

جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق .

مسلك القانون [القسم العربي]
الأندلس الثاني -

دروس في النظرية العامة للالتزامات
د - المصطفى كثرى .

[الجزء الأول --- يتبع]

فصل تمهيدى.

موقع نظرية الالتزام فى نطاق القانون المدنى.

يعتبر القانون المدنى أصل القانون الخاص، وأقدم فروعته، وهو يضم مجموعة القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص، ما عدا ما يدخل منها فى نطاق فرع آخر من فروع القانون الخاص.

ومن هنا يعتبر القانون المدنى المرجع الأصلى بالنسبة لبقية فروع القانون الخاص، بحيث تطبق قواعده على كل علاقة لا تجد لها حكما فى نطاق أى فرع من فروع القانون الخاص الأخرى؛ ولذلك يسمى بالشرعية العامة.

و الأصل أن القانون المدنى ينظم نوعين من العلاقات القانونية الخاصة=

أ- علاقات الأسرة، وتسمى اصطلاحا " الأحوال الشخصية "

ب- العلاقات المالية، وتسمى اصطلاحا المعاملات أو " الأحوال العينية " = وهي تشمل سائر العلاقات المالية بين الأشخاص مما لا يتصل بأى نشاط حرفى أو مهني ؛ وبالتالي فهي تتضمن= تعريف المال وبيان أنواع الحقوق المالية والسلطات التي تخولها لصاحب الحق وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها...

الا أنه استثناء من الأصل السابق، فإن القانون المدنى فى أغلب البلدان العربية والإسلامية، ومنها المغرب، يقتصر على تنظيم الأحوال العينية ؛ بينما تخضع الأحوال الشخصية لقوانين الأحوال الشخصية التي تستمد أحكامها أساسا من أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن ثم يتناول القانون المدنى تنظيم الحقوق المالية، وهي الحقوق التي تقوم بالمال. وتقسم ، عادة هذه الحقوق الى حقوق شخصية وحقوق عينية، ويضيف إليها بعض الفقه، فى الوقت الحاضر ، نوعا ثالثا هو الحقوق الذهنية أو المعنوية، وهي الحقوق التي ترد على الانتاج الذهني للإنسان.

وتقسيم الحقوق المالية الى حقوق شخصية وحقوق عينية هو الأساس المعتمد فى تبويب وتقسيم مدونات القانون المدنى؛ بحيث يشمل ، عادة، القسم الأول من التقنين المدنى، القواعد المنظمة للحقوق الشخصية أو الالتزامات؛ بينما يشمل القسم الثانى القواعد المنظمة للحقوق العينية ، بنوعها الأصلية والتبعية.

ويتفرع القسم الأول المخصص للحقوق الشخصية أو الالتزامات الى كتابين =
الكتاب الأول = ويخصص للنظرية العامة للالتزام، بحيث يشمل القواعد العامة التي تنظم
الحقوق الشخصية أو الالتزامات.

أما الكتاب الثاني فيخصص لأحكام العقود المسماة.
وقد اتبعت هذا النهج أغلب التقنيات المدنية العربية الحديثة كالتقنين المدني المصري
ونظيره السوري والمغربي...

موضوعات نظرية الالتزام =

تنقسم دراسة نظرية الالتزام الى قسمين رئيسيين =
القسم الأول = يتناول مصادر الالتزام أي أسباب نشوئه.
القسم الثاني = يتناول القواعد التي تحكم الالتزام بعد نشوئه.
وقد اتبع هذا التقسيم المشرع المغربي اسوة بنظيره المصري، حيث خصص الكتاب الأول
من قانون الالتزامات والعقود لأحكام "الالتزامات بوجه عام"، وعالج في القسم الأول منه "
مصادر الالتزامات"؛ ثم تناول في الأقسام الستة الموالية أحكام الالتزام من حيث البطلان
والإبطال، والآثار، والأوصاف، والانتقال، والانقضاء، والاثبات.
نستخلص مما سبق أن النظرية العامة للالتزام تتضمن القواعد العامة التي تنظم الالتزام من
حيث نشوئه أي مصادره، وآثاره، وأسباب انقضائه، الخ...
فهي اذن تتضمن القواعد التي تنظم أحد نوعي الحقوق التي ينظمها القانون المدني ألا وهي
الحقوق الشخصية.

وهكذا تكون نظرية الالتزام هي، في نفس الوقت، نظرية الحق الشخصي؛ لأن الالتزام - كما
سنرى - ليس الا الوجه السلبي لهذا الحق. وقد غلبت تسمية الالتزام على تسمية الحق
الشخصي، ودرست أحكام هذا الحق في نطاق نظرية عامة للالتزام.

تعريف الالتزام =

يعرف الرأي المعول عليه في الفقه الالتزام بأنه = "رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم
بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بالقيام بأداء مالي لمصلحة الآخر، الذي يسمى الدائن "

ويلاحظ أن هذه الرابطة القانونية تسمى "الحق الشخصي" أو "حق الدائنية"، إذا نظر إليها من ناحية الدائن، وذلك لأن للدائن بمقتضاها، الحق في مطالبة المدين بما يقع على عاتقه من أداء.

ويطلق على نفس هذه الرابطة اصطلاح "الالتزام" عندما ينظر إليها من ناحية المدين. وذلك لأن هذا الأخير هو الذي يقع عليه عبء الوفاء بالأداء الذي التزم به اتجاه الدائن. فهو الطرف الملزم في الرابطة.

يتضح مما سبق، أن الحق الشخصي والالتزام وجهان متقابلان للرابطة القانونية بين الدائن والمدين. كل ما في الأمر أن الحق الشخصي هو وجهها الايجابي، والالتزام هو وجهها السلبي.

ومع ذلك فقد شاع في التشريع وفي الفقه، النظر الى هذه الرابطة ، أساسا، من ناحية المدين لا من ناحية الدائن، وبالتالي التعبير عنها بالالتزام لا بالحق الشخصي.

ولعل السبب في ذلك هو الرغبة في تأكيد أهمية وجوه دور الملزم في نطاق الحق الشخصي ؛ حيث يلتزم المدين بأداء موضوع الالتزام تحت طائلة تحمل المسؤولية؛ وهو دور يفوق في أهميته دور الدائن الذي تكاد تقتصر مهمته على المطالبة بحقه واستيفائه. كما أن عناية النصوص القانونية بتنظيم المركز القانوني للملزم، يمكن أن تفسر بأهمية عمل هذا الملزم في تحقيق القيمة التي يمثلها الحق الشخصي بخلاف الحال في نطاق الحق العيني؛ حيث تتحقق القيمة التي يمثلها الحق العيني من الأعمال التي يمارسها صاحب الحق على الشيء الذي ينصب عليه الحق بمقتضى ما له من سلطة مباشرة عليه.

خصائص الالتزام=

من خلال تعريفنا السابق للالتزام، يمكننا أن نستخلص أهم خصائصه والتي منها=

1- الالتزام واجب قانوني= أي واجب يعتد به القانون ويكفل احترامه عن طريق الجزاء الذي توقعه الدولة، عند تخلف تنفيذه. فإذا لم يقم المدين، اختيارا، بتنفيذ ما التزم به، فإنه يجبر قضاء على هذا التنفيذ؛ ووسيلة ذلك هي الدعوى التي يمنحها القانون لصاحب الحق. ويعبر عن ذلك بأن الالتزام يتكون من عنصرين=

أ- عنصر المديونية= وهو الواجب الملقى على عاتق المدين بالقيام بالأداء المطلوب.

ب- عنصر المسؤولية= وهي امكان اجبار المدين، ولو قضاء، على القيام بهذا الأداء، اذا لم يقم به عن طوعية واختيار.

وهناك من الالتزامات ما لا يجتمع فيها العنصران معا، كالالتزام الطبيعي؛ وهو التزام ناقص لافتقاره الى عنصر المسؤولية رغم توافر عنصر المديونية. ومن ثم فإذا لم يقم المدين بالوفاء به طوعية، فلا يمكن اجباره على ذلك، لأن الحماية القانونية لهذا الالتزام تعتبر غير كاملة. أما اذا كان أمر الوفاء بالأداء متروكا لارادة المدين دون أن يكون للدائن اجباره على هذا الوفاء عند الامتناع، فاننا نكون بصدد واجب غير قانوني كالواجبات الأخلاقية مثل واجب مساعدة المحتاج.

2- الالتزام واجب يقع على عاتق شخص معين = فلا يتصور نشوء الالتزام دون وجود شخص يتحمل به، هو المدين.

وبالمقابل، فإن نشوء الالتزام لا يتوقف على وجود من يتقرر الالتزام لمصلحته ولا على تعيينه.

ومثال ذلك = أن يوجه شخص وعدا للجمهور بجائزة يعطيها مقابل عمل معين، كالعثور على شيء ضائع. اذ ينشأ في هذه الحالة، التزام على عاتق الواعد بالجائزة (المدين)، ولو أن الدائن غير موجود وقت صور الوعد.

كذلك الحال، عندما يؤمن شخص على حياته لفائدة ورثته، فإن شركة التأمين تلتزم بأداء مبلغ التأمين، عند وفاته، ولو أن الدائن بهذا الالتزام، وهم الورثة، لا يعينون عند إبرام عقد التأمين بل عند وفاة المؤمن له.

والخلاصة = هي أن وجود المدين وتعيينه شرط لنشوء الالتزام، أما وجود الدائن وتعيينه، فيتوقف عليه تنفيذ الالتزام.

3- محل الالتزام أداء مالي =

فالأداء الذي يلتزم به المدين اتجاه الدائن يجب أن يكون مما يمكن تقديره بالنقود أي أن يكون ذا قيمة مالية.

ومن هنا، فإن الالتزام يدخل ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين، بينما يدخل ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن.

غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن تكون مصلحة الدائن في هذا الأداء مالية. فقد تتحقق للدائن مصلحة أدبية أو معنوية من تنفيذ المدين لالتزامه، ومع ذلك يعتبر الأداء ماليا، اذ يمكن تقديره وتقويمه بمبلغ من النقود.

مثال ذلك = اذا تعاقد متفرج مع صاحب مسرح أو سينما على مشاهدة مسرحية أو فيلم معين، أصبح صاحب المسرح أو السينما مدينا بالتزام مدني، بالمعنى الدقيق، وليس بمجرد واجب قانوني؛ لأن الأداء المطلوب وهو عرض المسرحية أو الفيلم يعتبر أداء ماليا أي يقوم بالنقود، وذلك بالرغم من أن المصلحة التي قصد المتفرج تحقيقها من وراء هذا العقد، تعتبر مصلحة أدبية أو معنوية، وهي الترفيه عن النفس.

كذلك الحال بشأن التزام فنان برسم لوحة زيتية، أو التزام شركة ملاحية بتنظيم رحلات للنزهة.

وتجدر الإشارة الى أن "مالية الأداء" هي التي تميز الالتزام عن غيره من الواجبات القانونية غير المالية، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين، وواجب الخدمة العسكرية؛ التي وإن كانت واجبات قانونية، غير أنها لا تعتبر التزامات مدنية بالمعنى الدقيق لمصطلح الالتزام الذي يقصر معنى الالتزام على " الواجب القانوني الخاص ذي القيمة المالية "؛ اذ لا تقوم بالنقود وبالتالي فلا تحكمها قواعد نظرية الالتزام وإنما تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها.

أنواع الالتزامات=

رأينا أن الالتزامات أو الحقوق الشخصية هي تلك التي ترد على العمل؛ والأعمال بطبيعتها لا تقع تحت حصر وبالتالي فأي عمل يجوز أن يكون محلاً للالتزام، إذا توافرت الشروط التي يقتضيها القانون، كما سنرى عند دراسة محل الالتزام.

ويترتب على هذا أن تتنوع الالتزامات وتتعدد صورها، لاستحالة حصر محلها؛ وذلك على خلاف الحقوق العينية التي حددها القانون على سبيل الحصر؛ ونظم بالتالي أحكام كل منها على حدة؛ وهو ما لا يمكن عمله بالنسبة للحقوق الشخصية (الالتزامات) التي تخضع لقواعد قانونية متعددة بحسب تعددها.

والالتزام ، في جميع صورته ، لا يخرج عن كونه واجبا قانونيا، كما رأينا ذلك سابقا. إلا أن بعض الالتزامات قد تختلف عن البعض الآخر، مما يقتضي اختلاف الأحكام المنظمة لها. لذلك تقسم الالتزامات إلى عدة تقسيمات؛ نكتفي بالاشارة إلى أهمها باختصار=

أولا = من حيث المحل

تنقسم الالتزامات الى=

1- التزام باعطاء=

ويقصد به الالتزام بنقل أو انشاء حق عيني أصلي أو تباعي على منقول أو عقار. ومثاله=

+ التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية المبيع أو الموهوب الى المشتري أو الموهوب له.

+ التزام مالك العقار بانشاء رهن على عقاره لمصلحة الدائن.

2- التزام بعمل=

ويسمى بالالتزام أو الموجب الايجابي. وهو الذي يكون موضوعه قيام المدين بعمل ايجابي معين.

ومثاله= التزام المقاول ببناء منزل؛ والتزام الطبيب بعلاج المريض...

3- التزام بالامتناع عن عمل=

ويسمى بالالتزام أو الموجب السلبي. ومضمونه امتناع المدين عن القيام بعمل معين كان يجوز له، قانونا، اتيانه.

ومثاله= التزام بائع محل تجاري، نحو مشتريه، بعدم فتح محل منافس في منطقة معينة أو خلال مدة معينة.

ثانيا = من حيث الاجبار=

تنقسم الالتزامات الى=

أ- التزامات مدنية=

وهي التي يمكن اجبار المدين على الوفاء بها، اذا لم يقم بذلك الوفاء اختيارا؛ وذلك لأنها استجمعت عنصري المديونية والمسئولية.

ب- الالتزامات الطبيعية=

وهي وان كانت التزامات قانونية، الا أنه لا يمكن اجبار المدين على الوفاء بها، اذا لم يقيم بذلك طواعية؛ وذلك لافتقارها لعنصر المسؤولية.

أما اذا قام المدين بالوفاء بها اختياراً، كان وفاؤه صحيحاً؛ ولا يجوز له بالتالي أن يسترد ما أداه.

ثالثاً= من حيث الآثار=

تنقسم الالتزامات الى=

أ- التزام بتحقيق نتيجة=

في هذا الالتزام يكون الأداء المطلوب من المدين هو تحقيق نتيجة أو غاية معينة. ويلاحظ هنا، أن الأداء الذي يلتزم به المدين يكون مطابقاً للغاية التي يقصد الدائن تحقيقها. ومثال ذلك=

+ التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري=

اذ يلتزم البائع هنا بتحقيق نتيجة معينة هي نقل ملكية المبيع الى المشتري. وهذا الأداء الذي التزم به البائع يتفق مع هدف المشتري. فاذا لم تنتقل الملكية فعلاً الى المشتري، فلا يعتبر البائع موفياً بالتزامه، حتى ولو كان قد بذل كل ما في وسعه قصد تحقيق هذه النتيجة.

+ التزام الناقل بتوصيل الراكب أو البضاعة الى مكان الوصول، حيث يلتزم الناقل بتحقيق نتيجة معينة هي وصول الراكب أو البضاعة الى المكان المتفق عليه.

وهنا أيضاً، يتطابق محل الالتزام مع غاية الدائن. وعليه، فاذا لم يتم وصول الراكب أو البضاعة فعلاً الى المكان المحدد، فلا يعتبر الوفاء بهذا الالتزام قد تم، حتى ولو كان الناقل قد بذل كل جهده في سبيل تحقيق هذه الغاية.

ب- التزام ببذل عناية أو بوسيلة.

هنا يكون الأداء المطلوب من المدين هو بذل عناية أو جهد معين. ويلاحظ هنا بأن الأداء الذي يلتزم به المدين ليس هو الغاية أو الهدف الذي يرمي الدائن الى تحقيقه؛ وان كان من شأن هذا الأداء أن يحقق، عادة، هذه الغاية أو الهدف. ومثال ذلك=

التزام الطبيب بعلاج مريضه=

فالعلاج هو الأداء الذي التزم به الطبيب؛ وهو لا يمثل الغاية التي يستهدفها المريض، وهي الشفاء فعلاً؛ وان كان العلاج يؤدي عادة الى الشفاء.

ومن ثم فان الطبيب يكون قد وفى بالتزامه اذا بذل العناية المطلوبة منه، حتى ولو لم تتحقق النتيجة التي يستهدفها الدائن من وراء الالتزام، وهي الشفاء. لأن الطبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة أو غاية، وهي شفاء المريض؛ وانما يلتزم بوسيلة أو ببذل جهد يتمثل في العلاج.

وتجدر الإشارة الى أن الأصل هو أن العناية المطلوبة من المدين تتحدد بالعناية التي يبذلها الشخص المعتاد في الوفاء بالتزامه، مالم يتطلب القانون أو الاتفاق درجة من العناية تزيد أو تنقص عن عناية الشخص المعتاد.

ولمعرفة ما اذا كان الأمر يتعلق بالتزام بتحقيق نتيجة أم بالتزام ببذل عناية، يتعين الرجوع الى مصدر هذا الالتزام=

فاذا كان مصدر الالتزام هو القانون، تعين الرجوع الى النص الذي تقرر هذا الالتزام بموجبه لمعرفة طبيعته.

أما اذا كان مصدر الالتزام هو العقد، تعين الرجوع الى هذا العقد للوقوف على قصد المتعاقدين في هذا الصدد.

مصادر الالتزام.

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني المباشر لنشؤه.

فالتزام البائع مثلا بنقل ملكية المبيع الى المشتري، سببه عقد البيع.

والواقع أن مصادر الالتزام عديدة، ومن ثم وجب تصنيفها حسب اعتبارات معينة.

وقد اعتمدت في هذا الصدد نظريات مختلفة، لم تسلم كلها من النقد.

ونظرا لضيق الوقت، سنكتفي بعرض التصنيف الذي جاء به المشرع الفرنسي، ثم التصنيف الذي اعتمده قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وأخيرا ، سنرى التصنيف السائد في الفقه والتشريع الحديث.

أولا= تصنيف مصادر الالتزام حسب القانون المدني الفرنسي.

قسم المشرع الفرنسي الالتزامات من حيث مصدرها الى صنفين=

الصنف الأول= ويشمل الالتزامات التي يكون مصدرها العقد.

الصنف الثاني= يشمل الالتزامات التي تنشأ عن مصادر أخرى غير العقد، وهي=

1- القانون= حيث توجد هنا الالتزامات التي تستمد مباشرة من نص قانوني، كالتزامات القائمة بين الملاك المتجاورين.

2- الجرم وشبه الجرم= وتوجد هنا الالتزامات التي تترتب على من يرتكب عملا غير مشروع يلحق ضررا بالغير=

- قد يكون ذلك عن عمد(جرم أو جريمة)

- وقد يكون دون عمد(شبه جرم أو شبه جريمة).

3- شبه العقد= وتصنف هنا الالتزامات التي تنشأ عن الفضالة من جهة، وعن دفع غير المستحق من جهة أخرى.

وقد قبل الفقه الفرنسي تقسيم مصادر الالتزام على هذا النحو طيلة القرن 19، ليتعرض لحملة

نقد شديدة تزعمها الفقيه الفرنسي " بلانيول" في مطلع القرن 20 ومن أهم هذه الانتقادات=

1- أنه أغفل ذكر الإرادة المنفردة ضمن مصادر الالتزام.

2- اعتبر شبه الجرم وشبه العقد مصدرين من مصادر الالتزام، وذلك نتيجة خطأ في فهم وتفسير بعض نصوص القانون الروماني القديم، الذي كان يرجع الالتزامات الى مصدرين اثنين هما= العقد والجريمة

ثم ألحق بها الفقه الروماني التزامات ليست ناشئة عن عقد ولا عن جرم، وإنما تشبهه، من حيث آثارها الالتزامات الناشئة عن العقد، كعمل الفصولي؛ أو عن جريمة كإتلاف مال الغير دون قصد.

فأساء الفقهاء الفرنسيون فهم القانون الروماني، وقلبوا ما هو من متعلقات آثار الالتزام إلى ما هو من قبيل المصادر، وبالتالي اعتبروا شبه العقد وشبه الجريمة مصدرين للالتزام إلى جانب العقد والجريمة.

وقد ساد هذا التحريف في الفقه الفرنسي القديم، ثم انتقل إلى القانون المدني الفرنسي الذي اعتبر شبه العقد وشبه الجرم من مصادر الالتزام.

ثانياً= تصنيف مصادر الالتزام حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي.

جاء في المادة 1 ق.ل.ع.م=" تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم " فمصادر الالتزام حسب هذه المادة هي التالية=

- 1- الاتفاق أو العقد.
- 2- التصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة؛ والمقصود هي الإرادة المنفردة.
- 3- شبه العقد.
- 4- الجريمة وشبه الجريمة.

ويلاحظ، من ناحية أولى، أن المشرع المغربي، وعلى خلاف نظيره الفرنسي، قد أورد الإرادة المنفردة ضمن مصادر الالتزام، فتجنب بذلك ما تعرض له هذا الأخير من نقد. غير أنه، من ناحية أخرى، لم يسلم بدوره من النقد. ولعل أهم ما يؤخذ عليه هو= أ- اعتد، على غرار المشرع الفرنسي، بشبه العقد وشبه الجريمة كمصدرين للالتزام؛ مما يعرضه لنفس النقد الذي تعرض له المشرع الفرنسي.

ب- أغفل الاعتماد بالقانون كمصدر للالتزام، مع أن نظيره الفرنسي قد اعتد به.

ج- أتى بتصنيف غير منطقي ولا يراعي الناحيتين العملية والعلمية لتصنيف المصادر. وهو موقف غريب، خصوصاً وأن قانون الالتزامات والعقود المغربي يعتبر من التشريعات الحديثة نسبياً، التي عاصر وضعها أحدث النظريات الفقهية، ولو نسبياً، في الموضوع.

ثالثاً= التصنيف السائد في الفقه والتشريع الحديث.

إن معظم التقنيات الحديثة في البلاد العربية، كالقانون المدني المصري ونظيره السوري وأغلب الفقه الحديث، يصنف مصادر الالتزام كالتالي=

- 1- العقد= وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني.

2- الإرادة المنفردة = ويقصد بها إنشاء الالتزام بإرادة الملتزم وحده؛ كالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور.

وتسري، بوجه عام، أحكام العقد على الإرادة المنفردة، باعتبارها تصرفاً قانونياً، في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة هذا النوع من التصرف. ويبقى العقد هو المصدر الأصلي للالتزامات؛ وتعتبر الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً إلى جانبه.

3- الإثراء بلا سبب = ويسمى "العمل النافع". وهو مصدر لالتزام الشخص الذي يثري على حساب الغير دون سبب قانوني، بأن يرد لهذا الغير ما يعوضه عن الافتقار الذي حصل له، وذلك في حدود ما أثرى به. ومن تطبيقات الإثراء بلا سبب =

أ- دفع غير المستحق = الذي يترتب عليه افتقار الدافع وإثراء المدفوع إليه (المادة 68 ق.ل.ع.م).

ب- الفضالة = وهي أن يقوم الفضولي بعمل نافع لشخص آخر لضرورة عاجلة ودون أن يكون ملزماً بذلك بحسب الأصول (المادة 943 ق.ل.ع.م)

4- العمل غير المشروع = ويطلق عليه "الفعل الضار" أو "المسؤولية التقصيرية". ومؤداه أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، التزم مرتكبه بالتعويض، بصرف النظر عن مدى اتجاه إرادته إلى إحداث هذا الأثر القانوني.

5- القانون = يرى أغلب الفقه، أن القانون هو الذي يعطي للمصادر المختلفة القدرة على إنشاء الالتزامات، بحيث يمكن اعتباره مصدراً غير مباشر لهذه الالتزامات.

غير أن القانون يعتبر مصدراً مباشراً للالتزام في كل حالة لا يتوسط بينهما مصدر من المصادر الأخرى التي اعترف لها القانون بالقوة المنشئة للالتزامات. ويتجلى هذا في كل حالة يترتب فيها الالتزام على واقعة طبيعية لا دخل للإنسان في حدوثها، كالقراية والجوار. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لا ينشئ هذه الالتزامات اعتباراً، وإنما بناء على توافر عوامل اجتماعية أو اقتصادية توجب إنشاءها.

وكان من الممكن اعتبار هذه العوامل مصدراً للالتزامات التي بنيت عليها؛ ولكن نظراً لأن هذه العوامل لا تجمع بينها صفات أو آثار مشتركة، فإنه يصعب تنظيمها في صورة قواعد عامة؛ ومن ثم يكون تنظيمها بأن يتناول القانون كل عامل أو كل ظاهرة على حدة، ثم يحدد شروطها والآثار المترتبة عليها، وذلك في نطاق الموضوع الذي تتعلق به هذه الظاهرة. ومن هنا كان طبيعياً أن نجد تنظيم هذه الظواهر متناثراً في فروع القانون المختلفة، منها على سبيل المثال =

نفقة الزوجة والأقارب (مدونة الأسرة)

التزام المودع، في الوديعة بلا أجر، بدفع نفقات الحفظ والصيانة.

الالتزام بتأدية الضرائب (النصوص القانونية الأمرة التي أحدثت هذه الضرائب).

خطة الدراسة=

مما لا شك فيه أن العقد والعمل غير المشروع يعتبران، من الناحية العملية، أهم مصادر الالتزام.

كما أن نظرية العقد تطبق على التصرف القانوني من جانب واحد (أو بالإرادة المنفردة) في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعته.

وبما أن العمل غير المشروع (أو المسؤولية التقطيرية) سيكون محور دراسة لاحقة، فإن دراستنا هذه ستقتصر على العقد، محاولين أن نبين كيفية إنشائه، من جهة؛ ثم ما يترتب على قيامه من آثار، من جهة ثانية؛ وذلك من خلال فصلين=

الفصل الأول= ونبين فيه شروط تكوين العقد، وجزاء تخلف أي منها.
الفصل الثاني= نخصصه لآثار العقد.

الفصل الأول= شروط تكوين العقد وجزاء تخلف أي منها.

تمهيد=

أولاً= تعريف العقد.

لقد عرف القانون المدني الفرنسي، في الفصل 1101 العقد بأنه="اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بإعطاء شيء، أو بعمل أو بالامتناع عن عمل".

ويلاحظ أن هذا التعريف مستمد من القانون الروماني؛ وانطلاقاً منه، فقد ذهب بعض الفقه التقليدي إلى التمييز بين لفظي الاتفاق والعقد، معتبراً الاتفاق جنساً والعقد نوعاً منه، وبالتالي اعتبار الاتفاق أعم من العقد.

إذ يقصدون بالاتفاق="توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه". أما العقد، فهو في نظرهم="اتفاق يقصد به إنشاء الالتزام"

أما الاتفاقات التي تهدف إلى نقل التزام موجود من قبل، أو تعديله، أو انقضائه؛ فلا تعتبر عقوداً وإنما مجرد اتفاقات.

وبناء عليه يعتبر كل من البيع والإيجار عقداً، أما التراضي على حوالة الحق أو حوالة الدين، فيعتبر اتفاقاً؛ لأنه لا ينشئ التزاماً جديداً، وإنما ينقل التزاماً قائماً من قبل، وهكذا...

غير أن الواقع العملي، أثبت عدم جدوى هذا التمييز، لذلك أغفلته معظم التشريعات. كما يذهب الرأي الراجح في الفقه، إلى استعمال لفظي الاتفاق والعقد بمعنى واحد، وبالتالي استعمال أي منهما مكان الآخر، في جميع الحالات.

وعليه، فكل توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني، يمكن أن يسمى عقداً أو اتفاقاً؛ إذ العبرة هي باتجاه الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني لاتفاقهما؛ وإلا لما كنا أمام عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني لهذا المصطلح.

وقد أخذ المشرع المغربي بهذا الاتجاه الفقهي المعول عليه=

فنجده ، تارة يستعمل لفظ الاتفاق(المواد 1. 19. 22...)؛ وتارة أخرى يستعمل لفظ العقد(المواد 24- 25- 26- 28- 31- 37...)؛ وأحيانا أخرى، يستعمل، في مادة واحدة، اللفظين معا بمعنى واحد (المواد = 20- 34- 36...) نافيا بذلك كل تفرقة بين هذين المصطلحين.

وقد أصاب المشرع المغربي، إذ تجنب تعريف العقد، لأن التعريف مسألة فقهية يستحسن ترك أمرها للفقهاء.

لذلك يمكن تعريف العقد بأنه= "توفق إرادتين على إحداث أثر قانوني"، يستوي أن يكون هذا الأثر القانوني هو إنشاء التزام، كما في عقد البيع؛ أو نقله، كما في الحوالة؛ أو تعديله، كما في الاتفاق على اقتران الالتزام بأجل؛ أو إنهاؤه، كما في الوفاء الذي ينقضي به الدين. ونستخلص من هذا التعريف، إن العقد الذي يخضع لأحكام النظرية العامة للالتزامات، يتميز بخصائص، أهمها التالية=

1) وجود إرادتين على الأقل؛ لأن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشئ عقدا، وإن جاز لها أن تكون مصدرا للالتزام في حالات معينة؛ كالوعد بجائزة الذي يلزم الواعد دون حاجة إلى اقتران إرادته بإرادة أخرى؛ وكالوصية التي تؤدي إلى نقل الملكية بإرادة الموصي فقط، دون حاجة إلى قبولها من طرف الموصى له.

2) أن يكون المقصود من توافق الإرادتين هو إحداث أثر قانوني= ومن ثم فلا يعتبر عقدا توافق إرادتين، في إطار المجاملات الاجتماعية، على حضور وليمة عشاء؛ أو الذهاب لعيادة مريض، حيث لا يقصد الطرفان إنشاء التزام قانوني من وراء اتفاقهما.

فنية إنشاء الالتزام هي التي تميز بين العقد وبين اتفاقات المجاملات. وتستخلص هذه النية من ظروف الاتفاق، وبالأخص من اشتراط مقابل للعمل الذي يتعهد أحد الطرفين بالقيام به=

فإذا اتفق شخص مع آخر على أن يوصله بسيارته إلى مكان معين، اعتبر هذا الاتفاق اتفاق مجاملة، إذا كان الطرفان من الأصدقاء أو الأقارب، ولم يشترط الناقل أي مقابل للنقل.

3) أن يكون الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية= وهو ما يعني خضوعه لأحكام نظرية العقد في القانون المدني.

ويترتب على ذلك أن يخرج من نطاق النظرية العامة للعقد=

أ- العلاقات التعاقدية التي تقوم في مجال القانون العام، ومنها=

+ المعاهدات= وهي اتفاقات دولية يكون أطرافها من أشخاص القانون الدولي العام(الدول والمنظمات الدولية)؛ ويكون موضوعها ذا طابع سياسي.

+ العقود الإدارية= وتخضع لقواعد القانون الإداري= وهي عقود يكون أحد طرفيها من الأشخاص المعنوية العامة(جهة إدارية)، وتتعلق أساسا بتنظيم مرفق عام أو بتسييره(كمرفق النقل أو الكهرباء أو الإسكان أو التعليم أو الصحة...)؛ وهي تتضمن شروطا استثنائية غير

مألوفة في مجال معاملات القانون الخاص (عدم تكافؤ مركز المتعاقدين = بحيث يكون مركز الإدارة هو الأقوى لما يخوله لها العقد من امتيازات أو سلطات، كسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد الآخر، في حالة إخلاله بالتزامه، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء).

ومن أمثلة العقود الإدارية = عقد الأشغال العمومية، عقد التوريد، عقد القرض العام...
ب- الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية = كعقد الزواج لخروجه عن دائرة المعاملات المالية. فهو وإن كان يقع في نطاق القانون الخاص، إلا أنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية.

نستخلص مما سبق، أنه يعتبر عقدا كل اتفاق على إحداث أثر قانوني وقع في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

ثانياً = تقسيم العقود

يمكن تقسيم العقود بادخال كل مجموعة منها في قسم أو طائفة. وتتعدد هذه الأقسام بحسب الأساس المعتمد للتقسيم. وتقسيم العقود، هو أصلاً عمل فقهي أكثر منه تشريعي، يكون الغرض منه استخلاص المبادئ العامة التي تحكم كل طائفة من العقود، وبالتالي تسهيل مهمة الباحثين والدارسين؛ ولذلك فإن بعض التشريعات، ومنها التشريع المصري ونظيره المغربي، لم تتعرض لتقسيم العقود، بخلاف القانون المدني الفرنسي ونظيره اللبناني. وأهم تقسيمات العقود =

التقسيم الأول = من حيث شروط الانعقاد = تنقسم العقود إلى عقود رضائية وعقود غير رضائية.

1- العقد الرضائي =

هو الذي يكفي لانعقاده، تراضي طرفيه، أي اقتران القبول بالإيجاب دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

والأصل في معظم التشريعات الحديثة، هو رضائية العقود، وما عداه استثناء.

2- عقود غير رضائية = وتنقسم إلى عقود شكلية وأخرى عينية =

أ- العقد الشكلي =

هو الذي يتطلب، بالإضافة إلى تراضي الطرفين، أن يفرغ هذا التراضي في شكل معين؛ وغالباً ما يكون هذا الشكل المطلوب هو الكتابة.

والكتابة قد تكون رسمية وهي التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون. ويسمى العقد الشكلي في هذه الحالة، عقداً رسمياً، لأن انعقاده يتوقف على إفراغ رضا الطرفين كتابة في محرر رسمي.

ومثاله، الشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهنا رسميا وتبرم لتستمر أكثر من ثلاث سنوات ،حيث أوجب المشرع أن تفرغ في عقد كتابي تحت طائلة البطلان(م 987 ق.ل.ع.م)

كذلك البيع العقاري.فقد أوجب المشرع إفراغه في صك ثابت التاريخ(م 489 ق.ل.ع.م) . كما قد تكون الكتابة عرفية، وهي التي يقوم بها المتعاقدان أو شخص آخر تيسر له صفة الموظف العمومي المختص ،وكانت موقعة من الطرفين ، كعقد التامين .

التمييز بين شكلية الانعقاد وقواعد الاثبات .

يجب عدم الخلط بين الكتابة كركن لازم لانعقاد العقد ،وبين الكتابة المشترطة لاثبات العقدتفاديا للنزاع=

- فعندما تكون الكتابة مشترطة كركن من أركان العقد - كما رأينا سابقا في حالة البيع العقاري(م 489 ق.ل.ع.م)، والشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهنا رسميا، وتبرم لأكثر من ثلاث سنوات(م 987 ق.ل.ع.م) - فإن العقد لا ينعقد ما لم يحرر في سند مكتوب .

- غير أن الكتابة قد لا تكون مطلوبة لانعقاد العقد، بل لمجرد اثباته، بحيث ينعقد العقد ولو لم يفرغ رضا المتعاقدين في سند مكتوب. لكن اذا قام نزاع حول وجوده، فيمكن اقامة الدليل عليه بوسائل أخرى تقوم قانونا مقام الكتابة في الاثبات، هي = الأقرار واليمين، اذ يتعدر اثباته بالشهادة والقرائن.

فالاثبات يتم أمام القضاء بطرق مختلفة نص عليها المشرع، منها الكتابة وشهادة الشهود والاقرار واليمين والقرائن.

ولا يجيز القانون الاثبات عن طريق شهادة الشهود الا اذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تزيد عن 10^{١٠} درهم، أما اذا تجاوزت هذه القيمة، وجب اثباته، في حالة النزاع، بالكتابة(م 443 ق.ل.ع.م).

بل ان هناك عقودا يشترط القانون اثباتها بالكتابة دائما بصرف النظر عن قيمتها،أي حتى ولو لم تتجاوز هذه القيمة 10^{١٠} درهم، كبيع السلم الذي قرر ق.ل.ع.م(م 613) عدم جواز اثباته الا بالكتابة.

أو كما في كراء العقارات والحقوق العقارية لأكثر من سنة، حيث تطلب القانون الحجة المكتوبة(م 629 ق.ل.ع.م).

وبناء على ما سبق ، ينبغي الحرص، عندما يشترط القانون كتابة عقد من العقود، على معرفة ما اذا كانت هذه الكتابة مشترطة كركن لازم لانعقاد العقد أم أنها اشترطت لمجرد اثباته.

وعادة ما تسمح صيغة النص بهذا التحديد بسهولة=

فمثلا، صيغة="وجب... والا كان باطلا" أو "لا يكون صحيحا..." وغيرها من الصيغ المشابهة، تفيد بوضوح أن تخلف الكتابة يترتب عليه عدم صحة العقد وبالتالي بطلانه.

غير أنه قد يحدث أحيانا، أن يكون نص القانون أو نص العقد المتطلب للكتابة غير واضح في دلالته، بحيث يثير الشك حول ما اذا كانت هذه الكتابة مشترطة لاثبات التصرف القانوني أم لانعقاده؛ وبعد استفاد طرق التفسير المختلفة، يتعدر معرفة قصد المشرع أو قصد الطرفين. فعلى أي وجه يحمل هذا النص اذن؟

الراجح في هذا الشأن، هو اعتبار الكتابة متطلبة للاثبات وليس لانعقاد، وبالتالي اعتبار العقد رضائيا لاشكليا، وذلك على أساس أن رضائية العقود هي الأصل، وأنه لا يعدل عن هذا الأصل الا اذا قام دليل يقيني على اتجاه ارادة المشرع أو ارادة الطرفين الى اعتبار العقد عقدا شكليا لا ينعقد الا اذا تم تحريره في سند كتابي. ووجود الشك، معناه عدم التأكد من حقيقة هذه الارادة.

التمييز بين الشكلية ووسائل الشهر العقاري.

يجب أيضا التمييز بين الاجراءات الشكلية المتطلبة لانعقاد بعض العقود وبين وسائل شهر(أو اعلان) التصرفات الواردة على عقار= فقانون التحفيظ العقاري ينص على أن جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها بطريق التسجيل(المادتان 65 و 67 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري. 12 غشت 1913 م=9 رمضان 1331 هـ. ف شهر أو اعلان التصرفات العقارية متطلب لكي ينتج العقد الأثر المقصود من وراء ابرامه، وهو نقل الملكية أو الحق العيني عموما. أما الشكلية، فهي كما سبقت الإشارة، ركن ضروري لا ينعقد العقد بدونه، ولا يغني عنها الشهر.

ب- العقد العيني.

هو كالعقد الشكلي لا يكفي التراضي لإبرامه، بل يقتضي، زيادة على ذلك، تسليم العين محل التعاقد، بحيث لا ينعقد هذا العقد ما لم يتم ذلك التسليم. ومثاله في القانون المدني المغربي=

الوديعة(مادة 787 ق.ل.ع.م) وعارية الاستعمال (مادة 833 ق.ل.ع.م) والرهن الحيازي للمنقول(مادة 1188 ق.ل.ع.م)، ثم عارية الاستهلاك أو القرض(مادة 856 ق.ل.ع.م)... إذ يستفاد من هذه النصوص جميعا أن التراضي وحده لا يكفي لانعقاد تلك العقود، بل يجب، علاوة على ذلك تسليم الشيء محل التعاقد.

ملاحظة=

في أعقاب هذا التقسيم، ينبغي إبداء بعض الملاحظات=

1- إن إضفاء الصفة الشكلية أو العينية على بعض العقود، يعتبر استثناء من قاعدة رضائية العقود؛ ولذلك فإن اقتضاء أن يكون العقد شكليا أو عينيا يتوقف على وجود نص قانوني

صريح. فإذا ثار الشك حول قصد المشرع، وجب تغليب الصفة الرضائية باعتبارها الأصل الذي لا يحتاج إلى نص يقرره.

التقسيم الثاني = من حيث تنظيم المشرع لها =

تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة؛ --

1- العقد المسمى =

هو الذي وضع له المشرع تنظيماً خاصاً تحت تسمية معينة وذلك بسبب شيوعه بين الناس. والعقود المسماة التي نظمها المشرع المدني كثيرة، منها ما يرد على الملكية كالبيع والمقايضة (المعاوضة)، ومنها ما يرد على الانتفاع بالشيء كالاتجار والعارية، ومنها ما يرد على العمل كعقد المقاولة وعقد الوكالة، ومنها عقود التأمينات الشخصية والعينية، كعقد الكفالة وعقد الرهن الحيازي.

2- العقد غير المسمى =

وهو الذي لم يخصه المشرع بتنظيم خاص أو بتسمية خاصة نظراً لقلته شيوعه بين الناس. وهو يعتبر كذلك حتى ولو عرف في العمل باسم معين، لأن هذه التسمية لم تأت من طرف المشرع ولم يورد أية قواعد منظمة له.

ومن أمثلة العقود غير المسماة = عقد النشر وعقد الإعلان، وعقد النزول في فندق، وعقد حفظ السيارة، وعقد صيانة المصعد ...

وتجدر الإشارة إلى أن العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الأصل أن الإرادة تستطيع أن تبرم ما تشاء من العقود أياً كان موضوعها، بهدف تحقيق ما يراه المتعاقدان من مصالح وذلك في حدود النظام العام.

وقد يودى شيوع عقد من هذه العقود إلى أن يتولى المشرع تنظيمه، فيصبح بذلك عقداً مسمى.

أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة =

تبدو أهمية هذا التقسيم من حيث تحديد القواعد القانونية التي تخضع لها كل طائفة. وهذا ما يتطلب من القاضي أن يقوم بداية، بتكييف العقد، دون أن يتقيد بالوصف الذي أضفاه المتعاقدان على العلاقة التعاقدية =

فإذا تبين له أنه من العقود المسماة، طبق عليه القواعد القانونية التي أوردتها المشرع بشأنه، وهي غالباً ما تكون قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين، لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها.

ولا يحتاج الأمر في شأن هذه العقود، إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام بشأن العقد عموماً، إلا إذا لم توجد قاعدة خاصة بالعقد محل النظر.

أما إذا وجد من العقود غير المسماة، فنظراً لعدم تنظيم المشرع لها، وبالتالي عدم وجود قواعد خاصة بها تطبق في حالة عدم اتفاق الطرفين على قواعد معينة فلا يملك إلا أن يطبق

عليه القواعد العامة للعقود ، مكملًا هذه القواعد ، بما يمكن استنباطه من قواعد غن طريق قياس هذا العقد على عقد آخر مسمى .

التقسيم الثالث = من حيث الآثار

أولاً = عقود ملزمة للجانبين و عقود ملزمة لجانب واحد .

1-العقد الملزم للجانبين (أو العقد التبادلي) =

هو الذي يترتب عليه ، منذ نشوئه التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يصير كل منهما ، منذ لحظة إبرام العقد ، دائناً ومديناً في ذات الوقت . وهذه العقود هي الغالبة من الناحية العملية .

والعنصر الجوهري في العقد الملزم للجانبين ، هو ذلك التقابل والترابط القائم بين الالتزامات المتبادلة بين الطرفين .

ففي عقد البيع مثلاً ، يلتزم البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع ، كما يلتزم بتسليم المبيع وضمان انتفاع المشتري به ؛ وفي مقابل ذلك ، يلتزم المشتري بتسليم المبيع ووفاء الثمن إلى البائع .

2-العقد الملزم لجانب واحد (أو الغير التبادلي) =

وهو الذي يترتب منذ إبرامه ، التزامات على عاتق احد الطرفين فقط ، فيكون هو المدين ، بينما يكون الطرف الآخر دائناً فقط .

وهذا يعني انتفاء الترابط والتقابل بين التزامات الطرفين في نطاق هذا العقد .
ومثاله =

-عقد الوديعة بغير أجر ، الذي وبمجرد انعقاده، يترتب عليه التزام المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع ورده عينا عند انتهاء العقد، بينما المودع لا يلتزم مقابل ذلك بشيء نحو المودع عنده.

+ عقد الهبة بغير عوض الذي يترتب - منذ إنشائه - التزامات على عاتق الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ، أما الموهوب له فلا يلزمه عقد الهبة ، بحسب الأصل ، بأي التزام .

ملاحظة =

إن العقد الملزم لجانب واحد () هو كسائر العقود ، لا ينعقد إلا بوجود ارادتين

متوافقتين ، وبالتالي فليس معنى كونه ملزماً لجانب واحد أنه ينعقد بإرادة منفردة، بل معنى ذلك أنه لا يترتب الالتزامات إلا على عاتق أحد طرفيه فقط .

ومن هنا وجب التمييز بينه وبين التصرف القانوني الصادر من جانب واحد () والذي يتم بإرادة واحدة والذي يسمى بتصرف الإرادة المنفردة، كالوصية والوعد بإعطاء جائزة . فوصف " الجانب الواحد " اذا لحق بالعقد ، ميزه من حيث أثره ؛ واداً لحق بالتصرف القانوني ميزه من حيث تكوينه .

أهمية التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد =

يكمن اساس هذه الأهمية في التكامل والترابط القائم بين الالتزامات في العقد الملزم للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد ، وبالتالي اختلاف العقد الملزم للجانبين – في بعض أحكامه – عن العقد الملزم لجانب واحد في هذا الصدد؛ من ذلك =
1- طلب فسخ العقد =

في العقد الملزم للجانبين ، اذا اخل احد طرفيه بالتزامه ، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل بدوره من التزاماته المقابلة .
أما في العقد الملزم لجانب واحد ، فلا محل لقاعدة الفسخ هذه ، لأن الغاية من الفسخ هي أن يتحلل الدائن ،طالب الفسخ ، بدوره من التزامه ؛ وبما أنه لا يتحمل بأي التزام مقابل ، فلا فائدة له في طلب فسخ العقد ؛ وإنما تكمن مصلحته في مطالبة المتعاقد المقصر بتنفيذ التزامه وإجباره على الوفاء به .

وتجدر الإشارة الى أن أكثر التشريعات الحديثة ، كالتشريع الفرنسي (م 1184 قانون مدني) والتشريع المصري (م 157 قانون مدني) ونظيره السوري (م 158 قانون مدني) والتشريع اللبناني (م 241 ق.م.ع.ل) تأخذ بهذه القاعدة وتجيز ، بالتالي للدائن ، في العقد التبادلي ، طلب الفسخ حتى ولو كان التنفيذ ممكناً .

غير أن ق.ل.ع.م قصر حق طلب الفسخ ، في هذا الشأن على حالتين =
ا- اذا صار تنفيذ الالتزام غير ممكن كلياً .

ب- اذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه مع ثبوت الحق في التعويض في الحالتين (م 259 ق.ل.ع.م) .

2- الدفع بعدم التنفيذ =

في العقد الملزم للجانبين ، اذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ،جاز للطرف الآخر بدلاً من طلب فسخ العقد ،أن يمتنع بدوره ، عن تنفيذ التزامه المقابل ؛ وهو امتناع مشروع عن الوفاء . ويسمى في الفقه "الدفع بعدم التنفيذ" . وهو ما تنص عليه المادة 235 ق.ل.ع.م .

أما في العقد الملزم لجانب واحد ،فلا محل لهذا الدفع بعدم التنفيذ ، مادام طالب التنفيذ لا يوجد بذمته التزام مقابل يمكنه أن يمتنع عن تنفيذه .

3- تحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام.

في العقد التبادلي ، اذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي لا يد له فيه (قوة قاهرة) ، فان التزامه هذا ينقضي ، ويسقط بانقضائه ، الالتزام المقابل؛ فينفسخ العقد بحكم القانون .

وبذلك يكون المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه – وهو المدين- قد تحمل تبعة استحالة تنفيذ التزامه .

ففي عقد البيع مثلاً ، اذا هلك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري بسبب خارج عن إرادة البائع (المدين) ، انفسخ البيع تلقائياً بانقضاء الالتزامين المتقابلين . وبذلك يكون البائع - المدين - قد تحمل تبعه هلاك المبيع . فلا يستطيع مطالبة المشتري بالثمن . وقد نصت على هذه القاعدة المادة 338 ق.ل.ع.م .

أما في العقد غير التبادلي ، اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي ، فان الدائن وحده هو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة ، دون أن يكون له الحق في مطالبة المدين بالتعويض =

ففي الوديعة بدون مقابل ، اذا هلك الشيء المودع بدون تقصير من الوديع (المدين) ، برأت ذمة هذا الأخير من رد الوديعة ، وتحمل بالتالي المودع (الدائن) تبعه هذا الهلاك ، لأنه لا يوجد بذمته التزام مقابل يمكن أن يتحمل منه .

والخلاصة هي أن تبعه استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، يتحملها ، في العقد الملزم للجانبين ، المدين ؛ وفي العقد الملزم لجانب واحد ، يتحملها الدائن .
ثانياً = عقود تبرع وعقود معاوضة .

1- عقد المعاوضة =

هو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه . ومثاله =

- عقد البيع ، حيث يعطي البائع المبيع ، ويأخذ الثمن مقابله ، بينما يفي المشتري بالثمن مقابل تملك المبيع .

- عقد الإيجار ، حيث يتنازل المودع للمستأجر عن منفعة الشيء المودع مقابل أخذ الأجرة ، بينما ينتفع المستأجر بالشيء مقابل الوفاء بالأجرة .

2- عقد التبرع =

هو الذي لا يعطي فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما أخذ ، ولا يأخذ فيه المتعاقد الآخر مقابلاً لما أعطى ، وذلك لتوافر نية التبرع لديه .

والتبرع نوعان =

أ- الهبة = وتكون فيها المنفعة التي يحققها عقد التبرع هي إدخال حق عيني في ذمة المتبرع له دون مقابل .

فعقد الهبة هذا ، يترتب عليه خروج ملكية الشيء الموهوب من ذمة الواهب ودخوله في ذمة الموهوب له .

ومن هنا تعتبر الهبات أشد خطراً من عقود التفضل .

ب - التفضل = حيث لا يترتب على عقد التبرع إلا تمكين المتبرع له من الانتفاع بشيء مملوك للمتبرع أو بخدمة يودعها له المتبرع دون مقابل .
ومثاله =

- عقد العارية ، حيث يعير شخص شيئاً يملكه ، لشخص آخر ليستعمله خلال مدة معينة أو لغرض معين دون مقابل (المادة 830 ق.ل.ع.م) .

- عقد الوكالة بغير أجر ، حيث يتعهد شخص بالقيام بعمل قانوني لحساب شخص آخر بدون مقابل.

ملاحظة =

1- الاصل في عقود المعاوضة ، أن كلا الطرفين يحصل على المقابل من المتعاقد الآخر. وبذلك يكون عقد المعاوضة ملزما للجانبين في نفس الوقت .
غير أنه يكفي أن يحصل أحد الطرفين على المقابل من شخص أجنبي عن العقد . فعقد الكفالة يتم ابرامه بين الدائن والكفيل ، وليس المدين طرفا فيه . فيعتبر بالتالي معاوضة بالنسبة للدائن لأنه حصل على الضمان من الكفيل مقابل القرض الذي قدمه للمدين . أما بالنسبة للكفيل ، فقد يحصل من المدين على أجر عن الكفالة ، فيعتبر العقد عندئذ معاوضة بالنسبة له أيضا .

وفي هذه الحالة يصير العقد معاوضة بالنسبة لطرفيه ، غير أنه ملزم لجانب واحد ، هو الكفيل ، لأن الدائن لم يلتزم بأجر الكفيل ؛

أما اذا قدم الكفيل كفالته على سبيل التبرع ، فإن العقد يعتبر تبرعا بالنسبة إليه . وفي هذه الحالة ، يتضح لنا أن العقد الواحد قد يكون ذا طبيعة مختلطة = فقد يكون معاوضة بالنسبة لأحد طرفيه ، وتبرعا بالنسبة للطرف الآخر .

2- يرى بعض الفقه بأن "وجود المقابل أو عدم وجوده " يعد معيارا غير دقيق في ذاته ، وغير كاف ، في بعض الأحيان ، للتمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع = اد ينبغي أن تكون العبرة بحقيقة قصد المتعاقدين =

- فادا كان قصد الارادة من التصرف هو مبادلة المنافع ، وبالتالي ، لم تصدر عن نية التبرع والاحسان ، اعتبر هذا التصرف من المعاوضات ولو لم يكن ثمة مقابل مادي = فادا تنازل شخص ، بدون مقابل ، لفائدة الدولة ، عن قطعة أرض لبناء مستشفى ، اعتبر تصرفه هذا معاوضة ، اذا انتفت نية التبرع لديه ، بان كان يقصد تحقيق منفعة لاحقة ، هي فك العزلة عن أملاك أو أراضي أخرى له مجاورة .

- وبالعكس من ذلك ، قد يعتبر التصرف من التبرعات ، اذا كان الدافع اليه هو نية تبرع خالصة ، ولو كان ثمة مقابل غير أنه لا يعادل قيمة الشيء أو الخدمة المعطاة .
وذلك مثل الهبة التي تشترط فيها مصلحة ثانوية لشخص معين ، كأن يهب شخص منزلا ، ويشترط على الموهوب له أن يسكن خادما مسنا للواهب في غرفة بالسطح أو بالحديقة .

ومن هنا يبدو أنه يجب ، للتمييز بين المعاوضات والتبرعات ، الاستعانة بعنصر نفسي هو نية التبرع ؛ وعنصر موضوعي هو وجود المقابل أو عدم وجوده .

3- هناك عقود لا يمكن أن تكون الا معاوضات أو تبرعات =

فعقد البيع مثلا ، لا يمكن أن يكون الا معاوضة ، لانه اذا انتفى الثمن لم يعد بيعا .

كما أن عقد عارية الاستعمال لا يمكن ان يكون الاتبرعا ، واشترط المقابل يحيله إيجارا

+ وهناك عقود يمكن ان تتخذ صفة المعاوضة أو التبرع بحسب الاحوال =
- فعقد الوديعة ، وهو أصلا عقد تبرع (وديعة بدون أجر) ، قد ينقلب الى عقد معاوضة ، اذا
اتفق طرفاه على استحقاق أجر للمودع لديه مقابل عمله (وديعة مأجورة) .
كذلك عقد الوكالة ، قد يكون عقد تبرع ، اذا كانت الوكالة غير مأجورة . وقد يصبح عقد
معاوضة ، اذا كانت الوكالة بأجر .

4 - تجدر الإشارة الى انه لا يوجد تلازم بين تقسيم العقود الى عقود تبادلية وعقود غير
تبادلية ، وتقسيمها الى عقود معاوضة وعقود تبرع =
فليس كل عقد معاوضة ملزما للجانبين ، ولا كل عقد تبرع ملزما لجانب واحد =
+ فعقد المعاوضة =

- قد يكون ملزما للجانبين ، كما في البيع والإيجار مثلا ،
- وقد يكون ملزما لجانب واحد ، كعقد الوعد بالبيع ، فهو لا يعتبر تبرعا لانتهاء نية التبرع
فيه ، ومع ذلك فهو ملزم لجانب واحد .
وكالكفالة ، اذا أخذ الكفيل اجرا من المدين .
+ أما عقد التبرع =

- فقد يكون ملزما لجانب واحد ، كعقد الهبة بدون عوض أو تكليف ، وكالوديعة بلا أجر...
- وقد يكون ملزما للجانبين كما في الهبة بعوض أو بتكليف ، حيث يلتزم الواهب بنقل
ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ، ويلتزم الموهوب له بإداء العوض أو تنفيذ التكليف =
فقصد الواهب الى التبرع واضح ، أما العبء الذي التزم به الموهوب له فلا يعد عوضا
للق الموهوب له لانه بلا شك دونه قيمة ، ولكنه مع ذلك يعد التزاما على عاتقه يجعل
هذه الهبة عقدا ملزما للجانبين دون أن تتغير طبيعتها من تبرع الى معاوضة .

أهمية التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع =

تجلى هذه الأهمية في اختلاف الأحكام التي تطبق على كل منهما، منها=

1- ان عقود التبرع تقوم دائما على نية التبرع . فهذه النية هي التي تجعل من التبرع عقدا
اد بدونها نكون أمام اثرء بلا سبب أو غبن، وبالمقابل ، لا تقوم عقود المعاوضة على نية
التبرع .

2 - في عقود التبرع ، يكون شخص المتبرع له محل اعتبار خاص لدى المتعاقد الآخر
على خلاف الحال في أغلب عقود المعاوضة = ومن ثم فان الغلط في شخص المتبرع له
يؤثر على صحة عقد التبرع ، بينما لا يكون للغلط في شخص المعاوض نفس التأثير الا
اذا كانت شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار خاص ، كالتعاقد مع فنان موهوب أو طبيب
ماهر .

فمن يهب مالا، أو يؤدي خدمة مجانية لفائدة شخص معين بداته أو على الأقل بصفاته، لا يلزم بامضاء الهبة اذا ثبت أنه وقع في غلط في الشخص أو في الصفات التي دفعته الى الهبة.

أما في عقد البيع أو الايجار مثلا، فغالبا لا يهتم المتعاقد بشخص من يتعامل معه أو بصفاته.

3 - تكون شروط الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) أيسر وأسهل في عقود التبرع منها في عقود المعاوضة =

فادا وهب المدين المعسر مالا لشخص آخر، جاز لدائنه الطعن في عقد الهبة دون حاجة لإثبات سوء نية الطرفين. أما إذا كان تصرف المدين معاوضة كالبيع مثلا، فلا بد من إثبات سوء نية البائع والمشتري حتى يمكن الطعن في هذه الدعوى.

التقسيم الرابع = من حيث طبيعة العقد، تنقسم العقود إلى =

أولا = عقود محددة وعقود احتمالية =

1- العقد المحدد =

هو الذي- عند إبرامه - يستطيع كل من طرفيه تحديد قيمة (مقدار) ما يلتزم به، ولو لم يكن هناك تعادل بين قيمة ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه...

ففي عقد البيع مثلا، تتحدد قيمة كل من المبيع والثمن وقت إبرام العقد.

2- العقد الاحتمالي (أو عقد الغرر) =

هو الذي- عند إبرامه - لا يستطيع أي من طرفيه معرفة مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي بمقتضى العقد نظرا لما يقوم عليه مثل هذا التحديد من احتمالات.

وعليه، فإن تحديد قيمة الأداءات الناشئة عن العقد قد يتوقف - مستقبلا - على أحد أمور منها =

أ - أمر غير محقق الوقوع ==

وفي هذه الحالة يكون الاحتمال متعلقا بوجود الأداء ذاته =

ففي عقد التأمين ضد المخاطر مثلا، قد يقع الحادث المؤمن منه، فتضطر شركة التأمين إلى دفع مبلغ التأمين وتمنى بالتالي بالخسارة.

وقد لا يقع ذلك الحادث، فيصاب المؤمن له (المستأمن) بالخسارة (أداء كل أقساط التأمين) بينما تجني الشركة المؤمنة ربحا (عدم أداء مبلغ التأمين).

ب- أمر غير معروف وقت حصوله = وفي هذه الحالة يكون الاحتمال متعلقا بمقدار الأداء =

ففي عقد التأمين على الحياة، لا يستطيع المؤمن ولا المؤمن له- عند إبرام العقد- تحديد عدد الأقساط التي ستدفع، لأن هذا التحديد يتوقف على تاريخ حصول الوفاة، وهو أمر لا يمكن تحديده وقت إبرام العقد... ومن ثم فقد تطول حياة المؤمن له (أو قد تنقضي مدة العقد دون

أن تحصل الوفاة)، فيضطر لدفع المزيد من أقساط التأمين (أو يدفع أقساط التأمين كاملة) وهو ما يعتبر خسارة له وربحا للمؤمن.

وبالعكس من ذلك، فقد تقصر حياة المؤمن له، فلا يدفع إلا بعض الأقساط؛ وهو ما يعتبر ربحا له تقابله خسارة تلحق بشركة التأمين (وهنا يصبح الموت مؤشرا على الربح حسب هذا المنطق).

وتجدر الإشارة إلى أن العقد المحدد بطبيعته يمكن أن يتحول، بمقتضى اتفاق الأطراف، إلى عقد احتمالي=

فإذا تم البيع نظير مرتب (دخل) يدفعه المشتري إلى البائع طيلة حياة أحدهما أو حياة شخص ثالث، فإن عقد البيع، وهو بطبيعته عقد محدد، يصبح عقدا احتماليا، لأن الاتفاق، بهذه الصورة، على الأداء الذي سيدفعه المشتري يجعله غير قابل للتحديد عند إبرام العقد، وبالتالي، فلن يتيسر تحديده بصفة نهائية إلا عند وفاة الشخص الذي ارتبط أداء الدخل بحياته.

ويعتقد بعض الفقهاء، أن تقسيم العقود إلى محددة واحتمالية لا يتم إلا في نطاق عقود المعاوضة.

غيد أنه يبدو أن عقود التبرع قد تقبل بدورها مثل هذا التقسيم=

فإذا وردت الهبة في صورة إيراد مرتب مدى الحياة، بحيث لا يستطيع الموهوب له أن يحدد مسبقا مقدار ما سيأخذه، فإن هذا التبرع يكتسي عندئذ صبغة احتمالية، فيصبح بالتالي عقد الهبة، وهو بطبيعته عقد تبرع، عقدا احتماليا. ومن العقود الاحتمالية الشائعة في الوقت الحاضر=

- عقود التأمين وهي كثيرة.

- عقود الإيراد العمري بعوض، كالبيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة.

- عقد بيع الثمار أو الزرع قبل نضجه بثمن احتمالي أو بثمن جزافي وليس على أساس سعر محدد لكل وحدة. فهنا عند إبرام العقد لا يمكن تحديد مقدار الثمار المباعة.

- عقود المقامرة والرهان تعتبر أيضا من عقود الغرر، لأن كل متراهن يدفع مبلغا من النقود أملا في الربح الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق، وبالتالي فإن ما سيناله كل متراهن لا يمكن تحديده وقت إبرام العقد.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن ق.ل.ع.م قرر بطلان عقود الرهان والمقامرة أصلا. غير أنه استثنى من هذا البطلان "اللعبة والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على الرماية أو على المباريات التي تجري على الماء، أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالمهارة والرياضة وذلك بشرط=

1 - ألا تحصل المراهنة من أحد المتبارين للآخر

2 - ألا تحصل المراهنة بين المتفرجين بعضهم مع بعض" (المادة 1097 ق.ل.ع.م).

أهمية التفرقة بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية=

تتجلى أهمية هذه التفرقة في بعض النتائج أهمها=

١ - العقد الاحتمالي يقوم أساسا على احتمال الكسب والخسارة؛ فإذا تبين أن هذا الاحتمال غير موجود وقت التعاقد بخلاف ما يظنه المتعاقدان، اعتبر العقد باطلا=

فإذا باع شخص لآخر عقارا مقابل إبراد مرتب لشخص ثالث مدى حياته، ثم تبيى أن هذا الشخص قد مات قبل حصول البيع، بطل العقد.

وكذلك إذا أبرم شخص مع شركة تأمين عقدا لفائدة شخص معين، فتبين أنه مات قبل إبرام العقد، بطل هذا العقد.

ب - مدى جواز تطبيق قواعد الغبن في نطاق العقود الاحتمالية=

إن الرأي السائد في الفقه هو أن العقود المحددة هي التي تقبل تطبيق أحكام الغبن، إذ يمكن فيها تحديد قيمة ما يلتزم به كل متعاقد منذ إنشاء العقد، وبالتالي تقدير مدى التعادل أو التفاوت بين قيمة هذه الأداءات، ومن ثم تقدير مدى انطواء المعاملة على غبن.

أما العقود الاحتمالية فلا تقبل تطبيق أحكام الغبن نظرا لاستحالة تحديد قيمة الاداءات المتقابلة وبالتالي تعذر قياس مدى عدم التعادل بينها وذلك لأن هذه العقود تقوم، بطبيعتها على عنصر الاحتمال، احتمال الكسب والخسارة الذي أراده أحد المتعاقدين وهو ما يعني احتمال وقوع الغبن. ولذلك سميت عقودا احتمالية أو عقود غرر، فالاحتمال يستبعد الغبن.

غير أن اتجاها في الفقه الحديث يقول بإمكانية تطبيق أحكام الغبن بشأن هذه العقود أيضا، ولكن ليس على أساس عدم التعادل بين قيمة الاداءات المتقابلة وإنما على أساس عدم التعادل بين الاحتمالات= فإذا اختلف التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة، كان هناك غبن=

كما إذا بيع عقار قيم مقابل أداء راتب مدى حياة شخص هرم مريض يتوقع ألا يعيش إلا فترة قصيرة، حيث يبدو منذ إبرام العقد أن احتمال خسارة البائع واضح.

ثانيا= عقود فورية وعقود زمنية(مستمرة)=

1 - العقد الزمني أو عقد المدة=

هو الذي يقاس الأداء الرئيسي فيه بالزمن، بحيث يكون هذا الزمن عنصرا جوهريا فيه. ومثاله=

+ عقد الإيجار=

فالأداء الرئيسي فيه هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر لمدة معينة.

وهذا الانتفاع لا يتحقق الا اذا ترك الشيء في يد المستأجر مدة او زما معينة، بحيث يكون الزمن هو وحدة قياس مقدار المنفعة المتعاقد عليها.

فالزمن إذن ، عنصر جوهرى في عقد الأيجار لا يمكن تصوره بدونه.

عقد العمل ، حيث ان الاداء الرئيسي المطلوب ، هو قيام الأجير بالعمل لفائدة رب العمل خلال مدة أو زمن معين، ومن ثم يعتبر الزمن هو وحدة قياس هذا العمل.

2 العقد الفوري،

هو الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تحديد مقدار الالتزامات الناشئة عنه؛ ومعنى ذلك أن هذا العقد ينتج آثاره فور إبرامه، ومن ثم فإن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لا يحتاج إلى زمن ما بحسب الأصل، وإنما يتم فوراً أي دفعة واحدة حتى ولو تراخى هذا التنفيذ إلى أجل أو آجال متتابعة.

فالعقد البيع، يعتبر عقداً فورياً، حتى ولو اتفق المتعاقدان على تأجيل نقل ملكية المبيع أو تأجيل أداء الثمن أو تقسيطه، وذلك لأن الأجل (الزمن) هنا، يتحدد به وقت التنفيذ ولا دخل له في تحديد مقدار التزامات كل من البائع والمشتري.

يتضح مما سبق، أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن عنصر الزمن، الذي، إذا تدخل، فإنما يتدخل لا كعنصر جوهري لتحديد مقدار المحل المتعاقد عليه، بل كعنصر عرضي لتحديد وقت التنفيذ ليس إلا.

أهمية التفرقة بين العقود الفورية والعقود الزمنية=

تبدو هذه الأهمية من عدة نواح، أهمها=

1- من حيث الفسخ=

+ أن فسخ العقد الفوري لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته، يؤدي إلى انحلال العقد بأثر رجعي، أي اعتباره كأن لم يكن وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد=

فسخ عقد البيع مثلاً، يترتب عليه رد المبيع إلى البائع، ورد الثمن إلى المشتري.
+ أما فسخ العقد الزمني، فلا يكون له أثر رجعي، وذلك لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذي مضى ولا يمكن إرجاعه. وبناء على ذلك، فإن أحكام الفسخ التي تقتضي إعفاء كل طرف من التزاماته المترتبة على قيام العقد، تبدأ منذ حدوث الفسخ أي بغير أثر رجعي=

فسخ عقد الإيجار أو عقد العمل بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، لا يكون له أثر رجعي، بل ينحل العقد، فيعتبر غير موجود ابتداءً من تاريخ الفسخ فقط أي بالنسبة للمستقبل، لكنه يعتبر موجوداً بالنسبة للفترة التي انقضت من مدته.

2- من حيث أعمال نظرية الظروف الطارئة=

إن العقد الزمني، بطبيعته يكون ممتداً في الزمن، وهو ما يجعله معرضاً لتغير الظروف وتبدلها= فقد تطرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، فإنه يصير مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ وهو ما يقتضي إعادة النظر في مركز كل من المتعاقدين، وذلك تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة.

من هنا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة تجد مرتعا خصبا لها في نطاق العقود الزمنية، بينما لا يتصور تطبيقها في نطاق العقود الفورية الا اذا كان تنفيذها مؤجلا.

التقسيم الخامس = من حيث حرية التفاوض = عقود مساومة وعقود اذعان.

1- عقد المساومة (أو عقد التراضي) =

هو الذي، وقبل ابرامه، تكون شروطه محل تفاوض ومساومة، بكل حرية بين طرفيه. والأصل أن كل العقود من هذا النوع، لان انعقادها يقوم على التراضي بحيث تجري المناقشة والمساومة بشأن شروطه التي توضع بحرية بين المتعاقدين؛ كما هو الشأن مثلا في البيع والمقايضة والايجار والشركة والقرض، حيث يتفاوض الأطراف ويناقشون شروط العقد بحرية وعلى قدم المساواة حتى يتم التراضي عليها.

2- عقد الاذعان أو الانضمام =

هو الذي يستأثر أحد طرفيه بوضع شروطه التي يخضع لها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها.

وانطلاقا من هذا التعريف ، ومما استقر عليه الفقه والقضاء فانه مما يشترط، لاعتبار عقد الاذعان كذلك، ما يلي =

أ- أن ينفرد أحد الطرفين بوضع مشروع العقد، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على قبول أو عدم قبول ابرام العقد، فلا يحق له أن يطلب تعديل الشروط الواردة في ذلك المشروع .

ب- أن يكون هذا المشروع موجها الى الناس كافة أو الى طائفة منهم، وليس موجها الى شخص أو أشخاص معينين بالذات، وبعبارة أخرى، يجب أن يكون الايجاب بالعقد عاما موجها الى الجمهور.

ج- أن يكون واضع مشروع العقد ذا تفوق اقتصادي على الطرف الآخر، وهو ما يقضي أمرين =

1- أن يتعلق العقد بتوفر سلعة أو خدمة ضرورية.

2- أن يكون تقديم هذه السلعة أو الخدمة حكرا على واضع المشروع، سواء من الناحية القانونية أو الفعلية، أو على الأقل ، أن يكون عضوا في تكتل يضم المنتجين لتلك السلعة أو الخدمة بحيث تنعدم المنافسة أو تضيق، فلا يكون لمن يريد الحصول على تلك السلعة أو الخدمة الا الرضوخ للشروط المفروضة، لأنه لن يجد من يعرض عليه شروطا أفضل. وهذه الشروط الثلاثة مرتبط بأحدها بالآخر، لأنه عمليا، لا يستأثر بوضع شروط العقد الا ذو مركز اقتصادي قوي يمكنه من املاء هذه الشروط على كل راغب في السلعة أو الخدمة محل التعاقد، والذي لا يكون له حق مناقشتها ما دام لا يستطيع الاستغناء عما يقدمه الطرف القوي من سلع أو خدمات تعتبر خدمات ضرورية تحتكر تقديمها جهات معينة، وبالتالي تنفرد بوضع شروط تقديمها.

وبخلاف ذلك، فلا يعتبر من عقود الاذعان، العقد المبرم بين جهة حكومية وأحد المقاولين بقصد انشاء طريق معينة، لأن الجهة الحكومية، تعتمد ابتداءً، الى الاعلان عن مناقصة لانشاء الطريق، حتى يتمكن كل من يريد المساهمة، أن يتقدم بعطائه والشروط التي يقترحها ومدة اتمام العمل وتكاليفه. ومن ثم يبرم العقد وفقا للشروط التي وضعها المقاول مقدم العطاء وليس وفقا لشروط فرضتها جهة حكومية.

طبيعة عقود الاذعان=

ينكر بعض شراح القانون العام الطبيعة العقدية لعقود الاذعان بحجة انعدام حرية المناقشة والمساومة لدى الطرف المذعن.

غير أن الرأي الراجح بين شراح القانون المدني، يعتبر عقود الاذعان عقودا حقيقية. وحجتهم في ذلك، أن عقد الاذعان، كغيره من العقود، يتوقف، بطبيعته، على ارادة ابرامه.

وما دامت هذه الارادة موجودة لدى الطرفين، فلا يقدح في طبيعته العقدية أن أحد الطرفين قد استأثر بوضع شروط هذا العقد.

حقيقة أنه قد يتعرض للحرمان من السلعة أو الخدمة الضرورية، اذا فضل عدم التعاقد، لكنه اذا قبل الايجاب العام الموجه الى الجمهور، فانه يعتبر بذلك قد أبرم عقدا من العقود، خصوصا وأن حرية الاختيار بين التعاقد أو عدمه كانت متوفرة لديه، وهو ما يجعل عقود الاذعان عقودا حقيقية.

وعقود الاذعان تعتبر، في الواقع، احدى نتائج التطور الهائل والسريع الذي عرفته وتعرفه المجتمعات الحديثة؛ فقد ظهرت مشروعات كبيرة واحتكرت تقديم بعض السلع والخدمات الضرورية. ونظرا لازدياد أعداد الراغبين في التعاقد قصد الاستفادة منها؛ ونظرا لأن الوقت لن يتسع لمناقشة شروط كل عقد على حدة، فقد عمد أصحاب تلك المشروعات الى اعداد شروط التعاقد معها مسبقا، بحيث لم يبق أمام كل راغب في التعاقد معها الا القبول بشروط العقد الموضوعه تلك جملة وتفصيلا وبدون مناقشة وتفاوض بشأنها.

وانطلاقا من هذا التحليل، يمكن القول، بأن معيار التمييز بين عقود الاذعان وعقود المساومة يكمن في عدم امكانية مناقشة شروط العقد أو عدم جدوى تلك المناقشة= فعقد النقل، سواء أكان بواسطة القطار أم الطائرة، وعقد الاشتراك في التليفون أو التزود بالماء أو بالكهرباء، وعقد التأمين، والعقود التي تتم بين البنك وعملائه، تعتبر جميعها من عقود الاذعان اما لأنه لايمكن مناقشة شروطها أو لعدم جدوى هذه المناقشة. ومما لا شك فيه، أن عقود الاذعان في تزايد مستمر، تبعا لما سيفرزه تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية من مستجدات.

أهمية التفرقة بين عقود المساومة وعقود الاذعان=

تتجلى هذه الأهمية في مدى تدخل المشرع لتنظيم آثار هذا العقد، حيث يلاحظ في معظم التقنيات الحديثة، اتجاه المشرع نحو توسيع مدى تدخله فيما يتعلق بتنظيم عقود الاذعان، ويتم هذا التدخل بشكلين=

1- بشكل مباشر=

وذلك بوضع قواعد قانونية أمره لايجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها. ومن قبيل هذا التدخل ، فرض تسعيرة جبرية لبعض السلع والخدمات الضرورية، كتحديد قيمة استهلاك الماء والكهرباء والغاز...

2- بشكل غير مباشر=

اذ خول القانون للقاضي سلطات واسعة في مجال تعديل وتفسير عقود الاذعان، ويظهر ذلك مما يلي=

أ- من حيث سلطة تعديل أو الغاء الشروط التعسفية=

+ لقد وضعت بعض التشريعات الحديثة، ومنها القانون المدني المصري(المادة 149) ونظيره السوري(المادة 150) بين يدي القاضي وسيلة فعالة لحماية المستهلك مما قد يلحقه من جور وتعسف في نطاق عقد الاذعان=

فبمقتضى هذه الوسيلة ، اذا تضمن عقد الاذعان شرطا تعسفيا، دسه الطرف القوي ضمن شروط العقد، جاز للقاضي، واستثناء من القاعدة العامة التي تقضي ب "أن العقد شريعة المتعاقدين"، اما تعديل هذا الشرط بما يرفع عنه وصف " التعسفي"، واما اعفاء الطرف المذعن من التقيد به.

وتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا أم لا، مسألة موضوعية، يتوقف الفصل فيها على ظروف وملابسات النزاع ، وبالخصوص، على طبيعة العقد ونوع الخدمة أو المنفعة التي يتعلق بها.

كما أن الاختيار بين تعديل الشرط التعسفي أو الاعفاء منه تماما، هي مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع، على ضوء ما يراه مناسبا، دون مراقبة عليه في ذلك من محكمة النقض.

وتعتبر سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها، من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على سلب هذه السلطة منه.

+ أما في القانون المغربي، وأمام انعدام نص تشريعي ينظم هذه المسألة، فانه يجدر بالقضاء المغربي، أن يأخذ بما قرره التشريعات الحديثة، أعلاه، مستندا في ذلك الى مبادئ العدالة، خصوصا وأنه لا يوجد نص قانوني صريح يقضي بخلاف ذلك.

+ وفي فرنسا، ورغم انتفاء مثل تلك النصوص الامرة السابقة، فإن الفقه والقضاء يتجه نحو تجريد الشرط المتنازع حوله، من آثاره، وعدم الزام الطرف المذعن به، اذا تبين أنه شرط مدسوس لا ينسجم وشروط العقد الأساسية.

ب- من حيث تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن=

ان القاعدة المعمول بها، عند تفسير العقود، هي أنه اذا حصل شك بسبب غموض عبارة العقد، واحتمالها لعدة معاني وتعذر حملها على معنى معين، وجب أن يفسر هذا الشك لمصلحة المدين، لأن الأصل هو براءة الذمة، والالتزام هو شاغل طارئ عليها، وهو ما تؤكد المادة 473 ق.ل.ع.م.

غير أن بعض التشريعات الحديثة، كالقانون المدني المصري (م. 151) ونظيره السوري (م. 152)، استثنيت من هذه القاعدة عقود الادعان، وقضت بأن يفسر الشك فيها دائما لمصلحة الطرف المذعن، ولو كان دائنا، لأن المذعن هو الطرف الضعيف. غير أن هذا الاستثناء لا يمكن الأخذ به في القانون المغربي لأنه يتعارض مع المبدأ المقرر في المادة 473 ق.ل.ع.م أعلاه، ولا يمكن الخروج على هذا المبدأ التشريعي الا بمقتضى نص قانوني صريح، وهو غير موجود.

ثالثا= خطة البحث.

للعقد أركان لايقوم بدونها، وقد حددها ق.ل.ع.م في فصله 2 بقوله = "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الارادة هي =

(1) الأهلية للالتزام

(2) تعبير صحيح عن الارادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام

(3) شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام

(4) سبب مشروع للالتزام"

ويلاحظ هنا أن ورود الأهلية ضمن أركان العقد، لا يتفق مع ما يذهب اليه أغلب الفقه الذي يعتبرها من شروط صحة التراضي، وبالتالي ليست من أركان العقد.. لذلك سندرسها وفق هذا المنظور الفقهي.

وبناء على ذلك، ستكون الأركان اللازمة لانشاء العقد ثلاثة وهي= التراضي ، محل الالتزام العقدي، سبب الالتزام العقدي؛ وسندرسها في ثلاثة مباحث، على أن نخصص المبحث الرابع للبطلان كجزء قانوني على تخلف أحد هذه الأركان.

المبحث الأول= التراضي(أو الارادة في العقد).

ان التراضي هو جوهر العقد وركنه الأساسي بحيث لايقوم العقد بدونه.

وتعريف التراضي هو تعريف العقد نفسه، فهو توافق ارادتي المتعاقدين على احداث الأثر القانوني المتوخى من العقد.

ويتحقق هذا التوافق، قانونا، بتبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين.

غير أنه لا يكفي ، لانشاء العقد، وجود التراضي ، بل يجب، فوق ذلك، أن يكون صحيحا غير معيب.

وعليه فان دراستنا للتراضي ستتناول وجوده، من ناحية، وصحته من ناحية ثانية.

المطلب الأول= وجود التراضي

يقصد بوجود التراضي أو الارادة صدورها من شخص له القدرة الذاتية التي يعتد بها القانون (أي الأهلية).

وبما أن الارادة ظاهرة نفسية، والقانون لا يهتم بالظواهر النفسية الا بعد نقلها الى عالم الظواهر الاجتماعية، فلا مناص اذن من التعبير عنها.

ويجب أن تكون هذه الارادة، التي تكون التراضي، جادة أي متجهة لاحداث الأثر القانوني المطلوب، اذ لا قيمة للارادة الهائلة. كما أنه لا يعتد بالارادة التي تصدر في مجال المجاملات الاجتماعية (كدعوة صديق للغذاء مثلا).

ولعل هذا ما أراده المشرع في المادة 19 ق.ل.ع.م، بقوله=

"لا يتم الاتفاق الا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية..."

وبناء عليه ، فدراستنا لوجود التراضي تقتضي أن نتعرض ، أولا للتعبير عن الارادة، ثم لتطابق الارادتين ثانيا.

الفرع الأول= التعبير عن الارادة.

بما أن اتجاه الارادة نحو الارتباط بعقد معين أمر باطني يدور في داخل النفس الانسانية ولا يقع بذاته تحت الحس، كان لابد من الاستدلال عليه بمظهر خارجي أي بالتعبير عنه باحدى وسائل التعبير عن الارادة.

وتطبيقا لمبدأ رضائية التعاقد، فان القاعدة في القانون المعاصر هي جواز التعبير عن الارادة بأية طريقة تدل عليها دلالة واضحة، الا ما يستثنيه القانون في حالات خاصة. وعليه، فان التعبير عن الارادة قد يتخذ عدة مظاهر منها=

أولا= التعبير الصريح.

وهو الذي يفصح عن الارادة بصورة مباشرة، وبالتالي لا يحتاج الى جهد فكري لاستخلاص الارادة منه.

وقد يتم هذا التعبير باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتعارف عليها بين الناس (كهز الرأس عموديا للتعبير عن الموافقة، أو تحريكها أفقيا للتعبير عن الرفض)، أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته عن الارادة (كوقوف سيارات الأجرة الخاصة في الموقف المخصص لذلك أو كما في عرض التاجر بضاعة على الجمهور مع بيان أسعارها).

ثانياً = التعبير الضمني.

هو الذي يعبر عن الارادة بطريقة غير مباشرة يمكن أن تستنبط منها، في نطاق ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين، دلالاته عن الارادة. مثال ذلك، أن تنقضي مدة الايجار، ومع ذلك يبقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة، فيعبر بذلك ، ضمنياً، عن ارادته في تجديد عقد الايجار (ايجاب ضمني)؛ وإذا علم المؤجر بذلك ولم يعترض اعتبر موقفه أيضاً قبول ضمني بهذا التجديد، وهو قبول ضمني عن طريق السكوت.

ثالثاً = هل يعتبر السكوت تعبيراً عن الارادة؟

لا شك في أن السكوت لا يمكن أن يكون تعبيراً ضمنياً عن الايجاب، لأن الايجاب عرض يوجهه أحد الطرفين الى الآخر، وهو يشكل الشق الأول من عملية التعاقد؛ والعرض يكون دائماً فعلاً ايجابياً، ولا يتصور استخلاصه من السكوت. أما بالنسبة للقبول، فإن فيه تفصيلاً نعرض له عند دراسة القبول.

رابعاً = بعض الاستثناءات من القاعدة السابقة.

إذا كان الأصل هو حرية التعبير عن الارادة بالطريقة التي تناسب المتعاقد، فإن هذا الأصل قد ترد عليه بعض الاستثناءات =

- 1- إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً لإبرام العقد كالرسمية في الرهن، فلا بد من مراعاة هذا الشكل هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير.
- 2- إذا اشترط القانون أن يكون التعبير عن الارادة صريحاً = ومثال ذلك نص المادة 1123 ق.ل.ع.م = " يجب أن يكون التزام الكفيل صريحاً، والكفالة لا تفترض "
- 3- إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون التعبير عن الارادة صريحاً. ففي مثل هذه الأحوال ، لا ينتج التعبير عن الارادة أثره القانوني إلا إذا روعي الشكل المطلوب.

الفرع الثاني = تطابق الارادتين.

إن قوام العقد هو التراضي ، وقوام التراضي هو اقتران القبول بالايجاب وتطابقهما. وقد يتم تبادل الايجاب والقبول بين حاضرين، وقد يتم بين غائبين. فما هو الايجاب ؟ وما هو القبول؟ وكيف وأين ومتى ينشأ العقد؟

الفقرة الأولى = الايجاب

أولاً = تعريف الايجاب وخصائصه

الايجاب عرض جازم وكامل للتعاقد وفق شروط معينة، يوجهه شخص الى شخص معين أو الى أشخاص غير معينين.

نستخلص من هذا التعريف الخصائص التالية للايجاب =

- 1- أن يكون جازماً، أي صادراً عن نية باتة في التعاقد.

فإذا كان من وجه العرض لم يعقد العزم نهائيا على التعاقد، فاننا نكون أمام دعوة الى التعاقد وليس ايجابا.

2- أن يكون كاملا= أي متضمنا جميع العناصر الجوهرية اللازمة لابرام العقد.
فإذا عرض شخص على آخر بيع شيء مملوك له دون تحديد الثمن، اعتبر عرضه مجرد دعوة الى التعاقد.

وتطبيقا لهذه القاعدة تقول المادة 32 ق.ل.ع.م="اقامة المزايدة تعتبر دعوة للتعاقد، وتعتبر المزايدة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير، ويلتزم هذا العارض بعرضه اذا قبل البائع الثمن المعروض".

ثانيا = القوة الملزمة للايجاب

الأصل الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل 26 ق.ل.ع.م هو أن الايجاب غير ملزم = "يجوز الرجوع في الايجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر"

واستثناء، يكون الايجاب ملزما في حالات نص عليها القانون، منها =
أ- اذا اقترن الايجاب بتحديد أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى نهاية الاجل المحدد، وذلك طبقا للمادة 29 ق.ل.ع.م
ب- اذا تم الايجاب بالمراسلة، دون تحديد أجل للقبول، بقي الموجب ملتزما بايجابه داخل أجل معقول يتناسب ووصول رد المرسل اليه، ما لم يتضح من الايجاب عكس ذلك (المادة 1/30 ق.ل.ع.م)

ثالثا= سقوط الايجاب

يسقط الايجاب في الحالات الآتية=
الحالة الأولى= اذا رفضه من وجه اليه
ويتخذ الرفض صورة مختلفة، منها=
أ- أن يكون رفضا صريحا يتم قبل انفضاض مجلس العقد.
ب- أن يتخذ صورة قبول مقترن بشرط أو قيد حيث يعتبر ايجابا جديدا (المادة 27 ق.ل.ع.م)
الحالة الثانية= اذا انتهى الاجل المحدد للقبول صراحة من طرف الموجب (م 29 ق.ل.ع.م) أو ضمنا، اذا كان الايجاب تم بطريق المراسلة (م 1/30 ق.ل.ع.م).
الحالة الثالثة= اذا انفض مجلس العقد، والايجاب قائم لم يتم العدول عنه، الا أنه لم يقترن بالقبول (م 23 ق.ل.ع.م)
الحالة الرابعة= اذا عدل عبه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد (م 26 ق.ل.ع.م)
الحالة الخامسة= اذا مات الموجب أو أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها، كما اذا حجر عليه لجنون أو سفه، واتصل ذلك بعلم من وجه اليه الايجاب قبل أن يقبله (م 31 ق.ل.ع.م)

الفقرة الثانية= القبول

تعريفه وطريقة التعبير عنه=

القبول هو تعبير من وجه اليه الايجاب عن ارادة مطابقة لارادة الموجب، والذي باقترانه بالايجاب ينعقد العقد.

والغالب أن يصدر القبول بعد صدور الايجاب، لانه يفترض ايجابا قائما؛ ولذلك يسمى بالارادة الثانية، في حين يطلق على الايجاب الارادة الاولى.

والقبول باعتباره تعبيراً عن الارادة، قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من أقوال أو أفعال تدل عليه=

كما لو تلقى شخص ايجابا بالبيع أو بالتأجير، فسأل الموجب عما اذا كان يفضل الوفاء بالثمن أو بالاجرة نقدا أو بالشيء.

اذ يعتبر السؤال عن كيفية الأداء قبولا للايجاب المعروض.

هل يعتبر السكوت تعبيراً ضمنيا عن القبول؟

الأصل أن السكوت المجرد لا يصلح للتعبير عن الارادة بالقبول أو بالرفض، وذلك لأنه قد يرجع لأسباب باطنية متعددة كسكوت من يوجه اليه الايجاب، اما=

لعدم الانتباه أو لعدم الاكتراث أو على سبيل الاستهزاء أو بنية الموافقة أو بقصد الرفض أو لغير ذلك من الأسباب.

وقد عبر الامام الشافعي (ض) ، عن هذا الأصل بقوله= " لا ينسب الى ساكت قول".

كما أن عدم الاعتداد بالسكوت تقتضيه الضرورة العملية، لأن القول بجواز استخلاص القبول من مجرد السكوت ينتج عنه الزام كل شخص بالافصاح عن رفض كل ما يحلو لغيره أن يوجهه اليه من ايجاب والا اعتبر قابلا له.

ولا يخفى ما ينطوي عليه ذلك من عنت وحر ج وتقيد للحرية الشخصية مما لا يقره مشرع أو يرتضيه منطق سليم.

السكوت الملايس=

اذا كان الأصل هو انه لا يمكن اعتبار السكوت المجرد أو البسيط تعبيراً عن القبول، فانه يمكن استثناء، استخلاص هذا القبول من " السكوت الملايس " ، وهو السكوت الذي تحيط به وتلفه ظروف ترجح أنه قصد به هذه الدلالة؛ وهذا ما تعبر عنه القاعدة الفقهية التي تقول= " السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان "

وتجدر الإشارة الى أن الظروف الملايسة للسكوت كثيرة ومتنوعة، بحيث لا يمكن حصرها، ومن ثم بات استخلاص القبول من هذه الظروف مسألة يفصل فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (المجلس الأعلى).

وقد أخذ مشرع ق.ل.ع.م بهذه القاعدة الفقهية الاستثنائية حيث جاء في المادة 25 = " يكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، اذا تعلق الايجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين ".

ومن مظاهر السكوت الملابس، حسب هذه المادة =
أن يتعلق الايجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين. مثال ذلك =
+ أن يعتاد تاجر تجزئة طلب بضاعة معينة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه، وأن يعتاد تاجر الجملة الاستجابة لهذا الطلب وارسال البضاعة دون الاعلان مسبقا عن القبول. ومن ثم، فاذا أرسل تاجر التجزئة الى تاجر الجملة يطلب منه بضاعة، مما يدخل في نطاق المعاملات السابقة، وسكت تاجر الجملة كعادته، أمكن تفسير سكوته هذا، على أنه قبول لايجاب تاجر التجزئة.

+ اذا انتهت مدة الايجار، المعقود لمدة معينة، واستمر المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة (ايجاب ضمني بتجديد هذا الايجار)، وعلم المؤجر بذلك وسكت، ولم يرد بالرفض، أمكن تفسير سكوته هذا، بأنه قبول للايجاب الجديد. وقد طبق مشرع ق.ل.ع.م هذه الفكرة في المادة 689 التي جاء فيها = "اذا أبرم الكراء لمدة محددة، ثم انتهت، وظل المكثري واضعا يده على العين، فإنه يتجدد بنفس الشروط ولنفس المدة..."
وبالاضافة الى هذا المظهر، هناك مظهر آخر، الا أن المشرع المغربي، وعلى غرار نظيره الفرنسي، أغفل الإشارة اليه، مع أن الفقه، ويؤيده القضاء، قد اخذ به في فرنسا. كما نصت عليه صراحة بعض التقنيات الحديثة، كالقانون المدني المصري والسوري والأردني.

ومؤدى هذا المظهر، أن يتمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه؛ كما لو تضمن الايجاب تخفيض الأجرة المتفق عليها، فيسكت المستأجر، بحيث يحمل سكوته على القبول.

الخلاصة =

فيما عدا هذه الحالات الاستثنائية، يجب الرجوع الى الأصل وهو أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً ضمنياً عن القبول.

كما أنه لا ينبغي نسيان القاعدة التي تقول بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

ان استخلاص القبول من السكوت، حتى في الحالة التي نص عليها المشرع صراحة في المادة 25 ق.ل.ع.م، يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع، كما أشرنا الى ذلك سابقاً.

شروط القبول =

يشترط في القبول، حتى يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية ما يلي =
أولاً = أن يصدر القبول والايجاب قائم لم يسقط.

فالعقد لا ينعقد اذا صدر القبول في احدى الحالات التالية=

- ح.1= اذا انتهى أجل الإيجاب المحدد صراحة أو ضمناً (المراسلة).
 ح.2= اذا انقض مجلس العقد قبل صدور القبول (التعاقد بين حاضرين).
 ويسري نفس الحكم على انتهاء المكالمات الهاتفية (الإيجاب عن طريق الهاتف) حسب المادة 23 ق.ل.ع.م.
 ح.3= اذا مات الموجب أو فقد أهليته أو طالها النقصان، وعلم بذلك من وجه إليه الإيجاب (م.31 ق.ل.ع.م.)

ثانياً= أن يكون مطابقاً للإيجاب.

بمعنى أن يتفق القبول مع الإيجاب في كل المسائل التي تناولها أياً كان حظها من الأهمية. أما اذا تضمن شروطاً أو أضاف قيوداً غير التي وردت في الإيجاب، اعتبر غير مطابق للإيجاب وأصبح يشكل إيجاباً جديداً.

وهذا ما نصت عليه المادة 27 ق.ل.ع.م="الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيد، يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجاباً جديداً".

ولا يشترط في مطابقة القبول للإيجاب، التطابق الحرفي للتعبير في صيغتها أو في الشكل الذي تتخذه في وجودها، وإنما يجب أن يأتي مضمون الإرادة المعبر عنها بالقبول، مطابقاً لما تضمنته إرادة الموجب.

ومن ثم يكفي أن يقول من وجه إليه الإيجاب="قبلت" أو أن يبادر إلى تنفيذ العقد دون تحفظ.

وهذا ما أشارت إليه المادة 28 ق.ل.ع.م بقولها="يعتبر الرد مطابقاً للإيجاب اذا اكتفى المجيب بقوله "قبلت" أو نفذ العقد بدون تحفظ".

ملاحظة=

أن القبول المتأخر، أسوة بالقبول المخالف للإيجاب، وأن لم يعتبر قبولاً ينعقد به العقد، إلا أنه يعتبر إيجاباً جديداً، بحيث اذا قبله الموجب الأصلي انعقد العقد. غير أن الموجب الأصلي غير ملزم بقبول ذلك الإيجاب الجديد.

الفقرة الثالثة= اقتراح القبول بالإيجاب

لا يكفي لقيام العقد، أن يطابق القبول الإيجاب، بل يجب، فوق ذلك، أن يقترن به. وبهذا الاقتراح ينشأ العقد، ويتحدد بالتالي زمان ومكان انعقاده.

وتكمن أهمية هذا التحديد فيما يترتب عليه من نتائج هامة وذلك من ناحيتين، هما=

1- معرفة زمان انعقاد العقد=

وهي التي تمكن من تحديد الوقت الذي يبدأ العقد في إنتاج آثاره المقصودة. كما تمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين من حيث الزمان، كما لو صدر قانون جديد يتعلق بتعديل أحكام العقد.

وكذلك تمكن من معرفة وقت بدأ سريان تقادم الحقوق أو الالتزامات.

2- معرفة مكان انعقاد العقد

وهي التي تمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من بين قوانين الدول التي قد تتنازع حكم ذلك العقد (تنازع القوانين من حيث المكان).

كما تمكن من تحديد المحكمة المختصة، دولياً أو محلياً، بنظر النزاع الذي قد ينتج عن تنفيذ العقد (تنازع الاختصاص القضائي).

وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، يقتضي التفرقة بين فرضيتين =

الفرضية الأولى = التعاقد بين حاضرين.

إذا جرى التعاقد بين حاضرين، ولم يحدد الموجب أجلاً للقبول، وجب أن يصدر القبول فوراً أو على الأقل قبل أن ينفض مجلس العقد.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن بعض التقنيات المدنية كالقانون المدني الألماني (م 1/147)، وقانون الالتزامات السويسري (م 4)، تقتضي صدور القبول فور صدور الإيجاب والعلم به تحت طائلة تجريد القبول من أثره في اتمام العقد.

ومما ينتج عن هذا الحكم أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط.

ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا الوضع من ضيق وحرَج، لأن الموجب له قد يحتاج إلى بعض الوقت للتروي والتفكير قبل أن يصدر القبول.

ويبدو أن ق.ل.ع.م قد تأثر بهذا الاتجاه، إذ نص في المادة 23 على أن "الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من طرف الآخر

ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون".

غير أن كثيراً من التقنيات المدنية العربية، وحتى تخفف من هذا العنت، أخذت بحكم الشريعة الإسلامية في هذا الصدد =

فلم تحتم أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب، بل قررت أن الإيجاب يظل قائماً، ما لم يتبين عدول الموجب عنه؛ وطالما لم ينفض مجلس العقد، فإن القبول ينتج أثره، حتى ولو تراخى صدوره.

ومجلس العقد مصطلح فقهي إسلامي، يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان من أجل إبرام العقد.

ومن ثم يقوم مفهوم المجلس على ثلاثة حقائق =

1- حقيقة مكانية =

وتعني وحدة المكان حقيقة (الاجتماع المباشر) أو حكماً (كما في حالة التعاقد عن طريق الهاتف أو بأية وسيلة مشابهة).

2- حقيقة زمانية =

وهي الفترة الزمنية التي تبتديء منذ صدور الايجاب الغير المقترن بأجل، الى أن يقتترن به القبول.

3- حقيقة موضوعية=

وتعني انشغال المتعاقدين بالتعاقد دون أن يصرفهما أو أحدهما عنه شاغل آخر حتى ولو ظل يجمعهما مكان واحد.

نستنتج مما سبق ، أن جوهر مجلس العقد يكمن في حقيقته الزمنية والموضوعية أكثر من الحقيقة المكانية.

ومن ثم يمكن تعريفه بأنه "اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد حقيقة أو حكماً، يبتديء منذ صدور الايجاب من أحد المتعاقدين ويستمر قائماً ما دام المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون اعراض أحدهما أو كليهما عنه "

وهكذا، فإن مجلس العقد قد ينتهي بالاتفاق وانعقاد العقد، أو دون ذلك، كاعراض أحدهما أو كليهما عن التعاقد (كرجوع الموجب عن ايجابه أو رفضه ممن وجه اليه)، أو انشغالهما أو أحدهما بموضوع آخر، أو افتراقهما قبل صدور القبول.

الفرضية الثانية= التعاقد بين غائبين

هو التعاقد الذي يتم بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد، وبالتالي فهو يفترض تدخل وسيلة وسيطة لا يصلح التعبير عن ارادة أحد الطرفين الى الآخر، سواء أكانت هذه الوسيلة الوسيطة رسولا أو رسالة (أو برقية) أو تليفونا...

والأصل أن جميع العقود يمكن ابرامها بين غائبين ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. ومن هنا تصبح مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين ذات اهمية قصوى، وذلك بالنظر للفاصل الزمني الذي يتخلل صدور القبول وعلم الموجب به.

فمتى وأين ينعقد العقد، اذن، في هذه الحالة؟

وفي سبيل ايجاد حل لهذه المسألة، تعددت النظريات الفقهية، واختلفت الحلول التشريعية. وسوف نلقي نظرة موجزة وخاطفة على البعض من تلك الحلول=

أولاً = موقف الفقه.

ظهرت في الفقه، بهذا الصدد، نظريتان أساسيتان هما = نظرية إعلان القبول، ونظرية تسلم القبول. وتفرعت كل منهما إلى نظريتين لتصبح أربع نظريات كالتالي =

(1) نظرية إعلان القبول =

وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب.

وعيب هذه النظرية أنها تغفل القاعدة العامة التي تقتضي أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه.

(2) نظرية تصدير القبول.

وهي متفرعة عن النظرية الأولى؛ وترى أن العقد لا ينعقد إلا بتصدير القبول أي إرساله فعلاً (قبول نهائي) ، كوضع الخطاب في صندوق البريد، وذلك ضماناً لعدم رجوع القابل عن قبوله.

ولكن يعيب هذه النظرية ما يعيب سابقتها. فضلاً عن إمكانية استرداد الرسالة أو البرقية طالما لم تصل إلى المرسل إليه.

3- نظرية وصول القبول (تسلمه) =

وترى أن العقد لا ينعقد إلا بوصول القبول إلى الموجب، بصرف النظر عن علمه بالقبول. ويعتبر تسلم القبول قرينة على العلم به.

ومن هنا فأنها لا تخرج عن منطق النظرية الرابعة.

(4) نظرية العلم بالقبول.

وهي متفرعة عن سابقتها. وترى بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول.

ومن ثم تتفق هذه النظرية مع القاعدة الفقهية التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا ابتداء من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه.

ثانياً= موقف التشريعات المقارنة

+ بعضها أخذ بمذهب إعلان القبول كمجلة الالتزامات والعقود التونسية(م28) ، القانون المدني السوري(م98)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني(م184)، وقانون الالتزامات السويسري(م10)، والقانون المدني الأردني(م101).

+ وبعضها أخذ بمذهب العلم بالقبول، كالقانون المدني الإسباني(م262)، والقانون المدني المصري(م97)، والقانون المدني الليبي(م97)، والقانون المدني الألماني(م130) .
+ أما القانون المدني الفرنسي فقد فضل السكوت، مما جعل الفقه والقضاء يتردد ولا يستقر على موقف موحد.

وهو ما حدا بمحكمة النقض الفرنسية إلى إصدار قرار بمتابة مبدأ، بتاريخ 21-12-1960، اعتبرت فيه الإشكالية المطروحة مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع؛ ويمكن لطرفي العقد، وتلافياً للنزاع، تحديد تاريخ إبرام العقد.

ثالثاً= موقف المشرع المغربي.

لتحديد هذا الموقف، يجدر بنا أن نستعرض موقف المشرع المغربي في نطاق بعض صور التعاقد بين غائبين، منها=

الصورة الأولى= التعاقد بين غائبين بالمراسلة.

لقد نهج مشرع ق.ل.ع.م نهج المشرع التونسي، فأخذ بمذهب إعلان القبول، حيث جاء في المادة 1/24 ق.ل.ع.م=" يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله ".

الصورة الثانية= التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو وسيط.

لقد سوى المشرع المغربي بين هذه الحالة والحالة السابقة في الحكم، وهو أمر طبيعي باعتبار أن الرسول أو الوسيط يقوم مقام الرسالة في نقل مضمون التعبير عن الإرادة من أحد الطرفين إلى الآخر.

وهذا ما نصت عليه بوضوح المادة 2/24 ق.ل.ع.م "...والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله

."

وقد طبق المجلس الأعلى هذا المبدأ في قراره عدد 316 الصادر بتاريخ 25-6-1969. الصورة الثالثة= التعاقد بين غائبين بالهاتف.

يعتبر التعاقد بين غائبين عن طريق الهاتف أو أية وسيلة أخرى مشابهة بمثابة تعاقد بين شخصين حاضرين حكما لا حقيقة.

ففي هذه الحالة، يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما بصورة مباشرة عبر المكالمات الهاتفية.

ويمكن التعرف على موقف المشرع في نطاق هذه الحالة، من حيث الزمان ثم من حيث المكان=

1- من حيث الزمان.

المشرع المغربي، وعلى غرار الكثير من التشريعات العربية الحديثة، وما هو معتمد في فرنسا بدون نص، اعتبر هذه الحالة مشابهة لحالة التعاقد بين حاضرين حقيقة، ومن ثم سوى بينهما في الحكم، حيث أن المادة 23 ق.ل.ع.م، بعدما نصت في فقرتها الأولى على أن " الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل على الفور من طرف الآخر " ، قررت في فقرتها الثانية= " ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص الى آخر بطريق التليفون ".

2- من حيث المكان.

المشرع المغربي لم ينظم هذا الموضوع بنص صريح، وهو نفس الموقف الذي اتخذته بعض التشريعات الحديثة كالمشرع المصري والسوري.

والواقع أن هذه الحالة، تشبه حالة التعاقد بين غائبين بالمراسلة أو بواسطة رسول أو وسيط من حيث أن التعاقد يتم فيها بين طرفين لا يضمهما مجلس واحد.

وحيث أن الفقه في فرنسا وفي البلدان التي لم ينظم تشريعها هذه الحالة بنص صريح، قد سوى بين الحالتين في الحكم، من حيث تحديد مكان انعقاد العقد؛

وحرصا على تكريس موقف موحد لتشريعنا المغربي ، فإنه يستحسن اخضاع هذه

الحالة للمبدأ المقرر في المادة 24، أي اخضاعها لحكم التعاقد بين غائبين بالمراسلة أو

بواسطة رسول أو وسيط وبالتالي اعتبار العقد، في هذه الحالة، حالة التعاقد عن طريق الهاتف، منعقدا في المكان الذي يرد فيه من يتلقى الايجاب بقبوله.

وتجدر الاشارة في الأخير، الى أن المقتضيات التشريعية الواردة في الموضوع، تعتبر مكملة لارادة المتعاقدين ، وبالتالي يجوز للمتعاقدين، وتلافيا لكل نزاع محتمل في هذا الشأن، أن يتفقا على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، مالم يكن ذلك مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو يقضي القانون بخلافه.

المطلب الثاني = صحة التراضي

لقد أنهينا البحث في وجود التراضي، وانتهينا الى أنه عبارة عن تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين.

ولكن هذا الوجود لا يكفي لانشاء العقد، بل يجب ، فوق ذلك ، أن يكون هذا الرضاء صحيحا .

وهو يكون كذلك متى صدر من ذي أهلية ، وكانت ارادته سليمة من عيوب الرضاء. وعليه، سنتطرق ، بالتتالي الى موضوعي الأهلية وعيوب الارادة .

الفرع الأول = الأهلية

الفقرة الأولى = تحديد مفهوم الأهلية

يشترط في كل من طرفي العقد، أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لابرام العقد. وقد عالج ق.ل.ع.م الأهلية في الفصول 3 الى 13 منه . وقد نص في المادة 1/3 على أن " الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية " .

والمقصود بهذا القانون في المغرب حاليا، هو " مدونة الأسرة " التي خصصت كتابها الرابع أي المواد من 206 الى 276 لـ "الأهلية والنيابة الشرعية " .

ويلاحظ أن المدونة لم تعرف الأهلية بصفة مباشرة، وانما عرفت من حيث أنواعها، وهذا ما يستفاد من المادة 206 التي تقول= " الأهلية نوعان= أهلية وجوب وأهلية أداء " .

وجاء في المادة 207= "أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها " .

كما جاء في المادة 208 = " أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها " .

ومن خلال هذه التعريفات، يمكننا أن نوضح بعض النقاط، منها=

+ ان أهلية الوجوب ترتبط بالشخصية القانونية، ومن ثم تثبت لكل انسان، من وقت ولادته حيا الى وفاته؛ بل قد تثبت للجنين في بطن أمه .

+ ان أهلية الأداء، باعتبارها صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه، يكون مناطها الادراك والتميز، فهي تدور معه وجودا وعدما، كمالا ونقصانا. كما أن نطاقها يتحدد في التصرفات القانونية دون الوقائع العادية حتى ولو كانت اختيارية.

+ يقصد، عادة، بلفظ " الأهلية " أهلية الأداء؛ وهي التي نعنى بدراستها في نطاق بحثنا الذي يتعلق بأهلية التعاقد، أو بصورة أعم بأهلية الالتزام.

+ الأصل في كل شخص كمال الأهلية، وعلى من يدعي العكس أن يثبته. وهذا ما تنص عليه المادة 2/3 ق.ل.ع.م بقولها " وكل شخص أهل للالتزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك " .

+ أحكام الأهلية لها مساس بالنظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على منح الأهلية لشخص لا يتمتع بها بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون، وهو ما قد يستفاد من المادتين 207 و 208 من المدونة . كما أن تقرير هذا المبدأ يعتبر من القواعد المسلمة ، ولو بدون نص صريح.

الفقرة الثانية= أحكام الأهلية

عرفنا أن مناط أهلية الأداء هو التمييز؛ وبديهي أن القدرة على التمييز تتأثر بسن الشخص، كما أنها تتأثر بأسباب أخرى قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد . ونعرض فيما يلي، لتدرج الأهلية بحسب السن ، ثم لعوارض الأهلية .

أولا= تدرج الأهلية بحسب السن

يعتبر السن عاملاً أساسياً في تحديد أهلية الأداء، وهي تتفاوت من حيث درجة اكتمالها باختلافه؛ ومن ثم جعل القانون السن معياراً لتحديد درجة التمييز لدى الشخص؛ فقسم حياة الإنسان إلى ثلاث مراحل هي =

المرحلة الأولى = الصبي غير المميز

نصت المادة 214 من المدونة على أن = " الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة "

وجاء في المادة 1/217 مدونة = " يعتبر عديم أهلية الأداء =

أولاً = الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛ ... "

ومفاد هذين المادتين =

أن هذه المرحلة تبتدىء منذ تمام ولادة الجنين حياً، إلى بلوغه سن الثانية عشر.

ويكون الصبي في هذه المرحلة عديم التمييز، وبالتالي تنعدم لديه أهلية الأداء بصفة

كلية. وعليه، يكون جزاء تصرفاته القانونية البطلان المطلق، حسب المادة 224 مدونة

التي تقول = " تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر "

وتثبت الولاية على ماله لنائبه الشرعي، حسب المادة 233 مدونة التي جاء فيها = "

للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني ... "

ويعتبر الصغير هنا محجوراً عليه بقوة القانون.

المرحلة الثانية = الصبي المميز

(أ) تحديد وإيضاح

نصت المادة 214 مدونة على أن = " الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة "

وجاء في المادة 213 مدونة = " يعتبر ناقص أهلية الأداء =

1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ... "

وبناء على هذين المادتين =

+ يمتد سن التمييز بين سن الثانية عشرة والثامنة عشرة.

+ تكون أهلية الأداء في هذه المرحلة ناقصة لأنها ترتبط بوعي وإدراك غير كامل لصدوره عن عقل لم ينضج بعد .

+ يعتبر الصغير هنا أيضا محجورا عليه قانونا دون حاجة الى حكم قضائي .
لكن ما حكم تصرفات الصغير القانونية في هذه المرحلة ؟

(ب) حكم تصرفات الصبي المميز

جاء في المادة 225 مدونة =

" تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية =

1- تكون نافذة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ؛

2- تكون باطلة اذا كانت مضرة به؛

3- يتوقف نفاذها اذا كانت دائرة بين النفع والضرر على اجازة نائبه الشرعي حسب

المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي "
اذا نظرنا الى هذه المادة، نجدها تقرر أصلا بالنسبة لحكم تصرفات الصبي المميز، أورد عليه المشرع استثناءات في مواد أخرى =

(1) الأصل الذي قرره المادة 225 =

وفقا لهذه المادة ، تأخذ تصرفات الصبي المميز، اذا صدرت منه دون اذن نائبه الشرعي ، أحد الأحكام التالية =

+ صحة التصرف الذي يرتب نفعا محضا ، كقبول الهبة والوصية اذا لم تقترن بالتزامات معينة ؛ ويكون نافذا دون التوقف على اجازة نائبه الشرعي .

وهو ما يوافق حكم المادة 5 ق.ل.ع.م = " يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعا ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم ، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو أن يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف "

+ بطلان التصرف الذي يترتب عنه الضرر المحض ، كخروج شيء من ملك

المتصرف دون مقابل، مثل الهبة بلا مقابل للواهب أو الإبراء من الدين بالنسبة للدائن .

+ لا بد من اجازة النائب الشرعي للتصرف اذا كان يدور بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والاستئجار والشركة والقسمة وغيرها ، متى كانت مصلحة المحجور راجحة، مع مراعاة الحدود المخولة قانونا لاختصاصات كل نائب شرعي، حيث أن الوصي والمقدم يمنع عليهما ابرام بعض التصرفات في مال المحجور عليه قبل الحصول على اذن القاضي بذلك .

(2) استثناءات من الأصل السابق

استثناءا من الأصل المقرر في المادة 225 أعلاه، اعتبر القانون تصرفات الصبي المميز صحيحة في بعض الحالات منها =

1- الترشيذ

مما ورد في المادة 218 مدونة = "... اذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده .

يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيذ القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، اذا أنس منه الرشد

يترتب على الترشيذ تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في ادارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها . وفي جميع الأحوال لايمكن ترشيذ من ذكر ، الا اذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الاجراءات الشرعية اللازمة "

ولوضوح هذه المادة، نكتفي ببعض التوضيحات=

يقصد بالنائب الشرعي هنا الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم.

لا تحكم المحكمة بترشيذ القاصر المذكور، الا اذا ثبت لديها رشده بوسائل الاثبات الشرعية ومنها شهادة الشهود والخبرة الطبية .

2- الاذن للصغير المميز في ادارة جزء من أمواله

جاء في المادة 226 مدونة= " يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من امواله لادارتها بقصد الاختبار.

يصدر الاذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين الغاء قرار الاذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا اذا ثبت سوء التدبير في الادارة المأذون بها.

يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه "

وجاء في المادة 227 مدونة = " للولي أن يسحب الاذن الذي سبق أن اعطاه للصغير المميز اذا وجدت مبررات لذلك "

نورد بعض التوضيحات فقط حول المادتين نظرا لوضوحهما =

+ للأب والأم صلاحية تسليم ولدهما القاصر جزءا من أمواله مع السماح له بتولي ادارتها بنفسه قصد التجربة.

كما يمكنهما سحب هذا الاذن، دون تدخل القاضي ، اذا تبين لهما سوء التدبير في الادارة المأذون بها.

+ أما الوصي والمقدم فلا يحق لهما ألا طلب الاذن أو طلب الغائه من القاضي.

+ لم يحدد المشرع سنا محددة لمنح هذا الاذن، ومن ثم نرى أنه يمكن أن يمنح في أي وقت خلال الفترة الممتدة بين سن التمييز وسن الرشد.

المرحلة الثالثة= البالغ الرشيد

تنص المادة 209 مدونة على أن = " سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة " .

وتقول المادة 210 مدونة = " كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب

نقصان أهليته أو انعدامها ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته "

فاذا بلغ الشخص سن الثامنة عشر وهو خالي من أسباب نقصان الأهلية أو انعدامها

أصبح راشدا، له كامل الأهلية للقيام بالتصرفات القانونية ، حتى ولو كانت ضارة

ضررا محضا كالتبرعات مثلا، دون أن يتوقف في ذلك على اذن أحد.

والرشد هنا مقرر حكما أي قانونا ولا يتوقف على صدور حكم قضائي، وهو ما تنص

عليه المادة 1/218 مدونة = " ينتهي الحجر عن القاصر اذا بلغ سن الرشد... "

بالإضافة الى المادة 210 الواردة أعلاه .

ثانياً = عوارض الأهلية

قد يبلغ الشخص سن الرشد ثم يطرأ على أهليته عارض يؤثر على تمييزه وإدراكه، فيعده أو ينقص منه، فيصبح بالتالي فاقد الأهلية أو ناقصها. وقد ميزت المدونة بين نوعين من العوارض = عوارض تعدم الأهلية، وأخرى تنقصها، حيث جاء في المادة 212 مدونة = "أسباب الحجر نوعان = الأول ينقص الأهلية والثاني يعدها".

الفقرة الأولى = العوارض التي تفقد الأهلية.

حددها المادة 217 مدونة كالتالي =

"يعتبر عديم أهلية الأداء =

أولاً = الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز ؛

ثانياً = المجنون وفاقده العقل .

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة ، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية ."

لقد حددت هذه المادة العوارض التي تؤدي إلى فقدان الأهلية في اثنين =

العارض الأول = الجنون

وهو مرض ، أو طارئ أو عارض يصيب الإنسان في عقله فيفقد، فيفقد الشخص، تبعاً لذلك التمييز والإدراك.

وقد فرقت هذه المادة، في هذا الصدد، بين حالتين =

1- حالة الجنون المطبق =

وهو الذي يكون مستمراً بحيث يستغرق جميع أوقات الإنسان، فيفقد عقله وتمييزه بصفة كلية، فيعتبر ، بالتالي عديم الأهلية بصفة مطلقة، وتصير تصرفاته القانونية باطلة ، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، أم ضارة ضرراً محضاً ، أم دائرة بين النفع والضرر (م224 مدونة).

2- حالة الجنون المتقطع=

وهو الذي يعود معه الى الشخص عقله بين الفترة والأخرى، فيستعيد تمييزه وإدراكه من حين لآخر.

وحكمه، أنه يلحق بالحالة الأولى، عندما يكون جنونه مطبقاً؛ ويعتبر كامل الأهلية وتصح بالتالي تصرفاته القانونية، عندما يتوب إليه عقله وبالتالي رشده.

العارض الثاني= فقدان العقل لأي سبب آخر غير الجنون

وقد سوى المشرع بين هذا العارض وبين الجنون المطبق في الحكم. ويستوي هنا أن يكون فقدان العقل ناتجاً عن سبب غير ارادي أو ناتجاً عن سبب ارادي، كتعاطي مخدر بقصد الانتشاء مثلاً. غير أنه في هذه الفرضية الأخيرة تبقى المسؤولية التقصيرية قائمة؛

وهو ما يتفق مع حكم المادة 93 ق.ل.ع.م التي تقول= " السكر، اذا كان اختياريًا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم. ولا مسؤولية مدنية اذا كان السكر غير اختياري. وعلى المتابع اثبات هذه الواقعة " .

الفقرة الثانية = العوارض التي تنقص الأهلية

جاء في المادة 213 مدونة=

يعتبر ناقص أهلية الأداء =

1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛

2- السفه؛

3- المعتوه ".

فحسب هذه المادة، تكون العوارض التي تؤدي الى نقصان الأهلية هي السفه والعتة= العارض الأول= السفه.

عرفته المادة 215 مدونة كالتالي=

" السفه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثاً، بشكل يضر به أو بأسرته "

العارض الثاني= العتة

لقد عرفته المادة 216 مدونة بقولها= " المعتوه هو الشخص المصاب باعاقة ذهنية

لايستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته "

فالمعتوه ، حسب هذه المادة، هو معاق ذهنيا، بحيث يعجز عن السيطرة على تفكيره والتحكم فيه؛ ومن ثم يسوء ادراكه وتمييزه وبالتالي يسوء تقديره للحسن من التصرفات والفاقد منها.

وقد حددت المادة 228 مدونة حكم تصرفات السفية والمعتوه بقولها=

" تخضع تصرفات السفية والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه ."

وبهذا تكون هذه المادة قد سوت ، من حيث الأحكام، بين تصرفات الصغير المميز وبين تصرفات كل من السفية والمعتوه؛ وهو أمر منطقي باعتبار الثلاثة يشتركون في نقصان أهلية الأداء حسب المادة 213 مدونة المشار اليها سابقا.

الفقرة الثالثة= اجراءات اثبات الحجر ورفع

جاء في المادة 220 مدونة=

" فاقد العقل والسفيه، والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة ."

لقد بينت هذه المادة بأن الحجر على فاقد العقل والسفيه والمعتوه يجب أن يتقرر بمقتضى حكم قضائي من وقت ثبوت العارض لدى المحكمة، ويرفع الحجر بحكم أيضا ابتداء من تاريخ زوال ذلك السبب.

وهذا بخلاف الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني (المميز وغير المميز على حد سواء) والذي يعتبر محجورا بطبيعته لصغر سنه، ولا يحتاج التحجير عليه الى حكم قضائي.

ثم نصت المادة 221 مدونة على =

" يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك ."

فعبارة " من له مصلحة " وعبارة " المعني بالأمر " ، تشمل الأقارب وغيرهم ممن يهتمهم ويعنيهم أمر تقرير أو رفع الحجر . كما تشمل المحجور نفسه، باعتباره معني وله المصلحة، بالخصوص، في رفع الحجر عنه، اذا أنس من نفسه زوال سبب الحجر . أما النيابة العامة فتعتبر طرفا أصليا في الدعوى .

وقد أشارت المادة 222 مدونة الى الأساس الذي تعتمده المحكمة في اقرار الحجر أو رفعه، حيث قالت=

" تعتمد المحكمة في اقرار الحجر أو رفعه، على خبرة طبية، وسائر وسائل الإثبات الشرعية " .

وأخيرا ، دعت المادة 223 مدونة، الى أن يشمل الحكم المقرر للحجر أو لرفعه بالعلانية حتى يتسنى للغير العلم بالوضعية القانونية للمعني بالأمر، خصوصا عند الرغبة في التعاقد معه؛ اذ جاء في هذه المادة=

" يشهر الحكم الصادر بالحجر أو برفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة "

وقد ترك المشرع هنا، للمحكمة صلاحية تحديد الوسائل التي تراها كفيلة بإشهار هذا الحكم، وذلك حسب أهمية كل قضية؛ فقد تتراوح هذه الوسائل بين الاكتفاء بتعليق الحكم في لوحة (سبورة) المحكمة، وبين النشر في الجرائد الى غير ذلك من الوسائل المناسبة

الفرع الثاني = عيوب الرضا

لقد رأينا سابقا، أن قيام العقد يتوقف، من جهة أولى، على وجود الرضا؛ ومن جهة ثانية على صحة هذا الرضا.

وصحة الرضا تعني، من جهة أولى، أن تكون الإرادة صادرة من ذي اهلية، ومن جهة ثانية خالية من عيوب الإرادة؛ لأن الإرادة المعيبة، وان كانت موجودة ، فهي غير سليمة.

وعيب الإرادة هي ، تقليديا =

الغلط والتدليس والاكراه والغبن.

وقد خصص المشرع المغربي لعيوب الرضا المواد من 39 الى 56 ق.ل.ع.م.

الفقرة الأولى = الغلط

وهو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على خلاف الواقع.
فالغلط، اذن، حالة تقوم بالنفس فتحمل على توهم الواقع على غير حقيقته.
والغلط بهذا المعنى أنواع. وعليه ، سنعرض لهذه الأنواع ، أولا؛ ثم لأحكام القانون
المغربي في الموضوع ، ثانيا.

البند الأول = أنواع الغلطالنوع الأول = الغلط المانع =

وهو الغلط الذي يعدم الرضا ويحول بالتالي دون انعقاد العقد أصلا.
وهو يتحقق في الحالات التالية =

الحالة الأولى = أن يرد على ماهية العقد =

كما لو قصد أحد الطرفين التصرف في الشيء على سبيل البيع، بينما اعتقد الطرف
الآخر أن الأمر يتعلق بالكراء . بحيث لا ينعقد بينهما أصلا ، لا عقد بيع ولا عقد ايجار.
أو كما لو سلم شخص لآخر منقولا على سبيل العارية، فيعتقد الآخر أنه يتسلمه على
سبيل الهبة .

الحالة الثانية = أن يرد على محل الالتزام = وقد يكون ذلك في احدى صورتين =

الصورة الأولى = أن يقع الغلط في ذاتية المحل =

كما لو قصد مالك عمارة كراء احدى شقتين متقابلتين ، بينما اعتقد المكثري أنه يكتري
الشقة الأخرى المقابلة. بحيث لا ينعقد عقد الكراء أساسا.

الصورة الثانية = أن يتعلق الغلط بوجود المحل المتعاقد عليه =

كما لو باع شخص شيئا معينا فتبين أنه هلك قبل البيع؛ بحيث لا ينعقد عقد البيع أصلا.

الحالة الثالثة = أن يرد الغلط على سبب الالتزام =

حيث يقوم الاعتقاد بوجود هذا السبب، والحقيقة أنه غير موجود؛ كما لو التزم حارس
حيوان بدفع تعويض للمضرور عما أصابه من ضرر بفعل الحيوان، فيتبين أن الحيوان
قد نفق قبل وقوع الضرر.

استنتاج=

فمن خلال هذه الأمثلة، يتضح لنا أن هذا النوع من الغلط يتعلق بوجود الرضا لا بصحته؛ فهو يعدم الرضا ولا يعيبه فحسب؛ ومن ثم لا يتم العقد لعدم توافق الإرادتين على ماهية العقد أو المحل أو السبب؛ وهي العناصر الأساسية لتكوين العقد. وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما استبعد هذا النوع من الغلط من دائرة الغلط المؤثر في صحة الرضا.

النوع الثاني= الغلط غير المؤثر أو غير المجدي=

وهذا الغلط لا يعتد به لأنه لا يؤثر في صحة الرضا، ومن ثم يجب استبعاده من دائرة بحث الغلط المؤثر.

ومن بين الحالات التي قد يتجلى فيها=

1- الغلط في صفة غير جوهرية أي صفة ثانوية أو عرضية في الشيء=

مثل نوع الورق بالنسبة لكتاب اشتراه شخص.

2- الغلط في شخص المتعاقد أو صفته إذا لم تكن محل اعتبار في التعاقد=

كما يحصل عادة في العقود بعوض (عقود المعاوضات) التي ترد على الملكية أو المنفعة كالبيع أو الإيجار؛ حيث أن الأصل فيها أن شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار؛ ومن ثم فالغلط في شخصية البائع أو المشتري مثلا، لا يعتبر جوهريا إلا إذا ثبت أن هذه الشخصية كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معه بحيث لو علم بحقيقة الأمر قبل التعاقد لما أبرم العقد.

هذا بخلاف عقود التبرع التي تكون فيها شخصية المتبرع له، في غالبية الحالات، محل اعتبار، ومن ثم فالغلط فيها يعتبر جوهريا بحسب الأصل؛ كذلك العقود الواردة على العمل، كعقد العمل أو عقد الوكالة.

3- إذا كان الغلط ماديا صرفا=

كالغلط الذي يقع عند كتابة العقد (غلطات القلم) أو الغلط في الحساب=

وهو غلط لا يؤثر على الإرادة وبالتالي لا يعيبها ولا يجيز المطالبة بإبطال العقد، إنما يصحح الغلط ويمضي العقد على الأساس الصحيح.

فاذا اتفق المتبايعان على ثمن قدره 1000 درهم ، وعند كتابة هذا الثمن، زيد صفر في الرقم، فأصبح الثمن هو 10000 درهم، فان ذلك لا يؤثر على صحة عقد البيع، ما دام الغلط قد وقع عند افراغ توافق الارادتين في المحرر، وبعد تمام هذا التوافق طبعا. ولذلك يكفي تصحيح هذا الغلط ليس الا.

كذلك اذا شمل البيع عدة أشياء، وحدد لكل شيء ثمن مستقل، غير أنه أثناء عملية جمع الأثمان حصل غلط في الحساب؛ فليس من شأن هذا الغلط أن يؤثر في صحة العقد، وانما يجب تصحيحه وبالتالي اعتماد حاصل الجمع الصحيح.

وفي هذا الصدد تقول المادة 43 ق.ل.ع.م=" مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وانما يجب تصحيحها" .

4- اذا وقع الغلط في قيمة الشيء =

كما لو باع شخص شيئا بأقل من قيمته الحقيقية معتقدا أنه لا يساوي أكثر من ذلك ثم يتبين له أنه كان ضحية غلط في قيمة هذا الشيء.

فهذا الغلط في قيمة الشيء لا يؤثر على صحة العقد، ما عدا =

أ- اذا اكتنفه غلط في صفة جوهرية في الشيء؛ وعندئذ يبطل العقد للغلط في هذه الصفة الجوهرية في الشيء وليس للغلط في قيمة هذا الشيء.

ب- اذا بلغ التفاوت بين ثمن البيع والقيمة الحقيقية للشيء حد الغبن، حيث يجوز ابطال العقد للغبن اذا اقترن بتدليس أو اذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، حسب المادتين 55 و 56 ق.ل.ع.م، كما سنرى لاحقا عند دراسة الغبن.

النوع الثالث = الغلط المسبب للإبطال

وهو الغلط الذي يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال؛ وهو الذي يشكل موضوع بحثنا.

البند الثاني = الغلط المؤثر حسب القانون المغربي

نظم المشرع المغربي الغلط المعيب للرضا في المواد من 39 الى 45 ق.ل.ع.م؛ حيث تناول الغلط في القانون ثم الغلط في الشيء ثم الغلط في شخص المتعاقد ثم الغلط الذي يقع من الوسيط . وسنستعرض هذه الحالات اتباعا =

الحالة الأولى = الغلط في القانون

يقصد بالغلط في القانون اعتقاد المتعاقد بوجود أو عدم وجود قاعدة قانونية خلافا للحقيقة، أو فهمه لمضمون قاعدة قانونية فهما غير صحيح.

ومثال ذلك أن يبيع الوارث حصته في التركة بثمن بخس معتقدا أنه يرث الربع، بينما قانون الارث يمنحه النصف.

وقد ذهب بعض الفقه الى وجود تعارض بين الاعتراف بالغلط في القانون ومبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وهما أمران متلازمان ، كما زعم .

والحقيقة أنه لا يوجد تعارض بين الأمرين؛ ذلك أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقتضي عدم السماح للشخص باستبعاد تطبيق قاعدة قانونية بحجة جهله إياها.

أما من يطلب ابطال عقد لغلط في القانون ، فهو انما يريد اعمال حكم القاعدة القانونية التي وقع عليها الغلط وليس استبعادها.

وقد عالج ق.ل.ع.م هذه الحالة في المادة 40 بقوله =

" الغلط في القانون يخول ابطال الالتزام =

1- اذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي

2- اذا أمكن العذر عنه " .

شروط الابطال للغلط في القانون =

الشرط الأول = أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو على الأقل هو السبب الأساسي الذي دفع الى التعاقد.

أما اذا وجدت أسباب جوهرية أخرى دفعته الى التعاقد، فلا يستطيع التمسك بوقوعه في الغلط في القانون.

الشرط الثاني = أن يكون الغلط مما يعذر عنه

أما اذا كان المتعاقد ممن له دراية بالمجال القانوني ، بحيث يسهل عليه الاطلاع على الوضعية التي انصب عليها الغلط، فلا يعتد بغلطه

وفضلا عما تقدم ، يجب ألا تكون القاعدة القانونية التي حصل الغلط بشأنها مثار خلاف جدي بين شراح القانون والمحاكم حول تفسيرها؛ أما اذا كانت محلا للخلاف لكونها

تحتمل أكثر من معنى، وفهمها المتعاقد على أحد هذه المعاني، فلا يجوز له أن يتذرع بوقوعه في غلط في شأن مفهومه لها، حتى ولو كان المعنى الذي اعتمده ليس هو التفسير الراجح؛ وذلك لأن المراد بالغلط في القانون الذي يحتج به هو الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلاً للخلاف. أما الغلط في المسائل المختلف فيها والمترتب عن ترجيح، ولو خاطيء، لأحد الآراء فلا أثر له في صحة العقد. وتقدير ما إذا كانت القاعدة القانونية التي حصل الغلط بشأنها محل خلاف أم لا، ينظر فيه إلى وقت إبرام العقد=

وعليه فإذا كانت القاعدة القانونية محل خلاف في ذلك الوقت، وانحاز المتعاقد إلى أحد التفسيرات المطروحة بصدها، فلا نكون بصدد غلط، حتى ولو أصبح الرأي المعول عليه، فيما بعد، يأخذ بتفسير معين غير التفسير الذي اعتمده المتعاقد.

الشرط الثالث= عدم وجود نص قانوني يمنع التمسك بالغلط في القانون

وهذا الشرط لم ينص عليه الفصل 40 المشار إليه، ولكنه يستفاد من مقتضيات العامة الواردة في نصوص متفرقة، منها مثلاً=

1- المادة 73 ق.ل.ع.م التي تقول= " الدفع الذي يتم تنفيذاً لدين سقط بالتقادم أو لالتزام معنوي، لا يخول الاسترداد إذا كان الدافع متمتعاً باهلية التصرف على سبيل التبرع، ولو كان يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع، أو كان يجهل واقعة التقادم " فحسب هذه المادة، إذا قام شخص متمتع باهلية التصرف على سبيل التبرع، بدفع مبلغ مالي تنفيذاً لالتزام معنوي أو سداداً لدين سقط بالتقادم (التزام طبيعي)، وهو يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع أو كان يجهل واقعة التقادم فلا يجوز له التمسك بالغلط في القانون لإبطال التصرف الذي قام به، وبالتالي استرداد ما دفع.

ب- النادة 1112 ق.ل.ع.م = " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغبن إلا في حالة التدليس "، لأن الصلح عقد بمقتضاه يتفق الطرفان على تسوية نزاع قائم بينهما أو اتقاء قيامه في المستقبل، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه. وبذلك يحسم النزاع نهائياً وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بدعوى الوقوع في غلط في القانون حتى لا تفتح صفحة النزاع من جديد.

الحالة الثانية= الغلط في الشيء

تقول المادة 41 ق.ل.ع.م = " يخول الغلط الإبطال ، اذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه ، كانت هي السبب الدافع الى الرضا "

هناك بعض الملاحظات يمكن ابدائها حول هذه المادة، منها =

الملاحظة الأولى=

ان موقف المشرع هنا لم يكن سليما عندما اعتبر الغلط الواقع على ذاتية الشيء غلطا يعيب الارادة، في حين أن مثل هذا الغلط يعدم الرضا ويمنع بالتالي من انعقاد العقد؛ مع العلم أن المشرع المغربي تجنب ، أثناء تقريره أحكام الغلط، التعرض للغلط الواقع في ماهية العقد أو في وجود أو ذاتية محل الالتزام أو في سببه.

الا أن الفقه والقضاء في المغرب اعتبروا أن الأمر يتعلق بعيب في الصياغة، وأن المشرع انما قصد بعبارة " ذاتية الشيء " " مادة الشيء " .

ولا شك أن تفسير ارادة المشرع على هذا النحو، يتفق تماما مع ورود المادة 41 في سياق تنظيم المشرع المغربي لعيوب الرضا.

الملاحظة الثانية=

لاشك أن المشرع المغربي قد تبنى ، في نطاق المادة 41، النظرية الحديثة في الغلط؛ وخيرا فعل. وهي نظرية بلورها الفقه الفرنسي واعتمدها القوانين الحديثة=

وهي تقوم على معيار مرن لتحديد درجة الغلط الذي يبطل العقد.

فهي لا تقتصر على الاعتداد بالغلط الواقع في مادة الشيء (كما لو اشترى شخص خاتما ظنه من الذهب الخالص، فتبين انه من الفضة المطلية بالذهب)، أو في نوعه (كما لو اشترى تاجر سلعة على انها من النوع الممتاز، فاذا هي من النوع الرديء) .

بل تعتد هذه النظرية ايضا بالغلط الواقع في صفة الشيء متى كانت هذه الصفة هي السبب الدافع الى التعاقد ؛ وهو الغلط في صفة جوهرية للشيء (كما لو اشترى شخص أنية ذهبية على أنها أثرية ثم اتضح أنها ليست أثرية؛ حيث يجوز التمسك بالغلط في صفة الآنية (أثرية) حتى ولو كانت الآنية من ذهب؛ اذا ثبت أن هذه الصفة كانت هي السبب الرئيسي وراء اقدام المشتري على الشراء)

الملاحظة الثالثة =

ان السماح بابطال التصرف لصالح من عيبت ارادته بالغلط يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات؛ حيث أن المتعاقد الآخر قد يفاجأ بتعرض العقد للإبطال بسبب لا يد له فيه ولا علم له به .

ومن هنا ، فقد لا يطمئن الأشخاص الى العقود التي يقدمون على ابرامها .
والمشرع المغربي ، شأنه شأن نظيره الفرنسي ، سكت عن تنظيم هذه المسألة. في حين تصدت بعض التشريعات الحديثة، كالقانون المدني المصري ونظيره السوري ، لمعالجتها ؛ فاشتترط ضرورة اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر؛ ويتجلى هذا الاتصال في احدى الحالات التالية =

- 1- أن يكون الغلط مشتركا ، بحيث يقع كلا المتعاقدين في نفس الغلط.
 - 2- أن يعلم أحد الطرفين بوقوع الطرف الآخر في الغلط ، ولا ينبهه الى ذلك حيث يعتبر سيء النية.
- أو يكون من السهل عليه، حسب ظروف التعاقد، أن يعلم بوقوع المتعاقد الآخر في الغلط، ولا يقوم بالتحريات الضرورية للتأكد من ذلك، حيث يعتبر مقصرا =
- فلو اشترى شخص من تاجر الأثريات أنية من نحاس بثمن مرتفع ، معتقدا أنها أثرية، مع أنها ليست كذلك؛ فان البائع وان لم يعلم برغبة المشتري ، الا انه كان من السهل عليه أن يستبينها من خلال الثمن المرتفع الذي قبل به، وأيضا من طبيعة المتجر .
- ولا شك أن القضاء في بلادنا، يدعمه الفقه، قادر على أن يبلور من المبادئ ما يراه مناسبا لمعالجة هذه المسألة، كلما سنحت له الفرصة بذلك؛ خصوصا وأن هذه المسألة معقدة الجوانب الى حد يصعب معه التوفيق ، في آن واحد ، بين اعتبارات سلامة الارادة من العيوب من جهة؛ واستقرار المعاملات من جهة ثانية، وحماية المتعاقد الآخر البعيد عن الغلط من جهة ثالثة .

الحالة الثالثة = الغلط في الشخص

تقول المادة 42 ق.ل.ع.م = "الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخلو الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضا من المتعاقد الآخر".

لقد أخذ مشرع ق.ل.ع.م ، هنا أيضا ، بما انتهى إليه الفقه والقضاء في فرنسا؛ فقيّد الغلط في الشخص بشرطين =

الشرط الأول = أن يقع الغلط في شخص أحد المتعاقدين أو في صفته .

ومن أمثلة الغلط الواقع في " شخص " أحد المتعاقدين أو ذاته =

أن يهب شخص مالا لآخر معتقدا أنه قريبه ، فيتبين أنه ليس هو .

ومن أمثلة الغلط في " صفة " المتعاقد =

التعاقد مع شخص على أنه طبيب أو مهندس ، ثم يتضح أنه ليس كذلك.

الشرط الثاني = أن تكون ذات الشخص أو صفته أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد.

أما إذا ثبت أن ذات المتعاقد أو صفته لم تكن جوهرية ، في نظر المتعاقد الآخر، بحيث يستوي عنده أن يتعاقد مع هذا الشخص أو مع غيره، اعتبر الغلط الذي وقع فيه من نوع الغلط غير المنتج وبالتالي لا يجوز إبطال العقد بسببه .

لكن ، هل يشترط هنا أيضا، كما في الغلط في الشيء، أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر؟ + في فرنسا يميل الفقه إلى الاعتداد بالغلط في شخص المتعاقد أو في صفة جوهرية فيه حتى ولو كان غلطا فرديا، أي من جانب واحد. وذلك على أساس أن أهمية الشخص أو الصفة الجوهرية فيه لا يكون لها اعتبار إلا بالنسبة لأحد الطرفين فقط =

فالمريض مثلا هو الذي يختار طبيبه؛ أما الطبيب الذي وقع عليه الاختيار فقلما يعير شخصية زبائنه كبير أهمية .

ومن هنا يقتضي المنطق عدم اشتراط أن يكون الغلط الواقع في شخص أحد المتعاقدين أو في صفة جوهرية فيه ، مشتركا بين المتعاقدين ؛ بل يكفي أن يقع فيه أحدهما .

أما النظرية الحديثة ، فتسوي بين الغلط في الشيء والغلط في الشخص من حيث وجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، وذلك مراعاة لمبدأ استقرار المعاملات، وحماية للمتعاقد

الآخر البعيد عن الغلط ، والذي لا يد له في وقوعه . وهذه الاعتبارات لا تتغير بتبدل نوع الغلط؛ أي سواء أتناول الغلط شخص احد المتعاقدين أم تناول الشيء المتعاقد عليه وقد تبنت بعض التشريعات الحديثة، كالتشريع المدني المصري ونظيره السوري، هذه النظرية الحديثة؛ حيث اشترطت، حتى يجوز لمن وقع في الغلط أن يتمسك بإبطال العقد، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يستبينه .

+ المشرع المغربي، وكما في حالة الغلط في الشيء، التزم الصمت ازاء هذه المسألة، شأنه شأن نظيره الفرنسي .

ومن ثم يبقى الأمل معقودا على الفقه والقضاء في المغرب ، في بلورة مبدا مناسب في هذا الموضوع .

الا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أمرين=

الأول= المبدأ الذي تقرره المادة 44 ق.ل.ع.م والذي يقتضي مراعاة الظروف المحيطة بعملية التعاقد، بما فيها ظروف المتعاقدين؛ حيث جاء في هذه المادة=

" على القضاة ، عند تقدير الغلط أو الجهل سواء تعلق بالقانون أم بالواقع أن يراعوا ظروف الحال، وسن الأشخاص وحالتهم وكونهم ذكورا أو اناثا "

الثاني= أن شخص المتعاقد أو صفته، غالبا ما تكون محل اعتبار خاص من قبل أحد الطرفين فقط، خصوصا وأن هذا الغلط انما يجد مرتعا خصبا له في نطاق العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ، كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة كعقد الصلح وعقد العمل وعقد الشركة ...

الحالة الرابعة= الغلط الواقع من الوسيط

جاء في المادة 45 ق.ل.ع.م =

" اذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 41 و 42 السابقين وذلك دون اخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات "

وعليه ، فإذا تم التعاقد عن طريق وسيط، ووقع هذا الوسيط في غلط في الشيء أو في شخص المتعاقد الآخر، كان للمتعاقد الذي استعان بالوسيط أن يتمسك بهذا الغلط كما لو كان وقع فيه هو نفسه، وذلك في نطاق الأحكام الواردة في المادتين 41 و 42 المتعلقتين، الأولى بالغلط في الشيء، والثانية بالغلط في الشخص . من أمثلة ذلك = + أن يكلف تاجر الأثاث الأثري وكيلا بالعمولة ببيع هذا الأثاث، فيبيعه الوكيل باعتباره مجرد أثاث عادي.

+ أن يرسل تاجر برقية يعرض فيها شراء أو بيع بضاعة معينة بثمن محدد؛ وعند نسخ البرقية ترتكب دائرة البرق والبريد خطأ بذكر الثمن محرفا .
+ أن يكلف شخص وسيطا بالتعاقد مع مهندس أو طبيب معين، فيتعاقد الوسيط مع مهندس أو طبيب غيره .

ففي جميع هذه الأمثلة، يحق لمن استخدم الوسيط أن يعتد بالغلط الذي وقع فيه الوسيط ، حسب أحكام الفصلين 41 و 42 .

وقد أكدت المادة 45 ، أعلاه، على وجوب مراعاة القواعد العامة المتعلقة بالخطأ، بالإضافة الى حكم الفصل 430 ق.ل.ع.م في الحالة الخاصة بالبرقيات؛ والذي جاء فيه =

" اذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية ، طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ. ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية، اذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة، وفقا للضوابط التلغرافية ."

وبناء عليه، فإذا ثبت أن وقوع الوسيط في الغلط نتج عن خطئه، التزم هذا الوسيط بتعويض المضرور عن الضرر الذي سببه له، سواء أكان المضرور هم من تعاقد مع الوسيط، والذي قد يتضرر بسبب ابطال العقد، أم كان هو من كلف الوسيط بالتعاقد. أما اذا تعلق الخطأ بنسخ البرقية من قبل المصلحة المكلفة بذلك ، فتطبق أيضا القواعد العامة المتعلقة بالخطأ، مع مراعاة أحكام ظهير 1924-11-25 الذي يقضي في فصله السابع باعفاء الدولة من جميع المسؤوليات التي يمكن أن ترتبها في حقها خدمة المراسلات الخاصة ، سواء أكانت بواسطة الهاتف أم بواسطة البرقيات .