

## الحصة الثانية والثالثة من دروس النظرية العامة للالتزامات

### عبر البوابة الالكترونية لكلية العلوم القانونية والاقتصادية

### والاجتماعية بطنجة

## أركان العقد

لقد تقدم أن عرفنا العقد بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر، إما بقصد إنشاء علاقة قانونية كإنشاء التزام أو إنشاء حق عيني، وإما بقصد تعديل أو إلغاء علاقة قانونية موجودة من قبل.

وعليه، فإن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويجب أن تنصب هذه الآثار على شيء يصلح لأن يكون محلا للالتزام.

كما أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة، وعلى هذا الأساس يكون للعقد ثلاثة أركان أو ثلاثة شروط انعقاد.

ويلتزم بالإضافة إلى المحل والسبب والتراضي، أن يكون كل من طرفي العقد متمتعا بالأهلية اللازمة لانعقاد العقد، وأن تكون إرادة كل منهما خالية من عيوب الرضى، التي تفسد العقد. وتعتبر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب شرطين لصفة العقد.<sup>1</sup>

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي، فقد اعتبر الأهلية ركنا من أركان العقد كما جاء في الفصل الثاني منه :

---

<sup>1</sup> سليمان مرقس : "الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد"، ص : 131.

"الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :

1- الأهلية للالتزام.

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.

3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام.

4- سبب مشروع للالتزام.

كما أن بعض الفقه أضاف ركني الشكالية في العقود الشكالية والتسليم في

العقود العينية.

إلا أن موضوع بحثنا سيقصر على موضوع الرضى، وصحة هذا الأخير

وخلوه من العيوب المفسدة له، كما أن التراضي لا بد أن يكون له محل يصلح لأن

يكون محلاً للالتزام وسبب مشروع لهذا الالتزام.

## المبحث الأول : التراضي

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.<sup>2</sup> ولهذا يعتبر التراضي جوهر العقد والدعامة الأساسية له، ويرى علماء النفس أن الإرادة تمر بمراحل أربعة وهي : مرحلة التصور والتقدير والتصميم ثم المرحلة الأخيرة وهي مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته إلى العالم الخارجي للإفصاح عنها من أجل إحداث أثر قانوني معين.<sup>3</sup>

ولهذا، يجب أن تصدر هذه الإرادة من شخص حائز للأهلية، لا يجب أن تصدر من شخص معدوم الإرادة كالطفل غير المميز والمجنون أي من الأشخاص الذين ليس لهم الحق في القيام بإجراء التصرفات القانونية.

كما أنه لا يعتد بالإرادة التي لا تتجه إلى إحداث أثر قانوني كما هو الحال في المعاملات، كما أنه لا يعتد بإرادة الهازل، بل يجب أن تكون الإرادة جادة وحقيقية، فلا يعتد بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة.<sup>4</sup>

وعلى هذا الأساس ستكون دراستنا مقسمة إلى مطلبين : المطلب الأول في وجود التراضي، والمطلب الثاني في صحة التراضي.

## المطلب الأول : وجود التراضي

---

<sup>2</sup> د.ادريس العلوي العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 168.

<sup>3</sup> د.أنوار سلطان : "الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، ط 1998، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص : 57.

<sup>4</sup> د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص : 184.

وجود التراضي في حقيقة الأمر، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه، فقوام التراضي هو رضا الطرفين، لأن التراضي لازم لقيام العقد، فلا قيام لهذا الأخير بدون التراضي، ويلزم في هذا التراضي أن يكون ثنائيا على الأقل. ولهذا يجب عدم الخلط بين التراضي والإرادة، فهذه الأخيرة هي فقط إرادة أحد طرفي التراضي، أما هذا الأخير فيتكون من إرادتين على الأقل كما سلف ذكره.<sup>5</sup>

ومن هنا، ستكون دراستنا لهذا المطلب مشتملة على طرق التعبير عن الإرادة (فرع أول)، ثم تطابق الإرادتين في (فرع ثاني)، وفي (فرع ثالث) اقتران القبول بالإيجاب، و(كفرع رابع) صور خاصة عن التراضي، وأخيرا التعاقد بالنيابة (كفرع خامس).

### الفرع الأول : طرق التعبير عن الإرادة

كما تقدم، يجب لتوافر الرضى بالعقد أن توجد الإرادة وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وأن يضيف عليه القانون جزاء كافلا احترامه بواسطة السلطة العامة، وأن تكون هذه الإرادة جادة غير هائلة وحقيقية غير صورية.<sup>6</sup>

ولما كانت الإرادة أمر نفسي داخلي، فإن القانون لا يحفل بها إلا بالتعبير عنها أي ظهورها إلى العالم الخارجي المحسوس، فلا تأخذ مظهرها اجتماعيا إلا

---

<sup>5</sup> د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه : "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، ج.1، ط 1993، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة.

<sup>6</sup> د. إدريس العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 172.

عند الإفصاح عنها.<sup>7</sup>

إلا أن هذا الإفصاح أو التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين ولا يشترط فيه مظهر أو وسيلة خاصة، لأن المبدأ في العقود هو الرضائية. لكن مع ذلك، فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنا، بل قد يستخلص التعبير عن الإرادة باعتباره قبولا في بعض الحالات من السكوت.<sup>8</sup>

### 1- التعبير الصريح :

هو التعبير الذي يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، وذلك باتخاذ وسيلة موضوعية في حد ذاتها للكشف عن الإرادة،<sup>9</sup> والتعبير الصريح قد يكون بالعبارة المكتوبة في ألفاظ تدل على الإرادة، كيفما كان شكل الكتابة وبأي لغة كانت، كما أن الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية، كما أن التعبير الصريح قد يكون بالإشارة الدالة على الإرادة التي تعارف عليها الناس، كهز الرأس عموديا للدلالة على القبول أو هزه أفقيا للدلالة على الرفض. وقد يكون التعبير أيضا باتخاذ موقف معين يدل دلالة واضحة في الرغبة في إنشاء الالتزام.<sup>10</sup>

### 2- التعبير الضمني :

أما التعبير الضمني عن الإرادة هو الذي يدل على الإرادة ضمنا أي يستتبط دلالاته في التعبير عن الإرادة من خلال ظروف الحال، وذلك كبقاء

---

<sup>7</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، ط 1996، مطبعة حمادة الحديثة بفرنسا.

<sup>8</sup> د. إبراهيم سعد : "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، ط 2004، دار الجامعة الجديدة، ص:94.

<sup>9</sup> د. إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 95.

<sup>10</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : مرجع سابق، ص : 73.

المستأجر بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، فهذا دلالة ضمنية على أن المستأجر يرغب في البقاء بالعين المؤجرة، وتعبير المؤجر على الموافقة.<sup>11</sup>

إلا أنه من الملاحظ إذا كان التعبير الصريح والتعبير الضمني يعتبران شكلا من أشكال قبول العقد، فإنه لا يتصور أن يكون التعبير الضمني إيجابا، كما أنه قد تتفق أطراف العقد على استلزام التعبير الصريح أو قد ينص المشرع على ذلك.<sup>12</sup>

ففي هذه الحالة، لا ينعقد العقد بالتعبير الضمني، بل لابد أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، في الحالات التي ينص على القانون من أن يكون العقد محررا تحريرا رسميا.

وقد نصت المادة 25 من ق.ل.ع "عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه...".

### 3- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة :

القاعدة العامة في الفقه والقضاء أن السكوت هو العدم، ومن ثم لا ينسب لساكت قول وليس السكوت إرادة ضمنية، فهذه الأخيرة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها.<sup>13</sup> لكنه في بعض الحالات يكون التعبير الضمني سلبيا، ففي هذه الحالة قد يختلط بالسكوت، وعليه يجب أن نبين متى يكون السكوت تعبيراً

---

<sup>11</sup> د. المختار عطار : "الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزام"، ط 2007، مطبعة النجاح الجديدة، ص : 78.

<sup>12</sup> د. المختار العطار : مرجع سابق، ص : 28.

<sup>13</sup> د. عبد الحميد محمود البعلي : "ضوابط العقود : دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه"، ط 1989، مطبعة التوفيق النموذجية للطباعة، ص:113.

ضمنيا وحكمه.

أولا وقبل كل شيء، يجب أن نبعد السكوت كتعبير في معرض الإيجاب، فالإيجاب عرض قانوني محدد يوجه إلى طرف آخر وهذا لا يتأتى وقوعه بمجرد السكوت، وإنما السكوت كتعبير ضمني يمكن أن يتأتى في معرض القبول فقط.<sup>14</sup> وإذا كان الأصل أن السكوت البسيط المجرى لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، حتى بالنسبة للقبول، فإن ذلك لا يمنع من أن يكون السكوت تعبيرا عن هذه الإرادة، إما بحسب القانون أو الاتفاق بإعطاء السكوت دلالة على السكوت، ففي المادة 25 من ق.ل.ع : "... ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين المتعاقدين".

كما جاء في المادة 38 من ق.ل.ع : "يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو علم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته".

ومن هنا، يتبين أن السكوت يعتبر قبولا إذا وجدت ظروف أو ملائسات أحاطت به تغلب دلالة القبول على دلالة الرفض ومن ذلك مثلا:<sup>15</sup>

#### أ- طبيعة المعاملة أو العرف التجاري :

كما لو أرسل تاجر فاتورة إلى المشتري تتضمن شروط بيع البضاعة المرسل إليها، ولم يقم المشتري برفض هذه الشروط، ففي هذه الحالة يعتبر سكوت المشتري بمثابة قبول لما عرض عليه.

<sup>14</sup> د. سليمان مرقس : "الوافي شرح القانون المدني"، الطبعة الرابعة، 1987، مطبعة السلام، ص

: 139.

<sup>15</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : مرجع سابق، ص : 77.

أو أرسل المصرف بيانا لعميله يتعلق بكشف حسابه، وذكر هذا البيان أن عدم الاعتراض عليه يعتبر إقرارا منه.<sup>16</sup>

#### ب- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين :

في حالة ما إذا كان تعامل سابق بين طرفين يجيز لأحدهما أن يعتمد على رضا أحدهما دون انتظار رد بقبول صريح، كتاجر التقسيط الذي اعتاد أن يطلب سلعا على دفعات من تاجر بالجملة يرسلها إليه دون رد صريح.<sup>17</sup>

#### ج- إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه :

ففي هذه الحالة، إذا سكت من وجه إليه الإيجاب اعتبر ذلك قبولا منه، كتاجر أراد أن يحتفظ بعميل له، فعرض عليه أن يضع تحت تصرفه عربة لتوزيع السلع، فسكت هذا العميل عد ذلك قبولا منه.

وهذه الحالات ما هي إلا مجرد أمثلة على اعتبار السكوت بمثابة قبول، إلا أن كل سكوت ملابس في غير هذه الأمثلة يكفي أن يكون قبولا.<sup>18</sup>

#### 4- الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها :

إذا صدر التعبير مطابقا للإرادة فلا إشكال في هذه الحالة، لكن الإشكال يبقى مطروحا في حالة ما إذا صدر التعبير عن الإرادة مخالفا للواقع أي مخالفا للإرادة الحقيقية. فهل يجب البحث عن الإرادة الحقيقية وهي المعبر عنها بالإرادة

<sup>16</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 77.

<sup>17</sup> د. عبد الحق صافي : "القانون المدني"، ج. 1 : "تكوين العقد"، ط 2006، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 271.

<sup>18</sup> عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 100.



الباطنة، أم يجب التقيد والالتزام بالإرادة المعبر عنها وهي الإرادة الظاهرة، وذلك كالتاجر الذي يعرض سلعة للبيع ويكتب عليها خطأ ثنا أقل من الثمن الذي يريده، هل ينعقد العقد بالثمن الذي يريده التاجر أم بالثمن الذي كتب خطأ على المنتج المعروض للبيع.

هناك بهذا الخصوص نظريتان : نظرية الإرادة الباطنة وهي التي أخذ بها القانون الفرنسي، ونظرية الإرادة الظاهرة وهي التي تأخذ بها القوانين الجرمانية وعلى رأسها القانون الألماني. وهذا راجع إلى أن الشرائع اللاتينية تسيطر عليها النزعة الذاتية، والشرائع الجرمانية تسيطر عليها النزعة الموضوعية.<sup>19</sup>

### أ- نظرية الإرادة الباطنة :

يقول أنصار هذه النظرية أن أساس القوة الملزمة للعقد هي الإرادة الحقيقية للأطراف. أما التعبير في حد ذاته لا قيمة له، فلا يعتد بهذا التعبير إلا كدليل على وجود تلك الإرادة الباطنة، ومن نتائج هذه الإرادة:<sup>20</sup>

- إذا اختلفت الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، وجب تغلب الإرادة الباطنة لأنها هي الإرادة الحقيقية.
- إن الأخذ بالإرادة الباطنة يؤدي إلى عدم الاعتراف بصحة العديد من التصرفات والأفعال، كالمظاهر المادية كأفعال المجنون والمعتوه والصبي غير المميز.

### ب- نظرية الإرادة الظاهرة :

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الإرادة التي يعتد بها القانون هي الإرادة

---

<sup>19</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 100.

<sup>20</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : مرجع سابق، ص : 82.

التي تنتج أثرا أي تنشئ التزاما، لأن الإرادة مظهر اجتماعي.

أما الإرادة الباطنة فهي أمر نفسي داخلي لا يكون له وجود إلا بإعلانه إلى العالم الخارجي المحسوس، لأن المتعامل لا يسعه التعرف على الإرادة إلا من خلال التعبير عنها، كما أن أعمال الإرادة الظاهرة هو الذي يكفل في التعامل الاستقرار والاطمئنان.

والقول بغير هذه النظرية يؤدي إلى إشاعة الإضراب في المعاملات.<sup>21</sup>

ويميل المشرع المغربي إلى الأخذ بالنظرية الظاهرة التي أخذ بها القانون الألماني حيث نص ق.ل.ع في المادة 461 على أنه : "إذا كانت ألفاظ النص صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها"، كما نص في الفصل 21 من نفس القانون على أنه : "التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفاد من ظاهر اللفظ".

إلا أن ق.ل.ع لا يقف في كل الأحوال عند الإرادة الظاهرة والتي تعتبر شكلية غير مقبولة في القانون الحديث.<sup>22</sup>

### الفرع الثاني : تطابق الإرادتين

توافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بالقبول مطابق له، لقد سبق أن بينا أنه لحصول التراضي لابد من وجود الإرادة لدى جميع الأطراف، وحصول التعبير عنها ولكي تتم عملية التعاقد لابد من أن تتوافق الإرادتين على الانعقاد، وعليه فالتوافق يتم عبر ثلاث مراحل: الإيجاب والقبول وارتباطهما.

<sup>21</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : مرجع سابق، ص : 83.

<sup>22</sup> د. الطيب الفصائلي : "النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام"، ط 2، 1997، مطبعة النجاح الجديدة، ص : 42.

## أولا : الإيجاب

### 1- تعريف الإيجاب :

لقد تعددت التعاريف حول الإيجاب إلا أنها تصب في معنى واحد وإن اختلفت من حيث التعابير.

- فالإيجاب هو : التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه.<sup>23</sup>

- وفي تعريف آخر : الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر يتضمن اقتراحا بإبرام عقد معين وفقا لشروط معينة بغية حصوله على قبوله، ومن ثم قيام العقد.<sup>24</sup>

ومادام الإيجاب هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، يجب أن تتوفر فيه الشروط التي رأيناها فيما يتعلق بوجود الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عن هذه الإرادة بالإضافة إلى ذلك يجب أن يشمل الإيجاب على العناصر التي تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد حيث يصادف القبول المطابق، وهذه العناصر هي على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التي لا بد من توافرها لانعقاد العقد، ويضاف إلى ذلك شرط آخر يظفر بأهمية خاصة لدى الموجب حتى لو كان في حد ذاته أمرا ثانويا لا أهمية له،<sup>25</sup> وهو مقصود العقد.

فالإيجاب بالبيع مثلا : يجب أن يتضمن الرغبة في إبرام عقد البيع

---

<sup>23</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 117.

<sup>24</sup> د. عبد الفتاح عبد الباقي : "نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، 1984، ص : 15.

<sup>25</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 117.

ومحله، وثن هذا البيع، كما أنه يمكن للموجب أن يضيف شروطاً أخرى يرغب في التعاقد على أساسها.<sup>26</sup>

ومن الملاحظ يجب التفريق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، فإذا كان الإيجاب كما تقدم يكون باتاً ومنصباً على الأركان والشروط الأساسية للعقد المزمع إبرامه، فإن الدعوة إلى التعاقد تختلف عن الإيجاب، وخاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الهامة، فقد تسبق الإيجاب مراحل تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعها إلى مستوى الإيجاب، فكل ما يسبق العزم على العقد ويستهدف مجرد التحضير أو التمهيد له لا يعتبر من قبيل الإيجاب به بل هو من قبيل المفاوضات بشأنه.<sup>27</sup>

## 2- القوة الملزمة للإيجاب :

يكون للإيجاب وجود مادي بمجرد صدوره من صاحبه، لكنه لا يكون له أثر قانوني مادام لم يقترن بقبول من وجه إليه، أو لم يشرع الطرف الآخر في تنفيذ العقد.

وعليه، يجوز للموجب الرجوع في إيجابه في هذه الحالات.

وهو ما نصت عليه المادة 26 ق.ل.ع "يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من طرف الآخر".

إلا أنه إذا كان الأصل هو عدم وجود قوة ملزمة للموجب تجبره على عدم الرجوع في إيجابه، إلا أن المشرع استثنى من ذلك حالتين يكون فيهما الإيجاب ملزماً لصاحبه وهما:

## الأولى : اقتران الإيجاب بأجل للقبول

<sup>26</sup> د. إدريس العلوي العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 199.

<sup>27</sup> د. إدريس العلوي العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 199.

إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل للقبول حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انصرام الأجل الذي حدده لإيجابه وهو ما جاء به الفصل 29 من ق.ل.ع : "من تقدم بإيجابه مع تحديد أجل للقبول، بقي ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يعلم إلا بالقبول خلال الأجل المحدد".

### الثانية : عند التعاقد بالمراسلة

إذا كان التعاقد بالمراسلة مقترنا بميعاد صريح أو ضمني، فقد يكون الميعاد محدد لرد القبول كأن يكون أسبوعاً أو أسبوعين أو شهراً أو غير ذلك.

وقد يكون الميعاد غير محدد بزمن معين لكنه يؤخذ من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فإن الموجب في هذه الحالة يبقى ملتزماً بإيجابه، إلى أن ينقضي الميعاد المحدد أو انتظار القبول إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطرق المعتادة.

وقد يتحلل الموجب من إيجابه إذا اشترط الرد بواسطة الهاتف أو البرق، عندما لا تكون له رغبة في انتظار الرد بعد انقضاء المدة التي تستغرقها المراسلة العادية.<sup>28</sup>

وقد جاء في المادة 30 من ق.ل.ع، حيث قالت : "من تقدم بإيجابه عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلاً يبقى ملتزماً به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك، وإذا صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فإن الموجب لا يكون ملزماً مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانوناً".

<sup>28</sup> د. الطيب الفصايلي : مرجع سابق، ص : 45.

### 3- سقوط الإيجاب :

عرفنا مما تقدم أن الإيجاب في الأصل غير ملزم بحيث يجوز الرجوع فيه في جميع الحالات ما عدا في حالة ما إذا حدد الموجب ميعادا لرد القبول، فإنه يكون ملزما خلال المدة التي حددها، أو في حالة ما إذا كان التعاقد عن طريق المراسلة، فإنه ينتظر وقتا يتسع لوصول القبول، وفي غير هذين الحالتين يكون للموجب الحرية في الرجوع عن إيجابه مادام لم يحدثه أثرا أي لم يتم القبول ممن وجه إليه الإيجاب. إلا أن الإيجاب قد يسقط سواء كان ملزما أو غير ملزم في الأحوال التالية :

1- أن يرفض الموجب له الإيجاب : ففي هذه الحالة يسقط الإيجاب سواء كان ملزما أو غير ملزم، وذلك برفضه من قبل من وجه إليه، وقد يتخذ الرفض صورا متعددة :

- رفضا مجردا.

- قبولا اقترن بما يزيد عما جاء في الإيجاب، فيصبح إيجابا جديدا ينتظر القبول.

2- يسقط الإيجاب أيضا بانقضاء المدة دون قبول إما صراحة إذا كانت المدة محددة أو ضمنا إذا كان الإيجاب قد تم عن طريق المراسلة.

3- كما أن الإيجاب غير الملزم يسقط في مجلس العقد إذا لم يقترن بتحديد أجل صريح أو ضمني برجوع الموجب عن إيجابه قبل قبوله ممن وجه إليه الإيجاب.<sup>29</sup>

4- ويسقط الإيجاب كذلك بانفضاض مجلس العقد، حتى وإن لم يعدل الموجب

---

<sup>29</sup> د. الطيب الفصايلي : مرجع سابق، ص : 46.

عن إيجابه.

5- موت الموجب أو فقد أهليته واتصال ذلك بعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يقبله، لقد نصت المادة 31 من ق.ل.ع "موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه لا يحول دون إتمام العقد إذا كان من وجه إليه الإيجاب قبله، قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

وهذا النوع من السقوط لا يكون إلا في حالة التعاقد عن طريق المراسلة، ففي حالة ما إذا وجه شخص إيجاباً إلى شخص آخر في رسالة بريدية أو بواسطة رسول ثم مات الموجب أو فقد أهليته وعلم الموجب له بذلك قبل القبول، فإن الإيجاب في هذه الحالة يسقط.

أما إذا قبله الموجب له قبل علمه بموت الموجب أو فقد أهليته، فإن العقد يتم بمجرد القبول حتى ولو لم يصل القبول إلى الموجب، لأن العقد يتم بمجرد اقتران القبول بالإيجاب متوفراً على الشروط الأساسية لذلك وهو ما جاء في المادة 24 من ق.ل.ع "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاماً في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب بقبوله".

## ثانيا : القبول

### 1- تعريف القبول :

لقد تعددت تعريفات القبول لدى فقهاء القانون إلا أنها كلها تصب في معنى واحد.

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب.<sup>30</sup>

كما عرفه مأمون الكزبري بقوله<sup>31</sup> : "القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي بصدوره مطابقة للإيجاب تتم معه عملية التعاقد بين الموجب والمقابل.

من خلال تعريف القبول، يتبين لنا أن الإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد، فإلى جانبه يلزم أن يتوفر القبول إذ بهذه الطريقة يحصل التوافق بين إرادتين الذي هو قوام العقد وأساسه.<sup>32</sup>

والقبول باعتباره تعبيراً عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، يمكن أن يكون صريحا أو ضمنا كما يمكنه أن يكون السكوت تعبيراً عن الإرادة -إرادة القابل- وذلك في حالات استثنائية كما تقدم. كما في حالة قيام معاملة سابقة بين الطرفين، أو في حالة تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، أو في حالة الشروع في تنفيذ العقد من طرف من وجه إليه الإيجاب.<sup>33</sup> لقد جاء في المادة 25 من ق.ل.ع: "عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب أو عندما لا يقتضيه

---

<sup>30</sup> عبد المومن فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 129.

<sup>31</sup> مأمون الكزبري : "نظرية الالتزام في قانون الالتزامات والعقود"، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1974، ص : 49.

<sup>32</sup> د. إدريس العلوي العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 211.

<sup>33</sup> د. الطيب الفصايلي : مرجع سابق، ص : 47.



العرف التجاري، فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في التنفيذ".

## 2- شروط القبول :

يشترط في القبول بالإضافة إلى ما يشترط في وجود الإرادة بصفة عامة شرطان أساسيان وهما :

### 1- الشرط الأول : صدور القبول في وقت يكون فيه الإيجاب مازال

#### قائما

يشترط في القبول لكي يكون منتجا لأثره أن يصدر والإيجاب مازال مفتوحا، فإذا كان الإيجاب مقترنا بأجل محدد أو بأجل ضمني تعين صدور القبول قبل انقضاء الأجل.

أما إذا كان الإيجاب موجه لحاضر في مجلس العقد، وجب صدور القبول قبل انقضاء مجلس العقد.<sup>34</sup>

وقد سوى المشرع المغربي بين العقد الذي يتم بمجلس العقد وبين العقد الذي يتم عن طريق الهاتف، حيث أوجب صدور القبول قبل انقطاع المكالمة في المادة 23 من ق.ل.ع "الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من الشخص الآخر بطريق الهاتف".

### 2- الشرط الثاني : تطابق القبول للإيجاب

يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، حيث ولو كانت مسائل تفصيلية، فإن القبول يجب أن ينصب على جميع الشروط الأساسية والثانوية، فلا يكون قبولا ينعقد به العقد إذا تضمن

<sup>34</sup> د. المختار بن أحمد عطار : مرجع سابق، ص : 98.

زيادة أو نقصانا أو تعديلا للإيجاب، أو يكون معلقا على شرط أو مقيدا بقيد من القيود. بل يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا ينتظر ردا من وجه الإيجاب أولا، حيث جاء في المادة 27 من ق.ل.ع : "الرد المعلق على شرط أو المضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا".

وجاء في المادة 28 من نفس القانون : "يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله "قبلت" أو نفذ العقد بدون تحفظ".

### الفرع الثالث : اقتران القبول بالإيجاب

اقتران القبول بالإيجاب هو عبارة عن توافق الإرادتين الذي يتم به العقد كما سبق أن ذكرنا، ولا يكفي لتمام العقد أن يصدر الإيجاب والقبول متطابقان، بل لابد لهذين من أن يقترن أحدهما بالآخر.

إلا أن صور اقتران الإيجاب بالقبول تختلف باختلاف طرق التعاقد، إما أن يتم بين حاضرين في مجلس العقد أو يتم التعاقد بين غائبين، وذلك إما بواسطة رسول أو وسيط أو عن طريق المراسلة أو الهاتف. وعليه، فإن صور اقتران الإيجاب بالقبول يتخذ حالتين : إما في مجلس العقد أو بين غائبين.

### أولا : التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد

مجلس العقد هو اصطلاح شرعي وقانوني، ومعناه اجتماع المتعاقدين حقيقة في زمان واحد ومكان واحد، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة أو اجتماع المتعاقدين في مجلس العقد حكما كما هو الحال بالنسبة للتعاقد عن طريق

إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد من غير تحديد ميعاد للقبول، فيجب أن يصدر القبول فوراً، وإلا تحل الموجب من إيجابه، وكذلك بالنسبة للتعاقد عن طريق الهاتف أو أي شيء آخر مماثل له.

وفي هذه الحالة، يكون زمان انعقاد العقد هو اللحظة التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول القائم في مجلس العقد سواء كان مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً.

أما بالنسبة لمكان انعقاد العقد فهو المكان الذي يجمع المتعاقدين حقيقة، أما إذا كان التعاقد يتم عن طريق الهاتف أو أية وسيلة أخرى مشابهة له، فإن مكان العقد هو المكان الذي يعلم به الموجب بقبول الموجب له أي المكان الذي يوجد فيه الموجب.<sup>36</sup>

### ثانياً : التعاقد بين غائبين

التعاقد بين غائبين هو الذي لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، ومتصلين اتصالاً مباشراً بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وهذا الحيز الزمني هو الذي يفرق التعاقد في مجلس واحد والتعاقد بين غائبين.

ويتم التعاقد بين غائبين إما عن طريق المراسلة كالبريد وغيره من الوسائل المماثلة له أو بواسطة رسول شريطة أن لا يكون هذا الرسول نائباً عن أحد المتعاقدين.

<sup>35</sup> د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 122.

<sup>36</sup> د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 125.

### ثالثاً : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد<sup>37</sup>

مما تقدم، يتبين لنا أن الخاصية في التعاقد بين غائبين هي الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به.

ومن هنا، ثار خلاف حول تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، بحيث تعددت النظريات واختلفت التشريعات بخصوص هذا الموضوع، ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع يتعين علينا استعراض هذه النظريات مع تبني موقف ق.ل.ع.

- نظرية إعلان القبول : ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة، فالعقد توافق الإرادتين، فمتى أعلن الطرف الموجه إليه الإيجاب توافقت الإرادتين وتم انعقاد العقد.

- نظرية تصدير القبول : أنصار هذا المذهب متفقون مع أنصار المذهب الأول -إعلان القبول- إلا أنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجعة فيه، وهذا لا يتأتى إلا إذا بعث الموجه إليه الإيجاب قبوله عن طريق إلقائه في صندوق البريد أو سلمه إلى من يقوم بتبليغه بحيث لا يملك أن يسترده.

- نظرية استلام القبول : يرى أنصار هذا المذهب أن العقد يتم حيث يصل القبول إلى الموجب لأنه حينئذ يصبح القبول نهائياً لا يمكن استرداده، سواء علم الموجب أو لم يعلم بذلك، لأن تصدير القبول في نظرهم لا يكون نهائياً لأنه يمكن استرداده، وهو في الطريق، وأن وصوله إلى الموجب قرينة على العلم به.

- نظرية العلم بالقبول : أنصار هذه النظرية لا يكتفون بإعلان القبول بل يشترطون علم الموجب به شأنه شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً.

---

<sup>37</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ج.1.

ما هو موقف ق.ل.ع من هذا الخلاف :

من الملاحظ أن الفقه المقارن منقسم بين هذه المذاهب الأربعة، وقد اتجه المشرع المغربي في المادة 24 من ق.ل.ع إلى الأخذ بنظرية إعلان القبول وإن كان غير واضح حيث جاء فيه "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقي الإيجاب بقبوله".

فاستنادا إلى المادة 24 من ق.ل.ع، ذهب أغلب الفقه إلى أن المشرع المغربي اعتبر العقد تاما في زمان ومكان إعلان القبول.

إلا أن الدكتور عبد الحق صافي<sup>38</sup> ذهب إلى أن مكان وزمان انعقاد العقد هو تصدير القبول لأن كلمة "رد" تقيد إعلان القبول وتصديره كتضمينه في رسالة أو برقية تودع في صندوق البريد، أو القيام بالعمليات التقنية اللازمة لإرسال القبول بواسطة التلكس أو التلفكس أو غيرهما من الوسائل الحديثة.

#### رابعا : أهمية تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد<sup>39</sup>

لمعرفة زمان ومكان إنعقاد العقد أهمية بالغة، ومن حيث معرفة زمان انعقاد العقد من الناحية العملية تكمن في :

#### 1- إمكانية الرجوع في إرادة التعاقد :

فتحديد وقت انعقاد العقد يحدد الوقت الذي يجوز الرجوع فيه بالنسبة للموجب، وكذلك بالنسبة للقابل، فالوقت يختلف بحسب الأخذ بنظرية إعلان

<sup>38</sup> مرجع سابق، ص : 282.

<sup>39</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 154.

القبول، أو تصديره أو تسلمه أو العلم به.

## 2- وقت إنتاج العقد لآثاره :

يبدأ العقد في إنتاج آثاره في الغالب عند انعقاد العقد، كانتقال الملكية في العقار غير المحفظ أو المنقول، وكذلك حق المشتري في الثمار.

## 3- بدء سريان التقادم :

هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد، حيث يكون الدين حينئذ مستحق الأداء، على خلاف إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف.

## 4- سريان القوانين الجديدة على العقد :

تحديد زمان انعقاد العقد له أهمية كبيرة بالنسبة لنطاق سريان القوانين الجديدة، فالعقود التي تم إبرامها بعد صدور قانون جديد تخضع لهذا الأخير، بخلاف العقود التي تتعقد قبل إصدار قانون جديد فهي لا تخضع له.

## 5- شهر الإفلاس :

فالعقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت انعقادها، فالعقد يتخذ في حق الدائنين أو لا ينفذ بحسب الفترة التي أبرمها خلالها.

ولتحديد مكان انعقاد العقد أهمية بالغة،<sup>40</sup> ومن هذه الأهمية:

1- تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص وذلك أن معرفة مكان إتمام

---

<sup>40</sup> د. محسن عبد الحميد إبراهيم السيد : مرجع سابق، ص : 115.

العقد يتوقف عليها القانون الواجب التطبيق على هذا العقد عند تنازع القوانين المكاني، فالقانون المطبق هو الذي تم إبرام العقد في بلده.

2- فمن حيث الاختصاص يتعين معرفة مكان انعقاد العقد من أجل تعيين المحكمة المختصة قانوناً للنظر في النزاع القائم هو المحكمة التي أبرم العقد في ترابها.

### الفرع الرابع : صور خاصة من التراضي

لقد تحدثنا فيما قبل عن كيفية توافق الإرادتين -الإيجاب والقبول- إذ يشكلان العلاقة التعاقدية في صورتها النهائية، إلا أن الأفراد في كثير من الأحيان تحتاج إلى التريث في التفكير فيما قد يقدمون عليه من تصرفات قانونية، فيكونون مضطرين إثر ضغوط الحياة العملية وتشعبها إلى الالتجاء إلى طرق التعاقد غير النهائية كالوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، أو التعاقد بالنيابة.

### أولاً : الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبة خلال المدة المتفق عليها، فهو عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد لعقد يراد إبرامه فيما بعد.<sup>41</sup>

وقد يكون الوعد ملزماً لجانب واحد كأن يتعهد شخص ببيع دار مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبة في شرائها مستقبلاً.

---

<sup>41</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 163.

كما أنه قد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين، فيكون كل من الطرفين واعدًا وموعودًا له، وإن كان هذا فرض قل ما يقع، كأن يعد شخص شخصًا آخر بأن يبيعه عقارًا معينًا بثمن محدد خلال مدة معينة، ويقوم الموعود له بإعلان رغبته في شراء هذا العقار خلال هذه المدة.<sup>42</sup>

إلا أنه يجب عدم الخلط بين الوعد بالبيع والعقد الابتدائي. صحيح أن الوعد بالبيع الملزم للجانبين يلزم كلا من الطرفين بإبرام عقد البيع الموعود به إذا طلب منه الآخر ذلك في المدة المحددة، وأن هذا الطلب ذاته يعتبر قبولًا ينعقد به عقد البيع النهائي، وأن العقد الابتدائي يشبه الوعد الملزم للجانبين، حيث أنه يخول كلا من الطرفين مطالبة الآخر بتوقيع العقد النهائي.

إلا أنه توجد فروق جوهرية تدل على أنها يختلفان عن بعضهما البعض، ويجب عدم الخلط بينهما. ففي الوعد بالبيع الملزم للجانبين لا تترتب عليه من وقت إبرامه الآثار التي تترتب على عقد البيع.

فالوعد بالبيع لا يلزم نقل الملكية، ولا تسليم المبيع ولا يخول الموعود له الحق في الثمار، ولا يلزمه دفع الثمن، فيلزمه فقط التزام كل من الطرفين الطرف الآخر بإبرام عقد البيع النهائي.

أما عقد البيع الابتدائي فتترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع النهائي، باستثناء بيع العقار الذي يتطلب القانون تسجيله حتى يكون ناقلًا للملكية.

- شروط الوعد بالتعاقد :

الشرط الأول : تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه

<sup>42</sup> د. الطيب الفصايلي : مرجع سابق، ص : 63.



يجب الاتفاق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، فإذا كان العقد بيعا يجب تبين محل العقد والثمن وإذا كان إيجارا وجب تحديد السومة الكرائية والعين المؤجرة، وإذا لم يتم الاتفاق على هذه المسائل الجوهرية اعتبر عقد الوعد بالبيع باطلا.<sup>43</sup>

### الشرط الثاني : تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في

#### إبرام العقد النهائي

فيجب تحديد المدة صراحة، كشهر أو شهرين أو سنة... وقد يكون تحديد المدة ضمنيا، يستخلص من ظروف الحال، كأن يكون الوعد بالاتفاق لا يجري تنفيذه إلا خلال مدة معينة كإيجار مكان يقام فيه معرض بعد شهر.<sup>44</sup>

### الشرط الثالث : إفراغ الوعد بالعقد في الشكل الذي يتطلبه القانون

يجب أن يكون الوعد بالتعاقد موافقا للشكل الذي يتطلبه القانون شكلا، فإذا كان العقد الموعود به يتطلب شكلا معيناً كأن يتطلب القانون تحرير الرسم تحريرا رسميا وجب تحرير الوعد تحريرا رسميا كذلك، وأن يكون محل الوعد وسببه مشروعين.

ومن الملاحظ أنه يجب أن تتوفر الأهلية في كلا الطرفين إذا كان الوعد ملزما للجانبين.

أما فيما يتعلق بعيوب الرضى فإنه ينظر إليها بالنسبة للواعد منذ صدور الوعد لأنه لا ينظر إليها مرة ثانية، بخلاف الموعود له فإنه ينظر إليها وقت الوعد ووقت قبوله الشراء.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه : مرجع سابق، ص : 162.

<sup>44</sup> د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 137.

<sup>45</sup> د. مصطفى عبد الحميد عدوي : مرجع سابق، ص : 142.

## ثانيا : التعاقد بالعربون

الأصل في التعاقد أن يكون باتا، بحيث لا يجوز لأحد الأطراف بعد انعقاده أن يتفرد بالتحلل من التزاماته، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن أن يكون الحق لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه وبمحض إرادته ومن هذه الحالات التعاقد بالعربون.<sup>46</sup>

### - تعريف العربون :

يمكننا أن نعرف العربون بأنه ذلك المبلغ من المال الذي يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الآخر وقت إبرام العقد.

والغرض من دفع العربون إما للدلالة على أن لكل من الطرفين الحق في العدول عن الصفقة والتحلل من العقد، وإما للدلالة أن العقد قد تم نهائيا وأن القصد من دفع العربون هو ضمانا لتنفيذه ولمعرفة ذلك يمكن الرجوع إلى نية المتعاقدين لتحديد الغرض من دفع العربون.<sup>47</sup>

أما إذا لم نستطع الوصول إلى تحديد نية المتعاقدين، فقد اختلفت القوانين في الدلالة الواجب الأخذ بها، فقد ذهب القوانين اللاتينية إلى الأخذ بدلالة العدول بينما ذهب القوانين الجرمانية إلى أن العربون للدلالة على أن القصد من دفع العربون هو تأكيد انعقاد العقد.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> عبد الفتاح عبد الباقي : "موسوعة القانون المدني المصري"، سنة 1984، فقرة 75، ص: 187.

<sup>47</sup> د. أنوار سلطان : "الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام"، ط 1998، دار المطبوعات الجامعية، ص : 82.

<sup>48</sup> د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 144.

أما القوانين العربية فذهب جلها إلى الأخذ بدلالة العدول،<sup>49</sup> إلا أن قانون الالتزام والعقود المغربي قد أخذ بما أخذ به القانون الفرنسي، فقد نص في المادة 288 : "العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".

وجاء في المادة الموالية (289 من ق.ل.ع) : "إذا انعقد العقد خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. فمثلا إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكثري خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكثري ونفذ العقد وجب رده.

كما يجب رد العربون أيضا إذا ألغي العقد بتراضي عاقديه".

كما نصت المادة 290 من ق.ل.ع : "إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ أو إذا فسخ العقد بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك.

فمن خلال النصوص السابقة يتضح أن ق.ل.ع اعتبر دفع العربون دلالة على تأكيد العزم على المضي قدما في تنفيذ العقد فهو جزء من قيمة العقد، وعليه فإنه :

- إذا تم التراضي على إتمام العقد فهو جزء منه.
- وإذا تم التراضي على فسخ العقد يجب رده لمن دفعه.
- أما في حالة ما إذا قام نزاع بين الطرفين كاستحالة تنفيذ العقد أو عدل دافع العربون عن تنفيذه، فإن لقابض العربون الحق في الاحتفاظ به إلى أن تحكم المحكمة بأخذ التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن رأت موجبا

---

<sup>49</sup> القانون المصري، السوري، الليبي، الكويتي.

لذلك.

- أو أن تلزمه بما زاد على الضرر الذي لحقه من جراء العدول عن إتمام التعاقد.<sup>50</sup>

### الفرع الخامس : التعاقد بالنيابة

قد تقتضي الظروف أن تحول بين الأشخاص في أن يقوموا بالتعاقد أو بأي تصرف قانوني آخر بأنفسهم.

وبسبب هذه الظروف، يمكن أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص ينوب عن الأصل في إبرام التصرف.

وهذا يعني أن التعبير عن الإرادة الذي يصدر من نائب تسري عليه جميع القواعد التي تحدثنا عنها في خصوص الكلام عن التعبير عن الإرادة.

وهو ما يدفعنا إلى الحديث عن تعريف النيابة وأنواعها وشروطها وعن آثارها.

### 1- تعريف النيابة :

النيابة هي قيام شخص يقال له النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه يقال له الأصل بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة في ذمة الأصل.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> راجع تفاصيل ذلك في : "نظرية العقد دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن"، د. محمد الشرقاني، ط 1996، مطبعة دار وليلي للطباعة والنشر، ص : 129 وما بعدها.

<sup>51</sup> د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق، ص : 184.

ومن خلال هذا التعريف أن النائب يعبر عن إرادته هو باسم غيره ولحساب هذا الغير، وعليه أن يصرح أن غيره -الأصيل- هو الذي سيكسب الحقوق ويتحمل الالتزامات التي ينشأ عنها التصرف، ومن هنا يتبين أن الآثار منفصلة عن سببها، أي عن الإرادة، وهذا يقودنا إلى أنه :

- أن الشخص الذي يتصرف عن كائن قانوني معنوي لا يعتبر نائباً عن هذا الكائن بل هو شخص ذلك الكائن.

- أن النيابة تجوز في كل تصرف قانوني إلا أنه يستثنى من ذلك بعض التصرفات الشخصية التي يجب أن تصدر عن صاحبها كحلف اليمين.<sup>52</sup>

## 2- أنواع النيابة :

النيابة ثلاثة أنواع، وذلك بحسب مصدرها :

### أ- النيابة القانونية :

تكون النيابة قانونية عندما يخول القانون شخصا آخر معيناً سلطة النيابة عن غيره، كما يحدد نطاق هذه السلطة بطريقة مباشرة.

نيابة الولي الشرعي حسب المادة 229 من مدونة الأسرة المغربية، كما أنها حددت في المادة 230 من هو النائب الشرعي وهو الأب والأم والقاضي، أو الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم أو المقدم وهو الذي يعينه القاضي.<sup>53</sup>

### ب- النيابة القضائية :

تكون النيابة قضائية في حالة ما إذا كان القاضي هو الذي عين شخص النائب وحدد سلطاته، وذلك بمقتضى حكم قضائي، وذلك كنيابة الحارس

<sup>52</sup> د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه : مرجع سابق، ص : 189.

<sup>53</sup> د. سميرة كميلي اضريف : "الأهلية القانونية"، ط 2005، دار القرويين للطباعة والنشر.

القضائي. والوكيل عن الدائنين في التفليسة، وتلحق أحكام النيابة القضائية بأحكام النيابة القانونية.<sup>54</sup>

### ج- النيابة الاتفاقية :

تكون النيابة اتفاقية في الحالة التي يكون الأصيل هو الذي عين نائبه باتفاق معه، مع تحديد سلطات النائب، كالوكالة التي تعتبر عقدا يقيم به الموكل شخصا آخر وهو الوكيل مقام نفسه في تصرف قانوني معين.

### 3- شروط النيابة :

يشترط لقيام النيابة وتحقق وجودها ثلاثة شروط :

#### الشرط الأول : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

يتعين على النائب أن يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني وترتب الآثار في حق شخص الأصيل،<sup>55</sup> وهذا هو الفرق بين النائب والرسول، فهذا الأخير يكون مجرد ناقل للتعبير عن الإرادة.

وتترتب عدة نتائج عن كون النائب يعبر عن إرادته هو :<sup>56</sup>

أ- إرادة النائب يجب أن تكون سليمة من العيوب، فإذا شابها عيب كان العقد قابلا للإبطال.

ب- علم النائب أو جهله ببعض الظروف التي قد تؤثر على التعاقد، تخص النائب ولا تخص الأصيل.

<sup>54</sup> د. الطيب الفصيلي : مرجع سابق، ص : 55.

<sup>55</sup> د. إدريس العلوي العبدلاوي : مرجع سابق، ص : 280.

<sup>56</sup> د. عبد الله الدليمي : مرجع سابق، ص : 76.

ج- الأهلية : يجب أن نميز بين النيابة الاتفاقية من جهة والنيابة القانونية والقضائية من جهة ثانية.

- فبالنسبة للنيابة الاتفاقية يكفي توفر الأهلية الكاملة في شخص الأصيل، أما النائب فتكفي فيه أهلية التمييز فقط، لأن آثار العقد سينتج آثاره في ذمة الأصيل.

- أما بالنسبة للنيابة القانونية أو القضائية فقد أوجب المشرع في النائب شروطا معينة، وخاصة الأهلية الكاملة، حتى يكون خليقا برعاية الأصيل الذي يكون عديم الأهلية أو ناقصها.<sup>57</sup>

### الشرط الثاني : تعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه

لا يكفي لتحقيق النيابة وانصراف آثار العقد إلى الأصيل أن تبين لمن أراد التعاقد معه صفة النائب لابد أن يبرم العقد باسم الأصيل ولحسابه، ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا كان للنائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد إلى الأصيل مباشرة، ويجب أن يكشف النائب لمن يتعاقد معه عن هذه النية.

وفي حالة ما إذا لم يكشف النائب للمتعاقد معه عن نيته في التعاقد، فإن آثار العقد لا تضاف مباشرة إلى ذمة الأصيل بل إلى ذمة النائب.<sup>58</sup>

إلا أنه وإن كانت القاعدة العامة توجب أن يفصح النائب عن نيته في أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه حتى لا تتصرف آثار العقد إلى ذمة النائب، فإنه يستثنى من ذلك حالتين :

الأولى : إذا كانت ظروف الحال تقتضي حتما على المتعاقد مع النائب

<sup>57</sup> د. الطيب الفصايلي : مرجع سابق، ص : 56.

<sup>58</sup> د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق، ص : 151.

بوجود النيابة رغم عدم الإفصاح عنها من قبل النائب كأن يذهب شخص لشراء سلعة معينة من محل تجاري، فيفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتعامل معه هو نائب عن صاحب المحل.

**الثانية :** عندما يستوي عند الشخص الذي يتعامل مع النائب التعامل مع هذا الأخير أو الأصيل.

### الشرط الثالث : تعامل النائب في حدود السلطات المخولة له

يجب على النائب أن يتعامل في الحدود التي رسمها له الأصيل، فلا يجوز له أن يتعدها أو يخالف مضمونها، لأن تصرفه هذا ينصرف إلى الأصيل، لا إليه وهو ما نصت عليه المادة 895 من ق.ل.ع بقولها "على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها، فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة".

إلا أنه يجوز للأصيل أن يقر العمل المتجاوز لحدود النيابة ويضيف إلى نفسه آثار العقد الذي تجاوز فيه النائب صلاحيته وذلك في أربع حالات :

- 1- إذا أقره.
- 2- إذا أبرم النائب العقد بشروط أفضل مما حددته سلطات الأصيل.
- 3- إذا استعاد منه الأصيل.
- 4- إذا كان الفرق يسيرا ومما يتسامح فيه بين التجار أو في مكان انعقاد العقد.<sup>59</sup>

### 4- آثار النيابة :

يمكن بحث آثار النيابة من خلال علاقة النائب بالغير وعلاقة النائب

---

<sup>59</sup> المادة 927 من ق.ل.ع المغربي.



بالأصيل، ثم العلاقة بين الأصيل والغير.

#### أ- العلاقة بين النائب والغير :

النائب يعمل باسم الأصيل كما تقدم وعليه فإن آثار العقد لا تلحقه هو بل تلحق الأصيل ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بأي حق من الحقوق التي نشأت عن العقد الذي كان نائباً فيه، إلا إذا كانت سلطة النيابة تحدد ذلك، إلا أن هذا لا يمنع النائب إذا قصر في أداء مهامه الموكولة إليه من أن يلتزم بخطئه سواء اتجه الغير أو اتجاه الأصيل أو هما معا.<sup>60</sup>

#### ب- علاقة النائب بالأصيل :

هذه العلاقة يحددها المصدر الذي أنشأ النيابة، إما الاتفاق أو القانون. وأياً كان مصدر النيابة، فإن النائب يلتزم في مواجهة الأصيل بالقيام بعمل باسم الأصيل ولحسابه.

#### ج- العلاقة بين الأصيل والغير :

يختفي النائب مباشرة بعد إنشاء الالتزام وتصبح العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير، فهما اللذان ينصرف إليهما آثار العقد، ويستطيع الأصيل أن يطالب بحقه دون حاجة إلى النائب.

#### 5- تعاقد الشخص مع نفسه :

إذا سلمنا أن الشخص يمكنه أن ينوب عن شخص آخر وتحل إرادة محل إرادة أخرى، يمكننا أن نسلم بأن شخصا واحدا قد يكون نائباً وأصيلاً في نفس الوقت، كما أنه يمكنه أن يكون نائباً عن المتعاقدين معا، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه.

<sup>60</sup> د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق، ص : 214.

ولاشك أن التعاقد في هذه الحالة ينطوي على تعارض في المصالح، فيقوم بتغليب مصلحة على أخرى، وخاصة عندما يكون نائباً وأصيلاً.

وقد اختلفت القوانين حول هذا الموضوع، فمنها ما حرم أصلاً تعاقد الشخص مع نفسه، كالقانون الألماني والإنجليزي، ومنها أباح ذلك كالقانون الفرنسي والسويسري، إلا أن هذين الاتجاهين سواء الذي حرم أو الذي أباح فإن ذلك ليس على إطلاقه.

أما فيما يخص القانون المغربي فإنه لم يتعرض لهذا النوع من التعاقد إلا أنه توجد نصوص خاصة كالفصل 480 من ق.ل.ع، يحرم على متصرفي البلديات والمؤسسات العامة والأوصياء والمساعدين القضائيين أو المقدمين والآباء الذين يديرون أموال أبنائهم... وغيرهم أن يكسبوا أموال من ينوبون عنهم، وكذلك في الحالات التي نص عليها الفصل 481 من ق.ل.ع، إلا أنه ومع ذلك تبقى هذه نصوص خاصة لا تعبر عن مبدأ عام يحرم التعاقد.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> د. زيد قدري الترجمان : "الموجز في القانون المدني، نظرية الالتزام"، ط 1992، ص:55.