

الدكتور عبد القادر العرعاري
أستاذ بكلية الحقوق
أكداال - الرباط

مصادر الإلتزامات
الكتاب الأول

نظرية العقد

دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في :

- القانون رقم (31.08) المتعلق بحماية المستهلك.
- القانون رقم (53.05) المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل إلكتروني
- القانون رقم (24.09) المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات.

طبعة 2018



الباب التمهيدي

مقتضيات عامة حول نظرية العقد

32 - تعد نظرية العقد من اهم النظريات التي استقطبت انتباه الفقهاء ماضيا⁽¹⁾ وحاضرا⁽²⁾ وذلك بسبب أهميتها من الناحيتين العلمية والعملية معا، فالفرد الواحد منا قد لا يضطر إلى التحمل بالالتزامات غير العقدية إذا احتاط من الوقوع في الخطأ أو امتنع عن الالتزام بمحض إرادته المفردة إلا انه بالمقابل فانه لن يستطيع الامتناع عن التعاقد مطلقا، وذلك لارتباط مصالحه اليومية بمؤسسة العقد حتى ولو كان موضوع هذه المصالح عقدا بسيطا كشراء صحيفة أو اقتناء بعض اللوازم الضرورية للعيش.

من هنا يتبين لنا أن العقد هو المصدر الجوهري للالتزام، لذلك فإن الفقهاء قد خصصوا له جزءا هاما من ابحاثهم مما جعل البعض يضيف عليه صبغة شخصية في حين لا يرى البعض الاخر في العقد الا جانبه الموضوعي أو المادي، وقد كان لهذا الاختلاف في المنظور دور حاسم في دفع التشريعات المدنية إلى التأثر بهذا التيار أو ذاك، وبالرغم من ان واضعو قانون الالتزامات والعقود قد تأثروا بالنزعة الشخصية في الالتزام بصورة عامة إلا أن ذلك لم يمنعهم من الإقتداء بآراء المذهب المادي ولو كان ذلك في حدود ضيقة جدا.

(1) يمكن القول هنا بان الفقهاء المسلمون قد اهتموا أكثر من غيرهم بنظرية العقد فهم لم يقتصروا على نسج خطوط النظرية العامة للعقد فقط وانما امتدت بهم الدراسة الى اكثر من ذلك بحيث حاولوا الاحاطة باكبر عدد ممكن من العقود من جميع الاصناف سواء كانت ناقلة للملكية أو واردة على منافع الاعيان.

لمزيد من التعمق في هذا الموضوع انظر :

- ابن تيمية «نظرية العقد» دار المعرفة - بيروت - لبنان .

- السنهوري «نظرية العقد» طبعة 1934.

- شحاتة شفيق «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» طبعة 1970.

CHEHATA (Ch) "Le contrat en droit musulman" (A.P.D).

أرشيف فلسفة القانون المجلد 1968.

(2) بالنسبة للدراسات الفقهية المعاصرة انظر :

- Ghestin (Jacques) «Traité de droit civil- les obligations le contrat – Formation» (L.G.D.J) 1988.

- PEDAMON (M) «le contrat en droit Allemand » (L.G.D.J) éditions 2004.

- Nathalie (RZEPECK) «Droit de la consommation et théorie générale du contrat» « dition (P U A M) 2002.

- AZZIMAN (O) "Le contrat" édition le fennec 1995.

وحتى نقترّب من نظرية العقد أكثر فإننا سنحاول تعريف العقد ثم نبين خصائصه المميزة له وبعد ذلك نعرض لأهم تصنيفات العقود وفي الأخير نلقي نظرة عامة على مبدأ سلطان الارادة وأثره في تكوين العقود.

الفصل الأول

التعريف بالعقد وبيان الخصائص المميزة له

33 - لقد تعددت التعاريف القانونية التي أعطيت للعقد حتى ان البعض منها يكاد يكون صورة طبق الأصل لبعضها الآخر، غير أن الملاحظة الجوهرية التي يمكن تسجيلها هو ان اغلب هذه التعاريف من صنع الفقه وليس التشريع باعتبار ان مهمة وضع التعاريف يفضل اسنادها للفقه والقضاء بسبب تغير المفاهيم القانونية وعدم بقائها على وضع معين، وهكذا نلاحظ ان معظم التشريعات المدنية قد امتنعت عن اعطاء تعريف للعقد بما في ذلك قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني المصري وغيرهما وقد شذ في هذا الخصوص القانون المدني الفرنسي الذي عرف العقد في المادة (1101) بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو عدة اشخاص باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه.

34 - وبما أن مصطلح الاتفاق (Convention) المنصوص عليه في هذه المادة يعد اوسع نطاقا من العقد فان بعض الفقه الفرنسي فضل استعمال مصطلح التعهد (accord) الذي يعد اضيق معنى من الاتفاق وهذا ما ذهب إليه الفقيه (جستان)⁽³⁾ عندما عرف العقد بأنه تعهد أو تطابق للإرادات من اجل إنتاج آثار قانونية»⁽⁴⁾.

ومصدر هذا الخلط الذي وقع فيه الفقهاء يرجع بالدرجة الأولى إلى أن الاتفاق قد يحصل بين الأطراف من غير ان ينتج اثارا قانونية كالاتفاق على القيام

(3) جستان - المرجع المشار إليه سابقا - ص: 3 بند: 5.

(4) وهذا التعريف يقترب كثيرا من التعريف الذي وضعه صاحب مرشد الحيران قدري باشا للعقد عندما اعتبره بمثابة ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه». أورده السنهوري في كتاب مصادر الحق - ص: 40 من الجزء الأول).

وهو نفس التعريف الذي اعتنقه المشرع العراقي حيث نص عليه في المادة: 83 من القانون المدني وهذا التعريف ذو الاصل الاسلامي يمتاز بطابعه المادي إذ أن الفقهاء المسلمون يربطون العقد بالمعقود عليه وبالصيغة المنشئة له وهي الإيجاب والقبول. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر:

➤ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص: 33 بند 23

➤ مجلة الاحكام العدلية على المذهب الحنفي - المادة 103 التي عرفت العقد بأنه التزام المتعاقدين وعقدما امرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول».

بنزهة او احياء حفلة ثم ان الاتفاق في معناه القانوني الصرف يفيد انشاء الالتزام أو نقله أو انهائه أما العقد فانه يقتصر في الاصل على انشاء الالتزام فحسب وبالرغم من هذا النقاش الفقهي الذي حصل بخصوص مسألة الفصل بين العقد والاتفاق الا ان الاتجاه المعاصر في الفقه⁽⁵⁾ يذهب الى تجنب إثارة مثل هذه التفرقة بحيث يراها عديمة الفائدة والجدوى إذ يستوي التعبير بالعقد او الاتفاق مادامت العبرة بمضمون العقد أو الاتفاق⁽⁶⁾.

35 - من هنا نخلص إلى القول بأن اهم تعريف يمكن تقديمه للعقد هو انه عبارة عن «اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف انشاء الالتزام أو نقله أو انهائه أو تعديله» وبهذا التعريف سنتجاوز التفرقة التقليدية العقيمة بين العقد والاتفاق ثم ان هذا التعريف يتميز بالخصائص التالية:

أولاً- إن العقد يستلزم وجود أكثر من إرادة واحدة :

36 - وهذا ما يميز العقد عن تصرفات الإرادة المنفردة، فإذا كان بمقدور الفرد الواحد أن يلتزم لوحده من غير حاجة لارتباطه بغيره كالشخص الموصي والمتناول والواعد بالجائزة فإنه في ميدان العقود يتعين أن ترتبط ارادة الملتزم الأول بإرادة غيره كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع والمقولة والاجازة بمختلف انواعها، وليس ضروريا أن يكون الموجب أو القابل واحدا إذ يجوز أن يتعدد الطرف الموجب أو القابل على السواء وليس في ذلك أي تأثير على التكييف القانوني للعقد، إلا إذا تدخلت عناصر أخرى جديدة حورت طبيعة العقد.

ثانياً- اقتصر مفهوم العقد على الاتفاقات التي تهدف إلى إنتاج اثر قانوني:

37 - وهذه نتيجة منطقية في حد ذاتها لأن الاتفاق اذا لم يهدف إلى انتاج هذه الآثار القانونية، فانه لا يعدو ان يكون تعهدا أخلاقيا نابعا عن المجاملات التي يتبادلها الأفراد في حياتهم اليومية كالاتفاق مع صديق على أداء فريضة الحج في

(5) انظر على سبيل المثال - السنهوري - الوسيط - ج 1 ص : 150 بند : 37.

- جاك غستان - المرجع السابق ص : 4 بند : 6 .

(6) بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي نلاحظ انه لم يعر اي اهتمام لهذه التفرقة بدليل انه قد عبر عن العقد بالاتفاق في كثير من الفصول أو العكس وهذا ما حصل في الفصول = = = (1-19-22-24-228-260-478).

فقد ورد في الفصل الأخير بان «البيع عقد بمقتضاه ينقل احد المتعاقدين لآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له».

موسم معين أو الاتفاق على تلبية دعوة لحضور حفل ما فهذه الاتفاقات ليست ملزمة لأصحابها ولا يترتب على الإخلال بها أي تبعة للمسؤولية العقدية فهي أقرب من الالتزامات الطبيعية منها إلى الالتزامات المدنية⁷.

ثالثاً- أن التعريف يأخذ بالمفهوم الواسع للعقد:

38 - إذا كان المفهوم التقليدي للعقد يقتصر على مجرد خلق وإنشاء الالتزامات المتبادلة بين الدائن والمدين فإن هذا التعريف من شأنه أن يمدد نطاق العقد إلى حالات الاتفاق من أجل نقل الالتزام (كحوالة الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد) أو تعديله (كحالة تجديد العقد الأصلي بعقد جديد أو إضافة شروط لم تكن في العقد الأولي) أو إنهائه. (كالاتفاق على إنهاء الالتزام قبل الأوان بالوفاء أو الإقالة أو غيرهما).

39- وفي ختام هذا المبحث فإننا نود الإشارة إلى أن الفقه المعاصر قد أثار مجموعة من التساؤلات حول مدى اعتبار الصفقات العمومية والعقود ذات الطابع الإداري عقوداً بالمعنى المشار إليه سابقاً؟ وما قيل عن الصفقات العمومية قيل أيضاً عن عقد الزواج وعقد التبني؟

- فبالنسبة للسؤال الأول: يذهب الاتجاه الراجح في الفقه⁽⁸⁾ إلى حصر المفهوم السابق للعقد في نطاق المعاملات المدنية (العقود الخاصة) أما الاتفاقات التي تكون فيها الدولة طرفاً كصفقات الأشغال العمومية والمعاهدات الدولية فإنها لا تتوفر فيها عناصر العقد بمعناه المدني من ذلك على الخصوص انعدام التوازن بين الأطراف المتعاقدة وإمكانية لجوء الدولة أو الإدارة إلى مراجعة العقود التي أبرمتها وهذا يتنافى مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽⁹⁾.

- أما بالنسبة للسؤال الثاني: فإن عقود الزواج بالرغم من أنها تتوفر على الأركان اللازمة لقيام عقد صحيح كالتراضي والاهلية والولي والاشهاد إلا أن الغاية منه

(7) يعتبر القانون المدني الألماني (BGB) في المادة 118 بأن الإعلان عن الإرادة بصورة هزلية وغير جدية يعد باطلاً إذا لم يكن بالإمكان تجاهل هذا القصد.

«Une Déclaration de volonté, émise sans intention sérieuse et dans l'attente que ce manque de sérieux ne sera pas méconnu et nulle».

(8) السنهوري - مصادر الالتزام ج (1) ص : 151 بند : 39 .

- هشام فرعون - المرجع السابق - ص : 17 بند : 43.

(9) هذا المبدأ منصوص عليه في الفصل : 230 (ق ل ع).

ليست مالية ولا تهدف إلى الحصول على نفع مادي⁽¹⁰⁾ وإنما هي أسمى من المال بكثير ويتمثل ذلك أساسا في تكوين الأسرة التي هي اللبنة الأساسية في المجتمع⁽¹¹⁾.

الفصل الثاني

أنواع العقود المشاعة في ميدان التعامل

40 - بعد، أن عرضنا لتعريف العقد فإننا سننتقل إلى استقراء أهم تصنيفات العقود التي يقبل عليها الأفراد في حياتهم اليومية، وبالطبع فإن هذه العقود ليست على درجة واحدة من القوة والفعالية وإنما هي تتفاوت فيما بينها بحسب أهميتها في ميدان المعاملات، وإذا كان الفقهاء لم يتوصلوا إلى جرد كامل للعقود التي يضطر الأفراد إلى إبرامها، إلا أنهم توصلوا إلى تصنيف هذه العقود في شكل مجموعات يختلف بعضها عن البعض الآخر ونتيجة لهذا التصنيف فإن العقود تنقسم من حيث صياغتها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وأخرى عينية ومن حيث أطرافها إلى عقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد وعقود جماعية أو فردية، ومن حيث الأحكام فإن العقود قد تكون فورية أو مستمرة وقد تفيد المعاوضة أو التبرع وأخيرا فإن العقد قد يكون مبنيا على المساومة الاختيارية أو عقد إذعان وسنعرض فيما يلي لهذه التصنيفات بشيء من التفصيل:

المبحث الأول

العقود الرضائية والشكلية والعينية⁽¹²⁾

تنقسم العقود من حيث، الصياغة التي تفرغ فيها إلى عقود رضائية وأخرى شكلية وثالثة عينية وسنبين خصائص هذه الأنواع الثلاثة من العقود تباعا.

المطلب الأول: العقد الرضائي (Contrat consensuel)

41 - العقد الرضائي هو الذي ينبني أساسا على تقابل الإرادات للأطراف

(10) هناك جانب من الفقه قد تحفظ بخصوص عقد الزواج، ودليلهم في ذلك أن المشرع لم يشترط في الحقوق المترتبة عن العقد أن تكون ذات قيمة مالية وإنما اشترط أن تهدف إلى إنشاء اثر قانوني، ويترتب على ذلك أن عقد الزواج يدخل ضمن قائمة العقود المدنية بصورة عامة بالرغم من انه يعتبر من صميم الروابط العائلية وليس المالية.

(راجع في ذلك سليمان مرقس - المرجع السابق - ص : 60 وما يليها) .

(11) تنص المادة 4 من مدونة الأسرة الجديدة على أن الزواج هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة.

(12) لمزيد من المقارنة يمكن الإطلاع على الأبحاث الآتية :

-Vincent Farray « le consensualisme dans la théorie générale du contrat » (L.G.D.J) Tome 480-2007.

-OVERSTAKE "Essai de classification des contrats spéciaux" these Bordeaux 1966.

- GURIERO "L'acte juridique solonnel" thèse Toulouse 1975 (L.G.D.J).

المكونة له وذلك عن طريق اقتران الإيجاب بالقبول بحيث لا يلزم توافر أي شكل آخر إضافي ويستوي في ذلك أن يكون هذا العقد شفاهيا أو مكتوبا وأهم ما يميز العقد الرضائي عن غيره هو أن كلا الأطراف المكونة له يكونان قد عبرا عن ارادتهما بمحض اختيارهما، بحيث ليست هناك أية سلطة لأحدهما على الآخر كما سنرى في عقود الإذعان⁽¹³⁾.

المطلب الثاني: العقد الشكلي (Contrat solennel)

42- خلافا للعقد الرضائي فإن العقد الشكلي يتطلب بالإضافة لعنصر الرضائية توافر شكل معين بحيث لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط وقديما كانت الشكالية عبارة عن ألفاظ وإشارات متداولة بين الأفراد أما اليوم فإن الشكالية غالبا ما تتمثل في عنصر الكتابة أو الاشهاد لا غير، إلا أن الكتابة في حد ذاتها قد تكون للانعقاد وقد تكون لمجرد الإثبات⁽¹⁴⁾ ولا يكون العقد شكليا إلا في الحالة الأولى¹⁵ دون الثانية¹⁶.

ففي عقد الشركة نلاحظ أن الفصل : 987 ق ل ع ينص على أن الشركة تنعقد بتراضي أطرافها على إنشائها وعلى شروط العقد الأخرى مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها شكلا خاصا، إلا إذا كان محل الشركة عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهنا رسميا وأبرمت لتستمر أكثر من ثلاث سنوات وجب أن يحرر العقد كتابة وأن يسجل على الشكل الذي يحدده القانون»⁽¹⁷⁾.

(13) انظر أطروحة، العربي مياد حول "إشكالية التراضي في عقود الإذعان" نوقشت بكلية الحقوق - أكادال - الرباط (2001-2002).

(14) ينص الفصل 443 ق ل ع على أن 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 وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل الكتروني أو أن توجه بطريقة الكترونية".

(57) للتفاصيل حول الحالات التي يكون فيها العقد شكليا انظر:

➤ محمد الكشور "بيع العقار بين الرضائية والشكل"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة رقم (1) مطبعة النجاح الجديدة - طبعة 1997.

➤ نور الدين لعرج، "الشكالية في عقد الرهن في التشريع المغربي" أطروحة دكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق أكادال - الرباط (1999-2000).

(58) الإثبات قد يكون بالكتابة وقد يكون بغيرها من الوسائل الأخرى المنصوص عليها في الفصل 404 من (ق ل ع) وإذا استوجب المشرع ضرورة الإثبات بالكتابة، فإنه يتعين التقيد بهذه الوسيلة كما هو الحال بالنسبة لبيع السلم الذي لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (الفصل 613) ق ل ع، ورغم ذلك يبقى هذا البيع منتزعا لزمرة العقود الرضائية وليس الشكالية.

(17) لفهم هذا النص بشكل شمولي يتعين الرجوع إلى الفصل 489 ق ل ع الذي ينص على مبدأ ضرورة الكتابة في البيوع العقارية وانظر في تطبيق هذا المبدأ قرار المجلس الأعلى بتاريخ : 27 / 4 / 1983 من أنه "إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في

من هنا يتبين لنا أن الكتابة اللازمة لانعقاد العقد هي التي تضيف على العقد طابعه الشكلي، أما إذا كانت لمجرد تقديم الدليل على ثبوت الالتزام كالدين المحرر في صك كتابي رسمي أو عرفي⁽¹⁸⁾، فإن الكتابة للإثبات ولا يترتب على تخلفها بطلان التصرف كما هو الحال في الكتابة الشكلية وإنما يتعين على مدعي الحق تقديم الدليل على ما يدعيه وله أن يستعين بوسائل الإثبات الأخرى كشهادة الشهود أو الإقرار أو اليمين أو القرائن.

بقي أن نشير إلى أنه لا يلزم في العقد الشكلي أن يكون منصوباً عليه بمقتضى نص قانوني وإنما يحق للأطراف المتعاقدة الاتفاق على جعل العقد الرضائي عقداً شكلياً بينهما، كأن يشترط مشتري الشيء المنقول على البائع تدوين عقد البيع في محرر رسمي، وهذا الشرط جائز باعتبار أنه ليس فيه ما يخالف النظام العام في شيء⁽¹⁹⁾.

المطلب الثالث: العقد العيني (Contrat réel)

43 - يتميز العقد العيني في أنه يتطلب بالإضافة إلى عنصر التراضي توافر شكلية من نوع خاص وهي حصول تسليم محل العقد للطرف الثاني في الاتفاق وهذا ما يتحقق في مجموعة من العقود كالرهن الحيازي⁽²⁰⁾ والوديعة الاختيارية⁽²¹⁾

محرر ثابت التاريخ وإذا اختل هذا الركن الشكلي فإن البيع لا يقوم، وأن المحكمة لما اعتمدت على مجرد إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار محفظ تكون = = قد خرقت الفصل 489 من (ق ل ع) وعرضت قرارها للنقض" (القرار منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32-1983- ص 52).

(18) تتميز الورقة الرسمية عن الورقة العرفية في كون الأولى هي التي يحررها الموظفون العموميون والموتفون الذين لهم صلاحية التوثيق القانوني أما بخصوص الورقة العرفية (Sous seing privé) فهي التي يتخلف فيها عنصر من عناصر الورقة الرسمية (Acte Authentique) ويتعلق الأمر هنا بالورقة العادية التي يتعهد فيها الشخص بمحض اختياره ويوقع عليها في النهاية وتعد ورقة عرفية كذلك تلك التي يحررها الموظف غير المختص أو عديم الأهلية وكذا الورقة التي لم تستكمل شكلياتها القانونية (انظر الفصل 423 ق. ل. ع). انظر: قرار المجلس الأعلى الصادر في (1977/4/22) منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 25-1980 ص: 74.

بقي أن نشير في نهاية هذا الهامش إلى أنه بصدر القانون (53.05) المتعلق بتبادل المعطيات بشكل الكتروني بتاريخ:

(2007/11/30) فإن المشرع اعتبر الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية حجة في الإثبات كما هو الشأن بالنسبة للوثائق المحررة على الورق، وإذا استكملت الوثيقة الالكترونية كافة عناصرها وتم التعرف على صاحبها وحملت توقيعه المؤمن فإن حجيتها ترقى آنذاك لصف المحررات الكتابية الرسمية. (الفصل 2/417 المعدل بمقتضى القانون (35.05).

(19) ينص الفصل 402 من (ق.ل.ع) على أنه «إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص واتفق عقده صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاماً إلا إذا وقع في شكل معين فإن الالتزام لا يكون موجوداً إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العقدان».

(20) انظر الفصل (1186) ق.ل.ع.

(21) انظر الفصل (781) ق.ل.ع.

وعقد العارية⁽²²⁾ وعقد القرض⁽²³⁾.

وهنا يتعين لفت الانتباه إلى نقطة على جانب من الأهمية وهي ضرورة التمييز بين التسليم الذي يعد بمثابة الركن الخامس في العقد إضافة إلى التراضي والأهلية والمحل والسبب والذي يضيف على العقد طابعة العيني وبين واقعة التسليم والتسلم (Livraison et la reception) التي تعتبر النهاية الطبيعية لمعظم العقود الناقلة للملكية والواردة على الخدمات (كعقد البيع وعقد الكراء، وعقد المقاوله) ففي العقد الأول يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري وهو سالم من العيوب وفي عقد الكراء يلتزم المكري بتمكين المشتري من العين المكتراة عن طريق تسليم مفاتيح المنزل للمستفيد من عقد الكراء، وفي عقد المقاوله يلتزم المقاول بتسليم الشيء محل المقاوله لرب العمل أو المالك...

وفي الأخير فإن العقد العيني بالرغم من الانتقادات التي وجهت له⁽²⁴⁾ باعتباره إرثاً موروثاً عن التقاليد الرومانية مثله في ذلك مثل العقد الشكلي إلا أن معظم التشريعات المدنية المعاصرة لازالت محتفظة بأنماط وصور لهذا العقد الشيء الذي يخفف من حدة هذه الانتقادات⁽²⁵⁾.

المبحث الثاني

العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

44 - تنقسم العقود من حيث التحمل بالالتزامات إلى عقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لطرف واحد، ففي النوع الأول نجد أن كلا من المتعاقدين يتحمل بالتزامات متقابلة، وهذا ما ينطبق على عقد المقاوله والبيع والكراء إذ يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال مقابل التزام رب العمل بدفع الأجرة له، ويلتزم البائع بتسليم المبيع مقابل دفع المشتري لثمن البضاعة، ويلتزم المكري بدوره بتمكين المشتري من العين المكتراة مقابل أداء المشتري لوجبية الكراء المنفق عليها.

45 - وفي مقابل هذا النوع من العقود فإن هناك نوعاً آخر من العقود التي يلقي فيها عبء تنفيذ الالتزام على عاتق أحد الأطراف فقط، كما هو الحال في

(22) انظر الفصل (833) ق.ل.ع.

(23) انظر الفصل (856) ق.ل.ع.

(24) انظر هذه الانتقادات لدى كل من: بوريس ستارك (STARK (B))

"Droit civil- les obligation édi 1972 p: 377 n° 1175/ Gestion (j) op.cit, p: 266 n° 431.

(25) بخصوص هذه العقود العينية التي اعتمدتها التقنيات المعاصرة انظر القانون المدني الألماني الذي جعل عقد القرض عينيا، والقانون الكندي لمنطقة (كوبيك) الذي جعل القرض والوديعة =

= = عقدين عيينين، أما القانون المدني المصري الجديد فقد اعتبر هبة المنقول بمثابة عقد عيني دون غيره من العقود الأخرى (المادة : 488).

عقد الهبة⁽²⁶⁾ حيث يتعين على الواهب تسليم الشيء الموهوب للمستفيد منه²⁷ وذلك من غير أن يتحمل هذا الأخير بأي التزام مقابل وما قيل عن الهبة يقال أيضا عن عقد الكفالة إذ أن الطرف المكفول لا يتحمل بأي التزام مقابل للالتزام بالضمان الشخصي الذي تحمل به الكفيل تجاه الدائن⁽²⁸⁾.

46 - وهنا يتعين التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد وبين ما يسمى بتصرف الإرادة المنفردة، ففي الوضع الأول نكون أمام عقد بمعناه الدقيق احد طرفيه الدائن والطرف الثاني هو المدين، أما في الوضع الثاني فنكون أمام التزام ناشئ عن إرادة واحدة فقط أما المستفيد من هذا الالتزام فليس له من تأثير على قيام التصرف وإنما تظهر أهميته بخصوص الآثار المترتبة على الالتزام الأحادي الطرف لا غير⁽²⁹⁾.

47 - ويترتب على هذه التفرقة بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد مجموعة من الآثار القانونية التي تخص العقد الأول دون الثاني³⁰ من ذلك مثلا :

أولا - إمكانية استعمال الدفع بعدم التنفيذ: (Exception d'inexécution)

48 - نظرا لتقابل الالتزامات في العقد الملزم لجانبين فإنه يحق لكل من المتعاقدين أن يدفع بعدم تنفيذ العقد من طرف المتعاقد الآخر، وتحديد من هو

(26) ليس هناك اتفاق شامل بين الفقهاء على أن الهبة تدخل ضمن زمرة العقود لتسرب الشك إلى هؤلاء الفقهاء بخصوص عنصر القبول فيها هل يعد ركنا لقيام الهبة أم مجرد شرط لسريان آثارها فحسب فقد صنفها المشرع المصري ضمن قائمة العقود، في حين أن المشرع الفرنسي قد عدل عن تسميتها بالعقد إلى إطلاق مصطلح التصرف عليها وذلك نتيجة للإبهام الذي يكتسي الهبة من حيث الوصف والطبيعة القانونية، وعدم الاستقرار على وصف معين هو الذي يطبع آراء الفقهاء المسلمين بخصوص هذا الموضوع. (للمزيد من الإطلاع انظر - السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي المجلد الأول ص: 42 وما يليها).

(27) في مقابل التزام الواهب بتسليم الشيء الموهوب للمهوب له فإن هذا الأخير يتعين عليه حوز الشيء الذي كان موضوعا لعقد الهبة ونظرا لاختلاف هذه الأحكام باختلاف نوعية الأشياء الموهوبة فإنه يمكن الرجوع للأبحاث الآتية:

➤ عمر الأبيض "شرط الحوز في التبرعات"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق - أكادال - الرباط 2010.

➤ أحمد أدريوش "الحوز في التبرع بعقار محفظ" من منشورات سلسلة المعرفة القانونية طبعة 2010.

(28) الكفالة المقصودة هنا هي الكفالة الشخصية من غير مقابل، لأنه بتوفر هذا المقابل فإن عقد الكفالة يتحول من عقد ملزم لجانب واحد لعقد ملزم لجانبين.

(29) قصد الإطلاع على الجوانب المختلفة لهذه التصرفات انظر:

HOUIN (R) "La distinction des contrats synallagmatiques et des contrat Unilatéraux" thèse Paris 1937.

(30) بالنظر لأهمية العقد الملزم لجانبين (contrat synallagmatique) فإن القانون المدني الألماني خصص له سبع مواد لبيان الأحكام المترتبة عنه. (من 320 إلى 326).

البادئ بالتنفيذ يتعلق بطبيعة المعاملة أو العرف الجاري به العمل أو الاتفاق ويمكن استخلاص هذه القاعدة من الفصل 235 ق.ل.ع التي ورد فيها ما يلي :

«في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل»⁽³¹⁾.

فهذا الدفع لا يمكن استعماله إلا إذا كان العقد ملزماً لجانبين أما إذا كان ملزماً لجانب واحد فإنه غالباً ما يحمل في طياته معنى التبرع الأمر الذي يحول دون إثارة مثل هذا النوع من الدفوع لكون المستفيد غالباً ما يكون في موقف ضعف⁽³²⁾.

ثانياً- إمكانية اللجوء إلى ممارسة دعوى الفسخ:

49 - دعوى المطالبة بفسخ العقد لا يكون للمدعى الحق في ممارستها إلا إذا ثبت مطل المدين عن التنفيذ لسبب من الأسباب الاختيارية أو الاضطرارية، ولا علاقة للفسخ بالبطالان أو الإبطال لأن الفسخ لا يتقرر إلا بعد استكمال العقد لشروطه وأركانه اللازمة لقيامه وان المطالبة بالفسخ ما هي إلا نتيجة لعدم التنفيذ، أما البطلان والإبطال فهما جزاءان للعقد الذي اختل فيه أحد أركان قيامه أو شرط من شروط صحته، خلاصة القول أن رفع هذه الدعوى غير ممكنة، إلا إذا كان العقد ملزماً لجانبين فقط، لاستحالة رفعها في العقد الملزم لجانب واحد (الفصل 259 ق.ل.ع)⁽³³⁾.

ثالثاً- التفرقة السابقة تسمح بتحديد تحمل تبعة المخاطر والضمان:

50 - لما كان التحمل بالضمان نتيجة العيب أو الهلاك ما هو في الأصل إلا جزءاً لا يتجزأ من الالتزامات التي تلقى على عاتق المدين بالالتزام كالبائع والمقاول حيث يلتزم الأول منهما بتسليم البضاعة للمشتري ويلتزم الثاني بتسليم

(31) من التطبيقات القضائية بخصوص هذا النص انظر: قرار المجلس الأعلى رقم: 323 الصادر بتاريخ (1983/2/16) المنشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 32 سنة 1983 ص: 21 حيث جاء فيه بأنه لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به حسب العقد، وفي العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع من أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل الفصلان 234 و 235 من ق.ل.ع).

(32) إن موقف المتعاقد الثاني في العقد الملزم لجانب واحد يكون أشبه بالمستفيد من التصرفات التبرعية والقاعدة في هذا النوع الأخير من التصرفات أن الملتزم لا يتحمل بأي ضمان (الفصل 322 ق ل ع).

(33) الأصل أن اللجوء إلى المطالبة بالفسخ لا تكون إلا بعد استحالة التنفيذ، بحيث إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً ولو في جزء منه كانت الأولوية للتنفيذ على الفسخ، إلا أن المجلس الأعلى ذهب في قرار له صادر بتاريخ (1981 /2/25) مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد: 28 = = ص: 44 إلى أن الترتيب الوارد في الفصل 259 ق ل ع لا يلزم الدائن في حالة المطل إذ يكون له أن يختار الفسخ حتى ولو كان تنفيذ الالتزام لازال ممكناً.

أشغال المقاوله لرب العمل، ولن يتحقق الهدف من هذين العقدين إلا إذا كانت البضاعة وأشغال المقاوله سالمين من العيوب والنقائص التي تضعف من مردوديتها، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام إجبار كل من البائع والمقاول بالتحمل بالضمان (الفصول 549) وما يليها من ق. ل. ع بخصوص عقد البيع و 769 ق. ل. ع وما يليه بخصوص عقد المقاوله وما قيل عن الضمان للعييب يقال أيضا عن الهلاك سواء تم بفعل قوة قاهرة أو بفعل آخر لا دخل للمدين فيه، ففي هذه الحالات نلاحظ أن تحمل تبعات المخاطر والضمان تختلف باختلاف نوعية العقد، فالتحمل بالضمان للعييب لا يكون في العقود الملزمة لجانب واحد لكون هذه الأخيرة تكون أشبه بتصرفات التبرع التي لا ضمان فيها⁽³⁴⁾ أما بخصوص تبعة الهلاك فإن البضاعة إذا هلك بفعل قوة قاهرة وكان العقد ملزما لجانبين كالبيع فهذا يعني أن البائع سيتحمل من الالتزام بنقل الملكية للمشتري وبالتالي فليس له الحق في المطالبة بثمن البضاعة لعدم وجود ما يبرر ذلك، أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة بدون أجر وهلك الشيء المودع لدى المودع لديه فهذا يعني أن تحمل تبعة الهلاك ستكون من نصيب المودع ولو حصل الهلاك عند المودع لديه مادام لم يثبت التفريط والتقصير في حقه وسبب تحلل المودع لديه هو عدم التزامه بتعهد مقابل.

المبحث الثالث

العقود الفردية والجماعية

51 - العقد الفردي هو الذي تقتصر آثاره القانونية على الأطراف الذين وافقوا عليه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين بشرط أن يكون الجميع قد وافق عليه لا فرق في ذلك بين أن يكون الطرف الموجب أو القابل واحدا أو متعددين، ومن مميزات العقد الفردي هو أنه يتوافق مع مبدأ مشهور في القانون المدني هو «مبدأ نسبية آثار العقد» الذي يقضي بأن العقد كأصل عام لا يلزم إلا من كان طرفا فيه وعبر عن إرادته بمحض اختياره الكامل⁽³⁵⁾.

(34) لمزيد من التفاصيل حول ارتباط الضمان بعقود المعاوضات انظر :

- عبد القادر العرعاري «ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي» رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص لسنة 1985 ص: 35 وما بعدها.

- الكاساني «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» الجزء الخامس ص: 274 طبعة 1974.

(35) لمزيد من التفاصيل حول العقد الفردي انظر :

- بوريس ستارك - المرجع السابق ص : 363 فقرة: 1117.

52 - وبالمقابل فإن العقد الجماعي⁽³⁶⁾ (Contrats collectives) الذي قد تمتد آثاره إلى أشخاص آخرين لم يوافقوا عليه نتيجة لتحكم الجماعة في مصدر القرار، وهذا ما نلاحظه في عقد العمل الجماعي الذي تبرمه النقابة بالنيابة عن العمال، فبنود هذا العقد تعد ملزمة للجميع بما في ذلك الأقلية التي عارضته، ويدخل ضمن زمرة العقود الجماعية جل العقود والتصرفات التي تقوم بها الجماعات المهنية والتمثيلية لفئات الحرفيين والتجار والصناع والسكان الذين يقطنون في العمارات الخاضعة لتسيير الاتحاد، وبناء عليه فإن العقود التي يبرمها ممثل الاتحاد في إطار النظام المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية نيابة عن الشركاء الذين يشكلون هذا الاتحاد ضمن مقتضيات المواد 21 وما بعدها من القانون رقم (18.00) المؤرخ في (2002/10/3) تدخل ضمن هذا الصنف من العقود التي ينطبق عليها مثل هذا الوصف.⁽³⁷⁾

المبحث الرابع

العقود الفورية والعقود الزمنية

(Contrats instantanés et contrats successifs)

53 - العقد الفوري هو الذي ينتج آثاره القانونية لحظة إبرامه وقد يتأخر التنفيذ لأجل لاحقة إلا أن عنصر الزمن لا يعد شيئاً أساسياً في هذا الصنف من العقود، فعقد البيع الوارد على منقول أو عقار يعد من العقود الفورية حتى ولو تطلب تسليم العقار للمشتري إجراءات خاصة تستغرق وقتاً قد يطول أو يقصر، المهم أن عقد البيع يكون واضح المعالم بمجرد إبرامه بما في ذلك المحل والثمن، وما تأجيل أداء الثمن للبائع أو سلوك مسطرة تسجيل العقار في المحافظة العقارية إلا من قبيل الشروط العارضة التي لا علاقة لها بإبرام العقد⁽³⁸⁾.

54 - أما العقد الزمني أو المستمر فهو الذي يكون فيه لعامل الزمن دور حاسم لقيام هذا العقد وذلك كعقد الكراء وعقد التوريد وعقد العمل ففي هذه الأنواع من

- جستان - المرجع السابق ص: 16 فقرة: 28.

(36) قصد تكوين نظرة عامة عن العقد الجماعي انظر:

ROUJOU de Boubée: "Essai sur l'acte juridique collectif" thèse Toulouse 1961.

(37) من ذلك أيضاً ما يبرمه السنديك من عقود وتصرفات قانونية باسم الدائنين ولفائدتهم في إطار مقتضيات المواد 608، 642 من مدونة التجارة لفتح غشت 1996 عندما تكون المقولة متعثرة في حاجة للنسوية القضائية.

(38) راجع سليمان مرقس - المرجع السابق ص: 108 فقرة: 56.

- ستارك - المرجع السابق - ص: 362 فقرة 1109.

العقود نلاحظ أن الزمن يلعب دورا بارزا في تكوين هذه العقود وفي إنتاج آثارها، فعنصر الزمن في عقد الكراء يعد من الشرائط الأساسية فيه سواء كان الكراء من النوع الطويل الأجل أو القصير الذي قد لا يتجاوز 24 ساعة كما هو الشأن في استئجار غرفة بفندق معين، وفي عقد التوريد (Contrat de fourniture) فإن وصول البضاعة للزبون يرتبط بمرور مهلة زمنية محددة سابقا وقد تتجدد التوريدات على فترات متقطعة إلا أن ذلك ليس له من اثر على العقد الأصلي الذي يعد بمفرده كافيا لإطلاق وصف العقد الزمني عليه⁽³⁹⁾.

ويترتب على التفرقة السابقة بين العقد الفوري والعقد الزمني مجموعة من الآثار القانونية نجملها فيما يلي:

أولا - اختلاف العقدين من حيث الآثار المترتبة عن الفسخ:

55 - يلاحظ في الواقع العملي بأن آثار العقدين ليست واحدة من حيث الفسخ، فإذا تعلق الأمر بالمطالبة بفسخ العقود الفورية فهذا يعني إرجاع الأطراف المتعاقدة إلى الوضعية السابقة على عملية التعاقد مادام ذلك ممكنا⁽⁴⁰⁾ أما في العقود المستمرة فإن إقرار الفسخ قد يحصل أثناء تنفيذ العقد الأمر الذي يصعب مأمورية إرجاع الأطراف للوضع السابق، ونتيجة للأمر الواقع فإن آثار الفسخ تقتصر على المستقبل دون الماضي.

ثانيا- إقرار نظرية الظروف الطارئة في العقود المستمرة:

56 - تذهب التشريعات المعاصرة إلى إقرار نظرية الظروف الطارئة في ميدان العقود الزمنية نتيجة لظروف غير متوقعة جعلت تنفيذ العقد مرهقا للمدين بالالتزام أما العقد الفوري فلا يمكن تصور أعمال هذه النظرية في ظله لسريان

(39) بخصوص تمديد العقد بصورة ضمنية يمكن القول بأن الفصل (25 ق ل ع) يجيز ذلك إذا لم يكن هناك ما ينم على الرفض الصريح له، ويعتبر السكوت علامة وقرينة واضحة على هذا التمديد فقد جاء في هذا الفصل ما يلي: «عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه، ويكون السكوت على الرد بمثابة القبول إذا تعلق بالإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين» هذه القاعدة يمكن استخلاصها من الفصل 689 ق.ل.ع المتعلق بعقد الكراء حيث ورد فيه بأنه: «إذا أبرم الكراء لمدة محددة ثم انتهت وظل المكثري واضعا يده على العين فانه يتحدد بنفس الشروط ولنفس المدة...».

(40) هذه القاعدة يمكن استنتاجها من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ (1980/4/30) المنشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 28 ص: 60 حيث جاء فيه: «يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته وإلزام كل منهما بالرد للآخر ما أخذ منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله» وهذه القاعدة مستقاة من نص الفصل 316 ق.ل.ع.

أثاره في وقت وجيز لا يسمح بتغيير الظروف فيه، وعلى كل حال فإنه أمام عدم إقرار المشرع المغربي لنظرية الظروف الطارئة فإنه لا داعي لإثارة مثل هذا الإشكال بالمغرب⁽⁴¹⁾.

ثالثا- إمكانية مراجعة العقد الزمني لتغير الأوضاع الاقتصادية:

57 - إن استحالة مراجعة العقد الزمني بسبب الظرف الطارئ في القانون المغربي لا يحول مطلقا دون مراجعة بعض العقود نتيجة لتغير الوضع الاقتصادي، كما هو الشأن بالنسبة لمراجعة سومة الكراء⁽⁴²⁾ كل ثلاث سنوات، أو المطالبة بالزيادة في أجور العمال بسبب الزيادة التي تواكب أسعار المواد الغذائية... وهكذا.

المبحث الخامس

العقود الاختيارية وعقد الإذعان

58 - العقود الاختيارية (Contrats négociés) هي التي تتبني على المساومة الحرة للأطراف بحيث تتم مناقشة بنود العقد بمحض اختيار المتعاقدين معا وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذا ما نستخلصه من نص الفصل 19 ق. ل. ع الذي ورد فيه «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية» ويتميز العقد الاختياري بأن أطرافه يكونان متساويان من حيث المراكز الاقتصادية وإن كلا منهما لا يكون مجبرا على قبول الشروط التعسفية التي قد يملئها الطرف الآخر لوجود إمكانية للتعاقد مع طرف آخر غير الطرف المتعسف.

59 - وفي مقابل العقود الاختيارية هناك ما يسمى بعقود الإذعان أو العقود الجبرية (Contrats d'adhésions) وهي العقود التي يختل فيها عنصر التوازن بين الأطراف بسبب قوة اقتصادية أو وجود حالة الاحتكار التي تفرض التعاقد جبرا مع

(41) انظر بحث لفائزة بلعسري حول مدى إمكانية إقرار نظرية الظروف الطارئة بالمغرب - مجلة الملحق القضائي العدد : 3-1980 ص: 94 وما يليها .

(42) يمكن الاستدلال على ذلك بما ورد في المادة الثالثة من القانون رقم (07.03) المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر في (2007/11/30) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5586 من أنه يمكن المطالبة بمراجعة الوجيبة الكرائية بعد مرور ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاتفاق على هذه الوجيبة أو من تاريخ مراجعتها بين الأطراف أو من التاريخ الذي حددته المحكمة بخصوص هذه المراجعة.

الطرف القوي في العقد⁽⁴³⁾ وهذا ما يتحقق في عقود المشاركة في خطوط الكهرباء والهاتف مثلا إذ أن الخدمات غالبا ما تحتفظ بها المؤسسات الاحتكارية دون غيرها الأمر الذي يجعل الزبون أمام خيار صعب هو قبول التعاقد أو رفضه أصلا، غير انه أمام وطأة الحاجة فإنه غالبا ما يذعن للشروط التي يملئها الطرف الآخر عليه، من هنا يتبين لنا أنه يتعين لا اعتبار هذا العقد أو ذاك من صميم عقود الإذعان توافر الشروط التالية:

- 1 - أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد موضوعا لاحتكار قانوني أو فعلي.
- 2 - أن يكون الطرف الضعيف في العقد مدفوعا إلى التعاقد تحت وطأة الحاجة الملحة التي لا بديل عنها.

- 3 - أن يتم وضع شروط العقد مسبقا من طرف الجانب القوي وما على المتعاقد الآخر إلا قبول هذه الشروط على ما هي عليها أو الامتناع عن التعاقد أصلا⁽⁴⁴⁾.

بقي أن نشير في نهاية هذا المبحث إلى أنه بصدر القانون (31.08) المتعلق بحماية المستهلك المؤرخ في (2011/2/18)⁽⁴⁵⁾ فإن المشرع المغربي يكون قد التحق بركب التشريعات التي خصصت للمستهلك حماية استثنائية ضد تجاوزات المهنيين في مجال العقود الاستهلاكية وعقود الإذعان وخول بذلك للقضاء عدة إمكانيات لحمايته من الشروط التعسفية وضد كل التجاوزات التي يستغل فيها المهني تفوقه الاقتصادي لإرغام المستهلك على قبول شروطه الإذعائية⁽⁴⁶⁾ وسنعود في مناسبات

(43) أمام هذا الوضع اللامتوازن فإن التشريعات المعاصرة أصبحت تراعي مصلحة الطرف الضعيف في العقد وتمنح القاضي إمكانية مراجعة العقد والتخفيف من حدة الشروط التعسفية التي قد يملئها الطرف القوي على الطرف الضعيف.

وقد خطا المشرع المغربي خطوات إلى الأمام بإصداره للقانون (31.08) المتعلق بوضع تدابير جديدة لحماية المستهلك (القانون مؤرخ في (2011/2/18) منشور في الجريدة الرسمية عدد 5932.

(44) لمزيد من الاطلاع على عقود الإذعان انظر:

BERLIOZ "Le contrat d'adhésion" thèse Paris 1971 (L.G.D.J)

CREPEAU (P) "Contrat d'adhésion et contrat type" Mélanges offerts a Louis Boudouin p: 67 et s.

العربي مياد «إشكالية التراضي في عقود الإذعان» أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق – أكادال الرباط 2001-2002.

(45) بخصوص عناصر هذه الحماية انظر ما قلناه بشأنها في المبحث الثالث المتعلق بحماية إرادة المتعاقد خارج المنظومة التقليدية لعبوب التراضي (الفقرات من 202 وما يليها من هذه الدراسة لاحقا).

(46) لقد خصص المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية مقتضيات القسم الثالث من القانون (31.08) (المواد من 15 إلى 20) منه وجعل مضمون هذه المواد من النظام العام.

مقبلة لتوضيح المستجدات التي أتى بها القانون المشار إليه أعلاه لصالح المتعاقد الضعيف الذي يحتاج لحماية خاصة قبل وأثناء وبعد إبرام العقد الذي يربطه بالمتعاقد المهني.

المبحث السادس

عقد المعاوضة وعقد التبرع

60 - عقد المعاوضة⁽⁴⁷⁾ (Contrat à titre onéreux) هو الذي يلتزم فيه المتعاقدان بأداء التزاماتهما المتقابلة، فهذا النوع من العقود ينبني على معادلة الأخذ والعطاء بحيث يهدف كل من أطرافه إلى تحقيق أغراضه التي خطط لها قبل إبرام العقد، فالعوض شيء أساسي في هذا النوع من العقود، لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا العوض مبلغا نقديا كما هو الحال في عقد البيع أو سلعة كما هو الشأن في العقود التي تفيد المقايضة أي استبدال سلعة أو حقوق مالية بغيرها قد تكون من نفس النوع كاستبدال قطعة أرضية بقطعة أخرى، وقد تكون من نوع مغاير كاستبدال أثاث تقليدي بأخر عصري.

61 - اما بالنسبة لعقد التبرع (Contrat à titre gratuit) فهو الذي لا ينبني على تقابل العوضين وانما التبرع على وجه البر والإحسان ويدخل في ذلك الهبات بمختلف انواعها وكذا العقود التي تفيد اسداء المعونة والمساعدة للغير كتقديم علاجات طبية لمريض بدون مقابل أو تمكين شخص من الاستفادة من منزل دون مطالبة بمقابل الكراء، خلاصة القول أن مظاهر عقود التبرع لا تقتصر على نقل منافع الاعيان أو نقل الملكية للمستفيد من غير مقابل وانما تمتد إلى مجرد تقديم يد المساعدة للغير ككفالة المدين المعسر من غير ضمان مقابل أو تولي الدفاع عن المتهم من غير اتعاب قضائية... الخ.

62 - ويترتب على هذه التفرقة بين عقود التبرع وعقود المعاوضة نتائج هامة نجملها فيما يلي:

(47) قصد تكوين نظرة عامة عن عقود المعاوضة انظر :

أولاً- ان التحمل بالضمان للعيب أو تخلف الصفات يقتصر في الواقع على العقود التي تفيد المعاوضة لتقابل الالتزامات فيها⁽⁴⁸⁾، اما بالنسبة لعقود التبرع فهي مبنية على عدم الضمان ما لم يعتمد المتبرع الحاق الضرر بالشئ المتبرع به بعد نشوء التصرف.

ثانيا: ان المشرع المغربي قد تشدد كثيرا في التبرعات التي يقبل عليها الشخص في مرض الموت⁽⁴⁹⁾ وهذا ما ينص عليه الفصل (344) ق.ل.ع الذي جاء فيه : «الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصلح الا إذا أقره باقي الورثة» وهذا الحكم هو الذي ينطبق على البيع الذي يجريه المريض عندما يكون على فراش الموت (الفصل 479 ق.ل.ع) وهذا الحكم يقتصر في الأصل على التصرفات التبرعية فقط وما تمديده ليشمل البيع الا تفاديا للحالات التي يكون فيه البيع مبطنا بعقد تبرع.

ثالثا - بالنسبة للتشريعات التي أخذت بالدعوى البوليانية (الدعوى غير المباشرة)⁽⁵⁰⁾ فانه لا يحق للدائنين الاستفادة من هذه الدعوى في ميدان عقود

(48) لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة انظر رسالتنا لدبلوم الدراسات العليا حول ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون ل.ع المغربي ص : 35 وما يليها.

(49) بخصوص التطبيق القضائي انظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ (1982/12/25) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 31 ص : 45 حيث قرر بأنه لا يكفي لبطلان العقد محاباة الوارث بل لا بد أن يكون مقرونا بمرض الموت.

محكمة استئناف الرباط في (1925/7/8) حيث قررت بان تصرف الهبة الذي تم إبرامه في فترة مرض الموت يخضع لقواعد الفقه الإسلامي التي تقرر بطلان التصرف.

انظر أيضا قرار المجلس الأعلى عدد 2567 المؤرخ في (1994/7/20) منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 يناير 2000، ص 437 وما يليها.

وقد علقنا عليه في نفس المجلة ونفس العدد، ص 442 وما بعدها وكان موضوع التعليق هو: "أثر الأتمية على العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت"، وهو منشور أيضا في مؤلفنا حول عقد البيع طبعة ثانية 2010، ص 266 وما بعدها. وحول هذا الموضوع بصورة عامة انظر عبد السلام فيغو "أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة بالتشريع المغربي والمقارن- أطروحة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق بالبيضاء 1992.

(50) أما بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي فانه لم يأخذ بهذه الدعوى كأصل عام وان كان يشير إلى بعض مظاهرها في أماكن متفرقة من قانون ل.ع كما هو الحال بالنسبة للفصل (780) الذي يخول للعمال والصناع المستخدمين في تشييد بناء أو أشغال نابعة من عقد المقولة إمكانية اللجوء إلى إقامة دعوى مباشرة ضد من أجرى الصنع لصالحه وهو رب العمل وذلك في حدود المبالغ التي يكون ملتزما بها للمقاول .

المعاوضة الا بإثباتهم لحالة التواطؤ بين مدينهم ومن تعامل معه أما في عقود التبرع فلا حاجة لإثبات هذا التواطؤ لافتراض وجوده في هذا النوع من التصرفات.

المبحث السابع

العقود المسماة والعقود الغير المسماة

63 - العقد المسمى (Contrats nommés) هو العقد المنظم من طرف المشرع بحيث خصه باسم معين وحدد شروطه وآثاره القانونية، وقد عرض قانون الالتزامات المغربي لجملة من العقود المسماة⁽⁵¹⁾ نذكر منها على سبيل المثال عقد البيع وعقد الكراء وعقد الإجارة عن الخدمة والصناعة⁽⁵²⁾ أما العقد غير المسمى (contrats innommés) فهو العقد الذي لم يحظ بتنظيم خاص من طرف المشرع وإنما أفرزته ضرورات التعامل بين الأفراد كعقد الوساطة في الزواج الذي تتولاه مكاتب مخصصة لهذا الغرض وعقد الترحيل وعقد الفندقية أو الضيافة.

64 - ويحق للأفراد دائما الاتفاق على إنشاء ما طاب لهم من العقود غير المسماة بشرط أن يتقيدوا باحترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة وإذا كان الأمر لا يثير مشاكل من حيث التكيف⁽⁵³⁾ عندما يتعلق الأمر بعقد بسيط غير مسمى فان الوضع على خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر بعقد مركب غير مسمى

(انظر بخصوص هذا الأصل العام ابتدائية الدار البيضاء (1925/6/24) مجلة المحاكم المغربية لسنة 1925 عدد : 324).

(51) يمكن الرجوع إلى الفقرة 10 من هذه الدراسة قصد الاطلاع على المنظور العام بخصوص العقود المسماة في قانون ل.ع.

(52) يمكن القول بدون تردد بأن الفقهاء المسلمون قد تفوقوا عن غيرهم بخصوص النظرية العامة للعقود المسماة فهم قد عرضوا لأكثر عدد ممكن من العقود وفصلوا أحكامها واهتموا بدراسة بعض العقود التي انتقصت فعاليتها في الوقت الراهن كعقد المزارعة والمساقاة، وعقد الخماسة إلى غير ذلك من العقود التي كانت معروفة آنذاك.

- (للتفاصيل انظر- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ السنهاوري المجلد الأول ص: 40)

(53) لمزيد من الإطلاع على تكييف الدعوى المدنية الناشئة عن الالتزامات والعقود انظر :

- عمر بوخدة «تكييف الدعوى المدنية» مجلة رسالة المحاماة التي تصدرها هيئة المحامين بالرباط العدد: 5-1988 - ص: 133.

أيضا:

➤ محمد الإدريسي "تكييف العقود في القانون المدني على ضوء التشريع والقضاء المغربي"، طبعة أولى 2011.

(contrat complexe innommé) وذلك مثل عقد الضيافة الشامل في فندق أو مأوى بحيث يشمل في العادة كراء الغرفة وإيداع الأمتعة لدى صاحب النزل وقد يمتد الأمر إلى بيع الوجبات اليومية وما يواكبها من مواد أخرى من هنا نلاحظ أن هذا العقد مركب في أصله فهو يتكون من خليط من العقود الفرعية التي يتضمنها العقد الأصلي، الأمر الذي يتطلب إعطاء التكييف الصحيح لهذا العقد حتى يتم تفادي الغموض والإبهام.

المبحث الثامن

العقود البسيطة والعقود المركبة

65 - العقد البسيط (Contrat simple) هو العقد الذي يتضمن وصفا واحدا بحيث لا مجال للشك في طبيعته القانونية لعدم اختلاطه بغيره من العقود وأغلب العقود التي يتعامل بها الأفراد من النوع البسيط كعقد البيع والكراء والعمل والوكالة.

أما العقد المركب (contrat complexe) فهو العقد الذي يتخذ أكثر من وصف قانوني وتتحد فيه عناصر أكثر من عقد واحد بحيث لا يمكن القطع في انتسابها لصنف معين من العقود الشيء الذي يجعل القاضي في حيرة من أمره عندما يكون أمام مهمة تكييف هذا النوع من العقود.

66 - وبرز مثال للعقود المركبة هو عقد الاستصناع الذي يتم بمواد مقدمة من رب العمل⁽⁵⁴⁾ (الزبون) فهذا العقد غالبا ما يتراوح بين البيع والمقولة بحسب نسبة قيمة المواد للعمل الذي يقدمه الصانع، فإن كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل فالعقد بيعا، أما في الحالة المعاكسة عندما تكون قيمة المواد أقل من قيمة العمل فالعقد مقولة، وإذا كان قانون ل.ع. المغربي قد اعتبر هذا العقد مقولة من غير تفصيل وذلك في الفصل (760 ق ل ع) إلا أن الفقه والقضاء المعاصرين لازالا لم يستقرا على معيار قار لتكييف هذا العقد⁽⁵⁵⁾ وما قيل عن عقد الاستصناع يقال أيضا عن عقد العمل المرتبط بشرط الإقامة في فنادق تابعة لأعمال الورش وما يتبع ذلك من استهلاك للوجبات الغذائية ومقابل الأعمال الترفيهية في أوقات الليل، فبما أن هذا الصنف من العقود غالبا ما يتشكل من خليط من التصرفات

(54) لم يعد عقد الاستصناع محصورا في المعاملات المدنية التي تتم داخل ارض الوطن بل أصبح يتخذ شكل العقود الدولية، وهذا ما نلمسه في عقود الاستصناع الدولي التي تتم بين الأفراد والشركات الأجنبية التي تتعهد بتشديد منشآت وأشغال قابلة للوجود في المستقبل.

(55) بخصوص هذه النقاشات الفقهية والقضائية انظر مقالنا حول عنوان : «مفهوم عقد المقولة في القانون المغربي» دراسة مقارنة - ندوة المقولة والقانون المغربي.

- رهان سنة 2000 التي نظمتها كلية الحقوق بالرباط يومي 9-10 مارس 1990.

القانونية فان تحديد هوية هذا العقد وطبيعته القانونية أمر يثير أكثر من سؤال خصوصاً ما يتعلق منها بتحديد نوعية الضمان الذي يتحمل به صاحب الورش تجاه العامل ونوعية الإثبات الذي يتعين سلوكه لإقامة الدليل على خطأ رب العمل وكذا نوع التعويض المستحق للعامل في حالة تعرضه لأضرار مدنية خارج أوقات العمل عندما يتناول وجباته الغذائية⁽⁵⁶⁾.

الفصل الثالث

مبدأ سلطان الإرادة وأثره في تكوين العقد

(Le principe de l'autonomie de la volonté)

67 - يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المواضيع الفلسفية ذات الطابع القانوني التي أخذت حيزاً مهماً من الدراسات الفقهية ماضياً وحاضراً، ويتلخص جوهر هذا الموضوع في الإجابة عما إذا كانت الإرادة قادرة لوحدها على إنشاء التصرفات القانونية أم أنها في حاجة إلى من يساعدها على تحقيق ذلك، وبصدد الإجابة عن هذا الاستفسار فإن الفقه قد انقسم على نفسه بين مناصر ومعارض لهذا المبدأ، وقد كان لهذا الاختلاف الفقهي انعكاس على مواقف التشريعات المدنية بخصوص مدى أثر الإرادة على تكوين العقود، فما هو المقصود بمبدأ سلطان الإرادة؟ وكيف تطور هذا المبدأ؟ وما هو موقف قانون الالتزامات والعقود منه؟

المطلب الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة:

68 - يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الفرد حر في التعاقد أو عدم التعاقد وإذا قيد نفسه بالموافقة على العقد فهذا يكون عن اقتناع واختيار تامين، وقد عبر الفقيه (كونو - Gonot)⁽⁵⁷⁾ في أطروحته حول مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني عن هذه الفكرة بما يلي: «أنا لست ملزماً بأي تصرف قانوني إلا إذا رغبت فيه، وفي الوقت الذي أريد، وبالكيفية التي أحبها» وهذه الحرية التي نادى بها أنصار هذا

(56) حول العقود المركبة بصورة عامة : انظر : - سليمان - مرقس - المرجع السابق ص : 115.

(57) Gonot "Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil" thèse Dijon 1912 p: 136.

"Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux au moment au je le veux, et dans la mesure au je le veux".

➤ voir aussi:

= =

= = Rouhette (Georges) "observations critique sur l'autonomie de la volonté en droit positive" in Tallon et Harris sur le contrat d'Aujourd'hui" comparaisons Franco-anglaise- (L.G.D.J) Paris 1987 p: 27 et s.

➤ Rivièrè (P) "Réflexions sur l'autonomie de la volonté dans le droit contractuelle (G.T.M) 1947 n° 1008 p: 149 et s.

➤ Decroux (P) "l'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel Marocain" Paris 1953.

المبدأ ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بمجموعة من الضوابط القانونية كالنظام العام والآداب العامة كما أنها تتقيد باحترام حقوق الآخرين وعدم التعسف عليهم⁽⁵⁸⁾.

المطلب الثاني: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة:

69 - لقد ظهر المبدأ في المراحل الموالية للقانون الروماني، فالإرادة عند الرومان⁽⁵⁹⁾ لم تكن كافية لوحدها أن تنشئ تصرفاً قانونياً حتى ولو كان من البساطة بمكان، ويرجع ذلك إلى أن عنصر الشكالية هو الذي كان يسيطر في ميدان إبرام العقود، أما الرضائية فكان لها ميدان ضيق جداً لا يتعدى العقود الأربعة التالية: البيع - الإيجار - الوكالة - الشركة إذ أنها كانت تتعقد بمجرد توافق إرادات الأطراف.

وفي العهد الكنسي (Droit canonique) تم التخلص نسبياً من برائث الشكالية وأصبح العقد مرتبطاً بكيفية محسوسة باحترام مبادئ ذات طابع ديني كاحترام الوفاء بالعهد وأداء الثمن العادل وأن عدم تنفيذ العقد يؤدي إلى الوقوع في الخطيئة⁽⁶⁰⁾، وبالرغم من اختلاط الإرادة بهذه المفاهيم ذات الطابع الديني إلا أن الثابت في هذا العهد هو أن إرادة الأطراف كان لها السلطان الأكبر في تحديد مضمون العقد وكيفية تنفيذه وهذا هو جوهر مبدأ سلطان الإرادة.

70 - ويعد القرن الثامن عشر بداية لكل التحولات التي طرأت على مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحاضر حيث تم تأصيل هذا المبدأ على يد أقطاب الفكر القانوني الذين عاشوا في هذا القرن وقد استعانوا في ذلك بالنتائج التي توصل إليها زعماء المدارس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية قبيل اندلاع الثورة الفرنسية

(58) للتفاصيل حول هذا الموضوع انظر أطروحة الدكتور زيد قدري الترجمان المعنونة «بنظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية» كلية الحقوق الرباط 1982-1983 وقد تم طبع هذه الأطروحة، من طرف مكتبة دار السلام سنة 2009. أيضاً:
- الدكتور فتحي الدريني «نظرية التعسف في استعمال الحق» مؤسسة الرسالة - طبعة: 1977.

(59) للتفاصيل انظر: - جستان- المرجع السابق ص: 25 بند: 45. أيضاً: - محمد شليح «سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي» رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا - كلية الحقوق الرباط 1983.
انظر أيضاً:

Vincent Forray «le consensualisme dans la theorie générale du contrat», (L.G.DJ) n 480-2007.

(60) Rouchette (G) "Contribution à l'étude critique de la notion de contrat" thèse Paris 1965, p: 583 et s "Le pacte nu est déclaré obligatoire pour éviter au débiteur de tomber dans le péché.

Chabas "de la déclaration de la volonté" thèse Paris 1931.

سنة 1789، فالفيزيوقراطيون توصلوا في ميدان الاقتصاد إلى إقرار مجموعة من القواعد الاقتصادية ذات الطابع الحر كمبدأ «دعه يعمل ودعه يمر» (Laissez passer et laissez faire) أما بالنسبة لعلماء الاجتماع فقد توصلوا إلى تقديس حرية الفرد عن طريق تحويله إمكانيات واسعة للتعايش في المجتمع كحقه المطلق في اكتساب الملكية⁽⁶¹⁾ وضبط حقوق الجوار بينه وبين غيره.

أما بالنسبة لزعماء السياسة فإنهم وجدوا في حرية الفرد متنفسا للتعبير عن وجوده داخل المجتمع وقد تأتي له ذلك عن طريق المساهمة في إبرام العقد الاجتماعي بينه وبين الحاكم، وما إرادة هذا الفرد إلا جزءا من الإرادة الجماعية للأمة التي انبثق عنها مثل هذا العقد الاجتماعي⁽⁶²⁾.

ونتيجة لتضافر هذه العوامل كلها اخذ مبدأ سلطان الإرادة مكانه الثابت داخل التقنيات المدنية التي ظهرت إبان القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وهكذا فإن المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي قد أقرت هذا المبدأ عندما اعتبرت الاتفاقات المنشأة بكيفية مشروعة بمثابة القانون بالنسبة للأطراف المنشئة له بحيث لا يمكن مراجعتها إلا باتفاق الجميع أو في الحالات المرخصة من طرف القانون.

فقد تضمنت هذه المادة مبدأ قانونيا مهما هو أن «العقد شريعة للمتعاقدين» وأن قواعد العدل⁽⁶³⁾ والإنصاف تقتضي عدم تحلل أحد الأطراف من الرابطة العقدية، إلا إذا وافق الطرف الآخر على ذلك أو كان القانون هو الذي يقر ذلك وهذه القاعدة هي التي يطلق عليها فقهاء القانون اسم «القوة الملزمة للعقد».

(61) وقد انعكست هذه المبادئ على المشرع الفرنسي عندما حاول إعطاء تعريف لحق الملكية بأنه حق المالك في التمتع والتصرف بالعقار على وجه مطلق.

(De la manière la plus absolue)

(62) بخصوص العقد الاجتماعي الذي نادى به المفكر روسو (Rousseau)

انظر فلور وأوبير - المرجع السابق ص: 75 بند : 105.

ستارك - المرجع السابق - ص: 341 بند : 1013.

(63) لقد جمع الفقيه (Fouillée) مضمون المادة 1134 مدني فرنسي في مقولته المشهورة «من قال عقدا قال عدلا» «Qui dit contractuel, dit juste».

أما الفيلسوف الألماني المشهور (كانت Kant) فقد عبر عن هذه الحقيقة بالأسلوب التالي «أي شخص لا يمكن له أن يخضع لأي قانون غير الذي تمليه عليه إرادته وكل التزام خارج عن هذه الإرادة إلا ويعد منافيا لكرامة الفرد» أورده كونو في أطروحته حول مبدأ سلطان الإرادة المشار إليه سابقا ص: 54.

71 - وأمام مبالغة أنصار مذهب سلطان الإرادة في توسيع نطاق تحرك الإرادة حيث جعلوها أساسا للتصرفات غير التعاقدية كشبه العقد وشبه الجريمة⁽⁶⁴⁾ وكذا الحقوق ذات الطابع العيني كالملكية وطرق اكتسابها فإنه قد ظهر إلى الوجود تيار مناهض لأنصار مبدأ سلطان الإرادة، وقد استمد هؤلاء الخصوم مبادئهم من المذهب الاشتراكي الذي لا يعترف بقدرة الإرادة على خلق الالتزامات إلا في أضيق الحدود عندما يتعلق الأمر بالعقد بمعناه الدقيق أما في غير هذه الحالات فإنه يصعب التسليم بهذا الطرح.

72 - ونتيجة لما سبق فإنه كانت هناك علاقة طردية بين التوسع الذي عرفته الأنظمة الاشتراكية وبين التقلص الذي أصبح يعرفه مبدأ الحرية التعاقدية في إطار مبدأ سلطان الإرادة وبالإضافة لما سبق فإن بداية القرن العشرين قد شهد تغيرا في الأدوار التي تقوم بها الدولة داخل المجتمع، فبعد أن كانت بمثابة الدولة الحارسة⁽⁶⁵⁾ فقط فإنها أصبحت تتدخل في أكثر من مجال وذلك بقصد حماية الطرف الضعيف في العقد كطبقة العمال في عقود العمل الجماعية، وطبقة المستهلكين العاديين للمواد الغذائية⁽⁶⁶⁾ وبعد أن كانت الملكية حقا مطلقا لصاحبها فإنها أصبحت مجرد وظيفة اجتماعية تخول لصاحبها المساهمة في أداء خدمة اجتماعية وفي ميدان عقود الإذعان فإن التشريعات المعاصرة أصبحت تتدخل لحماية الطرف المذعن وذلك بشتى الوسائل سواء القضائية منها أو الإدارية الأمر الذي يعني أن هناك رقابة لإرادة الأطراف الغرض منها إعادة التوازن إلى المعاملات المدنية حتى يتحقق العدل الذي هو غاية الجميع.

المطلب الثالث: موقف (ق.ل.ع) المغربي من مبدأ سلطان الإرادة

(64) أمام استحالة تحقق الإرادة الفعلية في هذا النوع من التصرفات فإن أنصار هذا المبدأ قد لجأوا إلى افتراض هذه الإرادة لتبرير أقوالهم. انظر في ذلك سليمان مرقس - المرجع السابق ص : 67 فقرة: 35.

(65) تسمى بالدولة الحارسة لان دورها كان يقتصر على توفير السلامة العامة وتوفير الأمن العام والصحة العامة وفي غير هذه المسائل فإنها كانت تلتزم دور الحياد خصوصا في الميادين الاقتصادية والاجتماعية.

(66) لمزيد من الإطلاع على القوانين الهادفة لحماية المستهلك في الميدان المدني انظر :
- محمد سيد عمران «حماية المستهلك أثناء تكوين العقد» منشأة المعارف بالإسكندرية.
علي الشرنباصي «حماية المستهلك في الفقه الإسلامي» - دراسة مقارنة - مطبعة الامانة - مصر - طبعة أولى - 1404 هـ.

أيضا: BOUDAHRAIN (A) « le droit de la consommation Au Maroc » édition - Al Madariss 1999-
وانظر في المجال التشريعي نص القانون رقم (31.08) الصادر بتاريخ (2011/2/18) المعتبر بمثابة قانون لحماية المستهلك بالمغرب.

73 - هناك مجموعة من النصوص التشريعية التي تؤكد اعتناق المشرع المغربي لمبدأ سلطان الإرادة كالفصول (2 و 19 و 21) التي تتعلق على التوالي بمبدأ الرضائية في العقود والحرية التعاقدية وضرورة التعبير عن الإرادة بشكل ظاهر إلا أنه بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع قد حدد نطاق مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح في الفصل 230 (ق. ل. ع) الذي جاء فيه : «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون»⁽⁶⁷⁾.

فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع المغربي قد جعل الإرادة شريعة للمتعاقدين وفي حالة الاتفاق بين أكثر من إرادة فإنها تصبح بمثابة القانون المنظم لهذه العلاقة العقدية بحيث لا يمكن هدم ما بنته هاتين الإرادتين إلا باتفاق مضاد أوفي الحالات التي يقرر فيها القانون مثل هذا الهدم.

وهذا المبدأ المنصوص عليه في الفصل 230 ق.ل.ع يرتبط في الأصل بمبدأين آخرين هما مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية آثار العقد إذ أن هذه المبادئ الثلاثة تشكل الأعمدة التي تقوم عليها نظرية الالتزام المنصوص عليها في القانون المدني المغربي غير أنه أمام صلاية الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة فإن معظم التشريعات المعاصرة أصبحت تميل إلى التلطيف من حدة سلطان الإرادة وذلك بهدف تحقيق عنصر التوازن بين الأداءات التي يتحمل بها أطراف العقد خصوصا في الحالات التي يثبت فيها أن إرادة احد الأطراف لم تكن حرة أثناء إبرام العقد أو أن قبول شروط العقد كان تحت ضغط اقتصادي أو ضرورة واقعية دفعت بالطرف الضعيف في العقد إلى الرضوخ لشروط الطرف القوي وذلك كيفها كانت الوسائل المستعملة لتحقيق هذا الغرض.

(67) يعتبر الفصل 230 ق.ل.ع صورة طبق الأصل للمادة 1134 مدني فرنسي التي تنص على ما يلي:

"Les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel au pour les causes que la loi autorise".

- لمزيد من التعمق حول فلسفة الفصل (230 ق.ل.ع) انظر رسالة شيلح محمد المشار إليها سابقا ص: 74 وما يليها - أيضا زيد قدرى الترجمان «الفصل 230 من (ق.ل.ع) المغربي» المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد: 7-1984 ص: 109 وما يليها.

الباب الأول

العناصر اللازمة لتكوين العقد

74 - لكي ينشأ العقد صحيحا فانه يتعين فيه أن يكون مستجمعا لعناصره الجوهرية التي يقوم عليها: فهو بمثابة البناء الذي لا بد له من أركان يؤسس عليها، وقد أشار المشرع المغربي لهذه الأركان في الفصل الثاني من ق.ل.ع الذي جاء فيه بأن «الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة من الإرادة هي :

- 1 - الأهلية للالتزام
- 2 - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.
- 3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.
- 4 - سبب مشروع للالتزام»⁽⁶⁸⁾.

وقد حذا المشرع المغربي بخصوص تحديد الأركان اللازمة لقيام العقد حذو المشرع الفرنسي في المادة 1108 من القانون المدني حيث جعلنا من الأهلية ركنا مستقلا للعقد بالإضافة للتراضي والمحل والسبب، أما الاتجاه الحديث في الفقه والتشريع المعاصرين فانه استقر على جعل الأهلية شرطا من شروط صحة التراضي وهذا يستلزم دراسة الأهلية ضمن باب صحة التراضي وهذا المنهاج هو الذي سوف نتبعه بالرغم من انه لا يتوافق مع المسلك الذي سار عليه المشرع في الفصل الثاني من (ق.ل.ع)⁽⁶⁹⁾.

(68) بالإضافة للأركان الموضوعية للعقد العادي فان هناك بعض العقود التي تتطلب توافر بعض الشروط الشكلية كالكتابة في البيوع الواردة على العقارات أو الإشهاد العدلي في عقد الزواج، كما أن التسليم يعد شرطا إضافيا في العقود العينية كالرهن الحيازي والعارية مثلا، وسوف لن نتناول هذه الشروط الإضافية في هذه الدراسة بحيث نكتفي بالإحالة على ما قلناه بشأنها في تفسيقات العقود ولان ميدان الإطلاع على هذه الشروط الخاصة هو العقود المسماة فإننا ننصح طلبتنا بالرجوع إلى الكتاب الثاني من (ق.ل.ع) لاستخلاص هذه الشروط الإضافية التي تنفرد بها بعض العقود الشكلية والعينية دون غيرها.

(69) عند المقارنة نلاحظ أن الفقهاء المسلمون قد جعلوا أركان العقد هي الصيغة والتمن والمثمن والعاقدان، فالصيغة هي المقابل لركن التراضي في القانون الوضعي أما المثلث فهو المحل أما بالنسبة للأهلية فقد عالجوا أحكامها في العاقدان وقد جمع صاحب تحفة الحكام هذه الأركان في البيتين الآتيين :

وتمن وصيغة بها اقترن
كذا المعاطاة بها تقررا.

أركانه عقد وعاقد ثمن
تقدم الإيجاب أو تأخرا

من هنا يتبين لنا أن معالجة هذا الباب ستكون على الشكل التالي:

- الفصل الأول: الرضى.

- الفصل الثاني: المحل.

- الفصل الثالث: السبب.

الفصل الأول

ركن التراضي (Le consentement)

75 - لما كان العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر على إنتاج اثر قانوني فانه لا يمكن تصور حصول هذا الاتفاق إلا إذا كان نابعا عن التراضي المزدوج لأطراف العقد، غير أن الموافقة على العقد قد تتم بناء على ضغوط أو ممارسات قهرية ألزمت المتعاقد على إبرام هذا التصرف أو ذاك وقد يكون هذا المتعاقد غير أهل لهذه الموافقة التي صدرت عنه مثلا.

من هنا يتبين لنا أن وجود التراضي في حد ذاته غير كاف للقول بوجود عقد صحيح، وإنما يتوجب أن يكون هذا التراضي صادرا عن أهل لهذا التصرف وأن يكون سالما من العيوب التي تفسد الإرادة. وسوف نعرض لوجود التراضي وذلك في مبحث أول على أن نخصص المبحث الثاني لصحة التراضي وسلامته.

الفرع الأول: وجود التراضي

76 - المقصود بالتراضي هو انصراف إرادة الأطراف إلى إنتاج الأثر القانوني المرغوب فيه⁽⁷⁰⁾ وهكذا يقال بان البائع قد ارتضى البيع وان المشتري قد ارتضى الشراء وبذلك يحصل التقابل بين إرادتي الطرفين في عقد البيع⁽⁷¹⁾ وبما أن التراضي يتمثل أساسا في هذه الرغبة الأكيدة التي يطمح إليها كل متعاقد على حدة فانه بات أمرا طبيعيا البحث عن المقصود الحقيقي الذي توخاه المتعاقدان خصوصا وان هناك بعض الحالات التي يخفق فيها أحد المتعاقدين عن التعبير

(70) انظر تعريف الدكتور سليمان مرقس في المرجع السابق ص : 132 بند : 68 حيث يرى بأن الرضا هو اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين.

(71) قبل أن يحصل التراضي على البيع فان كلا من البائع والمشتري يكون لهما متسع من الاختيار بين قبول التعاقد أو رفضه (Le principe de la liberté de contracter) وهذا المبدأ هو الذي يميز العقود الاختيارية عن عقود الإذعان التي يرغم فيها المتعاقد الضعيف على إبرام عقد دون مراعاة لإرادته الحقيقية.

عن إرادته الحقيقية الأمر الذي يطرح أكثر من استفسار حول مدى الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة للمتعاقد وهذا ما سنراه بشيء من التفصيل في النقطة الموالية.

المبحث الأول

هل العبرة في التعاقد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة؟

77 - من المعلوم أن العقد لا يعتد به قانوناً إلا إذا تم التعبير عنه بما لا يدع مجالاً للشك في انصراف إرادة أطرافه إلى الغرض المقصود منه، ويتم استخلاص هذا القصد من خلال الصيغة التي استعملت كأداة للتعاقد وبذلك تخرج الإرادة من مكامن النفس والنية إلى حيز الوجود والواقع العملي وإذا كان الوضع العادي يستلزم توافق الإرادة الظاهرة مع نوايا الإرادة الباطنة وهذا ما يحصل في غالبية الأحوال، إلا أنه قد نصادف بعض الحالات الأخرى التي لا تتوافق فيها الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة التي دفعت صاحبها للتعاقد وذلك بسبب سوء التعبير أو الفهم المغلوط للأشياء، وإزاء هذا الوضع فإنه قد ظهر إلى الوجود تياران فقهيان الأول ذو أصل لاتيني لا يعتد إلا بالإرادة الحقيقية للمتعاقد، فالعبرة بالإرادة المقصودة وليس بصيغة التعبير عنها التي قد لا تفيد نفس المعنى وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه الإرادة الحقيقية للمتعاقد (La volonté interne) (72).

أما التيار الثاني ذو النزعة الجرمانية فإنه يعتد كمبدأ عام بالإرادة الظاهرة⁷³ (la volonté déclarée) إلا أن ذلك لم يمنعه من تحفيز المحاكم للبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ويؤكد الفقه جستان في مؤلفه نظرية العقد⁽⁷⁴⁾ بأنه رغم حدة النقاش الذي كان سائداً بين أوساط الفقه قبل المصادقة النهائية على القانون المدني

(72) بخصوص تأثير المشرع الفرنسي بنظرية الإرادة الباطنة انظر :

- جستان - المرجع السابق - ص 295 بند : 279.

CHABAS (J) "La declaration de volonté en droit civil français" these Paris 1931.

(73) يؤكد الفقيه (Michel PEDAMON) في إطار تقديمه للترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني إلى الفرنسية بأن الفقه الألماني اهتم كثيراً بهذه الازدواجية بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ويخلص إلى تأكيد ما يلي:

«Cette manifestation extérieure de volonté peut être comme en France expresse ou consister dans une attitude, un Comportement qui révèle la volonté de son auteur, mais ce n'est que de manière exceptionnelle peut résulter du silence », op.cit, p 20.

وللمزيد من التوسع في هذا الباب انظر:

(74) RIEG (A) «Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand (Téhsé) Strasbourg 1961, p 92 et S.

-Ghestin (J), le contrat, op.cit, op.cit, p 295, n 279 et S.

الألماني (BGB) بين أنصار الإرادة الظاهرة وأنصار الإرادة الباطنة إلا أن المشرع اضطر إلى تطعيم مبدأ الإعلان الظاهر عن الإرادة بجملة من المواد التي حث فيها على مراعاة مبدأ حسن النية في التعامل⁽⁷⁵⁾ واحترام مبدأ الثقة المشروعة التي تنبني عليها المعاملات بين الأفراد والجماعات، فالغاية الجوهرية من إبرام العقود عادة ما تتحكم فيها البواعث الشخصية المرتبطة بالإرادة الحرة، إلا أن هذه البواعث يجب ألا تتعارض مع الوظيفة الاجتماعية للعقد (L'utilité sociale du Contrat) التي يتعين الحفاظ عليها.

78 - ولم يخرج المشرع المغربي عن هذا التوجه العام الذي يأخذ الإرادتين معا بعين الاعتبار، فهناك الكثير من النصوص الواردة في (ق ل ع) التي ألح فيها المشرع على ضرورة الاعتداد بالإرادة الظاهرة المعبر عنها من خلال ألفاظ العقد وأن التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ⁽⁷⁶⁾ وفي الباب المتعلق بتفسير العقد فإن المشرع ذكر بأنه إذا كانت ألفاظ العقد صريحة وواضحة فإنه لا مجال للبحث عن إرادة صاحبها⁽⁷⁷⁾، وفي مقابل هذا الصنف من النصوص فإن هناك مواداً أخرى أكد فيها المشرع على ضرورة استقصاء الغاية الخفية لهذه الإرادة وتحري البحث عن مقاصدها الحقيقية، وهذا ما ورد في النصوص التي تحت على أخذ الاتفاقيات السرية المعارضة⁽⁷⁸⁾ بعين الاعتبار (العقود الصورية) ونجد في الباب المتعلق بتفسير العقد بعض النصوص التي تلزم المحاكم في حالات غموض العقد وإبهامه بالبحث عن الحلول المناسبة التي تتلاءم مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وأن لا تقف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل⁽⁷⁹⁾، وهي دلالة واضحة على أن المشرع لم يهمل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين⁽⁸⁰⁾.

(75) هناك في القانون المدني الألماني الكثير من النصوص التي تؤكد على ضرورة احترام مبدأ حسن النية في التعامل من ذلك ما ورد في المادتين 157 ، 242 حيث أكد في الأولي على وجوب تفسير العقد حسب ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل، بينما أكد في الثانية بأن المدين يلزم بأداء ما تعهد به حسب ما يقتضيه مبدأ حسن والعرف في التعامل.

(76) الفصل 21 من (ق ل ع).

(77) الفصل 461 من (ق ل ع).

(78) الفصل 22 من (ق ل ع).

(79) الفصل 462 من (ق ل ع).

(80) إذا كان العقد إذعانياً أو استهلاكياً فإنه يتعين تحرير العقد حسب مضمون المادة (9) من القانون (31.08) المؤرخ في 2011/2/18 بكيفية واضحة ومفهومة وفي حالة الشك حول مدلول أحد هذه الشروط فإنه يتعين تأويل العقد بالمعنى الأكثر فائدة للمستهلك.

المبحث الثاني

وسائل التعبير عن الإرادة

79 - إن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم بأكثر من وسيلة لا فرق في ذلك بين أن تكون هذه الوسيلة لفظية أو بالكتابة أو الإشارة المفهمة وإذا كان الأصل في التعبير عن الإرادة هو استعمال الأساليب الصريحة إلا أن الأساليب الضمنية قد تفيد نفس المعنى إذا اقترنت ببعض الملابسات والظروف التي تفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إنشاء عقد ما.

المطلب الأول: التعبيرات الصريحة عن الإرادة:

80 - يتخذ التعبير الصريح عن الإرادة أكثر من شكل كاستعمال الكتابة أو الألفاظ المتداولة في ميدان التعامل، أو التعاقد بالإشارة بالنسبة لغير القادرين على استعمال الوسائل الأخرى.

1- الكتابة وهي من الوسائل الأكثر شيوعاً في ميدان المعاملات التي تتم بين أشخاص غائبين عن مجلس العقد، ولا يلزم التقيد في الكتابة بلغة معينة بذاتها إذ يجوز استعمال اللغات الأجنبية لتحقيق الهدف من عملية التعاقد ويتعين أخذ الكتابة بمفهومها الواسع فهي تشمل كل المحررات الكتابية⁽⁸¹⁾ سواء كانت في شكل مراسلات بريدية أو برقيات أو خطابات منقولة عن طريق التلكس.

2 - التعبير باللفظ: ويتمثل ذلك في استعمال الصيغ المتعارف عليها بين الناس⁽⁸²⁾ وأفضل هذه الصيغ جميعاً هي صيغة الماضي⁽⁸³⁾ التي تؤكد عزم صاحبها على قبول مقتضيات العقد، أما صيغ الحال والاستقبال فانه لا يؤخذ بها إلا إذا

وحسب مدلول المادة 16 من نفس القانون إذا تعلق الأمر بشرط تعسفي مدرج في العقد الاستهلاكي فإن تقديره يتم بالرجوع وقت إبرام العقد لجميع الظروف المحيطة به وإلى باقي الشروط الأخرى الواردة في العقد المعني أو في عقد آخر إذا كان هناك ارتباط عضوي بينهما.

(81) بدخول القانون (53.05) المؤرخ في (2007/11/30) المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل الكتروني حيز التطبيق فإنه أصبح بالإمكان التعبير عن الإرادة بشكل الكتروني، إذا كان من شأن تحريره من طرف الملتزم ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك، انظر التعديل المدخل على الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود بمقتضى القانون المشار إليه أعلاه.

(82) ابن تيمية - الفتاوى- المجلد: 29 ص: 5.

ابن حزم - المحلى- ج 8 ص: 350 مسألة : 1416.

(83) ابن رشد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص: 170.

«والعقد لا ينعقد إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية» انظر أيضاً السنهاوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج 1 ص: 87 حيث يقول بأن صيغة الماضي وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع كما يقول صاحب البدائع.

كانت نية أصحابها قد انصرفت بما لا يدع مجالاً للشك إلى الرغبة في التعاقد وهذا الوضع يستلزم استقراء الإرادة الباطنة لأطراف العقد⁽⁸⁴⁾ أما بالنسبة للصيغ التي تفيد الأمر والاستفهام فإنهما لا تعتبران من وسائل التعبير عن الإرادة للغموض الذي يكتنفهما.

3 - التعبير بالإشارة: ليس هناك ما يمنع من التعبير عن الإرادة باستعمال الإشارات والإيماءات المفهومة إذا كانت دلالتها واضحة، فالأخرس له الحق في التعاقد بشرط أن يكون هناك من يستطيع فك رموزه وإشاراتهِ وترجمتها إلى إيجاب أو قبول وإذا كان الأخرس قادراً على الكتابة فإنه لا يكون هناك مجال لاستعمال الإشارة⁽⁸⁵⁾.

المطلب الثاني: التعابير الضمنية عن الإرادة:

81 - بالرغم من المجال الضيق للتعابير الضمنية عن الإرادة إلا أن الإجماع حاصل في الفقه والتشريع على جواز التعاقد باستعمال الوسائل الضمنية كتعبير عن الإرادة سواء تعلق ذلك بالإيجاب أو القبول، فالشخص الذي يعرض بضاعته مكتوباً عليها ثمنها يعد إيجاباً يحمل معنى الرغبة في بيعها، وصاحب سيارة الأجرة الذي يقف في المكان المخصص لنقل الأشخاص يعد دليلاً على رغبته في تقديم خدماته لزبائنه، أما بالنسبة للقبول فإن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولاً للعقد أو العرض⁽⁸⁶⁾ وهذا ما نصادفه في الفصلين 25 و28 ق.ل.ع

(84) بالرغم من أن قانون ل.ع المغربي قد ذكر صيغة الماضي في الفصل 28 منه إلا أن ذلك لا يعني حصر صيغ التعاقد في الأفعال الماضية دون غيرها وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ (1977/11/16) حيث جاء فيه ما يلي :

«وتؤخذ في الاعتبار جميع الألفاظ التي استعملت مادامت تفيد معنى الالتزام بالإيجاب والقبول، ولا يشترط أي شرط يتعلق بالصيغة التي ورد بها الإيجاب ماضياً أو مضارعاً» (القرار منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد: 4-1978- ص: 27 وما يليها).

(85) وهذا هو الرأي القار في الفقه الإسلامي حيث أن ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر يذهب إلى أن كتابة الأخرس كإشارته واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولاً والمعتد لا (الأشباه والنظائر ص: 188) أما صاحب البدائع الإمام الكاساني فإنه يذهب إلى القول بأن النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك (البدائع في ترتيب الشرائع، ج 5 ص: 135).

(86) إن السكوت الملابس ينتج نفس الآثار القانونية التي ينتجها التعبير الصريح عن الإرادة سواء في ميدان العقود أو الدعاوى الناشئة عنها فالسكوت في معرض الحاجة إلى التعبير عن الإرادة يعد إقراراً للوضع الظاهر، وهذا ما نستخلصه من نص الفصل 927 ق.ل. المتعلق بالوكيل الذي يخرج عن تعليمات موكله ويتجاوز حدود مهمته فالمشرع قد اعتبر تصرفات

حيث اعتبر المشرع السكوت عن الرد بمثابة القبول إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين (فقرة 2 من الفصل 25).

أما الفصل (28) فينص على أنه يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ، وسنعرض لهذه المسائل عند كلامنا عن الإيجاب والقبول في النقطة الموالية⁽⁸⁷⁾.

المبحث الثالث

كيف يحصل التراضي بين أطراف العقد

82 - إن التراضي بين أطراف العقد لا يتم إلا باستعمال بعض التقنيات اللازمة لإبرام العقود، وتتمثل هذه التقنيات أساسا في صدور إيجاب من أحد الأطراف مع ما يستوجب ذلك من مفاوضات حول شروط العقد ومواصفاته العامة والخاصة، وهذا الإيجاب يستتبع بدوره صدور قبول من الطرف الآخر، غير أن عملية تطابق الإيجاب مع القبول لا تتم بكيفية واحدة في كل العقود وإنما هي تختلف باختلاف المجالس العقدية هل كانت بين أشخاص حاضرين أو غائبين عن مجلس العقد بما في ذلك التعاقدات التي تتم بين غائبين بتبادل المعطيات بشكل الكتروني وفي الحالات التي يتم فيها التعاقد عن طريق النيابة القانونية فإن تطابق الإرادتين يكون له وضع خاص وهذا ما سنراه من خلال المواضيع التي سنعالجها تباعا.

المطلب الأول: الإيجاب (L'offre)

83 - الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الموجب باديا رغبته في التعاقد⁽⁸⁸⁾ ويتم التعبير بمختلف صور التعبير عن الإادة سواء كانت صريحة أو ضمنية

الوكيل صحيحة إذا اقرها الموكل ولو دلالة أي ضمنا بان قام بتنفيذ التصرف من غير اعتراض.

وفي ميدان الدعاوى فإن المشرع قد اعتبر سكوت الخصم عن الإجابة من غير عذر شرعي بمثابة إقرار قضائي يحمل المقر نتائج إقراره، (الفصل: 406 ق.ل.ع).

(87) انظر موقف ق.ل.ع من السكوت كتعبير عن القبول في الفقرة 88 لاحقا.

(88) لقد تعددت التعاريف التي أعطاها الفقهاء للإيجاب بالرغم من تقاربها في المعنى، فالفقيه جستان يعرف الإيجاب بأنه تعبير عن الإرادة الذاتية للفرد بموجب ذلك يعرب

ويتعين في الإيجاب أن يكون واضحاً ومحدداً وأن يشتمل على العناصر الأساسية التي تكون مشروع التعاقد⁽⁸⁹⁾، فإذا تعلق الأمر بالرغبة في البيع فإنه يلزم تحديد المبيع والثلث وإذا تعلق الأمر بعقد المقاولة فإنه يتعين تحديد نوع العمل أو الصنعة المتعاقد عليها وكذا أجرة المقاولة وهذه العناصر الأساسية تختلف من عقد لآخر كما أن لإرادة الأطراف دور كبير في تعيين هذه العناصر⁽⁹⁰⁾ وهذا ما يشير إليه الفصل 19 ق.ل.ع الذي جاء فيه: «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية...».

أولاً: الإيجاب والمفاوضات التمهيدية

84 - يتميز الإيجاب عن المفاوضات التمهيدية التي تسبق عملية التعاقد في أن الإيجاب يعتبر خطوة مباشرة إلى العقد وذلك بمجرد صدور القبول من الطرف الآخر أما المفاوضات التمهيدية⁽⁹¹⁾ (Les pourparlers) فهي خطوة نحو الإيجاب وتتمثل هذه المفاوضات في مجموع المناقشات والمحادثات التي تتعلق بموضوع العقد، دون أن يكون لها دور حاسم في إبرام العقد، وبالتالي فإنه لا يترتب على الإخلال بها أي مسؤولية عقدية، إلا أن ذلك لا يمنع من التحمل بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا ثبت الخطأ في جانب أحد المتعاقدين، وهذا ما تؤكدته نظرية الفيلسوف اهرنج (IHRING) المعروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد⁽⁹²⁾ (La culpa in contrahendo).

هذا الفرد عن رغبته في التعاقد وفقاً للشروط الأساسية التي حددها في إيجابه - المرجع السابق ص: 115 فقرة 201. انظر أيضاً:

- كاربرنييه - الالتزامات ج: 4.

- مامون الكزبري - المرجع السابق ص: 54 فقرة 32.

(89) AUBERT (J) "notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat" thèse (LGDJ) 1970.

(90) انظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: (1983/11/3) الذي أكد فيه بأنه لا ينعقد البيع إلا بالتراضي بين الطرفين على محل العقد وتحديده تحديداً يبعد كل التباس في معرفة الشيء المبيع (القرار منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 32 أكتوبر 1983 ص: 5.

(91) لمزيد من التفاصيل حول المفاوضات التمهيدية انظر:

COHERIER "obligations naissant des pourparlers" thèse Paris 1939.

Flour et Aubert op.cit p: 97 N° 139.

Carbonnier op.cit p:77 N° 17.

(92) من التطبيقات التي أشار إليها قانون الالتزامات والعقود المغربي بخصوص نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي لا تستوجب المساءلة ما ورد النص عليه في الفصل السادس ق.ل.ع الذي يجوز للقاصر أو وليه إمكانية الطعن في الالتزام حتى ولو كان القاصر قد استعمل

ثانياً: الإيجاب ومجرد الدعوة للتعاقد

85 - يحصل في الحياة اليومية أن نجد داخل الجرائد والصحف إعلانات تدعو إلى التعاقد (appels d'offres) سواء تمثل ذلك في شكل دعوة إلى المشاركة في مزايمة أو مناقصة أو البحث عن يفوز بامتياز استثمار أو الرغبة في توظيف إطار من نوع معين ففي مثل هذه الحالات لا يعتبر هذا العرض إيجاباً باتاً لأنه لا يترتب على تلبية الدعوة نشوء العقد وإنما الصحيح هو أن تلبية الدعوة هي التي تعد إيجاباً بمعناه الدقيق وتتوقف على ضرورة صدور قبول الطرف الآخر كشرط لقيام العقد وهذا ما نستخلصه من نص الفصل 32 ق ل ع «إقامة المزايمة تعتبر دعوة للتعاقد وتعتبر المزايمة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير...».

ثالثاً: أنواع الإيجاب

86- ينقسم الإيجاب بالنظر إلى الجهة التي قدم إليها إلى إيجاب موجه للجمهور وإيجاب موجه لشخص معين، أما من حيث مدته فإنه قد يكون إيجاباً مطلقاً وقد يكون ملزماً لصاحبه وأحكامه ليست واحدة في ظل هذه الحالات:

أ- إيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص محدد:

87- في الحالات التي لا يكون فيها لشخصية القابل أي اعتبار في العقد فإن الإيجاب غالباً ما يكون موجهاً للعموم⁽⁹³⁾، وهذا ما نصادفه داخل مستودعات الملابس المعروضة للبيع حيث أن مالكها قد قصد تفويتها لكل من له رغبة فيها

طرقاً احتيالية لحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بكونه تاجراً أو أنه تعاقد بموافقة وصيه. - حول نظرية الخطأ عند تكوين العقد انظر:

SCHMIDT (J) "La sanction de la faute précontractuelle" (RTD CIV) 1974 p: 64; N° 14. (Voir aussi) :

Ghestin (J), op.cit, p 1083 n 938 et S.

إذ يؤكد الباحث بأن نظرية (اهرنج) بخصوص الطبيعة العقدية، للمسؤولية المرتبطة ببطلان العقد أصبحت مهجورة في الوقت الحالي لتحول الفقه والقضاء المعاصرين إلى الأساس التقصيري بدل الأساس العقدي الذي بنى عليه اهرنج نظريته.

(93) للتفاصيل أنظر:- عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص: 120 فقرة: 58.

السنهوري الوسيط ج 1 - ص: 220 فقرة: 100 إلا أننا لا نتفق مع الأستاذ السنهوري فيما ذهب إليه من أن شخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار في العقد فلا يعد العرض إيجاباً بل مجرد تفاوض في حين يكون العرض إيجاباً إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد، وأساس عدم اتفاقنا على الفكرة السابقة هو أن العرض وان كان موجهاً لشخص ذو اعتبار في العقد كطبيب أو مهندس معماري فإنه قد ينطوي على الإيجاب إذا كان مجرد صدور القبول يستوجب إبرام العقد وهذا ما يحصل في أغلب العقود النموذجية التي يكون لأحد أطرافها دور بارز في قيام التصرف.

بشرط أن يقبل ثمنها⁽⁹⁴⁾، أما إذا كان العقد قائما على الاعتبار الشخصي كالإيجاب الموجه لطبيب جراح حاصل على درجات علمية معينة والإيجاب الموجه لمهندس معماري مختص في وضع تصاميم معمارية من نوع معين فإنه يلزم قبول العرض من طرف ذات الشخص. ويترتب على هذه التفرقة بين الإيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص محدد نتائج في غاية الأهمية من ذلك أن مجرد القبول في النوع الأول من الإيجاب كاف لإبرام العقد بغض النظر عن صاحبه أما في النوع الثاني فإنه يلزم صدور القبول من الشخص المعني بالأمر وذلك تحت طائلة سقوط الإيجاب⁽⁹⁵⁾ والإيجاب الموجه للجمهور يتعين فهمه على حقيقته وذلك بتكييفه تكييفاً قانونياً لا يدع مجالاً للشك في طبيعته لأنه غالباً ما يتراوح بين الإيجاب البات ومجرد الدعوة للتعاقد لذلك يتعين التحرز من هذا الخلط.

ب - الإيجاب المطلق والإيجاب الملزم :

88- في الأعم الأغلب من الحالات فإن الإيجاب يكون مطلقاً غير مقيد بمهلة زمنية، وفي ظل هذا الوضع فإن الموجب يكون من حقه الرجوع في إيجابه طالما لم يصدر القبول عن الطرف الذي وجه إليه هذا الإيجاب وهذا ما نص عليه الفصل 26 ق.ل.ع الذي جاء فيه: «يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر»، أما الإيجاب الملزم فهو الذي يحدد فيه الموجب مهلة لسريان إيجابه ويترتب على ذلك ضرورة التقيد بهذا الأجل فقد جاء في الفصل 29 ق.ل.ع بأن «من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد»⁽⁹⁶⁾.

رابعاً: آثار الإيجاب

(94) لقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن العرض الموجه للجمهور يؤدي إلى إبرام العقد بمجرد قبوله من قبل أول راغب فيه وذلك ضمن نفس الشروط المتطلبة في العرض الموجه لشخص محدد .

- Cass civ (28/11/1968) G.P.1969 p: 95 "L'offre au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée".

(95) بخصوص نتائج التفرقة بين الإيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص محدد أنظر:

- جستان - المرجع السابق ص : 168 فقرة : 219.

(96) يقابل هذا الفصل في القانون المدني المصري نص المادة 93 التي جاء فيها «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد». غير أن المشرع المصري يضيف بأن ميعاد الإيجاب يمكن استخلاصه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة وهذا ما لم ينص عليه المشرع المغربي وفي هذا السياق أيضاً نصت المادة 148 من القانون المدني الألماني على ما يلي:

«si le pollicitant a fixé un délai pour accepter son offre, L'acceptation ne peut intervenir que dans ce délai ».

89 - تختلف آثار الإيجاب باختلاف نوعيته فإن كان إيجابا مطلقا فهذا يعني أن الموجب له الحق في سحب إيجابه مادام الشخص الموجه إليه الإيجاب لم يفصح عن رغبته في التعاقد وقد ميز المشرع المغربي في ظل هذه الحالة بين تعاقد الحاضرين حيث يتوجب صدور القبول فور صدور الإيجاب⁽⁹⁷⁾ وبين تعاقد الغائبين اذ يتعين في هذه الحالة صدور القبول داخل المهلة المعقولة التي تتطلبها المراسلة العادية، غير أنه في كلا الحالتين فإنه يكون من حق الموجب إبطال مفعول إيجابه بإيجاب مضاد أو إجراء تعديل فيه أو العدول عنه نهائيا⁽⁹⁸⁾.

أما في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزما لصاحبه فإنه يتوجب على الموجب احترام الأجل الذي حدده بمحض اختياره وذلك تحت طائلة المساءلة القانونية⁽⁹⁹⁾.

خامسا: حالات سقوط الإيجاب

90 - هناك عدة أسباب لسقوط الإيجاب منها ما يرجع لإرادة الموجب ومنها ما يرجع لإرادة القابل وبالإضافة لذلك فإن الإيجاب قد يسقط بفعل حصول بعض الأحداث العارضة غير المتوقعة التي لا علاقة لها بإرادة الموجب أو القابل.

أ) فالإيجاب قد يسقط بإرادة الموجب وهذا ما يحصل في الحالتين الآتيتين:

1 - بسحبه من طرف الموجب قبل صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب وذلك في الحالة التي يكون فيها الطرفان حاضرين في مجلس العقد.

2 - بإلغاء مفعول الإيجاب من طرف الموجب إذا كان العرض موجهًا لشخص غائب كان يرسل الإيجاب في رسالة عادية ويتراجع عنه بوسيلة أسرع كالبرقية.

ب) وقد يسقط الإيجاب أيضا بإرادة من وجه إليه العرض ويتحقق ذلك فيما يلي:

(97) وهذا ما يؤكدّه الفصل 23 ق.ل.ع الذي ورد فيه بأن الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر «وسنحاول في إطار كلامنا على التعاقد الذي يحصل بين حاضرين تحديد موقف الفقه والقضاء من عنصر الفورية التي يقرها الفصل 23 ق.ل.ع.

(98) فمثلا إذا كان الإيجاب رسالة عادية فإنه يمكن للموجب العدول عن إيجابه عن طريق إرسال برقية أو تلّكس يخبر فيها الطرف الآخر بعدوله عن إيجابه.

(99) انظر في هذا المعنى - هشام فرعون - المرجع السابق ص: 54 وما يليها.

- جاك غستان المرجع السابق ص: 163 فقرة: 214 حيث يعرض الباحث لمجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي تقر هذا المبدأ من ذلك مثلا:

1 - برفضه من طرف من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنا سواء كان الطرفان مجتمعان في مجلس العقد أو غائبان عنه.

2 - بتعديله من طرف من وجه إليه العرض كأن يقبل بشروط معينة، ففي مثل هذا الوضع يسقط الإيجاب ويتحول القبول إلى إيجاب جديد يستوجب بدوره صدور القبول من الموجب الأول (الفصل 27 ق.ل.ع).

3 - إذا صدر القبول بعد مرور مهلة الأجل الملزم أو مرور المهلة المعقولة الكافية لوصول المراسلة العادية في التعاقد بين غائبين (الفصل 30 ق.ل.ع) أو لم يصدر القبول على الفور متى كان العرض موجها لشخص حاضر في مجلس العقد (الفصل 23 ق.ل.ع).

ج (وبالإضافة لما سبق فإن الإيجاب قد يسقط بسبب أجنبي لا يد فيه للموجب أو القابل وهذا ما يتحقق في الحالتين الآتيتين:

1 - إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب عنه وعلم الطرف الآخر بذلك قبل موافقته على العرض (الفصل 31 ق.ل.ع) وهذا يعني أن القبول إذا صدر قبل علم القابل بواقعة الموت أو نقصان الأهلية فإن العقد يكون صحيحا ملزما لورثة الموجب⁽¹⁰⁰⁾.

2 - موت الشخص الذي وجه إليه الإيجاب متى كانت شخصيته محل اعتبار في العقد كالرغبة في التعاقد مع مهندس معماري معين أو طبيب بذاته، وما قيل عن الموت يسري أيضا عن واقعة فقدان الأهلية بالأحرى، وبالرغم من أن المشرع المغربي لم ينص على هذه الحالة الأخيرة إلا أنها مستقاة من مقتضيات المبادئ العامة في ميدان نظرية العقد.

المطلب الثاني: القبول (L'acceptation)

91 - القبول هو التعبير الصادر عن الشخص الموجه إليه الإيجاب كدلالة على انه راغب في العرض الذي اقترحه الموجب عليه⁽¹⁰¹⁾.

(100) خلافا للمشرع المغربي الذي ميز بين علم القابل وجهله بواقعة وفاة الموجب فإن المشرع المصري قد نهج موقفا آخر يبدو لنا هو الأقرب إلى الصواب لكونه مستمد من الفقه الإسلامي وهو أن موت الموجب يستوجب سقوط الإيجاب في كل الأحوال مادام القبول لم يصدر عن القابل - للتفاصيل انظر - عبد الباقي - مرجع سابق ص : 137 بند : 63 - انظر في انتقاد موقف المشرع المصري - سليمان مرقس - المرجع السابق ص : 167 بند : 82.

(101) لأجل المقارنة انظر التعاريف الفقهية التي أعطيت للقبول من طرف : - مامون الكزبري - المرجع السابق - ص : 58 - فلور واوبير - المرجع السابق ص : 107 فقرة : 153.

وكما هو الحال بالنسبة للإيجاب فإن القبول بدوره يمكن التعبير عنه صراحة من طرف القابل أو يتم استخلاصه من الأساليب الضمنية التي تؤكد عزم الشخص الموجه إليه الإيجاب على أنه قابل للعرض الموجه إليه⁽¹⁰²⁾.

وإذا كان التعبير الضمني الواضح الدلالة لا يثير مشاكل قانونية عندما يتبين أن هذا التعبير قد انصرف إلى قبول عناصر الإيجاب بما لا يدع مجالا للشك في ذلك، فإن الوضع ليس كذلك بالنسبة للسكوت أو التزام الصمت فهل يمكن للسكوت أن يكون بمثابة تعبير عن القبول؟.

- الأصل في السكوت أنه لا يعد قبولاً :

92 - باعتبار أن السكوت⁽¹⁰³⁾ موقف سلبي فإنه لا يمكن التسليم بأنه يحمل معنى القبول إلا إذا لا بدسته ظروف تدل دلالة قاطعة على أن الصمت يفيد القبول وقد صاغ الفقهاء المسلمون هذه القاعدة في التعبير التالي: «لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»⁽¹⁰⁴⁾.

وهذا الموقف هو الذي سلكه المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود حيث لم يعتبر السكوت دلالة على القبول إلا في حالات استثنائية⁽¹⁰⁵⁾.

- من ذلك مثلاً الحالات الثلاث الآتية:

أولاً: حالة المعاملات التجارية بين الأفراد: وهذا ما نستخلصه من نص الفصل 25 (ق.ل.ع) الذي اعتبر السكوت علامة على القبول متى تعلق الأمر بمعاملات سابقة بين التجار، ففي عقد التوريد (Contrat de fourniture) يلتزم المورد بإرسال قدر معين من السلع على فترات معينة وسكوت المورد إليه يعد دلالة على

(102) بخصوص الأساليب الضمنية كتعبير عن الإرادة بصورة عامة انظر ما قلناه في المبحث الثاني من هذا الفرع المتعلق بوسائل التعبير عن الإرادة فقرة : 78.

(103) للتفاصيل حول مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة انظر :

LITTMAN "Le silence et la formation du contrat" thèse STRASBOURG 1969.

DIENER "Le silence et le droit" thèse Bordeaux 1975.

(104) وقد ورد النص على هذه القاعدة في المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية، وقريباً من هذه القاعدة فإن الفقهاء المسلمون متفقون على أن «البكر إذن صمتها والثيب تعرب عن رأيها» وذلك في ميدان الزواج لاختلاف سلوك كل منهما تجاه وليها وتباين تجاربهما في الحياة ويقول السيوطي في كتاب الأشباه والنظائر ص : 97 بأن «قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول» من القواعد المنسوبة للإمام الشافعي.

(105) لقد نص المشرع العراقي صراحة على هذه القاعدة في المادة 81 من القانون المدني : «لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً».

قبول البضاعة بحيث لا يلزم في كل عملية توريد أن يصرح بقبوله، وإذا كانت لديه نية توقيف هذه العمليات فعليه أن يخبر المورد بذلك⁽¹⁰⁶⁾.

ثانيا: حالة التنفيذ الضمني لبنود العقد بدون تحفظ: وهذا ما أشار إليه المشرع في الفصل 28 (ق.ل.ع) فالشخص الذي يقبل على تنفيذ العقد من غير أن يبدي تحفظاته تجاه الإيجاب يعد قابلا للعرض، كمن يقبل على استهلاك حلويات مكتوبا عليها ثمنها أو يأخذ الجريدة ويدفع مقابلها⁽¹⁰⁷⁾.

ثالثا: حالة الإقرار بصحة التصرف القانوني: فالشخص الذي يلاحظ غيره يتصرف باسمه ولا يعترض على هذه التصرفات مع قدرته على ذلك يعتبر بمثابة من يقر هذا الغير على صحة تصرفاته⁽¹⁰⁸⁾ وقد أشار المشرع المغربي إلى حالات الإقرار الضمني المستمد من التزام الصمت في أكثر من موضع من ذلك ما نص عليه في الفصل 38 ق.ل. الذي جاء فيه بأنه: «يسوغ استنتاج الرضا والإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته⁽¹⁰⁹⁾ ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن الأصل في السكوت أنه لا يفيد القبول إلا أنه استثناء يمكن أن يعد بمثابة قبول إذا صاحبه بعض الملابس التي تؤكد انصراف قصد القابل إلى الموافقة على الإيجاب، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون من باب الاستثناء فقط ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره⁽¹¹⁰⁾.

المطلب الثالث: توافق الإرادتين أو ارتباط القبول بالإيجاب

(106) ما قلناه عن عقد التوريد يقال أيضا عن عقد الكراء حيث أن الفصل 689 (ق.ل.ع) يؤكد بأن عقد الكراء المحدد المدة يتجدد لنفس المدة وب نفس الشروط وذلك من غير ضرورة لإفصاح المكثري عن هذا القصد.

(107) يمكن استخلاص هذا المعنى من نص الفصل 37 (ق.ل.ع) الذي يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة ويصح أن يجيء ضمنيا وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه.

(108) يذهب الفقيه (كاربونييه) في مؤلفه السابق ص 70 إلى القول بأن "من سكت قبل" « Qui ne dit » ويعتبر أن مجرد السكوت قد يكون قبولا ضمنيا إذا كان ملابسا: mot consent

"On admet qu'un silence circonstancie puisse vouloir selon les cas acceptation tacite".

(109) انظر ما يقابل ذلك في عقد الوكالة الفصل 927 (ق.ل.ع) الذي اعتبر تصرفات الوكيل صحيحة حتى ولو حصل تجاوز في حدود هذه الوكالة إذا اقره الموكل على ذلك ولو دلالة كالتزام الصمت أو تنفيذ مضمون العقد.

(110) يمكن استخلاص هذه القاعدة من نص الفصل 467 (ق.ل.ع) الذي جعل التنازل عن الحق من باب الاستثناءات الواردة على التصرفات العوضية ونتيجة لذلك فإنه ضيق من سلطة القاضي بخصوص تفسير هذا النص.

93- لا يكفي لتمام العقد صدور إيجاب من احد الأطراف وقبول من الطرف الآخر وإنما يتعين أن يحصل التوافق التام بين إرادة الأطراف ولا يتحقق ذلك من الناحية القانونية، إلا إذا وقع التراضي على العناصر الأساسية للعقد، أما العناصر الثانوية فيمكن أن تكون موضوعا لاتفاق لاحق بشرط أن لا يكون الطرفان قد اختلفا بخصوصها وهذا ما نستخلصه من سياق الفصل 19 (ق.ل.ع) الذي ربط صحة الالتزام بضرورة الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية، ويترتب على هذا المنطق ان العقد يمكن أن يقوم في غياب العناصر غير الأساسية بشرط أن تكون قابلة للتحديد في المستقبل وان لا يكون الطرفان قد اختلفا بشأنها أثناء إبرام العقد⁽¹¹¹⁾.

ونظرا لان التطابق بين إرادة الموجب وإرادة القابل يختلف باختلاف نوعية التعاقد فيما إذا كان بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين لذلك فان زمان العقد ومكانه ليس واحدا في هذين الوضعين الأمر الذي يستوجب تحديد النتائج القانونية المترتبة على التعاقد الذي يتم وفقا لهذه الطريقة أو تلك.

البند الأول: التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد :

94- يثير التعاقد الحاصل بين حاضرين الكثير من المشاكل القانونية نخص بالذكر منها ما يتعلق بزمان العقد ومكانه وما يتعلق بالعربون كأداة لضمان تنفيذ العقد وعدم العدول عنه، ونظرا لأهمية هاتين النقطتين فإننا سنتناولهما بشيء من التفصيل تباعا.

(111) وهنا يتعين لفت النظر إلى أن المتعاقدان إذا اختلفا حول مضمون العناصر الفرعية بعد إبرام العقد فهذا يعني أن المحكمة هي التي ستفصل في النزاع المثار بين الأطراف بخصوصها، أما إذا كانت العناصر التي تحفظ بها الأطراف من قبيل العناصر الجوهرية فان العقد لا ينعقد أصلا ولا يترتب آنذاك على العناصر المتفق عليها أي اثر قانوني (الفصل 20 ق.ل.ع).

- انظر بخصوص التطبيقات القضائية ما يلي :

- محكمة الدرجة الأولى بالرباط (8-4-1936) مجلة المحاكم المغربية عدد 686 ص: 189.

"une convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation ainsi que sur toutes les autres clauses licites que les parties considèrent comme essentielles..."

أيضا: (C.A.R) (20/11/1951) (R.A.C.R) T: 17 p: 334

= = - المجلس الأعلى (3/11/1982) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 32 ص : 5.

- المجلس الأعلى (18/5/1983) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 33-34 ص 24.

ويتعلق مضمون القرارات السابقين بضرورة تحديد العناصر الجوهرية اللازمة لإنشاء عقد البيع.

أولاً: زمان ومكان العقد الحاصل بين حاضرين :

95 - يعتبر التعاقد بين أشخاص حاضرين في مجلس العقد بمثابة الوضع المألوف في معظم المعاملات المدنية، وفكرة مجلس العقد من الأفكار المستوحاة من الفقه الإسلامي وتأثرت بها غالبية التشريعات العربية فالتعاقدان عندما يتفاوضان في مجلس واحد فإنهما يكونان قريبان من بعضهما يسمع أحدهما الآخر، فإذا كان العرض بسيطاً في حجمه فإن الشخص الموجه إليه الإيجاب غالباً ما يحسم في هذا العرض بالرفض أو القبول فوراً، إلا أن الوضع ليس بهذه السهولة دوماً لأن هناك من العقود ما يتطلب التأني والتفكير ملياً قبل إصدار القرار بشأنها خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالميدان العقاري أو المنقولات التي تكون على جانب من الأهمية بحيث يتعين على المعني بالأمر أن يفكر طويلاً قبل موافقته على العرض وبالرجوع إلى الفصل 23 (ق.ل.ع) نجده يقرر قاعدة عامة في التعاقد بين حاضرين جاء فيها: «الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كان لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر»⁽¹¹²⁾ غير أن مبدأ الفورية المنصوص عليه في ظل هذا الفصل أصبح مدار تساؤل الكثير من الفقهاء بالمغرب⁽¹¹³⁾ وذلك لأن إلزام الشخص الموجه إليه الإيجاب بإعلان قبوله فوراً تحت طائلة سقوط الإيجاب يعد عرقلة في وجه الكثير من المعاملات التي تتطلب التريث والتأني قبل إصدار القبول بشأنها⁽¹¹⁴⁾ وانطلاقاً من هذه الصعوبة التي يثيرها مبدأ الفورية المنصوص عليه في الفصل 23 (ق.ل.ع) فإن الاتجاه الغالب في كل من الفقه والقضاء المغربيين يذهب إلى إضفاء نوع من المرونة بخصوص تفسير مفهوم الفورية المنصوص عليه في الفصل السابق، فبما أن الفور يقتضي الحالة الزمنية التي لا ببطء فيها⁽¹¹⁵⁾ فإنه بات أمراً طبيعياً التسليم

(112) إن الأحكام التي تسري على التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد هي التي تسري أيضاً على التعاقد الذي يتم عن طريق الهاتف أو التلوكس خصوصاً ما يتعلق منها بتحديد زمان العقد، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من الفصل 23 (ق.ل.ع) ونظراً لأن مكان التعاقد بالهاتف يشبه مكان التعاقد بين غائبين فإنه أصبح من المنطقي تطبيق مقتضيات التعاقد بين غائبين على التعاقد بطريق التلوكس بخصوص مكان العقد.

والظاهر أن المشرع المغربي تأثر أثناء صياغته للفصل 23 (ق.ل.ع) بمضمون المادة 147 من القانون المدني الألماني التي نصت على نفس الأحكام على الشكل التالي:

L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement, il en est de même d'une offre faite de personne à personne par-téléphone ou tout autre équipement technique ».

(113) انظر :- الدكتور أحمد الخليلشي - كيف نقراً ظهير الالتزامات والعقود - المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية - العدد : 7-1984 ص : 27 هامش : 28 - مأمون الكزبري - المرجع السابق ص : 66.

(114) بدائع الصنائع للكاساني ج 5 ص : 136.

(115) قرار المجلس الأعلى رقم : 441 الصادر بتاريخ 1979/8/29 المنشور بمجلة رابطة القضاة العددان 6 و7 يونيو 1983 ص : 97.

بان الشخص الموجه إليه الإيجاب يتعين عليه أن يفصح عن قبوله قبل انقضاء مجلس العقد بشرط أن لا يكون الطرفان قد انصرفا عن موضوع التفاوض.⁽¹¹⁶⁾

96 - وبخصوص تحديد فترة مجلس العقد فان الفقهاء المسلمون قد اختلفوا بشأن ذلك فهناك أنصار التفرق بالأقوال بحيث يعتبر مجلس العقد قائما طالما لم يغير الأطراف مجرى الحديث إلى موضوع آخر، وهذا هو موقف المالكية والأحناف⁽¹¹⁷⁾ أما الرأي لآخر فيرى بأن مجلس العقد يستمر إلى غاية التفرق بالأبدان حتى ولو تحول مجرى الحديث إلى مواضيع أخرى فالتفرق لا يعتبر تاما إلا إذا حصل التفرق بالأبدان بان يغيب كل متعاقد عن الآخر حتى لا يراه وقد قال بهذا الرأي أنصار المذهب الظاهري⁽¹¹⁸⁾ وكذا الشافعية⁽¹¹⁹⁾ ودليلهم في ذلك الحديث المروي عن الرسول (p) «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» ويترتب على هذا الحديث أن مجلس العقد يستمر إلى غاية التفرق بالأبدان⁽¹²⁰⁾ بحيث يكون من حق الموجب أو القابل الرجوع في أقواله إلى أن يحصل الانصراف أو يخير أحدهما الآخر بين إجازة العقد أو العدول عنه⁽¹²¹⁾ هذا عن زمان العقد الذي يتم بين حاضرين في مجلس واحد أما عن مكانه فانه لا يثير مشاكل قانونية من حيث التحديد فالمحكمة المختصة هي محكمة مجلس العقد كقاعدة عامة ما لم يكن هناك استثناء منصوص عليه في القانون.

(116) هذه المرونة هي التي اعتمد عليها القضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة حيث خول للقابل إمكانية الرد داخل الأجل المناسب (dans un délai raisonnable) الذي تقتضيه طبيعة المعاملة أو العرف الجاري به العمل في مكان التفاوض على العقد.

= = للتفاصيل انظر: Ghestin (j) , op.cit, p 237, n 221.

(117) انظر صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد - المرجع السابق ص: 170 أيضا الإمام الطبري «اختلاف الفقهاء» ص: 34 إذ أن التفرق عندهم هو التفرق بالكلام وعلّة من قال برأي مالك أن التفرق يحتمل التفرق بالقول لأن اللغة لا تمنع أن تقول تفرقنا عما كنا نخوض فيه من الأمر وإنما يكون ذلك بالخطاب بينهما ولا يحصل التفرق بالقول إلا بتغيير مجرى الحديث.

(118) انظر ابن حزم الظاهري في كتابه "المحلى" ج: 8 ص: 351. المسألة 1417.

(119) بالرغم من أن الإمام الشافعي يقول بضرورة صدور القبول فورا إلا أن العقد عنده غير لازم لإمكانية الرجوع فيه، ولا يكون العقد لازما إلا بانقضاء المجلس وتفرق الأطراف بأبدانهما أو يخير أحدهما الآخر. (انظر تفاصيل هذا الرأي عند صاحب بداية المجتهد ج: 2 ص: 170).

(120) يرى الأوزاعي بأن حد التفرق بالأبدان هو الوقت الذي يغيب فيه كل واحد من الأطراف عن صاحبه حتى لا يراه، غير أن الإمام الأوزاعي يستثني من مبدأ التفرق بالأبدان بيوعا ثلاثة هي: بيع مزايدة الغنائم وبيع الشركاء في الميراث وبيع التجارات فإذا صافقه فقد وجب البيع ولو لم يحصل التفرق بينهما.

(121) لمزيد من التفاصيل حول معنى التفرق بالأبدان والأقوال انظر ابن حزم الظاهري - المرجع أعلاه ج: 8 ص: 355 وما يليها.

ثانيا: دور العربون في توثيق العقود والاتفاقات في التعاقد بين حاضرين:

97 - لقد كان العربون ولا يزال من أهم الأدوات القانونية التي يلجأ إليها المتعاقدون قصد توثيق عقودهم والتزاماتهم التي حصل الاتفاق بشأنها، فالعربون إذن ينطوي على فكرة ضمان تنفيذ الالتزام بصورة عامة وبالتالي فهو يساهم إلى حد كبير في حماية حقوق المتعاقدين باعتباره أداة رادعة للطرف المخل بالعقد، والتعاقد بالعربون لا يقتصر على نوع معين من العقود دون سواه، فهو يشمل العقود الناقلة لملكية كالبيع، كما يشمل تلك التي تقتصر على نقل منافع الأعيان كالكرأء مثلا، إلا أن الذي يتعين التذكير به هو أن معظم المعاملات التي تستند إلى دفع العربون غالبا ما تكون من صنف العقود الابتدائية التي يتم بها التمهيد لتكوين عقود نهائية، فيكون العربون بذلك واحدا من جملة الأدوات التي يتم بها ضمان تنفيذ العقود النهائية⁽¹²²⁾.

98 - وللعربون في كل من الفقه والقانون عدة مفاهيم قانونية تختلف باختلاف المنظور الذي أعطي لهذه المؤسسة، فتباينت بخصوصها النظريات الفقهية، الأمر الذي انعكس بدوره على الصيغ التشريعية التي حيكت بها النصوص المنظمة للعربون في كل من القانون المغربي والقانون المقارن على حد سواء.

ويعتبر موضوع الطبيعة القانونية للعربون واحدا من أهم الموضوعات التي احتد حولها النقاش الفقهي لما لهذه الطبيعة من أهمية بخصوص مسألة التكييف القانوني الذي ينطبق على العربون.

99 - وحتى نتمكن من حصر معالم هذا الموضوع فإننا سنحاول التعريف بالعربون (أ) باعتبار ذلك بمثابة الخيط الرابط الذي يقربنا من هذه المؤسسة وبعد ذلك سنحدد الطبيعة القانونية للعربون (ب) على أن نختم هذا العرض ببيان أحكام العربون (ج) وذلك كله في إطار دراسة مقارنة بين كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

(122) السنهاوري- الوسيط في القانون المدني الجزء الرابع ص: 86 فقرة: 44 حيث يقول بأن أكثر ما يقع الاتفاق على العربون في البيع الابتدائي فيبرم المتعاقدان بيعا ابتدائيا ويحددان ميعادا لإبرام البيع النهائي ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد خسر العربون الذي دفعه للبائع وسقط البيع الابتدائي، وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم فيخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله.

مما سبق يتبين أن دراسة هذا الموضوع ستكون على الشكل التالي:

أ: التعريف بمؤسسة العربون

ب: الطبيعة القانونية للعربون

ج: حكم التعامل بالعربون

أ- التعريف بمؤسسة العربون:

100 - العربون بضم العين وفتحها من الإعراب عن انصراف النية إلى تأكيد أمر ما وقد سمي بذلك لما فيه من الرغبة في توثيق العقود وإقرارها وعلى خلاف العادة فإننا نلاحظ أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد عرف لنا العربون في الفصل 288 بأنه «هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده».

- فبالرغم من أن مهمة وضع التعاريف القانونية تعد في الواقع مهمة فقهية وليست تشريعية إلا أن غموض بعض المفاهيم القانونية قد تدفع المشرع أحيانا إلى المساهمة في إجلاء بعض هذا الغموض بوضعه بعض التعاريف التي تشكل منطلقا لتوضيح هذه المفاهيم.⁽¹²³⁾

- ومن خلال التعريف الوارد في الفصل 288 (ق، ل، ع) فإننا نستنتج منه ما يلي:

1 - أن العربون باعتباره أداة لضمان تنفيذ العقد فإنه لا يقتصر على عقد دون آخر فهو يشمل العقود الابتدائية والعقود النهائية معا، سواء كانت هذه العقود ناقلة للملكية كالبيع أو ناقلة للمنفعة فقط كالكراء⁽¹²⁴⁾.

(123) على غير العادة وبعد أن كان المشرع المغربي لا يلجأ لوضع التعريفات القانونية إلا نادرا فإنه أصبح في الآونة الأخيرة يستهل معظم النصوص التشريعية الصادرة عند ديباجة أولية يحدد فيها جملة من التعاريف الأولية لأبرز المصطلحات الواردة في هذه النصوص من ذلك ما جاء في:

- القانون (12.02) المتعلق بالمسؤولية المدنية، في مجال الأضرار النووية الصادر بتاريخ (2005/1/7).

- القانون (31.08) المتعلق بحماية المستهلك الصادر بتاريخ (2011/2/18).

- القانون (24.09) المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات الصادر بتاريخ (2011/8/17) الذي تمم به المشرع بعض مقتضيات قانون الالتزامات والعقود.

(124) السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي- الجزء الثاني ص: 91- أيضا الدسوقي في حاشيته على الدردير الجزء الثالث ص: 63.

2 - أنه نتيجة لاختلاف المنظور القانوني للعربون فإن موقف التشريعات المدنية منه ليس واحدا إذ أن هذه المواقف غالبا ما تعكس الاتجاه الذي تأثر به هذا التشريع أو ذلك⁽¹²⁵⁾ وهذا ما سنراه لاحقا.

3 - أن هذا الاختلاف في المنظور التشريعي المعاصر ليس بالأمر الجديد، بل كان يستند في عمقه إلى اختلافات فقهية سابقة، الأمر الذي يفرض علينا الرجوع إلى أصل هذا الخلاف قصد الوقوف على أهم النتائج المترتبة على هذا التباين في المنظور.

ب: مفهوم وطبيعة العربون في الفقه الإسلامي :

101 - لقد عرف الفقهاء المسلمون اختلافا في الرأي حول كثير من المسائل الفقهية منها العربون لذلك قيل بأن اختلاف الفقهاء رحمة ومؤشر صحي على غزارة العلم والمعرفة وبالرجوع إلى هذه الآراء الفقهية الإسلامية التي تناولت موضوع العربون فإننا نلاحظ أنها كانت تتراوح بين جواز التعامل بالعربون ومنعه وهناك آراء تحفظية لا تجيز التعامل به إلا في حدود ضيقة وحالات استثنائية، ونظرا لأهمية هذه الآراء فإننا سنحاول توضيحها من خلال الأنصار الذين تزعموا هذه الآراء ودافعوا عنها.

الرأي الأول : أنصار منع التعامل بالعربون أصلا

102 - وهو رأي الجمهور من الفقهاء حيث يذهبون إلى منع التعامل بالعربون لعدم مشروعيته، فقد استدل هؤلاء بالحديث المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم الذي نهى فيه عن بيع العربان⁽¹²⁶⁾، أما بخصوص أساس هذا المنع أو النهي فيرده الجمهور إلى الغرر الذي يحيط بالعقد الذي تم تسبيق العربون فيه وقد وردت في هذا الخصوص عدة نصوص فقهية تكرر مبدأ المنع لهذا السبب، من ذلك مثلا ما ذكره ابن رشد صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد من أن بيع العربون يسري عليه ما يسري على البيوع الفاسدة من أحكام، فجمهور علماء

(125) هشام فرعون - محاضرات في القانون المدني المغربي أقيمت على طلبة الإجازة بكلية الحقوق - فاس - للموسم الجامعي 77-1978- ص: 76 فقرة: 164.

(126) حديث رواه مالك بن أنس عن عمرو بن شعيب عن أبيه والمقصود بالعربان في سياق الحديث هو منع التعامل بالعربون ولأخذ فكرة عامة عن مختلف الإطلاقات التي وظف فيها مصطلح العربون انظر على وجه الخصوص: - رمضان علي السيد الشرنباصي "حماية المستهلك في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة طبعة أولى 1404 ص: 162.

- نيل الأوطار للشوكاني ج:5.

الأمصار يذهبون إلى القول بأنه غير جائز... وصورته أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به، وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض...» (127).

وهذا الأساس في المنع هو الذي ذهب إليه جل الفقهاء المالكيين فقد جاء في الموطأ ما يلي:

«فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكاري منه: أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة، فما أعطيته لك باطل بغير شيء...» (128).

الرأي الثاني: أنصار جواز التعامل بالعربون

103 - يعتبر الإمام أحمد بن حنبل من أشهر دعاة التعامل بالعربون وهذا الموقف هو الذي ذهب إليه قوم من التابعين منهم مجاهد وابن سيرين ونافع وزيد بن أسلم وهو الرأي الذي عمل به عمر بن الخطاب فقد جاء في المغني (129) بأن المرتهن إذا قال لراهن إن جئتك بحقك في محله ولا فالرهن لك فلا يصح البيع إلا بيع العربون، وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول إن أخذته وإلا فالدرهم لك، فقال أحمد يصح لأن عمر فعله، والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فهو للبائع...».

واستدل الإمام أحمد بن حنبل بما روي عن نافع بن الحارث عامل عمر بن الخطاب على مكة أنه اشترى لعمر من صفوان بن أمية داراً للسجن بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم وعندما رفع الأمر إلى عمر لم ينكر عليه شراؤه بالعربون .

(127) ابن رشد القرطبي - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج:2 ص: 162 وما يليها.

(128) الموطأ الجزء الثاني ص: 609.

(129) المغني لابن قدامة الجزء الرابع ص: 58 وما يليها.

الرأي الثالث: المواقف المتراوحة بين المنع والجواز

104 - وأنصار هذه الآراء في الواقع لم يقطعوا برأي قار في الموضوع وإنما التزموا موقفا وسطا بين الرأيين السابقين بحيث اعتبروا بيوعات العربون من البيوعات الفاسدة إن كان المقصود من العربون هو حبسه عند البائع من أجل تغريم المشتري على عدم إتمامه البيع، أما إن حصل الاتفاق على رده للمشتري فالأمر جائز.

ومن هنا نستنتج أن هذا الاتجاه الفقهي وأغلب أصحابه من المالكية والشافعية⁽¹³⁰⁾ يذهب إلى جعل التعامل بالعربون أمرا جائزا ومسوحا به إذا حصل الاتفاق على رده لصاحبه أما إن كان الأمر على العكس من ذلك فالبيع فاسد يستوجب الفسخ⁽¹³¹⁾.

105 - ومن خلال المقارنة بين الآراء الفقهية السابقة يمكن القول إن الرأي الثاني الذي يذهب إلى جواز التعامل بالعربون هو الرأي الذي كان صائبا في اعتقادنا بالرغم من معارضته لبعض الأصول كنهيه صلى الله عليه وسلم عن التعامل بالعربون ووجه صواب هذا الرأي يظهر من عدة وجوه منها أن الرأي القار في كل من الفقه والتشريع المعاصرين يذهب إلى إجازة فكرة التعامل بالعربون كأصل عام بالرغم من الاختلاف حول بعض الأحكام الفرعية التي تخص دفع العربون.

ثم إن دفع العربون غالبا ما ينطوي على فكرة ضمان تنفيذ العقد وهي من الأفكار التي تهدف إلى تحقيق العدالة وإنصاف الطرف المتضرر، حيث يحصل العدول والتراجع فرديا عن إتمام العقد سواء كان العربون جزءا من الثمن الإجمالي ودفعة أولية منه أو كان أداة للعدول عن إتمام التعهد فيكون بمثابة جزاء وعقوبة للمراجع الذي فضل خسارة هذا العربون كمقابل لتحلله من هذا التعهد.

106 - أما بخصوص الرأيين الأول والثالث اللذان يكرسان فكرة المنع، المشروط فإننا نلاحظ أنهما قد جانبا الصواب من عدة وجوه، فهؤلاء الأنصار

(130) من هؤلاء مثلا ابن جزى الغرناطي في قوانينه الفقهية ص: 171 حيث يقول وهو بصدد الكلام في البيوع الفاسدة «ومنه بيع العربون وهو ممنوع إذا كان على أن يرد البائع العربون إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز».

(131) الخرشي شرح مختصر خليل ج: 5 ص: 78 حيث يقول: «والعربان هو أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطي البائع أو غيره شيئا من الثمن على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه وإن أحب البيع حاسبه به من الثمن، قال عيسى ويفسخ العقد فإن فاتت مضت بالقيمة».

يجعلون التعامل بالعربون من التعاقدات الفاسدة لما يحوطها من الغرر والمخاطرة وأكل مال الغير بالباطل في الوقت الذي لا نلمس فيه أي غرر في هذا النوع من التعامل لأن خسارة مبلغ العربون تقابل الإخلال الذي حصل من الطرف الآخر فهو بمثابة جزاء للتراجع ومعاملة له بنقيض قصده، أما بالنسبة للآراء المتراوحة بين المنع والجواز التي تجعل التعامل بالعربون أمراً مشروطاً برده لمن دفعه في حالات التراجع والعدول فإننا نلاحظ أن هذه الآراء فارغة من محتواها، فالتعامل بالعربون إن كان مشروطاً برده لمن دفعه لا يحقق أي فائدة تذكر بالنسبة للطرف المضرور من الإخلال بالالتزام، وكأن هؤلاء الأنصار قد نصبوا أنفسهم مدافعين عن الطرف الذي دفع العربون فحولوا له إمكانية استرداد عربونه في الوقت الذي حصل الإخلال والتراجع من جهته، وهذا الوضع يضر بمصلحة الطرف الآخر لا محالة.

ج- طبيعة العربون في القانون المقارن:

107 - لقد تنازع موضوع العربون مدرستان فقهيتين الأولى ذات أصل لاتيني ترى بأن العربون مجرد أداة عدول عن عملية التعاقد يمكن بمقتضاها لكل من المتعاقدين أن يتراجعا عن العقد مقابل فقد العربون من طرف من أعطاه أورده مضاعفاً إذا حصل العدول ممن تسلمه⁽¹³²⁾، أما المدرسة الثانية فذات أصل جرمانى وترى بأن العربون علامة على إبرام العقد وأي عدول أو تراجع عن تنفيذ مقتضيات العقد إلا ويستوجب الفسخ مع ثبوت الحق في المطالبة بالتعويض الذي تقدره المحكمة على أساس حجم الضرر الذي لحق الطرف المضرور من جراء العدول عن إتمام العقد.

108 - وعلى ضوء هذين الاتجاهين الفقهيين السابقين فإن مواقف التشريعات المعاصرة لم تستقر على رأي قار وثابت بخصوص هذه الطبيعة القانونية، فهناك من اعتبرته أداة عدول عن العقد وهذا هو موقف كل من القانون المدني الفرنسي⁽¹³³⁾ وكذا القانون المدني المصري الحديث⁽¹³⁴⁾ بما في ذلك باقي التشريعات

(132) للتفاصيل حول دلالات العربون وطبيعته في القانون الوضعي انظر عبد الرزاق السنهوري في الوسيط الجزء الأول ص: 276 فقرة: 140 وما يليها-

- Nathalie RZEPECK «Droit de la consommation et théorie générale du contrat» presses universitaires D'AIX-Marseille- PUAM édition 2002 n 119, 138, 240, 536, 685.

(133) تنص المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي على أنه: «إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من العاقدین حق العدول عن العقد فإذا عدل من دفع العربون خسره وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه».

(134) جاء في المادة 103 من القانون المدني المصري الجديد بأن: «دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد بأن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر».

العربية التي تم اقتباسها من القانون المدني المصري كالقانون المدني السوري والليبي والجزائري والأردني⁽¹³⁵⁾. وهذه المواقف التشريعية تقترب اقترابا كلياً من موقف الحنابلة في العربون حيث رأينا في إطار المفاضلة بين المواقف الفقهية الإسلامية التي اهتمت بموضوع دفع العربون أن رأي الحنابلة كان أحق بالتأييد لما يحققه من العدل والإنصاف فهو يبيح لدافعه إمكانية التراجع عن إتمام العقد إن هو رغب في ذلك ولكن بشرط خسارته لمبلغ العربون المدفوع، وبهذا الشكل فالعربون في إطار هذا الفقه لم يكن إلا أداة عدول وهو ما كرسته المدرسة اللاتينية عندما أكدت هذه الفكرة، الأمر استتبع اعتناقها من قبل جملة من التشريعات العربية والغربية على حد سواء.

وفي مقابل هذا الاتجاه التشريعي اللاتيني يوجد هناك اتجاه آخر تأثر بالمفهوم الجرمانى للعربون، حيث يعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من ثمن الصفقة يتعين على من دفعه إتمام ما تبقى من الثمن المتفق عليه، ومن التشريعات العربية التي سلكت هذا الاتجاه نجد المشرع العراقي⁽¹³⁶⁾ وكذا قانون الالتزامات والعقود المغربي ويأتي القانون المدني الألماني على رأس التشريعات التي تأثرت بهذا الاتجاه الثاني الذي يعتبر العربون دلالة على إبرام العقد⁽¹³⁷⁾.

د- حكم العربون في التشريع المغربي:

109- لقد خصص المشرع المغربي لأحكام العربون الفصلين 289 و 290 من (ق، ل، ع) إذ ورد في الأول منهما بأنه: «إذا نفذ العقد خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكتري خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإن كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري ونفذ العقد وجب رده كما يجب رد العربون أيضاً إذا ألغى العقد بتراضي عاقيه» أما النص الثاني فقد جاء فيه بأنه: «إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ أو إذا فسخ بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون كان لمن قبضه أن

(135) جاء في المادة 107 مدني أردني «بأن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك».

(136) انظر نص المادة 93 من القانون المدني العراقي.

(137) تنص المادة 336 من القانون المدني الألماني على ما يلي:

- « si des arrhes sont versées lors de la formation d'un contrat, ce versement vaut comme signe de la conclusion du contrat comme faculté de débit ».

أما المادة 338 من نفس القانون فقد ورد فيها ما يلي:

- « Lorsque la prestation due par celui qui versé les arrhes devient impossible par suite d'un événement dont il est tenu de répondre, ou que par sa faute, il a provoqué la suppression du contrat ce lui qui a reçu les arrhes à le droit de les conserver, si ce dernier réclame des dommages-intérêts pour inexécution.... ».

يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك».

110 - ومن خلال التمعن في صيغة الفصلين السابقين يمكن التوصل إلى استخلاص النتائج الآتية :

1 - أنه خلافاً لجل التشريعات العربية التي تأثرت بالاتجاه اللاتيني في العربون فإن المشرع المغربي قد تأثر بمبادئ النظرية الجرمانية التي تعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من الثمن الإجمالي المتفق عليه الأمر الذي يعنى أنه لا يحق لأي من الأطراف أن يتراجع بصورة انفرادية عن إتمام العقد⁽¹³⁸⁾.

2 - باعتبار أن العربون في إطار التشريع المغربي أداة لتأكيد العقد وليس وسيلة للتراجع عنه فإنه بذلك يعد خطوة جدية نحو تنفيذ العقد، الأمر الذي يعني أن العقد يكون قد انعقد بين الطرفين وأي عدول أو تراجع انفرادي بدون موافقة الطرف الآخر إلا ويعد إخلالاً بالالتزام الرابط بينه وبين الطرف الآخر⁽¹³⁹⁾.

3 - بما أن العدول الانفرادي عن إتمام العقد المسبوق بدفع العربون يدخل في مفهومه القانوني ضمن الأخطاء العقدية التي تستوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقد الآخر فإن للمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحدد التعويض

(138) هذا الموقف هو الذي يكرسه الاتجاه الغالب في ميدان الاجتهاد القضائي الذي صدر بخصوص هذه المادة، أنظر على سبيل المثال:- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: (1976/1/21) في الملف المدني عدد 196566 أيضاً قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ (1977/1/10) في الملف المدني عدد : 50623.

(139) رغم وضوح مضمون الفصلين 285 و 290 ق ل ع بخصوص الحكم المترتب عن قبض العربون فإن هناك بعض القرارات القضائية التي تخلط بين العربون ودفع جزء من ثمن البيع كما هو الأمر بالنسبة للقرار رقم 931 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ (14/مارس/1995) المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى للسنوات (1958-1996)، ص 267.

الذي جاء فيه بأنه "إذا كان المبلغ المدفوع من طرف المشتري هو المعبر عنه قانوناً بالعربون في الفصلين: 288-289 (ق ل ع) فإن دلالتة وإعطائه حكمه القانوني وهل هو جزء من الثمن =

= = فينعتقد به البيع أم أنه مجرد عربون مصحوب بخيار العدول عندما يكون منوطاً بنية المتعاقدين وهي مسألة موضوعية يستقل قضاة الموضوع باستخلاصها من وقائع الدعوى وبنود العقد".

ورغم مصادفة الحكم للصواب عندما ألزم من قدم الدفعة الأولى من الثمن على إتمام البيع وقضى برفض طلب العارض، إلا أن إشارة القرار على ما يوحى بأن هناك مفهومين مختلفين للعربون حسب كونه عربوناً عادياً أو بمثابة تسبيق لجزء من الثمن الإجمالي هو الذي لا ينسجم مع روح الفصلين 288 و 289 (ق ل ع) فالعربون وفقاً لهذين النصين لا يكون أداة للتراجع عن فكرة العقد مقابل خسارة المبلغ المدفوع إلا في حالة الاتفاق على مخالفة مضمون هذين الفصلين وهو ما لم تثبته وقائع النازلة أثناء عرضها أمام قضاة الموضوع.

الذي تراه مناسباً لجبر هذا الضرر وليس ضرورياً أن يكون هذا التعويض مساوياً لمبلغ العربون الذي قدمه الطرف المتراجع⁽¹⁴⁰⁾ عن إتمام العقد بل يمكن أن يكون أقل أو أكثر من مبلغ العربون المدفوع، وفي كل الأحوال فإنه يكون من حق الطرف المتضرر أن يحجز مبلغ العربون إلى غاية الفصل في جوهر النزاع.

4 - إن القواعد والأحكام الواردة في الفصلين (289 و 290) من قانون الالتزامات والعقود المغربي تعد في أصلها من صنف القواعد المكملّة التي تمكن الأطراف من الاتفاق على خلافها⁽¹⁴¹⁾، فقرينة تأكيد العقد بالعربون تعد في الواقع من القرائن البسيطة التي يمكن دحضها بما هو أقوى أو بإثباتها بالأدلة المعاكسة لها، فيحق للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إمكانية استرداد مبلغ العربون عند التراجع عن إتمام العقد، وفي كل الأحوال فإن للأطراف في إطار مبدأ سلطان الإرادة الاتفاق على تعديل قواعد وأحكام العربون طالما أن ذلك لا يخالف النظام العام.

5 - بالرغم من أن المشرع المغربي قد تأثر بالموقف الجرمانى بخصوص حكم العربون عندما خول للمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحدد التعويض الذي تراه مناسباً لإنصاف الطرف المضرور من جراء العدول عن إتمام العقد (الفصل 290 ق.ل.ع) إلا أن ذلك لم يمنع المشرع المغربي من الخروج عن هذه القاعدة في بعض الحالات الخاصة وبمقتضى نص قانوني خاص كما هو الشأن بالنسبة لمضمون الفصل (210) من قانون المسطرة المدنية الذي يتعلق بالمزاد العلني الذي يرسو على من يشتري عقارات القاصرين فيمتنع عن إتمام العقد بعد تسبيقه للعربون فقد جاء في الفقرة الثانية من الفصل لم 210 من ق.م.م ما يلي : «إذا لم ينفذ من رسا عليه المزاد شروط السمسرة أنذر بتنفيذها فإن لم يستجب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل السابق، ولا يمكن في هذه الحالة للمشتري المتخلف أن يسترجع العربون الذي قد يكون دفعه».

6 - إن العربون باعتباره أداة لضمان تنفيذ العقد وفقاً لما جاء في الفصل 288 (ق، ل، ع) فهو بذلك يختلف عن جملة المؤسسات القانونية المشابهة له كالكفالة النقدية والشرط الجزائي⁽¹⁴²⁾ المدرج في العقد إلى غير ذلك من الأدوات القانونية

(140) يتعين لفت الانتباه إلى أنه ليس ضرورياً أن يكون العربون مقدماً من قبل الطرف الذي حصل التراجع من جهته، فالعدول عن التنفيذ يمكن أن يصدر أيضاً عن الطرف الذي قبض العربون، وجزاًء ذلك في إطار التشريعات التي اعتنقت المذهب اللاتيني هو رد قيمة العربون مضاعفاً للطرف الذي دفعه أما في إطار التشريعات التي تأثرت بقواعد المذهب الجرمانى فإن الاحتكام سيكون حتماً للتعويض.

(141) هشام فرعون - المرجع السابق ص: 78.

(142) يقصد بالشرط الجزائي ذلك الشرط المدرج في صلب العقد والذي يتفق الأطراف بمقتضاه على تحديد مبلغ نقدي لتعويض الطرف المضرور في حالات الإخلال بالالتزام ، فهو بذلك

الأخرى التي تهدف إلى توثيق العقود وضمان تنفيذها، فالعربون له كيان مستقل يهدف إلى ضمان حق الأولوية في استحقاق الشيء المتعاقد عليه، وبمجرد دفع هذا العربون إلا ويكون ذلك دليلاً على التعاقد وارتباط الإرادتين وأي تراجع عن مواصلة التنفيذ إلا ويعد إخلالاً بالتزام قانوني قائم الذات.

111 - من خلال العرض السابق يظهر لنا أن موضوع العربون قد تنازعتة مدرستان فقهيّتان غربيّتان الأولى ذات أصل لاتيني والثانية ذات أصل جرمانى، ونتيجة لتباين منظور هاتين المدرستين بخصوص الطبيعة القانونية للعربون فإن موقف التشريعات المدنية المعاصرة قد تباين بدوره أيضاً حيث تراوحت مواقف هذه التشريعات بين من يعتبر العربون أداة عدول عن العقد وبين من يعتبره بداية تنفيذ لهذا العقد، وقد رأينا أن الأحكام المترتبة على اختلاف هذين المنظورين ليست واحدة، وهكذا يحق للطرف المضرور في إطار التشريع المغربي من جراء عدول الطرف الآخر عن إتمام العقد أن يحصل على التعويض المناسب الذي تحدده المحكمة في إطار سلطتها التقديرية مقياسها في ذلك هو حجم الضرر الذي لحق بالطرف الآخر الذي يتمسك بتنفيذ العقد.

112 - وإذا كان هذا الموقف الذي سلكه المشرع المغربي يعد عادلاً من حيث الأساس القانوني الذي يستند إليه، إلا أن ترك مسألة تحديد التعويض الناشئ عن الإخلال بالتزام المسبوق بالعربون للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع تطرح أكثر من علامة استفهام بخصوص هذا التحديد على أساس أن هذه السلطة التقديرية غالباً ما تتباين من قاض لآخر ومن محكمة لأخرى، الأمر الذي يعني أن حجم هذه التعويضات في القضايا المتشابهة ستختلف لا محالة، لعدم وجود ضابط معياري يحددها.

نوع من الجزاء المدني الذي يتخذ باتفاق الأطراف المتعاقدة، إلا أن المحكمة تملك سلطة واسعة في مراجعة مبلغ الشرط الجزائي بالتخفيض منه أو الزيادة فيه إذا تبين لها أن المبلغ المتفق عليه غير عادل.

وبعد أن كان الشرط الجزائي خاضعاً للقواعد العامة المنظمة لأحكام التعويض الاتفاقي فإن المشرع المغربي بادر بمقتضى القانون رقم (27.95) المؤرخ في (1995/08/11) المنشور في ج.ر عدد 4323 إلى إضافة ثلاث فقرات لنص الفصل 264 (ق ل ع) كما يلي:

- يجوز للمتعاقد أن يتفق على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه.

= = - يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

- يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك.

113 - وهذا العيب قد تفادته التشريعات التي تأثرت بالمنظور اللاتيني للعربون حيث أن جزاء المخل بالتنفيذ هو فقدة لحجم العربون الذي دفعه قل أو كثر وهو بذلك يقترب من مفهوم الشرط الجزائي الذي يحدد الأطراف بمقتضاه نوعية الجزاء الذي يتحمله الطرف المخل بالتزاماته إزاء الطرف الآخر، وهذا المنظور في واقع الأمر هو الذي يتبادر إلى الذهن عند الكلام عن مؤسسة العربون في معناه العام، وهو المفهوم الذي ترسخ لدى التجار والصناع والحرفيين عادة وعرفا، فأقصى ما كان يتحمله المخل بالالتزام المسبوق بدفع عربون هو فقدة لما دفعه جزاء له على هذا التقاعس الصادر منه، وهذا المفهوم ذو الطابع اللاتيني هو الذي كان معروفا لدى الاتجاهات الفقهية الإسلامية التي كانت تحيز التعامل بالعربون كالفقه الحنبلي الذي كرس هذا المنحى منذ زمن بعيد.

وهذا الموقف هو الذي نراه جديرا بالتأييد على أساس أن دفع العربون إذا كانت الغاية منه هي ضمان الأولوية وسد الطريق أمام كل راغب في التعاقد على نفس المعقود عليه، فإننا نظن أن خسارة هذا العربون تعد خير جزاء للمتخلف عن إتمام العقد، خصوصا وأن المتعاقد الآخر قد تتوفر له ظروف أحسن لإعادة التصرف في الشيء الذي كان محلا للتعاقد، وأن أخذه لمبلغ العربون كان بمثابة تعويض له عن التماطل وما لحقه من جراء تفويت فرصة التعاقد التي تسبب فيها دافع العربون بعدوله وتراجعته عن إتمام العقد.

البند الثاني: التعاقد بين غائبين⁽¹⁴³⁾: (Contrats entre absents)

114 - يعد التعاقد بين غائبين من أبرز صور التعامل الذي يحصل في الميدان التجاري، إذ أن السرعة تقتضي إبرام التجار للكثير من الصفقات عن طريق المراسلة أو استعمال الوسائل المشابهة لها كإرسال رسول أو وسيط ينوب عن الموجب في حمل إيجابه لمن وجه إليه، وخلافا للتعاقد بين حاضرين فإن التعاقد بين غائبين يثير العديد من المشاكل القانونية في غاية الصعوبة خصوصا ما يتعلق منها بتحديد زمان العقد ومكانه والآثار الناجمة عن تاريخ إبرام هذا العقد، وسنتولى شرح هذه العناصر تباعا.

أولا - صور التعاقد بين غائبين

(143) للمزيد من الإطلاع على نظام التعاقد بين غائبين انظر:

Gohen "des contrats par correspondance" (Thèse Paris 1921).

- أيضا: عبد السلام التونسي "التعاقد بين غائبين في الشريعة والقانون" المنشأة العامة للنشر والتوزيع - طرابلس - طبعة 1984.

115 - للتعاقد بين غائبين أكثر من مظهر قانوني ، وابرز ذلك على الإطلاق التعاقد بالمراسلة أو عن طريق رسول أو استعمال واسطة أخرى لنقل الإيجاب كالتعاقد بشكل الكتروني⁽¹⁴⁴⁾ فالمراسلة هي أن يقوم الموجب بمكاتبة الشخص الموجه إليه الإيجاب يدعوه فيها إلى القبول وقبل أن يتطور نظام المراسلات البريدية بالشكل الذي نراه عليه الآن فإن الرسالة أو الخطاب كان يحمله شخص يسمى الرسول⁽¹⁴⁵⁾ فمهمة هذا الأخير تنحصر في نقل إرادة الموجب إلى من ينتظر منه القبول.

وإذا كانت مهمة الرسول في غالبية الأحوال هي نقل الخطاب الخطي للطرف الآخر إلا أن ذلك لا يحول دون نقل الرسول الإيجاب شفاهية وفي ظل هذا الوضع فإن الرسول يكون بمثابة وسيط أسندت إليه مهمة نقل الإرادة من الموجب إلى القابل ويتحتم عليه أن يبلغ العرض بكيفية واضحة لا غموض فيها، وهكذا يتبين لنا أن الرسول عبارة عن واسطة لتبليغ الإيجاب لمن عرض عليه، غير أن وضعه في الإيجاب المكتوب أقل فعالية منه في الإيجاب الشفوي، وفي كل الأحوال فهو ليس بوكيل قانوني عن الموجب.

أما التعاقد عن طريق السمسار كوسيط بين الموجب والقابل فإنه يتعين التمييز بين وضعين اثنين هما :

- الوضع الأول: حالة الوسيط الذي يكفي بنقل إرادة الموجب للطرف الآخر وفي ظل هذه الحالة فإن المركز القانوني للوسيط (كالسمسار مثلا) يقترب كثيرا من مركز الرسول أو ساعي البريد ناقل الخطاب المكتوب⁽¹⁴⁶⁾.

- الوضع الثاني: حالة الوسيط الذي ينوب عن الموجب في إطار المبادئ العامة للوكالة سواء كانت خاصة أو عامة، وهنا تكون شخصية الوسيط ذات اعتبار في العقد لكونه نائبا قانونيا عن الموجب وليس مجرد رسول موفد من قبله، ولهذا

(144) راجع ما سيأتي بخصوص التعاقد باعتماد وسيلة الكترونية في البند الثالث الفقرات من 121 وما بعدها من هذه الدراسة لاحقا.

(145) يمكن القول بأن ساعي البريد في الوقت الحاضر أصبح يقوم بالمهام التي كانت من نصيب المبعوث أو الرسول سابقا.

(146) من القرارات التي تؤكد هذا الوضع المؤلف لعمل الوكالة العقارية (كسمسار) يتوسط بين الباعة والمشتريين القرار الذي أصدره المجلس الأعلى بتاريخ (1997/6/12) عدد 3704 وقد جاء فيه ما يلي: "إن العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط طبقا للفصل 24 المحتج به يكون تاما في الوقت والمكان الذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله، وفي النازلة لم يثبت أن الوسيط (الوكالة العقارية) يتوفر على صلاحية قبول العرض الذي تقدمت به الطاعنة، ولا أن المالك قبل عرض هذه الأخيرة لذلك فإن القرار المنتقد معلل بما فيه الكفاية ولم يخرق أية قاعدة مسطرية خلافا لما ورد بالوسيلة مما تكون معه هذه الأخيرة غير مرتكزة على أساس" (القرار منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد (53-54) 1999، ص 152.

الاختلاف في المنظور دور هام خصوصاً في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزماً لصاحبه⁽¹⁴⁷⁾.

ثانياً - زمان العقد ومكانه في التعاقد بين غائبين

116 - عندما يحصل التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد فإن المبرر يتساءل عن الزمان الذي يتم فيه العقد هل هو الوقت الذي يعبر فيه القابل عن رضاه أم أنه يتوجب علم الموجب بهذا القبول؟

وما قيل عن الزمان يقال أيضاً عن المكان لما لهذا الأخير من أهمية في ميدان الاختصاص القضائي.

117 - فبالنسبة لزمان العقد نلاحظ أن الفقهاء قد أسألوا الكثير من الحبر حول هذا الموضوع بحيث تباينت وجهات نظرهم بخصوص تحديد هذا الزمان ونتيجة لذلك ظهرت النظريات الأربع التي تناولت زمان العقد الذي يحصل عن طريق المراسلة وهي:

أ- نظرية إعلان القبول: (Déclaration de l'acceptation)

ومضمون هذه النظرية هو أن العقد الحاصل بالمراسلة يتم بمجرد صدور القبول عن الشخص الموجه إليه الإيجاب على اعتبار أن تقابل الإرادات يحصل في هذا الوقت الذات⁽¹⁴⁸⁾.

(147) من أهم القضايا التي فصل فيها المجلس الأعلى في نهاية الستينات القرار الصادر عنه بتاريخ (1969/6/25) حيث أن الموجب قد أوجب عن طريق مكتب للسمسرة قصد بيع أملاك عقارية وحدد للإيجاب فترة زمنية معينة وعندما قام السمسار بعرض هذا الإيجاب على من له رغبة في الشراء توصل بالقبول داخل المهلة التي حددها الموجب إلا أن هذا الأخير حاول التهرب من صحة البيع بدعوى عدم توصله بالقبول داخل مهلة الشهر التي حددها للإيجاب وإن توصل السمسار بذلك لا يستوجب العقد وقد ذهبت المحكمة الابتدائية ومن بعدها المحكمة الاستئنافية إلى إبطال مفعول البيع، إلا أن المجلس الأعلى ذهب إلى عكس ذلك وقرر نقض الحكم الاستئنافي لعدم توافقه مع مقتضيات الفصلين (24 و 29) ق.ل.ع إذ أن الفصل 24 ق.ل.ع يعتبر العقد قائماً بمجرد توصل الوسيط بالرد وذلك تأكيداً للنظرية التي أخذ بها المشرع المغربي في التعاقد بين غائبين بصورة عامة وهي نظرية إعلان القبول بحيث لا داعي لعلم الموجب بهذا القبول إلا من باب الإخبار به داخل المهلة المعقولة، وقد كان المجلس الأعلى على صواب عندما نقض الحكم الاستئنافي واعتبر رد = =

= = القابل قد حصل داخل الأجل الذي حدده الموجب بالرغم من توصل السمسار (الوسيط) بالقبول داخل الأجل الملزم دون الموجب الأصلي. (القرار منشور في مجلة القضاء والقانون عدد: 102 أكتوبر 1969 ص : 49.

(148) وقد قال بهذه النظرية مجموعة من الفقهاء التقليديين أمثال جوسران وكولان وكابتان وهو الرأي القار في الفقه الإسلامي واعتنقها في ميدان التشريع التقنين السوري في المادة 98

ب- نظرية إرسال القبول (l'expédition de l'acceptation)

نظرا لاحتمال تراجع القابل عن القبول الذي صدر منه فإن أنصار هذا الاتجاه يرون بان العقد لا يتم في الواقع إلا إذا قام القابل بإرسال الخطاب الذي يتضمن القبول إلى الموجب ويحصل ذلك عادة بوضع الرسالة في صندوق البريد⁽¹⁴⁹⁾.

ج- نظرية تسلم القبول (La Réception de l'acceptation)

ويلح أنصار هذه النظرية على ضرورة استلام الموجب للخطاب الذي يتضمن القبول، وقد اعتبر هؤلاء الأنصار واقعة التسلم زمانا لانعقاد العقد حتى ولو لم يطلع الموجب على مضمون الرسالة ، وفي ذلك حسب رأي هؤلاء ضمانات هامة تحول دون تراجع القابل عن قبوله كسحب الرسالة من صندوق البريد مثلا⁽¹⁵⁰⁾.

د- نظرية العلم بالقبول (Système de l'information)

فخلافًا للنظريات الثلاث السابقة فإن أنصار هذا النظام يشترطون لانعقاد العقد ضرورة توصل الموجب بالقبول، وذلك كدليل على توافق الإرادتين بصورة فعلية⁽¹⁵¹⁾.

واللبناني في المادة 84 وقانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 24 والتونسي في المادة 28 منه.

(149) وقد أخذ بهذه النظرية كل من (اوبري ورو) والأخوة مازو في مطولهم المتعلق بالالتزامات بند : 146 وفلور واوبير - المرجع السابق ص : 119 بند 174.

وقد أخذ بها في ميدان التشريع قانون الالتزامات السويسري في المادة العاشرة (10).

(150) انظر بخصوص أنصار هذه النظرية (كودمية GAUDMET) المرجع السابق ص : 45 و 46 كاربونييه - المرجع السابق ص : 84 بند : 18.

وهو الرأي الذي اعتنقه القانون المدني السوفييتي (المادة 134) والقانون المدني البولوني (المادة 70) وهذا الوقت هو الذي اختاره القانون المدني الألماني في المادة 147 كزمان لإبرام العقد الحاصل بالمراسلة وهو الموقف الذي تبناه القانون المدني لمنطقة كويبيك (Québec) بكندا في المادة 19 منه .

(151) وقد اخذ بهذه النظرية القانون المدني المصري الجديد في المادة 91 منه إذ جاء فيها «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ... واعتنقها أيضا المشرع الاسباني في المادة 1262 مدني.

118 - ويحق لنا أن نتساءل عن موقف قانون ل. ع من هذه النظريات الأربع؟ فبرجوعنا إلى الفصل 24 من هذا القانون نجد نص على أنه « يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان الذين يرد فيهما من تلقي الإيجاب بقبوله » فهذه إشارة واضحة إلى أن المشرع قد فضل النظرية الأولى وهي التي تعتبر العقد تاما بمجرد التصريح بالقبول والإعلان عنه، إلا أنه بالرجوع إلى الفصل 30 من ق. ل. ع نلاحظ أنه يؤكد حقيقة هامة وهي أن الإيجاب المطلق⁽¹⁵²⁾ في التعاقد عن طريق المراسلة يستوجب ضرورة توصل الموجب بالقبول داخل الأجل المناسب لوصول الرسائل في الأحوال العادية، وإذا تعطلت الرسالة أو ضاعت في الطريق فإن العقد لا يلزم الموجب ولصاحب المصلحة في إبرام العقد أن يراجع الجهة المسؤولة عن الضياع أو التعطل وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية المبينة على الخطأ الواجب الإثبات.

من هنا يتبين لنا أن المشرع المغربي وان كان قد اخذ بنظرية إعلان القبول (الفصل 24 ق.ل.ع) إلا أن ذلك موقوف على شرط هام وهو وجوب توصل الموجب بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل⁽¹⁵³⁾ (الفصل 30 ق.ل.ع) وهذا لا يعني أن المشرع يعتد بنظرية العلم بالقبول إنما ذلك من باب الإشعار والإعلام فقط أما العقد فيكون قد انعقد بمجرد صدور القبول⁽¹⁵⁴⁾.

119 - أما عن مكان العقد الذي يحصل عن طريق المراسلة فإنه يختلف باختلاف النظرية التي تم الأخذ بها كوقت لإبرام العقد فوفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي الذي أخذ بنظرية الإعلان عن القبول فإن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يقطنه القابل، وبالرغم من أن أهمية تحديد هذا المكان لا تظهر في الواقع إلا في ميدان القانون الدولي الخاص عندما يتعلق الأمر بالعقود الدولية حيث يلعب المكان دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽¹⁵⁵⁾، إلا أن لمكان

(152) يشير الفصل 30 ق. ل. ع إلى الإيجاب المطلق غير المقيد بأجل أما إذا كان الإيجاب ملزما لصاحبه فإنه يتعين الرجوع إلى الفصل 29 ق. ل. ع الذي يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى غاية انصرام الأجل المحدد.

(153) وهذه النتيجة هي التي يتوصل إليها أغلب الفقه في المغرب من ذلك مثلا :

- مامون الكزبري - المرجع السابق - ص. 69.

(154) وتترتب على العقد كافة الآثار القانونية ابتداء من هذا التاريخ كانتقال الملكية وحرية التصرف وتحمل تبعات الهلاك.

(155) انظر في هذا الخصوص :

العقد على الصعيد الوطني أهمية خاصة تتجلى في بيان المحكمة المختصة للنظر في المنازعات التي قد تثور بخصوص هذا النوع من العقود.

ثالثا- النتائج المترتبة على تحديد تاريخ العقد الحاصل بالمراسلة:

120 - قلنا سابقا بان تاريخ إبرام العقد الحاصل بالمراسلة يختلف باختلاف نوع النظام السائد في هذا التشريع أو ذاك، ويترتب على تفضيل أحد هذه النظريات على بعضها نتائج قانونية في غاية الأهمية نوجزها فيما يلي :

أ- من حيث تحديد تاريخ انتقال الملكية وحرية التصرف:

وفقا لنظام إعلان القبول فان الطرف المستفيد من العقد يصبح مالكا للشيء المتعاقد عليه بمجرد التصريح بالقبول وهذا يعني أن له الحق في الاستفادة من هذا الشيء والتصرف فيه بمختلف أوجه التصرف القانونية⁽¹⁵⁶⁾ أما بخصوص التشريعات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول فان هذه الملكية لا تنتقل لصاحبها إلا في الوقت الذي يتوصل فيه الموجب برد القابل ويترتب على ذلك حرمانه من حرية التصرف إلى غاية ثبوت العلم بالقبول.

ب- من حيث تحديد من يتحمل تبعات الهلاك والتعيب:

بمجرد تمام العقد فان القابل في إطار نظرية التصريح بالقبول يسوغ له الاستفادة من الشيء المتعاقد عليه وفي مقابل ذلك فانه يتحمل تبعه الهلاك الذي قد يحصل في هذا التاريخ ما لم يتبين أن للموجب يد في وقوع هذا الهلاك، وما قيل عن الهلاك يقال أيضا عن التعيب الطارئ الذي لا علاقة له بالفترة السابقة على عملية إبرام العقد⁽¹⁵⁷⁾.

ج- من حيث تطبيق القوانين التفسيرية بأثر فوري:

قد يحصل أن يصدر المشرع بعضا من القوانين التفسيرية غير الأمرة⁽¹⁵⁸⁾ في الفترة الفاصلة بين التصريح بالقبول والعلم به، وإعمالا لقاعدة الأثر الفوري لسريان القانون الجديد فان مقتضيات هذا القانون التفسيري لن تطبق على العقود

(156) من تطبيقات ذلك في قانون ل.ع المغربي انظر نص الفصل 492 الذي يؤكد ما يلي "بمجرد تمام البيع يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء..".

(157) يمكن استخلاص هذا الأثر من نص الفصل 493 ق.ل.ع.

(158) أما إذا تعلق الأمر بإصدار قواعد أمرة كأن يتم تعديل سن الرشد القانوني بالزيادة أو النقصان فإن مثل هذه القواعد تطبق بأثر رجعي على كل الأوضاع القانونية التي لم تنتج أثارها بعد، للتفاصيل انظر -عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق ص: 158 هامش (1).

التي أبرمت قبل نشره ونفاذه وإنما يظل القانون القديم ساري المفعول بشأنها وذلك بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية إعلان القبول كقانون ل.ع. المغربي، أما بالنسبة للتقنيات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول فإن مقتضيات القانون الجديد هي الواجبة التطبيق مادام أن إبرام العقد قد وقع في ظل هذا القانون ومبدأ الفورية يقتضي تطبيق مقتضيات القانون الجديد على كل الأوضاع القانونية التي نشأت في ظله.

د- من حيث تحديد قوا عد الاختصاص القضائي:

سبق وقلنا بان أهمية تحديد العقد في التصرف الحاصل بالمراسلة تظهر في ميدان العقود الدولية، إلا أن لتحديد زمان العقد ومكانه فوائد أخرى على صعيد المعاملات الوطنية خصوصاً في الحالات التي يكون فيها لمحل إبرام العقد دور في بيان الجهة المختصة قضائياً، وهذا ما نستخلصه من نص الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية الذي جعل بعض المنازعات من اختصاص محكمة إبرام العقد فقد نصت الفقرة السادسة من الفصل السابق على أنه في دعاوي التجهيز والأشغال والكراء وإجارة الخدمة أو العمل يمكن للمدعي رفع دعواه أمام محكمة محل التعاقد أو تنفيذ العقد إذا كان هو موطن أحد الأطراف وإلا فأمام محكمة موطن المدعي عليه، أما الفقرة الثامنة من هذا الفصل فتتص على أنه في دعاوي العقود التي توجد الدولة أو جماعة عمومية أخرى طرفاً فيها فإن رفع الدعوى يكون أمام محكمة المحل الذي وقع العقد فيه.

البند الثالث: توافق الإرادتين في العقود المبرمة بشكل إلكتروني⁽¹⁵⁹⁾

121 - اقتناعاً من المشرع المغربي بضرورة تحديث وعصرنة ترسانته القانونية بفعل رياح العولمة التي فرضت عليه سلوك هذا النهج التشريعي فإنه بادر إلى المصادقة على القانون (53.05) المؤرخ في (2007/11/30)⁽¹⁶⁰⁾ لينظم به كل ما يتعلق بتبادل المعطيات بشكل إلكتروني، ونظراً إلى أن العقود والاتفاقات تعد بمثابة الوجه البارز لتبادل هذه المعطيات على الحوامل الإلكترونية لذلك فإن

(159) للمزيد من التعمق بخصوص تبادل المعطيات بشكل إلكتروني انظر:

- MASS (F) «la conclusion des contrats de commerce Electronique» (L.G.D.J) Tome 437-2005.

- JOLY-Passant «L'écrit confronté aux nouvelles technologies» (L.G.D.J) Tome 465-2006.

- العربي جنان، "التعاقد الإلكتروني في القانون المغربي"، دراسة مقارنة طبعة 2010.

- المختار بن أحمد عطار "العقد الإلكتروني" مطبعة النجاح الجديدة 2009.

- أحمد أدريوش، "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية طبعة 2009.

(160) القانون منشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 المؤرخة في (2007/12/6).

المقارنة تفرض علينا إجراء مقابلة بين الأحكام الواردة في القانون (53.03) وتلك المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود في الجزء المتعلق بإبرام العقد وتوافق الإرادتين.

فما المقصود بالعقد المبرم بشكل إلكتروني؟

وما هي أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين العقد التقليدي الحاصل بين غائبين عن مجلس العقد؟

وما هي الأسباب والدواعي التي دفعت بالمشروع إلى تعطيل العمل ببعض فصول قانون الالتزامات والعقود والإبقاء على بعضها الآخر؟

وما هو الجديد الذي أتى به المشروع بخصوص تحديد زمان ومكان إبرام العقد الحاصل على النمط الإلكتروني؟

أولاً: مفهوم العقد المبرم بشكل إلكتروني⁽¹⁶¹⁾:

122 - يعتبر العقد المبرم على الطريقة الإلكترونية من النماذج العقدية التي يتم فيها تسخير التكنولوجيا الحديثة لإبرام الصفقات والعقود على نحو أسرع وأضمن لمصالح الأطراف المستعملة لهذه التقنية الجديدة لتبادل المعطيات بشكل إلكتروني، وهذا النموذج العقدي ما هو في الواقع إلا صورة من صور التعاقد بين غائبين عن مجلس العقد باستعمال وسائل حديثة لم تكن معروفة من قبل، لذلك يمكن القول بأن العقد المبرم بشكل إلكتروني هو الذي يتم فيه استغلال التقنيات المتطورة في ميدان التواصل المعرفي بدءاً بالمفاوضات التمهيدية إلى طرح العرض بشكل جدي على الجهة التي ينوي العارض التعاقد معها وذلك أملاً في الخروج بنتيجة إيجابية بخصوص موضوع التعاقد، وتتم هذه العمليات منذ البداية

(161) بسبب الحيوية التي تميز هذا النمط التعاقدية الجديد، ورغم قصر المادة التي تفصلنا عن تاريخ صدور القانون (53.05) في (2007/11/30) فإننا نلاحظ أن شهية الباحثين المغاربة قد انفتحت منذ البداية لتقصي مضامين هذا العقد وإجراء مقارنات بينه وبين مختلف المظاهر التقليدية للعقد الحاصل بين غائبين من ذلك ما يلي:

- ادريس الحياتي "إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة على ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية" المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات"، العدد 11-2006.

- الناصري نور الدين "المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون (53.05) المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات" مجلة القانون الاقتصادية العدد 2-2009.

- حليلة بن حفو "التراضي في العقد الإلكتروني" مجلة أملاك العدد 6-2009.

- محمد أخياط "التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية مجلة الإشعاع العدد 25.

- عزيز أطوبان "حجية العقد الإلكتروني في الإثبات" مجلة الحقوق المغربية العدد 11-2011، ص 100.

للنهاية بالاعتماد على وسائل تقنية ترتبط بوجود دعائم إلكترونية تحمل مضمون العقد والتوقيعات اللازمة لإضفاء المشروعية والمصادقية عليه.

ويمتاز هذا النظام التعاقدي بالفعالية والدقة والسرعة في تبادل المعطيات القانونية، خصوصاً في الحالات التي يتم فيها التعامل بين أشخاص منضوين تحت إشراف ومراقبة الجهة الوسيطة التي تتولى تسيير خدمات المصادقة الإلكترونية، وعندما يكون التوقيع الإلكتروني من النوع المؤمن عليه، فإن المستفيد منه يتوفر آنذاك على أقصى درجات الحماية الممكنة التي يخولها نظام التعاقد الإلكتروني للمستفيدين من خدماته.

ثانياً: علاقة العقد المبرم إلكترونياً بالعقد الحاصل بين غائبين وفقاً لقانون ل.ع:

123- لقد سبق وقلنا بأن العقد الإلكتروني ما هو إلا نسخة متطورة للعقد التقليدي الذي كان يجمع بين شخصين غائبين عن المجلس كالعقود الحاصلة بالمراسلة⁽¹⁶²⁾ (Par correspondance) أو عن طريق وسيط أو التعاقد بالهاتف⁽¹⁶³⁾ أو التلكس إلى غير ذلك من الوسائل الأخرى التي كانت معروفة منذ بداية القرن العشرين⁽¹⁶⁴⁾.

ونظراً للمميزات التي تطبع نظام التعاقد عن بعد باستعمال الوسائل الإلكترونية فإن المشرع اضطر إلى تعطيل العمل ببعض الأحكام الواردة في قانون ل.ع التي لا تتسجم مع طبيعة العقود الإلكترونية وهذا ما ينطبق على مضمون الفصول (من 23 إلى 30 بالإضافة للفصل 32 من (ق.ل.ع) التي لم تعد قابلة للتطبيق على هذا النمط التعاقدي الجديد¹⁶⁵ وفي إطار هذا السياق أيضاً فإن المشرع استبعد من نطاق التوثيق الإلكتروني كل ما له علاقة بمدونة الأسرة من

(162) انظر ما قلناه سابقاً بخصوص هذا النوع من التعاقد في الفقرات من 114 وما بعدها من هذا المؤلف.

(163) نظراً لتزامن اختراع التلفون مع فترة وضع التشريعات المدنية الكبرى فإن معظم هذه القوانين حرصت على إقحام التعاقد الذي يتم فيه استعمال هذه الوسيلة ضمن خانة = =

= = التعاقدات التي تتم بين شخصين حاضرين في مجلس العقد مغلبة في ذلك عنصر الزمن على المكان الذي يتم فيه إبرام هذا العقد من ذلك ما ورد في الفصل 23 من (ق.ل.ع) (فقرة ثانية) وفي نفس الاتجاه انظر مضمون الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني الألماني.

(164) تشير المادة (b312) من القانون المدني الألماني لجملة من الوسائل التقنية القديمة والحديثة التي يمكن أن يتم بها إبرام العقد عن بعد بين المهنيين والمستهلكين كما يلي:

Les moyens de communications à distance sont des moyens de communications qui peuvent être mise en œuvre sans la présence physique simultanée des parties contractantes, pour la préparation ou la conclusion d'un contrat entre un consommateur et un Entrepreneur tels que lettre, catalogues, appels téléphoniques, télécopies, e-mails, Ainsi que services radiophoniques, télévisuels et audiovisuels.

(165) انظر الفصل 65/2 من القانون (53.05) .

عقود وكذا المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري ما عدا المحررات المنجزة من طرف الأشخاص لأغراضهم المهنية¹⁶⁶.

124- وفي مقابل الحالات المستبعدة أو المعطلة بموجب القانون (53.05) فإن هناك الكثير من الأحكام التي يشترك فيها نظام التعاقد الإلكتروني مع غيره من العقود الأخرى خصوصاً في مجال التعبير عن الإرادة وحماية التراضي وأهلية التعاقد إلى غير ذلك من الأحكام الواردة في الباب الأول من القسم الأول من قانون الالتزامات والعقود عدا تلك التي استثنائها المشرع بمقتضى نص خاص¹⁶⁷.

ونظراً لحساسية نظام التعاقد الإلكتروني لاحتمال التحايل على هذا النظام بسبب أعمال القرصنة وانتحال التوقعات غير المؤمنة أو تدمير العطيات المدخلة للحامل الإلكتروني نتيجة لتسرب الفيروسات للمعطيات المعتمدة كأساس للتعاقد وفقاً لهذا النمط التواصلي الجديد فإن المشرع تشدد كثيراً بخصوص التعاقدات الإلكترونية على مستوى الأبعاد الثلاثة قبل وأثناء وبعد إنشاء التصرف القانوني وذلك بهدف ضمان نجاح العمليات التعاقدية التي تتم وفقاً لهذا الشكل الجديد وحمايتها ضد كل استغلال عشوائي غير معقلن قد ينعكس سلباً على نمو العلاقات العقدية وطنية ودولية.

فما هي الضمانات الجديدة التي أتى بها القانون (53.05) في مجال التعاقد عن بعد الحاصل بشكل إلكتروني؟

ومتى يتم إبرام هذا العقد وفقاً للتصور الجديد المنصوص عليه في القانون المشار إليه أعلاه؟ وما هي قوته الإثباتية؟

(166) رغم إدراكنا لسبب المنع المتعلق بعدم جواز توثيق الضمانات الشخصية والعينية وكل ما له علاقة بمدونة الأسرة بمقتضى المحررات الإلكترونية، إلا أن المشرع قد يتراجع مستقبلاً عن هذا الحظر إذا تبين له أن التخوفات الكامنة وراء هذا المنع قد تلاشت وأصبح النظام قابلاً لاحتوائها.

(167) للمزيد من التعمق في موضوع التراضي في البيوع المبرمة بشكل إلكتروني انظر:

- مؤلفنا حول عقد البيع - الطبعة الثانية 2009، ص 55.
- عبد الرحمان الشرقاوي، "قانون العقود المسماة - العقود الناقلة للملكية"، طبعة أولى 2011، ص 55 وما بعدها.
- حليلة بن حفو "التراضي في العقد الإلكتروني"، مجلة أملاك العدد السادس، 2009.

أ) الحماية المقررة للمتعاقدين أثناء إبرام التصرف الإلكتروني:

125 - ي إطار انتشار تقنية التواصل عن بعد¹⁶⁸ فإنه أصبح¹⁶⁹ بالإمكان مخاطبة الجهة المنوي التعاقد معها. بمقتضى عرض موجه للعموم في شكل إيجاب يتضمن مشروع التعاقد وحسب نص الفصل 65/3 من القانون (53.05) فإنه يمكن لصاحب المبادرة أن يستخدم ما يراه مناسباً من الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.¹⁷⁰

ويعتبر البريد الإلكتروني (Courrier Electronique) من أبرز الوسائل المعتمدة في هذا الباب لنقل مضمون العرض للغير، وإذا تم الاتفاق على تمرير هذه المعلومات في شكل ملء استمارة (Formulaire) فإنه يتعين وضع هذه الإستمارة رهن إشارة الجهة المطلوب منها ملأها وتعبئتها.¹⁷¹

126 - أما بخصوص الفترة الزمنية التي يتعين الإبقاء فيها على العرض كأرضية صالحة للتفاوض عليها فإن المشرع ميز في القانون (53.05) كما هو الشأن بالنسبة لقانون الإلتزامات والعقود بين الحالات التي يتضمن فيها العرض أجلاً لسريانه (العرض الملزم) حيث يبقى العارض ملزماً به إلى غاية انتهاء هذا الأجل وبين الحالات التي يكون فيها العرض مطلقاً حيث يظل ملزماً بعرضه طالما بقي الولوج إلى مضمون العرض متيسراً بطريقة إلكترونية، وفي الحالتين معاً فإن عروض التعاقد على هذا النمط يتعين فيها أن تكون مستجمة للعناصر التالية:

1- بيان الخصائص الأساسية للسلع والبضائع والخدمات المعروضة للتفاوض والتعاقد عليها.

(168) يقصد بتقنية الاتصال عن بعد في إطار المادة 25 من القانون (31.08) المتعلق بحماية المستهلك "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك دون حضورهما شخصياً وفي آن واحد" أما بالنسبة لمتعهد تقنية الاتصال فهو "كل شخص طبيعي أو معنوي تابع للقطاع العام أو الخاص يركز نشاطه المهني على وضع تقنية أو عدة تقنيات للاتصال عن بعد تحت تصرف المورد".

(169) في الوقت الذي كان يعبر فيه "قانون الإلتزامات والعقود عن هذه الخطوة بالإيجاب فإنه استعمل في القانون (53.05) مصطلح العرض كتعبير منه عن نفس الفكرة.

(170) رغم إشارة القانون (53.05) لحالة العرض الموجه لعامة الناس إلا أنه ليس هناك ما يمنع العارض من تخصيص شخص معين بعرضه.

(171) انظر الفقرة الرابعة من الفصل 65/3 من القانون (53/05).

2- تحديد شروط التعاقد وإبراز التحفظات التي يتعين أخذها بعين الاعتبار عند إبرام العقد.

3- بيان مختلف المراحل التي يتوجب اتباعها لإبرام العقد بشكل إلكتروني.

4- تحديد الوسائل التقنية التي تمكن الأطراف من اكتشاف الأخطاء قبل إبرام العقد وتصحيحها.

5- بيان اللغة أو اللغات المقترحة لإبرام العقد.

6- تحديد الطريقة التي يتعين حفظ العقد الإلكتروني بها في الأرشفة المخصص لذلك، وطرق الإطلاع على مضامين هذه العقود.

7- الإشارة لوسائل الإطلاع على القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها عند الاقتضاء.¹⁷²

(ب) متى يتم إبرام العقد الإلكتروني:

127 - رغم انتماء كل من العقد الإلكتروني والعقد المبرم عن طريق المراسلة أو الوساطة إلى زمرة العقود الحاصلة عن بعد (Contrats à distances) إلا أن المشرع خص النوع الأول من هذه العقود بجملة من الأحكام المتميزة التي دفعت بالمشرع في القانون (53.05) إلى تعطيل العمل بالمبادئ الواردة في الفصول من 23 إلى 30 بالإضافة للفصل 32 من (ق.ل.ع)¹⁷³.

وعلى خلاف قانون الإلتزامات والعقود الذي حدد زمن العقد الحاصل بالمراسلة أو عن طريق وسيط في الفصلين (24 و 30) في الوقت الذي يتم فيه الإعلان عن القبول بشرط توصل الموجب بالرد في الأجل المناسب فإن القانون (53.05) لم يحدد هذه النقطة بشكل واضح إذ أنه بقراءة مضمون الفصل (65/5) فإننا

(172) لقد ختم المشرع كلامه عن هذه العناصر بالتنبيه إلى أن كل عرض أو اقتراح لا يتضمن كافة هذه العناصر فهو مجرد إشهار لا يلزم صاحبه في شيء. (Un simple publicité)

(173) يمكن القول على أن المشرع لم يكن موفقاً في تعطيله العمل بالنصوص التسعة المشار إليها أعلاه، فإذا كان تجميده لبعض هذه النصوص مبرراً من الناحية القانونية فإن بعضها الآخر لم نجد له من مبرر يوجب سلوك نفس النهج، كما هو الشأن بالنسبة للفصلين (23 و 29) من (ق.ل.ع) الذين يتعلقان على التوالي بالعقد الحاصل بين حاضرين في مجلس العقد والذي لا علاقة له بالعقود التي تتم عن بعد، أما الفصل الثاني فيتعلق بالإيجاب الملزم الذي استبعده القانون (53.05) من الناحية الشكلية إلا أنه حافظ على مضمونه بصياغة جديدة وذلك في الفقرة الثانية من الفصل (65/4) من القانون (53.05) المشار إليه أعلاه التي جاء فيها بأن "صاحب العرض يظل ملزماً به سواءً طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو إن تعذر ذلك طالما ظل ولوج العرض متيسراً بطريقة إلكترونية".

لا نخرج بتصوّر دقيق عن الفترة التي يتم فيها العقد المبرم بشكل إلكتروني، فبعد إتاحة الفرصة للشخص الموجه إليه العرض قصد الإطلاع عليه وتصحيحه وإدخال التعديلات اللازمة عليه بالاتفاق مع العارض فإن الطرف الأول قد يوافق عليه ويبعث بقبوله إلكترونيا للعارض وهنا يتعين على هذا الأخير أن يشعر القابل بنفس الطريقة بتسلمه قبول العرض دون تأخير غير مبرر.

128 - وخلال الفترة الزمنية التي يتوصل فيها العارض بالرد فإن القابل يصبح ملزماً به بشكل رسمي لا رجعة فيه ولا يتحقق هذا التوصل الفعلي إلا إذا كان بإمكان القابل الولوج إلى المعطيات التي وافق عليها. وبناء على ما سبق فإن زمان العقد المبرم إلكترونيا ينعقد في الوقت الذي يتوصل فيه العارض برد القابل بشرط إعلامه لهذا الأخير بأنه تسلم قبول العرض داخل الأجل المناسب وبذلك يكون القانون (53.05) قد خرج عن المقتضيات المنصوص عليها في الفصلين (24 و30) من قانون ل.ع الأمر الذي دفع بالمشروع إلى تجميد مفعول هذين الفصلين الذين لا ينسجمان مع التوجه الجديد لتحديد زمان العقد المبرم بشكل إلكتروني.

129 - أما بالنسبة لمكان إبرام العقد الإلكتروني فإنه أمام سكوت القانون (53.05) عن تحديد هذا المكان، وإزاء إلغاء المقتضيات المتعلقة بهذا التحديد في الفصل 24 (ق.ل.ع) عند حصول التعاقد بالمراسلة، فإن السؤال يظل مطروحاً بالنسبة لمكان إبرام العقود الإلكترونية لما يترتب عن ذلك من تحديد للمحكمة المختصة للنظر في المنازعات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد؟

ونظراً لتباين العلاقات العقدية الإلكترونية التي يمكن أن تحصل على المستويين الداخلي والدولي مدنياً وتجارياً¹⁷⁴ لذلك فإننا عادة ما نجد أنفسنا في مثل هذه الحالات أمام خليط من القواعد المتعلقة بمكان إبرام هذه العقود التي تختلف باختلاف أنماط التعاقد الإلكتروني إذ قد يتم الإحتكام لشروط تحكيمي مدرج في العقد لبيان الجهة المختصة للفصل في المنازعات الإلكترونية وقد يتم الإحتكام إلى الإتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا الخصوص إلى غير ذلك

(174) للمزيد من التعمق يمكن الرجوع إلى:

- محمد فواز المطالقة "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية- أركانه وإثباته - القانون الواجب التطبيق- التفسير- التوقيع الإلكتروني"، طبعة أولى 2008.

- محمد أبو الهجاء "التجارة الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق والمنازعات العقدية وغير العقدية"، طبعة 2005.

محمد أخياض "التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية"، مجلة الإشعاع العدد 25.

من الحلول الأخرى المقتبسة من القواعد المتعارف عليها في مادة القانون الدولي الخاص.

130 - أما بخصوص العقود الإلكترونية الوطنية فإنه بناء على مضمون الفقرة الثالثة من الفصل (65/4) فإن العقد يتم في المكان الذي يتسلم فيه القابل للإشارة النهائية التي تؤكد توصل العارض بمضمون القبول، إذ لا مجال للتراجع بعد ذلك عن مشروع التعاقد النهائي، ويترتب على تحديد مكان إبرام العقد بيان المحاكم المختصة للفصل في المنازعات التي يمكن أن تثور بين طرفي هذه العلاقة العقدية، وكما هو معروف فإن الاختصاص المكاني محكوم بأصل عام وجملة من الاستثناءات التي يتم فيها الخروج عن هذا الأصل العام وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية¹⁷⁵ وبعض النصوص القانونية الخاصة¹⁷⁶.

(ج) القوة الإثباتية للعقد المبرم إلكترونياً¹⁷⁷:

131- لقد أضاف القانون (53.05) المتعلق بتبادل المعطيات بشكل إلكتروني مكسباً جديداً في ميدان الإثبات عند تأكيده بأن الوثائق المحررة على دعائم إلكترونية يكون لها نفس قوة الإثبات التي تكون للوثائق المحررة على الورق¹⁷⁸، ولإعتداد بهذه المحررات الإلكترونية في الإثبات فإنه يتوجب أن تكون حاملة للبيانات الإلزامية والتوقيعات التي تمكن من التعرف على الجهة التي صدرت عنها.

(175) انظر ما ورد النص عليه في الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية الجديد.
(176) عندما يتعلق الأمر بالمنازعات القائمة بين المهنيين والمستهلكين وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون (31.08) المؤرخ في 2011/2/18 فإنه يحق للمستهلكين رفع دعاوهم أمام:
- محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك.

- أو أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في وقوع الضرر، وللمستهلك أن يختار المحكمة التي يراها مناسبة لمصلحته (المادة 202 من القانون المشار إليه أعلاه).
فإذا كان العقد المبرم بشكل إلكتروني جامعاً بين مستهلك ومهني فإنه يتعين الاحتكام للقواعد التي تخدم مصلحة المستهلك سواء في ميدان الاختصاص أو الإثبات أو غير ذلك من الأمور الأخرى التي أكدها القانون (31.08).

(177) للتوسع في موضوع الإثبات الإلكتروني انظر:

- عزيز أطوبان، "حجية العقد الإلكتروني في الإثبات"، مجلة الحقوق المغربية - العدد 11 ماي 2011، ص 100.

- كميل طارق عبد الرحمان ناجي، "التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات"، دراسة مقارنة طبعة 2008.

(178) انظر مضمون الفصل 417/1 من القانون (53.05).

132 - ومن خلال عملية الربط بين المواد المتعلقة بإثبات المحررات الإلكترونية الواردة في القانون (53.05) فإننا نلاحظ ما يلي:

الملاحظة الأولى: أن المشرع بادر منذ البداية إلى الاعتراف بالمحررات المحمولة على دعامات إلكترونية كوسيلة مقبولة لإثبات الحقوق والإلتزامات شأنها في ذلك شأن المحررات الورقية، غير أن هذا الاعتراف مشروط بضرورة التعرف على هوية الجهة التي ساهمت في إصداره والتوقيع عليه.

الملاحظة الثانية: إذا كان الأصل في الوثائق المحررة إلكترونياً أنها من النوع العرفي، إلا أن ذلك لا يمنع الأطراف من رفع مستواها إلى الرسمية بعرضها على الجهة المختصة لإضفاء طابع الرسمية عليها فالذي يجعلها في مستوى الأوراق الرسمية هو إشهاد الجهة التي لها صلاحية التوثيق على مضمون هذه المحررات كالموظف العمومي ومن في مستواه ونستنتج من هذا المقتضى أن المحرر الإلكتروني حتى ولو كان يحمل توقيعاً مؤمناً فإنه لا يرقى لمرتبة المحررات الرسمية إلا إذا تم الإشهاد عليه من طرف الجهة المختصة.

الملاحظة الثالثة: ليس هناك ما يقطع في القانون (53.05) بأن العقد المبرم إلكترونياً هو من العقود الشكلية بالضرورة، فبالرغم من ضرورة احترام المتعاقدين لبعض المراحل التقنية الموصلة لإبرام العقد النهائي التي لم تكن مألوفة وفقاً للأنظمة التقليدية في التعاقد بين غائبين فإن العقد الإلكتروني سيبقى مع ذلك مجرد عقد رضائي كأصل عام ولا تسري عليه آثار العقود الشكلية إلا إذا نص القانون على اعتباره كذلك بمقتضى نص خاص¹⁷⁹.

الملاحظة الرابعة: نظراً للمؤاخذات الكثيرة التي كانت توجه لمضمون الفصل 443 (ق.ل.ع) المتعلق بالمبلغ التعاقدي الذي لا يجوز إثباته بشهادة الشهود، فقد اغتنم المشرع فرصة إصداره للقانون (53.05) ليرفع من حجم هذا المبلغ إلى عشرة آلاف درهم (10.000) إذ لا يجوز إثبات المبالغ العقدية التي تكون في حدود هذه القيمة إلا بالكتابة سواءً تعلق الأمر بالعقود المحررة على الورق أو بتلك الواردة على دعامة إلكترونية.

133 - خلاصة القول أن توافق الإرادتين في العقود المبرمة إلكترونياً تعد من التجارب الجديدة التي اقتحم بها العنصر البشري سوق المعاملات التجارية

(179) نظراً لتشدد القانون (53.05) بخصوص التوقيعات الإلكترونية المؤمنة وغير المؤمنة فإن بعض الفقه المغربي تخوف من تحول المسار التعاقدي الإلكتروني إلى تبني شكلية التوقيع كأساس لإبرام هذه النماذج العقدية الحديثة، انظر في ذلك:

= = -BENOTHMANE (M) : «la signature ou le retour triomphal du formalisme» colloque organisé par le département de droit privé Agdal- Rabat sur l'échange électronique des données juridiques le 29/02/2008.

والمدينة على حد سواء، مستعملا في ذلك أحدث المستجدات التي عرفها نظام التواصل التكنولوجي وهذا النموذج التعاقدى ما هو إلا النموذج البارز لصور التعاقد عن بعد، يتقاطع مع قانون الالتزامات والعقود في الكثير من المحطات المشتركة بينهما، إلا أنه في مقابل ذلك يمتاز بعدة خصائص ذاتية تباعد بينه وبين ما هو منصوص عليه في هذه المدونة، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى تعطيل العمل بجملة من الفصول التي لم تعد مناسبة لهذا النمط التعاقدى الجديد المنظم بمقتضى القانون (53.05) ولا يزال الوقت مبكراً للحكم على نجاح أو فشل هذه التجربة العقدية الجديدة في بلدنا الشيء الذي قد يتطلب الكثير من الوقت للإستئناس بهذا النظام التعاقدى الإلكتروني.

البند الرابع: توافق الإرادتين في التعاقد الحاصل بالنيابة

134 - إعمالاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد فإنه لا يحق لأي شخص أن يلزم غيره ولا أن يتصرف باسمه إلا إذا كان مرخصاً له في ذلك بمقتضى القانون أو الاتفاق وهذا ما أشار إليه الفصل 33 ق. ل.ع الذي جاء فيه «لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون».

وسنعرض فيما يلي لمفهوم التعاقد بالنيابة ثم لانواع النيابة وبعد ذلك سنبيين الشروط اللازمة لصحة تصرف النائب ثم للآثار القانونية للنيابة على أن نختم هذا الموضوع بالجواب عما إذا كان بإمكان النائب أن يتعاقد أصالة عن نفسه ونيابة عن غيره؟.

أولاً- مفهوم التعاقد بالنيابة⁽¹⁸⁰⁾:

135- النيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في مباشرة تصرف قانوني معين مع انصراف آثار هذا التصرف إلى شخص الأصل، فهناك بعض المواقف التي تحول دون إبرام العقد شخصياً خصوصاً في الميدان التجارى حيث يتستر الأصل باستعارة أسماء غيره فيتعاقد عن طريق الوكالة⁽¹⁸¹⁾، ويمكن

(180) لمزيد من التفاصيل حول النيابة في التعاقد انظر:

- محمد اوغريس « التعاقد بطريق النيابة في ضوء التشريع المدنى المغربي ». رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا- كلية الحقوق بالدار البيضاء السنة الجامعية 1979-1980.
- أيضا السنهاوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامى - ج 5 ص 183.

Givendon "L'évolution du contrats de Mandat" thèse Paris 1947.

Savatier "L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne" D. 1959 CHR 47.

(181) انظر هشام فرعون - المرجع السابق- ص: 79.

- ستارك - المرجع السابق - ص: 384 فقرة: 1196.

للشخص الواحد عن طريق مؤسسة الوكالة أن يبرم أكثر من عقد واحد في وقت ضيق جدا.

ثانيا- أنواع النيابة في التعاقد:

136- للتعرف على أنواع النيابة فإنه يلزم الرجوع إلى مقتضيات كل من (ق، ل، ع) في القسم السادس من الكتاب الثاني الخاص بعقد الوكالة الاتفاقية (الفصول 879 إلى 942) وإلى مقتضيات قانون الأحوال الشخصية الواردة في الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية خصوصاً الفصول (206 إلى غاية 276 من المدونة الجديدة)⁽¹⁸²⁾.

من هنا يتبين لنا أن النيابة قد تكون اتفاقية وهذا ما يطلق عليه اسم الوكالة وقد تكون قانونية أو شرعية وهذا ما نجده في الوصاية والولاية والتقديم⁽¹⁸³⁾ ولكل من هذه النيابة أحكامها الخاصة بها إلا أن ما يهمنا نحن في هذا الميدان هو النيابة الاتفاقية أو الوكالة لارتباطها بمجال المعاملات المدنية.

ثالثا- الشروط اللازمة لصحة الوكالة في التعاقد:

137 - لقيام الوكالة صحيحة فإنه يلزم توافر مجموعة من الشروط القانونية التي تثبت انصراف نية الأصيل إلى توكيل غيره لكي ينوب عنه في إجراء التصرف محل الوكالة ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي:

أ- ضرورة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

138 - ولن يتحقق هذا الحل إلا بالاتفاق صراحة أو ضمنا على الترخيص بالتوكيل لا فرق في ذلك بين أن تكون الوكالة عامة يكون فيها للنائب مطلق الحرية في التصرف بشرط التقيد بتعليمات الأصيل أو أن تكون الوكالة خاصة محددة في نطاق محدد كأن تنحصر في بيع شيء معين بذاته وصفاته وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يميز في الواقع بين النائب القانوني

(182) بالإضافة لقواعد الوكالة المنصوص عليها في (ق.ل.ع) وبنود النيابة الشرعية الواردة في مدونة الأحوال الشخصية فإن المشرع قد تناول الجانب الإجرائي للنيابة القانونية والتجوير والبيع القضائي لأموال القاصرين في المواد من (181 إلى 211) من قانون المسطرة المدنية الجديد.

(183) ينص الفصل 229 من المدونة الجديدة للأسرة على أن "النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم".

والرسول⁽¹⁸⁴⁾ إذ أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون مجرد أداة لنقل إرادة الموجب إلى الغير، أما النائب القانوني فإنه يظهر في التصرف بمثابة طرف مستقل يتعاقد باسمه الخاص ولكن لحساب الأصيل، إلا أنه بالرغم من أن النائب يعد طرفاً في العقد إلا أن المشرع لم يتطلب فيه الأهلية الكاملة للتعاقد، وإنما اكتفى ببلوغ الوكيل لسن التمييز فقط⁽¹⁸⁵⁾، وبذلك فإن الوكيل يحق له أن يجري لحساب غيره ما يعجز عن إجرائه لنفسه وذلك في ميدان النيابة الاتفاقية فحسب أما النيابة القانونية (الشرعية) وكذا النيابة القضائية فإنه يتعين في النائب أن يكون أهلاً للتصرف وذلك بسبب أن صاحب المصلحة هم من فئة القاصرين والمحجور عليهم⁽¹⁸⁶⁾.

ب- ضرورة تقيد الوكيل بتعليمات الأصيل:

139 - سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة فإنه يتعين على الوكيل أن يتقيد بالتعليمات التي سطرها له الموكل مسبقاً⁽¹⁸⁷⁾ وإذا حصل وأن تجاوز الوكيل حدود وكالته فإن الموكل لا يلتزم بذلك⁽¹⁸⁸⁾ وهذا ما ينص عليه الفصل 927 ق.ل ع إلا أن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الموكل بتصرفات الوكيل بالرغم من تجاوز هذا الأخير لحدود وكالته من ذلك الحالات الأربع المنصوص عليها في الفصل أعلاه وهي: 1 - إذا أقر الموكل تصرفات الوكيل ولو ضمناً. 2 - إذا استفاد الموكل من هذا التصرف. 3 - إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل. 4 - إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته ولكن كان الفرق

(184) انظر في الفرق بين النائب والرسول، اوغريس محمد - المرجع السابق ص: 67. ويذهب المجلس الأعلى إلى إقرار هذه التفرقة بين النائب والوسيط حيث نجده في القرار الصادر عنه بتاريخ (1979/9/5) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 30 ص: 12. يؤكد بأن السمسار يعد أقرب إلى الوسيط منه إلى النائب القانوني مادام ليس هناك ما يقطع بوجود وكالة ظاهرة بين السمسار وشركة التأمين.

(185) يمكن استخلاص هذه القاعدة من نص الفصل 880 ق.ل ع الذي جاء فيها ما يلي: «يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلاً لها ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل حيث يكفي فيه أن يكون متمتعاً بالتمييز وبقواه العقلية... فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه».

(186) انظر مؤلف القاضي عبد السلام المنصوري «شؤون القاصرين النيابة القانونية» سلسلة دروس المعهد الوطني للدراسات القضائية لسنة 1983.

(187) وهذا ما ينص عليه الفصل 895 ق.ل ع الذي جاء فيه بأن «على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة».

(188) سطارك - المرجع السابق ص: 386 فقرة: 1202.

يسيرا بين هذه التعليمات ونسبة التجاوز فيها أو كان التجاوز مما يتسامح فيه عرفا أو في ميدان التجارة.

ج- ضرورة بيان النائب لهويته القانونية كوكيل:

140 - فالنائب القانوني يتوجب عليه أن يتصرف باسم الأصل ولحسابه الخاص⁽¹⁸⁹⁾، ولكي يتحقق ذلك فإنه يتعين على النائب أن يبرز هويته القانونية كوكيل حتى يكون الطرف الآخر على بينة واختيار من أمره، وفي حالة ما إذا أغفل الوكيل هذا الإجراء بان تعاقده باسمه الشخصي دون ذكر للموكل فان العقد يعتبر ملزما له كما لو كان التصرف لحسابه⁽¹⁹⁰⁾ بحيث تبقى آثار النيابة منحصرة في العلاقة بين الوكيل والموكل أما الغير فلا تربطه أية علاقة قانونية بالأصل⁽¹⁹¹⁾ وهذا ما سنعرض له في النقطة الموالية المتعلقة بآثار الوكالة.

رابعا - آثار النيابة في التعاقد:

141 - تختلف هذه الآثار باختلاف نوع العلاقة القانونية التي تربط بين أطراف عقد الوكالة، وسنعرض فيما يلي لكل من علاقة الوكيل بالأصل ثم لعلاقة الوكيل بالغير وأخيرا لعلاقة الغير بالأصل.

أ- علاقة الوكيل بالأصل:

142 - بخصوص هذه العلاقة يتعين الرجوع إلى عقد الوكالة الذي يحدد إطار هذه النيابة فيما إذا كانت خاصة أو عامة، أما إذا تعلق الأمر بالنيابة القانونية فإنه يلزم التقيد بالمقتضيات العامة التي تنظم هذا النوع من النيابة، وعلى الوكيل أن ينفذ المهام المسندة إليه في صك التوكيل بحيث يتقيد بها الأصل طالما هو موجود على قيد الحياة، أما في حالة وفاة الموكل فان للورثة وحدهم الحق في إثارة عدم استمرار الوكيل في أداء مهمته وإذا تصرف الوكيل وهو جاهل لواقعة وفاة الموكل فان هذا التصرف يكون مقبولا من الناحية القانونية⁽¹⁹²⁾.

(189) هشام فرعون - المرجع السابق ص: 84 فقرة: 182.

(190) الفصل 920 ق.ل.ع.

(191) سليمان مرقس- مرجع سابق - ص: 236 فقرة: 125.

حسن فرج - مرجع سابق - ص: 111 فقرة 79.

(192) المجلس الأعلى قرار: (1981/1/13) ملف شرعي عدد 77057.

(ب) - علاقة الوكيل بمن تعاقد معه:

143 - مادام الهدف من الوكالة هو تمثيل الأصل أمام الغير، فانه بات أمرا طبيعيا أن يبقى الوكيل غير مسؤول أمام هذا الغير، باعتبار أن آثار التصرف تنصرف مباشرة إلى الأصل وليس للنائب القانوني⁽¹⁹³⁾ فمهمة الوكيل 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: «التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل في حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه».

(ج) - علاقة الأصل بمن تعاقد معه الوكيل:

144 - وهذه العلاقة الأخيرة هي التي تتجسد فيها آثار الوكالة بصورة واضحة إذ أن آثار العقد تنسحب مباشرة على هذين الطرفين وفي حالة الإخلال بالالتزامات الناجمة عن عقد التوكيل فانه يحق لكل منها أن يقاضي الطرف الآخر وهذا ما ينص عليه الفصل 921 من قانون ل.ع الذي ورد فيه ما يلي: «الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلا وفي حدود وكالته لا يتحمل شخصا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم ولا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل».

خامسا- هل يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه:

145 - لقد أثار التعاقد مع النفس⁽¹⁹⁴⁾ جملة من التساؤلات حول جوازه أو منعه فظهر على الساحة القانونية تياران متعارضان الأول يجيز مثل هذا التصرف بينما يمنعه التيار الثاني، ويرى أنصار المنع⁽¹⁹⁵⁾ بأن الوكيل عندما يتعاقد أصالة عن نفسه ونياية عن غيره فان مصالحهما ستتعارض فيما بينها الأمر الذي

منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 30-1982 ص: 51. وهذا ما نستخلصه من نص الفصل 939 ق.ل.ع الذي جاء فيه «تكون صحيحة التصرفات التي يبرمها الوكيل باسم الموكل خلال الفترة التي يجهل فيها موته أو غيره من الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة بشرط أن يكون من تعاقد معه يجهل ذلك بدوره».

(193) سطارك المرجع السابق - ص : 391 فقرة: 1223.

أوبير وفلور - المرجع السابق ص : 327 بند : 424.

(194) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر:

GOUGET "Théorie générale du contrat avec soi-même" Thèse Caen 1903. VALLINARESCO "des actes juridiques avec soi même (R.T.D.CIV) 1926 p: 973.

(195) فلور واوبير - المرجع السابق - ص: 328 فقرة: 426.

- هشام فرعون - مرجع سابق - ص: 86 فقرة 187.

سيؤدي إلى الإضرار بالأصيل، أما أنصار الجواز فإنهم يرون بان الوكيل يكون أحق من غيره في الاستفادة من موضوع الوكالة إن كانت له رغبة في ذلك بشرط أن يثبت عنصر حسن نية الوكيل⁽¹⁹⁶⁾ وان يكون الموكل على علم بتصرف الوكيل، إلا أن أهمية هذا الشرط الأخير تكاد تكون منعدمة لان الوكالة تفقد فعاليتها في ظل هذا الوضع مادام انه بإمكان الوكيل والموكل إبرام عقد مباشر بينهما من غير حاجة لسلوك طريق النيابة.

وإذا رجعنا إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي فإننا نجد انه لم يفصل في مسألة النائب الذي يتعاقد مع النفس برأي قار كما هو الشأن بالنسبة لمعظم التشريعات العربية الأخرى⁽¹⁹⁷⁾.

أما بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الجديدة فإنها اعتبرت هذا التصرف من الأعمال التي تستوجب رفع الأمر إلى القاضي وهذا ما ورد النص عليه في المادة 269 (من المدونة الجديدة للأسرة) التي ورد فيها: «إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه».

بقي أن نشير في النهاية الى أن الأحكام المشار اليها سابقا تسري على كل مظاهر التعاقد مع النفس سواء كانت في شكل جمع بين صفتي الوكيل المستفيد من العقد او وردت في شكل نيابة على جانبين كأن يكون موجبا بالنيابة عن احد الاطراف وقابلا في نفس الوقت بالنسبة للطرف الاخر، وهذا يعني انه يبرم عقدا

(196) بالرغم من أن الأصل في الفقه الإسلامي هو منع التعاقد مع النفس بسبب تعارض مصالح الأطراف فيما بينها، إلا انه استثناء يجوز ذلك خصوصا عند الفقهاء المالكيين والحنابلة إذا أذن له الموكل في ذلك.

(انظر : السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج 5 ص: 262 بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مرجع سابق ص : 303.

أما في ميدان عقد الزواج فان الفقهاء، المسلمون مجتمعون على جواز زواج الولي من المرأة التي نصب نفسه وليا عليها إذا لم تكن من النساء التي يحرم عليه الزواج منها شرعا.

(197) بالنسبة للتشريعات العربية التي تكرر المنع انظر:

- القانون المدني المصري في المادة 108.

- القانون المدني الجزائري في المادة 77.

- القانون المدني الكويتي في المادة 62.

بمفرده وعلى كل حال فان عدم جواز مثل هذه الانماط من التعاقد يرجع بالدرجة الأولى إلى عامل الريبة والشك الذين ينتابان هذا النوع من التصرفات⁽¹⁹⁸⁾.

الفرع الثاني

صحة التراضي

146 - يلزم لصحة التراضي كركن في العقد أن يكون المتعاقد أهلاً للالتزام ويتحقق ذلك باستكمالها للسن القانونية التي حددها المشرع كسقف للرشد بشرط أن يكون ذلك موازياً لاكتمال القوى العقلية لهذا الفرد أثناء التعاقد.

وبالإضافة إلى ذلك فإنه يتعين أن تكون إرادة هذا المتعاقد خالية من عيوب التراضي التي تؤثر على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته ويتعلق الأمر هنا بالعيوب التقليدية للإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن الاستغلالي.

غير أن إبرام العقد تحت وطأة نقصان الأهلية أو وجود عيب في التراضي لا يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وإنما يفتح للمتعاقد المتضرر باب الإبطال فقط لتعلق ذلك بمصلحة الطرف المتضرر الذي له الحق في إثارة دعوى الإبطال أو الإبقاء على العقد على ما هو عليه لعدم مساس ذلك بالنظام العام.

وحتى نقرب أكثر من الموضوع فإنه ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين على الشكل التالي :

- المبحث الأول: الأهلية للالتزام.

- المبحث الثاني: خلو الإرادة من عيوب التراضي.

المبحث الأول

الأهلية للالتزام

147 - بالرجوع إلى الفصل الثاني من (ق.ل.ع) نلاحظ أن الأركان اللازمة لصحة الالتزامات هي: 1 - الأهلية للالتزام 2 - التعبير الصحيح عن الإرادة 3 - شيء محقق يصلح كمحل للالتزام 4 - سبب مشروع للالتزام إلا أننا لا نتفق

(198) وهذا التبرير هو الذي يؤكده الحافظ بن رجب في كتابه «القواعد في الفقه الإسلامي» طبعة 1988 ص: 131 حيث يقول «ومنها الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه؟ فيه روايتان معروفتان ولللمنع مأخذان، أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن والثاني أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجهم من جملة المشتريين، والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد شخص واحد بنفسه ويأخذ بأحدى يديه من الأخرى إلا أن تبرير ابن رجب لعدم جواز التعاقد مع النفس لا يحول دون امكانية جواز بعض مظاهر هذا التعاقد وذلك في حدود الاستثناء المشار إليه سابقاً.

مع المشرع في اعتبار الأهلية ركنا في الالتزام وإنما هي شرط من شروط صحة التراضي يترتب على كمال الأهلية تمام التراضي أما انعدامها أو نقصانها فيستوجب انعدام التراضي أو نقصانه⁽¹⁹⁹⁾.

وبالرغم من اختلاف أحكام فقدان الأهلية ونقصانها إذ يترتب على الوضع الأول تقرير البطلان المطلق بينما يترتب على الوضع الثاني مجرد إمكانية إبطال التصرف (البطلان النسبي) إلا أن الفقه المعاصر يذهب إلى معالجة الأهلية ضمن باب سلامة التراضي وصحته للارتباط الوثيق بين هذين العنصرين.

وبما أن موضوعات الأهلية عادة ما تعالج ضمن محاور الأحوال الشخصية للأفراد لذلك فإن كثيرا من فقهاء القانون المدني قد تحاشوا الخوض فيها تفاديا لتكرار نفس الأحكام في الباب المتعلق بإنشاء العقود والالتزامات⁽²⁰⁰⁾.

بقي أن نشير في النهاية إلى أن أهلية التعاقد كركن في الالتزام المنصوص عليها في كل من الفصل 2 من (ق.ل.ع) والمادة 1123 مدني فرنسي ما هو في الواقع إلا الوجه السلبي لهذه الأهلية ألا وهو معالجة مختلف حالات عدم الأهلية للتعاقد انعداماً ونقصاناً وهو الوجه الذي أولاه الفقه الكثير من الاهتمام وهذا ما سنراه بشيء من التفصيل لاحقاً.

المطلب الأول: التعريف بالأهلية وأنواعها:

(199) شكري السباعي "نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود" أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص طبعة 1971 ص: 132.

(200) -Ghestin (J) "le contrat" (L.G.D.J) éd. 1988 p: 216

- Azziman (O) "Le contrat" éd. Le fennec 1995 p: 82.

= =

= = «La capacité tient non pas à la structure du contrat mais à la personnalité juridique du contractant elle constitue donc non pas un élément constitutif du contrat mais un attribut de la personne du contractant».

وهناك الكثير من التشريعات التي حصل لها مثل هذا التداخل في موضوعات الأهلية من ذلك مثلاً القانون المدني الألماني (BGB) الذي استهل هذه المدونة بالتعريف بالأهلية وتحديد مدتها في المادتين الأولى والثانية كما يلي:

Article (1) «la capacité juridique de l'être humain commence à la naissance».

Article (2) «la Majorité est acquise avec la dix- huitième année accomplie».

ولم يفصل القانون المدني الكلام عن الأهلية وموانعها إلا ابتداء من المواد 140 وما بعدها بمناسبة بيانه لأحكام التصرفات القانونية.

148 – الأهلية بصورة عامة هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات⁽²⁰¹⁾.

ويستخلص من هذا التعريف أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء أو أهلية تصرف.

أولاً: فأهلية الوجوب⁽²⁰²⁾ لا علاقة لها بميدان التصرفات القانونية وإنما هي علامة على وجود الإنسان واكتسابه للشخصية القانونية وتبدأ هذه الأهلية منذ فترة الاجتنان وتستمر إلى غاية الوفاة، فالجنين في بطن أمه تثبت له بعض الحقوق كالنسب لأبيه وأمه والإرث فيهما ويستفيد من بعض الحقوق كالوصية والاشتراط لمصلحته غير أن إنتاج هذه التصرفات القانونية يتوقف على شرط واقف وهو تحقق واقعة الولادة الطبيعية أو بناء على تدخل طبي عن طريق الجراحة أو الولادة القيصرية⁽²⁰³⁾.

ثانياً: أما بالنسبة لأهلية الأداء فإن لها علاقة وطيدة بالتصرفات القانونية وهي تعني صلاحية الشخص لإبرام التصرف القانوني بنفسه أو عن طريق التوكيل، وهذا المعنى هو الذي كرسه المشرع في المادة 208 من مدونة الأسرة الجديدة عندما اعتبر أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها⁽²⁰⁴⁾.

(201) بخصوص التعاريف المتعددة للأهلية انظر: سليمان مرقس المرجع السابق ص: 310 فقرة 171 الذي يرى بأن الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق، أيضاً وللمزيد من التعمق في موضوعات الأهلية انظر:

- EL-ALAMI «La capacité de contracter en droit Marocain» D,E,S Droit privé Rabat 1987.

العزاوي «حماية القاصرين بين التشريع المغربي والشرعية الإسلامية دبلوم الدراسات العليا قانون خاص – البيضاء – 1986.

- علي رمضان ازبيدة «النظرية العامة للأهلية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون» - طبعة 1984.

- عبد الرحيم بنسلامة «الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية» مجلة الإحياء العدد 11 من السلسلة الجديدة ص: 121.

(202) لقد عرفت مدونة الأسرة الجديدة أهلية الوجوب في المادة (207) بأنها هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها».

(203) يتعين لفت الانتباه إلى أن هذه المقتضيات لا تنطبق على الشخص المعنوي الذي يخضع لقواعد مغايرة من حيث التأسيس والإنشاء.

(204) هناك الكثير من التعاريف الفقهية التي تقترب من هذا المعنى من ذلك مثلاً:

149 - وهكذا يظهر أن الأصل في الشخص هو كمال الأهلية أما النقصان والانعدام فهو عارض واستثناء سواء كان ذلك راجعا لعامل السن أو العقل أو الحكم بعقوبة جنائية تستدعي تجريد المحكوم عليه من حقوقه المدنية — بما في ذلك سحب الأهلية المدنية⁽²⁰⁵⁾.

وبما أن الأهلية المدنية لها علاقة بنظام الأحوال الشخصية للفرد لذلك فإنه يتعين اللجوء بخصوص الأحكام المنظمة لها إلى قانون الأحوال الشخصية للمعني بالأمر وهذا ما ينص عليه الفصل الثالث من (ق.ل.ع) الذي جاء فيه بأن «الأهلية المدنية للشخص تخضع لقانون أحواله الشخصية وكل شخص أهل للالتزام والإلزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك»⁽²⁰⁶⁾.

ونظرا لأن قانون الأحوال الشخصية للأفراد يختلف باختلاف انتمائهم الديني لذلك فإن المغاربة غير المسلمين يخضعون لمقتضيات قانون أحوالهم الشخصية سواء كانوا من اليهود أو المسيحيين⁽²⁰⁷⁾. إلا أنه يمكن الخروج عن هذا المبدأ في بعض الحالات الخاصة كما هو الأمر بالنسبة للأهلية التجارية التي يخضع فيها الأجانب المقيمون بالمغرب لقواعد الأهلية المحلية للبلد المضيف إذ لا يسمح لهم بممارسة التجارة بالمغرب إلا ببلوغهم سن الأهلية التجارية المنصوص عليها في القوانين المحلية⁽²⁰⁸⁾.

المطلب الثاني: علاقة الأهلية بالنظام العام:

150 - تعتبر قواعد الأهلية من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المنظمة لها إلا في الحالات التي يسمح بها القانون كالترشيح المبكر

- AZZIMAN (O) "droit des obligations- Le contrat" op.cit. p: 81. «la capacité est l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer par soi-même».

- Jalal – Essaid «Introduction à l'étude du droit» édition collection- connaissances – 1992 p: 335.

- عبد النبي ميكو «المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق طبعة 1974 ص: 189 – حسن كيرة «المدخل إلى القانون» طبعة 1974 ص: 572.

(205) يمكن الرجوع لنصوص القانون الجنائي التي تنظم حالات الحجر القانوني والتجريد من الحقوق الوطنية كعقوبات أصلية أو إضافية (الفصول 16، 26، 37، 38، 39، 40) من الجنائي المغربي.

(206) للتعلم حول هذا النص يمكن الرجوع إلى:

- EL ALAMI «la capacité de contracter en droit Marocain» (D.E.S) Droit privé Rabat 1987.

- DECROUX (P) «de l'état et de la capacité des personnes physiques au Maroc» (G.T.M) 1944 n° 946 p: 10

(207) المجلس الأعلى – الغرفة الأولى (20 يناير 1982) مجلة القضاء والقانون عدد: 135 ص: 136.

(208) ينص الفصل 15 من مدونة التجارة المغربية لفتح غشت 1996 على ما يلي: «يعتبر الأجنبي كامل الأهلية لمزاولة التجارة في المغرب ببلوغه عشرين سنة كاملة ولو كان = =

= = قانون جنسيته يفرض سنا أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي». وهنا يتعين التذكير بأن سن الرشد في المدونة أصبحت تتحدد في الثامنة عشرة من العمر وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 209 من مدونة الأسرة الجديدة.

أو منح أهلية إدارة المال للصغير المميز وقد أورد المشرع المصري نصا صريحا في هذا السياق حيث نص في المادة 48 من القانون المدني بأنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في احكامها»⁽²⁰⁹⁾.

وبالرغم من عدم وجود نص مقابل في التشريع المغربي إلا أن المبادئ العامة للقانون كفيلة بسد هذا النقص وإقرار نفس النتيجة.

المطلب الثالث: التمييز بين حالات انعدام الأهلية ونقصانها:

151 - لقد سبق وقلنا بأن الأهلية شرط من شروط صحة التراضي ولما كانت كذلك فإن رضا المتعاقد يتأثر بها سلبا وإيجابا فحالات انعدام الأهلية مرتبطة بعاملين السن والعقل معا كأن يكون المتعاقد قاصرا يقل عمره عن سن التمييز أو يكون مجنونا (المادة 217 من مدونة الأسرة الجديدة) ففي مثل هذه الأحوال يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا⁽²¹⁰⁾.

وفي مقابل حالات انعدام التصرف⁽²¹¹⁾ فإن هناك حالات أخرى تكون فيها الأهلية ناقصة وهذا ما نلاحظه بالنسبة للصغير المميز الذي لم يبلغ سن

(209) للتعلم في مضمون هذا النص انظر: - السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج 1 ص: 289 فقرة: 149.

(210) يمكن القول بأن التطور الحضاري فرض على التشريعات المدنية حصر حالات انعدام الأهلية في القصور في السن ووجود الخلل العقلي في وقت كانت فيه بعض التشريعات القديمة تعتبر كلا من الرقيق والمحكوم عليهم بالموت المدني والرهبان معدومي الأهلية (السنهوري - المرجع السابق ج: 1 ص" 274 فقرة: 145 أيضا عمر عزيان المرجع السابق ص: 86).

(211) يتعين عدم الخلط بين حالات انعدام التصرف لذاته وحالات المنع من التصرف لوجود مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التصرف ويندرج ضمن هذا الباب كل حالات المنع من التصرف المتولدة عن شرط الاحتفاظ بالملكية في المجالين المدني والتجاري سواء تعلق الأمر بعقار أو منقول (انظر على سبيل المثال الفصل 6 من ظهير (1936/07/17) المتعلق ببيع السيارات بالتقسيط أيضا الفصل 618/20 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز الذي يقرر نفس المنع).

للمزيد من التعلم في هذا الباب انظر بحث محمد العلواني حول عنوان: «شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع الانتماني» دبلوم الدراسات العليا المعمقة - كلية الحقوق أكادال 1998-1999.

-BROCCA (A) "Manuel de la clause de réserve de propriété" Lyon 1982.

- محمد حسين منصور «شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي - دراسة مقارنة - منشأة المعارف - 1991.

- حمد الله "حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي - دار النهضة العربي 1995.

الرشد وكذا السفية والمعتوه (المادة 213 من مدونة الأسرة الجديدة) ففي مثل هذه الأحوال نكون أمام حالات نقصان الأهلية ومصيرها القابلية للإبطال لمصلحة من تقرر له ذلك.

وباعتبار أن جزءا هاما من الحالات السابقة سنتناوله في الباب المتعلق بعوارض الأهلية لذلك أثرنا التركيز في النقطة الموالية على تأثير الأهلية بعامل القصور في السن مروراً بنقصان الأهلية إلى غاية بلوغ سن الرشد.

المطلب الرابع: تدرج الأهلية من حيث عامل السن:

152 - من المؤكد أن الأهلية المدنية للأفراد ترتبط ارتباطا وثيقا بعمر الإنسان بحيث تواكبه وجودا وعدما ونقصانا وذلك منذ طور الاجتئان إلى غاية الوفاة، فالجنين في بطن أمه يكون عديم أهلية الأداء ناقصا من حيث أهلية الوجوب، وبعد انفصاله عن أمه تكتمل لديه أهلية الوجوب إلا أنه يكون معدوم أهلية الأداء إلى غاية سن التمييز حيث تنتقص أهلية أدائه، وبعد تمام رشده يصبح كامل الأهلية قادرا على التصرف إذا كان سليم العقل والتدبير، وسنعرض لمصير تصرفات القاصر وناقص الأهلية قبل أن نعرف بالرشد والترشيد كعلامتين لاكتمال الأهلية لدى الإنسان الطبيعي.

أولا- مصير تصرفات القاصر عديم التمييز:

153 - بما أن القاصر⁽²¹²⁾ الذي لم يبلغ سن التمييز⁽²¹³⁾ يعد في نظر القانون عديم أهلية الأداء فهذا يعني أن جميع تصرفاته تكون باطلة بطلانا مطلقا وهذا ما تنص عليه المادة 224 من مدونة الأسرة الجديدة التي ورد فيها «تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر» لا فرق في ذلك بين أن تكون هذه التصرفات ضارة أو نافعة له كالهبة الخالصة والصدقة، وفي مقابل ذلك كله فإنه يحق لوليه

(212) يلاحظ أن المشرع المغربي لم يضبط مصطلحي القاصر (Mineur) وناقص الأهلية (L'incapable) في نصوص قانون الالتزامات والعقود المنظمة للأهلية (الفصول من 3 إلى 13) حيث خلط بينهما واعتبرهما مرادفين لبعضهما فقد ورد استعمال هذين المصطلحين في الفصول (4-5-9) وقصد بذلك تصرفات الصغير المميز القابلة للإبطال، أما بالنسبة لمدونة الأسرة فقد تفادت هذا الخلط بفصل حالات انعدام الأهلية عن حالات نقصانها وخصت كلا منها بأحكام مستقلة. (الفصلان 224، 225 من المدونة).

(213) لقد اختلفت التشريعات بشأن تحديد سن التمييز، ففي الوقت الذي جعله المشرع المغربي هو 12 سنة (المادة 214 من المدونة الجديدة للأسرة) فإن التشريعات العربية التي تأثرت بمبادئ الشريعة الإسلامية في ميدان الأهلية جعلت سن التمييز هو 7 سنوات كالقانون المدني المصري في المادة 54 والقانون المدني الأردني في المادة 3/118 وهذه السن المنخفضة للتمييز مقتبسة في الأصل من الحديث الشريف المروي عن الرسول م الذي قال فيه «مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع».

الشرعي في إطار مؤسسة الولاية أو الوصاية أو التقديم⁽²¹⁴⁾ أن يتولى إجراء هذه التصرفات بالنيابة عن القاصر ضمن الحدود التي يسمح بها القانون.

ثانيا- مصير تصرفات ناقص الأهلية (الصغير المميز):

154 - عندما يبلغ القاصر سن التمييز فإنه يصبح ناقص أهلية الأداء وهذا ما تؤكدته المادة 213 من المدونة الجديدة للأسرة، وتخضع تصرفاته للأحكام المنصوص عليها في المادة 225 من مدونة الأسرة والتي تتلخص فيما يلي:

(أ) نفاذ التصرفات النافعة نفعا محضا إذ له أن يقبل الهبات الخالصة غير المثقلة بالتزامات مقابلة كما أن له الاستفادة من الوصايا والإبراءات التي تعفيه من الدين إلى غير ذلك من التصرفات التي تساهم في اغتناء ذمته المالية.

(ب) بطلان التصرفات الضارة بناقص الأهلية بحيث تكون غير منتجة لآثارها القانونية لأنها تضعف من ذمته المالية خصوصا ما يتعلق منها بالتبرعات.

(ج) أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لاحتثال الربح والخسارة فيها كالبيع والمقايضات والمضاربات التجارية فالأصل فيها هو الجواز إن جلبت مصلحة لناقص الأهلية وتكون قابلة للإبطال لفائدته إن كانت في مصلحة من تعاقد معه بحيث يحق له أو لنائبه القانوني المطالبة بإبطالها⁽²¹⁵⁾.

ثالثا- أهلية إدارة الأموال والترشيد المبكر:

155 - لقد عرضت التشريعات المدنية ومنها التشريع المغربي لأهلية إدارة أموال ناقصي الأهلية على سبيل التجربة والاختبار لتشجيع بعض الفئات العمرية على اكتساب بعض المهارات إذا توافرت فيهم الشروط الآتية:

(أ) أن يتعلق الأمر بصغير مميز بالغ من العمر 12 سنة على الأقل.

(ب) أن تكون هناك مبررات معقولة لتخصيص الطفل المميز بأهلية إدارة المال على سبيل التجربة، وحسب مقتضيات المادة 226 من مدونة الأسرة فإن منح

(214) جاء في المادة 229 من مدونة الأسرة بأن النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.

(215) تنص الفقرة الثالثة من المادة 225 من مدونة الأسرة على أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها على إجازة النائب الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاصات النائب الشرعي وهذا المعنى هو الذي يمكن فهمه من قراءة الفصل 4 من مدونة (ق.ل.ع) الذي جاء فيه بأنه إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير.

هذا الإذن يمكن أن يصدر عن ولي الطفل المميز أو عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين في حالتها الوصاية والتقديم.

وبناء على هذا الترخيص فإن ناقص الأهلية يصبح كامل الأهلية فيما رخص له بإدارته كما أن له حق التقاضي فيه في حالة نجاحه في إدارة هذه الأموال، أما إذا لم يوفق في هذا الاختبار فإن لوليه أن يسحب منه هذا الترخيص، كما أنه يمكن لقاضي شؤون القاصرين أن يلغي قرار الإذن إذا ثبت لديه سوء التدبير في الإدارة المرخص بها لناقص الأهلية.

أما بخصوص الترشيح المبكر فهو حصول الصغير المميز الذي بلغ السادسة عشرة من عمره على أهليته كاملة متى توفرت الشروط الآتية:

- (أ) أن يكون ناقص الأهلية بالغاً من العمر 16 سنة على الأقل.
- (ب) أن تظهر عليه علامات الرشد المشار إليها في المادة 218 من مدونة الأسرة بأن تم استئناس الرشد منه قبل الأوان⁽²¹⁶⁾.

(ج) أن يكون الترشيح مسبقاً بطلب من ناقص الأهلية أو من نائبه الشرعي إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين⁽²¹⁷⁾ وفي كل الأحوال فإنه لا يمكن ترشيح ناقص الأهلية إلا بعد ثبوت العناصر الموجبة لهذا الترشيح.

ويترتب على ترشيح ناقص الأهلية تمكين هذا الأخير من أمواله لإدارتها والتصرف فيها بمختلف أوجه التصرف القانونية، إلا أن الذي يتعين الإشارة إليه هو أن فعالية الترشيح المبكر تقتصر على إدارة المال والتصرف فيه أما بالنسبة لغير ذلك من الحقوق الأخرى غير المالية (كالحق في الزواج والحق في الإدلاء بالرأي في الاستحقاقات الانتخابية مثلاً) فإنها تبقى خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها.

رابعاً- كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد:

156 - بمجرد تمام سن الرشد فإن الشخص يصبح كامل الأهلية ما لم يكن هناك عارض من العوارض التي تؤثر سلباً على هذه الأهلية فهذا الاكتمال مرهون ببلوغ سن الرشد الذي اختلفت التشريعات المدنية في تحديده، ويذهب

(216) يمكن القول بأن هذا الاستئناس في الرشد قبل الأوان مقتبس في الأصل مما هو منصوص عليه في الآية السادسة من سورة النساء التي قال فيها الله سبحانه وتعالى: (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً).

(217) ينص الفصل 194 من قانون المسطرة المدنية على أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يبت بناء على مقال في كل طلب يرمي إلى ترشيح قاصر وفي الإذن له في إدارة أمواله.

الاتجاه الغالب إلى ضبطه في سن الثامنة عشرة سنة وهي السن التي اعتمدتها مدونة الأسرة الجديدة في المادة 209، وببلوغ هذه السن فإنه يحق للراشد إبرام كل التصرفات القانونية كيفما كان نوعها، ونظرا لأن صحة هذه التصرفات متوقفة على اكتمال العقل وحسن التدبير لدى الراشد، لذلك وجب علينا التطرق لهذه العوارض التي قد تنال من سلامة أهلية الراشد.

خامسا- عوارض الأهلية وموانعها²¹⁸:

لا يكفي في الشخص حتى تكتمل أهليته أن يبلغ سن الرشد وإنما يلزم أن يكون سالم العقل والتدبير وأن لا يكون محكوما عليه بعقوبات جنائية.

أ) أهلية المجنون والمعتوه:

157 - انطلاقا من نص المادة 217 من المدونة الجديدة للأسرة فإنه لا يكون أهلا لاكتساب أهلية الأداء من كان مجنونا أو فاقد العقل سواء كان الجنون مستمرا أو متقطعا بحيث تعتريه فترات إفاقة بشرط أن يكون التصرف صادرا عنه في الفترة التي يكون فيها المجنون فاقدا لقواه العقلية، أما الحالات التي يؤوب فيها العقل للمجنون فإنه يعتبر فيها كامل الأهلية يتحمل نتائج أفعاله وتصرفاته القانونية سواء كانت مدنية أو جنائية وعلى صاحب المصلحة تقديم الدليل على وقوع هذا الفعل أو ذلك في فترة جنون أو في فترة إفاقة⁽²¹⁹⁾.

وحسب الصياغة الجديدة لمدونة الأسرة فإن المشرع قد تفادى النقص والخلط الذي كان يعترى النصوص المنظمة لناقصي وعديمي الأهلية إذ فصل بين المجنون والسفيه وألحق تصرفات المعتوه بناقصي الأهلية، وبناء على ذلك فإن تصرفات المجنون تكون باطلة بطلانا طلقا إذا صدرت عنه بعد إقرار الحجر عليه، أما بالنسبة للتصرفات الصادرة عنه قبل إعلان نظام الحجر فإنها لا تستوجب البطلان إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة لديه أثناء إبرام التصرف أو ان الطرف الآخر على علم بذلك، وفي حالة عدم معرفة تاريخ حدوث السبب الموجب

(218) للمزيد من التفاصيل انظر مؤلف الدكتورة سميرة كميلي حول الأهلية القانونية طبعة 2005، ص 41 وما بعدها.

(219) إن صعوبة إثبات وقوع التصرف القانوني في فترات الجنون أو فترات الإفاقة هي التي حملت بعض التشريعات العربية كالقانون المدني المصري في المادة 45 على عدم التفرقة بين نوعي الجنون المشار إليهما أعلاه.

للحجر القانوني أو القضائي فإن التحجير لا يسري مفعوله إلا من تاريخ الحكم به⁽²²⁰⁾.

أما بالنسبة للمعتوه فإن المشرع قد خرج عن نطاق الصمت الذي التزمه في إطار نصوص المدونة القديمة بأن تدارك النقص في مدونة الأسرة الجديدة فعرف المعتوه في المادة 216 بأنه الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته واعتبر حالة العته واحدة من حالات نقصان الأهلية إلى جانب السفية والصغير المميز الذي لم يبلغ سن الرشد.

والمعتوه حسب تعريف الإمام الزيلعي هو: «من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون»⁽²²¹⁾، إلا أن العته قد يرقى إلى مرتبة الجنون إذا تطورت حالة المعتوه إلى أسوأ الأحوال فتتطبق عليه أحكام تصرفات المجنون آنذاك.

أما حكم تصرفات المعتوه في إطار نصوص مدونة الأسرة الجديدة فإن المشرع أخضعها لحكم تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة 225 التي تتراوح في مجملها بين النفاذ والبطالان والقابلية للإبطال بإجازة من الولي الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور.

ب) أهلية السفية: (Prodigue)

158 - حسب نص المادة 215 من مدونة الأسرة فإن السفية هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به أو بأسرته⁽²²²⁾، فالسفية إذن هو شخص كامل القوى العقلية إلا أنه فاسد التدبير لذلك اعتبرته المدونة ناقص الأهلية يسري عليه ما يسري على الصغير المميز من أحكام⁽²²³⁾ بما في ذلك إمكانية التحجير عليه ومنعه من التصرف ابتداء من وقت ثبوت السفه، ولمن له المصلحة في إقرار هذا الحجر أن يتقدم للمحكمة بطلب التحجير على

(220) المجلس الأعلى قرار (1972/2/6) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 25 ص: 158.

(221) لمزيد من التفاصيل انظر: - علي رمضان - المرجع السابق ص: 191. حسن كيرة - المرجع السابق - ص: 574 فقرة: 299.

(222) انظر أصل هذا التعريف عند ابن تيمية - نظرية العقد- مرجع سابق ص: 18 حيث يقول «بأن الإنسان ليس له أن يصرف المال إلا فيما ينفعه في دينه ودنياه وما سوى ذلك سفه وتبذير» أيضا ابن جزي في قوانينه الفقهية ص: 211.

(223) انظر المادة 228 من مدونة الأسرة الجديدة.

السفيه بما في ذلك النيابة العامة⁽²²⁴⁾ ونتيجة لهذا الحجر فإن تصرفات السفيه تكون قابلة للإبطال لمصلحته ومصلحة أسرته ودائنيه.

ونظرا لصعوبة وضع معيار دقيق لحالة السفه التي تستوجب الحجر القانوني لاختلاف الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للأشخاص المستهدفين بالتحجير عليهم للسفه فإن الفقه كان منقسما بين مؤيد لغل وتجميد يد السفيه⁽²²⁵⁾ وبين مناصر لإطلاق حريته في التصرف على اعتقاد منهم بأن الشخص إذا بلغ سن الخامسة والعشرين فإن كل تصرفاته تكون لازمة له⁽²²⁶⁾، وفي ذلك يقول الإمام الكاساني في كتاب بدائع الصنائع ما يلي: «وأما السفيه فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهها يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وإذا بلغ رشيدا يدفع إليه ماله»⁽²²⁷⁾ أما بالنسبة لمالك والشافعي فإنهما يقرران ضرورة الحجر على السفيه لحفظ ماله ولا ينطلق من الحجر إلا إذا تقوم سلوكه في مجال التصرفات المالية⁽²²⁸⁾.

ج) مانع الحكم بعقوبة جنائية:

159 - يمكن عن طريق الحجر القانوني كعقوبة إضافية تجميد الأنشطة المالية للمحكوم عليه جنائيا الأمر الذي يحرمه من إجراء التصرفات القانونية طوال مدة العقوبة وهذا ما ينص عليه الفصل 38 من القانون الجنائي المغربي: «الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال تنفيذ مدة العقوبة الأصلية، وله في جميع الأحوال أن يختار وكلاء ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت إشراف الوصي القضائي».

ويرتبط هذا المانع بالجنايات دون الجنح والمخالفات، وحسب مضمون الفصل 37 جنائي مغربي فإن الحجر القانوني والتجريد من الحقوق الوطنية ينتجان

(224) انظر المادة 221 من مدونة الأسرة الجديدة.

(225) معظم آراء الفقه المالكي تصب في هذا الاتجاه. انظر على سبيل المثال ابن جزي - المرجع السابق ص: 211.

(226) ابن حزم الظاهري - المحلى ج 8 ص: 280.

(227) الكاساني - بدائع الصنائع - الجزء السابع ص: 252.

(228) ابن رشد - بداية المجتهد - ج: 2 ص: 279.

عن العقوبات الجنائية وحدها ويتعين تطبيقهما بقوة القانون دون حاجة للنطق بهما في الحكم.

(د) موانع أخرى لم يأخذ بها قانون ل.ع المغربي:

160 - هناك بعض الموانع التي أقرتها بعض التشريعات المدنية ولم يأخذ بها قانون الالتزامات والعقود المغربي ويتعلق الأمر بحالة السكر التي جعلها المشرع التونسي في المادة 58 من مجلة العقود والالتزامات سببا يبرر إبطال العقد⁽²²⁹⁾ وكذا المشرع المصري الذي نص في المادة 117 من القانون المدني بأنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك»⁽²³⁰⁾.

وإذا كان المشرع المغربي لم ينص على هذه الحالات بكيفية صريحة إلا أنه يمكن التوصل إلى نفس النتيجة بالتوسع في تفسير مضمون الفصل 54 ق.ل.ع المتعلق بالحالات المرضية التي تستوجب الإبطال ضمن مفهوم نظرية الاستغلال، أما بالنسبة للسكر فلا يستوجب بطلان التصرفات الصادرة عن السكران إلا إذا كان اضطراريا وهذا ما نستخلصه من الفقرة الأخيرة من الفصل 217 من مدونة الأسرة التي ورد فيها بأن «الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية» وأمام هذا الإطلاق فإن عدم الإعفاء يشمل كلا من المسؤولية المدنية والجنائية على حد سواء⁽²³¹⁾.

(229) إذا كان المشرع المغربي لم ينص على حالة السكر كمبرر للإبطال في ميدان المعاملات المدنية إذا كان اختياريًا فإنه في ميدان الطلاق نلاحظ أنه لم يعتد بطلاق السكران الطافح والمكره والغضبان إذا اشتد غضبه (المادة 90 من مدونة الأسرة الجديدة).

(230) لقد حذا المشرع الأردني نفس هذا النهج في المادة 132 من القانون المدني التي ورد فيها نفس الحكم.

(231) يمكن الاستدلال هنا بوجود نص في قانون الالتزامات والعقود وهو الفصل 93 الذي جاء في بأن «السكر إذا كان اختياريًا لا يحول دون المسؤولية في الالتزامات الناشئة على الجرائم وأشباه الجرائم ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة».