UNIVERSITE HASSAN II CASABLANCA
Faculté des Sciences Juridiques
Economiques et Sociales
-Mohammedia-

جامعة الحسن الثاني -الدار البيضاء
كليـة العلـوم القانونيـة
والاقتصاديـة و الاجتماعيـة
- المحمدية -

ماســـــــــــتر: العـــــــقار والـــــــــتوثيق

عـرض حـول :

التراضي في العقود بين إثبات وجوده وشروط صحته

وحـــــــــدة : قانون العقود المعمق

من إنـجــاز الطـلـبة :

- **عبد الله شهير الجرموني**
- **أيوب رحموني**
- **بوسحاب بارة**
- **سعيد الكرياني**

بإشراف الأستاذ :

- **محمد طارق**

السنة الجامعية : 2017 /2018

❖ المبحث الأول :وجود التراضي

- **المطلب الأول : التعبير عن التراضي في العقود وعناصره .**

الفقرة الأولى: كيفية التعبير عن التراضي.

الفقرة الثانية عناصر التراضي .

- **المطلب الثاني:التعبير عن الإرادة الصادرة من طرف واحدة .**

الفقرة الاولى :اثبات التراضي في الالتزام الصادر من الارادة المنفردة.

الفقرة الثانية : تطبيقات الارادة المنفردة.

❖ المبحث الثاني: شروط صحة التراضي.

- **المطلب الأول : الأهلية.**

الفقرة الأولى: الأصل في الشخص كمال الأهلية.

الفقرة الثانية : عوارض الاهلية وموانعها.

- **المطلب الثاني: سلامة التراضي من العيوب.**

الفقرة الأولى : عيوب الرضا التلقائية .

الفقرة الثانية : عيوب الرضا المدبرة .

مقدمة

تعتبر نظرية العقد من أهم النظريات التي استقطبت انتباه الفكر القانوني ماضيا وحاضرا؛وذلك بالنظر لما تحتله من مكانة مرموقة من الناحيتين العلمية والعملية خاصة وأن هذا الأخير يعد من أهم التصرفات القانونية في الحياة العملية

وما يلاحظ هو أن قانون الالتزامات والعقود المغربي لم يرد فيه أي تعريف [1] للمقصود بالعقد مخالفا بذلك نظيره الفرنسي ؛وعموما فقد عرفه بعض الفقه بكونه "توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"،وبصورة أكثر اختصارا وأدق تعبيرا "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني"[2] .

إن تكوين العقد باعتباره ماسبق يتطلب بالضرورة أركانا معينة عددها الفصل الثاني من ظهير الالتزمات والعقود ومن ضمن هذه الأركان اللازم توافرها؛ركن التراضي والذي يعتبر ركنا جوهريا فيه-العقد- ولازمة من لوازمه

هكذا فالتراضي يعد ركنا جوهريا في العقود، ولا مبالغة إذا قيل أنه يشكل لُحمة العقد وسُداه.

وحتى يكون هذا التراضي صحيحا يجب أن يكون متوفرا على شروطه المطلوبة وهي أن يكون صادرا عن ذي أهلية وغير مشوب بأي

1ـ لقد أحسن المشرع المغربي بصنيعه هذا،حينما تحاشى تعريف المقصود بالعقد لأن التعريف مسألة فقهية يجب ترك أمرها للاجتهاد

2ـ دـ مأمون اللكزبري،نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي،الجزء الأول،مصادر الإلتزام،مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء

عيب من عيوبه من ضغوط وإكراه وممارسات قهرية؛والتي أفرد لها الفقهاء نظرية عيوب الرضا.

والمشرع المغربي ومن خلال ظهير الالتزامات والعقود المؤرخ في 12 من غشت 1913 وتأثرا منه بالتقنين المدني الفرنسي ،فقد عمل على حماية التراضي باعتباره ركنا جوهريا ؛سواء من خلال إثبات وجوده أو شروط صحته .**فكيف يتم إثبات وجود التراضي في العقد في ظل ظهير الالتزامات والعقود المغربي؟ وماهي شروط صحة هذا التراضي؟**

للإجابة عن هذين السؤالين الجوهريين ،سنتطرق في (المبحث الأول) لوجود التراضي ،على أن نرجىء الحديث في (المبحث الثاني) عن شروط صحة التراضي .

المبحث الأول :وجود التراضي

يتطلب تكوين العقد باعتباره توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني توافر أركان[1] معينة عددها المشرع المغربي في الفصل الثاني[2] من قانون الالتزمات والعقود ؛ومن هذه الأركان التراضي ؛ولكي يوجد التراضي في العقود لابد من وجود الإرادة أولا ومن تعبير كلا طرفي

1 -وردت في النص الفرنسي لظهير الالتزامات والعقود عبارة Les éléments"العناصر" بدل الأركان كما جاء في الترجمة العربية .فالعناصر تستغرق الأركان وشروط الصحة ،وبالتالي فالأسلم قول "العناصر اللازمة لصحة ..."

2– يلاحظ أن المشرع المغربي وقع له خلط حينما أقحم الأهلية ضمن الأركان اللازمة لتكوين العقد ،والصواب-كما يرى أغلب الفقه –أنه لا تعدو أن تكون شرطا من شروط صحة التراضي وليست من أجزاء الماهية .

العقد عنها،ويتم ذلك بإبداء الطرف الأول لموقفه في صورة إيجاب يقبله الطرف الآخر،فيتطابق القبول بالإيجاب ويحصُل التراضي[1].

وللإحاطة بمؤسسة التراضي ،فإن الأمر يقتضي منا أولا،التطرق للتعبير عن التراضي في العقد وتحديد عناصره "المطلب الأول" ثم ثانيا التطرق للتعبير عن الإرادة الصادر من طرف واحد "المطلب الثاني"

❖المطلب الأول التعبير عن التراضي في العقود وعناصره

لم يحتم المشرع المغربي مظهرا خاصا للتعبير عن الإرادة؛ لأن مبدأ الرضائية المكرس بموجب الفصل 230 من ق ل ع و المنبثق عن مذهب سلطان الإرادة[2] لايُخضع التعبير عن الإرادة لشكل معين بحيث يترك للمتعاقد الحرية في الإفصاح عن هذه الإرادة بالطريقة التي يستنسبها[3].

وفي الغالب الأعم يكون التعبير عن الإرادة صريحا ،لكن هناك حالات يأتي فيها هذا الأخير ضمنيا(الفقرة الأولى)، كما أن التراضي بين أطراف العلاقة العقدية لا يتم إلا باستعمال بعض التقنيات اللازمة لإبرام العقود والمتمثلة أساسا في تقنيتي الإيجاب والقبول(الفقرة الثانية)

3- أستاذنا عبدالحق صافي ،الوجيز في القانون المدني ،ج الأول ،المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى ،طبعة 2016/1437 ،مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء،ص33

1- لقد تراجع مبدأ سلطان في الآونة الأخيرة .فالمشرع المغربي مثلا أصدر في الآونة الأخيرة مجموعة من النصوص القانونية التي تقزم من هذا المذهب وذلك بهدف تحقيق نوع من التوان العقدي وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ككل.

2- راجع مأمون الكزبري،م س ،ص50 -51

- **الفقرة الأولى: كيفية التعبير عن التراضي**

إن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم بأكثر من وسيلة لافرق في ذلك بين أن تكون هذه الوسيلة لفظية أو بالكتابة أو الإشارة المفهمة وإذا كان الأصل في التعبير عن الإرداة هو استعمال الأساليب **الصريحة** (**أولا**)إلا أن الأساليب **الضمنية** قد تفيد نفس المعنى إذا اقترنت ببعض الملابسات والظروف التي تفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إنشاء عقد ما(**ثانيا**)[1]

أولا. التعابير الصريحة عن الإرادة

التعبير الصريح هو الذي يعكس إرادة صاحبه بطريقة مباشرة ومن غير حاجة لإعمال الفكر والاستنتاج[2] ،وقد يتخذ أكثر من شكل كاستعمال الكتابة (أ) أو التعبير باللفظ المتداول (ب) أو بالإشارة بالنسبة للعاجزين عن ذلك (ت)

(أ)الكتابة

تعتبر الكتابة من الوسائل الأكثر شيوعا في التعبير الصريح عن الإرادة عند الإقبال على القيام بالمعاملات ،فهي تشمل كل المحررات الكتابية سواء كانت في شكل مراسلات بريدية أو برقيات أو محررات إلكترونية كما يلزم التقيد بلغة معينة .

(ب) التعبير باللفظ

ويتجلى ذلك من خلال الصيغ والعبارات المتواترة بين الناس فصيغة الماضي تفيد العزم في على قبول بنود العقد ومقتضياته،أما صيغ الحال-

---

ـ عبدالقادر العرعاري،مصادر الالتزامات،الكتاب الأول،نظرية العقد،الطبعة الرابعة 2014،مطبعة 1الأمنية الرباط ،ص66

4ـ نزهة الخلدي : الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ـ العقد – الطبعة الأولى 2013، ص 35

الحاضر- والمستقبل فلا يعتد بها إلا إذا كانت نية أصحابها قد انصرفت بما لا يدع مثقال ذرة من شك على رغبة صابحها في التعاقد.

وفي هذا المضمار صدر قرار [1]عن المجلس الأعلى(**محكمة النقض**) بقوله ((...و تؤخذ في الاعتبار جميع الألفاظ التي استعملت مادامت تفيد معنى الالتزام بالإيجاب والقبول،ولايشترط أي شرط يتعلق بالصيغة التي ورد بها الإيجاب ماضيا أو مضارعا..))

(ت) ـ التعبير بالإشارة

الإشارة هي ما "تواضع الناس على معنى خاص له كالإيماء بالرأس إلى الأسفل دلالة على القبول أو هز الكتفين دلالة على الرفض ،أو بصورة أعم باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على الحقيقة ،كعرض تاجر بضاعته على الجمهور مكتوبا عليها ثمنها"[2]

بمعنى أنه "ليس هناك مايمنع من التعبير عن الإرادة باستعمال الإشارات والإيماءات المفهمة إذا كانت دلالتها واضحة [3]

فهذه الوسيلة تستعمل بالنسبة للأشخاص غير القادرين على استعمال الوسائل الأخرى كالمتعاقد الأخرس غير القادر على الكتابة فإن التعبير الصادر عنه قد يتخذ شكل إشارة ويمكن إثبات تراضيه في هذه الحالة بفهم إشارته أولا ممن يستطيع فك رموزها وترجمتها إلى إيجاب وقبول

وعموما فإن هذه التعابير الصريحة لاتطرح في الغالب الأعم أي مشكل بالنسبة لإثبات وجود التراضي ؛وذلك بخلاف التعبير الضمني الذي

- قرار منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد في عددها الرابع سنة 1978ص 127 **1**ومايليها

2ـ مأمون الكزبري، مرجع سبق الإشارة إليه ص 51

3- عبدالقادر العرعاري ،مرجع سابق ص **68**

يطرح بعض المشاكل من حيث الإثبات .وهو ما سنتطرق له في النقطة الموالية

ثانيا :التعابير الضمنية عن الإرادة

عرف د- مأمون الكزبري التعبير الضمني بأنه" هو الذي يُنبىء عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي وسيلة يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال ..."[1]،أي بعد استعمال الفكر والاتستنتاج والتفسير[2]

لكن يُثار سؤال بهذا الخصوص ،وهو هل يصح السكوت تعبيرا عن الإرادة وكيف يمكن إثبات وجود التراضي إذا تم التسليم بذلك ؟

نبادر إلى القول إلى أنه لا وجه للاعتداد بالسكوت كتعبير عن الإرادة في الإيجاب ،مادام هذا الأخير نقطة الإنطلاق في التعاقد مما تحتم معه لزاما أن يأتي صريحا .

أما القول بإمكانية الإعتداد بالسكوت كتعبير ضمني عن الإرادة فوجب التمييز بين حالتين :

* **حالة السكوت المجرد** غير المقرون بأي ظرف من ظروف الحال فهنا لايعتد بهذا السكوت،مصداقا لقاعدة "لايُنسب إلى ساكت قول "
* **حالة السكوت المُلاَبس** والذي يعتد فيه بالسكوت لاقترانه بظروف تسمح بالقول بذلك إسعافا للقاعدة التي تقضي بأن 'السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان'[3]

1ـ راجع كتابه المشار إليه أعلاه ،نفس الصفحة

2- دة نزهة الخلدي،مرجع سابق ،35

1ـ من الحالات الإستثنائية التي أخذ فيها المشرع ب**السكوت الملابس** نجد مايلي

ـ أولا مانص عليه ف 25 من ق ل ع بالنسبة لحالة المعاملات التجارية السابقة بين التجار

ـ ثانيا حالة ما نص عليه 28 من ق ل ع التنفيذ الضمني للعقد بدون تحفظ

ـ ثالثا حالة الإقرار بصحة التعرض القانوني 38قلع"لقد صدر حديث عن محكمة النقض بهذا الخصوص ومما جاء فيه ...يعتبر سكوت صاحب الحق عن مايقع من تصرفات في حقوقه وهو عالم

من خلال ماسبق يتضح بأن إثبات وجود التراضي في حالة القبول الملابس-من غير الحالات المشار إليها حصرا- تثير بعض الصعوبات ،بحيث ليس من الهين دوما إمكانية استجلاء هذا التراضي وإثبات وجوده

ثالثا: التعبير عن التراضي بين الإرادة الظاهرة الباطنة .

إذا كانت الإرادة الظاهرة تكمن في الصيغة التي استعملت كأداة للتعاقد ،فإن الإرادة الباطنة تتجلى في القصد والنية من وراء التعاقد.

فالوضع العادي يستلزم توافق الارادتين معا، إلا ان هذا التوافق قد لا يتم أحيانا؛كما لو عرض تاجر بضاعته في واجهة محله و كتب عليها خطأ ثمنا معين وهو يقصد بيعها بثمن أعلى[1]

والمشرع المغربي من خلال ظهير الالتزامات والعقود أخذ بالنظريتين معا بحيث كرس الإرادة الظاهرة من خلال الفصول 21وكذا الفصل 461؛كما خصص الفصلين 22 و462للإرادة الباطنة .

إلا إن الإشكال الذي يطرح بهذا الخصوص هو هل القيود والتحفظات التي ترد على محل التعاقد تبطل شرط التراضي أم لا ؟

باستقراء الفصل العشرين من ظهير الالتزامات والعقود نلاحظ أنه ينص بالحرف (لايكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة ،لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق ،وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط ،والحالة هذه لايترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة "

حاضر بدون مبرر بمثابة رضا صاحب الحق..." قرار عدد 4852بتاريخ 15-11-2011 ملف مدني عدد 2.1.-2010.2807

1- الطيب الفصايلي،النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام،الجزء الأول،الطبعة الثانية،ص41

فهذا الفصل وكذا الفصل 21 من ذات القانون[1] يتضح من خلالهما أن العقد لايكون تاما عند الاحتفاظ بشروط معينة وأن لقيود والتحفظات لاتؤثر في التعبير عن التراضي إلا إذا وصلت إلى علم الطرف الأخر مما يعني معه أنها **تبطل شرط التراضي إذا ظلت مكنونة في النفس** ؛وبعبارة أوضح أن الإرادة الباطنة يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي بشكل واضح وجلي،وهذا يتم بطريقة التعبير .فيجب إذا أن يقابل الإرادة الباطنة تعبير يظهرها بشكل واضح وجلي وعندها يقال إن التعبير عن الإرادة متفق مع تلك الإرادة[2]،وذلك دون قيود أو تحفظات...

- **الفقرة الثانية عناصر التراضي**

إن التراضي بين أطراف العقد لايتم إلا باستعمال بعض التقنيات اللازمة لإبرام العقود ،وتتمثل هذه التقنيات في صدور إيجاب من أحد الأطراف يسمى موجبا واقترانه بقبول من طرف ثان يسمى القابل،بحيث يقوم هؤلاء بالتفاوض حول شروط العقد ومواصفاته العامة والخاصة حتى تتطابق إرادتهم ومن تم تقوم للعقد قائمة ؛وعملية التطابق هذه لاتتم بكيفية واحدة بحيث تختلف وتتعدد باختلاف طبيعة مجلس العقد ؛أي هل كانت بين أشخاص حاضرين أو غائبين أو بوسيط .

وللإحاطة بعناصر التراضي فسوف نتناول(أولا) كل من عنصرالإيجاب وعنصر القبول والوقوف عند إشكالية إثبات التراضي في الوعد بالتعاقد ثم سنتطرق(ثانيا)لصور التعاقد مركزين على إشكالية إثبات الراضي في التعاقد بالمراسلة كصورة من صور التعاقد .

1ـ عبدالكريم شهبون،الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي،الكتاب الأول،الالتزامات بوجه عام،الجزء الأول،مصادر الالتزامات،مطبعة النجاح الجديدة ــ الدارالبيضاء ،ط 1سنة 1999

أولا: الإيجاب والقبول

سنتطرق في الأول للحديث عن الإيجاب كعنصر أول من عناصر التراضي ،مع الوقوف على إشكالية إثبات التراضي في الوعد بالتعاقد ؛ثم بعد ذلك سنتحدث عن عنصر القبول

1ـــ الإيجاب

يعرف الإيجاب بكونه التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه،فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد [1]،أي أنه اقتراح يتقدم به شخص من أجل إبرام عُقدة معينة ويشترط فيه أن يأتي واضحا ودقيقا .

فإن تعلق الأمر بالرغبة في البيع مثلا فإنه يلزم تحديد المبيع والثمن تحديدا كافيا ونفس الأمر في عقد المقاولة مثلا بحيث يتعين بالضرورة تحديد نوع العمل أو الصنعة المتعاقد عليها وكذا أجرة المقاولة ...وعموما فإن هذه العناصر الأساسية تختلف من عقد لآخر كما أن لإرادة الأطراف دور في تعيين هذه العناصر ،**لكن نتساءل بخصوص الاتفاقات والتعديلات اللاحقة للعقد هل التراضي فيها هو نفس التراضي الذي وقع في العقد الأول المنشأ له وكيف يمكن إثبات هذا التراضي ؟**

قبل الإجابة عن هذا السؤال الجوهري وجب بادءا ذي بدء استقراء الفصل9 1 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي وتحليل مقتضياته حتى يمكننا الوقوف على جواب له فالفصل أعلاه نص على مايلي "لايتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام ،وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه،لاتعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي،وذلك مالم يصرح بخلافه".

---

[1] ـ عبدالكريم شهبون ،نفس المرجع أعلاه،142

وبمقارنته مع النص الفرنسي[1] يلاحظ بأن المشرع المغربي قد سقط في هفوة غير محمودة ،حيث عند ترجمته النص من اللغة الفرنسية إلى اللغة الرسمية-العربية- بتر الجملة التالية((... **عقدا جديدا وإنما**))

من خلال ماسبق و كجواب على السؤال اعلاه فتعبير ظهير الالتزامات والعقود وقوله انه اذا اقدم المتعاقدان فور ابراهما اتفاقا ما ،على إجراء تعديلات على هذا الاتفاق الاصلي لاتعتبر جزءا من الاتفاق الاصلي ولو كان ذلك في نفس مجلس العقد،قول يجانب الصواب لأن الفصل أصلا مختل والصحيح أن يصاغ الفصل –وهو مااستجابت له وزارة العدل والحريات /بتاريخ 18فبراير 2016 _كالتالي

" لايتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر **<u>عقدا جديدا وإنما</u>** جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك مالم يصرح بخلافه "

هكذا إذا يمكن القول ان الاتفاقات اللاحقة للعقج والتي تكون في نفس مجلس العقد ،فإن التراضي فيها هو نفس التراضي الذي وقع في العقد الأول ويمكن إثباته من ذات العقد الأصلي.

أما إن كانت الاتفاقات اللاحقة للعقد ومن بعض انفضاض مجلس العقد فإن التراضي فيها يختلف عن التراضي في العقد الأول،لأن الأطراف

-1

« Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention, aussitôt après sa conclusion, ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censés faire partie de la convention primitive, si le contraire n'est exprimé. »

كأنما أبرموا عقد جديد له مقوماته وخصوصياته الذاتية وبالتالي وجب فيه تراضي جديد صحيح وخالي من أي عيب .[1]

والإيجاب يختلف عن **الوعد بالتعاقد** من حيث ان هذا الاخير يعتبر بمثابة عقد ،بمعنى أن طبيعة كل منهما مختلفة عن الاخرى وإن تشابه هذا الاخير مع الإيجاب الملزم في بعض الحالات .

ويتحدد أثر الوعد بالعقد في بيان مركز الواعد في الفترة بين الاتفاق على الوعد وقبول الموعود له العقد الموعود به أو انتهاء أجل الوعد،وكذا في بيان مايترتب على ممارسة الموعود له اختياره بين قبول العقد ورفضه .

إن مركز الواعد بالعقد يكون كمركز الموجب الذي يلتزم بإيجابه خلال مدة معينة،وأن مركز الموعود له يكون كمركز من وجه إليه الايجاب .فالواعد منذ التزامه بالوعد واتفاقه مع الموعود له يكون ملرتزما بالعقد الموعود به بمعنى أن الرجوع في الوعد هو إخلال بصورة التراضي مادام الوعد بالتعاقد يعتبر شكلا من أشكال التراضي في التشريع المغربي ،ويمكن إثبات هذا الوعد بما يمكن إثبات به سائر العقود.[2]

وبالإضافة إلى الإشكال الذي طرحناه أعلاه.هناك إشكال طرحه الفصل 31 من ظهير الالتزامات والعقود والمتعلق بأسباب سقوط الإيجاب ومن ذلك موت الموجب أو فقد أهليته **فكيف ياترى يمكن إثبات الإيجاب في هذه الحالة ؟**

1- للإستزادة أكثر أنظر
رضى بلحسين،حقيقة الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود،منشور بالمجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس،ع 2و3'مزدوج'سنة 2009،ص 23إلى 29
ـ ادريس العلوي العبدلاوي،شرح القانون المدني ـ،نظرية العقد،مطبعة النجاح الجديدةـالبيضاء،ط الأولى 1416 ه 2الصفحات من 234 ومابعدها

إن موت الموجب أو نقصان أهليته ،يجعل الإيجاب الصادر عن أحد منهما كأن لم يكن إلا إذا حصل القبول من طرف الشخص الذي وجه إليه هذا الإيجاب قبل علمه بالوفاة أو بنقصان الأهلية[1]،

والإشكال العويص بخصوص تطبيق الفصل موضوع الشرح اعلاه - 31-يطرح من حيث إثبات الايجاب .

فقد يطالب القابل الورثة بتنفيذ العقد فهل القابل هو المطالب بأن يثبت انه كان يجهل واقعة الوفاة في الوقت الذي صدر فيه الإيجاب والقبول ،أم على الورثة الذين يرفضون تنفيذ العقد أن يدلوا بما يفيد أن الوفاة قد بلغت إلى علمه؛وعموما يظهر أن الأسلم هو هذا الرأي الأخير .

2ـــ القبول

يعتبر القبول العنصر الثاني من عناصر التراضي ،بحيث لايكفي الإيجاب وحده لقيام العقد باعتباره توافق إرادتين أو أكثر،وإنما يحتاج الأمر إلى إرادة من وجه إليه الإيجاب التي تصدر في شكل موافقة على شروط الإيجاب،وتسمى هذه الموافقة قبولا وبذلك يحصل التوافق والتطابق بين إرادة الموجب والقابل هذا التقابل الذي يعتبر الركيزة الأساس للعقد.

ويمكن التعبير عن القبول بصفة صريحة او ضمنية بل يمكن أن ينهض السكوت وسيلة للتعبير عن إرادة القابل في بعض الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الفصلين 25ـ 28 من ق ل ع .

والقبول له شروط معينة يجب أن تتوافر فيه وهي كالتالي

1ـــ أن يصدر القبول والايجاب مايزال قائما

فإذا كان البايجاب مقترنا بأجل فإنه يتعين أن يصدر القبول قبل انصرام هذا الأجل ،من ذلك مثلا أن يعرض شخص على آخر بيعه منزل

1ـ راجع عبدالكريم شهبون ،م س ،ص 170

بثمن محدد ومعينا أربعة ايام كأجل لإيجابه ،فإن القبول يتعين أن يتم خلال هذه المدة وإلا كان هو والعدم سواء.

2ـ أن يكون القبول مطابقا للايجاب مطابقة تامة

ويراد بذلك أنه يجب أن يكون متفقا مع الإيجاب في كل المسائل الأساسية التي تناولها ،فإذا لم يحدث هذا الاتفاق فليس هناك تراضي .وهذا الاتفاق يجب أن ينصب علبى العناصر الأساسية للعقد وكذلك على العناصر التكميلية التي اعتبرها الطرفان كذلك

3ـ أن يأتي القبول باتا

بمعنى أن موافقة القابل على الايجاب كما عرض عليه يجب أن تكون تامة و نهائية ،أي غير مقترنة بشروط إضافية ،وإلا أصبحنا أمام إيجاب جديد يحتاج إلى قبول لينعقد العقد (ف27 من ق ل ع)

ونحن نتحدث عن القبول .يلوح في الأفق سؤالا عميقا .وهو مامدى إمكانية اعتبار السكوت قبولا؟

يتعين قبل الكلام في السكوت التفرقة بينه وبين التعبير الضمني،لأن التعبير الضمني وضع إيجابي ،يستفاد من بعض الوقائع،أما السكوت فوضع سلبي ؛ولم كانت الإرادة عملا إيجابيا،فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيرا عنها.والسكوت لايتضمن على وجه الإطلاق إيجابا ،لأنه عدم والعدم لاينبىء بشيء ،وهو كذلك لايتضمن قبولا.[1]

إلا أن السكوت وكاستثناء من القاعدة يعتبر قبولا إذا كان ملابسا وهو ما أشار إليه الفصل 25 ق ل ع

1ـ شهبون عبدالكريم،كتابه الشافي،م س،ص143

ثانيا: اقتران القبول بالإيجاب (توافق الإرادتين)

لا يكفي لتمام العقد صدور الايجاب والقبول من احد الأطراف وقبول من الطرف الآخر،وإنما يتعين أن يحصل التوافق بين إرادة الأطرف.ولا يتحقق ذلك من الناحية القانونية إلا إذا وقع التراضي على العناصر الاساسية للعقد،وذلك وفقا لما يقضي به الفصل 19 من ق ل ع

.ويعني التطابق موافقة القابل على كل العناصر الواردة في العرض التي تقدم بها الموجب دون زيادة أو نقضان أو تعديل،وإلا فإن القبول سيتحول إلى إيجاب جديد يتعين الموافقة عليه من طرف من وجه إليه.وهو ماكرسه الفصل 27من قلع

لكن لايكفي أن يصدر إيجاب وقبول وأن يكونا متطابقين،بل ينبغي أيضا أن يقترن الإيجاب والقبول .

وقد يصدر تعبير عن الإيجاب بالتعاقد ويصدر عمن وجه إليه هذا الإيجاب تعبير عن قبول ذلك التعاقد في وقت يكون فيه الإيجاب قد سقط أو لم يصل التعبير بالقبول إلى الموجب داخل الأجل القانوني المحدد.ففي هذه الأحوال لايتحقق الاقتران والتلاقي المطلوب بين الإرادتين.فالمطلوب إضافة إلى ذلك صدور القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائما حتى تقترن الإرادتان إحداهما بالاخرى ،وهذا الاقتران هو الذي يحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد ومكانه[1].

ونظرا للتطابق بين إرادة الموجب وإرادة القابل يختلف باختلاف نوعية التعاقد فيما إذا كان بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين لذلك فإن زمان العقد ومكانه ليس واحدا في هذين الوضعين،مما كان معه لزاما ضرورة تحديد النتائج القانونية المترتبة على التعاقد الذي يتم وفقا لهذه

[1]- عبدالمجيد السملالي،المختصر في المنهجية القانونية ،طبعة 2009،الصفحتين،51و52

الطريقة أو تلك،خاصة التعاقد عن طريقة المراسلة وإشكالية إثبات التراضي فيه .

1ـ التعاقد بين حاضرين في مجلس عقد واحد

لاتطرح هذه الصورة من صورة التعاقد أي إشكال سواء من ناحية إثبات التراض أو غيره،على اعتبار أن هذه الحالة تمثل الوضع المألوف والعادي في معظم المعاملات المدنية.

ويعرف مجلس العقد بكونه "الفترة الزمنية التي تمتد بعد الإيجاب والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما عنه،وظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما بقي الطرفان منشغلين بالتعاقد،وينفض إذا انصرف الطرفان أو أحدهما أو إذا صرف أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظل يجمعهما مكان واحد[1]"

وباستقراء الفصل 23 من ق ل ع لاحظ بأن ضرورة صدور القبول على الفور أو ماأضحى يعرف بالفورية يثير إشكالات .لكن الفقه والقضاء عمل بالرغم من ذلك على تذليل هذه الصعوبة بإضفاء نوع من المرونة بخصوص مفهوم الفورية المومأ إليه أعلاه والذي قال بضرورة الإفصاح عن القبول قبل انفضاض مجلس العقد وشريطة عدم الانصراف عن موضوع التفاوض أما مكان مجلس العقد لا يثير أي مشاكل قانونية مادامت المحكمة المختصة هي محكمة مجلس العقد كقاعدة.

2ـ التعاقد بين غائبين وإشكالية إثبات التراضي في عقد المراسلة

قد يستعصي أحيانا تلاقي إرادة العاقدين في مجلس عقد واحد،وإن سلمنا بتحقق ذلك فالمشكل يثور بخصوص إثبات التراضي،وعموما فالصور الشائعة بالنسبة للتعاقد بين غائبين تتمثل في صورتين كالتالي.

---

[1]ـ مأمون الكزبري ،مرجع سابق،ص 65

أـــ التعاقد بين غائبين بالمراسلة

وهو الذي يتم بين متعاقدين لايضمهما مجلس واحد ويجري بتبادل رسائل بين الموجب من جهة والقابل من جهة ثانية ،كأن يرسل تاجر من فاس رسالة إلى تاجر في الرباط يعرض عليه فيها بيع بضاعة بشروط معينة ويجيب التاجر في الرباط برسالة يضمنها قبوله الشراء بالشروط المعينة [1]

لكن يُطرح سؤال غاية في الأهمية وله علاقة وطيدة بأهم ركن في العقد ألا وهو التراضي، وهو الزمان الذي يتم فيه التراضي في العقد في هذه الحالة وكذا ماهو مكان انعقاد العقد مناط هذا التراضي؟

لقد انقسمت القوانين في الإجابة على السؤالين المبسوطين أعلاه إلى مذهبين فمنهم من أخذ بمذهب إعلان القبول أوالتصريح بالقبول(التونسي ـالتقنين السوريـ الألماني ـ السويسري) بحيث اعتبرت أن التراضي يتم في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما من وجه إليه-القابل- الإيجاب عن قبوله.

ومنهم من أخذ بمذهب العلم بالقبول واعتبر أن التراضي لايتم إلا في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب ومن هذه القوانين والتشريعات نجذ(التشريع الإسباني والإيطالي وكذا التشريع المصري .وبخصوص المشرع المغربي فقد نهج نهج نظيره التونسي من حيث الأخذ بنظرية التصريح بالقبول،في المادة 24 ق ل ع .

[1] ـ الكزبري مأمون،م س،ص66

ب ـــــ التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو وسيط

التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو وسيط يشبه التعاقد بين غائبين بالمراسلة شبها تاما،فهنا يوجه الموجب رسالة يضمنها إيجابه،وهناك يبعث برسول أو يكلف وسيطا لينقل الايجاب إلى من هو موجه إليه.فطبيعي إذن أن تكون الأحكام واحدة في هاتين الطريقتين من التعاقد[1] .

وقد جاء في الفصل 24 من ق ل ع والضبط في فقرته الثانية مايلي "...العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الايجاب للوسيط بأنه يقبله"

ت ـــــ التعاقد بالهاتف

يجمع في آن واحد بين ميزتين،هما ميزة التعاقد بين طرفين حاضرين في الزمان مادامت إرادة كل الأطراف تصل للآخر فورا.وميزة التعاقد بين غائبين من حيث المكان ماداما لايوجدان في نفس المكان .

والسمة الأساسية للتعاقد في سائر هذه الفرضيات هو اختلاف مكان وجود العاقدين،مما يؤدي في الغالب إلى مرور فترة زمنية بين صدور القبول وبين علم الموجب به .لذلك يطرح التساؤل عن زمان حصول التراضي ومن تم انعقاد العقد هو هو وقت إعلان القبول؟أو وقت تصديره؟أو الوقت الذي يصل فيه القبول ويتسلمه الموجب؟أو وقت علم هذا الأخير بالقبول بعد وصوله إليه؟

1ـ مأمون الكزبري في مؤلفه أعلاه،71ص

ولذلك أهمية كبرى كمعرفة الوقت الذي لايسوغ فيه للموجب العدول عن إيجابه،إذا الإيجاب غير ملزم،وكذا الوقت الذي لايستطيع القابل بعده أن يعدل عن قبوله،وكذا معرفة وقت سريان آثار العقد أو المحكمة المختصة أو غيره...

❖المطلب الثاني:التعبير عن الإرادة الصادرة من طرف واحدة

ان الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام لم تكن بالامر الهين بل شهدت العديد من الاختلافات بين اغلبية المذاهب القانونية ، لكن ليس هذا هو الاشكال بل الامر الذي يطرح لبسا هو كيفية اثبات التراضي في هذا النوع من التصرفات (الفقرة الاولى) مما حتم علينا الاستناد لاهم التصرفات الي يقوم بها الشخص بإرادته المنفردة(الفقرة الثانية)

- **الفقرة الاولى :اثبات التراضي في الالتزام الصادر من الارادة المنفردة**

إن التصرف القانوني قد يتم بإرادتين وقد يتم بإرادة واحدة وينتج آثاره بمقتضاها،فإجازة العقد الباطل تصرف قانوني يتم بإرادة واحدة وبمقتضاها يتم تصحيح العقد بجعله نهائيا غير مهدد بالبطلان وكذلك الحال في اقرار وفي انهاء عقد العمل والوكالة ، فكل هذه التصرفات تتم بإرادة منفردة لكنها لاتنشأ إلتزاما .[1]

فهل للإ رادة المنفردة ان تنشأ إلتزاما ؟وإذا كان الامر كذلك كيف يمكن اثبات التراضي مع ان الملتزم واحد ؟

[1]-عبد الكريم شهبون الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود ، الكتاب الاول الالتزامات بوجه عام ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ،مطبعة النجاح الدار البيضاء 1999 ص 50-51

لمعرفة ماإذا كانت الارادة المنفردة يمكن ان تنشأ إلتزاما او بعبارة اخرى تصلح بأن تكون مصدرا عاما للإلتزام ،في هذه المسألة إختلفت آ راء الفقه القانوني إلى عدة آراء يمكن إختزالها في ثلاث مذاهب رئيسية، فالمذهب الاول وهو فرنسي الاصل ينفي بأن تكون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام .اما المذهب الثاني وهو مذهب جرماني الاصل يرى عكس المذهب السابق حيث انه يعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام [1]

اما المذهب الثالث وهو الذي يقف موقفا وسطا بين المذهبين المتطرفين السابقين حيث يرى انصار هذا المذهب ان العقد يبقى هو المصدر الاول للالتزام ويحتفظ الى جانبه بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي او ثانوي ،وهذا المذهب هو الذي اخذت به جل التشريعات الحديثة ومن زمرتها التشريع المغربي [2]

بحيث انه بالرجوع الى نصوص قانون الالتزامات والعقود نرى بأن المشرع اعتبر الارادة مصدرا قانونيا الى جانب العقد وهذا مايتضح لنا من خلال قراءة الفصل الاول من قانون الالتزامات و العقود الذي نص على ان الالتزامات تنشأ عن الاتفاقات –العقود – والتصريحات الاخرى المعبرة عن الارادة – اي الارادة المنفردة – وقد خصص لها المشرع الفصول من 14 الى 18 تحت عنوان التعبير عن الارادة الصادرة من طرف واحد [3]

---

[1] مأمون الكزبري نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ،الجزء الاول مصادرالالتزامات ،الطبعة الثانية ،مطبعة النجاح الجديدة الدارالبيضاء 1982 ص 310-311

[2] مأمون الكزبري م.س ص313

[3] عبد الرحمان الشرقاوي ،القانون المدني ،مصادر الالتزام ،الجزء الاول التصرف القانوني ،الطبعة الاولى ، دار ابي رقراق للطباعة والنشر الرباط 2012 ص 412

ومن خلال ماسبق يمكننا القول بان الارادة المنفردة يمكن ان تنشا التزاما نظرا لكونها مصدا له -اي للالتزام – ولكنها لاترقى الى مرتبة العقد ، الذي يبقى المصدر الاصلي للالتزامات في حين تبقى الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا او ثانويا إلى جانبه [1]

وقبل الخوض في مسألة اثبات التراضي في الالتزام الصادر من ارادة منفردة فإنه يجب ان نشير بأن التصرف الصادر من إرادة منفردة تطبق عليه الاحكام العامة للعقد[2]

بحيث انه لابد لقيام هذا التصرف ان تتوفر فيه الاركان المنصوص عليها في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود

ثم لابد لصحة الالتزام من ان تكون إرادة الملتزم سالمة خالية من عيوب الرضا ،ماعدا العيوب التي تتنافى مع طبيعة الارادة المنفرة [3]

وكما اشرنا اعلاه انه لايوجد ما ينازع بأن الاحكام العامة المؤطرة للعقد نفسها تطبق على الالتزام الصادر عن الارادة المنفردة ،لكن الامر ليس على اطلاقه بحيث ان التعبير عن الارادة في الالتزام الصادر من إرادة منفردة له خصوصية تجعل هذا النوع من التصرفات يختلف تماما عن العقد الذي يكون بين طرفين .

ونظرا لما سبق طرحه فإن إثبات التراضي في الالتزام الصادر من ارادة منفردة يكتنفه نوع من الغموض على مستوى اثبات وجوده ، وبخصوص هذه المسالة يجب التفريقة بين حالتين حسبما يكون التعبير الصادر من ارادة منفردة موجها للجمهور او يكون موجها لشخص معين .

---

[1] مأمون الكزبري م.س ص 313
[2] مأمون الكزبري م.س نفس الصفحة
[3] عبد الكريم شهبون م.س ص 123

ـ ففي الحالة الاولى كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور ينعقد التصرف وينتج آثاره من وقت صدور التعبير

ـ وفي الحالة الثانية كما في الايجاب الملزم وهو الذي يجب اعلانه لشخص معين حتى يتحقق اثره القانوني ،فإن التصرف ينعقد في الوقت الذي يصل فيه التعبير عن الارادة الى علم من وجه اليه [1]

ومن اجل التنقيب اكثر عن هذه المسألة وفك اللبس لابد ان نعرج في الفقرة الموالية على اهم انواع الالتزامات الناشئ عن الارادة المنفردة الواردة في اماكن مختلفة من قانون الالتزامات والعقود .

- **الفقرة الثانية : تطبيقات الارادة المنفردة**

أولا: الوعد بجائزة

إن هذا النوع من التصرفات ليس وليد اللحظة ،بل سائد منذ القدم بين العديد من المجتمعات ؛وذلك كأن يعد أحد الناس بتقديم المكافئة لم يعمل له عملا.[2]

ويمكن تعريف الوعد بجائزة بأنه إعلان موجه للجمهور يتضمن التزاما بإعطاء جائزة على عمل يقوم به شخص غير معين بذاته،[3]

وقت تناول المشرع المغربي الوعد بجائزة في الصول 15 و16 وكذا 17حيث عرض لشروط وبين آثاره ونحن سنقتفي أثر ق ل ع لكن يجب قبل ذلك الوقوف على طبيعة الوعد بجائزة وخصائصه.

---

[1] عبد الكريم شهبون م.س نفس الصفحة

[2] ـ شهبون عبدالكريم ،م س،ص114

[3] ـ مأمون الكزبري،المرجع المومأ إليه أعلاه،ص317

1ــ طبيعة الوعد بجائزة وخصائصه

أـــــ طبيعة الوعد بجائزة

اختلف القانونيون في ماهية الوعد بجائزة وتحديد طبيعته هل هو معاوضة أم من قبيل التعرضات ،وفي رأي الفقيه القانوني مأمون الكزبري ،أن النظر الأصح أنه ليس تبر عا دائما ولا معاوضة دائمة بل تختلف طبيعته بحسب الاحوال

فهو معاوضة إذا النشاط الذي يبدله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته على الواعد كما في الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود,فالواعد هنا يجني فائدة مقابل الجائزة التي يقدمها ؛وهوز استرداد ذلك الشيء المفقود.

وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبدله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته عليه وحده دون الواعد؛كالإعلان عن وعد بجائزة لمن يقدم أفضل بحث علمي في موضوع معين ،وهنا ترجع الفائدة على من كانت الجائزة من نصيبه[1] .

ب ـــ خصائص الوعد بجائزة

للوعد بجائزة عدة خصائص ينفرد بها يمكن إجمالها في الاتي

ـــــ الوعد بجائزة مبدئيا هو تعبير موجهة إلى شخص غير معين من الجمهور

ـــ الوعد بجائزة متى صدر مستوفيا لشروطه لايحتاج انعقاده الى أي تعبير يصدر من شخص اخر وهذا يختلف عن الايجاب الموجه الى

[1]ــ مأمون الكزبري ،المرجع السابق،ص318

الجمهور الذي لا يتم العقد الا بقبول شخص اخر من ذلك الجمهور ، وبالتالي نستخلص بأن الوعد بجائزة يعتبر تصرفا قانونيا كاملا في ذاته

ـــ الوعد بجائزة هو من التعابير الملقاة أي التي تنتج اثرها القانوني بمجرد صدورها عن صاحبها وبدون اشتراط وصولها الى علم من وجهت اليه ،وذلك على عكس التعابير المتلقاة والتي لا تنتج اثرها الا اذا وصلت الى علم الشخص الذي وجهت اليه [1]

2ـــ شرو ط وآثار الوعد بجائزة

أـــشروط الوعد بجائزة

لقيام الوعد بجائزة يجب أن تتوفر الشروط الاتية

ـــ أن تصدر من الواعد إرادة جدية تروم الى الالتزام

ـــ أن يوجه الوعد إلى الجمهور فإذا وجه الوعد لشخص معين أو إلى أشخاص معينين فلا يكون وعدا بالمعنى المقصود في هذا المقام،وإنما يصبح إيجابا يجب أن يقترن بقبول[2]

ـــ يجب أن يوجه الوعد بطريقة تتوافر فيها العلانية إلى الحد الذي يكفي لأن يعلم به عدد كبير من الناس وذلك بمختلف وسائل الاعلام

ـــ يجب أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة كمبلغ من النقود أو شيء آخر له قيمة مالية أو أدبية[3]

ـــ يجب أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة ليستطيع الوفاء بالتزامه [1]

1ـــ مأمون الكزبري،، نفس المرجع أعلاه،ص319
2 ـ عبدالكريم شهبون ،م س ،ص 116
3ـالكزبري مرجع سابق،ص321

ـــــ يتعين أن تكون إرادة الواعد حرة خالية من عيوب الإرداة [2]

ـــــ يتعين أن تتضمن إرادة الواعد شيئا معينا كالعثور على شيء ضائع أو الفوز في مسابقة أو غيره[3]

ب ـــآثار الوعد بجائزة

حسب الفصل 16 من ق ل ع فإنه بعد توفر الشروط المشار إليها إلتزم الواعد بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل،ولكن يختلف الحكم بحسب ما إذا كان الواعد، عين أجلا للقيام أو لم يفعل ذلك،[4]

ـــــ أثار الوعد بجائزة عندما يكون له أجلا محدد

إذا كان الواعد قد حدد أجلا اشترط أن يتم العمل خلاله فإنه يبقى ملتزما بوعده ،بمعنى أنه ليس له الحق في العدول قبل انقضاء هذا الاجل ،وهذا ما أوضحه المشرع في الفصل سالف الذكر(يفترض فيمن حدد اجلا لانجاز الفعل انه تنازل عن حقه في الرجوع عن وعده الى حين انتهاء ذلك الاجل)

فإذا انقضى الاجل دون القيام بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد،وبالتالي لايحق الرجوع عليه إلا على اساس الاثراء بلاسبب إلا إذا ماتوافرت شروطه[5]

ـــأثار الوعد بجائزة عند عدم تحديد اجل له

---

[1] ـــ المختار أحمد عطار ،.....ص329

[2] ـــــ شهبون عبد الكريم ،م س ،نفس الصفحة

[3] ـــــأحمد عطار،.....،ص228

[4] ـــ لمزيد من التفصيل اجع شهبون عبد الكريم،م سابق ص118ـــــ119

[5] ـــــ مأمون الكزبري،م س ،ص322

إذا لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل المطلوب فإنه يجوز له الرجوع في وعده ،على أن يعلن هذا للجمهور بذات الطريقة التي تم الإعلان عن الجائزة لكن هذا السحب حسب ماجاءعلى لسان في الفصل 16 من قانون الالتزامات والعقود يكون عديم المفعول إذا حصل بعد الشروع في تنفيذ العمل الذي التزم بالإجازة عنه.أما إذا لم يرجع الواعد عن الوعد غير محدد المدة فليس معقولا أن يلتزم به على سبيل التأبيد .وإنما يتلزم به لمدة معقولة فإذا تم العمل المطلوب خلال هذه المدة ،استحق من قام به الجائزة وإذا حدث العكس وتك العمل بعد فوات هذه المدة المعقولة ،فإن التزام الواعد يكون قد سقط ولايلتزم بشيء اتجاه من اتم العمل .[1]

وفي هذا المضمار لابد من الوقوف هنيهة على مسألة مهمة وذلك إذا تم انجاز الفعل أو العمل الموعود بالجائزة من طرف عدة أشخاص في نفس الوقت أو في اوقات مختلفة فما العمل إذا ؟

لقد نص المشرع على حكم يتلاءم وهذه الحالة في ف 17 من ق ل ع بقوله .وبين حكم استحقاق الجازة في مثل هذه الحالة عبر تتبع الاحكام التالية

ـــ إذا انجز اشخاص متعددون في وقت واحد الفعل الموعود عليه بالجائزة قسمت الجائزة فيما بينهم بالتساوي

ـــوإذا انجزوه في اوقات مختلفة كانت الجائزة لاسبقهم تاريخا

ـــ وإذا اشترك عدة أشخاص في إنجاز الفعل كل منهم بقدر فيه قسمت عليه بنفس النسبة ،وإن كانت الجائزة غير قابلة للقسمة بيعت وقسم ثمنها

[1] ـــــ شهبون عبد الكريم ،م س ،ص 119

.أما إذا كانت ليست لها قيمة في السوق كالأوسمة أو غيره ،كان المرجع حينئذ للقرعة .

ثانيا .الإيجاب الملزم والتزام المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير

بحيث يعتبر كل من الايجاب الملزم والاشتراط لمصلحة الغير من تطبيقات الارادة المنفردة التي أخذ بها المشرع .

1ـــ كما هو معلوم بأن الإرادة الايجاب هو التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره ان يتعاقد معه،فقد يكون الايجاب موجها لشخص معين وقد يكون موجها إلى أي شخص آخر. [1]

وهكذا فالإيجاب وسيلة من وسائل ابرام العقود إذا ما اقترن بقبول من طرف المتعاقد الثاني .ولما كان الاصل في الايجاب انه غير ملزم الا في الحالات الاستثنائية من بينها الفصل 29 من ق ل ع.وقد جاء في ذات السياق قرار عن محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا_يؤيد بأن من تقد بإيجاب مع تحديد أجل للقبول يبقى ملتزما اتجاه الطرف الاخر حتى ينصرم هذا الاجل.[2]

وعموما نستشف أن الموجب يبقى مقيدا بإيجابه أي التزامه إلا أن هذا الايجاب الصادر من الموجب إن كان في حد ذاته رسالة إلى التعاقد أولا وقبل كل شيء إرادة منفردة للموجب،مما يحتم عليه البقاء ملتزما طيلة الفتر ة التي حددها وأن كل إخلال منه بذلك يوجب عليه التعويض .

---

[1] ـــــ الكزبري،مرجع سابق،ص54

2ـــ قرار عدد 316 بتاريخ 25 يونيو 1969 المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى ـــ المادة المدنية،الجزء الاول، ص741،اورده محمد بفقير ،قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي،الطبعة الثانية،1431 ه ،ص19

2ــ التزام المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين احدهما يسمى المشترط والاخر الواعد او المتعهد ،يشترط فيه الا ول على الثاني أن يلتزم هذا الاخير ازاء شخص ثالث اجنبي عن العلاقة التعاقدية،يسمى ب'المنتفع'فينشأ حق مباشر يستطيع أن يُطالب به المتعهد كما قال بذلك مأمون الكزبري.[1]

وكما نعلم أن المشرع قد نظم الاشتراط لمصلحة الغير من خلال الفصلان 34و35 من ظهير الالتزامات والعقود .وهذا النوع من التصرفات فقد أجمع اغلب الفقه القانوني على كونه تتخلله عمليتين.أولاها كونه عقد مبرم بين المشترط والتعهد وثانيها التزام المتعهد المبني على إرادته المنفردة

فالعملية الثانية هي بيت القصيد الذي يعنينا ،فهي ليست عقدا كما في نظرية الايجاب المعروض،بل التزاما مبنيا على الارادة المنفردة يتحمله المتعهد لمصلحة المنتفع دون ان تتدخل ارادة هذا الشخص في ذلك .وبإيجاز فإن حقوق هذا الأخير ليس مصدرها الاشتراط بل –كما تقدم معنا- إرادة المتعهد المنفردة والتي هي بدورها نتيجة للتعاقد لكونها تستند عليه[2]

1ــ مرجع سبق الإشارة إليه،ص271

[2]ــ الطيب الفصايلي،النظرية العامة للالتزام،الجزء الاول ،الطبعة الثانية 43و44

المبحث الثاني: شروط صحة التراضي

يلزم لصحة التراضي كركن في العقد أن يكون المتعاقد أهلا للالتزام (المطلب الأول) ويتحقق ذلك باستكماله السن القانوني التي حددها المشرع كسقف للرشد بشرط أن يكون ذلك موازيا لاكتمال القوى العقلية لهذا الفرد أثناء التعاقد .

وبالإضافة إلى ذلك فإنه يتعين أن تكون إرادة هذا المتعاقد خالية من عيوب التراضي (المطلب الثاني) التي تؤثر على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته

❖المطلب الأول : الأهلية.

حتى يكون الرضا صادر من الشخص بطريقة صحيحة يجب ان يكون الشخص متمتع بالاهلية اللازمة. الأهلية في اللغة : الجدارة والكفاءة، يقال فلان أهل لتحمل مهمة كذا،فهو إذن جدير بتحملها,وفي الاصطلاح القانوني : هي قابلية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، ولأن يمارس بنفسه التصرفات التي تمكنه من كسب الحقوق، وتحمل الالتزامات.

ومن هذا التعريف يتضح أن الأهلية نوعان:أهلية وجوب وأهلية أداء.

أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون.."،وهي تثبت له منذ أن يكون جنينا في بطن أمه وإلى حين وفاته.

أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرف الذي من شأنه أن يرتب له الحق أو يحمله بالالتزام.

حسب الفصول من 3 إلى 13 والمادة 209 من مدونة الأسرة فالأصل في الإنسان كمال الأهلية (الفقرة الأولى) والإستثناء ـ نقصانها أو انعدامها أي قد تصيبها عوارض تؤثر فيها ـ(الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الأصل في الشخص كمال الأهلية.

من المبادئ الثابتة كمال الاهلية عند الشخص الى ان يتبين العكس. فببلوغ الشخص سن الرشد القانوني (ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة) وهو تام العقل غير سفيه الا وينعت (بالراشد) دلالة على كمال الاهلية، ويفيد هذا الوصف ان كافة المعاملات والتصرفات والاجراءَات التي يباشرها تعد صحيحة تنفذ آثارها تجاه الاطراف والغير طبقا لاحكام القانون

ومعلوم ان اهلية الشخص يحكمها قانون احواله الشخصية كما يفيد ذلك الفصل 3 من ق.ل.ع

الفقرة الثانية : عوارض الاهلية وموانعها.

سنقسم فقرتنا هذه إلى عوارض الاهلية من فقدانها او نقصانها (أولا) ثم إلى موانعها من الحكم بعقوبة جنائية و حالة السكر 3ـ العاهة و العجز الجسماني الشديد (ثانيا).

ـأولا:عوارض الاهلية

يرجع عدم كمال الاهلية في الشخص الى فقدانها (أ) او نقصانها (ب) مما يطرح معه عدة امور وجب التطرق لها.

أ : فقدان الاهلية

من خلال الفصل 134 هناك حالتين تفقد فيهما أهلية التعاقد، الأولى تعود لوجود سبب طبيعي مانع للتعاقد يلازم الشخص منذ ولادته حتى بلوغه سن التمييز وهو صغر السن والثانية تعود لوجود سبب طارئ يمنع

الشخص من التعاقد إما منذ ولادته أو بعدها أو حتى بعد بلوغه من الرشد القانوني وهو الجنون .

– **الصغيرعديم التمييز**: يعد هذا السبب المانع للتعاقد سببا طبيعيا ولقد عبر عنه جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية بعبارة " العارض السماوي " أي هو العارض الذي يصاحب الشخص دون أن يكون له اختيار أو إرادة في ذلك ولقد اعتبرت مختلف التشاريع ومنها التشريع التونسي والمصري واللبناني أن الإنسان في حياته يمر بأدوار ثلاثة : فالدور الأول من يوم ولادته حتى سن التمييز ويكون للقاصر المميز فيه أهلية ناقصة، أما الدور الثـالث فهو بلوغه سن الرشد وبعدها يكون الشخص راشدا له أهلية كاملة فلا تنعدم إذا أهلية التعاقد بصفة إجمالية إلا في الدور الأول.

وطالما وأن الصغير عديم التمييز هو شخص غير واع بعد بتصرفاته، فإن مايقوم به عادة من أعمال قانونية تعد في حكم المعدوم لانعدام أهليته القانونية طبقا لمقتضيات الفصل 139 من مدونة الحقوق الشخصية بقوله : " ليس للصغرير غير المميز حق التصرف في امواله، وتكون جميع تصرفاته باطلة " وطبقا لهذا النص فإن تؤكد على بطلان تصرفات الصغير غير المميز مهما كان نوع هذه التصرفات، ويعد الصغير غير المميز من الأشخاص الذين لاأهلية لهم في التعاقد، ورغم ذلك يمكنه أن ينتفع بكل عقود الإغتناء التي من شأنها أن تلحق به منفعة ومصلحة خاصة، لكن في المقابل الفصل 139 من م. ح.ش يبطل كل تصرفات الصغير غير المميز ويتوافق هذا التوجه مع ماذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري بقوله أن "الصبي غير المميز لايستطيع أن يباشر أي عقد وليس هذا مقصور على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة بل يمتد أيضا إلى عقود الإغتناء" كما يعتبر الأستاذ محمد الزين :" أن جميع تصرفات الصغير غير المميز تكون باطلة بدون استثناء ودون

فرق في ذلك بين عقود الإغتناء وعقود الإدارة وعقود التصرف "
– **الجنـون** : من الثابت ان الشخص يولد وهو مجرد من العقل، فهو غير قادر على فهم الأمور وطبيعتها وبتدرجه في السن تولد عنده ملكة العقل، ولكن قد يعتريها أحيانا عارض تحول دون نموها وتجعل الشخص غير قادر على التمييز رغم بلوغه سن الرشد القانوني. ويشتمل هذا العارض أساسا في الجنون الذي قد يصيب ملكة العقل فيعدمها. [1]

بالرجوع إلى التعاريف الفقهية[2] نجدها تقارب مصطلح الجنون من مصطلح العته. والملاحظ أن جل التعاريف الفقهية اعتبرت أن الجنون هو مرض وإصابة تطرأ على العقل فتفقده إدراكه وتوازن ميز المشرع المغربي بين حالتين للجنون في الفصل 144 من م.ح.ش فإما أن يكون جنونا مطبقا يستغرق جمي أوقاته وهو ذلك الجنون الذي يستمر أثره في الإدراك على امتداد الوقت أو يكون جنونا متقطعا كما يسميه البعض الجنون " غير المطلق" وهو الذي تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها وهي فترات الإفاقة كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية والذين يفرقون حتى في وقت الإفاقة للمجنون بين الإفاقة التامة والإفاقة الجزئية وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للشخص المجنون بعض الشيء من التمييز الذي يمكن أن يجعله في حكم المعتوه غير أنه سواء إن كان المجنون في حالة إفاقة أو عدم إفاقة فإنه يخضع ضرورة للحجر عليه ، فطالما تبين للقاضي أن حالة الجنون متوفرة فيمن أثبت أهل الخبرة والمعرفة وهم الأطباء النفسنيون وجود هذه الحالة فإنه لامجال إلا للحجر عليه، ولكن تبقى للقاضي السلطة التقديرية في وضع ذلك الشخص تحت الحجر وعدم وضعه لأن طبيعة

---

1 :عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي مكتبة الرشاد، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، 2002، ص 102.(2)

2 : ــ من ذلك الأستاذ محمد أبو زهرة أن الجنون " هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ويصحبه اضطراب وهياج غالبا " كما عرفه الأستاذ محمد صالح العياري على أنه " عاهة تصيب العقل "

الحجر أنه حجر قضائي لايثبت إلا بحكم من المحكمة ويقضي في نفس الحكم بمنع التصرف على المصاب واعتباره عديم الأهلية وتعتبر جل

تصرفاته الواقعة بعد الحجر عليه غير نافذة بصريح عبارات الفصل من م.ح.ع الذي نص على ما يأتي : " تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة.." وهذا التوجه الذي توخاه المشرع المغربي في اعتبار أن الحجر لايكون إلا قضائيا، قد توخاه أيضا التشريع المصري في المادة 114 من قانونه المدني والذي أقر أنه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ". غير أن التشريع اللبناني قد اعتبر أن الحجر على المجنون يكون حكميا أي بمقتضى الشرع دون حاجة إلى قرار قضائي.

ويتضح مما سبق أن المجنون ينزل منزلة الصغير غير المميز لاعتبارهما يفقدان لملكة العقل وغير قادران على إدراك تصرفاتهما القانونية ومامن حل لتفادي إمكانية إضرارهما بأنفسهما أو بالغير إلا أن يقع الحجر عليهما، وإعدام أهليتهما وخاصة أهلية التعاقد لديهما. لكن وفي المقابل هناك بعض الأشخاص اللـــــــذين لايفقدون ملكة التمييز بصفة كلية وتبقى لهم بعض الشيء منها. فهم لايعدون " مجانين " بصريح هذه العبارة ولاهم " عقلاء " ولكنهم قادرين أحيانا على فهم بعض تصرفاتهم وأحيانا أخرى عاجزين عن فهمهما، ولهذا لم يعدم المشرع المغربي أهليتهم في التعاقد إنما قيدها وجعلها في حكم تصرفات الصغير المميز الذي بلغ درجة من الوعي والتمييز اللذان يخولانه أحيانا التعاقد.

(ب):نقصان الأهلية

طبقا للفصل 213 من م.أ "يعتبر ناقص اهلية الاداء : الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، السفيه، المعتوه "

- **الصغيـــر المميـــز** : هو الذي بلغ سن التمييز ولكن لم يتجاوز عمره سن الرشد[1] ويعرف بعض الفقهاء الصغير المميز بأنه الشخص الذي بلغ سنا أصبح يميز فيها بين معاني ألفاظ العقود في الجملة ويعرف المراد منها عرفا ، كما عرف كذلك بأنه من كان يفهم ماهية التصرفات كالبيع والشـــراء ويدرك أن الأول سالـب للملكية والثاني مكسب لها، وقيل هو من يفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير وقيل أيضا هو من كان يفهم الخطاب ويرد الجواب.

وبهذا التعريف ينصح أن الصغير المميز ببلوغه مرحلة التمييز يصبح متفوقا قانونا على الصغير غير المميز إذ له القدرة على التعاقد نتيجة لما يفترضه فيه من أهلية للتعاقد وهذا مايبدو ظاهريا ولكن في الحقيقة قد قيد المشرع تصرفات الصغير المميز رغم ماله من القدرة على التمييز بين النفع والضرر وجعل من أهليته مقيدة. مثلما هو الشأن مع مختلف التشريعات المقارنة ومنها التشريع المصري الذي اعتبر أهلية الصغير المميز الذي بلغ السابعة من عمره مقيدة وليست منعدمة.

ويتوافق هذا الإختيار لسن التمييز في التشريع المصري مع اختيار الفقه الإسلامي الذي حدد سن التمييز بدوره بسبع سنوات، " فالسابعة هي الحد الأدنى للتمييز... وبالإجمال هذا هو حد التمييز الأدنى "

وطبقا للمادة 63 من القانون المدني، ومن السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة أن للصغير الحق في تسلم أمواله لإدارتها وله أهلية الإرادة لهذه الأموال كما له أهلية التجارة إذا أذنت المحكمة في ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا طبقا للفصلين 58 و112 من القانون المدني المصري.

ومثل هذا التدرج في سن التمييز لانجد في القانون المغربي الذي يقتصر على تحديد سن واحدة وهي بلوغ القاصر الثانية عشرة كاملة من عمره،

ويكون بهذا التوجه المشرع التونسي قد توخى نظاما واضحا ومحددا، على عكس ماهو الحال مع المشرع اللبناني الذي لم يحدد سن التمييز وإنما ترك الأمر للقاضي في تقدير هذه السن حسب ما تتوفر لديه من معطيات وظروف.

رغم هذا الإختلاف في تحديد سن التمييز بين مختلف التشاريع فإنها كلها تتفق حول تقيد أهلية القاصر المميز وذلك تجنبا لكل ما عسى أن يصدر عنه من تصرفات قد تضر بمصالحه فليس له إلا امكانية إبرام العقود التي تعود بالنفع عليه وبهذا الشكل يتبين أن سن التعاقد تؤثر في أهليته فتقيدها رغم بلوغ التمييز، ولكن توجد كما سبق الذكر عوامل أخرى طبيعية تحد بدورها من أهلية التعاقد وهي أساسا ضعف العقل والسفه.

– **السفيـــــه :** لغة على أنه الطيش وخفة العقل، أما إصطلاحا فلقد عرفه بعض الفقهاء على أنه خفة تعتري الشخص تجعله يتصرف في ماله على خلاف مقتضيات العقل دونما اختلال فيه ، أما القانون المغربي فقد عرفه بالمبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا طبقا للفقرة 2 من الفصل 144 من م.ح.ش السابقة.ويستخلـــص من التعريف الفقهي والتشريعي أن السفيـــه هـــو الشخص الذي لايهتدي إلى تصرفاته المالية ويعمل على تبذيرها وانفاقها فيما لايعني ولايمكن للشخص العاقل أن يقـــوم بمثل أعمـــال الإنفاق التي يقوم بها السفيه. إذ هو شخـــص ينساب إلى الشهوات وتتسلط على عقله الملذات ولهذا يبذر ماله ويهلكه فيما لايقتضيه لاالشرع ولا العقل .

ولقد اعتبر التشريع المصري في هذا المجال ان السفيه وذي الغفلة يخضعان لنفس النظام القانوني للحجر طالما وأنه يجمع بينهما عيب واحد هو ضعف بعض

الملكات الضابطة للمدارك النفسية وذو الغفلة هو من لايهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات وينخدع بأيسر وسائل الإنخداع وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع التونسي حين عرف ضعيف العقل، فذو العقلة إذا هو ضعيف العقل ولايجوز من هذا المنطق الخلط بين أحكام ضعيف العقل وأحكام السفيه فهما حالتين مختلفتين ورغم ذلك فإن فقه القضاء يختلط بين المفهومين .[1]و تتجه ضرورة حمايته من مختلـف أعماله والسيطرة عليه وذلك

بوضعه تحت الحجر والذي عادة وقانونا لايصدر إلا من القاضي وهو خلافا لما يقره الإمام محمد أبو حسن الشيباني الذي يقول " الحجر للسفه يثبـــت بقيام سببه لا بحكم القاضي"

ولكـن ولتجاوز هذا الإختلاف وضع المشرع المغربي رأيه وأقر صراحة أن حكم الحجر لايكـــون إلا قضائيا، ولقد اختلف الفقهاء حول مسألـــة الحجر ذاتها فمنهم من اعتبر أن السفيه لايخضع إلى مؤسسة الحجر وهـــو الإمام أبو حنيفة الذي يرى أن قيد الحجر على السفيه هدر لآدميته وتشبيه له بالبهائم من أجل المحافظة على ماله والحرية أغلى من المال لأن المال عائد ورائح. لكن في المقابل فإن مختلف المذاهب الأخرى أقرت مبدأ الحجر على السفيه استنادا إلى قوله تعالى : "لاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا"
.

ولقد اعتبر المشرع المغربي أن تصرفات المحجور عليهم لسفههم هي تصرفات باطلة مبدئيا إذا ماصدرت بعد صدور حكم الحجر ويتوقف

---

(1) :عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، ص 88.

نفاذها على إجازة الولي. أما تصرفاته التي باشرها قبل الحكم فهي صحيحة ولارجوع فيها ، وهذا الجزاء لتصرفات السفه قبل الحجر تؤكد وجه الإختلاف بينها وبين جزاء تصر فات ضعيف العقل التي تكون قابلة للإبطال في حالة اشتهاره بالعته ويبقى الجدير بالذكر أن كل من السفه وضعف العقل وعدم بلوغ الشخص سن الرشد القانوني أسباب طبيعية لتقييد أهلية التعاقد لدى هؤلاء الأشخاص ولكن ليست هذه الموانع فقط مقيدة للأهلية وإنما تنظاف لها موانع أخرى يمكن تسميتها بالموانع المكتسبة.

ويبقى ان نشير ان هناك استثناءَات على الاحكام العامة التي ذكرنا وهي مثمتلة في :

ـ **اهلية ادارة الاموال** :حسب الفصل 226 مدونة الاسرة :" يمكن للصغير المميز ان يتسلم جزءًا من امواله لادارتها قصد الاختبار. ويصدر الادن من الولي او بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي او المقدم او الصغير المعني بالامر. يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الاذن بالتسليم بطلب من الوصي او المقدم او النيابة العامة او تلقائيا اذا ثبت سوء التدبير في الادارة المأدون بها. يعتبر المأذون كامل الاهلية فيما اذن له وفي التقاضي فيه".

المقدم او النيابة العامة او تلقائيا اذا ثبت سوء التدبير في الادارة المأدون بها. يعتبر المأذون كامل الاهلية فيما اذن له وفي التقاضي فيه".

ـ **الترشيد المبكر**:تمنح بمقتضاه الاهلية الكاملة لممارسة التصرفات القانونية كأنه راشد وذلك شريطة: بلوغ ناقص الاهلية 16 سنة وان تتبين

عليه علامات الرشد كما يجب ان يقدم الصي الشرعي طلبا بذلك للقاضي المكلف بشؤون القاصرين

ثانيا موانع الأهلية

قد يبلغ الشخص سن الرشد وهو غير مصاب بأى عارض من عوارض الأهلية فيكون بذلك كامل الأهلية , ولكن تحدث ظروف معينة , مادية أو طبيعية أو قانونية يترتب علو وجودها إلا يتمكن من مباشرة التصرفات القانونية أو لا يتمكن من مباشرتها منفرداً , ولهذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

وموانع الاهلية في القانون المغربي هي ثلات حالات : 1ـ الحكم بعقوبة جنائية 2ـ حالة السكر 3ـ العاهة أو العجز الجسماني الشديد.

ـ الحكم بعقوبة جنائية ـ

إذا حكم على الشخص كامل الأهلية بعقوبة جنائية , عوقب بحرمانه من إدارة أمواله طوال مدة أعتقاله , كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بناء على إذن من المحكمة ويظل هذا المانع قائماً بالنسبة للمحكوم عليه طالما كان تنفيذ العقوبة مستمراً , فإذا أفرج عليه ولو إفراجاً شرطياً أو انتهت مدة العقوبة , يقدم له القيم حساباً عن إدارته وهذا ما تم الاشارة إليه في الفصل 38 من القانون الجنائي بقوله : "الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيد العقوبة الاصلية . وله في جميع الاحوال أن يختار وكيلا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت اشراف الوصي القضائي".

ـ حالة السكر

جعل المشرع التونسي فس المادة 58 من مجلة العقود والالتزامات السكر سببا يبرر ابطال العقد اما فى ظل التشريع المدني المغربي فحالة السكر –

او تناول المخدرات- لا تترتب عنها نفس الاثار الا اذا كانت اضطرارية تمت لضرورة طبية او بصفة قهرية كما يستفاد بالقياس من خلال مفهوم المخالفة للفصل 93 من ق.ل.ع الذي نص على ما يأتي (السكر، إذا كان اختياريا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم. ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري. وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة). [1]

المطلب الثاني: سلامة التراضي من العيوب

أشرنا سابقا بأن التعبير عن الإرادة الأمر يجب أن يكون صادرا عمن هو أهل لإجراء التصرف القانوني ، بالإضافة إلى ذلك فإنه أن تكون إرادة المتعاقد خالية من عيوب التراضي التي تؤثر على مبدأ حرية التعاقد و رضائيته . مما يتعين علينا ان نقف على مختلف عيوب الإرادة كما هي منصوص عليها ق ل ع م حيث حددها الفصل 39 في الغلط ، التدليس ، الإكراه ن كما يمكن إضافة عيوب أخرى للإرادة و يتعلق الأمر بالغبن و حالة المرض و الحالات المشابهة و المنصوص عليها في الفصل 54 ، 55 ، 56 من ق ل ع م .

و بالرغم من تعدد هذه العيوب المفسدة للرضا فإنه يمكن تقسيمها إلى قسمين : عيوب الرضا التلقائية (الفقرة الأولى) و عيوب الرضا المدبرة.(الفقرة الثانية)

---

(1) : عبد الحق الصافي، القانون المدني مصادر الالتزامات ، المرجع السابق، ص4

- **الفقرة الأولى : عيوب الرضا التلقائية**

هي عيوب الرضا غير المدبرة يقع فيها المتعاقد من تلقاء نفسه ، إما بسبب فهم خاطئ للواقع (الغلط) أو الحالة غير السليمة لصحته البدنية أو النفسية (حالة المرض و الحلات الأخرى المشابهة)[1] .

أولا : الغلط

هو توهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته ، الأمر الذي يدفعه إلى التعاقد نتيجة لهذا التصور الخاطئ [2] فالمتعاقد تحت وطأة الغلط يقوم إذن له تصور كاذب للواقع يحمله على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو وقف على حقيقة الأمر[3] .

ويعرف الغلط أيضا بأنه التقدير غير الحقيقي للواقع أو التصور الوهمي لحقيقة الآمور ، أو يتمثل في الاعتقاد في حقيقة ما هو غير حقيقي او الاعتقاد في غير حقيقة ما هو حقيقي وبعبارة أخرى فإن الغلط اعتقاد مخالف للحقيق ينصب على العناصر الموضوعية او الشخصية للعقد.[4]

وقد ظفر الغلط في التقنين المغربي بتنظيم واف إذ خصه المشرع المغربي بست فصول ، هي الفصول من 40 إلى 46 من ق ل ع ، لهذه الفصول تستخلص أن الغلط الذي يعند به المشرع و يعتبره عيبا من عيوب الإرادة يتحقق في حالتين : _ حالة الغلط في القانون .

_ حالة الغلط في الواقع .

الحالة الاولى : الغلط في القانون

---

2 عبد الحق الصافي ، مرجع سابق ،ص 82

[2]عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ص 311

[3]مامون الكوزبري ، مرجع سابق ، ص 74

[4] محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي ، اطرحه لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط ، 1995 -1996 ، ص431

نص المشرع المغربي على هذه الحالة في الفصل 40 من ق ل ع م الذي جاء فيه : " الغلط في القانون يخول إبطال الإلتزام :

1-إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي

2-إذا أمكن العذر عنه " .

و يقصد بالغلط في القانون إعتقاد المتعاقد بوجود أو عدم وجود قاعدة قانونية خلافا للحقيقة أو يفهمه لمضمونها فهما خاطئا .

يتضح من مقتضيات الفصل 40 من ق ل ع أن الغلط في القانون يخول الإبطال إذا كان هو السبب الوحيد لإبرام العقد و إنما أن يكون هو السبب هو الوحيد لإبرام العقد وإما ان يكون مما يعذر منه .

الحالة الثالثة : الغلط في الواقع

بالرجوع إلى الفصول المؤطرة لعيب الغلط نجد أن الغلط في الواقع قد يتعلق بالشيء موضوع التعاقد و قد يتعلق بالشخص المتعاقد .

أ- الغلط المتعلق بالشيء :

نص المشرع في الفصل 41 من ق ل ع الذي جاء فيه " يخول الغلط إذا وقع في ذات الشيء أو نوعه أو صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى " .

ب- الغلط في شخص المتعاقد :

نص المشرع على هذا النوع من الغلط في الفصل 42 من ق ل ع م الذي جاء قيه " الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته ، الدافعة إلى صدور الرضا من المتعاقد الآخر " .

ثانيا: حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة

نص المشرع المغربي في الفصل 54 من ق ل ع م على أنه " أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض و الحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة " .

أ- حالة المرض :

المقصود بالمرض هنا و الذي يكون معه إبطال العقد كل مرض (عقليا كان أو عضويا) من شأنه تقييد حرية المريض و إضعاف إرادته ، و حمله تحت وطأة الحالة النفسية التي يوجد عليها إلى إبرام عقد لم يكن ليرتضيه لوكان في وضعية طبيعية [1].

و من ضمن الحالات التي تعتبرها مشمولة مبدئيا بحكم الفصل 54 من ق ل ع م ، حالة الموت ، و هو كل مرض يؤدي في العادة إلى الوفاة مثل مرض السرطان و غيره .

و هكذا يجوز للمريض المتعاقد المطالبة بإبطال العقد طبقا للفصل 54 من ق ل ع م أصالة عن نفسه إذا قدر الله له الشفاء أو بواسطة حاجره الشرعي ، أما إذا توفي و إنتقل إلى ورثته حق المطالبة بإبطال هذا العقد ، و ذلك في حدود الدة المتبقية لتقادم هذا الحق ، و بطبيعة الحال القضاء و ما يتمتع به من سلطة يقرر بإبطال هذا العقد من عدمه وفق ظروف كل حالة[2] .

ب- الحالات الأخرى المشابهة :

---

[1] عبد الحق الصافي ، م.س ص 99

[2] عبد الحق الصافي ، الوجيز في القانون المدني ، الجزء الأول , المصادر الإرادية للإلتزام (العقد و الإرادة المنفردة) . مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، طبعة 2006 ص 370 .

تحدث المشرع المغربي في الفصل 54 من ق ل ع م على الحالات الأخرى المشابهة ، دون أن يوضع المقصود منها ، فهي عبارة عامة و فضفاضة تقبل أكثر من تأويل ، لذلك ذهب الفقه إلى اعتماد تفسير واسع يصيغ على هذه العبارة أكثر قدرة على المرونة حتى تشمل كل فرضيات ضعف الإرادة التي تعود لأسباب داخلية (شيخوخة ، طيش بين ، عدم التجربة) أو خارجية (الحاجة الملحة ، الضرورة ، الظروف المحيطة) و من تم بإمكان القاضي أن يستجيب لطلب إبطال العقد في حالات تشبه المرض و يجعله يقبل إبرام العقد رغم كونه مجحفا في حقه[1] .

- **الفقرة الثانية : عيوب الرضا المدبرة**

يتعلق الأمر هنا بعيوب الإرادة التي لا تقع للمتعاقد من تلقاء نفسه و إنما تكون مدبرة من قبل الغير[2] .

أولا : التدليس

خصص المشرع المغربي للتدليس فصلين و هما 52 و 53 من ق ل ع و الذي لم يعرف فيهما التدليس ز قد أحسن صنعا لأن مهمة وضع التعاريف من إختصاص الفقه .
فقد عرفه أحد الفقه بأنه : " مجموعة من الوسائل الإحتيالية التي يمارسها أحد المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة و تضليل الطرف الآخر الشيئ الذي

[1] عبد الحق الصافي ، مرجع سابق ، ص 373 .
[2] عبد الحق الصافي ، مرجع سابق ، ص 98 .

يحمله على التعاقد "[1]. و عرفه آخر :" بأنه إستعمال خديجة توقع شخص في الغلط يدفعه إلى التعاقد "[2] .

فالتدليس إذن هو أسلوب احتيالي يرتبط أساسا بعملية إبراء العقد إذ يتم الإيقاع بالمتعاقد الآخر و حمله على الموافقة على شروط العقد .

و يميز الفقه بين نوعين من التدليس فمن جهة هناك التدليس الدافع و من جهة ثانية يوجد التدليس العارض .

- التدليس الدافع : هو الذي يقوم فيه المتعاقد الآخر بإستعمال الوسائل الإحتيالية لولاها ما قبل الطرف الآخر بالتعاقد ، و هذا النوع نص عليه المشرع المغربي في الفصل 52 من ق ل ع م و هو وحد الذي يعتد به لسبب الإبطال .

- التدليس العارض : فهو لا يدفع إلى التعاقد ، و إنما يحمل المتعاقد الذي هو مصمم على التعاقد على القبول بشروط أبدا ما كان ليرضاها لولا وقوعه تحت وطأة التدليس .

و بالرجوع إلى الصلين 52 و53 و يمكن تحديد ثلاث شروط للقول بتحقق التدليس و هي

- إستعمال وسائل احتيالية .
- أن يكون التدليس دافعا للتعاقد .
- إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.

لكن ما الفرق بين التدليس و الغلط ؟

---

[1] عبد القادر العرعاري ، مصادر الإلتزامات ، الكتاب الأول ، نظرية العقد ،الطبعة الرابعة ،2014 ، دارالأمان ، الرباط ص 151 .

[2] مامون الكزباري مرجع سابق ، ص98

من خلال التعريف المذكور للتدليس يتبين أن له علاقة وطيدة بالغلط ، مدام أن قابلية العقد المدلس للإبطال مرده الغلط المتولد عن استعمال وسائل احتيالية مضللة .

ومع ذلك يتيميز الغلط عن التدليس في أن المعاقد في حاة الغلط يقع فيه من تلقاء نفسه دون أن يتعمد أحد إيقاعه فيه |، بينما في حالة التدليس فإن الغلط يكون مستشارا أي أنه يسعى أليه المدلس بإستعمال الحيل و الخدع .

ثانيا: الإكراه.

خصص المشرع المغربي للإكراه الفصول من 46 إلى 51 من ق ل ع م و قد عرفه في الفصل 46 على أنه " الإكراه هو إجبار يباشرمن غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه " .

وقد عرفه أحد الفقه بأنه " ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص ، فيولديه حالة من الرهبة و الخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد " .[1]

و لقد حددت بعض التشريعات أنواع الإكراه في نوعين ، و هو إما أن يكون الإكراه مادي أو معنوي .

= الإكراه المادي : هو الذي تكون وسيلة الإكراه الجسماني ، كالضرب مثلا فيقبل الشخص التعاقد بنفسه للتخلص من استمرار الألم الواقع عليه ، فهذا النوع يهد الإرادة .

[1] عبد القادر العرعاري ، مرجع سابق ص 159 .

الإكراه المعنوي : فيتم بالتهديد بالإيداء فقط ، فيقبل الشخص التعاقد تفاديا للألم المستقبل ، و هو الأكثر شيوعا و هو ما يسمى بالإكراه المفسد للرضا .

و من خلال مقتضيات الفصل 47 من ق ل ع م يتضح أن شروط الإكراه الذي يخول إبطال الألتزام هي كالتالي :

~ استعمال وسائل لتهديد المكره .

~ إستعمال وسائل تبعث الرهبة في النفس و تكون دافعة إلى التعاقد .

~ أن يكون الإكراه لتحقيق غرض غير مشروع .

ثالثا: الغبن

خص المشرع الغبن باعتباره من عيوب الرضا الفصلين 55 و56 من ق ل ع م .

ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه ، فقد يكون مغبونا إذا أعطى أكثر مما أحذه ، و قد يكون غبنا إذا أخذ أكثر مما أعطى[1] ، و مثال ذلك أن يبيه شخص عقارا بمبلغ زهيد فين حين أن ثمنه الحقيقي يفوق بكثير الثمن الذي يبيع به ، فهنا يلحق الغبن بالبائع ، أو أن يبيعه بثمن باهظ فهنا يلحق الغبن بالمشتري .

و الغبن أنواع تختلف درجته من نوع لآخر فهناك الغبن المجرد ، الغبن المقرون بالتدليس ، الغبن الملحق بالقاصر أو ناقص الأهلية ، و الغبن الاستغلالي .

[1] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ص 125

أ- **الغبن المجرد** : وفقا لقانون الإلتزامات و العقود المغربي أن الغبن المجرد لا يعيب العقد و لا يخول للإبطال ، فمثلا إذا شترى شخث ساعة راقت له بثمن يعادل ضعف قيمتها ممن لا يقبل أن يبيعها إلا بهذا الثمن ، فليس له إذا تبين له الغبن أن يطعن بالبيع يلتمس من القانون حمايته[1] .

ب- **الغبن المقرون بالتدليس :**

إذا كان الغبن وحده غير كافي لإقرار الأبطال ، فإن ارتباطه بالتدليس يخول للطرف المغبون إبطال العقد و هذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 55 من ق ل ع م " الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله ، و ذلك في ماعدا الإستثناءات الوارد بعد " .

ج-الغبن اللاحق بالقاصر و ناقص الأهلية :

كما قلنا فالغبن المجرد لا يخول إبطال العقد ، إلا أنه استثناء قرر المشرع المغربي أن الغبن يكفي وحده لإبطال العقد إذا لحق بقاصر أو ناقص الأهلية حتى لو تعاقد بمعونة وصية أو مساعدة القاضي طبقا للفصل 56 من ق.ل.ع.

د- **الغبن الإستغلالي :**

يقصد بالإستغلال تلك الحالة التي يضطر فيها الشخص إلى إبرام تصرف قانوني معين تحت وطأة الحاجة أو نقص التجربة ، و بتعبير آخر أ يقدم شخص على إستغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بين من المتعاقد .و ذلك بالحصول عللا مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب إطلاقا مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر ، لذلك ففي الإستغلال لا يكتفي بالوقوف لدى الجانب المادي فقط و لكن ينظر فضلا عن ذلك إلى الجانب النفسي أي لا

[1] مامون الكوزبري، مرجع سابق ص 125 .

يكفي في اختلال التوازن بين الإلتزامات المتبادلة أو عدم التعادل بينهما . و إنما يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون .[1]

ختاما وانطلاقا من كل ماتقدم ،فإنه لاخلاف بأن التراضي يشكل حجر الزاوية بالنسبة للعقد متى كان- بطبيعة الحال – خاليا من العيوب ومعبرا عنه بشكل لايفسح مجالا للشك.

لكن هذا الامر ليس في كل الاحوال ،إذ أنه قد يصعب إثبات وجوده – اي التراضي – في العديد من التصرفات القانونية سواء كان اساسها العقد او الارادة المنفردة .

والمشرع قام بتنظيمه في العديد من الفصول في قانون الالتزامات والعقود ،لكن بالرغم من ذلك فإنه تبقى هذه الفصول قاصرة في الالمام باحكام التراضي سواء من حيث الإثبات او شروط الصحة مما يقتضي معه التفكير من قبل هذا الأخير-المشرع- في إعادة ضبط أحكامه

[1] عبد الكريم شهبون ، مرجع سابق ص 168

لائحة المراجع

- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ـ(بدون ذكر تاريخ الطبعة ودار النشر).
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1972
- عبدالحق صافي : الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد ولإدارة المنفردة)، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ،طبعة 2016.
- عبدالحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزامات، العقد، الكتاب الأول، تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2006.
- عبد القادر العرعاري ، مصادر الالتزامات ، الكتاب الأول نظرية العقد ، الطيعة الرابعة، دار الأمان ، الرباط، 2014.
- عبدالكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام،الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، 1999.
- محمد الشرقاني ، "النظرية العامة للالتزامات ،العقد" مطبعة سجل ماسة، مكناس ، 2005

- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- نزهة الخلدي : الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - العقد – الطبعة الأولى2013
- الطيب الفصايلي،النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام،الجزء الأول،الطبعة الثانية
- ادريس العلوي العبدلاوي،شرح القانون المدني ـ،نظرية العقد،مطبعة النجاح الجديدةـالبيضاء،ط الأولى 1416 ه
- عبدالمجيد السملالي،المختصر في المنهجية القانونية ،طبعة 2009
- عبد الرحمان الشرقاوي ،القانون المدني ،مصادر الالتزام ،الجزء الاول التصرف القانوني ،الطبعة الاولى ، دار ابي رقراق للطباعة والنشر الرباط 2012
- محمد بفقير ،قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي،الطبعة الثانية،1431 ه

الأطروحات

- محمد شيلح، تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي ، اطرحه لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط ، 1995 -1996

- **المقالات**

- رضى بلحسين،حقيقة الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود،منشور بالمجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس،ع 2و3'مزدوج'سنة 2009

المجلات

- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد في عددها الرابع سنة 1978