا يعد كذلك إذا كان للمدين الحق في أن يبىئ ذمته قبل الأجل المقرر ويستطيع هذا المدين أن يثبت حالة مطل الدائن إذا ما أخطره في أجل معقول بنيته في تنفيذ الالتزام ورغم هذا رفض -الدائن- قبض الشيء المعروض عليه ولو رفضا مؤقتا وهذا ماتضمنه الفصل 272 ق ل ع

والحاصل أنه يترتب على مطل الدائن نتائج هي:

1- يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تعييه ولا يكون المدين مسؤولا إلا عن تدليسه وخطئه الجسيم¹

2-التزامه نحو المدين بأن يرد اليه المصروفات الضرورية التي اضطر إلى انفاقها لحفظ الشيء وصيانته 3- 3-ومصروفات العرض المقدمة منه ولا يلتزم المدين بأن يرد إليه إلا الثمار التي جناها فعلا أثناء مطل الدائن

الفقرة الثالثة الإخلال بتنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة والحادث الفجائي

جاء في الفصل 268 من ظهير الالتزامات والعقود أنه "لا محل لأي تعويض إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه ،كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن" ،

يظهر من قراءة هذا الفصل أنه يتحدث عن إعفاء المدين من التعويض إذا كان الإخلال بالتنفيذ يرجع لسبب أجنبي. وقد سبق معنا أنه لا يكفي لمساءلة المدين أن يثبت الدائن خطأ الأول، بل لابد من إثبات العلاقة بين الضرر والخطأ، فإذا لم يكن الخطأ هو السبب في حدوث الضرر فلا تقع مسؤولية المدين (4 شهبون 381)، مما يعني معه أن شرط قيام رابط السببية هو شرط أساسي، مما يفيد أنه يلزم لقيام مسؤولية المدين أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمل المدين نفسه وأن يكون الضرر ناشئاً عن عدم التنفيذ وهو ما زكاه الفصل أعلاه باشتراطه ضرورة قيام السببية بين الخطأ والضرر أي وجوب انتفاء السبب، لأن الشائع في الفقه القانوني أن السبب الأجنبي تنتفي معه رابطة السببية ومن ثم انتفاء مسؤولية المدين من التعويض عن الضرر

وكما هو واضح جلي أن المشرع سوى في الحكم بين مطل الدائن في تنفيذ الالتزام وبين القوة القاهرة وكذا الحادث الفجائي من حيث الأثر المترتب عليهما في إعفاء المدين من مطالبته بالتعويض نتيجة عدم وفائه بالتزامه أو التأخير فيه

لكن لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه مالم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل ما بوسعه لدفعه عن نفسه ف- 269 ق ل ع - وكذا لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين

ومما صدر عن القضاء المغربي بشأن القوة القاهرة في هذا الشأن نذكر القرار الصادر عن استئنافية الرباط الذي جاء فيه "،، لا يعتبر قوة القاهرة الحدث الذي يمكن تلافيه أو توقعه لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لدرء الخطر من طرف الملتزم بمقتضى العقد أو القانون..¹

¹ مجلة قرارات محاكم الاستئناف ص 204 و 205 ذكره عبد الكريم شهبون، مرجع سابق ص 388.

المطلب الثاني : آليات ضمان تنفيذ الالتزام

لقد أوجد المشرع المغربي بعض الوسائل التي شأنها ضمان تنفيذ الالتزام وعموماً يمكن اجمالها في ثلاث أنواع وهي إما الضمانات الاتفاقية ، أو الضمانات القضائية ، أو الضمانات القانونية .

الفقرة الاولى : الضمانات الاتفاقية

تعتبر من بين اهم الوسائل التي تقوم على صيانة حق الدائن من ممانلة المدين وتسمى هذه الضمانات بالشرط الجزائي والذي له مجموعة من الشروط وهي عموماً نفس شروط استحقاق التعويض أي وجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر واعذرا المدين .

○ شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً . فإذا لم يكن هناك خطأ من الدين فلا مسؤولية في جانبه ولا يكون التعويض مستحقاً ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

○ شرط الضرر : ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة ..

○ شرط العلاقة السببية : لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع . فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي .

○ شرط الاعذار : والاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها اعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للاعذار ، فانه لا يشترط . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلاً وما دام التعويض لا يستحق إلا بالاعذار في الأحوال التي يجب

فيها فانه إذا لم يقد الدائن باعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي¹.

التكييف القانوني للشرط الجزائي :

الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي : قدمنّا أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصلي الذي يبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا اخل المدين بالتزامه . ويترتب على إن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع أمران : أولاً : أن العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي . ثانياً : بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي .

العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي : لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن الالتزام الأصلي . وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بسبب أجنبي فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة الشرط الجزائي لان الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ولا عكس : وإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع، باطلاً كذلك . فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً .

¹ أجواد محمود، احمد بحر "نظرية الشرط الجزائي" (رسالة ماجستير) ، جامعة الخليل ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين – الخليل ، 2009 ، 135-134 .

ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا لأن الشرط الجزائي التزام تابع فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات الواجبة قانونا أو أن يملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصل¹ .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضا ان الدائن اذا اختار ، عند إخلال المدين بالالتزام الاصيلي ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الاصيلي بمجرد فسخ العقد وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقا للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي .

تميز الشرط الجزائي عما يتقيد به من أوضاع : ان هذا الشرط قد يشتهه بأوضاع قانونية أخرى وبخاصة يشتهه بالعربون وبالتهديد المالي فيجب تمييزه عما يشتهه به .

تميز الشرط الجزائي عن العربون : اذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد فانه يجوز لكل من المتعاقدين ان يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على ان شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد . ولكن الفرق كبير بين العقد والشرط الجزائي ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

1 – العربون هو مقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين ان يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، اما الشرط الجزائي فتقدير التعويض عن الضرر قد وقع ويترتب على ذلك ان الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر ، اما الشرط الجزائي فلا يستحق الا اذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا .

¹ وقد نصت المادة 1227 من التقنين المدني الفرنسي على انه (بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، إما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي) .

2 - العربون لا يجوز تخفيضه سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب بل انه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أي ضرر من العدول عن العقد ، اما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر .

3 - يمكن تكيف العربون بأنه البديل في التزام بدلي . ففي البيع مع العربون مثلاً يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل اخذ المبيع وله اذا شاء ان يعدل عن هذا المحل الاصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - الى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل . اما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني هو تكيف التعويض : أي لا هو بالتزام تخيري ولا هو بالتزام بدلي . ومن ثم لا يكون المدين حراً - بخلاف المشتري - في العدول عن تنفيذ التزامه الاصلي اذا كان هذا التنفيذ ممكناً الى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يتعين عليه ان يقوم بتنفيذ التزامه الاصلي اذا طلب إليه الدائن ذلك .

تميز الشرط الجزائي عن التهديد المالي : نستطيع ان نميز بين الشرط الجزائي والتهديد المالي من خلال الأوجه الآتية :

- 1 - التهديد المالي يحكم به القاضي ، اما الشرط الجزائي فيتفق عليه الدائن والمدين .
- 2 - التهديد المالي لا يقاس بمقياس الضرر وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين فينظر الى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط ، اما الشرط الجزائي الأصل فيه ان يقاس بمقياس الضرر .
- 3 - التهديد المالي هو حكم وقتي تهديدي فهو لا يقبل التنفيذ الا اذا حول من غرامة تهديديه الى تعويض نهائي ، اما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي وانما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير ، فالأصل فيه عدم التخفيض . اما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض لانه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي فيغلب عند تحويله الى تعويض نهائي .

4- ليس التهديد المالي الا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، اما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .

5 – التهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن او عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه ، اما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو الا اذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبالغاً مقطوعاً¹ .

اثر الشرط الجزائي :

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي :

1 – اذا نفذ المدين الالتزام الاصلي في جزء منه : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الاصلي أصلاً ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين اذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفض هذا المبلغ الى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الاصلي ، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي اذا لم ينفذه أصلاً او نفذه تنفيذاً معيباً، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله اذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولاً على اتفاق الطرفين .ولكن اذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي كتعويض عنه مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الى الحد المناسب .

2 – تقرير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه الى درجة كبيرة : وهنا نفرض ان المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلاً او تأخر في التنفيذ مدة استحق من اجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟

¹الدين ، احمد شرف ، 2003 ، نظرية الالتزام الجزء الاول / مصادر الالتزام / الكتاب الاول – مصادر الادارية ، مع عدم ذكر مكان ودار النشر ، ص 45 .

رأينا ان التقنين المدني الفرنسي المادة (1152) يقضي بأنه (اذا ذكر في الاتفاق ان الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز ان يعطي لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر او اقل) . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقاً دقيقاً فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي أيا كان تقدير التعويض ولو ثبت انه مبالغ في الى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بان الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في الحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق . فقد اتفق مقدما مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه وقد قدمنا ان القضاء الفرنسي يذهب الى ابعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض ان هذا الضرر قد وقع فعلا ولا يجوز إثبات عكس ذلك.

متى يجوز زيادة الشرط الجزائي :

1 - زيادة الضرر على التعويض المقرر وقد ارتكب المدين غشاً او خطأ جسيماً : اذا تبين على العكس مما تقدم ، ان التعويض المقرر ليس مبالغاً فيه بل هو اقل من الضرر الواقع فان القاضي مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر بل يحكم به كما هو ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسؤولية او الإعفاء منها جائز .

أي اذا زاد الضرر على التعويض المقرر ولكن الدائن اثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً فان الشرط الجزائي الذي جاز ان يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع ان يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم . وينبني على ذلك ان القاضي يزد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع ولا يمنعه من ذلك ان التعويض مقدراً في الشرط الجزائي فان الدائن في اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين او خطأه الجسيم ولا ينبغي ان يحسب هذا الحساب .

2 - الشرط الجزائي على التحايل للإعفاء من المسؤولية ، إعفاء يتعارض مع النظام العام : ذلك انه لا يجوز ان يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ويكون هذا

الاتفاق باطلا لو تم تعارضه ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريقة غير مباشرة ، بان يتفقا على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود ب هان يصل المدين الى اشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا وللقاضي ان يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي متوخيا في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض .

الفقرة الثانية : الضمانات القضائية

الدعوى الغير مباشرة :

هي الدعوى التي يرفعها الدائن بإسم مدينه للمطالبة بحق له في ذمة الغير .

الشروط التي ترجع على الدائن :

1 – لا يشترط في الدائن الا ان يكون له حق موجود : ان حق الدائن اذا كان مقرونا بأجل او معلقاً على شرط سواء كان الأجل او الشرط فاسخا او واقفاً فانه يكون مع ذلك موجوداً ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه . اما الحق المقرون بالأجل فظاهر ، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته ، وأما الحق المعلق على شرط ولو كان الشرط واقفاً فانه ليس بالحق الاحتمالي بل هو حق له وجود قانوني يعتد به فيجوز لصاحبه ان يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل او المعلق على شرط حق موجود وان كان غير مستحق الأداء واستحقاق الأداء ليس بشرط .

2 – فلا يشترط في حق الدائن ان يكون قابلا للتنفيذ او مستحق الأداء او معلوم المقدار : انه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه ان يكون حقه هو مستحق الأداء ولا يشترط في استعمال الدائن لحقوق مدينه الا ان يكون حقه مستحق الأداء او معلوم المقدار ، والدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار – كالمضروب في عمل غير مشروع – او يكون حقه غير مستحق الأداء – كالدائن لأجل او بشرط – له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه .

3 – ان الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو ان يكون حقه موجوداً ، وكل دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه .

لا فرق في ذلك بين دائن عادي ودائن مرتهن او دائن له حق امتياز ويلاحظ ان الدائن اذا كان له تأمين عيني فانه يثبت بذلك صفتان (أولا) صفته باعتباره ذو تأمين عيني أي يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له حق التقدم او تتبع (ثانيا) صفته باعتباره دائناً شخصياً

4 - لا يشترط ان يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين : سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن او قبل ذلك فانه في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن وله اذن ان يستعمله باسم المدين . كذلك للدائن ان يطعن باسم المدين بالبطلان او بالفسخ او بنحو ذلك في عقود صدرت من المدين حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن .

وينبغي على ما تقدم انه لا يشترط ان يكون لحق الدائن تاريخ ثابت فسواء تقدم هذا التاريخ او تأخر فان هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه¹ .

الشروط التي ترجع الى المدين :

1 - شروط ثلاثة يجب توافرها بالمدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه ان يكون له مصلحة مشروعة عاجلة وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن فلا وجود لمصلحة مشروعة عاجلة الا اذا توافرت ثلاثة شروط في المدين : 1- الا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن اذا توافر عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله ، أي ان يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إعساره او في زيادة إعساره . 2 - ان يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه 3- إدخال المدين كخصماً في الدعوى .

2 - فوات الحق على المدين يكون سبباً في إعساره او في زيادة إعساره: ان عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين وليس المدين ملزم ان يثبت ان عدم استعمال حقه لا يسبب إعساره او لا يزيد في هذا الإعسار بل الدائن هو الذي عليه ان يثبت ان هذا الحق لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع ان ينفذ عليه ، او ان ما

¹ عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، القانون المدني واحكام الالتزام ، سنة 1980 ، دون ذكر مكان ودار النشر ، ص55 .

يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوي ان تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إعساره او ان تكون غير كافية الا للوفاء ببعض الحق وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في زيادة إعساره .

الشروط التي ترجع الى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

1 - يجوز للدائن استعمال أي حق للمدين : يجوز للدائن كقاعدة عامة ان يستعمل أي حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق ، فقد يكون هذا الحق حقاً شخصياً محله نقد او عين او عمل او امتناع عن عمل وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الشخصي الذي محله نقد فهو الحق الأكثر سهولة في الاستعمال ، ومع ذلك فان هناك إجراء أمام الدائن بفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضي ما للمدين من نقود في ذمة مدينه وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعملها الدائن باسمه كحق ملكية او حق انتفاع او حق ارتفاق او حق رهن .

2 - لا يجوز للدائن ان يستعمل ما للمدين من رخصة : ليس للدائن ان يتدخل في شؤون مدينه الى حد ان يقبل عنه صفقة لا يريدتها هو حتى لو كانت هذه الصفقة رابحه ومن شأنها ان تزيد في ضمان الدائن ولا ان يلغي باسم مدينه عقد إيجار بدعوى ان الأجرة باهظة ومن شأنها ان تنتقص من ضمان الدائن . فحق قبول الإيجاب وحق إلغاء عقد الإيجار وحق إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة ، ليست حقوقاً يجوز للدائن ان يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها ، ولكن اذا أصبحت الرخصة حقاً فللدائن ان يستعمل هذا الحق باسم مدينه ما دام قد استوفى الشروط اللازمة .

3 - لا يجوز للدائن ان يستعمل حقاً يباشره المدين عن غيره : ان الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين يجب ان يكون حق المدين نفسه لا حقاً يباشره المدين عن غيره فلا يجوز للدائن اذا كان مدينه ولياً لقاصر ان يرفع دعوى القاصر باسم مدينه ، لان هذه الدعوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته ولياً له وكذلك اذا جاز للدائن ان يستعمل حق الدين قبل مدين المدين فلا يجوز له ان يستعمل حق مدين المدين قبل مدين المدين لان حق مدين المدين

إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين فلا يجوز للدائن ان يستعمل حقا يباشره مدينه بالنيابة عن غيره .

آثار الدعوى غير المباشرة

أولاً – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

الإشكال: لا يؤثر رفع الدعوى في سلطة المدين على الحق موضوع الدعوى، بل يظل له مطلق الحق في التصرف فيه. فلا يستطيع الدائن مهاجمة تلك التصرفات الا من خلال الدعوى البولصية.

الحل: للدائن أن يقوم بحجز ما للمدين لدى الغير.

ثانياً – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى مدين المدين (الخصم الذي ترفع الدعوى ضده)

يعتبر في نفس المركز الذي كان ليوحد فيه لو أن المدين نفسه هو الذي رفع عليه الدعوى.

يملك مدين المدين التمسك بكافة الدفوع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة المدين.

ثالثاً – آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين باعتباره نائباً عنه، و بذلك فان آثارها تنصرف الى المدين.

تتراحم الدائنين: يدخل الحق الناجم عن الدعوى غير المباشرة في الضمان العام المقرر لجميع دائني المدين، و ليس الدائن الذي رفع الدعوى فقط.

الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة : هي وسيلة قانونية تمنح الدائن الحق في رفع دعوى مباشرة ضد مدين مدينه بإسمه هو وليس بإسم مدينه وبالأصالة عن نفسه وليس بالنيابة عن المدين ولحسابه الخاص .

حالات الدعوى المباشرة :

1 – المؤجر مع المستأجر من الباطن : ان للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، ويتسطيع بموجبها ان يطالبه بالاجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي انشأها عقد الايجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الاصلي وقت ان ينذر المؤجر المستأجر من الباطن ان يدفع له هذا المقدار ، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الالي للمؤجر الا اذا كان هذا المقدار الثاني اقل من المقدار الاول فتكون العبرة بالمقدار الاقل . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن ان للمؤجر ان يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أي تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه فيصح الحجز تحت يده .

2 – المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : ان العقد ما بين المقاول ورب العمل ينشأ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل . يطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة ، الا اذا كان مالهم في ذمة المقاول اقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد اعطيت لدائنين متعددين فان كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه وهو رب العمل بنسبة ماله من حق اذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعاً كامله

3 – الموكل مع نائب الوكيل : ان عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل . وفي الصورة التي يرخص

فيها الموكل للوكيل في اقامة نائب عنها يمكن القول ان نائب الوكيل بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص يصبح مباشرة وكيلًا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة¹

الاساس القانوني للدعوة المباشرة :

بدأ لابييه في مقاله المعروف في المجلة الانتقادية باقامة الدعوى المباشرة في فكرة حق الامتياز ، فالدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد اوجد لمدينه حقا في ذمة مدين المدين بسبب منفعة قدمها او بسبب خسارة تحملها فوجب اذن ان يكون له امتياز على هذا الحق الذي وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر وبفضل هذه المنفعة اصبح المستأجر دائنا بالاجرة اذ المنفعة التي قدمها كانت السبب في وجود هذا الحق . والمضروور في حادثة تحمل الخسارة كانت هي السبب في وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضروور امتياز على هذا الحق الذي ما كان ليووجد لو لا الخسارة التي تحملها .

الفقرة الثالثة : الضمانات قانونية

أولا العربون

لقد خصص المشرع المغربي الفصول من 288 إلى 290 من قانون الالتزامات و العقود لتعريف العربون و تبين دلالاته و أحكامه، و قد تضمن الفصل 288 من ذات القانون تعريفا للعربون وقد جاء فيه " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده". بمعنى أن العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، وكثيرا ما يكون ذلك في عقد البيع و عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءا من الثمن أو من الأجرة، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري . نظرية الالتزام (الاثبات - اثار الالتزام) ، دار النهضة العربية ، سنة 1968 ، ص 978-988 .

خصائص العربون :

ومن خلال التعريف السابق يتضح أن العربون يمتاز بالخصائص الآتية :

1 - يجب أن يكون العربون عبارة عن مبلغ من النقود أو شيء آخر، غالبا ما يكون منقولاً ذا قيمة زهيدة، وغالبا في الحياة العملية يكون العربون عبارة عن مبلغ من النقود يمثل جزءاً ضئيلاً من الثمن

2 - يمنح العربون وقت إبرام الاتفاق، و الصورة العملية لذلك أن يبادر أحد المتعاقدين إلى تقديم العربون فور إبرام العقد وهكذا فلا يكفي اشتراط العربون في العقد، وإنما يتعين تسليمه لينتج آثاره

3- مجال العربون هو العقود الملزمة للطرفين، وخاصة عقد البيع و الإيجار لأن هذين العاقدين تنشئ عنهما التزامات متبادلة تنسجم مع طبيعة العربون من حيث هو وسيلة إما لتأكيد العقود أو العدول عنها بعد إبرامها

آثار التعاقد بالعربون

لقد جعل المشرع المغربي في قانون الالتزامات و العقود من إعطاء العربون قرينة على أن العقد أصبح باتاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية، وبما أن العقد قد ينفذ وقد لا ينفذ لسبب من الأسباب فإن آثاره القانونية تنتج في كلا الحالتين

1- آثار العقد في حالة تنفيذه: إذا نفذ العقد، فالحكم هو ما قضت به المادة 289 في فقرتها الأولى " إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكثري خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري، ونفذ العقد وجب رده". وذلك يعني أنه إذا كان المشتري أو المكثري من سيدفع العربون فإن هذا المبلغ المدفوع يعتبر دفعة معجلة من الثمن، ومتى ما تم التنفيذ فإن هذا المبلغ يحسب من الثمن الإجمالي للبيع أو الإيجار فيلتزم المشتري أو المكثري بأداء ما تبقى من الثمن، ويلتزم البائع أو المكري بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري أو تسليم العين المؤجرة للمكثري . أما إذا كان البائع أو المكري هو الملتزم

بتقديم العربون كدليل على قيام العقد و تمامه وبدءا في تنفيذه، و متى ما تم تنفيذ العقد وجب رد العربون للبائع أو المكتري

2 - آثار العقد في حالة عدم تنفيذه: قد يحدث أن يمتنع أحد طرفي الالتزام عن تنفيذه، إما دافع العربون و في هذه الحالة يحق للطرف الآخر الذي قبض العربون الاحتفاظ به إلى حين أن يقبض التعويض الذي تقضي به المحكمة إذا توافرت شروط استحقاق التعويض. أما إذا كان الامتناع صادرا عن قابض العربون عن تنفيذ التزامه ورغم سكوت المشرع عن هذه الحالة إلا أنه يمكن الاستنتاج من القواعد العامة أنه لا يحق له الاحتفاظ بالعربون ما دام الخطأ ناتجا عنه، فلا بد له من رده.

ثانياً حق حبس المال

لحق في الحبس هو وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، فهو بمثابة ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في الوقت ذاته لمدينه فالحبس وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه ، وهو يبدو وسيلة طبيعية تبرره قواعد العدالة و حسن النية فليس من المقبول أن يطالب المدين بأنه بأن يؤدي إليه ما التزم به قبل أن يوفيه هو بدينه و لقد عرف المشرع المغربي حق حبس المال كوسيلة من وسائل ضمان تنفيذ الالتزام في الفصل 291 من قانون الالتزامات و العقود بقوله " حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين، و عدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

و يجوز للدائن حق إبقاء الأشياء المملوكة للمدين والموجودة بين يديه إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه في الحالات التالية :

أولا المصروفات التي أنفقت على الشيء :

فقد يقوم الدائن بإنفاق مصروفات على الشيء بين يديه و المملوك للمدين قصد المحافظة عليه و صيانته أو من أجل إدخال تحسينات عليه ، ففي هذه الحال يحق للدائن الاحتفاظ بالشيء إلى أن يقبض مبلغ هذه المصروفات من المدين وذلك وفق شروط

- 1- أن تكون هذه المصروفات أنفقت على الشيء فقط أو من أجل تحسينه فقط
- 2- أن تكون هذه المصروفات أنفقت قبل رفع دعوى الاستحقاق التي يرفعها الدائن ضد المدين.
- 3- ألا تكون هذه المصروفات من أجل الترف و المظاهر .

ثانيا - الحالات المقررة بقوة القانون : وتتحدد هذه الحالات في الآتي

- 1 -رهن المنقول: يخول للدائن حق حبس هذا المنقول إلى أن يتم الوفاء بالالتزام بكامله
- 2- الرهن ا لحيازي على العقار: يملك الدائن حق حبس العقار إلى غاية الوفاء الكامل للالتزام
- 3- . حقوق الامتياز المنقولة الخاصة: ومنها حق حبس الشيء المصنوع و حق الناقل في حبس البضائع المنقولة بواسطته ، و الفندق في حبس أمتعة النزيل، إلى حين استيفاء حقوقهم.

ثالثا شروط ممارسة حق الحبس :

لا يمكن للدائن ممارسة حق حبس المال إلا عند توفر عدة شروط و نذكرها كالاتي :

الشرط الأول : الحيازة : لا يجوز ممارسة حق حبس المال من طرف الدائن إلا إذا كان الشيء في حيازته وبمعنى آخر موجودا بينيديه سواء كان منقولاً أو ثابتاً و كذلك السندات لأمر أو لحاملها، غير أن الدائن ليس من حقه مباشرة حق الحبس على الأشياء المملوكة للمدين وسلمت له لغرض معين كتجربتها أو على سبيل ،الأمانة وأيضا الأشياء التي ليس تملكا للمدين كالأشياء الضائعة التي وجدها هذا الأخير أو استولى عليها

-الشرط الثاني : وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين: يقصد بالحق في الحبس حمل المدين على تنفيذ التزامه ولذلك لزم أن يكون للحابس حق واجب الأداء في الحال، ويجب أن يكون حق الحابس حقا مدنيًا وليس مجرد ديني طبيعي و أن يكون محقق

الوجود فلا يجوز الحبس اقتضاء لحق متنازع فيه منازعة جدية، كما يشترط أن يكون حق الحابس مستحق الأداء ولا يجوز استعمال الحبس لحق مؤجل أو معلق على شرط واقف .

-الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس و بين التزامه بأداء الشيء: لا يكفي لاستعمال الحق في الحبس أن يكون في حيازة الدائن شيء مملوك للمدين بل يجبالتعويل على السبب الذي من أجله وجد هذا الشيء في حوزته ، فلا بد من وجود رابطة بينحيازة الشيء و حق الحابس

رابعاً: الآثار المترتبة على ممارسة حق حبس المال : متى توافرت الشروط السابقة، كان من حق الدائن الاحتفاظ بالأشياء الموجودة في يده والتي هي ملك للمدين، و بالتالي تترتب على ممارسة هذا الحق الآثار التالية :

1 -مسؤولية الدائن عن الشيء محل الحبس: يكون الدائن الذي يباشر حق الحبس مسؤولاً عن الشيء كما لو كان دائناً مرتتهناً، فعليه أن يحافظ عليه محافظته على أمواله ، و إذا كان الشيء معرضاً للهلاك جاز له أن يحصل على الإذن في بيعه طبقاً للإجراءات المقررة لبيع المرهون رهناً حيازياً

2- . الأولوية على الدائنين الآخرين: في حالة عدم وفاء المدين بما هو مستحق عليه للدائن، يكون من حق هذا الأخير توجيه إنذار له ، ثم الحصول على إذن من المحكمة لبيع الأشياء التي يحوزها و استعمال المبلغ الناتج عن البيع . لاستيفاء حقه ، ويكون له الامتياز على كافة الدائنين الآخرين، ويخضع في كل هذا للقواعد القانونية التي تنظم التزامات الدائن المرتهن رهناً حيازياً، وأيضاً يملك الحق في التمسك بحق حبس المال حتى ضد دائني المدين الآخرين و خلفائه العام و الخاص ¹ .

انقضاء حق الحبس: ينقضي حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وعموماً يمكن القول بأن هناكطريقتان لانقضاء الحق في الحبس، إما بطريق تبعي وإما بطريقةأصلية

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص1149 .

- الانقضاء التبعي: ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون وتبعاً له فلو انقضى هذا الحق بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد و المقامة و اتحاد الذمة انقضى الحق في الحبس، و كذا ينقضي الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلاً، كما لو أبرأ الدائن المدين من الدين، أو سقط الدين لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبي، غير أن الحق المضمون بالحبس لا يسقط بالتقادم ما دامت العين المحبوسة باقية تحت يد الحابس و لذلك لا يتصور انقضاء الحق في الحبس بتقادم الدين المضمون .

- الانقضاء الأصلي: قد ينقضي الحق في الحبس قبل انقضاء الالتزام المقابل لحق الحابس بمعنى آخر ينقضي بطرق أصلية كأن يقدم المدين للدائن تأميناً كافياً سواء كان شخصياً أو عينياً، كذلك يسقط الحق في الحبس إذا هلك الشيء المحبوس، وأيضاً إذا أخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة، و أخيراً يسقط هذا الحق بخروج العين من يد الحابس خروجاً إرادياً أي برضا الدائن و اختياره.

خاتمة

لقد خصص المشرع المغربي القسم الرابع من الكتاب الأول من ظهير الالتزامات والعقود للحديث عن آثار الالتزام وقد سبق معنا أن أهم أثر يترتب عن الالتزام هو وجوب تنفيذه لكن قد يعرقل هذا الأخير بعض العوائق تعتبر بمثابة حالات للإخلال به إلا أن المشرع المغربي قد تصدى لها بمجموعة من الآليات الضامنة والكفيلة بتنفيذ الالتزام ولو عن غير طوعية. وما يشد النظر في هذا المقام هو أن مشرعنا المغربي وقع في خلط بين آثار الالتزام وآثار العقد والحال أن وجه الفرق بينهما شاسع فإذا كان أثر العقد هو إنشاء الالتزام فإن أثر الإلتزام هو وجوب تنفيذه. وسبب هذه الارتباك التشريعي هو التبعية العمياء والإخلاص الذي تشبث به المشرع المغربي لنظيره الفرنسي. ومن هذا المضمار فإننا نضم صوتنا إلى جانب ماسالت به مداد وجادت به قرائح الفقه القانوني والقضائي بأن يعمل المشرع المغربي عن الفصل بين آثار الالتزام واثار العقد في أقرب مناسبة تتاح له لتعديل وتنمिम الظهير العجوز الذي عمر أكثر من زهاء قرن ونيفا من السنين .



مقدمة:

نظم المشرع المغربي وفقا لظهير الالتزامات والعقود أسباب انقضاء الالتزام في القسم السادس من الكتاب الأول المتعلق بالالتزامات بوجه عام.

وكما هو معلوم فالالتزام لا محالة مصيره إما التنفيذ أو الزوال لسبب من الأسباب على اعتبار أن الأصل براءة ذمة الشخص نظرا لكون الحق الشخصي هو حق مؤقت على خلاف الحق العيني الذي هو حق دائم بحسب الأصل، ولقد خص مشرع قانون الالتزامات والعقود لأسباب انقضاء الالتزام الفصول من 319 إلى 398، حيث نص الفصل 319 محددًا لأسباب انقضاء الالتزامات على أن الالتزامات تنقضي بما يلي:

الوفاء: استحالة التنفيذ، الإبراء الاختياري، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، التقادم، الإقالة الاختيارية.

ونتيجة لذلك سنحاول دراسة موضوع أسباب انقضاء الالتزام وفقا للنهج الذي اتبعه الفقه في تقسيمها، ذلك أن الالتزام ينقضي بالوفاء أي بتنفيذه عينا، كما ينقضي بما يعادل الوفاء ويدخل فيه كل من الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة، وأخيرا قد ينقضي الالتزام دون الوفاء به وهو ما يمثل من خلال الإبراء، واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط ثم بالإقالة الاختيارية، على أن دراستنا للموضوع لا يمكن أن تتم دون طرح إشكالية أساسية تتمثل في مدى توفيق مشرع ظهير الالتزامات في تنظيمه لأحكام الالتزام ؟

سعيا منا لدراسة موضوع أحكام الالتزام وتحليل معظم جزئياته سوف نستعين بخطة البحث التالية:

- المبحث الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء وبما يعادل الوفاء

- المبحث الثاني: انقضاء الالتزام دون الوفاء به

المبحث الأول : انقضاء الالتزام بالوفاء و بما يعادل الوفاء

قد ينقضي الالتزام بين أطرافه بالوفاء بمحله الذي حدد أول مرة أي بتنفيذه عينا فتكون بصدد الوفاء (المطلب الأول) , إلا أنه يحصل في بعض الأحيان أن يتعذر الوفاء بين أطراف العلاقة التعاقدية أو أنهم يفضلون اللجوء إلى طرق أخرى لانقضاء الالتزام فتكون إما بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (المطلب الثاني)

المطلب الأول : انقضاء الالتزام بالوفاء

إن الحديث عن الوفاء باعتباره سبب من أسباب انقضاء الالتزام يقتضى منا تناول معناه (مفهومه) و عناصره (الفقرة الأولى) ثم مكان و زمان الوفاء (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : مفهوم و عناصر الوفاء باعتباره سبب من أسباب انقضاء الالتزام .

أولا : مفهوم الوفاء : الوفاء يقصد به قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على نفسه , و ذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام و هذا الالتزام قد يكون نقل عيني , و قد يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽¹⁾. و هذه القاعدة نص عليها الفصل 320 من قانون الالتزامات و العقود بقوله

" ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون ."

ثانيا: عناصر الوفاء : عناصر الوفاء ثلاثة الموفي و الموفى له ومحل الوفاء

1) الموفي : هذا الموفي قد يكون المدين أو نائبه و قد يكون كل شخص له مصلحة في وفاء الالتزام ثم إنه قد يكون كل شخص أجنبي متى لم تكن له مصلحة في الوفاء قد يكون كل شخص أجنبي متى لو لم تكن له مصلحة في الوفاء .

الأصل أن المدين ذاته هو الذي يقوم بالوفاء لأن عبئ الالتزام يقع عليه وله المصلحة الأولى في وفائه , لكن ليس هناك ما يمنع بأن ينيب شخص في الوفاء نيابة عن المدين و هذا

¹ مأمون الكز بري , نظرية الالتزامات , الجزء الثاني , مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء , طبعة 1970 , ص 298 .

ما نص عليه الفصل 236 بقوله " يجوز للمدين أن ينفذ الالتزام إما بنفسه و إما بواسطة شخصا آخر " .

كما سبق و ذكرنا فإنه قد يكون الموفي هو شخص له مصلحة في وفاء الالتزام كالمدين المرتبط مع غيره في التزام تضامني أو في التزام غير قابل للانقسام و الكفيل الشخصي، و الكفيل العيني ، ثم الحائز للعقار المرهون ¹ .

ثم قد يكون الموصي شخص أجنبي ، مصلحة له في الوفاء و هذه الخاصية نص عليها الفصل 237 بقوله " إذا لم يكن واجبا تنفيذًا التزام من المدين شخصيا ، ساع أن ينفذ من الغير ولو برغم إرادة الدائن " .

(2) الموفق له : الأصل في الموفى له أن يكون الدائن أو نائبه . و في بعض الحالات و على وجه الاستثناء يقع الوفاء صحيحا و مبرئا لزمة المدين رغم أن الموفى له هو شخصا من الغير لا صفة له لاستيفاء الدين

و قاعدة أن الموفى له الدائن أو نائبه ورد النص عليها في الفصل 238 بقوله " يجب أن يقع الوفاء للدائن بنفسه أو لممثله المادون له على وجه صحيح أو للشخص الذي يعينه الدائن لقبض الدين " .

و في هذا الإطار ورد قرار عن المجلس الأعلى " لا يصح الوفاء إلا إذا كان لرب الدين ، و لهذا يجب على المحكمة أن تتحقق مما إذا كان المتوصل بالكراء قد تملك الحانوت في المدة التي قبض كرائها ، إن وقع نزاع بين الفريقين في هذه النقطة و إلا يكون حكمها غير مرتكز على أساس ¹ .

إلا أنه الوفاء لغير الدائن بمعنى شخص من الغير فقد نص على هذه الحالات الفصلين 238 و 240 من ق.ل.ع.

1- مامون الكز بري ، مرجع سابق ، ص 310
2- المجلس الأعلى الحكم عدد 143 تاريخ 21 فبراير 1962 ، مجلة القضاء و القانون العدد رقم 65 إلى 68 صفحة 275 .

فالفصل 238 بآء فيه أن " الوفاء من ليست له صلاحية استيفاء الدين يبرئ ذمة

المدين الآ :

1- إذا أقره الدائن و لو ضمناً أو استفاد منه

2- إذا أدنت به المحكمة.

و بمقتضى الفصل 240 " يكون صحيحا الوفاء الحاصل بحسن نية لمن يحوز الحق ,

كالوارث القاصر و لو استحق من فيما بعد "

و في ضوء هذه النصوص يتبين أن الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين يكون

صحيحا في إحدى الحالات التالية :

الحالة الأولى : إذا أقر الدائن الوفاء

الحالة الثانية : إذا استفاد الدائن منه

الحالة الثالثة : إذا أدنت به المحكمة

الحالة الرابعة : إذا وقع لدائن ظاهر

ثالثا : محل الوفاء : الوفاء على ما سبق توضيحه , هو قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي

رتبه على نفسه و ذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام (الفصل 320 ق.ل.ع) و حتى يكون

الوفاء صحيحا مبرنا للذمة , يجب أن يتم بذات الشيء المستحق دون غيره , الذي قد يكون

شيئا معيناً بذاته كالبأخرة حيث نص الفصل 242 " لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليم ما ورد في

الالتزام قدرا و صنفا , و لا يحق له أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له

" كما قد يكون هذا الشيء المستحق معيناً بنوعه كالمنتوج الغذائي حيث نص الفصل 244 "

إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملتزماً بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع ,

كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه " .

ثم إنه قد يكون كذلك محل الشيء مبلغ من النقود أو عمل أو امتناع عن عمل¹ و لكي يكون الوفاء كذلك صحيحا يجب أن يتناول ذات الشيء كاملا دون تجزئة , حيث نص الفصل 243 " إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد , لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاءه ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة "

إلا أنه لهذا المبدأ استثناءات كحالة اتفاق المتعاقدين مثلا (الفصل 243)

الفقرة الثانية : مكان و زمان الوفاء

أولا : مكان الوفاء : تناول المشرع المغربي مكان الوفاء في الفصل 248 فقال "يجب تنفيذ الالتزام في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء أو يحدده الاتفاق , فإذا لم يحدد الاتفاق مكان للتنفيذ وجب أن يقع في مكان إبرام العقد , إذا قام على أشياء يكون نقلها كثيرا لكلفة أو صعباه و إذا كان من الممكن نقل محل الالتزام دون صعوبة, ساع للمدين أن يقوم بالوفاء أينما وجد الدائن ما لم يكن للدائن مبرر معقول في عدم قبول الوفاء المعروض عليه , و في الالتزامات الناشئة عن الجريمة يجعل التنفيذ في مقر المحكمة التي باشرت القضية " . و بالتالي ففي مكان الوفاء تميز بين الالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية التي يكون الأجل فيها الوفاء وفق ما تقتضيه طبيعة الشيء أو يحدده الاتفاق. ومكان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن الأعمال غير المشروعة, الذي يكون في مقر المحكمة التي باشرت القضية.

ثانيا : زمان الوفاء : تطرق المشرع إلى الأحكام الخاصة بزمان الوفاء في الفصل 247 و أحال بذلك على النصوص المتعلقة بالأجل كما ورد في الفصل 127 و ما بعده .

وتطبيقا لهذه النصوص نستطيع أن نقر القواعد التالية :

- إذا لم يحدد للوفاء بالالتزام أجل معين وجب تنفيذ الالتزام فورا (الفصل 12)

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 331 .

- إذا كان الأجل ناتجا من طبيعة الالتزام أو من طريقة تنفيذه أو من المكان المعين لهذا التنفيذ تولى القاضي تعيين هذا الأجل ووجب الوفاء بالالتزام عند حلول هذا الأجل (الفصل 127)

- يحق للقاضي استثناء أن يؤثر وفاء الدين الحال و يمنح المدين أجل أو نظرة ميسرة إذا كان الاتفاق أن القانون يخوله مثل هذا الحق (الفصل 128)

المبحث الثاني : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء تتخلله أربعة أسباب وهي انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل و المقاصة (الفقرة الأولى) ثم انقضائه بالتجديد و اتحاد الذمة (الفقرة الثانية)

المطلب الأول : انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل و المقاصة

الفقرة الأولى : انقضاء الالتزام بالوفاء بمقابل

سنتناول على التوالي في هذا السبب تعريفه و عناصره (أولا) , ثم آثاره (ثانيا)

1) تعريف الوفاء بمقابل و عناصره

أ- تعريف الوفاء بمقابل : الوفاء بمقابل أو بأداء, العوض, هو وفاء يتم عن طريق قبول الدائن عوضا عن تنفيذ الالتزام أداء شيء آخر غيرها يستحق أصلا . و قد عرفه الفصل 321 من قانون الالتزامات و العقود بقوله "إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه شيئا آخر غير الشيء الذي ذكر في الالتزام."

والصورة الغالبة للوفاء بمقابل , أن يكون المدين ملزما بدفع مبلغ من النقود و يعجز عن دفعه , فيقدم بدلا منه شيئا آخر كنقل ملكية شيء أو حق عيني , و قد يحدث العكس⁽¹⁾.

ب- عناصر الوفاء بمقابل : يقوم الوفاء بمقابل على عنصرين أساسيين¹

العنصر الأول : اتفاق الدائن و المدين على أن يعطي المدين لدائنه على سبيل الوفاء بالتزامه شيئا غير الشيء المستحق.

العنصر الثاني : تنفيذ هذا الاتفاق فعلا بأن يعطي الدائن لمدينه الشيء المتفق عليه².

2) آثار الوفاء بمقابل : الوفاء بمقابل, كما سبق بيانه هو عمل مركب من تجديد و

وفاء و نقل ملكية , لذا كان من الطبيعي أن تترتب عليه آثار متنوعة بعضها يستمد حكمه من التجديد و بعضها من الوفاء العادي و بعضها من البيع أو نقل الملكية³ .

¹ عبد الكريم شهبيون , الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي , الجزء الثالث , مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء , الطبعة الأولى , 1999 , ص 12

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 363 , 369 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , المجلد الثالث , مطبعة دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الأولى , 1597 , ص 797 , 798 .

³ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 375 - 381 .

أ- آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه تجديدا : إن الآثار التي تترتب على اعتبار الوفاء بمقابل تجديدا تتلخص في الآتي :

❖ ينقضي الالتزام الأصلي, و يحل مكانه التزام جديد يكون محله الشيء الذي اتفق الطرفان على الاستعاضة به عن محل الالتزام القديم

❖ تنقضي التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم بصورة نهائية.

❖ يشترط في الدائن و المدين توافر أهلية التصرف لكل منهما .

ب- آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه وفاء : يترتب على الوفاء بمقابل, من حيث كونه وفاء, جميع آثار الوفاء العادي.

ج- آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه ناقل للملكية : يترتب على الوفاء بمقابل من حيث كونه ناقل للملكية الآثار التي تترتب على البيع , وقد ورد بهذا الصدد في الفصل 322 أن المدين الذي يوفي دينه بطريق الوفاء بمقابل " يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع, سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة ".

و رغم أن النص ورد قاصرا على بعض آثار البيع فقط فإن بعض الفقه⁴ يرى أنه لا مانع يمنع من تطبيق سائر أنواع آثار البيع شأن التشريعات المقارنة, و عليه فإن من أهم الآثار التي يمكن تقريرها في هذا الشأن :

❖ ضمان العيوب الخفية

❖ ضمان الاستحقاق

❖ تمسك المدين بالرهن الجبري لضمان التعويض المعدل المترتب على الدائن

❖ حق فسخ الوفاء إذا لم يوف الدائن بالتعويض المعدل

ثانيا : انقضاء الالتزام بالمقاصة

سندرس في المقاصة باعتبارها هي الأخرى سبب من أسباب انقضاء الالتزام الشروط

(1) والآثار (2)

1 : شروط المقاصة

⁴ - مأمون الكز بري , مرجع سابق

لكن قبل دراسة شروط المقاصة لابد أولاً من التعريف بها , فالمقاصة هي طريق من طرق انقضاء الالتزام بمقتضاها تبرأ ذمة المدين من الدين , المترتب عليه مقابل براءة ذمة لدائنه من دين ترتب عليه لمصلحة مدينه و ذلك في حدود الأقل بين هذين الدينين¹ , والمقاصة تقع عندما يكون كل من الطرفين دائناً و مدين في نفس الوقت (الفصل 357)

أما فيما يخص الشروط الواجب توفرها من أجل وقوع المقاصة فهي :

الشرط الأول : وجوب كون الدينين بين نفس الشخصين :

على ذلك نص الفصل 357 " تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائناً لآخر و مديناً له بصفة شخصية " .

الشرط الثاني : وجوب كون محل الدينين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع و الجودة :

ورد النص على هذا الشرط في الفصل 361 و بمقتضاها " لا تقع المقاصة إلا بين دينين من نفس النوع, و على سبيل المثال, بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفاً و نوعاً أو بين النقود و المواد الغذائية "

الشرط الثالث : وجوب كون كل من الدينين خالياً من النزاع و مستحق الأداء :

نص الفصل 362 على أنه " يلزم لإجراء المقاصة , أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع و مستحق الأداء "².

الشرط الرابع : وجوب كون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاءً.

الشرط الخامس : وجوب كون كل من الدينين مما لا تتمتع فيه قانوناً :

الأصل أن المقاصة تجوز في مختلف الديون أياً كان مصدرها فالفصل 357 اشترط لوقوع المقاصة أن يكون كل من الطرفين دائناً للآخر و مديناً له بصفة شخصية على أن

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 435 .
² - السنهوري , مرجع سابق , ص 891 .

المشرع لاعتبارات خاصة منع المقاصة في بعض الحالات , و هذه الحالات هي التي ورد عليها النص الفصلين 365 و 366 وهي التالية :

- الحالة الأولى : كون أحد الدينين حقا غير قابل للحجز
- الحالة الثانية : كون أحد الدينين شيئا نزع من صاحبه دون حق أو حق نشأ عن عمل غير مشروع .
- الحالة الثالثة : كون أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا و يطالب باسترداده
- الحالة الرابعة : كون المدين تنازل عن التمسك بالمقاصة
- الحالة الخامسة : كون أحد الدينين عبارة عن رسوم أو ضرائب للدولة أو الجماعات على المحلية .
- الحالة السادسة : كون المقاصة تلحق ضررا بالحقوق المكتسبة للغير .⁽¹⁾

2 : آثار المقاصة

عرض المشرع لآثار المقاصة في الفصلين 367 و 368 .

فالفصل 367 نص على أنه : " يترتب على المقاصة عند التمسك بها , انقضاء الدينين , في حدود الأقل منهما مقدارا , ابتداء من الوقت الذي فيه مما مستوفين للشروط , التي يحددها القانون لإجراء المقاصة ."

و الفصل 368 ورد فيه : " إذا تعدد على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقرر في المدفوعات ."

فمن بين هاتين المادتين يتبين أن آثار المقاصة يمكن جميعها حول القواعد الثلاثة التالية² : إن حكم المقاصة حكم الوفاء إذ هي تقتضي الدينين في حدود الأقل منهما مقدارا , إن المقاصة تتم لا من وقت التمسك بها بل ابتداء من الوقت الذي وجد فيه الدينان مستوفين

1- مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 449 , 456 .

2- مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 457 - 464 .

للشروط التي يحددها القانون 1 جراء المقاصة , و إذا تعددت الديون التي تقبل كان تعيين جهة الدفع عن طريق المقاصة كتعيينها عن طريق الوفاء العادي .¹

الفقرة الثانية: انقضاء الالتزام بالتجديد والإنابة و باتحاد الذمة :

أولا : انقضاء الالتزام بالتجديد والإنابة

1 : انقضاء الالتزام بالتجديد

خصص المشرع المغربي وفقا لظهير الالتزامات و العقود للتجديد الباب الرابع من القسم السادس المتعلق بانقضاء الالتزامات و لما كانت الإنابة تتقاطع بشكل كبير و التجديد حيث أدرجها المشرع إلى جانب المقتضيات المتعلقة بالتجديد سوف نحاول أن نعرض عليها في واجب للدراسة , و عليه سنحاول الحديث عن شروط التجديد ثم في مرحلة لاحقة نتناول بتفصيل آثار التجديد

1 : شروط التجديد : قد يحصل أن يتفق الدائن و المدين على اعتبار الالتزام الأصلي الذي يربطهما منقضيا في مقابل أن يحل محله التزام جديد يختلف عن الأصل في عنصر من عناصره و هذا ما يطلق عليه بالتجديد ,¹ و يرى البعض بأن " التجديد هو استبدال دين قد يمر بدين جديد , فهو اتفاق على انقضاء دين و على إنشاء دين آخر محله " ² هذا الأخير الذي يعتبر قديما قدم الزمان حيث تبناه القانون الروماني القديم , على أن للتجديد مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتماد به قانونيا , فبالرجوع للفقرة الثانية من المادة 348 من ق.ل.ع التي تقول : **التجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه** " نجد أن المشرع أوجب ضرورة التصريح بالرغبة في التجديد كما أنه و باستقراءنا للمواد 348 و 349 و 351 يتضح لنا بشكل جلي باقي الشروط التي فرضها للمشرع للاعتماد بالتجديد والتي سوف نحاول تناولها على التوالي :

¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 128 - 131 .

¹ - مأمون الكز بري , نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي , الجزء الثاني , مطبعة النجاح الجديدة , ص 1970 , ص 383

² - عبد الكريم شهبون , الشافي شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي , الكتاب الأول , الجزء الثالث , مطبعة النجاح الجديدة , سنة 1996 , ص 58 .

- الشرط الأول : وجود التزام صحيح يتم الاستغناء عنه بإنشاء التزام آخر صحيح

يغايير الأول في أحد عناصره الجوهرية

و يتطلب هذا الشرط ضرورة تحقق الأمور التالية :

أ- وجود التزام صحيح : لا يمكن تصور التجديد إلا إذا قام التزام صحيح (قديم) بحيث يتم إحلال التزام جديد محله , على اعتبار إن الالتزام القديم هو السبب في إنشاء الالتزام الجديد و على أن يكون الالتزام طبقا القديم صحيحا طبقا لما أشارت عليه مقتضيات الفصل "348". ذلك أن الالتزام المعدوم أو الوهمي لا يمكن أن يؤدي إلى التجديد كما لا يترتب أي أثر .

من جهة أخرى يتم التجديد في الحالة التي يكون فيها الالتزام القديم معلقا على شرط واقف أو فاسخ , و يؤدي ذلك إلى اعتبار التجديد كذلك معلقا على ذلك الشرط الواقف أو الفاسخ.

ب- إنشاء التزام جديد صحيح : لقيام التجديد لابد من نشوء التزام جديد محل الالتزام القديم¹ و أن يكون الالتزام الجديد صحيحا كما أكد على ذلك الفصل 348 من ق.ل.ع على أنه يلزم كذلك للأخذ بالالتزام الجديد ألا يكون باطلا أو قابلا للإبطال , و يصح أن يكون معلقا على شرط كيفما كان نوعه سواء واقفا وفاسخا .

ت- مغايرة الالتزام الجديد للقديم في عنصر جوهري : لتحقيق الأخذ بالتجديد كذلك لابد من مغايرة الالتزام الجديدة للالتزام السابق في عنصر جوهري كأن يتم تعديل في شخص المدين أو الدائن أو في الشيء محل الالتزام أو فيما يتعلق بسبب الالتزام , و في هذا الإطار لا يمكن تحقق التجديد إذا تعلق الاختلاف أو التغيير بخصوص عنصر غير جوهري.

- الشرط الثاني : تمتع الأطراف في التجديد بالأهلية اللازمة

نص المشرع في الفصل 349 من ق.ل.ع. على ضرورة توفر أهلية التقويت بالنية للدائن و الأهلية للالتزام فيما يتعلق بالمدين على اعتبار أن التجديد يعتبر تصرف كباقي التصرفات القانونية , و بذلك لا يجوز للقاصر أو المحجوز عليه أن يجدد الالتزام , لان ذلك لا يتم إلا من قبل نائبه الشرعي بعد الحصول على الإذن من المحكمة.

¹ - الكز بري , مرجع سابق , ص 398 .

- الشرط الثالث : توافر نية التجديد لدى الأطراف

بالرجوع لمقتضيات الفصل 347 في فقرته الثانية نجد أن المشرع نص على ما مضمونه استلزام وضوح وانصراف إرادة الأطراف إلى تجديد الالتزام , وتكون نية التجديد قائمة إذا كان الالتزام الجديد مغايرا للالتزام القديم في محله أو سبب أو في شخص الدائن أو المدين .

ت- آثار التجديد :

بعد قيام الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي ينقضي, فهذه الوضعية الجديدة ترتب بعض الآثار المتمثلة بالأساس في اثنتين هما :

1- الأثر المسقط للتجديد :

و يقصد به أن قيام التجديد أو حلول الالتزام الجديد يؤدي بشكل تلقائي إلى إسقاط الالتزام القديم وكل ما يلحق به ومن توابع و تأمينات شخصية أو عينية , كما يؤدي إلى سقوط كل ما يتعلق بذلك الالتزام من دعاوي و دفعوع , حيث يزول الالتزام القديم بشكل نهائي, و نشير في هذا الإطار إلى أنه لا يشترط لزوال الالتزام القديم تنفيذ الالتزام الجديد و هذا ما أشارت إليه مقتضيات الفصل 356 من ق.ل.ع. حيث نص الفصل على : " بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائيا إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحا ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد "

من جهة أخرى لابد من أخذ بعين الاعتبار مسألة قيام الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف, حيث أن أثر التجديد في هذه الحالة يتوقف من حيث انقضاء الالتزام القديم على تحقق الشرط الواقف , فإن لم يتحقق الشرط اعتبر التجديد كأن لم يكن و بقي الالتزام القديم كما كان في الأصل " (356) من ق.ل.ع "

2- الأثر المنشئ للتجديد :

بعد قيام التجديد فهو يؤدي إلى إنهاء التزام سابق , في حين يترتب التزاما جديدا , فهذا الالتزام الجديد هو غير الالتزام القديم من حيث استقلاليته عنه في صفاته وذاتيته و دعاواه و دفعوعه و ضماناته الخاصة به فقد يكون الالتزام القديم التزاما مدنيا في حين الالتزام يكون

تجاريا أو العكس , كما قد يكون الالتزام الأصلي واجب التنفيذ في موطن المدين في حين أن الالتزام الجديد يعين تنفيذه في موطن الدائن (1) .

2 : انقضاء الالتزام بالإنابة

أ- تعريف الإنابة و شروطها :

الإنابة تصرف قانوني يطلب بمقتضاه شخص اسمه المنيب من شخص آخر اسمه المناب أن يقوم بأداء ما أو أن يلتزم يمثل هذا الأداء لمصلحة شخص ثالث اسمه المناب لديه و قد عرف الدكتور عبد الكريم شهبون للإنابة " تصرف قانوني بمقتضاه يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين " 2 ولكي يعتد بالإنابة لابد من توافر شروط ثلاث , وهي نفس الشروط التي تستلزم في التجديد و هي :

الشرط الأول : ضرورة وجود التزام صحيح على المنيب قبل المناب لديه و كون الالتزام المترتب على المناب قبل المنيب هو قائم و صحيح كذلك طبقا لما هو وارد في الفصل 220 من ق.ل.ع " لا تصح الإنابة :

- إلا إذا كان الدين المناب لديه صحيحا قانونا
- إلا إذا كان الدين الذي على الدائن المدين صحيحا كذلك
- إلا إذا كان الدين الذي على الدائن المنيب صحيحا كذلك و لا تجوز له الإنابة في الحقوق الاحتمالية "

الشرط الثاني : ضرورة تمتع الأطراف في الإنابة بالأهلية اللازمة, برجعنا لمقتضيات الفصل 218 نجدها نص على أن " الأشخاص الذي لا يتمتعون بأهلية لا يحق لهم إجراء الإنابة "

فكل من المنيب و المناب لديه واجب إذن أن يكون راشدا غير محجور عليه , أما القاصر أو ناقص فلا يصح أن يكون بنفسه طرفا في الإنابة , و إنما يمثله فيها نائبه الشرعي الذي لا بد له ليكون تمثيله صحيحا من الحصول على إذن من المحكمة لأن الإنابة تعتبر

¹ - الكز بري , مرجع سابق , ص 417 .

² - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 77 .

عملا من أعمال التصرف و أعمال التصرف لا يجوز للنائب الشرعي ممارستها إلا بإذن من القاضي .

الشرط الثالث : ضرورة توافر نية التجديد لدى الأطراف في الإنابة , بحيث يكون قصدهم قبول انقضاء الالتزام الذي كان مترتبا على المدين الأصلي المنيب و بنشوء التزام جديد محله يقوم بين المدين الجديد المناب و بين الدائن المناب لديه (1)

ب- آثار الإنابة :

كما هو معلوم فالإنابة تؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي المنيب و تنشئ التزاما جديدا على المناب قبل الدائن المناب لديه , ففي هذا الإطار دون الدخول في الحديث عن آثار الإنابة مادامت هي نفس الآثار التي يترتبها التجديد , مع اختلافات ضئيلة تختص بها الإنابة , سنحاول التطرق للأحكام الخاصة بالإنابة من حيث الآثار التي تترتبها في :

- علاقة المنيب بالمناب لديه : نص الفصل 353 من ق.ل.ع على ما يلي : " يترتب على الإنابة براءة ذمة المدين ولا يكون للدائن أي رجوع عليه , ولو أصبح المدين المناب في حالة عسر , ما لم يكن عسره هذا واقعا بالفعل عند حصول التجديد , بدون علم من الدائن "

فالإنابة باعتبارها تجديدا بتغير المدين , تبرئ ذمة المدين الأصلي المنيب , شرط أن يكون الالتزام الجديد المنشأ في ذمة المناب قبل المناب لديه صحيحا , وعليه , إذا نشأ التزام المناب صحيحا , فقد المناب لديه صحيحا كل رجوع على المدين الأصلي ولو أصبح المدين في حالة عسر لأن الدائن المناب هو الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار (2)

- علاقة المناب لديه بالمناب :

مادامت الإنابة قد أنشأت التزاما جديدا في ذمة المناب للمناب لديه , فإن للمناب لديه أن يطالب المناب بتنفيذ الالتزام الجديد وله الحق أن يطالب بذلك حتى ولو أعسر المناب بعد الإنابة , حيث يتحمل المناب فقط تبعه هذا الإعسار .

¹ - الكز بري , مرجع سابق , ص 424
² - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 426 .

- علاقة المنيب بالمناب :

للمناب في حالة تنفيذه للالتزام الذي رتبته على نفسه نحو المناب لديه الحق في الرجوع بدعوى شخصية على المنيب لاسترداد ما دفع ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع للمنيب بقيمة ما أداه فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

- الإنابة كسب للتجديد و الإنابة كسب لحوالة الحق :

قد تؤدي الإنابة إلى انقضاء الحق الذي للمنيب على المناب و استبداله بحق جديد لمصلحة المناب لديه , ففي هذه الحالة تمثل الإنابة نوع من تجديد الدين بتغير المدين و بالتالي تؤدي إلى انقضاء الالتزام . من جهة أخرى قد يقتصر دور الإنابة على حوالة نفس الحق الذي للمنيب في ذمة المناب إلى دائن آخر هو المناب لديه , عندها تشكل صورة من صور انتقال الحق و سببا من أسباب انتقال الالتزام.

والإنابة كسب لانقضاء الالتزام تختلف عن الإنابة كسب لانتقال الالتزام من عدة وجوه .

فمن حيث الانعقاد الإنابة كسب لانتقال الالتزام تتم بتراضي المنيب و المناب لديه و لو بدون علم المدين المناب , أما الإنابة كسب للتجديد فلا بد فيها أن يلتزم المناب تجاه المناب لديه , أي أنها تستوجب رضي كل من المنيب و المناب و المناب لديه .

و من حيث النفاذ تقتضي الإنابة كسب لانتقال الالتزام , شأنها في ذلك شأن الحوالة , تبليغ المدين المناب الإنابة تبليغا رسميا أو قبوله بها بمحرر ثابت التاريخ , بحيث إذا جرت الإنابة لشخصين فضل منهما المناب لديه بلغ الإنابة للمدين المناب و بحيث إذا دفع المناب الدين للمنيب أو أنهاه بالاتفاق بأي طريق آخر قبل أن تبلغ إليه الإنابة برئت ذمته , أما الإنابة كسب لانقضاء الالتزام فلا تتطلب إعلان المدين المناب مادام أن الإنابة قد وقعت بمشاركته و تمت برضائه .

من جهة أخرى تختلف الإنابة كسب لانتقال الالتزام من حيث الآثار عن الإنابة كسب لانتقال الالتزام , ذلك أن الأولى تنقل إلى المناب لديه نفس الحق الذي كان للمنيب قبل المناب بصفاته و تكاليفه و ضماناته مما عدا الرهون الحيازية و الرسمية و الكفالات التي تنتقل إلا بنص صريح (الفصل 200 و 202 و 225) , أما في الإنابة كسب لانقضاء الالتزام فإن حق

المنيب تجاه المناب ينقضي نهائيا , وتنقضي معه توابعه , ويترتب للمناب لديه في ذمة المناب حق جديد بصفاته و ضماناته , طبقا للفصول (352 و 355 من ق.ل.ع)

ثانيا : انقضاء الالتزام باتحاد الذمة

خص المشرع المغربي لإتحاد الذمة الفصلين 389 و 370 من ق.ل.ع حيث عرفه ثم بين حالاته و أوضح فيما بعد آثاره .

لذلك نرى أن نعرفه بداية ثم نوضح حالاته (1) ثم نتناول فيما بعد دراسة آثاره (2).

1 : تعريف اتحاد الذمة وبيان حالاته :

أ- تعريف اتحاد الذمة :

عرف المشرع اتحاد الذمة في الفصل 359 بقوله : " إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن و المدين لنفس الالتزام فنتج اتحاده في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين " فاتحاد الذمة هو إذن اجتماع صفة الدائن و صفة المدين لالتزام واحد في شخص واحد , كأن يتوفى الدائن و يرثه المدين أو يتوفى المدين و يرثه الدائن (1). فاتحاد الذمة كما أسلفنا يؤدي إلى انقضاء الالتزام .

ب- حالات اتحاد الذمة :

تتعدد حالات اتحاد الذمة , حيث يمكن أن يحصل عن طريق عقود التبرع كالوصية و الهيئة . أو من خلال التصرفات القانونية الأخرى التي تتم بين الأحياء كما قد يتحقق عن طريق الإرث.

فاتحاد الذمة يتحقق عن طريق الإرث في حالة إذا ما توفي الدائن و كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن أو كان هو أحد ورثته , لكن هذه الحالة لا يمكن الحديث عنها في إطار التشريع المغربي و باقي التشريعات العربية مادامت الشريعة تمنع هذه الحالة , ذلك الشريعة الإسلامية من أبرز مبادئها أن لا تركة إلا بعد سداد الديون .

أما بخصوص انقضاء الالتزام في حالة الوصية فيتمثل في الحالة التي يوصي فيها الدائن لمدينه , بالدين الذي له في ذمته كله أو بجزء منه , أو كأن يوصي له بجزء شائع من

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 470 .

تركته , و من جهة أخرى ينقضي الالتزام عن طريق التصرفات القانونية بين الأحياء , كالحالة التي تقوم شركة بشراء سندات قرض كانت هي المصدرة لها حيث بموجب هذا الشراء تتحد صفتا الدائن و المدين في شخص واحد هو الشركة⁽²⁾

2 : آثار اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد الذمة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام مجموعة من الآثار نجملها في ما يلي :

أ- اتحاد الذمة يقضي الدين كلياً أو جزئياً : نص الفصل 359 من ق.ل.ع في فقرته الثانية على ما يلي : " و يسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً , حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه " فمن خلال مقتضيات هذا الفصل يتضح أنه إذا اتحدت الذمة في دين ما , انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة , و قد صدر في هذا الإطار قرار عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) رقم 235 بتاريخ 1988/1/26 عدد 139¹ يفيد ذلك و قد جاء فيه : " لما كان المكتري قد اشترى حصة احد المالكين في العقار بهاته الصفة فإن اتحاد الذمة أدى إلى انقضاء الالتزام بأداء الكراء انقضاء جزئياً في حدود ما أصبح المكتري يملكه في العقار , وبالتالي لا يمكن للمكتري أن يمتنع عن أداء الكراء كلياً حسب ما نص عليه الفصل 369 من ق.ل.ع في فقرته الثالثة "

ب- انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب إلى وقف التنفيذ منه إلى انقضاء حقيقي :

و ينبب ذلك أن انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب إلى مسالة شل حركة طلب التنفيذ. فالدين الذي يطاله اتحاد الذمة لا ينقضي كما ينقضي عن طريق الوفاء أو التجديد أو المقاصة حيث يزول الدين ولا يعود له وجود سوء إنما هو في هذه الحالة يصبح غير قابل للنفاذ لقيام عقبة طبيعية تقص في وجه هذا النفاذ إذ اتحدت صفتا الدائن و المدين في شخص واحد و أصبح من المستحيل أن يطالب هذا الشخص نفسه بالدين .

² - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 470 - 471 .

¹ - عبد العزيز توفيق , التعليق على قانون الالتزامات و العقود , الجزء الأول , مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء , الطبعة الأولى سنة 1999 , ص 289 .

ج-زوال اتحاد الذمة يعيد الدين إلى الوجود :

إن الأثر الذي يترتب على اتحاد الذمة من حيث انقضاء الدين أو على الأصح من حيث شل تنفيذه يبقى مستمرا مادام السبب الذي أدى إلى هذا الإتحاد قائما , أما إذا زال السبب فإن الدين الذي كان قد انقضى يعود من جديد , و تميز هنا بين كون هذا السبب قد زال بأثر أم بأثر غير رجعي :

فإذا زال السبب بأثر رجعي, اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بالنسبة للبيع و عاد الدين إلى الوجود بجميع مقوماته و خصائصه طبقا لما نص عليه الفصل 370 من ق.ل.ع : " إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة , عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص و واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبدا "

أما إذا زال السبب بأثر غير رجعي كأن يبيع الوارث الشركة بمالكة من ديون ومن ضمن هذه الديون الدين الذي كان مترتبا عليه للمورث , فإن الدين هود إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مدينا و يكون للمشتري الحق في مطالبته بأداء الدين , ولكن الغير لا يتأثر بعودة الدين إلى الوجود في هذه الحالة .

المبحث الثاني : انقضاء الالتزام دون الوفاء به

كما سبق من خلال دراستنا في الفصل الأول يتبين لنا أن الالتزام قد ينقضي عن طريق تنفيذه عينا أي عن طريق الوفاء بنفس محل الالتزام الذي التزم به المدين , وقد ينقضي بأسباب تعادل الوفاء و هي : الوفاء بمقابل و التجديد و المقاصة و اتحاد الذمة .

لكن هناك أسباب أخرى تطرق إليها المشرع في الفصل 319 من ق.ل.ع تؤدي إلى انقضاء الالتزام دون أن ينقذ عينا و لا بمقابل أي دون أن يؤدي شيء ما للدائن , و يتحقق ذلك في الأسباب التالية , الإبراء , و استحالة التنفيذ , و التقادم المسقط , وإقالة العقود⁽¹⁾.

المطلب الأول : انقضاء الالتزام بالإبراء و استحالة التنفيذ

يمكن أن ينقضي الالتزام دون تنفيذه عينا أو بما يعادله و ذلك عن طريق الإبراء (الفقرة الأولى) و استحالة التنفيذ (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : انقضاء الالتزام بالإبراء

نص الفصل 319 من ق.ل.ع على أنه من بين أسباب انقضاء الالتزام بالإبراء, و قد نظم المشرع هذا الأخير في الفصول من 340 إلى 346 . و عليه سوف نتناول كل من تعريف الإبراء و طبيعته و شروط صحته في (الفقرة الأولى) على أساس أن نتناول آثاره في (الفقرة الثانية)

أولا : تعريف الإبراء و طبيعته و شروطه

سوف نتناول تعريف الإبراء و طبيعته (1) ثم ندرس شروطه (2)

1 : مفهوم الإبراء و طبيعته

أ- تعريف الإبراء : الإبراء هو نزول الدائن باختياره و دون مقابل عند الالتزام المترتب له في ذمة المدين.

¹ - مأمون الكز بري

مثل ذلك أن يكون زيد دائماً لعمره بمبلغ ممن المال أو بتسليم شيء و يتنازل زيد طوعية عن مد المبلغ عن هذا المبلغ أو عن هذا الشيء عوض , فمثل هذا التنازل يبرئ ذمة عمرو من الالتزام الذي كان مترتباً عليه و يكون سبباً لانقضائه رغم عدم الوفاء به.²

ب- طبيعة الإبراء

طبقاً لمقتضيات الفصل 340 يتبين أن الإبراء يتميز بميزتين

أ- يتميز الإبراء بأنه تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المنفردة : إذ هو نزول من الدائن عن دينه لصالح المدين بدون مقابل و فهو إذن تصرف إرادي منفرد ينتج أثره بمجرد اتصاله بعلم المدين , و دون ما حاجة لاقتترانه بقبول من وجه إليه , على ما أقره المشرع في الفصل 18 من ق.ل.غ .

و يترتب على كون الإبراء تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة الآثار التالية :

❖ يلزم صاحبه و ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم المدين ولو لم يقبل

❖ بمجرد علم المدين يصبح ملزماً للدائن

❖ إذا مات الدائن قبل علم المدين بالإبراء فإن ذلك لا يحول دون تمام الإبراء.

ب- و أما عن الإبراء باعتباره تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن : فقد أكد المشرع المغربي ذلك عندما نص بالفقرة الأولى من الفصل 340 من ق.ل.ع , فهو دون أي عوض من المدين و هو ما يميز الإبراء عن باقي صور الوفاء , فهو يخضع لقواعد الوصية من ناحية الموضوع إذا صدر من المريض مرض الموت و يترتب عن ذلك أن يكون للغير في حدود الثلث ولأحد الورثة بعد إجازته من باقي الورثة¹

2 : شروط الإبراء

حتى لنقم بشروط الإبراء سوف نميز بين الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية :

أ- **الشروط الشكلية** : فبالنسبة للشروط الشكلية للإبراء فالقاعدة العامة وهي أن الإبراء تصرف رضائي لا يخضع لأي شكل من شكل خاص , رغم أنه عمل من أعمال التبرع ,

² - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 485 .

¹ - عبد الكريم شهبون .

ذلك أن اشتراط القانون شكلا معيناً في الهبات لا ينصرف إلا إلى الهبات المباشرة , دون الهبات غير مباشرة و الإبراء هو من قبيل الهبات غير المباشرة .

و لكن إذا وقع الإبراء في شكل وصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة أخذ الإبراء شكل الوصية شكلا و موضوعا وكان من الواجب إذن مراعاة الشكل الذي يستلزمه القانون في الوصية .

ولم يشترط المشرع المغربي الشكلية في الإبراء حتى ولو كان الالتزام الذي يبرئ الدائن مدينه منه من الالتزامات الناشئة عن عقد شكلي , سواء كان الشكل مفروضا بحكم القانون , أم مشروطا باتفاق الطرفين المتعاقدين .¹

ب- **الشروط الموضوعية :** يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية للتبرعات و بالتالي حتى يتم الإبراء بشكل صحيح و ينتج آثاره لا بد من توافر الشروط التالية و هي :

❖ التمتع بأهلية التبرع, فلا يصح من قاصر أما النائب الشرعي فيحتاج إلى حكم قضائي .

❖ الخلو من عيوب الإرادة و إلا كان قابلا للإبطال.

❖ محل و سبب مشروعين فالمحل يجب أن لا يكون حقوقا يمنع التصرف فيها و السبب يجب أن يكون مشروعاً و موجوداً.⁽²⁾

ثانيا : آثار الإبراء

يترتب على الإبراء الذي استوفى جميع الشروط الموضوعية و الشكلية أثرين هي كالتالي :

1 : الإبراء يقضي الالتزام و يقضى مع سائر ضماناته : إذا أبرأ الدائن مدينه أدى ذلك إلى انقضاء الدين , و هذا ما قرره المشرع في الفصل 340 من ق.ل.ع و بانقضاء الدين تنقضي بصورة تبعية جميع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به , فإذا كان الدين مضمونا بكفالة شخصية أو عينية , برئت ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين الأصيل , و إذا كان الدين مضمونا برهن حيازي أو رهن رسمي انقضى الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون بالرهن ووجب رد المرهون إلى صاحبه أو شطب قيد الرهن الرسمي في السجل العقاري, و إذا كان

¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 43 - 44 .

² - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص. 495 , 496 , 497 .

الإبراء شاملا كل الدين دون تحفظ فمثل هذا الإبراء يفضي إلى انقضاء جميع ما كان مترتبا في ذمة المدين ولا يمكن للدائن الرجوع على المدين حتى ولو كان لا يعلم مقدار هذه الديون التي سيشملها الإبراء الصادر عنه , نفس الأمر حتى ولو اكتشف سندات دين لم يلحظها الدائن وقت الإبراء⁽³⁾

غير أن المشرع أجاز على سبيل الاستثناء الرجوع في الإبراء إذا كان صادرا عن الوارث في دين موروثه و كان الوارث قد حصل على الإبراء نتيجة غش أو تدليس ارتكبه المدين أو شخص من الغير عمل بالتواطؤ مع المدين .

2 : الالتزام يعود إذا رفض المدين الإبراء

كقاعدة و هي أن الإبراء كتصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة فإنه ينتج آثار منذ علم المدين به ولك هذا الأخير يستطيع إن شاء رفض الإبراء الحاصل لمصلحته , إذا ما وجد فيه صرحا له أو صدقة لا يرغب في أن يمن عليه بها الدائن , و إذا رفض المدين الإبراء فإن هذا الأخير يعتبر كأن لم يكن و يعود الدين إلى ذمة المدين كما كان بجميع مقوماته و صفاته و ضماناته .

و الرفض طبقا لمقتضيات الفصل 341 و 342 ينبغي أن يرد بصورة صريحة و لا يعتد به ضمنيا .

غير أن المدين لا يكون حرا في رفض الإبراء في حالتين :

- 1- إذا كان المدين سبق له أن قبل الإبراء فلا يجوز الرجوع فيه طبقا لمبادئ العامة
- 2- إذا كان الإبراء قد تم بطلب من المدين فالقاعدة تقول من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.¹

³ - مأمون الكزبري , مرجع سابق , ص 497 , 498 .
¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق و ص 52 - 53 - 54

الفقرة الثانية : انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ

تقرض طبيعة الأمور أن ينقضي الالتزام إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً, إذ لا يمكن إلزام أحد على تنفيذ استحالة تنفيذه أو يستحيل تصور تنفيذه .

و قد خصص المشرع في ظهير الالتزامات و العقود لاستحالة التنفيذ المواد من 355 إلى 339 . و عليه سنعالج دراسة استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بداية بالحديث عن شروط تحققه (أولاً) ثم فيما يلي نتناول بالدراسة آثار استحالة التنفيذ (ثانياً).

أولاً : شروط استحالة التنفيذ

نص الفصل 335 من ق.ل.ع على أن الالتزام ينقضي "إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه و قبل أن يصير في حالة مطل"

فمن هذا النص يتبين أنه للأخذ باستحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام , لابد من تحقق ثلاث شروط و هي :

- الشرط الأول : يجب أن يكون الالتزام نشأ ممكناً

إن الاستحالة التي من شأنها أو تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي الاستحالة التي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي الاستحالة التي تطرأ بعد نشوء التزام يكون محله ممكناً , أما إذا كان محل الالتزام مستحيلاً منذ البداية فإننا نصبح أمام التزام باطل في الأصل .

- الشرط الثاني : يجب أن يصبح محل الالتزام مستحيلاً

و الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تجعل الوفاء بالالتزام غير ممكن, أما إذا وقعت ظروف جعلت تنفيذ الالتزام مرهقاً فلا يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام بل يبقى الالتزام واجب التنفيذ حتى ولو كان ذلك يلحق بالمدين خسائر فادحة.

- الشرط الثالث : يجب أن تكون استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه

و يقصد بالسبب الأجنبي القوة القاهرة أو الحادث الفجائي, أو فعل الغير أو خطأ الدائن. ففي هذه الحالات تبرأ ذمة المدين من الالتزام الذي كان عليه بعد أن يثبت استحالة التنفيذ⁽¹⁾ إذا كان الالتزام الذي انقضى قد نشأ عن عقد تبادلي , فإن انقضاء هذا الالتزام يفضي إلى انقضاء الالتزام المقابل له المترتب في ذمة المتعاقد الآخر , ومن ثمة فتبعية الاستحالة في العقد التبادلي تقع على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه .

ثانيا : آثار استحالة التنفيذ

إن انقضاء الالتزام عن طريق استحالة التنفيذ يترتب مجموعة من الآثار في علاقة الالتزام بمن كان ملزم به , هذه الآثار ندرسها وفقا لثلاث قواعد و هي :

- انقضاء الالتزام و وتوابعه :

إن انقضاء الالتزام بهذا السبب يؤدي إلى سقوط الدين أو الالتزام من جهة المدين إما كاملا أو جزئيا حسبما كان المالك للمحل جزئيا أو كليا , و من جهة أخرى قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام إلا مع ضرر للدائن , وهذا ما نص عليه الفصل 336 " إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقضي الالتزام إلا جزئيا , فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي و بين أن يفسخ الالتزام في مجموعه " .

إن انقضاء الالتزام بهذه الحالة يؤدي كذلك إلى انقضاء جميع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به .

- انتقال حقوق و دعاوى المدين إلى الدائن عند الاقتضاء :

بالرجوع للفصل 337 من ق.ل.ع نجده نص على ما يلي : " إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه, بغير خطأ المدين فإن الحقوق و الدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق و العائدة للمدين تنتقل منه للدائن " .

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 507

و بذلك يتضح أن انقضاء الالتزام بهذه الصور يفرض على المدين أن ينزل للدائن عما عسى يترتب له من حقوق و دعاوى تجاه الغير ⁽¹⁾.

- **تبعة الاستحالة على الدائن في العقود غير التبادلية و على المدين في العقود التبادلية :**

إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى التزام هذا الأخير برئت ذمته , و بذلك فإذا كان الالتزام الذي انقضى قد نشأ عن عقد غير تبادلي , فإن الذي يتحمل تبعة الاستحالة ليس هو المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه بل المتعاقد الآخر , أما

المطلب الثاني : التقادم المسقط و الإقالة

طبقا لمقتضيات الفصل 319 ق.ل.ع فإنه من بين الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام التقادم المسقط و الإقالة وعليه سوف نتناول السبب الأول (الفقرة الأولى) على أساس أن نتناول السبب الثاني (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : التقادم المسقط

أولا : تعريف التقادم المسقط و شروط تحققه .

سوف ندرس في هذه الفقرة تعريف التقادم المسقط و الأساس الذي يركز عليه (1) ثم نتناول شروط تحققه (2)

1 : تعريف التقادم المسقط و الأساس الذي يركز عليه .

التقادم المسقط هو سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولاسيما الالتزامات، إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون

فالتقادم يفترض من ناحية عدم مطالبة الدائن للمدين بالدين عند استحقاقه، و استمرار هذا الوضع المدة التي يحددها القانون فمتى انقضت هذه المدة استطاع المدين أن يدفع أي مطالبة للدائن بالتمسك بالتقادم المسقط .

¹ - الكز بري , مرجع سابق , ص 510 .

و من خلال هذا التعريف يمكن التساؤل عن ما هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه
التقادم المسقط؟

حسب الرأي الراجح فإن أساس التقادم المسقط يقوم على مسألتين :

- المسألة الأولى التي يقوم عليها التقادم المسقط و هي توفير الاستقرار في المجتمع و
إشاعة الاطمئنان و الثقة بين أفرادہ لأن فتح باب المنازعات على وجه الديمومة يشيع
جوا من الفوضى و الاضطراب
- المسألة الثانية : و هي افتراض براءة ذمة المدين و أن الدائن المهمل يجب أن يتحمل
وزر إهماله⁽²⁾.

2 : شروط تحقق التقادم المسقط

لكي يتحقق التقادم المسقط و ينتج أثره لابد من توفر شرطين و هما كالتالي :

أ- وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقادم

كقاعدة عامة و هي أن كل الالتزامات و الدعاوى الناشئة عنها تخضع للتقادم المسقط،
و هذا ما أكدہ المشرع في الفصل 371 من ق.ل.ع , غير أن هذه القاعدة لها استثناءات أي
أن هناك بعض الالتزامات لا تخضع للتقادم مهما طال أمده , و هذه الالتزامات نص عليها
المشرع في الفصولين 377 , 378 من ق.ل.ع. و هي كالتالي :

- الالتزامات المضمونة برهن حيازي أو رسمي

طبقا لمقتضيات الفصل 377 من ق.ل.ع فإن الالتزام المضمون برهن حيازي أو
برهن رسمي لا يتقادم مهما مر من الزمن عليه مادام الدائن محتفظا بحيازة المرهون أو
مادامت إشارة الرهن الرسمي مسجلة لمصلحته في السجل العقاري.

² - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 142 , 143

- الالتزامات بين الأزواج

طبقا لمقتضيات الفصل 378 من ق.ل.ع. فإن جميع الالتزامات المترتبة بين الأزواج لا تخضع للتقادم مهما طال أمدته لكن حتى تكتسب هذه الالتزامات المناعة التي خصها بها المشرع لابد أن تكون الزوجية قائمة. لكن بمجرد موت أحد الزوجين أو الطلاق يزول المانع.

- الالتزامات بين الأب أو الأم و أولادهما

طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 378 , لا محل لأي تقادم بين الأب أو الأم و أولادهما و بالتالي فكل حق ترتب للأب أو الأم على الابن أو لابن على الأب أو الأم لا يسري عليه التقادم مهما طال أمدته و تسع الدعوى به في أي وقت شاء صاحب الحق مباشرتها حتى ولو كان صاحب الشأن قاصرا .
لكن مقتضيات الفصل أعلاه لا تنطبق على الحفدة .

- الالتزامات بين ناقص الأهلية أو الأشخاص المعنوية و بين من له الولاية عليهما

فلا تقادم في حق بين ناقص أهلية و وليه مادامت ولايته قائمة ولم يقدم حساباته النهائية , نفس الأمر بالنسبة للمدير و الشركة أو الجمعية أو الحبس فلا تقادم مادامت الولاية وعدم تقديم الحسابات النهائية , لكن نشير إلى أن كل هذه الاستثناءات الأربعة تعتبر غير قابلة للتقادم إذا كان السبب قائما مند نشأتها , فالرهن مثلا يجب أن يكون وقت انعقاد الدين أو بعد زواج الزوجين , أما إذا كان هذا السبب مفقودا وقت نشوء الالتزام فإنه يصبح قابلا للتقادم فينقطع أو يتوقف حسب الأحوال (1)

ب- وجوب انقضاء المدة المحددة قانونا لتحقيق التقادم

لابد حتى يتحقق تقادم الالتزام , أن تنقضي المدة التي حددها القانون , و عليه سوف نحدد طول هذه المدة ثم نبين بدءها و كيفية حسابها , ثم سوف نبحث في وقف التقادم و قطعه.

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 521 , 522 , 523

3- طول مدة التقادم

كقاعدة عامة و هي أن مدة التقادم في التشريع المغربي محددة في خمسة عشرة سنة و ذلك طبقا لمقتضيات الفصل 387 من ق.ل.ع غير أن لهذه القاعدة مجموعة من الاستثناءات من بينها :

أ- الفعل الضار الصادر من المعلمين أو موظفي الشبيبة و الرياضة , فإن رفع الدعوى ضدهم تسقط بمرور 3 سنوات طبقا لمقتضيات الفصل 85 من ق.ل.ع

ب- دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تسقط بمضي 5 سنوات طبقا لمقتضيات الفصل 106 من ق.ل.ع

ت- دعاوي إبطال الالتزام لعيب في الإرادة تسقط بمضي سنة (الفصل 311).⁽²⁾ و من أحكام القضاء المغربي في هذا الصدد ما قضى به المجلس الأعلى على الوجه الآتي " و حيث إن طالب النقض كان أثار في عريضة الاستئناف كون صفة النقل (مجاني أو بعوض) أساسية لمعرفة مدة التقادم , إذ ينص الفصل 106 من قانون الالتزامات و العقود على ثلاث سنوات فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية , بينما ينص الفصل 387 من نفس القانون على أجل 15 سنة لتقادم الدعاوى المبنية على المسؤولية التعاقدية . و حيث أن المحكمة الاستئناف لم تبحث عن نوع النقل رغم أنه أساسي لمعرفة مدة التقادم فإنها لم تركز حكمها على أساس قانوني و حالت دون مراقبة حسن تطبيقها للفصلين المومأ إليهما أعلاه " 3.

بدء مدة التقادم و كيفية احتسابها

القاعدة العامة أن بدء سريان التقادم يكون من وقت اكتساب الدائن الحق و يصبح بمقدوره الحصول على الحق , فالحقوق المعلقة على شرط واقف لا يسري عليها التقادم إلا من وقت تحقق الشرط و دعوى الضمان لا يسري عليها التقادم إلا من وقت حصول الاستحقاق , نفس الأمر بالنسبة لأجل.

² - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 189 , 190 , 191

³ - المجلس الأعلى , الغرفة المدنية , قرار رقم 1 بتاريخ 68/10/23 , مجموعة قرارات المجلس الأعلى , المادة المدنية , الجزء الأول , 1982-1986 - ص 184 .

هذه القاعدة لها استثناءان الأول يجعل سريان التقادم مقدما على يوم اكتساب الحق مثلا الدعوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس وقت سقوط الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي و لو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد و الثاني يجعل سريان مدة التقادم لاحقا ليوم اكتساب الحق , مثال ذلك دعوة التعويض عن جرم أو شبه جرم فهي تتقادم ب 5 سنوات تبدأ من اليوم الذي يبلغ فيه الضرر إلى علم المضرور و الشخص المسؤول عن الضرر و هو يكون لاحقا .

و التقادم يحسب بالأيام الكاملة لا بالساعات ولا يحتسب اليوم الذي يبدأ فيه و يتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل الفصل 386 من ق.ل.ع. ويبدأ من منتصف الليل و إذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة يمتد إلى أول يوم من أيام العمل, كما تحتسب المدة بالتقويم الميلادي و ليس الهجري 1 .

وقف و قطع التقادم

أسباب القطع تقضي على المدة السابقة و تجعلها كأن لم تكن فيبدأ سريان تقادم جديد بعد انقطاعه أما أسباب الوقف فهي تعطل التقادم عن السير حماية بعض الأشخاص الذي يستحقون رعاية القانون ثم يمضي في سيره من جديد.

- قطع التقادم :

أسباب قطع التقادم تصدر إما عن المدين و إما عن الدائن وذلك طبقا لما جاء في الفصلين 381, 382 من ق.ل.ع .

أسباب القطع الصادرة عن الدائن

تتمثل هذه الأسباب فيما يلي :

¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 186 , 187 , 188 .

- مطالبة الدائن المدين بحقه :

ينقطع التقادم بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت و من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة أو قضي ببطلانها لعيب في الشكل , فالمطالبة القضائية طلب واقع أمام المحكمة و ليس الدعوى الاستعجالية كإثبات حال أو طلب المساعدة القضائية أو المطالبة الإدارية , كما لا يترتب الانقطاع إذا تنازل صاحب المطالبة أو ردت لعدم صحة الخصومة أو انتفاء الصفة لدى المدعي أو كون المطالبة سابقة لأوانها أو غير محققة الجوهر , أما المطالبة الغير قضائية فيحصل بها التقادم و مثالها الإنذار بالبريد أو الموثق أي كل ما يمكنه أن يجعل المدين في حالة مطل عن تنفيذ التزامه .

- طلب الدائن قبول دينه في تفليسة المدين

المطالبة الفردية يتمتع إجراءها عند شهر الإفلاس و يحل محلها تثبيت الدائن دينه في التفليسة طلب الدائن قبول دينه في التفليسة يقوم مقام المطالبة القضائية.1 (381)

- مباشرة الدائن أي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين أو تقديم طلب للحصول على إذن بذلك

كذلك من أهم الأسباب التي يمكن أن تصدر عن الدائن مما يؤدي قطع التقادم ما نص عليه الفصل 381 على أن التقادم ينقطع بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات .

أ- أسباب القطع الصادرة عن المدين و ذلك بإقراره بحق الدائن

فكل إقرار بالدين يصدر من المدين يكون سببا لانقطاع التقادم و يترتب عليه عدم الاعتداد بالمدة المنقضية و يسري تقادم جديد , هذا الإقرار إما أن يكون صريحا أو ضمنيا , فالصريح يكون في صورة إرادة منفردة أو محضر قسمة أو محضر جرد شركة , أما الضمني فسيستخلص من أي عمل يقوم به المدين يحمل معنى الاعتراف بالدين من أمثلة ذلك الوفاء بالفوائد المترتبة على الدين و الإقرار بالدين سواء كان صريحا أو ضمنيا هو تصرف

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 547 , 553 .

إرادي منفرد ينتج أثره دون قبول المقر له و بمجرد صدوره , ولا يسوغ الرجوع فيه ولو لم يعلن الدائن به .⁽²⁾

وتترتب على انقطاع التقادم مجموعة من الآثار و هي كالتالي :

- المدة المنقضية يزول كل أثر لها و تهدر من حساب التقادم الجديد
- يبدأ سريان تقادم جديد
- مدة التقادم الجديد تكون نفس مدة التقادم القديم
- انقطاع التقادم ينحصر أثره بطرفي الالتزام الذي انقطع تقادمه فإذا آل الدين لعدة ورثة و قطع أخذهم التقادم ضده المدين فإن أثر هذا القطع ينحصر أثره به وحده و لا يتعداه إلى بقية الورثة فيبقى التقادم سارياً بالنسبة لهم , و إذا قطعه حيث يمتد أثر الانقطاع إلى غير طرفي الالتزام من ذلك انقطاع التقادم ضد الورث الظاهر أو غيره ممن يجوز الحق يسري على من يخلفه في حقوقه من وارث أو مالك حقيقي , من ذلك أيضاً انقطاع التقادم لصالح احد الدائنين المتضامنين أو لصالح أحد الدائنين بالنزاع غير قابل لانقسام ينتج أثره ضد الباقيين و بالنسبة إلى المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل.¹

- وقف التقادم

وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يكون مرتبطاً بالمدين برابطة الزوجية أو البنوة أو الأبوة أو الأمومة أو الولاية الشرعية , إذا كان الالتزام نشأ قبل قيام مثل هذه الرابطة أو انتقال بالحوالة أو بالوصية إلى ابن المدين أو أبيه أو أمه فالتقادم يتوقف لمصلحة الدائن إذا ربطته بالمدين هذه الروابط المذكورة .

أ- أسباب وقف التقادم . (378.379.380)

أسباب وقف التقادم منها ما يتعلق بالشخص ومنها ما يرجع إلى ظروف اضطرابه.

² - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 555 , 556 .

¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 181 , 182 , 184 .

أسباب الوقف التي تتعلق بالشخص :

- ❖ وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يكون مرتبطا بالمدين برابطة الزوجية أو البنوة أو الأبوة أو الأمومة أو الولاية الشرعية.
- ❖ وقف التقادم بالنسبة لناقصي الأهلية
- ❖ وقف التقادم بالنسبة للمفقود أو الغائب إلى أن يعين نائب قانوني عنهم.
- ❖ وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يقوم مانع أدبي يتعذر معه أن يطالب بحقه

• أسباب الوقف العائدة لظروف مادية

فلا يستطيع الدائن المطالبة بحقه خلالها كالفيضانات أو الحروب أو انقطاع المواصلات أو جهل الدائن بدينه.

ب- الآثار المترتبة على وقف التقادم

تترتب على وقف التقادم مجموعة من الآثار و هي كالتالي :

- 1- يتوقف احتساب التقادم ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال السبب و إذا زال السبب عاد التقادم إلى السريان و تضاف المدة السابقة على اللاحقة.
- 2- الأصل أن وقف التقادم ينحصر أثره بالشخص الذي تقرر الوقف لمصلحته و لا يستفيد من ذلك أحد سواه فلو وقف التقادم لمصلحة أحد الورثة لقصره فإن أثر هذا الوقف لا يمتد إلى الورثة الراشدين و كذلك لا يستفيد دائن متضامن من وقف التقادم بسبب نقص الأهلية لدائن متضامن آخر و إذا وقف سريان التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يسوغ للدائن أن يتمسك بذلك إزاء باقي المدينين المتضامنين و لهذا الأصل استثناءات المدينين في التزام غير قابل لانقسام أو لأحد الدائنين أيضا¹.
- و من أحكام القضاء المغربي ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط من أن حالة القصور ليست قاطعة للتقادم بل موقفه له – مبدأ البصل 379 من ظهير التزامات و العقود و هو نفس الفصل 2252 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

¹ - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 164 , 165 , 167 , 168 .

² - قرار رقم 918 - بتاريخ 1930/3/18 .

وقضى المجلس الأعلى بالآتي " بناءا على قاعدة أن الحقوق لا تتقدم إلا من تاريخ اكتسابها فإن تقدم حق الوارث يسري من تاريخ الحكم له بمدة الصفة لا من تاريخ الالتزام الموروث بالدين⁽³⁾".

ثانيا : آثار التقدم و النزول عن التقدم و مدد الإسقاط

1: آثار التقدم

لتحديد آثار التقدم ينبغي التمييز بين مرحلتين :

أ- آثار التقدم الذي اكتمل في المرحلة السابقة على التمسك به

❖ إذا و فى المدين بالتزامه فلا يستطيع استرداد ما دفع بحجة أن التزمه قد انقضى بالتقدم و أنه دفع غير مستحق و ذلك حتى لو وفى بالالتزام و هو يجهل وقوع التقدم

❖ إذا كان المدين على علم بتقدم دينه و قدم كفالة فإنه يعتبر متنازلا ضمنا على الإدلاء بالتقدم إذا كان يجهل التقدم

❖ إذا أصبح الدائن مدينا لمدينه بدين توافرت فيه شروط المقاصة و تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقدم انقضى الدينان بمجرد تلاقيهما .

ب- آثار التقدم الذي اكتمل في المرحلة اللاحقة للتمسك به

إذا اكتملت المدة و تمسك المدين بالتقدم ترتب الأثران الحاليان :

- انقضاء الالتزام و امتناع الدعوى به : و يشمل حتى توابع الالتزام كالفوائد مثلا , لكن الذي يسقط هو الدعوى و ليس الدفع , فالدفع بالإبطال لا يخضع للتقدم
- تخلف التزام طبيعي في بعض الأحيان عن الالتزام المدني الذي ينقضي : يبقى في ذمة المدين التزام طبيعي غير الالتزام المدني فهو يستطيع الوفاء به دونما إجبار على ذلك.⁽¹⁾

³ - قرار رقم 676 بتاريخ 78/10/4 ملف مدني 45-952 (مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية , الجزء الأول , 1966 - 1982 . ص . 289)

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 584 , 585 , 586

2: نزول عن التقادم

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم لكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله

أ- النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

بمنع النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق , فلا يستطيع الدائن و المدين الاتفاق على أن لا يثير المدين لتقادم الحق مهما طال الزمن وكل اتفاق كهذا يعتبر باطلا و من حق المدين الدفع بالتقادم.

ب- النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

لا يجوز النزول عن التقادم مقدما لكنه يسوغ بعد حصوله و ثبوت الحق فيه فالتمسك بالتقادم حق للمدين و هو ليس من النظام العام أي يجوز له النزول عنه فهو إما صريح أو ضمني كأن يطلب المدين أجلا للوفاء رغم حصول التقادم أو يدفع فوائد الدين أو يدفع كفالة أو رهن فهي أمور تدل على إقرار بالدين رغم التقادم و يعتبر نزولا ضمنيا عن التقادم .⁽²⁾

3 : مدة الإسقاط

هي مدد حتمية عينها المشرع للقيام بعمل ما تحت طائلة البطلان إذا لم ينجز خلال الميعاد أيا كان السبب حتى ولو كان قوة قاهرة , من ذلك أجال الطعن في الحكم و مدد الخيار والشفعة .

أ- معيار التمييز بين مدد الإسقاط و مدد التقادم

النص يحد ذاته , و غالبا ما تكون مدد الإسقاط و مدد التقادم طويلة , و خير معيار هو التعرف على إرادة المشرع فإذا قصد منها حماية الأوضاع المستقرة و تسهيل الإثبات على المدين كانت مدة تقادم أما إذا كان الغرض منها معاقبة لعدم ممارسة حق خلال أجل كانت مدة إسقاط.

ب- النظام الذي تخضع له مدد الإسقاط

أ- تعتبر من النظام العام, فلا تنقطع و لا تتوقف فتسري على الكافة و تنتج أثرها في الحال

² - عبد الكريم شهيون , مرجع سابق و ص 149 , 150 , 151

ب-يمنع تعديلها بموجب اتفاق زيادة أو نقصانا

ت-من حق القاضي التمسك بها دون طلب من الخصوم لأنها من النظام العام

ث- الحق الذي لا يمارس خلال الميعاد يسقط سقوطا كاملا و شاملا بحيث لا يسوغ التمسك به لا بطريق الدعوى و لا بطريق الدفع ولا يتخلف عنه الالتزام طبيعى.(1)

الفقرة الثانية: الإقالة

تعتبر الإقالة من بين الأسباب الذي ينقضي معها الالتزام و عليه حتى نلم بها سوف ندرس تعريفها وصورها (أولا) ثم نتناول بعد ذلك أثارها (ثانيا)

الأول : تعريف الإقالة و صورها

1 :تعريف الإقالة

يسوغ للمتعاقدين بعد إبرامهما عقد ما الاتفاق على إقالة هذا العقد و التحلل من الالتزامات التي نشأت عنه، فالعقد في الأصل قد انعقد بإرادتهما المشتركة و الالتزامات التي نشأت عنه قد قيلا التحمل بها بتراضيهما , فليس ما يمنع إذا ما اقتضت مصلحتها ذلك , أن يعمدا إلى فسخ هذا العقد بإرادتهما المشتركة و التحلل مما رتبه عليهما من التزامات , فإذا جنحا إلى ذلك , أنهدم العقد و زالت تبعا لانهدامها التي كانت نشأت عنه و هذا ما أوضحه المشرع في الفصل 393 من ق.ل.ع.

فالإقالة هي إذن سبب غير مباشر لانقضاء الالتزامات التعاقدية يحصل عن طريق فسخ المتعاقدين اختياريا العقد الذي كان مصدرا لها , و الذي يستتبع فسخه زوال ما كان مترتبا عليه من التزامات.1

2 : صور الإقالة

الإقالة إما أن تتخذ صورة صريحة أو ضمنية .

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 591 , 592 , 593 .

¹ - مأمون الكز بري , مرجع سابق , ص 595 .

أ- الإقالة الصريحة : كأن ينظم البائع و المشتري اتفاقا لاحقا لعقد البيع يصرحان فيه أنهما أقالا البيع و جرداه من كل أثر.

و تتبع في إثبات الإقالة الصريحة القواعد العامة في الإثبات فلا بد من حجة خطية أو بدء بينة خطية معززة بالشهادة و القرائن إذا كانت تتناول عقدا تفوق قيمته 10.000 درهم أما ما دون ذلك فيسوغ إثبات طبقا للقواعد العامة .

ب- الإقالة الضمنية : تكون الإقالة ضمنية عندما تستنتج من عمل أو موقف يفيد حتما إرادة المتعاقدين في إقالة العقد الذي كان أبرماه قبلا , كأن يقوم المستأجر مثلا بإعادة المفتاح العين المؤجرة للمؤجر , و المؤجر يرد ما كان قد قبضه من أجره إلى المستأجر فمثل هذه الأعمال أو التصرفات تنطوي على رغبتهما الأكيدة على إقالة عقد الإيجار².

ثانيا : آثار الإقالة

بالنسبة لآثار الإقالة ينبغي التمييز بين آثار الإقالة بالنسبة للمتعاقدين و أثارها بالنسبة للغير (396, 397, 398).

1 : آثار الإقالة بالنسبة للطرفين

كقاعدة عامة أن الإقالة نعيدهما إلى الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد و أكدت على هذه القاعدة الفقرة الأولى من الفصل 397, فالعقد الذي كان أبرمه المتعاقدان يعتبر كأن لم يكن بعد الإقالة.

و يترتب على هذه القاعدة الأساسية النتائج التالية :

1- يجب على كل من الطرفين أن يعيد للأخر ما أخذ منه بمقتضى العقد الذي وقعت فيه الإقالة, و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 397.

² - عبد الكريم شهبون , مرجع سابق , ص 210 - 211 - 213 .

- 2- إذا كان العقد شيئاً معيناً بالذات و هلك هلاكاً تاماً , كسيارة تحولت إلى حطام نتيجة حادث , امتنعت الإقالة , إذ لا سبيل في هذه الحالة لإرجاع السيارة , و بالتالي لإعادة الطرفين إلى الوضع الذي كان عليه وقت إبرام العقد .
- 3- إذا تضمن عقد الإقالة تعديلاً للعقد الأصلي, فإن الإقالة تفسد و تحول إلى عقد جديد يحل محل العقد الأول (396) ⁽¹⁾

2 : آثار الإقالة بالنسبة للغير

فالقاعدة هنا كما في الحفل التعاقدي عموماً , أن العقد ينحصر أثره بين الطرفين المتعاقدين فلا ينشئ حقوقاً للغير ولا يترتب عليه التزامات , غير أن المشرع حفاظاً على مصالح الغير الذي اكتسب بحسن نية حقوقاً على الأشياء التي تناولها عقد الإقالة , قرر أن هذا الغير لا يضرار بالحقوق التي اكتسبها طبقاً لمقتضيات الفصل (398) فلو أن مشتري بضاعة رهنها رهناً حيازياً لدى الغير , ثم اتفق مع البائع , عليها إقالة عقد البيع المتعلق بهذه البضاعة و أخذ على عاتقه أداء دين الدائن ليحرر البضاعة و يردها إلى صاحبها , فإن الدائن المرتهن لا يتأثر بعقد الإقالة و يبقى من حقه الاحتفاظ بالمرهون , و عند عدم دفع الدين بالاستحقاق المبادرة إلى بيعه و استيفاء دينه من الثمن .(2)

¹ - عبد الكريم شهبيون , مرجع سابق , ص 218 - 217 .
² - مأمون الكزبري , مرجع سابق , ص 599 - 600

إثبات الإلتزام

هشام ليوسفي

إذا كان الإثبات هو تأكيد الحق بالبيئة، و إظهاره بواسطتها فإن البيئة هي كل ما يبين الحق و يظهره، فهي انعكاس لصورة الحق لأن هذا الأخير عندما يصبح محل منازعة و جحود يصير بأمس الحاجة إلى شيء يتمظهر فيه، حتى تتعرف عليه تلك الجهة المحايدة المعروض عليها النزاع ، فلا يكفي علم طرفي النزاع، بل لابد من إيصال ذلك العلم إلى القاضي بواسطة الأدلة القابلة للإدراك و المراقبة.

و المشرع المغربي بتبنيه مذهب الإثبات المختلط، فإنه قام بحصر وسائل الإثبات التي يمكن استعمالها لإظهار الحق وذلك حفاظا على مبدئي الاستقرار و التوقع القانونيين، إلا أن هذا الحصر يحمل في حقيقته إطلاقا، لأنه نظم مختلف وسائل الإثبات المشروعة، فأشار في الفصل 404 ق ل ع إلى الإقرار و الكتابة والقرائن وشهادة الشهود و اليمين.

لذلك سوف نعكف على دراسة كل وسيلة من وسائل الإثبات وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: الإقرار

المبحث الثاني: الحجة الكتابية

المبحث الثالث: شهادة الشهود

المبحث الرابع : القرائن القانونية و القضائية

المبحث الخامس : اليمين و النكول عنها

المبحث الأول: الإقرار

يعد الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات، ليس لأنه يثبت أمرا متنازعا فيه بين خصمين، فهو وسيلة يعتمدها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه، لأن هذا النزاع لا يمكن أن ينتهي إلا بإصدار مقرر قضائي، فالإقرار هو تصديق من المدعى عليه لقول المدعي، في حق اعتبار محل منازعة بمجرد عرضه على القضاء.

وإدراج الإقرار ضمن وسائل الإثبات خول للمشرع فرصة لتنظيم مقتضياته في الفصول من 405 إلى 415 ق ل ع، مميزا بين الإقرار القضائي و غير القضائي محددات طبيعته و خصائصه و حجيته.

المطلب الأول : مفهوم الإقرار وخصائصه

سوف نقوم بتعريف الإقرار و طبيعته القانونية (أولا) ثم نحدد خصائصه (ثانيا).

أولا : تعريف الإقرار وطبيعته القانونية

الإقرار اعتراف شخص بحق عليه لشخص آخر قصد ترتيب حق في ذمته و إعفاء الآخر من إثباته. والإقرار نوع من الشهادة لأن الشخص يقر بواقعة نتيجة لأثر قانوني على عاتقه أي أنه يشهد على نفسه بأن ما يدعيه صاحب الحق هو صحيح. وهكذا يتضح أن الإقرار يكون من شخص بقصد أن يجعل حقا ثابتا في ذمة الآخر سواء كان هذا الحق محل نزاع بينهما أم لم يكن.

ولا يكون إقرار انشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو واقعة قانونية، ولما كان إنشاء الحق بتصرف قانوني يحتاج إثباته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد عن نصاب الشهادة، وهذه الورقة تكون دليل إثبات للإقرار لأنها أعدت في بادئ الأمر لتثبت التصرف القانوني وتكون في الغالب معاصرة لنشوءه أو بعد ذلك بوقت قليل.

أما إذا كتب المدين إقرارا على نفسه بذات الحق فإنه لا ينشئ بذلك حقا في ذمته ولكن يقر بوجود الحق بعد أن نشأ، و يكتب المقر إقراره عادة بعد نشوء الحق الذي يقر به بوقت قصير مدفوعا إلى ذلك باعتبارات متنوعة.

ثانيا : خصائص الإقرار

1 – الإقرار عمل قانوني

الإقرار كما عرفناه هو اعتراف شخص يحق عليه لآخر قصد ترتيب حق في ذمته و إعفاء الآخر من إثباته.

ومن هنا يتضح أن الإقرار عمل قانوني لكون الإرادة منتجة فيه إلى إحداث أثر قانوني ، وهذا الاثر يتجلى في كونه خاص بذمة المقر و اعفاء المقر له من إثبات هذا الحق.

ولهذا يشترط في الإقرار ما يشترط في الأعمال القانونية من وجود الإرادة و محل تتعقد عليه و يجب أن يكون المقر ذو إدراك و تمييز وقت الإقرار، كما يجب أن تكون إرادة المقر جادة فيما قصدته من ترتيب الآثار القانونية الناتجة من الواقعة التي اعترف بها، كما يجب أن يعبر المقر عن إرادته تعبيراً صريحاً أو ضمناً.

و يشترط في المقر أن تتوفر لديه أهلية التصرف في الحق المقر به و أهلية الإلتزام بالواقعة المقر بها، هذا ولا يجوز للوكيل الإقرار عن موكله إلى إذا كان مفوضاً في ذلك بنص في التوكيل التام أو بتوكيل خاص لأن ذلك التوكيل العام لا يخول الوكيل سوى مباشرة أعمال الإدارة و ليس الإقرار داخلاً فيها.

و يجب أن تكون إرادة المقر في اتجاهها إلى الاعتراف بواقعة منتجة لأثر قانوني على عاتقه جادة غير هازلة و حقيقية غير صورية، كما يجب أن تكون الإرادة سليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضى.

ويشترط أيضاً أن يكون المقر به معيناً أو قابلاً للتعيين و إلا فلا يصح الإقرار ولا يترتب في ذمة المقر إلتزاماً.

و تجدر الإشارة في النهاية إلى أنه لا يعتد بالإقرار في الحالات التالية:

- إذا نص على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية ، او واقعة يثبت عليها بأدلة لا سبيل لدحضها.
- إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه.
- إذا استهدف إثبات إلتزام أو واقعة بما فيه مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى أو استهدف التخلص من حكم القانون.
- إذا قضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي لعكس ما تضمنه الإقرار.

2 - الإقرار عمل إخباري

الإقرار اعتراف يصدر من المقر، و الإقرار اعتراف بواقعة قانونية معينة ، إلى اعتبار أنها حصلت، وهو بهذا نوع من الشهادة، لأن أساسه إخبار بأمر من الأمور، فالمقر إذ يعترف بواقعة إنما يسوق

خبرا يكشف حقيقة هذه الواقعة ولما كان المقر به خبرا فإنه قبل الإقرار به يتساوى احتمال الصدق و الكذب، ولكنه بالإقرار يصبح احتمال صدقه أقوى من احتمال كذبه.

فيعتبر الإقرار قرينة قانونية على حقيقة المقر به، وهذه القرينة غير قاطعة ، إذ يجوز لمن تكون له مصلحة في هدفها أن يثبت كذب الإقرار، بل يجوز للقاضي ألا يأخذ بالإقرار إذا كان ظاهر الحال يكذبه.

3 – الإقرار عمل قانوني من جانب واحد

الإقرار يقع بإرادة المقر وحدها فهو ينتج اثره دون حاجة إلى قبول من المقر له، و يستوي أن يكون الإقرار قد صدر من الخصم بناء من سؤال موجه إليه من المحكمة، أو بناء على استجواب من خصمه ، أو أن يكون المقر قد أدلى بإقراره من تلقاء نفسه، ومتى صدر الإقرار التزم به المقر و لم يعد بإمكانه الرجوع فيه.

ولكن هذا لا يعني أن المقر لا يلتزم بالإقرار، بل أن له أن يصرف النظر عن إثبات دعواه إلا إذا وجد مصلحته في ذلك، كما أنه يستطيع أن يكذب ما يضر به ما جاء في الإقرار.

4 – الإقرار حجة قاصرة

إلتزام المقر بإقراره يجعل هذا الإقرار حجة مقصورة على المقر و من يعتبر مثلاً لهم من الخلف العام و الخلف الخاص في الأحوال التي تسري عليهم فيها تصرفاته، و يتأثر الدائنون بهذا الإقرار بصورة عامة مباشرة، أما غير هؤلاء فلا يسري عليهم الإقرار.

وقد نص الفصل 410 ق ل ع : " الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون".

كما نص الفصل 411 ق ل ع : " إقرار الوارث ليس حجة على باقي الورثة. وهو لا يلزم صاحبه إلا بالنسبة إلى نصيبه وفي حدود حصته من التركة".

المطلب الثاني : أنواع الإقرار

للإقرار نوعان : إقرار قضائي و إقرار غير قضائي.

أولاً : الإقرار القضائي

1 – مفهوم الإقرار القضائي

الإقرار القضائي كما عرفه الفصل 405 ق ل ع : " الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا".

ومن هنا يتضح أن وصف الإقرار بأنه قضائي يستلزم أن يتم أمام القضاء و أن يكون أثناء دعوى تتعلق بالواقعة.

ولذلك غالبا ما يصدر الإقرار إما شفويا في الجلسة أو اثناء التحقيق أو الإستجواب أو بالكتابة في مذكرات مقدمة إليه أو طلبات معلقة للخصم ، كما يتحقق أيضا إذا صدر الإقرار أمام خبير منتدب في الدعوى القائمة.

كما يتم الإقرار من الخصم نفسه، و يجوز أن يقع من نائبه المأذون له في ذلك إننا خاصا، كما أن الإقرار يعتبر قضائيا حتى لو وصل أنان قاضي غير مختص.

ولا يعتبر اعتبار الإقرار قضائيا أن يصدر في القضية المتعلقة بالحق المقر به، ذاته بل هو يعتبر كذلك حتى لو صدر في دعوى أخرى.

2 – حجية الإقرار القضائي

يترتب على الإقرار القضائي ثلاث آثار:

أ – **الإقرار حجة قاطعة على المقر:** يرجح حجية الإقرار بوجه عام إلى صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجهل احتمال صدقه و يرجح احتمال كذبه، ويزداد رجحان هذا الاحتمال إذا كان الإقرار صادرا ي مجلس القضاء، لأن الخصومة أمام القضاء من شأنها أن تحت المقر إلى وزن كل كلمة قبل أن يفوه بها ، لهذا كان الإقرار حجة على المقر يتعين على القاضي أن يأخذ بها.

ب – **عدم جواز العدول عن الإقرار:** متى صدر الإقرار في مجلس القضاء لا يحق للمقر أن يسحب إقراره بعد صدوره، لا يستطيع أن يطبق إليه بعد صدور واقعة جديدة ، إذ تعتبر جزءا منه و مكملة له، إلا إذا كان من شأن هذه الواقعة أن تعدل من مضمونه أو تعطل دلالته، لكن يمكن للمقر أن يتمسك بالبطلان أو القابلية للإبطال إذا وجد ما يبرر ذلك، على أن الغلط الذي يمكن للمقر أن يتمسك به هو الغلط الواقع لا الغلط في القانون ذلك على أساس أن طبيعة الإقرار هي إخبار بواقعة.

ج – **عدم تجزئة الإقرار على صاحبه:** القاعدة أنه لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه لكنها تجوز في الأحوال التالية:

- إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار.
- إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة و منفصلة بعضها عن بعض.
- إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

و الإقرار ينقسم من مجال أعمال مبدأ عدم التجزئة إلى ثلاثة أنواع:

- الإقرار البسيط : وهو الذي يصدر بالتسليم بجل ما يدعيه الخصوم بلا تعديل أو إضافة.
- الإقرار الموصوف: هو الاعتراف بالواقعة المدعاة لكن مع وصفها بوصف بدلا منها و يكون من شأن ذلك أن يغير من طبيعتها القانونية.
- الإقرار المركب: وهو الإقرار بالواقعة المدعى بها مصحوبة بواقعة أخرى تترتب عليها نتائج تؤثر في نتائج الواقعة الأولى.

و معنى عدم جواز تجزئة الإقرار ، أن المقر له لا يستطيع استبعاد جزء منه و الاكتفاء بتجزئة الآخر الذي يفيد له لكن في استطاعته اثبات عدم صحة ما أضيف في الإقرار إلى الواقع المدعاة من وصف أو واقعة أخرى وثيقة الصلة بها طبق قواعد الإثبات ، فإذا نجح هذا الإثبات سقطت الإضافة سواء كانت وصفا أو واقعة وثبت حق المدعي بالإقرار البسيط الذي يبقى كذلك.

و إذا لم يكن لخصم أن يحصل من خصمه إلا على اقرار موصوف أو مركب غير قابل للتجزئة فيمكنه أن يطلب من القضاء أن يعتبره بداية ثبوت بالكتابة ليعفى من تقديم الدليل على حقه، وللقاضي أن يعتبر اعتراف المقر بالواقعة المدعاة رغم الوصف أو الواقعة المضافة بداية ثبوت بالكتابة و لا يعتذر عليه هنا بقاعدة عدم تجزئة لأنه لا يستند إليه عندئذ بوصفه إقرارا.

ثانيا: الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي هو اذي عرفه الفصل 407 ق ل ع بقوله: "الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه". و يشترك الإقرار غير القضائي مع الإقرار غير القضائي من حيث أه :

- عمل اختياري من جانب واحد
 - يعتبر عملا من أعمال التصرف
 - يعتبر حجة قاصرة
- و يختلف عن الإقرار القضائي أنه لا يصدر من المحكمة في القضية المتعلقة بالمقر به ذاتها.

المبحث الثاني: الحجة الكتابية

إن عدم توفر الوسيلة التي يتطلبها القانون لإثبات التصرفات القانونية ، و أيا كن الحق الذي يترتب عليها ، فقد يضيع على صاحبه لعدم إمكان الإثبات، فالحجة الكتابية تعتبر شرطا شكليا فالعقد لا يقوم إلا إذا ورد الرضاء به في الشكل المتطلب قانونا، و الشكل هنا هو الحجة الكتابية. و الأصل أن يكون إثبات التصرفات القانونية كتابة و الاستثناء هو إباحة الإثبات بشهادة الشهود بالنسبة للتصرفات التي تتجاوز نصابا معيناً.

وقد اشترط المشرع المغربي ضرورة توافر الكتابة كلما كان الأمر يتعلق بحق عقاري، تم زكى هذا الاتجاه في التشريعات الخاصة بالعقارات، كما جعل في بعض الحالات الكتابة شكلية الصفة ووجوباً لانعقاد المعاملات التجارية.

و هنا تنقسم الحجة الكتابية التي يمكن استخدامها للإثبات إلى أوراق رسمية و أوراق عرفية، فالأولى هي التي تكون محررة بمعرفة شخص ذي صفة رسمية اي موظف من موظفي الدولة، أو شخص مكلف بخدمة عامة، و الثانية هي التي تكون محررة بمعرفة اشخاص عادييين ليست لهم هذه الصفة، و لكل من هذه الأوراق شروطه وحجته.

تمهيد

الكتابة كشكلية انعقاد

إذا كان المبدأ أن الإلتزامات التعاقدية تنشأ صحيحة بين طرفيها لمجرد توفر الرضاء والسبب والمحل، فإنه واستثناء من تلك القاعدة، قد يشترط المشرع في بعض العقود شكلية الكتابة كركن لتتمامها، بحيث يؤدي تخلفها إلى اعتبار العقد غير موجود وتعتبر التصرفات الناقلة لملكية العقار أحد أهم العقود التي استوجب فيها المشرع لشكلية معينة كركن لقيامها ذلك ما نص عليه الفصل 489 من ق ل ع فيما يخص التصرفات الناقلة لملكية عقار أو التي قد تنشئ عليه حقا عينيا عليه، والأشياء التي يمكن رهنها رسميا، فالبيع لا يكون تاما إلا إذا تم في محرر ثابت التاريخ، بل إن مقتضيات هذا الفصل نسخت جزئيا بمقتضى المادة الرابعة من م ح ع.

ومن بعد أن تكلمنا عن الشكلية المقررة بمقتضى القانون سوف نمر للكلام عن الشكلية المقررة بمقتضى الاتفاق، فقد خول المشرع للأطراف إمكانية إضفاء الصفة الشكلية على التزاماتهما وذلك بالاتفاق على أن تتم وفق الشكل الذي يرضيانه، حيث يصبح الشكل المتفق عليه من الأطراف ركنا في العقد، بالرغم من كون المشرع لم يشترط ذلك.

الكتابة كشكلية إثبات

إذا كان المشرع قد أخذ بمبدأ رضائية العقود، ولم يلزم عاقيديها أن يفرغوها في شكل معين إلا استثناءا كما اشرنا إلى ذلك سابقا، فإنه وتوخيا لإستقرار المعاملات وتجنبنا لما يمكن أن يعترى

الشهادة من عيوب، اعتمد أسوة بغيره من التشريعات اللاتينية على مبدأ الإثبات بالكتابة كقاعدة، و ذلك لما لها من قوة ثبوتية وما تضمنه من ثقة في المعاملات، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة. بل أورد عليها المشرع استثناء يتعلق بالالتزامات التي تقل عن 10.000 درهم بحيث يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادة، بينما لا يمكن إذا تجاوز مبلغ الدين هذا المبلغ أن يعتمد على شهادة الشهود في إثباته.

ولاعتماد قادة وجوب الإثبات بالكتابة لابد من توفر شروط معينة، أولها أن يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً، وأن يكون كذلك هذا التصرف مدنياً لأن الميدان التجاري يتسم بحرية الإثبات بالإضافة إلى شرط آخر وهو وجوب تجاوز قيمة الالتزام ل 10.000 درهم، وأن يكون الشخص الملزم بالإثبات طرفاً في العقد.

المطلب الأول: الأوراق الرسمية

ينص الفصل 417 ق ل ع على أن: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية. ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها". و ينص الفصل 418 ق ل ع: "الورقة الرسمية هي 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".
- أولاً : شروط الورقة الرسمية

يستخلص من الفصل 408 ق ل ع للورقة الرسمية ثلاثة شروط وهي الصفة أي أن يقوم بكتابة الورقة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، و الصلاحية أي أن يكون الموظف الذي قام بتحرير الورقة مختص بتحريرها و له صلاحية التوثيق، والشكل أي مراعاة الشمل الذي يحدده القانون في تحرير الورقة.

1 - شرط الصفة

يجب أن تكون الورقة صادرة من الموظف العام، وأن يكون هو الذي حررها و ليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه، بل يكفي أن يكون تحريرها صادراً باسمه و يجب في كل الأحوال أن يوقعها بإمضائه. و الموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها، أو التنفيذ لأمر من أمرها سواء أجرته على هذا العمل أم لم تؤجره.

ولا يشترط في اعتبار الشخص موظف عام أن يكون من موظفي الدولة بالذانب ليكفي أن يكون موظفا بإحدى الهيئات لإقليمية كالمجالس البلدية أو المنشآت العامة ذات الشخصية المستقلة.

2 - الصلاحية

يجب أن يكون الموظف العام أو الشخص الذي له صلاحية التوثيق مختصا بتحرير الورقة، وأن يكون هذا التحرير مما يدخل في عمله من حث نوع الورقة ، ذلك أن كل نوع من الأوراق الرسمية تختص بتحريرها طائفة معينة من الأشخاص و الموظفين، فالأحكام يختص بتحريرها القضاة، و محاضر الجلسات تختص بكتابتها كتابة الضبط، و عقد الزواج يحرره العدول، في حين أن الأوراق الخاصة بالتصرفات القانونية المدنية و التجارية يختص بتحريرها الموظفون.

أما فيما يتعلق بمكان تحرير الورقة فيرجع إلى الموظف المختص بتحريرها، ولا يعتبر كذلك إلا إذا كان إختصاصه بتحريرها في المكان الذي حررها فيه، ذلك أن لكل موظف من الموظفين والأشخاص الذين لهم صلاحية التوثيق اختصاص في دائرة إقليمية معينة لا يجوز له تخطيها. و شروط اختصاص الموظف بتحرير الورقة تستلزم قيامه أثناء ولايته أي بعد تعيينه و مباشرة العمل ، لا قبل ذلك ولا بعد عزله من وظيفته أو نقله منها.

و حتى أن صدور الورقة الرسمية عن الموظف أثناء ثبوت ولايته لكتابتها فلا يؤثر في اعتبار الورقة الرسمية أن يكون تعيين الموظف قد تم موافقا أو مخالفا للقوانين التي تبين شروط التعيين في هذه الوظيفة، كما أن أي شخص تعيينه سلطة غير مشروعة لتوثيق المحررات يعتبر مختصا بتحريرها وفق نظرية الموظف الفعلي.

3 - الشكل

قرر القانون أن لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا و قواعد يلتزم بها الموظف العام المختص في كتابة الورقة الرسمية، ولا بد من مراعاة هذه الأوضاع حتى تعتر الورقة ورقة رسمية صحيحة.

وتتلخص هذه الأوضاع و القواعد في أن المحرر يجب أن يكون بلغة معينة وخط واضح دون إضافة ، وكذلك السنة و الشهر و اليوم و الساعة التي تم فيها التوثيق بالأحرف وكذا اسم الموثق و لقبه و وظيفته ، و أسماء شهود العقد و أسماء أصحاب الشأن و أسماء آبائهم و مهنتهم و مكان ميلادهم و إقامتهم، و يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر المراد توثيقه، و أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر و مرفقاته ، و أن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم، ويوقع هو و أصحاب الشأن المحرر و المرفقات ، وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته و أن يوقعها جميعا مع أصحاب الشأن و يؤشر الموثق تسليم الصور على اصل المحرر و يوقع هذا التأشير.

و في الأخير نص الفصل 423 ق ل ع : " الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة".

ثانيا : حجية الورقة الرسمية

نص الفصل 419 ق ل ع : "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".

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة.

نص الفصل 420 ق ل ع : "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 لمعرفة. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر".

من خلال الفصلين السابقين يتضح أن الورقة الرسمية التي تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قوية في الإثبات و توجد بالنسبة لها قرينة الرسمية، و تقتضي هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، فهي بهذا تنقل عبء الإثبات، فغذا نازع الخصوم في صحتها فلا يكون على من يتمسك بها أن يتم الدليل على صحتها، و إنما يتم عبء نقصها إلى الخصوم بل إلى الخصم الذي ينكرها و لا طريقة له إلا الادعاء بزوريتها.

و الورقة الرسمية حجة كذلك بسلامتها المادية أي بعدم حصول تغيير في محتوياتها التي دونت فيها وقت إنشائها ولا يشترط في ذلك إلا أن يكون مظهرها الخارجي غير باعث على الارتياب و الشك في مصدرها وفي سلامتها ، فإذا وجد فيها كشط أو محو أو غير ذلك من العيوب المادية، كان للمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من اسقاط قيمة الورقة أو نقصها.

و تكون الورقة الرسمية حجة في الإثبات حتى لا يطعن فيها بالتزوير ذلك فيما دون من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو تمت من ذوي الشأن في حضوره فهناك اذن طائفتان من البيانات لها هذه الحجية:

- بيانات عن الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته.

- بيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره

أما الأمور التي قام بها الموثق و بينها الورقة الرسمية فكثيرة فيها:

○ تأكده من شخصية المتعاقدين في شهادة شاهدين أو بمستند رسمي و تشبته من أهلية المتعاقدين و رضائهما.

○ البيانات الثابتة التي أثبتتها في الورقة الرسمية وهي التاريخ و إسم الموثق...

أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي قام بتوثيقها.

كل هذه البيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق و أثبتتها في الورقة الرسمية تكون صحيحة في الإثبات الى أن يطعن فيها بالزور.

وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمور التي قام بها الموثق أو بالأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره فلا بد أن تثبت لها الحجية، و أن تكون في حدود مهمة الوثق، فإذا خرجت عن هذه الحدود كأن يثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب و أن أحدهم يبلغ من كذا من العمر، فلا تكون لهذه البيانات حجية لأنها تدخل في مهام الموثق.

فرغم الحجية التي أعطاها القانون للبيانات الصادرة من الموظف العام، إلا أن هذا لا يمنع القاضي من أن يصحح في الورقة الرسمية غلط في الأرقام أو في تحديد إحدى الوقائع إذا كانت عناصر هذا التصحيح مستمدة من الورقة نفسها أو من أوراق أخرى مرتبطة بها لا تمنعه كذلك من أن يحدد الصفة الحقيقية لأحد المتعاقدين مادام أن هذه الصفة مستمدة من الورقة و تتعارض مع بيانات مدونة فيها، ولا تمنعه أيضا من تغيير الاتفاق الواقع بين المتعاقدين لتحديد طبيعته القانونية.

وهكذا تثبت حجية الورقة الرسمية في نسختها الأصلية وهي التي تحمل توقعات ذوي الشأن و الشهود و الموظف العام أو الشخص الذي له صلاحية التوثيق، وذلك أن قواعد التوثيق تقضي بحفظ أصول المحررات الموثقة في مكاتل التوثيق و يسلم للأفراد صورا رسمية منها فقط، كما أن أحكام القضاء لا تسلم أصولها بل صور منها وهذه الأوراق هي الأكثر استخداما في الإثبات.

و يقضي الفصل 440 ق ل ع : " النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي".

القاعدة أن حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية ، فإن هذا يستتبع أن لا يكون للصور المأخوذة من الأصل حجية في الإثبات إلا بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، ولأن موظفا عاما يتحقق من مطابقة الصور الرسمية للأصل، فقد جعل المشرع من هذه المطابقة قرينة ما لم يناع أحد الطرفين في ذلك.

و في حالة فقد الورقة الرسمية الأصلية، فإن ذلك لا يزيل حجية الصورة الرسمية ، بل تكون لها حجية الأصل حتى لو كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل (الفصل 442 ق ل ع).

و في الأخير فإن إثبات فقد الأصل يقع على عاتق المتمسك بصورته الرسمية .

المطلب الثاني : الأوراق العرفية

الأوراق العرفية نوعان : أوراق عرفية معدة للإثبات و أوراق عرفية غير معدة للإثبات.

أولا : الأوراق العرفية المعدة للإثبات

نص الفصل 424 ق ل ع : " الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتمدة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة

كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد".

الورقة العرفية هي التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاص عاديين و يوقع عليها أحدهم لأن تكون دليلا كتابيا، و من هذا التعريف ومن خلال نص الفصل 424 ق ل ع فإن للورقة العرفية شروط و تتمثل هذه الشروط في الكتابة و التوقيع ، كما أن لها حجية لكن ليست كحجية الورقة الرسمية بل يجب أن تكون مقرونة بالإقرار.

1 - شروط الورقة العرفية

كما سبق أن اشرنا فإن للورقة العرفية شرطان إذا تحقق أصبحت حجة لمن يدلي بها.

أ - الكتابة

لا يشترط في الكتابة اي شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها، فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصح بعد توقيعها أن تكون دليلا على موقعها ، و هي تصلح ايا كانت لغة التعبير أو طريقة التدوين.

ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء كانت بخط موقعها أو بخط غيره، وسواء كان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بغيرهما، كما يجوز أن تكون مطبوعة باي وسيلة من وسائل الطبع.

ب - التوقيع

هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية المعدة للإثبات، لأنه هو أساس نسبة الكتابة إلى موقعها، ولا لمن تكون مكتوبة بخطه، و استلزم الفصل 426 ق ل ع أن يكون التوقيع في أسفل الورقة، ويشترط أن يكون الختم مقام التوقيع، كما نص الفصل 427 ق ل ع : " المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك".

2 - حجية الورقة العرفية

الورقة العرفية على خلاف الورقة الرسمية لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها، فالورقة العرفية تكون حجة مالم ينكرها الشخص المنسوبة إليه.

و إذا اعترف الشخص بان الورقة صادرة عنه أو ثبت ذلك، فإنها تصير لها نفس حجية الورقة الرسمية في مواجهة كافة الاشخاص ، وذلك وفق الحدود المقرر في الفصلين 419 و420 من ق ل ع.

أما فيما يتعلق بتاريخ الورقة العرفية ، فإذا ما تم الاعتراف بها وتبينت صحتها ، يكون التاريخ الذي تحمله دليلا ثابتا على المتعاقدين و ورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم بإسم مدينه، ولا تكون دليلا في مواجهة الغير إلا من يوم تسجيلها سواء كان ذلك بالمغرب أو الخارج، من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي أو من يوم الوفاة و العجز الثابت، إذا كان الذي وقّع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي و أصبح عاجزا عن الكتابة، أو من يوم التأشير أو

المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له، أو من طرف قاض سواء في المغرب أو في الخارج.

و إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة يعتبر الخلف من الغير إذا كان لا يعمل بإسم مدينه.

ثانيا : الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات و التي لها حجية معينة وفق شروط معينة هي:

1 – حجية الرسائل في الإثبات (الفصل 417 ق ل ع)

تكون الرسائل الموقع عليها قيمة الورقة الرسمية من حيث الإثبات، ولم يضع المشرع شكلا خاصا لكتابة الرسائل وليس من الضروري أن تكون مؤرخة أو مكتوبة بخط صاحبها بل العبرة بتوقيع صاحبها عليها.

2- حجية البرقيات في الإثبات (الفصل 428 ق ل ع)

تكون للبرقيات حجية الأوراق العرفية إذا كان اصلها المودع في مكتب التصديق موقعا عليها من مرسلها و يتبر تاريخ البرقية ثابتا لأن اصلها يختم في التاريخ بمكتب الإرسال كما يختم موردها بختم مكتب الوصول.

3 – حجية دفاتر التاجر في الإثبات (الفصل 433 إلى 436 ق ل ع)

إن دفاتر التاجر حجة عليه سواء كانت منتظمة أم لا ، لأن ما دُون فيها يعتبر إقرارا صادرا منه، ويكون الإطلاع على هذه الدفاتر بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان، فإن لم يتفقا يتم ذلك عن طريق الإيداع لدى كتابة ضبط المحكمة التي تنظر في النزاع.

4- حجية الدفاتر و الأوراق المنزلية (الفصل 438 ق ل ع)

تطرق المشرع المغربي في الفصل 438 ق ل ع إلى أن الدفاتر و الأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه، وقد جعله حجة في حالتين فقط:

- حالة ما إذا ذكر الشخص صراحة في أوراقه أنه مستوفى دينه محل الدين.

- حالة ما إذا ذكر الشخص صراحة أنه قصد ما ورد في هذه الأوراق أن يقوم مقام

السنج لمن أثبت حقا لمصلحته.

5 – حجية الكتابة اتي تأخذ صورة التأشيرة على الدين (الفصل 439 ق ل ع)

جاء في الفصل 439 ق ل ع : " التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخا، دليل عليه، ما لم يثبت العكس".

فالتأشيرة هي مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس فللدائن مثلا ان يقيم الدليل على ما كتب لا يخرج عن حيز المشروع الذي لم ينفذ و بالتالي أن ذمة مدينه لم تزل مشغولة بالدين.

المبحث الثالث: شهادة الشهود

الشهادة هي تقدير حقيقة أمر توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه، فالشهادة إذن تقدير للواقع و دحض للاعتداء و إنارة السبيل إلى العدالة ، قال تعالى : " لا تكتُموا الشهادة و من يكتُمها فإنه أثم قلبه"

و قد اعتبر المشرع الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات و جعل لها عدة خصائص ، فهي حجة مقنعة أي غير ملزمة ، وتختلف الشهادة في ذلك اختلافا جذريا عن الكتابة فالدليل الكتابي بسبب إعداده سلفا يعتبر حجة بذاته و يفرض سلطاته على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقضي بإثبات عكسه، أما الشهادة فهي نقيض ذلك يترك تقديرها للقاضي الذي يكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أي كان عدد الشهود وأيما كانت افادتهم، فهي حجة غير قاطعة أي أن ما يثبت فيه يقبل النفي بشهادة أخرى و بأي طريق آخر من طرق الإثبات و ذلك عكس الإقرار و اليمين، بالإضافة إلى ما سبق الشهادة تعتبر حجة متعدية أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة إلى الكافة لأنها صادرة عن شخص عدل خالي المصلحة في النزاع ولأن للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها و في تكوين قناعته منها.

و سنتناول مبحث شهادة الشهود من خلال نقطتين الأولى هي الحالات التي يجوز فيها الشهادة حسب الأصل(المطلب الأول) و الثانية هي الحالات التي يجوز فيها البينة بالشهادة استثناءا (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الحالات التي تجوز فيها الشهادة بحسب الأصل

نص الفصل 443 من ق ل ع : " 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 الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية". في استعراض هذا الفصل الذي ينص على القاعدة الأساسية في مجال إثبات التصرفات القانونية وتطبيقا للقواعد العامة لإثبات شهادة الشهود يخلص أن الشهادة تجوز في إثبات الوقائع العادية و كذا في الاتفاقات و غيرها من الأفعال القانونية التي لا تتجاوز 10000 درهم.

أولا : الوقائع المادية

الوقائع المادية هنا أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنشائه و هي أما أن تكون واقعة طبيعية كالفيضان أو واقعة من فعل الإنسان، إذن فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، ولو لم يرد بشأنها نص لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة. أما التصرفات القانونية فالأصل أن يكون إثباتها بالكتابة ولا تجوز الشهادة في إثباتها إلا استثناءا بالنسبة للتصرفات التي لا تتجاوز قيمتها 10000 درهم وذلك لأن التصرفات تعتمد في وجودها و مدى إنجازها على إرادة الشخص.

ثانيا : الاتفاقات وغيرها من الأفعال التي لا تتجاوز قيمتها 10000 درهم

رأينا أن القاعدة العامة التي نص عليها الفصل 443 ق ل ع لا تجيز الشهادة في إثبات الاتفاقات وغيرها من الأفعال التي تتجاوز قيمتها 10000 درهم .
وعليه يمكننا أن نستنتج بمفهوم المخالفة أن الاتفاقات القانونية التي لا تتجاوز قيمتها 10000 درهم يجوز إثباتها بالشهادة، لكن يجب أن تكون الشهادة هنا مقرونة بالدليل الكتابي وذلك في الحالات التالية:

1 – الحالة الأولى: إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 10000

يشترط لاستلزام الكتابة توافر ثلاثة شروط : أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا مدنيا ، و أن تزيد قيمته على 10000 درهم ، و أن يكون الإثبات مطلوبا من شخص يعتبر طرفا في التصرف.

أ – الشرط الأول : أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا مدنيا

يقضي هذا الشرط أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا وسواء كان ما يراد إثباته هو عقد من العقود، أو تصرف صادر من جانب واحد أي بإرادة منفردة، أو تصرف مهما كان الأثر اذي يرتب عليه يجب إثباته بالكتابة إذا توافر الشروط الأخرى.
و التصرف الذي تلزم الكتابة لإثباته يجب أن يكون تصرفا مدنيا لا تجاريا إذ لا تحديد لوسائل لإثبات التصرفات التجارية مهما بلغت قيمتها ما لم تجر العادة من التجارة على تطلب الكتابة فيها.

و العبرة بما يراد إثباته، فإذا اريد إقامة الدليل على واقعة مختلطة تجمع بين عنصرين أحدهما تصرف قانوني و الآخر واقعة مادية فإن القاعدة تسري على الأصل منها بينما يجوز إثبات الثاني بمختلف الطرق.

ب- الشرط الثاني: أن تزيد قيمة التصرف القانوني عن 10000 درهم

العبرة في تقدير التصرف بقيمته عند انعقاده لا وقت التنفيذ، فإذا زادت قيمة التصرف وقت صدوره عن 10000 درهم ، وجبت الكتابة في إثباته حتى لو نزلت القيمة إلى نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى ، و إذا كان العكس جازت الشهادة في إثباته حتى لو جاوزت القيمة نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى ن كما أن العبرة في تقدير الشيء هي بقيمة لتصرف بأكمله ولو كان المطلوب هو بعض الحق الذي ينشأ من هذا التصرف و الذي يقبل النصاب الذي يلزم الكتاب لإثباته ، ولذا فالمطالبة بجزء من حق تجب الكتابة لإثباته ولو كان يزيد عن 10000 درهم، وبصرف النظر عما إذا كان أصل الحق منازع فيه أو غير منازع فيه.

ج – الشرط الثالث: أن يكون الإثبات مطلوبا من شخص يعتبر طرفا في التصرف

ويقتضي هذا الشرط أن يكون الإثبات مطلوبا من شخص يعتبر طرفا في التصرف، لأن من يعتبر كذلك هو الذي يكون في مركز قانوني يسمح له بالحصول على محرر مثبت لهذا التصرف ،

أما من يطالب بإثبات التصرف من غير أطرافه فلا يتصور إلزامه بتقديم دليل كتابي عليه نظرا لأن مركزه كغير لا يجعل الحصول على الدليل في إمكانه.

2 – الحالة الثانية : لإثبات ما يخالف و تجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي

يقضي الفصل 444: " لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج، ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443". ويستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة، أو تحدد مداها أو تقيم الدليل على تنفيذها و من خلال هذا الفصل يتضح أنه يلزم لتطبيق أحكامه توافر الشروط الأربعة التالية:

أ – الشرط الأول : أن يوجد دليل كتابي

ويقصد بالدليل الكتابي الأوراق التي تعتبر دليلا كاملا وهي الأوراق الرسمية و العرفية المعدة للإثبات و الرسائل الموقع عليها. وهذه المحررات هي وحدها التي يجب الكتابة في إثبات أن ما يخالف المدون فيها أو يجاوزها، أم الأوراق التي لم تعج للإثبات كالدفاتر التجارية فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالشهادة و القرائن.

ب- الشرط الثاني: أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا

إن هذا الشرط لا يستخلص صراحة من نص الفصل 444 ق ل ع ، لأن هذا الأخير جاء بعبارة عامة يمكن تطبيقها على جميع المنازعات المدنية و التجارية ، ولكنه يعتبر تطبيق القواعد العامة في الإثبات، وكذلك الفصل 448 ق ل ع في فقرته الثانية و التي تعتبر استثناءاً لقاعدة الواردة في الفصل 443 ق ل ع.

و لتطبيق القاعدة التي نحن بصددتها يجب أن يكون التصرف مدنيا، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة حتى ولو لم تزد قيمة التصرف عن 10000 درهم ، إذ في هذه الحالة لا تجوز الشهادة لإثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة.

ج – الشرط الثالث: أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة

فإثبات ما يخالف معناه مناقضة المكتوب و إثبات ما يجاوز الكتابة ، و معناه الإضافة إلى ما هو مكتوب وذلك بالادعاء بصدور تعديلات شفوية سواء كانت هذه التعديلات سابقة على انعقاد التصرف أو معاصرة له أو لاحقة له، و سواء اريد منها تغيير في الشروط المكتوبة أو إضافة إليها أو أخذ منها.

د – أن يكون الإثبات مقصورا على العلاقة بين المتعاقدين

إن قاعدة الإثبات بالدليل الكتابي فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها لا تطبق إلا في العلاقة بين المتعاقدين الذين كان بوسعهم الحصول على الدليل المذكور منذ إنشاء العقد فالفصل 444 ق ل ع قضى في مستهلّه بأنه " لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين....."، أما الغير فيجوز له الإثبات بالشهادة و القرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها، كما أن له إثبات التصرف نفسه بالشهادة و القرائن ولو

زادت قيمة 10000 درهم - لأنه في الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها بجميع الطرق.

المطلب الثاني : الحالات التي يجوز فيها البينة بالشهادة استثناء

بعد أن نص الفصل 443 ق ل ع على أن القاعدة الأساسية للإثبات عن طريق الشهادة ، وأقر بأنه لا يجوز الإثبات بواسطة الشهادة متى تجاوزت الإتفاقات وغيرها من الأفعال نصاب الشهادة في حالات كان الأصل فيها يكون الإثبات بالكتابة (الفصل 447 و 448 من ق ل ع).

أولا : بداية الحجة بالكتابة

هي الحالة التي نص عليها الفصل 447 ق ل ع ، و يتضح من خلال استقراء هذا الفصل أن شروط تطبيق القاعدة العامة تتمثل في وجود كتابة ، و أن تكون هذه الكتابة صادرة ممن يحتج بها.

1 - الشرط الأول : وجود الكتابة

يجب لوجود الكتابة بداية حجة بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة ، وليس المقصود أن تكون تلك الورقة دليلا كتابيا كاملا، لأنها إذا كانت كذلك فلا يحل لتعزيزها بالشهادة. السؤال الذي يمكن أن يتبادر إلى الذهن في هذا المجال هو هل أي كتابة تصلح بداية حجة بالكتابة؟

إن الكتابة هنا تؤخذ بأوسع معانيها فهي تنصرف إلى أية ورقة مكتوبة ، فلا يشترط فيها شكلا ما، أو توقيع، ولا أن تكون معدة للإثبات ، كما أن الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق تصلح أن تكون بداية حجة بالكتابة حتى ولو كانت أوراقا في قضية أخرى. كما أن المشرع في الفصل 447 الفقرة الثالثة جعل من بين الحالات التي تعتبر فيها الكتابة الصادرة من الخصم بداية حجة بالكتابة وهي كل حجة يحررها موظف رسمي مختص في الشكل الذي يجعلها حجة في الإثبات بناء على طلب الخصم ، وكذلك الأقوال الصادرة عن الخصوم و الواردة في محرر أو في حكم قضائي.

و هذا الشرط يعد من المسائل القانونية و التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

2 - الشرط الثاني : أن تكون الكتابة صادرة ممن يحتج بها او ممن أنجز إليه الحق أو من

ينوب عنه

ينص على هذا الشرط الفصل 447 الفقرة الثانية و التي جاءت تقضي بأنه: " وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال إذا كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه."

يجب لا اعتبار الورقة بداية حجة بالكتابة أن تكون صادرة من المدعى عليه و من خلفه العام كالوارث ، و من نائب ينوب عنه نيابة قانونية كالوصي و القيم و الحارس القانوني، أو نيابة اتفاقية كالوكيل شرط أن يعمل في حدود نيابته.

و تعتبر الورقة الصادرة من المدعى عليه إذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله أو كانت بخطه أو بخط من يمثله ، إذ في هذه الحالة يتأكد صدورها منه.

وهناك ورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه رغم كونها غير موقعة منه ولا ممن يمثله ولا هي بخطه ولا بخط من يمثله ، وهي الورقة الرسمية التي ترد فيها أقوال صدرت منه ، وهذا ما أشار إليه الفصل 447 بقوله: " أقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائي صحيحين شكلا " ، وهذه تعتبر بداية حجة بالكتابة.

ثانيا : فقد السند الكتابي

نص على هذه الحالة الفصل 488 الفقرة الأولى إذ جاء فيه: " استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود، وذلك في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي للالتزام له أو للتحلل من التزام عليه، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة. وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة".

و مضمون هذه الحالة أن الخصم قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقضي به القانون ، و لكنه فقد سبب أجني لا يد له فيه ، لذلك أجاز المشرع في هذه الحالة أن تحل الشهادة محل الدليل الكتابي لإثبات ما تزيد قيمته عن 10000 درهم ، و لإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.

هنا يتضح من نص الفصل 448 ق ل ع أنه يلزم على المدعي الذي فقد سنده الكتابي أن يقيم الدليل على هذا العقد، و يتعين عليه في هذه الحالة أن يثبت أمرين ليتسنى له أن يثبت بالشهادة مازاد عن 10000 درهم ، الأمر الأول هو سبق وجود السند الكتابي ، و الأمر الثاني هو فقد هذا السند لسبب أجني لا يد له فيه.

ثالثا : المانع من الحصول على الدليل الكتابي نص على هذه الحالة الفصل 448 في فقرته الثاني الذي جاء فيه:

"استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود

إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي".

من هذا النص يتضح أن القانون حينما يوجب الكتابة في الإثبات إنما يقرر إمكانية الحصول على دليل كتابي، فإذا كانت الظروف تحول دون ذلك فالشهادة تجوز في الإثبات.

وهدف المشرع من وراء ذكر بعض الحالات كأمثلة المانع من الحصول على دليل كتابي ، إلى إعطاء حرية واسعة للقضاء في التقدير، لأن ذلك استثناء من القاعدة التي تقول بوجوب الإثبات بالكتابة، و الاستثناء لا يجوز مطلقا التوسع فيه.

رابعاً : التصرفات القانونية التجارية

إذا كان الأصل في المواد المدنية هو تقييد الإثبات فإن أصل في المواد التجارية هو حرية الإثبات ، فالشهادة تجوز في إثبات المسائل التجارية أيا كانت قيمة الإلتزام نظراً لما تقتضيه المعاملات التجارية من بساطة الأمور التي تتنافى مع اشتراط الكتابة في الإثبات تكون مدعاة للبطل و التعقيد.

المبحث الرابع : القرائن

القرائن هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول، و هي كما عرفها الفصل 449 ق ل ع : " القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة".

فالقرائن إذن غير مباشرة إذ لا يقيم الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا تبثت و أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها.
و القرائن نوعان :

قرائن قانونية : وهي التي يستخلصها المشرع في حالات يتطلب وقوعها و ينص عليها وهي التي يسميها المشرع المقررة بمقتضى القانون.

قرائن قضائية : وهي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وهي التي يسميها المشرع القرائن التي لم يقرها القانون.

المطلب الأول : القرائن القانونية

نص الفصل 450 ق ل ع : " القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتيقار؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي".

أولا :القرائن القانونية البسيطة

يقصد بالقرائن البسيطة تلك التي تقبل إثبات العكس، بمعنى أن من تقررت لمصلحته هذه القرينة يعفى من الإثبات ، بينما يلقي عبؤه على نت تعارض قوله معها، و الملاحظ أن القرائن البسيطة هي أيضا ضابط قانوني لتحديد المدعي من المدعى عليه، فالمشرع عندما افترض بأن كل إلزام له سبب و هذا السبب حقيقي و مشروع ، و على من يدعي خلاف ذلك قد استند على الغالب الشائع في تصرفات الناس كونها محولة على الصلاح و السداد و الصحة، فاستنتج من خلال هذه القرينة على توفر شروط السبب فتجنب إلزام المدعي بإثبات مشروعية و حقيقة سبب الإلزام المذكور في العقد، و يكفي إثبات وجود هذا الأخير.

ثانيا : القرائن القانونية القاطعة

القرائن القانونية القاطعة هي تلك التي لا تقبل إثبات العكس وهي المقصودة بالفصل 450 ق ل ع و التي حدد حالاتها في:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي".

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطلانها

كثيرة هي التصرفات التي يصرح القانون ببطلانها، لأنه قدر بكونها مخالفة لمقتضياته، و من ذلك التصرفات التي ترد على تركة إنسان على قيد الحياة ، فقد نص الفصل 61 ق ل ع في فقرته الثانية " ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا"، فهاته التصرفات لم تراعي مشاعر الإنسان، كما أنها تعتبر تحايلا على أحكام الإرث.

و من ذلك أيضا التصرفات التي يبرمها الشخص الذي فتحت في حقه إجراءات المسطرة الغيابية ، و الشخص الذي وقع عليه حجر قانوني في إطار عقوبة جنائية، فبالرغم من كون هذه التصرفات صحيحة في ذاتها ، لأنها تتوفر على الأركان و الشروط اللازمة ، إلا أنها تمت مخالفة للقانون، لأن الحجر القانوني يجرّد الشخص من صلاحية التعامل في أمواله، ومن ذلك أيضا القروض التي تبرم بين المسلمين و بفائدة فهي أيضا باطلة.

2 - الظروف التي يستدل منها على وجود و انقضاء الالتزام

فقد ينص المشرع على قرائن قاطعة تفيد إما في نشوء الالتزام أو انقضائه فبالنسبة لنشوء الالتزام، اعتبر المشرع أن الشروع في التنفيذ يعتبر قبولا، إذا كان القبول غير مطلوب من الموجب، كما اعتبر السكوت بمثابة رد إذا تعلق الأمر بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين ، فالتنفيذ و السكوت قرينة على القبول، يستنتج من الرضا، كما اعتبر تنفيذ العقد بدون تحفظ قبولا مطابقا للإيجاب، كما أن الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه و حاضر عالم، و لا مانع يبرر سكوته ، فإن ذلك قرينة قانونية على رضاه و إقراره.

أما بالنسبة لانقضاء الالتزام، فالتقادم كسبب من أسبابه قرينة على الوفاء، يعفي من تقرير لمصلحته من أي إثبات ، وهذا هو المبدأ، فمن رفعت عليه دعوى بعد مرور مدة التقادم يكفيها التمسك بها، فإذا ثبت فإنه لا يطالب بإثبات الوفاء ، وذلك حرصا على استقرار المعاملات .

و من مظاهر القرينة القانونية على انقضاء الالتزام، اعتبر المشرع أن ارجاع كل طرف في العقد للآخر ما أخذه تنفيذا للعقد قرينة على وقوع الإقالة ، فإذا ثبت إلى البائع استرد المبيع ، أو أن المشتري استرد الثمن، فإن تمسك أي منهما بالإقالة يكون قوله مبنيًا على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، فقد نص الفصل 394 ق ل ع : " يجوز أن تقع الإقالة ضمنيا ، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر".

3 - حجية الشيء المقضي به

من بين الأمور التي أدرجها المشرع في حكم القرائن القانونية، الحجية التي تحوزها الأحكام في موضوع النزاع، فالأحكام ولو قبل صيرورتها حائزة على قوة الشيء المقضي به، فإنها تحوز على حجية بحيث لا يمكن رفع دعوى جديدة بين نفس الأطراف بنفس الصفة و نفس الموضوع و بناء على نفس السبب، سواء صدر الحكم برفض الطلب أو بقبوله.

إلا أن الأحوال التي تعرف تغيرا لا تسري عليها الحجية بالرغم من وحدة السبب و الموضوع و الأطراف ، فالشخص الذي يتقدم بطلب الإذن بالتعدد ، يمكنه بعد رفض طلبه على أساس عدم توفره على الإمكانات المالية ، أن يتقدم بطلب جديد إذا تحسنت وضعيته المادية ، دون أن يجابه بحجية الشيء المقضي به، لأن ظروفه المادية خاضعة للتغيير، وكذلك الطلب الذي يهدف إلى التحجير على شخص لسفه ، إذا صدر بالقبول ، فلا مانع يمنع تقديم طلب جديد لرفع الحجر إذا زال سببه.

وحجية الشيء المقضي به ليست قاعدة أمرة أو من النظام العام ، بل هي إمكانية للأطراف ، يمكنهم الدفع بها ، من أجل تصدي صدور أحكام متعارضة ، ولذلك فإن الدفع بسبقية البت من الدفوع الشكلية التي يجب أن تثار قبل الدفع في الجوهر، لأنه يؤدي إلى عدم قبول الدعوى، و الدفوع بعدم القبول دفوع أولية كما نص على ذلك الفصل 49 من ق م م.

إلا أن صدور أمر استعجالي في الموضوع ولو صدر برفض الطلب أو عدم الاختصاص، لا يحوز حجية الأمر المقضي به، لذلك يمكن تقديم طلب جديد، إلى رئيس المحكمة بين نفس الأطراف و في نفس الموضوع و السبب، لأن حجية الشيء المقضي به يخص هذه الأوامر هي مؤقتة ، تزول بزوال السبب القتي الذي صدرت بناء عليه ، كما أنها لا تحول دون تقديم طلب جديد إلى قضاء الموضوع.

المطلب الثاني : القرائن القضائية

القرائن القضائية هي تلك التي لم يقررها القانون و موكولة لحكم القاضي و ليس له أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها :

و إثبات العكس جائز و يمكن خصوله بكافة الطرق و تتميز القرائن القضائية بما يلي:

• أن ما يثبت بها يعتبر حجة متعديّة تسري على جميع الأطراف.

• أن دلالاتها تكون غير قاطعة

• أن المشرع اعتبرها من الأدلة المقيدة (لا بد ان تكون مقرونة بأداء اليمين)

فالقرائن القضائية لا تقبل ولو كانت قوية و خالية من اليمين، إلا إذا تأيدت باليمين ممن تمسك بها متى رأى القاضي وجوب أدائها (الفصل 455 ق ل ع).

إن استنباط القرائن القضائية عملية يختص بها قاضي الموضوع فلا يعمل بها إلا إذا قام لديه شك فيها، وهو في تقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

و يتمتع القاضي بالنسبة للقرائن بسلطة واسعة لا تتوفر له فيما يتعلق بالأدلة الأخرى ففي وسعه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع النزاع وظروفه بل كذلك من خارج دائرة النزاع مادامت الأوراق المتعلقة بالنزاع قد ضمت إلى الدعوى المعروضة.

المبحث الخامس :اليمين

اليمين هي إشهد الله تعالى صدق ما تخبر به الخالق، و يكلف الشهود باليمين قبل تأديتهم شهادتهم، إشهارا لهم بوجوب قول الحق، و يكلف بها أحد الخصوم لتأييد ادعائه عندما يعوزه الدليل عليه، لذا أمكن أن تعتبر اليمين من وسائل الإثبات أمام القضاء.

و اليمين طريق غير عادي للإثبات ، و الالتجاء إليها أمر لا يحصل إلا نادرا، وذلك عند تعذر تقديم الدليل من وسائل الإثبات الأخرى المتقدمة ، أو عدم كفاية ما تقدم منها لإقناع القاضي ومن هنا كانت اليمين نظاما من أنظمة العدالة أراد بها الشارع أن يخفف من مساوئ تقييد الدليل. و اليمين كوسيلة للإثبات المدني نص عليها الفصل 460 ق ل ع لكنه ألحق أحكامها إلى الفصول من 85 إلى 88 من ق م م، و الذي قسم اليمين إلى نوعين : يمين حاسمة و أخرى متممة.

المطلب الأول : اليمين الحاسمة

ينص الفصل 85 ق م م : " إذا وجه أحد الأطراف اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاء أوردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائيا، فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية".

يستنتج من هذا النص أن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم لخصمه عندما ينقصه الدليل الحاسم في النزاع، ولا يجوز الالتجاء إليها إلا عند إنكار هذا الخصم ، و يترتب عن توجيهها اعتبار موجهها متنازلا عن دعواه إذا حلف المدعى عليه، مثلا ذلك أن يوجه دائن ينقصه الدليل على دانيته اليمين إلى مدينه للحلف على براءة ذمته، فإن حلف هذه الأخير برأت ذمته و خسر الدائن الدعوى، و إن نكل عن الحلف اعتبر مقرا بصحة دعوى الدائن و خسر هذه الدعوى. لكن يمكن لمن وجهت له اليمين أن يردّها على من وجهها إليه يحلفها هو دوره، فإن أداها حكم له ، و إن نكل عن أدائها خسر الدعوى.

وحيث أن اليمين الحاسمة هي التي توجه من خصم إلى خصم فلا يسوغ للقاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه لحسم النزاع ، و يشترط في طالب توجيه اليمين أو ردها أن يكون ذا أهلية تصرف كاملة ، ولا يسوغ أن يوجه هذا الطلب من محاميه إلا إذا كانت لديه وكالة خاصة بذلك، اما بالنسبة للممثل القانوني للقاصر أو الشخص المعنوي فله أن يوجه هذه اليمين أو يردّها نيابة عن الطرف الذي يمثلّه.

المطلب الثاني : اليمين المتممة

تنص الفقرة الأولى من الفصل 87 ق م م : " إذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائيا أن توجه اليمين إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستتلقي اليمين بشأنها".

وعليه فتوجيه اليمين المتممة لا يكون إلا من طرف القاضي إلى أحد أطراف الدعوى بموجب حكم تمهيدي يحدد الوقائع التي ستؤدى بشأنها اليمين و تسجل بعد ذلك لتأدية هذه اليمين قبل الفصل في الموضوع

دور هذه اليمين أنها تكمل أدلة الإثبات دون أن تكون بديلا عنها، فلا توجه إلا إذا أقام المدعي دليلا اعتبرتها المحكمة غير كامل ، أما أن تكون وحدها أساسا للقضاء بحق وقع إنكاره فلا يجوز، كما أن اليمين المتممة لا تزكي حجة ناقصة شرعا أو قانونا،

و بخلاف اليمين الحاسمة لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر، فأما أن يحلف أو ينكل، فإن حلف فالغالب أن تقضي المحكمة لصالحه، و إن نكل فتبقى أدلته الناقصة على ما كانت عليه.

و تؤدى اليمين عموما بعبارة " أقسم بالله العُضين " و يجري أدائها كقاعدة أمام المحكمة إلا إذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية ، فيمكن إذا تأديتها أمام القاضي أة هيئة منتدبة تتوجه عنده بمساعدة كاتب الضبط الذي يحرر محضرا بذلك.

تم بحمد الله يوم 24 شتنبر 2018
هشام ليوسفي

