

السنة الأولى حقوق (الأسس الثاني)

كلية الحقوق عين الشق

الدار البيضاء

ملخص المحاضرات التي أقيمت على الطلبة في مادة النظرية العامة للالتزامات في ضوء ق ل ع المغربي

إعداد الأستاذ: محمد جرموني

المقدمة:

إن القانون في جملته ما هو إلا مجموعة من القواعد الملزمة المنظمة لعلاقات الأشخاص في المجتمع، حيث يضع حدود نشاط كل شخص في علاقته بغيره من أفراد المجتمع بما من شأنه أن ينظم مصالحهم جميعاً، فتتشاءأ نتيجة لذلك مراكز قانونية situation juridiques تخلو لأصحابها سلطة القيام بما يحقق مصالحهم في نطاق ما يحميه القانون، هذه المراكز القانونية وتلك السلطات المخولة لأصحاب المصالح المحمية قانوناً هي ما يعرف بالحقوق « les droits ».

فالحق بوجه عام وليد للقاعدة القانونية، حيث إن تطبيق القواعد القانونية يفضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص داخل المجتمع، فليس هناك حق أو واجب إلا بموجب القاعدة القانونية.

والحق بمفهومه العام، هو الرخصة والمكنته أو السلطة التي يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين، تحقيقاً لمصلحة له يحميها القانون، ويقابله الواجب أي الإلزام الذي يقرره القانون على شخص معين بالنسبة لفعل معين. فالحق والواجب إذن هما أمران متلازمان، ذلك أن تقرير حق لشخص معين يقتضي وجوباً فرض واجب على شخص آخر أو أشخاص آخرين لأدائه له أو لعدم التعرض له فيه، والعكس كذلك.

وتتعدد أنواع الحقوق لذلك تعددت تقييماتها، ومن هذه التقييمات تلك التي تميز بين موضوع هذه الحقوق ذاتها، فنجد هناك: الحقوق السياسية Droits politiques والحقوق المدنية.

وتنقسم الحقوق المدنية كذلك إلى حقوق عامة وحقوق خاصة⁽¹⁾، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى: حقوق الأسرة والحقوق المالية، فحقوق الأسرة هي التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة، وهي حقوق تختلف باختلاف مركز الشخص في الأسرة، ويتم تنظيم هذه الحقوق بالنسبة للمغرب بموجب مدونة الأسرة، بخلاف الدول الغربية التي تنظمها بموجب القانون المدني، وحقوق الأسرة هي حقوق غير مالية لذلك فهي لا تصلح لأن تكون ممراً للتعامل.

أما الحقوق المالية فهي تلك الحقوق التي تنشئها قوانين الأحوال العينية أو قواعد المعاملات، وقد سميت بالحقوق المالية لأنها حقوق تقدر وتقوم بالمال، فهي تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد، وتعرف كذلك "بحقوق الذمة المالية"، وهي تختلف عن غيرها من الحقوق التي سبق ذكرها بكونها قابلة للتصرف فيها والانتقال من صاحبها إلى غيره، وتنقسم هذه الحقوق المالية إلى: حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق ذهنية

¹- الحقوق العامة هي الحقوق التي تثبت لكل الناس دون تمييز بسبب السن أو الجنس أو الدين أو الجنسية لذلك يطلق عليها بحقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية Droits de la personnalité، لاتصالها الأشد بالشخصية وكثيراً ما يطلق عليها بالحربيات العامة Les libertés publiques بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان، لكنها حقوق تفرضها الطبيعة البشرية وتثبت للشخص بحكم كونه إنساناً.

- الحقوق الخاصة هي تلك التي لا تثبت إلا لمن يتوافر فيه بمقتضى القانون بسبب لكتبهما، حرق الشخص في ملكية عين أو في اقتساء دين... فهي سلطات مقررة للأشخاص تخلو لهم القيام بأعمال معينة لحماية مصالحهم إزاء غيرهم من الأفراد وإزاء الدولة . وتشمل بموجب قواعد القانون الخاص بفروعه المختلفة مدنى ، تجاري ...

أو معنوية. ويقوم تقسيم هذه الحقوق المالية على أساس طبيعة محل الحق، فالحق الشخصي محله عمل كما في حق الدائن تجاه المدين، والحق العيني محله شيء مادي، كما في حق الملكية مثلاً. والحق المعنوي أو الذهني محله شيء معنوي أو غير مادي كما في حق المؤلف مثلاً. فما هو الحق العيني؟ وما هو الحق الشخصي؟ وما هي الآثار المترتبة عن كل منهما؟

الحق العيني *Droit réel*: هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بالذات، تخوله القيام بأعمال معينة تتصل بهذا الشيء تحقيقاً لمصلحة له. ويتميز هذا النوع من الحقوق بأنه يرد على شيء مادي معين بالذات أولاً، ويخول لصاحبها سلطة مباشرة على ذلك الشيء دون حاجة إلى وساطة شخص آخر ثانياً. فلا يظهر في الحق العيني إلا صاحب هذا الحق والشيء أو العين التي يرد عليها، ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من الحقوق المالية بالحق العيني.

أما الحق الشخصي *Droit personnel* أو حق الدائنية *Droit de créance* أو الالتزام *obligation*، فهو سلطة مقررة لشخص (الدائن) تجاه شخص آخر (المدين) تخول الأول أن يجر الثاني على أن يعطيه شيئاً، أو على أن يقوم بعمل أو يمتنع من أجله عن عمل. ويتميز الحق الشخصي بأنه سلطة لا ترد على شيء معين بالذات بصفة مباشرة، وإنما هو سلطة ضد شخص آخر لإلزامه بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن أداء عمل⁽²⁾.

ويشترك الحق العيني والحق الشخصي مع غيرهما من الحقوق في أنهما سلطة يخولها القانون لشخص معين ويفرض أحکامها على الكافة. ويتربّ عن الاختلاف الموجود بين الحق العيني والحق الشخصي جملة من الآثار من بينها:

لصاحب الحق العيني أن يتنازل عن حقه بمجرد إرادته دون حاجة إلى رضى شخص آخر، بخلاف الحق الشخصي الذي لا يمكن التنازل عنه إلا باتفاق الدائن والمدين. كما أن الأصل في الحق العيني أن يبقى ويدوم ما بقي ودام موضوعه، بخلاف الحق الشخصي حيث الأصل فيه التأثير فهو ينتهي بانتهاء الالتزام.

أن الحق العيني يكتسب ويزول (باستثناء حق الملكية) بالتقادم، أما الحق الشخصي فلا يكتسب بالتقادم وإن كان يزول به⁽³⁾، لأن اكتساب الحق بالتقادم تشرط فيه بالإضافة إلى شرط المدة شرط الحيازة، وهذه الأخيرة متصرفة في الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية.

يتميّز الحق العيني بأنه يعطي لصاحبها حق التتبع وحق الأفضلية⁽⁴⁾ أما بالنسبة

²- صاحب الحق الشخصي لا يستطيع مباشرة سلطته على الحق إلا بواسطة المدين، فآثار هذه السلطة أو الحق نسبية تقتصر على أطراف العلاقة القانونية.

³- السر في ذلك أن زوال الحق بالتقادم لا يقتضي سوى مضي أمد التقادم وهذا متصرف في الحقوق العينية وكذلك الشخصية، أما كسب الحق بالتقادم فيستلزم الحيازة والحياة متصرفة في الحق العيني دون الحق الشخصي لأن العلاقة بين شخصين لا تصلح بأن تكون محلاً للحيازة.

⁴- حق التتبع *Droit de suite* ، سلطة تسمح لصاحب الحق العيني بطلب استرداد الشيء محل الحق في يد أي كان من الأشخاص الذين انتقل إليهم هذا الشيء دون إرادة صاحبه. وحق الأفضلية *Droit de préférence* هو سلطة تجعل صاحب الحق العيني متمنعاً بالأولوية في استيفاء حقه عن غيره من الدائنين العاديين الذين يكتفون باقتسام ما فاض عن صاحب الأفضلية كل حسب ما نابه.

للحق الشخصي أو حق الدائنية Droit de créance، فليس لصاحبه أن يستعمل حق التتبع والأفضلية، نظراً لكون هذا الحق لا يرد على مال معين وإنما له أثر نسبي، حيث ينحصر في العلاقة بين الدائن والمدين، فلا يستطيع الدائن الحصول على ما هو مستحق إلا بالتجاهه إلى المدين، حيث يعتبر دائنا عادياً ليس له إلا الضمان العام على كامل الذمة المالية لمدينه، وقد يتهدده خطر مزاحمة غيره من الدائنين العاديين الآخرين (الفصل 1241 ق ل ع).

وتتجدر الإشارة إلى أن الحق الشخصي يظهر بصفته حقا في الجانب الإيجابي للذمة المالية للدائن، ويظهر بصفته دينا في الجانب السلبي للذمة المالية للمدين فيسمى "التزاماً". فالحق الشخصي إذن والالتزام وجهان لعملة واحدة أو لشيء واحد، حيث إن كلمة الحق الشخصي تعبر توصيف به هذه الرابطة القانونية منظوراً إليها من زاوية الدائن، أما كلمة التزام فهي تعبر توصيف به نفس هذه الرابطة القانونية منظوراً إليها من زاوية المدين، فنقول إن الدائن حقاً شخصياً قبل المدين، وبأن على المدين التزاماً قبل الدائن.

والحق الشخصي بخلاف الحق العيني يستلزم لاستفادة صاحبه من القيمة التي يمثلها حقه الشخصي، وجود شخص آخر وهو المدين.

إذا ثبت هذا قلنا أن الحق الشخصي أو الالتزام يتكون من العناصر الثلاثة الآتية:

صاحب الحق الشخصي (الدائن)؛

من يتحمل بالالتزام (المدين)، ويطلق عليهما أي الدائن والمدين، أطراف الالتزام أو أشخاص الحق الشخصي؛

محل الالتزام وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فإذا نظرنا إلى الدور الذي يقوم به كل من الدائن والمدين، وجدنا أن المدين هو من يتحمل عبئ الرابطة القانونية، فهو من يتحمل تنفيذ موضوع الالتزام⁽⁵⁾، وهو من يتحمل المسؤولية في حالة عدم التنفيذ، في حين أن دور الدائن يكاد يقتصر على مجرد المطالبة بحقه واستيفائه إما عن طوعية اختياره، وإما عن طريق الإجبار والإلزام. لذلك جرت العادة أن ينظر إلى الحق الشخصي، من زاوية من يتحمل عبئه وهو المدين أكثر من النظر إليه من زاوية الدائن، ومن هنا غالب استعمال اصطلاح "الالتزام" على استعمال اصطلاح "الحق الشخصي"، وأصبح مصطلح "الالتزام" هو السائد تشريعاً وفقها وقضاء، بل إن المشرع المغربي استعمل للدلالة على قانون المعاملات المالية "قانون الالتزامات والعقود".

وهنا لا بأس من الإشارة إلى أن المغرب عرف قبل صدور ظهير المغربية والتوحيد والتعريب بتاريخ 26 يناير 1965 ثلاثة مدونات قانونية مختلفة في مظاهرها ومتحددة في جوهرها وهي:

- الظهير المكون لق.ل.ع الصادر في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب بتاريخ 12

⁵ أي الالتزام بإعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الالتزام بالامتناع عن عمل.

غشت 1912 والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 15/10/1913.

- الظهير الخليفي المكون لق.ل.ع الصادر في منطقة الحماية الإسبانية بالمغرب بتاريخ فاتح يونيو 1914، الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 01/09/1914.

- الظهير المكون لق.ل.ع الصادر في المنطقة الدولية بالمغرب "طنجة" بتاريخ 1925/01/15 ، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ يونيو 1925.

غير أن ظهير المغاربة والتوحيد والتعريب، ألغى الظهيرتين الأخيرتين وعم تطبيق ق.ل.ع الموضوع خلال عهد الحماية للمنطقة الفرنسية على كافة أنحاء المغرب، وهو القانون الذي أصبح الآن متداولاً بين رجال القانون، و موضوع الدراسة في كليات الحقوق أساساً في إطار مادة القانون المدني.

و فيما يرجع إلى هذا القانون (أي ق.ل.ع) فإن لاندري عندما كلفه الجنرال ليوطى بإعداد مشروع التمهيدي، اقتصر في الحقيقة على النقل الحرفي للمجلة التونسية للالتزامات والعقود مع حذف بعض الفصول منها. ويعود الفضل في صياغة المجلة التونسية للالتزامات والعقود إلى داود سانتييانا الذي أعد مشروعها التمهيدي، وبذلك يمكن القول بأن المشروع التمهيدي لقانون المغربي للالتزامات والعقود، ما هو في حقيقته إلا المشروع التمهيدي لسانتييانا، والرجوع إلى هذا المشروع التمهيدي الأخير هو الذي يسمح بالفهم السليم للأحكام المسطرة في القانون المغربي للالتزامات والعقود.

وخلاصة لما سبق فإن الحقوق المالية تنقسم أساساً إلى نوعين: حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات كما يطلق عليها في الغالب. و النوع الأول من الحقوق لا يدخل في نطاق دراستنا، لذلك سنقتصر على دراسة النوع الثاني من الحقوق أي الالتزامات، وهذه الالتزامات سنعالجها في إطار نظرية عامة دون الخوض في القواعد التي تحكم التزاماً بعينه، وإنما حسبنا الحديث عن الأحكام الأساسية والقواعد العامة التي تخضع لها الالتزامات في مجموعها بغض النظر عن خصوصية كل التزام، حيث هناك العديد من الجزئيات التي تختلف بالضرورة من التزام لآخر. وعليه فإن مقرر دراستنا لهذه السنة سيكون كالتالي:

الفصل الأول: مفهوم الالتزام.

الفصل الثاني: مصادر الالتزام.

الفصل الأول: مفهوم الالتزام

من أجل تحديد مفهوم الالتزام لابد من بيان ماهيته من خلال تعريفه وإبراز خصائصه (المبحث الأول) قبل الحديث عن أقسامه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الالتزام

لتحديد ماهية الالتزام سنقوم بتعریفه أولاً (المطلب الأول) ثم نحدد خصائصه الجوهرية ثانياً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الالتزام

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الالتزام بسبب اختلاف مذهبهم في النظر إليه، حيث إن البعض غلب أهمية الأشخاص على موضوع الالتزام فنظر إلى الالتزام نظرة شخصية، وهذا هو المذهب الشخصي (أولاً) بينما نظر البعض الآخر إلى ما يمثله الالتزام من قيمة مالية، تعتبر عنصراً في الذمة المالية بقطع النظر عن صلتها بشخص معين أو دائن معين، فيعرفون الالتزام تعريفاً تغلب عليه هذه النظرة المادية وهذا هو المذهب المادي (ثانياً).

الفقرة الأولى: تعريف الالتزام في إطار المذهب الشخصي

ترجع أصول المذهب الشخصي في الالتزام إلى عهد القانون الروماني، حيث إن العلاقة لم تكن تتجاوز نطاق الأشخاص المكونين للالتزام، حيث كان الدائن يملك بموجب هذه العلاقة سلطة مباشرة على شخص مدينه، تمكّنه في حالة تقاعس هذا الأخير، من ممارسة بعض الحقوق، كإمكانية استعباد المدين وتعذيبه بل والتصرف فيه. فكان من نتائج ذلك أن الالتزام لا يقوم ما لم يتحدد طرفاً، كما أنه يؤدي إلى استحالة انتقاله سواء من ناحية الدائن أو من ناحية المدين.

وبعد أن تكونت معلمات هذه النظرية لدى فقهاء الرومان، عرفت العديد من التطورات عبر الحقب التاريخية الماضية إلى أن صقلها الفقيه الألماني "سافيني Savigny" الذي لم يكن يرى في الالتزام سوى تلك الرابطة التي تمكن الدائن من إحكام السيطرة على المدين، حيث إن المنطق لدى سافيني هو ضرورة خضوع إرادة الطرف السلبي (المدين) لإرادة الطرف الإيجابي في الالتزام وهو (الدائن).

وقد ساد هذا المذهب بصفة عامة في القانون الفرنسي وغيره من القوانين ذات النزعة اللاتинية. وهكذا فإن سلطة الدائن على المدين في نطاق هذا المذهب كانت واسعة، ثم تلطفت فصارت مقصورة على التنفيذ البدني la contrainte par corps ، ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين لحمله على تنفيذ الالتزام من خلال الغرامة التهديدية « l'astreinte »، باعتبارها وسيلة تقوم على تهديد المدين لا بأذى يلحق شخصه ولكن بدفع جزء من ماله، إلا بعد تطور طويل.

الفقرة الثانية: تعريف الالتزام في إطار المذهب المادي

يقوم المذهب المادي في الالتزام على أساس تغليب موضوع الالتزام على طرفيه، حيث لا تكون لأطراف الالتزام إلا منزلة ثانوية، وتبقى كل الأهمية لمحل الالتزام وموضوعه أي للأداء الذي يلتزم به المدين والمنفعة التي يحصل عليها الدائن، والتي تكون عنصراً من الذمة المالية للشخص، بحيث يجوز أن تكون محلاً لكافة التصرفات المالية بغض النظر عن صلتها بشخص المدين أو الدائن. فالأمر البارز في الالتزام عند أصحاب هذا المذهب، يتمثل في القيمة المالية قبل كل شيء، الأمر الذي يجيز تداوله كغيره من الأموال.

وقد ساد هذا المذهب لدى الفقهاء الألمان وعلى رأسهم "كوهار وجيرك" Gierke، الذين رأوا في المذهب الشخصي نوعاً من العرقلة في وجه المعاملات المدنية والتجارية، التي تتطلب المرونة وسهولة التداول اللازمان لتسهيل المعاملات بين الأفراد، وقد ساعد على سيادة المذهب المادي في الالتزام في ألمانيا نظريات ألمانية قديمة استعان بها الفقهاء لتأييد نظرتهم المادية ومنها :

نظريّة الحق على الشيء: التي تعتبر أن الحق الشخصي هو حق على شيء، فيقترب بسبب ذلك من الحق العيني، ذلك أن الحق الشخصي يظل كذلك إلى وقت تنفيذ المدين للالتزام وحصول الدائن على دينه، فيصبح حقاً عيناً لفائدة هذا الدائن، ومؤدى ذلك أن الحق الشخصي مصيره إلى حق عيني. وبناءً على هذا المنهج يصبح العنصر البارز في الحق الشخصي هو موضوعه، مما يؤيد النظرة المادية إلى الالتزام.

نظريّة المديونية « schuld » والمسؤولية « Haftung »: فالالتزام يثقل

بالضرورة كاهل المدين ويوجب عليه أداءه، وهذا هو عنصر الوجوب أو المديونية. كما أن هذا المدين يكون مسؤولاً عن أداء الالتزام، بمعنى أنه يحق للدائن أن يجبره على أداء الالتزام إن هو رفض القيام به طوعاً و اختياراً وذلك بمعونة السلطة العامة، وهذا هو عنصر المسؤولية في الالتزام، وهي مسؤولية تقع على المدين في ماله لا في جسمه، وبذلك تتصبّب المسؤولية وهي أحد العنصريّة الجوهرية في الالتزام على المال دون الشخص، مما يصبح الالتزام بصبغة مادية.

نظريّة الذمة المالية: تقوم الذمة المالية عند الفقهاء الألمان على فكرة التخصيص، فهي مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تخصص لغرض معين، حيث إن ما يميز الذمة المالية هو تخصيصها لغرض معين، وليس استنادها إلى شخص. وبهذا المعنى يصح أن توجد الذمة ولو لم تكن مستندة إلى شخص، وهذا طابع مادي يصدق على الالتزام كذلك باعتباره من عناصر الذمة.

وبسبب تركيز أنصار المذهب المادي على موضوع الالتزام، فقد جاء تعريفهم له مصبوغاً بهذا الطابع، حيث يرون بأن الالتزام هو حالة أو نظام قانوني يلتزم بموجبهما شخص محدد بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء ما للطرف المستفيد من هذه الوضعية القانونية.

ويتضح من خلال ما سبق أن المذهب المادي في الالتزام نتائج هامة عجز أصحاب المذهب الشخصي عن إدراكها، فهو يؤدي إلى سرعة التعامل بشكل ينسجم مع ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر، ما دام أنه يأخذ بعين الاعتبار محل الالتزام أكثر من اعتداده بشخص الدائن والمدين، وهذا ما يسمح بإمكانية تغيير أطراف الالتزام، فيمكن تغيير الدائن بمقتضى حالة الحق، ومن الممكن أن يوجد التزام دون دائن أثناء تكوين الالتزام، ويدخل في ذلك جل التصرفات القانونية الناشئة عن الإرادة الواحدة، حيث يكفي أن يتحدد الدائن عند التنفيذ، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالجائزة والوصايا بمختلف أنواعها...

وإذا ما رجعنا إلى القانون المغربي للالتزامات والعقود، فلنا أن هذا القانون كغيره من القوانين ذات النزعة اللاتينية، لم يستطع أن يتجاهل أهمية الناحية الشخصية للالتزام. وما دام أن هذا القانون ما هو في حقيقته إلا نقل لما جاء في المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي وضع مشروعها التمهيدي داود سانتييانا، فإننا سنقتصر في تعريفنا للالتزام على ما نص عليه الفصل الأول من هذا المشروع التمهيدي - المعابر بمثابة أعمال تحضيرية لـ ق.ل.ع.م - مما يمكن ترجمته كالتالي :

« الالتزام رابطة Lien قانونية بمقتضاه يجبر شخص تجاه شخص آخر على إعطاء donner أو عمل faire أو الامتناع عن عمل ne pas faire شيء وفقاً للشروط المحددة قانوناً ». ^(٦)

و قبل الانتقال للحديث عن خصائص الالتزام، لا بأس من الإشارة إلى أن القانون المغربي وإن اتخذ من المذهب الشخصي أساسا وأصلا له، فإنه أخذ استثناء ببعض تطبيقات المذهب المادي التي اقتضتها ضرورة وحاجات التعامل في العصر الحالي، وذلك كحالة الحق (الفصل 189 وما بعده قل ق.ل.ع) والسنن لحامله، والاشتراط لمصلحة الغير (الفصل 94 من ق.ل.ع).

المطلب الثاني: خصائص الالتزام

يتضح من خلال التعريف المار بنا أن الالتزام هو رابطة قانونية (فقرة أولى) شخصية (فقرة ثانية) يكون محلها عمل له قيمة مالية (فقرة ثالثة) وتلك هي الخصائص الجوهرية للالتزام.

الفقرة الأولى: الالتزام رابطة قانونية

من أهم خصائص الالتزام التي تميزه عن غيره أنه واجب ملقى على عاتق المدين، ما دام أنه مرتب بسلوك معين يتمثل في إعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل شيء لمصلحة الدائن أي صاحب الحق الشخصي. ووصفه بالقانوني معناه، أنه يفرض على الملزم في ظل الجزاءات التي يكفل بها القانون احترام المراكز التي تنشأ للأفراد طبقاً لقواعد.

⁶- لمن أراد أن يطلع على هذا المشروع التمهيدي فهو متشرور في كتاب الثقافة والقانون لصاحبها أحمد ادريوش الجزء الثالث.

لذلك يكون على المدين أن يحترم الرابطة التي تجمعه بالدائن من خلال تنفيذ التزامه بالطوع والاختيار، وإلا جاز للدائن أن يطلب من القضاء إجباره على التنفيذ ولو باستخدام القوة العمومية، فهو رابطة محمية قانوناً ولذلك وصفت بالقانونية.

الفقرة الثانية : الالتزام رابطة شخصية

لقد سبقت الإشارة إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي، إنما تأثر من حيث المبدأ بالمذهب الشخصي ، لذلك فإن الالتزام يفترض بالضرورة استناداً لهذه المرجعية وجود شخصين على الأقل أحدهما يؤدي (وهو المدين) والآخر يتلقى (وهو الدائن).

وتترتب عن شخصية الرابطة نتائج، منها ما يتصل بشخص المدين، ومنها ما يتعلق بشخص الدائن. فمن النتائج المتعلقة بشخص المدين، أن هذا الأخير لا يستطيع مبدئياً أداء ما التزم به إلا لدائه هو، وإلا عذر الوفاء بالالتزام لأحد من الأغيار بمثابة عدم الوفاء، كما أن المدين لا يطلق عليه وصف الالتزام إلا بالنظر للدور الذي يلعبه فيه، حيث إن الدين (محل الالتزام) لا يقع عبئه إلا عليه هو (أي المدين).

أما النتائج المتعلقة بشخص الدائن، فمنها أن الحق الشخصي لهذا الدائن المقابل للالتزام المدين، لا يستطيع أن يطالب به مبدئياً إلا المدين الذي يرتبط معه بعلاقة شخصية بالمفهوم المار بنا، كما أن هذا الدائن لا يستطيع أن يمارس في مطالبه بدينه سلطة مباشرة على أموال مدينه، ما دام أن حقه الشخصي يقف عند حد طلب إجبار المدين على الأداء.

ونظراً إلى أن حق الدائن هو حق شخصي وليس عيني، فإنه لا يتمتع بحقي الأفضلية والتتبع باعتبارهما من مستلزمات الحق العيني على نحو ما سبق لنا بيانه في المقدمة، لذلك لا يبقى للدائن صاحب الحق الشخصي سوى استيفاء حقه مما يكون موجوداً في الذمة المالية للمدين زمن المطالبة القضائية، وبصفة أساسية عند إجراء الحجز على أمواله (أي المدين).

الفقرة الثالثة: محل الالتزام عمل له قيمة مالية

من الخصائص التي تميز الالتزام بمفهومه القانوني عن غيره من الواجبات القانونية، هو ضرورة أن يكون الأداء محل الالتزام مما يمكن تقويمه بالمال أي أن يكون ذا قيمة مالية، ومن هنا فإن كل حق لا يكون محله مالاً لا يوصف بالحق الشخصي ولا يمثل بالتالي التزاماً بالنسبة للمدين، وبناء على ذلك فإن واجبات الأسرة كواجب الآباء في رعاية أولادهم، وواجب الأبناء باحترام آبائهم، وكذلك واجب العامل بتحري الدقة والأمانة في عمله، لا تعتبر التزامات بمفهوم النظرية العامة للالتزام.

وتتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الشيء محل الالتزام، وإن كانت له قيمة مالية ولو زهيدة، فإنه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام إلا إذا كان مباحاً ومما يقبل التمويل. (من أمثلة ما هو مباح بلا تمويل: الشمس في طاقتها الطبيعية، ومن أمثلة ما هو قابل للتمويل من غير إباحة: لحم الخنزير أو الخمر بالنسبة للمسلم أو الأسلحة غير المرخص بها...).

المبحث الثاني: أقسام الالتزام

بخلاف الحقوق العينية التي حددتها المشرع المغربي بشكل حصري بموجب مدونة الحقوق العينية (قانون 39.08 ج.ر عدد 5998)، فإن الحقوق الشخصية أو الالتزامات واردة على سبيل المثال فقط في الكتاب الثاني من ق.ل.ع، ما دام أنها غير قابلة للحصر في قائمة معينة، نتيجة ظهور أشكال جديدة من التعهادات والالتزامات التي تخلقها إرادة الأطراف المتعاقدة بسبب تطور المعاملات.

ويختلف تقسيم الالتزام باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه، فينقسم من حيث مضمونه ومحله إلى التزامات سلبية والتزامات إيجابية، وإلى التزامات فورية والتزامات مستمرة، وإلى التزامات بوسيلة والتزامات بنتيجة (المطلب الأول) وينقسم من حيث إمكان إجبار المدين على تفيذه إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية (المطلب الثاني) أما من حيث مصدره فينقسم إلى التزامات إرادية والتزامات غير إرادية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أقسام الالتزام من حيث محله

تختلف أنواع الالتزام منظورا إليه من زاوية موضوعه إلى التزامات إيجابية وأخرى سلبية (الفقرة الأولى) وإلى التزامات فورية وأخرى مستمرة (الفقرة الثانية) ثم إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الالتزامات الإيجابية والالتزامات السلبية

إن موضوع الالتزام ومحله لا يمكن إلا أن يتمثل في عمل الملزם، فهو الأداء الذي ينصب عليه الوجوب القانوني. وعمل الملزם إما أن يكون عبارة عن القيام بعمل وهذه صورة الالتزام الإيجابي، أو أن يكون عبارة عن الامتناع عن القيام بعمل فيكون التزاما سلبيا. والالتزام بالقيام بعمل، إما أن يتمثل في إعطاء شيء (أولا) أو التخلّي عن منفعة (ثانيا).

أولا : الالتزام بإعطاء شيء

إن الإعطاء بمفهومه القانوني، إنما يتمثل في العمل الذي يقوم به الملزם من أجل نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق السطحية وحق الزينة وغيرها من الحقوق العينية، فالإعطاء إذن هو نقل الحق العيني إلى الدائن.

والشيء محل الإعطاء إما أن يكون ماديا أو معنويا، أما الشيء المعنوي: فهو كل شيء ليس له وجود مادي وإن احتواه شيء مادي، ومن صوره الأعمال الذهنية المتمثلة في براءة الاختراع، والتصاميم الطبوغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، وعلامات الصنع أو التجارة، والاسم التجاري، وبرامج الحاسوب... وغيرها من الحقوق المعنوية.

في حين أن الشيء المادي إما أن يكون عقارا أو منقولا، والعقار هو كل شيء ثابت لا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلا بعد إصابته بتلف أو بنقصان معتبر ومحسوس

في جوهره، فنجد من صوره الأرض أو ما تشمل عليه من بنايات أو أغراض.

والعقار أرضاً كان أو ربعاً (الربع هو كل ما له عتبة كالدار، والمتجزء مثلاً...) إما أن يكون محفوظاً فيخضع للقانون المطبق على العقارات المحفظة، وإما أن يكون غير محفوظ - أي لم يخضع لمسطرة التحفظ العقاري - فتطبق عليه أحكام مدونة الحقوق العينية.

أما المنقول فهو كل شيء مادي غير ثابت في حيزه، بحيث يمكن نقله من مكان إلى آخر دون إصابته بتلف أو بنقصان محسوس في جوهره، وهو إما مثلي وإما قيمي. والشيء المثلي هو كل شيء مادي يوجد مثله في السوق بدون تفاوت معندي به في القيمة، في حين أن الشيء القيمي فهو كل شيء مادي لا يوجد مثله في السوق، أو يوجد لكن مع وجود تفاوت معندي به في القيمة.

و تكمن أهمية التمييز بين الشيء المثلي والشيء القيمي في عدم انتظام استحالة التنفيذ على الشيء المثلي، لأن الأشياء المثلية لا تفني قانونا وإن أصحابها التلف واقعياً، لوجود مثلها في السوق. بخلاف القيميات فإنها تفني وبفنائها يستحيل التنفيذ، واستحالة التنفيذ هي صورة من صور انقضاء الالتزام كما سنرى لاحقاً.

وكما يتمثل الالتزام الإيجابي في إعطاء شيء يمثل كذلك في التخلّي عن منفعة.

ثانياً: الالتزام بالتخلي عن منفعة

قد يتمثل العمل الذي يلتزم المدين بالقيام به، في التخلّي عن منفعة شيء تعود ملكيته لهذا المدين، كالتخلّي عن ثمار أشجاره، أو التخلّي عن منفعة عقاره بواسطة عقد الكراء، سواء تعلق الأمر بمحل سكني أو تجاري أو مهني أو صناعي، أو بعبارة أخرى التخلّي عن غلة الشيء المملوک للمدين. كما يتمثل هذا العمل في تخلّي المدين عن منفعته هو، ومنفعة المدين نفسه هي طاقته الجسمية و/أو الذهنية، وهذه الطاقة يقدمها المدين في شكل خدمة أو عمل غير متصل بأية مهارة، أو في شكل خدمة أو عمل متصل بمهارة وهذه هي الصنعة.

و العقد الذي يقع على منفعة الشخص بهذا المفهوم، إذا كان بمقابل سمي بعقد الشغل (الفصول 723 وما بعده و 746 وما بعده من ق.ل.ع.م) أو بعقد المقاولة - إجارة الصنعة - (الفصول 723 وما بعده و 759 وما بعده من ق.ل.ع). أما العقد الذي يتم بموجبه التخلّي عن منفعة شخص بدون مقابل مبدئياً فمن أمثلته عقد الوكالة، وكذا عقد الوديعة (الفصول 781 وما بعده من ق.ل.ع) و عقد حراسة الشيء المتنزّع فيه (الفصول 818 وما بعده من ق.ل.ع).

أما الالتزام بالامتناع عن عمل، فيتحقق بامتناع الشخص الملتزم (المدين) عن القيام بتصرفات معينة أو إجراء أعمال محددة، كالتزام بائع الأصل التجاري بعدم منافسة المشتري، والتزام المكتري بعدم تغيير تخصيص العين المكتراة أو تغيير معالمها، والتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار المهنية لمشغله... إلى غير ذلك من الأعمال والتصرفات التي يلتزم المدين بعدم القيام بها.

و هكذا فإن الالتزام الإيجابي هو الذي يكون محله قيام المدين بإعطاء شيء أو التخلي عن منفعة أو القيام بعمل، والالتزام السلبي هو الذي يكون محله امتناع المدين عن القيام بعمل كان من الممكن القيام به لو لا وجود هذا الالتزام.

الفقرة الثانية: الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة

الالتزامات الفورية هي تلك الالتزامات التي تقتضي بطبيعتها أن تنفذ دفعة واحدة، كالالتزام البائع في عقد البيع بتسليم الشيء المببع، حيث يتم تنفيذه بعمل واحد دفعة واحدة من جانب البائع، فيوصف العقد الناشئ عن هذا النوع من الالتزامات عقدا فوريأ، أي أنه لا يحتاج لتنفيذ إلى مضي زمن معين.

فالالتزام الفوري لا يقاس مقداره بمقاييس زمني، فهو التزام غير متتابع ولا يستمر مع مرور الزمن، وإنما يتم بفعل واحد وفي لحظة واحدة. و يظل الالتزام فوريأ وإن تم الاتفاق على تأجيل تنفيذه (فالالتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام فوري، وإن اتفق على تأجيل تنفيذه مدة بعد انعقاد العقد، كما لو قسط على دفعات أو أقساط)، كذلك الشأن إذا تم الاتفاق على تسليم المببع على مراحل بعد انعقاد العقد.

أما الالتزامات المستمرة، فهي تلك الالتزامات التي يستلزم تنفيذها القيام بعمل أو بأعمال تستمر مع مرور الزمن، بحيث لا يتم التنفيذ بعمل واحد دفعة واحدة، فيوصف الالتزام بأنه التزام متتابع أو مستمر، ويكيّف العقد الذي ينشئ هذا النوع من الالتزامات بالعقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة.

ويدخل في هذا النوع جميع الالتزامات السلبية التي يكون موضوعها امتناع عن عمل، مادام أن الامتناع حالة مستمرة مع الزمن، ومثاله التزام البائع بعدم المنافسة التجارية، أو التزام البائع بتوريد بضاعة معينة طوال مدة معينة في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن عن كل توريد. وستنحوث عن أهمية التمييز بين الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة عند حديثنا عن أنواع العقود.

الفقرة الثالثة: الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة

الالتزام بنتيجة هو الذي يتلوى من تنفيذه تحقيق نتيجة محددة، كأن يتلزم المقاول ببناء منزل معين خلال أجل محدد، أو يتلزم المكري بتمكين المكري من العين المكتراة للانتفاع بها مدة معينة، وغيرها من الحالات التي يكون فيها المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة، تكون هي الغرض من التعاقد على نحو كامل غير ناقص.

أما الالتزام بوسيلة (أو بعنایة) فهو الالتزام الذي لا يتطلب تنفيذه إلا عدم الإهمال والتقصير في هذا التنفيذ، أي بذل ما يكفي من العناية الازمة لتحقيق النتيجة والغرض المتلوى من الالتزام ولو لم تتحقق فعلا، ومن الأمثلة الشائعة على هذا النوع من الالتزام، ذلك الذي يقع على عاتق المحامي، فهذا الأخير يتلزم بأن يدافع عن موكله من خلال تسخير خبرته ومهاراته لاستصدار حكم لصالح موكله، لكنه لا يكون مسؤولا عن تحقيق هذه النتيجة. و معنى ذلك أن الملزم بوسيلة يكون قد نفذ التزامه، عندما يتخذ ما يكفي من الحبطة والحذر والجهد وفقا لأصول المهنة وتقاليدها، مما يسأل عنه الملزم

بنتيجة هو تحقيق النتيجة، وما يسأل عنه الملزوم بوسيلة هو اتخاذ كل الوسائل المؤدية إلى تحقيق النتيجة دون أن يلتزم بتحقيقها.

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الالتزام على مستوى قواعد الإثبات، فإن إثبات عدم التنفيذ في الالتزام بنتيجة، يكتفى فيه بإثبات عدم تحقق النتيجة التي يضمنها المدين، وإن كان قد بذل كل جهده في العمل على تحقيقها. أما عندما يتعلق الأمر بالالتزام بوسيلة أو ببذل عناية، فإن من يدعي الإخلال بهذا الالتزام (وهو الدائن غالبا) يكون ملزما بإثبات ادعائه، لأن يثبت التقصير أو الإهمال في جانب الملزوم (المدين). وغني عن البيان أن إثبات التقصير في الالتزام بنتيجة أيسر وأهون من إثباته في الالتزام بعنابة.

المطلب الثاني : أقسام الالتزام من حيث إمكان إجبار المدين على تنفيذه

ينقسم الالتزام من حيث إمكان إجبار المدين على تنفيذه إلى التزامات مدنية (الفقرة الأولى) والتزامات طبيعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام المدني

يتضمن الالتزام المدني بالإضافة إلى عنصر المديونية أو يصطلاح عليه في إطار المذهب المادي بالشولد *schuld*، عنصر المسؤولية أي الهافتونك *Haftung*، حيث يكون المدين ملزما ومسؤولا عن تنفيذ التزامه تحت طائلة إمكانية لجوء الدائن إلى القضاء لإجباره على التنفيذ، أو الحصول على تعويض عن الضرر الحاصل له بسبب إخلال المدين بالتزامه.

فالالتزام المدني بهذا المعنى، لا يعني أكثر من الالتزام القانوني كما سبق لنا تعريفه. ومتى أطلق لفظ الالتزام من غير تقييد بأي وصف، فإنه لا يقصد به سوى الالتزام المدني.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اصطلاح الالتزام المدني، وإن وصف بالمدني فهو لا يعني سوى الالتزام المدني قانونا، بغض النظر عما إذا كان هذا القانون هو القانون المدني (ق ل ع) أو غيره من النصوص القانونية الأخرى المستقلة عن القانون المدني، كالقانون التجاري مثلا أو قانون الشغل أو قانون حماية المستهلك ...

وهكذا فما يميز الالتزام المدني بخلاف الالتزام الطبيعي، هو حماية القانون له من خلل تضمنه لعنصري المديونية والمسؤولية، أي وجوب تنفيذ المدين للالتزام تحت طائلة إمكانية إجباره على ذلك قانونا.

الفقرة الثانية: الالتزام الطبيعي

يفقد الالتزام الطبيعي أهم عنصر في الالتزام المدني وهو عنصر المسؤولية، حيث لا يتكون سوى من مادة الشولد *Schuld*، ولا يوجد ما يحمل المدين على تنفيذه سوى الضوابط الأخلاقية أو الدينية أو الاجتماعية، حيث يعجز القانون عن حمايته، وإلا عد التزاما مدنيا.

وللإشارة فإن تجرد الالتزام الطبيعي من عنصر الإلزام يجعلنا أما التزام غير ملزم، وهو ما يتجافي مع منطق القانون بل يتجافي مع مدلول لفظ الالتزام، لذلك فاستعمالنا لهذا الاصطلاح إنما هو من باب الأخذ بالمبأدا القائل "خطأ شائع خير من صواب مجهول". إذا ثبت هذا، فلنا أن من حالات الالتزام الطبيعي ما يلي :

- حالة أداء ما انقضى بالتقادم (ف 73 ق.ل.ع)، فمثل هذا الأداء يكون بمثابة التنازل عن التقادم بعد حصوله (ف 373 ق.ل.ع)، ولا يمكن للمدين في حالة الأداء في الالتزام الطبيعي أن يطلب استرداد ما أداه، لأنه يكون كمن أدى طوعاً لما لا يلزم (الفصل 69 ق.ل.ع).

- حالة الالتزام الأخلاقي كإنفاق الأخ على أخيه أو الأب على ابنه الراشد، فالإنفاق هنا غير ملزم لكنه متى حصل امتنع طلب الاسترداد قضاء.

ومن أهم آثار الالتزام الطبيعي أنه لا يقبل التنفيذ الجبري، كما من آثاره أن تنفيذه جزء منه لا يعني بأن الأجزاء التي لم تنفذ قد أصبحت التزاماً مدنياً، حيث لا يمكن إجبار المدين بالالتزام الطبيعي على أداء ما بقي في هذا الالتزام بدون أداء.

المطلب الثالث: أقسام الالتزام من حيث مصدره

بالرجوع إلى الفصل الأول من ق.ل.ع، نجد أن المشرع المغربي قد حدد مصادر الالتزام متأثراً في ذلك بالمدرسة التقليدية، في الاتفاques والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وأشباه العقود والجرائم وأشباه الجرائم، وذلك عندما قال « تنشأ الالتزامات عن الاتفاques والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة، وعن أشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم ». وبذلك يمكن القول بأن الالتزام يجد مصدره في نوعين أساسيين: أولهما يقوم على الإرادة التي تعمل على إنشاء الالتزام، وهذا ما يعرفه بالتصريف القانوني (الفقرة الأولى) وثانيهما يقوم على حدوث واقعة معينة يتربّب عنها نشوء الالتزام، دون أن يكون للإرادة أي دور في قيام هذا الالتزام. وهذا ما يُعرف بالواقعة القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التصرف القانوني كمصدر للالتزام

إن التصرف القانوني إما أن يكون صادراً من جانبين أو إرادتين فنكون أمام عقد أو اتفاق. والعقد كما سنرى لاحقاً هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ومن صوره البيع والكراء والشراكة...،

و إما أن يكون صادراً من جانب واحد أي نتيجة الإرادة المنفردة، فنكون أمام التزام ناشئ نتيجة الإرادة المنفردة للملازم فقط، والمقصود بالإرادة المنفردة ذلك التعهد المنفرد الذي يتربّب عليه التزام المتعهد دون حاجة إلى قبول شخص آخر. ومن صوره الوقف والوصية والوعد بجائزة...الخ.

الفقرة الثانية : الواقعية القانونية كمصدر للالتزام

إن الواقعية القانونية التي تولد الالتزام، إما أن تكون واقعة قانونية نافعة وهذا ما يعرف بشبه العقد أو الإثراء بلا سبب، ومعناه أن كل من تلقى في ذمته مالا نتيجة افتقار لشخص آخر، دون توافر سبب قانوني يبرر الافتقار أو الإثراء، يتلزم بأن يرد إلى المفقر ما لحقه من خسارة بقدر ما أثرى به.

وإما أن تكون الواقعية القانونية ضارة، وهذا ما يعرف بالجريمة وشبه الجريمة أو العمل غير المشروع، أو الفعل الضار، أو المسؤولية التقصيرية، حيث إن من يتسبب لغيره في حدوث ضرر في ماله أو في نفسه، يكون مسؤولاً تجاه هذا الشخص من أجل تعويضه عن الضرر الحاصل له، فمسؤوليته تلك هي ما يولد التزامه بأداء التعويض.

والفرق بين الجريمة وشبه الجريمة يتمثل في عنصر العمد، حيث إن الجريمة « Délit » هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً بالإضرار بالغير، كالحريق العمد مثلاً حيث يكون مسؤولاً عن تعويض مالك المال الذي أتلفه الحرائق مما أصابه من ضرر. أما شبه الجريمة فهي عمل ضار لكنه غير متعمد، فهو يصدر عن إهمال أو رعونة أو عدم احتياط أو غيرها من صور الخطأ « quasi - délit ».

وتتجدر الإشارة إلى أن المسؤولية قد تكون عن فعل المسؤول نفسه، أو عن فعل غيره أو عن الأضرار التي تحدث من الأشياء التي تكون في حراسته. ونظراً لضيق الوقت فإننا سنكتفي بما قلناه عن أقسام الالتزام من حيث مصادره، ما دام أننا سنتحدث في الفصل الثاني عن أهم مصدر للالتزام من خلال حديثنا عن العقد.

الفصل الثاني: مصادر الالتزام "العقد نموذجاً"

لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي حدد في الفصل الأول من ق.ل.ع مصادر الالتزام في: الاتفاقيات، التصریحات الأخرى المعبرة عن الإرادة، أشباه العقود، الجرائم ثم أشباه الجرائم. ونظراً لضيق الوقت وباعتبار أن العقد هو المصدر الأساسي لمعاملات اليوم، لذلك فإننا سنقتصر على دراسته دون بقية المصادر الأخرى، وذلك من خلال المباحثين التاليين:

المبحث الأول: تكوين العقد

المبحث الثاني: تنفيذ العقد

المبحث الأول: تكوين العقد

لقد اشترط المشرع لقيام العقد جملة من الأركان (المطلب الأول) التي يترتب عن الإخلال بها البطلان (المطلب الثاني) وقبل الحديث عن هذه الأركان وعن جزاء الإخلال بها. لا بأس من تمهيد نبين من خلاله معنى العقد وأنواعه.

تمهيد في تعريف العقد وبيان أنواعه

لم يعمل المشرع المغربي على تعريف العقد من خلال ق.ل.ع، وإنما ترك ذلك للفقه باعتبار أن التعريف هو مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها لاجتهاد الفقهاء، وأهم تعريف يمكن إعطاؤه للعقد هو أنه " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني" ، حيث قد يتمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

و من خلال هذا التعريف يتبيّن لنا أن وجود العقد يقتضي توافر أمرين:

أولهما: توافق إرادتين أو أكثر، فما يميز العقد عن غيره من التصرفات القانونية الناشئة عن الإرادة المنفردة⁽⁷⁾ هو وجود طرفين أو أكثر لكون أمام عقد بمفهومه القانوني، حيث تلتقي إرادتهما (هم) وترتبط من أجل إحداث أثر قانوني، فالبیع مثلا لا يعتبر منعقدا إلا إذا التقت إرادة البائع (الطرف الأول) بإرادة المشتري (الطرف الثاني) واقترن قبول أحدهما بایجاب الآخر و اتفقا على العناصر الأساسية للالتزام، وفق ما أشارت إليه المادة 19 من ق.ل.ع عندما نصت على أنه « لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المنشورة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية ».

ثانيهما: لكون أمام عقد بمفهوم ق.ل.ع لابد من أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، فليس كل اتفاق لإرادتين مثلا على شيء أو على القيام بأمر معين (كالاتفاق مع صديق على تلبية دعوة، أو أداء فريضة الحج مثلا) يعتبر عقدا، فهذا النوع من الاتفاques لا يعدو أن يكون تعهدا أخلاقيا نابعا عن المجاملات المتبادلة في الحياة اليومية للأفراد. ولا نكون أمام عقد إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني، هذا الأثر القانوني قد يكون عبارة عن إنشاء التزام بين الدائن والمدين، أو قد يكون عبارة عن اتفاق من أجل نقل الالتزام (كحالة الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد) أو تعديله (كحالة تجديد العقد الأصلي بإضافة شروط جديدة) أو إنهائه (كالإقالة الاختيارية).

والعقود المشاعة في التعامل، ليست على نوع واحد ودرجة واحدة، بل هي متعددة متفاوتة فيما بينها بحسب أهميتها في ميدان المعاملات، وهي تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليها (أي العقود) فالعقد من زاوية طريقة تكوينه ينقسم إلى عقد رضائي وعقد شكلي وعقد عيني، ومن زاوية محله ينقسم إلى عقد ملزم لجانبين (العقد التبادلي) وعقد ملزم لجانب واحد (العقد غير التبادلي)، كما ينقسم إلى عقد المعاوضة

⁽⁷⁾ هذه التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة لا تقتضي لقيام الالتزام سوى إرادة واحدة هي إرادة الملزم (كلوصية مثلا)

وعقد التبرع، وإلى العقد المحدد والعقد الاحتمالي. أما من زاوية مدته فينقسم إلى عقد فوري وعقد مستمر، وينقسم من زاوية الحرية التعاقدية إلى عقد مسمى وعقد غير مسمى إلى غير ذلك من أقسام العقود، لذلك حسبنا في هذا المقام الإشارة إلى بعض هذه العقود، نظراً لأهميتها وأهمية ما يترتب عليها من آثار.

العقود الرضائية والشكلية والعينية:

العقد الرضائي «*contrat consensuel*» هو العقد الذي يتم انعقاده وينتج آثاره بمجرد تراضي عاقيديه واتفاقهما، باقتراح قبول أحدهما بإيجاب الآخر دون اشتراط شكل ما لانعقاده، ويستوي في ذلك أن يكون هذا العقد شفاهياً أو مكتوباً.

العقد الشكلي «*contrat solonnel*»، هو الذي يتشرط لانعقاده بالإضافة إلى عنصر الرضائية - أي تراضي المتعاقدين - توافر شكل معين، حيث لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط. وذلك كاشتراط الكتابة بالنسبة لبيع العقار طبقاً للفصل 489 ق لـ، حيث اشترط المشرع بمحض هذا الفصل أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ تحت طائلة البطلان. وكما تكون الشكلية بنص القانون قد تكون باتفاق الطرفين، حيث إن العقد يكون شكلياً إما بمقتضى نص في القانون وإنما بمقتضى اتفاق الطرفين المتعاقدين أنفسهما (الفصل 402 ق لـ) سواء كانت الشكلية بنص القانون أو بإرادة الأطراف، فإنه يجب مراعاتها تحت طائلة بطلان العقد لفقدان ركن من أركان انعقاده.

وهذا لابد من الإشارة إلى ضرورة التمييز بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات، حيث قد يتشرط المشرع الكتابة لوجود التصرف وانعقاد العقد، كما هو الشأن بالنسبة للبيع الواقع على العقار، الذي أوجب المشرع لانعقاده أن يتم كتابة في محرر ثابت التاريخ تحت طائلة البطلان، حيث تعتبر الكتابة هنا ركن من أركان العقد الذي يترتب عن تخلفه البطلان، وقد يتشرط المشرع الكتابة للإثبات فقط وليس لانعقاد كما في حالة بيع السلم، الذي نص المشرع على عدم جواز إثباته إلا بالكتابة (الفصل 613)، حيث لا يعتبر العقد في هذه الحالة عقداً شكلياً بل يظل عقداً رضائياً وإن اشترطت فيه الكتابة، ما دام أن هذه الكتابة لا أثر لها على انعقاد العقد وإنما تتعلق بإثباته فقط بعد قيامه صحيحاً.

العقد العيني «*contrat réel*» هو الذي يتشرط لانعقاده علاوة على تراضي طرفيه، أن يتم فيه تسليم الشيء موضوع العقد، بحيث لا يبرم العقد ولا يتم إلا إذا تم ركن التسليم، ومن الأمثلة على ذلك الرهن الحياني (الفصل 1186) وعقد القرض (الفصل 856 ق لـ).

العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

العقد الملزم لجانبين أو العقد التبادلي «*contrat synallagmatique*» هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات مترابطة في ذمة كل من طرفيه، بحيث يصبح كل واحد منها دائناً

في ناحية ومدينا في ناحية أخرى، ففي الكراء مثلاً نجد المكري دائنا بالوجيبة الكرائية ومدينا بتمكين المكري من العين المكتراة، والمكري نجده دائنا بالعين المكتراة ومدينا بأداء الوجيبة الكرائية.

أما العقد الملزم لجانب واحد أو العقد غير التبادلي «*contrat unilatéral*»، فهو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدین دون الآخر، بحيث يكون أحدهما مدين غير دائن والآخر غير مدين، كما في الوديعة بغير أجر حيث يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الوديعة وردها، ولا يلتزم المودع بشيء.

وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد *contrat unilatéral* والتصرف بالإدارة المنفردة «*acte unilatéral*»، فالعقد الملزم لجانب واحد لا يتم إلا باتفاق إدارتين، أما التصرف بالإرادة المنفردة فيكون صادراً من جانب واحد فقط، حيث تكون أمام التزام مصدره إرادة واحدة هي إرادة الملزم.

ويترتب عن التمييز بين العقود الملزمة لجانبين وتلك الملزمة لجانب واحد جملة من الآثار :

(1) في العقد التبادلي إذا طالب أحد الطرفين الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، دون أن يقوم هو بتنفيذ التزامه، جاز للمطالب بالتنفيذ أن يدفع طلب خصمه ويتمتع عن التنفيذ، ما دام أن ذلك الخصم لم يقم بتنفيذ التزامه، وذلك نظراً لقابل الالتزامات في هذا العقد (الفصل 235 ق.ل.ع). وهذا الدفع المعروف بالدفع بعدم التنفيذ لا يمكن تصوره في العقد غير التبادلي.

(2) في العقد التبادلي إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل من التزامه هو الآخر. و هنا لا بأس من الإشارة إلى أن المشرع المغربي و بخلاف بعض التشريعات المقارنة، حصر حق طلب الفسخ في حالتين:

- الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام غير ممكن أصلاً؛

- الحالة التي يكون فيها الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه (الفصل 252 ق.ل.ع). وهذه الدعوى غير ممكنة إلا إذا كان العقد ملزماً لجانبين فقط، لاستحالة رفعها في العقد الملزم لجانب واحد، ما دامت الغاية من الفسخ هي أن يتحلل طالب الفسخ من التزامه.

(3) في العقد التبادلي إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن هذا الالتزام ينقضى. ويسقط بسبب ذلك الالتزام المقابل له عن المتعاقد الآخر، ومن ثم فتتلاع الاستحالة في هذه العقود يتحملها المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه، حيث إن هذا المدين يهلك محل التزامه دون أن يستطيع مطالبة الطرف الآخر بشيء، فيكون بسبب ذلك قد تحمل تبعات الاستحالة (الخسارة) (الفصل 338 ق.ل.ع)، ففي البيع مثلاً: إذا هلك المباع نتيجة قوة قاهرة، انقضى التزام البائع بنقل ملكية المباع إلى

المشتري، وانقضاء التزام البائع يفضي إلى سقوط التزام المشتري بأداء الثمن، بحيث يتحمل تبعة هلاك المبيع الذي هو المدين بالالتزام الذي أضحي تتفيد مستحلا.

أما في العقد غير التبادلي، فإن الذي يتحمل تبعة الاستحالة هو صاحب الحق الذي يضيع عليه حقه بسبب استحالة تنفيذ الالتزام كالمودع في الوديعة بغير أجر، وليس من استحال عليه التنفيذ أي المودع لديه في مثالنا.

عقود المعاوضة وعقود التبرع:

- عقد المعاوضة « contrat à titre onéreux » هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا لما يعطي، ففي البيع مثلاً يقبض البائع الثمن مقابل إعطاء المبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابل أداء الثمن.

- أما عقد التبرع « contrat à titre gratuit » فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلًا لما يعطي، ويدخل في هذا الجانب الهبات بمختلف أنواعها.

ويترتب عن الاختلاف الموجود بين هذين العقدين أثار مهمة منها:

- الأصل أن الغلط الواقع على شخصية أحد المتعاقدين يعيّب الإرادة في عقود التبرع دوماً، فيجعلها قابلة للإبطال، بخلاف عقود المعاوضة فإن الغلط في شخصية أحد المتعاقدين لا يعيّب الإرادة، إلا إذا كانت هذه الشخصية محل اعتبار خاص عند التعاقد، كالتعاقد مع مهندس طبوي رأفي مثلاً لما يتمتع به من سمعة حسنة.

- من حيث تقدير المسؤولية عند الإخلال بالالتزام، حيث إن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض، وذلك نظراً لتقابل الالتزامات في عقود المعاوضة.

بخلاف عقود التبرع فهي مبنية على عدم الضمان، ما لم يتعمد المتبرع إلحاق الضرر بالشيء المتبرع به بعد نشوء التصرف.

- بالنسبة للتشریعات التي أخذت بالدعوى البوليفانية (وهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنٍ)، فإنه لا يحق للدائنين الاستفادة من هذه الدعوى بالنسبة لعقود المعاوضة، إلا إذا تم إثبات التواطؤ بين مدينه ومن تعامل معه. أما في عقود التبرع فلا حاجة لإثبات هذا التواطؤ لافتراض وجوده في هذا النوع من التصرفات.

العقود المحددة وعقود الغرر:

العقد المحدد « contrat commutatif » هو الذي يستطيع فيه كل من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي، كالبيع مثلاً حيث يكون البائع عارفاً لقيمة المبيع الذي التزم بنقل ملكيته إلى المشتري، والمشتري يعرف مقدار الثمن الذي التزم بدفعه للبائع.

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر « contrat aléatoire »، فهو الذي لا يستطيع فيه أي من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي

بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر غير محقق الحصول، كما في عقد التأمين ضد الحريق مثلاً الذي يكون فيه احتمال حدوث الحريق غير متحقق الواقع. ففي عقود الغرر يكون احتمال الكسب والخسارة عنصراً أساسياً لقيام هذه العقود، بحيث إذا انعدم هذا الاحتمال كان العقد باطلاً.

العقود الاختيارية وعقود الإذعان:

العقد الاختياري «*contrat de gré*» أو عقد التراضي «*contrat négocié à gré*»، هو العقد الذي تتم مناقشة بنوده بمحض اختيار المتعاقدين معاً وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يكون أطراف هذا العقد متساويان من حيث المراكز الاقتصادية، فلا يكون أي منهما مجبراً على قبول الشروط التعسفية التي قد يميلها الطرف الآخر، لوجود إمكانية للتعاقد مع طرف آخر غير الطرف المتغافل.

أما عقد الإذعان «*contrat d'adhésion*» فهو العقد الذي يتم دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين، حيث يختل عنصر التوازن بين المتعاقدين بسبب قوة اقتصادية أو وجود حالة احتكار تفرض التعاقد جبراً مع الطرف القوي (المحتكر غالباً)، وذلك كما هو الشأن بالنسبة لعقود الاشتراك في الماء أو الكهرباء. حيث إن المتعاقد لا يملك إلا أن يقبل الشروط التي يميلها الطرف الآخر جملةً أو يرفضها جملةً دون مفاوضة أو نقاش. وبذلك يتبيّن أنه لا يعتبر عقد ما عقد إذعان لابد من توافر ما يلي:

- أن تكون السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد موضوعاً لاحتقار قانوني أو فعلي؛
- أن يكون الطرف الضعيف في العقد مدفوعاً بسبب الحاجة إلى التعاقد؛
- أن يتم وضع شروط العقد مسبقاً من طرف الجانب القوي، وما على الطرف الضعيف إلا القبول بها أو الامتناع عن التعاقد.

العقود الفورية والعقود المستمرة:

العقد الفوري «*contrat instantané*» هو العقد الذي تترتب معه الالتزامات التعاقدية بين أطرافه لحظة إبرامه، ويتم تنفيذه لحظة واحدة بعمل واحد، حيث إن محل العقد الفوري وموضوعه يتحدد باستقلال عن عنصر الزمن، فلا يكون لهذا الأخير سوى أهمية ثانوية أو عرضية تبرز عند التنفيذ، أي أن عنصر الزمن لا يعتبر أساسياً عند الاتفاق بين الطرفين على تحديد العناصر الأساسية للعقد، وإنما تبرز أهميته عند التنفيذ.

وبذلك فإن التزام المشتري باداء الثمن هو التزام فوري، ما دام أن عقد البيع يعتبر من العقود الفورية، ولا يغير من طبيعة هذا العقد الفوري، اتفاق البائع والمشتري على تأجيل أو تقسيط أداء الثمن مدة بعد انعقاد العقد، حيث إن عنصر الزمن في هذه الحالة ظهر بصفة عرضية عند التعاقد، فلم يكن له أي تأثير على تحديد العناصر الأساسية للعقد سواء تعلق الأمر بمقدار المبيع أو الثمن أو غيره من العناصر الأساسية التي

يحددها الطرفان وقت التعاقد، باستقلال عن عنصر الزمن الذي لا تظهر أهمية كما قلنا سوى عند التنفيذ.

ولا يغير من طبيعة هذا العقد كذلك، مضي مدة زمنية طويلة عند التفاوض، ما دامت العبرة بانعقاد العقد لا بما استغرقه من مدة قبل الانعقاد.

أما العقد المستمر «*contrat successif*» ويسمى كذلك عقد المدة أو العقد الزمني، فهو العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصراً أساسياً عند إبرام العقد وتحديد محله، وهذا العنصر الأساسي - أي الزمن - في هذا النوع من العقود قد تطول مدة أو تقصر بحسب اتفاق الأطراف. ومن صوره عقد الكراء الذي يتربّب في ذمة طرفيه التزامات متبادلة يكون لعامل الزمن دور أساسي فيها، حيث يتلزم المكري بتمكين المكري من الانتفاع بالعين المكررة طيلة مدة الكراء المتفق عليها، ويلزم المكري بأداء الوجيبة الكرائية طيلة هذه المدة كذلك.

ومن الأمثلة كذلك عقد التوريد الذي يتلزم من خلاله المورد بتوريد البضاعة للمشتري طيلة المدة المتفق عليها، مقابل التزام المشتري بأداء الثمن عند كل توريد. ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من العقود: " العقود ذات التنفيذ الدوري" «*contrats à exécution périodique*».

ومن آثار التمييز بين العقد المستمر والعقد الفوري ما يلي:

- يتربّب على فسخ العقد الفوري إعادة الطرفين إلى حالة التي كانا عليها قبل التعاقد متى أمكن ذلك، أما بالنسبة لفسخ العقد المستمر فلا تسرى آثاره سوى بالنسبة للمستقبل، ولا يمكن إرجاع طرفيه إلى الحالة التي كانوا عليها وقت التعاقد.

- لترتيب المسؤولية العقدية في العقد الفوري، يشترط إخطار الطرف المخل بتنفيذ التزامه التعاوني قصد إثبات التماطل في التنفيذ، أما بالنسبة للعقود المستمرة فلا حاجة لهذا الإخطار، حيث يفترض هنا أن كل تأخير يشكل ضرراً بسبب ما يفوته من وقت لا سبيل لتداركه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

- الأصل بالنسبة للعقود الفورية أن لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إليها، نظراً لسريان آثاره في وقت وجيز لا يسمح بتغيير الظروف فيه، بخلاف العقود المستمرة حيث تذهب التشريعات المعاصرة (باستثناء التشريع المغربي) إلى إقرار نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إليها، نتيجة لظروف غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد من هقا للمدين بالالتزام.

العقود المسماة والعقود غير المسماة :

العقد المسمى «*contrat nommé*» هو العقد الذي تولى المشرع تنظيمه، بحيث خصه باسم معين وحدد شروطه وأثاره القانونية، وقد نص المشرع في ق.ل.ع. على جملة من العقود المسماة في الكتاب الثاني (الفصل 478 وما يليه) نذكر منها عقد البيع وعقد الكراء وعقد إجارة الخدمة ...

العقد غير المسمى « contrat innommé » هو العقد الذي لم يحظ بتنظيم خاص من طرف المشرع، وإنما اقتضته وأفرزته ضرورات وتطورات المعاملات بين الأفراد. والأصل أن يترك للأفراد حرية إبرام ما يشاءون من العقود غير المسمة شريطة احترام مقتضيات النظام العام والأداب العامة.

العقود البسيطة والعقود المركبة:

نكون أمام عقد بسيط « contrat simple » عندما يتضمن هذا العقد وصفا واحدا، بحيث لا يكون هناك مجال للشك في طبيعته القانونية بسبب عدم اختلاطه بغيره من العقود. وأغلب العقود الشائعة في معاملات الأفراد من النوع البسيط كعقد البيع وعقد البناء وعقد الشغل...

أما العقد المركب « contrat complexe » فهو العقد الذي يتخذ أكثر من وصف قانوني، بحيث تجتمع فيه عناصر أكثر من عقد واحد فلا نستطيع الجزم بانسابها لصنف معين من العقود، الشيء الذي يطرح صعوبة عند تكييف هذا النوع من العقود من طرف القاضي. ومن صوره الإيجار السائر إلى التملك « Location – Vente » والذي يتყق بموجبه شخصان على أن يبيع أحدهما للأخر شيئاً معيناً، مع اشتراط أن يدفع الثمن على أقساط طيلة مدة معينة لا يثبت خلالها للمشتري سوى حق الإيجار، وبأداء كل أقساط الثمن المتفق عليه يصبح المشتري مالكاً لذلك الشيء. و من الأمثلة كذلك عقد العمل الذي يبرمه المشغل مع الأجير والذي يشترط من خلاله إقامة الأجير في فنادق تابعة لأعمال الورش، وما ينتج عن ذلك من استهلاك للوجبات الغذائية، الأمر الذي يطرح العديد من التساؤلات عن طبيعة هذا العقد القانونية نظراً لاشتماله على خليط من التصرفات القانونية.

المطلب الأول: العناصر الازمة لتكوين العقد

لقد سبقت الإشارة إلى أن العقد هو « توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني »، وإذا ما رجعنا إلى الفصل الثاني من ق.ل.ع وجدناه ينص على أن « الأركان الازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :- الأهلية للالتزام؛

- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛
- شيء محقق يصلح لأن يكون ملحاً للالتزام؛
- سبب مشروع للالتزام ». .

و هكذا، فإن قيام العقد يقتضي لإنتاج آثاره القانونية تراضي طرفيه بشكل صحيح (الفقرة الأولى) وألا يتعلق الأثر القانوني المراد إحداثه بما هو مخالف للقانون أو النظام العام، أي أن يكون موضوع التعاقد وسببه مشروعاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوجود الصحيح للرضى

قبل الحديث عما يشترط لذكـون أمام تراضـ صـحـ (ثـانـيـاـ) لـابـدـ منـ الحديثـ عنـ كـيفـيـةـ حـصـولـ التـراـضـيـ (أـوـلـاـ).

أولاً: وجود التراضـيـ

إن التـراـضـيـ يـقتـضـيـ فـضـلاـ عـنـ وـجـودـ إـرـادـةـ التـعـاـقـدـ لـدىـ الـطـرـفـيـنـ،ـ اـنـصـرـافـ هـذـهـ إـرـادـةـ إـلـىـ إـحـادـاثـ أـثـرـ قـانـونـيـ.ـ وـلـمـ كـانـتـ إـرـادـةـ مـنـ الـأـمـرـ الـنـفـسـيـ وـالـبـاطـنـيـةـ الـتـيـ لاـ يـعـتـدـ بـهـاـ الـقـانـونـ،ـ إـلـاـ إـذـاـ تـمـ تـعـبـيرـ عـنـهـ بـوـسـائـلـ تـنـقـلـهـاـ مـنـ مـكـامـنـ الـنـفـسـ وـمـجـرـدـ الـنـيةـ إـلـىـ الـعـالـمـ الـخـارـجـيـ،ـ وـهـذـاـ مـاـ يـعـرـفـ بـصـيـغـةـ التـعـبـيرـ عـنـ إـرـادـةـ (أـ)ـ فـإـنـ التـراـضـيـ لـاـ يـتـمـ إـلـاـ بـتـوـافـقـ إـرـادـةـ طـرـفـيـ الـعـقـدـ وـاقـتـرـانـ قـبـولـ أـحـدـهـمـ بـإـيجـابـ الـآـخـرـ (بـ).

(أ) صـيـغـةـ التـعـبـيرـ عـنـ إـرـادـةـ

لم يـشـتـرـطـ المـشـرـعـ مـظـهـراـ خـاصـاـ أوـ صـيـغـةـ مـعـيـنةـ لـلـتـعـبـيرـ عـنـ إـرـادـةـ،ـ حـيـثـ تـرـكـ الـحـرـيـةـ لـلـمـتـعـاـقـدـيـنـ قـصـدـ إـلـفـصـاحـ عـنـ إـرـادـتـهـمـ بـالـطـرـيـقـةـ الـتـيـ يـرـوـنـهاـ مـنـاسـبـةـ،ـ اـنـطـلـاقـاـ مـنـ مـبـداـ رـضـائـيـةـ الـعـقـودـ الـذـيـ يـقـضـيـ بـأـنـ الـعـقـدـ يـقـومـ بـمـجـرـدـ تـرـاضـيـ طـرـفـيـهـ.

وـ يـمـكـنـ القـوـلـ عـمـومـاـ أـنـ التـعـبـيرـ عـنـ إـرـادـةـ قـدـ يـكـوـنـ بـصـيـغـةـ صـرـيـحةـ كـمـاـ يـكـوـنـ بـصـيـغـةـ ضـمـنـيـةـ،ـ فـالـتـعـبـيرـ الـصـرـيـحـ هـوـ الـذـيـ يـفـصـحـ عـنـ إـرـادـةـ بـطـرـيـقـةـ مـبـاشـرـةـ،ـ حـيـثـ يـتـمـ بـكـلـ وـسـيـلـةـ نـتـكـشـفـ عـنـ إـرـادـةـ حـسـبـ مـاـ هـوـ مـأـلـوفـ بـيـنـ النـاسـ،ـ وـذـلـكـ كـالـتـعـبـيرـ بـالـلـفـظـ أـوـ الـكـتـابـةـ أـوـ بـالـإـشـارـةـ الـتـيـ تـعـارـفـ النـاسـ عـلـىـ مـعـناـهـ،ـ أـوـ بـصـورـةـ عـامـةـ بـاتـخـاذـ أـيـ مـوقـفـ لـاـ تـدـعـ ظـرـوفـ الـحـالـ شـكـاـ فـيـ دـلـالـتـهـ عـلـىـ حـقـيقـةـ الـمـقـصـودـ مـنـهـ،ـ كـعـرـضـ التـاجـرـ بـضـاعـتـهـ لـلـجـمـهـورـ مـكـتـوبـ مـكـتـوبـاـ عـلـيـهـاـ ثـمـنـهاـ.

وـ إـذـاـ كـانـ التـعـبـيرـ بـالـلـفـظـ مـنـ الصـورـ الشـائـعـةـ فـيـ الـمـعـاـمـلـاتـ الـتـيـ تـتـمـ بـيـنـ شـخـصـيـنـ حـاضـرـيـنـ،ـ فـإـنـ الـكـتـابـةـ تـعـتـرـفـ مـنـ الـوـسـائـلـ الـأـكـثـرـ شـيـوعـاـ فـيـ الـمـعـاـمـلـاتـ الـتـيـ تـتـمـ بـيـنـ أـشـخـاصـ غـائـبـيـنـ عـنـ مـكـانـ الـتـعـاـقـدـ،ـ وـلـاـ يـشـتـرـطـ فـيـ الـكـتـابـةـ أـنـ تـتـمـ بـلـغـةـ مـعـيـنةـ وـلـاـ أـنـ تـتـخـذـ شـكـلاـ خـاصـاـ بـلـ هـيـ تـشـمـلـ كـلـ الـمـحـرـراتـ الـكـتـابـيـةـ،ـ بـمـاـ فـيـ ذـلـكـ التـعـبـيرـ عـنـ إـرـادـةـ الـمـكـتـوبـ بـشـكـلـ إـلـكـتروـنـيـ(8).

وـ كـمـاـ يـتـمـ التـعـبـيرـ الـصـرـيـحـ بـالـكـتـابـةـ وـبـالـلـفـظـ،ـ يـتـمـ بـالـإـشـارـةـ الـمـفـهـمـةـ لـلـمـقـصـودـ مـنـهـ ماـ دـامـ أـنـهـ وـاـضـحـةـ الـدـلـالـةـ،ـ كـالـإـيمـاءـ بـالـرـأـسـ إـلـىـ أـسـفـ لـلـدـلـالـةـ عـلـىـ الـقـبـولـ،ـ حـيـثـ يـمـكـنـ لـغـيـرـ الـقـادـرـ عـلـىـ الـكـتـابـةـ أـوـ الـكـلـامـ اـسـتـعـمـالـ إـلـاـشـارـاتـ وـإـيمـاءـتـ الـمـفـهـمـةـ وـالـوـاـضـحـةـ فـيـ دـلـالـتـهـ.

أـمـاـ التـعـبـيرـ الـضـمـنـيـ فـهـوـ كـلـ تـعـبـيرـ يـنـبـئـ عـنـ إـرـادـةـ بـطـرـيـقـةـ غـيرـ مـبـاشـرـةـ،ـ أـيـ بـوـسـيـلـةـ يـمـكـنـ أـنـ نـسـتـبـطـ مـنـهـ دـلـالـةـ وـمـقـصـودـ التـعـبـيرـ فـيـ ضـوءـ ظـرـوفـ الـحـالـ،ـ وـذـلـكـ كـمـاـ لـوـ بـقـيـ الـمـكـتـريـ بـعـدـ اـنـتـهـاءـ الـعـقـدـ فـيـ الـعـيـنـ الـمـكـتـرـاةـ بـعـلـمـ الـمـكـرـيـ وـدـوـنـ اـعـتـرـاضـ مـنـهـ،ـ فـبـقـاءـ الـمـكـتـريـ فـيـ الـعـيـنـ الـمـكـتـرـاةـ بـعـلـمـ الـمـكـرـيـ يـفـهـمـ مـنـهـ أـنـ الـمـكـتـريـ يـرـغـبـ فـيـ تـجـدـيدـ

⁸) انظر القانون 53.05 المؤرخ في 30/11/2007 المتعلق بتبادل المعلومات القانونية بشكل إلكتروني.

الكراء (الإيجاب) وأن المكري قبل ضمنياً بهذا التجديد. أو كما لو كان الشيء المعروض للبيع من المأكولات التي كتب عليها ثمنها فيقدم شخص على أكله، فإن قيام هذا الشخص بتناول الشيء المعروض ثمنه عليه يعتبر قبولاً ضمنياً بشرائه بالثمن المكتوب عليه.

لكن هل يعتبر السكوت تعبيراً ضمنياً عن الإرادة؟

إن الجواب عن هذا السؤال لا يمكن تصوّره إلا إذا تعلق الأمر بالقبول، ما دام أن الإيجاب إنما هو العرض الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الآخر، ويعتبر الشق الأول من عملية التعاقد الذي لابد فيه من حدوث أمر إيجابي يدل عليه، بحيث لا يمكن استخلاصه من مجرد السكوت.

أما بالنسبة للقبول، فالقاعدة أن السكوت لا يعتبر قبولاً من الناحية المبدئية «فلا ينسب لساكب قول» على حد تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أن مطالبة الشخص في كل مرة يعرض عليه الإيجاب، بأن يبادر إلى الإجابة بالقبول أو الرفض تحت طائلة اعتبار سكوته قبولاً، فيه إرهاق شديد وحرج بينّ. غير أن فقهاء الشريعة عادوا واعتبروا استثناءً، أن السكوت هو تعبير ضمني عن القبول عندما يرتبط بظروف تدل عليه، فقالوا: «إن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»، لذلك اعتبر المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 25 من ق.ل.ع على أن «السكوت عن الرد يكون بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين»، كما اعتبر في الفصل 28 من نفس القانون، على أن الرد يعتبر مطابقاً للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلات، أو نفذ العقد بدون تحفظ. وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في النقطة الموالية من خلال الحديث عن كيفية حصول التراضي.

ب) كيفية حصول التراضي

لقد سبقت الإشارة إلى أن التراضي يتم بتوافق إرادة طرف في العقد، والتوافق بين الإرادتين يكون بتصور إيجاب إيهام أحدهما في انتظار قبول الآخر.

«L'offre» (1) الإيجاب

الإيجاب هو التعبير عن الإرادة الصادر عن شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، فهو العرض الذي يتقدم به الموجب مبدياً رغبته في التعاقد، ويشترط في الإيجاب أن يكون واضحاً، محدداً وأن يشتمل على العناصر الأساسية التي تكون مشروع التعاقد، ففي البيع مثلاً يتعين تحديد المبيع والثمن، وإذا تعلق الأمر بعدم عمل فإنه يتعين تحديد نوع العمل وكذا الأجر، أو غير ذلك من العناصر الأساسية التي تلعب إرادة الأطراف دوراً أساسياً في تعينها، طبقاً لما ينص عليه الفصل 19 من ق.ل.ع بقوله «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية لالتزام، وعلى باقي الشروط الأخرى المنشورة التي يعتبرها الطرفان أساسية...».

و كما يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص معين كما لو عرض زيد بيع عقار يملكه على عمرو، قد يكون موجهاً إلى أي شخص كان من الجمهور، كما لو عرض تاجر

بضاعة في محله مكتوباً عليها ثمنها.

غير أنه ينبغي التمييز في هذه الحالة الأخيرة بين الإيجاب ومجرد الدعوة إلى التعاقد، حيث إن الإيجاب يكون واضحاً محدداً مشتملاً على العناصر الأساسية للعقد، فهو خطوة مباشرة إلى العقد من حيث أنه يتضمن تعبيراً باتاً عن إرادة التعاقد، بمجرد صدور القبول من الطرف الآخر.

في حين أن الدعوة إلى التعاقد فهي لا تتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، ولا تتضمن تعبيراً باتاً عن إرادة التعاقد مع كل من يلبي الدعوة إلى التعاقد، وإنما تعتبر الإرادة التي تقابل الدعوة إلى التعاقد مجرد إيجاب لا يكفي لانعقاد العقد، بل يحتاج إلى قبول من الداعي إلى التعاقد، بخلاف الإيجاب فإن الإرادة التي تقابلها تعتبر قبولاً وتكتفي لانعقاد العقد.

ومن الأمثلة على ذلك عرض السلع في واجهة المحلات التجارية، فإن كان مقرورنا ببيان أثمانها اعتبر ذلك إيجاباً موجهاً للجمهور واعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الجمهور قبولاً ينعقد به العقد. أما إذا كان عرض السلع غير مقرور ببيان أثمانها، اعتبر ذلك مجرد دعوة إلى التعاقد وكان طلب الشراء مجرد إيجاب يحتاج إلى قبول من التاجر لينعقد العقد، ففي الحالة الأولى يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد وهي المبيع أو السلع والثمن، مما ينبغي بوجود إرادة باتة من أجل التعاقد بمجرد صدور القبول. أما في الحالة الثانية فإنه بفقدان أحد العناصر الأساسية للتعاقد وهو الثمن، فإننا نكون أمام مجرد دعوة إلى التعاقد، حيث إن إرادة البائع ليست باتة من أجل التعاقد بمجرد طلب الشراء نظراً لفقدان أحد العناصر الأساسية للبيع وهو الثمن. كذلك الشأن بالنسبة لوضع لافتة على منزل بأنه للبيع أو للإيجار فهذه مجرد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً.

ويمكن القول عموماً أن فهم التعبير عن الإرادة هل هو مجرد دعوة إلى التعاقد أم إيجاباً، يرجع - فضلاً عن اشتتماله على العناصر الأساسية - للظروف التي صدر فيها والتي تستنتج من خلالها هل هذه الإرادة باتة من أجل التعاقد أم لا؟

فمن يعلن رغبته في التعاقد مع موظف يحمل مؤهلاً معيناً لعمل محدد وبأجر محدد في الصحف أو في غيرها، لا يعبر عن إيجاب يترتب على قبوله انعقاد العقد بينه وبين من عبر عن قبول العمل لديه وفقاً لشروط الإعلان، بل هو مجرد دعوة إلى من تتوافق فيهم شروط الإعلان ليتقديموا قصد الحصول على هذا العمل، فيكون هذا التقدم من جانبهم إيجاباً، لا ينعقد العقد إلا بقبوله من صاحب الإعلان أي صاحب العمل، فإذا لم يقبله لم ينشأ العقد ولا مسؤولية عليه.

وقد نص المشرع المغربي في الفصل 32 من ق.ل.ع على أن «إقامة المزايدة تعتبر دعوة إلى التعاقد وتعتبر المزايدة مقبولة من يعرض الثمن الأخير، ويلتزم هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض»، حيث يتبيّن من خلال هذا الفصل أن إقامة المزاد لا تشكل إيجاباً بل هي بمثابة دعوة إلى التعاقد، فإذا تقدم أحد بعطاء اعتبر ذلك إيجاباً منه، وكل عطاء يسقط بعطاء لاحق يزيد عليه. و لا يلتزم صاحب المزاد

بالعطاء الآخر إلا إذا قبل به، فإذا قبل رسا المزاد على صاحب العطاء الآخر وتم العقد.

والأصل أن الإيجاب ليس له بحد ذاته أية قوة إلزامية، ما دام أنه مجرد خطوة إلى العقد قد تصل بنا إلى التعاقد وقد لا تصل، وأن الذي يرتب القوة الملزمة للمتعاقدين هو العقد نفسه، والذي لا ينعقد إلا إذا اقترن فيه القبول بالإيجاب واشتمل على العناصر الأساسية (الفصل 19). لذلك فإنه يحق من حيث الأصل للموجب أن يرجع ويعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول، أو ما دام الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب لم يشرع في تنفيذ العقد، وفق ما نص عليه الفصل 28 من ق. ل ع الذي جاء فيه « يجوز الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر».

وإذا كان الأصل بالنسبة للإيجاب أنه غير ملزم لصاحبه وأنه يجوز له الرجوع فيه، ما لم يقترن بالقبول أو بالشروع في تنفيذ العقد من الطرف الآخر، فإن هناك حالتين لا يجوز للموجب الرجوع فيما عن الإيجاب وهما :

* **الحالة الأولى:** إذا كان الإيجاب مقتربا بأجل القبول، بقي الموجب ملتزما بإيجابه إلى حين انقضاء هذا الأجل طبقاً لمقتضيات الفصل 29 من ق. ل. ع التي تنص على أنه « من يتقدم بإيجاب مع تحديد أجل القبول، يبقى ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد ».

وتحديد الأجل كما يكون صريحاً، كأن يعرض شخص على شخص آخر أن يبيعه أرضه بثمن معلوم ويترك له مدة معينة للقبول أو الرفض، قد يكون ضمنياً يستفاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وذلك كأن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارة بثمن معلوم على شرط التجربة، فظروف هذه المعاملة تقيد أن الموجب يترك للموجب له المدة الزمنية التي قد تستغرقها التجربة.

* **الحالة الثانية:** إذا تم الإيجاب بالمراسلة دون تحديد أجل، فإن الموجب يظل ملتزماً بإيجابه إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وفي ظروف عادلة، ما لم يشترط الموجب في إيجابه أنه لا يرغب في انتظار المدة التي تستغرقها المراسلة العادية، كأن يشترط حصول الرد بالقبول بواسطة الهاتف أو الفاكس أو غيرها من الوسائل الأخرى، حيث يستطيع الموجب أن يتخلل من إيجابه دون انتظار انقضاء المدة التي تقضي بها المراسلة العادية. و هذا ما يستشف من الفصل 30 من ق. ل ع « من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلاً، بقي ملتزماً به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك ...».

ومما ينبغي الانتباه إليه في هاتين الحالتين، أن العبرة بوصول التصريح بالقبول إلى الموجب قبل انقضاء الأجل، في الحالة التي يكون فيها الإيجاب مقترباً بأجل، أو قبل فوات المدة المعقولة التي تكفي عادة لوصول الرد بالقبول إلى الموجب خلالها، في الحالة التي يكون فيها الإيجاب قد تم بالمراسلة دون تحديد أجل.

أما إذا انقضى الأجل أو فاتت المدة المعقولة دون وصول القبول إلى الموجب، فإن هذا الأخير يتحلل من إيجابه، ولو كان من وجه إلية الإيجاب قد بعث بالقبول في الوقت المناسب فتأخر وصوله إلى الموجب لسبب من الأسباب، حيث لا يبقى في هذه الحالة لمن وجه إلية الإيجاب (القابل)، سوى مطالبة الجهة المسؤولة عن التأخير بالتعويض عما أصابه من ضرر. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 30 من ق ل ع عندما قالت: «إذا صدر التصرير بالقبول في الوقت المناسب، ولكن لم يصل إلى الموجب إلا بعد انتقام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فإن الموجب لا يكون ملتزماً، مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانوناً».

و الإيجاب بعد وصوله إلى علم من وجه إلية، قد يتناوله السقوط بأحد الأسباب التالية:

أولاً: بفرضه من قبل من وجه إلية، حيث يسقط الإيجاب في هذه الحالة سواء كان ملزماً للموجب أو غير ملزم. ويمكن أن يتخد الرفض صوراً مختلفة: فقد يكون رفضاً صريحاً ومجرداً، وقد يكون إيجاباً جديداً معارضاً للإيجاب الأول، وقد يتخذ شكل قبول مقتنن بشرط أو قيد أدخل على الإيجاب، فيسقط في مثل هذه الحالة الإيجاب ويتحول القبول المشروط أو المقيد إلى إيجاب جديد يستوجب بدوره صدور القبول من الموجب الأول (الفصل 27 ق.ل.ع).

ثانياً: بانقضاء المدة المعيينة للقبول صراحةً من قبل الموجب نفسه، أو ضمناً إذا تم الإيجاب بطريق المراسلة.

ثالثاً: إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب عنه، وعلم الطرف الآخر بذلك قبل موافقته على العرض (الإيجاب)، أما إذا علم بواقعة الوفاة أو نقصان الأهلية بعد قبوله للعرض أو الإيجاب، فإن العقد يكون صحيحاً ملزماً لورثة الموجب. وهذا ما أشارت إليه مقتضيات الفصل 31 من ق ل ع «موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إلية الإيجاب قد قبل علمه بموت الموجب أو فقد أهليته»، ولا عبرة في هذه الحالة بوصول القبول إلى الموجب قبل وفاته أو فقدان أهليته أو نقصها، وإنما العبرة بتصور القبول قبل العلم بواقعة الوفاة أو فقدان الأهلية أو نقصها، ما دام أن العقد يتم في ق ل ع المغربي بمجرد التصرير بالقبول والإعلان عنه كما سنرى لاحقاً (المادة 24).

«القبول» (l'acceptation) 2

هو التعبير عن إرادة الشخص الذي وجه إلية الإيجاب، والذي يعلن بواسطته موافقته ورضاه بالعرض المقدم إليه من طرف الموجب بشروطه التي حددتها في إيجابه، والذي بتصوره متطابقاً للإيجاب تتم معه عملية التعاقد بين الموجب والقابل.

وبخلاف الإيجاب الذي يمكن توجيهه إلى شخص معين أو إلى أي شخص آخر من الجمهور، فإن القبول يجب أن يوجه لشخص الموجب بالذات، فهو يتصرف دوماً بصفة فردية.

وقد يتخذ التعبير عن القبول شكل تعبير صريح، كما قد يكون تعبيراً ضمنياً يستنتاج من أفعال أو أقوال تقتضي ذلك. وهذا التعبير عن الإرادة يقتضي سواء كان صريحاً أو ضمنياً موقفاً إيجابياً ممن يعبر عن إرادته، لذلك فإن السكوت باعتباره موقفاً سلبياً خالصاً، لا يعد تعبيراً عن الإرادة طبقاً للقاعدة الفقهية «لا ينسب لساكت قول»، لكن إذا كان الأصل كما قلنا أن السكوت لا يعبر تعبيراً عن القبول، فإن المشرع أجاز استثناء اعتبار السكوت دليلاً على القبول متى صاحبته بعض الملابسات التي تؤكّد انصراف قصد القابل إلى الموافقة على الإيجاب، كما في الحالتين التاليتين :

- السكوت في الحالة التي يتعلّق فيها الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين، كما نص على ذلك الفصل 25 ق.ل.ع.

- شروع من وجهه الإيجاب في تنفيذ العقد، يقوم مقام القبول في الحالة التي تكون فيها طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول. وهذا ما نص عليه الفصل 25 كذلك «عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري، فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه، ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين».

ويشترط في القبول الذي ينعقد به العقد ما يلي :

أولاً: يجب أن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب لا زال قائماً، فإذا كان الإيجاب مقترباً بأجل صريح أو ضمني كما لو تم بطريق المراسلة، وجب أن يصدر القبول قبل انتهاء هذا الأجل الصريح أو الضمني.

أما إذا وجه الإيجاب لشخص حاضر ولم تحد له مدة، وجب أن يصدر القبول فوراً قبل انفصال مجلس العقد، وقد سوى المشرع المغربي في ذلك بموجب الفصل 23 من ق.ل.ع بين العقد الذي يتم بين حاضرين وبين التعاقد بطريق الهاتف، فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب بأحد أسباب السقوط المشار إليها آنفاً، فإنه لا يبرم به العقد وإنما يشكل إيجاباً جديداً يستطيع من وجهه إليه أن يقبله أو يرفضه.

ثانياً: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، فإذا تضمن شروطاً أخرى غير تلك التي وردت في الإيجاب أو اقترن بقيود إضافية، فإن القبول لا يكون مطابقاً للإيجاب وبالتالي لا ينعقد به العقد، لأن القبول غير المطابق للإيجاب يعتبر رفضاً له، ويشكل إيجاباً جديداً متوقفاً على قبول الموجب. وهذا ما نص عليه الفصل 27 من ق.ل.ع بقوله «الرد المتعلق على شرط أو المتضمن قيدها يعتبر بمثابة رفض للإيجاب متضمناً إيجاباً جديداً». ولا يشترط لمطابقة القبول للإيجاب، تطابق التعبير في صيغتها أو صورتها، وإنما الشرط أن تكون الإرادة المعتبر عنها بالقبول متطابقة لما تضمنته إرادة الموجب.

وهكذا فإن القبول يعتبر مطابقاً للإيجاب إذا ما أعلن من وجهه الإيجاب أنه قابل به، أو إذا بادر إلى تنفيذ العقد بدون تحفظ. وهذا ما نص عليه الفصل 28 من ق.ل.ع

«يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدو تحفظ».

و تجدر الإشارة إلى أن تمام العقد، لا يكفي فيه مجرد تطابق القبول بالإيجاب، وإنما يجب أن يقترن القبول بهذا الإيجاب، وهنا لابد من التمييز بين التعاقد الذي يتم بين طرفين حاضرين معا في مجلس واحد يسمى "مجلس العقد" وبين طرفين غائبين لا يضمنها مجلس واحد.

لكن قبل الحديث عن الأحكام الخاصة بالتعاقد بين حاضرين وتلك الخاصة بالتعاقد بين غائبين، لا بأس من الإشارة إلى بعض القواعد أو الأحكام المشتركة بينهما:

- يجب أن يقع التراضي بين الطرفين على العناصر الأساسية للعقد، فإذا اقتصر التراضي على بعض العناصر الأساسية وأهملت عناصر أساسية أخرى لم يتناولها الإيجاب والقبول، فإن العقد يعتبر غير تمام ولا ملزم، وذلك لأن يتحقق البائع والمشتري على المبيع دون أن يحددا الثمن. في حين أن العناصر الثانوية أو غير الأساسية فلا تعتبر شرطا لانعقاد العقد، ما دام أنها قابلة للتحديد في المستقبل وأن الطرفان لم يختلفا بشأنها أثناء إبرام العقد، وذلك استناداً للفصل 19 من ق ل ع الذي جاء فيه «لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية».

- إذا أقدم المتعاقدان فور إبرامهما اتفاقاً ما، على إجراء تعديلات على هذا الاتفاق، فإن هذا الاتفاق الأخير لا يعتبر عقداً جديداً قائماً بذاته، وإنما يعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد القديم، ما لم يعلن الطرفان خلاف ذلك. و ذلك لأن يكون العقد الذي أبرم بين البائع والمشتري قد تضمن أداء الثمن دفعة واحدة، ثم يتحقق الطرفان في نفس مجلس العقد على أداء الثمن على أقساط. وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من الفصل 19 ق ل ع: «التعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر عقداً جديداً وإنما تعتبر جزءاً من الاتفاق القديم وذلك ما لم يصرح بخلافه».

- العبرة في التراضي للإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من الموجب والطرف الذي قبل الإيجاب، لا إلى الإرادة الباطنة التي ليس بالإمكان الإحاطة بها.

أ) التعاقد بين حاضرين

يعتبر التعاقد بين شخصين حاضرين في مجلس العقد من صور التعاقد الشائعة في معظم المعاملات المدنية، حيث يتم التعاقد بين طرفين يضمهم مجلس واحد، فيكونان قريباً من بعضهما يسمع أحدهما الآخر. وقد نص الفصل 23 من ق ل ع على أن «الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن، إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر».

غير أن مبدأ الفورية المنصوص عليه في الفصل 23 المذكور، إذا كان من المتيسر حصوله عندما يتعلق الأمر بمعاملة بسيطة، فإن الأمر ليس كذلك عندما يتعلق الأمر بمعاملة تتطلب نوعاً من التفكير والتأني قبل إصدار القرار بشأنها، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بالميدان العقاري أو المنقولات التي تكون على جانب من الأهمية. لذلك فإن

الاتجاه الغالب في كل من الفقه والقضاء أضفى نوعاً من المرونة بخصوص تفسير مفهوم الفورية، ما دام أن إلزام الشخص الموجه إليه بالإيجاب بإعلان قبوله فوراً تحت طائلة سقوط الإيجاب، يعد عرقلة في وجه الكثير من المعاملات التي تتطلب نوعاً من الترتيب قبل إصدار القرار بشأنها.

فأصبحت الفورية تقتضي تلك الحالة الزمنية التي لا بطل فيها، حيث يتغير على الشخص الموجه إليه بالإيجاب أن يفصح عن قبوله قبل انفصال مجلس العقد، بشرط أن لا يكون الطرفان قد انصرفوا عن موضوع التفاوض.

و هكذا فالملخص بمجلس العقد هو تلك الفترة الزمنية التي تمتد بعد الإيجاب والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما عنه، فإذا تم الإعراض عن موضوع التعاقد اعتبر مجلس التعاقد منفذاً.

هذا عن زمان العقد الذي يتم بين حاضرين في مجلس واحد، أما عن مكانه فإنه لا يثير مشاكل قانونية من حيث تحديده، ما دامت المحكمة المختصة كقاعدة عامة هي محكمة مجلس العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب) التعاقد بين غائبين:

يعد التعاقد بين غائبين من أبرز صور التعامل الرائجة في الميدان التجاري، حيث إن سرعة المعاملات التجارية تقتضي إبرام التجار للكثير من المعاملات أو الصفقات، التي لا يمكن أن تتم إلا إذا تمت الاستعانة بواسطة، سواء اتخذت هذه الواسطة شكل مراسلة أو غيرها من الوسائل المشابهة كإرسال وسيط أو رسول ينوب عن الموجب في حمل إيجابه لمن وجه إليه. ومن أهم صوره في العصر الحالي التعاقد بشكل إلكتروني، حيث يقتصر دور المراسلة أو الوسيلة المشابهة لها على نقل الإرادة من الموجب إلى القابل بكيفية واضحة لا غموض فيها، سواء اتخذت شكلاً مكتوباً أو مشافهة.

و خلافاً للتعاقد بين حاضرين، فإن التعاقد بين غائبين يثير العديد من المشاكل القانونية التي تتعلق أساساً بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وما يترتب عن ذلك من آثار تتعلق بتحديد تاريخ الانعقاد.

فهل يتم العقد في الوقت والزمان الذي يعبر فيه القابل عن رضاه؟ أم أن العقد يتم في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى علم الموجب؟ وما قيل عن الزمان يقال كذلك عن المكان، لما لتحديد ذلك من أهمية على مستوى الاختصاص القضائي.

وهكذا فإننا نميز بالنسبة لزمان العقد بين النظريات الأربع التالية:

- **نظريّة إعلان القبول:** وتقوم هذه النظريّة على أساس أن تقابل الإرادات يتم في الوقت الذي يعلن فيه الطرف الموجه إليه بالإيجاب عن قبوله، وبذلك فإن العقد الحاصل بالمراسلة يتم وينعقد بمجرد صدور القبول.

- **نظريّة إرسال القبول:** حيث يرى أصحاب هذه النظريّة أن العقد لا يتم في الواقع، إلا إذا أرسل القابل الخطاب الذي يتضمن قبوله إلى الموجب، نظراً لاحتمال تراجع هذا القابل عن قبوله.

- **نظريّة تسلُّم القبول:** حيث يؤكد أنصار هذه النظريّة أنَّ الزَّمْنَ الَّذِي ينعقد فيه العقد الحاصل بالمراسلة، لا يتم إلا إذا استلم الموجب للخطاب الذي يتضمن القبول، ولو لم يطلع هذا الموجب على مضمون الرسالة، لما يشكّله ذلك من ضمانة هامة تحول دون تراجع القابل عن قبوله من خلال إلغاء الرسالة المتضمنة للقبول أو سحبها.

- **نظريّة العلم بالقبول:** وبخلاف النظريات الثلاث السابقة، فإنَّ أنصار هذا الاتجاه يشترطون لانعقاد العقد ضرورة توصل الموجب بالقبول، وذلك كدليل على توافق الإرادتين بصورة فعلية.

فإذا رجعنا إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي وجدنا أنَّ الفصل 24 منه ينص على ما يلي «يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً في الوقت والمكان الذين يرد فيها من تلقى الإيجاب بقبوله»، فيكون المشرع المغربي قد فضل الأخذ بالنظريّة الأولى التي تعتبر أنَّ العقد ينعقد ويتم بمجرد التصرّح بالقبول والإعلان عنه. غير أنه يجب طبقاً للفصل 30 من ق. ل. ع، لإلزام الموجب بهذا القبول الذي يتم به العقد، أن يتوصّل بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل في الأحوال العاديّة، فإذا تعطلت الرسالة أو ضاعت قبل وصولها إلى الموجب، فإنَّ العقد لا يلزم الموجب ويبقى لصاحب المصلحة في إبرام العقد أن يطالب الجهة المسؤولة عن الضياع أو التعطل بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. ولا يعني ذلك أنَّ المشرع أخذ بنظرية العلم بالقبول، وإنما اشترط ذلك لإعلام وإشعار الموجب بالقبول فقط، أما العقد فيكون قد انعقد بمجرد صدور القبول.

وهكذا فإنَّ العقد ينعقد طبقاً للفصل 24 بمجرد التصرّح بالقبول، غير أنه لا يكون ملزماً للموجب طبقاً للفصل 30 إلا إذا توصل هذا الموجب بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل في الأحوال العاديّة.

أما عن مكان العقد الحاصل بطريق المراسلة، فإنه يختلف باختلاف النظريّة التي تم الأخذ بها كوقت لإبرام العقد. ووفقاً لقانون الالتزامات والعقود المغربي، فإنَّ مكان إبرام العقد هو المكان الذي يقطنه القابل.

وتظهر أهميّة تحديد مكان انعقاد العقد بصفة أساسية بالنسبة للعقود الدوليّة، حيث يلعب المكان دوراً أساسياً في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعات، كما تظهر أهميّته كذلك على الصعيد الوطني في تحديد المحكمة المختصّة للنظر في المنازعات التي قد تثور بخصوص هذا النوع من العقود.

وقبل الحديث عن الآثار المترتبة عن تحديد تاريخ انعقاد العقد الحاصل بالمراسلة، لا بأس من الإشارة إلى أنَّ المشرع المغربي اعتبر بموجب الفصل 23 من قانون الالتزامات والعقود، أنَّ التعاقد بالهاتف كالتعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، حيث نص في الفقرة الثانية على أنَّ «... الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون يسري عليه ما يسري على الإيجاب الموجه لشخص حاضر»، ذلك أنَّ المتعاقدين بالهاتف وإن كانوا لا يضمّهما مجلس واحد، إلا أنَّ الحوار المتبادل بينهما يجري بصورة آنية ودون ما فاصل زمني.

أما عن مكان انعقاد العقد بالهاتف، فإن المشرع المغربي سكت عن حكم ذلك. ونظرا إلى أن المتعاقدين في هذه الحالة يختلف مكان أحدهما عن الآخر، فإن وضعهما وضع متعاقدين غائبين لا وضع متعاقدين حاضرين في مجلس واحد، وبناء على أن المشرع المغربي أقر مذهب انعقاد العقد بين الغائبين بمجرد إعلان القبول، فإنه يتبع القول بأن العقد بالهاتف يعتبر منعقدا في مكان القابل.

إذا ثبت هذا، قلنا أن من أهم الآثار المترتبة على تحديد تاريخ انعقاد العقد ما يلي:

- وفقا لنظرية إعلان القبول التي أخذ بها المشرع المغربي، فإن الطرف المستفيد من العقد يصبح مالكا للشيء المتعاقد عليه بمجرد التصريح بالقبول، مع ما يخوله ذلك من حق الاستفادة من هذا الشيء أو التصرف فيه ب مختلف أوجه التصرفات القانونية. و ذلك بخلاف نظرية العلم بالقبول حيث لا تنتقل الملكية لصاحبها إلا في الوقت الذي يتوصل فيه الموجب برد القابل حيث ينعقد العقد.

- وفقا لنظرية إعلان القبول، فإن المتعاقد الذي يثبت له حق الاستفادة من الشيء المتعاقد عليه بمجرد التصريح بالقبول، يتحمل مقابل ذلك تبعة الهاك الذي قد يحصل لذلك الشيء، ما لم يتبيّن أن الموجب هو من تسبّب في وقوع هذا الهاك أو التعيب.

- بالنسبة للقوانين التفسيرية غير الآمرة الصادرة في الفترة الفاصلة بين التصريح بالقبول والعلم به، فإن مقتضيات هذه القوانين لا تسري على العقود التي أبرمت قبل نشره ونفاذها، وإنما تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله، إذا أخذنا بنظرية إعلان القبول كما هو شأن قانون الالتزامات والعقود المغربي، أما بالنسبة للتقنيات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول، فإن مقتضيات القانون الجديد هي الواجبة التطبيق إعمالاً لمبدأ فورية القوانين، الذي يقتضي تطبيق القانون الجديد على كل الأوضاع القانونية التي نشأت في ظله.

ثانياً: صحة التراضي

يشترط لصحة التراضي كركن من أركان العقد، أن تتوافر للمتعاقد الأهلية القانونية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية (أ)، وأن تكون إرادته غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة التي من شأنها أن تؤثر على مبدأ حرية التعاقد ورضائته (ب).

أ) الأهلية

إذا توافرت للشخص أهلية الالتزام، فإنه إما أن يتصرف بالأصل عن نفسه (1) أو بواسطة غيره في إطار ما يسمى بالنيابة في التعاقد (2).

1) أهلية التعاقد بالأصل عن النفس

الأهلية نوعان: أهلية وجوب Capacité de jouissance وهي صلاحية الشخص لثبت الحقوق والالتزامات له وعليه، وهي ملزمة للإنسان منذ أن يكون جنينا في بطن أمه. وأهلية أداء Capacité d'exercice وهي صلاحية الشخص لممارسة

التصرفات القانونية والتحمل بالالتزامات على وجه يعتد به قانونا.

وما يهمنا في نطاق دراستنا هو النوع الثاني أي أهلية الأداء، حيث نجد في هذا الصدد أن المشرع المغربي نص في الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود على أن «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، وأن كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك».

والمقصود بقانون الأحوال الشخصية في هذا الباب هو مدونة الأسرة بالنسبة للمغاربة المسلمين، أما المغاربة غير المسلمين فيخضعون لقانون المنظم لحالتهم الشخصية سواء كانوا من اليهود أو المسيحيين.

فالإعلان إذن هو كمال الأهلية في الإنسان، فلا يعتبر أحد أنه فقد للأهلية أو ناقصها إلا إذا قرر القانون ذلك، ولما كان الأصل هو كمال الأهلية لدى المتعاقد فإن على من يدعى العكس أي عدم الأهلية أن يثبت ما يدعوه، حتى إذا قامت البينة على فقدان الأهلية أو نقصانها، كان العقد باطلأ أو قابلا للإبطال حسب الحالات.

وتعتبر أحكام الأهلية من متعلقات النظام العام، حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فلو باع مثلاً قاصر عقاراً في ملكيته لأحد من الأغيار وتعهد للمشتري بعدم الطعن في البيع بعد بلوغه سن الرشد القانوني، كان تعهده باطلأ.

و هنا ينبغي التمييز بين حالات فقدان الأهلية وحالات نقصانها، نظراً لاختلاف آثار كل منها.

1.1 فقدان الأهلية وأثره في التصرفات:

لقد نصت المادة 217 من مدونة الأسرة على أنه «يعتبر عديم أهلية الأداء أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.

ثانياً: المجنون وفقد العقل...»، وهكذا اعتبر المشرع المغربي أن هناك حالتين يعتبر فيها الشخص فقداً للأهلية الأداء وهما:

- حالة الصغير غير المميز والصغير غير المميز هو الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره (المادة 214 من مدونة الأسرة) حيث يعتبر في هذه الحالة فقداً للأهلية الأداء بصفة كلية، فلا يجوز له التصرف في أمواله وكل تصرف يقدم عليه يكون باطلأ وفق مقتضيات المادة 224 من مدونة الأسرة، التي اعتبرت أن جميع تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا ينتج عنها أي أثر سواء كانت نافعة كقبوله الهبة من الغير، أو كانت ضارة به لأن يهب شيئاً من ماله للغير، أو كانت تدور بين النفع والضرر كالبيع.

- حالة المجنون وفقد العقل: والمجنون هو فقد العقل سواء كان جنونه مطيناً يستغرق جميع أوقاته، أو كان متقطعاً بحيث تعيشه فترات يثبت إليه عقله فيها. وتعتبر تصرفات المجنون جنوناً مطيناً باطلة، حيث يكون عديم الأهلية شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز.

أما تصرفات المجنون جنوناً متقطعاً فقد ميز المشرع في شأنها بين تلك التي تم

حالة إطباق جنونه عليه، فتكون باطلة لانعدام أهليته في هذه الحالة، وبين تلك التي تتم في حالة وعيه وكمال عقله تكون صحيحة نافذة، حيث تعود إليه الأهلية في هذه الحالة، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة 217 من مدونة الأسرة عندما قالت: «... يعتبر الشخص المصاب بحاله فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يُؤوب إليه عقله فيها».

و بخلاف الصغير غير المميز الذي يعتبر محجورا بطبيعته لصغر سنّه، حيث لا يحتاج لحكم قضائي من أجل التحجير عليه. فإن الجنون لا بد للتحجير عليه من صدور حكم قضائي بذلك، ويمكن للمحكمة أن تعتمد من أجل تكوين قناعتها في إقرار الحجر من عدمه، على خبرة طبية ثبتت الجنون أو على سائر وسائل الإثبات الشرعية، بناء على ما نصت عليه المادتين 220 و 222 من مدونة الأسرة، حيث نصت المادة الأولى على أن «فأقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك...» ونصت في الثانية على أنه «تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفعه على خبرة طيبة وسائر وسائل الإثبات الشرعية».

2.1) نقصان الأهلية وأثره في التصرفات:

لقد نص المشرع المغربي في المادة 213 من مدونة الأسرة على أنه «يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛
- السفيف؛
- المعتوه ». .

وهكذا فإن هناك ثلاثة حالات لنقصان أهلية الأداء، وهي حالة الصغير المميز وهو الصغير الذي أتم اثنين عشرة سنة شمسية كاملة (المادة 214 م. أ) ولم يبلغ سن الرشد القانوني، وحالة السفيف وهو الشخص المبذر لماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاً عبثاً بشكل يضر به أو بأسرته (المادة 215)، وحالة المعتوه وهو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته.

وبخلاف الصغير المميز الذي يعتبر محجورا بطبيعته كالصغير غير المميز، فإن السفيف والمعتوه يحجر عليهما قضائياً متى ثبت للمحكمة وجود السفه أو العته (المادة 220 من مدونة الأسرة) بما لديها من سلطة تقديرية في اعتماد ما تراه مناسباً من وسائل الإثبات الشرعية بما في ذلك الخبرة الطبية (المادة 222 من مدونة الأسرة)، بناء على طلب من له الصفة والمصلحة في إقرار الحجر على هذا السفيف أو المعتوه، بما في ذلك النيابة العامة (المادة 221 من مدونة الأسرة). و كما يحجر على السفيف والمعتوه قضائياً فإن رفع الحجر عنهما يكون كذلك بموجب حكم قضائي متى توافرت موجبات رفعه.

وقد سوى المشرع المغربي بموجب المادة 228 من مدونة الأسرة بين تصرفات السفيه والمعتوه الصغير المميز، والتي تختلف آثرها باختلاف نوع التصرف. وهكذا فإن هذه التصرفات تنقسم إلى ثلاثة حالات:

- **التصرفات النافعة نفعا محضا:** وهي تلك التصرفات التي تساهم في اغتناء أو إثراء الذمة المالية للمتصرف، كتلك التي تجلب المنفعة أو تبرئ الذمة من التزام دون التحمل مقابل ذلك بأي تكليف، كقبول هبة بدون عوض أو قبول براءة من دين عالق بالذمة. فمثلاً هذه التصرفات يجوز لناقص الأهلية مباشرتها وإجراؤها بنفسه، حيث تعتبر نافذة ولو تمت بدون إذن من النائب الشرعي، وفق ما نص عليه الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود، وأكده الفقرة الأولى من المادة 225 من مدونة الأسرة.

- **التصرفات الضارة ضررا محضا:** وهي تلك التصرفات التي تضعف وتتال من الذمة المالية للمتصرف، حيث تحمله تكليفاً دون أي كسب أو نفع يجنيه في المقابل، وذلك كالإبراء من الدين بالنسبة للدائن، أو الهبة بلا عوض بالنسبة للواهب، فمثلاً هذه التصرفات تعتبر باطلة ولا يجوز لناقص الأهلية إجراؤها ولو بإذن من نائب الشرعي، وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 12 من قانون الالتزامات والعقود، وأكده الفقرة الثانية من المادة 225 من مدونة الأسرة.

- **الصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** وهي تلك التصرفات التي تحتمل الربح والخسارة أي جميع التصرفات العوضية كالبيع والشراء والاستئجار والقسمة والشركة والمضاربة التجارية... وغيرها، وهذه التصرفات يتوقف نفادها على إجازة النائب الشرعي متى ثبتت المصلحة الراجحة للمحgor في هذا التصرف، مع مراعاة الحدود المخولة قانوناً لاختصاصات كل نائب شرعي، حيث إن الوصي والمقدم يمنع عليهما إبرام بعض التصرفات في مال المحgor دون الحصول على الإذن المسبق من القاضي، حسب الفقرة الثالثة من المادة 225 من مدونة الأسرة.

أما إن كانت هذه التصرفات في مصلحة من تعاقد معه المحgor، فإنها تكون قابلة الإبطال لفائدة المحgor، حيث يحق له بعد بلوغه سن الرشد أو لنائبه القانوني قبل ذلك أن يطالب بإبطالها، ولو استعمل المحgor طرقاً احتيالية حملت المتعاقد على الاعتقاد بتعامله مع ذي أهلية لمباشرة ذلك التصرف. وهذا ما نجده في الفصل 6 من قانون الالتزامات والعقود وكذا الفصل 4 من نفس القانون.

وحق الإبطال هذا مقصور على من تقرر الإبطال لمصلحته وهو ناقص الأهلية، أما من تعاقد معه فلا يجوز له الاحتجاج بنقص أهليته للمطالبة بإبطال العقد (الفصل 10 من قانون الالتزامات والعقود).

وفي الأخير لا بأس من الإشارة إلى أن المشرع المغربي أجاز استثناء للصغير المميز إدارة جزء من أمواله بقصد التجربة والاختبار والتشجيع على اكتساب بعض المهارات، متى توافرت الشروط التالية:

- أن يتعلق الأمر بصغير مميز بالغ من العمر 12 سنة على الأقل.

- أن تكون هناك مبررات معقولة لتخصيص الطفل المميز بأهلية إدارة المال على سبيل التجربة.

وطبقاً لمقتضيات المادة 226 من مدونة الأسرة، فإن منح هذا الإذن يمكن أن يصدر عن الوالي أو عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين في حالي الوصاية والتقديم، ويصبح الصغير المميز بناء على هذا الترخيص، كامل الأهلية فيما رخص له بإدارته وله حق التقاضي فيه في حالة نجاحه في إدارة هذه الأموال. أما إذا لم يتمكن من النجاح في هذا الاختبار فإن لوليه أن يسحب منه هذا الترخيص، كما لقاضي شؤون القاصرين كذلك أن يلغى قرار الإذن إذا ثبت له سوء التدبير في الإدارة المرخص بها.

كما أجاز المشرع المغربي كذلك حصول الصغير المميز على الترشيد المبكر متى توفر على الشروط التالية:

- أن يبلغ ناقص الأهلية من العمر 16 سنة على الأقل.

- أن تظهر عليه علامات الرشد المشار إليها في المادة 218 من مدونة الأسرة، بأن يتم استئناس علامات الرشد منه قبل الأوان.

- أن يقدم ناقص الأهلية أو نائبه الشرعي بطلب الترشيد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، الذي له السلطة التقديرية للاستجابة لطلب الترشيد بعد ثبوت العناصر الموجبة له.

ويترتب على حصول ناقص الأهلية على الترشيد المبكر، تمكين هذا الأخير من أمواله لإدارتها والتصرف فيها بمختلف أوجه التصرف القانونية، غير أن الترشيد في هذه الحالة إنما يقتصر على الحقوق المالية أما الحقوق غير المالية، فإنها تبقى خاضعة للنصوص القانونية الخاصة بها.

2) النيابة في التعاقد

إذا كان الأصل استناداً لمبدأ نسبية العقود، أن المرء لا يلتزم إلا بإرادته هو وأن العقود لا تربط إلا أطرافها، حيث لا يستفيد منها ولا يضار بها سواهم، فإنه يجوز استثناء أن تحل إرادة شخص محل إرادة شخص آخر في التعاقد أو في أي تصرف قانوني آخر عن طريق ما يسمى بالنيابة، وهذا ما أشار إليه الفصل 33 من ق. ل. ع عندما اعتبر أنه « لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون ».

وهكذا فإن النيابة هي " نظام قانوني مؤداه قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الأصيل، في إبرام تصرف قانوني باسم الأصيل ولحسابه، بحيث تصرف آثار التصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل "، فالنائب وإن أبرم التصرف بنفسه، إلا أنه أبرمه باسم الأصيل ولحسابه، حيث ينتج التصرف الذي أبرمه النائب أثره في ذمة الأصيل لا في ذمة النائب.

وتجرد الإشارة إلا أنه لا ينبغي الخلط بين النائب والرسول أو الوسيط في حالة التعاقد بين غائبين، ما دام أن النائب يعبر عند التعاقد عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، مع يترب عن ذلك من آثار بحيث إنه هو الذي يبرم العقد، بخلاف الرسول أو الوسيط الذي يقتصر دوره على مجرد نقل إرادة من أرسله (الموجب) إلى المتعاقد الآخر كما هي دون زيادة ولا نقصان.

كما ينبغي التمييز بين النيابة باعتبارها نظام قانوني مؤده حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في مباشرة تصرف قانوني معين، تصرف آثاره إلى شخص الأصيل، وبين الوكالة باعتبارها مصدر هذه السلطة القانونية المخولة للنائب قصد التصرف لفائدة ومصلحة الأصيل. فالوكالة هي عقد بمقتضاه ينوب شخص عن الأصيل في القيام بتصرف قانوني معين، ومن ثم يتضح الفرق بين النيابة ومصدرها.

ويتبين على ما سبق أن النيابة قصد مصدرها في العقد أو الاتفاق فنكون أمام نيابة اتفاقية⁽⁹⁾ "الوكالة"، كما قد تجد مصدرها في القانون فنكون أمام نيابة قانونية⁽¹⁰⁾، وذلك كما هو الشأن بالنسبة للولاية والوصاية والتقديم (المادة 229 من مدونة الأسرة)، وكل نوع من هذه النيابات أحکامها الخاصة، لذلك حسبنا الاقتدار على النيابة الاتفاقية أو الوكالة المنصوص عليها في ق. ل. ع.

1.2) شروط النيابة في التعاقد

يشترط لصحة النيابة عموماً توافر ما يلي:

- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف، فأسس النيابة هو هذا الحال فالذي يبرم التصرف في النيابة هو النائب وليس الأصيل، والنائب في إبرامه للتصرف القانوني يعبر عن إرادته هو ولا يعبر عن إرادة الأصيل، لذلك فإن إرادة النائب هي التي تتشكل التصرف وهي التي ترتب الأثر القانوني المتولد عنه، وذلك بمفردها إذا كنا بقصد تصرف صادر من جانب واحد، أو نتيجة اقترانها بإرادة المتعاقد الآخر إذا كنا بقصد تصرف صادر من جانبي. ويترتب على ذلك أنه يلزم لاعتبار الشخص نائباً عن غيره في إجراء التعاقد، أن يتمتع بنوع من حرية التقدير عند إجراء التصرف لكي تظهر إرادته، حيث إذا انعدمت حرية التقدير لدى شخص النائب بأن كان مجرد أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر، كما أمام مجرد رسول وليس أمام نائب على نحو ما سبق لنا بيانه.

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تتشكل التصرف الذي يتم بطريق النيابة، فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

- إن تقدير عيوب الإرادة في التصرف القانوني المأذون به للنائب، إنما يتم بالنظر إلى شخص النائب لا إلى شخص الأصيل أو المنوب عنه؛

⁹ - النيابة الاتفاقية هي التي يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها.

¹⁰ - النيابة القانونية هي التي يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بشكل مباشر.

- إن تقدير حسن النية أو سوءها - عندما يكون لهذا التقدير أثر على صحة بعض التصرفات - إنما يكون كذلك بالنظر إلى شخص النائب صاحب الإرادة المستقلة لا إلى شخص الأصيل أو المنوب عنه؛

وتجرد الإشارة في الأخير، إلى أن الأهلية إذا كانت لا تشترط إلا عند إجراء الشخص لتصرف تصرف آثاره إليه، فإن الأثر المترتب على التعاقد بطريق النيابة لا ينصرف إلى النائب وإنما ينصرف إلى الأصيل، لذلك فإن الأهلية لا يشترط توفرها في النائب وإنما تشترط فيه الإرادة.

و هكذا يسوغ كقاعدة عامة لأي من ناقصي الأهلية، ما دامت الإرادة متوافرة عنده كالصبي المميز أن يتعاقد بالنيابة عن غيره، فيكون عقده صحيحًا ولو كان من شأن هذا العقد لو أنه أبرمه لنفسه أن يقع باطلًا أو قابلاً للإبطال.

و خلاصة القول أن النائب القانوني يظهر في التصرف الذي يجريه لمصلحة الأصيل، بمثابة طرف مستقل يتعاقد باسمه الخاص ولكن لحساب الأصيل، وبالرغم من أن النائب يعد طرفاً في العقد إلا أن المشرع لم يتطلب فيه كمال الأهلية وإنما اكتفى باشتراط التمييز، وهذا صحيح بالنسبة للنيابة الاتفاقية فقط دون غيرها من أنواع النيابة، وهذا ما نصت عليه مقتضيات الفصل 880 من ق ل ع بقولها «يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلاً لها، ولا يلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمنعاً بالتمييز وبقواه العقلية ...».

- تعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه، حيث يجب أن تتجه إرادة النائب إلى التعاقد باسم الأصيل أو المنوب عنه ولحسابه. وهذه النية أو الإرادة قد يفصح عنها النائب صراحة وقد تستفاد ضمناً من الظروف، كما في حالة العامل الذي يبيع البضاعة في محل تجاري، فهذا العامل أو البائع إنما يبرم التصرفات باسم مالك المحل ولحسابه، فتقصر آثارها إليه دون أن يعلن في كل معاملة أنه يمثل أو ينوب عن صاحب المحل. فإذا أغفل الوكيل أو النائب هذا الإجراء، بأن تعامل باسمه الشخصي دون ذكر للموكل أو الأصيل، فإن العقد يعتبر ملزماً له كما لو كان التصرف لحسابه (الفصل 920 ق ل ع)، بحيث تبقى آثار النيابة منحصرة في العلاقة بين النائب و المنوب عنه، أما الغير فلا تربطه أية علاقة قانونية بالأصيل، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل عند حديثنا عن آثار النيابة في التعاقد.

- عدم تجاوز النائب لحدود صلاحياته، حيث نص الفصل 925 ق ل ع على أن «التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته، تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجرأها بنفسه»، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن التصرفات التي يجريها الوكيل أو النائب خارج الحدود المرسومة له لا تنتج آثارها القانونية في حق الأصيل أو الموكل، ولا يتحمل هذا الأخير بأي التزام ناشئ عنها، نظراً إلى أن النائب الذي يتجاوز حدود نيابته يفقد صفة النيابة عن الأصيل، ويعتبر بسبب ذلك الأصيل أجنبياً عن العمل الذي تجاوز فيه النائب حدود نيابته، وهذا ما أكدته الفصل 926 من ق ل ع عندما نص على أنه «يلزم الموكل مباشرة

بتنفيذ التعهادات المعقودة لحسابه من الوكيل في حدود وكتله ...».

وإذا كان الأصل بأن الموكلا يلتزم إلا بالالتزامات الناشئة في حدود الوكالة، فإن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الموكلا بتصرفات الوكيل بالرغم من تجاوزه لحدود وكتله، وفق ما نص عليه الفصل 927 ق ل ع و هذه الحالات هي:

- إذا أقر الموكل بصرفات الوكيل ولو ضمناً؛

- إذا استفاد الموكل من هذا التصرف؛

- إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛

- إذا تجاوز الوكيل حدود وكتله، لكن الفرق بين تعليمات الموكل ونسبة التجاوز كان يسيراً أو مما يتسامح فيه عرفاً أو في ميدان التجارة.

وللإشارة فإن العقد الذي يتجاوز فيه الوكيل حدود وكتله لا يعتبر باطلاً أو قابلاً للإبطال، وإنما هو عقد صحيح لتوافق جميع أركانه وشروط صحته، لكنه موقوف على إقراره وإجازته من الأصيل لكي ينتج آثاره في ذمته.

2.2 آثار النيابة في التعاقد

من أهم آثار النيابة في التعاقد، أن تتصرف آثار التصرفات التي يبرمها النائب إلى ذمة الأصيل كما لو أنه قد أبرمها بنفسه، وذلك دون حاجة إلى قيام النائب بأي إجراء لاحق لتحقيق هذه النتيجة، وهذا ما نص عليه الفصل 925 من ق ل ع: ««الصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكلا وفي حدود وكتله تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجرأها بنفسه»».

وهكذا فإنه متى تم التعاقد بطريق النيابة وفق الشروط التي تحدثنا عنها سابقاً، إلا وانصرفت آثار هذا العقد إلى الأصيل أو المنوب عنه أو الموكلا - فهذه كلها مصطلحات مترادفة - ولو تم إبرام هذا العقد من طرف النائب أو الوكيل. وانطلاقاً من وجود ثلاثة أطراف في العقد الذي يتم بطريق النيابة، وهم الأصيل والنائب والغير، فإن العلاقة بين هؤلاء الأطراف تتحدد وفق ما يلي:

العلاقة بين النائب والغير:

لقد سبقت الإشارة إلى أن النائب يتعاقد باسم المنوب عنه أو الأصيل، ومن ثم فإن الحقوق والالتزامات التي تترتب عن هذا العقد تتصرف إلى الأصيل مباشرة، ومعنى ذلك أن المطالبة بهذه الحقوق تكون من طرف الأصيل وليس النائب، مثلاً أن مطالبة الغير الذي تعاقد معه النائب بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد تكون في مواجهة الأصيل وليس النائب، اللهم إذا استثنينا الحالة التي تمتد فيها النيابة إلى مرحلة تنفيذ العقد، حيث يجوز للنائب في هذه الحالة أن يطالب بحقوق الأصيل بصفته نائباً عنه، كما يجوز للغير المتعاقد معه أن يطالب النائب بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمة الأصيل، وفق ما نص عليه الفصل 923 من ق ل ع عندما قال ««ثبت للغير على الوكيل دعوى من أجل إزامه بقبول تنفيذ العقد، إذا كان هذا التنفيذ يدخل ضرورة في

وكالته »، وكذلك الفصل 921 من نفس القانون الذي جاء فيه « الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلا وفي حدود وكالته لا يتحمل شخصيا أي التزام تجاه من يتعاقد معهم، ولا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل ».»

وهكذا فإنه متى تقييد النائب عند إجراء التصرف باسم الأصيل بحدود نيابته، لم يسع للغير أن يطالب النائب بأية مطالبة شخصية بخصوص ذلك التصرف.

وينبني على ذلك أنه يجوز للغير حسن النية أن يطالب النائب الذي تجاوز حدود صلاحياته عند إجراء التصرف بالتعويض عن الضرر، متى رفض الأصيل إمضاء هذا العقد. ومسؤولية النائب في مواجهة الغير في هذه الحالة ليس مصدرها التصرف الذي أبرمه باسم الأصيل، وإنما مصدرها ما ارتكبه من خطأ عند تجاوز حدود النيابة، دون أن ينبع هذا الغير الذي يتعامل معه إلى ذلك، أي أن مسؤولية النائب في هذه الحالة مصدرها الفعل الضار وليس العقد، وهذا ما يشير إليه الفصل 928 من ق ل ع.

- العلاقة بين النائب والأصيل:

إن عقد الوكالة بالنسبة للنيابة الاتفاقي هو الذي يحدد إطار هذه النيابة فيما إذا كانت خاصة أو عامة، حيث يجب على النائب أن ينفذ المهام المسندة إليه وفق ما جاء في عقد التوكيل، بحيث يتقييد بها الأصيل ما دامت قد أبرمت في نطاق الوكالة وباسمها، وما دام موجودا على قيد الحياة. أما في حالة وفاة الأصيل فإن للورثة الحق في إثارة عدم استمرار الوكيل أو النائب في مهامه، فإذا تصرف النائب وهو جاهل لواقعه وفاة الأصيل، فإن هذا التصرف يكون مقبولا من الناحية القانونية، على أن يكون المتعاقد معه جاهلا كذلك بواقعه الوفاة، وفق ما جاء في الفصل 939 من ق ل ع « تكون صحيحة التصرفات التي يبرمها الوكيل باسم الموكل خلال الفترة التي يجهل فيها موته أو غيره من الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة، بشرط أن يكون من تعاقد معه يجهل ذلك بدوره ».»

- العلاقة بين الأصيل والغير:

إن العلاقة التي تنشأ بين الأصيل والغير فيما يرجع لآثار العقد الذي أبرمه الغير مع النائب هي علاقة مباشرة لا محل فيها للنائب، حيث إن العقد ينشئ في ذمة الأصيل حقوقا والتزامات تقابل ما ينشئه في ذمة الغير الذي تعاقد مع النائب من التزامات وحقوق، فيكون للأصيل أن يطالب ذلك الغير مباشرة بحقوقه أي دون وساطة نائبه، كما يجوز للغير أن يطالب الأصيل بحقوقه هو دون حاجة لإدخال النائب في هذه المطالبة.

لكن هل يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه؟

إن التعاقد مع النفس يجد صورته في العقد الذي يتم من خلال الجمع بين صفتين في شخص واحد، حيث يقوم هذا الأخير بدور الطرفين، فيصدر تعبيرين عن الإرادة متقابلين في شأن مصالحهما المتعارضة، وهذا الوضع متصور في حالتين:

الحالة الأولى وهي الحالة التي يتعاقد فيها النائب أصالة عن نفسه ونيابة عن موكله أو منوبه، مستغلاً بذلك النيابة لإبرام العقد لمصلحة هو.

الحالة الثانية وهي الحالة التي يتعاقد فيها نفس النائب نيابة عن شخصين متقابلين، حيث يكون موجباً بالنيابة عن أحد الأطراف وقابلًا في نفس الوقت عن الطرف الآخر، أي أنه يبرم عقداً بمفرده.

وإذا كانت نظرية النيابة في التعاقد تجيز هذا النوع من العقود ولو من الناحية النظرية، فإن الجدل قد ثار بخصوص مدى جواز وصحة هذه العقود.

ونميز في هذا الصدد بين تيارين متعارضين، حيث يجيز أحدهما مثل هذا التصرف ما دام أن تعبير النائب عن إرادته ولو أنه في الظاهر تعبير واحد، إلا أنه ينطوي في الواقع على إرادتين متميزتين ومرتبتين، يتم بهما انعقاد العقد وفق ما تقضي به نظرية النيابة في التعاقد. بينما لا يجيز التيار الثاني مثل هذا التصرف، ما دام أن الوكيل عندما يتعاقد أصالة عن نفسه ونيابة عن غيره فإن مصالحهما ستتعارض فيما بينها، مما سيؤدي لا محالة إلى الإضرار بالأصيل. و بسبب هذا الاعتبار العملي – أي عدم إمكانية رعاية وتحقيق مصالح الأصيل – كان الاتجاه السائد هو منع تعاقد النائب مع نفسه كوسيلة لحماية مصالح الأصيل.

وإذا ما رجعنا إلى ق ل ع المغربي، فإننا لا نجد نصاً صريحاً يقضي بمنع النائب⁽¹¹⁾ من التعاقد مع نفسه بخلاف مدونة الأسرة. لكن يمكن القول مع ذلك أن هذا القانون وضع من خلال بعض المواد (الفصول 480، 481، 482 ق ل ع) قاعدة أصلية مضمونها أن النائب ممنوع من أن يتعامل مع نفسه، سواء باعتباره نائباً عن الغير أصيلاً عن نفسه، أم باعتباره نائباً عن جميع الأطراف.

غير أنه في حالة تعاقد النائب مع نفسه في حالة النيابة الاتفاقية، فإن العقد يكون صحيحاً إذا رخص الأصيل للنائب بذلك بموجب عقد الوكالة، أو يكون موقوفاً على إجازة وإقرار الأصيل إذا لم يكن النائب مرخصاً له من قبل الأصيل بإجراء التصرف لنفسه.

وخلاصة لكل ما سبق، فإن الشخص الذي يتتوفر على الأهلية القانونية قد يتعاقد أصالة عن نفسه وقد ينبع عنه غيره في ذلك، غير أنه يتquin في جميع الأحوال أن تكون إرادته صحيحة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، وهذا ما سنتناوله من خلال النقطة الموالية.

ب. السلامة من عيوب الإرادة

بالإضافة إلى الأهلية القانونية التي يلزم توافرها في المتعاقد، يشترط المشرع لصحة التراضي أن تكون الإرادة حرة صحيحة سالمة من العيوب التي قد تعدّمها أو تعيبها، وهذه العيوب التي قد تشوب الإرادة هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن، ثم حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة (الفصول 39 إلى 56 من ق ل ع المغربي).

⁽¹¹⁾ في النيابة الاتفاقية طبعاً.

أولاً: الغلط l'erreur

إن الغلط باعتباره عيباً يشوب الرضى أو الإرادة، هو وهم يتولد في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويكون هو الدافع إلى التعاقد. فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف ما كان ليبرمه لو تبيّن حقيقة هذا الواقع، حيث يصيب الإرادة عند إبرام التصرف فيوجهها وجهاً لا تتفق مع الواقع الذي تمثل في ذهن المتعاقد على غير حقيقته، لأن يشتري شخص لوحة يعتقد أنها أثرية، فيكتشف أنها مجرد تقليد.

وقد عمل المشرع على تنظيم حالة الغلط بشكل وافٍ من خلال الفصول 40 إلى 45 من ق.ل.ع، حيث عرض لحالة الغلط في القانون، ثم لحالات الغلط في الواقع (وهي حالة الغلط في الشيء وحالة الغلط في شخص المتعاقد وحالة الغلط في الحساب)، ثم أخيراً لحالة الغلط الذي يقع من الوسيط. لكن قبل التطرق لمختلف حالات الغلط التي نص عليها المشرع المغربي، لا بأس من الإشارة إلى مختلف أنواع الغلط بحسب الآثار المترتبة عليه.

أ) مختلف أنواع الغلط بحسب الآثار المترتبة عليه:

نميز في الغلط الذي يصيب الإرادة بين ثلاثة أنواع، غلط المانع ي عدم الإرادة ويمعن انعقاد العقد أصلاً (1) وغلط مسبب للإبطال يعيّب الإرادة فقط ولا يعدّها (2) ثم غلط غير منتج في تعيب الإرادة، حيث لا يؤثّر على صحة العقد (3).

1) **الغلط المانع** l'erreur obstacle: وهو الغلط الذي ينتفي معه وجود الرضى من أساسه، فيمنع انعقاد العقد ويرد هذا النوع من الغلط في الحالات التالية:

- إذا وقع الغلط في ماهية العقد، لأن تصرف نية شخص إلى البيع أو الشراء، في حين تصرف نية المتعاقد الآخر إلى الکراء، أو لأن يقدم شخص لآخر مبلغًا من المال على أساس القرض، فتتصارف نية هذا الأخير إلى أن المبلغ قدم إليه على سبيل الصدقة أو الهبة؛

- إذا تعلق الغلط بوجود المحل المتعاقد عليه أو في ذاتيته، لأن يقع البيع على شيء يعتقد البائع موجوداً بينما هو غير موجود، لأن يكون قد أصابه التلف أو الهلاك، حيث ينصب الغلط في هذه الحالة على وجود المحل، أو لأن يبيع شخص داراً معينة فيعتقد المشتري أنه يشتري داراً غيرها، حيث يقع الغلط في هذه الحالة في ذاتية المحل؛

- إذا وقع الغلط في سبب الالتزام، لأن يتعهد الوارث بتنفيذ وصية يتبيّن فيما بعد أنها أغيت بوصية لاحقة. بهذه الحالات من الغلط تُعدم الرضى من أساسه، ولا تتعلق بما نحن بصدده دراسته من عيوب تعيب الرضى ولا تعدّمه.

ومما تجر الإشارة إليه في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي ذكر في الفصل 41 من ق.ل.ع الغلط الواقع على ذاتية الشيء مع أنواع الغلط الأخرى التي تعيب الرضى، مع أن هذا النوع من الغلط كما قلنا يعدم الرضى ويمعن انعقاد العقد ولا يعيّب

الإرادة فقط، لذلك اتفق الفقه والقضاء المغاربيين على أن المقصود بالغلط الواقع على "ذاتية الشيء" الواردة في الفصل 41 المذكور، إنما هو الغلط الواقع على مادته، باعتبار أن هذا النوع من الغلط يدخل ضمن حالات الغلط التي تعيب الإرادة أو الرضى ولا تنفيه، وباعتبار أن الفصل 41 المذكور ورد في البحث الذي خصه المشرع لعيوب الرضى.

2) الغلط المسبب للإبطال *l'erreur cause d'annulation*

الذي يعيب الرضى وينفيه، هناك نوع من الغلط الذي يعيب الإرادة فقط فيجعل العقد قابلاً للإبطال، ومن هنا جاءت تسميته بالغلط المسبب للإبطال، ويرد هذا النوع من الغلط في الحالات التالية: حالة الغلط في القانون، حالة الغلط في مادة الشيء المتعاقدين عليه أو في نوعه أو في صفة جوهرية فيه، حالة الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفة جوهرية فيه متى كانت هذه الذات أو هذه الصفة محل اعتبار خاص.

وهذا النوع من الغلط هو الذي يدخل ضمن مجال دراستنا، وهو الذي سنتناول حالاته بشيء من التفصيل فيما بعد.

3) الغلط غير المنتج أو غير المؤثر *l'erreur indifférente*

لا يعيبه كعيب للرضى كما لا يمس صحة العقد، أي أنه وإن أصاب الإرادة فهو لا يؤثر فيها. ويكون الغلط كذلك في الحالات التالية:

- إذا تناول صفة غير جوهرية في الشيء المتعاقدين عليه، وذلك كما لو اشتريت لوحة أثرية من صنع فنان مشهور، فتبين لي أن المواد المستعملة في هذه اللوحة ليست من النوع الذي كنت أعتقد أنها مرسومة به، فإن هذا الغلط الذي وقعت فيه لا يؤثر على صحة العقد، ما دام أن هذه اللوحة لها صفة الأثرية ومن صنع أو رسم الفنان المشهور الذي كنت أحقره على أن تكون هذه اللوحة الفنية له.

- إذا تناول الغلط شخص العاقد أو صفتة، متى كانت هذه الشخصية أو الصفة غير ذات اعتبار عند التعاقد، كما لو بعت مثلاً داري لشخص كنت أعتقد أنه مهندس فإذا به طبيب، وكان يستوي عندي أن أبيعه لمن اشتراه فعلاً أو لغيره. فإن الغلط الذي وقعت فيه لا يعيب إرادتي ولا يؤثر على صحة عقد البيع، وتقدير الدور الذي لعبته شخصية المتعاقدين أو صفتة في التعاقد، هو من أمور الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي والتي يقدرها في ضوء ظروف كل قضية على حدة.

- إذا تناول الغلط قيمة الشيء، فإذا ما اشتري شخص عقاراً على أساس أن غلنته السنوية تبلغ قيمة معينة، ثم تبين له بعد ذلك أن قيمة هذه الغلة السنوية هي أقل في الواقع مما كان يعتقد، فإن الغلط الذي وقع فيه المشتري عند تقديره لقيمة العقار لا يؤثر على صحة العقد ولا يعيب الإرادة.

- إذا تناول الغلط مجرد البواعث التي حملت المتعاقدين على التعاقد، كما لو أن شخصاً وهب مبلغاً من المال لشخص آخر اعتقداً منه أن صفقة تجارية دررت عليه أرباحاً مهمة، ثم تبين له فيما بعد أنه كان مخطئاً في تقدير هذه الأرباح، فإنه لا يستطيع

الطعن في الهمة بسبب هذا الخطأ أو الغلط في تقدير الأرباح. فالغلط في البواعث الدافعة إلى التعاقد هي أمور شخصية محضة ومجهولة في الغالب من المتعاقد الآخر، لذلك كان من الطبيعي إلا يتأثر العقد بمثل هذا النوع من الغلط.

- إذا كان الغلط غلطاً مادياً صرفاً كحالة الغلط في الحساب، فإن هذا الغلط لا يؤثر على صحة العقد وإنما يظل العقد صحيحاً ويصح الخطأ المادي الذي تسرّب إليه.

ب) حالات الغلط في قل ع المغربي

لقد سبقت الإشارة إلى أن حالات الغلط المنصوص عليها في القانون المغربي للالتزامات والعقود ثلاثة وهي:

الغلط في القانون (1) حالات الغلط في الواقع (2) حالة الغلط في الوسيط (3).

1) حالة الغلط في القانون:

لقد نص الفصل 40 من قل ع على أن «الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام»، وقبل الحديث عن شروط هذا النوع من الغلط المخول للإبطال، يجدر التمييز بين الغلط في القانون وبين القاعدة التي تقضي بأنه «لا يعذر أحد بجهله للقانون» أو على الأصح «لا يفترض في أحد أنه يجهل القانون» كترجمة للعبارة الفرنسية *nul* qui n'est censé ignoré la loi يتهرّب من تطبيق القانون عليه، بحجة جهله لوجود هذا القانون أو بحجة جهله لأحكامه.

لذلك لا ينبغي الخلط بين هذه القاعدة وبين الإبطال لغلط في القانون الذي ليس فيه أي معنى لاستبعاد تطبيق القانون والتهرب من أحكامه، بقدر ما يهدف إلى التخلّي من عقد أبرم في ظروف جعلت أحد المتعاقدين يعتقد الواقع القانوني خلافاً لما هو عليه، فيتعاقد على أساس هذا الواقع الخاطئ مما يعيّب إرادته، ومن أمثلته أن أقوم بصفتي وريثاً لشخص قاصر بالغ من العمر 12 سنة توفي بعد أن أوصى بجزء من أمواله، بتتفيد وصيته وأنا أجهل بأن هذا القاصر لا تصح وصيته، ففي مثل هذه الحالة يجوز لي أن أطعن في هذا التصرف الذي قمت به وأطالب بإبطاله بسبب الغلط في القانون الذي وقعت فيه.

و بعد هذا التمييز نقول أنه لتقرير الإبطال بسبب الغلط في القانون لابد من توافر الشروط التالية:

- يجب أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو على الأقل هو السبب الجوهرى الدافع إلى التعاقد، بحيث لو اكتشف المتعاقد هذا الغلط لامتنع عن إبرام العقد؛

- يجب أن يكون الغلط مما يعذر عنه لأن يكون الشخص الواقع في الغلط شخصاً أمياً، أما إذا كان ممن لهم معرفة بالقانون مثلاً، فإنه لا يجوز ولا يمكن الاعتراض على لأن هذا الغلط ليس مما يمكن لمثله العذر عنه؛

- أن لا يوجد نص قانوني يحول دون المطالبة بالإبطال بسبب الغلط في القانون،

كما هو الشأن بالنسبة للفصلين 73 و1112 من ق ل ع، فلو قام مثلاً المدين بأداء دين سقط بالتقادم لفائدة دائنه، وهو يجهل أن مثل هذا الدين أضحى ديناً طبيعياً لا يلزم قانوناً بأدائنه، فإن هذا المدين لا يستطيع التذرع بالغلط في القانون الذي حمله على الوفاء بدينه للمطالبة بإبطال هذا الوفاء واسترداد ما دفعه لدائنه.

(2) حالات الغلط في الواقع: وهي ثلاثة حالات: حالة الغلط في الشيء، وحالة الغلط في الشخص، ثم حالة الغلط في الحساب. وبالنسبة لحالة الغلط في الشيء، نص المشرع المغربي في الفصل 41 من ق ل ع على جواز إبطال العقد بسبب الغلط «إذا وقع على ذاتية الشيء أو على نوعه أو على صفة كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء»، وهكذا فإن المشرع لا يعتد فقط بالغلط الواقع على ذاتية الشيء أو مادته⁽¹²⁾، كما لو اشتري أحد خاتماً ظنه من الذهب الخالص، فإذا به خاتم من النحاس المطلي بقشرة من الذهب، ولا بالغلط الواقع على نوعه كما لو اشتري تاجر سلعة على أنها من النوع الممتاز فإذا هي من النوع الرديء، لإمكانية المطالبة بالإبطال للغلط، بل اعتد كذلك بالغلط الواقع على «صفة في الشيء كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء» أي بالغلط الذي يلحق صفة جوهرية في الشيء المباع، كما لو اشتري شخص آنية ذهبية على أنها أثرية ثم يتضح بعد ذلك أنها ليست أثرية، حيث يسوغ للمشتري المطالبة بإبطال الشراء ولو كانت الآنية من الذهب الخالص، ما دام أن الصفة الجوهرية التي كانت سبباً رئيسياً في التعاقد أو الشراء هي كون الآنية أثرية.

أما بالنسبة لحالة الغلط في الشخص، فقد نص المشرع في الفصل 42 من ق ل ع على «أن الغلط الواقع على شخصية أحد المتعاقدين أو على صفتة»، لا تخول الإبطال إلا إذا كانت هذه الشخصية أو الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضاء من المتعاقد الآخر».

وهكذا فإن الغلط سواء وقع في ذات الشخص المتعاقد معه أم في صفة من صفاتيه، فإنه يعيّب الإرادة ويكون سبباً للإبطال. ومن أمثلة الغلط الواقع في ذات الشخص، أن يتعاقد شخص مع شخص آخر على أساس أنه من الأطباء المشهورين، ثم يتبيّن بعد ذلك أنه تعاقد مع شخص آخر ليس هو الذي كان يرغب في التعاقد معه (بسبب تشابه الأسماء مثلاً). ومن أمثلة الغلط الواقع في صفة المتعاقد، أن يهبه إنسان مالاً لشخص يعتقد أنه قريبه ثم يتبيّن بعد ذلك أنه ليس من أقربائه، أو أن يتعاقد شخص مع مكتب للأشغال الطبوغرافية على أساس أن صاحب المكتب مهندس طبوغرافي، فيتبيّن بعد ذلك أن صاحب المكتب ليس مهندساً طبوغرافياً. فالغلط الواقع في هاتين الحالتين يكون سبباً للإبطال، بشرط أن تكون ذات الشخص أو صفتة كانت أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد، أما إذا كانت ذات الشخص أو صفتة غير جوهرية في نظر المتعاقد، فإن الغلط الواقع عليها يكون من نوع الغلط غير المنتج الذي لا يشكل سبباً للإبطال، ويرجع تقدير ذلك للقاضي الذي له سلطة تقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفتة

¹² - لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي استعمل عبارة الغلط الواقع على ذاتية الشيء وهذا النوع من الغلط مانع للإرادة، لذلك فإن المقصود بهذا النوع من الغلط هو الغلط الواقع في مادة الشيء.

لها اعتبار لدى المتعاقدين الآخر عند التعاقد، في ضوء ظروف كل قضية على حدة.

وبالنسبة لحالة الغلط الواقع في الحساب، فقد قرر المشرع أنه مجرد غلط مادي لا يعيب الإرادة وبالتالي لا يكون سبباً لإبطال العقد، وإنما يظل العقد صحيحاً منتجاً لآثاره ويُصحح الغلط الواقع في الحساب، وهذا ما نص عليه الفصل 43 من ق. ل.ع عندما قال «مجرد غلطات الحساب لا تصلح سبباً للفسخ وإنما يجب تصحيحها».

(3) **حالة الغلط الواقع من الوسيط:** لقد أجاز المشرع بموجب الفصل 45 من ق. ل.ع للشخص الذي استخدم وسيطاً من أجل التعاقد، أن يعتد بالغلط الذي يقع فيه الوسيط عند التعاقد، كما لو أنه هو الذي وقع فيه، حيث يحق له أن يستند لهذا الغلط الذي وقع فيه الوسيط قصد المطالبة بإبطال العقد المبرم من طرفه، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 41 و 42 من ق. ل.ع، أي حالات الغلط الواقع في الشيء والغلط الواقع في الشخص.

ثانياً: التدليس le dol

هو استعمال وسيلة خادعة من أجل إيقاع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد، حيث إن المتعاقدين تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس، مما يجعل إرادته معيبة وغير حرة عند التعاقد بسبب الغلط الذي ولده التدليس.

وينبغي التمييز بين الغلط الناتج عن استعمال أساليب التضليل والاحتيال التي يلجأ إليها المدلس، وبين الغلط التقائي الذي يقع فيه المتعاقدين من تلقاء نفسه والذي سبق لنا بيان أحکامه. كما ينبغي التمييز بين التدليس وبين الغش، حيث إن التدليس يكون مصاحباً لتكوين العقد ويكون هو الدافع إلى التعاقد، في حين أن الغش هو خديعة تتم خارج نطاق التعاقد. ومن أمثلة التدليس أن يقدم بائع قطعة أرضية للمشتري دراسات وخطط توهمه بأن القطعة المبيعة من النوع الذي يصلح لإقامة مشروع استثماري، في حين أن هذه القطعة لا تصلح لذلك وأن المشتري لو علم بالأمر لما اشتراها. وقد اشترط المشرع بموجب الفصلين 52 و 53 من ق. ل.ع لتحقق التدليس الشروط التالية:

- **استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه:** فلقيام التدليس لا بد من استخدام المدلس لوسائل احتيالية تخفي الحقيقة عن المتعاقدين وتولد الغلط في ذهنه، وهذا ما يستلزم توافر عنصرين: عنصر مادي يتمثل في استخدام وسائل احتيالية لإخفاء الحقيقة عن المتعاقدين وتضليله، قصد دفعه إلى التعاقد تحت تأثير هذا التضليل كما في المثال السابق، وتتبغى الإشارة هنا إلى أن استعمال الكذب المألف بين البايعة من حيث المبالغة في أوصاف المبيع ومزاياه ونحو ذلك من أساليب الترويج، مما هو معروف بين الناس ومما يستطيع المشتري الحذر منه، لا يعتبر تدليساً إلا إذا تعلق الأمر بالكذب في واقعة معينة لها اعتبار في نظر المتعاقدين، كما لو جزم البائع كذباً وبهتاناً بوجود صفة معينة في المبيع كان يصرّ عليها المشتري، اعتبر كذبه تدليساً وجاز للمشتري الطعن في البيع وإبطاله، أو تم الإدلاء ببيانات غير صحيحة و الحال أن

هذه الأخيرة لها أهمية خاصة عند التعاقد فإن ذلك يعتبر تدليسًا، كما لو أدلى المؤمن له على الحياة ببيانات كاذبة لشركة التأمين يخفي بها أخطاراً يتعرض لها وتزيد في تبعات الشركة، فمثل هذه البيانات الكاذبة تبرر إبطال عقد التأمين للتدليس.

كذلك الشأن بالنسبة للكتمان فهو لا يعتبر عنصراً مادياً كافياً لقيام التدليس، إلا إذا تعلق الأمر بما يوجب القانون أو طبيعة المعاملة بيانه، كما لو كتم البائع العقار عن المشتري أن هذا العقار هو موضوع مشروع نزع للملكية للمصلحة العامة، حيث يعتبر مثل هذا الكتمان تدليسًا مبرراً لإبطال العقد (الفصل 52 من ق. ل. ع).

أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي، حيث يجب لقيام التدليس أن تكون الحيل التي لجأ إليها المدرس تهدف إلى التضليل قصد الوصول إلى غرض وكسب غير مشروع، كما هو الشأن في الأمثلة التي أشرنا إليها. فالبائع الذي يجزم بهتناً بوجود صفة في المبيع تكون هي الدافع إلى التعاقد، والمؤمن له الذي يدلّي ببيانات كاذبة لشركة التأمين، والبائع الذي يكتُم عن المشتري بيانات لو اطلع عليها المشتري لما تعاقد معه، إنما يبغون من هذه الوسائل التضليلية التي لجأوا إليها الحصول على كسب غير مشروع.

أما إذا كان الغرض من استعمال الوسائل الاحتيالية مشروعًا، فإن التدليس لا يعتبر قائماً ما دام أن الغرض منه مشروع، وذلك كما لو لجأ الدائن إلى الخديعة قصد الحصول على ما يضمن به دينه من المدين الذي ظهرت بوادر إعساره، فالدائن هنا لا يهدف من وراء استعمال الخديعة سوى ضمان دينه من المدين الذي ظهرت بوادر إعساره، فكان بذلك غرضه مشروعًا.

- **كون الوسائل الاحتيالية المستعملة هي الدافعة إلى التعاقد:** حيث لا تجوز المطالبة بإبطال العقد بسبب التدليس إلا إذا ثبت أن الوسائل الاحتيالية التي استعملها المدرس، هي التي دفعت بالمتعاقد إلى التعاقد (الفصل 52)، ومعرفة ذلك تعتبر من أمور الواقع التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع.

وينبغي التمييز بين التدليس الدافع إلى التعاقد والتلبيس العارض أو غير الدافع إلى التعاقد، وهو التدليس الذي لا يكون سبباً دافعاً للتعاقد وإنما يحمل المتعاقد المصمم على التعاقد، على القبول بشروط لم يكن ليقبلها لو لا هذا التدليس، وذلك كما لو قدم البائع للمشتري عقود كراء صورية بمبالغ كراء مبالغ فيها قصد دفع المشتري المصمم على الشراء إلى القبول برفع الثمن بما كان محدداً من قبل، فهذا التدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال وإنما يقتصر أثره على إعطاء الحق للمتعاقد المتضرر، في المطالبة بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. وهذا ما أشار إليه المشرع في الفصل 52 من ق. ل. ع عند بيان شروط التدليس، حيث نص على أن الحيل التي تخول الإبطال هي التي "لو لاها لما تعاقد الطرف الآخر" دالاً بذلك على أن التدليس الذي يعتد به كسبب للإبطال هو التدليس الدافع إلى التعاقد، أما التدليس العارض فلا يمنح إلا حق المطالبة بالتعويض عملاً بالفصل 53 من نفس القانون. نعم إذا بلغ الضرر اللاحق بالمدرس عليه تدليسًا عارضاً حد الغبن، فإن العقد في هذه الحالة يكون معيناً قابلاً للإبطال طبقاً لما

ينص عليه الفصل 55 من ق ل ع الذي يخول إبطال العقد للغبن الناتج عن التدليس.

- صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كونه على علم بها : يشترط في التدليس ليكون سببا للمطالبة بإبطال أن يكون صادرا عن المتعاقد (المدلس) الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد بوسائله الاحتيالية، أو أن يكون عالما به أو صادرا عن نائبه أو عن كل شخص يعمل بالتوافق معه، وهذا ما نص عليه المشرع في الفصل 52 من ق ل ع م. أما إذا كان المتعاقد مع المدلس عليه غير عالم بالتدليس الذي باشره الغير، فإن المدلس عليه لا يمكنه المطالبة بإبطال العقد بسبب التدليس الذي كان ضحية له، ويقتصر حقه في مقاضاة المدلس ومطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر.

ثالثا: الإكراه la contrainte

الإكراه طبقا لمقتضيات الفصل 46 من ق ل ع م هو " إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه "، وهكذا فإن الرهبة التي يولدها الإكراه في نفس المكره هي التي تحمله على التعاقد وتدفعه إليه، مما يعني أن الإكراه يصيب الإرادة في أهل عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار، فالمتعاقد تحت وطأة الإكراه إنما يتعاقد بارادته، غير أن هذه الإرادة لم تكن حرة، لذلك فالعقد المشوب بالإكراه لا يعتبر باطلًا لأنقاض الإرادة، وإنما يكون قابلا للإبطال لعيب أصاب إرادة المكره. ويشترط في الإكراه ليكون سببا للإبطال ما يلي:

- استعمال وسيلة للضغط على شخص: لتحقق الإكراه الذي يعيّب الإرادة، يجب استعمال وسيلة ما للضغط على المكره، بحيث تحدث لمن يتعرض لها ألمًا جسديا كالضرب والتعذيب، أو ألمًا نفسيا كتهديد المكره بأذى يلحقه أو ذوي أقاربه في الجسم أو النفس أو المال (الفصل 47 ق ل ع م)، ويعتبر هذا الإكراه النفسي هو الأكثر شيوعا كتهديد الشخص بإثارة فضيحة تلحقه أو بخطف ابنه....

وينبغي التمييز بين الإكراه النفسي والنفوذ الأدبي الذي لا يشكل بحد ذاته إكراها كنفوذ الأب على ابنه، وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي عندما نص في الفصل 51 من ق ل ع على أن « الخوف الناشئ عن الاحترام لا يخول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية »، وهكذا ف مجرد النفوذ الأدبي وما يترتب عليه من خوف لا يكفي لقيام الإكراه إلا إذا رافقته واقترنـتـ به وسيلة ضغط أخرى تولد الرهبة في النفس، فيتم التعاقد تحت سلطان هذه الرهبة.

و بخلاف التدليس فإن الإكراه سواء كان صادرا عن أحد المتعاقدين أو عن أحد من الأغيار، فإنه يعتبر سببا للإبطال ما دام أن المتعاقد المكره أبرم العقد في الحالتين معا و هو تحت وطأة الإكراه، مما يجعل إرادته معيبة ويعطيه الحق في المطالبة بإبطال هذا العقد بسبب الإكراه الذي أصاب إرادته (الفصل 49 ق ل ع).

- كون الوسيلة المستعملة بعثت رهبة في نفس المكره: إن العبرة في الإكراه ليست للوسيلة المستعملة من أجل الضغط على المكره، وإنما العبرة بما تبعثه هذه الوسيلة من رهبة في النفس تجعل المكره يتصور أن هناك خطرا وضررا يتهدده إن هو

رفض التعاقد، ويعتبر تقدير الرهبة الواقعية في النفس من أمور الواقع التي يستقل القاضي بتقديرها، طبقاً لمعايير ذاتي يأخذ بعين الاعتبار ظروف كل قضية على حدة.

سواء وقع الإكراه على المتعاقدين بالذات أم وقع على الغير، فإننا نعتقد أن العبرة ينبغي أن تكون لما يتركه الخطر المحقق بالغير من أثر في نفس المتعاقدين وللهبة التي تولدت في نفسه والتي كانت الدافع الأساسي إلى التعاقد.

- **كون الرهبة المتولدة في نفس المكره هي الدافعة إلى التعاقد:** لا يجوز للمتعاقدين المكره أن يطلب بإبطال العقد، إلا إذا تم التعاقد تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفس المتعاقدين نتيجة الإكراه، وهذا ما نص عليه الفصل 47 من ق. ل ع عندما اعتبر أن «الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا: - إذا كان هو الدافع إليه...». أما إذا لم يكن الإكراه هو الدافع إلى التعاقد وإنما اقتصر أثره على حمل المتعاقدين على التعجيل بإبرام العقد الذي كان مصمماً على إبرامه، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل الإكراه الموجب للإبطال، وإنما يعتبر عملاً غير مشروع يترتب عليه إمكانية رفع دعوى التعويض عن الضرر من طرف المتعاقدين المتضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

- **كون الغاية تحقيق غرض غير مشروع:** لكي يتحقق الإكراه لا بد أن يكون الغرض من الرهبة المتولدة في نفس المكره لحمله على التعاقد تحقيق غرض غير مشروع، سواء كانت الوسيلة المستعملة لتوليد هذه الرهبة مشروعة، كأن يهدد الدائن مدينه بشهر إفلاسه ما لم يتعهد المدين بأن يدفع له أكثر مما هو مدين به، أو كانت وسيلة غير مشروعة كما لو هدد شخص غيره بأن يختطف ابنه إن لم يحصل منه على منفعة معينة (الفصل 47 ق. ل ع). أما إذا كانت الغاية من استعمال أحد وسائل الإكراه مشروعة كانت أو غير مشروعة هو تحقيق غرض مشروع، كأن يهدد الدائن مدينه بأن يشهر إفلاسه إن هو لم يحصل على مبلغ دينه الذي حلّ أجله أو يحصل على رهن يضمن به حقه، فإن الإكراه لا يتحقق في هذه الحالة.

رابعاً: الغبن

الغبن هو التقاويم وعدم التوازن بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه في مقابل ما يعطيه في عقود المعاوضة، بحيث ينعدم التوازن في المصالح والمنافع التي يحرص الطرفان على تحقيقها عند التعاقد، مما ينبيء بأن المتعاقدين الذي لحقه الغبن غالباً ما تعرض لإيهام أو خداع في قيمة ما أعطى مقابل ما أخذ، حيث تكون إرادته قد عيبت بما يقرب من الغلط أو التدليس، وقد حدد المشرع المغربي الغبن بما يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقة للشيء.

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الغبن في ق. ل ع م نجد أن المشرع لا يعتد بالغبن المجرد عن التدليس كسبب كاف للمطالبة بإبطال العقد، إلا إذا تعلق الأمر بالحالة التي يلحق فيها الغبن بالقاصر أو بناقص الأهلية، حيث يكفي في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد بسبب الغبن المجرد الذي لحق القاصر أو ناقص الأهلية.

وهكذا فإن القاعدة أو الأصل في التشريع المغربي أن الغبن المجرد لا يعيب العقد ولا يخول الإبطال، فمن يشتري مثلاً قطعة أرضية بثمن يفوق ثمنها الحقيقي بما يزيد عن الثمن من شخص لا يرغب في بيع هذه القطعة الأرضية إلا بهذا الثمن ولا يرغب في التخفيض منه، فإن هذا المشتري لا يسوغ له إذا تبين له الغبن فيما بعد أن يطعن في هذا البيع ويطالبه بإبطاله بسبب الغبن.

أما إذا كان المشتري شخص قاصر أو ناقص أهلية فإن المشرع أجاز له استثناء في الفصل 56 من ق ل ع أن يطالب بإبطال هذا البيع بسبب ما لحقه من غبن ولو تعاقد بمعونة وإذن وليه القانوني.

أما الغبن المعنى به قانوناً حسب ق ل ع والذي يصلح أن يكون سبباً للإبطال، فهو الغبن المقترب بالتدليس، فمن يشتري قطعة أرضية بثمن يفوق بكثير ثمنها الحقيقي، نتيجةً مما استعمله البائع من وسائل احتيالية لدفعه إلى القبول بهذا الثمن، كما لو قدم له وثائق مزورة يعرض من خلالها أصحابها رغبتهم في شراء هذه القطعة الأرضية بالثمن الذي يطلبه البائع أو أكثر، فإنه يجوز لهذا المشتري أن يطعن في عقد البيع وأن يطالبه بإبطاله بسبب الغبن الذي لحقه، نتيجة تدليس البائع طبقاً لمقتضيات الفصل 55 من ق ل ع .

لكن ما الفائدة من إقرار المشرع المغربي لجواز إبطال العقد بسبب الغبن المقترب بالتدليس، ما دام أنه يمكن الطعن في هذا العقد بسبب التدليس فقط؟

لقد سبق لنا الإشارة إلى أن التدليس قد يكون هو الدافع إلى التعاقدين وفي هذه الحالة يكون سبباً للإبطال، وقد لا يكون هو الدافع إلى التعاقدين فيعتبر حينئذ مجرد عمل غير مشروع، لا يعطي لمن كان ضحية له سوى حق المطالبة بالتعويض عن الضرر طبقاً لما هو مقرر بموجب الفصل 53 من ق ل ع ، فإذا اقترنت هذا التدليس العارض بالغبن فإن العقد يكون معيناً قابلاً للإبطال عملاً بالفصل 55 من نفس القانون. و هكذا فإن الفائدة في إقرار المشرع جواز إبطال العقد للغبن المقترب بالتدليس، تتجلى في حالات التدليس العارض أو غير الدافع إلى التعاقدين الذي لا يخول وحده إبطال العقد.

خامساً: حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة (الغبن الاستغلالي)

لم يكتف المشرع المغربي بإقرار عيوب الرضى التي سبق لنا بيانها وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن، بل أعطى بموجب الفصل 54 من ق ل ع للقاضي السلطة التقديرية لإبطال العقود المبرمة في حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة. مما يوحي بأن المشرع المغربي أخذ بالنظرية الحديثة للغبن التي ترتكز على فكرة الغبن الاستغلالي، والغبن الاستغلالي يقوم على استغلال أحد المتعاقدين لمرض أو ضعف أو حاجة المتعاقدين الآخر، لاستدراجه إلى التعاقدين بشروط يظهر فيها الفرق شاسعاً بين ما يكتسبه المغبون من حقوق، وما يتربّ عليه من التزامات.

- **الإبطال بسبب حالة المرض:** قد يبرم شخص عقدا في حالة مرض ويعين فيه غبنا فاحشا أو يتعرض فيه للإكراه، ولا يستطيع القاضي إبطال هذا العقد للإكراه أو الغبن لعدم توافر شروطهما، رغم أن هناك تفاوت وعدم توازن بين التزامات المريض والفائدة التي حصل عليها بموجب العقد، ففي مثل هذه الحالة خول المشرع بمقتضى الفصل 54 للقاضي صلاحية إبطال هذا العقد، متى طلب منه ذلك ومتى تكونت لديه القناعة بأن العقد ما كان ليبرم لو أن المتعاقد لم يوجد في حالة المرض التي استغلها المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد.

- **الإبطال بسبب الحالات المشابهة لحالة المرض:** يقصد بهذه الحالات تلك الحالات التي يوجد فيها الشخص والتي يجعله أقرب للمريض - من حيث ضعف التفكير - منه إلى سليم الجسم صحيح العقل والإدراك، كما في حالة الطيش الجارف أو الحاجة الماسة أو عدم الخبرة، فإذا تعاقد شخص وهو في حالة من هذه الحالات، ثم تبين أن الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد لا تتعادل بوجه من الوجه مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر الذي استغل الوضع، واستحال إبطال العقد للتدايس أو الغبن أو الإكراه لعدم توافر شروط عيب من هذه العيوب، جاز للقاضي في إطار سلطته التقديرية طبقا للفصل 54 إبطال هذا العقد بطلب من المتعاقد المغبون غبنا استغلاليا.

الفقرة الثانية: وجود المحل والسبب

إن الوجود الصحيح للتراضي لا يكفي لقيام العقد، إلا إذا تعلق هذا التراضي بما يحيز القانون التعامل فيه وكان سبب التعاقد مشروعا، لذلك سنتحدث من خلال هذه الفقرة عن محل الالتزام (أولا) ثم عن سببه (ثانيا)

أولا: محل الالتزام

ينبغي في البداية التمييز بين محل العقد وبين محل الالتزام الذي يشترط المشرع توافره بموجب الفصل الثاني من ق ل ع لتكون الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة صحيحة، فمحل العقد يتمثل في تلك العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها والتي تختلف باختلاف موضوعها فقد تكون بيعا وقد تكون كراء أو مقاولة، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن سواء تمثل هذا الأداء في إعطاء شيء (نقل حق الملكية أو أي حق عيني آخر كما سبق لنا بيانه) أو في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. و هكذا فإن ما يهمنا هو محل الالتزام لا محل العقد، ما دام أننا أشرنا في البداية إلى أن من بين الشروط الازمة لإنشاء العقد،

توافر شيء محقق يصلح لأن يكون ملحا للالتزام الناشئ عن العقد. وبذلك فإنه لابد لقيام التزام تعاقدي صحيح من وجود محله، فإذا كان المحل غير موجود عند إبرام العقد كما لو تم التعاقد على شراء سيارة أو ثمار ثم يتبيّن أن السيارة قد سرقت أو أن الثمار قد هلكت، فإن مصير هذا العقد هو البطلان، كذلك الشأن إذا عمد المودع لديه إلى إبرام عقد تأمين عن مسؤوليته عن هلاك الوديعة بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، فإن التزام شركة التأمين يقع باطلا لانعدام محله، ما دام أن المسؤولية المؤمن عليها غير مترتبة على المؤمن له طبقا لما تنص عليه مقتضيات الفصل 808 من ق ل ع. ففي مثل هذه الحالات التي ينتهي فيها وجود محل للالتزام التعاقدي باطلا وبطلان الالتزام يفضي بالضرورة إلى بطلان العقد.

غير أنه يجب التمييز بين الحالة التي ينتهي فيها وجود محل للالتزام التعاقدي انتهاء كلية، وبين الحالة التي يقع فيها الالتزام التعاقدي على محل غير موجود عند إبرام العقد لكنه سيوجد في المستقبل، وفي الحالة الأولى يكون الالتزام باطلا، أما في الحالة الثانية فيقع الالتزام صحيحا عملا بمقتضيات الفصل 61 من ق ل ع م الذي نص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون"، وذلك كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار في طور الإنجاز، أو بيع بضاعة لم تصنع بعد. وإذا أجاز المشرع بأن تكون الأشياء المستقبلية ملحا للالتزام، فإنه قد منع في بعض الحالات التعامل في هذه الأشياء المستقبلية، من ذلك منع التعامل في أموال التركية المستقبلة حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 61 من ق ل ع على أنه " ومع ذلك لا يجوز التنازل على تركية إنسان على قيد الحياة ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا"، والأصل في هذا المنع يرجع إلى عدم جعل حياة الإنسان ميدانا للمضاربة ومحاولات التعجيل بوضع حد لحياته طمعا في التركية. ويشترط في المحل أن يكون مشروعًا، ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين، وذلك على نحو ما يلي:

- **أن يكون المحل مشروعًا**: ليكون محل الالتزام مشروعًا يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه وألا يكون مخالفًا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة، فقد جاء في الفصل 57 من ق ل ع م أن "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الواقعة في دائرة التعامل تصلح وحدتها لأن تكون ملحا للالتزام". وهكذا فإن الأشياء الخارجية عن التعامل لا يجوز أن تكون ملحا للالتزام، وتتقسم هذه الأشياء الخارجية عن التعامل إلى أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها، وهي تلك التي لا يستطيع أحد أن يستثمر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء، وأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون وهي تلك التي لا يجيز القانون بأن تكون ملحا للمعاملات المالية كالأسلحة والمواد المخدرة مثلا. كذلك

الشأن بالنسبة للأفعال والحقوق الخارجية عن التعامل فهي لا تصلح لأن تكون م合法 للالتزام، كالقتل والجرح والحقوق السياسية مثلاً، فهي كلها أفعال وحقوق لا تدخل في دائرة المعاملات، لذلك يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان قائماً على فعل من هذه الأفعال أو حق من هذه الحقوق. وغني عن البيان أن محل الالتزام يجب - رغم كونه داخلاً في دائرة التعامل - ليكون مشروعًا إلا يكون مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة، هذه الأخيرة التي تختلف تطبيقاتهما وحدودهما باختلاف الزمان والمكان، ما دام أنهما مفهومان يتطوران باستمرار.

- **أن يكون المحل ممكناً**: لقد نص الفصل 59 من ق. ل. ع، على أن الالتزام يبطل إذا كان محله شيئاً مستحيلاً أو عملاً مستحيلاً بحسب طبيعته أو بحكم القانون، ما دام أن تتفيد هذا الالتزام سيكون مستحيلاً. والمقصود بالاستحالة بحسب الطبيعة، الاستحالة التي ترجع إلى طبيعة المحل كما في التزام شخص بأن يبعث الروح في شخص ميت، أو في التزام شخص بعدم القيام بعمل سبق له القيام به فعلاً.

أما الاستحالة القانونية فهي الاستحالة التي ترجع إلى حكم القانون، كما في التزام المحامي باستصدار قرار استئنافي لفائدة موكله، والحال أن الحكم المستأنف غير قابل للاستئناف.

وتجب الإشارة إلى أن الملتم الذي كان يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم عند إبرام العقد، باستحالة تنفيذ التزامه يكون ملزماً بتعويض الطرف الآخر، ويكون هذا التعويض غير مستحق إذا كان الطرف الآخر بدوره يعلم أو كان عليه أن يعلم بأن محل الالتزام مستحيل (الفصل 60)، فالمحامي الذي يلتزم باستئناف حكم انتهائي غير قابل للاستئناف يلزم بتعويض الطرف الآخر، لأنه يعلم أو ينبغي له أن يعلم أن هذا الحكم الانتهائي لا يقبل الاستئناف، هذا ما لم يكن الطرف الآخر يعلم أو من المفترض أن يعلم باستحالة استئناف هذا الحكم، حيث لا يسوغ له المطالبة بأي تعويض. ويطبق نفس هذا الحكم في الحالتين التاليتين:

- **إذا كانت الاستحالة جزئية وبقي الاتفاق صحيحاً في جزء منه**، فإن التعويض يكون مستحقاً لفائدة الطرف الآخر، إذا لم يكن عالماً أو من المفترض أن يكون عالماً بأمر هذه الاستحالة الجزئية عند إبرام العقد.

- **إذا كان الالتزام تخبيرياً** (وهو التزام يشمل محله عدة أشياء، حيث تبراً ذمة المدين تماماً بأداء واحد منها) **وكان أحد الأشياء الملتم بها مستحيلاً بحيث يتغدر على الدائن ممارسة حق الاختيار**، فإنه يجوز في هذه الحالة للدائن مطالبة المدين بالتعويض،

إذا كان هذا المدين يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم وقت إبرام العقد استحالة أحد الأشياء الموعود بها، ما لم يكن الدائن يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم بهذه الاستحالة.

وينبغي الانتباه إلى أن الاستحالة التي تبطل الالتزام وتمنع انعقاد العقد هي الاستحالة التي تكون موجودة عند انعقاد العقد، أما تلك التي تظهر بعد الانعقاد فلا تبطل الالتزام، وإنما تكون سبباً لانحلاله مع ما يترب على ذلك من انقضاء الالتزام بدون تعويض إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبى عن الملزם أو مع التعويض إذا كانت الاستحالة بسبب الملزם، كما ينبغي الانتباه كذلك إلى ضرورة التمييز بين الاستحالة التي نحن بصدده دراستها والتي تمنع من نشوء الالتزام، وبين العجز الشخصي عن التنفيذ أو الاستحالة النسبية التي لا تمنع من نشوء الالتزام مع ما يترب عن ذلك من آثار، وذلك كما في حالة التزام شخص ليس لديه مؤهلات المهندس المعماري قصد إعداد تصميم هندي للبناء.

- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين: لقد سبقت الإشارة إلى من شروط الإيجاب أن يكون واضحاً ومحدداً، أي أن يكون محدداً تحديداً نافياً للجهالة، لذلك نص المشرع في الفصل 58 من ق. ل. ع على أن "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسمح أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد". وتحديد عناصر محل الالتزام تختلف باختلاف هذا المحل، فإذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل وجب أن يكون العمل محدداً أو قابلاً للتحديد مستقبلاً، كما إذا تعلق الأمر بصنع أثاث منزلي أو بناء عمارة حيث يجب أن يكون محل الالتزام محدداً بكيفية دقيقة لأن يتم الاتقاد على نوع الخشب الذي سيصنع منه الأثاث، وعدد طبقات العمارة ومساحة الشقق التي سيتم بناؤها وهكذا.

أما إذا كان محل الالتزام عبارة عن نقل أو إعطاء شيء، فإنه يتبع التمييز في ذلك بين ما إذا تعلق الأمر بأشياء قيمية أو مثالية، حيث يجب أن تكون الأشياء القيمية محددة تحديداً نافياً للجهالة بذكر جميع المواصفات التي تميزها عن غيرها من الأشياء التي تقاربها، أما بالنسبة للأشياء المثلية فإنه يتبع على الأقل أن تحديد نوعيتها كالقمح أو الشعير أو غيره، ما دام أن الكمية المبيعة قابلة للتحديد فيما بعد.

ثانياً: سبب الالتزام

يمكن تعريف السبب بأنه الغاية والهدف المباشر الذي يقصد الملزם تحقيقه من خلال التعاقد، فهو الذي يصح أن يكون جواباً لسؤالنا: لماذا التزم الطرف المتعاقد في العقد الذي أبرمه؟ وتتجدر الإشارة إلى أن نظرية السبب كانت تتنازعها في الحقيقة نظريتان، نظرية تقليدية تعتقد فقط بالسبب المباشر لالتزام الملزם، كقبض الثمن بالنسبة

للتزام البائع وتملك المبتع بالنسبة للتزام المشتري، حيث يتسم السبب استناداً لهذه النظرية بطابع موضوعي لا يتغير في النوع الواحد من العقود ولا يختلف باختلاف المتعاقدين ومقاصدهم، ونظرية حديثة لا تعتد بالسبب المباشر وإنما بالسبب الباعث على التعاقد أو الغرض غير المباشر الذي حمل المتعاقد على التعاقد، فمثلاً قد يكون السبب الذي دفع البائع إلى البيع، الحصول على الثمن من أجل إنفاقه في أغراض معيشته أو في أداء دين عليه أو من أجل المتاجرة به، فيكون السبب وفق هذا المفهوم الجديد متسم بطابع شخصي حيث يتغير من عقد لأخر في النوع الواحد من العقود تبعاً لمقاصد المتعاقدين ونواياهم.

أما بالنسبة للقانون المغربي فقد اشترط المشرع بمقتضى الفصلين 62 و 2 من قرار لصحة الالتزامات الناشئة عن الإرادة، أن تكون مبنية على سبب حقيقي ومشروع تحت طائلة البطلان، لذلك فالالتزام الذي لا سبب له يعد باطلأ بقوة القانون، كالتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود لشخص معين تنفيذاً لوصية مورثهم فيتبين بعد ذلك أن هذا الأخير قد تراجع في وصيته قبل الوفاة، فهنا يصبح التزام الورثة مجردًا من السبب الذي يبرر تنفيذ الوصية لمن كان مستفيداً منها، مما يجعله باطلأ. ومتى وجد سبب الالتزام وجب أن يكون حقيقياً ومشروعًا:

- **أن يكون السبب حقيقياً لا كاذباً:** وقد افترض المشرع بموجب الفصلين 63 و 64 من قرار بأن لكل التزام سبب حقيقي، وأن الأصل في السبب أن يكون حقيقياً إلى أن يثبت العكس، لذلك متى ثبت أن سبب الالتزام كان وهمياً ترتب عنه البطلان، كما هو الشأن بالنسبة للعقود الصورية التي تعد وسيلة قانونية لإخفاء الحقيقة تحت غطاء العقد الظاهر الذي لا يكون له أي أثر تجاه المتعاقدين، حيث إن العقود الصورية تهدف إلى إخفاء سبب الالتزام الحقيقي – وعادة ما يكون غير مشروع – وراء سبب ظاهر مشروع لا يمت إلى الحقيقة بصلة، لأن يوقع المدين سنداً يقر فيه أن الدين المترتب في ذمته ناشئ عن قرض في حين أن سبب الدين الحقيقي هو المقامرة.

- **أن يكون السبب مشروعًا:** أي لا يتعلق بما هو مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة أو القانون (الفصل 62 من قرار)، فإذا تبين أن سبب العقد مخالف للنظام العام مثلاً، فإن ذلك يستلزم بطلان الالتزام الناشئ عنه ولو كان سبب العقد الظاهر مشروعًا، لأن يتظاهر أحد الأشخاص بدفع مبلغ من النقود لامرأة على أساس أنه قرض، في الوقت الذي يقصد مكافأة هذه المرأة على علاقتها غير المشروعية به. وتعد مسألة مشروعية سبب التصرف القانوني من أمور الواقع والقانون، وذلك حسب منطق الفصل 62 الذي يؤكد بأن السبب يكون غير مشروع إذا كان مخالفًا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون، وغني عن البيان أن العبرة للسبب الظاهر المشروع الذي يعتد

به كسب حقيقى إلى أن يثبت العكس، وفق ما أوضحه الفصل 64 من ق ل ع بقوله: "يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقى حتى يثبت العكس"، وهكذا فالاصل في السبب أن يكون حقيقياً ومشروعاً و على من يدعي العكس الإثبات.

وهكذا فإن الأصل طبقاً لمبدأ رضائية العقود، أن المتعاقدين بمجرد أن يقع رضاهما السليم على محل، ويحمل هذا الرضى على سبب مشروع، فإنهما يصلان إلى إبرام العقد دون حاجة إلى اتباع شكل معين ليكون هذا العقد صحيحاً. غير أن هناك بعض الاستثناءات التي ترد على مبدأ رضائية العقود، وتتجلى هذه الاستثناءات فيما يلي:

- العقود الشكلية وهي العقود التي يشترط المشرع لانعقادها بالإضافة إلى الشروط المطلبة في العقود الرضائية والتي سبق لنا بيانها، توافر بعض الشكليات التي تتوقف عليها صحة العقد كشكلية الكتابة عندما يتعلق الأمر ببيع عقاري.

- العقود العينية وهي العقود التي يشترط لانعقادها بالإضافة إلى الشروط المطلبة في العقود الرضائية، أن يتم فيها تسليم الشيء المعقود عليه، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا تم ركن التسليم، كالرهن الحيزي مثلاً (الفصل 1188 من ق ل ع).

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالعناصر الازمة لتكوين العقد

إن العقد المستجمع لكافة العناصر الازمة لتكوينه بالكيفية المنصوص عليها قانوناً، يكون منتجاً لكافة آثاره القانونية. أما إذا احتل عنصر من هذه العناصر، فإن العقد يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب الحالات.

ونظراً لإكراهات الوقت فإننا سنكتفي بالتمييز بين البطلان والإبطال والفسخ، مع إحالة الطلبة فيما يخص أحكام نظرية البطلان على المراجع القانونية المتوفرة في هذا الصدد.

فالبطلان هو الجزء الذي يقرره المشرع، إما بمحض نص قانوني صريح في بعض الحالات الخاصة أو لاعتبارات متعلقة بالنظام العام، وإما بسبب تخلف أحد أركان انعقاد العقد، كما لو كان المتعاقد عديم الأهلية أو كان محل الالتزام التعاقدى عملاً مستحيلاً.

أما الإبطال فهو الجزء الذي يقرره المشرع، إما بسبب الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، كما لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو كانت إرادة أحد

المتعاقدين معيبة بعيب من عيوب الرضى، وإنما بموجب نص قانوني يعطى لأحد المتعاقدين حق الإبطال في بعض الحالات.

في حين أن الفسخ فهو الجزاء المترتب عن مطالبة أحد المتعاقدين بوضع حد لالتزامه، بسبب إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه.

ففي الحالتين الأولتين يرجع البطلان أو الإبطال لخلل في تكوين العقد، أما الفسخ فالمفترض فيه أن العقد نشأ سليماً مستوفياً لأركان انعقاده وشروط صحته، فأخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، مما دفع الطرف الآخر إلى المطالبة بفسخ العقد وإنماه ليتحلل هو الآخر من الالتزام المترتب عليه، وبذلك فإن الفسخ لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للعقود التبادلية، بخلاف البطلان أو الإبطال الذي قد يصيب العقود التبادلية وغير التبادلية.